الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي
والبحث العلمي
جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق
مخبر البحث في السياحة
الإقليم والمؤسسات

ضمانات التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل م د) في القانون الخاص
تخصص:قانون الأعمال.

إعداد الطالبة:
قيرة سعاد

تحت إشراف الدكتور: رابح نهايلي
المشرف المساعد الأستاذ الدكتور: شول بن شهرة

لجنة المناقشة:

الرقم	اسم الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
01	د.بن حمودة مختار	أستاذ محاضر"أ"	جامعة غرداية	رئيسا
02	د.نهايلي رابح	أستاذ محاضر"أ"	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
03	أ.د. شول بن شهرة	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة	مشرفا ثانوي
04	د. رفاف لخضر	أستاذ محاضر"أ"	جامعة برج بوعريريج	ممتحنا
05	د. عياض محمد عماد الدين	أستاذ محاضر"أ"	جامعة ورقلة	ممتحنا
06	د.نسيل عمر	أستاذ محاضر"ب"	جامعة غرداية	مدعوا

نوقشت وأجيزت بتاريخ 05أكتوبر 2021 بتقدير مشرف جدا جامعة غرداية2021/ 2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur Et de la Recherche Scientifique

Université de Ghardaïa
Faculté des droits et sciences politiques
Vice-doyen chargé de la post – graduation, de la recherche scientifique, et des Relations extérieures

جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
نيابة العمادة المكلفة بما بعد التدرج والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

الرقم: 04 /ن ع م ب ع ع خ/ك ح ع س/ 2021

محضر مداولات مناقشة أطروحة دكتوراه ل م

- بمقتضى القرار رقم 191 المؤرخ في 16 جويلية 2012 يحدد تنظيم التكوين في الطور الثالث من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه.
- وبمقتضى القرار رقم: 345 المؤرخ في 17 أكتوبر 2012 المعدل والمتمم للقرار رقم 191 والذي يحدد تنظيم التكوين في الطور الثالث من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه.
- وبمقتضى القرار رقم 547 المؤرخ في 02 جوان 2016 والذي يحدد تنظيم التكوين في الطور الثالث من أجل الحصول على شهادة الدكتوراه.
- وبمقتضى القرار رقم 615 المؤرخ في 16 جويلية 2018 الذي يتضمن تأهيل مؤسسات التعليم العالي لضمان التكوين لنيل شهادة الدكتوراه و يحدد عدد المناصب المفتوحة بعنوان السنة الجامعية 2019/2018
- وبناء على مقرر المناقشة الصادر عن مدير جامعة غرداية رقم 266 المؤرخ في:2021/09/28

ناقشت يوم:2021\10\05 على الساعة: 09:00

الطالبة: **قيرة سعاد** المولودة : في: **1993\07\22** بـ: برج بوعريريج

الأطروحة الموسومة بـ: **ضمانات التوازن العقدي في المعاملات التجارية الالكترونية**

لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في شعبة الحقوق تخصص: قانون الاعمال

و بعد المناقشة العلنية والمداولات السرية للجنة المناقشة المذكورة أدناه، قررت ما يلي:

تعلن اللجنة استحقاق الطالبة: **قيرة سعاد** شهادة دكتوراه الطور الثالث ل. م. د، بتقدير: مشرف جدا

أعضاء اللجنة:

الرقم	الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة	الإمضاء
01	بن حمودة مختار	استاذ محاضر "أ"	جامعة غرداية	رئيساً	
02	نهايلي رابح	استاذ محاضر "أ"	جامعة غرداية	مشرفاً مقررا	
03	شول بن شهرة	استاذ التعليم العالي	جامعة غرداية	مشرفا ثانويا	
04	رفاف لخضر	استاذ محاضر "أ"	جامعة برج بوعريريج	ممتحناً	
05	عياض محمد عماد الدين	استاذ محاضر "أ"	جامعة ورقلة	ممتحناً	
06	نسيل عمر	استاذ محاضر "ب"	جامعة غرداية	مدعوا	

نائب العميد

نائب عميد مكلف بما بعد التدرج والبحث العلمي والعلاقات الخارجية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
سويلم محمد

رئيس اللجنة

د. بن حمودة مختار

بسم الله الرحمن الرحيم

وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ

[الآية 09] سورة الرحمن

شكر وتقدير

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾ سورة الأحقاف [الآية: 15]

إن تمام الفضل شكر ذويه لذلك نتقدم بجزيل الشكر والامتنان لأستاذنا الكريم

الدكتور رابح نهايلي

الذي أشرف على أطروحتي فأمدني بسديد النصائح ولم يبخل بأية معرفة وتابعني حتى نضجت الثمر

وكذلك نتقدم بالشكر الكبير إلى البروفيسور شول بن شهرة الذي كان عونا وسندا وكذا الشكر والتقدير للأساتذة الأفاضل لتفضلهم وقبولهم مناقشة أطروحتي رغم مشاغلهم والأعباء الملقاة على عاتقهم، فازداد البحث بهم قيمة وثراء فجزاهم الله كل خير أساتذة أجلاء، العلم هويتهم، والتواضع خلقهم.

الإهـــــــــــداء

إلى مثال التفاني والإخلاص ومن جعل من أحلامي حقيقة بدعمه وتشجيعه

أبي الحبيب

إلى من قدمت سعادتي وراحتي على سعادتها ومن كانت دعواها تنير كل سبيل

أمي الفاضلة

إلى رفيق الدرب الذي لم يبخل بوقته وجهده من أجل إتمام هذا العمل

زوجي الفاضل

إلى من لم يبخل عليا بالنصح والإرشاد والتشجيع

إخواتي وأخواتي

كما أهدي عملي هذا إلى كل من ساهم فيه من قريب ومن بعيد

الباحثة: قيرة سعاد

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

- ج: جزء.
- ع: عدد.
- م: المادة.
- ج ر: الجريدة الرسمية الجزائرية.
- ص: صفحة.
- ص ص: صفحة صفحة.
- ط: طبعة.
- د . س ن: دون سنة النشر
- د . ط: دون طبعة.
- ق م ج: قانون مدني الجزائري.
- ق إ ف: قانون الإستهلاك الفرنسي.

باللغة الأجنبية:

- art = Article
- CE = Conformité Européenne
- CA = Cour d'appel.
- Civ. = Cour de cassation, chambre civile
- Cass Com . = Cour de cassation, chambre commerciale
- D. = Recueil Dalloz

  JCP = Juris-classeur périodique (appelé aussi: la Semaine juridique)
- JCP G = la Semaine Juridique. Edition Générale
- N° = Numéro
- Op. Cit. = Opero Citato (Ouvrage déjà cité)
- P = Page
- R. = Publié au Rapport annuel de la Cour de cassation
- R.J.D.A. = Revue de Jurisprudence de Droit des affaires.
- EEC= European Economic Community.
- T= Tribunal.

مقدّمة

أدت التطورات الهائلة في وسائل الإتصال التكنولوجية الحديثة إلى ظهور أنماط جديدة من المعاملات التجارية بظهور الأنترنت هذا من جهة، وإنفتاح الإقتصاد العالمي من جهة أخرى، مما أثر على جميع جوانب الحياة جلها، وخاصة الجانب التجاري لما أفرزته من معاملات تجارية معقدة وجديدة تمثلت في التجارة الإلكترونية التي تقوم فكرتها الرئيسية، على تجمع التجار والمستهلكين في معارض أو مراكز تجارية أو متاجر إفتراضية، وتنقسم إلى قسمين:

القسم الأول يمكن الدخول إليه دون الحاجة لإجراءات معينة ولكنه يسمح بالإطلاع والتجول فقط من أجل التعرف على السلع والخدمات المعروضة دون الشراء، والقسم الثاني الذي لا يمكن الدخول إليه إلا بعد إتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله في الموقع.

وتتيح التجارة الإلكترونية عدة مزايا حيث أصبح في متناول المستهلك الحصول على ما يريد دون الحاجة إلى التنقل أو إستخدام النقود الورقية، وكل مايحتاجه المستهلك هو إقتناء هاتف ذكي أو جهاز كمبيوتر، وبرنامج مستعرض للأنترنت، وإشتراكه بشبكة الأنترنت، كما أصبح من الممكن لرجال الأعمال تجنب مشقة السفر والتنقل من بلد إلى بلد آخر للقاء بالشركاء والمستثمرين وكذا عملائهم، أي أصبح بإمكانهم توفير الوقت والجهد والمال من أجل الترويج للسلع والخدمات.

ومن الفوائد التي يجنيها المستهلك من جراء التجارة الإلكترونية هي أن الأسواق الإلكترونية تكون مفتوحة طول السنة، ولا يحتاج إلى عناء الوقوف أو الإنتظار في طابور لشراء منتوج معين ولايتطلب شراء منتوج أكثر من مجرد النقر على المنتج المعين على شاشة الكمبيوتر وإدخال بعض المعلومات الخاصة به.

ورغم كل مزايا التجارة الإلكترونية إلا أنها تحمل في طياتها مساوئ عديدة منها: يكون المورد الإلكتروني مقدم الخدمة أو السلعة في مركز القوة، لأنه يملك كل مقومات التفوق من نفوذ إقتصادية بجانب تفوقه المعرفي، ويكون المستهلك في مركز الضعف والغبن، مما يجعله عرضة للإستغلال والإحتكار، ويصبح فريسة للطرف القوي، مما يؤدي إلى عدم التوازن في العقد المبرم بينهما فترجح كفة العقد لصالح التاجر المحترف على حساب المستهلك، ومثل هذا الأمر لا يعد مقبولا، فالعقد أياً كان نوعه ينبغي أن يكون متوازنا، ومن هنا طرحت فكرة حماية المعاملات التجارية الإلكترونية من إختلال التوازن العقدي، وطرحت هذه الفكرة للحد من آثار تفاوت المراكز القانونية في العلاقة بين المورد

الإلكتروني أو التاجر والمستهلك، وكان من نتيجة ذلك إقرار العديد من التشريعات لحماية العقود والمعاملات وتحقيق التوازن العقدي، لأن هذا المبدأ مفترض في المعاملات التجارية الإلكترونية، بما أن المستهلك يبرم عقد مع تاجر لا يعرفه وقد لايعلم حتى بمكان وجوده، مثل كأن يكون المستهلك في الجزائر والمورد الإلكتروني في كاليفورنيا،كما أنه لا يستطيع رؤية محل التعاقد أو التأكد من مطابقته مع المواصفات التي صرح به التاجر، من معلومات وبيانات جوهرية قد تؤثر على إرادة المستهلك.

والملاحظ أن الضعف التعاقدي ينشأ من إنعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد، حيث يكون أحد الطرفين المتعاقدين في مركز ضعيف مقارنة بالطرف المقابل، على نحو يطال إرادة هذا الطرف الضعيف ويؤثر على حرية وقدرة هذه الإرادة في إتخاذ القرارات الصائبة.

وتتعدد أسباب الضعف التعاقدي، فقد تكون نابعة من الشخص المتعاقد ذاته، وقد تكون خارجة عنه وغير متعلقة به، بحيث تتصل بالظروف الخارجية المحيطة بالعقد، وعلى هذا الأساس قد يكون الضعف ذاتي وهي الحالة التي يكون فيها النمو العقلي للشخص أو مستوى إدراكه العقلي غير مؤهل لإتخاذ القرارات الصائبة متى أراد إبرام إتفاقيات تعاقدية مع الغير، وتشمل هذا النوع من الضعف حالتي إنعدام التمييز لدى الطرف المتعاقد أو نقصناه وذلك بوجود خلل على مستوى التفكير وإدراك الطرف المتعاقد، سواء كان لصغر سنه أو إصابته بعارض من عوارض الأهلية، أو وجود عيب في إرادة هذا الطرف المتعاقد مثل الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن.

أما الضعف الإقتصادي فهو الحالة التي تنشأ نتيجة عن عدم تعادل وتوازن في المركز الإقتصادي لطرفي العلاقة العقدية، على نحو يستطيع من خلالها الطرف القوى فرض شروطه التعاقدية على الطرف الضعيف، رغم علم الطرف الضعيف بهذا الخلل في التوازن العقدي، وينشأ هذا النوع من الضعف بسبب تمتع الطرف القوى بنفوذ إقتصادي كبير في السوق، نتيجة إحتكار السلع والخدمات محل التعاقد وخاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية، لكون الشروط التعاقدية تكون مهيأة مسبقا من قبل المورد الإلكتروني، ولا يمكن للمستهلك حق التفاوض بما أنه يتعاقد عن بعد، على نحو يجعله واثقا من قبول الطرف المقابل لأي شروط تعاقدية قد يمليها عليه هذا الطرف القوي، وتعتبر عقود الإذعان أحد مظاهر هذه الحالة، وفيها يقتصر دور الطرف الضعيف على قبول ما قدم عليه من شروط دون أن يناقشها أو يطلع عليها.

وهناك الضعف المعرفي وهذا النوع ينشأ من الضعف في تفاوت خبرة ومعرفة طرفي العقد بشروط ومحل موضوع العقد، حيث يكون الطرف الضعيف جاهلا (مقارنة مع الطرف الآخر) بمعلومات تتعلق بالعقد يحوزها الطرف المقابل بسبب قلة خبرة الطرف الضعيف، وعدم إهتمامه بالعديد من المعلومات التي لا يدرك أهميتها إلا في وقت لاحق، وهنا يكون المورد الإلكتروني هو عين المتعاقد لأن هذا الأخير لا يمكنه معاينة المنتوج معاينة فعلية، فإرادته تبنى على أساس ما تم التصريح به من بيانات ومعلومات جوهرية متعلقة بمحل التعاقد، وعليه وجب على المشرع التدخل لإعادة التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية.

كما أنه من المعروف أن العقود تقوم على الإرادة، فالرضا أساس العقد تكريسا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن إطلاق الإرادة بالعقود وخاصة العقود الإلكترونية قد تطيح بمبدأ الحرية التعاقدية، لما ينطوي عليه من مخاطر ولتأثيره في قدرة الطرف الضعيف، وذلك من خلال عدم المعرفة الكافية بالمنتوج، وكيف للمستهلك أن يقوم بشراء شيء لا يعرف عنه إلا ما تم وصفه له من قبل المورد وهذا يخل بالتوازن بين الطرفين، فوجب على المشرع أن يعيد النظر في العدالة العقدية في مثل هذه المعاملات، وذلك لتعزيز الثقة بين أطراف العلاقة التعاقدية والتسريع من إنتشار التجارة الإلكترونية.

ويتضح أن موضوع التوازن العقدي موضوع قديم، لكنه دائما يظهر للواجهة للضرورة القانونية والواقعية، فالتوازن العقدي هو موضوع النقاش الفقهي القانوني والحيرة القضائية المستمرة والمتجددة وخاصة بعد التطور التكنولوجي، كما أنه يبدو ذو طبيعة وخاصية لا منتهية لارتباطه ولعلاقته اللصيقة بالعدالة.

فالتوازن العقدي من المواضيع الدائم البحث فيها من جوانب متعددة، لأنه الأساس الذي تقوم عليه العقود، فهو أكثر المسائل التي سوف تتكرر ويستمر النظر فيها، لضرورة الإقرار بمبدأ عام في قانون العقود وهو التوازن العقدي ليصبح الركيزة الثانية للقانون المدني إضافة إلى مبدأ سلطان الإرادة بعد تفرد الحرية التعاقدية في الفلسفة العقدية، وهذا لوجود ضعف إرادي الذي قد يصل أحيانا لحد التبعية أو الخضوع للطرف القوي، وذلك بهدف تحقيق التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية، لأن مبدأ سلطان الإرادة لوحده لا يكفي أن يحقق التوازن العقدي بين المتعاقدين، فما بالك بالمعاملات التجارية الإلكترونية التي تكون في حالات كثيرة من مراحل إبرام العقد تكون غير متوازنة، سواء في الإنشاء أو

التنفيذ، وأخذ المشرع الفرنسي بتطبيق مبدأ التوازن العقدي ليعتبر نقلة كبيرة في إعادة النظر في العقود بصفة عامة، ما جعل البحث في التوازن العقدي أمر ضروري وجدي.

أولا: إشكالية الدراسة

يفتح التحليل السابق الذي تم التطرق إليه باب التساؤل حول ما إذا كانت القواعد القانونية التقليدية كافية لتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية بين المتعاقدين، أم أنها على النقيض من ذلك تعجز عن توفير الحماية اللازمة لهذا النوع من المعاملات على النحو الذي يستوجب تدخلا من المشرع في فرض ضمانات لإعادة التوازن إلى المعاملات التجارية الإلكترونية؟

وتندرج تحت هذه الاشكالية الأسئلة الفرعية التالية:

- ماذا يقصد بالإلتزام بالإعلام الإلكتروني؟ وما دوره في تحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية؟
- هل حق العدول ضمانة لتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الالكترونية ؟ وماهي شروط إستخدام هذا الحق؟
- ماهي الحالات التي لا يمكن للمستهلك ممارسة حقه في العدول؟
- مامدى كفاية مكافحة الشروط التعسفية في تحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية؟
- ماهي الصلاحيات التي كرسها المشرع الجزائري للقاضي في إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية؟

ثانيا: فرضيات الدراسة

وفي محاولة للتقصي والتحقق أكثر لإيجاد إجابة للإشكالية، إعتمدنا إلى وضع الفرضيات التي إرتأينا أنها تتلاءم وتغطي جميع جوانب ومتغيرات الدراسة على الشكل الآتي:

- هل يمكن أن يكون الإلتزام بالإعلام الإلكتروني ضمانة قانونية تحقق التوازن والتكافؤ المعرفي بين أطراف العلاقة العقدية، من خلال تنوير بصيرة المستهلك، وتزويده بكافة المعلومات الجوهرية أم يجب أن تكون البيانات المصرح بها لها تأثر على إرادة المستهلك في حالة عدم الإدلاء بها.

– العدول في المعاملات التجارية الإلكترونية حق للمستهلك أم هو مكنة قانونية أم رخصة فقط؟ وهل يمكن للمستهلك أن يمارس حق العدول في أي مرحلة من مراحل التعاقد؟ وهل تكريس العدول يكون بسبب عدم معاينة السلعة معاينة فعلية من قبل المستهلك، ويتعاقد على أساس ما يراه في الموقع الإلكتروني؟ وفي حالة عدم التطابق بين السلعة والصورة، هل يوجد نصوص في القانون تسمح للمستهلك أن يعدل ويتراجع عن إبرام العقد وإرجاع ثمن السلعة؟

– هل إستبعاد الشروط التعسفية في المعاملات التجارية الإلكترونية تلعب دورا في معالجة الإختلال الموجود في المعاملات، وإعادة التوازن العقدي في المعاملات التجارية من خلال إزالة كل شرط تعسفي يمكنه أن يمس بتوازنها؟

–كيف ساهم تطبيق نظرية الظروف الطارئة في معالجة الإختلال الذي يمكن أن يعتري المعاملات التجارية الإلكترونية، وهل يمكن للقاضي في حالة وجود ظرف طارئ التدخل من خلال تكريس هذه النظرية لإعادة التوازن العقدي للعقد من أجل إزالة الإرهاق أو تخفيفه على الطرف الضعيف؟

ثالثا: أهمية الدراسة

تعد إشكالية دراستنا والإجابة عنها أمرا على قدر كبير من الأهمية. فالكثير من عقود التجارة الإلكترونية هي عقود بين تاجر محترف ومستهلك، وعدم إحاطة هذه المعاملات بالضمانات القانونية الفعالة والكافية التي تؤدي لتحقيق التوازن العقدي، سواء من الناحية المعرفية أو الإقتصادية أو حتى التوازن في الإلتزامات التي تقع على عاتق كلا الطرفين.

وخاصة بعد التطور الذي شهده العالم في جميع المجالات وخاصة في المجال التجاري، والتي أفرزت مظهر جديد من مظاهر التجارة الحديثة، فأصبحت المعاملات االتجارية التي تبرم عن بعد ضرورة ملحة لمواكبة هذا التطور، فالتجارة الإلكترونية ولدت لتبقى، ومن فوائدها التسريع في التعاملات التجارية والتقليل من الجهد والتكاليف وعناء التنقل من بلد إلى بلد آخر، حيث أصبحت الأسواق العالمية سوق واحدة وتعتبر نقلة نوعية في التبادل التجاري.

وبما أن القانون بوصفه أداة التنظيم في المجتمع من جهة، ولإرتباطه الوثيق بالتطورات الإقتصادية والإجتماعية من جهة أخرى، فإنه يتعرض للظواهر المستحدثة في التعامل بهدف إستخراج الآليات اللازمة لمواجهة الأخطار التي قد تنشأ عنها، ويعد العمل على إعادة التوازن العقدي من أهم سبل حماية العلاقة العقدية، وخاصة أن المعاملات الإلكترونية أصبحت تتخللها أساليب الغش والتضليل والتعسف

لذلك كان البحث في الضمانات التي تحقق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية في غاية الأهمية.

لأن مبدأ سلطان الإرادة غير كافي لوحده في تحقق التوازن الفني والإقتصادي والمعرفي في العلاقات العقدية التقليدية، فكيف له أن يحقق التوازن المنشود في المعاملات التجارية الإلكترونية؟، لأن مجال التجارة الإلكترونيية معقد بالوسائل المستخدمة لإبرامه، فأصبح مجالا مهيأ لبروز إختلال واقعي في المعاملات العقدية، وعدم وجود محل للمساواة المجردة بشقيها، ولهذا وجب حماية الطرف الضعيف في مثل هذه العلاقات وتكريس الضمانات والمبادئ التي تكفل له التوازن العقدي في كل الجوانب.

رابعا:أسباب (دوافع) اختيار الموضوع

لعل أهم الأسباب التي أدت إلى اختيار موضوعنا منها أسباب موضوعية والأخرى ذاتية

أ/ الأسباب الموضوعية:

- أن موضوع التوازن العقدي لايزال يثار حوله الجدل لكونه يرتبط بحماية العلاقة التعاقدية وتحقيق التوازن المعرفي والإقتصادي، وكذا التوازن في الإلتزامات بين المتعاقدين في ظل التطورات التكنولوجية حيث أصبحت المعاملات الإلكترونية عرضة للإختلال بين أطراف العلاقات العقدية.
- عدم قدرة القواعد العامة الموجودة في القانون المدني على تحقيق التوازن العقدي، اذا وجب البحث عن ضمانات وركائز مستحدثة لتتلاءم مع العقود الإلكترونية وخصائصه، وخاصة بعد ظهور كوفيد19 الذي وضعنا أمام الأمر الواقع وفرضه التعاملات الإلكترونية بسبب العزل زو الحجر الصحي، فأصبح التعليم عن بعد وكذا البيع والشراء يتم بالوسائل الإلكترونية أي أصلح التجارة الإلكترونية هي المحور الأساسي في التعامل. وعليه كانت ضرورة حتمية البحث في إيجاد وسائل لحماية الطرف الضعيف.
- صدر أول قانون في الجزائر لتنظيم التجارة الإلكترونية، هو القانون 05/18 الذي كان يعتبر نقلة نوعية للترويج ونشر ثقافة التجارة الإلكترونية، والنهوض بالإقتصاد الرقمي في الجزائر، غير أنه تعتريه نقائص عديد في تنظيم التجارة الإلكترونية.

ب/ الأسباب الذاتية:

- محاولة إثراء المكتبة الجامعية بموضوع جديد نسبيا خاصة في تحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية، لأن المؤلفات المتعلقة بهذا الموضوع في الجزائر قليلة.

- ميولي الشخصي للتجارة الإلكترونية وخاصة العقود الإلكترونية التي أصبحت ضرورة حتمية في التعامل وخاصة بعد تفشي جائحة كورونا، التي فرضت علينا الحجر الصحي وغلق كل الأسواق مما جعل كل من المستهلك ولمورد التعامل إلكترونيا لتوفير حاجيتهم اليومية أو الإحتياجات المتعلقة بمحلاتهم التجارية.

خامسا: أهداف الدراسة

لقد إخترنا موضوع دراستنا الموسوم بعنوان ضمانات التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية، والهدف من هذه الدراسة هو الوصول إلى مايلي:

- التعريف بالتجارة الإلكترونية والترويج لها، والعمل على نشر ثقافة الإستهلاك الإلكتروني وفتح المجال إلى تدعيم التعامل إلكترونيا، وذلك لخلق مجتمع المعاملات اللاورقية، وبالتالي سوف تحل الدعائم الإلكترونية محل الدعائم التقليدية الورقية، ولا شك أن إزدهار تلك التجارة ونموها يتوقف على مدى وضوح النظام القانوني للمعاملات الإلكترونية وقدرته على توفير الثقة للمتعاملين بصفة عامة والمستهلك الإلكتروني بصفة خاصة.

- العمل على ضرورة تكريس مبدأ التوازن العقدي في جميع المعاملات التجارية الإلكترونية وهذا لخصوصية هذا النوع من العقود.

- محاولة الوقوف على الضمانات القانونية التي كرستها التشريعات والقوانين لتحقق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية في التشريع الجزائر والتشريعات المقارنة، لعدم وجود دراسة في هذا الجانب رغم وجود دراسات متشابهة ولكن في العقود التقليدية.

- المساهمة اليسيرة في المادة العلمية، وبناء رصيد معرفي في جانب من جوانب التخصص وفتح مجالات اخرى للبحث في موضوع التوازن العقدي كمبدأ مطلوب وضروري في العقود بصفة عامة والمعاملات التجارية الإلكترونية بصفة خاصة .

سادسا: نطاق (حدود) الدراسة

أما فيما يخص نطاق (حدود) الدراسة فالملاحظ أن ضمانات التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية هو في الحقيقة موضوع واسع جدا، والمعاملات تشمل عدة عقود، وبالتالي فلقد إقتصرنا في هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على العقود الإستهلاكية التي تكون بين المستهلك والمورد

الإلكتروني، الذي يعتبر من العقود أكثر شيوعا وإستعمالا في التجارة الإلكترونية، إستنادا إلى التشريع الجزائري وبعض التشريع المقارن.

سابعا: الدراسات السابقة

لقد أفرزت عملية المسح عن دراسات سابقة لها علاقة بموضوع دراستنا نوردها أدناه وفق ترتيب زمني متصاعد كالتالي:

1-درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد –تلمسان- سنة 2013-2014.

ركز الباحث في دراسته على طبيعة التوازن العقدي من خلال عرض الإطار المفاهيمي التاريخي وتسليط الضوء على مضمون هذه الفكر في ظل المبادئ التقليدية، التي يطغى عليها مبدأ سلطان الإرادة وكيف تحول محتواها مع إنتكاس هذا المبدأ، ليتلاءم مع متطلبات العدالة، والنزعة الإجتماعية التي سادت القوانين الوضعية، وكذا حاول الباحث في الوسائل القانونية المتاحة، والكفيلة بحماية وتحقيق التوازن العقدي، سواء تعلق الأمر بالوسائل التي يصلح إستعمالها في مرحلة الإبرام لوقاية العقد من كل تفاوت محتمل بين حقوق وإلتزامات الطرفين أو تلك التي تهدف إلى معالجة إختلال التوازن الحاصل في مرحلة التنفيذ.

2- عرعار عسالي، التوازن العقدي نشأة العقد، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الخاص، جامعة الجزائر 1، سنة 2014/ 2015.

تعرض الباحث في دراسته إلى ضرورة فحص الوسائل التقليدية للتوازن بقراءة جديدة لمفهوم توازن العقد، من خلال البحث في التوازن بين عوائق ذاتية خاصة بالعقد والمتعاقد وكذا التوازن الموضوعي كإستثناء، فيما إذا تم إعمالها بفعالية حتى يتسنى للمشرع تنسيقها وملائمتها بما إستحدث الآليات المكرسة في التشريعات الخاصة للوقاية من الإختلال المتضمن توخي إستعمال المتعاقد لسلطته في مكافحة الشروط التعسفية لتحقيق التوازن العقدي، وخلق مناخ التوازن العقدي من حيث تكريس مبدأ حسن النية، ومواجهة التفوق المعرفي في فرض الإلتزام بالإعلام وقاية من إختلال التوازن العقدي، كما تناول دراسة لمهلة التفكير كآلية إستثنائية للوقاية من إختلال التوازن.

3- دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد –دراسة مقارنة- أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، سنة 2015-2016.

لقد قسم الباحث دالي بشير دراسته إلى الحديث عن دور القاضي في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه، وتناول دور القاضي في مرحلة تكوين العقد، وذلك من خلال تفسير العقد لمصلحة الطرف الضعيف وتطبيق مبدأ حسن النية من خلال الحديث على الأساس الفقهي والقانوني، وفي السياق نفسه تكلم عن مدى تطبيق هذا المبدأ في العقود بصفة عامة وكذلك التجسيد الواقعي لمبدأ حسن النية.

كما تناول الباحث سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد وتطرق فيه إلى كيفية تعديل العقد والأساليب التي يعتمد عليها القاضي في التعديل العقدي، وقام بدراسة مبدأ التوازن العقدي ومدى تحققه في ظل حماية الطرف الضعيف في العقد.

وتطرق الباحث إلى سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد، من خلال محاربة الشروط التعسفية حيث حاول أن يتعرض لدور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية، وتعرض أيضا إلى مدى إحترام القاضي الناظر في الدعوى للإلتزامات العقدية، وبالأخص الإلتزام بالسلامة والإعلام وكذا الضمان.

4- كريم عزت حسن الشاذلي، النظام القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2019

ركز الباحث في دراسته على النظام القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني حيث قسم دراسته إلى النظام القانوني الوقائي لحماية المستهلك الإلكتروني، والذي خصصه للإلتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني، وعن مفهوم ومعايير الشروط التعسفية، وآليات مناهضتها وإقصائها من عقود الإستهلاكية الإلكترونية.

كما تناول الباحث النظام العلاجي لحماية المستهلك الإلكتروني، حيث تطرق إلى حق المستهلك في العدول عن العقد المبرم عبر الأنترنت، وكذا تحدث عن ضمان سلامة المستهلك الإلكتروني من الأضرار التجارية كانت بسيطة أو جسيمة.

أما دراستنا فنصبت حول تحديد الضمانات الوقائية لتحقيق التوازن العقدي والتي تمثبت في حماية رضا الطرف الضعيف في المعاملات التجارية الإلكترونية من خلال فرض الإلتزام بالإعلام الإلكتروني، وتكريس حق العدول من أجل تحقيق التوازن العقدي، بالإضافة إلى الحديث على الضمانات العلاجية لتحقيق التوازن التي تضمنت مقاومة الشروط التعسفية لتحقيق التوازن العقدي، والضمانات القانونية

العامة لتحقيق التوازن بين الشروط التعاقدية التي شملت قاعدة حسن النية في التعاقد، ودور نظرية الظروف الطارئة في تحقيق التوازن العقدي.

ثامنا: منهج الدراسة

اعتمدنا في بحثنا هذا على مناهجا مختلطة بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن فمن ناحية المنهج الوصفي تطرقنا إلى وصف جميع الظواهر المرتبطة بالدراسة، وتحديد العيوب والثغرات في موضوع الدراسة في التشريع الجزائري.

كما إعتمدنا على المنهج التحليلي لتحليل جميع الحقائق والمعلومات والعمل على دراستها وصولا إلى إستخلاص النتائج الخاصة بموضوع الدراسة، فالدراسة تقوم على تحليل النصوص القانونية ذات الصلة تحليلا دقيقا يقوم على الموازنة والمناقشة والتكامل وعرض الإتجاهات القضائية ومتابعة تطورها ومجالها والربط بينهما.

وأخيرا إعتمدنا على المنهج المقارن وفي مرات أقل ، إذ تطرقنا في الكثير من الأحيان في دراستنا إلى مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي والتوجيه الأوروبي، والمصري والتونسي فيما يخص التدابير التي إتخذتها هذه التشريعات للحفاظ علي التوازن العقدي، رغبة من الإستفادة من الشروح التي عنيت بهذا الموضوع في فرنسا والتوجيه الأوروبي في هذا الخصوص، ونحاول من خلال هذه المقارنة الوقوف على مواطن القصور في التشريع الجزائري فيما يخص تنظيمه إلى مسألة التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف، ومدى إمكانية تبني الحلول التي أتى بها القانون المقارنة لتفادي هذا القصور.

تاسعا:خطة الدراسة

ومن أجل الإلمام بشتى جوانب الدّراسة إرتأينا إتباع الخطة التالية، من خلال تقسيم موضوع البحث إلى بابين يتضمن كل باب فصلين، وكان على العموم هيكل الدراسة الأساسي كما يلي:

قسمنا بحثنا هذا إلى بابين في كل منهما فصلين ولكل فصل مبحثين، حيث تناولنا في الباب الأول الموسوم بعنوان :

الضمانات الوقائية لتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية

وقد ضمنا الفصول والمباحث العناصر التالية:

- **الالتزام بالإعلام ودوره في تحقيق التوازن المعرفي في المعاملات التجارية الإلكترونية**
- ماهية الإلتزام بالإعلام الإلكتروني ،الأحكام المتعلقة بالإلتزام بالإعلام

- تكريس حق العدول من أجل تحقيق التوازن العقدي

- ماهية حق العدول ، أحكام حق العدول في إعادة التوازن العقدي للمعاملات التجارية الإلكترونية.

أمّا **الباب الثاني** الذي ورد تحت عنوان:

الضمانات العلاجية لتحقيق التوازن في المعاملات التجارية الإلكترونية

وقد ضمنا الفصول والمباحث العناصر التالية:

- تحقيق التوازن العقدي من خلال مقاومة الشروط التعسفية

- الشروط التعسفية سببا في الإختلال العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية آليات مواجهة إختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية

- الضمانات القانونية العامة لتحقيق التوازن بين الشروط التعاقدية

- قاعدة حسن النية في التعاقد ودور نظرية الظروف الطارئة في تحقيق التوازن العقدي

ليتوج بحثنا بخاتمة تضمنت مجموعة من النتائج والتوصيات التي إستنتجناها من خلال دراستنا،كما فتح آفاق للدراسة لمن يأتي بعدنا في البحث.

الباب الأول

الضمانات الوقائية لتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية

تمهيـــد:

نتج عن ممارسة التجارة الإلكترونية ظهور عدة إختلالات المتمثلة في عدم وجود توافق بين طرفي العلاقة العقدية من الناحية المعرفية للأطراف، جاء نتيجة التغير الذي أوحت به قوانين الاستهلاك قانون المعاملات التجارية الإلكترونية، والتي جعلت من عدم التوازن المعرفي مبررا لحماية المستهلك، عن طريق وضع ضمانات وآليات قانونية للوقاية من اختلال التوازن العقدي، وذلك من خلال فرض الالتزام بالإعلام على المورد الإلكتروني لتزداد بها إرادة المستهلك تبصيرا، بإعطاء المورد كافة المعلومات التي يعرفها، أو المفروضة عليه أن يعرفها بخصوص المنتجات التي يقوم بتصنيعها أو توريدها إلى المستهلك، الأمر الذي يترتب عليه قدرته على أن يتخذ قرارات مبنية على أسس معرفية وصحيحة، وعى ذلك فإنه يعتبر عدم التوازن المعرفي كسبب لعدم التوازن العقدي وبالتالي فالوقاية منه تعني تحقيق التكافؤ بين الأداءات (الفصل الأول).

ونظرا للضغوطات التي تقع على المستهلك عند أخذه أي قرار، ولأجل تطوير العمليات التجارية الإلكترونية وأساليب الإشهار والدعاية لإقناع المستهلكين بأهمية السلعة تعزز الإلتزام بالإعلام في تقرير مدى ملاءمة السلعة للمستهلك، فضلا عن الدعايات المغرضة والمضللة كل هذا يؤدي إلى تشويه رضاء المستهلك وإن لم تكن معيبة بأحد عيوب الرضا، مما جعل المشرع يعطي للمستهلك حق العدول ومهلة للتفكير كضمانة وقائية لتحقيق التوازن العقدي، والتراجع وتدارك الأمر عن عقد أبرمه برعونة وتسرع دون أن يكون ملزما بتبرير سبب العدول.(الفصل الثاني)

الفصل الأول: الالتزام بالإعلام ودوره في تحقيق التوازن المعرفي في المعاملات التجارية الإلكترونية

نتيجة للتطورات العلمية ولاستخدام الوسائل الإلكترونية وكذا شبكة الانترنت في معظم جزئيات الحياة، أصبح هناك تفاوت بين طرفي التعاقد، ففي أغلب الأحيان لا يكون المستهلك على علم كاف بمحل التعاقد.

فكل ما يتم إرساله له من خلال شاشة الحاسب الآلي وما يعرض في مواقع المتاجر الافتراضية، هي بيانات تتضمن المواصفات والمقاييس الخاصة بمحل التعاقد والتي من الممكن أن ترسل عبر شبكة الأنترنت كما يمكن إرسال عينة مصغرة لمحل التعاقد إلى المستهلك من أجل تبيان ما يمكن أن يحتويه محل المعاملة، فهناك التزام على عاتق المورد الإلكتروني بتبيان طريقة استعمال المنتج وإيجابياته وسلبياته أو الخدمة وبيان مدى مناسبة هذا المنتج أو الخدمة للمستهلك، كما يجب على المورد بيان مدى تناسب المحل واحتياجات المستهلك له ومن حق هذا الأخير الاستعانة بخبير لمواصلة مرحلة التفاوض معه وإرشاده عن محل التعاقد[1]. مما أدى إلى الاعتراف بالالتزام بالإعلام لتحقيق التوازن بين المستهلك والمورد الإلكتروني لعدم التساوي بينهما من ناحية الدراية والمعرفة الفنية بمحل التعاقد، لذا حاولت بعض النظم القانونية إيجاد نوع من التوازن في هذه العلاقة، من خلال فرض الالتزام بالإعلام الإلكتروني الذي يكفل حماية الطرف الضعيف جراء هذا الخلل الموجود في العلاقة[2].

ومنه سوف نقوم في هذا الفصل بتخصيص ماهية الالتزام بالإعلام الإلكتروني كمبحث أول والأحكام المتعلقة بالالتزام بالإعلام مبحث ثاني.

[1]– محمد فواز محمد مطالقة، عقود التجارة الالكترونية،دراسة مقارنة،ط 3، دار الثقافة، عمان، الأردن،2011، ص 51.

[2]– عدنان سرحان، إلتزام المحترف بتزويد المستهلك بالمعلومات، ندوة حماية المستهلك بكلية القانون، الإمارات، 2007، ص 112.

المبحث الأول: ماهية الالتزام بالإعلام الإلكتروني

إن فكرة الالتزام بالإعلام تقوم على إلزام المتعاقد بالقيام بتزويد الطرف الآخر بجميع البيانات والمعلومات الضرورية واللازمة لمساعدة الطرف الضعيف باتخاذ قرار بشأن التعاقد من عدمه، وذلك لأن مخالفة الالتزام بتزويد المستهلك بالإعلام قد يترتب عليها تعيب إرادته، وهنا تكمن أهمية الالتزام بالإعلام لصحة العقود في ظل عدم المساواة بين المتعاقدين من حيث العلم والدراية بخصائص محل التعاقد لصالح المورد مما يجعل المستهلك في الكفة الضعيفة ويكون تعسفا بسبب عدم التوازن العقدي بينهما.

ونجد فكرة سند الالتزام بالإعلام على وجوب تطبيق مبدأ حسن النية الذي يحكم تكوين العقد وتنفيذه. ونتيجة لذلك فرض المشرع التزاما بالإعلام يترتب على الطرف القوي في العقد وغالبا ما يكون هذا الطرف موردا أو مهنيا أو موزعا أو بائعا، ولذا يشترط لقيام هذا الالتزام جهل أحد المتعاقدين بالمعلومات لاستحالة علمه وأن يكون الطرف الآخر له العلم بهذه البيانات والمعلومات. ويجب أن تكون هذه البيانات مؤثرة على رضا المتعاقد الدائن بهذا الالتزام بحيث لو كان الدائن يعلم بها قد لا يقدم على إبرام هذا العقد.

وعلى ضوء ما سبق سوف نقوم بدراسة ماهية الالتزام بالإعلام الإلكتروني من خلال ثلاث مطالب كمايلي:

المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام وتمييزه عما يشابهه من التزامات

الالتزام بالإعلام يجد أساسه في عدم وجود تكافؤ بين أطراف العلاقة العقدية من ناحية الدراية والعلم بعناصر العقد وظروفه، مما يلقي على عاتق المورد بصفة خاصة الالتزام بأن يدلي للطرف الآخر بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بمحل التعاقد، حتى يتصرف الطرف الآخر وهو على علم ودراية بجميع المعلومات والبيانات، المتعلقة بمحل التعاقد.

لكن لا يقتصر الالتزام بالإعلام على البيانات الجوهرية فقط بل يجب أن ينصب بيان تفصيلي أو ثانوي كدافع للتفاوض والتعاقد. ولهذا معيار تحديد البيانات والمعلومات التي يلتزم أحد الطرفين بالإدلاء بها للطرف الآخر الذي يتفاوض معه هو معيار مدى أهمية المعلومات والبيانات للمتعاقد الآخر في مرحلة التفاوض الإلكتروني[1].

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص ص 239-240

لعل أول ما يقتضي بحثه في وضع النظرية العامة للالتزام بالإعلام الالكتروني، وإبراز الدور الذي يلعبه في تحقيق التوازن والاستقرار في المعاملات التجارية الإلكترونية، هو وضع تعريف دقيق لهذا الالتزام، من خلال استعراض بعض التعاريف الفقهية المعاصرة، وكذا التشريعية والقانونية، والتي من خلالها يمكننا التمييز بين كل الأنظمة والمصطلحات المتشابهة وتتقاطع في مواطن الاختلاف، لذا سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني

نظرا لاكتساب الالتزام العام بالإعلام أهمية بالغة في تحقيق المساواة وسد الاختلال الموجود في هذه العلاقة التعاقدية، فقد عرف تعريفات مختلفة وعديدة خاصة من ناحية الفقه الحديث. فقد عرفه بعضهم على أنه:"التزام سابق للتعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر، عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم وكامل ومتنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد". وهذا بسبب ظروف معينة قد تكون بسبب طبيعة العقد أو صفة أحد أطراف العقد أو طبيعة محل التعاقد أو أي ظرف آخر. حيث من المستحيل على أحدهما أن يلم بجميع المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات[1].

كما عرفه البعض على أنه: "الالتزام الذي يسبق التعاقد بحيث يلتزم أحد طرفي العقد بإعلام الآخر عن البيانات التي يجب توافرها في العقد ليتم إبرامه بشكل خال من أي عيب وكامل بكافة مفرداته. وذلك نتيجة لظروف واعتبارات معينة ترجع لطبيعة الشخص المتعاقد معه أو لطبيعة العقد نفسه أو لأي اعتبار آخر يجعل من العقد مستحيلا إذا تم كتمان بيانات محددة وضرورية في التعاقد"[2].

ومنهم من عرفه على أنه: " وضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم. فيتعين على المورد أو المنتج أن يبين كل الأخطار التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له"[3].

---

[1]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية –دراسة مقارنة–، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2019، ص 99.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية –دراسة مقارنة–، دار الجامعة ، الإسكندرية، 2007، ص 163.

[3]– رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني –دراسة مقارنة–،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص52

ونلاحظ أن هذا التعريف ركز على فكرة الخطر للمنتجات والخدمات التي تكون محل التعاقد. أي أن هذا التعريف جعل الالتزام بالإعلام فقط للمنتجات الخطيرة وتزوده بالمعلومات والبيانات التي تحمي المستهلك من مخاطر هذه المنتجات. أما في الواقع فإن الالتزام بالإعلام هو تزويد المستهلك بجميع البيانات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة، وكذلك البيانات المتعلقة بالشخص المتعاقد معه. أي المورد وهذا كله من أجل تنوير رضا المستهلك في العقد حيث تتضمن الإعلام بهذه بالبيانات خطورة المنتج .

ومن خلال ما أوردناه من تعريفات للالتزام بالإعلام نستنتج على أنه التزام قانوني عام سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد طرفي المعاملة (المورد) الذي يملك معلومات جوهريةّ فيما يخص السلعة أو الخدمة بتقديم البيانات الهامة والأساسية بوسائط إلكترونية للمستهلك التي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة وذلك لحماية رضاه وتنويره من أجل التوازن العقدي.

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي في القانون المدني على المورد الالكتروني أنه: "أن يبين ما الذي يلتزم به"[1]ولقد سايره القضاء في ذلك إذ ذهب إلى تفسير كل غموض في العقد لصالح المستهلك الالكتروني[2].

ومنذ عدة سنوات وضع القضاء قيدا يتمثل في:"على المورد الالكتروني المحترف تقديم معلومات للمستهلك حول الميزات الأساسية للمنتج"[3]. ومددت هذه القاعدة المستنبطة بخصوص المنتجات الخطيرة على الأموال الأكثر تقنية(آلات الحاسوب) وهي اليوم ذات مدى عام، إذ كرست في العلاقات ما بين المحترفين والمستهلكين بواسطة القانون 60/92[4] والذي تضمنت مادته الثانية مايلي:"يجب على كل بائع محترف أن يقوم بكل ما يجعل بمقدور المستهلك معرفة الميزات الأساسية للمبيع قبل إبرام العقد" وإضافة إلى ذلك يجب عليه إعلام المستهلك الالكتروني أيضا بشروط استعمال المبيع [5].

- أما المشرع الجزائري فلم يقم بتعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني بل اكتفي بذكر عناصر العرض الإلكتروني في نص المادة 11 على ضرورة تقدم العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة.

---

[1] المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي.

[2]– نقض مدني فرنسي، الغرفة الأولى في 13 أكتوبر 1993.

[3]– نقض مدني فرنسي، الغرفة الأولى في1973/01/31.

[4]– القانون الفرنسي 60/92 المؤرخ 1992/01/18 المتعلق بتدعيم حماية المستهلكين، ج.ر، عدد 170017، 21 جانفي 1992، ص968.

[5]– لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط2، دار هومه، الجزائر،2006، ص 305.

كما أوجب المشرع الجزائري على المورد الالكتروني إلزامية إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشرط البيع[1].أما المرسوم التنفيذي 06/ 306 المتعلق بتحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، فقد أوجب على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/ أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه[2].

وفي الأخير نقوم بدورنا بوضع تعريف للالتزام بالإعلام على أنه: "يلتزم المورد الإلكتروني بتقديم كل البيانات والمعلومات الجوهرية التي لها تأثير على إرادة المستهلك الإلكتروني إما بإبرام العقد من عدمه".

الفرع الثاني: تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزامات التعاقدية المشابهة له

بعد تعريف الالتزام بالإعلام اتضح أنه التزام سابق على إبرام العقد وله ذاتية خاصة وبالتالي يجب التمييز بين الالتزام بالإعلام عن ما يشابهه من التزامات تعاقدية أخرى، كالالتزام التعاقدي والالتزام بالنصيحة والالتزام بالتعاون. والتمييز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتحذير وكذا تميزه عن الإعلان، وأخيرا تميزه عن الالتزام بالاستعلام على النحو التالي:

أولا: تمييز الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد عن الالتزام بالإعلام التعاقدي

وجدنا أن تحديد الفرق بين الالتزام السابق للتعاقد والالتزام بالإعلام التعاقدي أمرا ضروريا لرفع اللبس بينهما وهل يؤديان نفس الوظيفة ؟ إلا أن بعض الفقهاء يرون صعوبة التمييز بين هذين الالتزامين، بل واستحالة ذلك في بعض الأحيان. فقد قال **غستان:** إن الحدود الفاصلة بين هذين الالتزامين لا يمكن وسمها بوضوح إن لم يكن هذا التحديد مستحيلا. ورغم منطقية هذا الرأي إلا أنه يمكن التميز بين الالتزامين وليس ذلك مستحيلا وفقا للمعيار الذي سنتبناه وهو وقت نشوء الالتزام ووقت المطالبة بتنفيذ الالتزام، لان الالتزام قبل التعاقد هو التزام لا فائدة من تنفيذه بعد إبرام العقد، فإذا نشأ الالتزام بعد تنفيذ العقد فهذا التزام تعاقدي[3].

---

[1]– المادة 04 من القانون 02/04 السالف الذكر، الذي نصت على ما يلي :" يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع".

[2]– المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية،ج.ر، العدد 56، 11 سبتمبر 2006، ص. 16.

[3]– عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك –دراية مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص ص 369- 370.

لهذا سوف نقوم بتحديد بعض نقاط الاختلاف بينها رغم وجود مظاهر للتباين، لهذا سوف نركز في التفرقة بين هاذين الالتزامين من حيث الاساس القانوني لكلاهما وأيضا التمييز من حيث المصدر وكذلك من ناحية النشأة وأخيرا من حيث الجزاء.

من ناحية الأساس فإن الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد يجد اساسه في صحة وسلامة الرضا[1]، أى بعيدا عن مجال العقد الذي يبرم بعده، بينما نجد الالتزام التعاقدي بالإعلام اساسه في تنفيذ التزام عقدي، فهو التزام مضمونة قيام أحد طرفي العقد بتزويد الطرف الآخر بما يحتاج إليه من معلومات، أو بيانات في مجال معين من المجالات التي تتعلق بها هذا العقد[2].

أما من ناحية النشأة فالالتزام بالإعلام السابق للتعاقد ينشأ في المرحلة التي تسبق إبرام العقد وتكوينه وهذا يضمن للمتعاقد الدائن بالإعلام رضاء حرًا ومستنيرًا، وتكون كل المعلومات والبيانات الجوهرية الخاصة بالشيء محل التعاقد واضحة أمامه وهو بهذا يستطيع أن يبرم العقد أو يرفضه. بينما الالتزام بالإعلام التعاقدي ينشأ وينفذ بعد إبرام العقد وتكوينه فهو التزام تعاقدي، وأثر من آثار العقد[3].

ومن ناحية المصدر فإنه يتضح ان الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد قد يجد مصدره في المبادئ العامة للقانون، وأهمها مبدأ حسن النية بالإضافة إلى النصوص القانونية التي نصت عليها التشريعات الخاصة مثل قانون حماية المستهلك وقانون التجارة الإلكترونية[4].

وتجدر الإشارة إلى أن أغلب رجال القضاء والفقه الفرنسيين يذهبون إلى أن مبدأ حسن النية قبل التعاقد يكون أثناء مرحلة التفاوض التزاما إيجابيا بالصدق والأمانة في مواجهة الطرف الثاني أو في مبدأ سلامة العقود[5].

- أما الالتزام بالإعلام التعاقدي يجد مصدره العقد، لأن محل الالتزام وموضوعه هو قيام أحد طرفي العقد بتزويد الطرف الآخر بالمعلومات والبيانات الجوهرية التي يحتاجها في مجال معين من المجالات المتعلقة بالعقد

---

[1] Didier ferrier .la protection des consommateurs.Dalloz.1996.p35.

[2] _ عمر محمد عبد الباقي، الحناية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 2، منشأة المعارف، 2008، الإسكندرية، ص 224.

[3] _ أيوب يوسف سالم محمد لعبيدي، الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2019، ص 101.

[4] – نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية القاهرة، 1982، ص 85.

[5] – رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 65.

المبرم[1]. وفي حدود ما يقتضيه العقد اعتبارا بمبدأ حسن النية، أو تنفيذا لواجب التعاون والمشاركة بين المتعاقدين في تنفيذ العقد، وبالتالي فهو أقرب إلى الالتزامات التعاقدية التي ينص عليها القانون ضمن الالتزامات المتبادلة والخاصة ببعض أنواع العقود[2].

ومن ناحية الجزاء فإن اختلاف المصدر لكلا الالتزامين مما يجعلهما يختلفان في ترتيب الجزاء في حالة عدم الالتزام، ففي حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام السابق للتعاقد فإن الجزاء المترتب مطالبة الدائن بإبطال العقد لعدم سلامة إرادة وتعيب الرضا، كما يحق له أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة هذا الإخلال وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لان هذا الالتزام قد نشأ قبل إبرام العقد، أما في ما يخص الالتزام بالإعلام التعاقدي يقوم على أساس المسؤولية العقدية وذلك لان هذا الالتزام يقوم بعد إبرام العقد وخلال تنفيذه[3].

وفي الأخير نحن نهتم بكلا الالتزامين على حد سواء لاعتبارهما وسيلتين هامتين في حماية التوازن العقدي وحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذه المعاملات التي تتم إلكترونيا، وقمنا بالتميز بينهما لتحديد الجزاء ونوعية وطبيعة المسؤولية المترتبة على الإخلال بأي منهما.

ثانيا: تمييز الالتزام بالإعلام وبين الالتزام بالنصيحة وتقديم الاستشارة

يظهر الاختلاف بين هذين الالتزامين عندما تكون النصيحة هي الالتزام الرئيسي الناشئ عن العقد المراد إبرامه كما هو الحال في العقود المبرمة مع مكاتب المتخصصة في الاستشارات القانونية، أو خبير في مجال فني كالمهندس الاستشاري[4]، حيث الالتزام بالنصيحة أو المشورة هو التزام ينشأ مباشرة عن الإرادة الصريحة للطرفين فهو محل العقد والهدف منه. أما الالتزام بالإعلام فيقتصر على إحاطة المتعاقد وهو المستهلك بكافة البيانات والمواصفات وملابسات العقد وتركه بعد ذلك لاتخاذ القرار الذي يحقق مصالحه[5].

---

[1]_ أيوب يوسف سالم محمد لعبيدي، مرجع سابق، ص 102.

[2]_ عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 225.

[3]_ رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 66

[4]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، 438.

[5]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد،مرجع سابق، ص 113,

كما أن الالتزام بالمشورة محدد وواضح يساعد على تقديم المعلومات بل يتضمن حثا أو دافعا نحو موقف معين. يضاف إلى ذلك أن هذا الالتزام يتطلب بذل عناية أكبر في سبيل تقديم مشورة محددة وواضحة تساعد من طلب المشورة على اتخاذ قرار حاسم بشأن مسألة أو مشكلة معينة.

في حين أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد بهدف تنوير وتبصير أحد المتعاقدين، فتساعده على بناء وتكوين رضاه الحر بالعقد المراد إبرامه. وبالإضافة إلى ما سبق فأهم نقاط الاختلاف بين هذين الالتزامين كثيرة وواضحة لا يمكن إنكارها. وتتمثل في كون الالتزام السابق للتعاقد هو التزام قانوني سابق على التعاقد ينشأ وينفذ في مرحلة سابقة على العقد، وبالتالي لا يستمد وجوده منه ولكنه يستمد وجوده من المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية قبل التعاقد بالإضافة إلى النصوص القانونية التي نصت عليه صراحة في قانون حماية المستهلك وقانون التجارة الإلكترونية أي تشريعات خاصة، أما بالنسبة للالتزام العقدي بتقديم استشارة هو التزام يستمد أساسه من العقد أي أنه التزام عقدي ينشأ بنشوء العقد ويكون بعد إبرام العقد[1].

ويعتبر الالتزام بالنصح والإرشاد التزاماً عاما لكافة العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت دون استثناء، ذلك نتيجة للتطورات السريعة واللحظية التي تتمتع بها التجارة الإلكترونية. لأنه قيد التحديث لحظى الأمر الذي يستوجب بيان النصح والإرشاد الضروري لأي تعاقد يبرم من خلال الانترنت للحفاظ على العلاقة العقدية سليمة من أي اختلال في المستقبل. كما أن النصح يبين للعميل المقدرة التي يتوجب توافرها لديه للتعاقد الذي سوف يبرمه، فالشخص الملتزم بالنصح والإرشاد ذو خبرة وتتوفر هذه الصفة في المحترف أيضا لإيجاد توازن بين الخبرة المتوفرة لديه وإرادة العميل الذي يريد الحصول على المعلومات كي يتساوى الأطراف في العقد، كون العميل يكون في درجة أدنى من المنتج في معرفته بمهنته ويتم مواجهة هذه التصرفات من خلال تقديم النصح والإرشاد لإزالة الغموض وإبرام عقد يتسم بالاتزان[2].

[1]– غازي خالد أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك(دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين المستهلك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني)، دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، المجلد 36، العدد1، 2009، ص ص189- 190.

[2]– محمد فواز المطالقية، مرجع سابق، ص 53.

ثالثا: تميز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالاستعلام

جهل المدين بالمعلومات والبيانات لا يعد عذرا لإعفائه من ضرورة الالتزام بالإعلام. وعلى المورد أن يعلم المستهلك بالبيانات المتعلقة بمحل التعاقد أو يستعلم عنها كلما كان ذلك ممكنا، حتى تكون إرادة المستهلك إرادة مستنيرة وواضحة وخالية من عيوب الإرادة.

ويتمثل الالتزام بالاستعلام في طلب الحصول على المعلومات، والتي من شانها أن تساعد صاحبها في فهم ما يجهله. فيعتبر الاستعلام واجبا يفرض على المهني لقوة مركزه في العلاقة التعاقدية وامتلاكه محل التعاقد ويعلم بجميع البيانات المتعلقة به. ولا يمكن تصور وجود الالتزام بالاستعلام لصعوبة معرفة كمية المعلومات المستحوذة لدى المهني، أو كمية المعلومات التي يحتاجها. ويكمن الفرق بين الالتزام بالإعلام وواجب الاستعلام في كون أن الأول التزام قانوني يقع على المورد وهدفه تنوير المستهلك عن طريق تقديم معلومات، بينما واجب الاستعلام فهو واجب يلتزم به المورد مع نفسه وليس مع غيره. ويتمثل في التقصي والاستفسار عما ينقصه من أجل تزويد المستهلك بالإعلام، ويكمن المغزى من الاستعلام في عدم تملص المهني من التزامه بحجة أنه لا يعلم كما تكون الغاية في تحقيق شرط علم المورد بمحل العقد حتى نكون أمام الالتزام بالإعلام[1].

ويمكن القول أن التمييز بين الالتزامين على سند من المغايرة بين المراحل التعاقدية هو تميز مصطنع وتقسيم تقليدي في الواقع العملي، حال كون الهدف من هذه الالتزامات جميعا هو سلامة رضا المتعاقد الآخر لان الآثار المترتبة على التميز بين مرحلة إبرام العقد ومرحلة تنفيذه هي قليلة ونادرة حيث أن الإخلال بالالتزام في مرحلة ما قبل التعاقد لا بد أنه سيؤثر في تنفيذ العقد[2].

ويتضح مما سبق أن الالتزام بالإعلام أوسع نطاقا من واجب الاستعلام لأن هذا الأخير ينشأ من اجل الإعلام ولحرص المدين على البحث عن المعلومات والبيانات محل الإعلام بغية تنوير إرادة المستهلك أو الدائن.

---

[1]– بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه تخصص قانون المنافسة والاستهلاك،كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018/2017، ص 22.

[2]– أنظر في ذلك على سبيل المثال في هذا المعنى: محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 176.

حيث يري أن هذا التميز الممكن من الناحية النظرية يصعب تحديده بدقة في الواقع العلمي والأولى –بل والأفضل للمستهلك ذاته– عدم تجزئة الالتزام بالإعلام واعتباره التزاما واحدا تكون المسؤولية المترتبة عليه عقدية ولا تتغير بالمرحلة التي يمر بها سواء قبل العقد أم بعد إبرامه.

ونرى أن الاستعلام من أجل الإعلام يتناسب مع الحماية المتكاملة للمستهلك الإلكتروني نظرا لطبيعة العقد والتفاوت في العلاقة العقدية وحماية التوازن العقدي بين الطرفين، وأيضا أن الالتزام بالاستعلام هو التزام بنتيجة وذلك لضمان تنوير إرادة المستهلك ويحقق الحماية القانونية المرجوة من التشريعات المختلفة

رابعا: تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتعاون

أصبح الالتزام بالتعاون يحتل مكانة هامة سواء في مرحلة إبرام العقد أو في حال تنفيذه. ويعني ذلك أن مبدأ التعاون صار مألوفا في إطار التعاقدي ليعمل على ارتقاء الطرفين معنويا وأخلاقيا[1].

ويعتبر الالتزام بالتعاون هو العمل المشترك بين أطراف العقد في مرحلة تكوينه أو تنفيذه، ويتمثل هذا الالتزام في السلوكيات والتصرفات التي تهدف للعمل على خدمة طرفي العقد وتحقيق مصالحها المشتركة. ولهذا يعد الالتزام بالتعاون تطبيقا واضحا لمبدأ حسن النية في التعاقد بمفهومه الواسع[2].

أما الالتزام بالإعلام فيتميز بسلوكه الفردي من جانب أحد الأطراف للعقد يتمثل في الإدلاء بالبيانات الجوهرية المرتبطة بمحل العقد أو ما ينشأ عنه من التزامات. كما يتميز الالتزام بالإعلام بأنه يهدف لتنوير إرادة الدائن بالالتزام، كما أنه يهدف أيضا إلى إعادة التوازن العقدي بين طرفي العلاقة العقدية وخاصة المستهلك لأنه يعد الأضعف اقتصاديا وقانونيا ومعنويا[3].

وأخيرا يتبن أن الاختلاف الجوهري بين الالتزام بالإعلام والتعاون هو أن الالتزام بالإعلام هو التزام قانوني بينما التعاون هو التزام أخلاقي، بالإضافة إلى أن الالتزام بالإعلام يقع على عاتق الطرف ذو الخبرة والطرف القوي من الناحية المعرفية والاقتصادية. أما الالتزام بالتعاون فهو يكون مشتركا بين المتعاقدين، ولا يمكن متابعة الطرف المخل بهذا الالتزام قانونيا ولا تترتب عليه آثار قانونية جراء الامتناع عن الإتيان بهذا الالتزام على عكس الالتزام بالإعلام الذي يترتب عليه جزاء قانوني في حالة إخلال المدين بالالتزام.

خامسا: تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتحذير

يعتبر الالتزام بالتحذير تنبيها من مخاطر الشيء محل التعاقد في عقد البيع وأي مخالفة من المنتج لهذا الالتزام يعرضه للمسؤولية العقدية ولقد عرفت Muriel الالتزام بالتحذير:

---

[1]– بن سالم المختار، مرجع سابق، ص 20.

[2]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 118.

[3]– مصطفي أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الإستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 38.

« la mise en garde consiste a attirer l'attention du contractant sur un aspect négatif du contrat ou de la chose objet du contrat c'est principalement contre un danger, un risque que l'on est tenu de mettre en garde Quelqu'un » [1].

كما أن الالتزام بالتحذير هو التزام تبعي يقع على عاتق أحد الطرفين بأن يحذر الطرف الآخر أو يثير انتباهه إلى ظروف أو معلومات معينة، بحيث يحيطه علما بما يكتنف هذا العقد أو ما ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية،[2]. ويهدف هذا الالتزام إلى حماية المستهلك أو وقايته من المخاطر التي يمكن أن تلحقه بسبب استعمال أو حيازة بعض المنتجات أو الانتفاع ببعض الخدمات من حيث استعمالها أو حفظها أو التخلص من بقاياها بطريقة تجنب الدائن بالالتزام بالتحذير من مخاطر المنتجات[3].

ومنه يتضح أن الالتزام بإعلام المستهلك بالبيانات والمعلومات غير كافي بل يتجاوز ذلك بالكشف له عن خطورة وكيفية تفادي المخاطر المتوقعة أو أخذ الاحتياطات اللازمة لذلك، وهذا كله من أجل حماية المستهلك من الأضرار المتوقع حدوثها.

والالتزام بالتحذير ضروري ليس لوجود عيب في المنتجات بل لطبيعتها، وعليه هناك شروط وإجراءات واجب إتباعها لضمان سلامة المستهلك واستيفاء الغرض من التحذير. فيكون تشديدا أكثر على هذا الالتزام كما يكون متصلا بالمنتج كإلحاقه به مثلا وواضحا للعيان ويسهل الانتباه إليه، وهذا لتفادي الخطورة المتوقعة في حال استعماله[4].

- ويختلف الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتحذير من حيث النطاق على أن المعلومات التي يقدمها المدين أو المورد لا تكون محددة بحيث تتسع وتشمل كل ما المعلومات التي تؤثر على إرادة المستهلك وتنور بصيرته وتجعل رضاه سليما لإبرام العقد. حيث يجب على الذي يزود المستهلك بالمعلومات والبيانات المتعلقة بمحل التعاقد أن يكون إعلامه شاملا وكافيا لكل المعلومات الجوهرية، وكذا يشمل هذا الالتزام الإدلاء بجميع

[1] دليلة معزوز، الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني ومدي فعالية وشمولية قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مجلة معارف، جامعة البويرة، العدد 08، جوان 2016، ص 82.

[2]– مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص ص 40– 41.

[3]– عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 18.

[4]– لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2010/2011، ص 185.

المخاطر المحتملة. أما الالتزام بالتحذير فهو يشمل المعلومات التي تبين خطورة المنتوج أثناء الحيازة أو أثناء استعماله لمحل التعاقد وكيفية تلاقيها وأيضا الالتزام بالخطر ينشأ فقط إلا إذا وجد الخطر[1].

كما أنه يظهر الاختلاف بين هذين الالتزامين من حيث الأساس القانوني لكلا الالتزامين حيث نجد أن أساس التزام بالإعلام مبادئ القانون كمبدأ حسن النية والتشريعات الخاصة بها مثل قانون حماية المستهلك ونظرية صحة سلامة الرضاء، أما أساس الالتزام بالتحذير فإنه يقوم على فكرة الالتزام بضمان السلامة، وهو التزام عقدي مرتبط بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق المورد في بيع المنتج الخطرة[2].

المطلب الثاني: أهداف تكريس الالتزام بالإعلام الإلكتروني ومظاهر اختلاله

الالتزام بالإعلام الإلكتروني لا يمكن أن يكون ناشئً دون مبررات وأهداف، ودون أن يكون مستند إلى واقع عملي يؤدي إليه، حيث تستند أهداف نشوء أي التزام جديد في ظل أي نظام قانوني غلى الواقع العملي، الذي يكون قد شهد تفاعلا بين النصوص القانونية المعمول بها في مجال معين، خاصة المعاملات بين الأفراد في التجارة الإلكترونية، بصوره أسفرت عن وجود مظاهر للاختلال والقصور في تطبيق هذه النصوص[3]، وعلى ضوء ما سبق سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهداف تكريس حق الالتزام بالإعلام في المعاملات التجارية الإلكترونية

يعتبر الالتزام بالإعلام الالكتروني أكثر أهمية من الالتزام بالإعلام في التعاقد التقليدي، بسبب أن التعاقد الإلكتروني يتم دون التقاء حقيقي بين أطراف التعاقد ودون أن يقوم المستهلك بمعاينة الشيء المتعاقد عليه معاينة حقيقة. لذلك نصت كل التشريعات العربية والأجنبية على ضرورة الالتزام بالإعلام ومنها المشرع الجزائري، وذلك من أجل تحقيق العدالة العقدية وتحقيق التوازن العقدي في المعاملات الالكترونية. لما يتحقق معه من مساواة بين طرفي العلاقة العقدية من حيث المعرفة. لهذا سوف نقوم بدراسة هذه الأهداف والمبررات كالتالي:

[1]– أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الالتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديد ة، الإسكندرية ، 2019، ص 96.

[2]– نفس المرجع، ص 97.

[3]– عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، مرجع سابق، ص 191.

أولا: ضمان تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العقد

من أهم مميزات العقود الالكترونية أنها تقوم بتبادل الإرادتين عبر شبكة الانترنت مع الغياب المادي للمتعاقدين. وبالتالي فهما حاضرين من حيث الزمان إلا أنهما غائبين من حيث المكان، وهو ما لا يسمح للمتعاقد من التحقق من أهلية وصفة من تتعاقد معه[1]. وهذا ما يفرد العقود المبرمة عن بعد بأحكام خاصة لكون المستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج أو الخدمة التي يتعاقد عليها، لذلك يترتب الالتزام بالإعلام حتى يتم وضع المتعاقد الآخر في نطاق العلم أو إمكانية العلم بالعقد المزعوم إبرامه.

ووفقا للقواعد العامة في القانون المدني نجد أن العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت تتسم في الغالب بالإذعان حيث يكون فيها القبول مقتصرا على مجرد التسليم بما ورد فيها من شروط، وهو ما جعل المشرع يتصدى لها حيث فرض على الطرف القوي التزاما بإعلام الطرف الضعيف بكل المعلومات الجوهرية، بما يحقق توازنا بين طرفي العلاقة العقدية من حيث العلم بكافة جوانب العقد[2].

ومن هنا بات الأمر ضروريا لإعادة التوازن المفقود بين المورد والمستهلك، وهذا لا يتحقق إلا بتحديد التزامات كل طرف على حدة باعتبار أن جل هذه الالتزامات تقع على التاجر منها الالتزام بالإعلام باعتباره الطرف الأقوى اقتصاديا فضلا عن امتلاكه الخبرة الفنية اللازمة[3].

ثانيا: ضمان المساواة في العلم بين المتعاقدين

إن الإعلام الالكتروني يهدف من جهة أخرى إلى تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين من خلال تحقيق رضا سليم واع ومستنير. فاختلال ميزان المعرفة والدراية لصالح الحرفي والمهني ينتج عنه إقدام المتعاقد عديم الخبرة على إبرام العقد وهو يفتقر إلى البيانات والمعلومات الأساسية التي ترشد إلى أوصاف محل العقد من سلع أو خدمات وهذا هو الأساس الجوهري الذي أدى إلى وجود وبلورة الالتزام بالإعلام الإلكتروني.

كما أن مظهر اختلال عدم المساواة في أن التاجر المحترف ذو الخبرة الطويلة في مجال المعاملات. الأمر الذي يستتبع معه وجود اختلال فادح في ميزان العلم بين هذين الطرفين على التعاقد، حيث يعد العلم من الأسس الهامة والجوهرية التي يقوم عليها الالتزام بالإعلام[4].

---

[1]– إلياس نصيف، العقود الدولية العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص84.

[2]– لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 185.

[3]– محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت– دراسة مقارنة–، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص62.

[4]– عبد المنعم موسي إبراهيم، المرجع السابق، ص 371.

وكما أن الالتزام بالإعلام في المعاملات الالكترونية يجد أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد المتفاوض عليه من حيث العلم بعناصر العقد وظروفه مما يلقي على الطرف المحترف بصفة خاصة الالتزام بالإدلاء للطرف الأخر بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد حتى يتصرف على دراية كاملة ولكي يتسم التفاوض بالوضوح والشفافية وحسن النية[1].

أي أن الالتزام بالإعلام يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومن ثم فهو ليس التزاما خاصا بعقد معين، وإنما التزاما عاما ينطبق في جميع العقود. إلا أن التطبيق العلمي قد أوضح أهمية وجوده في بعض العقود أكثر من بعضها الآخر استنادا إلى صفة أطراف العقد وطبيعة محله[2].

لذلك فإن عدم المساواة في المعرفة بين أطراف عقد يبرر تقرير الالتزام بالإعلام على عاتق الطرف الذي له العلم والدراية الكافية بمحل التعاقد سواء سلعة أو خدمة.[3]

نستنتج في الأخير أن الالتزام بالإعلام هو وسيلة فعالة في تحقيق المساواة بين المتعاقدين حيث يلتزم أحد الطرفين في العقد بأن يقدم كل ما هو من شأنه أن يساهم في تبصير الطرف الآخر، وذلك بأن يقدم له ليس فقط مزايا العقد وكفى، بل يقدم له أيضا العيوب التي يؤدي إليها تنفيذ العقد، وأيضا الظروف التي من شأنها تقليل الفوائد التي ينتظرها من هذا العقد، كما يجب عليه أيضا أن يلفت انتباهه إلى كل الشروط والظروف التي من شأنها أن تحد من حقوقه أو توسع من دائرة التزاماته وهذا الالتزام يشترط توافره قبل إبرام العقد، وهي فترة نشأة الرضا ولا ينبغي أن يكون القيام به سابقا على العقد بفترة طويلة[4].

ثالثا: مقتضيات التطورات الاقتصادية

- كان للتقدم العلمي والتقني أثره في تطور الآلة بمختلف أشكالها ووظائفها، وما تبع ذلك من ظهور كم هائل من المنتجات التي وإن ساهمت في تيسير حياة الإنسان بما وفرته له من أسباب الرفاهية، إلا أن استخدام تقنيات متطورة في إنتاجها جعلتها تتسم بالتعقيد الفني ومن ثم صار استهلاكها محاطا بمخاطر جمة تهدد

[1] خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص 240.

[2]– منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013، ص 100.

[3]– عبد المنعم موسي إبراهيم، مرجع سابق، ص 372.

[4]– إبراهيم داوود ، الوقاية القانونية من عدم التوازن في العقود الاستهلاكية، مجلة روح القوانين، جامعة عين الشمس، 2005، {دون عدد}، ص 283.

مستهلكيها بإلحاق أضرار بالغة بأرواحهم وأموالهم.[1] كما أن التطور الاقتصادي والتكنولوجي جعل أطراف العلاقة العقدية في اختلال من حيث جهل المتعاقد بخصائص وتركيب السلع التي يقدم على التعاقد عليها لإشباع احتياجاته من خلال ما ينتجه المهني من سلع وسرعة إبرام المعاملات وهذه النتائج من بين العوامل التي أدت إلى ضرورة فرض الالتزام بالإعلام والتي سندرسها في النقاط التالية:

1/ التدفق المتزايد للسلع

لقد ساهم التقدم العلمي في تطوير الآلة مما أدى إلى وفرة وتنوع الإنتاج. ودفع بعجلة الاقتصاد، حيث تنوعت المبادلات والمنتجات واختلفت استخداماتها وتطورت الخدمات بشكل لا مثيل له. وكل هذا غير وأحدث علاقات حديثة بين المنتجين والبائعين والمستهلكين، حيث أصبح المستهلك يقبل على إشباع حاجياته دون دراية بالمنتجات التي يقتنيها ولا يفرق بين الكمالي والضروري والقديم والحديث والمناسب لحاجاته من عدمه[2].

كما أنه ساهم هذا التدفق المتزايد للسلع في تنامي الضعف المعرفي للمستهلك، أي افتقاره للمعرفة الوافية بطبيعة السلعة أو الخدمة محل المعاملة وخصائصها الجوهرية، ونقص الخبرة التي تؤهله لفحص المنتجات والوقوف على مدى مطابقتها للمواصفات والكشف عما يشوبها من عيوب أو يكمُن فيها من مخاطر، وهو ما أدى إلى اختلال واقعي في العلاقات العقدية التي تربط بين هاذين الطرفين[3].

2/ سرعة إبرام المعاملات

إن السرعة في إبرام العقود والمعاملات التجارية، أدى إلى انعدام المساواة بين المتعاقدين في المعارف والمعلومات، خاصة أن المعاملات أصبحت تتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة (شبكة الانترنت) أي التجارة الالكترونية أو ما يسمى بالتجارة على الخط "commerce en ligne" والتي عرفها المشرع الفرنسي بأنها "مجموعة من المبادلات الرقمية الخاصة بأنشطة تجارية في إطار سيل لا ينقطع من المعلومات، لتتم مبادلات تتعلق بالمنتجات والخدمات"[4]. ما يؤدي ذلك إلى تفويت الفرصة على المستهلك البسيط في أخذ الوقت الكافي الذي يحتاجه لتنوير بصيرته قبل الإقدام على التعاقد.

---

[1]– منى أبو بكر الصديق، مرجع سابق، ص7.

[2]– عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، في القانون، جامعة الجزائر، 2015/2014، ص 234.

[3]– منى أبو بكر الصديق، مرجع سابق، ص 8.

[4]– درماش بن عزوز، التوازن العقدي ، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان، 2014/2013، ص 209.

3/ التنظيم القانوني المطرد والمعقد

لما كان القانون يعود إليه أمر تحديد الإطار القانوني لتنظيم العلاقات الاقتصادية وتنظيم الكيفيات الملائمة لإرضاء حاجيات المستهلك، فالمشرع يتدخل لينظم العلاقات التعاقدية وإشباع حاجات المستهلك. فهو بذلك مضطر إلى مسايرة السرعة الاقتصادية وأن ينسجم مع التطورات الاقتصادية والعملية وهذا ما أدى إلى كثرة التدخلات والتدابير التشريعية من تعديلات وإلغاءات وتكرارها تحول دون معرفتها أو معرفة محتواها. وهذا من بين أسباب تعميق اختلال التوازن بين الطرفين فتعمق جهل المتعاقد إلى جانب جهله بخصائص السلع[1].

الفرع الثاني: مظاهر الالتزام بالإعلام الإلكتروني في اختلال التوازن العقدي

تتميز العقود الإلكترونية بأنها عقود إذعان حيث تؤكد الطبيعة القانونية لهذه العقود، مما يؤدي إلى التفاوت في العلاقة العقدية إما تفاوت في القوة الاقتصادية للمورد وأحيانا الخبرة الفنية التي يتمتع بها. وحماية للمستهلك فرضت التشريعات والفقه عدة شروط لقيام الالتزام بالإعلام منها ما هو متعلق بمن يحوز على البيانات الجوهرية محل التعاقد، ومنها ما يتعلق بالمستهلك لجهله البيانات المتعلقة بالعقد، وأخيرا يجب أن تكون هذه البيانات المصرح تأثر على إرادة المستهلك من أجل الحفاظ على التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية وعلى ضوء ما سبق سنقوم بشرح مفصل لهذه الشروط كما يلي:

أولا:علم المدين بالبيانات والمعلومات التعاقدية

- نصت المادة 352 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجب أن يكون المستهلك عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه" [2].

ونلاحظ من خلال محتوي المادة أن المشرع فرض الالتزام بالإعلام المورد أو المهني الإدلاء بالبيانات والمعلومات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد المراد إبرامه، حيث يجب أن يكون المورد عالما بهذه البيانات فلا يفترض أن يلتزم المورد بشيء لا يكون على دراية به اتجاه الدائن الذي عادة ما يكون المستهلك، ويكون الإدلاء بهذه البيانات

[1] عرعارة عسالي، مرجع سابق، ص 235.

[2]– المادة 352 من الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

أو المعلومات[1]. ومن هنا يطرح التساؤل هل يفترض على المورد أن يقوم بالإدلاء بالبيانات التي يجهلها وليس في إمكانه العلم بها؟ عند جهل المورد بالبيانات والمعلومات المتعلق بمحل التعاقد لا يلتزم بها تطبيقا لقاعدة "لاتكليف بالمستحيل" تقليصا لعدم التوازن في العلم والمعرفة بين المورد والمستهلك[2].

كما تجدر الإشارة إلى انه يصعب تحديد وحصر جميع المعلومات والبيانات التي يلتزم بها المدين والتي يجب الإفضاء بها للدائن وهذا بسبب التفاوت من عقد لآخر. لكن ما يهمنا في العقود الإلكترونية هو معرفة الدائن المعلومات والبيانات والسمات الجوهرية والخصائص الأساسية للسلع والخدمات[3].

ولقد اعتمد جانب من الفقه الفرنسي على فكرة السمات الجوهرية لمحل التعاقد وإن كان معيارا كافيا لتحديد نطاق الالتزام بالإعلام قبل التعاقد إلا أنه ليس معيارا صالحا على الدوام، مما أدى إلى الاعتماد على فكرة مدى ملائمة البيانات أو المعلومات للدائن الذي هو المستهلك. ووفقا لهذا المعيار فإن التاجر يقع على عاتقه الالتزام ليس فقط بتقديم بيانات ومعلومات وإنما يلتزم بإعلام المستهلك بكل البيانات التي تهمه ويؤدي في حالة علمه بها إلى أن يعدل أو يغير من رضائه[4].

وأكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة توافر شروط العلم والدراية والمعرفة لدى المورد كشرط لازم لفرض الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد حيث أعلنت في حكم لها أن: "الالتزام بالإعلام الواجب على مختبرات أو عمال الأدوية فيما يتعلق بموانع الاستعمال والآثار الجانبية للأدوية لا يمكن أن يوجد إلا فيما يتعلق بما هو معروف فعلا لديها من هذه المعلومات لحظة دخول هذه الأدوية بالأسواق"[5].

كما أنه تم فرض الالتزام بالإعلام لوجود عدم تعادل في المراكز العقدية بين المورد والمستهلك[6]. لذلك يتعين وضع قرينة قابلة لإثبات العكس على عاتق المدين بالالتزام بالإفضاء بالمعلومات عن المعرفة بتلك المعلومات أولا

---

[1]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية –دراسة مقارنة–، دار الفكر والقانون، للنشر التوزيع مصر، 2019، ص 103.

[2]– المرجع نفسه، ص 103.

[3]– زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2018، ص96.

[4]–. عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، المرجع السابق، ص 103.

[5]– كريمة بركاته، حق المستهلك في الإعلام في عقد البيع الإلكتروني، مجلة الحقوق والحريات، جامعة البويرة، العدد 4، 2017، ص 284.

[6]– حسين عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك ، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في العقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 36.

ومدى أهميتها وضرورتها في تكوين الرضاء الحر المستنير والاعتداد بكافة الظروف والملابسات التي تصاحب انعقاد العقد، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المحترف هو الذي يتحمل إثبات التزامه بإمداد المستهلك بالمعلومات بأن يثبت أنه استوفى هذا الالتزام، ولا يقع إثبات هذا الإخلال على عاتق المستهلك بإثبات أنه لم يتم إمداده بالمعلومات اللازمة[1].

وفي الأخير نشير إلى أن تقدير مدى جوهرية البيانات التي ينبغي على المستهلك الاستعلام عنها هي من الأمور التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يتعين عليه أن يمزج بين المعيار الموضوعي الذي يتمثل في ظروف التعاقد والمعيار الذاتي أو الشخصي الذي يتمثل في مراعاة قصد المستهلك من الرغبة في التعاقد والذي عادة ما يكشف عنه المورد أو تشير إليه الظروف والأحوال لحظة إبرام العقد[2].

ثانيا: جهل الدائن بالبيانات محل العقد

إن جهل الدائن بالبيانات محل التعاقد هو الذي جعل العلاقة العقدية غير متوازنة مقارنته بالمدين الذي له العلم الكافي، حيث يجب أن يكون هذا الجهل مبررا، وهذا الجهل يضع التزاما على المورد خاصة في العقود الإلكترونية، بتبصير المستهلك قليل الخبرة والمعرفة ليحيطه علما بكل ما يتعلق بموضوع العقد من معلومات جوهرية تضمن له التعاقد في ظل إرادة حرة مستنيرة وواعية[3]. وإنما الأدق هو القول إن التزام المورد بالإعلام المستهلك يرجع إلى الجهل المبرر للمستهلك ببعض البيانات الخاصة بالعقد والتي تؤثر على رضائه في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه وكذلك نظرا لعدم التوازن بين الطرفين من الناحية الاقتصادية أو الفنية.

كما يقتضي المنطق والقانون السليم أنه لا يمكن إهدار حقوق ومصالح المورد الإلكتروني من أجل حماية المستهلك الإلكتروني، فالعدالة تقتضي تحقيق التوازن بين الطرفين وإيجاد ضوابط وضمانات تضمن ذلك. فليس من المنطقي أن يتقاعس المستهلك ويبقي في انتظار ما يقدمه المورد من معلومات والبيانات التي كان بإمكانه معرفتها لو بذل العناية المطلوبة، كما يجب أن تسعى هذه القواعد لإعادة التوازن العقدي في كل حالة يحدث فيها اختلال خاصة ضد مصالح المستهلك[4].

---

[1]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 104.

[2]– رفاوي شهيناز، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون أعمال، جامعة سطيف، 2016/2015 ص 49.

[3]–خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، مرجع سابق، ص 168.

[4]– رفاوي شهيناز، مرجع سابق ص 49.

كما أن جهل المستهلك يجب أن يكون مبررا ويكون مشروعا حيث يمكن للمستهلك التمسك بالجهل المبرر والمشروع فقط، إذ يتوجب على المستهلك الاستعلام عن البيانات والمعلومات المتعلقة بمحل العقد. فالالتزام بالإعلام يتوقف عندما يتوقف الالتزام بالاستعلام، ومن وسائل الاستعلام المتاحة الاستعانة بأهل الخبرة والاستعلام عن طريق الوسائل القانونية المتبعة لشهر الحقوق، والتحقق من الحالة المالية والمهنية للمورد والاستعلام من خلال اللجوء إلى المورد نفسه[1].

وتجدر الإشارة أيضا إلى أنه في حالة كان المستهلك موردا في نفس التخصص، لا يكون المورد ملزما بالتزام الإعلام اتجاهه وهذا لتكافؤ وتساوي الطرفين من الناحية المعرفية. وبذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأن البائع المنتج للمنتجات التي تحمل اسما خاصا بها لا يكون ملزما بأن يرفق طريقة الاستعمال في مواجهة شخص المستهلك الذي يجب عليه بحكم صفته المهنية أن يعرف جيدا صيغة هذا الاستعمال[2]. إلا في حالة ثبوت أن أحد الطرفين قام بممارسة أعمال تدليسية وطرق احتيالية التي من شأنها أن توقع الطرف الآخر في الغلط فيحق له الرجوع عليه لإخلاله بالالتزام بالإعلام [3].

ومن خلال ما سبق نطرح التساؤل التالي: هل جهل المستهلك بالبيانات يرجع لأسباب موضوعية أم لأسباب شخصية أو بالجمع بين المعيارين معا؟

يستحيل على المورد إعلام المستهلك بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بمحل المبيع لأنه في بعض الحالات لا يكون محيطا بجميع البيانات سواء لأسباب موضوعية تتعلق بطبيعة المبيع أو لأسباب شخصية تتعلق بظروف المستهلك، أو لاجتماع السببين معا[4].

لقد اختلف الفقهاء حول سبب جهل المستهلك بالمعلومات حيث انقسمت الآراء إلى ثلاث أراء منهم من يرى أن جهل المستهلك يعود إلى أسباب شخصية متعلقة بالمستهلك كضعف معرفته التي تلتزم تدخل المهني لتنوير إرادته وتعويض نقص خبرته[5].

---

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 168.

[2]– عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، أهل البيت، ، كلية الحقوق، جامعة البصرة، العدد 05، ص6.

[3]– خالد جمال أحمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 295.

[4]– خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 168.

[5]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 110.

كما يرى البعض الآخر من الفقهاء أن جهل المستهلك يعود إلى أسباب موضوعية وذلك من خلال مدى ترابط المعلومات والبيانات بالوضع القانوني لمحل التعاقد أو بتحديد مواصفاته وكيفية استخدامه ودرجة خطورته إذا كان من المنتجات الخطيرة، لأن المورد هو من يملك كل المعلومات حول المنتج محل التعاقد ولا يمكن للمستهلك القيام بالمعاينة وعرفة مواصفاته وكيفية الاستعمال[1]، إذا المورد هو الذي يعلم بكل ما يتعلق بالمنتج، وهو من يزود المستهلك بكل هذه البيانات.

أما الرأى الثالث والأخير والذي يؤيده الباحث وهو الدمج بين المعيارين معا الأسباب الموضوعية والشخصية وذلك من خلال مدى قدرة المستهلك على الإلمام بالبيانات والمعلومات الكافية المتعلقة بمحل التعاقد من أجل الوصول إلى إرادة صحيحة وبصيرة متنورة، مع الأخذ أيضا بالمعيار الموضوعي المرتبط بالتطور التكنولوجي والعلمي في مجال الإنتاج وما ينتج عن مخاطر وأضرار[2].

ثالثا: يجب أن تكون البيانات المصرح بها لها تأثير على إرادة الدائن

لا يكفي علم المدين بالبيانات والمعلومات قبل الالتزام بالإعلام بل إضافة للشروط السابقة يجب أن تكون البيانات والمعلومات المصرح بها من طرف المدين للدائن لها تأثير على إرادته ورضاء هذا الأخير في الإقدام أو الامتناع عن التعاقد، أي أنه لا يلتزم بالإدلاء بالبيانات غير الجوهرية.

لقيام الالتزام بالإعلام يجب أن يكون من شأن البيانات أو المعلومات موضوع الالتزام التأثير على إرادة المستهلك والتأثير على قراراته التعاقدية، وتكمن أهمية البيانات وتأثيرها على رضاء المستهلك من خلال عدة قرائن. منها حرص المستهلك على طلب البيانات والاستفسار بشأنها، وكذلك دور هذه المعلومات في تحديد نطاق وأثار العقد وما يرتبه من التزامات[3].

[1]– عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 240.

[2]– المرجع نفسه، ص 243.

[3]– مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، سنة 2010، ص 59.

وتجدر الإشارة إلى أن التشريعات أصبحت تقوم بوضع وتحديد البيانات الجوهرية التي يتعين عن المورد الإفضاء لأجل تنوير بصيرة المستهلك ورضاه، وهذا ما جاء في قانون حماية المستهلك الجزائري وكذا قانون التجارة الإلكترونية الذي جاء لحماية المستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية[1].

وجد شرط وجوب أن تكون البيانات والمعلومات لها تأثير على إرادة المستهلك لتكريس مبدأ سلامة العقود، لصعوبة سلامة العقود عموما في حالة عدم العلم الكافي للبيانات والمعلومات المؤثرة في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه نظرا لعدم المساواة الفنية والتي يبرر التزام المورد بالإعلام للطرفي الضعيف العادي بالمعلومات الضرورية والجوهرية لمساعدته وتبصيره في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه[2]. ليكون رضاء الدائن بالعقد رضاء مستنيرا مما يوقع على عاتق المدين واجب التحري والاستعلام عما يهم الطرف الدائن ومن ثم إعلامه بتلك المعلومات ولذلك يجب أن يكون المدين عالما بتلك المعلومات وأهميتها بالنسبة للدائن[3]. ويجب على المورد التعهد بإعلام الطرف الآخر الذي هو المستهلك وفقا لمبدأ الأمانة العقدية والثقة والمشروعية في المعاملات في نطاق حسن النية التي تعد أصلا واجبا تم ترجمته في بنود التعاقد[4].

المطلب الثالث: نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني

بعدما تطرقنا لتحديد الشروط الواجب توفرها في وجود الالتزام بالإعلام الإلكتروني وجب علينا التطرق إلى التفصيل في نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني وهذا نظرا لتعدد الروابط القانونية والتي تتعدد فيه أطراف التعاقد. لكن من الناحية التطبيقية أوضحت أهمية وجود الالتزام بالإعلام في بعض العقود أكثر من غيرها كالعقود القائمة على الثقة بين الأفراد (مثل عقد التأمين، العقد الاستهلاكي)، وبالتالي أن الالتزام بالإعلام يمتد إلى جميع المعاملات التجارية الإلكترونية. بل إنه يتخذ شكلا أكثر حيوية وخطورة في التعامل عبر الوسائل الإلكترونية، وذلك راجع لطريقة إبرام هذه المعاملات لعدم التلاقي الفعلي للمتعاقدين، وهذا ما تنفرد به هذه المعاملات مما يجعل ضرورة الحرص على التوضيح والتبصير والإعلام بجوهر المعاملات الإلكترونية سواء ما تعلق بالأشخاص أو التبصير بالمعلومات المتعلقة بمحل التعاقد.

---

[1]– قام المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية والأوروبية على تحديد البيانات الجوهرية في العرض من خلال نص المادة 10،في قانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المؤرخ في 10 مايو سنة 2018، ج ر ج العدد 28 الصادر في 16 ماي 2018.

[2]– عبد الرؤوف حسن أبو حديد، مرجع سابق ، ص ص 105– 106.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1964، ص 347

[4]– عائشة قصار اليل، الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد 10، جانفي 2017، ص 227.

الفرع الأول: نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص

من المعروف أن كل علاقة تعاقدية تربط بين طرفين الدائن والمدين. ويلتزم كل من الطرفين بالتزام محدد اتجاه الطرف الآخر، ولهذا سوف نبحث في نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص وذلك لتحديد الطرف الذي يقع عليه صفة المدين الذي يقع على عاتقه الإدلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بمحل التعاقد لصالح الدائن الذي يتمثل في المستهلك الالكتروني وهذا لحماية العلاقة التعاقدية من عدم المساواة.

يمكن أن يثير تحديد نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص عدة الأشخاص عدة تساؤلات منها: على من يقع واجب الإعلام؟ ومن الذي يقرر لمصلحته؟ وهل يقع على عاتق المهني فقط باعتباره منتجا وموزعا أو مقدما للخدمة؟.

وتجدر الإشارة أن تحديد الدائن والمدين ليس بهذه السهولة، لأنه يمكن أن يصبح الدائن مدينا ويصبح المدين دائنا كما يمكن أن يكون الدائنون والمدينون متعددين وهذا ما نسعى إلى توضيحه في هذا الفرع بشيء من التفصيل كالأتي:

أولا: الدائن بالالتزام بالإعلام

في الأصل أن الدائن في الالتزام بالإعلام الإلكتروني، هو المستهلك الإلكتروني وهو المستهلك في مجال التجارة التقليدية، مع الأخذ بعين الاعتبار القواعد الخاصة المتعلقة بخصوص العقد المبرم عبر الوسائط لاعتبار القواعد الخاصة المتعلقة بخصوص العقد المبرم عن بعد، ويكون المستهلك في مركز الدائن، وعلى الرغم من أن مفهوم المستهلك قد ورد في معظم التشريعات المعنية بحماية المستهلك إلا أن الفقه والقضاء قد اختلفا حول تحديد مفهوم المستهلك بين الضيق والموسع، حيث تبني بعض الفقهاء المفهوم الضيق للمستهلك، والبعض الآخر أخذ بالمفهوم الموسع لمفهوم المستهلك ومن خلال هذا الاختلاف الفقهي نقسم الدائن بالالتزام بالإعلام إلى المستهلك الإلكتروني غير متخصص والمستهلك المهني المتخصص والتي سنفصلها كالآتي

1/ المستهلك الإلكتروني

هو ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء وإيجار وقرض وانتفاع وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها[1].

ولقد عَرّفَ المشرع الجزائري المستهلك الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية: "كل شخص طبيعي ومعنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني"[2].

وهنا نَرَى أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك حيث يرى المستهلك هو من يتزود بسلعة استهلاكية مخصصة لاستخدام شخصي فقط أي أنه ذلك المستهلك البسيط الذي ليس له خبرة كافية للعلم بجميع البيانات والمواصفات الجوهرية لمحل التعاقد، ولهذا يلتزم المورد الإلكتروني بالاستعلام للقيام بواجب الإعلام فتقوم مسؤوليته جراء الإخلال بذلك بشرط أن يكون جهل المستهلك مشروعا.

2/ المستهلك المهني

لقد أخذ المشرع الجزائري بالتعريف الموسع للمستهلك حيث يشمل كل شخص يقوم بتصرف قانوني، من أجل استخدام السلع أو الخدمات لاستخدامه الشخصي أو المزود، أي أن المزود قد يكون شخصا طبيعيا،أو شركة أو منتجا، وبذلك يشمل المعاملات التجارية بين المنتجين أنفسهم، أي المعاملات التي تتعلق بنشاطهم المزود بشرط أن تكون هذه المعاملات خارجة عن إطار اختصاصهم المزود[3].

ويقصد بالمشتري المتخصص أنه الشخص الذي يكون متخصصا في نفس مجال المهني أو المورد الالكتروني كأن يقوم المستهلك أو المشتري باقتناء منتجات على بائع له نفس تخصص المشتري وبالتالي تكون له دراية وعلم بهذه المنتجات الذي يقتنيها مما يجعله مسؤولية المورد في حالة الإخلال بالإلزام بالإعلام تخفف.

- ويرجع سبب التخفيف إلى أن المستهلك المتخصص أو المهني لديه المعلومات والبيانات محل التعاقد تجعله يكمل النقص في المعلومات التي تلقاها من المورد، وبالإضافة إلى تخصص المستهلك يولد في نفسه حب

[1] سليمة لدغش، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت بين الواقع والضرورة، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، أفريل 2017، جامعة الجلفة، ص 361.

[2]– المادة 6 الفقرة 3 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

[3]– سليمة لدغش، مرجع سابق، ص 360.

الاستطلاع والاستعلام عما يجهله من بيانات وكيفية الاستعمال لمحل التعاقد أو الرقابة منه وكذا الاحتياطات الواجب اتخاذها لتفادي الأضرار المحتملة[1].

ونحن من جانبنا نقف مع المعيار الذي يضفي على المهني صفة المستهلك، متى ما كان التعاقد خارج مجال تخصصه، وذلك من أجل الوقوف على حقيقة حماية المستهلك الإلكتروني عبر الوسائط الإلكترونية، والتي تتطلب تحديد المشكلات التي تمثل ضعفا لديه حيال التعامل عبر شبكة الانترنت باعتباره الطرف الضعيف في التعاقد والذي لا يملك معلومات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد[2].

ثانيا: المدين بالالتزام بالإعلام

يلتزم المورد أو المهني أو المنتج أو الموزع أو مقدم الخدمة بإعلام الدائن بكل البيانات الجوهرية بما أنه على دراية تامة بمحل التعاقد وبكل خصائصه مما يسمح له التعاقد وهو على بينة ودراية تامة. ولهذا فهو ليس بحاجة إلى حماية قانونية مثل المستهلك، لأنه له الخبرة ويتمتع بقوة اقتصادية بحكم خبرته واحترافه، لان المستهلك يعد الطرف الضعيف في هذه المعاملات لعدم علمه بخصائص محل التعاقد، حيث يتحمل المورد الإلكتروني على عاتقه تزويد المستهلك بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالسلعة أو الخدمة قبل إبرام العقد[3].

لقد عرف المشرع الجزائري المورد الالكتروني على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"[4].

أما في القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك الالكتروني وقمع الغش لم يذكر المورد ولا المهني بل ذكر المتدخل وعَرَّفه على أنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات الاستهلاكية".وفي ضوء التعريفات السابقة سوف نقسم المدينين بالالتزام بالإعلام إلى عدة فئات على النحو التالي:

---

[1]– نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة وهران، 2018/2017، ص 320.

[2]– محمد شكرى سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، مداخلة في مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، يومي 27/26، أبريل، 2003، 108.

[3]– احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 128.

[4]– نص المادة 6 الفقرة 4 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

1/المهني المنتج

يعتبر المنتج المدين الأصلي والرئيسي بالالتزام بالإعلام ومرد ذلك لما في حوزته من معلومات وبيانات هامة بما انه هو منتج أو صانع السلعة من الطبيعي انه يملك كل ما يتعلق بهذه السلع من بيانات ومعلومات جوهرية وخصائص ومميزات ومخاطر هذا السلع بالإضافة إلى كل هذا فإنه يملك كل الوسائل التي يمكنه الإعلام المستهلك من خلالها حيث يكون الإعلام كافيا لصالح المستهلك من خلال الكتابة على السلعة أو تكون السلعة تحتوي نشرة توضيحية[1].

كما يمكن أن يقوم المنتج بإعلام المستهلك أو كل من الموزعين أو المستوردين بطريقة إلكترونية من خلال العرض الإلكتروني وخاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية بما أنها تتميز بأنها معاملات عابرة للحدود. أي تتميز بالطابع الدولي وهنا تبرز ميزة التعاقد عن بعد إلكترونيا، حيث يوفر للمنتجين عرض منتجاتهم وسلعهم بشكل هادئ ودائم على شاشة الحاسوب وعلى المواقع، وساعة ما يريدون دون أي مشقة أو نفقات.

وبصرف النظر عن الوسيلة المستعملة أو الطريقة التي يتم بها الإعلام فإن المستهلك ينتظر من المنتج قدرا من المعلومات أكثر دقة مما ينتظره من بائع غير منتج ولو كان بائعا متخصصا. إضافة إلى ذلك لم يتردد القضاء من أن يجعل المنتج ضامنا للبائعين الذي يقومون بتوزيع منتجاته فيما يتعرضون له من مسؤولية تجاه مستهلكي هذه المنتجات، بسبب عدم كفاية المعلومات التي قدمت لهم، ناهيك عن أن للمستهلك الحق في أن يرجع بدعوى مباشرة ضد المنتج، إذا لم يقم بواجب الإعلام وبالتبصير بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة التي أنتجها[2].

تجدر الإشارة إلى أن التزام المنتج بالإعلام يثير تساؤلا في حالة تعدد المنتجين وذلك لتدخل أكثر من شخص واحد سواء كان شخص طبيعي أو معنوي في صناعة المنتج نفسه أي على من يقع عليه واجب الإعلام بالبيانات؟ والمعلومات المتعلقة بالسلعة المنتجة؟

- ومنه رأى جانب من الفقهاء أن المنتج الأخير هو من يتحمل عبء الالتزام بالإعلام بجميع المعلومات والبيانات الأساسية المتعلقة بالمنتج لصالح المستهلك وهذا لاعتبارات عديدة أهمها: بما أن هذا المنتج قبل بأن يضع أجزاء ليست من إنتاجه في تركيب سلعته التي سيقدمها للمستهلك على أنه هو من أنتجها مما يبرر تحمله

[1] أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2019، ص 171.

[2]– احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 130.

المسؤولية في حالة ما إذا ظهر عيب في المنتج أو أضرار ومخاطر تصيب المستهلك لعدم إعلامه بكافة البيانات وظروف السلعة، وفي حالة إذا تم ذكر كل من اشترك في إنتاج السلعة ويتحمل كل منتج مسؤولية عن الجزء الذي أنجزه، فهنا يقع المستهلك تشتت في حالة ممارسة حقه في الرجوع وهذا الأمر غير منطقي وغير مقبول[1].

2/المهني الموزع أو الوسيط

يقع على عاتق المهني الموزع أو الوسيط مسؤولية الالتزام بالإعلام، وذلك بتقديم كل المعلومات الكافية وكيفية الاستعمال خاصة إذا كانت السلعة أو المنتوج يشكل خطرا على صحة المستهلك، بحيث تقوم هذه المسؤولية في حالة كون المنتج لا يبيع منتجاته مباشرة للمستهلكين أو المستعملين وإنما يتوسط بينه وبين هؤلاء موزعون أو تجار بالتجزئة، فإن الاحتياجات المادية المتعلقة بتسليم السلعة يقع عبئ اتخاذها عائق هؤلاء التجار[2] والموزع هو من لا يقوم بإنتاج السلعة التي بيعها وإنما يقتصر دوره على شرائها من أجل بيعها مباشرة للمشتري إذ يلتزم في هذه الحالة بإعلامه بما يحتاجه من معلومات تخص المبيع، ويقتصر التزام هذا الأخير بالإعلام بالبيانات التي يعلمها فعلا أو التي كان بإمكانه العلم بها، والتي ترد إليه من المنتج أو الصانع في صورة كتيبات أو نشرات مرفقة[3].

فبائع السلعة يعتبر وسيطا بين المنتج والمستهلك، فهو يقوم بشراء السلعة من المنتج من أجل إعادة بيعها للمستهلك وبذلك يعتبر الطرف المباشر الذي يتعاقد مع المستهلك، ويقع عليه واجب الإعلام لاعتباره الطرف القوي اقتصاديا كما يمتلك الخبرة إذا كان متخصصا، وإذا لم يكن متخصصا يقع عليه واجب الاستعلام من أجل الإعلام[4]. وينقسم المهني الموزع أو الوسيط إلى عدة فئات أهمها:

أ/ البائع المتخصص

- ويكون البائع متخصصا عندما يكون يمارس نشاط لبيع منتوج معين دون سواه كبيع الأجهزة الكهرومترلية مثلا، ففي هذه الحالة يكون البائع نظرا لتخصصه يملك معلومات كافية عما يبيعه من سلع من حيث تركيبها وخصائصها وكيفية استعمالها وكذا مخاطرها ولهذا يلتزم بإعلام المستهلك أو المشتري أي يتدخل

---

[1] مني أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 109.

[2]– مامش نادية، مسؤولية المنتج (دراسة مقارنة مع القانون الفرسي)، رسالة ماجستير،تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 28.

[3]– أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، ، مرجع سابق، ص 172.

[4]– احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، مرجع سابق، ص ص131 – 132.

لتدارك أي تقصير من جانب المنتج في تنفيذ الالتزام فيصحح ما كان من بيانات والمعلومات خاطئا أو يوضح ما كان منها غامضاً، ويكمل ما بها من نقص[1].

ويجدر بنا أيضا أن نشير على أن المستورد يقع على عاتقه الالتزام بالإعلام وتبصير المستهلك بالبيانات والمعلومات الجوهرية المتعلقة بمحل التعاقد سواء كان سلعة أو خدمة التي يقوم بشرائها من دول أجنبية لعرضها في الأسواق الوطنية أو المحلية سواء أدخل عليها بعض التعديلات أو طرحها في السوق مباشرة على حالها، فهما التزام المستورد يعتبر بمثابة التزام المنتج بالإعلام، حيث يلتزم بالإفضاء للمستهلك عن كافة الصفات الكامنة في السلعة، وكيفية استخدامها والوقاية من مخاطرها، لأنه يقوم باستيراد السلع نصف مصنعة ويقوم بإتمامها وتصنيعها وعرضها للبيع، فإنه يصبح منتجا لها. كما يكون المستورد ملزما بإعلام البائع المحترف بهذه المعلومات ليقوم هذا الأخير بدوره بإعلام المستهلك بتلك البيانات والمعلومات بطريقة مفهومة ومقروءة قبل إبرام العقد، وهذا ما أكدته المادة 4/111 من تقنين الاستهلاك الفرنسي المعدل بالقانون رقم 2016/301[2].

ب/ البائع غير المتخصص

وهو الذي يبيع سلعة أو منتجات مختلفة ومتعددة الأنواع والاستخدامات حيث يكون ملزما بأن يبصر المستهلك بالبيانات والمعلومات المتعلقة باستعمال المبيع، والتحذير من مخاطره، سواء بما قدمه المنتج من بيانات ومعلومات، أو استعلامه بنفسه عن البيانات والمواصفات التي تهم المستهلك وإعلامه بها. وتأكيدا لما سبق قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها تاريخ 31 يناير 1973 من استبعاد مسؤولية البائع وإقامة مسؤولية الصانع عن الأضرار التي تسببها الحريق الذي نشب بسبب عدم تحذيره للمشتري عن قابلية الاشتعال الشديد لغراء لاصق يستخدم في تركيب الأرضيات الصناعية[3].

3/ مقدم الخدمة

- أن التطور الحاصل في وسائل الاتصال الإلكتروني أدي إلى اكتساب المواقع الإلكترونية أهمية بالغة لأنها أصبحت تقدم خدمات عديدة ومتنوعة مثل تقديم الخدمات المصرفية أو العقارية والسياحية وخدمات التأمين وبيع تذاكر الطيران والفنادق وهذا التنوع أدي إلى جلب عدد كبير من المستهلكين من طالب الخدمات

[1] منى أبو بكر، مرجع سابق، ص 117.

[2]– المادة 4/111 من تقنين الإستهلاك الفرنسي

[3]– أيوب يوسف سالم محمد العبيدي ، مرجع سابق ، ص 173.

وخاصة أن الخدمات الإلكترونية تقدم منتجات وخدمات ذات جودة عالية بأسعار معقولة بسبب كثرة المواقع التجارية الإلكترونية. وبالتالي زيادة المنافسة بين هذه المواقع على تقديم الأفضل للمستهلك، بالإضافة إلى الخدمات الممتازة لعمليات ما بعد البيع، مما أدي إلى إقبال المستهلكين على هذه الخدمات وكثرة الطلب عليها من قبل المستهلكين[1].

ولهذا حرصت التشريعات الحديثة وشددت على ضرورة حماية المستهلك الإلكتروني بشكل واضح وملح حيث يلزم مقدم الخدمة عن بعد بالإدلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالخدمة المطلوبة، من حيث خصائصها وكيفية استخدامها والمقابل المادي المحدد لها وكيفية الوفاء به وغيرها من المعلومات التي قد تؤثر على إرادة المستهلك ولقد ألزمت المادة الثالثة من قانون حماية المستهلك المصري مقدم الخدمة واجب الإعلام بقولها:"على مقدم الخدمة أن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التي يقدمها وأسعارها ومميزاتها وخصائصها".

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول أن المهني مهما كان سواء موردا او بائعا أو مستوردا متدخلا أو موزعا أو مقدم خدمة يكون هو المدين بالالتزام بالإعلام في المعاملات التجارية الإلكترونية، وذلك لتوفره على كل البيانات والمعلومات الأساسية وله العلم الكافي بمحل التعاقد، الذي يجعل منه الطرف القوى والمتفوق من الناحية المعرفية والقانونية والفنية وكذا الاقتصادية وبكل ما يتعلق بالعقد الإلكتروني.

- وكما سبق لنا وأن ذكرنا أنه يمكن أن يقع الالتزام بالإعلام على المستهلك ويكون مدين به وذلك في حالة ما إذا كان أكثر دراية وعلم بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد، بما أن الهدف من الالتزام بالإعلام هو معالجة اختلال التوازن العقدي في المعرفة، فلا يمكننا تحديد المدين مسبقا من هو المدين، لأنه في هذه الحالة يصبح عدم التوازن هذا عاما بين المستهلك والمورد وهنا يكون المستهلك هو مدين بالالتزام بالإعلام لأنه أكثر دراية ومعرفة من المتعاقد الأخر، وهذا راجع إلى عدة اعتبارات منها عامل السن أو ضعف الإدراك أو عدم كفاءة المتعاقد فكثيرا ما يعتري العاقد ضغطا ناشئا عن جهله بالمعلومات، وهنا يكون التفاوت في العلم والدراية أو الضعف المعرفي، وهذا عندما يكون محل التعاقد في حيازة المستهلك مما يجعله أكثر دراية من الطرف الأخر بمحل التعاقد. وظهر ذلك جليا في بعض المعاملات التجارية الإلكترونية التي يقوم بها بعض المستهلكين بعرضهم للبضائع والخدمات بشكل إلكتروني إلى مستهلكين آخرين عبر موقع الويب، مما يجب على المستهلك البائع

[1] عبد الله ذيب عبد الله محمود،حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني – دراسة مقارنة–رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009،ص 31.

تزويد المستهلك المشتري بكل البيانات والمعلومات المتعلقة بمحل التعاقد، حيث يكون المستهلك هنا بمثابة البائع العرضي الذي يقوم ببيع شيء بصفة عرضية دون أن يتخذها حرفة له حيث يرى بعض الفقهاء أن البائع العرضي ملزم بالإفصاح بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالشيء محل التعاقد لما يمتلك من معلومات وخصائص متعلقة بالشيء الذي هو أصلا بحيازته، وبالتالي لا يستطيع البائع العرضي أن يتخلص من المسؤولية الملقاة على عاتقة بموجب الالتزام بحجة عدم علمه بالصفات والخصائص الكامنة في الشيء المبيع[1].

وفي الأخير نستخلص أن المنتج أو البائع أو التاجر أو المستورد أو المورد الإلكتروني أو مقدم الخدمة إذا عرض سلعته أو سوق منتوجاته عبر الانترنت أو عبر أي وسيلة إلكترونية فهو ملزم بإعلام المستهلك بكل البيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة وكيفية وشروط التعاقد، وكل ما يتعلق بها من ظروف قد تؤثر على إرادة المستهلك المتعاقد.

والتزام المورد أو المنتج الإلكتروني بالإعلام أوسع نطاق من حيث المضمون وله أهمية بالغة لضمان صحة التعاقد وضمان التوازن في العلاقة العقدية، التي تتم عن بعد إلكترونيا مقارنة مع العقود التقليدية نظرا لطبيعة التعاقد، وهذا ما دفع بأغلب التشريعات إلى ضرورة التشديد بواجب الالتزام بالإعلام في المعاملات التجارية الإلكترونية، وإضافة بيانات ومعلومات لم تكن متوفرة في العقود والمعاملات التقليدية.

الفرع الثاني: نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الموضوع

لقد أثار تحديد نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الموضوع ما نوع المعلومات التي يجب أن يتضمنها هذا التزام. أي ما مضمون الالتزام بالإعلام في المعاملات التجارية الإلكتروني؟ لكن قبل الإجابة على هذا التساؤل وجب تحديد المقصود بنطاق المعلومات والبيانات التي تكون محلا للالتزام بالإعلام ويكون المورد أو المهني ملزما بالإعلام بها للمستهلك الإلكتروني، لأنه تقع عليه المسؤولية في حالة الإخلال بالإعلام. ويجب أن يكون محل الالتزام عاما ومعينا أو قابلا للتعين، وأن يكون مشروعا وأن يكون موجودا أو ممكنا. وهذا لأهمية دور التزام المورد بإعلام المستهلك في وضوح وشفافية التعامل وتنوير بصيرة المستهلك، وشعور هذا الأخير بالاطمئنان اتجاه المورد الإلكتروني.

[1]– احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، مرجع سابق، ص 136 .

ولهذا وجب على المورد إعلام المستهلك بجميع المعلومات الجوهرية المتعلقة بالسلعة او بشخصية المتعاقد وهذا لتعزيز الثقة بين المتعاقدين، وتصبح هذه المعلومات جزءا لا يتجزأ من العقد وهذا ما سنعرضه في الناصر الآتية:

أولا: الإعلام بالبيانات المتعلقة بهوية المورد

يعد الإفصاح عن هوية المورد الإلكتروني وكل البيانات المتعلقة به عنصرا مهما جدا في المعاملات التجارية الإلكترونية لأنه يتم إبرامه دون التلاقي الفعلي بين أطراف العلاقة التعاقدية مما يجعل الطرف الضعيف لا يثق في هذه المعاملات الإلكترونية خوفا من النصب الاحتيال من طرف أشخاص يقومون بإنشاء مواقع أو محلات افتراضية وهمية غير حقيقة لأنه يصعب التحقق من هوية المورد الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية، ولحماية التوازن من هذا الاختلال وتهيئة بيئة آمنة للمستهلك من أجل التعاقد إلكترونيا. فرضت التشريعات وجوب الإعلام بالبيانات المتعلقة بالمورد مقدم الخدمة أو السلعة أو بيع المعلومات، مما يعزز الثقة بين الطرفين ،كما أن الإعلام بالبيانات المتعلقة بهوية المورد تسمح وتسهل على المستهلك التحقق من هوية المورد الإلكتروني والتأكد من سمعته وخبرته وقدرته على تنفيذ التزاماته التي تقع على عاتق ها الأخير، وكذلك تتمثل فائدة الإعلام بهوية المورد في تسهيل الاتصال به والاستفسار عن طبيعة الخدمة وكذا التأكد من عنوانه واسمه والإيميل الخاص به وأرقام هواتفه وموقعه الإلكتروني، وإلى غير ذلك من البيانات التي تحدد شخصية وطبيعة المورد الإلكتروني.

وهذا ما أكدته المادة 8/121 من التقنين الاستهلاك الفرنسي عندما فرضت على المحترفين (الموردين) بالإدلاء للمستهلكين بالبيانات التي تحدد شخصيتهم بطريقة قاطعة لا لبس بها ولا غموض مثل اسم الشركة، وطبيعتها القانونية وعنوان مركز إدارتها الرئيسي إذا كان لها أكثر من فرع وتوضيح أنه المسؤول عن الإيجاب المعلن....الخ[1].

كما ألزمت المادة 1/4 من التوجيه الأوربي رقم 97/7 المورد تمكين المستهلك من الحصول على بعض المعلومات، وفي وقت مفيد قبل إبرام العقد. ومن ضمنها هوية المورد وعنوانه في العقود التي تتطلب وفاء مسبقا، (أي الدفع قبل تسليم البضاعة أو أداء الخدمة)[2].

[1]– رمزي بيد الله على الحجاز، مرجع سابق، ص 90.

[2]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص319.

فمن منطق الحرص على الثقة والشفافية التي تمسح بتشجيع المعاملات التجارية الإلكترونية مع المستهلكين اتجهت أغلب التشريعات إلى وجوب التزام البائع بتحديد هويته عبر شبكة الانترنت، وذلك بذكر جميع المعلومات حتى يكون المستهلك على بينة من أمره وعلى علم بمن يتعامل معه،ومن هذه المعلومات: اسم وعنوان ورقم تليفون المهني أو الشخص مقدم الخدمة، وعنوان مركز الشركة الاعتباري إن وجد وعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض للعقد إذا كان العنوان مختلفا ....إلخ[1].

حدد النظام القانوني الفرنسي المتعلق بالحماية شروطًا عامة للنشاط الإعلاني. فيجب أن يكون إعلانًا عادلًا وصادقًا باللغة الفرنسية. هذه الأحكام عامة حيث يتم تطبيقها على جميع أشكال الإعلان.

وفقًا للمادة1/121 من قانون المستهلك " يُحظر أي إعلان يتضمن، بأي شكل من الأشكال مزاعم أو مؤشرات أو عروض تقديمية كاذبة أو يحتمل أن تكون مضللة ، عندما تتعلق واحد أو أكثر من العناصر التالية: الوجود، والطبيعة، والتكوين، والصفات الجوهرية، ومحتوى المبادئ المفيدة، والأنواع، والمنشأ، والكمية، وطريقة وتاريخ التصنيع، والخصائص، والسعر وشروط بيع السلع أو الخدمات التي تشكل الغرض من الإعلان، وشروط استخدامها، والنتائج التي يمكن توقعها من استخدامها، والدوافع أو الإجراءات لبيع أو تقديم الخدمات، ونطاق الالتزامات التي قدمها المعلن، وهوية الشركة المصنعة وصفاتها أو مهاراتها، الموزعين أو المروجين أو مقدمي الخدمات[2] .

مما سبق نلاحظ أن هوية المورد في المعاملات التجارية الإلكترونية من أهم المعلومات والبيانات التي يجب التبصير بها للمستهلك حتى يتحقق من شخصية من سيتعاقد معه ليكون رضاه صحيحا وكاملا، لعدم التقابل الفعلي بين طرفي العلاقة العقدية.

ثانيا: الإعلام بشروط التعاقد الإلكتروني وكيفية تنفيذه

- يقع على عاتق المورد الإلكتروني الالتزام بالإعلام ببيانات وشروط العقد التي تتماشي مع طبيعة المعاملات الإلكترونية، والتي يشترط فيها جهل المستهلك بهذه البيانات، وكل هذا من أجل زيادة تنوير رضا المستهلك باعتباره الطرف الضعيف لعدم علمه بشروط التعاقد وبكيفية تنفيذ العقد، وهذا لمعرفة ما يناسبه من

[1] حوالف عبد الصمد، الحماية للمستهلك في عقود التجارية الإلكترونية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15 جانفي 2016، ص 126.

[2]-Mickael-boutros .le droite du commerce électronique : une apprcole de la protection du cyber consommateur.docteur de l'université de GRENOBLE.droit privé. Année 2014. p 39.

هذه الشروط، منها تحديد مدة العقد واللغة التي يتم إبرام العقد بها وكذلك القانون الواجب التطبيق في حالة وجود نزاع بين المتعاقدين في مراحل إبرام العقد وشروط إنهاء العقد، ومنها ما يتعلق بتحديد المسؤولية التي تقع على المورد، ولقد راعت بعض التشريعات والتنظيمات الإقليمية الاقتصادية – مثل الإتحاد الأوروبي والمشرع الفرنسي– المخاطر التي تحيط المعاملات الإلكترونية، فألزمت مقدم الخدمة الإلكترونية بتسهيل حصول المستهلك على المعلومات المتعلقة بالمراحل التقنية اللازمة لإبرام العقد الإلكتروني، وكيفية تدارك الأخطاء المعلوماتية، وتزويده بالشروط العامة للعقد الإلكتروني[1].

– كما ألزم التوجيه الأوروبي رقم 83 2011 بضرورة إعلام المستهلك التي يظل فيها الموجب على إيجابه (صلاحية الإيجاب) لأن طبيعة المعاملات الإلكترونية تسمح بدوام الإيجاب، حيث تعمل شبكة الانترنت طيلة 24 ساعة وعلى مدار أيام الأسبوع، كما أن الميزة العابرة للحدود التي يتميز بها الإيجاب المعروض على الانترنت وقابلية تبديله وأحيانا الإلغاء بين الحين والآخر، أصبحت تستجوب وجود ضمانات من شأنها تعزيز الثقة وحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، الأمر الذي دعي المشرع الفرنسي إلى مد مظلة حماية المستهلك الإلكتروني وإلزام المورد بتحديد مدة صلاحية الإيجاب المعروض على الشبكة، وألزمه من ناحية أخرى إعلام المستهلك وفي الوقت مناسب لا يتجاوز وقت التسليم بالمعلومات المتعلقة بشروط وإجراءات ممارسة الحق في الرجوع عن التعاقد، أي حق القابل في سحب قبوله والأحوال التي يمارس فيها هذا الحق وطريقة ممارسته[2].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نص في القانون رقم 18/05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 13 منه على أنه: "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية:

– الخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات،

– شروط كيفية التسليم،

– شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع،

– شروط فسخ العقد الإلكتروني،

– شروط وكيفيات الدفع،

[1]–احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، مرجع سابق، ص 145.

[2]– احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، مرجع سابق ، 146.

- شروط وكيفيات إعادة المنتوج،
- كيفيات معالجة الشكاوي،
- شروط وكيفات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء،
- الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع وبالتجريب عند الاقتضاء
- الجهة المختصة في حالة النزاع، طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه
- مدة العقد حسب الحالة".

ثالثا: الإعلام بالبيانات الجوهرية المتعلقة بالسلعة والخدمة محل التعاقد

يعد تبصير المستهلك بالبيانات الجوهرية وصفات السلعة والخدمة محل التعاقد جوهر فكرة الالتزام بالإعلام لان خصائص السلعة أو الخدمة قد تكون الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد وفي إطارها يقع المستهلك ضحية الغش والتقليد.

وصرح المشرع الفرنسي على وجوب تزويد المستهلك بالمعلومات وصفات محل التعاقد في المادة 1/111 من تقنين الاستهلاك الفرنسي حيث قرر فيها أن: "كل مهني بائعا لمال أو مقدما لخدمة، يتعين عليه قبل إبرام العقد أن يضع المستهلك في إطار القدرة على المعرفة بالخصائص الأساسية لذلك المال أو تلك الخدمة"[1].

ويستنتج من هذا النص أنه يجب على المهني أن يحيط المستهلك علما بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة أي يجب تزويده بوصف دقيق وكامل لمحل التعاقد فإذا كان محلها سلعة مادية وجب عليه أن يبين كامل خواصها من حيث الوزن والحجم ودرجة الجودة، أما إذا كان محل التعاقد غير مادي مثل برامج الحاسوب وبرامج المعلومات التي يتم تدوينها مباشرة على جهاز الحاسوب إلى المستهلك وجب عليه أيضا أن يبين مواصفاتها من حيث حجم البرنامج ونظام التشغيل أو التجهيزات المطلوبة لاستخدامه بصورة صحيحة[2].

أما التشريعات العربية لقد نصت أيضا على ضرورة الإدلاء بالبيانات الجوهرية وصفات محل التعاقد حيث يجب أن يكون الوصف واضحا ومفصلا ودقيقا وكاملا وشاملا، بما يحقق الإعلام الكافي والجدي والموضوعي

[1]-Article L111-1" Tout professionnel vendeur de biens doit , avant la conclusion du contrat , mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien".

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، النظام القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظرية العامة للعقد ونظرية عقود الاستهلاك،-دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص102.

عن المنتجات والخدمات، ولذلك أوجب قانون حماية المستهلك المصري على كل مورد إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة وعن خصائص وطبيعة إمداد المستهلك بمعلومات تؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل مما قد يؤدي إلى وقوعه في خلط أو غلط[1].

ومن القواعد العامة يجب أن يكون محل التعاقد معينا قابلا للتعين ويتم تعينه بطريقتين الأولى بطريقة مباشرة حيث يعين تعيينا كاملا، وذلك بأن يتم تعيين الأعمال التي يلتزم بها طرفاه أحدهما أو كلاهما، وتعيين ما قد ترد عليه هذه الأعمال من أشياء. والطريقة الثانية غير مباشرة ويصبح المحل فيها قابلا للتعيين في وقت لاحق على العقد، ويكون عن طريق بيان الأسس التي تكمن من تعيينه مباشرة بعد ذلك إما بذاته وإما بنوعه ومقداره، وإذا كان محل الالتزام نقودا وإذا كان سلعة أو خدمة التزام المدين ببيان وصف المنتوج أو الخدمة وصفا كافيا.

اشترط المشرع التونسي في القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية وجوب التزام البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية بأن يعلم المستهلك بطريقة مفهومة وواضحة قبل إبرام العقد[2].

- أما الإعلام عن الثمن وسعر من أهم الأمور التي يجب توضيحها، فالسلع المسعرة هي التي لها القانون ثمن لا يجوز تجاوزه، فالمستهلك يقرر التعاقد عندما يعرف السعر إذا كان يناسبه أم لا أي يبني قبوله على

---

[1] المادة 6 من قانون حماية المستهلك المصري التي نصت على ما يلي أن: "يلتزم المورد أن يضع على السلعة البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية أو القانون أو اللائحة التنفيذية، باللغة العربية بشكل واضح وتسهل قراءته، وذلك على النحو الذي يتحقق به الغرض من تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج وطريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه، ويلتزم مقدم الخدمة أن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التي قدمها ومميزاتها وخصائصها وأماكن ومواعيد تقديمها".

[2] – نصت المادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 في شأن المبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه " يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

-هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات،

-وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة

-طبيعة وخاشيات وسعر المنتوج

-كلفة تسليم المنتوج ومبلغ تأمينه والإدعاءات المستوجبة

-الفترة التي يكون خلالها المنتوج معروضا بالأسعار المحددة

-شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع....."

إمكانيته المادية مع الحرص على ألا يدفع في السلعة أكثر من قيمتها الحقيقة[1]. كما يجب أن يبين ما إذا كان السعر صافيا أم إجماليا يتضمن بالإضافة إلى ثمن السلعة أو الخدمة تكاليفها كالضرائب أو تكلفة الشحن أو التسليم[2].

إضافة إلى وجوب ضرورة بيان قيمة وسعر محل التعاقد يجب أن يبين أيضا كيفية الدفع الذي يجب أن يكون استعمال وسيلة دفع الكترونية ولكن ما لاحظناه أن أغلب التشريعات لم تذكر وجوب المورد على تحديد وسيلة الدفع لسعر السلعة أو الخدمة محل التعاقد. لكن رغم عدم تحديد وسيلة الدفع لكن من الضروري على المورد في التعاقد الإلكتروني إعلام المستهلك قبل إبرام العقد بكيفية الدفع بثمن محل التعاقد، لا سيما وهناك عدة وسائل للدفع سواء وسائل دفع تقليدية تم تطويرها لمواكبة التطور الحاصل بوجود المعاملات التجارية الإلكترونية مثل: السفتجة الإلكترونية، الشيك الإلكتروني، والكمبيالة الإلكترونية، البطاقات الإلكترونية، والتحويل المصرفي. وهناك وسائل دفع إلكتروني مستحدثة ووجدت بوجود التعاملات الإلكترونية مثل المحفظة الإلكترونية، والنقود الإلكترونية، أو الدفع من خلال وسيط وهذه الوسائل كلها ممسوحة لاستعمالها كوسيلة لدفع قيمة السلعة أو الخدمة محل التعاقد ومن خلال شبكة الانترنت.

ولكل وسيلة إلكترونية إيجابيات وسلبيات في عملية التسديد على المهني إعلام المستهلك بها، ومن خلال تعاملنا مع مواقع عبر الانترنت وجدنا أن أغلبيتهم يحرصون على بيان وسائل الدفع المتاحة للدفع وأهمها بطاقات الدفع الإلكترونية، أو التحويلات المصرفية الإلكترونية.

رابعا: الإعلام بالسلع الخطيرة وذات التقنية العالية المعقدة

- بالإضافة إلى البيانات والمعلومات السابقة التي تم ذكرها والتي وجبت على المورد أن يلتزم بها سوءا ما يتعلق بشخصيته وما يتعلق بسلعته أو الخدمة التي يقدمها للمستهلك، كما وجب عليه أيضا أن يلتزم بإعلام المستهلك في حالة ما كان محل التعاقد خطيرا أو معقدا أو مبتكرا حيث أجمعت أغلبت التشريعات على ضرورة الإعلام بخطورة السلعة وهناك منتج يكون خطيرا بطبيعته أي يمكن أن ينتج خطرا حتى يفي بالغرض المقصود كمواد التنظيف السامة والمبيدات الحشرات والمواد القابلة للاشتعال، وهناك منتجات تتمثل خطورتها في عدم

[1] سليمة لدغش، مرجع سابق، ص 363.

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 105.

استعمالها بشكل خاطئ أو أحد مكوناتها حين تتفاعل مع بعض المواد والعوامل الخارجية مما يجعلها من المنتجات الخطيرة[1].

ويقع على المورد أو المنتج في الحالتين التزاما بالإعلام والتحذير من خطورة محل التعاقد ووجوب ذكر الاحتياطات الواجب اتخاذها لتفادي ذلك، هذا إضافة إلى المنتجات التي يتطلب استعمالها أو تشغيلها للقيام بعمليات معقدة قد تجعلها خطرة كالأسلحة النارية والأجهزة الكهربائية.

وأحيانا يكون الشيء المبيع ذا تقنية عالية ومبتكرا ومعقد الاستعمال كما هو الحال في الأجهزة المعلوماتية والإلكترونية حيث يلتزم البائع بإعلام المشتري بكافة المعلومات والنصائح الخاصة بالشيء محل التعاقد والتي تساعده على اختيار النظام الملائم وقد يصل الأمر إلى حد التزام البائع بتقديم المساعدة الفنية للمشتري. ويرجع السبب في تشديد الالتزام على بائع هذا النوع من الأشياء إلى كون المشتري يجهل تماما ما يتصل بهذه المبيعات كالغرض الذي أنتجت من أجله ومواصفاتها وإمكانياتها إذا قد يستدعي الأمر معاونة المشتري في اختيار ما يناسب والأغراض التي يبتغيها[2].

وأكد هذا الأمر حكم محكمة النقض الفرنسية في تقريرها مسؤولية بائع الخلاط لعدم إعلام المشتري بكيفية الاستعمال حيث إنه كان في درجة من التعقيد لا يسمح للمشتري معرفة ذلك، وكذلك ما أقرته ذات المحكمة بخصوص بائع الأجهزة الحاسوب من مسؤولية هذا الأخير وأن التزامه بالإعلام لا يتحدد بتقديم نشرة استعمال فحسب، حيث كان عليه أن يزود المشتري بكافة المعلومات بقصد الاستعمال الأمثل نظرا لما يكتسي هذه الأجهزة من تعقيد من حيث الاستعمال وتشغيل[3].

[1]– أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، مرجع سابق، ص178

[2]– منى أبو بكر، مرجع سابق، ص 124.

[3]– أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، ص 180/179.

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بالالتزام بالإعلام

تقتضي الضرورة على دراسة وتحديد التكييف القانوني للالتزام بالإعلام في التعاقد الإلكتروني. ويقصد بعملية التكييف هي العملية الذهنية التي يقوم بها رجل القانون وبصفة خاصة القاضي، من أجل إسباغ الوصف القانوني السليم على التصرف أو الواقعة المعروضة عليه، تمهيدا وتقسيما لتطبيق النظام القانوني المناسب عليها. فعملية التكييف هذه تهدف دائما إلى تطبيق نظام قانوني معين واستبعاد غيره، ومن خلال هدف دراستنا نحدد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام وذلك من حيث مدى إمكانية وصفه التزما عقديا أو غير عقدي، ثم من حيث مدى اعتباره التزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نحدد الأساس القانوني للالتزام بالإعلام ذلك بالنظر إلى الدراسة التي تقودنا لتفسير وتوضح دعائم وأسانيد نشأة هذا الالتزام في مجال التعامل بين الأفراد، حيث نصت التشريعات صراحة على الالتزام بالإعلام وذلك لضرورته ودوره الكبير في تنوير بصيرة المتعاقد الضعيف في المعاملات التجارية الإلكترونية، والهدف من تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام والأساس القانوني هو تحديد الجزاءات التي تترتب عليه في حالات الإخلال به.

وعلى ماسبق ذكره قمنا بتحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام الإلكتروني (المطلب الأول) الأساس القانوني الالتزام بالإعلام الإلكتروني(المطلب الثاني)، وأخيرا الجزاء المترتب على عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام الإلكتروني

ترجع أهمية تحديد الطبية القانونية للالتزام بالإعلام قبل التعاقد إلى أثر ذلك على أحكامه القانونية خاصة فيما يتعلق لتحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال به، وأيضا فيما يتعلق بتحديد المتعاقد الذي يقع عليه عبء الإثبات.

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام هل هو ذو طبيعة عقدية أو غير عقدية أم أن طبيعة الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة، وهذا ما سندرسه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام التزاما سابق للتعاقد أم التزاما تعاقديا

حيث أن هذا الالتزام في هذه المرحلة يكون ذا طبيعة قانونية بحيث أن المشرع هو الذي يفرضه كما يبين المعلومات والبيانات التي يتعين الإدلاء بها، كما يحدد الجزاء المطبق في حالة الإخلال به. وفي مرحلة تنفيذ العقد فإن المشرع أيضا فرض على المورد الإلكتروني الإدلاء بالبيانات والمعلومات الخاصة التي تتعلق بكيفية

استعمال المنتجات أو الاحتفاظ بها وما يستوجب من الاحتياطات في هذا الشأن، حيث يظل الالتزام متحفظا بطبيعة القانونية وإن ارتبط بمرحلة التعاقد إبراما وتنفيذا. ويعد الإخلال بهذا الالتزام إخلالا تعاقديا، كما يمكن أن يتفق الطرفان فيما بينهما بأن يقوم المورد بالإدلاء بمجموعة من البيانات التي لم ينص المشرع عليها في نص القانون وهنا يكون هذا الاتفاق ذا طبيعة تعاقدية[1]. وسوف نوضح ذلك من خلال ما يلي:

أولا: الالتزام بالإعلام ذو طبيعة عقدية

لقد ذهب أنصار هذا الرأي أنه تنشأ المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بالالتزام حيث استندوا على نظرية الخطأ في تكوين العقد للفقيه الألماني اهرنج[2] لتدعيم رأيهم. ولقد اعتبر أصحاب هذا الرأي أن الخطأ الذي ينشأ في مرحلة التفاوض يكون خطأ عقديا وتطبق عليه أحكام المسؤولية العقدية، سواء ترتب على هذا الخطأ انعقاد العقد أم لا أو بطلانه، كما يضمن للمتضرر المطالبة بالتعويض جراء الضرر الذي لحق به على اعتبار الخطأ كعقد لا كواقعة مادية بافتراض وجود عقد سابق على العقد الأصلي هو عبارة عن عقد ضمان مفترض مصدرا لهذا الالتزام[3].

ووفقا لهذه النظرية فإن للمستهلك حق في الاستفادة من قواعد الإثبات في المسؤولية العقدية من أجل تعزيز حماية المستهلك، كما يكفي أن يثبت المستهلك عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام، حتى تترتب المسؤولية في جانب المورد أو التاجر المدين بالالتزام[4].

وذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه ينبغي من الناحية الواقعية في مجال الالتزام بتقديم المعلومات إهمال التفرقة بين الالتزام العقدي والالتزام غير العقدي والتي لا تستند إلى أساس واقعي. وعليه من الأفضل بسط الطبيعة العقدية على كل منها[5].

- كما يؤيد الدكتور محمد المرسي زهرة وأصحاب هذا الطرح الذي يرى أن الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد هو التزام عقدي لأن الإخلال به يؤثر على صحة العقد مما يؤدي إلى بطلانه إضافة إلى ذلك أنه لا يمكن

---

[1] رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص ص 57- 58.

[2]- نزيهة محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات، تطبيقاته على بعض أنزاع العقود، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 302.

[3]- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوق، بيروت، 2010، ص 122.

[4]- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 283.

[5]- عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 205.

تجزئة الالتزام إلى التزام سابق والآخر لاحق لأنه يؤدي في حال الإخلال به إلى الضرر بمصالح المستهلك الذي يجد نفسه في بعض الحالات مضطرا لرفع دعويين كل منهما تستند على أساس قانوني مختلف[1].

ثانيا: الالتزام بالإعلام التزاما غير عقدي

لقد ذهب أصحاب هذا الطرح إلى أن الالتزام بالإعلام ذو طبيعة غير عقدية بحكم أنه سابق على التعاقد وغير متصل بالعقد والإخلال به تترتب عليه المسؤولية التقصيرية. ويجب الوفاء بالالتزام قبل تكوين العقد، ذلك لأنه لا يمكن اعتباره التزاما عقديا لأنه نشأ في مرحلة سابقة على نشأة العقد الذي مصدره الالتزام، وحيث أنه ينعدم في هذه الحالة الرضا الذي هو أحد أركان العقد[2]. ويبرر أنصار هذا الرأي على أن الرضا هو أهم أركان العقد الذي لم يتحقق بعد، كما أن الالتزام يتم قبل التعاقد ومنه لا يمكن أن نتصور نشأة الفرع قبل نشوء الأصل[3].

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام يمر بمرحلتين، مرحلة يلتزم من خلالها المورد بالإدلاء بالمعلومات لمساعدة المستهلك في اتخاذ قرار التعاقد، وهنا يتم الإعلام قبل التعاقد. وفي مرحلة أخرى يلتزم المهني من خلالها بالإعلام المستهلك بكل ما يحدث أثناء تنفيذ العقد. أي أن الالتزام بالإعلام يعد سابقا للتعاقد وسابقا على نشوء العقد.

بينما يرى جانب آخر من الفقهاء أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يقوم على أساس مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود العلاقة العقدية ليس فقط في مرحلة تنفيذها، وإنما منذ مرحلة التفاوض بشأنها[4].

ومن خلال ما سبق يتضح أن الطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام أثارت عدة تساؤلات عند الفقهاء، حيث يرى بعض الفقهاء أن هناك اختلافا في الطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام وهذا راجع إلى المصدر الذي استسقى الالتزام وجوده منه، أي لحظة نشوء هذا الالتزام. فإذا نشأ الالتزام بالإعلام في مرحلة سابقة للعقد كان التزاما غير تعاقدي وتقوم المسؤولية التقصيرية في حالة عدم تنفيذه. أمَا إذا نشأ الالتزام بالإعلام في مرحلة لاحقة للعقد أو أثناءه أعتبر هذا الالتزام عقديا وتقوم المسؤولية العقدية جراء كل مخالفة[5].

---

[1]– رمزي بيد الله على الحجازي، مرجع سابق، ص 58.

[2]– شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، ص 266.

[3]– عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 205.

[4]– محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكنة المعلوماتية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ص 35.

[5]– المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2018/2017، ص 135.

وينصب موقف القضاء الفرنسي على أي تقصير من طرف المورد بالإعلام والنصح يؤدي إلى ثبوت مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بالمستهلك، ويذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار المسؤولية في هذه الحالة ذات طبيعة عقدية[1].

وفي الأخير نرى أن الالتزام بالإعلام هو التزام عقدي لأنه لا يمكن أن نقوم بتقسيم الالتزام عبر مرحلتين التزام بالإعلام السابق للتعاقد والتزام بالإعلام التعاقدي فكلاهما مكمل للآخر، ورغم الاختلاف حول طبيعة الالتزام بالإعلام ما إذا كان قبل التعاقد أو تعاقدي يمكن التمييز بين نوعين بيانات تفقد قيمتها إذا لم يعلم بها المتعاقد قبل إبرام العقد وأخرى لا تستدعي ذلك كونها تثار في مرحلة تنفيذ العقد.

الفرع الثاني : الالتزام بالإعلام هل هو التزام بذل عناية أم تحقيق نتيجة

الالتزام بالإعلام عمل يقوم به المورد اتجاه المستهلك من أجل إفادته بالمعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة حتى يكون على بينة من أمره. لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الالتزام بالإعلام إذا كان التزاما ببذل عناية أم هو التزام بتحقيق نتيجة وسوف نوضح ذلك فيما يلي:

أولا: الالتزام بالإعلام التزاما ببذل عناية

- يقصد بالالتزام بالإعلام عبارة عن التزام ببذل عناية، إذ يكفي أن يقدم المدين المعلومات والبيانات الضرورية الخاصة بالمنتج، وفي المقابل فإن الالتزام يفرض ضرورة استعمال الدائن لتلك المعلومات استعمالا مطابقا وصحيحا لما تلقاه، فالمدين لا يمكن أن يجبر الدائن على إتباع نصائحه وتحذيراته، لكون ذلك يتعلق بمحض إرادة المستهلك[2]. فالمورد يعلم المستهلك بحقيقة الشيء محل التعاقد وتوضيح كيفية استعماله وتحذيراته لكنه لا يضمن علم المستهلك علما كافيا ذلك لأن العلم الكافي أمر شخصي لا يمكن التحكم به خارجيا كما لا يستطيع البائع إجبار المستهلك بإتباع النصائح والتحذيرات المقدمة[3]. لهذا العناية المطلوبة تتمثل في عناية الرجل العادي، وذلك لأن المهني ليس مطالبا بأكثر من تنوير رضا المستهلك باستخدام كافة الوسائل التي تجعل التزامه ناجعا. ولكنه لا يستطيع في المقابل أن يضمن إتباع المستهلك لما يبديه من نصائح ومعلومات وفهمها أو

---

[1] ولد عمر طيب، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009-2010 ص ص 62- 63.

[2]– رشيدة أكسوم عيلام، المركز القانوني للمستهلك الالكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو، 2018، ص355.

[3]– محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، الجزائر، 2005، ص 27.

تقيده بتوجيهاته وتحذيراته. وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يمكن للمدين أن ينتظر أن يضمن النتيجة النهاية للعملية العقدية[1].

كما تبنت بعض الأحكام القضائية هذا الاتجاه إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: " إذا كان من الثابت أن الالتزام بالإعلام هو التزام بوسيلة، وإذ ثبت عدم الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بشروط استعمال المنتج والاحتياطيات الواجب مراعاتها من قبل المستعمل، بما يمكنه من استخدام الأمثل الذي يطابق مع الغرض الذي خصص من أجله، فإن محكمة الاستئناف لا تكون قد أخطأت بفرضها على عاتق صانع المنتج هذا الالتزام بالإعلام الذي لا يهدف إلى ضمان تحقيق النتيجة المطلوبة"[2].

ثانيا: الالتزام بالإعلام التزاما بتحقيق نتيجة

بينما يرى الاتجاه الثاني من الفقه أن الالتزام بالإعلام التزاما بتحقيق نتيجة نظرا لكون ذلك يخفف على المستهلك عبء إثبات المسؤولية عن هذا الالتزام فيكفي لقيامته إثبات عدم تحقق التوجهات للالتزام بالإعلام[3]. وبما أن المستهلك يعد الطرف الضعيف في مواجهة طرف يملك قوة اقتصادية، ولاعتباره التزاما بتحقيق نتيجة فما على المستهلك إلا أن يثبت عدم التنفيذ من طرف جانب المدين حتى تقوم مسؤوليته، ولا يستطيع المدين التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي أو إثبات خطأ الغير[4].

أما المشرع الجزائري فاعتبر الالتزام بالإعلام التزاما بتحقيق نتيجة في القواعد العامة وذلك حسب نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري حيث يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافياً، والعلم الكافي لا يتحقق إلا إذا التزم المورد الإلكتروني بإعلامه بالبيانات المطابقة لحقيقة المبيع عندما لا يستطيع المستهلك الالكتروني العلم بها بوسيلته الخاصة خاصة في المعاملات التجارية الالكترونية[5].

ويرى جانب آخر والذي نؤيده أن الالتزام بالإعلام هو في الأصل يتضمن الالتزامين معا أي يتوجب على المورد الإلكتروني نقل كل المعلومات والبيانات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة للمستهلك، وذلك لتنوير بصيرته ورضاه وهذا بالتزام المورد على استعمال الوسيلة المناسبة والفعالية لنقل المعلومات للمستهلك وتكون سهلة

---

[1]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 183.

[2]– المرجع نفسه، ص 184.

[3]– كوثر سعيد عدنان خالد،مرجع سابق، ص 334.

[4]– كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 287.

[5]– المادة 352 من قانون المدني الجزائري.

البلوغ ويمكنه فهم المعطيات الإلكترونية وبذلك فإن هذا الاتجاه من الفقه يرى أن الالتزام بالإعلام هو عبارة على التزام مزدوج[1].

كما أن الطبيعة القانونية لم تعد تشكل محلا للخلاف، وهذا بعد ما تم النص على الأساس القانوني في القانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 111 في الفقرتين الأولى والثانية على هذا الالتزام حيث تنص على أنه: " يجب على المورد قبل التعاقد مع المستهلك على بيع منتج أو توريد خدمة أن يكون له الدراية الكاملة بكل المعلومات والخصائص المنتج الضرورية" كذلك نصت المادة 2/111 على أنه: "يجب على المورد أن يزود المستهلك بكل المعلومات الضرورية لاستخدام المنتج ، وخاصة المدة التي تكون السلعة خلالها صالحة للاستعمال بعد طرحها بالسوق"كذا أكدت الفقرة 3 أن أحكام الفقرتين السابقتين تطبق دون إخلال بتطبيق أي أحكام أخرى تكون أكثر حماية للمستهلك الإلكتروني في شأن الالتزام المورد بالإعلام.

وفي الآخر نستنتج أن المشرع حدد المعلومات والبيانات الجوهرية التي يجب على المورد الإلكتروني الإدلاء بها وهذا يكفي ليتخلص من المسؤولية التي تقع على عاتقه إذا لم يقوم المستهلك بالإطلاع وتنفيذ هذه المعلومات وكيفية استخدام المنتج.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام

يقوم العقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة ويكون ملزما لأطراف العلاقة العقدية، كما أن لهذه الأطراف حرية التعاقد وحرية الاتفاق وتحديد الالتزامات العقدية، لكن مع مرور الوقت والتطور التكنولوجي أصبحت العقود تبرم عن بعد دون التلاقي الفعلي بين المتعاقدين، الذي أدى إلى ظهور اختلال التوازن بين التزامات الأطراف، لذلك فرض على المشرع التدخل وضع ضمانات لتحقيق التوازن العقدي لتقييد هذه الحرية والمبدأ الذي يتمثل في مبدأ سلطان الإرادة عن طريق فكرة حسن النية، وذلك بهدف حماية الطرف الضعيف من عدم التوازن العقدي بالإضافة إلى تحقيق أخلاقية العقد.

والالتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني لا يخلو من أساس له في القواعد العامة، حيث يمكن استخلاص هذا الالتزام ضمنا من نصوص القانون المدني للتشريع الجزائري والفرنسي والمصري، وفي مرحلة متقدمة من التطور التشريعي أدرك المشرع أنه لا يمكنه الاستغناء عن النصوص الخاصة بحماية المستهلك وفي قانون التجارة الإلكتروني، ولتوضيح ذلك قسمنا المطلب إلى الفروع التالية:

[1]– إلياس نصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009، لبنان، ص 130.

الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام في الأحكام العامة

مع تطور القانون الذي يسعى إلى حماية الطرف الضعيف وفق ما يتطلبه العقد، مما أوجب البحث على الأساس القانوني لهذا الالتزام ليكتسب فعالية في حماية هذا الطرف، فقد نصت مجموعة من المواد القانونية على أساس القانوني للالتزام بالإعلام ولقد تعددت مصادره منها تحقيق العدالة لعدم المساواة وكذا عيوب الإرادة ومبدأ حسن النية، وهذا ما سوف نتطرف إليه فيما يلي:

أولا: مبدأ حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية أساسا قانونيا للالتزام بالإعلام لأن هذا المبدأ يعد مبدأ خلقيا وقانونيا، حيث أصبح مبدأ عالميا مكرسا قانونيا كمبدأ قاعدي يجب الالتزام به في كافة المعاملات التجارية الدولية وكذا الإلكترونية[1].

لقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في نص المادة 106 من ق.م.ج والمتمثلة في: "العقد شريعة المتعاقدين"، ويتمثل حسن النية في القيم والأخلاق التي يتحلى بها المتعاقدين، إذ نجد أثناء التعاقد قيام طرف المورد بمساعدة الطرف الضعيف وذلك من خلال تقديم معلومات له، ويعد مبدأ حسن النية من أهم ما جاء به القانون للحفاظ على التوازن العقدي وتحقيق نوع من العدالة والإنصاف بين المتعاقدين. كما يهدف مبدأ حسن النية على توفير الأمانة والثقة بين أطراف العقد، وتنشأ هذه الثقة والأمانة بإدلاء المورد بكافة البيانات والمعلومات الجوهرية عن محل التعاقد، وأي كتمان لهذه المعلومات يتنافى مع حسن النية[2]. وهذا ما جاء في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري[3]، وكما عمل به القضاء الفرنسي في أغلب قراراته حيث تقوم هذه الأخيرة على مبدأ حسن النية الذي يقضي ألا يحقق أحد طرفي التعاقد مصلحته بغض النظر عن مصلحة الطرف الآخر، ويجب أن تتوفر له البيانات والمعلومات الكافية عن المبيع وأي كتمان لهذه المعلومات يتنافى مع مبدأ حسن النية كما رسخه المشرع الفرنسي من القانون المدني الفرنسي في نص المادة 3/1134[4].

---

[1]– عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، ماجستير تخصص قانون التعاون الدولي،جامعة البويرة، 2012، ص 32.

[2]– بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، تخصص القانون الخاص، 2016/2015، جامعة الجزائر، ص 213.

[3]– تنص المادة 107 "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية،ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الإلتزام".

[4]– رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 75.

ثانيا: مبدأ سلامة العقود في تحقيق التوازن العقدي

جاء مبدأ سلامة العقود والتوازن العقدي كأساس للالتزام بالإعلام الإلكتروني نظرا للتفوق الذي يحظى به أحد الأطراف على الآخر فأحدهما لديه العلم الكافي بجميع التفاصيل المتعلقة بالعقد[1]. وهنا نحاول دراسة ظاهرة عدم التوازن المعرفي ولا نرتكز على عدم التوازن الاقتصادي، وذلك لما يحدثه عدم التوازن المعرفي من خلل من حيث المساواة بين المورد والمستهلك وهذا لحماية وسلامة العقود المبرمة، لأن المورد يكون الطرف القوي في هذه العلاقة لكونه عالما بجميع التفاصيل والبيانات وخصائص المبيع أو الخدمة. بينما يفتقر الطرف الثاني الذي هو المستهلك لجميع المعلومات وخاصة أنه يتعاقد عن بعد دون رؤية ومعاينة الشيء المتعاقد عليه، فتحصل حالة من عدم المساواة وعدم التوازن. ومنه يمكن القول أن وجود الالتزام يستند إلى المبدأ القائل إذا كان أحد المتعاقدين في مركز لا يؤهله للإطلاع على المعلومات الضرورية المتعلقة بموضوع العقد كان على المتعاقد الآخر إخباره بذلك، يعني من جهة أخرى يمكن القول أنه يترتب على من يمتلك معلومات عن موضوع العقد المراد إبرامه أن يلقي الضوء على ذلك حتى يصبح العقد متوازنا[2].

ولقد أدى التطور العلمي والتكنولوجي في الآونة الأخيرة وظهور منتجات معقدة وخطيرة على المستهلك، إذا لم يتم إعلامه وتزويده بجميع البيانات والخصائص الجوهرية المتعلقة بمحل التعاقد وخاصة كيفية استعماله وهذا كله تجسيدا للالتزام بالإعلام وتحقيق سلامة العقود والتوازن العقدي، ويرى جانب من الفقه القانوني عدم اعتبار مبدأ سلامة العقود والتوازن العقدي مصدرا للالتزام بالإعلام إنما هو مبرر لظهور الالتزام[3].

ثالثا: نظرية عيوب الرضا

- يرى جانب من الفقهاء أن نظرية عيوب الرضا هي الأساس القانوني الالتزام بالإعلام وذلك لوجود علاقة وطيدة وصلة وثيقة بين الالتزام بالإعلام ونظرية عيوب الرضا لأن كلاهما يهدف إلى حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك، ومنه يودي الإخلال بهذا الالتزام الذي ينجر عنه عيب من عيوب الإرادة للطرف الضعيف في حالة الكتمان الخداعي والغلط الواقع على صفة جوهرية فيبطل العقد استنادا إلى الخداع أو التدليس إذا كان المورد أو البائع على علم بالصفة موضوع الإعلام وتعمد إخفاءها استنادا إلى نظرية الغلط إذا

[1] عائشة قصار الليل، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، مرجع سابق، ص 230.

[2]– رمزي بيد الله على الحجازي، مرجع سابق، ص 70.

[3]– بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص 210.

وقع على صفة يجهلها البائع أو المورد و لم يتعمد إخفاءها على أن تكون صفة جوهرية[1].وهنا سنقوم بالتفصيل للعناصر التالية:

1/ الكتمان التدليسي

أخذ المشرع الجزائري بفكرة اعتبار السكوت تدليسا من خلال ما جاء في نص المادة 1/86 من القانون المدني على أنه: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعه أو ملابسته، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة"[2].

وقد عرف الأستاذ علي فلالي التدليس بأنه: "حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه للتعاقد"[3].

- كما يعرَفُ التدليس على أنه: "إيهام بأمر مخالف للحقيقة، عن طريق استعمال طرق احتيالية، بقصد دفعه لإبرام العقد"[4]، ويكفي لقيام التدليس مجرد كتمان واقعة او ملابسات معينة إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة والتدليس له جانبين، جانب مادي أو إيجابي يتمثل في القيام بوسائل احتيالية لغرض التأثير على إرادة الغير وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد، وجانب معنوي سلبي وهو السكوت ونية التضليل للوصول إلى هدف غير مشروع، وفي حالة غياب نية التضليل لا نكون أمام عيب التدليس، فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب والتضليل، بل كثيرا ما يصحب الكذب أعمالا مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتظليل بحسب حالة كل متعاقد فالمعيار هنا ذاتي، والأمثلة كثيرة منها الاستشارة التجارية عبر الإنترنت، كأن يطلب المستهلك الاستفسار من أحد بنوك معلومات عن الوضع المالي لشركة ما، فيقدم البنك معلومات بعضها صحيحة ويكتم بعضها رغم علمه بها، مما دفع إلى التعامل مع هذه الشركة، ثم يتضح أن هذه الشركة صدر حكم قضائي ضدها بإشهار إفلاسها، أو أن أسهمها المالية منخفضة، فيكون بذلك بنك المعلومات قد كتم جزءا من المعلومة الكاملة. وطرق التدليس في التعاقد الإلكتروني كثيرة ومتعددة، أهمها استعمال العلامة التجارية لشخص آخر وتعمد

---

[1] رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 70.

[2]– المادة 86 من الأمر 75-58 والمتعلق بالقانون المدني الجزائري، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل بالقانون، 05،07 المؤرخ في 13مايو 2007.

[3]– علي فلالي، النظرية العامة للعقد" الالتزامات"، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 123.

[4]– خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 140.

نشر معلومات غير صحيحة على المواقع بقصد ترويجها وإنشاء موقع وهمي لا وجود له في الواقع وتظليل إرادة المستهلك[1].

ولقد اتجه القضاء الفرنسي إلى هذا الاتجاه حيث قررت محكمة النقض الفرنسية ببطلان البيع مع الحكم بالتعويض، لإخلال البائع بالتزامه بالإعلام عن طريق ما اقترفه من تدليس بطريق الكتمان والمعلومات المتعلقة بالشيء المبيع والتي لها تأثير على رضا المشتري المتعاقد[2].

2/ الغلط

يعتبر الغلط من عيوب الرضا يؤدي إلى إبطال العقد في حالة ما كان الغلط جوهري وبلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط[3]. ويعرف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم عدم صحتها[4].

يساهم عيب الغلط في الالتزام بالإعلام في التأثير على رضا المتعاقد، وخاصة من جانب تزويد المستهلك بالمعلومات الجوهرية من طرف المورد وكل مواصفات وخصائص محل التعاقد والتي من شأنها تنوير إرادة المستهلك ويجعله يقبل التعاقد، يرتبط الغلط بالالتزام بالإعلام من خلال العرض المقدم من طرف المورد الإلكتروني حيث كثيرا ما يقع الغلط في العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات كما لو كان العرض غير واضح ولا يفهم، وخاصة مع التطور التقني والتكنولوجي الذي أحدثته ثورة المعلومات والاتصالات أدى إلى تدخل الفقه والتشريع بشكل كبير لحماية الطرف الضعيف والأقل خبرة سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية مما فرض على التشريعات وضع التزامات على عاتق الطرف القوي والأكثر خبرة في المعاملات الإلكترونية أن يضع بين يدي الطرف الضعيف المعلومات الكافية والأساسية التي تجعله يبرم العقد وهو على إرادة مستنيرة وخالية من أي غلط.وإلا جاز له طلب إبطال العقد لوقوعه في الغلط لعدم توفر المعلومات الكافية بمحل التعاقد[5].

---

[1]– عجال خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري– دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراه، تخصص القانون، جامعة تيزي وزو، 2014، ص218.

[2]– رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 71.

[3]– نص المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

[4]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1996، ص 289.

[5]– عجال خالد، مرجع سابق، ص 214.

وتجدر الإشارة إلى أن الإدعاء بالغلط على أساس العرض الناقص وغير المفهوم للسلعة أو الخدمة قضية يصعب إثباتها، لأنه يتم عبر صفحة الويب (web) وقد يغيره أو يعدله في أي وقت لاحقا، بوسيلة إلكترونية من دون أن تترك هذه التقنية أثر ماديا ملموسا ولذلك ينصح البعض بأنه يمكن التغلب على مثل هذه الصعوبات عن طريق تسجيل مثل هذه البيانات على دعائم إلكترونية بأسلوب يسمح بحفظها واسترجاعها عند الضرورة، أو الاستعانة بوسيط إلكتروني معتمد لتوثيق مثل هذه المعلومات الإلكترونية[1].

وتعرضت هذه النظرية للانتقاد على اعتبارها مصدر للالتزام بالإعلام وأول انتقاد كان مفاده أن نظرية عيب الرضا لا تتدخل إلا إذا كان المتعاقد يشكو من غلط أو إكراه أو تدليس أو استغلال تسبب فيه الطرف الآخر أو كان بإمكانه أن يعلمه، وأنه لا يستطيع التمسك بهذا العيب إلا بعد نشوء العقد. بينما الالتزام بالإعلام ينشأ وينقضي قبل قيام العقد، كما أن البعض يرى أن الالتزام بالإعلام يتفق مع نظرية عيوب الرضا من حيث الغرض، وهو ضمان صحة رضاء المتعاقد وسلامته، إلا أن نطاق الالتزام بالإعلام أوسع بكثير من نطاق نظرية عيوب الرضا، ويرى بعض الفقه أن الالتزام بالإعلام هو التزام سلبي بعدم الخداع والتدليس[2].

رابعا: الالتزام بضمان العيوب الخفية

بالإضافة للاتجاهات الفقهية السابقة يرى جانب آخر من الفقهاء أن أساس الالتزام بالإعلام أساسه ضمان العيوب الخفية بما أن التعاقد يكون عن بعد دون إمكانية المستهلك بمعاينة الشيء المبيع ومعرفة ما يحتويه من عيوب يمكن اكتشافها بعد تسليم المنتج، وهذا ما فرض على المورد أو الطرف القوي أن يقوم بالالتزام بالإعلام بكافة البيانات والمعلومات وكل ما يتعلق بمحل التعاقد من عيوب خفية وخصائص، لاستحالة علم المستهلك بجميع البيانات لوحده لأنه لو علم المستهلك بهذه العيوب لما تعاقد.

ولقد نصت معظم التقنينات المدنية على تنظيم أحكام ضمان العيب الخفي حسب نص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي على أن يكون الطرف القوي ملتزما بضمان خلو محل التعاقد وملحقاته من العيوب الخفية التي تنقص من قيمته أو من استغلاله أو الانتفاع به بحيث يصبح غير صالح للهدف المرجو منه[3].

- كما ذكر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 379 في القانون المدني الجزائري على أنه:" يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا

[1] الياس نصيف، مرجع سابق، ص 130.

[2]– بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص ص 211-212.

[3]– المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي

كان بالبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله....."وتجدر الإشارة إلى أن الضمان لا يقتصر على عقد البيع إنما يشمل كافة عقود المعاوضة والعقود الناقلة للملكية، وسواء انصب البيع على عقار أو منقول أو على أي شيء مادي أو معنوي[1] .

ولا يضمن المورد العيب الخفي المعروف لدى المستهلك ولا العيب الظاهر، ومن هنا تم استنباط أن حدود ضمان العيوب الخفية تظهر مطابقة مع حدود الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، ويمكن للمورد أن يستبعد من مسؤوليته عن طريق إعلام المستهلك حول العيوب الخفية للشيء المبيع، قبل إبرام العقد والمعلومات المقدمة بعد إبرام العقد لا تخلص المورد من مسؤوليته بخصوص العيوب الخفية[2].

ولكي يستفيد المستهلك من الالتزام بضمان العيوب الخفية يجب أن يكون العيب الخفي قديما يعني يشترط لتحقق الضمان أن يكون العيب قديما والمقصود به هو وجود العيب السابق للتعاقد أو العيب الموجود قبل انتقال الملكية للمستهلك أو عند انتقالها كحد أقصى، وأن يكون مؤثرا وهو العيب الذي ينقص من قيمة المنتج نقصا محسوسا ويجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له، وأن يكون خفيا أي أن يكون العيب موجودا وقت التعاقد وليس بوسع المستهلك تبينه أو اكتشافه ولو فحص المنتج بعناية الرجل العادي، ولا يعلم به المستهلك قبل تسليمه، أو أن يكون البائع قد اشترط البراءة منه ويقصد به إذا كان المستهلك عالما بالعيب يسقط حقه في الضمان لأن علمه بالعيب يدل على رضائه بالمنتج.

كما تعرض هذا الرأى الفقهي للانتقاد لكون مصدر إنشاء الالتزام بالضمان هو النصوص التشريعية، أما مصدر الالتزام بالإعلام فهو وليد القضاء، كما اختلف في الطبيعة القانونية لان الالتزام بالضمان ذو طبيعة عقدية، بينما الالتزام بالإعلام يمكن أن يحدث قبل التعاقد، بالإضافة إلى أن الالتزام بالإعلام أكثر اتساعا بالنسبة للالتزام بالضمان[3].

---

[1]– رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 73.

[2]– بركات كريمة، حماية أمن المستهلك في ظل اقتصاد السوق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2014، ص 98.

[3]– ماني عبد الحق، حق المستهلك في الإعلام ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون أعمال، جامعة بسكرة، الجزائر، 2009،ص 39.

إضافة إلى أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يؤسس على أساس نصوص قانونية وتشريعية تقع على عاتق المورد ويلتزم بها حيال المستهلك الطرف الضعيف ليس له علم بالمبيع. وتقوم مسؤولية المورد على أساس عقدي لاحق لمرحلة التعاقد على عكس الالتزام بالإعلام الذي تقوم المسؤولية عنه بمجرد سكوت المورد عن التسريح بالبيانات لو علم بالمستهلك بها لما أقدم على التعاقد حتى لو لم تكن هناك عيوب ظاهرة أو خفية، ومن هنا يمكن القول أنه لا يصلح ولا يمكن أن يكون ضمان العيوب الخفية أساسا للالتزام بالإعلام لأنه أوسع نطاقا من الالتزام بضمان العيوب الخفية.

الفرع الثاني: التشريعات الخاصة مصدر للالتزام بالإعلام

– يعد المشرع الفرنسي السباق في تكريس الالتزام بالإعلام وذلك لحماية الطرف الضعيف والحفاظ على التوازن في العلاقة العقدية وخاصة في البيوع التي تتم عن بعد كالبيع عن طريق التلفزيون حيث نص القانون الفرنسي الصادر في 1978/01/10 والتعديلات اللاحقة عليه الخاصة بحماية وإعلام المستهلك في نص المادة 5 فقرة 1 أن يلتزم عارض السلعة أو الخدمة عن بعد بوضع اسم مشروعه ورقم هاتفه، وكذا عنوان مجلس إدارته.كما حرص المشرع الفرنسي على إلزام المورد بأن يعلن عن ثمن السلعة عند عرضه لها مهما كان أسلوب عرض السلعة، و لم يكتفي المشرع الفرنسي عند هذا الحد لفرض الالتزام بالإعلام لحماية المستهلك بل توسع من خلال التشريعات المتعددة الحماية المستهلك، حيث نص من خلال المادة 1/111 من القانون رقم 92 960 الصادر في 18 كانون الثاني 1992 بوجوب تقديم البائع المهني للمشتري وللمستهلك المعلومات الوافية حول المواصفات والخصائص الرئيسية للأموال والخدمات موضوع البيع،كما نصت المادة 3/113 من القانون نفسه على ضرورة إخبار المشتري بالثمن وشروط البيع. بالإضافة لما سبق ومع التطور التكنولوجي جاء المشرع بالقانون رقم 2004-575 الصادر في 21 يونيو 2004 للثقة في الاقتصاد الرقمي على أن مورد السلعة أو الخدمة يجب أن يقدم على نفقته قبل العقد جميع المعلومات التوضيحية لهذا العقد بما في ذلك هويته أو اسم العمل وعنوانه وتسجيله في التسجيلات المختلفة. ويجب أن يتم الوصول إلى هذه المعلومات بسهولة وبشكل مباشر ودائم على الصفحة الرئيسية للموقع منذ بداية المعاملة. تنطبق هذه المتطلبات دون الإخلال بالتزامات المعلومات الأخرى المنصوص عليها في القوانين أو اللوائح السارية، لا سيما تلك الناتجة عن قانون المستهلك.

وبالتالي يمكن استخدام الانترنت لعرض العقود أو المعلومات حول السلع والخدمات (القانون المدني الفرنسي مادة 1369/ 146[1] .

ونفس الالتزام نجده أيضا ضمن نصوص المرسوم الفرنسي رقم 648/2005 الصادر في 6 يونيو 2005 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد، والذي ألقى على عاتق المورد أو المهني بوجوب إعلام المستهلك المتعاقد عن بعد في الفترة السابقة على التعاقد بكل ما يتعلق بمتعهد تقديم هذه الخدمات المقترحة وكيفية إبرام العقد وتنفيذه وإجراءات ذلك[2].

وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض الفرنسية (لعقد القرض) أنه: "تقديم عرض سابق طبقا للمتطلبات المنصوص عليها في تقنين الاستهلاك الفرنسي لا يعفي مؤسسة الائتمان من واجبها بالنصيحة والتحضير تجاه العميل"[3].

والجدير بالذكر أن القضاء الفرنسي كان يضيف الالتزام بالإعلام إلى مضمون العقد بحسبانه من مستلزماته، وذلك انصياعا لفكرة العدالة وتحقيقا لحماية الطرف الضعيف في الرابط العقدية.

أما الإتحاد الأوروبي فقد رسخت توجيهاته المختلفة في هذا الالتزام، منها التوجيه رقم 97/7 الخاص بحماية المستهلك في العقود التي تتم عن بعد، إذا نصت المادة 4 على أنه يجب "على البائع أن يقدم للمستهلك في وقت مناسب وسابق لإبرام العقد معلومات منها:

-تحديد هوية المورد وعنوانه.

-تحديد الخصائص الرئيسية للبضاعة أو الخدمات موضوع العقد.

-تحديد ثمن البضائع أو الخدمات شاملا جميع الضرائب ونفقات التسليم وطرق دفعها.

كما أصدر الإتحاد الأوربي توجيها خاصا بالتجارة الإلكترونية في 8 يونيو 2000 تضمن أحكام مماثلة للأحكام الواردة في توجيه حماية المستهلكين فقد ألزمت المادة الخامسة في توجيه التجارة الإلكترونية المهنيين بالإضافة إلى سبق بضرورة إطلاع المستهلكين على معلومات تتعلق بخطوات إبرام العقد وكيفية تصحيح الأخطاء قبل إتمام العقد وشروط تقديم الطلبيات[4].

---

[1] -Mickael boutros op. cit. P 33.

[2]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق ص 133.

[3]–المرجع نفسه، ص 136.

[4]– رمزي بيد الله، مرجع سابق، ص 78

وأكد التوجيه الأوربي رقم 2000/31 في المادة العاشرة على تزويد المستهلك بمعلومات واضحة دون غموض قبل إبرام العقد، وهي: "المراحل التقنية اللازمة لإبرام العقد، وكيفية تدارك الأخطاء المعلوماتية والشروط العامة التي يجب تزويد المرسل إليه بها"[1].

أما على الصعيد العربي الذي كان له أيضا دورا في تكريس الالتزام بالإعلام وحماية الطرف الضعيف في التشريعات ووجوبه على البائع من خلال نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري[2].

وفي سنة 2018 أصدر المشرع الجزائري القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والذي جاء ليؤكد على ضرورة فرض الالتزام بالإعلام على المورد الإلكتروني من خلال نص المادة 11 من نفس القانون سالف الذكر على أنه:" يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية:

-رقم التعريف الجبائي والعناوين المادية والإلكترونية ورقم هاتف المورد الإلكتروني.

-رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.

-طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم.

-حالة توفر السلعة أو الخدمة.

-كيفيات ومصاريف التسليم.

-الشروط العامة للبيع لا سيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

-شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع.

-طريقة حساب السعر عندما لا يمكن تحديده مسبقا.

-كيفيات وإجراءات الدفع.

-شروط فسخ العقد عند الاقتضاء.

-وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية.

- مدة صلاحية العرض عند الاقتضاء.

- شروط وآجال العدول عند الاقتضاء.

---

[1]- عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 159.

[2]- نصت المادة 352 من القانون المدني الجزائري: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

- طريقة تأكيد الطلبية.
- موعد التسليم وسعر المنتج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء.
- طريقة إرجاع المنتج أو استبداله أو تعويضه.
- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها.

وكان للتشريع التونسي أيضا عناية بالالتزام بالإعلام لحماية المستهلك من المعاملات التجارية الإلكترونية، حيث يستوقفنا القانون الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي رقم 2000 الصادر في 9 أوت 2000، الذي نص على إلزام البائع في المعاملة الإلكترونية ان يوفر للمستهلك بطريقة ومفهومة جميع المعلومات التي تمكنه من العلم بملابسات العقد مراد إبرامه حيث نص على أنه: " يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات.
- وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة.
- طبيعة وخاصيات وسعر المنتج.
- كلفة تسليم المنتج ومبلغ تأمينه والإدعاءات المستوجبة.
- الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا بالأسعار المحددة.
- شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع.
- طرق وإجراءات الدفع، وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة.
- طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات.
- إمكانية العدول عن الشراء وأجله.
- كيفية إقرار الطلبية .
- طرق إرجاع المنتج أو الإبدال وإرجاع المبلغ.
- كلفة استعمال تقنيات الاتصالات حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل.
- شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدودة أو تفوق السنة.

– المدة الدنيا للعقد في ما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية يتعين توفير هذه المعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة"[1].

ومما سبق نخلص إلى أن أساس ومصدر الالتزام بالإعلام في المعاملات التجارية الإلكترونية هو مصدر تشريعي وقانوني رغم اختلاف الفقهاء في تحديد مصدره وذلك بوجود نص قانوني في فرض الالتزام بالإعلام على الطرف القوي (المورد الإلكتروني) الذي يملك المعلومات والبيانات الأساسية المتعلقة بمحل التعاقد بإعلان الطرف الضعيف (المستهلك) في هذه المعاملة لعدم معاينة المستهلك لمحل التعاقد. بحيث يجعل من هذا الالتزام التزاما قانونيا يفرض بمقتضى القانون. أما في حالة غياب النص القانوني نلجأ إلى تطبيق مبدأ حسن النية في العقد الذي يمتد من مرحلة إبرام العقد إلى مرحلة تنفيذ العقد أي لا يمكن تأسيس الالتزام بالإعلام على القواعد العامة في القانون المدني، التي لا تكون كافية وفيها كثير من القصور مما يتوجب علينا تأسيسه على النصوص الخاصة بحماية المستهلك والقانون التجارة الإلكترونية.

المطلب الثالث: جزاء عدم الالتزام بالإعلام الإلكتروني

هناك عدة جزاءات تترتب عن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام، لو كنا ننظر في الحلول التي تم تبنيها حتى الآن من قبل الفقه، باستثناء إطار معين للتجارة الإلكترونية عندما يتطلب القانون وجود معلومات إلزامية في العرض، حيث يمكننا أن نلاحظ أن القضاء لجأ إلى حد ما من الجزاءات منها إمكانية إبطال العقد لوجود عيب من عيوب الإرادة مثل الغلط والتدليس، كما يمنح تعويضات للطرف المدين بالالتزام بالإعلام على أساس المسؤولية المدنية في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام[2]. وبناء لما سبق سوف تناول الآثار القانونية الناتجة عن تنفيذ الالتزام بالإعلام في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: البطلان كجزاء لعدم الالتزام بالإعلام الإلكتروني

– يطالب المستهلك ببطلان العقد لعيب أرادته، لكن يجب العلم بأن البطلان هو جزاء عدم مراعاة أحد تكوين العقد لمخالفة للنصوص والقواعد القانونية التي تستجوب أركانا معينة وتستلزم شروطا محددة يبطل

[1] قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي رقم 2000 الصادر في 9 أوت 2000.

[2]- Djamila Mahi-Disdet. L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique. Droit ;Université d'Avignon, 2011. Français ; P303.

التصرف عند تخلفها[1]. لقد نص المشرع الجزائري في المادة 14[2]من القانون رقم 05/18 المتعلقة بالتجارة الإلكترونية صراحة على ان المستهلك له الحق في طلب إبطال العقد، متى أخل المورد الإلكتروني بالالتزام بالإعلام الإلكتروني.

وهذا ما أكده المشرع الفرنسي في حالة عدم القيام بالإعلام سواء كان كليا أو جزئيا من المعلومات قبل التعاقد، فقد نص القانون الفرنسي بموجب المادة 242/2 من قانون الإستهلاكي الفرنسي على أنه يعاقب بطلان العقد المبرم بوسيلة إلكترونية في حالة عدم الإمتثال للأحكام المتعلقة بالإلتزام المستهلكين الذي يبرمون عقدا إلكترونيا ولاسيما تلك المتعلقة بالخصائص الأساسية للسلع أو الخدمات التي هي موضوع الطلب بسعرها طوال مدة العقد[3].

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكننا القول بأن الإبطال يصلح كجزاء للإخلال بالالتزام بالإعلام، ففي ظل عدم التوازن الذي أفرزه التطور الحاصل في مجال إنتاج السلع خصوصا التفاوت في المعرفة والخبرة بين المحترفين وغير المحترفين، لجأ الفقه والقضاء في سبيل إعادة التوازن المفقود وتوفير أكبر قدر من الحماية للمتعاقد في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام، على تطويع القواعد العامة المتعلقة بالعقد، وذلك من خلال إبطال العقد. ومع ذلك يشك الفقه في مدى كفاية ذلك، نظرا لعدم وجود نصوص قانونية صريحة تقرر إمكانية المطالبة بإبطال العقد في حالة عدم الالتزام بالإعلام فإنه أصبح من الضروري الاستناد إلى القواعد العامة للقانون المدني[4].

ولقد أسند الفقهاء سبب إبطال العقد الإلكتروني على بعض الأنظمة المختلفة منها نظرية عيوب الرضا ونظرية عدم العلم الكافي بالمبيع.

ويكون العقد قابلا للبطلان إذا كانت إرادة أحد المتعاقدين يشوبها عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال أو الغبن، إذا كانت المعلومات التي لم يدلي بها جوهرية وهامة يمكن أن يؤثر على إرادة المتعاقد وهذا ما نصت عليه المادة 1132 من القانون المدني الفرنسي[5].

---

[1] – كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 118

[2]– تنص المادة 14 من قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 على أنه:" في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاهن من طرف المورد الإلكتروني، يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد، والتعويض عن الضرر الذي لحق به".

[3] - Meryem EDDEROUASSI ; Le contrat électronique international ; International electroniccontract ; thése de doctorat en Droit privé ; Université Grenoble Alpes ; 2017;p 136.

[4]– ايوب يوسف سالم محمد لعبيدي، مرجع سابق، ص 251.

[5]- Meryem EDDEROUASSI ; Op ; cit ; p 140.

وفي هذا الفرع سنتناول فقط عيبي الغلط والتدليس لارتباطهما الوثيق بالالتزام بالإعلام وذلك ناتج عن امتناع المورد الإلكتروني عن تقديم المعلومات والبيانات الجوهرية وذكر شروط التعاقد وخصائص محل التعاقد، ومخاطر استعمال المنتجات إذا كانت ذات طبيعة خطرة، التي قد توقع المستهلك في الغلط، كما أن الكتمان للمعلومات المهمة والأساسية أو تقديم معلومات مغلوطة وغير حقيقة بهدف تضليل المستهلك وهذا يعد تدليسا، وعلى ضوء ما سبق نقوم بشرح كل من عيب الغلط وعيب التدليس كالتالي:

أولا: عيب الغلط

يقصد به وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته وهو يؤدي إلى بطلان العقد إذا انصب على ماهيته أو على شرط من شروط الانعقاد أو على محل العقد[1].

يُعرَف الفقه عيب الغلط على أنه: "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع إما أن تكون الواقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها"[2].

ويشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة ويؤدي إلى إمكانية إبطال العقد شرطان، الشرط الأول أن يكون الغلط جوهريا والمراد بالغلط الجوهري ذلك الذي يبلغ في تقدير المتعاقد حد من الجسامة لو تكشف له لا تمنع عند إبرام العقد[3].

ولكن لا يكفي أن يكون الغلط جوهريا وإنما يجب أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط وقد نصت المادة 85 من القانون المدني الجزائري على ذلك بقولها : "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض ما يقضي به حسن النية". وهذا أيضا ما نصت عليه المادة 120 من القانون المدني المصري بقولها: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ".

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 184.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، ط 3، دار النهضة العربية، 1981، ص 382.

[3]–نص المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: عيب التدليس

عرُّف التدليس على أنه:"إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة عن طريق استعمال طرق احتيالية بقصد دفعه إلى إبرام العقد"ويكفي لقيامه مجرد كتمان واقعة أو ملابسة إذا أثبتت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة[1].

كما أن حذف المعلومات قد يشكل احتيالا لعدم الأداء من قبل المدين بالالتزام بتقديم المعلومات الخاصة به قد تشكل أولا من الاحتيال بالمعني المقصود في المادة 1116 من القانون المدني، يتم تعريف الاحتيال على أنه: "مناورة واحدة أو أكثر التي يكون لها تأثير حاسم على موافقة أطراف في عقد وينبثق من الطرف المتعاقد في عقد وينبثق من الطرف المتعاقد، لذلك يجب استفاء ثلاثة شروط حتى "النسيان" الوصف التاجر الإلكتروني بالاحتيال"[2].

ونظرا إلى التطور التكنولوجي الذي يصاحب إنتاج السلع وأصبحت مشكلة السكوت أو كتمان البيانات المتعلقة بمحل التعاقد وتأخذ أبعاد مهمة وذلك في ضوء تقرير حق المقبل على التعاقد في الإلمام بهذه المعلومات، بصورة أو بأخرى وخاصة عندما يكون أحد المتعاقدين محترفا وملما بجميع جوانب هذا التعاقد وملابساته[3].

وللتدليس نوعان أولهما ايجابي والذي يقوم المدين بتقديم معلومات وبيانات خاطئة على محل التقاعد وغير حقيقية ووهمية من خلال استعمال طرق احتيالية لتضليل والتأثير على رضا المستهلك لأجل إبرام العقد ورغم علم هذا المورد بأهمية هذه المعلومات الأساسية والجوهرية للطرف الآخر من خلال انه سيمتنع عن التعاقد لو علم بحقيقة الأمر، وذلك عن طريق الإعلانات التضليلية والغش التجاري والثاني سلبي وهذا النوع يتمثل في سكوت وكتمان المدين عن المعلومات الجوهرية وصفات الأساسية لمحل التعاقد، أو تقديم معلومات ناقصة وغير مكتملة وهذا بقصد خداعه وإيقاعه في الغلط منتهزا بهذا ضعف المستهلك وجهله بالبيانات وبمحل التعاقد[4].

---

[1]– خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 179.

[2] -Djamila Mahi-Disdet. Op. cit. P314.

[3]– أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 171.

[4]– أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، مرجع سابق ص255.

ونصت المادة 86 من التشريع الجزائري على أنه:"يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيلة التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أقدم المتعاقد الآخر على إبرام العقد، شريطة أن يثبت أنه ما كان ليبرم العقد لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمدا".

ومن خلال ما سبق لم يقتصر التدليس في صورته الإيجابية في استعمال طرق احتيالية بل امتد ليشمل الكتمان والسكوت والكذب ولذلك يثور التساؤل هل تعتبر الإعلانات الإلكترونية الكاذبة والمضللة تدليسا؟ خاصة وأن الإعلانات التجارية الإلكترونية أصبحت أحد العوامل البارزة للترويج للمنتجات والخدمات من أجل التحريض على التعاقد، وذلك لعدم تمكنه من معاينة محل التعاقد إلا من خلال شاشة الكومبيوتر وهنا يستغل مالك محل التعاقد باستعمال طرق الحيل التكنولوجية والكذب وحيث أصبح الكذب وحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة والتدليس كمدح التاجر لبضاعته أو خدمته إلى حد الكذب مادام ذلك مألوفا في التعامل، وعلى العكس فإن مجرد الكذب إذا خرج عن المألوف في التعامل كما لو تم بخصائص معينة استعلم عنها المتعاقد، مثال ذلك مكان البلد المنشأ الذي أنشأ السلعة فإنه يعتبر تدليسا يشوب الإرادة، بشرط توفر العنصر المعنوي للتدليس وهو نية التضليل والخديعة والوصول إلى غرض غير مشروع وكل هذا يعطي للمدلس حق في إبطال العقد لتعيب إرادته[1].

ثالثا: البطلان على أساس نظرية عدم العلم الكافي للمبيع

طبقا لنص المادة 352 من القانون المدني الجزائري وكذا نص المادة 419 من القانون المدني المصري يعتبر العلم الكافي إذا كان يتضمن العقد على مجموعة من البيانات وأوصاف محل التعاقد الأساسية حيث يكون هذا الإعلام كافيا وشاملا وينطبق ذلك على المعاملات التجارية الإلكترونية ويكون كافيا إذا تم بطريقة تمكن المستهلك من إدراك حقيقته أن والوقوف على مدى ملاءمتها للغرض من التعاقد، فيصدر رضاء المستهلك عن بينة من أمره. وقد قررت المادة السابقة جزاء لمخالفتها وبذلك يقرر حق المشتري في طلب إبطال العقد لعدم تحقق العلم الكافي لديه بحقيقة المبيع، ويعتبر المشتري قد علم بالمبيع إذا أقر في العقد بعلمه به، ويترتب على هذا الإقرار سقوط حقه في طلب الإبطال لدعوى عدم العلم بالبيع[2].

[1]– خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2019،ص 66.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 176.

ومفاد النصين السابقين هو أنه يجب على كل بائع أو مورد أن يحيط المستهلك علما بكافة البيانات والمعلومات الخاصة بمحل التعاقد ومواصفاته الجوهرية وتكون كافية للمستهلك للتعرف عليها، وإذا لم يعلم هذا الأخير بالمبيع علما كافيا يكون له الحق في طلب إبطال العقد.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالما بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع.

وتكمن العلاقة بين مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وبطلان العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع، فقد تبين لنا اشتراكهما في الإعفاء من إثبات شروط الغلط الجوهري وأي عيب من عيوب الإرادة المشار إليها سابقا، حيث يكفي على المستهلك أن يثبت أن العقد جاء خاليا من البيانات الأساسية، إضافة على ذلك إثبات عدم قيام المدين أو المورد في الحالتين بإتلاف ذلك[1].

وبناء على هذه العلاقة مابين فكرة عدم العلم الكافي بالمبيع والالتزام بالإعلام قبل التعاقد اعتقد جانب من الفقهاء أن شرط العلم الكافي بالمبيع تطبيقا تشريعيا نموذجيا للالتزام بالإعلام قبل التعاقد، إلا أن إطار وحدود المعلومات التي يجب الإفضاء بها تحقيقا لهذا الالتزام أكبر سعة من شرط العلم الكافي بالمبيع لاشتراط العلم بذاتية العقد وأوصافه وسماته علاوة على المعلومات المتصلة بمحل العقد.

وعليه يمكن القول أن ألجزاء يعتبر من أهم الوسائل التي يمكن من خلالها تصحيح عدم التوازن العقدي ومن صوره قابلية العقد للبطلان، وإن اختلف الأساس لهذا الإبطال سواء إبطال العقد وفقا لأحكام القانون المدني المتمثلة في نظرية عيوب الإرادة وأحكام العلم بالمبيع.

وهكذا نخلص إلى أن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام من طرف المدين قبل التعاقد يؤثر على صحة الرضا وعلى إرادة ويقين المستهلك، وأن المشرع واجه هذا التأثير بردة فعل مباشرة، متمثلة في قابلية العقد للبطلان أيا كان أساسه، غير أن الإبطال في الكثير من الأحيان لا يتناسب مع هدف المستهلك في تلبية حاجياته ورغباته فتقرر جزاء آخر ألا وهو التعويض وهو ما سوف نتناوله في الفرع اللاحق.

الفرع الثاني: التعويض كجزاء لعدم الالتزام بالإعلام الإلكتروني وفقا للمسؤولية المدنية

- لقد تبين مما سبق أن جزاء البطلان يترتب نتيجة عيب من عيوب الإرادة، وليس كافيا ولا يحقق الآمال المرجوة لجبر الضرر الذي يلحق بالمتضرر سواء كانت هذه الأضرار مادية أو أدبية لهذا ظهرت الحاجة إلى

[1] عمر محمد غبد الباقي، مرجع سابق، ص 279.

الجمع بين البطلان وتعويض القصور الذي يعتري جوانب هذه الحماية القائمة على أساس البطلان وتحقيق التوازن، ويكون المطالبة بالتعويض وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، ولقد اختلف الفقهاء حول طبيعة المسؤولية المدنية إذا كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية، لهذا سوف نقوم بإظهار هذه الآراء الفقهية لطبيعة المسؤولية المدنية وكذا الجزائية بدراسة النقاط التالية:

أولا: التكيف القانوني للمسؤولية المدنية لعدم تنفيذ الالتزام بالإعلام وشروطها

تقوم المسؤولية المدنية حين يخل الفرد بما التزم به قبل الغير قانونا أو اتفاقا والجزاء فيها تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال، وتنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية الأولى تنشأ عن الإخلال بما التزم به المتعاقد، وأما التقصيرية فهي التي تترتب عن ما يحدثه الفرد من ضرر للغير بخطئه[1].

كما أن اختلاف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانوني للمسؤولية الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام والإخلال به إذا كان مسؤولية عقدية أم تقصيرية ومتى تقوم هذه المسؤولية ويمكن للمستهلك المتضرر المطالبة بالتعويض؟ وهذا ما سوف نبينه كما يلي :

1/ التكيف القانوني للمسؤولية المدنية الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام

لقد أجمع الفقهاء في قيام المسؤولية المدنية للمورد كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، إلا أن الاختلاف قام بشأن تحديد الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، ويعود ذلك إل الاختلاف في طبيعة الالتزام بالإعلام إذا كان التزام عقدي أم التزام غير عقدي، لذلك انقسم الفقه فهناك من ينادي بالطبيعة العقدية للمسؤولية، ورأي آخر ينادي بالطبيعة التقصيرية، لهذا سوف نناقش كل رأي على حدى فيما يلي:

أ/ المسؤولية المدنية مسؤولية عقدية

- يرى أنصار هذا الطرح أن المسؤولية المدنية مسؤولية عقدية وذلك جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام بحقيقة السلعة، أو الخدمة المعروضة من خلال الوسائط الإلكترونية، ما هي إلا مسؤولية عقدية، لأن التزام المهني هنا يعتبر خطأ عقديا يثير المسؤولية العقدية، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن مسؤولية المورد عند إخلاله بالتزامه بالإعلام قبل التعاقد هي مسؤولية عقدية، لاعتبار العدالة تقتضي إدخال الالتزام بالإعلام في دائرة

[1] حسين عامر، عبد الرحمان عامر، المسؤولية المدنية – التقصيرية والعقدية– ط 2، دار المعارف، القاهرة، ص 14.

التعاقد[1]، لأنه من مستلزمات البيوع الحديثة وخاصة في المعلومات الخاصة بكيفية استخدام المبيع والتحذير من مخاطره[2].

ولكن أغلب الفقه ذهب إلى رفض هذا التكييف غير الموفق وغير الصائب للالتزام بالإعلام وبالتالي للمسؤولية الناتجة عن الإخلال به، واستند في رفض الطبيعة العقدية للمسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام إلى حجج كثيرة أهمها عدم وجود دليل على قيام تعهد عقدي سابق في كل العقود، بالإضافة إلى أن افتراض وجود مثل هذا العقد يؤدي إلى اعتباره تعهدا ثانويا يبطل التصرف الأصلي، مما يؤدي إلى إنكار وجود الالتزام قبل التعاقدي مستقبلا عن العقد[3].

ب/ المسؤولية المدنية مسؤولية تقصيرية

أما الاتجاه الثاني يرى أن المسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في مرحلة سابقة عن إبرام العقد هي مسؤولية تقصيرية، أي الخطأ الذي يقع لأحد طرفي العقد في العلاقة العقدية يتم مساءلتهم عنها وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية والتي تبنتها المادة 163 من القانون المدني المصري[4]، ولقد استند أصحاب هذا الرأي إلى العديد من الحجج على أن المنتج هو المدين الأصلي بالالتزام بالنسبة للبيانات والمعلومات المتعلقة بالمنتجات الصناعية ومن ثمة فإن الخطأ في هذه المرحلة يعتبر سابقا على التعاقد ويرتب مسؤولية تقصيرية، وأنه تم ارتكاب الخطأ خارج نطاق تنفيذ العقد، فلم يخل المتدخل لأي التزام تعاقدي فالخطأ تقصيري. والاعتراف بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية يسهل للمستهلك الحصول على التعويض عن الضرر الذي يصيبه، ذلك أن وجود الالتزام في حد ذاته يعتبر أحد سبل التسهيل على المستهلك في إثبات خطأ من تعاقد معه وأثر ذلك الخطأ في الإضرار به يتركه يتعاقد دون علم كاف. فصفة الاحترافي تقيم قرينة على سوء نية هذا الأخير باعتبار أن علمه بالمعلومات يفترض فيهن ويعفي المستهلك من إثبات الخطأ[5].

ولهذا يطالب المستهلك المورد الإلكتروني او المهني المنتج للسلعة أو مقدم الخدمة الذي أخل بالالتزام بالإعلام السابق على التعاقد بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء إبطال العقد أو عن غير ذلك من

[1] احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، مرجع سابق، ص 245.

[2] – كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 131.

[3] – عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 384.

[4] – احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، مرجع سابق، ص 248.

[5] – عبد النعم موسي إبراهيم، مرجع سابق، ص 385.

الأضرار التي تقع على المستهلك نتيجة إقدامه على التعاقد دون علمه بالبيانات والمعومات الجوهرية المتعلقة بمحل التعاقد.

وبناءً على ماسبق نعتقد أن المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد يكون على أساس المسؤولية التقصيرية لأن هذا الالتزام ليس التزاما تعاقديا الذي ينشأ باتفاق بين طرفي العلاقة العقدية، بل إنه التزام قانوني يجد مصدره من النصوص القانوني الذي يحث على وجوب تزويد المستهلك الإلكتروني بالمعلومات الجوهرية لمحل التعاقد ومواصفاته كل البيانات التي من شأنها تبصير إرادة المستهلك، ومتى أخل المورد بهذه البيانات يجوز للمستهلك طلب التعويض، بمن الصعب أن نقول أن المورد تترتب عليه المسؤولية العقدية لأنه لا يوجد عقد بربطهما.

2/ الشروط الواجب توفرها لقيام المسؤولية المدنية

اتفق الفقهاء في القانون المدني على أنه تقع المسؤولية المدنية على المورد لعدم تنفيذه الالتزام بالإعلام وتزويد المستهلك بالبيانات الجوهرية وتقصيره، ومن حق المستهلك المطالبة بالتعويض للضرر الذي لحق به نتيجة الخطأ الذي صدر من المورد قبل التعاقد وهذا ما نصت عليه المادة 124 من ق.م.ج على أنه: "كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"[1]. لذلك يجب أن تتوفر شروط معينة لانعقاد المسؤولية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لجبر الضرر الذي ألحقه بالمضرور، لذلك سوف نتناول كل شرط على حدى كالتالي:

أ/ الخطأ

هو أهم الأركان الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية وركنا لها، وهو ما أخذت به معظم التشريعات ولقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على ما يأتي "كل فعل يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، حيث أتى ورود فكرة الخطأ من خلال نص المادة باعتباره ركنا دون تحديد ماهيته. ويعرف الخطأ بشكله العام على أنه :"الإخلال بواجب قانوني من شخص مميز هذا الواجب القانوني هو دائما التزام ببذل عناية"[2].

[1]– أنظر نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 133.

ويتخذ خطأ المهني طابعا سلبيا متمثلا في الكتمان والكذب وإخفاء المعلومات الجوهرية التي لها تأثير على إرادة المستهلك مستغلا بذلك طبيعة المعاملة الإلكترونية، والطابع الإيجابي يتمثل ذلك في تقديم معلومات خاطئة ووهمية ومضللة وغير حقيقة وذكر مواصفات غير موجودة في محل التعاقد وتكون هي الدافع للتعاقد وفي هذه الحالة للمستهلك الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرار الذي لحق به من جراء خطأ المهني.

وفي الأخير نشير إلى إن عبء إثبات الخطأ التقصيري وفقا للقواعد العامة يلقى على عاتق المستهلك باعتباره الدائن في هذا الالتزام إذا كان المتعاقد مع المستهلك الشخص العادي، أما إذا كان المتعاقد مع المستهلك شخصا مهنيا محترفا، فهناك قرينة في فرنسا على افتراض علم هذا المهني المحترف بالمعلومات المطلوبة وبتأثيرها على رضا المستهلك ومن ثم لا يمكن للمهني الادعاء بجهله وبهذه المعلومات، ويعفي الدائن من عبء الإثبات خطئه التقصيري لأنه مفترض في هذه الحالة[1].

ب/ الضرر

يعتبر الضرر الصورة الملموسة التي تتمثل فيها نتائج الخطأ، وهذا يعني أن الخطأ إذا لم يترتب عنه ضررا ماديا أو معنويا فإنه لا مجال لإعمال قواعد المسؤولية والمطالبة بالتعويض عنه لانعدام سببه، غير أنه ليس هناك ما يحول دون اعتبار هذا الخطأ سببا لقيام المسؤولية، وسواء كان الضرر ماديا أو معنويا فإنه لا يكون قابلا للتعويض عنه إلا إذا توافرت فيه شروط معينة بأن يكون ضررا مباشرا، ومحققا وحالا أيضا أن يكون الضرر شخصيا[2].

- ويعرف الفقهاء الضرر على أنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق أو في مصلحة من مصالحه المشروعة[3]. والضرر يمكن أن يكون ضررا ماديا أو معنويا، وإذا نازع أحد في وجوب تعويض الضرر المادي فإن الضرر المعنوي كان محل خلافات بشأن تعويضه[4]، حيث الضرر المادي يمس بمصالح مالية داخلية ضمن الذمة المالية للمتضرر فينقص منها أو يعدمها كما يمس بالممتلكات فيعطبها أو يتلفها، أما إذا مس سلامة الإنسان في حياته أو جسده فيعتبر إيذاء الشخص المعتدي عليه وبصورة عامة يشكل الضرر تعديا على حقوق

[1] احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، مرجع، ص ص 259- 260.

[2]- عبد القادر العرعاري، المسؤولية المدنية، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2005، ص ص 99 -107.

[3]- احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، مرجع سابق، ص 261.

[4]- علي فيلالي، الالتزامات- الفعل المستحق للتعويض، ط3، موقع للنشر، الجزائر، 2012، ص286.

الإنسان في سلامة نفسه وممتلكاته[1]. أما الضرر المعنوي أو الأدبي يصيب الشخص في إحساسه وكرامته وشرفه أي أضرار غير مالية ويدخل في هذه الطائفة تلك الأضرار الناشئة عن سب وشتم الشخص وكالطعن في الشرف أو الحط من معتقداته الدينية[2].

وتطبيق ذلك على من يقع على عاتقه الالتزام بالإعلام قبل التعاقد نجد أن الإخلال به ينتج عنه ضررا ماديا أو معنويا أو قد يقع الاثنين معا.

ج/ العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

بالإضافة إلى ركني الخطأ والضرر فإنه يلزم توافر العلاقة السببية بين العنصرين السابقين أي أن يكون الضرر متولدا عن الخطأ المنسوب للشخص المسؤول مباشرة أو سببا، وقد توسع الفقهاء في دراسة فقهية التي تتعلق بالرابطة السببية بين الخطأ والضرر إما أن يحصل بالمباشرة أو عن طريق السبب [3].

وعلى ضوء ماسبق لا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بحق المورد الذي صدر عنه الخطأ الذي قام بكتم معلومات وبيانات جوهرية أو التصريح بمعلومات خاطئة ووهمية على محل التعاقد والتي ألحقت ضررا بالمستهلك لها سببا يربط بين الخطأ والضرر، ولقاضي الموضوع الوقوف على مدى تأثير هذه البيانات على إرادة المستهلك فإذا ثبت أن هذا الأخير ما كان سيمتنع عن أتمام العقد وإبرامه لو علم بالبيانات التي كتمها وحرفها المورد، هنا تنعدم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولا يستطيع المطالبة بالتعويض، أما إذا ثبت العكس وبأن المستهلك لو علم بتلك البيانات ما كان ليقبل إتمام إبرام العقد، وهنا تقوم العلاقة السببية بين الخطأ الذي صدر من المورد والضرر الذي لحق بالمستهلك ويمكنه المطالبة بالتعويض.

بالإضافة إلى ماسبق يمكن للمورد أن يتنصل من المسؤولية متى أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو الخطأ ظهر من المضرور أو الخطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر[4].

---

[1]– حمد إسماعيل إبراهيم الراوي، مرجع سابق، ص 261.

[2]– محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دار الهدي للطباعة والنشر، الجزائر، 2011، ص 82.

[3]– عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 111.

[4]– نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري.

والجدير بالملاحظة أن الحق في الفسخ لا يتصور وجوده في حالة الإخلال بالالتزام بالتبصير السابق للتعاقد لأن العقد في هذه الحالة لم يبرم بعد بخلاف الالتزام بالإعلام اللاحق الذي يكون بعد إبرام العقد.

ثانيا: جزاء المسؤولية لعدم تنفيذ الالتزام بالإعلام

إن اجتماع أركان المسؤولية التقصيرية الثلاث في حالة إخلال المورد بالالتزام بالإعلام ترتب عليه تعويض لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور نتيجة لهذا الإخلال وذلك من خلال إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر وعلى عاتق المسؤول المهني، ويتحقق ذلك بالتعويض الكامل للضرر دون زيادة أو نقصان، وإعادة المركز المالي للمضرور إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، ويفترض فيه إمكانية رفع الضرر وإزالته، ويكون ذلك إما عن طريق دفع مبلغ من النقود مساوي لثمن الشيء الذي تضرر، وإما عينا بإصلاح الضرر إصلاحا تاما بإعادة الحال إلى ما كان عليه[1].

تجدر الإشارة إلى انه يمكن الجمع بين دعوي البطلان والتعويض معا حيث أجاز جانب من الفقه على الجمع بينهما وذلك على أساس أن البطلان جزاء ملحق بالتصرف القانوني نفسه نتيجة تعيبه ومخالفة الشروط القانونية المطلوبة، أما التعويض فهو جزاء يلحق الأشخاص نتيجة الخطأ الصادر منهم، الأمر الذي يمكن معه القول بإمكانية الجمع بين البطلان والتعويض معا.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي إمكانية الجمع بين دعوى البطلان والتعويض، على أساس أن دعوى البطلان جزاء غير كافي لردع المورد بل يجب أن يتمم بتعويض المتضرر لتقوية بطلان العقد[2].

ويتم تقدير التعويض عن طريق السلطة التقديرية للقاضي ويكون التقدير بمقدار الضرر المباشر، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا أدبيا، سواء كان متوقعا أو غير متوقع حالا أو مستقبلا مادام محققا، ويعيد الحال كما كان عليه من قبل ويأخذ القاضي بعين الاعتبار الخسارة التي لحقت بالمستهلك المتضرر ومافاته من ربح بسبب إخلال المورد بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

- ومما سبق نستخلص أن الهدف الأساسي من التوازن العقدي هو حماية الطرف الضعيف في المعاملات التجارية الإلكترونية فلا يكفي أن يقوم المتعاقد المتفوق معرفيا في هذا المجال بتزويد المستهلك بجميع المعلومات والبيانات الجوهرية المتعلقة بمحل التعاقد وذلك لتحسين البيئة التعاقدية المحيطة بالعقد وخلق الثقة والأمان في

[1] احمد إسماعيل إبراهيم الراوي، مرجع سابق، ص268.

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص ص136 – 137.

هذه المعاملات التي يتم إبرامها عن بعد بوسائل إلكترونية متطورة ومعقدة الاستعمال على المستهلك البسيط حيث يعتبر الالتزام بالإعلام ضمانة تحقق التوازن العقدي وتحقيق المساواة بين طرفين غير متساويين بل يوجد هناك ضمانة أخرى تكفل تحقيق التوازن بين الالتزامات بين المتعاقدين الغير متساويين عن طريق مكافحة الشروط التعسفية في المعاملات التجارية الإلكتروني.

الفصل الثاني: تكريس حق العدول لتحقيق التوازن العقدي

يعتبر حق العدول ضمانة قانونية حديثة لجأ إليها التشريع لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وخاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية لما تتميز بخاصة الإبرام عن بعد، ولا يمكن للطرف الضعيف معاينة محل التعاقد ولا يمكن له أم يعرف إذا كان سيلبي حاجاته أم لا.

وهذا ما يخلق عدم المساواة واختلال التوازن بين الطرفين ولحماية الطرف الضعيف سعى الفقه والقضاء والتشريع إلى التدخل لحمايته وذلك من خلال فرض التزامات مشددة على المتعاقد القوي لصالح المستهلك في جميع مراحل العقد.

ولقد فرض المشرع في بعض صور عقود التجارة الإلكترونية تأخير إبرام العقود على الرغم من أن إرادة الطرفين قد توافقت لإتمام إبرام هذه العقود، إلا أن العقد لا يمكن إبرامه إلا بمرور مدة معينة يحددها المشرع، وعدم عدول المستهلك خلال هذه الفترة من إبرام العقد لمنح فرصة للمستهلك للتراجع والتروي والتمهل حتى بعد إبرامه ففي هذه الحالة بإمكان المستهلك الذي يشعر بالندم بعد إبرام العقد الرجوع بالتعاقد خلال مدة محددة يفرضها المشرع بنص آمر متعلق بالنظام العام.وسوف نناقش في هذا الفصل ماهية حق العدول (المبحث الأول) ومتطلبات تطبيق حق العدول والآثار المترتبة على ممارسته في المعاملات التجارية الإلكترونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية حق العدول

حق العدول يعد من أهم الضمانات القانونية التي جاء بها المشرع وهذا لحمياته العلاقة التعاقدية من اختلال التوازن بين طرفي العلاقة العقدية، لأن المستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية لا يمكنه الحصول على حق الإطلاع ومعاينة المنتج وكذا العلم بخصائص ومخاطر محل التعاقد.

وذلك لكون المورد الإلكتروني مالكا لمحل التعاقد ويكون على دراية تامة بخصائص المنتج ومخاطره ويكون في المركز القوي ويؤثر على المستهلك من خلال إشهاراته وإعلاناته ووسائل الدعاية، كما أن له القدرة على إقناع المستهلك والتأثير على نفسيته التي تدفعه إلى التعاقد بسبب حاجته إلى السلعة أو الخدمة دون المعاينة، إضافة إلى ذلك ضعف المستهلك من الناحية القانونية والمعرفة الاقتصادية وعدم توافر الوقت الكافي للتفكير في جميع ما يبرمه، فالعلاقة بين المرد والمستهلك غير متوازنة[1].

كما يعتبر تقرير حق العدول هو إرساء لقاعدة الرضا، وتضمن حرية الشراء للمستهلكين والسماح لهم كذلك بالعدول ورد المبيع لكونهم غير راضين عن البضاعة أيا كان السبب واسترداد الثمن[2]، ويرتبط استخدام هذا الحق من جانب المستهلك بمدى وفاء التاجر بالالتزام الذي يقع على عاتقه نحو تقديم البضاعة وإعطاء كل البيانات الجوهرية المتعلقة به وتكون متفقة مع ما جاء في العقد[3].

وعلى ضوء ما سبق التطرق إليه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى تعريف حق العدول وتمييزه عن غيره من المصطلحات المتشابهة (المطلب الأول) ونناقش الطبيعة القانونية لحق العدول (المطلب الثاني) والأساس القانوني لحق العدول (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف حق العدول وتمييزه عن غيره من المصطلحات المتشابهة

في البداية نؤكد على ضرورة تحديد مفهوم حق المستهلك في العدول عن العقد تحديدا دقيقا لضمان إعماله في الحدود التي يحددها المشرع وعدم مجاوزة تلك الحدود، لأن إعطاء أحد المتعاقدين حق العدول عن التعاقد أمر ينطوي على خطورة كبيرة بما شكله ذلك من انتهاكات لمبدأ القوة الملزمة للعقد ولا شك في أن التوصل لتعريف دقيق لهذا الحق يمكننا من فهم أحكامه القانونية ومن بيان المبررات التي جعلت المشرع إلى إقراره لصالح المستهلك.

---

[1]- رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 125.

[2]- M. Throuchu.protection des consommateurs en matière de contrats à distance :directive N° 97-7 CE du 20 Mai 1997.Recueil Dalloz. 1999. Chr. No 17.p. 181.

[3]- H. STEVE. MA.LLBSC : The Law of electronic commerce and the internet in the UK and IRELAND.éd Cavendish publishing limite. 2006. P 264.

وإذا كان حق العدول يمثل انتهاكا كبيرا لمبدأ القوة الملزمة للعقد لأنه يترتب عليه زوال العقد من جانب أحد المتعاقدين، فالواضح أنه ليس النظام الوحيد الذى يترتب ذلك الأثر بل يشاركه في ذلك الأثر العديد من الأنظمة القانونية الأخرى، بعضها يقترب منه لوحده أو تشابه الآثار التي تترتب على كلاهما والبعض الآخر يبتعد عنه لاختلافهما في الآثار وفي شروط الأعمال، لذلك وبهدف إعطاء صورة واضحة المعالم عن حق العدول فإننا سنميز بينه وبين المصطلحات المشابه له، وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف حق العدول

يعد خيار الرجوع هو حق المستهلك في العدول أو الرجوع عن العقد الذي أبرم وإعادة النظر في العقد، ويتم بوسيلة إلكترونية ويتم إعادة المبيع واسترداد الثمن، ويكون ممارسة حق العدول في مدة معينة ويختلف طولها من تشريع إلى آخر وهناك عدة مصطلحات للتعبير عن هذا الخيار مثل مهلة التفكير أو التروي أو مهلة الندم أو حق العدول، أو حق إعادة النظر، إلا أن بعض الفقهاء فضل استعمال مصطلح (إعادة النظر) في العقود للدلالة على خيار المستهلك بالرجوع في العقد، كونه يشمل إلى جانب حق المستهلك بالرجوع حقه في استبدال السلعة دون أن يرجع في العقد المبرم، وعلى الرغم من الاختلاف في التسميات إلا أن جميعها تدل على مضمون واحد وهو : قدرة المستهلك على التحلل من العقد بإرادته المنفردة خلافا للقاعدة العامة التي تقضي بأن: " العقد شريعة المتعاقدين" لا يجوز نقضه أو تعديله أو إلغاؤه إلا باتفاق الطرفين[1] .

ونرى أن المصطلح الأنسب هو الحق العدول ولهذا اعتمدناه في البحث مصطلح العدول لأن المشرع الجزائري استعمل مصطلح العدول في نص المادة 11 من قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

ولقد تعددت التعريفات الفقهية لتعريف حق العدول ومنها ذهب الفقه إلى تعريف حق العدول على أنه:"ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في إمكانية الرجوع أو العدول عن التعاقد بعد عن تم إبرام

[1]– فارس عمر ، البيك عمار، خيار المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، مجلة دراسات وعلوم الشريعة و القانون، المجلد 44، العدد 4، سنة 2017، ص 341.

العقد صحيحا أو قبل إبرامه، دون أن تترتب على ذلك مسؤولية لمستهلك عن ذلك الرجوع أو مسؤولية التعاقد الآخر عما قد يصيبه من أضرار بسبب الرجوع"[1].

وتعرض هذا التعريف إلى النقد كونه قسم حق العدول إلى مرحلتين العدول قبل التعاقد والعدول بعد إتمام إبرام العقد، وهذا ما يتنافى وطبيعة حق العدول، حيث أن العدول يكون في حالة إتمام إبرام العقد أو بخصوص عقد مبرم ومستجمع لجميع أركان العقد، أي قبل إبرام العقد يمكن القول العدول عن الإيجاب أو العدول عن القبول.

كما عرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه: " الإعلان عن إرادة مضادة يعتزم من خلالها المتعاقد العدول عن إرادته وسحبها واعتبارها كأن لم تكن، وذلك يهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل"[2].

وعرفه الفقه بأنه:"سلطة أحد المتعاقدين بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر"[3].

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف حق العدول على أنه: " وسيلة بمقتضاه يسمح المشرع للمستهلك بأن يعيد النظر من جديد، ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط، بحيث يستفيد من مهلة التفكير في خلالها يكون بوسعه الرجوع"[4].

وهناك فريق من الفقهاء رأى في حق العدول أنه:" قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة والاختيار بين إمضائه أو الرجوع عنه"[5]. لكن يؤخذ على هذا التعريف الأخير أنه لم يقم بتحديد أي من الطرفين له الحق في ممارسة حق العدول هل هو المستهلك أم المورد أم كلا الطرفين معا، كما أنه لا يحدد نوعية العقود التي يشملها حق العدول هل العقود الاستهلاكية وحدها أم كل المعاملات والعقود، كما انه لا يوضح فيها إذا كان هناك شروط معينة وحالات محددة لممارسة حق العدول.

---

[1]– إبراهيم عبد الحميد علي، حماية المستهلك، دراسة مقارنة قوانين حماية المستهلك و القواعد العامة في القانون المدني، دار المصرية للنشر و التوزيع، ط1 ، سنة 2018، ص 751.

[2]– رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق ص 129.

[3]– عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 768.

[4]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 279.

[5]– عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 767.

ومن جهة أخرى اعتبر البعض أن حق العدول هو حق شخصي للمستهلك وله السلطة التقديرية في ممارسة حقه في العدول وفقا لما يراه محققا لمصالحه، كما أنه ليس ملزما بإبداء أسباب معينة لهذا العدول بمعنى أن استعمال المستهلك لهذا الحق لا يؤدي إلى قيام المسؤولية[1].

وأما من الناحية التشريعية لم تقم التشريعات بوضع تعريف لحق العدول بل اكتفت بإقرار هذا الحق للمستهلك الإلكتروني في العقود الإلكترونية كما هو الحال عند المشرع الفرنسي، فلقد أقر بحق العدول في القانون الاستهلاكي الفرنسي من خلال نص المادة 21/121 للمستهلك حق العدول في العقود المبرمة عن بعد، دون الحاجة إلى تبرير قراره كما انه غير ملزم بإبداء أية أسباب أو تطبق عليه أية عقوبة ولا يتحمل تكاليف أخرى باستثناء نفقات أو مصاريف الرجوع عند الحاجة أو الاقتضاء[2].

كما تنص المادة 31 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إلى البائع في غضون عشرة أيام، تحتسب من تاريخ التسليم، وذلك في حالتين هما: عدم مطابقة المنتج لطلب المستهلك أو عدم احترام المورد لميعاد تسليم الشيء المبيع، ويتعين على المورد في هذه الحالة إعادة المبلغ المدفوع والمصاريف التي تحملها المستهلك وذلك في موعد مدته عشرة أيام من تاريخ إرجاع المنتج[3].

أما المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لحق العدول بل اكتفى بالنص عليه بمعني ذلك نص على حق المستهلك في العدول في حالة عدم احترام شروط التعاقد ودون دفع مصاريف إضافية، ولقد نص عليه بموجب التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 18/ 09 في نص المادة 19 الفقرة الثانية بأنه:"حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب..."ولقد أحال المشرع الجزائري بموجب نص المادة 19 الفقرة 04 من نفس القانون شرط وكيفيات ممارسة حق العدول وآجاله وقائمة المنتوجات المعنية إلى التنظيم[4].

وفيما يخص قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 لم يقم المشرع الجزائري بتقديم تعريف لهذه الحق القانونية المهلة والتي تعتبر من أهم الضمانات القانونية لحماية التوازن في العلاقة العقدية بل اكتفى

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 267.

[2] -Article L.121-20 –code de la conommation 01mars2015.

[3]– إلياس نصيف، مرجع سابق، ص 95.

[4]– القانون رقم 09/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المعدل و التمم للقانون رقم 09/03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر رقم 35 المؤرخ في 13 جوان 2018.

بتحديد مدة العدول وكذا الحالات التي يعيد فيها المستهلك للمنتج. ونص أيضا إلى إعادة إرسال المنتج على حاله وفي غلافه الأصلي في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم في أجل 4 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج مع ذكر سبب الرفض ودون المساس بحقه بالتعويض عن الضرر وعلى المورد الإلكتروني أن يقوم بإرجاع المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإرسال المنتج للمستهلك الإلكتروني خلال أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتج[1].

وعلى ضوء التعريفات السابقة لحق العدول نرى أن حق العدول هو: "حق للمستهلك بإمكانية العدول عن العقد الذي تم إبرامه عن بعد بإرادة حرة ومنفردة وذلك خلال مدة محددة من طرف المشرع دون أن يثبت أي عيب أو خلل في محل التعاقد ودون أن يتحمل تكاليف الإرجاع".

ومن خلال ما تم دراسته سابقا اتضح أن العدول يتميز عن العقد بعدة خصائص وذلك لطبيعته الخاصة وأهم هذه الخصائص بأن حق العدول من النظام العام لأنه غير قابل للتنازل عنه، وكل تنازل يعتبر باطلا وعديم الأثر كأنه لم يكن، ومن جهة أخرى يعتبر حق العدول تصرفا انفراديا، حيث يرتكز على الإرادة المنفردة للمستهلك الإلكتروني وحالته النفسية التي تعالج وتقارن بين المعطيات المقدمة له من طرف المهني وبين المعطيات التي يلامسها في محل التعاقد، ومدى صحتها وبالتالي الوقوف على الخطأ الذي وقع فيه، بالإضافة إلى مجانية ممارسة حق العدول التي تعد من أهم خصائصها، حيث أن للمستهلك إمكانية ممارسة العدول دون دفع أي مقابل مالي جراء ذلك، باستثناء ما يمكن أن يدفعه المستهلك فقط كمصاريف وتكاليف الإرجاع وبالتالي فإن المصاريف التي يمكن أن يتحمل بها المستهلك نتيجة ممارسة حقه في الرجوع هي فقط المصاريف المتعلقة بإرسال البضاعة. وذلك لو تم فرض مقابل مالي لممارسة المستهلك لحقه في العدول لكان عرقل وحد بشكل كبير جدا من استعمال هذا الحق، كما أن هناك خاصية جوهرية حق العدول والمتمثلة في أنه يفترض فيها وجود إرادتين متناقضتين صادرتين من شخص واحد، بحيث أن المستهلك هنا يعبر عن رغبة في البداية على إبرام العقد، ثم يأتي بعد ذلك ويعبر هو نفسه عن رغبته في العدول عن العقد[2].

[1]– نص المادتين 22 و 23 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

[2]– رضوان جيراني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مؤلف جماعي، المجلة العربية للدراسات القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، ط1 ، 2020، مطبعة فارير ، المغرب، ص ص32 – 33

الفرع الثاني: تميز حق العدول عن ما يشبهه من مصطلحات

يتميز خيار العدول بأنه يمارس من طرف المستهلك وله أن يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي أي يعيد الطرفين إلى مرحلة ما قبل إبرام العقد وكأنه لم يكن غير أن هذا الوضع لا يقتصر على العدول عن العقد فقط وإنما هناك نظريات مختلفة ومتعددة أخرى لزوال العقد معروفة في القانون الوضعي تقترب من حق العدول، غير أنه من الجدير بالذكر هنا أن العقد قد يزول بعد تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه وهو الطريق الطبيعي لزوال العقد وهذا ما يسمى بالانقضاء ولهذا أصبح من الضروري التمييز بين حق العدول والنظريات (البطلان، الإبطال الفسخ، إلغاء العقد بإرادة منفردة) المنهية للعلاقة العقدية.كما أن هناك أوجها للتشابه بين حق العدول وبعض العقود من أهمها البيع بالعربون. ومن خلال ما سبق ذكره سوف نقوم بتمييز حق العدول عما يشبهه من الأنظمة التالية:

أولا: التمييز بين العدول والفسخ

وجب التميز بين هاتين الطريقتين في إنهاء العلاقة العقدية وهذا للتشابه الحاصل بينهما لأن كلاهما يعد عقدا صحيحا خاليا من عيوب الإرادة، ويتفقان أيضا كونهما يؤديان إلى إنهاء الرابطة العقدية بأثر رجعي واعتبار العقد كما أنه لم يكن وإعادة الحال كما كان قبل التعاقد.

أما من ناحية المدة التي يمارس خلالها العدول أو الفسخ عن العقد، فكلاهما يمارسان في مرحلة تنفيذ العقد أي بعد إبرام العقد[1].

ومن ناحية مجال ممارسة كلا من النظاميين فتجدر الإشارة إلى أن أحكام كلا من حق العدول وفسخ العقد تنطبق بشأن عقد صحيح ومستجمع كافة أركان العقد وشروط صحته[2].

ورغم كل هذا التشابه بين حق العدول والفسخ فهذا لا يعني أن حق العدول نفسه الفسخ لأن الفسخ يعتبر جزاء مترتبا على عدم تنفيذ أحد الطرفين للالتزامات التي تقع على عاتق الطرف الآخر، أما حق العدول فهو حق وحق قانونية كرسها القانون للمستهلك في مواجهة المورد وذلك لتحقيق التوازن بينها في العلاقة العقدية التي تكون تتميز بالاختلال خاصة العقود المبرمة الكترونيا، إلا أن الفسخ يكون

[1]– سعدي محمد لمين، رباحي أحمد، حق العدول عن العقد كآلية حمائية للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارن،المجلد 05، العدد 02، جامعة الشلف، 2019، ص 38.

[2]– مصطفي أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني، لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 65.

لكلا الطرفين فسخ العقد في حالة ما لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه للمتعاقد الآخر بعد اعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه[1].

ويكمن الفرق أيضا بين حق العدول والفسخ من ناحية الأساس حيث أن فسخ العقد يتأسس على جانب من قواعد العدالة ومبادئ حسن النية، فالعدالة تقتضي عدم التزام شخص بعقد لم ينفذ طرفه الآخر التزامه. كما تقتضي أيضا رفع الظلم، في حين حق العدول يستمد أساسه من فكرة العقد غير اللازم والتشريع من حيث النص القانوني الذي ينص على حق العدول[2].

أما فيما يخص الشروط والأسباب لا يتحمل المستهلك تقديم أي مبررات أو أسباب في حالة ممارسة حقه في العدول، في حين يلتزم طالب الفسخ بأن يبرر طلبه إما بوجود شرط صريح فاسخ أو بتوفر شروط على النحو الوارد في القانون[3].

ثانيا: التمييز بين العدول والإبطال والبطلان

يعرَف الإبطال على أنه إنهاء العلاقة العقدية بأثر رجعي نتيجة تخلف شرط من شروط التراضي وهي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب أو نص القانون على ذلك، ويتفق الإبطال مع العدول في أن كلاهما يزيل العقد بأثر رجعي ويعيد الحال لما كان عليه سابقا، إلا أن ذلك ينفي وجود عدة اختلافات بين الإبطال والعدول ومنها أن سبب البطلان يكون إما لنقص الأهلية أو لعيب من عيوب الإرادة، أو لنص قانوني، أما حق العدول فلا يشترط وجود عيب من عيوب الإرادة فهو ضمانة لحماية رضا المستهلك لاعتباره الطرف الضعيف في العقود المبرمة عن بعد، كما أن الاختلاف بين الإبطال والعدول أيضا يكمن في كيفية التقرير فالإبطال يتم تقريره بالتراضي أو التقاضي، بينما حق العدول يقرره المستهلك بإرادته المنفردة، دون الحاجة لموافقة الطرف الآخر ودون اللجوء إلى القضاء أيضا[4].

أما الفرق بين البطلان والعدول فيتفق العدول والبطلان من حيث الأثر حيث كلاهما يزيل العقد بأثر رجعي، إلا أن نقاط الاختلاف بينهما عديدة من أهمها أن البطلان جزاء يترتب في حالة تخلف أحد أركان العقد أو شروطه ما عدا شروط صحة التراضي، أو إذا نص القانون على ذلك، وبالتالي بطلان العقد

---

[1]– المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 299.

[3]– مصطفي احمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 66.

[4]– سعدي محمد أمين، رباحي أحمد، مرجع سابق، ص ص 37– 38.

بمعنى انعدامه، أما حق العدول فانه يمارس حتى ولو كأن العقد صحيح غير انه يمكن للمستهلك العدول في مدة زمنية قصيرة ويسقط حقه إ ذا فاتت هذه المدة[1].

ثالثا: تمييز حق العدول والتعاقد بالعربون

يقصد بالعربون "هو ذلك المبلغ من المال يدفعه احد المتعاقدين إلى الآخر وقت إبرام العقد إما كجزء من الثمن تعبيرا عن الارتباط النهائي والبدء في تنفيذ العقد، بحيث هذا المبلغ من ثمن المبيع"[2].

كما انه عرف أيضا بأنه: "مقدار من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الطرف الآخر وقت إبرام العقد وذلك للدلالة على تأكيد وجدية إبرام العقد"، وإذا اتفق أطراف العقد على أن يكون مبلغ العربون جزاء للعدول عن العقد ويكون لكل منهما حق العدول، فإذا عدل من دفع العربون خسره، وأن عدل من قبض العربون رده مضاعفا، وهنا يتبين الفرق بين مفهوم العدول وبالبيع بالعربون من حيث الغرض فحق العدول يهدف إلى حماية المستهلك مجانا دون دفع أي مقابل على عكس البيع بالعربون.

والشخص المستفيد من الحق في العدول هو المستهلك فقط في حين في البيع بالعربون يحق العدول للمتعاقدين معا[3]. وتجدر الإشارة إلى العربون له دلالتان الأولى يحق لكلا المتعاقدين العدول عن التعاقد مقابل خسارة مالية تلحق بمن يعدل عن العقد والثانية هي دلالة التأكيد على انعقاد العقد[4].

كما يكمن الاختلاف بين العدول والتعاقد بالعربون من حيث الأساس القانوني بحيث أن القواعد المنظمة لحق المستهلك في العدول هي قواعد آمرة في حين أن النصوص المنظمة للعربون هي قواعد مكملة كما أن الحق في العدول تنظمه أحكام قانون حماية المستهلك وقانون التجارة الإلكترونية، في حين البيع بالعربون تقتصر على أحكام القانون المدني.

---

[1]– موفق حمادة عبده، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2011، ص ص 219 – 220.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية البيع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 83.

[3]– مصطفي احمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص54.أسيا يلس، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد بين الحاجة و غموض النص، مجلة الاجتهاد القضائي العدد 14، جامعة بسكرة، 2017، ص 516.

[4]– للعربون دلالتين: دلالة التأكيد هي الأصل في العربون حيث يصبح العقد بات فلا يجوز الرجوع أو العدول عنه ومن ثم فأن مبلغ االعربون بخصم من الثمن المقرر فإن دفع المشتري العربون خصم من ثمن البيع نتيجة ذلك يعتبر دفع العربون دلالة على الشروع في تنفيذ العقد مثال: لو عدل المشتري فقده، أما إذا عدل البائع أرجع قيمة العربون و زاد مثلها، نقلا عن مصطفي جمال محمد، القانون المدني في ثوبه الإسلامي مصادر الالتزام الفتح للطباعة و النشر، {د .س} ، ص 480.

رابعا: تمييز حق العدول وإنهاء العقد بإرادة منفردة

يتمثل إلغاء العقد بالإرادة المنفردة في أنه:"عمل قانوني من جانب واحد يترتب عليه بالنسبة للمستقبل فقط إنهاء علاقة قانونية لم يعين لها المتعاقدين من أول الأمر أجلا منهيا، وهو عمل منشئ فلا يكون له أثر رجعي، ويعد إنهاء العقد بحسب الأصل قاصدا على العقود غير محددة المدة"، كما يقصد به أيضا "الحالات التي يجيز فيها القانون لأحد طرفي التعاقد الاستقلال بهدم العلاقة التعاقدية دون توقف ذلك على إرادة المتعاقد الآخر"[1].

وتجدر الإشارة إلى أن إلغاء العقد بالإرادة المنفردة خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يجعل كل ما يتم الاتفاق عليه ملزما لطرفي العلاقة العقدية، فلا يمكن تعديله أو التحلل منه إلا بالإرادة المشتركة للمتعاقدين وذلك إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هناك حالات تستدعي منح أحد المتعاقدين أو كليهما رخصة التحلل من العقد بالإرادة المنفردة نظرا لطبيعة بعض العقود.

ويلتقي كل من العدول وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة في العديد من النقاط أهمها من حيث أثر كل منهما على العقد، فكلاهما يترتب عليه وصف العقد بالشك والريبة وعدم اليقين من تنفيذه[2].

كما يتفق حق العدول مع إلغاء العقد بالإرادة المنفردة في كونهما يخضعان لسلطان الإرادة في إنهاء الرابطة العقدية من دون الحاجة للموافقة المسبقة من الطرف الثاني ومن دون تقديم الأسباب التي أدت إلى التراجع عن الرابطة العقدية، حيث يتم كل ذلك دون الرجوع إلى القضاء[3].

ورغم هذا الاتفاق إلا أن هناك عدة فروق بين العدول وإلغاء العقد بالإرادة المنفردة وتكمن هذه الفروق في حال الشك في الإنهاء بالإرادة المنفردة يقتصر على المدة الفعلية لتنفيذ العقد أي على مستقبل العقد، أما في حالة حق العدول فإن الشك يهدد قيام العقد نفسه وليس فقط تنفيذه أو قدر هذا التنفيذ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يختلف حق العدول عن حق إلغاء العقد بالإرادة المنفردة، حيث أن حق العدول لا يتم إلا بإرادة المشرع في العقود بعينها، ولا يستطيع ممارسته إلا المستهلك كاستثناء عن القواعد العامة وهي عدم إمكانية إنهاء العقد إلا بالاتفاق لاعتبارات تتعلق بضرورة صدور رضاء المستهلك مستنيرا

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي ، مرجع سابق، ص ص 300– 301.

[2]– المرجع نفسه،

[3]– موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 223.

ومتبصرا بشؤون التعاقد، في حين أن إلغاء العقد بالإرادة المنفردة يكون إما نتيجة لطبيعة العقد كما في عقد الوكالة أو العارية أو الوديعة، وإما نتيجة لحق ينشئه القانون لأحد الطرفين كما في الرجوع عن الهبة [1].

كما أنهما يختلفان من حيث الهدف حيث يكون هدف العدول عن العقد هو حماية الطرف الضعيف أمام الطرف المحترف، أما الإلغاء لم يشرع لذلك إنما يعود إلى طبيعة العقود التي ترد عليها، وحق العدول عن العقد يكون في العقود اللازمة أما إلغاء العقد بإرادة منفردة فمجال عمله في العقود غير اللازمة، كما يختلف العدول عن العقد وإلغاء العقد بالإرادة المنفردة من حيث الطبيعة القانونية على اعتبار العدول حق قانوني للمستهلك، أما إلغاء العقد بإرادة منفردة فهي رخصة للمتعاقدين أو لأحدهم[2].

وفي الأخير نستخلص أن حق العدول يختلف عن كل من البطلان والفسخ والإبطال وإلغاء العقد بالإرادة المنفردة وحتى أن كان هناك نقاط تشابه إلا أن هناك فوارق جوهرية لا يمكن بسببها أن ننسب حق العدول إلى أي منها، وعليه فإن حق العدول عن العقد في قوانين التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك يجد أساسه في نص القانون حيث أوجد المشرع ذلك النظام لحماية المستهلك ذلك الطرف الضعيف وتحقيق التوازن العقدي بين الطرفين وخاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحق العدول

إن أغلب التشريعات لم تتطرق إلى بيان الطبيعة القانونية لحق العدول بل اكتفت بالنص عليها ضمن النصوص القانونية رغم أهمية تحديد الطبيعة القانونية له حيث أثارت جدلا كبيرا بين الفقهاء لاعتبارها من أبرز المسائل القانونية التي أثارت جدلا فقهيا حيث يرى جانب من الفقه على أن حق العدول هو حق من حقوق الخيار أما جانب من الفقهاء فيرى أنها رخصة، والرأي الأخير يرى أنه حق قانوني وعلى ضوء هذه الاختلافات الفقهية، لهذا سوف تكون دراستنا لتحديد الطبيعة القانونية لحق العدول وفق ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: حق العدول حق من حقوق الخيار

اتفق جانب من الفقهاء على اعتبار حق العدول حقا لكن اختلفوا في ما إذا كان هذا الحق حقا عينيا أو شخصيا ، فإن الجانب الذي اعتبره حقا شخصيا استند إلى أساس الرابط الذي يجمع بين أطراف

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 302.

[2]– وليد خالد عطية، عباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد"دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة كلية الحقوق للعلوم القانونية و السياسية، ص 955.

العلاقة التعاقدية إذ يمثل هذا الحق سلطة مقررة للمستهلك ليواجه من خلالها المورد الإلكتروني، يمكنه من التحلل والعدول عن التعاقد بإرادة منفردة، إلا انه يؤخذ على هذا الاتجاه المستهلك الذي يثبت له حق العدول، ولا يملك أي سلطة في مواجه المورد، إذا يمكن له مناقشة هذا الحق إذا لم يقرره المحترف وما عليه إلا قبول العقد أو رفضه[1].

ومعنى هذا أن السلطة التي يملكها المستهلك يكون مصدرها المشرع، ومضمونها رفض التعاقد أو قبوله، على أساس أن المشرع قدرها لحماية رضا المستهلك بمنحه فرصة إعادة التفكير في رضائه خلال المهنة المقررة لصالحه[2].

ولكن تعرض هذا الرأي للانتقاد بسبب أن من يقرر العدول لمصلحته، لا يملك السلطات التي تثبت للدائن تجاه المدين في الحق الشخصي، لأن المستهلك صاحب الحق في العدول لا يملك أية سلطة في مواجهة المورد وكل ما يثبت له هو إمضاء العقد أو نقضه، وبذلك فلا وجود للحق الشخصي في خيار العدول[3]. والسبب الثاني هو أن المورد أو المهني الذي يمارس في مواجهته خيار العدول لا يقع عليه أي التزام بأداء دور ما، الأمر الذي يؤكد ويوضح عدم انطباق سمات الحق الشخصي على خيار العدول المقرر للمستهلك في العقود الإلكترونية[4].

وفي الأخير نستخلص انه من الصعب التسليم بأن العدول يعد حقا شخصيا وذلك لأن رابطة العلاقة المديونية هذه تستجوب تدل المدين لتنفيذ هذا الالتزام بينما العدول لا يستلزم مثل هذا التدخل من قبل المدين حيث أن المستهلك الذي يقرر له هذا الخيار يستطيع العدول عن العقد حتى لو رفض الطرف الآخر[5].

أما الجانب الذي رأى أن العدول حقا عينا فلقد عرَف الحق العيني على أنه:"سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين بالذات، يمكنه من القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة له متصلة بهذا الشيء، ويتميز

[1]– عيلام رشيدة، مرجع سابق، ص 373.

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 306.

[3]– بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2017، ص 288.

[4]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 307.

[5]– رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 131.

الحق العيني بأنه يركز على شيء معين بالذات، ولذلك كان لصاحب الحق أن يستعمله دون الحاجة إلى وساطة شخص آخر"[1].

ويكون للدائن أو المستهلك سلطة مباشرة على شيء معين، يكون له بمقتضاه الحق في استغلاله والانتفاع به، والاحتجاج به تجاه الكافة، نفس الشيء يقال على حق العدول الذي يقع على عين معينة بحيث يمارس صاحبها سلطة مباشرة على الشيء محل التعاقد يتمثل بإمكانية نقض العقد أو إمضائه.كما أن هذا الطرح انتقد على أن حق العدول لا يعد حقا عينا ولا يمنح للدائن سلطة مباشرة على شيء معين، بل يمنح له هذا الحق سلطة إتمام العقد أو التحلل منه فقط دون أية مسؤولية[2].

ويتوافق هذا الطرح مع طبيعة الحق العيني، الذي يعرف على انه سلطة مباشرة لشخص على شيء معين، أما حق العدول لا يتمتع المستهلك بهذه السلطة بل له فقط القدرة على إنهاء العقد، ومن ثم لا يمكن اعتبار العدول حقا عينيا.

الفرع الثاني: حق العدول رخصة

لقد تعددت التعريفات لفكرة الرخصة بما أنها حديثة نسبيا على الفكر القانوني حيث تقع الرخصة على أنّها: "حرية أو حق أو إباحة عامة، فيكون صاحب الرخصة في وضع متميز عن غيره ممن ليس لديه رخصة"[3].

لقد عرف البعض الرخصة على أنها :"حق واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون من شانها حرية من حريات العامة...."[4].أي تأتي بمعنى الحيلة أو الإباحة لأن كل شيء مباح مسموح به قانونيا، فلكل شخص التعاقد والتملك وهو مايطلق عليه بحرية التعاقد وحرية التملك أي هي وسيلة قانونية يستطيع بها الشخص أن يحدث آثارا قانونية[5].

ومن الفقهاء من يعرف الرخصة على أنها:"المركز القانوني الذي يخول لصاحبه ميزة قانونية خاصة" ويتضح من هذا التعريف أنه خلط بين الحق والرخصة وجعلهما مترادفين رغم إختلافهما الواضح، وفي نفس

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 307.

[2]– سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 07، العدد2، 2018، جامعة تامنغست، ص 17.

[3]– عبد الرؤوف أبو الحديد،، مرجع سابق، ص 314.

[4]– عبد الرزاق السنهوري، مصدر من مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، ص 4.

[5]– رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 132.

السياق ذهب جانب آخر من الفقهاء وعرف الرخصة على أنها: " المزايا والسلطات القانونية إلى تثبت الشخص تبعا لوجوده في مركز قانوني مستمر يخضع للتقادم، فهي في ذاتها ليس حقا، وليس لها حياة ذاتية وإنما ترتبط وجودا وعدما بالمركز الذي تلحق به وتقرر للشخص ليس عملها وفق حاجاته"[1].

ويظهر من التعريف السابق انه منح للرخصة معنى مستقل يميزها عن غيرها من المراكز القانونية القريبة منها بصفة خاصة الحق والحرية اللذان طالما يقع الخلط بينهما، وفي هذا التعريف نلمس تطورا ملحوظا نحو إقامة مفهوم ذاتي للرخصة.

وفي الأخير يلاحظ أن كل التعريفات السابقة تدور حول الفكرة الرئيسية على أن الرخصة هي إباحة خاصة قاصرة على صاحبها كونها بذلك ميزة قانونية كالحق، ولكنها تختلف عن ميزة الحق بكونها ميزة ضيقة محدودة تقتصر على ميزة الخيار بين بدائل محددة، يضاف إلى أن الرخصة تميزت بأنها تثبت على خلاف الأصل، الذي يخطر مثل الخيار، فتأتي الرخصة لترخيص الاستثناء لذلك فالإباحة التي تمنحها الرخصة تكون طارئة إضافية وليست أصلية كما في الحق[2].

ويرى جانب من الفقهاء على أن رخصة العدول أو الرجوع في عقود التجارة الإلكترونية مقررة لمصلحة المستهلك دون غيره، بسبب طبيعة هذا العقد ولا يمكن العدول عنها. ذلك أن طبيعة عقد التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، تقتضي الوصول إلى تكييف مغاير لهذه العلاقة بين المستهلك وبين المورد في المعاملات التجارية الإلكترونية دون التقيد بهذه الأوصاف التقليدية للعقود في نطاق المعاملات المدنية[3].

وبالرغم من هذا التشابه الموجود بين الرخصة والعدول، لا يمكن اعتبار العدول من قبيل الرخصة أو الحرية لأنه إذا اختار الشخص التعاقد مع آخر، كان للطرف المقابل رفض التعاقد وعدم الامتثال لرغبة الطرف الأول فكلاهما له الحرية في التعاقد، بخلاف حق العدول عن العقد فمتى استعملها المستهلك لا يكون أمام المحترف سوى الامتثال والخضوع لإرادة المستهلك[4].

---

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 309.

[2]– المرجع نفسه، ص 310.

[3]– عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية و حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى 2008، ص 90.

[4]– بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 289.

الفرع الثالث: حق العدول مكنة قانونية

بالإضافة إلى الآراء الفقهية السابقة لتحديد الطبيعة القانونية للعدول في المعاملات التجارية الإلكترونية ذهب اتجاه آخر الذي يري العدول انه مكنة قانونية لا هو بحرية ما دامت الحرية لا تقتصر على شخص معين بل تثبت لجميع الناس على حد سواء كحرية التعاقد أو حرية التعليم ولا برخصة، أين حدد القانون الشخص المستفيد من العدول وهو الطرف الضعيف الذي يتعاقد عن بعد دون أن يكون له الفرصة في معاينة محل التعاقد ومعرفة كل صفاته وعيوبه إذا وجدت مما يحدث اختلالا في التوازن بين الطرفين ويستعمل هذا الخيار في العدول لمواجهة الطرف القوي كما يحدد العدول بمدة معينة تنقضي إمكانية استعماله بمضي هذه المدة[1] وهو الاتجاه الذي نؤيده ولقد اكتست المكنة عدة تعريفات فقهية[2]، ولكن لم يوضح أصحاب هذا الطرح هذا الرأي أن العدول ينطوي تحت أية طائفة من المكن القانونية، فالمكنة هي قدرة صاحبها على إحداث أثرا قانونيا بإرادته دون التوقف على إرادة أحد.

ولقد عرف الفقه القانوني المكنة القانونية على أنها: " قدرة الشخص بالتعبير المنفرد عن إرادته دون الحاجة إلى تدخل الطرف المقابل على إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية". وعرفها جانب آخر من الفقه على أنها :"قدرة الشخص بالتعبير المنفرد عن إرادته دون الحاجة إلى تدخل الغير من خلال استعمالها على تغيير المركز القانوني لهذا الأخير". كما عرفت أيضا المكنة القانونية على أنها: "قدرة وصلاحية الشخص على إحداث آثار قانونية وبإرادته المنفردة، وذلك باستناد إلى وضع قانوني خاص".

وعلى هذا الأساس فإن الصلاحية والقدرة الممنوحة بموجب المكن القانونية من حيث أنها تؤثر وتغير المركز القانوني للغير من دون تدخل الأخير وهي ثلاث:

---

[1]– رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 133.

[2]– اختلف الفقه في تسمية المكنة القانونية أو حق الإمكان القانوني ليس فقط على صعيد الفقه العربي بل الغربي أيضا، فقط أطلق عليه الفقيه الألماني Ennecerusحقوق الاكتساب ذلك أنها طائفة من الحقوق يترتب على استعمالها اكتساب حقوق وسماها كل منSekelو Zeitelmann بالحق المنشئ Gestalungrecht أو حق الامكأن Recht des konnens أو حق الإمكان القانوني Recht des rechtlichen konnens أما في الفقه العربي فقد أطلق عليه مرقس بالحق التخييري وسمي أيضا بالحق الترخيصي و أطلق عليه تسمية الحق المنشئ من قبل السنهوري وسماها حجازي في البداية بالحق الإرادي ثم عدل عن هذا الرأي وسماها بحق الإمكان القانوني أو المكنة القانونية أو القدرة القانونية و التي تتسق مع العبارة الألمانية Recht des rechtliche konnen. ينظر هامش: ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونيا عن بعد، مجلة الحقوق، مركز النشر العلمي، جامعة البحرين، مجلد 9، عدد1، 2012، ص 346.

أولا: مكنة قانونية منشئة

وباستعمالها يستطيع من تقرر له مثل هذه المكنة القانونية أن يؤسس رابطة قانونية جديدة أو أن يكتسب بها حقا ومثال ذلك الشفعة.

ثانيا: مكنة قانونية معدلة أو مغيرة

باستعمال هذه المكنة تتغير حقوق أو روابط قانونية موجودة، ويلاحظ أن هذا النوع لا يؤسس ولا يستحدث حقوقا أو روابط جديدة بل يغير ويعدل ما هو موجود منها، ويمثل لذلك بالالتزام التخيري أو ما يطلق عليه بخيار التعيين.

ثالثا: مكنة قانونية فاسخة أو منهية

يتمثل دور المكنة القانونية الفاسخة أو المنهية بإسقاط وإنهاء حق أو علاقة قانونية موجودة ومثال ذلك فسخ الدائن للعقد، وكذلك استعمال خيار النقض في حال وجود عيب من عيوب الإرادة في العقد. وكذلك العدول عن العقد، فالعدول المقرر في القوانين بالنسبة للعقود المبرمة عن بعد هي أيضا مكنة قانونية وهي تنطوي تحت طائلة النوع الثالث منها التي يقال لها المكن الفاسخة أو المنهية، فإذا استعمل المستهلك هذه المكنة انتهت وفسخت العلاقة العقدية التي نشأت سليمة بين الأطراف ووجب على الطرف الآخر الخضوع لاستعمال المستهلك لإرادته، ونلاحظ أن الطرف الآخر (المهني) بالرغم من عدم تدخله عليه الانصياع لإرادة المستهلك الذي عدل عن العقد[1].

وأهم ما يميز المكنة القانونية أنها تتوقف على محض إرادة صاحبها واستعمالها يتم بمجرد إرادة ومشيئة صاحبه دون أن يتوقف ذلك على إرادة أي طرف آخر كما تتميز المكنة القانونية بمضمون يتمثل في تخويل صاحبه سلطة الخيار بين بدائل محددة ومعرفة مسبقا، أي أن صاحب الحق يمارس سلطات حقه في مواجهة شخص معين دون أن يلتزم الأخير بأي التزام أو واجب، يضاف إلى ذلك أن المكنة القانونية محلها ليس ماديا وإنما هو شيء معنوي أو مجرد يتمثل في مركز قانوني يتعلق بشخص آخر[2].

وفي الأخير ننتهي إلى أن العدول لا يعد حقا بالمعني الدقيق فهو ليس حقا عينيا، كما انه ليس مجرد رخصة بل يحتل مرتبة وسطية بينهما، بين الرخصة والحق فهو مجرد حق إرادي أو مكنة قانونية للمستهلك

[1]– ناصر خليل جلال، الاساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة عن بعد، مرجع سابق، ص 346 -347.

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 313.

ورده إلى طائفة الإرادة المحضة، وذلك لتطابق خصائصه مع مضمون حق العدول، لحماية الطرف الضعيف في هذه المعاملات التجارية الإلكترونية، نظرا لقلة خبرته، وكذلك عدم ملاءمته المالية مقارنة بالطرف الآخر الذي هو في مركز القوة، ولهذا يعد العدول ضمانة قانونية لإعادة التوازن في العلاقة العقدية، لما يعتري هذه المعاملات الإلكترونية من اختلال بين الطرفين.

المطلب الثالث: الأساس القانوني لحق العدول

بعد تحديد الطبيعة القانونية لحق العدول وتوصلنا إلى أن العدول هو عبارة عن حق قانوني يكون بإرادة منفردة للمستهلك بالعدول عن العقد المراد إبرامه في مواجهة المورد الإلكتروني، وعليه يجب أن نحدد الأساس القانوني لحق العدول، ووجد الفقهاء مصدر وأساس العدول في الاتفاق بين المتعاقدين وهذا الأصل تكريسا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة كأساس لحق العدول الناشئة .

وذلك لاعتبار أن المستهلك ليس في مركز قوة يستطيع من خلاله أن يتفق مع المورد على تخويله خيار العدول ومن أجل حماية رضا المستهلك وحماية التوازن في حالة اختلال العلاقة العقدية بين الطرفيين تم منح خيار العدول في النصوص القانونية وهذا ما يسمي بالعدول التشريعي الناشئ عن وجود نص قانوني وجب العدول عن إبرام العقد [1].

والحق في العدول عن العقد وفق قانون الاستهلاك الفرنسي يتسم بالصفة التقديرية فهو حق إرادي محض يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك وفقاً للضوابط القانونية وهو حق يمس بالقوة الملزمة للعقد ويشكل خروجاً على هذا المبدأ ، ولذلك ذهب كثير من الفقهاء في شأن تحديد الأساس القانوني للتعاقد مع الحق في العدول[2]، إلى بعض الأنظمة القانونية التي تتشابه معه مثل البيع بشرط التجربة والبيع مع خيار العدول والبيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ والوعد بالتعاقد والعقد التدريجي أو التعاقبي للرضا .

ويرى جانب آخر من الفقه أن حق العدول هو إعطاء المستهلك حق فسخ العقد الذي ارتضاه على عجالة وهو يعد اعتداءً على مبدأ سلطان الإرادة في العقود[3]. بينما يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى

[1]– فارس عمر، خيار المستهلك في العدول عن العقد الالكتروني، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون المجلد 44 العدد 4، 2017، الأردن ص 341.

[2]– حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، دار الفكر العربي ، 1997، ص 39

[3]– أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق، ص 98 .

أن حق العدول هو مهلة قانونية معقولة للتفكير يرجى إبرام العقد خلالها وذلك حماية للمستهلك من التسرع في إبرامه[1].وعلى ضوء هذا الاختلاف الفقهي ينقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: فكرة ربط حق العدول بشرط التجربة

لقد رأى جانب من الفقهاء أن الأساس القانوني لحق العدول يقوم على فكرة شرط التجربة ويقصد بشرط التجربة على أنه: "اتفاق المشتري مع البائع على أن يحتفظ بتجربة المبيع لكي يري ما إذا يناسبه شخصيا، أو ما إذا كانت الخصائص التي يرغب فيها متوافرة فيه، أو إذا ما كان الشيء صالحا للغرض الذي أعد له وذلك قبل أن يقدم نهائيا على شرائه في هذه الحالة يكون البيع على شرط التجربة، فلا يصير تاما إلا بعد أن يقبل المشتري نتيجتها"[2]. لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 355 من القانون المدني[3]،والمادة 15 من القانون رقم 03/09 المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش، إذ يجيز القانون للمشتري تجربة المبيع للتأكد من ملاءمته لحاجاته الشخصية بحيث يكون قرار الرفض أو القبول من حق المشتري وحده نتيجة تجربته للمبيع.

وقد عالج المشرع الفرنسي البيع بشرط التجربة في المادة 1588 من القانون المدني واعتبره عقدا معلقا على شرط واقف[4]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري لاعتباره البيع بشرط التجربة عقدا معلقا على شرط واقف على القبول خلال مدة محددة.

ولقد واجه هذا الطرح نقدا على أساس أن مدة التروي والتفكير الممنوحة للمستهلك عند ثبوت الحق في العدول عن العقد ليس الهدف منه التحقق من ملاءمة المبيع للاستعمال المخصص له كما هو الحال في البيع بشرط التجربة لكن الهدف منه السماح فقط بنضج واكتمال الرضا لدى المستهلك[5].

---

[1]– حسن عبد الباسط جميعى ، حماية المستهلك – الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك ، دار النهضة العربية ، 1996، ص 44

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 312.

[3]– تنص المادة 355من القانون المدني الجزائري على أنه:" في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه و على البائع أن يمكنه من التجربة.فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فأن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا.

يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

[4]– احمد إبراهيم حسين الحيارى، عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الانترنت "دراسة مقارنة في القانونين الأردني و الفرنسي"، المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، المجلد 1، العدد 2، 2009. ص 133.

[5]– عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 775.

ومنه لا يمكن التسليم بأن البيع بالتجربة أساس للحق العدول وهذا للاختلاف الحاصل بينهما فحق العدول في المعاملات التجارية الإلكترونية من حيث المصدر فمصدر حق المتعاقد بالفسخ في البيع بشرط التجربة هو الاتفاق أما حق العدول فمصدره القانون لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وتحديد مدة خيار الفسخ في البيع بشرط التجربة يكون بالاتفاق على أي مدة يراها المتعاقدون مناسبة أو بقرار من المحكمة ويمكن اتفاق الأطراف على مخالفته، أما مهلة حق العدول فمحددة في التشريع وبشكل نهائي لا يقبل التغير لا زيادة أو نقصان في المهلة، كما أن حق العدول للمستهلك في البيوع المسافات غير مشروط بالتجربة وعدم ملائمة المبيع للمستهلك كما هو الحال بالنسبة للبيع بشرط التجربة فالهدف من مدة التجربة هو تحقق المشتري من ملائمة المبيع لحاجاته الشخصية إضافة إلى ملاءمته للغرض الذي وجد من أجله أما في البيع مع خيار الرجوع فيهدف إلى حماية إرادة المستهلك من التسرع في إبرام العقد وحماية الاختلال المتواجد بين الطرفين في المعاملات التجارية الإلكترونية حيث له مطلق الحرية في إتمام العقد وإمضائه أو فسخه[1].

كما أن عدول المستهلك عن التعاقد الذي يبرمه عن طريق وسيط إلكتروني يتوقف على محض إرادته وبمشيئته ولا يخضع إلى أي رقابة أو سبب، بينما في البيع بشرط التجربة يتوقف على نتيجة التجربة التي يتوقف عليها مصير البيع بشرط التجربة، وما إذا كان يملك رفض المبيع أم لا يملك ذلك، فلا تتوقف على محض مشيئته وإرادة المستهلك وإنما تراقب من القضاء[2].

وفي الأخير يمكننا القول أن هذا الطرح غير صائب في أنه هو أساس لحق العدول وهذا لأن العدول يبتعد كل البعد عن البيع بشرط التجربة وذلك للفروق التي ذكرناها سابقا، والسبب الذي جعل الفقهاء يبحثون على أساس جديد للعدول يكون أكثر دقة ووضوح.

الفرع الثاني: فكرة التعليق على الشرط

يرى جانب آخر من الفقهاء أن الأساس القانوني للعدول على فكرة العقد المعلق على شرط وعرف الشرط على انه يكون أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، ويترتب على تحقيقه زوال الالتزام وتحقيق الالتزام[3].

[1]– احمد إبراهيم الحياري، عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 133.

[2]–كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 318.

[3]– نص المادة 203 من القانون المدني الجزائري.

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن الشرط نوعين، شرط واقف والذي بتحقق هذا الشرط يصبح الالتزام موجودا والشرط الفاسخ هو الشرط التي بتحققه يزول الالتزام ويفسخ، ولقد انقسم أصحاب هذا الطرح إلى من يقول أن الأساس القانوني للعدول يقوم على الشرط الواقف ومنهم من يقول أن أساس العدول يقوم على الشرط الفاسخ، وبناءً على أصحاب الرأي الأول فإن العقد منعقد ولكنه يكون معلقا على شرط واقف هو اختيار المستهلك إمضاء العقد بعد مرور الفترة المعينة لذلك وفي هذه الحالة لا ينتج العقد آثاره إلا عند تحقق الشرط، فإذا تحقق الشرط أنتج آثاره اعتبارا من تاريخ إبرام العقد، أما أصحاب الطرح الثاني فإن العقد منعقد ولكن معلق على شرط فاسخ وهو قيام المستهلك بسحب رضاه خلال مدة محددة للعدول في القانون وفي هذه الحالة ينتج آثاره إلى حين تحقق الشرط فإذا تحقق زالت هذه الآثار رجعيا[1].

ولكن تم انتقاد أصحاب هذا الطرح بشرطيه فالشرط أمر خارج عن العقد يعلق أطرافه وجوده عليه، في حين أن العدول يتعلق بالتراضي المكون للعقد ذاته وهو ليس أمرا خارجا أو مضافا إليه[2].

فإذا أخذنا بأن الشرط الواقف أساس للعدول أي لا يمكن ممارسة حق العدول عن العقد خلال المحددة له فإن ذلك يجعل من هذا الشرط الواقف شرطا إراديا والذي ذهب الفقه وحتى بعض النصوص المدنية[3] منها نص المادة 205 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1174 من القانون المدني الفرنسي، إلى عدم الاعتداء به، والأمر ذاته يقال ويطبق على الشرط الفاسخ، إضافة إلى ذلك أن القول بوجود مثل هذا الشرط يتعارض مع نية الأطراف خصوصا إذا لم يقصدوا تأجيل تنفيذ العقد حتى انقضاء مدة العدول[4].

أما بالنسبة للهلاك فإن تبعية الهلاك لا يتحملها صاحب الحق المعلق على شرط واقف،كما أنه لا يمكنه التصرف في الشيء محل الحق، فحكم العقد المعلق على شرط واقف لا يمكن تنفيذه إلا إذا تحقق

---

[1]– احمد إبراهيم حسين الحياري، مرجع سابق، ص 138.

ولأكثر تفصيل ارجع إلى: رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني مرجع سابق، ص 150.

[2]– إبراهيم عبد الحميد علي، حماية المستهلك "دراسة في القوانين حماية المستهلك و القواعد العامة في القانون المدني"، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 754.

[3]– تنص المادة 205 من القانون المدني الجزائري على أنه:" لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"

Code Civil art.1174 Toute obligation est nulle lorsqu’ elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s’oblige.

[4]– ناصر خليل جلال، مرجع سابق، ص ص 349-350.

الشرط ولهذا إذا استندنا على الحكم وإذا أخذنا بالرأى الذي يقول أن أساس العدول في المعاملات التجارية الإلكترونية الشرط الواقف فتبعية الهلاك هنا يتحملها البائع، أما بالنسبة لتبعية الهلاك عند وجود شرط فاسخ فإن صاحب الحق هو الذي يتحمل تبعية الهلاك، إذا حكم وجود الشرط الفاسخ يجعل من العقد نافذا غير اللازم، ومما سبق إذا أخذنا بفكرة الشرط الفاسخ كأساس للعدول، فإن المستهلك هو من يتحمل تبعية الهلاك غير انه بالرغم من ذلك وما تم توضيحه سابقا فلا يمكن الأخذ بفكرة الشرط أساسا قانونيا للعدول عن المعاملات التجارية الإلكترونية[1].

الفرع الثالث: فكرة التكوين التعاقبي للرضا

إن فكرة التكوين التعاقبي للرضا مأخوذة من النظرية الألمانية المعروفة puctation وتعني الاتفاق على بعض العناصر التي تكون ضمن العقد، ونصت على ذلك المادة 154 من القانون المستهلك الألماني حيث ورد فيها أن: "الاتفاق على بعض الشروط لا يكفي لانعقاد العقد حتى ولو كانت تلك الشروط هي الشروط الرئيسية وتم صياغتها كتابة"[2].

لم تكن الآراء الفقهية السابقة كافية لاعتبارها أساسا قانونيا للعدول في المعاملات التجارية الإلكترونية لهذا رأى جانب من الفقهاء أن الأساس القانوني للعدول يقوم على فكرة التكوين التعاقبي للرضا وذلك أن عقود الاستهلاك لا يمكن أن تتكون ويتم إبرامها في مدة زمنية واحدة أي فور صدور القبول من المستهلك، بل تكوين العقد وإبرامه يكون عبر مدة زمنية تبدأ من وقت صدور القبول وتنقضي بانقضاء مهلة التروي والتفكير، ويكون ذلك بتصرفين من طرف المستهلك الأول هو قبول العقد في بداية المهلة والثاني يكون بتأكيد القبول في نهاية المهلة، فإذا لم يشأ المستهلك تأكيد رضاه بالعقد أو عمد إلى سحب الموافقة في مهلة التفكير والتروي، فإنه بذلك يحول دون تمام تكوين عقد ملزم، وبالمعني المخالف إذا أكد المستهلك رضاه السابق بالعقد يترتب عليه قيام العقد من وقت تأكيد أو اتصاله بعلم الطرف الأخر دون أن يكون لهذا التأكيد أي أثر رجعي[3].

إلا أن هذه الفكرة تم انتقادها لسبب وجود نوعين من العدول إذا تبنينا هذه الفكرة أولها العدول السابق على تنفيذ الالتزامات والثاني العدول اللاحق بعد تنفيذ الالتزامات، أما العدول الذي نحن بصدد

[1]– ناصر خليل جلال، مرجع سابق، ص 350.

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 321.

[3]– ناصر خليل جلال، مرجع سابق ص 355.

دراسته في المعاملات التجارية الإلكترونية وهو من النوع الثاني فقد يكون المستهلك قام بدفع الثمن للمورد ويكون هذا الأخير قام بتسليم الشيء محل التعاقد، ومنه لا يمكن أن نتصور تأكيد القبول في الوقت الذي يكون فيه المستهلك قد نفذ التزامه ودفع الثمن والمورد قد نفذ التزامه أيضا وقام بتسليم محل التعاقد[1].

وتأكيدا لما سبق قضت محكمة النقض الفرنسية برفض فكرة التكوين التعاقبي للرضا، وقررت أن عقد الاستهلاك كان تاما من إجراء المستهلك طلب الشراء لأنه الوقت الذي حدث فيه تقابل الإرادتين وبذلك يكون العقد تاما قبل التنفيذ المحتمل لحق العدول[2].

الفرع الرابع: أساس حق العدول في التشريعات الخاصة

لم تكن الآراء الفقهية السابقة مجدية ومقاربة لأن تكون أساسا قانونيا لحق العدول في المعاملات التجارية الإلكترونية، حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي أن حق العدول يدخل في نطاق الوسائل الفنية التي لجأ إليها المشرع لحماية رضا المستهلك عموما عن طريق منحه مهلة من الزمن يعيد فيها التفكير في أمر إبرام العقد[3].

أي يرى جانب من الفقهاء وهو الرأي الراجح الذي نراه أن الأساس القانوني لحق العدول في المعاملات التجارية الإلكترونية وتكييفه القانوني بأنه حق نص عليها القانون، فمصدر هذا العدول ومصدر إخفاء طبيعة عدم الإلزام على هذا العقد هو نص القانون، وذلك لأن المستهلك بموجب هذه الحق القانوني له سلطة وقدرته على إحداث آثار قانونية وبإرادته المنفردة والتي تتمثل بإنهاء الرابطة العقدية الموجودة بين الطرفين وقد كنا قد صنفنا العدول ضمن الحق القانونية المنهية أو الفاسخة للالتزام[4].

وتجدر الإشارة أن حق المستهلك في العدول عن العقد يعني إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويكون بأن يرد المستهلك المنتج الذي تم تسليمه إليه، مادام أن ثمة مبرراً معقولاً دونما شرط الهوى الشخصي للمستهلك .وبموجب القوة الملزمة للعقد فإن أياً من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عنه فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول وقام العقد فإن تنفيذه يصبح ملزماً ولا رجعة فيه[5]، ولكن نظراً لأن

[1]– إبراهيم عبد الحميد علي، مرجع سابق، ص 757.

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 323.

[3]– المرجه نفسه، ص324..

[4]– ناصر خليل جلال، مرجع سابقن ص 361

[5]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، العقد غير اللازم – دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994. ص 138

المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول، ومن ثم تعليق إتمام العقد على صدور الإرادة الواعية المستنيرة للعميل وذلك حتى لا يستفيد مورد السلعة أو الخدمة من قصر الوقت المتاح للمستهلك للنظر في العقد المعروض عليه ليحصل منه على التوقيع بصرف النظر عن احتمالات اعتراض المستهلك على بعض البنود في وقت لاحق على التوقيع حيث تكون لا فائدة من اعتراضه[1]، وهذا يعني تخويل المستهلك حق نقض العقد بعد انعقاده بالإرادة المنفردة، وهو ما يعد مخالفاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، ولذلك فإن هذا الحكم المخالف لتلك القاعدة يجب النص عليه صراحة إما في اتفاق الطرفين أو في القانون .

وقد أقرت العديد من التشريعات أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح وتختلف هذه المدة من قانون لآخر باعتبار أن المستهلك في التعاقد عن بعد لا يرى المنتج أو السلعة فقد يتسلم منتجاً لا يتفق مع المواصفات المتعاقد عليها ، ومن ثم يحق له إرجاع هذا المنتج خلال فترة معينة هي فترة السماح[2] .

وفي الأخير نرى أن المدة التي فرضتها التشريعات للعدول ليست أساسا قانونيا للعدول وإنما تعتبر مدة انقضاء وسقوط، فإن لم يمارس المستهلك حقه في العدول خلال تلك المدة سقط حقه في العدول وأعتبر العقد نافذا.

كما نرى أن الأساس القانوني لحق العدول هو النصوص القانونية التي تم صياغتها في أغلب التشريعات والتي تضمنت حق المستهلك في العدول، فلا يستطيع المستهلك النزول عن ذلك الحق الذي قرره المشرع لمصلحته.

[1]– المادة 1/147 من القانون المدني المصري .

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 325، 326.

المبحث الثاني: متطلبات تطبيق حق العدول والآثار المترتبة على ممارسته

لقد نصت معظم التشريعات العربية والغربية على ممارسة الطرف الضعيف حق العدول في مواجهة المورد خاصة في المعاملات التجارية الالكترونية، كما أن هذه التشريعات قامت بتنظيم حق العدول تنظيما دقيقا للحد من خطورة انتهاكاته لمبدأ القوة الملزمة للعقد[1]. ولهذا حرصت التشريعات على وضع متطلبات وشروط يجب أن تجتمع ليتمكن المستهلك من ممارسة حق العدول وكذلك يجب أن يكون العدول في العقود المسموح فيها قانونيا، لأنه يوجد هناك مجموعة من العقود مستثناة ولا يجوز عدم العدول فيها وهذا للحفاظ على التوازن العقدي وعدم الإضرار بمصالح الطرف الآخر الذي يكون غالبا المورد المحترف أو المهني.[2]ومن أجل ذلك فرض المشرع الفرنسي على المهني أن يخطر المستهلك في كل حالة يبرم فيها عقدا يجوز فيه العدول وبوجود هذا الحق ومدته بوسيلة ميسرة وواضحة[3].

ونستخلص مما سبق أن أهم المتطلبات لممارسة حق العدول في المعاملات التجارية الإلكترونية يجب أن يتم العدول في المدة المحددة قانونيا، ويجب ألا يكون العقد المبرم مع المستهلك من العقود المستثناة من نطاق ممارسة حق العدول، كما ويبقى علينا أيضا تحديد الآثار التي تترتب على ممارسة المستهلك لهذا الحق ولبيان تلك الآثار، وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى المتطلبات المتعلقة بمدة ممارسة حق العدول (المطلب الأول) وتحديد حالات عدم جواز تطبيق حق العدول (المطلب الثاني) والآثار المترتبة على ممارسة حق العدول (المطلب الثالث).

الطلب الأول: المتطلبات المتعلقة بمدة ممارسة حق العدول

لقد حرصت التشريعات المنظمة لحق العدول على تحديد المهلة التي يمكن للمستهلك ممارسة هذه الحق من خلالها، والتي يترتب على انقضائها سقوط حق العدول للمستهلك بحسبانه استثناءً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، لأنه يسمح للمستهلك التحلل من العلاقة العقدية بإرادته المنفردة، مما استدعى تحديد مقدار مدة العدول وبيان اللحظة التي يبدأ منها هذه المدة في السريان والحالات التي يمكن أن تمتد هذه المدة، حيث يجب أن تكون هذه المدة وجيزة وليست لمدة طويلة حتى لا يبقي المورد أو المحترف ملتزما بعقد لا يعرف

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 329.

[2]–.إيمان فريق الشاكري، زايد عماد الموساوي، حماية خاصة من المشتري في عقد البيع، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثالث، 2015، ص 96.

[3]– مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق سابق، ص 73.

مصيره لمدة طويلة من الزمن[1]. كما أنه لا يجب أن تكون مدة العدول قصيرة بشكل يحرم المستهلك من التفكير والتروي في شأن العقد، ونصت التوجيهات الأوروبية ذات الصلة بحماية المستهلك الإلكتروني وكذلك التشريعات الوطنية مثل التشريع الفرنسي والمصري والجزائري وكذا التشريع التونسي، في تحديد نقطة بداية مدة العدول. وكذلك تختلف بداية المهلة القانونية للعدول بين السلعة والخدمة، وعلى ضوء هذا سوف تقسم هذا المطلب إلى فرعين كما يلي:

الفرع الأول: موقف التوجيهات الأوروبية من تحديد مدة العدول

لقد حرص المشرع الأوروبي على تحديد مدة العدول في كل التوجيهات الأوروبية حيث نظمها من حيث بداية مدة العدول وكذلك حدد حالات امتداد هذه المدة، وكل هذا لحماية المستهلك الذي يتعاقد عن بعد، والذي لاحظ من هذه التوجيهات أن مدة العدول تختلف من توجيه إلى آخر وذلك لاختلاف المعاملات الإلكترونية وكذلك محل التعاقد وهذا ما سنفصله فيما يلي:

أولا: موقف التوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997

فقد نصت المادة 1/6 من التوجيه الأوربي 97/7 الصادر في 20 مايو 1997[2] بالنسبة لأي عقد عن بعد، لدى المستهلك فترة لا تقل عن سبعة أيام عمل للانسحاب دون عقوبة ودون إبداء الأسباب والتكاليف الوحيدة التي يمكن تحميلها على المستهلك بسبب ممارسة حقه في الانسحاب هي التكاليف المباشرة لإعادة البضائع لممارسة هذا الحق، وتبدأ المدة بالنسبة للبضائع من يوم استلامها من قبل المستهلك عندما تم الوفاء بالالتزامات المشار إليها في المادة 5 من هذا التوجيه، أما بالنسبة للخدمات من يوم إبرام

[1]–إيمان فريق الشاكري، زايد عماد الموساوي، حماية خاصة من المشتري في عقد البيع،مرجع سابق، ص 98.

[2] -Article 6 /Droit de rétractation 1. Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises.
Pour l'exercice de ce droit, le délai court:
- pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur lorsque les obligations visées à l'article 5 ont été remplies,
- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat ou à partir du jour où les obligations prévues à l'article 5 ont été remplies si elles sont remplies après la conclusion du contrat, à condition que le délai n'excède pas le délai de trois mois indiqué à l'alinéa suivant.
Au cas où le fournisseur n'a pas rempli les obligations visées à l'article 5, le délai est de trois mois. Ce délai court:
- pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur,
- pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat.
Si, dans ce délai de trois mois, les informations visées à l'article 5 sont fournies, le délai de sept jours ouvrables indiqué au premier alinéa commence à courir dès ce moment.

العقد أو من اليوم الذي تم فيه الوفاء بالالتزامات المنصوص عليها في المادة 5 إذا تم الوفاء بها بعد إبرام العقد، بشرط ألا تتجاوز المدة فترة الثلاثة أشهر المشار إليها في الفقرة 2 إذا لم يف المورّد بالالتزامات المشار إليها في المادة[1] .

ونرى أن المدة المنصوص عيها في المادة السابقة بالنسبة للخدمات لم يوضح عما إذا كانت ثلاثة أشهر فقط، أم مدة ثلاثة أشهر بالإضافة إلى سبعة أيام.

وهناك عدة ثغرات ومن أهمها: عدم وجود أحكام بشأن عما إذا كان يكفي للمستهلك إرسال إشعار العدول قبل فترة العدول، كذلك لم يبين التوجيه بوضوح عما إذا كانت هذه المدة تنطبق على بعض السلع أو الخدمات ذات المحتوي الرقمي مثل، برامج الحاسب الآلي، الموسيقى، الألعاب المقدمة غبر الانترنت[2].

كما نص على حالة الامتداد مدة العدول إذا لم ينفذ المهني التزامه بالإعلام في حقه في العدول المقرر بموجب نص المادة 5[3] فإن مهلة العدول تمتد لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وذلك على النحو التالي:

إذا تأخر المهني في تنفيذ التزامه بالإعلام بحق العدول ولكنه نفذ هذا الالتزام خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إبرام العقد، فإن مدة العدول تحتسب على وفق القاعدة العامة، أي تكون سبعة أيام تسري من خلال إبرام

[1] -DIRECTIVE 97/7/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

[2]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 282.

[3] -Confirmation écrite des informations

1. Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès, confirmation des informations mentionnées à l'article 4 paragraphe 1 points a) à f), en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison en ce qui concerne les biens non destinés à la livraison à des tiers, à moins que ces informations n'aient déjà été fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès.
En tout état de cause, doivent être fournies:
- une information écrite sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation au sens de l'article 6, y compris les cas visés à l'article 6 paragraphe 3 premier tiret,
- l'adresse géographique de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations,
- les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants,
- les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'une technique de communication à distance, lorsque ces services sont fournis en une seule fois, et dont la facturation est effectuée par l'opérateur de la technique de communication. Néanmoins, le consommateur doit en tout cas pouvoir avoir connaissance de l'adresse géographique de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations.

العقد بالنسبة للعقود الواردة على خدمات ومن تاريخ استلام المستهلك للتأكيد الخاص بالمعلومات المطلوبة ولما كانت المدة الواردة بهذا التوجيه هي سبعة أيام عمل فإنه إذا صادف اليوم الأخير فيها يوم عطلة أسبوعية أو يوم عيد أو إجازة رسمية، فأن هذه المدة تمتد لأول يوم عمل موالي، وإذا جاء يوم العطلة أو الأجازة داخل مدة العدول فانه لا يحتسب ضمن المدة التي هي سبعة أيام عمل رسمي[1].

وبناءً على ما سبق يمكن القول أن المشرع الأوروبي أراد أن يسلط على التاجر عقوبة لعدم امتثاله لتنفيذ الالتزام بالإعلام، حيث تمثلت هذه العقوبة في تمديد مدة العدول من سبعة أيام، إلى ثلاثة أشهر إلا أن المشرع أجاز للتاجر أن يتدارك هذا الإخلال ويقوم بإعلام المستهلك خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ استلام السلعة أو قبول العرض بالنسبة للخدمات، وهنا تعود المدة الأصلية وهي سبعة أيام يبدأ حسابها من يوم تأكيد التاجر للمعلومات[2].

ثانيا: موقف التوجيه الأوروبي رقم 65 والتوجيه رقم 83 لسنة 2002

لقد نص المشرع الأوروبي في نص المادة 6 /1 [3]من التوجيه رقم 65 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد، على تحديد مدة العدول ب 14 يوم عمل، وتمتد هذه المدة إلى 30 يوما في حالة إبرام عقود التأمين على الحياة وفق التوجيه رقم 90/916 ويبدأ سريان هذه المدة كالأتي:

– من يوم إبرام العقد في المتعاقد عن بعد باستثناء عقد التأمين على الحياة حيث يبدأ سريان مدة العدول بشأنه من وقت إعلام المستهلك بنشوء العقد.

– ويبدأ سريان مدة العدول أيضا من يوم استلام المستهلك لشروط التعاقد، وللبيانات محل الالتزام بالأعلام وعلى رأسها إعلامه بحق العدول ومهلته وكيفية مباشرته، وقد وردت هذه البيانات بالمادة 5 في فقرتها

[1]– مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق سابق، ص 79.

[2]– كوثر سعيد عدنان خالد ، مرجع سابق، ص 642.

[3]-Article 6 :Les États membres veillent à ce que le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter, sans pénalité et sans indication de motif. Toutefois, ce délai est porté à trente jours calendrier pour les contrats à distance ayant pour objet les assurances sur la vie couvertes par la directive 90/619/CEE et les opérations portant sur les retraites individuelles. Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation commence à courir:

— soit à compter du jour où le contrat à distance est conclu, sauf pour lesdites assurances sur la vie, pour lesquelles le délai commence à courir au moment où le consommateur est informé que le contrat à distance a été conclu,

— soit à compter du jour où le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations, conformément à l'article 5, paragraphe 1 ou 2, si cette dernière date est postérieure à celle visée au premier tiret.

الأولى والثانية وذلك إذا كان هذا التاريخ لاحقا على إبرام العقد، بمعنى أنه تم استلام الشروط التعاقدية بعد إعلام المستهلك بتمام إبرام العقد.

أما في التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2002 المتعلق بتنظيم التأمين المباشر على الحياة، فقد نصت المادة 1/35 منه على أن مدة العدول تنحصر بين 14 يوم و 30 يوما على وفق ما تتبناه التشريعات الوطنية ويعني هذا أن المدة لا يجوز أن تقل عن 14 يوم ولا يمكن أن تزيد عن 30 يوما، ومنه يمكن للمشرع الوطني حرية تحديد المدة بين هذين الحدين، كما أن التوجيه منح دول الأعضاء مدة ستة أشهر لتطبيق الفقرة الأولى من المادة 35، مالم يكن المستهلك في غير الحاجة على الحماية، ويبدأ سريان مدة العدول الواردة في هذا التوجيه من يوم إعلام المؤمن بحقه في العدول[1].

ثالثا: موقف التوجيه الأوروبي رقم 48 ورقم 122 لسنة 2008

لقد نصت المادة 14 /2 من التوجيه الأوروبي رقم 48/ 2008 على أن: " مدة العدول هذه تبدأ في السريان من يوم إبرام عقد الائتمان، أو اليوم الذي يتلقى فيه المستهلك الشروط التعاقدية وكذلك المعلومات التي تنص عليها المادة العاشرة خاصة المعلومات المتعلقة بحق المستهلك في العدول، وذلك لو أن هذا التاريخ كان لاحقا للتاريخ المشار إليه في نقطة أ من الفقرة الحالية".

أما التوجيه الأوروبي رقم 122/ 2008 فلقد نص على بداية مدة العدول في المعاملات التي يتم إبرامها عن بعد في نص المادة 2/6 على أن:" مدة العدول يتم حسابها اعتبارا من يوم إبرام العقد، أو اعتبارا من يوم إبرام أي عقد أولي ملزم، أو اعتبارا من اليوم الذي يتلقي فيه المستهلك أي عقد تمهيدي أو ابتدائي ملزم إذا كان ذلك التاريخ المشار إليه في الفقرة السابقة من نفس المادة"[2].

وتنقضي مدة العدول من تاريخ انتهاء مدة سنة و 14 يوما اعتبارا من التاريخ الوارد في الفقرة 2 من المادة السادسة سالفة الذكر، وذلك إذا كانت البيانات الواردة بالفقرة 1/4 من المادة الخامسة من ذات التوجيه لم تقدم للمستهلك على النموذج المخصص لهذا الغرض، ويجب أن تقدم هذه البيانات كتابة أو دعامة ثابتة سواء كانت ورقية أو إلكترونية، ويجوز لدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي تحدد الجزاء المناسب في ضوء المادة 15 من ذات التوجيه، ويبدأ سريان هذه المدة من يوم استلام المستهلك لنموذج العدول عن العقد إذا كان ذلك قد تم خلال سنة من التاريخ المذكور بالمادة 286 من التوجيه، وإذا تلازم عقد المبادلة مع عقد

[1]– مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق سابق، ص81.

[2]– إبراهيم عبد الحميد علي، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 769.

استعمال السلع والمنتجات بنظام المشاركة في الوقت، فإن مدة العدول تكون واحدة للعقدين معا. ويعني ذلك أن المستهلك لا يتمتع بمهلة عدول مستقلة لكل عقد منهما على حده، بل يحق له التمتع بمهلة عدول واحدة لهما ويبدأ سريان مهلة العدول وانقضاؤها على وفق أحكام المادة 2/6 من التوجيه المذكور[1].

رابعا: موقف التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011

التوجيه المتعلق بحقوق المستهلك على توحيد مدة العدول التي جعلها 14 يوما لأن اختلاف مدة العدول من عقد لآخر قد يؤثر سلبا على الأمن القانوني وعلى استقرار المعاملات[2]، ولقد نصت المادة 9 من هذا التوجيه[3] على أن مدة العدول حددت ب 14 يوما ويبدأ سريانها كالتالي:

صرف النظر عن الحالات التي تنطبق فيها الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 16 ، لدى المستهلك فترة أربعة عشر يومًا للانسحاب من عقد عن بعد أو عقد بعد المسافة دون الحاجة إلى إبداء الأسباب. القرار ودون تكبد أي تكاليف بخلاف تلك المنصوص عليها في المادة 2/13 والمادة 2/14 مع عدم الإخلال بالمادة 10، تنتهي فترة الانسحاب المشار إليها في الفقرة 1 من هذه المادة بعد فترة أربعة عشر يومًا.

---

[1]– مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق سابق، ص 83.

[2]– المرجع نفسه، ص 84.

[3] -1. En dehors des cas où les exceptions prévues à l'article 16 s'appliquent, le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour se rétracter d'un contrat à distance ou d'un contrat hors établissement sans avoir à motiver sa décision et sans encourir d'autres coûts que ceux prévus à l'article 13, paragraphe 2, et à l'article 14.

2. Sans préjudice de l'article 10, le délai de rétractation visé au paragraphe 1 du présent article expire après une période de quatorze jours à compter:

- en ce qui concerne les contrats de service, du jour de la conclusion du contrat;

- en ce qui concerne les contrats de vente, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien ou:

- dans le cas de biens multiples commandés par le consommateur dans une seule commande et livrés séparément, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du dernier bien;

- dans le cas de la livraison d'un bien composé de lots ou de pièces multiples, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du dernier lot ou de la dernière pièce;

- dans le cas des contrats portant sur la livraison régulière de biens pendant une période de temps définie, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du premier bien;

- en ce qui concerne les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz et d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel, du jour de la conclusion du contrat.

3. Les États membres s'abstiennent d'interdire aux parties contractantes d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant le délai de rétractation. Cependant, dans le cas des contrats hors établissement, les États membres peuvent maintenir la législation nationale en vigueur qui interdit au professionnel de recevoir un paiement du consommateur pendant une période déterminée après la conclusion du contrat

- في حالة عقود الخدمة من يوم إبرام العقد.
- أما فيما يتعلق بعقود البيع، من اليوم الذي يستحوذ فيه المستهلك أو طرف ثالث غير الناقل والمعين من قبل المستهلك على البضائع أو طرف ثالث غير الناقل والذي حدده المستهلك على الحيازة المادية لآخر دفعة أو القطعة الأخيرة.
- في حالة العقود المتعلقة بالتسليم المنتظم للبضائع لفترة زمنية محددة بدءًا من اليوم الذي يستحوذ فيه المستهلك أو طرف ثالث بخلاف الناقل والذي حدده المستهلك على الحيازة المادية للسلعة الأولى مثل: ذلك عقود توريد المياه والغاز والكهرباء عندما لا يتم تعبئتها في حجم محدد أو بكمية ثابتة وكذلك لتدفئة المناطق والمحتوى الرقمي غير المزود على وسيط المادية، من يوم إبرام العقد.
- تمتنع الدول الأعضاء عن منع الأطراف المتعاقدة من تنفيذ التزاماتها التعاقدية خلال فترة الانسحاب. ومع ذلك في حالة العقود الخارجية، يجوز للدول الأعضاء الحفاظ على التشريعات الوطنية القائمة التي تحظر على التاجر تلقي مدفوعات من المستهلك لفترة محددة بعد إبرام العقد.

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية في تحديد مدة العدول

سنتناول في هذا الفرع بعض المواقف للتشريعات الوطنية التي كان لها بعد في النظر في تحديد مدة المدة القانونية لممارسة حق العدول وإرجاع المنتج في المعاملات التجارية الإلكترونية، وأيضا تحديد المعاملات الإلكترونية التي لا يجوز فيها ممارس حق العدول، وذلك لعدم إلحاق الضرر بالمورد أيضا ولهذا تم استثناؤه في هذه التشريعات منها التشريع الفرنسي والتشريع التونسي والتشريع المصري وكذا الجزائري كما يلي:

أولا: موقف المشرع الفرنسي من تحديد مدة العدول

لقد اهتم المشرع الفرنسي في تحديد مدة العدول في عدة قوانين حيث نص في قانون الاستهلاك في نص المادة20/121 أن المستهلك لديه مدة العدول أو الانسحاب حددت بسبعة أيام كاملة وصافية دون تبرير أو إلى دفع غرامات[1].

إلا أن هذه المدة يمكن أن تمتد لتصبح ثلاثة أشهر وذلك في حالة عدم قيام التاجر بتنفيذ التزامه بالتبصير بأحد المعلومات المنصوص عليها في المادة 19/121، لكن في حالة ما إذا تتدارك التاجر الأمر

[1] Madame Hanane OUIRINI, ESSAI SUR L'EUROPEANISATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION Droit des contrats Thèse pour obtenir le grade de :Docteur en droit à l'Université d'Avignon et des Pays 2016 ؛;p249.

وقام بتبصير المشتري بهذه المعلومات خلال مدة ثلاثة الأشهر فإن مدة سبعة أيام تحسب من جديد بالإضافة إلى ثلاثة أشهر بداية من قيام التاجر بتنفيذ التزامه بالتبصير[1]، وهذا ما يتطابق مع التوجيه الأوروبي في تمديد مدة العدول.

ووفقا لما جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 20/121 فإن اللحظة التي يبدأ فيها سريان مدة العدول تختلف بحسب اختلاف محل العقد فإذا كان محل العقد سلعة فإن مدة العدول تبدأ في السريان منذ الوقت الذي يتم فيه تسليم السلعة إلى المستهلك، أما إذا كان محل العقد خدمة فإن مدة العدول تبدأ بالسريان منذ لحظة تطابق الإيجاب والقبول، ومن البديهي أن مدة سبعة أيام تنقضي بانقضاء اليوم السابع ووفقا لما جاء في الفقرة الرابعة من المادة20/121 من أنه إذا صادف اليوم الأخير يوم سبت أو أحد أو يوم عيد أو عطلة فإن هذه المدة تمتد إلى أول يوم عمل عند انتهاء العطلة[2].

ولقد نصت المادة 18/221 من القانون الاستهلاكي الفرنسي على أنه :"للمستهلك فترة أربعة عشر يومًا لممارسة حقه في الانسحاب من العقد المبرم عن بعد ، بعد استطلاع عبر الهاتف أو خارج مؤسسة، دون الحاجة إلى تبرير قرارها أو لتحمل تكاليف غير تلك المنصوص عليها في المواد 23/221 إلى 25/221 وتبدأ الفترة المذكورة في الفقرة الأولى من :

– يوم إبرام العقد لعقود تقديم الخدمات وتلك المذكورة في المادة4/221.

– من يوم استلام البضاعة من قبل المستهلك أو طرف ثالث غير الناقل الذي يعينه له عقود بيع البضائع.

بالنسبة للعقود المبرمة خارج أماكن العمل، يمكن للمستهلك ممارسة أعماله حق الانسحاب من إبرام العقد.

في حالة طلب عدة سلع تم تسليمها بشكل منفصل أو في حالة وجود أمر من البضائع المكونة من دفعات أو قطع متعددة، والتي يتم توزيعها على فترة زمنية محددة، يمتد من استلام آخر سلعة أو دفعة أو الجزء الأخير .بالنسبة للعقود التي تنص على التسليم المنتظم للبضائع خلال فترة محددة، تبدأ الفترة من استلام السلعة الأولى"[3].

[1] –Lorsque les informations prévues à l'article L. 121-19 n'ont pas été fournies, le délai d'exercice du droit de rétractation est porté à trois mois. Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient dans les trois mois à compter de la réception des biens ou de l'acceptation de l'offre, elle fait courir le délai de sept jours mentionné au premier alinéa..

[2] – Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

[3]–Article L121-18 Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement,

كما أن المشرع الفرنسي نظم طريقة احتساب مدة العدول في حالة اقتناء سلعة تتألف من العديد من القطع أو تسليم على فترات منفصلة وغير محددة، فإن احتساب مدة العدول في هذه الحالة تحتسب من تاريخ تسليم آخر دفعة، أما بالنسبة للعقود التي تنص على تسليم المنتظم للمنتوج في فترة زمنية محددة فإن مدة العدول تبدأ حسابها من تاريخ تسليم أول دفعة، كما أن المشرع الفرنسي قام بتمديد فترة العدول إلى 12 شهرا في حالة عدم قيام المورد المحترف بإعلام المستهلك بكافة البيانات والمعلومات وفق الشروط المعمول بها، يبدأ حساب تلك المدة من تاريخ انتهاء المدة الأولية لحق المستهلك في العدول، فإذا تدارك المورد المحترف ذلك وإعلامه بهذه البيانات تعود فترة 14 يوم للظهور مجددا وتحتسب من بداية من تاريخ إعلامه[1].

بموجب لائحة المجلس رقم EEC 71/1182 المؤرخة 3 يونيو 1971 التي تحدد قواعد تطبيق المواعيد والتواريخ المتعلقة بحق العدول، حيث نص على أنه لا يتم احتساب يوم إبرام العقد أو يوم استلام البضاعة ضمن الفترة المذكورة للمادة 221/ 18، تبدأ الفترة في الجري في بداية الساعة الأولى من اليوم الأول وتنتهي في نهاية الساعة الأخيرة من اليوم الأخير من الموعد النهائي، إذا انتهت هذه الفترة في يوم سبت أو أحد أو يوم عطلة رسمية يتم تمديدها حتى اليوم الأول العمل المقبل"[2].

---

sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25.

Le délai mentionné au premier alinéa court à compter du jour :

1- De la conclusion du contrat, pour les contrats de prestation de services et ceux mentionnés à l'article L.221-4;

2- De la réception du bien par le consommateur ou un tiers, autre que le transporteur, désigné par lui, pour les contrats de vente de biens. Pour les contrats conclus hors établissement, le consommateur peut exercer son droit de rétractation à compter de la conclusion du contrat.

Dans le cas d'une commande portant sur plusieurs biens livrés séparément ou dans le cas d'une commande d'un bien composé de lots ou de pièces multiples dont la livraison est échelonnée sur une période définie, le délai court à compter de la réception du dernier bien ou lot ou de la dernière pièce.

Pour les contrats prévoyant la livraison régulière de biens pendant une période définie, le délai court à compter de la réception du premier bien

[1] -Article L121-21-1 - ".lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 20 du l de l'article l.121-17, le délai de rétractation est prolongé de douze mois".

[2]-Article L121-19 Conformément au règlement n° 1182/71/ CEE du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes:

1Le jour où le contrat est conclu ou le jour de la réception du bien n'est pas compté dans le délai mentionné

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تحديد مدة العدول

لقد كان للمشرع الجزائري أيضا دورا في تكريس حق العدول لحماية الطرف الضعيف حيث نص على أن مدة العدول تكون في حدود 4 أيام في المادة 23 من قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه: "يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا.

يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة(4) أيام عمل[1] ابتداءً من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الالكتروني ويلتزم المورد الإلكتروني بما يأتي:

- تسليم جديد موافق للطلبة.
- إصلاح المنتوج المعيب.
-استبدال المنتوج بآخر مماثل.
- إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع الضرر.

يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال اجل خمسة عشر(15) يوما من تاريخ استلام المنتوج".

ونرى من خلال النص القانوني أن المشرع الجزائري لم يقم بالأخذ بالمفهوم القانوني لحق العدول بل استند في منح العدول على وجود عيب في المنتوج وهذا ما يدل على انه أخذ بالقواعد العامة التقليدية التي تكفل للمستهلك ضمان العيوب الخفية وضمان الخدمة ما بعد البيع، لأن العدول هو حق يسمح للمستهلك بإنهاء العلاقة العقدية دون أي تسبيب ودون تعويض، وإعادة الحال لما كان عليه المتعاقدين قبل التعاقد أي كأن العقد لم يكن أصلا، مقارنةَ بما جاء في التوجيهات الأوروبية وبعض التشريعات الغربية مثل فرنسا،كما أن المشرع غفل على تحديد مدة العدول في عقود الخدمات بل اكتفي بذكر عقود البضائع

à l'article L. 221-18

2 -Le délai commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai;

3-Si ce délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

[1]– الفرق بين سبعة أيام عمل و سبعة أيام كاملة هو أن الأيام الكاملة يقصد بها 24 ساعة لكل يوم ولكنها قد يصادف أول يوم منها أو آخر يوم منها يوم عطلة ويتم احتسابه فإن ذلك يعني أن صاحب الحق قد أهمل ستة أيام فقط ، أما عبارة سبعة أيام عمل فهذا يعني أن اليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة فلا يتم حسابه في المهلة.

وكذلك غفل عن تمديد مدة العدول في العقود الإلكترونية على عكس ما جاءت به التشريعات الفرنسية والأوروبية حيث يعتبر هذا الأمر مهما جدا في حماية الطرف الضعيف وإعطاءه مدة معقولة للتفكير والتدبر الجيد لأن أربعة أيام مع احتساب أيام العطل غير كافية وهي إجحاف في حق المستهلك الإلكتروني، ولهذا يتوجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في أحكام حق العدول من ناحية تحديد المدة القانونية وكذا تمديدها في حالة مخالفة المورد الإلكتروني للالتزام بإعلام المستهلك بحقه في العدول وكذا النص على حق العدول بنص صريح وواضح وكذلك يجب التفرقة بين حق العدول والضمان ما بعد البيع أو ضمان العيوب الخفية.

ثالثا: موقف المشرع المصري من تحديد مدة العدول

لقد استند المشرع المصري في قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لعام 2006 في ممارسة المستهلك حقه في العدول إلى مبرر مقبول، وهذا من خلال نص المادة 98 منه: "مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك....، للمستهلك خلال أربعة عشر يوما من تسليم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها أو استرداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله ويلتزم المورد في هذه الأحوال بناء على طلب المستهلك بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية كلفة إضافية، ويلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك، وذلك في حالة وجود عيب أو نقص بها وفقا لطبيعة الخدمة، وشروط التعاقد، والعرف التجاري".

ومن خلال هذا النص نستخلص أن المشرع المصري استند في تكريسه لحق العدول للمستهلك بوجود عيب في المنتوج أو نقص في السلعة أو إخلال في الخدمة، ولذلك فإن الخيار الذي منح للمستهلك في مصر لا يعدو أن يكون استبدالا للسلع أو استكمالا للنقص في الخدمة أو إعادتها[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن المدة التي حددها المشرع المصري في قانون التجارة الإلكترونية لحق المستهلك في العدول، حسب نص المادة 20 من نفس القانون: "أن للمستهلك مدة خمسة عشر يوما أن يفسخ التعاقد المبرم عن بعد وإلكترونيا، وفي الواقع أن هذا المشروع قد انحاز لصالح المستهلك عبر وسيط

[1]– فارس عمر، البيك عمار، مرجع سابق، ص 345

إلكتروني، حيث أحال مهلة العدول من أربعة عشر يوما في قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 وجعلها خمسة عشرة يوما[1].

والجدير بالذكر أن القانون المصري لم ينص على بيان العقوبة الموقعة على المورد في حالة رفضه استبدال البضاعة أو إعادتها واسترداد قيمتها.

كما أن المشرع المصري وأغلب التشريعات العربية ومنها المشرع الجزائري اختلفوا في طريقة العدول مع التوجيهات الأوروبية والتشريع الفرنسي ونرى أن هذا الاختلاف له ما يبرره، وذلك لصعوبة تقبل المورد العربي منهم الجزائري والمصري لفكرة إرجاع السلعة دون إبداء أي أسباب، خاصة في ظل الأوضاع الاقتصادية الحالية أما التشريع الفرنسي والتوجيه الأوروبي نظرا لظروفهم الاقتصادية المغايرة ووعي وتقبل الأشخاص لحق كل مستهلك في إرجاع السلعة أو الخدمة، إذا رأى أنها لا تناسبه ويحقق فائدة أكبر للمستهلك في مجال حمايته، كما أن ظروف التعاقد نفسها فيها المبرر الكافي نظرا لأن التعاقد بوسائل إلكترونية ينعدم فيه التواصل المباشر بين المهني والمستهلك، والأخير قد تعمه إغراءات الدعاية الكاذبة على المواقع الإلكترونية والتسهيلات التي تمنحها له[2].

رابعا: موقف المشرع التونسي من تحديد مدة العدول

المشرع التونسي في قانون المبادلات و لتجارة الإلكترونية التونسي قد حدد حق العدول بعشرة أيام عمل في الفصل 30 منه، حيث تبدأ مدة العدول من تاريخ تسليم البضائع هذا بالنسبة للسلع، أما الخدمات تبدأ مدة العدول من يوم وتاريخ إبرام العقد، حيث جاء في الفصل 30 الفقرة الثانية منه على أنه:"مع مراعاة الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحسب بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسليمها من قبل المستهلك".

أما بالنسبة للخدمات فقد نصت الفقرة الثانية من نفس الفصل "..... تحسب بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد"[3].

ونلاحظ أن المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية كان أكثر مرونة لمنحه هذه المدة مما يترتب عليها توفير حماية أكبر للمستهلك مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي والتوجيه الأوروبي

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي ، مرجع سابق، ص 340.

[2]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص ص 297– 299.

[3]– قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، رقم 83، 9 أوت 2000.

الذي حدد مدة العدول بسبعة أيام، والتشريع الجزائري الذي كان المشرع الوحيد الذي حدد أقصر مدة للعدول بمدة أربعة أيام.

المطلب الثاني: حالات عدم جواز تطبيق حق العدول

بعدما تناولنا المتطلبات المتعلقة بمدة العدول من حيث تحديد المدة وتحديد وقت بداية هذه المدة وكذا حالات تمديدها وجب علينا أيضا أن نتحدث على ما إذا كان حق العدول مسموح في كل العقود المبرمة عن بعد؟ لكن هذا غير منطقي ولا تشمل حق العدول كل المعاملات، بل هناك عقود معينة خصها المشرع بهذا الحق ومن بينها المعاملات التجارية الإلكترونية وذلك لأن المستهلك يكون ذلك الطرف الضعيف الجاهل بكل المعلومات المتعلقة بمحل المعاملة التجارية ولا يمكن أن يعاين ويتفقد السلعة قبل التعاقد لبعد المسافة، وتوجد أيضا العقود المبرمة خارج المحلات التجارية فهي عقود تخضع لحق العدول أو العقود المترلية، ذلك أن هذه العقود تتم في مكان تواجد المستهلك وبالتالي فإنه يفاجئ بها ولا يكون مستعدا لإبرامها، كما يخضع لحق العدول عقد القرض الاستهلاكي الذي يتميز بعدم التوازن العقدي، حيث يوجد المحترف المقرض في موقع القوة، مقارنة بالمستهلك المقترض الجاهل لشروط العقد، وعلى فرض العلم بها فإنه لا يملك حتى مناقشتها أو تعديلها[1].

نصت المادة 02/20/121 على استثناءات بعض العقود التي لا يمكن ممارسة حق العدول عند إبرامها وكذلك ضمن التوجيه الأوروبي في المادة 3/6 من التوجيه الأوروبي رقم 97[2]. وكذا التوجيه الأوروبي رقم 2011/83 في المادة 16 منه والقانون التونسي في الفصل 32 حيث لا يجوز للمستهلك

[1]– سالم يوسف المعمدة، حق المستهلك في العدول عن العقد، دراسة مقارنة بين القانون المصري و الفرنسي و المغربي و اللبناني و التونسي و التوجهات الأوروبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص 302.

[2]– Sauf si les parties en ont convenu autrement, le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu au paragraphe 1 pour les contrats:
- de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours ouvrables prévu au paragraphe 1,
- de fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financier, que le fournisseur n'est pas en état de contrôler,
- de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement,
- de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés par le consommateur,
- de fourniture de journaux, de périodiques et de magazines,
- de services de paris et de loteries

استعمال حق العدول عن العقود المستثناة، وهدف هذه الاستثناءات هو الحفاظ على التوازن العقدي وعدم الإضرار بمصالح المهني أو المحترف لهذا قسمنها هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: حالات عدم جواز تطبيق حق العدول في التوجيهات الأوروبية

توجد حالات مستثناة لا يمكن للمستهلك أن يمارس حقه في العدول على حساب المورد الإلكتروني الذي يكون في مركز القوي فيصبح الطرف الضعيف لما سيلحقه من ضرر بسبب حق العدول في هذه الحالات المتمثلة فيما يلي:

أولا: عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء حق العدول

لقد ورد في نص المادة 6 الفقرة الثالثة من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 على أن عقود الخدمات التي تبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول لا يجوز فيها ممارسة حق العدول في هذه الحالة، كما أن المشرع الفرنسي نص على عدم جواز ممارسة حق العدول في هذه الحالة خلال نص المادة 20/121 في الفقرة الثانية وهذا الاستثناء خاص بعقد من عقود تقديم الخدمات ويتم الاتفاق فيه بين المهني التاجر والمستهلك على أن بداية تنفيذ هذا العقد ستكون قبل انتهاء مدة العدول، والهدف من هذا الاستثناء هو عدم الإضرار بالمهني وذلك بأن يعدل بعد أن يكون قد استفاد من الخدمة[1].

وصور هذا الاستثناء أن يبرم عقد عن بعد بوسيلة إلكترونية يكون محله مثلا تقديم خدمات من طرف المهني لصالح المستهلك فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على البدء في التنفيذ قبل انتهاء المهلة القانونية المقررة لممارسة حق العدول فإنه لا يمكن للمشتري أن يتمسك بالعدول عن العقد[2].

ويرى بعض الفقهاء أنه إذا كان الهدف من وراء هذا الاستبعاد هو تفادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة له ليعدل عن العقد بعد ذلك، مما يلحق أضرارا بالمهني فإن المستهلك في كثير من الحالات لا يتمكن من الحكم على الخدمة إلا بعد البدء في الاستفادة منها، يضاف إلى ذلك أن المهني بما يملك من وسائل تقنية، قد ينجح في إقناع المستهلك بالبدء في تنفيذ الخدمة قبل انتهاء المدة[3]، وهذا ما يؤدي إلى إفراغ حق العدول من مضمونها، ولتفادي هذا النقد فإنه يجب أن يكون اتفاق المستهلك على بداية

---

[1]– رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 164.

[2]– خالد عجالي، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد و أثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق و الحريات، العدد 4،2017، ص 340

[3]– خالد عجالي ، مرجع سابق، ص 340.

تنفيذ العقد خلال مدة العدول صريحا وأن يتم تبصير المستهلك بأنه في هذه الحالة سوف يسقط حقه في العدول ويقع على المهني عبئ إثبات رضا المستهلك الصريح بهذا الأمر ولذلك ينتهي هذا الرأي على أن هذا الاستثناء مبرر له[1].

ثانيا: العقود الواردة على السلع والخدمات التي يتوقف تحديد سعرها على تقلبات السوق المالي

أولا يجب تعريف ماذا يقصد بالسوق المالي حيث ذهب البعض إلى أن المقصود بالسوق هو البورصة، ويكمن هدف استثناء هذا النوع من العقود في سرعة تقلبات أسعار هذه السلع والمنتجات يثير العديد من المشكلات عند تنفيذ التاجر أو المهني التزامه برد الثمن كأثر من آثار ممارسة حق العدول فالانخفاض أو الارتفاع الأسعار يقف عائقا دون إعمال أحكام العدول.

وتجدر الإشارة انه يمكن القول أيضا بأن من يتعاقد على مثل هذه السلع والمنتجات والخدمات متقلبة الأسعار يعد تنازلا مقدما عن حق العدول، حيث يتناقض هذا النمط من العقود مع فلسفة حق العدول وأهدافها[2].

ثالثا: العقود التي ترد على سلع تم إعدادها بناءا على مواصفات خاصة بالمستهلك

وكذا أو التي تعد بصفة شخصية له أو تلك التي لا يمكن ردها للتاجر بسبب طبيعتها التي تؤدي لسرعة تلفها أو تعيبها، ولقد قام المشرع الأوروبي باستثناء هذا النوع من العقود والتي تتعلق بالسلع والمنتجات التي يقوم المهني بإعدادها وتوفيرها لطلب من المستهلك أي تعد له بصفة شخصية كفستان بمقاسات خاصة وبمواصفات خاصة أيضا، أو برنامج حاسب آلي لإدارة مؤسسة معينة ذات خصوصية في النشاط أو الأسلوب والإدارة أو أيضا أن يطلب المستهلك من أحد المصانع للملابس المقاومة للحريق أو الواقية من الرصاص أو ذات الجودة الفائقة والتكلفة الباهظة، وليس من المتصور أن يعدل المشتري عن رأيه بعد أن يتم تجهيز طلبياته وإرسالها إليه، وهذا يلحق الضرر بالتاجر المتعاقد مع المستهلك من خلال الانترنت حيث صنع بواصفات خاصة بمستهلك معين. فقد لا يجد من يقتني هذه الطلبية بعد إرجاعها على التاجر، ولهذا حرص المشرع على عدم منح المستهلك الحق في العدول في مثل هذه الحالات

[1]– رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 164

[2]– مصطفي أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 118.

لعدم الإضرار بالمهني وعدم الاختلال بالتوازن في العلاقة العقدية، غير اعتماد مطابقة السلعة لتصورات المشتري كمعيار لاستبعاد حق المستهلك في العدول قد لا يخلو من بعض الصعوبات في سبيل التحقق منه[1].

كما أنه لا يمكن إعادة السلع للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف، ويعني بهذا كل السلع يؤدي إرسالها وإعادتها للتاجر على حدوث تغيير فيه، كالأدوية التي يتم تركيبها من محلولين، إذ لا يمكن إرجاعها بعدما تم تركيبها، أما الأشياء التي يسرع إليها الهلاك أو التلف فمثالها المواد الغذائية والأزهار[2].

رابعا: العقود التي ترد على التسجيلات السمعية والبصرية وبرامج الكمبيوتر

ويعتبر هذا الاستثناء أحد آليات تحقيق التوازن بين المستهلك والمهني كأطراف لعقد الاستهلاك الوارد على هذه المنتجات، فالغالب أن قيام المستهلك بترع أو فض أغلفة هذه التسجيلات أو البرامج يتم بقصد عمل نسخة خاصة منها، ثم رد النسخة الأصلية للمهني، وهو ما يعد تحايلا غير مشروع على القانون واعتداء على حقوق المهني (منتج التسجيلات والبرامج) ويشكل هذا خرقا لأحكام قوانين الملكية الفكرية[3].

ويثور التساؤل حول المواد السمعية والبصرية وبرامج الحاسوب التي يتم شراؤها عبر الانترنت ويتم إرسالها للمستهلك عن طريق شبكة الانترنت حيث يقوم بتحميلها على جهازه الخاص، فإذا اشترى المستهلك أغنية أو فيلما أو برنامجا وقام المستهلك بسماع الأغنية أو مشاهدة الفيلم أو استخدام البرنامج فهل يحق له العدول بعد ذلك؟

ولقد اختلفت الآراء الفقهية حيث ذهب رأي من الفقهاء إلى أن الحكمة من النص متوفرة في هذه الحالة فسبب الاستثناء هو الحفاظ على الملكية الفكرية، وبالتالي لا يحق للمستهلك العدول عن عقود الشراء في هذه الحالة[4]. وذهب الرأي الآخر من الفقهاء إلى أن الاستثناء محل الدراسة لا يطبق في هذه الحالة، حيث أن المستهلك لا يقوم بترع أغلفة التسجيلات أو البرامج، وفقا لحرفية النص الذي يتحدث على التعاقد على

[1]– رمزي بيد الله علي الحجازي ، مرجع سابق، ص 166.

[2]– عجالي بلخالد، مرجع سابق، ص 342.

[3]– مصطفي أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق ص 120

[4]– رمزي بيد الله علي الحجازي ، مرجع سابق، ص 167.

شيء مادي يتمثل في الدعامات المادية التي تثبت عليها هذه التسجيلات أو البرامج[1]. ومن خلال هذين الرأيين نرى أن الرأي الأول هو الأولى بالإتباع لاستيعابه لروح النص.

خامسا: العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات

إن الهدف من استثناء العقود الواردة على الصحف والمجلات و الدوريات هو عدم الإضرار بناشري هذه الصحف أو الدوريات والمجلات، لأن منح المستهلك حق العدول بشأن هذه العقود قد يمكنه من الحصول عليها دون أن يدفع مقابلها فضلا عن ذلك أن بعضها خاصة الصحف اليومية تفقد قيمتها بصدور عدد لاحق منها الأمر الذي لا يتمكن معه الناشر عن إعادة بيعها وفي ذلك ضرر أكيد له[2].

أما بالنسبة للدوريات فإن العلة من استثنائها تتمثل في الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية حتى لا يقوم المستهلك بنسخها ثم إعادتها[3].

سادسا: عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها

إذا كانت خدمات الرهان واليانصيب وما على شاكلتها مجازة قانونا في دولة ما، فإن العقود الواردة عليها تستبعد من نطاق حق العدول، بحيث يحاول المستهلك من خلال التخلص من آثار هذا العقد استنادا لهذا الحق ولا شك أن الإقدام على إبرام مثل هذه العقود يمثل مقامرة أو مغامرة عليه أن يتحمل ويتقبل نتيجتها، وهو ما يتعارض مع فلسفة حق العدول وحكمته، وهذا ما يجعل استبعاد هذه العقود من نطاق هذا الحق أمرا مقبولا ومبررا[4].

وكان أيضا للتوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011 موقف في تحديد الاستثناءات الواردة على العقود التي لا يمكن للمستهلك ممارسة حقه في العدول، ويجب في بداية الأمر أن نميز بين العقود المستثناة من حق العدول وبين العدول الذي يخضع أصلا لهذا التوجيه والتي حددها نص المادة 3 الفقرة الثالثة من هذا التوجيه.[5] كذلك التي تتعلق بالخدمات الاجتماعية والخدمات الصحية وغيرها.

---

[1]– مصطفي أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص ص 120– 121.

[2]– موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 238.

[3]– خالد عجالي ، مرجع سابق، ص 344.

[4]– مصطفي أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق ص 122.

[5] -3. La présente directive ne s'applique pas aux contrats:

a) portant sur les services sociaux, y compris le logement social, l'aide à l'enfance et l'aide aux familles et aux =

ونص التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011 على استثناءات للعقود تكاد تتماثل مع ما جاء به التوجيه الأوروبي رقم 1997/7، في المادة 16[1] منه على العقود التي تم استثنائهم من تطبيق حق العدول وتتمثل في ما يلي:

= personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin, y compris les soins de
longue durée;
b) portant sur les soins de santé tels que définis à l'article 3, point a), de la directive 2011/24/UE, que ces services soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins;
c) portant sur les jeux d'argent, qui impliquent des mises ayant une valeur monétaire dans les jeux de hasard, y compris les loteries, les jeux de casino et les transactions portant sur des
paris;
5. La présente directive n'a pas d'incidence sur les dispositions générales du droit des contrats prévues au niveau national, notamment les règles relatives à la validité, à la formation et aux effets des contrats, dans la mesure ou les aspects généraux du droit des contrats ne sont pas régis par la présente directive.
6. La présente directive n'empêche pas les professionnels de proposer aux consommateurs des accords contractuels allant au- delà de la protection qu'elle prévoit.

[1] Les États membres ne prévoient pas le droit de rétractation énoncé aux articles 9 à 15 pour ce qui est des contrats à distance et des contrats hors établissement en ce qui concerne ce qui suit:
a) les contrats de service après que le service a été pleinement exécuté si l'exécution a commencé avec l'accord préalable
exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra son droit de rétractation une fois que le contrat aura été pleinement exécuté par le professionnel;
b) la fourniture de biens ou de services dont le prix dépend de fluctuations sur le marché financier échappant au contrôle du professionnel et susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation;
c) la fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés;
d) la fourniture de biens susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement;
e) la fourniture de biens scellés ne pouvant être renvoyés pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène et qui ont été descellés par le consommateur après la livraison;
f) la fourniture de biens qui, après avoir été livrés, et de par leur nature, sont mélangés de manière indissociable avec d'autres articles;
g) la fourniture de boissons alcoolisées dont le prix a été convenu au moment de la conclusion du contrat de vente, dont la livraison ne peut être effectuée qu'après trente jours et dont la valeur réelle dépend de fluctuations
sur le marché échappant au contrôle du professionnel;
h) les contrats dans lesquels le consommateurش a expressément demandé au professionnel de lui rendre visite afin d'effec tuer des travaux urgents d'entretien ou de réparation. Si, à l'occasion de cette visite, le professionnel fournit des services venant s'ajouter à ceux spécifiquement requis par le consommateur ou des biens autres que les pièces de rechange indispensables aux travaux d'entretien ou de réparation, le droit de rétractation s'applique à ces services ou biens supplémentaires;
i) la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo scellés ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés après livraison;
j) la fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications;
k) les contrats conclus lors d'une enchère publique;=

– عقود الخدمة بعد اكتمال الخدمة يتم تنفيذه إذا بدأ التنفيذ بالاتفاق المسبق نيابة عن المستهلك الذي اعترف أيضا أنه سيفقد حقه في الانسحاب بمجرد انتهاء العقد ثم أداؤه بالكامل من قبل المحترف.

– توريد السلع أو الخدمات التي يعتمد سعرها تقلبات السوق المالية الخارجة عن السيطرة المهنية ويحتمل أن تحدث أثناء فترة الانسحاب.

– توريد البضائع حسب مواصفات المستهلك أو شخصية بشكل واضح.

– توريد السلع المعرضة للتلف أو التدهور تنتهي بسرعة.

– توريد البضائع المختومة التي لا يمكن إرجاعها لأسباب تتعلق بحماية الصحة أو النظافة والتي تم فتحها من قبل المستهلك بعد التسليم.

– توريد البضائع بعد تسليمها وبواسطة طبيعتها، لا يمكن فصلها مع مقالات أخرى.

– توريد المشروبات الكحولية التي تم سعرها المتفق عليه في وقت اختتام البيع، ولا يمكن تسليمه إلا بعد ثلاثين يومًا والتي تعتمد قيمتها الفعلية على التقلبات في السوق خارجة عن سيطرة المحترف.

– العقود التي أبرم فيها المستهلك صراحة طلب من المحترف زيارته، تحتاج إلى معرفة المزيد عنها . قتل أعمال الصيانة أو الإصلاح العاجلة. إذا كان بمناسبة هذه الزيارة المحترف يقدم الخدمات بالإضافة إلى تلك المطلوبة على وجه التحديد من قبل المستهلك أو البضائع بخلاف الأجزاء قطع غيار أساسية لأعمال الصيانة أو الإصلاح بالإضافة إلى ذلك ، تحتاج إلى معرفة المزيد عن الحصص التموينية، ينطبق حق الانسحاب على هذه الخدمات أو سلع إضافية.

– توفير التسجيلات الصوتية أو المرئية المختومة أو برنامج كمبيوتر مختوم تم فتحه بعد ذلك توصيل.

– توفير صحيفة أو دوريات أو مجلة بالإضافة إلى ذلك، تحتاج إلى معرفة المزيد عنها باستثناء عقود الاشتراك في هذه المنشورات.

– العقود المبرمة في مزاد علني .

= l) la prestation de services d'hébergement autres qu'à des fins résidentielles, de transport de biens, de location de voitures, de restauration ou de services liés à des activités de loisirs si le contrat prévoit une date ou une période d'exécution spécifique;=

m) la fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra ainsi son droit de

– تقديم خدمات الإقامة بخلاف السكنية ونقل البضائع وتأجير السيارات، تقديم الطعام أو الخدمات المتعلقة بالأنشطة الترفيهية إذا ينص العقد على تاريخ أو فترة للتنفيذ محدد.

– توفير محتوى رقمي غير متوفر في الدعم المادي إذا بدأ التنفيذ بالاتفاقية التعبير عن الموافقة المسبقة للمستهلك ، الذي أيضًا أقر بأنه سيفقد بذلك حقه في الانسحاب.

ويبرر تقرير استثناء المشرع الأوروبي لهذه الطائفة من العقود، أيضا ذات الاعتبارات المذكورة بالحالة السابقة الخاصة بالتوجيه 7 لسنة 1997 ومن خلال ما تم عرضه من موقف التوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997 والتوجيه رقم 83 لسنة 2011 في شأن العقود المستثناة من نطاق العدول، كما انه يلاحظ أن ما جاء به التوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997 عدد 6 استثناءات، في حين أن التوجيه رقم 83 لسنه 2011 نص على 13 استثناء، ذلك يعني أن التوجيه الأول يعد أفضل وأكثر حماية للمستهلك، من ناحية أخرى نص التوجيه رقم 83 لسنة 2011 على كافة الاستثناءات التي تضمنها التوجيه رقم 7 لسنة 1997، فيما عدا العقود الواردة على خدمات الرهان واليانصيب المصرح بها قانونيا.

الفرع الثاني: حالات عدم جواز ممارسة حق العدول في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية

بعد عرضنا للحالات التي لا يمكن فيها تطبيق حق العدول في التوجيهات الأوروبية وجب علينا تحديد الحالات التي نصت عليها بعض التشريعات العربية مثل مصر والجزائر وتونس وكذا التشريع الفرنسي كما يلي:

أولا: حالات عدم جواز ممارسة حق العدول في التشريع الفرنسي

لقد استبعد المشرع الفرنسي عددا من العقود التي لا يمكن للمستهلك ممارسة حقه في العدول بشكل مباشر كما استبعد عقودا أخرى حال عدم وجود اتفاق مخالف، حيث ذكرت المادة (L.221/20/04) من التقنين الفرنسي بالعقود المستبعد بشكل مباشر وهي كالتالي:

1/ العقود التي يكون محلها توريد سلع استهلاكية عادية:وهي تلك العقود التي يتم تنفيذها في مكان مسكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين متكررين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة والحكمة

من استثناء مثل هذه العقود إلى أن المستهلك في مثل هذه العقود لديه من الخبرات ما يكفيه لحمايتهن ومن ثم لا يكون هناك مبررا لحمايته بموجب حق العدول[1].

2/ العقود التي يكون محلها أداء خدمات الإطعام والإقامة والنقل والترفيه: وعموما كل تلك العقود التي يتم الوفاء بها في مكان معين أو على فترات متجددة، فقد يقوم المستهلك بحجز غرفة في فندق عن طريق الانترنت أو تذكرة سفر في الطائرة ثم يمارس حقه في العدول لحظات قبل إقلاع الطائرة أو في الليلة المعنية بالحجز في الفندق، أو كأن يقوم المستهلك بطلب توفير خدمة توصيل الوجبات إلى المترل، وفي كل هذه العقود لا يعقل أن يتمسك المستهلك في حقه في العدول لما قد يلحق من أضرار للمهني أو التاجر وهذا ما يجعل العلاقة العقدية بين الطرفين تختل من حيث التوازن[2].

كما أن هناك عقود مستبعدة وفق نص المادة 2/20/121 من القانون الاستهلاك الفرنسي المضاف بالمرسوم رقم 741 في 2001 على أنه:"لا يجوز ممارسة حق العدول، إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على ذلك اتفاقا آخر في عقود:

– توريد الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انقضاء مهلة العدول، طالما تم هذا التنفيذ بناء على اتفاق سبق.

–توريد السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها بحسب ظروف السوق الحالي.

– توريد سلع مخصصة وفقا لاشتراطات المستهلك، أو بحسب طبيعتها لا يمكن إعادتها مرة أخرى، أو أنها قابلة للفساد أو التلف بسرعة.

– توريد التسجيلات الصوتية أو البصرية أو برامج الحاسب الآلي التي يقوم المستهلك بترع أغلفتها بعد استلامها.

– توريد الصحف والمجالات والدوريات.

– خدمات الرهان واليانصيب المصرح بها قانونا.

هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بحكمها حيث قضت في الحكم الصادر في 25 نوفمبر 2010 بأن حق العدول المنصوص عليه في المادة 20/121 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لا ينطبق على العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية لغرض توفير الإقامة والنقل والطعام والترفيه التي يجب أن تقدم على

[1]– مصطفي أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق ص 129.

[2]– خالد عجالي، مرجع سابق، ص 345.

موعد على فترات زمنية محددة، وأيضا من التطبيقات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية حكمها الصادر في 20 مارس 2013، برفض الدعوى للحكم الصادر من المحكمة (شامبيري) في 29/ 11/ 2011[1].

وفي مرحلة لاحقة قام المشرع الفرنسي بالتعديلات مهمة على العقود المستثناة من نطاق حق العدول، وذلك استجابة للتوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011، وكرست هذه التعديلات المادة 28/121[2].

[1]–وتتلخص وقائع القضية الدعوى من أن المستهلك (أ) اشترى دراجتين ناريتين من السيدة (ب) بتاريخ 28 مايو 2010 و استلمتها في 2 يونيو 2010 ومارسا حقهما في العدول في 7 يوليو 2010 وتم تسليمهما شهادة تسجيل كملحق للمبيع، و لم يتم تسجيل الملكية بسبب مشكلة تخص المشترين. فحكمت محكمة أول درجة بأن البائع قد انتهك ما جاءت به المادة 2/20/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وتم الطعن على الحكم أمام محكمة النقض الدائرة المدنية ورفضت المحكمة الدعوى على سند من القول أن البضاعة المشتراة تباع بموجب عقد، وأن عدم التسجيل ليس من ضمن شروط البيع ولا يغير من طبيعة السلعة أو الغرض منها، وأن السلع المباعة ليست شخصية، ولا تعتبر استثناء من الحق في الانسحاب المنصوص عليه في المادة 2/20/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي ولهذا تم رفض الدعوى، عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 297.

[2] –L. 221-28Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 - art. Le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contrats :

1 De fourniture de services pleinement exécutés avant la fin du délai de rétractation et dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation;

2 De fourniture de biens ou de services dont le prix dépend de fluctuations sur le marché financier échappant au contrôle du professionnel et susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation ;

3 De fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés;

4 De fourniture de biens susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ;

5 De fourniture de biens qui ont été descellés par le consommateur après la livraison et qui ne peuvent être renvoyés pour des raisons d'hygiène ou de protection de la santé ;

6 De fourniture de biens qui, après avoir été livrés et de par leur nature, sont mélangés de manière indissociable avec d'autres articles ;

7 De fourniture de boissons alcoolisées dont la livraison est différée au-delà de trente jours et dont la valeur convenue à la conclusion du contrat dépend de fluctuations sur le marché échappant au contrôle du professionnel ;

8 De travaux d'entretien ou de réparation à réaliser en urgence au domicile du consommateur et expressément sollicités par lui, dans la limite des pièces de rechange et travaux strictement nécessaires pour répondre à l'urgence ;

9 De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur après la livraison ;

10 De fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine, sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications ;

11 Conclus lors d'une enchère publique ;

12 De prestations de services d'hébergement, autres que d'hébergement résidentiel, de services de transport de biens, de locations de voitures, de restauration ou d'activités de loisirs qui doivent être fournis à une date ou à une période déterminée ;

13 De fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation

التي نصت على أنه لا يمكن ممارسة حق العدول في العقود التالية:

– تقديم الخدمات تم تنفيذه بالكامل قبل نهاية فترة الانسحاب والتي تم تنفيذها بدأت بعد الموافقة الصريحة المسبقة للمستهلك والتنازل الصريح عن حقه في الانسحاب.

– توريد السلع أو الخدمات التي يعتمد سعرها على تقلبات السوق المالية بعد ذلك لسيطرة المحترف ومن المحتمل أن يحدث خلال فترة الانسحاب.

– توريد سلع مصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو مخصصة بشكل واضح.

– توريد السلع المعرضة للتلف أو انتهاء الصلاحية بسرعة.

– توريد البضائع التي تم فك ختمها من قبل المستهلك بعد التسليم والتي لا يمكن أن يتم ذلك عادة لأسباب تتعلق بالنظافة أو حماية الصحة.

– توريد البضائع التي تكون مختلطة بشكل لا ينفصم بعد تسليمها وطبيعتها مع مقالات أخرى.

– توريد المشروبات الكحولية التي يؤجل توصيلها لأكثر من ثلاثين يوما والتي القيمة المتفق عليها في إبرام العقد تعتمد على التقلبات في السوق الخارجة عن سيطرة المحترفين.

– تتم أعمال الصيانة أو الإصلاح بشكل عاجل في منزل المستهلك وبشكل صريح طلب من قبله في حدود قطع الغيار والعمل الضروري للغاية لتلبية الاستعجال.

– توريد التسجيلات الصوتية أو المرئية أو برامج الكمبيوتر عندما تم فتحها بواسطة المستهلك بعد التسليم.

– توريد صحيفة أو دورية أو مجلة ما عدا عقود الاشتراك فيها المنشورات.

– اختتمت في مزاد علني.

– توفير خدمات الإقامة بخلاف الإقامة السكنية، وخدمات نقل السلع أو تأجير السيارات أو تقديم الطعام أو الأنشطة الترفيهية التي يجب توفيرها بحلول تاريخ أو في فترة محددة.

– توريد المحتوى الرقمي غير المزود على وسيط مادي بدأ تنفيذه بعد التعبير عن الموافقة المسبقة للمستهلك والتنازل الصريح عن حقه في الانسحاب.

وفي الأخير نرى أن المشرع الفرنسي في التعديل الأخير جاء ب 13 استثناء من خلال نص المادة 28/121 استبعدت من نطاق العدول ومنها ما سبق ذكره في نص المادة 2/20/121 والمادة 4/20/121 من قانون المستهلك الفرنسي قبل تعديلات 2014، ومنها ما لم يرد عليه نص في قانون

المستهلك الفرنسي من قبل هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتضح أن جميع الاستثناءات الواردة بالمادة 28/121 التي تضمنها من قبل التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011.

ثانيا: حالات عدم جواز ممارسة حق العدول في التشريعات العربية

بالنسبة للتشريعات العربية لم تكن التشريعات حريصة على مدى مراعاة ذلكن حيث نص المشرع التونسي في الفصل 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية حيث جاء فيه: "مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون باستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

– عندما يطلب المستهلك توفير قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.

– إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحياتها.

– عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

– شراء الصحف والمجلات.

أما التشريع اللبناني تولت المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني تحديد العقود المستثناة من نقاط حق العدول وهي:

– إذا استفاد المستهلك من الخدمة أو استعمل السلعة قبل انقضاء مهلة العدول.

– العقود التي ترد على سلع صنعت بناء على طلب المستهلك أو وفق مواصفات حددها هو لارتباطها بشخصية.

– العقود الواردة على أشرطة فيديو أو أسطوانات أو أقراص مدمجة أو برامج معلوماتية في حالة جرى إزالة أغلفتها من جانب المستهلك بعد أن يستلمها.

– عقود شراء الصحف والمجلات والمنشورات لاسيما الكتب.

– إذا عيبت السلعة من جراء حيازتها من جانب المستهلك."

والجدير بالذكر أن هذا الاستثناء الذي انفرد به المشرع اللبناني يعد مبررا ومنطقيا، حيث لا يسوغ أن يتحمل المهني نتيجة خطأ أو إهمال المستهلك في استعمال أو تخزين السلعة بينما يؤدي لتلفها، فممارسة حق

العدول هنا يعني رد السلعة التالفة للمورد أو المهني واسترداد الثمن الذي يكون المستهلك قد أداه هو أمر لا يحقق العدالة المأمولة.

والملاحظ أيضا أن المشرع اللبناني قد أدرج بيع أو توريد الكتب ضمن هذه الاستثناءات، ويمكن تبرير ذلك بأنه فضلا عن التخوف المشرع من قيام المستهلك بفسخ هذه الكتب ثم ردها للناشر، فإن صناعة النشر في لبنان تمثل أهمية كبرى، ولهذا سعى المشرع للحفاظ عليها من خلال هذا الاستثناء[1].

أما المشرع المصري فقد نص على حق العدول في المادة 20 في مشروع قانون التجارة الإلكترونية إلا انه وضع النص بصفة عامة، و لم يستثن عقودا معينة من الخضوع للحق في العدول، و لم يعلق ممارسة ذلك الحق على اتفاق خاص بالنسبة لأية عقود[2]، أي لم يستثن السلع والخدمات التي لها طبيعة خاصة مثل برامج الحاسب الآلي والألعاب الكمبيوتر والمجلات والجرائد، مثلما قرر المشرع الفرنسي الذي استثنى السلع وأضاف الخدمات الأخرى في التقنين الاستهلاك الفرنسي[3].

ونص في المادة 9 من القانون 67 لسنة 2006 على أنه: "يلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها أو مقابل النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك، ولكن في حالة وجود عيب أو نقص بها وفقا لطبيعة الخدمة وشروط التعاقد عليها و العرف التجاري".

ويتبين أن المشرع المصري أجاز الرجوع في الخدمة بصفة عامة و لم يحدد وسيلة معينة، و لم يذكر الوسيلة الإلكترونية، كما انه حدد الرجوع في الخدمة حالات معينة، وهي وجود عيب أو نقص في الخدمة فقط و لم يقر هذا الحق للمستهلك بشكل مطلق، و لم يحدد المشرع في هذا النص كما حدد في السلعة المدة التي يجب خلالها ممارسة حق العدول أو الرجوع في الخدمة ولا تاريخ بداية حساب هذه المدة[4].

كما يجب أن ننوه أن هناك أنظمة قانونية تقرر حق العدول في عقود البيع بالتقسيط أيضا، فيكون للمستهلك بعد انعقاد العقد صحيحا، وسداد مقدم الثمن، وتسلمه المبيع، أن يعدل عن العقد بشرط أن يعلن التاجر بذلك خلال فترة وجيزة تختلف باختلاف الأنظمة وهي تتراوح عادة من ثلاثة إلى سبعة أيام[5].

---

[1]– مصطفي أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول ، مرجع سابق، ص ص 132– 133.

[2]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 638.

[3]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 301.

[4]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد ، مرجع سابق، ص ص 301– 302.

[5]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 638.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على ممارسة حق العدول

بعدما قمنا بدراسة النطاق القانوني لممارسة حق العدول في المعاملات التجارية الإلكترونية التي يجب على المستهلك ممارسة حقه في العدول في مهلة زمنية معينة وإلا سقط حقه في العدول ويتم تنفيذ العقد بكل التزاماته لكلا الطرفيين كما اختلفت التشريعات في تحديد هذه المدة مع ما يناسبها منها من حددها بسبعة أيام ومنها محددها بأربعة عشر يوما ومنها من حددها بأربعة أيام، ومن أجل المحافظة على التوازن في العلاقة العقدية وضعت التشريعات استثناءات للعقود التي لا يمكن ممارسة حق العدول فيها لما تلحقه من أضرار للطرف الآخر، وممارسة حق العدول تترتب عليه آثار قانونية لكلا الطرفين وتتمثل هذه الآثار فيما يلي:

الفرع الأول: الآثار المترتبة على المستهلك

عندما يمارس المستهلك حق العدول المكفول له يترتب عليه نقض العقد السابق إبرامه وإزالة العقد واعتباره كأنه لم يكن ومن ثم يقع على المتعاقد الذي نفذ العقد لصالحه، إعادة الحال إلى ما كان عليه، فإذا وجب عليه إعادة المنتج الذي قد استلمه من عند المورد وكذلك تحمل مصاريف وتكاليف رد المنتج للمورد وهذا يحقق العدالة ويضمن التوازن المنشود بين المتعاقدين[1]، ولذا سوف نقوم بدراسة الالتزامات التي تقع على عاتق المستهلك عند ممارسة حق العدول المتمثلة فيما يلي:

أولا: إعادة المنتج للمورد

يترتب على ممارسة المستهلك حق العدول أن يتم إرجاع السلعة أو المنتج أو التنازل عن الخدمة للمورد، وتكون خلال مدة زمنية معينة وأن يعيدها في غلافها وتكون جديدة كما تم إرسالها، وفي الهيئة التي تسلمها بها وخلال المدة الزمنية المحددة لممارسة حق العدول، وهذا ما أكد عليه أحد بنود العقد النموذجي الذي وضعته أحد المراكز التجارية في فرنسا ونص على أنه: " للمستهلك الخيار في إرجاع السلعة لاستبدالها بغيرها أو إعادتها أو استرداد ثمنها بدون أن يستقطع من الثمن أي مبلغ ماعدا نفقات النقل بشرط أن يتم إعادة السلعة جديدة كما تسلمها عند تنفيذ العقد الذي عدل عنه وهي في عبوتها أو غلافها الأصلي"[2].

[1]– مصطفي أحمد أبو عمروا، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 168.

[2]– رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص ص 176– 177.

كما نص المشرع الجزائري في نص المادة 23 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية أنه: "في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجل التسليم، يمكن للمستهلك إعادة إرسال المنتج على حالته في أجل أقصاه أربعة 4 أيام عمل ابتداءً من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج مع الإشارة لسبب الرفض".

وبالمفهوم المعاكس، نستطيع القول أن استعمال المستهلك للمبيع خلال فترة العدول استعمالا يؤدي إلى الإنقاص من قيمة المبيع ويؤثر سلبا على حقوق المورد أو المهني، وهذا أمر غير مقبول لأنه يفرغ حق العدول من مضمونه ويهدر فعاليته ونجاعته، ويتجلى ذلك بوضوح في العقود الخاصة بالبرامج المعلوماتية والتسجيلات الصوتية، على أساس أن مجرد الاستعمال ولو مرة واحدة يؤدي إلى إمكانية تحميل نسخة من البرنامج حتى بعد إعادته أو رده إلى المورد، وبذلك يكون المستهلك قد حصل على نسخته من البرامج بدون مقابل ونكون قد ألحقنا الضرر بالمهني[1].

كم انه يجب على المستهلك إرجاع المنتج بدون تأخير إلى المورد أو إلى الشخص الذي أعطاه المهني أهلية استلام السلعة، إلا إذا طلب هو أن يسترجعها بنفسه[2].

واتساقا مع ما تقدم وإمعانا في تحقيق العدول ولغايته ولضمان التوازن المنشود بين المتعاقدين حيث يرى جانب من الفقه إمكانية خضوع حق المستهلك في العدول لأحكام نظرية التعسف في استعمال الحق بمعنى عدم جواز تعسف المستهلك في استعمال المبيع فلا يجوز له تجاوز حدود الرؤية أو استعمالها بشكل يخرج عن المألوف من استعمال اللازم للتأكد من صلاحية السلعة ومدى ملاءمتها لاحتياجاته، يضاف إلى ذلك عدم جواز استخدامه حق في العدول بقصد الإضرار بالمهني[3].

أما محكمة النقض الفرنسية كان لها رأي مغاير حيث رفضت خضوع حق المستهلك في العدول لأحكام نظرية التعسف في استعمال الحق، وصرحت بذلك في أحكامها حيث قضت بأنه:"ما كان حق العدول يعد حقا تقديريا مطلقا ومتعلقا بالنظام العام، فإنه لا يجوز تقييده بثمنه قيودا كاشتراط حسن النية أو عدم التعسف أو غير ذلك من القيود"[4].

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق ص 361.

[2]– نصيرة غزالي، العربي بن مهدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة الآفاق علمية، المجلد 11، العدد 3، جامعت تامنغاست، 2019، ص 305.

[3]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق ص 361

[4]– مصطفي أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص147.

ولقد أيد بعض الفقهاء قضاء النقض، وأكد على أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تلعب دورا رئيسيا يقيد من حق المستهلك في العدول، ذلك لأن التعسف في استعمال الحق مسألة يصعب إثباتها[1]. ولكن الواقع أن قضاء النقض لم يكن عين الصواب، لأن خصائص حق العدول لا تمنع خضوعه لنظرية التعسف، إذ يجب أن يباشر المستهلك في الوقت المناسب ولبواعث مشروعه وفي ظروف لا يكون من شأنها إلحاق ضرر جسيم بالمهني المتعاقد معه، ويمثل إخضاع حق العدول لمبدأ حسن النية ونظرية التعسف أهم ضمانات التوازن العقدي[2].

وتجدر الإشارة إلى انه إذا مارس المستهلك حقه في العدول وإرجاع المنتج إلى المورد وجب قبول المنتج من طرف هذا الأخير إذا تحقق من وجود بعض الشروط وأهمها:

ـ أن يتم ممارسة حق الرجوع خلال المدة القانونية.

ـ أن يكون المنتج بالحالة التي كان عليها وقت التسليم للمستهلك.

-أن يكون المنتج سليما و لم يتعرض للتلف أو الكسر أثناء الإرجاع.

ـ تحمل المستهلك مصروفات وإعادة المنتج أو السلعة إلى التاجر.

كما أنه يجب التوضيح الأمر في حالة ما إذا تعنت التاجر إرجاع المنتج رغم توفر الشروط السابق ذكرها فلقد وضح المشرع الفرنسي هذا الأمر من خلال المادة (10/20/121) من تقنين الاستهلاك الفرنسي، المضافة بالمرسوم 2001-741 الصادر في 23 أغسطس 2001 المادة 13 منه حيث تنص على انه:"يتم إثبات مخالفة نصوص المواد م.م {18/121، 19/121، 5/20/121}، ورفض البائع رد منتج مرتجع بواسطة المشتري بالشروط الواردة بالمادة 1/20/121، كما يتم رفع الدعوى عنها بالشروط المحددة بالفقرات م.م{1/450، 2/450، 3/450، 4/450، 7/450، 8/450، 1/470 5/470} من قانون التجارة"، وبناءً على هذه المادة ترفع الدعوى في حالة رفض التاجر رد منتج مرتجع رغم توافر شروطه قانونا، ويتم الإثبات طبقا للمواد المشار إليها في النص من قانون التجارة الفرنسي، و لم يتعرض العقد النموذجي الفرنسي لهذا الفرض، وكذلك المشرع التونسي، مما يترتب عليه تطبيق القواعد العامة في حالة الإخلال بتنفيذ الالتزام[3].

[1]- كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق ص 362.

[2]- مصطفي أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص147.

[3]- كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 650.

ويثور في هذا المقام مسألة تبعية الهلاك وذلك بالنظر إلى أن المشتري قد تسليم المبيع دون أن يكون مالكا له، فالمشتري قبل إعلان رأيه في المضي في التعاقد من الرجوع فيه يكون مجرد حائز للسلعة رغم استلامه لها مملوكة للبائع. أي في حالة هلاك المنتج أو إتلافه خلال فترة العدول فعلى من تقع تبعية الهلاك في هذه الحالة؟

في أول الأمر يجب أن نشير إلى انه من خلال متابعة النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم المعاملات التجارية الإلكترونية والتي كرست حق العدول للطرف الضعيف، نلاحظ أنها لم تنظم بأي شكل من الأشكال مسألة تبعية هلاك أو تلف المبيع خلال فترة العدول، ويجب تطبيق أحكام القواعد العامة، وبذلك تقع تبعية الهلاك في حالة هلاك المبيع كليا قبل التسليم بفعل التاجر وهنا يكون هذا الأخير قد أخل بالالتزام بالتسيلم، وعليه يحق للمستهلك فسخ العقد والمطالبة بالتعويض أو إنقاص الثمن بقدر نقص القيمة، ودون الإخلال بحقه في التعويض. فإذا هلك قبل التسليم بسبب أجنبي انفسخ العقد واسترد المستهلك ثمن الشيء المبيع، أما بعد تسليم المبيع للمستهلك فتكون تبعية الهلاك على عاتق هذا الأخير حتى ولو كانت الملكية لا تزال للتاجر و لم تنتقل إلى للمستهلك وكل هذا لحماية التوازن في العلاقة العقدية حتى ولو مارس المستهلك حقه في العدول لكن لا يجب إلحاق خسائر وأضرار بالمورد[1].

ثانيا: تحمل تكاليف الرد

يجب على المستهلك بعد ممارسة حقه في العدول وإرجاء المنتج إلى المورد وجب عليه تحمل تكاليف الإرجاع أو رد المنتج، ولا يلتزم بدفع أية نفقات إلا ما يتصل بنفقات إعادة المنتج، عند إعادتها إلى البائع على أن تكون في حالتها التي استلمها بها وقت التعاقد وبنفس الكمية، ويسأل عن تلفها أو هلاكها هلاكا كليا أو جزئيا، ضمانا لعدم تعسفه في استعمال الحق في الإضرار بالبائع أو في تجاوز الغرض من تقرير هذا الحق، وحفاظا على حقوق الغير من الإضرار بها، كما يلتزم البائع برد الثمن إلى المستهلك خلال المدة القانونية[2].

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 20/121 من تقنين الاستهلاك الفرنسي المضافة بالمرسوم 2001/ 741 الصادر في 23 أغسطس 2001، على أنه: "يكون للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة من أيام العمل لممارسة حقه في الرجوع دون أن يلتزم ببيان الأسباب أو دفع الجزاءات باستثناء مصاريف الرد".

[1]– كوثر سعيد عدنان خالد ، مرجع سابق، ص 651.

[2]– نصيرة غزالي، العربي بن مهدي رزق الله، مرجع سابق، ص 305.

وبناء على هذا وجب على المستهلك تحمل مصاريف وتكاليف رد المنتج عند ممارسته لحق العدول،[1] وهو ما أوجبه نص المادة 1/6 من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 على أن المصروفات التي يمكن أن يتحملها المستهلك بسبب عدوله عن العقد هي فقط المصروفات المباشرة لإعادة البضائع للبائع[2].

ويقصد بهذه المصروفات، المبالغ التي يصرفها المستهلك لإرجاع السلعة إلى المهني وإيصالها إلى مكانه ويشمل ذلك مصاريف رد السلعة إلى المهني وإيصالها إلى مكانه ويشمل ذلك مصاريف الشحنة والتأمين والنقل، ومعنى ذلك أن المستهلك لا يتحمل مقابل عدوله عن العقد أي تعويض[3].

كما انه يلاحظ انه في حالة ما كان العقد متعلقا بخدمة وقام المستهلك باستخدام حقه في الرجوع ورفض الخدمة بعد إبرام العقد، فهنا لا يتحمل المستهلك أي شيء، حيث أن الخدمة لم تؤدى بعد وكذلك لا يوجد شيء معين يقوم المستهلك بإرجاعه[4].

والجدير بالذكر أنه يجوز أن يتفق المستهلك مع المهني على تحمل هذا الأخير لمصاريف إرجاع السلعة لأن هذا الحكم يتقرر لصالح المستهلك من ثم لا يجوز التعلل بكون القواعد المنظمة لحق العدول هي قواعد آمرة وإذا كانت القاعدة هي من تحمل المستهلك لمصاريف إرجاع السلعة فإن المادة 3/7 من التوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997 تعفي المستهلك من تحمل مصاريف رد المبيع وذلك في حالة ما إذا سلم المهني سلعة غير المتفق عليها في العقد للمستهلك حتى ولو كانت معادلة للسلعة محل التعاقد من حيث السعر والجودة، وقد ألزم المشرع الفرنسي المهني بإعلام المستهلك في هذه الحالة على نحو واضح بالتباين بين السلعتين فإذا قرر المستهلك عندئذ مباشرة حق العدول كانت مصاريف الرد على نفقة المهني[5].

ولهذه القاعدة استثناء لدى محكمة النقض الفرنسية حيث قضت بإجازة والسماح للمورد أن يحصل على مصروفات إضافية بخلاف مصاريف رد المنتوج وذلك في حالة سوء نية المستهلك في ممارسة حق العدول أو حالة إثرائه بلا سبب على حساب المهني بمناسبة ممارسة هذا الحق، وهذا ما اتفق فيه المشرع الفرنسي مع التوجيه الأوروبي رقم 1997/7 في هذا الصدد[6].

---

[1]– رمزي بيد الله الحجازي، مرجع سابق، ص 177.

[2]– كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص647.

[3]– كريم عزت حسن الشالي، مرجع سابق، ص 363.

[4]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص648.

[5]– مصطفي أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 171.

[6]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 365.

أما المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية فقد نص على انه يجب على المورد الإلكتروني أن يتحمل تكاليف إعادة الإرسال المنتوج في حالة ما إذا قام المورد إرسال غير مطابق للطلبية أو حالة ما إذا كان المنتوج معيبا[1].

ومن خلال ما سبق يتضح أن تحمل المستهلك مصاريف إرجاع المنتج يعد مناسبا وعادلا لتحقيق التوازن في العلاقة بين التاجر والمستهلك، لأنه منح للمستهلك ممارسة حق العدول دون أي مبررات وهذا ما يجعله يتعسف في استعمال حقه في العدول ويلحق ضررا بالتاجر، لهذا يجب أن يلتزم المستهلك في حالة استعمال حقه في الرجوع بمصروفات، حيث تكون هذه المصروفات بسيطة بحيث لا تؤدي إلى عزوف المستهلك عن استعمال ذلك الحق، حيث يرى البعض أن تحمل المستهلك مصروفات الرجوع، مما يجعله أكثر تمهلا قبل أن يلجأ إليه، خصوصا إذا كأن ثمن المبيع ضئيلا، ولا يجوز للتاجر أن يحدد تعاقديا مصاريف الرد وذلك لسببين وهما لأنه يخالف المبدأ الذي قرره التوجيه الأوروبي والثاني لأنه لا يتدخل البائع في إجراءات الإرسال إذ أن المستهلك هو الذي يدخل في علاقة مع المرفق البريدي أو الناقل، وهو يتحمل مصاريف المراسلة[2].

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على المورد أو المحترف

إذا تحققت متطلبات وشروط حق العدول، وقرر المستهلك ممارسة حقه في العدول ترتب على المورد آثارا قانونية حيث وجب عليه رد الثمن للمستهلك في مدة محددة أو مقابل الخدمة كليا أو جزئيا وكذلك لم تغفل التشريعات انه في حالة عدم إرجاع الثمن للمستهلك فيترتب على المورد جزاءات منها مدنية وجزائية وهذا ما سوف نتطرق إلى دراسته في العناصر الآتية:

أولا: إعادة الثمن للمستهلك

لقد ألزمت التشريعات المنظمة لحق العدول وكذا التوجيهات الأوروبية المهني أو المورد برد الثمن أو مقابل الخدمة إلى المستهلك، ويجب أن يكون خلال مدة زمنية محددة بنص قانوني، والتي تعتبر هذه المدة

[1]– تنص المادة 23 من قانون التجارة الإلكتروني رقم 05/18 على أنه: "يجب على المورد الالكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتج معيبا.

يجب علي المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي ، خلال مدة أقصاها أربعة (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، و تكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الالكتروني.....".

[2]– كوثر سعيد عدنان خالد ، مرجع سابق، ص649.

بمثابة الحد الأقصى زمنيا لتنفيذ الالتزام بالرد، والأصل أن على المهني رد الثمن على المستهلك دون تأخير ولما كان ذلك لا يحدث في كثير من الحالات، فلقد حدد التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011 في نص المادة 13 منه على انه يجب علي المهني رد الثمن للمستهلك في أجل لا يتجاوز 14 يوم التالية لإخباره بقرار المستهلك بالعدول، ويتعين أن يتم رد الثمن بذات الوسيلة التي تم بها الوفاء به سواء ثم ذلك نقدا أو من خلال تحويل مصرفي تقليدي أو إلكتروني.....الخ

ويجوز الاتفاق على رد الثمن بوسيلة أخرى أفضل تناسب المستهلك وتكون لصالحه، وفي كافة الأحول يجب أن يتم الاتفاق على الرد بالموجب ووسيلة تؤدي لفرض أعباء مالية على المستهلك كرسوم أو عمولات أو غير ذلك. ويجوز للمهني أن يتمنع عن رد الثمن لحين تنفيذ التزام المستهلك برد السلعة بحالتها التي كانت عليها عند التسليم، ولا شك أن هذا يعد تطبيقا لفكرة مستقرة في إطار العقود الملزمة للجانبين وهي فكرة الدفع بعدم التنفيذ. وعلى ذلك فإنه لكي يتم رد الثمن، فإن على المستهلك رد السلعة أو تقديم ما يفيد إرسالها للمهني كإيصال الشحن الذي يفيد أن السلعة في طريقها للمهني.كما نص التوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997 في نص المادة 7 منه على أن مهلة رد الثمن خلال ثلاثين يوما[1].

أما المشرع الفرنسي فلم يترك التاجر حرا في اختيار وقت تنفيذ التزامه برد المبلغ إلى المستهلك ينفذه وقتما شاء، فأوجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام فوراً، ودون تأجيل منذ استخدام المستهلك حقه في العدول ووضع له حدا أقصى للمدة التي يجب تنفيذ الالتزام برد المبلغ خلالها وهي ثلاثين يوما، تبدأ منذ استخدام المستهلك حقه في الرجوع، ووضع له حد أقصى للمدة التي يجب تنفيذ الالتزام برد المبلغ خلال وهي ثلاثين سوما تبدأ منذ استخدام المستهلك حقه في العدول[2].

ونرى أن تحديد المشرع الفرنسي للمدة التي ألزم بها التاجر من أجل إعادة الثمن للمستهلك بعد ممارسته للعدول لها أهمية بالغة كأهمية تكريس حق العدول بحد ذاته، يعني لو لم يتم تحديد هذه المدة لأفرغ حق العدول من مضمونه ومن هدفه، إذ يستعمل المستهلك حقه في العدول ثم يقوم بإرجاع المنتوج للتاجر الذي يقوم بإعادة بيعها، ويتماطل في إرجاع الثمن للمستهلك أو يساومه على بقاء المبلغ تحت أي تعاقدات

[1]– مصطفي أحمد عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص ص 160– 161.

[2]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 644.

أو مشتريات جديدة، مما سيترتب عليه في النهاية عزوف المستهلك عن استعمال حقه في الرجوع المقرر له قانونا خشية عدم استرداد المبلغ المدفوع[1].

أما المشرع الجزائري فلقد حدد مدة إرجاء المبلغ للمستهلك عند ممارسة حقه في العدول ب خمسة عشر15 يوما من تاريخ تسليم المنتوج[2]. وقرر المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي وجوب رد المورد الثمن للمستهلك وذلك من خلال الفقرة الثالثة من الفصل 30 حيث ألزم التاجر عند ممارسة المستهلك لحق العدول بإرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام، تحسب من تاريخ إرجاع البضاعة، أو من تاريخ العدول على الخدمة، فإذا رفض المورد أو المهني رد الثمن للمستهلك يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في القانون وهي الغرامة التي تتراوح من 500 إلى 5000 دينار[3].

ثانيا: جزاء الإخلال بالالتزام برد الثمن

يترتب على المورد الإلكتروني في حالة عدم رد الثمن إلى المستهلك في الآجال المحددة، توقيع الجزاء المقرر قانونا سواء كان هذا الجزاء مدنيا أو جزائيا، وقد نظم المشرع الفرنسي هذه المسألة كالتالي:

أ/ الجزاء المدني: لقد نص المشرع الفرنسي على جزاء مدني على التاجر الذي لم يقوم بتنفيذ إرجاع الثمن للمستهلك في المدة الزمنية المحددة، ويتمثل الجزاء المدني في رد الثمن في الفوائد القانونية المستحقة على هذا الثمن وتكون تلقائيا ودون إخطار مسبق للتاجر أو اعذاره حيث يبدأ سريانها من اليوم التالي لانقضاء المدة الزمنية المحددة للرد[4].

وتجدر الإشارة إلى أن التوجيه الأوروبي رقم 7/ 97 تعرض إلى الانتقاد من قبل البعض لخلوه من الجزاء الذي يطبق في حال إخلال المهني بالتزامه برد الثمن[5].

لقد كان نص المادة 1/20/121 من التقنين الاستهلاك الفرنسي واضح في تحديد نص هذا النوع من الجزاء حيث نصت على أنه:"وينتج المبلغ المستحق فيما جاوز ذلك الفوائد بالسعر القانوني السائد

---

[1]– المرجع نفسه، ص ص 644– 645.

[2]– نص المادتين 22و23 من قانون التجارة الإلكتروني رقم 05/18، مرجع سابق

[3]– الفصل 30 من قانون المبادلات و التجارة الإلكتروني التونسي.

[4]– موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 232.

[5]– مصطفي أحمد عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق،ص 165.

تلقائيا"[1] أي انه في حالة إذا استخدم المستهلك حقه في العدول و لم يقم التاجر برد الثمن المدفوع خلال مدة أقصاها ثلاثين يوما فحينها يصبح المبلغ منتجا للفوائد على أساس المعدل القانوني المعمول به[2].

ب/ الجزاء الجنائي

لم يكتفي المشرع الفرنسي بتوقيع الجزاء المدني على التاجر الذي يرفض رد الثمن للمستهلك عندما يمارس حقه في العدول ولأهمية هذا الالتزام يرد التاجر للمبلغ المدفوع سابقا، نص على الجزاء الجنائي في حالة الإخلال بهذا الالتزام ويتمثل هذا الجزاء وفق نص المادة 2/22/121 من القانون الاستهلاك الفرنسي في "الحبس لمدة عام والغرامة التي تبلغ 3750 يورو أو بإحدى هاتين العقوبتين[3].

وقد أدانت المحكمة الشركة في الدعوى الأولى لرفضها رد المبلغ كاملا بالنسبة للمنتجات التي قام المستهلك بردها طبقا لأحكام المادة 20/121 من قانون الاستهلاك، ومجربة أيضا طبقا للمادة 20/1214 من القانون الاستهلاك، وقد حكمت المحكمة ضد ممثل الشركة بالغرامة 500 يورو، وضد الشركة أيضا بالغرامة 1000 يورو.

بالنسبة للدعوى الثانية، فقد رأت المحكمة انطباق الاستثناء الوارد بالمادة 2/20/121 من قانون الاستهلاك، وبالتالي قررت انه من حق الشركة رفض الرد وإعادة **scanner**.

وبالنسبة للدعوى الثالثة، فقد قررت المحكمة انه ينتج من عناصر الطلب أن ذلك لا يكون ممارسة لحق العدول، ولكن استبدالا للمواد المعيبة، والذي تضع الشركة له إجراءات خاصة، وبناء على ذلك لا تكون المخالفة ثابتة بالنسبة لها[4].

---

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 370.

[2]– موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 192.

[3]– وهذا ما تم الاستناد إليه حيت قضى بها القضاء الفرنسي بإحدى الدعاوي التي فصل فيها التي تتمثل دعوى رفعت ضد إحدى شركات بيع مستلزمات الكمبيوتر و الحاسوب المحمول، الأولى تتعلق بإخطار المستهلك البائع عزمه على الرجوع في اليوم التالي لاستلام المبيع، وقد رد البائع السعر بشيك مخصوم منه مبلغ 208 يورو ورفض دفع المبلغ كاملا. أما الدعوى الثانية تمثلت في قيام أحد المستهلكين بشراءscanner من إحدى الشركات ثم اخطر الشركة بعزمه ممارسة حق العدول بعد يومين من تسليمه، إلا أن الشركة رفضت رد scanner لأنه استعمل و استندت الشركة إلى نص المادة (2/20/121) من قانون الاستهلاك الذي يعطي لها الحق في عدم الرد، حيث أن هذا النص يستثنى من حق العدول حالة تقديم تسجيل سمعي، أو فيديو، أو قواعد بيانات نزعها المستهلك، حيث أن الثابت من الخطاب الذي أرسله المستهلك أنه قد وضع البيانات وكشفها مع scanner الأمر الذي يسمح بتطبيقها، أي أن التغليف قد نزع عنها، والدعوى الثاني في شراء احد المستهلكين طابعة ليزر، وبعد استلامها طلب من الشركة استبدالها بسبب عيب فني، وقد أخطرت الشركة المستهلك بإجراءات التي تتبع في هذا الشأن لرد السلع، إلا أنه رفض إتباع تلك الإجراءات.

[4]– مصطفي أحمد عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، مرجع سابق، ص 167.

ثالثا: انقضاء كل عقد تابع للعقد تم العدول عنه

إن الآثار المترتبة عن ممارسة العدول في العقود المتعلقة بالقروض، يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون، وهذا ما جاء به التوجيه الأوروبي رقم 97/7 في نص المادة 4/6 على أنه: "إذا كان الوفاء بثمن المنتج أو الخدمة قد تم تمويله كليا أو جزئيا بائتمان من قبل المورد أو من قبل شخص آخر على أساس اتفاق مبرم بين الأخير المورد فإن ممارسة المستهلك لحق العدول يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان"[1].

كما أن المشرع الفرنسي نص على نص مطابق لما جاء به التوجيه الأوروبي وذلك من خلال نص المادة 10/20/311 من التقنين الاستهلاك الفرنسي، وكذلك العقد النموذجي حيث نص على أنه:"في حالة العدول ينتهي عقد الائتمان دون عقوبة"[2].

كما نصت المادة 33 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على أنه:"إذا كانت عملية الشراء ناتجة كليا أو جزئيا عن قرض ممنوح للمستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم مع البائع أو الغير فإن عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض"[3].

فالقرض هنا كان مخصصا لتمويل العقد الذي عدل عنه المستهلك، وعندئذ ينعدم سبب وجود القرض ويفقد من ثم مبرر وجوده، الأمر الذي يترتب عليه فسخه بقوة القانون دون حاجة لطلب لذلك من هذا الطرف أو ذلك، فالقرض قد وجد في هذه الحالة كنوع من التأمين لتمويل عملية الشراء، وهو بذلك يكون قد انعقد بصفة تبعية لانعقاد عقد البيع، فإذا عدل المستهلك عن البيع بعد ذلك، كان طبيعيا أن يفسخ عقد القرض، تماما كما ينقضي الرهن بانقضاء الدين المضمون بالرهن.

ونص مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري على أنه: "في حالة فسخ العقد المتعلق بالسلعة أو الخدمة على النحو الوارد في المادة السابقة يعد مفسوخا من تلقاء نفسه كل عقد مرتبط به كعقود التمويل وعقود الائتمان وغيرها، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ما وردت به هذه المادة ما عدا الاتفاقات التي تتضمن أحكاما أكثر حماية للمستهلك".

---

[1]– سي يوسف، زهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 24.

[2]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 651.

[3]– المادة 33 من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن كل شرط يحد أو يقيد حق المستهلك في العدول يعد باطلا بطلانا مطلقا لأن هذا الحق يتعلق بالنظام العام لأن هدف من تكريس حق العدول هو الحماية الرضائية، وهي ركن من أركان العقد وبالتالي لا يجوز للمستهلك أن يتنازل عن حقه في العدول، وهذا منصت عليه المادة 7/20/121 من التقنين الاستهلاك الفرنسي المضاف بالمرسوم 741/2001 على أنه:"تعتبر أحكام هذا الفصل من النظام العام"، مما يعني أن القواعد التي نظمها ذلك المرسوم هي قواعد آمرة ولا يجوز الاتفاق على حرمان المستهلك من ممارسة حقه في الرجوع، وبالتالي يقع باطلا بطلانا مطلقا كل شرط يحد أو يقيد من حق المستهلك في الرجوع، ويكون لهذا الأثر بالغ الأهمية، حيث بدونه ربما لا يُفعل النص الذي يسمح للمستهلك بالرجوع، إذا ما ورد التاجر شرطا يلغيه أو يقيده بشروط معينة[1].

ونستخلص من خلال هذه النصوص أنه في حالة ممارسة المستهلك حق العدول، ينقضي العقد المبرم بينه وبين التاجر، وينقضي كأثر له كل عقد مرتبط به مثل عقد القرض أو الانتماء فبانقضاء الأصل ينقضي الفرع، وتجدر الملاحظة أن العقد الفرعي ينقضي دون تحميل المستهلك أية تعويضات أو جزاءات وهذا الانقضاء للعقد الفرعي هو انقضاء بقوة القانون، إذ أن النص القانوني هو الذي أدى إلى الانقضاء.

وخلاصة هذا الفصل يتضح لنا أن حق العدول عن التعاقد في المعاملات التجارية الإلكترونية وخاصة استهلاكية، من بين أهم الحقوق الممنوحة للمستهلك لحماية رضاه من كل تجاوز أو تعسف من قبل المورد الإلكتروني لتمتعه بالقوة من الناحيتين المعرفية و الاقتصادية، ولذا فحسن فعل المشرع بالتنصيص على هذا الحق واعتباره من النظام العام، الذي لاشك أن يكرس العدالة العقدية، من خلال إعادة التوازن العقدي بين أطراف العقد، إلا أنه رغم التنصيص على هذه الضمانة، فإنه تبقى محدودة ولا ترضي جميع المستهلكين لا سيما إذا قلنا أن المشرع نص على بعض الحالات والعقود الإستهلاكية التي يحق لهم ممارسة هذا الحق وليس كل العقود.

[1]– كوثر سعيد عدنان خالد ، مرجع سابق، ص ص 652-653.

الباب الثاني

الضمانات العلاجية لتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية

تمهيـــد:

لقد أدى انعدام المساواة إلى ظهور أشكال خطيرة وجديدة تمس بالسلم الاجتماعي، خاصة في ظل التطور التكنولوجي والاقتصادي وما فرضته ممارسة التجارة الإلكترونية الذي باعدت بين المراكز التعاقدية وظهور إختلالات عديدة منها الاختلال من الناحية الاقتصادية للأطراف، حيث أصبحت فكرة التوازن العقدي تلعب دورا مهما وجدياً في قانون العقود.

فالقوة الاقتصادية تجعل أحد أطراف العلاقة العقدية في مركز القوة حيث يفرض شروطا في صالحه للطرف الآخر الذي يعتبر ضعيف لتدني وضعه من حيث الكفاءة الذهنية، والمعرفة والقدرة على التفاوض بخصوص هذه الشروط، وهذا ما يجعله في وضع غير متعادل مع الطرف الآخر وهذا التفاوت يؤدي إلى نتائج خطيرة في مجال التعاقد، لأنه يفرض عليه بنود وشروط تعسفية وقاسية، ولا تصب في صالحه بل في صالح الطرف القوي، وتقضي هذه الشروط التعسفية تقضي على التوازن المفترض أن يتوفر في العقد، كما أن انعدام المساواة تجعل التفاوض في الشروط بين المتعاقدين يكون شبه مستحيل، فكان لا بد من وضع ضمانات علاجية لإعادة التوازن هذه المعاملات وتمثلت في استبعاد هذه الشروط التعسفية (الفصل الأول).

ولهذا كان تدخل الدولة في مضمون العقد أمر حتمي لعلاج اختلال التوازن، والتطور التكنولوجي والتقني للسلع مما جعله يضع ضمانات علاجية بين الشروط التعاقدية تمثلت في مبدأ حسن النية لدوره الفعال في حماية حقوق طرفي العقد والحفاظ على التوازن العقد من خلال إفتراض النزاهة والتعاون في العلاقة العقدية، وإعمال نظرية الظروف الطارئة وذلك من خلال تدخل القاضي في إعادة التوازن العقدي بين الطرفين من خلال الوقوف على النية الحقيقة للمتعاقدين ولابتعاد عن الغموض والإبهام الذي يشوف العقد أو المعاملة (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تحقيق التوازن العقدي من خلال مقاومة الشروط التعسفية

إن فكرة حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية ليست وليدة اليوم ولكن يرجع الفضل في ظهورها إلى قواعد القانون المدني كونه الشريعة العامة التي تحكم المعاملات، كما أن المعاملات التجارية الالكترونية في هذا المجال تتميز بالقصور وهذا لقصور قواعد القانون المدني وقانون التجارة الإلكترونية وقانون حماية المستهلك، و لم يتضمن القانون الجزائري على غرار التشريعات المقارنة أي مبدأ يهدف إلى ضمان تحقيق التوازن العقدي على اعتبار أن العقد يخضع لحرية التعاقد وسلطان الإرادة[1].

وكما أنه يفترض في أي علاقة تعاقدية تقوم على مبدأ التوازن العقدي وذلك من خلال توفر المساواة من حيث الحقوق والالتزامات بين أطراف العلاقة التعاقدية أو حتى في شروط العقد ومضمونه ومع هذا لا تزال العلاقة العقدية بين المورد والمستهلك غير متوازنة وغير متساوية نظرا لما يملكه المورد الالكتروني من تفوق معرفي وقوة اقتصادية، مقارنة مع المستهلك الالكتروني الذي يكون عديم الخبرة في مجال المورد، وهذا ما يجعل هذا الأخير يفرض على المستهلك شروطا في العقد لا يمكن له تعديلها أو إلغائها أو التفاوض عليها. أو يلجأ إلى إدراج إما شروط غير كاملة أو مخالفة للقواعد المقررة لحماية المستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية، أو شروط تعفيه من الالتزامات القانونية التي هي المفروضة على عاتقه حيث يجعل هناك اختلالا بين الالتزامات على عاتق كل من المتعاقد والمستهلك الإلكتروني، ومن هنا كان يجب أن نبحث على ضمانات قانونية لتحقيق التوازن العقدي من خلال مواجهة الشروط التعسفية في المعاملات التجارية الالكترونية. وعلى ضوء ما تقدم سنقوم في هذا الفصل بمناقشة الشروط التعسفية ودورها في الاختلال العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية (المبحث الأول)، وتحديد آليات مواجهة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية (المبحث الثاني).

[1] –سامي بن حملة،إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 5، مارس 2015، جامعة باتنة، ص 90.

المبحث الأول: الشروط التعسفية ودورها في الاختلال العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية

العقود الإلكترونية كباقي العقود تقوم على الرضى الصحيح الخالي من عيوب الإرادة، لكي يترتب على هذه العقود آثارا قانونية لكلا المتعاقدين ويتحقق الهدف من التعاقد المتمثل في تبادل الالتزامات أي تقديم سلعة أو خدمة للمستهلك الإلكتروني وفي المقابل الحصول على الثمن، غير أنه في بعض الحالات يمكن أن يتضمن العقد على بعض الشروط تكون تعسفية فيتحول العقد من عقد مساومة إلى عقد إذعان فإن شاء المستهلك تعاقد وإن شاء لن يتعاقد وانصرف عنه، وهذه الشروط تكون شروط تعسفية وتكون في شكل عقود نموذجية محررة مسبقا من قبل الطرف القوي وهذا ما يكون عادة في العقود التجارة الإلكترونية والشروط هذه تنقسم إلى نوعين النوع الأول هي الشروط التي تظهر في الوهلة الأولى أنها تعسفية، والنوع الثاني تظهر في بدايتها أنها شروط عادية وبمجرد بداية تنفيذ هذا العقد يظهر جليا بأنها شروط تعسفية وعلى المتعاقد إما قبولها والإذعان لها أو رفضها، وهذه الشروط تجعل من العلاقة العقدية غير متوازنة ولهذا وجب على التشريعات والفقه والقضاء التدخل لتحديد الشرط التعسفي وحماية الطرف الضعيف لضمان التوازن العقدي من خلال إبطال هذه الشروط التعسفية.

وبناءَ على ماسبق التطرق إليه سنقوم بتحديد مفهوم الشروط التعسفية (المطلب الأول)، ومعايير اختلال التوازن العقدي (المطلب الثاني) وتحديد الوسائل القانونية لتحديد الشروط التعسفية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية

يعتبر المستهلك الإلكتروني في المعاملات التجارية الإلكترونية دائما طرفا ضعيفا في هذه العلاقة التعاقدية لذا فإن العدالة العقدية تعتبر بمثابة عقود إذعان حتى يكون للمستهلك الإلكتروني حق المطالبة بإبطال العقد، وذلك يرجع إلى صعوبة التفاوض في هذا النوع من المعاملات أو العقود التي يتم إبرامها عن بعد، وبالتالي فإن أي شرط تعسفي يستطيع المستهلك الإلكتروني المطالبة ببطلانه متى أثبت الصفة التعسفية للشرط لأنه يمثل اعتداء على مصالحه وتعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يثقل التزام الطرف الضعيف في العقود الإلكترونية باعتبارها شروطا مجحفة تنال من رضاه لذا سوف نقوم بتعريف الشرط التعسفي وذكر عناصره كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية

تعرف الشروط التعسفية بأنها الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المزود بالخدمة نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير للسلطة الاقتصادية التي يتمتع بها بغرض الحصول على ميزة مجحفة فالشرط التعسفي يترتب عنه عدم التكافؤ بين الالتزامات الناشئة عن العلاقات العقدية، وأنه شرط غير خاضع للمفاوضات، والمفاوضات الفردية بين المزود والمستهلك كذلك يختص بكونه شرطا مكتوبا بصفة مسبقة ودون أن يكون للمستهلك أي تأثير في محتوي العقد الالكتروني[1].

ويعرف أيضا الشرط التعسفي في المادة 1/3 من التوجيه رقم 93/13 الصادر بشأن الشروط التعسفية، حينما ذكرت بأنه: "الشرط الذي يتم التفاوض بشأنه بشكل فردي خلافا لشرط حسن النية فيؤدي إلى خلل واضح في مجال حقوق وإلتزامات الطرفين الناشئة بموجب العقد على حساب المستهلك"[2].

وكما نصت المادة 3 من التوجيه الأوروبي 96/95 الخاص بالشروط التعسفية على أنها: "هي التي بالمخالفة لحسن النية تخلق–وفي غير مصلحة المستهلك– عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات الأطراف المترتبة عن العقد"[3].

واستجابة للتوجيهات الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية المؤرخة في 1993/04/05، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 96/95 بتاريخ 1995/02/01[4]، والذي عرف الشروط التعسفية بأنها:"الشروط التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق على حساب غير المحترف أو المستهلك عدم توازن معتبر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[5].

وكان هناك مشروع لتعديل التوجيه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية صادر في 2008 بحيث أعاد صياغة التعريف الوارد في التوجيه الأوروبي لسنة 1993 ولكنه ليس بتعديل جوهري، بحيث جعل

---

[1]– عمر خالد رزيقات، عقد التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت، دراسة تحليلية)، دار الحامد للنشر والتوزيع ،الأردن، 2007، ص 355.

[2]–عبد الرؤوف حسن عبد الحديد، مرجع سابق، ص 357

[3]–رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 189.

[4]– القانون 96/95 المؤرخ بتاريخ 1995/02/01 المتعلق بالبنود التعسفية وتقديم العقود وينظم مختلف الانشطة الاقتصادية والتجارية ج.ر. 02 فيفري 1995، عدد 28، ص.1755.

[5] - Art 132-1/5 de la loi 95/96 défini les clauses abusives comme suite : « Qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non professionnels ou consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat »

من المعيار الوارد في التوجيه الأوروبي سنة 1993 مصطلح الظاهر على مصطلح محسوس وأراد المشرع الأوروبي من خلال هذا المشروع أن يكرس الحد الأقصى للحماية على عكس ما هو عليه التوجيه الأوروبي لسنة 1993 فلقد كفل الحماية الدنيا، بحيث لا يمكن للدول أن تنقص من الحماية التي أوردها التوجيه، بل يمكن لها أن تضيف ما تراه في مصطلح المستهلك لكن نظرا للاعتراضات التي وجهت لأجل الموافقة على مشروع التوجيه خاصة من طرف فرنسا التي أرادت تكريس أكبر حماية للمستهلك. لم يتم اعتماد مشروع التوجيه الخاص بالشروط التعسفية وضمان المنتوجات المعيبة[1].

وقام المشرع الفرنسي بتعديل بموجب نص المادة 86 من القانون رقم 2008/776 الشروط الواجب توفرها لاعتبار شرطا ما بأنه شرط تعسفي لكي تعتمد عليه السلطة التنظيمية في إعدادها لقائمة الشروط التعسفية مع البقاء على التعريف السابق قائما، وهو أن يكون فيه إخلال خطير بالتوازن العقدي بدل من الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين.

أما المشرع المصري فلقد كان له جانب آخر في تعريف الشرط التعسفي حيث عرفها في نص المادة 18 من قانون التجارة الإلكترونية على أنه:" كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وكل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف" لكن هذا التعريف تعرض للانتقاد لان المشرع المصري ركز على الاختلال في التوازن من الجانب المالي مع أنه في بعض الحالات يكون الاختلال ناتجا عن المعرفة الفنية أو القانونية وتكون تعسفية في حق المستهلك، وأيضا لأن المشرع المصري استند على معايير غير محددة ودقيقة لتحديد الشرط التعسفي على انه كل شرط لم يجري به العرف، لأنه يمكن أن يكون العرف مختلف من مكان إلى آخر أو من زمان إلى آخر، وهذا لاختلاف العرف حتى في الدولة الواحدة[2].

كما عرفها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 3 في فقرتها 7 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنها: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد"[3].

---

[1]– زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة دكتوراهه في القانون، جامعة ملود معمري ، تيزي وزو 2016 ص 92ص93.

[2]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 515.

[3]– القانون رقم 02/04 المؤرخ في 06/23/ 2004، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، العدد 41، الصادرة بتاريخ، 2004/06/27، المعدل ومتمم.

يتضح أن المشرع الجزائري لم يعرف الشرط التعسفي في قانون التجارة الإلكتروني واكتفي بما ورد القواعد العامة في القانون المدني والقانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية رغم أن المعاملات التجارية الإلكترونية لها خصوصية التعاقد عن بعد مما يجعل المورد ذو نفوذ اقتصادية وقوة، حيث يستغل ضعف المستهلك لصالحه بوضع شروط تذعن هذا الأخير.

كما أن في إطار التجارة الإلكترونية وبالخصوص عقد البيع الإلكتروني، الشروط التعسفية تتمثل غالبا في المساس بسلامة الإرادة أو الرضي أخذا في الاعتبار من جهة أن العقد يبرم من حيث المكان بين غائبين لا يجمع بينهما مجلس عقد، ومن جهة أخرى قيام المشتري بتنفيذ التزاماته قبل رؤية المبيع.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يوفق في تعريف الشرط التعسفي حيث يعتري هذا التعريف عدة نقائص منها أن لمشرع لم يحدد صفة أطراف العقد على خلاف جميع التشريعات التي تضمنت الشروط التعسفية على جعلها نطاقا شخصيا لتطبيقها، ومنها التشريع الفرنسي الذي حصر نطاق تطبيق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترف وغير المحترف أو المستهلك[1].

أما من الناحية الفقهية فقد عرف الفقه الفرنسي الشروط التعسفية على أنها:" الشروط المحررة مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح هذه الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"،كما عرفه البعض الآخر بأنه:"الشرط الذي يفرض على غير المهني نتيجة التعسف في استعمال الآخر لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"[2].

ويعرف البعض الآخر بأنه:" ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن عقدي لصالح المحترف والذي يفرضه على الطرف الآخر الذي لا خبرة له، أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية في مواجهة الطرف الآخر"[3].

[1]– راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، 2011/210، ص 20.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 195.

[3]– حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة 1997، ص52.

من خلال ما سبق ذكره يتضح جليا أن الشرط التعسفي هو شرط يترتب عليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح في الآثار القانونية بين المتعاقدين، وكذلك ممارسة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، ويهدف إلى الحصول إلى ميزة فاحشة[1].

الفرع الثاني: عناصر الشروط التعسفية

بعد تحديد تعريف الشرط التعسفي تبين أنه لا يتحقق وجود الشرط التعسفي إلا إذا توفرت فيه العناصر الضرورية التي إذا تخلف عنصر من هذه العناصر لا يمكن اعتبار هذا الشرط شرطا تعسفيا ولا يمكن استبعاده من بنود العقد وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولا: يجب أن يكون عقد محله بيع سلعة أو خدمة

لم يحصر المشرع الجزائري الحماية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، بل وسّعها لعقود الإذعان لتشمل هذه الحماية المهنيين والمستهلكين على حد سواءً، أما من حيث شكل العقد فقد حصرها في عقود الإذعان دون عقود المساومة، إذ نصت المادة الأولى فقرة ثانية من المرسوم التنفيذي 306/06 المؤرخ في 2006/09/10 [2] على ما يلي:" يقصد بعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 3 الفقرة 4 من القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

ومن خلال التعريف يتضح أن المشرع الجزائري وفق في إعطاء تعريف حديث لعقد الإذعان، بعدما اكتفى بتحديد بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه وتفسيره في القانون المدني.

أولا ننوه إلى الفصل بين المصطلحين المنتج والسلعة لأن المشرع الجزائري جرت العادة على استعمال مصطلح المنتج بدل السلعة مثلما جاء في نص المادة 3 فقرة 10 على أن المنتج كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا.

ويتضح من هذا التعريف أن المنتج أعم وأوسع من مفهوم السلعة، والدليل على هذا ما جاء في المادة رقم 22 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 عرف المنتج من جهتها بأنة: "كل ما يقتنيه المستهلك

[1]– كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 519.

[2]– المرسوم التنفيذي رقم 306/06، مرجع سابق.

من منتوج مادي أو خدمة"، كما أن المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 عرف المنتج بأنه:"كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات".

وبناءً على ما سبق يمكن القول بأن السلعة تقتصر على المنقولات المادية سواء تلك التي تستهلك من أول استعمال لها كالغذاء، أو تلك التي تستهلك خلال فترة زمنية كالأجهزة المترلية والسيارات وغيرها.

ثانيا: يجب أن يكون العقد مكتوبا

نستخلص هذا الشرط من قوله" محرر مسبقا" وإذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة فان المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا، والمقصود بالكتابة في هذا المقام ليست الكتابة الرسمية فقط وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة.وهو ما أكدته نص المادة 4/2 بقولها: "يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبيه أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا".

وتجدر الإشارة إلا أن المشرع الجزائري لم يوافق المشرع الفرنسي، حيث نصت المادة 3/132 في فقرتها الرابعة من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 96/95، بأن نصوص هذا القانون قابلة للتطبيق مهما كان شكل وسند العقد، سواء تعلق الأمر بوصل طلب الشراء، أو فواتير أو وصلات الضمان، أو وصلات التسليم أو التذاكر، كما نصت المادة 1/212 في فقرتها 3 بأن الكتابة الواردة على سند العقد يجب أن تكون واضحة[1].

وفي الأخير ما يمكن تسجيله هو تنوع أشكال عقود الإذعان المتضمنة لشروط التعاقد العامة، والتي لا تقف تحت الحصر، ويكفي هنا وجود نص مكتوب من قبل شخص معين هو المحترف أو العون الاقتصادي يهدف إلى إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص سواء كانوا من المحترفين مثله أو من المستهلكين[2].

[1]– حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس 2018/2017، ص 21.

[2]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص86.

ثالثا: أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا

لقد أثارت مسألة الحماية من الشروط التعسفية إشكالا يتمثل في وجوب قصر هذه الحماية على بعض الأشخاص أم يجب أن يستفيد منها أي شخص يمكن أن يتضرر من الشرط التعسفي؟

أي فهل يجب الأخذ بالتعريف الضيق للمستهلك باعتباره الشخص الذي يقوم باستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجياته الشخصية وحاجيات من يعولهم وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق نشاطه المهني، أو بالتعريف الواسع الذي يضيف المهني الذي يتعاقد خارج إطاره المهني من أجل إشباع حاجيات مهنته؟

فلقد أخذ المشرع الفرنسي في بداية الأمر[1] بالتعريف الموسع للمستهلك وبالتالي فإنه من الممكن حماية المهني الذي تعاقد مع مهني آخر من أجل إشباع حاجياته المهنية أو التجارية في حالة ما إذا تعاقد خارج مجاله المهني وذلك لأن هذا المشتري (المهني) سيجد نفسه في نفس مرتبة المشتري العادي من حيث جهله وعدم خبرته. في مرحلة لاحقة أخذ القضاء الفرنسي،[2] بتعريف أكثر تضيقا لفكرة المستهلك، حيث قرر استبعاد المهنيين من الحماية ضد الشروط التعسفية، حتى وإن تعاقدوا خارج مجال اختصاصهم. وذلك في حالة ما إذا كان للعقد الذي أبرموه "علاقة مباشرة" مع نشاطهم المهني والتجاري.

ومن التشريعات الموسعة في نطاق حماية الشروط التعسفية من حيث الأشخاص المشرع الألماني فقد ذهب بموجب القانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد إلى كل طرف في عقد الإذعان والذي لم يتسن له مناقشة مضمون العقد بشكل حر يستوي أن يكون مستهلكا أم لا. كما أنها ليست مقبولة أي الحماية من الشروط التعسفية إلا بالنسبة لعقود الإذعان فقط، مع استثناء عقود المفاوضة أو المساومة.

ومن جهة أخرى لم يتوان المشرع الأوروبي في سن تعليمة خاصة في 5 أفريل 1993 تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، مما يجعل هذه الحماية تنصرف للمستهلكين فقط، فضلا عن وضع التعليمة لتعريف للمستهلك في المادة 2، واستثناء المحترفين صراحة من الحماية.علما أن نصوص هذه التعليمة قد تم إدخالها في القانون الفرنسي بموجب قانون 1 فيفري 1995 والذي عدل مواد قانون

[1] C.C.1er .28/04/1987.
[2] C.C.1er.24/01/1995.

الاستهلاك المتعلقة بالشروط التعسفية، وبوجه خاص المادة 1/123 وبالنتيجة فإن نصوص قانون 1995 قد عوضت نصوص القانون 1978 الذي تم إلغاؤه.

وتجدر الإشارة إلى الخلاف الفقهي حول مفهوم المستهلك والراجح إلى عدم وجود تعريف محدد له في القانون الفرنسي[1].

أما المشرع الجزائري كان له أيضا موقف مؤيدا للرأي الأول الذي أخذ بالمفهوم الواسع ووضع نظاما عاما للحماية من الشروط التعسفية وذلك ما جاء به في القانون رقم 04/02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث جاء لحماية المستهلك والعون الاقتصادي معا وعلى حدا سواء من تعسف هذا وضحته المادة الأولى حيث تنص على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه".

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري عرف المحترف حيث أسماه العون الاقتصادي في المادة 1/2 بأنه كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها.

رابعا: أن يؤدي الشرط الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين الالتزامات

يتضح من خلال نص المادة 3 الفقرة 5 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يحدث اختلالا ظاهرا في التوازن بين حقوق وواجبات بين طرفي العلاقة العقدية. وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري يأخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرطا تعسفيا وهذا اقتداء بما جاء به المشرع الفرنسي في نص المادة 1/132 من القانون الاستهلاك الفرنسي وذلك نقلا عن التعليمة الأوربية لسنة 1993 علما أن القانون الفرنسي كان يتبنى معيارا آخر وفقا لقانون 1978/01/10 وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن معايير الشرط التعسفي والتطورات التي مرت بها[2].

[1]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 77 وما بعدها.

[2]– سليمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة باتنة، 2014، ص 65.

المطلب الثاني: معايير اختلال التوازن العقدي

يتحقق اختلال التوازن في العقد من خلال ثلاث معايير حيث استند عليها القانون المدني لتمكن القاضي من إصدار أحكامه ويقرر ويحدد ما إذا كانت هذه الشروط الموجودة في مضمون العقد تعسفية أو لا، ومنها معيار العدالة، وهذا معيار تقليدي، لكن القواعد المستحدثة لحماية الطرف الضعيف في المعاملات التجارية الإلكترونية من الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي أدت إلى ضرورة وجود معايير يتحدد وفقها الطابع التعسفي للشرط، وتتمثل هذه المعايير في معيار الميزة المفرطة، ومعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، ومعيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

قبل التطرق إلى الحديث على هذا المعيار يجب التعرف على معنى ومقصود التعسف حيث كان هناك اختلاف فقهي حول المقصود بالتعسف إذ أن هناك من يرى أن المقصود بالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو تعسف الموقف المستخدم في نطاق إبرام المعاملات القانونية، تمييز له عند التعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة والذي يعني تجاوز الغائية الاجتماعية للحقوق الشخصية[1]، وهذا لتمتع المهني بالتفوق والنفوذ الاقتصادي والتقني مقارنة بالمستهلك الطرف الضعيف، الأمر الذي تتضح معه مظاهر استغلال المهني لحاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة، وبالتالي تتيح إمكانية فرض شروط عليه لكونه لا يملك إلا قبول التعاقد أو رفضه، دون أن تتوافر لديه أي إمكانية حقيقية لمناقشة هذه الشروط، مما يؤدي إلى انعدام القدرة على الاختيار[2].

والبعض الآخر يرى أن التعسف يقترب من عيب من عيوب الرضا وهو التدليس الذي لحق بالإرادة في عنصرها الاختياري بمعنى أن المقصود هنا هو تعسف الموقف الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر، ذلك التعسف الذي يقترب من التدليس من خلال المفهوم العام لعدم الأمانة[3].

[1]– رمزي بيد الله علي الحجازي، مرجع سابق، ص 195.
[2]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 177.
[3]– رمزي بيد الله علي الحجازي ، مرجع سابق، ص 195.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن التعسف يأتي من الوضع المسيطر، وذلك عن طريق الحصول على شروط ملائمة للمعنى بصورة مبالغ فيها، لآن التعسف في استخدام السلطة الاقتصادية في نطاق المنافسة يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط العقدية المفروضة[1].

ويقصد بالقوة الاقتصادية في اختلال التوازن العقدي هو ذلك التعسف الاقتصادي الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر، فقد يلجأ المشترط إلى استخدام وسائل غير آمنة تؤدي إلى استغلال الضعف الاقتصادي للطرف الضعيف وقد انبرى الفقه في إيجاد الوسائل والمؤشرات التي يستدل منها على القوة والنفوذ الاقتصادي للمشترط والتي تتمثل في وضع المحترف المشترط في السوق وحالة السوق ومحله، ووضع المستهلك، وعلى ضوء ما سبق يمكن القول أن ثمة عيب لحق الطرف المذعن لكونه في حالة ضعف، فقد فرض عليه المشترط نفوذه وتقنيته فأصبح عدم التعادل قائما في العقد، كما ان هذا المعيار يتميز بالغموض وعدم الدقة فالسلطة الاقتصادية ونفوذها ليست مرادفا للقوة وعظم الشأن للمشترط فقد يكون هناك حرفي بسيط مثل الميكانيكي، يمكنه أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر على خلاف ذلك قد يكون هناك مشرع ضخم وعملاق يخشى فرض هذا النفوذ والقوة الاقتصادية للحفاظ على سمعته وتجنيبه حدوث كارثة تجارية له[2].

الفرع الثاني: الميزة المفرطة التي يتحصل عليها المورد أو التاجر

إن الميزة المفرطة التي يمتلكها المورد بفضل استعمال نفوذه الاقتصادية أو الفنية تؤدي إلى حدوث اختلال في التوازن العقدي بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، ولا تكون هذه الميزة نقدية فقط ومن أجل تحقيق حماية المستهلك رأى الفقه أن لا يحصر هذه الميزة المفرطة في هذا المجال الضيق لهذا نظر إليها بحسب الأثر الذي تخلفه في العقد وهو عدم التوازن بين حقوق التزامات أطراف العقد[3].

ويمكن أن تدل الميزة المفرطة على انعدام سبب العقد ولو جزئيا، وأنه يجب أن يؤخذ في نظر الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المهني أو التاجر نتيجة الشرط الوارد بالعقد. ولكن توجد في الواقع صعوبة

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 177.

[2]– عبد السلام سعيد سعد، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 7 العدد 13، جامعة المنوفية، ص 57.

[3]– عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 406.

في تحديد العنصر الذي يعد نقطة الانطلاق في تحديد أو تقدير الميزة المفرطة، لذلك يتساءل البعض[1]، كيف يمكن قياس الاختلال في التوازن بين الحقوق والواجبات؟ وهل يكون بالنظر إلى الشرط ذاته وضرورة إن ينشأ عدم التوازن بشكل مباشر عن الشرط التعسفي أو أنه يجب النظر إلى جميع بنود العقد لتحديد هذا الاختلال؟ وهل من الضروري أن تكون الميزة المجحفة لها طابع مالي أم لا؟

ولقد رأى جانب من الفقهاء على أن تقدير الميزة الفاحشة فلا بد أن يتم النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير اختلال التوازن العقدي، ولا ينظر إلى كل شرط على حدى أو بمفرده لأنه سوف يبدو شرطا تعسفيا ولكن يكون مبررا إذا نظرنا إليه من خلال مجوعة الشروط التعاقدية، كما هو الحال بالنسب لشرط تحديد مسؤولية المهني الذي يقابله شروط أخرى تتناول تخفيضا في ثمن السلعة لصالح المستهلك[2].

أما السؤال الثاني فإن الميزة المفرطة من الوهلة الأولى تبدو أنها ميزة فاحشة يتحصل عليها المهني بسبب التعاقد قد تتعلق بالثمن فقط أو أنها ذات طابع مالي، ولكن الحقيقة غير ذلك حسب نص المادة 35 والمتضمنة عددا من الشروط التعسفية نجد أنها تشير إلى المقابل المالي وضرورة أن تكون الميزة المجحفة متعلقة به، كالشرط المتعلق بالثمن وشروط دفعه، وحتى بالشروط المتعلقة بالشيء محل التعاقد، لكن الميزة المجحفة قد لا تكون بالضرورة ذات طابع مالي وهذا عندما يتعلق الأمر بشروط التنفيذ والفسخ وانحلال وتجديد الاتفاق وحتى بالنسبة لشروط التسليم محل التعاقد، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي إلى أن تقدير الصفة التعسفية فيما يتعلق بهذا العنصر لا يجوز أن تتعلق محل العقد أو موضوعه الأساسي أو الثمن، وإنما ذلك الذي يؤدي إلى اختلال توازن كبير بين الحقوق والالتزامات الواقعة على طرفي العقد، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الرغبة في تحقيق حماية أشمل للمستهلكين دفعت بالفقه إلى القول بعدم حصر هذه الميزة الفاحشة في هذا النطاق الضيق، بل وجوب النظر إليها بحسب ما تخلقه على العقد وهو عدم التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين[3].

---

[1]– موفق حماد عبد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2009، ص 199.

[2]– حسن عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية – دراسة مقارنة– كلية الحقوق، جامعة بغداد {د. س النشر}، ص 218.

[3]– راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر،2011/2010، ص 39.

كما أن اقتراب فكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن كما هو معروف في القواعد العامة، من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية يؤدي إلى عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات المتعاقدين، وحتى وإن يختلفان من حيث محل التعسف، حيث ينصب في الغبن على الثمن، أما في الشروط التعسفية فينصب التعسف على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد[1].

ويعتبر هذا المعيار نتيجة لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية أي الميزة الفاحشة يتحصل عليها من خلال ممارسة النفوذ في استعمال القوة الاقتصادية ويعتبر المعيارين مرتبطين بعلاقة سببية، ففي ظل غياب حسن النية، وكون موضوع الشرط أو أثره يؤكد إذعان غير المهني على ميزة فاحشة، ولكن لم يحدد مقدر هذه الميزة المفرطة كما هو الحال في قواعد التقنية للوقوف على أن هذا الشرط أو ذاك متعسفا فيه حيث يمكن أن يكون هناك مشروعا صغيرا ليس له قيمة أي يضمن أحد شروطه الواردة في العقد بنود فاحشة إذا ما تبقي في نطاق المناقشة مثلا، ويدعي هذا المشروع أنه يبدو ضروري لا غنى عنه لبقائه ولا يسمح من الناحية الواقعية له بالحصول على أي ميزة ومن ثم فهذا المعيار لا يصلح تطبيقه منفردا لاعتبار الشرط تعسفيا ويختل بالتوازن في المعاملات التجارية الإلكترونية، وإزاء هذا القصور لا بد من الدمج بين المعيارين.

حيث يرى البعض أنهما معياران مرتبطان يبعضهما ارتباط السبب بالنتيجة ويمكن من خلالهما إعادة التوازن العقدي فهما متلازمان لا مختلطان، وهذا الدفاع يبقي على التوازن بيم القوي غير المتساوية والمصالح المتعارضة[2].

الفرع الثالث: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي بين حقوق والتزامات طرفي العقد

لقد عدل المشرع الفرنسي عن موقفه من خلال استبعاده لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ومعيار الميزة المفرطة وتبني معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي والذي استمده من خلال ما جاءت به التعليمة الأوروبية لسمة 1993، ولكن يرى البعض أنه ليس هناك جديد أو تغيير من حيث الموضوع، أي أن هذا المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة، والذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية[3].

[1]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 94.

[2]– عبد السلام سعيد سعد، مرجع السابق، ص ص 57- 58.

[3]– بودالي محمد ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 96.

وكان لهذا التغيير العديد من الأسباب التي دعت إلى ضرورة وجود التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية، أهمها رغبة الدول الأوروبية في توحيد الحلول وجعلها أكثر انسجاما في هذا المجال حيث لا يجب أن يؤدي اختلاف القوانين إلى إشعال حرب المنافسة غير المشروعة بين المنتجين على أساس تشريعي.

كما أن المشرع الأوروبي نص على هذا المعيار من خلال نص المادة 1/3 من التوجيه الأوروبي رقم 13/93 الخاص بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين حيث نصت على أن:"الشرط العقدي الذي لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية يعتبر شرطا تعسفيا، وذلك عندما ينشئ خلافا لما يقضي به حسن النية، وضد مصلحة المستهلك، تفاوتا جليا بين حقوق والتزامات الطرفين الناشئة عن العقد"[1].

ونستنتج من خلال نص المادة السابق أن المشرع الفرنسي لم يأخذ بالنهج الذي اتبعه المشرع الأوروبي في تحديد الشرط التعسفي حيث تبنى ثلاث معايير الأول يتعلق بالقيام بالمفاوضات الفردية والثاني يتعلق بمبدأ حسن النية والمعيار الثالث وهو معيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين، وهذا ما لم يأخذ به المشرع الفرنسي بل اكتفى بمعيار واحد وهو معيار عدم التوازن الظاهر، وسبب إغفاله عن معيار المفاوضات الفردية ومبدأ حسن النية، وذلك رغبة المشرع الفرنسي في الحفاظ على خصوصية نظام الشروط التعسفية لديه ومنعها من الاختلاط بنطاق عقود الإذعان[2].

كما أن المشرع الجزائري نص في المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 02/04 على أنه: " كل بند أو شرط بمفرده أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد".

ومن خلال نص المادة السابق يتضح أن المشرع الجزائري قام بتعريف الشرط التعسفي وتبنى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق وواجبات أطراف العقد، وهذا من أجل إقامة التوازن في العلاقة العقدية، ولقد كان المشرع الجزائري أكثر جرأة وتبنى نظرية الظروف الطارئة وهذا يؤكد أن المشرع الجزائري في قواعده العامة يأخذ عمليا بفكرة التكافؤ بين الأداءات المتقابلة والتوازن العقدي ككل في العلاقة العقدية[3]، وبهذا يكون المشرع الجزائري لم يتوافق و لم يتبع المشرع الفرنسي لما جاء في نص المادة

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 185

[2]– نفس المرجع السابق، ص 185.

[3]– عسال عرعار ، مرجع سابق، ص183.

1/132 من القانون الاستهلاك الفرنسي[1]،حيث نصت هذه المادة على أنه: "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تعتبر شروطا تعسفية التي تكون من شأنها أن تنشأ، ضد مصلحة غير المهني أو المستهلك، تفاوتا ظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد"[2].

ويبدو هذا التوجه منطقيا بحيث لا يمكن اعتبار الشرط تعسفيا لمجرد انه يمنح احد أطراف العقد مزايا معينة، إذا من الممكن أن يكون هناك شرط آخر يعطي المتعاقد الثاني مزايا تعيد التوازن في العقد. وإذا كان هذا الرأي مسلم به في حالة ما إذا كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة واحدة، إلا أن الصعوبة تكمن في تقدير المقابل في حالة ما إذا كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة مختلفة، كما هو الحال إذا وجد من جهة أولى شرط يقضي بتحديد مسؤولية المحترف من جهة أخرى شرط آخر يعطي المستهلك الحق في فسخ العقد بإرادة منفردة.

ومع ذلك ليس هناك من حل آخر غير النظر للعقد باعتباره كلا لا يتجزأ، وكيانا واحدا يتضمن العديد من الشروط. وأنه يجب النظر إلى التزامات المتقابلة في مجموعها من اجل اعتبار الشرط تعسفيا والتأكد من عدم وجود التوازن[3].

وتجدر الإشارة إلى أن الهدف من المعيار هو مظاهر عدم التوازن اللازم لشروط العقد، وليس ضمانا التعادل الكلي بين الاداءات المتقابلة، وأن معيار التوازن بين الحقوق والالتزامات سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي ينظر فيه في تقدير التوازن إلى مجموع الشروط العقدية أي تفحص جميع الشروط الواردة في العقد الواحد لتقدير عدم التوازن بدون النظر إلى الشرط لوحده الذي قد يبدو تعسفا إلا أنه يكون مبررا إذا نظر إليه من خلال مجموع شروط العقد[4].

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 3 الفقرة 5 من القانون 02/04 حيث لا يجب أن ينظر إلى الشرط على أنه تعسفي وهو منفرد بل هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى أي ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد.

---

[1]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 96.

[2] -ARTICL L132-1 : « Dans les contrats conclus enter professionnelle et non professionnel ou consommateur sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnelle au du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et obligations des parties au contrat»

[3]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 96.

[4]– عسالي عرعار، مرجع سابق، ص 185.

ويعتبر الشرط التعسفي وفقا لهذا المعيار الجديد هو الشرط الذي يهدد هذا التوازن المنشود في العقد فيجعل التزامات أحد الأطراف أكبر بكثير من التزامات الطرف الآخر أو يلتقي تقابلها حقوق في العقد الذي على عاتقه التزامات لا تقابلها حقوق في العقد أي أن تكون الأداءات المتقابلة الملقاة على عاتق طرفي العقد متوازنة، ويعتبر هذا المعيار معيارا موضوعيا، أي أن نظرة القاضي ترتكز على الشرط التعسفي نفسه دون استلزام البحث في سلوك الأفراد الأمر الذي يؤدي حتما إلى استقرار القانوني للعلاقة العقدية[1].

المطلب الثالث: الوسائل القانونية لتحديد الشروط التعسفية

تعددت الوسائل القانونية لتحديد الشروط التعسفية حيث تمثلت في الوسائل التشريعية التي تمثلت في نظام القوائم، وهناك أيضا الوسائل التنظيمية التي كان في تحديد الشروط التعسفية تستند إلى ما يتم إصداره من طرف لجان الشروط التعسفية وثالثا الأسلوب القضائي الذي يتمحور حول دور القاضي في تحديد الشرط التعسفي من عدمه، وهذا ما سوف نتطرق إلى توضيحه في الفروع التالية:

الفرع الأول: الوسائل التشريعية

لقد تمثلت الوسائل التشريعية في تحديد الشروط التعسفية في تحديد قوائم وكان المشرع الألماني هو أول من انتهج نظام القوائم من خلال قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود سنة 1976 وبعدها تبعه القانون الفرنسي في هذا النظام من خلال المرسوم رقم 464 لسنة 78 الصادر في 1978 وكان لهاتين التجربتين وقعا وتأثيرا على أغلب التشريعات ومنها التشريع المصري والجزائري اللذان قاما بتحديد الشروط التعسفية بطريقة نظام القوائم كالتالي:

أولا: نظام القوائم في التشريع الألماني

لقد صدر القانون الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف الضعيف المذعن بتاريخ 9 ديسمبر 1976 عن الشروط العامة في العقود وبدأ العمل بهذا القانون سنة 1977، وكان هدف سن هذا القانون هو حماية الطرف الضعيف في مواجهة عدم التوازن الناتج من العقود المكتوبة مسبقا بإرادة أحد طرفي العلاقة العقدية وغالبا ما يكون من يملك القوة الاقتصادية (المورد) ومن أجل مواجهة ما قد يؤدي إليه

[1]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 188.

سوء استخدام الشروط العامة في العقود من تحايل على مبدأ حرية التعاقد الذي جاء به التقنين المدني الألماني بما يؤدي إلى الإضرار بكلى المتعاقدين في العلاقة العقدية[1].

لقد قسم المشرع الألماني الشروط التعسفية وفقا لنظام القوائم وقسمت على أساس إمكانية تعديل والنظر فيها من أجل تقييمها أو لا؟

حيث حاول المشرع الألماني التوفيق بين مابين البطلان بقوة القانوني أي دون الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي وكانت هذه الشروط ضمن القائمة السوداء حيث تكون هذه الشروط باطلة بقوة القانون، كما أنه حدد الشروط التي يمكن للقاضي ممارسة سلطته التقديرية لتحديد الشرط التعسفي وتضمنتها القائمة الرمادية، حيث أجازت للقاضي استبعاد الشروط التي لا تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون[2].

لقد نص المشرع الألماني في نص المادة 10 من قانون 76 على الشروط الممنوعة والتي لا يمكن إعادة النظر فيها أو تقويمها وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

– إطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف.

– نصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه.

– حقه في إبطال أو تعديله دون أساس مادي مبرر، آخذا في الاعتبار مصالح دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك.

– حقه في المطالبة بالتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه.

– الحق في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة[3].

أما في ما يخص القائمة الرمادية التي تضمنت الشروط التي يمكن للقاضي أن يمارس سلطته التقديرية في إمكانية أبطال وإبعاد هذه الشروط أو الإبقاء عليها في العقد، وما إذا كانت تتلاءم مع بعض معايير التعسف التي حددها، وأهمها مخالفة حسن النية، حيث نصت المادة 11 من قانون 1976 على عشرة أصناف من الشروط التعسفية وأهمها:

[1]– رمزي بيد الله على الحجازي، مرجع سابق، ص 228.

[2]– محمد بدالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 20.

[3]– نص المادة 10 من القانون الألماني الصادر في 9 ديسمبر 1976.

– حق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم، أو يوفي ثمنها في خلال مدة أربعة أشهر.

– استبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة.

– الحق في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس.

– حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له على المحترف خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي.

– الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه.

– استبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[1].

ثانيا: نظام القوائم في التشريع الفرنسي

لقد سلك المشرع الفرنسي نفس مسلك المشرع الألماني في وضع قائمتين تحدد الشروط التعسفية حيث اختار نظام أكثر تعقيدا تميز بتعدد المصادر في تحديد قوائم الشروط التعسفية باختلاف الالتزام القانوني لكل مصدر من هذه المصادر وتعددت هذه المصادر فيما يلي:

1/ تحديد الشروط التعسفية طبقا لنص المادة 132/1

لقد حدد المشرع الفرنسي في نص المادة 132/1 من القانون الاستهلاكي بعدما أخذ برأي لجنة الشروط التعسفية، الشروط التي تكون باطلة بقوة القانون في الفقرة الأولى من المادة سابقة الذكر وشروطا تكون قابلة للبطلان إن صح طبقا لآخر تعديل بالمرسوم رقم 2009/302 والصادر في 18 مارس 2009، وتمثلت القائمة السوداء التي اعتبرت الشروط باطلة في ما يلي:

– وجدت شروط لم تكن مكتوبة بالعقد، الموقع بين المستهلك والمهني، أو لم تكن مدرجة بشكل قاطع في وثيقة أخرى دون الإشارة إليها بصراحة بالعقد، ويفترض عدم علم المستهلك بها حتى نفاذ العقد.

– عدم تقييد المهني وحده باحترام التزاماته واتفاقاته المبرمة بواسطته أو مندوبيه ووكلائه.

– أن تعطي للمهني وحده الحق في تعديل شروط العقد المتعلقة بمدته، أو خصائص السلعة أو تقصر الحق في تفسير أحد شروط العقد بمفرده.

[1]– رمزي بيد الله على الحجازي، مرجع سابق، ص 230.

– إجبار المستهلك أو غير المحترف على تنفيذ التزاماته، في حين لم يوف بالتزاماته المقابلة والخاصة بتسليم المبيع، أو الخدمة المقدمة، أو التزامات الضمان بالمبيع أو الخدمة المقدمة.

– إلغاء أو الحد من حق المستهلك في التعويض عن الأضرار التي لحقت به والناجمة عن عدم تنفيذ المهني لالتزاماته.

– منح المهني السلطة بفسخ العقد من جانب واحد، دون منح نفس السلطة للمستهلك أو غير المهني.

– السماح للمهني بالحق في حبس ما تم دفعة دفعه لسلع تم تسليمها أو خدمات تم تقديمها في نفس الوقت الذي يتمتع فيه بسلطة فسخ العقد من جانب واحد.

– السماح للمهني بتجديد العقد محدد المدة دون إخطار المستهلك بحقه في الإنهاء.

– الشروط التي تميز في نطاق العقود غير محددة المدة بين المستهلك والمستهلك والمحترف من جهة "مهلة التروي".

– إلزام المستهلك بدفع تعويض للمهني في حالة إنهاء العقود غير محددة المدة، من جانب المستهلك.

– الاعتراف للمهني بالحق في إنهاء العقد حسب تقديره، دون الاعتراف للمستهلك بنفس الحق.

– تحميل المستهلك عبء الإثبات أو غير المحترف بالمخالفة القانونية.

وحسب نص المادة تبين أن هذه الشروط لا تقبل التقييم أو إعادة النظر فيها ومنه فإنها شروط باطلة بقوة القانون، مما لا يدع مجالا للاجتهاد أو التفسير بشأن ما إذا كان الشرط ذو طابع تعسفي أو لا وتشير القائمة السوداء إلى مظاهر التعسف الأكثر جسامة وإضرارا بمصالح المستهلك فيسهل التعرف على هذه الشروط والتي تبلغ هذا الحد مما قد يرد على عقود الاستهلاك.لذلك توفر القائمة السوداء دورا وقائيا مانعا بما يحقق الاستقرار القانوني في العلاقات بين المهنيين والمستهلكين، وتوفر مركزا قويا للمستهلك إذا ما شرع في التصالح مع المهني.

ومع ذلك، يؤخذ على نظام القائمة السوداء أنها سرعان ما تصاب بالجمود، فيقف المستهلك عاجزا عن مواجهة الشروط التي تتوفر فيها خصائص الشروط التعسفية دون أن ترد إلى القائمة، وهذا لتطور التجاري والصناعي وحرص المشروعات الاقتصادية على حماية مصالحها مما أدى إلى ظهور شروط عقدية تتصف بالتعسف في العقود الاستهلاك[1].

[1]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص ص 363-364.

2/ تحديد الشروط التعسفية عن طرق القائمة الملحقة بتقنين الاستهلاك

لقد أضاف المشرع الفرنسي ملحقا بتقنين الاستهلاك عام 1993 من خلال نص المادة 1/132 منه وذلك من خلال وضع لائحة وقائمة بيانية تلحق به متضمنة الشروط التي يمكن عدها تعسفية وهي الشروط التي يكون هدفها:

– استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسيمة نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.

– استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.

– النص على التزام المستهلك بشكل نهائي، وتعليق تنفيذ المحترف لالتزامه على محض إرادته.

– إجازة احتفاظ المحترف بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة تراجعه عن إبرام العقد أو تنفيذه، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة، في حالة تراجع المحترف نفسه.

– فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته تعويضا مبالغا فيه وغير متناسب.

– إجازة المحترف لإنهاء العقد بصفة تقديرية، وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.

– إجازة المحترف بإنهاء عقد محدد المدة دون إخطار مسبق معقول، باستثناء حالة السبب الجسيم.

– التمديد التلقائي لعقد محدد المدة.

– الإثبات القاطع لإذعان المستهلك لشروط لم يعلم بها قبل إبرام العقد.

– إجازة تعديل عبارات العقد للمحترف من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور في العقد.

– إجازة تعديل المحترف من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة.

– النص على تحديد سعر الأموال وقت التسليم.

– منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء أو الخدمة تتطابق وشروط العقد.

– تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه.

– إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.

– النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك.

– استبعاد أو عرقلة ممارسة المستهلك للدعاوي القضائية وطرق الطعن[1].

كما أن التقنين الاستهلاكي تضمن أيضا استثناءات حيث تم استبعاد تكييف بعض الشروط من كونها تعسفية مراعاة لمصلحة مقدمي الخدمات المالية رغم كونها تعسفية في مجالات أخرى. وليست لقائمة الشروط المعتبرة أية قيمة قانونية فما هي إلا وسيلة إرشادية يلجأ إليها كل من طرفي العقد عندما يثار الشك حول شرطا ما ليتسنى لهما الوقوف على طبيعة التعسف في الشروط. كما يمكن للقاضي أن يسترشد بها في استخلاص الصفة التعسفية في الشرط في المنازعات التي تعرض عليه[2].

3/ تحديد الشروط التعسفية وفق المرسوم 884 لسنة 2016

لقد تم تعديل هذه القائمة بموجب المرسوم 884/2016. بتاريخ 2016/6/29 وأصبحت المادة 1/212 وتم العمل بها اعتبارا من 2016/7/1، والتي تضمنت 12 بندا من الشروط التي وجدت تعتبر باطلة بقوة القانون ولا تقبل النقاش أو الجدل وجاء في نص هذه المادة أنه:" في العقود بين المهنيين والمستهلكين، ويفترض بما لا يقبل الجدل أن تكون غير عادلة بالمعني المقصود في أحكام الفقرتين الأولى والرابعة من نص المادة 212 وبالتالي تعد تعسفية ومحظورة البنود الآتية:

– البنود غير المكتوبة في العقد والتي لا يعرف المستهلك بها، والتي ليس لديه علم مسبق بها عند إبرام العقد وحتى نهايته.

– البنود التي تقيد تنفيذ المهني لالتزاماته التي تعهد وكلاؤه بها.

– البنود التي يتعهد المهني بتغييرها من جانب واحد، مثل ثمن وخصائص السلعة، ليتم تسليمها أو الخدمة المقدمة.

– منح المهني الحق وحده في تحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة المقدمة تتفق مع العقد أم لا، أو إعطاؤه الحق الحصري في تفسير أي بند في العقد.

– إجبار المستهلك على الوفاء بالتزاماته، في حين أنه على العكس فإن المورد أو المهني لا يتم تنفيذ التزاماته لمنح أو ضمانات الملكية، أو التزاماته توفير الخدمة.

– منع الحق في الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمستهلكين في حالة عدم وفاء المهني بالتزاماته.

[1]– موفق حمادة عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص 280 – 281.

[2]– رمزي بيد الله على الحجازي، مرجع سابق، ص 222.

– منع المستهلك الحق في طلب إنهاء العقد أو العدول لعدم وفاء المهني بالتزاماته التي تعهد بها لضمان الملكية، أو التزاماته بتوفير الخدمة.

– البنود التي تقرر حق المهني في إنهاء العقد، دون الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.

– البند الذي يقرر تمكين الإبقاء على المبالغ المدفوعة كمقدم، دون تقرير فوائد لها في حالة إنهاء العقد من السلطة التقديرية.

– البند الذي قرر إنهاء مدة إشعار العقد في العقود الدائمة، من جانب المستهلك وبين المورد.

– في العقود الدائمة عدم دفع التعويض المناسب للمستهلك في حالة إنهاء العقد.

– يقع عبء الإثبات على عاتق المستهلك في الحالات القانونية، التي يلزم بها المورد أو الطرف الآخر في العقد.

بالإضافة إلى الشروط التي جاء بها المرسوم رقم 884 لسنة 2016 حيث تكون هذه الشروط باطلة بقوة القانون أدرج هذا المرسوم أيضا قائمة من الشروط الاسترشادية التي يمكن للقاضي ممارسة سلطته التقديرية فيما إذا كان الشرط تعسفيا أو غير ذلك، حيث تضمن نص المادة 2/132 ما يلي:

– الشروط التي تجعل التزام المستهلك التزاما جامدا، في حين تمنح المهني ميزة تنفيذ التزامه مع حقه في فسخه منفردا.

– الشروط التي تمنح المهني الحق في التعويض إذا ما تنازل المستهلك عن إبرام العقد أو تنفيذه، ولا تعطي نفس الميزة للمستهلك في حالة البيع بالعربون وفقا للمادة 1/114 من قانون الاستهلاك إذا ما تنازل المهني عن تنفيذ العقد.

– الشروط التي تفرض على المستهلك أن يؤدي تعويضا غير مناسب عند إخلاله بالتزاماته.

– الشروط التي تمنح المهني الحق في فسخ العقد خلال مدة غير معقولة.

– الشروط التي تسمح للمهني بإجراء تحويل التعاقد معه بدون موافقة المستهلك، والذي قد يؤدي إلى الحد من حقوق المستهلك العقدية من جراء هذا التحويل.

– الشروط التي تعطي المهني الحق في تحديد يوم لتنفيذ العقد خلافا للقواعد المقررة قانونا في تحديد يوم التنفيذ.

– إخضاع الحق في تعديل العقد أو فسخه لشروط صعبة بالنسبة للمستهلك بالمقارنة بتلك الممنوحة للمهني.

– التقييد والحد غير المقبول لوسائل الإثبات الخاصة بالمستهلكين.

– الشروط التي تحد أو تقيد من إجراءات التقاضي أو المطالبة بتعويضات، وإلزام المستهلك بقبول شرط التحكيم الذي لا ينص عليه القانون الوطني كبديل لتسوية المنازعات أمام القضاء.

لقد اتضح أن المشرع الفرنسي خصص فئة المستهلكين بالحماية من الشروط التعسفية في المرسوم 302/2009 في حين أن القانون الألماني أقر حماية عامة من الشروط التعسفية، واستثنى فقط عقود المفاوضة أو المساومة، ذلك لان طبيعة هذه العقود تنطلق من مقدمة أكثر عمومية، وهي إعادة التوازن العقدي عن طريق استبعاد الشروط التعسفية من الشروط العامة للعقود لتحقيق العدالة التعاقدية[1].

ثالثا: نظام القوائم في التشريع الجزائري

لقد اعتمد المشرع الجزائري على نظام القائمة، وتجسد ذالك في القانون رقم 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على ممارسات التجارية المعدل والمتمم، وبالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم

1/نظام القائمة في ظل القانون رقم 02/04

لقد نصت المادة 29 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، فإنه تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

– أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة بها للمستهلك.

– فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

– امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة دون موافقة المستهلك.

[1]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، 365.

– التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

– إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

– رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

– التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة.

– تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

ويبدو أن المشرع الجزائري اتبع نفس الأسلوب، من خلال نص المادة 29 من القانون رقم 02/04 إلى ذكر ثمانية أنواع من الشروط التي اعتبرها تعسفية وذلك في العقود بين المستهلك والبائع. مما يوحي أنه اقتصر الحماية في العقود التي يكون أطرافها المستهلك والبائع، رغم أن في النصوص السابقة من نفس القانون الذي كان فيها المشرع تمديد الحماية إلى المحترف[1].

2/ نظام القائمة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 306/06

لقد نصت المادة 5 من المرسوم رقم 306/06 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم، أنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

– تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06.

– الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك.

– عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.

– تخلى العون الاقتصادي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

– النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلى هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.

– فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

[1]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 98.

– الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض، في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

– تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

– فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

– الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

– أن يعفي العون الاقتصادي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

– تحميل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

رابعا: نظام القوائم في التشريع المصري

أما المشرع المصري لم يقم بتحديد الشروط التعسفية في القانون المدني المصري ولا في قانون حماية المستهلك الصادر في سنة 2006، إلا أنه ورد في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 خلال نص المادة 75 على قائمة من الشروط جاءت على سبيل المثال، يمكن أن تكون شروط تعسفية لكنها خاصة فقط بعقود نقل التكنولوجيا، وبالتالي فإن للقاضي غير ملزم بالحكم ببطلانها، كما يستطيع أن يحكم بأنه شرطا غير الشروط المذكورة في المادة 75 باطلا، والبطلان الوارد في هذه المادة بطلانا نسبيا وليس بطلان مطلقا[1].

وتتعلق الشروط الواردة في نص المادة 75 من قانون التجارة المذكور سابقا بإلزام المستورد بأمر:

– قبول التحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا وأداء قيمتها.

– حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلاءم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد.

– استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها.

– تقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره.

– اشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها.

[1]– بن عزوز درماش، مرجع سابق، ص 220.

– شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها دون غيرها.

– قصر بيع الإنتاج، أو التوكيل في بيعه على مورد ما، أو الأشخاص الذين يعينهم، وذلك كله ما لم يكن أي من هذه الشروط، قد وردت في عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية مستهلكي المنتج، أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري نص في المادة 149 من القانون المدني التي منح للقاضي سلطة واسعة في تقدير ما إذا كان عقد إذعان يتضمن شروطا تعسفية أم لا. ففضلا عن ارتباط فكرة الشرط التعسفي في ظل هذه المادة، بنظرية عقود الإذعان إلا أنها لم تضع معيارا عاما لهذه الفكرة يتقيد به القاضي بما يحدد من السلطة الممنوحة له[2].

الفرع الثاني: الوسائل التنظيمية (الإدارية)

لقد وضع التشريع الفرنسي لجان متخصصة التي يتم إنشاؤها عن طريق قوانين ومراسيم يتم فيها تحديد طريقة تكوينها وطبيعتها وكيفية عملها، وكذا تحديد مهامها، ومن أهم مهام هذه اللجان هو إصدار توصيات تحدد الشروط التي تكون تعسفية، لتحقيق التوازن العقدي، وتتمثل فيما يلي:

أولا: التجربة الفرنسية في تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة متخصصة

لقد جاء المشرع الفرنسي في قانون حماية وإعلام المستهلك الصادر في 1978/1/10 بلجنة الشروط التعسفية، وذلك لتحقيق مبدأ العدالة التعاقدية في مكانه الصحيح[3]، وتتكون هذه اللجنة من خمسة عشر عضوا[4]، حسب النص 36 وتقوم هذه اللجنة بفحص نماذج الاتفاقيات المقترحة عادة بواسطة المهنيين على المتعاقدين غير المهنيين أو المستهلكين وبحيث الشروط التي يكون لها طابع تعسفي (م37) ولا تقوم اللجنة بإصدار القرارات، لكنها توصي هذه اللجنة بإلغاء أو تعديل الشروط التي تبدو تعسفية، ويجب نشر

[1]– المادة 75 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

[2]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 370.

[3]– سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص 120.

[4]– راجع تشكيل اللجنة وطبيعتها وكيفية عملها: سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 134، وما بعدها.

التوصيات، ويجوز أن تحدد المهنيين المقصودين بأشخاصهم، وأقر وجود تلك اللجنة العديد من التوصيات التي نشرت والتي تناولت عددا كبيرا من هذه الشروط التعسفية[1].

ويرى البعض من الفقهاء أن التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية هي رقابة تتمثل في إعلام المستهلك بالشرط التعسفي وتجعل الرضا مستنيرا، وهذا يؤكد حرص المشرع الفرنسي على تحقيق نوع من التوازن العقدي في مضمون العقود، وهي نوع من أنواع الرقابة الوقائية لغير المهنيين في هذا المجال،[2]إذ تقوم بدراسة نماذج العقود التي يعرضها المهنيون، وتحاول تحديد الشروط التعسفية وتوصي المهنيين بعدم إدراجها في العقود أو تعديلها، ولفت نظر المستهلكين إليها، ويعاب على اللجنة أن عملها ذو طابع إداري ولا يتمتع بأي سلطة قضائية أو تشريعية، ومن ثم تفتقر توصياتها لأية قوة ملزمة[3].

ثانيا: التجربة الجزائرية في تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة متخصصة

لقد كان للمشرع الجزائري أيضا تجربة في إنشاء لجنة للبنود التعسفية وهذا لتحقيق نوع من العدالة العقد حيث تم إنشاء لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 لدى الوزير المكلف بالتجارة وهي لجنة ذات طابع استشاري بمفهوم المادة 06 من المرسوم رقم 306/06، وتتمثل تشكيلة هذه اللجنة من خمسة أعضاء دائمين، وخمسة أعضاء مستخلفين، وذلك وفقا للتعديل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 الصادر في 03 فيفري 2008، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 306/06، ويتم توزيعهم كالتالي:

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسة التجارية.
- ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في القانون العقود.
- ممثلان عن مجلس النافسة.
- متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ممثلان عن جمعيات المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

[1]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 523.
[2]– سعيد سعد عبد السلام ، مرجع سابق، ص124.
[3]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 524.

هذا ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها[1]، وبالرجوع للمادة 06 من المرسوم التنفيذي 306/06 يرأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة.

كما أن مهام لجنة البنود التعسفية يمكن حصرها في ثلاث نقاط وهي كالتالي:

– تبحث في العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة.

– يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين.

– يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها[2].

وتجدر الإشارة إلى أن التوصيات الصادرة عن لجنة البنود التعسفية ليست لها قوة ملزمة وغير ملزمة بموجب ما جاءت به نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 والتي اعتبرت هذه اللجنة ذات طابع استشاري رغم أهمية التوصيات التي تقوم بها لجنة البنود التعسفية في توضيح فكرة هذه الشروط والعمل على استبعادها.

ولمباشرة لجنة البنود التعسفية لنشاطها تخطر اللجنة أما من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك وفق ما نصت عليه المادة 11 من هذا المرسوم.

ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري لم ينص على أي دور استشاري للجنة البنود التعسفية لدي القضاء، كما فعل المشرع الفرنسي بموجب المادة 132/2 وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي كما تجدر الإشارة أنه بمقارنة تشكيل لجنة الشروط التعسفية في فرنسا أنها تضم قاضيين أحدهما رئيسا والآخر نائبا له كما تضم للجنة بالإضافة للعناصر القضائية عناصر إدارية ومستشارين في مجال العقود، فكان التمثيل أقوى وأكثر فعالية، بالإضافة على النص بدورها الاستشاري خلافا للمشرع الجزائري الذي لم يشركه في ذلك[3].

[1]– المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08 الصادر بتاريخ 02/03/ 2008 المعدل للمرسوم رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين.

[2]– المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08.

[3]– عرعار عسالي، مرجع سابق، ص 194.

الفرع الثالث: الوسائل القضائية

بالإضافة للوسائل السابقة هناك أيضا وسائل قضائية في تحديد الشروط التعسفية ولها دورا أساسيا في مجال العقود سواء في القانون الفرنسي أو الجزائري، لكن تردد القضاء الفرنسي وتضاربت أحكامه حول إبطال الشروط التعسفية التي لم يرد بها مرسوم تطبيقي فانقسم القضاء بين اتجاهين الأول رافض لإبطال الحكم ببطلان الشروط التعسفية، واتجاه آخر بحكم بإبطال الشروط ولو بدون صدور مرسوم تطبيقي لاعتبار الشرط التعسفي، أدى هذا إلى جدل فقهي إذ انقسم الفقه إلى فريقين فريق يرفض أن القاضي في فرنسا له سلطة الرقابة على الشروط غير الواردة في المرسوم 24 مارس 1978، وفريق يدعم أن تكون المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 ولو لم يصدر بها مرسوم تطبيقي[1]، ولكن هذا الجدل تجاوزه الوقت بعد الاعتراف الصريح من قبل محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في الرقابة على جميع شروط العقد بما في ذلك التي لم تكن محل مرسوم تطبيقي يحرمها وذلك في قرار صادر في 14 ماي 1991[2].

ولقد منح المشرع الفرنسي لقضاة الموضوع سلطة تقديرية في تحديد الشروط التعسفية، لكن وفق المعيار الوارد في المادة 1/132 وهو أن ينتج الشرط اختلالا في التوازن العقدي بين بين أطراف عقد الاستهلاك كما أن قضاة الموضوع إذا صادفوا في نزاع ما شرطا من الشروط التي تحددها باعتبارها بندا تعسفيا، فيتوجب عليه أن يحكم بطباعها التعسفية، غير أنه إذا وردت في العقد شروط يمكن أن تعتبر تعسفية أو تلك التي أوصت اللجنة الشروط التعسفية باعتبارها كذلك، فالقاضي غير ملزم بالحكم بتعسف هذه الشروط وذلك حسب ظروف الدعوى المثارة أمامه وله أن يستعين برأي لجنة الشروط التعسفية[3].

أما المشرع الجزائري فقد منح للقاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه وذلك بموجب المادة 110 من القانون المدني، كما أنه منح هذه السلطة للقاضي في القانون رقم 02/04 وذلك من

---

[1]– عرعار عسالي، مرجع سابق، ص 199.

[2]– تعلقة القضية "بشرط إعفاء من المسؤولية ورد هذا الشرط في عقد وديعة إذ يقتضي هذا الشرط استبعاد مسؤولية المهني في حالة فقد أفلام أودعها لديه أحد العملاء لطبعها على الورق، هذا الشرط اعتبرته محكمة الموضوع تعسفا لا يحتج به على العميل حسن النية كما أن محكمة النقض رفضت طعن المودع لديه، وذهبت إلى أن محكمة الموضوع قد أسست على الشرط المدرج في استمارة الإيداع الذي كان يعفي المعمل من كل مسؤولية عن فقد الصور وأن الحكم المطعون فيه رأى أن مثل هذا الشرط يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه الذي يعتبر في وضع اقتصادي سمح له فرض مثل هذا الشرط الذي ينعت بالتعسفي ويجب أن يعد غير مكتوب أي لم يكن". عرعار عسالي، مرجع سابق، ص 199، 200،

[3]– بن عزوز درماش، مرجع سابق، ص 227.

خلال ما جاء في تعريفه للشرط التعسفي، كما أن للقاضي الحق الاسترشاد بالقائمة الواردة في نص المادة 29 من القانون رقم 02/04 والقائمة الصادرة في نص المادة 05 بموجب المرسوم لرقم 306/06 وقضاة الموضوع يمارسون هذه السلطة تحت رقابة المحكمة العليا، وفي هذا يكون المشرع الجزائري متفتح في عصرنة منظومته القانونية ويميل إلى ما قرره المشرع الألماني فيما يخص رقابة الشروط العامة بما منحه قانون 09 ديسمبر 1976 من سلطة لتقدير الشروط العامة وبطلانها في حالة ما إذا كانت هذه الشروط تتميز بالتعسف.

وتجدر الإشارة إلى أن السلطة الممنوحة للقاضي في إزالة الشرط التعسفي ما هو إلا إعادة التوازن للعلاقة العقدية المختلة، سواءً كان هذا الاختلال التعاقدي ناجم عن عدم المساواة بين الأطراف العلاقة العقدية، أو بين الحقوق والالتزامات المتبادلة، أو كان منشأ الاختلال هو انعدام المساواة المعرفية إن هذا الاعتراف للقاضي بهذا السلطة لرقابة الشرط التعسفي يعتبر وسيلة فعالة في إقامة التوازن التعاقدي والوقاية من اختلال بشرط أن يتقدم المتعاقد صحبة العقد المختل لرفع دعوى استبعاد الشرط التعسفي أو بطلانه، إلا أن المستهلك لا يلجأ إلى هذا الحل لما يتكبده من عناء بسبب مصاريف الدعاوى، بالإضافة إلى طول إجراءات التقاضي، فكان اعتراف المشرع الجزائري لجمعيات الممثلة للدفاع عن المستهلك، يهدف إلى مزيد من الحماية بهدف خلق علاقات تعاقدية متوازنة وعادلة، وذلك بأن أعطى بموجب المادة 1/65 من قانون 02/04 [1]لجمعيات حماية المستهلكين والجمعيات المهنية وكذا كل الجمعيات المعنية وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة حق رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 02/04 أما الفقرة الثانية من المادة 2/65 أعطتهم الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعاوي للحصول على تعويض الضرر الذي لحق المستهلك ويحق للقضاء تقرير ما يناسب من الجزاء، إذا الشرط أصاب العقد باختلال ظاهر.

[1]– تنص المادة 1/65 على أنه : دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية ، يمكن جمعية حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوي أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة الأحكام القانونية".

المبحث الثاني: آليات مواجهة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية

في ظل قصور القواعد العامة في توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وخاصة مع التطور الاقتصادي والتكنولوجي، ولهذا السبب ظهر اتجاه تشريعي يهدف إلى إرساء الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية من غبن الشروط التعسفية التي يستقل بها الطرف القوي في مثل هذه المعاملات[1]،ولكن الأمر تغير إلى حد كبير في إطار المعاملات التجارية الإلكترونية التي تكون غالبا من العقود الاستهلاكية والتي تعاملت مع الشروط التعسفية بصورة مباشرة، الأمر الذي كان له بالغ الأثر على نطاق الحماية، حيث مددت هذه النظرية نطاق الحماية للمستهلك الإلكتروني وفي كافة ما يبرمه من عقود دون الوقوف عند نوع معين من العقود، كما فعلت النظرية العامة للعقد، وأيضا مدت نطاق الحماية إلى كل مراحل العقد حتى أثناء مرحلة تكوينه عكس النظرية العامة للعقد التي كان نطاق الحماية فيها قاصرا على مرحلة تنفيذ العقد.

والجدير بالذكر أن أحكام القواعد العامة في القنينات المدنية لم يعطي حماية كافية أو فعالة للمستهلك، من هنا يكون الأمل حماية المستهلك من الشروط التعسفية من خلال إصدار قوانين خاصة بعقود الاستهلاك التي تراعي طبيعتها والظروف التي تتم فيها، وهذا ما جاء به المشرع الفرنسي من خلال التقنين الاستهلاكي الذي سادته نزعة الاجتهاد في إعادة إقامة قدر من التوازن العقدي في مثل هذه العقود[2].

أما المشرع الجزائري على الرغم من إصداره لقانون حماية المستهلك إلا أنه لم يذكر صراحة أي آلية أو وسيلة لمواجهة الشروط التعسفية، وبات أمر مكافحة هذه الشروط قاصرا على النظرية العامة للعقد أما المشرع الفرنسي اختار في تقنين الاستهلاك أسلوب التعامل المباشر مع مشكلة الشروط التعسفية حيث يمثل هذا الأسلوب في التركيز على المشكلة دون إدخالها في نطاق طائفة قانونية محددة[3].

---

[1]– رمزي بيد الله على الحجازي، مرجع سابق، ص 217.

[2]– وذلك نتيجة لعدم كفاية الأفكار العامة للعقد لفرض رقابة فعالة على الشروط التعسفية تجاوز المشرع الفرنسي هذه الأفكار التقليدية معلنا نشأة تشريعات خاصة متتالية لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، وقد كان قانون 10 يناير 1978 ممثلا للمرحلة الأهم على طريق تكوين تقنين للاستهلاك.أنظر إلى رمزي بيد الله على الحجازي، مرجع سابق

[3]–إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 16.

واهم النتائج التي جاءت بها التشريعات هو الوصول إلى ابتكار العديد من الوسائل والآليات الوقائية والعلاجية لحماية فعالة للطرف الضعيف في مواجهة الشروط التعسفية في المعاملات التجارية الإلكترونية وعلى ضوء ما سبق سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان

غالبا ما يكون المستهلك الإلكتروني طرفا ضعيفا في المعاملات التجارية الإلكترونية، لذلك فإن اعتبارات العدالة العقدية تعتبر الكثير من العقود التي لا يتوافر فيها تفاوض أو مساومة من عقود الإذعان حيث يكون للمستهلك الحق في تعديل الشروط التعسفية أو تعديلها أو إلغائها[1]. وحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في عقود الإذعان لا تكون بإنكار العقد[2]، بل يكون العلاج من خلال تقوية الجانب الضعيف، ويكون ذلك من خلال وسيلة اقتصادية تتمثل في تجمع المستهلكين وتعاونهم في مقاومة تعسف احتكار الطرف القوي ووسيلة تشريعية تعيد التوازن بين طرفي العقد، وتكون هذه الحماية التشريعية من خلال استبعاد الشروط التعسفية الواردة في العقد[3].ولتوضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: مفهوم التعسف في عقود الإذعان

ذكرنا سابقا أن عقود الإذعان تعتبر المجال الخصب الذي تظهر فيه بجلاء الشروط التعسفية، وكما أن هذا النوع من العقود عادة لا يقبل المساومة والنقاش في الكثير من الأحيان ويرجع ذلك للتقدم التكنولوجي واختلاف التفاوت الاقتصادي والقانوني بل والفني بين المهني والمستهلك، وكثيرا ما يواجه المستهلك في العقود شرطا تعسفيا، أو عدة شروط في العقد المعدة مسبقا من قبل المتعاقد الآخر، ولقد تباينت الآراء القانونية حول إذا ما كانت المعاملات التجارية الإلكترونية عقود إذعان أو لا؟وهذا ما سوف نوضحه في العناصر الآتية:

[1]– عبد الله يب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط1، 2012.ص 116.

[2]– يرى بعض الفقهاء أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقة وعلى رأسهم سالي وتبعه فقهاء القانون العام فهم ينكرون على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية، إذا إن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ، نضال سليم برهم، أحكام التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، ط 3، 2010، ص 194.

[3]– المرجع نفسه.

أولا: المعاملات التجارية الإلكترونية عقود إذعان

تعرف عقود الإذعان على أنها العقود التي يكون فيها أحد طرفي العلاقة العقدية يقبل العقد دفعة واحدة بدون أن يتمكن من مناقشة شروط العقد أو المفاوضة التي يقدمها الطرف الآخر، ومن ثم فإن حرية من وجه إليه الإيجاب تنحصر في قبول أو عدم قبول التعاقد[1].

كما عرف الدكتور عبد المنعم فرج عقد الإذعان باعتباره ذلك العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها يتعلق بسلع أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها[2].

ومن خلال هذين التعريفين يتضح أنه يجب أن يتضمن عقد الإذعان الخصائص ولصفات التالية:

– أن يكون هناك احتكار فعلي أو القانوني لسلعة من السلع، يتمتع بها مرجع اقتصادي قوي سواء كان هذا المحتكر من القطاع العام أو الخاص.

– أن تكون الخدمة المحتكرة ضرورة وليست كمالية بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، ويتحدد ضرورة أو عدم ضرورة الخدمة في ضوء الواقع، وتختلف من زمن لآخر ومن مكان لآخر، فمثلا الأفراد لا يستطيعون الاستغناء عن وسائل النقل أو خدمات الماء أو الكهرباء أو الهاتف.

– أن يصدر الإيجاب بشروط واحدة إلى كافة الناس لمدة غير محددة.

– أن تعرض هذه الشروط في قالب نموذجي مطبوع ومعد سلفا[3].

وإذا كان الفقه قد استطاع التوسع في مفهوم عقود الإذعان ليخرج من النطاق الضيق الذي رسمه له الفقه والقضاء منذ نشأة هذا العقد، إلا أن هذا العمل لا يمثل هدف فقهي بل يعتبر وسيلة قانونية عن طريقها توصل الفقه إلى نتيجة مفادها أن المستهلك هو المحل الحقيقي للحماية التي نص عليها المشرع في عقود الإذعان[4]. وهنا يثور التساؤل هل يمكن وصف أو اعتبار المعاملات التجارية الإلكترونية على أنها عقود إذعان؟

---

[1]– فلاح فهد االعجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، قانون خاص، جامعة الشرط الأوسط، 2011 ص 34.

[2]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 56– 57.

[3]– فلاح فهد االعجمي، مرجع سابق، ص 35.

[4]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 203.

للإجابة على هذا التساؤل اعتبر جانب من الفقهاء أن العقود الإلكترونية هي عقود إذعان وذلك لتمسكهم بالمفهوم التقليدي لعقد الإذعان في حالة ما إذا توفرت في العقود الإلكترونية جميع شروطها، فلا يكفي أن تكون السلعة هامة وضرورية للمستهلك أو ينعدم التفاوض بخصوص هذه الشروط، أو أن تكون محتكرة من جانب المنتج أو البائع، فلا بد من توافر شروط العقد مجتمعة، ويرون كذلك أن الشروط منطبقة على العقد الإلكتروني[1].

كما يرون أصحاب هذا الرأي أنه يجوز وصف العقود الإلكترونية بأنها عقود إذعان، وبالتالي يدخل المستهلك نطاق الحماية التي تمنحها النصوص الخاصة بعقد الإذعان[2].

وأما الاتجاه الحديث من الفقه فيرى في عقود الإذعان، تغليب المعيار الاقتصادي عن غيره من المعايير فالبعض يرى أن الإذعان ينشأ حيث يكمن التفاوت الشديد بين الطرفين وتنعدم المساواة القانونية والفعلية بين إرادتهما، فأحدهما يتمتع بنفوذ قوي والآخر ضعيف بسبب الحاجة الملحة للتعاقد، وقد ذهب البعض الآخر إلى أن شركات الاحتكار في عقود الإذعان هو وصف ينطبق على الشركات الإلكترونية العملاقة في مواجهة المستهلك الضعيف، في عقد التجارة الإلكترونية[3].

ولقد أيد المشرع المصري هذا الطرح حيث اعتبر عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان، حيث نصت المادة 17 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري على أنه:"تعتبر العقود النمطية المبرمة إلكترونيا من عقود الإذعان في مفهوم القانون المدني من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن، وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية، ويعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط لم يتضمن حكما لم يجر العرف به"[4].

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المصري أخذ بنص المادة 100 من القانون المدني والذي يعرف الإذعان بأنه مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، كما تقرر نص المادة 17 تطبيق نصوص القانون المدني فيما يتعلق بتفسير العقود الإلكترونية، وإبطال الشروط التعسفية الواردة في هذه العقود، بل حددت المدة 18 من مشروع القانون بأنه:"مع عدم الإخلال بالمادة السابقة تقع

[1]– إلياس نصيف، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها.

[2]– كريم عزت حسن الشاذلي،مرجع سابق، ص 206.

[3]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق ، ص 440.

[4]– المادة 17 من مشروع قانون التجارة الإلكتروني المدني.

باطلة سائر الشروط التعسفية المتعلقة بتحديد المقابل المالي أو بتخفيف أو إعفاء بائع السلعة أو مقدم الخدمة من المسؤولية"[1].

أما المشرع الفرنسي فقد نضم نصوصا صريحة بحماية المستهلك في العقد الإلكتروني، إذ منح للمستهلك مهلة الرجوع والعدول عن العقد وذلك في قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93/949 الصادر في 1993/6/2[2].

ثانيا: المعاملات التجارية الإلكترونية ليست عقود إذعان بصفة مطلقة

هناك اتجاه من الفقهاء يرون أن المعاملات التجارية الإلكترونية ليست من عقود الإذعان وبالتالي لا يدخل المستهلك في نطاق الحماية التي تمنحها للنصوص الخاصة بعقود الإذعان. وذلك لعدم توفر خصائص وسمات عقود الإذعان[3]، وكذلك لان المستهلك لا يعتبر طرفا مذعنا في التعاقد، حيث أن مبدأ الرضائية مازال يسود العقود والمعاملات التجارية الإلكترونية على خلاف أنواعهما، ويرون أن المعاملات الإلكترونية هي عقد من عقود المساومة وليس من عقود الإذعان[4].

ويرجع ذلك أن التاجر يضع الشروط العامة للبيع بموقعه، ولا يكون أمام المستهلك إلا أن يقبلها أو يرفضها ولا يتعاقد مطلقا، فإذا كانت هذه خاصية من عقود الإذعان إلا أنها ليست كافية لاعتبارها عقود إذعان[5].

ومن أهم صفات عقود الإذعان هو أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات وأن تكون محتكرة احتكارا فعليا وقانونيا، وهذا ما لا يوجد في العقود الإلكترونية، نظرا لوجود مواقع كثيرة تقدم نفس السلعة أو الخدمة وبالتالي لا يوجد احتكار لوجود بديل وخيارات أخرى[6].

وهذا ما خلص إليه أصحاب هذا الطرح، فهم يرون أن مبدأ الرضائية ما زال يسود العقود التجارية الإلكترونية باختلاف أنواعها ولأن حرية الأطراف المتعاقدة لم تتواضع لتكون مجرد الموافقة على الشروط المعدة مسبقا، فيجوز لأحد الأطرف شراء السلعة من منتج آخر أو مورد آخر، إذ لم تعجبه

[1]– نفس المرجع السابق، ص 437.

[2]– فلاح فهد االعجمي، مرجع سابق،ص 35.

[3]– كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 203.

[4]– أيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 57 وما بعدها.

[5]– الرؤوف حسن أبو الحديد ، مرجع سابق، ص 441.

[6]– عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكت الإنترنت ، دار الكتب القانونية، 2008، مصر، ص 48.

الشروط المعروضة لآن هناك عدد كبير من البائعين والمشترين الذين يتعاملون في السلعة، لان أفضل الشروط التعاقدية متاحة دائما، بهذا تكون العقود التجارية الإلكترونية عقود مساومة لا عقود إذعان.

ثالثا: التمييز بين وسائل إبرام المعاملات الإلكترونية

لقد اتجه أنصار هذا الاتجاه إلى الاستناد على الوسيلة التي يتم بها إبرام العقود الإلكترونية وكيفية إبرامها لأن أساليب التعاقد الإلكتروني لا تتيح مجالا حقيقيا للتفاوض والمساومة على مضمون العقد وإطاره المتبادل مما يشك في توازن العلاقة العقدية ويستجوب التقييم الخاص، حيث تعكس هذه الأساليب ميلا مفترضا لمصلحة الطرف الأقوى الذي هو غالبا مهني محترف خاصة مع انحسار التعبير إلكترونيا عن إرادة القبول في خطوات محددة تؤدي فقط إلى اختيار السلعة والوفاء بثمنها دون مناقشة حقيقية وفعلية[1].

ولهذا يرى أنصار هذا الطرح على أنه تكون العقود الإلكترونية عقود مساومة أو عقود إذعان حسب الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التعاقد، أي إذا كانت الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التعاقد تسمح بالمناقشة والتفاوض وتبادل الآراء بين طرفي العلاقة العقدية كالبريد الإلكتروني أو من خلال وسائل سمعية بصرية مثل الهاتف أو **السكايب** أو صفحات الدردشة، وبما يعكس في النهاية موقفا واضحا ونهائيا من إرادة التعاقد إسنادا لمعرفة تامة وكاملة بالعقد وآثاره كأثر للتفاوض المباشر، وفي هذه الحالة يكون إذعان الطرف المتعاقد مستبعدا ويكون هنا العقد الإلكتروني عقد مساومة لا إذعان، أما في حالة ما إذا كانت الوسيلة الإلكترونية التي تم التعاقد بها لا تحقق أي قدر من التفاوض والمساومة بحيث لا يكون للمتعاقد سوى القبول بما تم عرضه في العرض التجاري في الموقع الإلكتروني مما ينفي المساومة الحقيقة والقانونية وعليه فالعقد المبرمة في هذه الحالة يكون العقد المبرم ضمن عقود الإذعان[2].

ونؤيد الطرح الذي يرى أن المعاملات التجارية الإلكترونية ليست عقود إذعان مطلقة وإنما نسبية وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

-بالرغم من وحدة أسباب عدم التوازن العقدي والتي تتلخص في عدم قدرة المذعن عن عقد الإذعان والمستهلك في العقد الإلكتروني على مناقشة شروط العقد، حيث أن الطرف الأكثر قدرة من الناحية الفنية والاقتصادية يستطيع أن يملي شروطه على المستهلك تماما، وقلة خبرة كل من المذعن والمستهلك، وتفوق المهني والمحترف في مجال المعاملة واكتسابه خبرات تمكنه من وضع شروط في العقد تحقق مصالحه وأهدافه إلا

[1]- كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 207.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 207.

أنهم يختلفون من حيث عقد الإذعان لا بد أن تكون السلعة ضرورية ومحتكرة، وهو ما لا يتوافر في عقود التجارة الإلكترونية لأنه لا يجود عنصر الاحتكار على الإنترنت ويستطيع المستهلك الحصول على اختيارات أفضل في موقع آخر ووفق الشروط التي يوافق عليها لأن له الحق في رفض التعاقد كليا أو أن يقبل التعاقد وفي هذه الحالة لا يكون هناك وصف عقود التجارة الإلكترونية على أنها من عقود الإذعان.

– كما انه بالرغم من تماثل ظروف التعاقد في كل من عقود الإذعان والعقود الإلكترونية، حيث أن كلاهما يتم بعقود موحدة ومعدة سلفا وبدون مناقشة ومفاوضات موضوعية مسبقة بين أطراف التعاقد إلا أنها يختلفان بالنظر إلى أن المذعن في عقد الإذعان يقبل شروط التعاقد وبدون مفاوضات ومساومة مثل عقود الكهرباء والمياه والتلفون وخدمات النقل ولا يستطيع رفضها لحاجته الضرورية لهذه الخدمة أما المستهلك في العقود الإلكترونية فيمكنه مناقشه ومساومة الطرف المتعاقد على بنود العقد وإن كان نمطيا وله قبولها كاملا أو رفضها كليا، وهنا نكون أمام عقد مساومة لأنه يقوم على مبدأ الرضائية.

الفرع الثاني: مظاهر التعسف في المعاملات الإلكترونية

أكثر شيء يؤرق ويثقل عاتق المستهلك في العقود الإلكترونية هي الشروط التعسفية التي تعتبر شروطا مجحفة وظالمة تنقص من رضى المستهلك، وذلك لرحابة مجال العقود الإلكترونية لوجود الشروط التعسفية وهذا ما ينعكس سلبا على الطرف الضعيف وهو المستهلك من كافة الجوانب، ولهذا سوف نقوم بدراسة بعض التطبيقات لمظاهر التعسف التي تظهر في العقود الاستهلاكية الإلكترونية، وأهمها عقود توريد برمجيات الحاسب الآلي وعقود التأمين، على النحو التالي:

أولا: مظاهر التعسف في عقود توريد برمجيات الحاسب الآلي

تعتبر برامج الحاسب الآلي عنصرا غير مادي في الحاسوب (الكومبيوتر) بمعنى أوسع أو أدق هي:"الكيان غير المنطقي في نظم المعلومات ويشكل مجموعة من الأوامر والتعليمات المعدة من قبل مبرمجين متخصصين والتي تستخدم في مراقبة وتشغيل وإدارة جهاز الحاسب الآلي وكذلك القيام بوظائف محددة والقيام على حل مشكلات معينة أو وضع الخطط المناسبة لها"[1].

أما من الناحية القانونية أو التشريعية فقد عرف القرار الوزاري المصري رقم 82 لسنة 1993 برامج الحاسب الآلي بأنها:"مجموعة تعليمات يعبر عنها بأي لغة أو رمز متخذة أي شكل من الأشكال يمكن

[1]– شامل سليمان عسله، الإشكالية القانونية للمحل في عقود إعداد البرامج الإلكترونية في التشريع المدني المصري والتشريعات المدنية المقارنة المجلد 2 العدد 33، مجلة الحوليات كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، ص 264.

استخدامها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في الحاسب لأداء وظيفة أو الوصول لنتيجة سواء أكانت هذه التعليمات في شكلها الأصلي أو أي شكل آخر تتحول إليه بواسطة الحاسب"[1].

أما التوجيه الأوروبي رقم 250 لسنة 1991 والصادر في 14 مايو 1991 فقد عرفه ووصفها بأنها:"مجموعة الأوامر التي تؤدي إنجاز المهام المستهدفة من خلال نظام معالجة المعلومات، والذي يطلق عليه الحاسب".

وكان للفقه نصيبا في تعريف برامج الحاسب الآلي على أنها:"كافة العناصر غير المادية اللازمة للتعامل مع الجهاز ومجموعة البرامج والقواعد والمناهج وكافة الوثائق المتعلقة بتشغيله، ليتعامل مع المعطيات الموجودة بهدف المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، وهذا يعني أن البرنامج هو الكيان المنطقي بالإضافة إلى الوثائق المرفقة معه".

وعقد توريد برامج الحاسب الآلي هو عقد يكون أحد طرفيه الجهة المقدمة للبرنامج، بينما يقف الطرف الثاني موقف المذعن المحتاج الذي تملي عليه الشروط وهو عقد حديث من عقود الاستهلاك.

حيث تنحصر مظاهر التعسف في عقود توريد البرمجيات في النقاط التالية:

– البنود التي تحويها عقود توريد البرمجيات المغلقة المصدر، والتي تهدف في مجملها إلى توفير الحماية والفائدة القصوى للمورد (المهني)، ولو كانت على حساب المستهلك.

– نجد المورد يعطي للمستهلك فقط حق استخدم محددة ومقيد ويمنعه من الإطلاع أو دراسة البرنامج أو تطويره، بل يجبر نفسه على تزويد المستهلك بالتحديثات الضرورية لسد الثغرات التي تظهر بعد نزول البرنامج للسوق.

– يمكن للشركة الموردة أن تمتنع عن تزويد المستهلك بأي تحديثات، والتي بدونها قد لا يمكن للمستهلك الاستفادة من البرنامج.

[1]– قرار وزير الثقافة المصري المنشور في الوقائع المصرية عدد 4 ، بتاريخ 10 مايو 1993، ومما يذكر هنا أن المشرع المصري قد نأى بنفسه عن تعريف برنامج الحاسب الآلي، في القانون في القانون رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية بحيث أنه في المادة 104 منه قد منحه الحماية تحت بند حقوق المؤلف دون أن يضع تعريف له، منشور في الجريدة الرسمية عدد 22 مكرر 2002/06/2 هذا قد عرفه القانون الإماراتي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002، بأنه:"مجموعة البيانات أو تعليمات تستعمل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في نظام معالجة معلومات إلكترونية لعرض إيجاد أو الوصول لنتائج محددة".

– الشروط التي تضعها الشركات المالكة للبرمجيات، والخاصة بالمعلومات التي يجمعها عن المستهلك ويطلق عليها Information use of، ويجوز لهم استخدام المعلومات لتحسين عمل منتجاتهم دون الرجوع للمستهلك.

– البنود التي تضعها الشركات المنتجة، في عقود توريد البرمجيات، والتي تمنع المستخدم من محاكمة الشركة المنتجة، فمن يعتقد أن بإمكانه محاكمة شركة مايكروسوفت الأمريكية فعلى سبيل المثال (الإطلاع على عقد الترخيص باستخدام برنامج (Professional Microsoft Windows) البند 26 بعنوان الأضرار والاستثناءات.

كل ما سبق يندرج ضمن الشروط التعسفية التي ترد في عقود توريد البرمجيات، ولا يمكن حصر هذه الشروط بشكل مطلق، حيث إن شركات البرمجيات دائما ما تسعى إلى التطوير في بنود العقود مستخدمة خبراتها الفنية والقانونية، وما يتبعه ذلك من إجحاف وتعسف في الشروط التي تتضمنها عقود التوريد التي يكون أحد أطرافها المستهلك[1].

ثانيا: مظاهر التعسف في عقد التأمين

لقد عرف المشرع الجزائري عقد التأمين وفقا لنص المادة 619 من القانون المدني الجزائري بأنه:"عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقيق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفوع مالية أخرى".

كما أن أغلب التشريعات العربية لم تبتعد عن صيغة مفهوم التأمين في القانون الفرنسي وهو نفس المفهوم الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 619 من القانون المدني الجزائري[2].

[1]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص ص 462– 463.

[2]– عرف المشرع المصري عقد التأمين في المادة 747 من القانون المدني الجزائري بأنه: " عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرئيا أو عوضا ماليا آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أي دفعة أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

ويمتاز هذا التعريف بإبرازه لأهم عناصر عقد التأمين أطراف العقد المؤمن والمؤمن له والمستفيد ومضمونه من خطر وقسط ومبلغ التأمين، كما يمتاز أيضا بأنه جاء شاملا لجميع أنواع التأمين مثل التأمين البري وعمليات التأمين الخاصة التي يمارسها شركات المساهمة أو هيئات التأمين التعاوني[1].

ولقد عرف الفقيه الفرنسي **هيمارد** عقد التأمين على أنه:"عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير دفع قسط على تعهد لصالحه أو الصالح الغير من الطرف الآخر، وهو المؤمن، بمقتضاه يدفع هذا الأخير أداء معينا عند تحقق خطر معين، وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر إجراء المقاصة بينهما وفقا لقوانين الإحصاء"[2].

ويتضح مما سبق أن عقد التأمين هو عقد رضائي وعقد معاوضة وملزمة لجانبين إضافة إلى أنه عقد احتمالي زمني ومن عقود حسن النية، تنتفي أكثر خاصية يتميز بها عقد التأمين ويتصف هذا الأخير على أنه عقد إذعان حيث ينفرد المؤمن بوضع شروط العقد في شكل وثائق ونماذج ثم يقوم بوضعها على جمهور المتعاملين معه ولا يكون أمام المتعاقدين إلا القبول بهذه الشروط أو رفض التعاقد، من أجل هذه الصفة قرر المشرع وضع حماية خاصة للمؤمن عليهم في عقد التأمين بجانب الحماية العامة المقررة لهم وفق الحماية العامة مما جعل القضاء يتدخل لتفسير العقد والحد من تعسف المؤمن، وتفسيره لصالح المؤمن له باعتباره الطرف الضعيف[3].

ولكن إذا تم تطبيق شروط الإذعان التقليدية على عقد التأمين وفق ما هو مشار إليه أعلاه يصعب القول إن عقد التأمين هو عقد الإذعان بصورة مطلقة وذلك للأسباب التالية:

– من شروط عقد الإذعان كما ذكرنا أن هناك احتكارا للسلعة، وهذا غير متوفر في التأمين إذ أن هناك أكثر من شركة نشيطة للتأمين تمارس أعمال التأمين المختلفة، مما ينفي عنصر الاحتكار عن هذه الخدمة.

– إن خدمة التأمين في مجتمعات ليست من الخدمات الضرورية ولا يعتبرها مجتمعنا كذلك، باستثناء التأمين على المركبات ضد الغير فهذا النوع من التأمين يعتبر ضروريا لأنه مفروض بقوة القانون ما أضفى عليه طابع الضرورية القانونية وليس طابع الضرورة الواقعية أو الفعلية أما ذلك من أنواع التأمين أو من بعض

[1]– سارة بوفلكة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي واتجاهات الفقه الحديث، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، عدد 47، جوان 2017، جامعة قسنطينة.ص 384. عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكتروني، مرجع سابق، ص 444.

[2]– عابد فايد عبد الفتاح فايد، أحكام عقد التأمين، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2005، ص 11 وما بعدها.

[3]– رواس حميدة، خصوصة عقد التأمين، رسالة ماجستير، قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، ص 15 وما بعدها.

أنواعه، فإنه أقرب ما يكون في رأي الكثيرين إلى الضرورة في مجتمع كمجتمعنا، مما ينفي عن التأمين شرط الضرورة[1].

ومن خلال ما سبق يتضح أن ضرورة الأخذ بالمفهوم الواسع لعقد الإذعان وضرورة الابتعاد عن المفهوم التقليدي الضيق، لاسيما في ظل التطورات الاقتصادية الهائلة وانتفاء أحد أهم ضوابط عقود الإذعان في الوقت الحالي وهو الاحتكار.

يضاف إلى ما سبق أنه في بعض حالات التأمين يمكن أن يكون المؤمن له هو الطرف القوي اقتصاديا في عقد التأمين وليس العكس، وهو ما يقودنا إلى القول أنه لا بد من تغيير المفاهيم التقليدية لعقود الإذعان والاكتفاء بالشروط الواردة في المادة 70 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

ومن أهم بعض مظاهر التعسف في عقود التأمين، نجد أن المؤمن هو الذي يستقل عمليا بتحديد المخاطر التي يقبل تغطيتها.كما يشترط المؤمن في عقد التأمين تنصيب نفسه للدفاع عن المؤمن به في دعاوى التي تقام ضده، كما أن شركات التأمين تحكم القبضة على المؤمن لهم في الانتظام في دفع القسط في الوقت التي تضع العراقيل دون حصولهم على مبلغ التأمين.

وتطبيقا لما سبق، فإن المشرعين الجزائري والمصري والفرنسي قد أفردا قواعد حماية خاصة، يتمتع بها المؤمن عليه باعتباره الطرف الضعيف في عقد التأمين ومنها:

– فرض رقابة شديدة على الهيئات التي تتولى عملية التأمين.

–تنظيم عقد التأمين بقواعد قانونية متعلقة بالنظام العام، خاصة فيما يتعلق بحماية المؤمن عليه[2].

–إهدار قيمة الشروط التعسفية الواردة في عقد التأمين حماية للمؤمن له وهذه الحماية مقررة في فرنسا بمقضى قانون عام 1978 وقانون 1995، ثم بالقانون 2014، وأخيرا بموجب المرسوم 884 لسنة 2016 بتعديل قانون الاستهلاك الفرنسي بتاريخ 2016/6/29.

وبناءا على ما سبق قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 22 مايو 2008 بأن محكمة الاستئناف قد جانبها الصواب بعدم الحكم ببطلان شرط تعسفي ورد في عقد تأمين، تطبيقا لنص

[1]– عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص 449.

[2]– نصت المادة 753 من القانون المدني المصري على أنه:"يقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام النصوص الواردة في هذا الفصل(المواد من 747 إلى المواد 771 والمتعلقة بعقد التأمين في القانون المدني)، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو المستفيد".

المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، وهو نفس ما أيدته المحكمة في حكمها الصادر في 8 نوفمبر 2007.

أما في مصر فقد نصت المادة 750 من القانون المدني بأنه:"يقع باطلا ما يرد في وثيقة التأمين في الشروط الآتية:

– الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية.

– الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن عليه بسبب تأخيره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات.

– شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

– كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

وبمقارنة هذه الشروط الواردة بالمرسوم 302 لسنة 2009 والخاص بتعديل قانون الاستهلاك الفرنسي، أو المرسوم 884 لسنة 2016 والصادرة في 2016/6/29 يتبين بأنها تقريبا هي جزء من القائمة الرمادية والتي تشمل عشرة شروط وخاصية شرط التحكيم.[1]

ومما سبق نرى ورغم عدم توفر جميع شروط عقود الإذعان في عقود التأمين إلا أنها تندرج تحت عقود الإذعان، وذلك لأنه يوجد في عقد التأمين شروط يجب على الطرف الضعيف قبولها كليا ومجملة أو يرفضها كليا، دون تفاوض ومناقشة مع الطرف القوي، وهذا يكفي لإدراج عقد التأمين ضمن عقود الإذعان.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في لمعاملات التجارية الإلكترونية

لقد ذكرنا سابقا أن القاضي له دور مهم في مجال الشروط التعسفية، حيث يكون محكوم بمبدأ يهيمن على المنظومة القانونية هو مبدأ سلطان الإرادة[2]،ولكن تدخل القاضي في هذا المجال التعاقدي لن يكون إلا في إطار ما يسمح به هذا المبدأ، ولهذا ينبغي دراسة سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية من خلال إما تعديلها أو إلغائها واستبعادها لتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية سواء المعاملات

[1]– عبد الرؤف حسن أبو الحديد ، مرجع سابق، ص ص 450 -451.

[2]– حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية –دراسة مقارنة– كلية الحقوق جامعة بغداد {د. س النشر}، ص 233.

التقليدية أو الإلكترونية. لأن الرقابة السابقة على إبرام العقد لم تعد كافية لتحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية، أو حتى التقليل من حدة التعسف الذي يمارسها المورد الإلكتروني في حق المستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية، لذلك كان يجب تدخل السلطة القضائية أمر ضروري وهذا لتحقيق التوازن العقدي ولتحقيق حماية أفضل لهذا المتعاقد الضعيف، من خلال الكشف وتحديد الشروط التعسفية ثم يحكم بتعديل هذه الشروط أو إلغائها سواء في عقود التي يكون محلها سلعة أو خدمة، وهذا ما سوف نناقشه في الفروع على النحو التالي:

الفرع الأول: إبطال الشروط التعسفية في عقود البيع الإلكترونية للسلع

من أهم الأحكام التي أصدرتها محكمة باريس في 2003/2/4[1] حيث أوضحت المحكمة في ذلك الحكم ما يعد تعسفيا من الشروط المدرجة في إحدى العقود الإلكترونية، وترجع وقائع هذا الحكم إلى 2002/7/4 حيث طلبت جمعية "أسرة فرنسا"[2] من المحكمة أن تقرر اعتبار بعض الشروط تعسفية وفقا للنص المادة 1/132 من قانون الاستهلاك، الواردة في الشروط العامة للبيع الموضوعة بواسطة voyages pérenol.fr.pére-noel.fr وطلبت إلغاء هذه الشروط وتوجيه تحذير قضائي تحت التهديد بالغرامة التهديدية، وإلزام الشركة المدعي عليها بأن تدفع لها مبلغ 7600 يورو تطبيقا للمادة 700 من قانون المرافعات المدنية والتجارية وشركة بيع عن بعد تستخدم شبكة الإنترنت لتقترح على المستهلكين من خلال موقعها سلع استهلاكية ورحلات بالاتفاق، ونذكر فيما يلي الشروط التي اعتبرتها المحكمة تعسفية، والشروط التي لم تعتبرها كذلك، فقد اعتبرت المحكمة الشروط التالية شروطا تعسفية كما قضت بإلغائها وإبطالها:

[1] -Tribunal de grande instance de paris.(1ér ch.sect.soc).4 févr.2003.dalloz. J.C.Manara. obs.N 11.203.p762.

[2] – إحدى جمعيات حماية المستهلك والمعترف لها بممارسة الحقوق المقررة لجمعيات المستهلكين بالقرار الوزاري الصادر في 2000/8/25.

– الشرط المتعلق بحق الشركة المدعي عليها وتعديل بنود العقد في كل من وقت.

– الشرط الذي يسمح للمهني بالتخلص من التزامه قبل التعاقد بالإعلام المنصوص عليه في المادة 111 من قانون الاستهلاك والذي يلزمه بأن يقدم الخواص الأساسية للسلعة الموردة أو الخدمة قبل إبرام العقد.

– الشرط المتعلق بالقيد الوارد على الرخصة القانونية بالرجوع أو العدول[1].

– الشرط المتعلق بالتحفظات حول مطابقة السلعة المسلمة[2].

– الشرط المتعلق بالطابع الاسترشادي لمدد التسليم: هذا الشرط تعسفيا ويصبح باطلا، من حيث إنه يلغى حق المستهلك في التعويض الذي لا يتم التسليم له خلال المدد المتفق عليها ويسمح للشركة المدعي عليها بتغيير أحادي الجانب بعد إبرام العقد، لتاريخ التسليم، وحيث إن مدة التسليم عنصر أساسي في العقد.

أما الشروط التي لم تعتبر تعسفية في هذه القضية و لم يرى القاضي على أنها شروط تخل التوازن في العلاقة بين المتعاقدين وتمثلت هذه الشروط فيما يلي:

– الشرط المتعلق بالقبول الوارد في ديباجة الشروط العامة للبيع[3]، حيث اعتبرت المحكمة أن هذا الشرط ليس شرطا تعسفيا، لأنه لا يخل بالتوازن على نحو كبير بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، وذكرت في حيثيات الحكم "وحيث إن الشرط لا يجيز للشركة المتمسكة بالشروط العامة للبيع إذا لم يكن المستهلك على علم مسبق بها".

---

[1]– تنص المادة الثامنة من الشروط العامة للبيع بعنوان "مدة الرجوع على أنه: "هذه الرخصة بالرجوع لا تطبق إذا كانت منتجات المسلمة كانت محل استعمال دائم (ما يجاوز بعض الدقائق)". وحيث أنه بتطبيق المادة 20/121 من القانون الاستهلاك يملك المستهلك مدة 7 أيام عمل ليمارس حقه في الرجوع، دون حاجة لبيان السبب أو دفع جزاء، عدا مصاريف الرد إذا لزم الأمر "، "وحيث إن الاستثناءات على حق العدول قد ورد حصرا في المادة 2/20/121 من قانون الاستهلاك" وحيث أن استعمال المستهلك لهذا المنتج المطلوب لا يرد بين هذه الاستثناءات".

[2]– نصت المادة 10 من الشروط العامة بأنه: "يضع المشتري تحفظات في حالة عدم المطابقة أو النقص بالتحديد والوضوح على إيصال الاستلام والذي ترسل منه نسخة إلى البائع بالبريد أو الناقل وفي هذا الصدد يكون على المشتري فحص المبيع والمحتوي والمطابقة لحالة المنتج عند التسليم، وتعتبر المراجعة قد تمت إذا كان المشتري أو من يأذن له قد وقع قسيمة التسليم المقدمة بواسطة مستلم البريد أو العامل، وان عدم قيام المشتري بوضع تحفظات على قسيمة الاستلام ، تعني عدم المنازعة في مطابقة الطلب".

[3]–أوردت الشركة المدعى عليها ضمن ديباجة الشروط العامة البيع أن "طلب البضاعة المعروضة في الكتالوج الإلكتروني يخضع لقبول المشتري ويعد قبولا دون تحفظ بواسطة هذا الأخير لمجمل الشروط العامة للبيع المذكورة بعد ذلك.وهذه الشروط العامة للبيع تلزم المشتري، دون النظر للشروط الخاصة، المضافة بواسطته، إلا إذا كان هناك اتفاق صريح من البائع، النظر للوثائق المنشورة بواسطة شركة Noelpère. ويتم تأكيد القبول بواسطة توقيع المشتري الإلكتروني وذلك بواسطة نقر الإجازة وإبلاغ الوكلاء المصرفيين للوفاء ودفع طلباته، ويكون لهذا التوقيع الإلكتروني قيمة التوقيع بخط اليد بين الأطراف. وهذا النقر المزدوج يعني اعتراف المشتري أنه على علم كامل، وأنه قد أقر مجموعة الشروط المذكورة بعد ذلك".

– الشرط الذي يعفي الشرط من المسؤولية عن الصعوبات التقنية التي يمكن أن يواجهها العملاء على موقعها. وقعت المحكمة بأن هذا الشرط لا يعد تعسفيا، لأنه لا يمثل اختلالا بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، طبقا لأحكام المادة 1/132 من قانون الاستهلاك، ومع ذلك يجب ألا يشكل إخلالا بالتوقعات المشروعة للمستهلكين.

وفي حكم آخر ترجع وقائع هذا الحكم إلى 15 مارس 2006، حيث رفعت جمعية الإتحاد الفدرالي للمستهلكين (U.F.C)، الدعوى على شركة وذلك لتقرير عدم مشروعية أو تعسفية بعض الشروط الواردة في الشروط العامة للبيع الموضوعة بواسطة الشركة المذكورة على شبكة الانترنت، وطلبت هذه الجمعية من المحكمة إبطال الشروط مع إلزام الشركة بإلغاء هذه البنود من الشروط العامة تحت التهديد بالغرامة التهديدية ومنعها من إلزام المستهلك بطلبات تكميلية غير التي طلبها مختارا من قبل الشركة وطلبت التعويض ونشر الحكم شاملا هذه الشروط في ثلاث صحف يومية وطنية وفي موقع الشركة ونعرض فيما يلي الشروط وقرارات المحكمة تجاه كل شرط، ومن ضمن الشروط التي اعتبرتها المحكمة شروطا تعسفية وقضت بإبطالها[1] هي:

– الشرط الذي يقرر أن مدة التسليم ليست نهائية.

–اشتراط الرد لعدم المطابقة خلال 15 يوم من التسليم: حكمة المحكمة بأن هدا الشرط تعسفي ويلغى لأنه يخالف نص المادة (12/211) من قانون الاستهلاك التي تجعل حق المستهلك في الرد لعدم المطابقة يسقط بمضى سنتين.

– الشرط الذي يستقطع مصاريف الرد من الثمن المستحق للمستهلك: قضت المحكمة بأن هذا الأمر يقف عند حد قيام المستهلك بشحن الطرد على نفقته وبالتالي فإن أي التزام آخر يكون تعسفيا.

كما أبطل هذا الحكم الشرط الذي يمد المدة القانونية لرد الثمن في حالة رد البضاعة (جعلها 15 يوم من قبول الرد). استنادا إلى المادة 1/20/121 من قانون الاستهلاك التي توجب أن يتم الرد دون تأخير ولا يتجاوز مدة 30 يوما من تاريخ ممارسة هذا الحق، وان هذه المدة آمرة يجوز فقط للمستهلك أن يخفضها، ويجب أن يذكر أي شرط هذه المدة كحد أقصى ونظرا لأن مدة 15 يوما غير معروفة نقطة بدايتها بدقة، وبالتالي أبطلت المحكمة هذ الشرط.

[1]- كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 541.

– الشرط الذي يفرض خبرة مسبق في حالة المطالبة بالعيب الخفي: قضت المحكمة باعتبار أن هذا الشرط تعسفي ويلغى وذلك حيث أن الخبرة هي أحد طرق الإثبات والقاعدة حرية الإثبات، لذلك فإن شركة يجب ألا تجعل منها التزاما وبالتالي فإن هذا الشرط يفهم منه أنه في حالة عدم احترام الشرط يكون طلب الضمان غير مقبول.

– شرط المنتجات الملحقة بالطلب الأصلي: حيث عابت الجمعية على الشركة اقتراحها منتجات إضافية على الطلب المقدم من المستهلك، حيث يعد ذلك بيعا جبريا وخادعا لأن المستهلك قد يعتقد أنها من البضاعة المطلوبة، وقد اعتبرت المادة 3/122 من قانون الاستهلاك أن هذا التوريد محظور إذا كان مقابل ثمن، وقد حكمت المحكمة ببطلان الشرط استنادا إلى نص المادة 3/122 من قانون الاستهلاك الذي يحظر توريد سلع دون طلب مسبق من المستهلك.

– الشرط الذي يعطي لأعطال الموقع صفة القوة القاهرة: ولقد أبطلت المحكمة هذا الشرط لأنه يؤدي إلى إعفاء الشركة من تحمل المسؤولية إذ أن حالات القوة القاهرة تخضع لتقدير القضاء حالة بحالة، ويعد الشرط تعسفيا لأنه إعفاء ذاتي من المسؤولية[1].

أما الشروط التي لم تعتبرها المحكمة في هذه القضية شروطا تعسفية تتمثل فيما يلي:

– الشرط الذي ينص على أنه بعد الطلب والوفاء لا يكون العرض ساريا إلا في حدود المخزون المتاح.

– الشرط الذي ينص على أنه إذا لم يتم التسليم يتم الرد في صورة طلب شراء[2]، حيث قضت المحكمة أن الشرط لا يعد تعسفيا، لان المشرع أجاز النص مسبقا على عرض بضاعة مماثلة، وبالتالي يعتبر الشرط مطابقا لحكم المادة 3/20/121، وذكر الحكم كذلك أن هذا الشرط لا يترتب عليه عدم توازن كبير ضار بالمستهلك.

– الشرط الذي ينقل عبئ مخاطر التسليم على المستهلك[3]، حيث قضت المحكمة أنه ليس هناك محل لإلغاء هذا الشرط لأنه لا يحرم المستهلك من اختياره في طرق التسليم.

---

[1]- كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 542.

[2]–وفقا للبند 2/2 من الشروط العامة للبيع يكون التسليم خلال 30 يوم في الحدود المتاح من البضاعة، أو اقتراح بضاعة مماثلة بذات السعر أو رد الثمن خلال 30 يوم على أن يتم الرد بناءً على طلب شراء، وقد اعتبرت الجمعية أن الرد بطلب شراء (قسيمة) غير مشروع باعتبار أن المستهلك يجب أن يتم الرد له دون تأخير.

[3]يقضي البند 3/6 5/6 من الشروط العامة للبيع الموضوعة على الانترنت بأنة: إذا اختار المستهلك التسليم في المنزل أو بالباب، أو العقار، وزادة المسافة عن 30 كم يتحمل المستهلك مخاطر التسليم. وقد اعتبرت الجمعية أن هذا الشرط يعد تعسفا ومجحفا لحقوق المستهلك وطلبت إبطاله . واعتبرت الشركة (C.Disount) أن هذا الشرط يتفق مع طريقة التسليم حسب اختيار المشتري.

– الشرط الذي يحظر الرد والرجوع في حالة تلف غلاف المنتج أو لحق به ضرر، ولقد أقرت المحكمة بأن هذا الشرط صححا وليس تعسفيا، إذ يجب أن يكون المنتج المردود صالحا لتسويقه من جديد.

الفرع الثاني: إبطال الشروط التعسفية في عقود الخدمات عبر الإنترنت

ومن أمثلة إبطال الشروط التعسفية في عقود الخدمات التي يتم إبرامها عن بعد ما قضت به المحكمة الفرنسية بإبطال الشروط التعسفية، عندما رفعت جمعية الإتحاد الفدرالي للمستهلكين دعوى إلغاء الشروط التعسفية المدرجة في عقد SAS للرحلات عبر الخط، ولقد استجابت المحكمة لطلب الجمعية وأصدرت حكمها في 2006/3/21 بأمر SAS voyage sur mesure بأن تلغي 20 شرطا وردت في الشروط العامة للبيع، وأدانت مؤدي الخدمة بدفع تعويض للجمعية، ونشر الحكم في جريدتين ومن أهم الشروط التي أبطلها الحكم هي:

– الشرط الذي ينص على أنه إذا تم تخفيض اليوم الأول أو الأخير من الرحلة أو الليلة بسبب المواعيد المفروضة بواسطة الشركات الجديدة، نتيجة الوصول المتأخر أو الرحيل(السفر) السياحي، لا يكون هناك أي استرداد.

– وأبطل هذا النص لأنه لا يتفق مع المادة 7/211 من قانون السياحة التي تنص على أنه كل منظم رحلة يكون مسئولا بقوة القانون في مواجهة المشتري عن حسن تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد، وتنفيذ هذه الالتزامات بواسطته أو بواسطة مؤدين آخرين لخدمات دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم.

– الشرط الذي ينص على أنه في حالة تحديد مدة الإقامة، لا يجوز منح أي تعويض للعودة مبكرا، وقضي بأن هذا الشرط أيضا غير مشروع لتعلقه بالنظام العام، ويؤمر بإلغائه من العقد.

– الشرط الذي ينص على أنه: "يتم الخصم والاستقطاع من البطاقة المصرفية في حالة حجز الرحلات بناء على الطلب لقضاء الإجازات، الإقامة الفندقية، الفنادق، الرحلات البحرية، وسنتصل بالعميل إذا أخطرنا المورد بعدم توافر العرض". حيث قضي بأن الشرط غير مشروع وبلغي لأنه يعفي الشركة من التزامها باقتراح أماكن متوفرة تطبيقا للمادة 9/211 من قانون السياحة، وكذلك لان الحساب يقطع مباشرة دون مقابل من الشركة المنظمة، والتي لا تتحقق من توافر الأماكن.

– شرط"يتم الوفاء بالبطاقات المصرفية" قضي بأنه غير مشروع حيث يخالف المادة 624 من القانون الجنائي، وتتطلب الشركة المنظمة الوفاء بشيكات سياحية دون تأثير للطابع غير المشروع للوفاء، حيث أن

الوفاء مفروض أولا بأن يكون مسبقا وأن يكون ببطاقة مصرفية، وهذا الشرط غير مشروع ويلغي من العقد.

وفي قضية أخرى قضت محكمة الاستئناف ببطلان الشرط الذي يكون محله أو أثره أن يعطي للمهني حق التعديل بإرادة منفردة خواص السلعة المسلمة أو الخدمة التي تؤدي، ومن ثم فإن الشرط الوارد في نسخة 2000 غير مشروع، باعتبار أنه ينص على رخصة تعديل الخدمة المورد من جانب واحد لصالح المهني وهذا يخالف نص المادة 1/132 من قانون الاستهلاك، إلا أن محكمة النقض الفرنسية، اعتبرت هذا الحكم قد خالف القانون: وباعتبار أن الضرورات التقنية والتكنولوجية تجعل من اللازم أن يقوم المورد بتعديل محتوي الخدمة التي يقوم بتوريدها، إذا يتم التعديل وفقا للتطورات التقنية، باعتبار أن التطور مرتبط بالإنترنت، وهو متوقع من المستعملين[1].

ونقض هذا الحكم حكم محكمة الاستئناف الذي اعتبر التزام شركة Aol توريد الدخول إلى الإنترنت التزام بنتيجة وأبطل الشرط الذي يقيد مسئوليتها بالنسبة لتقديم الخدمة باعتبارها تعسفيا.

فاعتبرت محكمة النقض أن التزام شركة Aol التزام بوسيلة، وقررت محكمة النقض أن التزام Aol بأن تضمن الدخول إلى الإنترنت في كل وقت وفي كل مكان يعتبر التزاما فرعيا للمورد، يكون للأطراف حرية اعتباره التزام بوسيلة، باعتبار أنه لا يغير الالتزام الرئيسي في الاتفاق، وهو التوريد المعتاد لمدخل إلى الانترنت، وإذا اعتبرت محكمة الاستئناف هذا الشرط تعسفيا فإنها قد خالفت المادة 1/132 من القانون الاستهلاك.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الشرط الذي يعطي المستهلك والمهني حرية الفسخ دون إخطار وفقا للقواعد العامة يكون تعسفيا، وعلى ذلك فقد نقضت حكم محكمة الموضوع لاعتبارها الشرط "الذي يجيز للمورد الفسخ في أي سبب كان" غير تعسفي، لمخالفة لمادة 1/132 من قانون الاستهلاك لان الشرط يعطي المهني الفسخ من جانب واحد دون إخطار أو حتى إنذار،كما أن هذه الرخصة مقررة للمهني وليست رخصة تبادلية.

هذه هي بعض الأحكام التي أبطل فيها القضاء الفرنسي الشروط التعسفية في المعاملات التجارية الإلكترونية، من أجل تحقيق حماية المستهلك الإلكتروني ولا يوجد في الجزائر ولا مصر أحكام مماثلة حيث

[1]-كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 545

لا يوجد في التشريع الجزائري نصوص تحمي المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، إلا في نطاق عقود الإذعان فقط.

وبخلاف القضاء الفرنسي فقد توسع القضاء الأمريكي في إبطال الشروط التعسفية حيث أبطلت المحاكم الشرط الذي أبرمته إحدى الشركات مع المستهلك، والذي بمقتضاه يحظر على المستهلك عمل بدائل أو إضافة إكسسوارات للآلات التي يتم شراؤها في الشركة وذلك لان هذا الشرط يحرم المستهلك في مجالات معينة لحقوقه الصحيحة، كما أدان القضاء الأمريكي شركة كوداك، والتي هي واحدة من المصنعين لآلات النسخ حيث إنها تحظر استبدال أي من المعدات الخاصة بها بأجزاء من مصنعين آخرين وما يترتب عن ذلك من شحن تلك المعدات بأسعار إضافية ومن ثم تخلق اتجاها أحاديا فيما بعد التسويق[1].

المطلب الثالث: جزاء الشروط التعسفية

كما ذكرنا سابقا أنه في حالة ما كان العقد قد تضمن في محتواه بندا يكون شرطا تعسفيا منح المشرع للقاضي سلطة واسعة في التدخل لمحاربة كل شرط تعسفي من شأنه الإخلال بالتوازن بين المتعاقدين في العقود بصفة عامة والعقود الإلكترونية بصفة خاصة، ولحماية الطرف الضعيف من ممارسات الطرف القوى وهذا ما جعل المشرع يحمي هذا الطرف الضعيف وذلك من خلال فرض الجزاء عند الفصل في الدعاوى المرفوعة أمامه، حيث يتمثل الجزاء في جزاء مدني المتمثل في إبطال العقد وإلغاء الشرط التعسفي وذلك لتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية، وكذلك الجزاء الجنائي الذي يتمثل في فرض غرامات مالية على الطرف القوى الذي فرض هذه الشروط على المستهلك. وسوف نعالج هذا المطلب فبي فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الجزاء المدني

تعتبر العقود الإلكترونية كغيرها من العقود تتكون من عدة شروط، قد يكون أحد هذه الشروط يتصف بالتعسف ومن هنا يمكننا طرح التساؤل التالي: هل إبطال الشرط التعسفي يؤدي إلى بطلان العقد أم أن البطلان يقتصر على إبطال الشرط التعسفي لوحده دون المساس بالعقد؟

رأينا فيما سبق أن المشرع الفرنسي نص على اعتبار الشروط التعسفية بمثابة الشرط غير المكتوب على أساس أنه باطل بطلانا جزئيا، أي بطلان الشرط لا بطلان العقد، وذلك من خلال نص المادة 35 من

[1]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 546.

قانون 1979/01/10 الفرنسي المتعلق بحماية المستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التي تنص على أن الشروط التعسفية التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص القانونية السابقة تعتبر غير مكتوبة[1].

وفي سنة 1993 وبصدور القانون الاستهلاكي الفرنسي أعاد المشرع الفرنسي النص في المادة 6/1/132 على اعتبار أن الشروط التعسفية كأن لم تكن وجرى الاتفاق على اعتبار أن كلمة réputées non écrites تعني باطلة[2]، فنصت المادة على بقاء بنود العقد سارية باستثناء الشروط التي حكم باعتبارها تعسفية، إذا كان يمكن أن يستمر العقد دون الشروط السابقة.

فلما يكون العقد يتضمن شرط من الشروط التي تكون ضمن القائمة السوداء، فهو باطل بموجب المادة 84 من قانون القانون الاقتصادية حيث نصت على أن الشرط التعسفي المتنازع عنه يكون باطلا فقط دون أن يبطل العقد بأكمله أي انه:"بطلان جزئي بمعنى أنه ينطبق فقط على الفقرة المتنازع عليها" كما حكمت محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي، في حكم صادر في 14 يوليو / تموز 2012، المقدمة بشأن شرط المصلحة الافتراضية المخالف لنص المادة 6 من التوجيه الأوروبي رقم 13/93، والذي يسمح للقاضي الوطني، عندما يجد بطلان شرط تعسفي في عقد مبرم بين محترف والمستهلك، لاستكمال العقد المذكور من خلال مراجعة محتوى هذا البند كما يوضح Ch. Biquet-Mathieu ، فإن ذلك يترتب على "الالتزام بالشرط التعسفي الغير مكتوب. يجب على القاضي استبعاد البند التعسفي تمامًا وبكل بساطة دون أن يكون قادرًا على ذلك تراجع. إذا كان بإمكان القاضي مراجعة البند ،فإن هذه العقوبة حسبما ذكرت المحكمة، لن تكون كذلك رادعة للمهنيين، مع العلم أنهم قد يخاطرون برؤية شرط دون فقدان المنفعة بالكامل، سيظل المهنيون يميلون إلى استخدامها[3].

وتبقي مسألة مهمة لم يتناولها التوجيه الأوروبي لسنة 1993 بشأن الشروط التعسفية وكذلك المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك، متعلقة بميعاد رفع الدعوى للمطالبة بإبطال الشرط التعسفي، فإذا كان من شأن بطلان الشرط التعسفي بطلان التصرف، فإنه سيؤدي إلى إنشاء نوع من المراكز القلقة المعلقة

[1] -ART 35 "de telle clauses abusives stipulées en contradiction avec les disposition qui précédent sont réputéesnon écrites" .

[2] - ART 132-1/6:(le contrat restera applicable dans toute ses dispositions autres que celles jugus abisives s'il peut subsister dans les dites clauses).

[3] -Delforge Cécile. Chroniques de droit à l'usage des juges de paix et de police 2018 ;Université de Liège – Uliège ; Département de droit; Droit des obligations et du crédit ; 2018 ; P22

على إرادة المستهلك، وما من شك فإن فترة القلق هذه طالت أم قصرت، لا تستقيم والسياسية التعاقدية أو استقرار التعامل في المجتمع[1].

أما في التشريعات العربية الحديثة الخاصة بإبطال الشرط التعسفي فلقد قرر المشرع المصري في نص المادة 18 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري إذ نصت على أنه:"تعتبر العقد المبرمة إلكترونيا من عقود الإذعان في مفهوم القانون المدني من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية، ويعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف".

أما نطاق التعاقد الإلكتروني يتم مراعاة الظروف الخاصة بالمحتوى الإلكتروني للعقد وبعد الأطراف ولا يتم إبطال العقد، ولكن يتم إلغاء الشروط التعسفية ويبقي العقد مطبقا إذا كان يبقي بدونها[2].

كما أن المشرع المصري نص أيضا في المادة 10 من قانون حماية المستهلك على أنه:"يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون".

ومن خلال هاتين المادتين تبين لنا أن المشرع المصري اعتبر كل شرط يصيغه الطرف القوي في عقد الاستهلاك والذي بمقتضاه يعفي به نفسه من أي التزام يعد شرطا باطلا ولكن العقد يبقي قائما ببقية الشروط[3].

فالنظام العام المقصود في قانون حماية المستهلك هو النظام العام الاقتصادي الحمائي، لأن المشرع يهدف إلى حماية فئة من المتعاقدين في مستوى أدنى وهي فئة المستهلكين، تجاه المتعاقد الأقوى وهي فئة المستهلكين تجاه المتعاقد الأقوى وهو المحترف عند تنظيمه لمختلف العقود.

وإن هدف هذه الحماية ليس في تغليب مصلحة فئة اجتماعية معينة على أخرى، إنما في إحلال المساواة في الروابط التعاقدية عندما تكون مصلحة أحد الأطراف مهددة، وفي هذه الحالة مصلحة المستهلك.مع ضرورة الإشارة إلى أنه في بعض الحالات قد يؤدي بطلان الشرط التعسفي إلى بطلان العقد وهي حالات محددة:

---

[1]– زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016 ص 142.

[2]– كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 522.

[3]– بن سعيدي سلمة،، مرجع سابق، ص 179.

– إذا كان العقد يحتوي على شرط عدم قابليته للتجزئة، فالعقد لم يقبل إلا لكي ينفذ في جميع شروطه.

– إذا كانت كل شروط العقد محل اعتبار ومؤثرة.

– إذا أثبت المحترف أن الشرط الذي اعتبر تعسفيا كان له تأثير في تحديد رضاه.

ولتعزيز حماية المستهلك يجب أن يمنع المحترف من المطالبة لإبطال العقد في حالة بطلان الشرط، فإذا منح هذه الإمكانية فإن المستهلك لن يبادر للمطالبة بإبطال الشرط لأنه سيحرم من العقد بأكمله[1].

أما المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المدني في القانون رقم 04/ 02 المتعلق بالممارسات التجارية، ولم يتفطن إلى بيان الجزاء المدني المترتب عن إيراد الشرط التعسفي في عقد من العقود الإلكترونية[2].

ويرى البعض من الفقهاء أن النقصان يرجع إلى سهو المشرع وهو نقص كبير ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي وبقاء العقد صحيحا إذا كان بالإمكان إستمراريته دون تلك الشروط. ويمكن أراد المشرع من عدم النص على الجزاء المدني في القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية لإمكانية الرجوع وتطبيق القواعد العامة الموجودة في القانون المدني وذلك ما جاء في نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي تنص 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".

ورغم هذا كان جانب آخر من الفقه يرى أن هذا التفسير يتعارض مع نص المادة 29 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية والتي تحدد بعض أنواع الشروط التعسفية والتي لا يكون إزاءها للقاضي أي سلطة تقديرية بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 من القانون المدني الجزائري بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع للشرط التعسفي، بالإضافة إلى ذلك فإن سلطة القاضي جوازيه وليست وجوبيه فيجوز للقاضي ألا يستعمل هذه الرخصة المخولة له من المشروع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان.

وهناك من يقول بموجب تطبيق نظرية انتقاص العقد، ويرد عليهم بأن هذه النظرية التي تقوم على انتقاص العقد، تسمح للقاضي بإجراء تعديل لأحد شروط العقد وبالتالي هذا التعديل لا يمس العقد بأكمله،

[1]– زوبة سميرة، مرجع سابق، ص ص 141- 142.

[2]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 100.

كما أن فكرة انتقاص العقد تمثل جزاء غالبا ما يكون أشد جسامة من البطلان. ومن هنا يتبين أن هذا النظام المنصوص عليه في القانون 02/04 لا يتماشى مع القواعد العامة فصحيح أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على طبيعة بطلان الشرط التعسفي غير أنه بالرجوع إلى أحكام الضمان فإن كل شرط مخالف لذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا[1].

الفرع الثاني: الجزاء الجنائي

أما من ناحية الجزاء الجنائي فقد نص المشرع الجزائري في حالة فرض شروط تعسفية جزاء من خلال ما نصت عليه المادة 38 من القانون 02/04 بقوله: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 29/28/27/26 من هذا القانون يعاقب عليها بغرامة من 50.000 دج إلى 5.000.000 دج".

ولعل المشرع الجزائري أخذ عن نظيره الفرنسي هذا الجزاء الجنائي حيث يعاقب المرسوم رقم 464/78 المؤرخ في 1978/03/24 بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها، ومن جهة أخرى أعطى المشرع للسلطة التنظيمية إمكانية التدخل ما يلي:

- إما عن طريق إصدار قرارات وزارية وإدارية تتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود.
- التدخل لمنع العمل في مختلف أنواع العقود لبعض الشروط التي لا تعتبر تعسفية [2].

وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي حين منح للحكومة السلطة في إصدار مراسيم لتحديد أنواع الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية وذلك بعد أخذ رأى لجنة الشروط التعسفية.

ويجوز رفع الدعاوي أمام الجهات الجزائية من أجل فرض الجزاء والعقاب على المتدخل إما من طرف المستهلك أو جمعية حماية المستهلك أو الجمعيات المهنية أو النيابة العامة وكل شخص طبيعي له مصلحة في ذلك كما يجوز لهذه الأطراف إضافة إلى طلب توقيع الجزاء علة التاجر أو المورد أن تأسس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عما لحقهم من أضرار[3].

---

[1]– بن سعيدي سلمة، مرجع سابق، ص ص 180– 181.

[2]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 101.

[3]– بن سعيدي سلمة ، مرجع سابق ص 182.

ومن أجل إقامة التوازن في لعلاقة التعاقدية كان من الضروري أن تنشأ العقود بدون شروط تعسفية وإن نشأ العقد وتتضمن شرطا تعسفيا متى أدى إلى الاختلال بين الحقوق والالتزامات فإنه لا يعتد به ويعتبر كأنه غير مكتوب، هذا التصور جاء وفق القواعد الحديثة لحماية المستهلك فوصفت هذه الحلول التي هدفها الأول والأخير بصريح النص القانوني كما مر بنا منع الاختلال التعاقدي وذلك بما اعتبره الفقه مكافحة الشروط التعسفية، وهذه المرحلة الثانية في الحماية وتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية بالنسبة للمشرع الجزائري الذي لم تقتله المرحلة الأولى في القواعد العامة في حماية الطرف الضعيف من ظاهرة عدم التوازن وتعديل وإعادة التوازن للعقد المختل م.م (110،70 من القانون المدني الجزائري) فكان معيار العدالة هو المنطق والأساس بالرغم ما تميز به من إبهام، والمرحلتين متكاملتين إلا أن القواعد الحديثة المنصوص عليها في القانون رقم 02/04 جاءت دقيقة فأعطت المعيار الدقيق للكشف عن الشرط التعسفي في كل ما من شأن الإخلال الظاهر بالتوازن القانوني لحماية المستهلك تكملة وإثراء لما سبق التي قررها في القواعد العامة حيث منح للقاضي قواعد قانونية حديثة بمعايير تخلق التوازن في العلاقة العقدية[1].

وفي نهاية هذا الفصل نكون قد خلصنا إلى بعض الآليات والضمانات الوقائية التي يمكن من خلالها تصحيح حالة عدم التوازن المعرفي والاقتصادي بين طرفي العلاقة العقدية، وهذه الوسائل والأساليب تهدف إلى حماية الطرف الضعيف معرفيا وتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية الذي يأتي مبادئ العدالة أن ترتبط بعقد غير متوازن، كما أن هذه الأساليب تعمل على وجود عقد يتوافر فيه مقتضيات العدالة الاجتماعية.

[1]– عرعار عسالي، مرجع سابق، ص 204.

الفصل الثاني: الضمانات القانونية العامة لتحقيق التوازن بين الشروط التعاقدية

تتمثل الضمانات القانونية العامة لتحقيق التوازن بين الشروط التعاقدية في مبدأ حسن النية في التعاقد وتطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي تعتمد على القاعدة الأخلاقية وبالالتزامات، وجاء مبدأ حسن النية في العقود والمعاملات وذلك لتخفيف الكثير من صرامة بعض النصوص القانونية التي قد يؤدي تطبيقها حرفيا إلى ما يخالف روح العدالة وجوهرها، وهو من المبادئ الأساسية التي تم تكريسها في القانون العام والخاص لما يقتضيه حسن النية من تعاون وأمانة ونزاهة بين المتعاقدين في تنفيذ الالتزام، ولهذا جاز للقاضي الوقوف على مصلحة الطرفين وذلك في إيجاد حلول ملائمة للنزاعات الناتجة عن المعاملات التجارية، لأن تحقيق التوازن العقدي لا يمكن أن يكون أكثر فعالية إلا عند إعطاء القاضي سلطة إمكانية التوازن العقدي والوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين والابتعاد عن الغموض والإبهام الذي يشوب المعاملة. كما تعد الظروف الطارئة من أهم المسائل القانونية التي كانت ولا زالت تثير الاهتمام لدى الباحثين وخاصة دور وفعالية نظرية الظروف الطارئة في تحقيق مبدأ التوازن العقدي، وعليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين قاعدة حسن النية في التعاقد (المبحث الأول) ودور نظرية الظروف الطارئة في تحقيق التوازن العقدي (المبحث الثاني).

المبحث الأول:مبدأ حسن النية في التعاقد

نشأ مبدأ حسن النية مع نشأة القانون الروماني فيما يعرف بمبدأ **bonne foi** حيث اعتبر مصدرا من مصادر القاعدة القانونية في هذه الفقرة، حيث يعتبر مبدأ حسن النية أحد أهم المبادئ القانونية أو الضمانات التي من خلالها يستطيع المشرع التدخل للحفاظ على حالة من التوازن العقدي، من خلال فرض التزامات قانونية على طرفي العلاقة العقدية، حيث تتغلب على حالة عدم التوازن العقدي الذي ينشأ نتيجة لاختلاف المراكز القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية الالكترونية أو لوجود ضعف تعاقدي يعتري أحد أطراف العلاقة التعاقدية مقارنة بالطرف الآخر[1].

ولقد كان المشرع الألماني أحسن من اعتد بهذا المبدأ وبصريح نص المادة 242 من القانون المدني الألماني بوصفه مبدأ عام، والمحاكم الألمانية تستعمل هذا المبدأ وبشكل مباشر لمواجهة اختلال التوازن في العقود ومنحت للقاضي بهذا المبدأ الوسيلة الفعالة لإعادة التوازن المفقود في العقد، كما حاك القانون الألماني بمفاهيم مرنة مثل حسن النية والآداب الحسنة توجه اجتماعي للقانون أصبح معترف به وبناء على نص المادة السابقة حيث أعطت للقضاة الوسائل اللازمة لمعالجة وبطريقة ملائمة مسألة التكافؤ والمساواة العقدية.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي بالرغم من اعترافه بمبدأ حسن النية وماله من دور في العلاقات التعاقدية لكن لم تكن لديه جرأة القانون الألماني في جعله تقنية مستقلة لإقامة التوازن العقدي[2].

لكن الثابت أن مبدأ حسن النية من المبادئ الأخلاقية المستقرة في القواعد القانونية ويتقدم المبادئ لما يتميز به من قدرة على ضمان النزاهة والاستقرار والتوازن وتطبيقاته متعددة في القانون جعلت منه مبدأ قانونيا عاما[3].

مبدأ حسن النية يشمل جميع مراحل العقد وبذلك يعتبر ضمانة ووسيلة لإعادة التوازن العقدي لكل مراحل العقد، وذلك باستبعاد الالتزامات السلبية ويقرر التزامات إيجابية تقتضي سلوك أخلاقي يجعل من العلاقة التعاقدية ضمانة لإرساء العدالة العقدية.

---

[1]– محمود فياض، مدي التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، السنة السابعة والعشرون، أبريل 2013. ص 225

[2] -Camille Jauffret-spinosi, Les grands systèmes contractuels européens, Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, (colloque de 22 juin 2007) Univ. Luxembourg, p p 14-15.

[3]– عبد المنعم موسي إبراهيم، حسن النية في العقود –دراية مقارنة–منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص 94.

وكان للمشرع الجزائري اعترافا صريحا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، ولا شك أن حسن النية كقاعدة أخلاقية أريد لها أن تصبح قاعدة قانونية للدور الذي تؤديه في خدمة العلاقة التعاقدية لما تحمله من مبادئ تثري وتطور سلوكيات الأطراف بما يحقق العدالة العقدية بهدف تحقيق التوازن[1]. وعلى ضوء هذه التعريفات سوف نقوم لتوضيح مفهوم قاعدة حسن النية (المطلب الأول)، والأساس القانوني لقاعدة حسن النية (المطلب الثاني)، وتحديد مظاهر حسن النية كضمانة لإعادة التوازن (المطلب الثالث)،.

المطلب الأول: تحديد مفهوم قاعدة حسن النية

لقد تعددت التعاريف الفقهية لقاعدة حسن النية لكنها لم تكن كافية لمتطلبات البحث العلمي حيث عرفها جانب من الفقه بأنها: " اليقين القائم على اعتقاد غير صحيح في أي تصرف ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فتترتب على ذلك أثار قانونية، من شأنها حماية كل ذي مصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية". كما عرفه آخرون على أنها: "تصوير لتلك النوايا المتئدة الخالية من الصرامة والعنف، وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف"، وما يلاحظ من هذه التعاريف أنها غامضة وغير واضحة وغير كافية للدراسة والاستدلال بها لقاعدة مبدأ حسن النية[2].

ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني وتعاريف الفقه لهذا المبدأ اتضح أن الفقه تردد على معيارين لمبدأ حسن النية أولهما ذاتي أو شخصي قوامه نية المتعاقد، والآخر مادي أو موضوعي يعتد بعرف التعامل[3]. ولهذا سوف نقوم بتقسيم مفهوم قاعدة حسن النية إلى تعريفها وفق المعيار الشخصي وتعريفها وفق المعيار الموضوعي على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف قاعدة مبدأ حسن النية وفق العيار الشخصي

يعتمد أصحاب هذا الرأي على البعد الشخصي في تعريف مبدأ حسن النية، حيث يتعلق هذا البعد بماهية الاعتقاد الداخلي للشخص المتعاقد والحالة الذهنية التي قد يكون عليها أثناء التعاقد، على نحو قد يحمله على عدم مراعاة مصالح الطرف المقابل كما يتعامل مع مصالحه، وكانت المدرسة الألمانية الوحيدة

[1] -Mustapha El-GHARBI," Justice contractuelle et liberté de la volonté, R.R.J 2005, p 180.

[2]– زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود–دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه، تخصص قانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد 2018/2017، ص 25.

[3]– عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 419.

التي اعتدت بهذا البعد دون سواها، على أساس افترض الصدق والأمانة في المعاملات القانونية[1]. حيث عرفه بعض الفقهاء مبدأ حسن النية بأنه هو "الأمانة والاستقامة"[2].

ويعتبر مبدأ حسن النية ضمن أهم الركائز الرئيسية التي تؤسس عليها وفق مبادئ **يون يدروا**، وهي أنه يجب أن يتصرف وفقا لما يقتضيه هذا المبدأ من شرف وأمانة التعامل حتى في حالة غياب أحكام خاصة فإن سلوك الأطراف طوال حياة العقد حيث يجب أن يتطابق مع حسن النية وأمانة التعامل[3].

كما أن الفقه يرى أن حسن النية ليس مجسد للإرادة ولا مقيد لها بل هو تبرير الالتزامات التي لم يكتشف عنها الأطراف في العقد وهو بهذا يكون أداة ثنائية الدور من جهة تستعمل للكشف عن المقصد المشترك للأطراف ومن جانب آخر معيارا فنيا يتم من خلال تكملة ما شاب العقد من نقص[4].

وتجدر الإشارة إلى أن وجود تعريف شامل وعام وملموس لحسن النية يكاد يكون مستحيلا مع ذلك هناك محاولات عديدة لوضع تعريف لمبدأ حسن النية، حيث يعرف في **قاموس بلاكس** مبدأ حسن النية على أنه:"الجودة غير الملموسة والمجردة بدون معني تقني أو قانوني التعريف ويشمل من بين الأمور الأخرى الإيمان الصادق، وعدم وجود الحقد وعدم وجود تصميم للاحتيال أو السعي ميزة غير معقول"[5].

غير أنه في إطار المفهوم الشخصي اختلف الفقهاء حول وضع تعريف المبدأ، فذهب جانب من الفقهاء إلى أن مبدأ حسن النية هو "الجهل المبرر بواقعة معينة يترتب عليها الشارع أثراً قانونيا"، بعبارة أخرى هو اعتقاد الخلف بأنه تلقى الحق من صاحبه الفعلي، ويفترض حسن النية وفقا لهذا الرأي غلطا وقع فيه الغير وهو أمر نفسي ذاتي وهو مفترض، لأنه يتعلق بواقعة سلبية يقع عبء الإثبات على من يدعي خلافها[6].

---

[1]– محمود فياض، مرجع سابق، ص 230.

[2]– بلاوي عبد القادر، أقصاصي عبد القادر، النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة القانون والمجتمع، العدد 01، المجلد 08، 2020، ص 159.

[3]– بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن (دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث إجتهادات المحكمة العليا 2019)، دار هومة، الجزائر، 2019، ص 165.

[4]– لبان فريدة، مبدأ حسن النية في انعقاد، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008–2009، ص 16.

[5]- Black's Law Dictionary defi nes good faith as "an intangible and abstract quality with no technical meaning or statutory defi nition, and it encompasses, among other things, an honest belief, the absence of malice and the absence of design to defraud or to seek an unconscionable advantage" ;Eylem Apaydin ;the principle of good faith in contracts ;2019 p 5.

[6]– زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود ، مرجع سابق، ص 26.

ويرى القضاء الفرنسي أن حسن النية يفسر بالمعيار الشخصي الذاتي لأنه مفهوم حسن النية يقتضي أن يكون الشخص عادلا في التزاماته بإعطائها مفهومها ونتائجها الحقيقية[1].

كما أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 111 من ق. م .ج أخذ بمعيار ربط حسن النية بإرادة الأطراف بالاستناد إلى الإرادة مشتركة لهما وبالتالي فحسن النية يصبح دوره حماية القصد المشترك للطرفين لكنه حذر من الوقوف عند المعنى الحرفي للنص وذلك عند غموض النص والعبارات، ولهذا أشار المشرع إلى الرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين والعبرة فيها هي الإرادة الباطلة الخالية من الغش والاحتيال للمتعاقدين وهذه إشارة أن مبدأ حسن النية الذي يستلزم مثل هذه الأمانة والثقة ونظرية الغلط في بيان جوهرية الصفة، حسب نص المادة 82 من ق. م. ج الفقرة الثانية منه فإنه: "يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراه المتعاقدين جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".

الفرع الثاني: تعريف قاعدة مبدأ حسن النية وفق العيار الموضوعي

لقد تعلق البعد الموضوعي في تعريف مبدأ حسن النية بمؤشرات خارجية يمكن البناء عند التعامل على هذا المبدأ، من خلال البحث في التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية في شروط التعاقد سواء في مرحلة التفاوض أو في مرحلة تنفيذ العقد[2]. وعرفه البعض من الفقهاء على أنه: "اتجاه نية وقصد المتصرف إلى التزام أحكام القانون وقيم المجتمع في تصرف جائز قانونا"[3].

لكن فصل حسن النية عن القصد المشترك لطرفي العقد، يجعله مجرد من القوة الملزمة، لذلك دأب الفقه والقضاء على البحث عن أسس بديلة، يستمد منها هذا المبدأ قوته الإلزامية، فمنهم من ألحق مفهوم مبدأ حسن النية بقواعد النظام العام، ومنهم من ألحق مفهومه بقواعد الإنصاف والعدالة، ولكن الأساس الأكثر ملائمة يتمثل في قواعد الأخلاق[4].

ويتضح أن التصور الموضوعي يرتكز على واجب ملقى على عاتق المتعاقدين، حيث يلزمهما بتنفيذ التزاماتهما بحسن النية، بمعنى يراعي كل منها تجاه الآخر في تنفيذ التزامه، سلوك الأمانة، النزاهة، وشرف التعامل، بعيدا عن كل غش وخداع أو تحايل.

---

[1]– لبان فريدة ، مرجع سابق، ص 17

[2]– محمود فياض، مرجع سابق، ص230.

[3]– بلاوي عبد القادر، أقصاصي عبد القادر، النظام مرجع سابق، ص 159.

[4]– بن عزوز، درماش مرجع سابق، ص 240.

وعلى هذا النحو يعرف حسن النية بأنه:"الاعتقاد الخاطئ بأن التعامل مطابق للقانون (الذي يستند إلى مظهر مضلل، أو جهل بأحد العناصر) الذي يبرر قدر من الرأفة والشفقة من القانون" أو أنه: "السلوك القائم على الشرف والنزاهة، الذي يجب على كل فرد تبنيه عند قيامه بتصرف قانوني تجاه الآخرين"[1].

كما أنه يعرف حسن النية كمبدأ أساسي مشتق من "العقد شريعة المتعاقدين"، وقواعد قانونية أخرى ترتبط بشكل مميز ومباشر بالأمانة والإنصاف والعدالة، التي يتم تحديد تطبيقها في وقت معين بمعايير الصدق والإنصاف والمعقولية السائدة في المجتمع التي تعتبر مناسبة للصياغة في جديد أو القواعد القانونية المنقحة[2].

ففي المفهوم الموضوعي لحسن النية يرتبط بمدى مراعاة مقتضيات هذه الفكرة من عدمها، وتقوم مقتضيات حسن النية على دعائم أخلاقية تتصف بالعمومية والتجريد، حتى ولو لم يتضمنها نص تشريعي كالوفاء بالعهد والأمانة، الثقة، المشروعية، شرف التعامل، ومخالفة مقتضيات حسن النية تتحقق لمجرد صدور التصرف على خلاف ما تقضي به تلك المقتضيات، دون النظر لما إذا كان المخالف يعلم بالمقتضى الذي خالفه أو لا يعلمه، حيث عرفه البعض بأنه: "ضرورة مراعاة الإخلاص والنزاهة والأمانة في الوفاء بما يوجبه العقد من آداء"[3].

كما أن مصطلح النزاهة والأمانة والاستقامة وشرف التعامل يعبران عن مبدأ حسن النية بالمفهوم الموضوعي، وبهذا المعنى حسن النية هو وسيلة في يد القاضي ليتدخل من خلالها لضمان توازن العلاقة العقدية ولضمان التزام طرفي التعاقد بالصدق والأمانة. فنزاهة التعامل والاستقامة والشرف، والتي هي من مقتضيات حسن النية، هي مسائل غير قابلة للضبط تتسم بالغموض وعدم التحديد، تتغير من زمان إلى زمان، ومن مكان إلى مكان، فهي أفكار مرنة يلعب القاضي في تحديد دورا ملموسا، وهي تقع ضمن نطاق سلطته التقديرية، وهو الذي يقرر توافر هذه العبارات في تقييمه لبنود العقد وكيفية تنفيذه[4].

فهذا المعيار، كما في المعيار الذاتي، يقوم على العدالة وقواعد الأخلاق، ذلك إن الأخلاق توصي الفرد بأن تكون تصرفاته متفقة ومنسجمة مع أحكام القانون وقيم المجتمع، باعتبار قواعد القانون غالبا ما تكون

[1]– R. Cabrillac, Dictionnaire du Vocabulaire Juridique, 2ème éd, juris classeur, Lexis Nexis, Litec, " Bonne Foi", p. 52.

[2] - Eylem Apaydin ;the principle of good faith in contracts ;op ;cit ; p 5.

[3]– زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد 04، جوان 2016 ص 440.

[4]– زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مرجع سابق، ص 442.

مشبعة بالعنصر الأخلاقي، لأن القانون متصل بقواعد الأخلاق، وإن هذا المعيار يستلزم من المتصرف أن يكون يقظاً وحريصاً في تصرفاته حتى لا يضر بالآخرين، ذلك إن العدالة وقواعد الأخلاق كما لا تقر نية الإضرار بالغير – وهو أحد مظاهر المعيار الذاتي-لا تقر أيضاً الإهمال والتقصير (المعيار الموضوعي)[1]. ما يعني إن آلية تقدير مسلك المدين وما إذا كان حسن النية أم لا طبقاً لهذا المعيار يتم بالاستعانة بمسلك الرجل المعتاد ,والرجل المعتاد هو رجل من أوسط الناس يتم النظر إليه في ظروف المدين الخارجية ذاتها من حيث الخبرة والتخصص والوسط الذي يتم التعامل فيه[2].

ويحاول البعض الخروج بمبدأ حسن النية من البعد الأخلاقي فيعطيه تصوراً قانونياً عاماً. أو يرى أنه:"إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتعاقد على هذه العملية على أساس من الثقة والاستقامة في التعامل والابتعاد عن أساليب الخداع والتضليل التي من شأنها إشاعة جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف". ونتفق مع التعريف المتقدم لأننا نعتقد أنه يركز على المظاهر التي ينبغي على سلوك المتفاوض أن يتحلى بها كي يكون بذلك حسن النية من دون حصر ذلك بزاوية معينة، ونعتقد أن هذه المظاهر يمكن إدراجها معا تحت فكرة إن حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية تتجسد في مراعاة المصالح المشروعة للمتفاوض الأخر[3].

وتجدر الإشارة إلى أنه لم تنص أغلب القوانين على إعمال مبدأ حسن النية صراحة في مرحلة التفاوض السابقة على التعاقد، حيث أن المشرع الجزائري نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:"يجب تنفيذ العقد طبقا لما يشمل عليه وبحسن النية" .

أما في مصر أو فرنسا سلم بإعمال هذا المبدأ في مرحلة التفاوض باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون الوضعي ولا شك أن مبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي هو الذي يتوجب إعماله في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد[4].

---

[1]– اعبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق ، ص305.

[2]– رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000, ص 426.

[3]– ينظر نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص 319. عبد الجبار ناجي الملا صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ط1، مطبعة اليرموك ، بغداد، 1974، ص23.

[4]– هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي(دراسة مقارنة)، العدد الرابع والثلاثون، الجزء الثالث جامعة بنها، ص 122.

كما أن الفقه الفرنسي اعتبر مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية وهو الجهل المبرر لواقعة معينة مما يجعل المشرع يرتب أثرا قانونيا عليها، وبالتالي فسوء نية المتعاقد هو العلم بواقعة معينة يرتب المشرع العلم بها أثرا قانونيا، وتعريف حسن النية على أساس الجهل بواقعة معينة حسب رأي هذا الفقه يجد سندا له في بعض نصوص القانون الجزائري من خلال نص المادة 824 فقرة أولى التي تنص على ما يلي: "يفرض حسن النية لمن يجوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم"[1].

وبموجب القانون الإنجليزي، لا يوجد تعريف قابل للتطبيق بشكل عام لمصطلح "حسن النية" في تنفيذ العقود. ويتضح أن مضمون واجب حسن النية مشروط بشدة بسياقه. قد يكون هناك معنى أساسي للصدق، ولكن إذا تم وضعه في السياق، فإن معنى العبارة سوف يتطلب مزيدًا من التفصيل. تشمل الأمثلة على التفسيرات المختلفة من قبل المحاكم: الإخلاص لهدف مشترك متفق عليه، والعمل بروح العقد، ومراعاة المعايير التجارية المعقولة للتعامل العادل والتصرف بما يتفق مع التوقعات المبررة للأطراف. في قضية حديثة وجدت محكمة الاستئناف أن هناك التزامًا صريحًا بالتعاون بحسن نية يعني أن الطرفين سيعملان معًا بأمانة في محاولة لتحقيق الأغراض المعلنة المرتبطة صراحةً بالواجب[2].

وتتجلى أهمية هذا المبدأ وفق المعنى الموضوعي فإنه من أهم الآليات والضمانات القانونية التي تكفل التوازن العقدي في جميع مراحل المعاملات الإلكترونية سواء مرحلة التفاوض أو التنفيذ.

وبناء على هذين المعيارين، يضع خبراء القانون المقارن التعاريف التالية لمبدأ حسن النية:الوسيلة التي يستطيع من خلالها القاضي التدخل لضمان توازن العلاقة العقدية بين الأطراف المتعاقدة وهذا حسب البعد الوظيفي، وتوقع الطرف المتعاقد معاملة الطرف المقابل له بصدق وأمانة بالشكل الذي يرغب هذا الأخير من الغير في التعامل معه به وهذا حسب معيار التوقع، وضمان التزام طرفي التعاقد بالصدق والأمانة على نحو يتماشى مع نزاهة المعاملات القانونية وهذا على أساس معيار الأمانة، وبناء على هذه التعريفات يضع خبراء القانون المقارن تعريفا جامعا لمبدأ حسن النية على لأنه:"التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن"[3].

---

[1]– عبد الحكيم بن عيسي، مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 04 العدد 01، 2021، ص 181.

[2]– mayer brown ; Good faith – is there a new implied duty in English contract law? ; Legal Update ;July 2013.

[3]– محمود فياض، مرجع سابق، ص 231.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يقم بذكر مبدأ حسن النية ولا تعريفه في القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بشكل صريح فقط تمت الإشارة في نص 18 من نفس القانون على وجوب حسن تنفيذ الالتزامات.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لإعمال مبدأ حسن النية

لقد اختلف الفقه في الأساس القانوني لمبدأ حسن النية، حيث أرجعه جانب من الفقه إلى أن أساس هذا المبدأ يرجع إلى فكرة العدالة كفكرة ثابتة ومجردة تمثل الهدف من وضع أي نص قانوني، لكن رأى جانب آخر من الفقهاء إلى إمكانية إسناد مبدأ حسن النية إلى نظرية الثقة المشروعة، حيث ظهرت هذه النظرية مع ظهور العقود الاستهلاكية، وترتبط بين طرفي قوي ومحترف وطرف ضعيف هو المستهلك عادة أما الجانب الفقهي الأخير فيرى أن إسناد وإرجاء أساس مبدأ حسن النية إلى فكرة النظام العام باعتبارها الهدف الأسمى لوضع أي قاعدة قانونية.وعلى ضوء ما سبق سنعرض الآراء الفقهية في تحديد الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في الفروع التالية:

الفرع الأول: إعادة أساس مبدأ حسن النية إلى فكرة العدالة العقدية

تقوم نظرية العقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة، الذي تضمن للأطراف الحرية في التعاقد وفي تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على اتفاقهما في العلاقة التعاقدية، كما تؤسس هذه النظرية على قدرة كل طرف على تحديد احتياجاته والتزاماته بعيدا عن تدخل المشرع الذي يأتي دوره لسد النقص الذي قد يعتري هذا التنظيم التعاقدي، ويشير الواقع العملي إلى خروج العديد من العلاقات التعاقدية عن هذا الأساس، من خلال اختلاف المركز الاقتصادي أو القانوني لطرفي العلاقة التعاقدية، على نحو يستطيع فيه أحدهما فرض إرادته التعاقدية على الطرف الآخر، ومن ثم تنشأ حالة من اختلال التوازن العقدي بين أطراف هذه العلاقة.

ومن هنا تكمن أهمية مبدأ حسن النية باعتباره الأداة القانونية التي يستطيع القاضي التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد، كما يري الفقه الإنجليزي أن المبدأ له دور أساسي في تمكين القاضي الوطني من مراقبة وضمان تحقيق العدالة التعاقدية، عن طريق الحفاظ على حالة من التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، من خلال افتراض نزاهة العلاقة التعاقدية، وضمان احترام كل متعاقد لمصالح وحقوق الطرف المقابل.

ولقد اتفق فقهاء القانون المقارن وأجمعوا على أن أهمية هذا المبدأ في تحقيق عدة أهداف، حيث تمكن الطرف المتضرر من الحد من الخسائر التي قد تصيبه نتيجة اختلال التوازن العقدي بينه وبين الطرف

المقابل في العلاقة التعاقدية، وفرض معايير النزاهة والأمانة في المعاملات التجارية الإلكترونية على نحو يضمن نزاهة المعاملات التعاقدية، والتغلب على الإشكالات التي قد تعتري التنفيذ الدقيق لبعض المبادئ القانونية الأخرى مثل مبدأ سلطان الإرادة والحرية في التعاقد، وكذا الحد من إستخدام الشروط التعسفية التي قد تظهر في العديد من العقود مثل العقود الإلكترونية الاستهلاكية[1]. حيث رأى القاضي **كروموبل**، مبدأ حسن النية العام يوفر الأساس لعدم الضمير حيث يعتمد على الإنصاف ورفض القضاء السماح لأحد الأطراف بالاستفادة من ميزة غير مستحقة، كما يستخدم التفسير التعاقدي لحسن النية كمعيار لأن "اعتبارات حسن النية" تساعد في تفعيل نية الأطراف في الوقت المناسب التكوين التعاقدي: قد يُفترض عمومًا أن الأطراف تنوي حدًا أدنى معينًا لمعايير السلوك[2].

وفي هذا السياق، استخدم المشرع الأوروبي هذا المبدأ لضمان نزاهة المعاملات التعاقدية في عقود الاستهلاك من خلال النص المادة 03 من التوجيه رقم 13 لسنة 1993 على أهميته في التعامل مع ظاهرة اختلال التوازن العقدي، وعلى نحو يضمن تمثيل مصالح طرفي العقد وضمان التوازن العقدي فيما بينهما[3].

الفرع الثاني: احترام الثقة المشروعة كأساس لمبدأ حسن النية

تعتبر الثقة المشروعة أساسا لمبدأ حسن النية، وذلك من خلال أثر نقائص حسن النية في العلاقة العقدية، فمعيار الثقة يقوم على أن كل متعاقد يضع ثقته في المتعاقد الأخر ويعتبر من أهم المعايير في قانون العقد، وخاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية لأنها عقود يتم إبرامها عن بعد فالمستهلك يعد الطرف الضعيف، فيكون مترددا ومتخوفا من الخداع والكذب والتدليس التي يمكن أن يقع فيها لعدم معرفته بالمورد الإلكتروني وعدم مقابلته شخصيا وكذا عدم الثقة في التصريح بالبيانات الشخصية خوفا من عدم حمايتها.

إلا أن واجب الثقة لا يتحقق إلا منذ فترة تنفيذ العقد كأصل عام، لكن القضاء الفرنسي على شاكلة منهجه التطوري في قانون العقود حيث جرد الثقة المشروعة من طابعها العام وامتدت إلى مرحلة تكوين العقد بعدما كانت تشمل فترة التنفيذ فقط، القول بأن الثقة الناشئة عن الوفاء بالالتزام قد تتصل بفترة التفاوض عندما يتعلق الأمر بتطلعات المتعاقد الآخر وواجب عدم خداعه، وانعدام مثل هذه الثقة

[1]– دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد–دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان،2016/2015، ص ص 79– 80.

[2] - SHANNON O'BYRNE AND RONNIE COHEN. THE CONTRACTUAL PRINCIPLE OF GOOD FAITH AND THE DUTY OF HONESTY. ALBERTA LAW REVIEW. 2015.P12

[3]– جاءت المادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993 الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك لتقضي ببطلان الشرط التعسفي متى خالف هذا الشرط مبدأ حسن النية، عن طريق خلق حالة من عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

يهدد بعدم استمرارية العقد تحت طائلة التعديل أو الإنهاء، وتفترض الثقة المشروعة للتعامل على أساس الشرف والأخلاق وذلك على حساب فكرة المصالح المتعارضة مهما كانت طبيعة هذه الثقة[1].

وبما أن المورد الإلكتروني متخصص محترف في مجال التجارة الإلكترونية توجه القضاء إلى تعزيز محتوي العقد بالتزامات تكرس احترام الثقة، وتحمي الطرف الضعيف الغير متخصص في مواجهة المتعاقد صاحب الخبرة والمعرفة، ففكرة التخصص أنشأة علاقة للثقة المشروعة، مصدرها الاختلال المعرفي بين أطراف العلاقة العقدية، الذي يفترض على المتعاقد غير المحترف أن يلجأ إلى المورد الإلكتروني المتخصص في مجال البرمجيات والإلكترونيات وكل ما هو متعلق بالتجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى كونه لديه روابط متميزة، ومن أهم هذه الروابط هي الثقة فيما يتخذه المورد الإلكتروني من قرارات، يصعب عليه أن يتخذها بنفسه بحكم عدم تخصصه، وأن جهل الدائن يكون مشروعا، إذا ما اعتمد على الثقة المشروعة في المتعاقد الآخر، وهي الثقة التي تفرضها بعض العقود إما بسبب طبيعتها، إذ أن طبيعة العقد تفرض في كثير من الأحيان قدرا كبيرا من الثقة والأمانة بين الطرفين، مما يجعل أحدهما يعتمد على البيانات والمعلومات التي يقدمها له الطرف الآخر[2].

وتقوم رابطة الثقة المشروعة على ركنين أساسين أولهما عدم وجود تعادل في المعارف الفنية بين طرفي العقد، وثانيهما ثقة الطرف الأقل معرفة فنية في فن ومعارف الطرف الآخر صاحب المعرفة الفنية ومن ثم فالعميل حينما يلجأ إلى المتخصص ويضع بين يديه أمانة مساعدته والحرص على مصالحة، فإن التزاما بالإعلام والنصيحة سينشأ في ذمة المتخصص، احتراما للثقة المشروعة التي استوجبها التخصص الفني[3].

ووجود حسن نية وأمانة عقدية، يعني وجود ثقة عقدية تولد التزامات جديدة، وتؤدي إلى خضوع المهني لمسؤولية مشددة، لذلك يرى بعض الفقهاء وجود رابط بين حسن النية والثقة، بالقول بأن الثقة حتى تكون مشروعة يشترط حسن نية المتعاقد وأن الشك يعني عدم الثقة مما يعنس سوء نية صاحبه[4].

---

[1]- زمام جميعي، مرجع سابق، ص 331.

[2]– زيتوني فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 49.

[3]–فالعميل طالب الخدمة سيجد نفسه مجبرا من الناحية الواقعية في اللجوء إلى المهني المتخصص، بل أن القانون قد يفرض في بعض الأحيان اللجوء إلى صاحب الفن المتخصص في تقديم خدمة معينة، مثل احتكار المعماري وضع الرسومات التشييدية والمواصفات الفنية للبناء، فغير المتخصص لا يسعه إلا أن يركن للمكتب الفني المتخصص الذي يحتكر تقديم خدمة فنية مودعا ثقته فيه، عسى أن يشيع حاجته من دون أن تكون هناك معرفة شخصية هذا المهني.سلام عبد الله الفنلاوي، إكمال العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 118.

[4]–أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، دراسة قضائية فقهية مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، مصر 1997، ص 218.

ولكن هناك جانب من الفقه ذهب إلى تفسير أبعد من هذا، باستبعاد حسن النية ووضع فكرة الثقة كأساس للالتزامات الجديدة. لقولهم أن حسن النية ينبع من مقتضيات الثقة، وان رد الالتزامات الجديدة إلى نظرية الثقة، هو أكثر واقعية من الاعتماد على فكرة حسن النية، بمفهوم المخالفة بالمعنى السلبي الذي قوامه الحيلة القانونية.

ويضيف رأي آخر أن الثقة العقدية تقدم لنا تفسيرا أفضل من الإرادة الضمنية في تبرير الالتزامات الجديدة لأنه يصعب الاقتناع بانصراف الإرادة الضمنية لأطراف العقد لفرض تلك الالتزامات.ويضيف الفقيه **A.Chirez** أن الثقة العقدية تقدم لنا تفسيرا لعقود الإذعان أكثر وضوحا، من تفسيرات الإرادة الضمنية، فعقود الإذعان لا تجد لها تفسيرا إلا في نطاق الثقة العقدية المشروعية، وأن افتراض انصراف إرادة الأطراف إلى فرض هذه الالتزامات الجديدة، لا تسعفنا في دائرة عقود الإذعان، حين يختفي التفاوض العقدي، ويكون العميل إزاء اشتراطات إجمالية موحدة يصعب فهمها بسهولة. فلن يكون الحافز وراء التعاقد سوى فكرة الثقة، فالعميل لن يقبل بالتعاقد على مضمون عقدي مجهول التفاصيل، إلا بناءً على وجود ثقة قوية في نزاهة وفن المهني[1].

ويرى نفس الفقيه أن المدين قد أراد أن يلتزم ضمنا بهذه الالتزامات، وأنه إن خالف التزامه كان سيء النية واستوجب الأمر مسؤوليته هو افتراض قانوني غير واقعي، والأفضل رد تلك الالتزامات على اساس الثقة الأكثر واقعية، لأنه من الصعب افتراض أن المهني المخالف لالتزامه، كان يدبر الدسائس والمؤتمرات ضد عملية غير المتخصص. ويضيف هذا الفقيه أن سلوك الشخص ومؤهلاته الخاصة، وطبيعة العلاقة التي تجمعه بطرف آخر مكونة رابطة الثقة فيه توحي إليه بأن يلتزم، دون أن يكون بحاجة للبحث عن تبرير آخر للالتزامات فالثقة هي التي تجعل الشخص يلتزم.

إن العقد يقضي أولا الثقة في الإرادة التي تتعهد بالالتزام، وصفات المدين الشخصية والفنية والتي تربطه بالدائن تكفي وحدها كأساس للالتزام التلقائي، الذي يستمد من مقتضيات الثقة السابقة، على وجه لا يجعلنا في حاجة للبحث عن تبريرات للالتزام، وإهدار الثقة هو مصدر تشديد مسؤولية المهني، فالعقد يعبر

[1]– ويترتب على ذلك لأن الدعاية والإعلانات تلعب في عقود الإذعان كعقد ثقة دورا هاما يفوق في اثره وأهميته العقود الرضائية فالثقة إذا في عقود الإذعان هي أعلى بطبيعة تلك العقود لتأسيس وتبرير التزام المدين الذاعن على أساس ثقة الدائن المذعن. أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 220.

عن وجود رابطة ثقة: "أنا أثق في المتعاقد الآخر إذا أنا أقبل التعاقد معه، فالثقة هي الواقعة المولدة للالتزام الجديد، حتى ولو لم بنص عليه صراحة في العقد".

لذلك يذهب الاتجاه السابق إلى هدم مبدأ حسن النية العقدية، وانتقاده وإبراز مظاهر تفضيل نظرية الثقة كشكل جديد للأمانة العقدية على مبدأ حسن النية، والذي هو حسب وجهة نظر هذا الفقه إرادة مفترضة، ويقدمون في ذلك أسانيد وحجج التالية:

– إن معيار حسن النية لا يجب لنا عن التساؤل المطروح: ما هو أساس الالتزام بالإعلام والنصيحة؟ لأن من أجل معرفة إذا ما كان هناك مخالفة للالتزام فإن على القاضي أن يسأل نفسه أولا: هل هناك خرق لمعيار حسن النية العقدية؟إذن فالتساؤل والمشكلة مازالت قائمة، فمعيار حسن النية العقدية يحتاج بدوره إلى معيار آخر، لتحديد متى نكون بصدد إهدار المعيار المنتقد، والذي هو معيار الثقة العقدية المشروعة.

– إن الثقة هي أساس للالتزام، ويؤكد بعض الفقهاء أن العقود هي تصرفات ثقة، بالقول أن القانون لن يكون هو المنشط للثقة المفقودة. فعندما يقف القانون عند حدود معينة فإن الثقة هي التي تجدد حيوية القانون. فمبدأ حسن النية لا يبرر لنا المسؤولية المهنية، بينما نجد في فكرة الثقة المشروعة، والإخلال بها معيارا يقود منطقيا إلى تشديد مسؤولية المهنيين.

من ثم يرى أنصار هذا الرأي أنه يتعين رفض فكرة حسن النية، واستبدالها بفكرة الثقة العقدية المشروعة. فالثقة المشروعة هي أساس القوة الملزمة للعقد، وهو ثقة الدائن في قدرة المدين على الوفاء بالالتزام. وأن نظرية الثقة المشروعة تحل شيئا فشيئا في القانون العقدي الحديث، فثقة الدائن في إرادة المدين هي أساس التزامه، ونشأة العقد بتوافق إرادتين هو أمر افتراضي ونظري، وأن الثقة هي التي تبرر وجود آثاره.

غير أن جانب من الفقه يذهب إلى أن نظرية الثقة أو مبدأ الثقة لا تصلح بفرض الالتزامات الجديدة، ويقدم مجموعة من الحجج لدعم موقفه المتمثلة هذه الحجج في مايلي:

– مبدأ الثقة المشروعة أو كما يسميه البعض نظرية الثقة المشروعة تهدف إلى حماية توقعات الطرف الآخر في العلاقة العقدية، أي أنها تهدف إلى حماية الأوضاع الظاهرة. ونظرية الأوضاع الظاهرة وإن كانت تعتبر من تطبيقات مبدأ حسن النية، إلا أنها تهدف إلى حماية الغير لا الطرف المتعاقد، لذلك يحبذ العديد من الفقهاء استخدام مصطلح نظرية الظاهر بدل نظرية الثقة المشروعة.

– فكرة الثقة قومها فكرة الاختيار، في حين تنعدم فرصة التخيير بين المهنيين والمفاضلة بينهم، وتنعدم معها فكرة الثقة. كما أن مع ظاهرة الاحتكار المهني تختفي الثقة كأساس للالتزام[1].

وينتقد هذا الرأي الذي ذهب للقول بأن مبدأ حسن النية هو نحض إرادة ضمنية، يفيد فقط في تفسير العقد دون أن يفيدنا لتبرير نشأة الالتزام بالإعلام والنصيحة، غير هذا رأي الفقه الفرنسي القديم الذي يرى أن لحسن النية معنى تنفيذي يتجاوز معناه التفسيري، يصلح لفرض التزامات جديدة على عاتق طرفي العلاقة العقدية.

ويرى البعض الأخر والرأي الذي نؤيده والأقرب إلى المنطق أن الثقة مرتبطة بحسن النية، فحسن النية ناتج عن القوة الملزمة للعقد، التي تعكس الثقة التي يضعها كل متعاقد في الأخير في تنفيذ الالتزام. وأن النزاهة تهدف إلى بناء الثقة، وأن خيبة الأمل هي معيار سوء النية[2].

الفرع الثالث: إرجاع الأساس القانوني لمبدأ حسن النية إلى فكرة النظام العام

تسعى فكرة النظام العام والآداب العامة، إلى مراعاة الجوانب الأخلاقية التي يعد انتهاكها إخلالا بالمصالح العليا السائدة في المجتمع، ولقد وجد مبدأ حسن النية أساسه القانوني في قواعد القانون المدني حيث نصت المادة 107 من ق.م.ج باستخدامه عبارة "يجب"، وهذا يعني أن مبدأ حسن النية ليس قاعدة مفسرة لإرادة الأطراف، وهنا يطرح التساؤل هل مبدأ حسن النية قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها بإرادة الطرفين؟ ومن ثم لا يجوز استبعاده عن النظام القانوني الذي يحكم العقود؟

يرى البعض بأن حسن النية مبدأ قانونيا، فإذا اعتبرناه كذلك فإنه يكون مستمدا من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين، وهو طبعا ليس قاعدة بالمعنى الفني للقانون، كما يمكن استقراؤه من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع، فالمبادئ العامة تعبر عن الفكرة السائدة للوجود، وتأتي القواعد القانونية لتعبر جزئيا عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ، ما يعني أن المشرع يستوحيها عند وضع التشريعات أي يستوحي القواعد من تلك المبادئ.

كما أن الرأي السابق أضاف فرقا جوهريا يتعلق بوظيفة كل من المبدأ والقاعدة القانونية من حيث الصفقة العمومية في كل منهما، فالعمومية في المبدأ يقصد شموله بمجموعة لا حصر لها من التطبيقات وهذا

[1]– أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص ص 209– 210.

[2] - Philippe Stoffel-Munck , L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, Paris 2000, p. 476 " De façon générale on a souligné que La confiance constitue la justification de la force obligatoire de la lettre contractuelle, elle en fixe aussi les limites."

ما يجعل من الصعب حصر المواضيع التي ينساب نحوها ضمن نظرية واحدة ومستقلة، بالعكس من القاعدة القانونية حيث أنها بالرغم من أنها تقرر نسبة غير محددة من الأعمال والوقائع، لكنها من ناحية أخرى تتميز بنوع من الخصوص، من حيث أنها لا تحكم إلا وقائع وأعمال معينة[1].

ويضيف رأي آخر أن المبادئ تسهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام والتي بدورها تقيد الحرية التعاقدية للأفراد، ومن ثم فكيف لهذا النظام العام والذي يستوحي من المبادئ العامة للقانون، والتي بدورها مستوحاة من الفكرة العامة للوجود، أن يحتوي حسن النية كمبدأ قانوني، ويكون مصدرا لقوته وإلزاميته.

ولكن هناك رأي آخر يعتبر أن مبدأ حسن النية لديه وصفين، يوصف على أنه التزام كما يعتبر قاعدة قانونية، وكهذه الأخيرة فهي من تعد من النظام العام وهو قاعدة آمرة لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، إلا أن وصفها كالتزام قانوني فإنه يختلف عن فكرة النظام العام والآداب العامة من حيث الجزاء فجزاء مخالفة النظام العام والآداب العامة هو البطلان في كل الحالات، بينما جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية هو التعويض بالدرجة الأولى، أما من حيث المصلحة التي يرمي القانون إلى حمايتها من خلالها يرمي القانون من خلال التزام حسن النية المحافظة على المصالح الخاصة للطرف المقابل مباشرة، إذ الإخلال به من قبل طرف يؤدي إلى زعزعة مصالح الطرف الآخر، والنتيجة غير المباشرة الالتزام بمقتضيات حسن النية، هو تحقيق المصلحة العامة، بينها الإخلال بالنظام العام والآداب العامة، يؤدي إلى المساس بالمصالح العليا للمجتمع، أي بالمصلحة العامة بشكل مباشر، وإن كان هناك إخلال بالمصلحة الخاصة لأحد الأفراد فإن الأمر يكون بشكل غير مباشر، أي أن كل من مبدأ حسن النية وفكرة النظام العام يهدف إلى غرض معين يختلف عن الآخر، ولا يمكن الاستغناء عن إحدى الفكرتين بحجة وجود الأخرى، فكل واحدة منهما تعد آلية مستقلة من آليات تنظيم العلاقة التعاقدية[2].

أما المشرع الفرنسي فلقد اعتبر مبدأ حسن النية من قواعد النظام العام وذلك من خلال ما جاء في نص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي[3]، بعد تعديله لأحكام القانون المدني، حيث جاء في فقرتها الأولى أن العقود تخضع للتفاوض، وتبرم وتنفيذ بحسن نية. وأشارت في الفقرة الثانية أن هذه القاعدة من

[1]– زيتوني فطيمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود ، مرجع سابق، ص 55.

[2]– زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود ، مرجع سابق، ص 56.

[3] -ART 1104 C C F : " Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ".

النظام العام. ما يفيد أنه لا يمكن استبعاد مقتضياته بإرادة الأطراف من نطاق العقد، سواء في مرحلة ما قبل إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، كما وأنه مفروض حتى ولو لم ينص عليه الاتفاق[1].

المطلب الثالث: مظاهر حسن النية كضمانة لإعادة التوازن

تتجلى أهمية مبدأ حسن النية في المعاملات التجارية الإلكترونية في أنها آلية لتحقيق التوازن العقدي في هذه المعاملات التجارية، حيث أن هناك مظاهر لحسن النية تعمل على تحقيق هذا التوازن، ومن أهمها الأمانة والتعاون والثقة المشروعة، وكذلك انتفاء التعسف في استعمال الحق، وهذا ما تحدث عليه الأستاذ **علي فيلالي** على أنه: يجب على المتعاقد تنفيذ العقد بحسن نية، وهذا يقتضي نزاهة المتعاقد وإخلاصه من جهة وتعاونه من جهة أخرى تسهيلا لتنفيذ العقد[2].

بالإضافة إلى أن هناك اتجاه من الفقهاء يرون ضرورة الجمع كل مظاهر مبدأ حسن النية في مظهرين رئيسين وذلك لاعتبار الأمانة والثقة المشروعة وكذا انتفاء التعسف في استعمال الحق، جميعها تجتمع تحت صور من الالتزام بالتراهة[3]، وعلى ضوء ماسبق سنقوم بدراسة مظهر الالتزام بالتعاون والالتزام بالتراهة كالتالي:

الفرع الأول: الالتزام بالتعاون

إن الالتزام بالتعاون يعتبر من أهم مظاهر مبدأ حسن النية في تحقيق التوازن في تنفيذ المعاملات التجارية الإلكترونية على أساس أن مبدأ حسن النية والعدالة، حيث يجب أن يحكم هذا الالتزام الناجم عن التزام حسن النية سلوك الأطراف أثناء تنفيذ العقد وأثناء انقراض. ويتكون التعاون من الاعتماد على السلوك الذي يسمح للعقد بأن يسري مفعولًا كاملاً، وأن يسهل تنفيذه لذلك يجب على الأطراف تعزيز السلوك مما يسمح بتحقيق الأهداف المشتركة للعقد، مع ضمان كل من الطرفين المتعاقدين لتحقيق أهدافهم الشخصية دون يضر كل منهما الآخر[4].

فالالتزام بالتعاون هو التزام أخلاقي، يقتضي أن يقوم الدائن بإجبار المدين على التنفيذ في ظروف مرهقة لا تعود بالفائدة عليه وخاصة في المعاملات التجارية الإلكترونية التي تتم عن بعد، وعليه أيضا

---

[1]– زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود ، مرجع سابق، 57.

[2]– علي فيلالي، الدين والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص 68.

[3]– بن عزوز درماش ، مرجع سابق، ص 247.

[4]– Vincent Karim ;. (2000). La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent. Les Cahiers de droit, ; p 461 ;462.

بمقتضى هذا الالتزام ألا يستفيد مما قد يعتري المدين من ضعف أثناء تنفيذ العقد، ويفرض التزام التعاون أيضا قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه بأحسن طريقة وأفضلها، وأن يبذل قصارى جهده لجعل هذا التنفيذ مفيداً ونافعا بالنسبة للمتعاقد الآخر، وأن يستعمل في تنفيذ ذلك الوسائل الأكثر أمانا وسرعة، وبالتالي وجب على المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه، فهذا التزام إيجابي يتمثل في القيام بعمل ويتعلق بإطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل الأحداث والظروف التي تهم تنفيذ العقد ويمده بكل البيانات، التي تساهم في بلورة رضاه فالالتزام بالتعاون فرضته التطورات الجديدة للعلاقة العقدية[1].

وتقرير الالتزام بالتعاون يحتمل قياسه ضمن درجة معينة، فقد يعبر عن فرض بسيط للتضامن العقدي كما يمكن أن يتجاوزها إلى العلاقات التعاقدية ذات درجة من الخصوصية، وبعدها الاكتساء بشكل تعاقدي خاص، أو بالعكس الاكتفاء بمجرد إتحاد بين المتعاقدين في ظل بنية قانونية شكلية على نحو اجتماعي متميز ويعتبر الفقه أن العقد "مجال للتفاعل" و"مجال للمدنية العقدية"، يولد "أخلاقيات عقدية" مؤسسة على التآزر والتعاون والتضامن لتأصيل المصلحة المشتركة للمتعاقدين في مواجهة الصعوبات التي تحف بأحدهما عند تنفيذ العقد"[2].

كما يصف الكثير من الفقهاء التزام التعاون على أنه: "المعيار الذي بموجبه يقوم القاضي بقياس السلوك والوضعيات المختلفة في شكلها العادي والمعقول"، والتعاون لدى كل متعاقد هو سلوك من الأمانة من الشرف والإخلاص أو الصدق الذي يجب أن يسود "مرحلة تكوين العقد وتنفيذ جميع التصرفات القانونية". وبهذا سيكون من الضروري الاعتراف بقانونية واجب التعاون على شاكلة "القاعدة المعنوية للسلوك يمكنها أن تضمن وتحفظ التوازن في المعاملات"[3].

كما يُعرِّف واجب التعاون بأنه: "واجب يقع على عاتق كل جزء من العمل معا وبفاعلية لتقديم الخدمة المنصوص عليها في العقد"[4].

وتجدر الإشارة إلى أن واجب التعاون مصدره القضاء، لكن ما يلاحظ هو أن الأحكام القضائية لم تنص على واجب التعاون بصفة مباشرة بل اقتصر عمل القضاء على استخراج هذا المبدأ من بعد الأحكام

[1]– بن عزوز، درماش، مرجع سابق، ص 250.

[2]– جمعة زمام ، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2014، ص 323.

[3]– المرجع نفسه ، ص 324.

[4] -Christine Lebrun , Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat , Faculté de droit Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, option recherche ; Août 2011 ; P16.

التشريعية وبعض قواعد السلوك العامة، ويظهر واجب التعاون في تنفيذ العقد كعقد البيع الإلكتروني مثلا يقوم المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك الإلكتروني بكل البيانات له حول طريقة استعمال المنتوج أو تحذيره من مخاطر الاستعمال وكل هذا يندرج ضمن التزام المورد الإلكتروني بالتعاون.

كما أن واجب التعاون يمتاز بعناصر يجب أن يتضمنها والتي تقوم عليها فكرة التعاون، ويجب أن يكون التضامن بين المتعاقدين لأنه واجب أخلاقي فالمساعدة المتبادلة وأخذ مصالح الأطراف الأخرى بعين الاعتبار، ويكون التضامن من الأسس التي يقوم عليها العقد كعقد شركة التضامن التي تقوم على الاعتبار الشخصي الذي يفترض فيه التضامن بين مؤسسي الشركة، كما يكون التضامن قانونيا بطبيعة بعض العقود أو بالخصائص التي تميز العلاقات بين المتعاقدين كمعيار سلوكي له قوة القانون، حيث يكون التضامن هو الذي جعل الأطراف يتعاملون مع بعضهم مثل عقد الشركة يقوم على التعاون، بالإضافة إلى وجود التضامن بين المتعاقدين وجب التقاء مصالح الأطراف من خلال العقد وهو حقيقة العقد بالإضافة إلى أنه تبادل رضا كما أنه أيضا لقاء للأمل والثقة المتبادلة بين الأطراف بحيث كل طرف يأمل في الحصول من الآخر على ما يلبي حاجاته فلا يمكن اللجوء إلى التعاقد ما لم يكن هناك أمل في تحقيق مصلحة، وباعتباره وسيلة لتنسيق المصالح المتقابلة وكذا المتقاطعة، ويكون تبادل واجب التعاون تبادلي مثله مثل التضامن وإتحاد وتقارب مصلحة المتعاقدين ويظهر التعاون التعاقدي حسب الالتزام من خلال التضامن بين المتعاقدين.

ومن خلال الهدف المشترك وتنسيق مصالح الأطراف وميزة التبادل لهذا الواجب وتحقيق التوازن في العقد ولواجب التعاون دورا هاما في أنه أداة لتحسين العقد وذلك من خلال تحسين العقد من جانب القضاء سواء بالتغيير العادل لعبارات العقد أو حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن للعقد يحوره من أداة ظلم واستغلال إلى أداة عدل، ومؤسسته محترمة تلبي بها الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية. ويستعمل واجب التعاون في تكيف العقد من خلال تكيف الالتزامات التعاقدية مع تغير الظروف، حيت يعتبر القضاء الفرنسي أن التضامن التعاقدي كفيل بالسماح لأطراف العقد بمواجهة الظروف المستجدة[1].

إن التطور اللامحدود للعلاقات التعاقدية وبالرغم من كل الوسائل العلاجية والوقائية من اختلال التوازن إلا أن التفاوت الحاصل بين الالتزامات والحقوق، والهدف الأول الذي تواجهه القواعد القانونية وباستمرار، والمشرع يبحث في آليات تسمح له من جعل قواعد السلوك والممارسات المهنية إلزامية وواجب

[1]– عسالي عرعار، مرجع سابق، ص ص 219 –220

التعاون كونه قاعدة خلقية محسنة تسمح بتكيف العقد حسب ما تقتضيه العدالة العقدية عن طريق خلق توازن في العلاقة التعاقدية.

كما يهدف واجب التعاون إلى المصالحة بين المبادئ التقليدية للنظرية العامة والمبادئ الجديدة والمتمثلة في المساواة والتوازن والأخوة من جهة، ومن جهة ثانية المصالحة بين التطلعات الحالية للأخلاق والعقل والعدالة، والمصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية للعقد، وبهذا يكون واجب التعاون هو مبدأ موجه للعلاقات التعاقدية وسيلة لمراقبة مطابقة العقد مع ما يتطلبه القانون والظروف الاقتصادية، وله دور فعال في تصحيح سلوكيات الأفراد وهو بذلك يجدد ويزيد من حيوية العقد[1].

الفرع الثاني: الالتزام بالنزاهة

يعتبر مبدأ حسن النية الأداة القانونية التي يستطيع من خلالها القاضي التدخل لفرض التزامات تعاقدية على أطراف التعاقد، وهذا لضمان تحقيق التوازن العقدي، حيث يرى الفقيه الإنجليزي **Robert Summers** لأن لهذا المبدأ دورا أساسيا في تمكين القاضي الوطني من مراقبة وضمان تحقيق العدالة التعاقدية، عن طريق الحفاظ على حالة من التوازن العقدي بين طرفي العلاقة التعاقدية، من خلال افتراض النزاهة في العلاقة التعاقدية، فمن أهم أهداف مبدأ حسن النية فرض معايير النزاهة والأمانة في العلاقة التعاقدية على نحو يضمن نزاهة هذه العلاقة[2].

كما يعتبر الفقيه **Ghestin** أن:"النزاهة العقدية في العقود المكملة الضرورية للعدالة العقدية والنزاهة عموما تنفيذا للالتزام بالإخلاص بصفة تمكن من تحقيق الهدف الذي يرموا إليه العقد[3]، وهو ما يفترض تجنب التغرير وجميع أنواع الغش أثناء تنفيذ العقد، حيث تغدو النزاهة العقدية الحيز الذي يخيم على الدائرة العقدية[4].

---

[1]– عسالي عرعار، مرجع سابق ص 224.

[2]– محمود فياض، مرجع سابق، ص ص 232 –233.

[3]– زمام جمعي، مرجع سابق، ص 313.

[4]– عبدالجبار ناجي الملأ صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد، 1974، ط1، مطبعة اليرموك،ص ص59–61،

-يرى الباحث عبد الجبار ناجي الملأ صالح أن :"الغش يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمد وهو ينطوي تحت إصطلاح "الخطأ العمد" إذ أن كل غش هو خطأ عمد ولكن الخطأ العمد ليس غشا دائما وإذا تساءلنا عن موقف القانون من الخطأ العمد، لرأينا أن القانون يساوي في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم، و لم يتطرق إلى الخطأ الجسيم وهو مرتبة من مراتب خطأ الإهمال يساوي الغش في حكمة لذا كان من باب أولي أن يتساوى الغش والخطأ العمدي في الحكم أيضا".

ويُعرف الالتزام بالنزاهة كأحد التزامات العامة المنبثقة عن مبدأ حسن النية، كما أن له تسميات عديدة فمنهم من يطلق عليه لفظ الاستقامة، ومنهم من يطلق عليه لفظ شرف التعامل أو لفظ الإخلاص وجانب أخر من الفقه لفظ الأمانة، ومن المنظور القانوني فيرى البعض أن الأمانة أو النزاهة هي صياغة جديدة ومستحدثة لفكرة قديمة هي حسن النية، ويرى في هذا الصدد أن كل تلك المسميات تعبر كلها عن الالتزام بالنزاهة[1].

كما يري الفقيه **Denis Mazeaud** أن النزاهة والتضامن والأخوة تعتبر مستقبلا لعالم عقدي أفضل ولا يمكن تصور علاقة قانونية دون واجب النزاهة، حيث تبدو مظاهر هذا الأخير دائما ذات طبيعة سلبية.

وتعتبر النزاهة كصورة من صور حسن النية يعبر عن قيمة خارجية تتعدى نفسية المتعاقد يمكن أن تتمثل في الأعراف الجاري بها العمل أو قاعدة سلوك أخلاقية أو المنطق المتبع في الحياة الاجتماعية، وهو مفهوم يفرض إتباع سلوك معين يمكن تشبيهه بالمبدأ العام للمسؤولية[2].

ونص المشرع الجزائري بموجب نص المادة 107 فقرة 1 على مبدأ حسن النية والذي يكرس النزاهة عموما في تنفيذ العقود والمعاملات لتحقيق التوازن العقدي.

كما نص المشرع في المادة 361 قانون مدني على أنه: "يلتزم البائع على أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق كثيرا أو مستحيلا"، فالمشرع نص على واجب النزاهة لتفعيل مقتضيات حسن النية في نصوص فاصلة على غرار النزاهة في الممارسات التجارية من خلال قانون 02/04 الذي يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تكون بين المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني، وفي الأخير إن الالتزام بالنزاهة يقتضي انتفاء نية الإضرار بالغير وانتفاء الغش والخطأ الجسيم والبعد عن التعسف في استعمال الحق[3]. كما أشار المشرع الجزائري في الباب الثالث تحت عنوان نزاهة الممارسات التجارية من قانون رقم 02/04 في نص المادة الأولى على أنه :"يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين العون الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين ..."، ونلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع

[1]– زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حين النية في العقود، مرجع سابق، ص ص 328– 329.

[2]– عرعار عسالي، مرجع سابق، ص 215.

[3]– عبد الحكيم بن عيسي، مرجع سابق، ص 182.

الجزائري استوجب الالتزام بالنزاهة في العلاقة بين العون الاقتصادي والمستهلك حيث اعتبر الالتزام بالنزاهة معيارا أساسيا للعلاقة التعاقدية، كما اعتبر الأفعال المكونة للنزاهة عرفها بذات مفهوم سلبي وأولى المشرع الجزائري اهتماما كبيرا للالتزام بالنزاهة، حيث حدد نزاهة المعاملات من خلال الفرضيات المناقضة لها والتي يستخلص من مجموعها أن السلوك النزيه هو ذلك السلوك الخالي من التدليس الذي ينبذ سوء النية ويتجنب الإضرار بالمتعاقد[1]. وهذا انعكاسا لما سبق إليه المشرع الفرنسي في إظهار ذلك المحتوي المتنوع في مفهوم الالتزام بالنزاهة[2].

ويشترك مفهوم الشفافية والإخلاص في تكوين مبدأ النزاهة، حيث فرض المشرع الشفافية وذلك لمنعه الإخفاء والتخفي من وراء الالتزام بالسرية[3]، لأن انعدام التوازن العقدي غالبا ما يكون بسبب الغموض لكن الشفافية توفر للعقد حيوية، فحسن النية يمنع المتعاقد أن يفرض ويطالب بتنفيذ الشروط التي تتسم بالغموض كالبنود السرية، وفي نفس السياق يري الأستاذ **Mazeaud** أن الشفافية والتجانس واللياقة هي المستلزمات الثلاثة لواجب الاستقامة والنزاهة الذي يحققان الحياة للعقد كمجال اجتماعي. كما يعتبر الالتزام بالإعلام من أهم صور الالتزام بالنزاهة كما وضحناها سابقا في الفصل الأول في الالتزام بالإعلام لضمانة لتحقيق التوازن العقدي.

وكان للقضاء أيضا دور مهم في إحياء مفهوم الالتزام بالنزاهة، والأمر يتعلق بإعادة التوازن إلى العقد، مع أن وضعه غير مستقر، ولكنه يصعب الوضع في حالة التفكير بالصعوبات التي كان القاضي يجدها في العديد من قراراته في التخيير والملاءمة بين إعادة التوازن للعقد أو الجزاء عليه بسبب نقص الالتزام

---

[1]– لقد قسم المشرع الجزائري في القانون رقم 04-02 الأعمال المكونة للنزاهة الى خمسة فصول ، حيث عنون الفصل الأول بالممارسات التجارية غير مشروعة من المواد 14 إلى غاية 21 من هذا القانون، بينما الفصل الثاني الممارسات أسعار غير النزيهة، من المواد المادة 22 إلى 23، اما الفصل الثالث جاء تحت عنوان الممارسات التجارية التدليسية، من المادة 14 إلى المادة 25، اما الفصل الرابع ب الممارسات التجارية غير النزيهة من المواد 26 إلى 28، وفي الفصل الخامس ب بالممارسات التعاقدية التعسفية من خلال نص المادة 25 من نفس القانون.

[2] - Laurent (Aynès). L’obligation de loyauté, Archives de philosophie du droit .T. 44 Dalloz. 2000.p.195. « Permanence et variation de l’obligation de loyauté dans trois type de rapports juridique » :1-« Les rapports de =confiance : l’obligation de loyauté s’identifie au devoir de protéger l’intérêt de l’autrui, fut-ce, centre son propre intérêt (mandat de représentation, société, éditions, cautionnement … 2- Les rapports de méfiance : chacun des partenaires protège son intérêt, la loyauté s’identifie à la prévisibilité de son comportement (négociations, exécution,rupture du contrat) .3- Les rapports conflictuels (concurrence, marchés financiers, procès civil etpénal) »

[3]– والمقصود بضمان سرية المعلومات هو عدم الإعلان والتصريح بالمعلومات الفنية والهندسية والبيانات التي علم بها المتعاقد بمحل العقد المراد إبرامه وخاصة في عقود نق التكنولوجيا أو التقنية والعقود الإلكترونية وغيرها فنجد ما يميز عقود التكنولوجيا عن غيرها من العقود هو عنصر السرية التي يحرص عليها دائما الطرف المالك أو الحائز للتكنولوجيا وذلك سواء تم إبرام العقد أو لم يتم، ويفرض على الأطراف المتعاقدة الامتناع إفشاء هذه المعلومات للغير والتي يستفيد منها أو يستغلها لمنفعته.عبد الحكيم بن عيسي مرجع سابق، ص 174.

بالنزاهة[1]. إلا أن القضاء الفرنسي لم يتردد في العديد من قراراته في إثراء مضمون العقد وإنشاء التزامات جديدة ومن ضمنها الالتزام بالنزاهة، ولولا قيمة هذا الالتزام ودوره في خلق التجانس والاستقرار العقدي لما تم الاعتراف بقاعدة الالتزام بالنزاهة في النظرية العامة للعقد[2].

[1] - Flécheux George, Renaissance de la bonne foi et loyauté dans le droit des contrats, Mélange offertes à Jaques Ghestin. L.G.D.J. Paris, 2001, P. 342.

[2]- زمام جميعي، مرجع سابق، ص 316.

المبحث الثاني: دور نظرية الظروف الطارئة في تحقيق التوازن العقدي

المعروف أن العقد ينعقد بتوافق إرادتين يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، ويترتب عن هذا المبدأ القوة الملزمة للعقد، والتي يراد بها أن ليس للمشرع ولا للقاضي سلطة التدخل في العلاقة العقدية بدافع إعادة التوازن العقدي في حالة وجود اختلال، لأن التوازن أو التعاون في إطار المذهب الفردي ليس التعادل بين متبادلين وإنما بين الإرادتين الحرتين لكلا المتعاقدين، فوفقها الاتجاه نظرية سلطان الإرادة ونظرية الظروف الطارئة لا يلتقيان على صعيد واحد، وهذا للتطور الصناعي والتكنولوجي للمجتمعات حيث نتج عن هذا التطور تراجع مبدأ سلطان الإرادة وأصبح غير كاف لتحقيق العدالة العقدية، فحلت محله جملة من المبادئ والقيم الاجتماعية وذلك لتحقيق المساواة الفعلية بين أفراد المجتمع.

فتدخل المشرع لتعديل العقد بمقتضي نصوص قانونية لإعادة التوازن العقدي للمعاملة التجارية الإلكترونية، فقد يكون التدخل بطريقة مباشرة وهنا ليس للقاضي سلطة تقديرية بل هو ملزم بالتعديل وقد يكون تدخله بطريقة غير مباشرة، وذلك بمنحه للقاضي آليات لمعالجة اختلال توازن العقد وهنا للقاضي سلطة تقديرية للتعديل تحقيقا للتوازن العقدي، وتظهر في مرحلة تنفيذ العقد ما يسمي بنظرية الظروف الطارئة التي تخل بتوازن العقد ولذلك وجب على المشرع أن يهتم بالعقد لتحقيق التوازن من خلال زيادة الالتزام المقابل أو إنقاصا منه[1].

وهذا لأن نظرية الظروف الطارئة تهدف للمحافظة على العقد في حالة وجود اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين وهي صورة معبرة لدور حسن النية خلال مرحلة تنفيذ العقد، من خلال السعي إلى استمرار ترتيب العقد لآثاره القانونية عن طريق تسهيل تنفيذه، ولقد أدى الجدل الفقهي الذي ثار حول الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة إلى رسم حدود دقيقة لتحديد نطاقها من خلال تحديد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة على النحو التالي:

المطلب الأول: تحديد مفهوم نظرية الظروف الطارئة وأساسها القانوني

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظريات التي استندت عليها التشريعات كوسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في المعاملات، بما أنها حالة استثنائية عامة تطرأ بين مرحلة إبرام العقد ووقت تنفيذ الالتزام ومن شأن هذا الأمر الطارئ التأثير على مصلحة المتعاقدين لا سيما المدين بالالتزام، بحيث يجعل هذا الظرف

[1]- نساخ فطيمة، الوظيفة الإجتماعية للعقد، أطروحة دكتوراه، حقوق، 2013/2012، جامعة الجزائر 1، ص 167.

تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا، وهنا يقتضي من القاضي التدخل لوضع حد لهذا الاختلال الموجود بين طرفي العلاقة العقدية من خلال إعادة النظر في العقد وتعديله على النحو الذي يلائم مصلحة كلا الطرفين، وعلى ضوء ماسبق سوف نقوم بتحديد تعريف نظرية الظروف الطارئة وتحديد الأساس القانوني الذي ترتكز عليه نظرية الظروف الطارئة على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يقصد بالظروف الطارئة هو:"كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول على التعاقد ينجم اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسارة التجار"[1].

كما تعرف نظرية الظروف الطارئة بأنها: "مجموعة من القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد المتعاقدين نتيجة تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها".وهذه القواعد والأحكام تتلخص في أن العقد إذا كان من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية وكان تنفيذه موجلا وطرأت ظروف اقتصادية لم يكن يتوقعها المتعاقدان عند إبرام العقد أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي اختلالا خطيراً، وجعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدد بخسارة فادحة تخرج عن المألوف بالمعاملات فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد بل ينقص هذه الالتزام إلى الحد الذي تقتضيه العدالة[2].

والمشرع الجزائري أخذ بنظرية الظروف الطارئة على غرار التشريعات الأخرى، فقد نص في المادة 3/107 من القانون المدني ولكن لم يقم بتعريفها بل اكتفي بتحديد شروط إعمالها والآثار المترتبة عنها حيث جاء في نص هذه المادة ما يلي:"غير أنه طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها وأن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده

[1]– محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، بيروت،{ د.س النشر}، ص 131.

[2]–كامل خير الله طراد، نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن وأثرها على عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد السابع عشر، ص 280.

بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[1].

تعد نظرية الظروف الطارئة استثناء عن قاعدة القوة الملزمة للعقد، كما تفيد تراجع مبدأ سلطان الإرادة، بحيث يصبح بالإمكان تعديل التزام المتعاقد في بعض الحالات وبتوافر بعض الشروط[2].

ولقد طبق المشرع الجزائري هذه النظرية في عدة عقود منها عقد المقاولة طبقا للمادة 3/561 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، تداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد".

الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة، ولقد وجدت جدلا شديدا من حيث الاعتراف بها من المبادئ العامة للقانون، حيث يرى أصحاب هذا الجانب أن البحث عن تأصل هذه النظرية يتم في المبادئ العامة للقانون، فمنهم من أسندها على مبادئ العدالة وروح الإنصاف، ومنهم من أسندها إلى نظرية السبب، بينما جانب من الفقهاء رد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، وفي الأخير هناك من أسندها إلى مبدأ الإثراء بلا سبب، وفي خضم هذا الجدل الشديد في تحديد سوف نقوم بشرح كل هذه الاتجاهات الفقهية للخروج بأساس قانوني يتلاءم وخصائص نظرية الظروف الطارئة في العناصر الآتية:

أولا: مبادئ العدالة وروح الإنصاف

تعد مبادئ العدالة وروح الإنصاف من أهم المبادئ القانونية التي تنظم القيم المثالية التي تخرج عن المألوف من ناحية كون أن معظم القواعد القانونية تتسم بالجمود والعملية ويعد من المبادئ التي تقوم على أساس القيم الأخلاقية والإنسانية وهذا المبدأ لا يمكن حصره في مجال واحد وهذا نظرا لمرونته، والغاية منه محاولة إزالة جميع أنواع الاستغلال والظلم في المجتمع ككل وعلى العلاقات الفردية بصفة خاصة فيحاول على قدر المستطاع بناء بنية اجتماعية يسودها نوع من التساوي في الالتزامات المادية والمراكز الاجتماعية.

[1]– لقد نصت بعض التشريعات الحديثة على نظرية الظروف الطارئة حيث قابلتها المادة 2/147 من القانون المدني المصري، وكذا نص المادة 2/148 من القانون السوري، والمادة 2/146 من القانون العراقي، والمادة 147 من القانون الليبي، والمادة 269 من القانون البولوني والمادة 1467 من القانون الإيطالي.

[2]– علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم لنشر،، سنة 2008، ص 371.

كما أن هذا المبدأ يعد أكثر المبادئ القانونية ملائمة للأعمال كأساس لنظرية الظروف الطارئة لأنه يسعى إلى إزالة أي نوع من الظلم ويسعي إلى تكريس العدالة فيما بين الأطراف من خلال تسوية في الالتزامات التعاقدية بين المتعاقدين وتحميل كليهما تبعية الظرف الاستثنائي الذي جعل من الالتزام مرهقا[1].

وحسب القائلين بأن الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة أساسه العدالة وذلك لمرونته في إسعاف المتعاقد المنكوب الذي أصبح نتيجة لظروف لا يد له فيها تحت وطأة الإرهاق والخسارة الفادحة ثم إن الدائن الذي يحاول إجبار مدينه بالتنفيذ رغم الظروف الطارئة، وبحكم تبادل الواقع في المعاملات، قد يكون في عقد آخر مدينا ويتعرض لذات الموقف، فالأحرى به التسليم بعدالة النظرية عندما يكون بأمس الحاجة إليها، وهذا ما اعتمده المشرع الجزائري في نص المادة 3/107 "....بيعا للظروف وبعد مراعاه"

ثانيا: نظرية السبب

ولقد ردد البعض من الفقهاء أن نظرية السبب تصدق كأساس تستند عليه لتبرير نظرية الظروف الطارئة فإذا ما وصل التزام المدين حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاصه، لأن القدر الزائد من العبء الطارئ الذي يخرج عن حدود العقد قدر لا يقابله شيء من السبب في نظر أصحاب ها الرأي، ورد عليهم بأن نظرية السبب لا تقتضي التعادل الاقتصادي ولا استمراره إذا وجد وإلا لكان الغبن سببا لبطلان العقد، ثم إنه يمكن تجريد مطالب الدائن للمدين من السبب مادام أساس المطالبة هو العقد المكتمل الأركان والقول بعدم وجود سبب هذه المطالبة يعني انعدام العقد وبالتالي بطلانه أي "لا يجوز أن نؤثر للفرع بما لا يقوم به صالح الأصل إلا به وإلا كان ذلك مصادرة على المطلوب"[2].

كما أن ركن السبب يعتبر من بين الأسس التي تم اقتراحها لتكون أساسا لنظرية الظروف الطارئة ويقصد بالسبب في هذا المقام هو سبب الالتزام وليس سبب العقد، على اعتبار أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا اختل التوازن بين التزامات المتعاقدين إلى درجة غياب أي تناسب بينهما، فإن التزام المدين يصبح من دون سبب[3].

[1]–محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010 ،ص ص 75– 78.

[2]– المرجع نفسه، ص 97.

[3] – MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Droit des obligations, 8eme éd., L .G.D.J.-Lextenso, Paris, 2016.p405

حيث اعتمد القضاء الفرنسي على ركن السبب لتبرير تدخل القاضي في حالة اختلال توازن العقد ويمكن الاستدلال في هذا الصدد بقرار الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، والتي قضت بأن اختلال توازن اقتصاد العقد بسبب ارتفاع سعر مادة الحديد منذ 2006 وبصفة تلقائية ارتفاع سعر قطع الغيار أدى إلى اختلال التوازن المالي للعقد بالمقارنة مع ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين عند إبرام العقد، إلى درجة أن أصبح التزام المتعاقد المتضرر من هنا هذا التغير في الظروف من دون مقابل، بالتالي فإن قرار محكمة الاستئناف التي ألزمت المدين بمواصلة تنفيذ العقد تحت غرامة تهديدية مخالف للقانون[1].

ويتضح من خلال مضمون هذا القرار أن محكمة النقض الفرنسية تربط بين اختلال اقتصادي للعقد بسبب الظروف الطارئة والمقابل الذي يحصل عليه المتعاقد المتضرر من هذا الاختلال، كما اعتبرت غياب التناسب بين الالتزامات المتعاقدين هو غياب لركن السبب، غير أن تأسيس نظرية الظروف الطارئة على ركن السبب يؤدي في الأصل إلى إبطال العقد بسبب تخلف ركن السبب، إلا أن هدف نظرية الظروف الطارئة هو الحفاظ والبقاء على العقد قدر المستطاع على العقد، من خلال حث المتعاقدين على إعادة التفاوض في ظل الظروف الجديدة، أو تدخل القاضي من أجل إعادة التوازن، بالتالي لا يمكن اعتبار ركن السبب أساسا لنظرية الظروف الطارئة[2].

وبهذا لا يمكن أن تكون نظرية السبب أساسا قانونيا لنظرية الظروف الطارئة لأن عدم توفر ركن السبب يبطل العقد ويعود كلا الطرفين لما كان عليه قبل التعاقد، أما في نظرية الظروف الطارئة يتم إعمالها في إبقاء العقد دون أن يختل التوازن في العلاقة العقدية بين الطرفين، ولحماية العقد والحفاظ على التوازن العقدي.

---

[1] – Cass. Com, 29 juin 2010, N° 09-67369, *in* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022430481&fastReqId=264081394&fastPos=1/ Consulté le 15/12/2017. *« Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »*

[2]– MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, op, cit , p. 405.

ثالثا: مبدأ تنفيذ العقود لحسن النية

استند أصحاب هذا الرأي إلى أن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو أساس مبدأ تنفيذ العقود لحسن النية، وهذا على أنه ليس من حسن النية أن تعسف الدائن بالمدين إذ أصبح التزام المدين مرهقا لظروف طارئة واستثنائية لم تكن لا بمشيئته ولا في حسبانه، فمطالبة الدائن المدين بتنفيذ التزامه برغم عبء الإرهاق الفادح يكون من قبيل سوء النية[1].

ولكن هذه النظرية ثم انتقادها على أساس أن حسن النية لا يعطي الحق للقاضي في تعديل الاتفاق بل يقتضي حسن النية بأن ينفذ المتعاقدين ما اتفقا عليه ما دام أن العقد قد أبرم إبراما صحيحا وبرضا الطرفين[2].

رابعا: نظرية التعسف في استعمال الحق

وفي محاولة أخرى لتأسيس هذه النظرية قام أنصارها بإسنادها لمبدأ التعسف في استعمال الحق فيعد الدائن متعسفا في استعمال حقه إذا ما طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح لظروف طارئة لم يكن لأحد توقعها، فرد عليهم بأن الدائن قد أراد بتراخي التعاقد إلى مدة من الزمن أن يؤمن جانب تغير الظروف، فإن هي تغيرت وطالب بحقه الذي تعاقد من أجله كان معتبرا متبصرا لا متعسفا مادام لم ينحرف عن هدفه المشروع[3].

لقد نصت المادة 41 من القانون المدني الجزائري على هذا المبدأ وذلك بما يلي:

1-إذا وقع بقصد إضرار الغير.

2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ إلى الغير.

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة مشروعة.

فمن خلال نص المادة سالفة الذكر يتبين لنا أن التعسف في استعمال الحق يقوم على أساس الخطأ الذي يرتكبه المتعسف اتجاه الطرف الأخر والذي ينجم عنه المطالبة بالتعويض[4].

---

[1] -François Terré, Philipe Simler, Yves Lequette, droit civil les Obligation, 7e édition, Dalloz, Paris,1999, p43

[2]– محمد محي الدين إبراهيم ، مرجع سابق، ص115.

[3]– شارف بن يحي، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي– دراسة مقارنة– رسالة ماجستير، القانون الخاص جامعة وهران، 2010/2009، ص 27.

[4]– أنظر إلى نص المادة 41 من الأمر 75/ 58.المتعلق بالقانون المدني الجزائري.

وتكمن فائدة مبدأ التعسف في استعمال الحق هو تعسف الدائن في استعمال حقه وهذا عن طريق فرضه على المدين تنفيذ الالتزام حتى ولو كان سيتكبد خسارة فادحة بسبب الإرهاق الذي لحق الالتزام العقدي[1].

ولكن رغم هذه الحجج إلا أن هناك فئة من الفقهاء عارضت الفكرة لكون أن الدائن المطالب بتنفيذ الالتزام العقدي المرهق متعسفا وهذا راجع إلى أن ذلك الإرهاق لم يحدث بسبب دائن وإن المدين هو أيضا ملزم بتنفيذ العقد طالما أنه ارتضى بالتقيد بالعقد لمدة معلومة فهو ملزم بتكبد الخسائر التي تلحق العقد طالما أنه يستفيد من الربح الذي ينتج عن العقد.[2]

كما أنه لا يحكم التعسف في استعمال الحق إلا إذا كان صاحب هذا الحق يقصد الإضرار بالغير أو كانت المصلحة التي يحققها غير مشروعة، وأما فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة فلا تظهر هذه الشروط الأخيرة ذلك لأن الدائن حينما يطالب بتنفيذ العقد لا يكون قاصدا الإضرار بمصلحة المدين وإنما يلزمه فقط بالتقيد بموضوع العقد الذي أبرماه معا بمحض إرادتهما.

خامسا: مبدأ الإثراء بلا سبب

واعتمد أصحاب هذا الطرح على أساس أن القاضي لما يقوم بتعديل العقد يمنع الدائن أن يثرى على حساب المدين دون سبب، وقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة قديمة مفادها أن كل من يثرى على حساب الغير دون سبب يلتزم برد مقدار ما أثرى أو مقدار ما افتقر به الغير، وذهب لبعض إلى القول أن الإثراء بلا سبب في حد ذاته نجد أساسه من مبدأ العدالة فهو يتفق مع مبدأ أخلاقي مستقل من شأنه أن يؤدي إلى نشوء مصدر مستقل للالتزام ولكن تم الرد على هذا النقد بأن الدائن هنا لم يثر بلا سبب بل سبب إثرائه العقد في حد ذاته الذي يعتبر سببا صريحا وصحيحا[3].

ولقد أقر العديد من التشريعات الوضعية صراحة مبدأ الإثراء بلا سبب، ومنها التشريع المصري حيث نص القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على أنه:"كل شخص، ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص أخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقي هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد"[4].

---

[1]– هدى عبد الله، دروس القانون المدني–العقد– الجزء الثاني، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2008، ص ص341-342.

[2]– محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرج سابق، ص 55.

[3]– شارف بن يحي، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 26.

[4]– المادة 179 من القانون المدني المصري، رقم 131 لسنة 1948.

كما حاول أنصار هذا الرأي تشبيه حالة الظروف الطارئة بحالة الإثراء بلا سبب مشروع، فاختلال التوازن الاقتصادي الذي ينجم عن الظروف الطارئة يؤدي إلى إثراء الدائن على حساب المدين بدون سبب، فحين حدوث ظروف طارئة أدت لارتفاع قيمة الالتزام العقدي لصالح الدائن، تمسك هذا الدائن بتنفيذ العقد رغم ما قد يسببه هذا التنفيذ من إرهاق للمدين، توجب على المحكمة أن تتدخل لتعديل العقد ومنع الدائن من الاغتناء أو الإثراء بلا سبب على حساب المدين[1].

وبهذا يكون استناد نظرية الظروف الطارئة لمبدأ الإثراء بلا سبب حجته أن تنفيذ العقد رغم قيام حالة الظروف الطارئة يخلق وضعا يثرى فيه الدائن على حساب المدين بلا سبب[2].

ورغم كل هذه الحجج التي استند عليها أصحاب هذا الرأي إلا أنها تعرضت إلى عدة انتقادات منها أن مبدأ الإثراء بلا سبب يشترط لتطبيقه إلا إذا كان هناك سبب شرعي للحصول على مال الغير، وبالنظرية البسيطة دون عناء نجد أن هذا الشرط غير متوافر في نظرية الظروف الطارئة، حيث يوجد سبب مشروع وأساس قانوني لحصول أحد المتعاقدين على مال الآخر، وهذا السبب هو تصرف قانوني ثابت وواضح وهو العقد فالعقد هو يعد سببا مشروعا للكسب، كما أن الإثراء تبرر حصول المثري عليه، فإذا كان الإثراء أضيف إلى ذمة المثري نتيجة لتصرف قانوني وهو أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا للمدين بسبب الظروف الطارئة وهو سبب إثراء الدائن[3].

سادسا: نظرية الغبن

لقد كان يرى بعض الفقهاء أن الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة يعود إلى نظرية الغبن وهذا لأن القانون إذا كان يجازي على الغبن عند إنشاء العقد فيجب أيضا أن يجازي عليه عند تنفيذ العقد، وبالتالي فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا ولا خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد[4].

ويقصد بالغبن بأنه: "عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، فقد يكون مغبونا إذا أعطي أكثر مما يأخذ، وقد يكون غابنا إذا أخذ أكثر مما أعطى"، ويتضح من هذا التعريف أن الغبن لا يتصور وجوده إلا

[1]– خميس صالح ناصر عبد الله منصور، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، مرجع سابق، ص 90.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 972.

[3]– خميس صالح ناصر عبد الله منصور، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، مرجع سابق، ص 91

[4]– المرجع نفسه، ص 95.

في عقود المعاوضة، ويقدر الغبن وقت تمام العقد، وكذلك يصعب الاحتراز من الغبن في المعاملات حيث يندر في عقد المعاوضة أن يكون ما أخذه أحد المتعاقدين متعادلا مع ما يعطيه[1].

كما أن هذه النظرية لم تسلم من الانتقادات وأهمها أن اختلاف وقت تحديد كل من الغبن والظروف الطارئة، حيث يتم تحديد الغبن وقت التعاقد لأنه وقت النظر إلى إرادة المتعاقدين، بينما يتم تحديد الظروف الطارئة بعد إبرام العقد وقبل تنفيذ، ومن ثم فإنه إذا حدث هذا الظرف وأدى إلى الخلل في التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين بعد إبرام العقد لا يعتبر غبنا، وإنما يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة بصدده لإعادة هذا التوازن العقدي.

كما أنه يجب أن يوجد أصل الغبن في العقد، بينما في نظرية الظروف الطارئة فإن الظرف الطارئ يحدث خارج العقد بسبب حادثة غير متوقعة وعرضية، والغبن ليس سببا عاما أو قاعدة عامة لإبطال العقود، كما أن الجزاءات التي فرضها المشرع في حالات ليست واحدة، وإنما تتنوع باختلاف الحال محل التزاع، بينما الأمر مختلف في نظرية الظروف الطارئة حيث تعد هذه النظرية قاعدة عامة متى توافرت شروطها في جميع العقود[2]، وبالتالي لا يمكن أن تكون نظرية الغبن أساسا قانونيا لنظرية الظروف الطارئة.

سابعا: الشرط الضمني

ويقصد بالشرط الضمني بأنه "الشرط الذي مقتضياه بقاء الظروف التي تم في ظلها التعاقد على حلها وقت التنفيذ، فإن تغيرت تلك الظروف على نحو جعل تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا تعين إعفاؤه من تنفيذه"[3].

ويرى أنصار هذا الرأي أن أساس نظرية الظروف الطارئة يكمن في شرطها الضمني أي النية المشتركة لأطراف العقد وما انصرفت إليه ضمنيا أثناء إبرام العقد، فهذه النية هي أساس حق التعويض وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد في حالة الظروف الطارئة.

فالأصل في المسؤولية العقدية أن التعويض عنها لا يشمل سوى الضرر المباشر المتوقع وذلك في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم، أما في المسؤولية التقصيرية فيشمل التعويض كلا من الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، والسبب في ذلك أن مسؤولية العقد تتميز بأن قوامها العقد، ومعنى ذلك أن إرادة طرفي العقد هي

[1]– عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ص 466– 447.

[2]– محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص ص79– 80.

[3]– المرجع نفسه، ص 120.

التي تحدد مداها وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد اتجهت إلى جعل المسئولية عن الضرر تقتصر على المقدار الذي يتوقعه المدين فهذا هو المقدار الذي يمكن أن يفترض افتراضا معقولا أن المدين قد ارتضاه وينبع هذا الافتراض من وجود اتفاق ضمني في العقد يعدل على من مقدار المسئولية بقصرها على الضرر المتوقع فقط، فإذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما بطل الاتفاق الضمني ورجعنا إلى الأصل وهو التعويض عن الضرر[1].

فالتعاقد وهو يبرم عقده يشترط ضمنا أن تقف مسئوليته عن الأضرار التي يسببها عند حد ما توقعه وقت إبرام العقد ويشاركه نفس الشعور المتعاقد الآخر، أي أن مضمون الشرط الضمني وهو الاحتمالات التي تكمن في ذهن كلا من المتعاقدين عن المستقل وأن ما حدث لم يتناوله تصورهما المستقبلي ولذلك يجب النزول على إرادتهما الضمنية وهي إعادة النظر في أداءات العقد والقول بغير ذلك فيه نوع من الظلم ومجافاة لمبادئ العدالة.

وبالتالي فإن العقد في هذه الحالة ينشأ مقترنا بشرط ضمني والذي مقتضاه إعفاء كل من المتعاقدين من التزاماته العقدية، إذا صعب أو حتى استحال عليه تنفيذها بسبب ما قد لحق بهذه الأشياء من تلف أو هلاك مادي، بشرط أن لا يكون ما حدث ناتجا عن الخطأ أو تقصير أحد طرفي العقد وأن يكون ذلك غير داخل في نطاق توقعهما عند صدور العقد، ومن ثم فإنه وفقا لهذا الرأي يوجد اتفاقان الأول وهو اتفاق صريح ظاهر في العلن يتمثل في العقد المبرم بين المتعاقدين، والثاني هو اتفاق ضمني في نية أو نفسية المتعاقدين يعلمانه بحكم الفطرة وعرف التعامل، وذلك فإنه في حالة حدوث ظروف طارئة نجد شبه تسليم من الدائن بذلك لأن نيته اتجهت إلى ذلك، كما أنه إذا كان دائنا اليوم فسيكون مدينا الغد[2].

لكن هذه النظرية لم تسلم من الانتقادات كباقي النظريات المدروسة سابقا، حيث وجهت لهذا الرأي العديد من الانتقادات من أهمها أن الشرط الضمني يقوم على افتراض ووهم يفترض وجود نية مشتركة للمتعاقدين تهدف إلى الإعفاء من تنفيذ الالتزام لوجود ظروف طارئة تجعله مرهقا إذ قد تكون مصلحة أحد المتعاقدين في هذا الإعفاء مع أن مصلحة الطرف الآخر هي في استمرار تنفيذ التزامات العقد. وأنتقد أيضا الشرط الضمني على أنه أساس لنظرية الظروف الطارئة وهذا لأنه إذا كانت نظرية الظروف الطارئة تؤسس حقا على الشرط الضمني أو النية المشتركة لأطراف العقد، فإن هذه النية يمكن أن تنصرف

[1]– عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، ص 958 وما بعدها.

[2]– محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 125.

إلى استبعاد تطبيق تلك النظرية صراحة أو ضمنا، إلا أن تلك النظرية تطبق على الرغم من وجود شرط التنازل عن تطبيقه، لأنه الأحكام المتعلقة بهذه النظرية والواردة بالتشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري تقضي بأنه لا يجوز اتفاق الأطراف صراحة أو ضمنا على مخالفة نظرية الظروف الطارئة لأنها متعلقة بالنظام العام[1].

ويرى الباحث بعد كل هذه الاتجاهات الفقهية لتحديد الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة أن الشرط الضمني هو الأساس القريب للواقع والصائب، وهذا من جهة نظر الباحث وهذا لأن نظرية الشرط الضمني كأساس لنظرية الظروف الطارئة في وقت التعاقد يعبر عن نية طرفي العقد على تنفيذ العقد حسب ما اتفقوا عليه، فالظروف التي أبرم فيها التعاقد لم تتغير فإن تغيرت وجعلت من العقد مرهقا فلابد من إزالة هذا الإرهاق، ومن ثم يكون الشرط الضمني أو النية الضمنية لأطراف العقد هي أساس نظرية الظروف الطارئة وكل هذا في حالة ما إذا اختل التوازن بين أطراف العقد وذلك في حالة تغير ظروف العقد مما جعل تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا.

المطلب الثاني: إعمال نظرية الظروف الطارئة لمعالجة اختلال توازن العقدي

لقد اجتمعت جميع النظم القانونية المختلفة على ضرورة توفر عدة شروط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وتدخل القاضي في إعمالها وهذا لتحقيق التوازن والعدالة العقدية بين المتعاقدين في المعاملات التجارية الإلكترونية، لأنه عند حلول أجل تنفيذ المعاملة يمكن أن تطرأ حوادث وظروف عير متوقعة فيصبح تنفيذ الالتزام شاقا ومرهقا للمدين، ولكن ما يهمنا نحن ليست نظرية الظروف الطارئة وإنما سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة.

حيث نصت المادة 107 في فقرتها الثالثة من ق. م .ج "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[1]– خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، رسالة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص 102.

ويتضح من خلال نص هذه المادة أنه يمكن للقاضي التدخل لتعديل العقد وإزالة الإرهاق إلى الحد المعقول وكل هذا لا يمكن أن يتدخل القاضي إلا بعد توفر شروط التي نص عليها القانون.وعلى ضوء ما سبق سنقوم بتقسيم هذا البحث إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة

كما بينا سابقا مفهوم الظروف الطارئة على أنها عقد يتراخي وقت تنفيذه إلى أجل أو آجال كعقد التوريد، ويحل أجل التنفيذ، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كانت توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم يكن في الحسبان، وغير متوقعا فيختل الجانب الاقتصادي للعقد اختلالا خطيرا كما أن تنفيذ الالتزام غير مستحيل ولكنه يصبح مرهقا ويهدد بخسارة فادحة تخرج عن المألوف، وهذا كله لم يكن موجودا في مرحلة إبرام العقد بل ظهر عند تنفيذ العقد، وفي هذه الحالة نعمل نظرية النظرية الطارئة وهذا لإعادة التوازن للعقد ومن أجل إعمال هذه النظرية يجب توفر مجموعة من الشروط الذي تم ذكرها سابقا من خلال تعريف نظرية الظروف الطارئة وهي كالأتي:

أولا: يجب أن يكون العقد متراخي التنفيذ

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة حسب نص المادة 107 فقرة 3 من ق.م.ج يجب أن يكون العقد متراخي التنفيذ، وحسب مفهوم المخالفة لا يكون العقد قد تنفذ بمجرد نشوئه سواء كما بصدد عقد مستمر كعقد الإيجار مثلا أو عقد عرفي كعقد البيع، ونعني بذلك العقد الذي يفصل بين إبرامه للعقد وتنفيذه فاصل زمني[1].

ولا تطبق نظرية الظروف الطارئة إذا تراخى تنفيذ العقد نتيجة لخطئ المدين فإذا التزم المدين بالقيام بعمل معين وتأخر في تنفيذه دون مبرر إلى أن وقع الحادث الطارئ فلا مجال لتطبيق النظرية إذ لا يجوز للمدين الاستفادة من تقصيره، كما لا تطبق للنظرية على العقود الاحتمالية كعقد التأمين وعقود المضاربة في البورصة وذلك لكون طبيعة هذه العقود تحتمل الربح والخسارة[2].

وتعتبر العقود المتراخية التنفيذ هي الأكثر عرضة لتغيير الالتزامات بسبب تغير الظروف، لذلك فالفقه يرى أن حدوث الظرف الاستثنائي العام لا يتصور إلا في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بين وقت

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، ط3، منشورات حلبي الحقوقية –بيروت– لبنان، 2000، ص 717.

[2]– إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2013. ص 339

إبرام العقد وإتمام تنفيذه، وخاصة في العقود الإلكترونية التي يتم شحنها وتوصيلها، سواء قصرت هذه الفترة أم طالت، مما لا شك فيه أن العقود التي تنفذ فور انعقادها دفعة واحدة وخاصة العقود المتعلقة بالخدمات التي تتم عن بعد، في الغالب لا تثير مراجعة شروطها بسبب تغير الظروف، وذلك عكس العقود الإلكترونية التي يكون محلها السلعة فإن المورد الإلكتروني يتراخى في تنفيذ العقد مما يبقي على العلاقة العقدية تتولد عنها ممتدة أو مستمرة في الزمن، ولما كانت الظروف دائمة التحول والتغير فإن مراجعة شروط هذه العقود يصبح أمرا مطلوبا.

وشروط التراخي عموما لا يشترط أن نصرف الالتزامين المتقابلين معا، وإنما يكفي أن يكون هذا التراخي قائما لواحد منهما فحتى إن نفذ الالتزام الأخر فور صدور العقد فالعبرة في تراخي التنفيذ إنما يكون بالنسبة للالتزام الذي أضحى مرهقا بسبب الظرف الطارئة.

ثانيا: يجب أن يكون الظرف استثنائيا وعاما

يشترط من أجل إعمال نظرية الظروف الطارئة حصول حوادث عامة استثنائية في مرحلة تنفيذ العقد، مثل الزلزال، أو حرب، أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية، أو إلغاؤها، أو ارتفاع باهظ في الأسعار، أو نزول فاحش فيها، أو وباء ينتشر، ويظهر من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها، ولم يأت النص المصري على ذكر أمثلة لها تاركا ذلك للفقه والعمل. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المصري الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية فقط، لكن لجنة المراجعة رغبة منها في تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة، حتى لا تزعزع كثيرا من القوة الملزمة للعقد اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة، فتكون الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين، كإفلاسه، أو موته، أو اضطراب عماله، أو حريق محصوله، غير كافية لتطبيق الظروف الطارئة بل إن الاعتداد بأي ظرف طارئ خاص بالمدين ضمان لعدم الغش من جانبه بإدعائه خلاف الواقع[1].

كما حرص المشرع الجزائري على استثنائية الحادث، الذي من شأن توافره تخويل القاضي حق التدخل في مجال العقد بالتعديل لإعادة التوازن الذي فقده من جراء الحادث الطارئ، وذلك حتى لا تتأثر المعاملات وتفقد خاصية الاستقرار اللازم لها في حدود العدل والإنصاف[2].

[1]– حمد رشيد قباني، مرجع سابق، ص ص 142– 143.

[2]– بن شنيتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1996، ص 47.

ويقصد بالحادث الاستثنائي حسب الفقه[1] "ذلك الحادث الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذاً وخارجا عن المألوف بحسب السير العادي للأمور"، غير أن القوانين المدنية العربية على غرار القانون الجزائري الذي لم يعط أمثلة عن الحوادث الاستثنائية، عكس التشريع البولوني الذي أورد طائفة من الأمثلة الاستثنائية مثل الحرب والوباء، وهلاك المحصول هلاكا بسبب الفيضانات، أو هجوم لأسراب هائلة من جراد تزيد على القدر المألوف بدرجة كبيرة[2]، فاستثنائية الحادث على هذا التحديد تعني ندرة الوقوع أو الخروج عن المألوف، فإذا كان الحادث مألوفا فلا يعتد به وبالتالي لا تعد الخسارة التي تلحق المدين من جرائه متوقعة لأن من عادة المألوف أن يكون محتملا بحكم العادة والتعامل، والحادث الاستثنائي لا يقتصر على الحوادث الطبيعية وحدها، بل قد ينجم عن أية وقائع مادية أخرى، فقد أدى التطور العلمي إلى اتساع رقعة هذه الظروف لتشمل أنواعا أخرى لم تكن معروفة من قبل، مثل انتشار الإشعاع الذري، وتلوث البيئة، وانتشار الغازات السامة، وكلها قد تكون من قبيل الحوادث الاستثنائية التي تؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ الالتزام العقدي[3].

ثالثا: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع

يعتبر شرط عدم توقع الظرف الطارئ شرطا أساسيا لإعمال نظرية الظروف الطارئة، أي يجب أن يكون الحادث الاستثنائي عام وغير متوقع حين إبرام العقد وعيار التوقع ليس معيارا شخصيا وإنما معيار موضوعيا قوامة الرجل المعتاد، فينبغي ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصول الحادث الطارئ لو وجد في ذات ظروف المدين حين التعاقد، فإذا كان الحادث متوقعا أو يمكن توقعه فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لانعدام اختلال التوازن الاقتصادي للعقد[4].

لكن عبارة "غير متوقع" أثارت تحفظات من عدة باحثين على أساس أن العديد من الظروف يمكن توقعها إلا أن الإشكال هو في التنبؤ حول جدة الظرف، فيمكن توقع في بلد يعيش أزمة اقتصادية تضخم في العملة، لكن الشيء الذي لا يمكن توقعه هو بلوغ هذا الأخير نسبة لم يمكن التنبؤ بها، كما أشار جانب آخر من الباحثين إلى ضرورة إضافة عبارة عقلانيا لعبارة "غير متوقع"، والهدف من ذلك إرساء نوع من الموضوعية عند تقدير القاضي لعنصر عدم التوقع، فما هو متوقع بالنسبة لطرف معين قد لا يكون كذلك

[1]– علي فيلالي، المرجع سابق، ص 374.

[2]– دحمون حفيظ، التوازن في العقد، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1،2012/2011، ص 102.

[3]– مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014، ص 57

[4]– سامي جاسم محيسن، مرجع سابق ص 51

بالنسبة للطرف الآخر، فارتفاع ثمن مواد البناء متوقع بالنسبة للمقاول إلى درجة معينة، إلا أن هذا التوقع غير مفترض بالنسبة لرب العمل الذي يكون بعيدا عن مجال البناء، بالتالي فارتفاع ثمن السلع قد لا يمنح للمقاول الحق في مراجعة العقد على أساس نظرية الظروف الطارئة، في حين الانخفاض المحسوس في ثمن السلع، قد يمنح لرب العمل الحق في مطالبة تعديل العقد لعدم توقعه هذا الانخفاض[1].

فاعتبار الفعل متوقعا لا يكفي لأن يكون وقوعه ممكنا بل يكون محتملا بصورة جدية ومعقولة على أن ينظر في ذلك وقت التعاقد لا وقت حصوله، ويؤيد البعض هذا الاتجاه، إذ أن الاكتفاء بمجرد إمكانية وقوع الحادث لاعتبار الظرف متوقعا تعترضه صعوبتان بإمكان بقاء الإبهام والغموض قائما، كما أن الاكتفاء به لتحديد الفعل المتوقع من شأنه أن يجعل من كل الأفعال ظروفا متوقعة. ومنه يمكن القول أنه لا يقتضي أن يعد أي فعل أنه متوقع إلا إذا كان هناك احتمالا كافيا لدي الشخص العادي والمتبصر في حصوله.

أما في ما يخص معيار تحديد توقع الظرف الطارئ أو الاستثنائي فيجب استبعاد النظر إلى شخصية أي من المتعاقدين عند البحث في مدى توقعه للحادث كما أنه يقتضي أيضا استبعاد العودة إلى الرجل النموذج، فالمقياس المطلوب لا يمكن أن نجده إلا بالنظر إلى الحادث بحد ذاته، بمعزل عن الناحية الشخصية بشكليها المتجدد أو المبسط بل النظر إلى "عادية الحادث" أو عدم "عاديته" بحسب المجرى الطبيعي للأمور فيعد أن الحادث يكون متوقعا عندما يكون عاديا ويكون غير متوقع عندما لا يكون عاديا، فهذا المعيار الجديد يقوم على عنصرين موضوعين عنصر الحادث بمجرده، وعنصر العادية المتخذ كمقياس للتوقع كبديل عن المقياس المعتمد، وهو الشخص المعتاد، وبذلك نكون قد تجنبنا البحث فيما تقف عنده النفس البشرية وابتعدنا عن الغموض في غوامضها سواء أكانت النفس تعود إلى أحد المتعاقدين أم إلى شخص معتاد متخذ كنموذج، إذا أنه كما يقول الفقيه **عبد المنعم فرج الصدة** يقتضي توقع ما هو عادي وليس علينا أن نتوقع ما هو استثنائي وغير عادي[2].

[1]– عثماني بلال، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون، جامعة تيزي وزو، 2018، ص 306.

[2]– سامي جاسم محيسن، مرجع سابق، ص 57.

رابعا: يجب أن يجعل هذا الظرف الطارئ تنفيذ الالتزام مرهقا ولا مستحيلا

وأخيرا يشترط أن يجعل الظرف الطارئ تنفيذ الالتزام مرهقا لكن ليس مستحيل لإعمال نظرية الظروف الطارئة، بحيث يستوجب لتطبيق هذه النظرية وجود تهديد بخسارة فادحة، ما يلاحظ أنه لم يتم تحديد قسمة ونسبة الخسارة، كما تطرح عبارة "خسارة فادحة" التي استعملها المشرع الجزائري في نص المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني إشكالات عديدة بحسب التفسير الذي يمكن الأخذ به لتحديد طبيعة هذه الخسارة، ففي الوهلة الأولي يظهر بأن هذه العبارة تتعلق فقط بحالة ارتفاع في تكلفة التزامات المدين، أي من الناحية الاقتصادية الزيادة من جهة الخصوم في ذمته المالية، إلا أن جانب من الباحثين يرون ضرورة الأخذ بالتفسير الواسع لكلمة **"الخسارة"**، والتي قد تأخذ شكل ارتفاع في تكاليف تنفيذ الالتزام كارتفاع سعر المواد الأولية مثلا بالنسبة للمنتج، أو انخفاض قيمة المقابل الذي سيحصل عليه المتعاقد كانخفاض العملة إذ كان محل الالتزام هو مبلغ من الأموال.

لهذه الأسباب يستحسن استعمال عبارة يؤدي إلى اختلال اقتصاد العقد "بدلا من عبارة يهدده بخسارة فادحة"، لأن اختلال اقتصاد العقد يشمل كل الحالات التي يتغير فيها التوازن المفترض من الطرفين عند إبرامه، سواء بزيادة تكلفة الالتزام أو بالعكس انخفاض المقابل الذي سيحصل عليه المدين[1].

كما أنه جرت محاولات متعددة لتحديد الإرهاق العقدي المحرك للنظرية فقهيا وقضائيا وكانت هذه المحاولات تدور حول أساسين وجود خسارة فادحة، ومرونة المقياس الذي ينبغي اعتماده لتحديد هذه الخسارة، ويقول البعض: "أن الإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث معيار نسبي، ليس له مقدار ثابت، فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون لآخرون وما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا في ظرف أخر، والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة(غير مألوفة)، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي لأن التعامل مكسب وخسارة"[2].

ويتضح من هذه المحاولة مرونة المعيار الذي ينبغي اعتماده لتحديد الإرهاق الناتج عن الأثر غير المألوف للحادث الطارئ، واختلافه باختلاف الحالة والأوضاع، بحيث يصعب ضبطه وحصره في إطار ثابت يتخذ

[1]– عثماني بلال، مرجع سابق، ص 307.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، 722.

كمقياس يتحدد على أساسه حصول الإرهاق أو عدم حصول الإرهاق قد يصيب مدينا معينا، ولا يصيب سواه، وقد لا يصيبه في ظرف آخر مختلفا عن الظرف الذي وجد فيه[1].

ولتبرير الصعوبة الناتجة عن عدم التمكن من ضبط ذلك المعيار إلى عد الإرهاق قائما كلما كان تنفيذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة، كلما نتج عن المقارنة بين مجموعة الواردات ومجموع المصاريف خسارة خاصة وليس مجرد نقص في معدل الأرباح أو عدم تحقيق أي ربح، ومنه نستنتج التميز بين حالتين:

- **الحالة الأولى:** يختل فيها التوازن العقدي، إلا أنه اختلالا مألوفا في التعامل تنبغي ملاحظته عند التعاقد فهناك نوعان من الأعباء التي تنتج عند تنفيذ العقد عادة الأعباء المتعامل بها وهي التي يتحملها المدين من دون أن تستحق له أية مطالبة التعويض عن تحملها، إذا كان عليه أن يضعها في اعتباره وقت التعاقد "فالتعامل مكسب وخسارة"، والأعباء الاستثنائية هي تتجاوز ما هو متسامح به في الغالب، فهذه لابد من تحميلها للمتعاقد إجمالا ولكن بنسب متفاوتة بهدف إزالة الإجحاف الذي قد يصيب المدين المرهق بسببها.

–**الحالة الثانية:** يختل فيها التوازن العقدي اختلالا غير مألوف، تنتج عنه "خسارة خاصة" و"فادحة" بالمدين المتعاقد، وهذا الوضع الاستثنائي تبدأ في المرحلة التي تتخطى فيه الخسارة الحاصلة الحد المعقول للخسارة المألوفة والمتوقعة بحسب نوع الصفقة وموضوع المعاملة، فلا يكفي إلا أن ينتج عن التعاقد مجرد صعوبة في التنفيذ، بل لابد من أن يكون هناك اختلالا فعليا وحقيقيا في الالتزامات والحقوق لدي المتعاقدين[2].

والاختلال لا يتحقق إلا عند تجاوز الثمن الفعلي المطلوب تنفيذه للثمن المحدد في كل صفقة ويقصد بالثمن المحدد الخط الفاصل بين الارتفاع المحتمل في السعر الذي كان بالإمكان ملاحظته من الأطراف عند التعاقد، والارتفاع الذي يجاوز ذلك الارتفاع المحتمل، ومن خلال ما سبق تبين أمرين الأول أن الاختلال العقدي الذي يفسح المجال لأخذ بإعادة النظر في العقود للظروف الطارئة هو الاختلال الاستثنائي وغير المألوف في التعامل وهو الوجه الآخر للظرف الاستثنائي منظورا إليه لجهة تأثيره في العقد، فأي اختلال في التوازن العقدي لا يؤدي بالحتم إلى تعديل العقد وتدخل القضاء، بل لا بد من أن يكون ذلك الاختلال جوهريا قد تجاوز في مداه ما يقتضي أخذه في الاعتبار من أعباء، أو القبول به وقت التعاقد، وثانيا أن مسألة إيجاد معيار نتوصل من خلاله للوقوف على حالات ذلك الاختلال الاستثنائي وهي مسألة موضوعية

[1]– سامي جاسم محسين، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن العقدي –دراسة مقارنة–رسالة ماجستير، القانون الخاص، معهد العلوم للدراسات العليا، العراق، 2016، ص 69.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، 772.

مرنة، يصعب وضع مقياس ثابت لها، ويعود للقاضي أمر تعيينها تبعا للظروف ولموضوع التعاقد فالقول بأن الاختلال الاستثنائي في التوازن العقدي هو ذلك الاختلال الذي "يقلب اقتصاديات العقد بصورة جدية" يهدد بخسارة فادحة، أو الذي يسبب للمدين خسارة. خاصة كلما مقاييس تترك للإرادة القضائية سلطة واسعة في التحديد على ضوء الوقائع والظروف العامة للتعامل[1].

كما أن تحديد معيار الإرهاق يترك للسلطة التقديرية للقاضي لتحديد الخسارة التي تؤدي إلى الإرهاق، وهذا ما اتفقت عليه التشريعات في القوانين ويكون هذا التقدير إما بزيادة التزامات الدائن أو إنقاص التزامات المدين أو كلاهما، على أن يتم إدخال جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته وعناصره ولا ينظر إلى عنصر واحد واعتباره مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى، ولا ينظر أيضا إلى إمكانية المدين المادية وقدرته الاقتصادية أي يعتمد معيارا موضوعيا لا شخصيا معتمدا على اختلال التوازن الاقتصادي لأن الإرهاق يختص بذات العقد لا الشخص المتعاقد أي الأخذ بالاعتبار الموضوعي لا الظروف المتعلقة بشخص المدين[2].

وبهذا يكون الضرر مرهقا ولا مستحيلا ومهددا بخسارة جسيمة أي ينجم عنه اختلال بين الالتزامات ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا ويهدد بخسارة تخرج عن الحد المألوف ولا يأخذ بالخسارة الوقتية أو العارضة التي لا تؤثر باختلال التوازن الاقتصادي للعقد وأن يكون التعويض جزئيا عن الخسارة التي لحقت بالمدين وليس عما فاته من ربح[3].

المطلب الثالث: الأثر القانوني المترتب عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إن البقاء على العقد لتحقيق الأهداف التي أبرم من أجلها، وضرورة إقامة التوازن بين الالتزامات المتعاقدين، ذلك التوازن الذي يؤمن للعقد الحياة المفيدة للمجتمع، تفضي إعطاء القاضي السلطة تقديرية واسعة تمكنه من معالجة التوازن الاقتصادي المختل وإعادة النظر في بعض شروط العقد لتحقيق الهدف الذي أبرم من أجله، ورغم منح القاضي السلطة التقديرية الواسعة إلا أنه أمر خطير ولا يبيحه المشرع إلا في حالة يبدو فيها أن العقد أصبح مخالفا للعدل مخالفة واضحة تقتضي التدخل لمعالجة التوازن العقدي والاختلال بين التزامات طرفي المعاملات، وتتم هذه المعالجة بواسطة القاضي الذي يمارس تلك السلطة التقديرية

[1]– سامي جاسم محسين، مرجع سابق، ص 69.

[2]– كامل خير الله طراد، مرجع سابق، ص 281.

[3]– المرجع نفسه ، ص 280.

الممنوحة له من المشرع، وفي حالة توفرت جميع الشروط سابقة الذكر يقوم القاضي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، حينها يقوم بإعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد عن طريق توزيع الأعباء الناتجة عن وجود الظرف الطارئ على عاتق المتعاقدين ويكون ذلك إما بالإنقاص أو بزيادة الالتزام المرهق، أو وقف تنفيذ العقد أو فسخه. وقبل هذا وجب تحديد الضوابط التي يجب على القاضي إتباعها في إعادة التوازن الاقتصادي للمعاملات. وعلى ما تقدم ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: ضوابط سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للمعاملات

بالنظر إلى التشريعات المختلفة نجد أنها لم تترك للقاضي مطلق التدخل لإعمال نظرية الظروف الطارئة، وإنما أحاطت ذلك بمجموعة من الضوابط القانونية أو المادية أو الشخصية التي تقيد سلطة القاضي عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة ذلك لأن دواعي العدالة يجب ألا نتلق يد القاضي في معالجة الموقف على ما تمليه عليه رغباته الشخصية، وإنما يقيد بقواعد موضوعية تمنعه من التحكم أو الإسراف.

كما أن بعض الأنظمة القانونية تقيد سلطة القاضي في التدخل بضوابط قانونية مثل أن تكون هناك ضرورة أو يكون هنا التدخل مما يقتضيه تطبيق مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية وقد يكون هو ضابط الموازنة بين الطرفين بحيث يتوجب على القاضي عند تطبيق النظرية الطارئة أن يراعي مصلحة الطرفين والموازنة بينهما وتزيد بعض النظم القانونية على هذه الضوابط قيودا أخرى تساهم في الحد من تعسف القاضي في استعمال سلطة التدخل[1].

أولا: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية

أغلب التشريعات الخاصة بنظرية الظروف الطارئة تنص أنه للقاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول "تبعا للظروف" وهذه العبارة مقصودة منها تقييد سلطة القاضي في التدخل في حدود ما تكون عليه ظروف التعاقد أو التنفيذ، فالقاضي لا يستطيع أن يقضي بتعديل المضمون المادي للالتزام إذا ثبت له من الظروف المحيطة أن الحادثة الاستثنائية كانت وقتية يقدر زوالها في وقت قريب لا يستدعي تعديلا في مضمون العقد وإنما يتطلب تأجيلا في تنفيذه، ومثال ذلك أن يتعهد مورد إلكتروني بشحن مجموعة من مواد البناء وبسبب ارتفاع أسعارها ارتفاعا فاحشا بسبب جائحة كورونا ونقص اليد العاملة مما أدى إلى عدم إمكانية الشحن في اليوم المتفق عليه مع المقاول، وهذا الارتفاع ممكن أن يزول بزوال الجائحة، هنا يجوز

[1]– المادة 269 من القانون البولندي من القانون المدني 1932.

للقاضي أن يوقف التزام المورد الإلكتروني بتسليم الشحنة للمقاول في الوقت المحدد المتفق عليه إذا لم يكن هذا التوقف ضررا جسيما يلحق بالمقاول[1].

وضابط مراعاة الظروف المحيطة بالقضية ورد في نص المادة 107 الفقرة الثالثة من قانون المدني فقد ورد النص بعبارة تبعا للظروف مثل ما نصت عليها التشريعات العربية المختلفة التي تقر الأخذ بالنظرية والتي يوسع من سلطة القاضي التقديرية بما يمكنه من أداء مهمته في رد الالتزام المرهق للحد المعقول، فهذه العبارة وإن كانت تشكل ضابطا يجب على القاضي مراعاته عند استعمال سلطته في تعديل العقد إلا أنها ليست بالضرورة قيدا يحد من سلطته[2].

ثانيا: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد

وهذا القيد ينصب بشكل مباشر على نظام توزيع العبء الطارئ في القوانين المدنية أو التجارية التي أفسحت مجالا لنظرية الظروف الطارئة، فالنظرية لا تزيل كل الإرهاق عن كاهل المدين ولا تلقي به كله على عاتق الدائن وإنما تسعي النظرية إلى رد الإرهاق إلى الحد المعقول بالنسبة للطرفين، فما يجب أن يكون هذا الحد معقولا بالنسبة للمدين هو ما يجب كذلك بالنسبة للدائن، فالتقييد بضابط الموازنة يجعل القاضي أكثر حرصا ليوقع حكم الظروف الطارئة بطريقة عادلة وذلك لأن النظرية وضعت لتحقيق التوازن العادل بين مصلحة كل من أطراف المعاملة التجارية الإلكترونية، فلا يجوز ترجيح مصلحة متعاقد على الآخر ومفهوم ضابط الموازنة يجب ألا يفسر على أنه مجرد الاعتدال في توزيع العبء الطارئ بين الطرفين أو الإنصاف في تحديد القسط الذي يجب أن يتحمله كل متعاقد من العبء الطارئ وإنما يجب فوق ذلك أن يدخل هذا الشرط في تحديد العبء الطارئ نفسه، فعندما يصدر القاضي حكما يجب أن يوازن فيه بين ما حققه كل متعاقد في تنفيذ العقد وما ينتظر أن يحققه في الفترة اللاحقة إذ مازالت الظروف الطارئة لا حقا. فدون هذه الموازنة لا يمكن الوصول إلى تحديد قدرة الإرهاق الذي يتجاوز الحدود المألوفة بطريقة عادلة فإذا لم يتم تحديد قدر الإرهاق الذي يتجاوز الحدود المألوفة بطريقة عادلة، فإذا لم يتم تحديد قدر الإرهاق على الوجهة الصحيحة فإن تطبيق النظرية سيكون معيبا مما يؤدي إلى وضع شاذ يتنافى والروح التي تمليها النظرية[3].

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 656

[2]– مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 68.

[3]– الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، دراسة تحليلة، رسالة ماجستير، جامعة الخرطوم،2005، ص 101.

وتجدر الإشارة إلى أن إعمال نظرية الظروف الطارئة لا تعني إزالة الإرهاق كله عن كاهل المدين وإلقائه على عاتق الدائن[1]، ومن ثم يتعين على القاضي أن يتوخ الحذر من الدقة في توزيع العبء بين المتعاقدين، فإذا اتجه إلى زيادة عبء الدائن فينبغي عليه أن لا يبالغ في هذه الزيادة إلى الحد الذي يزيل كل أثر للإرهاق على عاتق المدين. والأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية هو أساس تحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد الذي أدى تغير الظروف إلى اختلال توازن الالتزامات المتقابلة فيه، ذلك أن العقد وقت إبرامه انعقد على أساس مصالح متوازنة بين طرفيه، فكل طرف في العقد كان يهدف من خلاله إلى تحقيق مصلحة معينة تعاقد من أجلها، غير أن تغير الظروف حال دون ذلك وأدى إلى اختلال توازن تلك المصالح وانعدام المساواة بينهما، بحيث يصبح طرفا الرابطة العقدية بين كاسب وخاسر، مما يؤدي إلحاق خسارة فادحة لأحدهما، في حين يتحقق بالمقابل للطرف الآخر ثراء فاحش، لذلك حرص المشرع على أن يتم تعديل العقد من طرف القاضي بعد الموازنة بين مصلحة طرفيه[2].

ثالثا: التأكد من أن التنفيذ المرهق يصل إلى الحد الذي يهدد بالخسارة الفادحة

تحديد درجة الإرهاق من الأمور التي تثير خلطا كبيرا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فأغلب التشريعات أخذت بالمعيار الموضوعي للإرهاق وينظر فيه إلى الصفقة التي أبرم بشأنها العقد، وأن الخسارة قد تكون فادحة حتى ولو كانت لا تعد التنفيذ ولا يعتد به إلا إذا هدد بالخسارة الفادحة، والتهديد بالخسارة يختلف عن كلمة "خسارة" لأن الخسارة هي انقلاب التوازن المادي للعقد، بهذا فهي تقاس بمقياس موضوعي، أما التهديد بالخسارة فإنه يقاس بالمعيار الشخصي، وبهذه الصورة فإنه لا ينصرف إلا إلى مجموع ثروة المدين وذلك لأن التهديد يشكل عنصرا نفسيا ينشأ عندما يخشى المتعاقد أن يكون اختلال الصفقة كبيراً بالنظر إلى ثروته.

ولكن هذا التحليل قد يؤدي إلى نتيجة شاذة، فقد اشترط القانون لتدخل القاضي أن يؤدي الإرهاق إلى تهديد المدين بخسارة فادحة تقدر بالنظر إلى ثروة المدين في مجموعها لا على أساس الصفقة ذاتها، فمعنى ذلك أنه يستحيل على أصحاب الشركات الضخمة أو كبار التجار التمسك بالنظرية لأن الإرهاق في صفقة واحدة قد لا يؤدي إلى التهديد الذي يقترن بمجموع ثروات المدين لا بالصفقة وحدها.

---

[1]– فارس محمد العجمي، الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة كورونا....وسلطة القاضي في إعادة التوازن الإقتصادي للعقد،مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، يونيو، 2020، ص 351.

[2]– أحمد مروكي، مرجع سابق، ص ص 68- 69.

ذهب البعض إلى ضرورة أن يطبق القاضي معياراً مختلطاً في تحديده لدرجة الإرهاق بمعنى أن يجمع بين المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي، ويكون ذلك بتحديد درجة الاختلال في التعادل بين التزامات فينظر القاضي إلى قيمة الالتزامات في الحالة التي كانت عليها عند إبرام العقد وقيمتها الفعلية عند التنفيذ والفرق بين القيمتين يمثل درجة هذا الاختلال، أما المعيار الشخصي فيطبق عند تحديد درجة تغير الأسعار، وهو التغير الذي يفترض في المتعاقدين توقعه بالوسائل العادية وفي هذه الحالة يتم خصم قيمة الفرق بين قيمتي الالتزام عند إبرام العقد وعند التنفيذ درجة التقلب غير العادي.

وأياً كان الأمر فعلى القاضي عندما يقضي بناء على نظرية الظروف الطارئة أن يراعي إرهاق المدين وما إذا كان مهدداً بالخسارة الفادحة في حدود الصفقة ذاتها، بمعنى أن التهديد بالخسارة لا يرجح إلى ذات الصفقة التي أبرم بشأنها العقد.[1]

الفرع الثاني: إزالة الإرهاق الذي يؤدي إلى اختلال التوازن

يجوز للقاضي أن يوازن تبعا للظروف بين مصلحة الطرفين ويرد الالتزام المرهق إلى الحق المعقول والقاضي في الأصل لا يملك إلا أن يفسر عبارات العقد الغامض أو يحدد نطاقها في الحدود التي رسمها القانون، ولا يجوز له في الأصل أن يأخذ بالتعديل على ما اتفق عليه. أما في حالة الحوادث الطارئة فإن القانون يعطي للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهي سلطة تقديرية واسعة، يستطيع القاضي بموجبها اختيار الطريقة التي تزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الالتزام وتحقق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية.

ويعتبر ضابط المعقولية الممنوح للقاضي بنص قانوني معيارا يتسم بالمرونة، حيث يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تطبيقه، على أساس الظروف الموضوعية الخاصة بكل نزاع يعرض أمامه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ،وعليه فإن القاضي عند بحثه للوصول إلى الحد المعقول ويضع اعتباره على الأساس الموضوعي وتمثل هذا الاعتبار في الفرق بين قيمة الالتزام في العقد، وقيمته بعد الوقوع الظرف الطارئ لكن هناك جانب من الفقه يرى أنه يسمح للقاضي بأن يقوم بوضع الظروف الخاصة للمدين في الاعتبار لكن

[1]– عثماني بلال، مرجع سابق، ص ص 307-308.

بشرط أن لا يتوسع في هذا النطاق، وبذلك يكون للقاضي السلطة التقديرية للأخذ بالمعيار الشخصي للمدين للتخفيف من حدة المعيار الموضوعي[1].

ينما يذهب جانب لآخر من الفقه[2]، والذي يؤيده الباحث الذي يقوم على الأساس الموضوعي فلا ينظر بالنسبة للإرهاق المدين إلا للصفقة التي أبرم من أجلها العقد، فلو بلغت الخسارة التي لحقت بالمدين أضعاف الخسارة المألوفة وكانت خسارة فادحة، حتى لو كانت هذه الخسارة لا تعني شيئا أمام ثروة المدين لأن حساب الخسارة يقتصر على الصفقة التي أصبحت مرهقة، واستند أصحاب هذا الطرح على ما جاء في نص المادة 147 من القانون المدني المصري حيث جاء في ثناياها عبارة "تبعا للظروف" التي أشارة إلى الأخذ بالاتجاه الموضوعي[3].

وذهب رأي آخر إلى أن المشرع حين يوجه القاضي إلى بحث ظروف التعاقد، وإنما يقيد سلطته في التدخل، ليجعلها ضمن إطار ظروف التعاقد أو تنفيذ العقد كما يشير جانب معتبر في الفقه إلى أن القاضي قد يرى أن الظروف لا تقتضي إنقاص الالتزام المرهق، ولا زيادة الالتزام المقابل، في الأحوال التي يكون فيها وقف تنفيذ وقف التنفيذ العقد هو الحل الأمثل وذلك حين يكون الحادث وقتيا ويقدر له الزوال بعد أجل قصير أو فسخ العقد وإنهاء العلاقة العقدية[4].وبناء على ما تم ذكره سنقوم بدراسة العناصر التالية:

أولا: إنقاص الالتزام المرهق

ومعنى هذا أن القاضي بإمكانه أن يختار الحلول الأكثر اتفاقا مع العقل والعدل، دون أن يتقيد في هذا الأمر بإرادة أطراف المتعاقدين بل يكتفي بوقف التنفيذ للعقد فترة من الزمن حتى تزول وتنتهي الظروف الاستثنائية عندما تكون هذه الآثار مؤقتة بشرط أن لا يكون في إيقاف التنفيذ ضرر كبير بالدائن أو صاحب الحق[5]، ووجبت الإشارة إلى أن القاضي لما يعيد أو ينقص من الالتزام إلى الحق المعقول فإنه

---

[1]– محمد على الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1992، ص 303.

[2]– عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام– مصادر الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، ج 1 دار إحياء التراث العربي، بيروت،{ د.س النشر}، مرجع سابق ص 649.

[3]– لقد نصت المادة 147 الفقرة الثالثة من القانون المدني المصري على أنه: "ومع ذلك إذا طرأت حودث طارئة استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[4]– عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام– مصادر الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 646.

[5]– عبر الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، الجزء الثاني، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص ص 720– 721.

يستند في سلطته على أسس معايير العدالة والمساواة بين المتعاقدين وهنا يصبح الأمر مسألة موضوعية لا شخصية[1].

ومفاد ما سبق أن القاضي بإمكانه أثناء الفصل في النزاع المتعلق بتنفيذ الالتزام، إذا وجد أن تنفيذ الالتزام غير ممكن كأن يهدد المدين بخسارة فادحة جاز له تبعا للظروف أن يقضي بإنقاصه أي إنقاص الالتزام المرهق، نذكر على سبيل المثال: إذا تعاقد مقاول مع آخر أن يبني له عشرين دارا وحدث وأن ارتفعت أسعار المواد الأولية ارتفاعا فاحشا بسبب جائحة كورونا، في هذه الحالة فإن القاضي حين يتصدى لموضوع النزاع فإنه يحكم بإنقاص عدد الدور التي يلتزم المقاول ببنائها إلى ستة عشر[2].

وبينت المحكمة العليا الجزائرية موقفها من خلال قرار صادر في 1993/10/10، بأن تنفيذ الالتزام التعاقدي في حالة الحدث الاستثنائي، حيث وجب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وجاءت في حيثيات هذا القرار من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وتترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا لكنه صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد المراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولما ثبت من مستندات القضية المثارة أن السوق محل العقد بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة)، بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا يجب الأخذ به"[3].

وتتعدد صور الإنقاص من إنقاص الكمية إلى إنقاص الثمن أو تقسيطه أو إنقاص الفوائد أو رفعها كلية، غير أن ما يثير النقاش هو إنقاص التزام المرهق من حيث الكيف، فالتساؤل المطروح هو: هل يجوز للقاضي تحقيقا لرفع الإرهاق، ومن ثمة تحقيقا للتوازن العقدي أن يجبر المدين بأن يفي بالتزامه للدائن وفق الكميات المتفق عليها ولكن من صنف آخر أقل جودة؟

وللإجابة على هذا التساؤل رأى جانب من الفقهاء المصريين من أمثال **الأستاذ عبد الحي حجازي** و**الأستاذ إسماعيل غانم** وغيرهم حيث سمح للقاضي بهذا الشكل من الإنقاص مادام فيه رفع للإرهاق الواقع

[1]– عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 260.

[2]– المرجع نفسه، ص 260.

[3]– أنظر:القرار المؤرخ في 1993/10/10، ملف رقم 99694، العدد الأول، 1994، ص 217.

على المدين، حيث أن وفرة الصنف الأقل جودة سيفي بتنفيذ الالتزام وفي الوقت المحدد في العقد دون إرهاق للمدين، كما يعبر عن حسن نية هذا الأخير في الوفاء بالإلتزامه.

غير أن جانبا آخر من الفقهاء يرى بأن هذا مخالف لجوهر الالتزام، بل إن إقبال القاضي على مثل هذا إنما يعد إعفاء للمدين من التزامه القائم بموجب العقد، وبالتالي فهو تجاوز من القاضي للضوابط التي وضعها المشرع ومنها مراعاة مصلحة المتعاقدين، وليس من مصلحة الدائن أن يأخذ سلعة من صنف مغاير عن المتعاقد عليه، خاصة وأن نوعية السلعة قد تكون مقصودة لذاتها، وبهذا قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها حيث منعت أن يكون للقاضي حق فسخ العقد أو إعفاء المدين من التزامه القائم[1].

ولأصل في العلاقة العقدية أن الوفاء لا يكون إلا بالشيء المستحق أصلا ولا يمكن جبر الدائن على قبول شيء غيره، وعلى هذا نص المشرع الجزائري في القانون المدني في نص المادة 276 بقوله: "الشيء المستحق أصلا هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى" ويقابلها بنفس اللفظ في التشريع المدني المصري من خلال نص المادة 341.

وفي حالة الظروف الطارئة يكون اللجوء إلى تنفيذ التزام المدين بصنف أقل مما تعاقدا عليه الطرفان من أجل رفع الإرهاق وتحقيقا للعدالة العقدية، وردا على هذا الطرح رجع القائلون برفض طريقة الإنقاص بتغيير صنف الالتزام، إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المصري حيث جاء فيها: "ينبغي أن يقع الوفاء على الشيء المستحق أصلا، سواء أكان الالتزام به التزاما ينقل حق عيني أو التزام بعمل أو التزام بالامتناع عن العمل فلا يجوز أن يستبدل بهذا الشيء شيء آخر ولو كان أعلى منه قيمة.....فإذا تثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع وعدم إعمال الجزاء بإنقاص الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة فهو ينقص فيه إلى الحد المعقول".

غير أن هذا الرأي أهمل اعتبارا مهما، وهو أن الوفاء بالالتزام ولو بصنف أقل جودة، أفضل من أن يلجأ القاضي إلى فسخ العقد، والذي هو أحد أساليب رد الإرهاق إلى الحد المعقول، ثم أن قبول الوفاء بهذا الشكل إنما جاء تحت وطأة الظرف الطارئ الاستثنائي، وبالتالي فالحل يعد أيضا استثنائيا يفتح المجال أمام القاضي الذي يسعى إلى إيجاد طريقة تضمن استمرار العلاقة التعاقدية مع عدم إهمال مصلحة الطرفين.[2]

[1]– بن عزوز درماش ، مرجع سابق، ص ص 265– 266.

[2]– بن عزوز درماش ، مرجع سابق، ص ص 266– 267 .

ومن خلال ماسبق شرحه يتضح أن القاضي له سلطة في إعادة التوازن العقدي بحث يرد الالتزام المرهق إلى الحق المعقول ويأخذ بالحسبان الحادث الطارئ بحيث يرجع ويعيد أطراف العلاقة العقدية إلى الحالة العادية لتنفيذ العقد، معتبرا بأن الحادث الطارئ له دور في عرقلة التنفيذ، وبالتالي يرهق مصلحة المدين وبالتالي اعتبر المشرع تدخل القاضي إيجابيا في تعديل الالتزام[1].

ثانيا: زيادة الالتزام المقابل

لقد نص المشرع الجزائري في النصوص القانونية على منح القاضي سلطات عديدة في مجال تعديل العقد خلال مرحلة الظروف الطارئة إما بإنقاص الالتزام المرهق أو بزيادة الالتزام المقابل وذلك بموجب نصوص قانونية واضحة ودقيقة ، ونجد سلطة القاضي في زيادة الالتزام المرهق ورده إلى الحد المعقول في إطار تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهذه السلطة تكتسي أهمية بالغة سواء من ناحية القانونية أو الواقعة كونها تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، وبالدرجة الثانية تحقيق مبدأ التوازن العقدي لا سيما أن كان هناك خلال في التوازن بين مراكز الأطراف في العقد، ومن تبرز السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في إعادة التوازن للعقد من جهة وإزالة الإجحاف بحق الطرف الضعيف فيه من جهة أخرى[2].

ومثال ذلك إذا تعهد شخص بتوريد أدوات تجهيزات الحاسوب بسعر معين، ثم ارتفع السعر بسبب جائحة كورونا التي تكيف على أنها ظرف طارئ غير متوقع، ففي هذه الحالة يرفع القاضي السعر المتفق عليه في العقد، ويراعي في ذلك عدم الاعتداء بالزيادة المألوفة، أي أنه يرفع السعر في الحدود المعقول التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين.

والقاضي عندما يقوم برفع السعر، لا يفرض على الطرف الآخر الشراء بالسعر الذي حدده، بل يكون له الخيار بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد، فإذا تخير الفسخ كان ذلك محققا لمصلحة المدين، إذ يزول عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ[3]. ويلاحظ في حالتي إنقاص الالتزام المرهق، وزيادة الالتزام المقابل أن القاضي يرد الالتزام إلى الحد المعقول بالنسبة للحاضر فقط، ولا شأن له بالمستقبل، لأنه غير معروف فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، وتعود له قوته الملزمة

[1]– دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، العدد 06، جوان 2016، ص 147.

[2]– دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد ، مرجع سابق، ص 133

[3]– دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مرجع سابق، ص 146.

كاملة كما كان في الأصل[1]. ونرى أنه ليس من الضروري أن نأخذ بكلمة إنقاص التزامات المدين أو زيادة التزامات المدين لأنه في الأخير إذا قمنا بإنقاص التزامات المدين تتحقق طرديا زيادة الالتزامات بالنسبة للدائن، وعودا على عبارة "يرد الالتزام المرهق للحد المعقول" فهي عبارة كافية لوحدها ليكون لقاضي الموضوع سلطة رد الالتزام المرهق للحد المعقول إما بزيادة التزامات الدائن أو بنقصان التزامات المدين.

ثالثا: وقف تنفيذ العقد لحين زوال الظرف الطارئ

قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث الطارئ وقتيا يقدر له الزوال في وقت قصير، كما إذا تعهد مقاول بإقامة بناء، وارتفعت المواد من حيث السعر لحادث طارئ ارتفاعا فاحشا لكنه يوشك أن يزول لقرب فتح باب الاستيراد، مثلا يقوم القاضي بوقف التزام المورد الإلكتروني من تسليم البضاعة المتفق عليها في تاريخ التسليم المتفق عليه، وهذا ليتمكن المورد الإلكتروني من تنفيذ التزامه من دون إرهاق، بشرط لا يكون في وقف التنفيذ هذا ضرر جسيم يلحق بالمشتري، وهذا إذا كان من المتوقع زوال هذا الحادث، أما إذا كان من غير المتوقع انقضاء هذا الظرف فلا جدوى عندئذ من وقف تنفيذ العقد، وقد يختار القاضي بدلا من هذا الموقف أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه بالصورة التي يضع إطارها القاضي لتحقيق التوازن العقدي، وإذا جاز للقاضي أن يزيد أو ينقص في الالتزامات أو يوقف العقد ويمنح الأجل، إلا أنه لا يجوز له أن يحكم بفسخ العقد بناء على طلب المدين، فنظرية الظروف الطارئة تهدف إلى إعادة التوازن بين المتعاقدين وتوزيع الخسارة عليهما، أما في فسح العقد بناء على طلب المدين فإن الدائن هو الذي يتحمل الخسارة وحدها[2].

رابعا: فسخ العقد

ومن أهم الآثار المترتبة على إعمال نظرية الظروف الطارئة خيار الفسخ من أجل رد الإرهاق، حيث أخذت به أغلب القوانين المقارنة من قبل، فالقانون الإنجليزي جعل الفسخ هو الحل عند وجود مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث أقر القضاء العمل به في أول سابقة قضائية من خلال الحكم الشهير في ذلك، وهو حكم **Taylor Caldurell** والذي اعتمد الفسخ على أساس الاستحالة المادية، غير أن الأحكام

[1]– محمد رشيد قباني، مرجع سابق، ص 148.

[2]– سامي جاسم محيسن، مرجع سابق، ص ص 76– 77.

اللاحقة في القضاة الإنجليزي التي قضت بالفسخ بسبب الظروف الطارئة كان أساسها مجرد وجود إرهاق في تنفيذ العقد[1].

أما المشرع الجزائري من خلال ما جاء في نص المادة 107/ 03 والذي يماثل النص الذي أخذ به المشرع المصري، فإنه لا يوحي حسب ظاهره إلى حل الفسخ كأحد حلول رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ولكن الاستثناء نص عليه في حالات خاصة، كما هو الحال بالنسبة لعقد المقاولة حيث تنص 561 فقرة 3 على أنه "إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعي بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد". كما أضاف المشرع في القانون المدني الجزائري استثنائيين آخرين لنظرية الظروف الطارئة يتعلق الأول بعقد الإيجار في المادتين 510 و513 اللتين ألغيتا بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن تعديل القانون المدني أما الاستثناء الثاني فيتعلق بحق الارتفاق حيث نصت عليه المادة 881 بالقول "يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به"، فهذه الحالات الخاصة تخضع للأحكام الواردة في شأنها، وكثيرا ما تختلف عن الأحكام العامة المنصوص عليها في المادة 107 الفقرة 3 من القانون المدني ومعنى أخر إذا تعلق الأمر بحالة من هذه الحالات الخاصة السابقة الذكر وجب تطبيق النص المتعلق بشأنها لا النص العام الواردة في المادة 107 من القانون المدني.

لكن يري أغلبية الفقهاء أنه ليس من الجائز أن يقضي القاضي بفسخ العقد بسبب الظروف الطارئة فالقانون المدني إذا كان قد منح القاضي سلطة تعديل العقد، فهو لم يمنحه سلطة فسخه، وإذا قلنا عكس ذلك، نكون بصدد سلطة إلغاء العقود لا سلطة تعديلها. ونقوم بالخلط بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة وهذا أمر غير صائب وغير مقبول تماما، وعليه فإن سلطة التعديل الممنوحة للقاضي بموجب النص القانوني الخاص بنظرية الظروف الطارئة لا يستطيع التوسع فيه لتشمل صلاحية الحكم بالفسخ، ولو أراد المشرع غير ذلك لما نص على سلطة الفسخ في استثناءات مشابهة أخرى[2]، لأن النص لا يجعل له إلا أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وتبرير ذلك هو أنه إذا كان للقاضي سلطة في تعديل العقد، أي رد الالتزام

[1]– درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص 269.

[2]– فارس محمد العجيمي، مرجع سابق، ص 360

المرهق، فإنه بموجب هذا التعديل ستوزع الأعباء غير المتوقعة على الطرفين المتعاقدين معا وليس إعفاء أيهما من هذه الأعباء لذلك حكم بجوازه، أما إذا تم الاعتراف بالفسخ فمعني ذلك إخلاء أحدهما من هذه الأعباء، وهو ما ستعارض ومبادئ العدالة[1].

وعلى عكس هذا الاتجاه يري جانب آخر من الفقه جواز الحكم بالفسخ بسبب الظروف الطارئة إذا طلبه الدائن، وذلك في حالة ما إذا لم ينصفه التعديل الذي أجره القاضي، متحججين في ذلك بأن رد الالتزام المرهق يقصد به مواجهة الصعوبات التي يلاقيها المدين في تنفيذ التزامه، فإذا لم تجد الوسائل التي أقرها الفقه لتعديل التزامات المدين في تنفيذ التزامات المدين في حالات التي يكون الإرهاق فيها قد بلغ قدرا لا يجدي معه مجرد توزيع العبء على طرفي العقد، فهنا يستوجب اللجوء إلى وسيلة أخرى وهي فسخ العقد[2].

ومن أهم أصحاب هذا الطرح الأستاذ **علي فيلالي** ومجموعة من الفقهاء، الذين أخذوا بإمكانية التوسع في تفسير رد الالتزام المرهق إلى اعتبار الفسخ وجها من أوجه هذا الرد، بل لقد دعا بعضهم من مصر إلى وجود تعديل المادة 9/147 من القانون المدني المصري التي تقابل نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري من منح سلطة فسخ العقد[3].

وتجدر الإشارة إلى التميز بين فسخ العقد كوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقدين وذلك طبقا للمادة 119 من القانون المدني الجزائري[4]،فإذا كان المدين لا يسأل في حالة الظروف الطارئة عن التنفيذ العيني أي بمقابل أو التعويض، فإن الأمر يختلف عند فسخ العقد على أساس المادة 119 من القانون المدني إذ يطالب بالتعويض[5].

وختاما يمكننا القول أن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة من قبل المشرع الجزائري مثله مثل باقي التشريعات العربية والغربية ما هو إلا تطور حتمي للمجتمع ومواكبة القوانين لهذا التطور الحاصل الذي

---

[1]– سامي جاسم محيسن، مرجع سابق ص 81.

[2]– مروك أحمد، مرجع سابق، ص ص 76 – 77.

[3]– علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق ص 381.

[4]– نصت المادة 119 من القانون المدني الجزائري علة أنه "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضي الحال ذلك .

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

[5]– علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 382.

يجب أن يبقي دوما راعيا لمبادئ العدالة والمساواة في العلاقات العقدية وخاصة في المعاملات الإلكترونية وإلا تهدمت فيها المصالح فيذهب الضعفاء تحت وطأة ذلك.

خاتمـــــــــة

خاتمـــــــــــة:

يعد موضوع التوازن العقدي من أهم المواضيع الحديثة التي تستحق تسليط الضوء عليها، وذلك نتيجة غزو التجارة الالكترونية جميع مجالات الحياة للإنسان سواءً في حياته اليومية، أو متطلبات تجارته، وبعد الممارسات العملية لهذا النوع من التجارة ظهرت فيها عدة ثغرات وعيوب، أهمها أن المعاملات التجارية تظهر عليها اختلال عدم المساواة بين طرفي العلاقة العقدية وذلك لجهل المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بمحل التعاقد لكون المعاملات تكون عن بعد، وكذا استغلال المورد الإلكتروني قوة مركزه وخبرته في فرض بعض الشروط التي لا تكون في صالح الطرف الضعيف، لأن أغلب العقود في المعاملات التجارية الإلكترونية تكون معدة مسبقا، ولا يكون للمستهلك الحق في التفاوض بخصوص تلك الشروط، كما يمكنه أن يحرم المستهلك من ممارسة حقه في العدول، وهنا يظهر الاختلال التعاقدي، وعليه وجب على المشرع التدخل بوضع ضمانات قانونية لإعادة التوازن العقدي المنشود في مثل هذه المعاملات، لأن الضمانات تعد حجر الزاوية الذي من خلاله تستمر هذه المعاملات وكذا ازدهار ونمو التجارة الالكترونية وكسب ثقة المستهلك الإلكتروني وتشجيعه على هذا النوع من المعاملات.

ويتضح من خلال دراستنا لموضوع ضمانات تحقيق التوازن العقدي أن هذه الضمانات تقوم على أساسين: الأساس الأول يكمن في معيار التوازن المرجو أي توازن ذاتي قائم على مبررات واقعية وقانونية وتوازن موضوعي تستدعيه حقائق عملية قانونية وأيضا اقتصادية واجتماعية. أما الأساس الثاني فهو الضمانات المتاحة لمواجهة اختلال التوازن العقدي في المعاملات التجارية الالكترونية لتطورها لاحقا بما يفرضه المستقبل على العلاقة التعاقدية لتكون آليات علاجية تحقق التوازن العقدي.

وقد توصلنا في دراستنا هذه إلى نتائج نتبعها بتوصيات للمشرع الجزائري نوجزها فيما يلي:

النتائـــج:

- إن المعاملات التجارية الإلكترونية لم تعد تحظى بالقوة الملزمة بمجرد توافق الإرادة للطرفين المتعاقدين، وإنما ترتبط بمدى تحقق التوازن العقدي في المعاملة الإلكترونية من أجل استمرار العقد والرقي به.

- من أهم الضمانات التي جاءت بها التشريعات لتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية هي الالتزام بالإعلام وهذا لجهل المستهلك كونه الطرف الضعيف في هذه العلاقة لأنه لا يملك المعلومات الكافية بمحل التعاقد وباعتباره قليل الخبرة في المجال مقارنة مع المورد الالكتروني.

– الالتزام بالإعلام يعيد التوازن العقدي للمعاملات الإلكترونية من خلال فرض المشرع على المورد الإلكتروني بالإعلام المستهلك بكل البيانات الضرورية، وذلك بسب علمه ودرايته الكافية بمحل التعاقد وخبرته العالية في المجال من أجل تنوير إرادة المستهلك لجهله بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بشخصه ومحل التعاقد.

– لا يلتزم المورد الإلكتروني التصريح بجميع البيانات المتعلقة بمحل التعاقد، وإنما يسأل عن البيانات الجوهرية التي يكون لها تأثير على إرادة المستهلك، وإتمام إبرام العقد من عدمه.

– اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام ما إذا كان التزام عقدي أو الغير عقدي، وكذلك إذا ما كان التزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، واختلف الفقهاء أيضا في تحديد الأساس القانوني الذي يستند عليه الالتزام بالإعلام حيث استند البعض إلى الأحكام العامة، لكن هناك من ذهب إلى أن الأساس القانوني لضمانة الالتزام بالإعلام هو التشريع والنصوص القانونية.

– نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني يشمل النطاق الشخصي بمعنى يقوم بتبصير وإعلام المستهلك الإلكتروني بجميع البيانات الجوهرية المتعلقة بشخصيته، والنطاق الموضوعي الذي يتضمن التبصير بجميع البيانات المتعلقة بمحل التعاقد ومخاطره.

– في حالة إخلال المورد الإلكتروني بالالتزام بالإعلام تترتب جزاءات وقيام مسؤوليته، ولكن بالرجوع إلى النصوص القانونية الخاصة بالالتزام بالإعلام لا تتضمن تقدير الجزاء في حالة الإخلال به.

– حق العدول يعتبر من الضمانات الوقائية لتحقيق التوازن العقدي واستحدثت هذه الضمانة من أجل حماية الطرف الضعيف في المعاملات الإلكترونية لعدم قدرته على معاينة محل التعاقد ومعرفة كل خصائصه والبيانات الجوهرية التي يمكن أن تؤثر على إرادته خاصة في حالة تسرعه في إبرام العقود وأيضا أحيانا يكون الموافقة على التعاقد خطأ في استخدام الوسائل الإلكترونية.

– المشرع الجزائري استعمل مصطلح الرجوع بدل مصطلح العدول وهي المكنة التي منحت في مرحلة التفكير للمتعاقد ولهذا وجبت على المشرع أن يؤسس لبناء منظومة لغوية اصطلاحي يفرق بها بين الأحكام وكذا وجب على المشرع الجزائري التفرقة بين الجزاء والحق مثلما فعل المشرع الفرنسي والتونسي.

– يعتبر العدول حق للمستهلك رغم أنه ممارسته تؤدي إلى إرجاع حالة الأطراف إلى الحالة ما قبل التعاقد واعتبار العقد كأنه لم يكن، وهذا ما يجعله يتشابه مع بعض الأنظمة القانونية مثل الفسخ والإبطال والبطلان لكن المشرع الجزائري جعل من حق العدول جراء وهذا على خلاف ما جاءت به التشريع الفرنسي والتشريع التونسي في الفصل وعدم الخلط بين النظامين.

- العدول حق للمستهلك الإلكتروني لكن هذا الحق له حدود واستثناءات، أهمها العقود التي يكون محل العقد سلعة حسب الطلب، أو المعاملات المتعلقة بالمواد الغذائية وكذا حقوق المؤلف والمجلات والدوريات، وبعض الخدمات، وهذا لكي لا يختل التوازن بين أطراف العلاقة العقدية لكون هناك بعض العقود الإلكترونية لا يمكن أن يمارس المستهلك حقه في العدول، لأنه سوف يلحق ضرر بالطرف الأخر الذي هو المورد رغم قوته وخبرته العالية في المجال.

- نطاق المعاملات الإلكترونية لا يسمح للمستهلك في الغالب بمناقشة بنود العقد أو التفاوض عليها، حيث يقوم المورد بوضع الشروط التعاقدية في صورة عقود نموذجية ويطرحها بصفة عامة للمستهلكين، ودائما تكون هذه البنود مصاغة لصالح المورد الإلكتروني وهذا استغلال لضعف المستهلك، مما يترتب عليه في هذا الوضع الاختلال بالتوازن العقدي.

- إن عدم مناسبة التعريف التقليدي لعقد الإذعان، راجع للتطور الذي لحق الفكر القانوني في إطار حماية الطرف الضعيف، وكذا تطورات الحياة المعاصرة والتكنولوجية التي أصبحت فيها جل العقود يتحكم فيها الطرف القوي في الطرف الضعيف.

-إن استعمال القوة الاقتصادية والقانونية والفنية للمورد وحصوله على ميزة فاحشة يؤدي إلى إخلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين في غير مصلحة المستهلك.

- المشرع الجزائري لم يفته الأخذ بنظام القوائم في تحديد الشروط التعسفية، لكن المشرع أخذها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ويعاب على نظام القوائم خاصة القائمة السوداء على أنها سرعان ما تصاب بالجمود فيقف المستهلك عاجزا عن إثبات الشروط التعسفية دون أن ترد ضمن القائمة، وهذا للتطور التجاري والصناعي، وتم إعفاء الطرف المتعاقد المتضرر أو المستهلك من عبء الإثبات أما ما خرج عن إطار القائمة السوداء فيقع إثباته على عاتق المتضرر.

-لقد قام المشرع الفرنسي بإبطال الكثير من الشروط التعسفية المدرجة في المعاملات الإلكترونية سواء كان محل هذه المعاملات سلع أو خدمات.

- لإنقاذ العقد تدخل المشرع الجزائري إلى إبطال الشرط التعسفي واعتباره كأنه لم يكتب أصلا، مع بقاء العقد صحيحا، وذلك للفوائد الاقتصادية للعقد العائد على كلا طرفي العلاقة العقدية.

-يقضي مبدأ حسن النية في العقود التزام بالنزاهة والتعاون والبعد عن الغش والخداع الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي.

-إن مبدأ حسن النية كان التزام أخلاقي وأصبح قاعدة قانونية يعترف به أغلب التشريعات المعاصرة لما له من أهمية في العقود وخاصة بعد التطور الإلكتروني في إعادة التوازن العقدي.

- تمثلت مظاهر حسن النية في تحقيق التوازن العقدي في الأمانة والتعاون والثقة المشروعة، فإن الالتزام بالتعاون هو التزام أخلاقي الذي يفترض أن يكون في شخص الدائن اتجاه المدين لان يقوم هذا الأخير بتنفيذ التزامه بأحسن وأفضل الطرق وأكثرها عدالة ومساواة بين الطرفين، كما أن الالتزام بالنزاهة هو أيضا من أهم مظاهر مبدأ حسن النية في تحقيق التوازن العقدي وذلك من خلال افتراض النزاهة في العلاقة التعاقدية.

- اختلف الفقهاء في الأساس القانوني بإعمال مبدأ حسن النية حيث انقسمت الآراء الفقهية إلى من أسند مبدأ حسن النية إلى فكرة العدالة، ومنهم من اسند مبدأ حسن النية إلى احترام الثقة بين المتعاقدين، أما الرأي الذي أرجع الأساس القانوني لمبدأ حسن النية إلى فكرة النظام العام ومبدأ قانوني، وهذا الرأي مستبعد في إسناده لمبدأ حسن النية لأن الإخلال بالنظام العام والآداب العامة يؤدي إلى المساس بالمصالح العامة والعليا للمجتمع بينما نحن نهدف في تطبيق مبدأ حسن النية الحفاظ على المصلحة الخاصة إذا أخل به أحد طرفي العلاقة العقدية ومحاولة زعزعة مصالح الطرف الآخر.

- تميزت أغلب العقود بالمدة والتراخي في التنفيذ مما يجعل هذه العقود عرضة لظروف طارئة وإستثائية وغير متوقعة، مما تؤدي هذه الظروف إلى عدم التعادل وإخلال التوازن في الالتزامات بين طرفي العلاقة العقدية ولهذا كان لا بد من إقرار نظرية توازن مصلحة الطرفين تمثلت في نظرية الظروف الطارئة وكل هذا لإعادة التوازن العقدي للمعاملات التجارية الإلكترونية.

- لإعمال نظرية الظروف الطارئة يجب أن تتوفر فيها عدة شروط منها ما يتعلق بالعقد وبعضها يتعلق بالمتعاقد نفسه وكذا الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ.

- أما فيما يتعلق بكيفية إعادة التوازن العقدي في حالة وجود ظرف طارئ في العلاقة العقدية فوجب تدخل القاضي وفرض بعض الجزاءات التي من شأنها إعادة العدالة العقدية بعد أن كانت عديمة التوازن العقدي بسبب هذا الحادث الغير متوقع والذي ألحق خسارة فادحة بالمدين.

- تمثلت الجزاء في رد الإرهاق أو الخسارة إلى الحد المعقول مقيد بمراعاة عدة ضوابط وأحكام، فالأساس الذي يستند عليها القاضي هي استنباط الحكم من قواعد العدالة.كما يجب على القاضي أن يقوم بمراعاة كل الظروف المحيطة ومن ثم يقوم بإجراء موازنة عادلة بين الطرفين من بعد رد الإرهاق إلى الحد المعقول دون تجاوز، وذلك باستخلاص العبء الطارئ إما بالزيادة أو بالنقصان مقارنة مع حجم الالتزام المقابل.

التوصيات "الإقتراحات"

- العمل على عمل إقامة علاقات تعاونية بين الدول العربية بعضها البعض في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية من أجل تنمية وانتعاش تلك التجارة على المستوي العربي والعمل على نشر ثقافة المعاملات التجارية الإلكترونية.

- وجوب قيام المشرع الجزائري بإعادة النظر في القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية وخاصة بالنصوص التي تحقق التوازن في العقود الإلكترونية مستعينا في ذلك بالتوجيهات الأوروبية والتشريع الفرنسي وقانون المعاملات التجارية الإلكترونية التونسي.

- ضرورة تكريس مبدأ التوازن العقدي كمبدأ مستقل بذاته بجانب مبدأ سلطان الإرادة لأن هذا الأخير غير كافٍ لوحده لتحقيق التوازن العقدي وخاصة في المعاملات الإلكترونية التي تكون غير متوازنة من بدايتها وذلك باستعمال الوسائل الإلكترونية المعقدة بالنسبة للمستهلك البسيط أمام خبرة المورد الإلكتروني في هذا المجال.

- استبعاد الشروط التعسفية في المعاملات التجارية الإلكترونية أصبح أمر ضروري وحتمي لإعادة التوازن العقدي بين الأطراف وذلك لان الأخذ المطلق بمبدأ سلطان الإرادة أثر سلبا على الأطراف مما أدى إلى انعدام التوازن العقدي نتيجة القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المورد الإلكتروني نظير الطرف الآخر.

- يجب تفعيل تقنية العدول من خلال فرض تقديم ملحق رجوع للمستهلك من قبل المورد الإلكتروني تسهل على المستهلك تطبيق هذه المكنة بدون تردد ويكسب ثقة المستهلكين والولوج إلى عالم التجارة الإلكترونية دون أي تخوف.

- يتعين على المشرع الجزائري النص صراحة على اعتبار كل طلبية أو عقد لا يتضمن مهلة التفكير وحق العدول عن الشراء الممنوحة للمستهلك باطلا وعقد غير صحيح.

-ضرورة تفعيل دور جمعيات حماية المستهلك الإلكتروني إلى جانب حماية المستهلك وعدم الاكتفاء بدورها النظري.

-يتعين على المشرع الجزائري أن يأخذ بالرأي الذي يسمح للقاضي بالتدخل إلى الحد الذي يبرر له فسخ العقد بأن يصبح من أحد آثارها استنادا على نظرية الظروف الطارئة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

I / المصادر

النصوص القانونية

1. للقانون رقم 09/03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والتمم بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 13 جوان 2018 ج. ر. رقم 35.
2. قانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، المؤرخ في 10 مايو سنة 2018، ج. ر .ج العدد 28 الصادر في 16 ماي 2018.
3. القانون رقم 02/04 المؤرخ في 06/23/ 2004، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة علي الممارسات التجارية، ج.ر، العدد 41، الصادرة بتاريخ، 2004/06/27، المعدل و متمم
4. قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي رقم 2000 الصادر في 9 أوت 2000
5. القانون 96/95 المؤرخ بتاريخ 1995/02/01 المتعلق بالبنود التعسفية و تقديم العقود وينظم مختلف الانشطة الاقتصادية و التجارية، ج.ر. 02 فيفري 1995، عدد 28.
6. القانون الفرنسي 60/92 المؤرخ 1992/01/18 المتعلق بتدعيم حماية المستهلكين، ج.ر، عدد 170017، 21 جانفي 1992.
7. قانون رقم 23/78 المؤرخ في 10جانفي 1978 المتعلق بإعلام مستهلكي السلع و الخدمات، ج.ر. 11 جانفي 1978.
8. القانون المدني المصري
9. قانون االمستهلك المصري
10. قانون المعاملات التجارية الالكترونية المصري
11. المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية،ج.ر، العدد 56، 11 سبتمبر 2006.
12. المرسوم التنفيذي رقم 44/08 الصادر بتاريخ 02/03/ 2008 المعدل للمرسوم رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين.
13. الأمر 58/75 و المتعلق بالقانون المدني الجزائري، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل بالقانون 05/07 المؤرخ في 13مايو 2007.

14.الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، ستضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

II / المراجع

أولا: الكتب

أ: الكتب العامة

1. إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ،عام 2013م.
2. حسين عامر، عبد الرحمان عامر، المسؤولية المدنية – التقصيرية و العقدية- الطبعة الثانية، دار المعارف القاهرة، عام 1979م.
3. سلام عبد الله الفنلاوي، إكمال العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، عام2012م.
4. عابد فايد عبد الفتاح فايد، أحكام عقد التأمين، دار النهضة العربية ، القاهرة، عام2005م.
5. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة النشر.
6. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، عام 1964م
7. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية البيع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، عام 1998م.
8. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، عام 1996م.
9. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة دار النهضة العربية، عام1981م.
10.عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، عام2000م.
11.عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، عام 2001م.
12.عبد القادر العرعاري، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، مكتبة دار الأمان، الرباط،عام 2011م.
13.عبر الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، عام 1998م

14.عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، عام 2008م.

15.علي فلالي، النظرية العامة للعقد" الالتزامات "، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر،عام 2008م.

16.علي فيلالي، الالتزامات- الفعل المستحق للتعويض، ط3، موقع للنشر، الجزائر، عام 2012م.

17.محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دار الهدي للطباعة و النشر، الجزائر، عام 2011م

18.مصطفي جمال محمد، القانون المدني في ثوبه الإسلامي مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر عام 1998م.

19.هدى عبد الله، دروس القانون المدني-العقد- الجزء الثاني، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان عام 2008م.

ب: الكتب المتخصصة

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، العقد غير اللازم دراسة مقارنة متعمقة فى الشريعة والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، عام 1994م.
2. إبراهيم عبد الحميد على، حماية المستهلك، دراسة في القوانين حماية المستهلك و القواعد العامة في القانون المدني، الطبعة الأولى،، المصرية للنشر و التوزيع، مصر، عام 2018م.
3. إبراهيم عبد الحميد علي، حماية المستهلك، دراسة مقارنة قوانين حماية المستهلك و القواعد العامة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المصرية للنشر و التوزيع، عام 2018م.
4. إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان و عقود الإستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2014م.
5. أحمد إسماعيل إبراهيم الراوي، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2018م.
6. أحمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، دراسة قضائية فقهية مقارنة الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، عام 1997م.
7. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة 1994م.
8. إلياس نصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،عام 2009م.

9. أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،عام 2019م.

10.بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري و المقارن (دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث إجتهادات المحكمة العليا 2019)، دار هومة، الجزائر عام 2019م.

11.بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، دار هومة للطباعة النشر و التوزيع، الجزائر، عام2007م.

12.حسين عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك ، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في العقود الاستهلاك دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1996م.

13.حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهر، عام1997م.

14.خالد جمال أحمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1996م.

15.خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، عام 2006م.

16.خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية –دراسة مقارنة–، دار الجامعة ، الإسكندرية، عام 2007م.

17.خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دارالفكر الجامعي الإسكندرية، عام 2019م.

18.رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2000م.

19.رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني –دراسة مقارنة– الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 2016م.

20.سالم يوسف المعمدة، حق المستهلك في العدول عن العقد، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والمغربي و اللبناني و التونسي و التوجهات الأوروبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية عام 2018م.

21.عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مطبعة اليرموك، بغداد، الطبعة الاولى عام 1974م.

22.عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة– ، دار الفكر والقانون، للنشر التوزيع، مصر، عام 2019م.

23.عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكت الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، عام 2008م.

24.عبد الله يب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة عمان عام 2012م.

25.عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك –دراية مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت عام2007م.

26.عبد المنعم موسي إبراهيم، حسن النية في العقود –دراية مقارنة–منشورات زين الحقوقية، بيروت عام 2006م.

27.عمر خالد رزيقات، عقد التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت، دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر والتوزيع ،الأردن،عام 2007م.

28.عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، الطبعة الثانية منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 2008م.

29.كريم عزت حسن الشاذلي، النظام القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظرية العامة للعقد و نظرية عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2016م.

30.كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2012م.

31.لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع،الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، عام 2006م.

32.محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2008م

33.محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، الطبعة الأولى، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، ، الجزائر،عام 2005م.

34.محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت- دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية عام 2004م.

35.محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكنة المعلوماتية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، عام 2016م.

36.محمد فواز محمد مطالقة، عقود التجارة الالكترونية،دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، الأردن عام 2011م.

37.محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، عام 2010م .

38.مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام فى عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، عام 2010م.

39.منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية عام 2013م.

40.موفق حمادة عبده، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،عام 2011م.

41.نزيهة محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات، تطبيقاته على بعض أنزاع العقود الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1982م.

42.نضال سليم إبراهيم، أحكام التجارة الإلكترونية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، عمان، عام 2010م.

ثانيا: المقالات العلمية

1. .إيمان فريق الشاكري، زايد عماد الموساوي، حماية خاصة من المشتري في عقد البيع، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثالث، جامعة بابل، 2015م.
2. إبراهيم داوود، الوقاية القانونية من عدم التوازن في العقود الاستهلاكية، مجلة روح القوانين، جامعة عين الشمس، 2005م.
3. احمد إبراهيم حسين الحيارى، عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الانترنت، دراسة مقارنة في القانونين الأردني و الفرنسي، المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، المجلد 1، العدد 2 2009م.
4. أسيا يلس، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد بين الحاجة و غموض النص، مجلة الاجتهاد القضائي العدد 14، جامعة بسكرة، 2017م
5. بلاوي عبد القادر، أقصاصي عبد القادر، النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية مجلة القانون و المجتمع، المجلد 08، العدد 01، جامعة أدرار، 2020م.
6. حوالف عبد الصمد، الحماية للمستهلك في عقود التجارية الإلكترونية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15،جامهة الشلف، جانفي 2016م.

7. خالد عجالي، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد و أثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق و الحريات، العدد 4،2017م.
8. دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، العدد 06، جامعة غيليزان، جوان 2016م.
9. دليلة معزوز، الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني ومدي فعالية وشمولية قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مجلة معارف، العدد 08، جامعة البويرة، جوان 2016م.
10. رضوان جيراني، الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مؤلف جماعي، المجلة العربية للدراسات القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، الطبعة الأولي، مطبعة فارير سطات، المغرب 2020م.
11. زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون و العلوم السياسية العدد 04، جامعة النعامة، جوان 2016م.
12. سارة بوفلكة، مدى انطباق خاصية الإذعان على عقد التأمين بين المفهوم التقليدي و اتجاهات الفقه الحديث، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، عدد 47، جامعة قسنطينة، جوان 2017م.
13. سامي بن حملة، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك و المتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 5، جامعة باتنة، مارس 2015م.
14. سعدي محمد لمين، رباحي أحمد، حق العدول عن العقد كآلية حمائية للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارن، المجلد 05، العدد 02، جامعة الشلف، 2019م.
15. سليمة لدغش، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت بين الواقع و الضرورة، مجلة الحقوق والحريات العدد الرابع، ، جامعة الجلفة، أفريل 2017م.
16. سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 07، العدد2، جامعة تامنغست، 2018م.
17. شامل سليمان عسله، الإشكالية القانونية للمحل في عقود إعداد البرامج الإلكترونية في التشريع المدني المصري و التشريعات المدنية المقارنة، مجلة الحوليات كلية الدراسات الإسلامية و العربية للبنات، المجلد 2 العدد 33، الإسكندرية.
18. عائشة قصار اليل، الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد 10، جامعة باتنة، جانفي 2017م.

19.عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الإنسانية و الاجتماعية، المجلد 04 ،العدد 01، جامعة الجلفة، جوان 2021.

20.عبد السلام سعيد سعد، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية المجلد 7 العدد 13، جامعة المنوفية،

21.عدنان سرحان، التزام المحترف بتزويد المستهلك بالمعلومات، ندوة حماية المستهلك بكلية القانون الإمارات 2007م.

22.عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، أهل البيت كلية الحقوق، جامعة البصرة، العدد 05.

23.علي فلالي، الدين و القانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2004م.

24.غازي خالد أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك(دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين المستهلك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني)، دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 36 العدد1، الأردن ،2009م.

25.فارس عمر، خيار المستهلك في العدول عن العقد الالكتروني، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون المجلد 44 العدد 4، الأردن، 2017م.

26.فارس محمد العجمي، الخيارات القانونية المتاحة لأطراف العقد التجاري في مواجهة جائحة كورونا....وسلطة القاضي في إعادة التوازن الإقتصادي للعقد،مجلة كلية القانون الكويتية العالمية السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، 2020م.

27.كامل خير الله طراد، نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي و القانون المقارن وأثرها على عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد السابع عشر.

28.كريمة بركاته، حق المستهلك في الإعلام في عقد البيع الإلكتروني، مجلة الحقوق و الحريات، العدد 4 جامعة البويرة، 2017م.

29.محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، بيروت، {د.س}.

30.محمود فياض، مدي التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد مجلة الشريعة و القانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، السنة السابعة والعشرون أبريل 2013م.

31.ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونيا عن بعد، مجلة الحقوق مركز النشر العلمي، مجلد 9، عدد1، جامعة البحرين، 2012م.

32.نبيل اسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الاطراف في مرحلة ما قبل العقد، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 2 2013م.

33.نصيرة غزالي، العربي بن مهدي رزق الله، الحق في العدول كوسيلة قانونية لحماية المستهلك، مجلة الآفاق علمية، المجلد 11، العدد 3، جامعت تامنغاست، 2019م.

34.هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات و أثرها على التوازن العقدي (دراسة مقارنة) العدد 24، الجزء 3، جامعة بنها.

35.وليد خالد عطية، عباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد"دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، مجلة كلية الحقوق للعلوم القانونية و السياسية. المجلد 4 جامعة كركوك العراق، 2015م.

ثالثا: البحوث الجامعية

أ/ أطاريح الدكتوراه

1. بركات كريمة، حماية أمن المستهلك في ظل اقتصاد السوق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2014م.
2. بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق، تخصص القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2016م.
3. بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، جامعة تلمسان، 2018م.
4. بن شنيتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة الجزائر 1996م.
5. بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2017م.
6. جمعة زمام ، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 2014/2013م

7. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد–دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان،2016/2015م.

8. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان، 2014/2013م.

9. رشيدة أكسوم عيلام، المركز القانوني للمستهلك الالكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو، 2018م.

10.زهيرة عبوب، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، في القانون جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018م.

11.زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة دكتوراه،تخصص القانون، جامعة مولود معري، تيزي وزو، 2016م.

12.زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود–دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه، تخصص قانون الخاص جامعة أبي بكر بلقايد، 2018م.

13.شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص جامعة تلمسان، الجزائر.

14.عثماني بلال، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية و الالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق و العلوم السياسية، تخصص القانون، جامعة تيزي وزو، 2018م.

15.عجال خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري–دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراه تخصص القانون، جامعة تيزي وزو، سنة 2014م.

16.عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، في القانون، جامعة الجزائر 2015/2014م.

17.محمد على الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني و المصري و الفقه المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1992م.

18.المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2018/2017م.

19.مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014م.

20.موفق حماد عبد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2009م.

21.نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة وهران، 2018/2017م.

22.ولد عمر طيب، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان2010/2009م.

ب/ الرسائل الماجستير

1. حسن عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية – دراسة مقارنة– رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، {د.س}.
2. حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، 2018/2017م.
3. خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن الاقتصادي للعقد دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رسالة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017م.
4. دحمون حفيظ، التوازن في العقد، رسالة ماجستير، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر 1 2012/2011م.
5. راضية العطياوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 2011/1210م.
6. رفاوي شهيناز، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، جامعة سطيف، 2016/2015م.
7. رواس حميدة، خصوصة عقد التأمين، رسالة ماجستير، قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.
8. سامي جاسم محسين، نظرية الظروف الطارئة و أثرها على التوازن العقدي –دراسة مقارنة–رسالة ماجستير، القانون الخاص، معهد العلوم للدراسات العليا، العراق، 2016م.

9. سعدي محمد لمين، رباحي أحمد، حق العدول عن العقد كآلية حمائية للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارن،المجلد 05، العدد 02، جامعة الشلف، 2019م.

10.سليمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة باتنة،سنة 2014/2013م.

11.شارف بن يحي، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة رسالة ماجستير، القانون الخاص، جامعة وهران، 2010/2009م.

12.الظروف الطارئة و أثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، دراسة تحليلة، رسالة ماجستير، جامعة الخرطوم،2005م.

13.عبد الله ذيب عبد الله محمود،حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني – دراسة مقارنة–رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية فلسطين، 2009م.

14.عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، ماجستير تخصص قانون التعاون الدولي،جامعة البويرة، سنة 2012.

15.فلاح فهد االعجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق قانون خاص، ، جامعة الشرط الأوسط، 2011م.

16.لبان فريدة، مبدأ حسن النية في انعقاد، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2009/2008م.

17.لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الالكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر. 2010/2011م.

18. مامش نادية، مسؤولية المنتج، دراسة مقارنة مع القانون الفرسي، رسالة ماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012م.

19.ماني عبد الحق، حق المستهلك في الإعلام، رسالة شهادة الماجستير، قانون أعمال، جامعة بسكرة الجزائر، 2009م.

20.محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي،، دراسة مقارنة أصول الفقه،رسالة ماجسنير، بيروت {د.س}.

رابعا:الملتقيات و الندوات العلمية

1 عدنان سرحان، إلتزام المحترف بتزويد المستهلك بالمعلومات، ندوة حماية المستهلك بكلية القانون الإمارات 2007م.

2 محمد شكري سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، مداخلة في مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، يومي 27/26، أبريل 2003م.

III/ المراجع باللغة الأجنبية

أولا: باللغة الفرنسية

A/ les ouvrages

1. Didier ferrier .la protection des consommateurs. Dalloz.1996
2. Flécheux George, Renaissance de la bonne foi et loyauté dans le droit des contrats, Mélange offertes à Jaques Ghestin. L.G.D.J. Paris, 2001.
3. François Terré, Philipe Simler, Yves Lequette, droit civil les Obligation, 7e édition, Dalloz, Paris,1999.
4. Laurent (Aynès), L'obligation de loyauté, Archives de philosophie du droit T 44, Dalloz. 2000.
5. M. Throuchu , protection des consommateurs en matière de contrats à distance :directive N° 97-7 CE du 20 Mai 1997 Chr. No 17.Recueil Dalloz. 1999.
6. R. Cabrillac, Dictionnaire du Vocabulaire Juridique, 2ème éd, juris classeur, Lexis Nexis, Litec, " Bonne Foi".
7. Malaurie Philippe, Aynes Laurent et Stoffel –Munck Philippe, Droit des obligations, 8eme éd., L .G.D.J.-Lextenso, Paris, 2016.
8. Mustapha El-Gharbi, Justice contractuelle et liberté de la volonté, R.R.J 2005.
9. Philippe Stoffel-Munck , L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, Paris 2000.
10. Tribunal de grande instance de paris.(1ér ch.sect.soc).4févr.2003.dalloz. J.C.Manara. obs.N 11.203.
11. **B/Thèse**
12. Camille Jauffret-spinosi, Les grands systèmes contractuels européens, Le contrat en Europe aujourd'hui et demain .Univ Luxembourg, colloque de 22 juin 2007.
13. Christine Lebrun, Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat , Faculté de droit Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et

postdoctorales en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, option recherche, Août 2011

14. Delforge Cécile, Chroniques de droit à l'usage des juges de paix et de police 2018, Université de Liège – Uliège , Département de droit , Droit des obligations et du crédit ,2018.
15. Djamila Mahi-Disdet, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, Droit Université d'Avignon ,Français, 2011.
16. Hanane Ouirini, essai sur L'europeanis du droit de la conommation,Droit des contracts Thèse pour obtenir le grade de Docteur en droit à l'Université d'Avignon et des Pays 2016.
17. Meryem Edderouassi , Le contrat électronique international , International électronique contact, thèse de doctorat en Droit privé , Université Grenoble, 2017.
18. Mickael-Boutros .le droite du commerce électronique : une apprcole de la protection du cyber consommateur. Docteur de l'université de Grenoble .droit privé. 2014.

C/les Article

19. Vincent Karim . La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec : sa portée et les sanctions qui en découlent. Les Cahiers de droit,2000.

D/Les principaux textes législatifs et réglementaires français

20. Loi N° 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, J.O.R.F du 11 Janvier 1978.
21. loi 95/96 défini les clauses abusives comme
22. Ordonnance N° 2001-741 du 23 Août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, J.O.R.F,du 25 Août 2001.
23. Loi N° 2000-230 du 30 Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, J.O.R.F N°62 du 14 Mars 2000.
24. Loi N°2004-575 du 21 Juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O, N° 143 du 22 Juin 2004.
25. Ordonnanc N° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, J.O.R.F du18Mars 2014.
26. code de la consommation 01mars2015
27. Ordonnanc N°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

E/ Les directives européennes :

28. directive 93-13 /CEE du conseil, du 05avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.
29. Directive 97/7/CE du 20 Mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O.C.E, N°L144, 4 Juin 1997.
30. Directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil du 08 Juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de
31. l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, J.O.C.E, N° L178.17 Juillet 2000.
32. Directive2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25Octobre2011relative aux droits des consommateurs
33. Directive 97/7 CE du parlement européen et du conseil public au JOCEL.144, 04-06-1997.

ثانيا: باللغة الإنجليزية

The articles and repports:

1. Black's Law Dictionary defi nes good faith as "an intangible and abstract quality with no technical meaning or statutory defi nition, and it encompasses, among other things, an honest belief, the absence of malice and the absence of design to defraud or to seek an unconscionable advantage" ;Eylem Apaydin ;the principle of good faith in contracts ;2019
2. H. STEVE. MA.LLBSC , The Law of electronic commerce and the internet in the UK and IRELAND.éd Cavendish publishing limite. 2006.
3. Shannon O'byrne and ronnie cohen,the contractual principle of good faith and the duty of honesty.Alberta law review.2015.

الفـــــــهـــــــرس

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

العـــنـــــاويـــــن	الصفحة
إهـــداء.....	I
شكر وعرفان.....	II
قائمة المختصرات.....	III
مقـــدمـــــــة	أ ك
الباب الأول: الضمانات الوقائية لتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية.....	14
الفصل الأول: الالتزام بالإعلام ودوره في تحقيق التوازن المعرفي في المعاملات التجارية الإلكترونية.....	15
المبحث الأول: ماهية الالتزام بالإعلام الإلكتروني	16
المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام وتمييزه عما يشابهه من التزامات.....	16
الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني	17
الفرع الثاني: تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزامات التعاقدية المشابهة له	19
أولا: تمييز الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد عن الالتزام بالإعلام التعاقدي	19
ثانيا: تمييز الالتزام بالإعلام وبين الالتزام بالنصيحة وتقديم الاستشارة	21
ثالثا: تميز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالاستعلام	23
رابعا: تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتعاون	24
خامسا: تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتحذير.....	24
المطلب الثاني: أهداف تكريس الالتزام بالإعلام الإلكتروني ومظاهر اختلاله	26
الفرع الأول: أهداف تكريس حق الالتزام بالإعلام في المعاملات التجارية الإلكترونية	26
أولا: ضمان تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العقد	27
ثانيا: ضمان المساواة في العلم بين المتعاقدين.....	27
ثالثا: مقتضيات التطورات الاقتصادية	28
الفرع الثاني: مظاهر اختلال التوازن العقدي التي أدت إلى فرض الالتزام بالإعلام	30
أولا:علم المدين بالبيانات والمعلومات التعاقدية	30

ثانيا: جهل الدائن بالبيانات محل العقد..... 32
ثالثا: يجب أن تكون البيانات المصرح بها لها تأثير على إرادة الدائن 34
المطلب الثالث: نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني..... 35
الفرع الأول: نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص 36
أولا: الدائن بالالتزام بالإعلام..... 36
ثانيا: المدين بالالتزام بالإعلام..... 38
الفرع الثاني: نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الموضوع..... 43
أولا: الإعلام بالبيانات المتعلقة بهوية المورد..... 43
ثانيا: الإعلام بشروط التعاقد الإلكتروني وكيفية تنفيذه 45
ثالثا: الإعلام بالبيانات الجوهرية المتعلقة بالسلعة والخدمة محل التعاقد..... 47
رابعا: الإعلام بالسلع الخطيرة وذات التقنية العالية المعقدة..... 49
المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بالالتزام بالإعلام..... 50
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام الإلكتروني..... 51
الفرع الأول: الالتزام بالإعلام التزاما سابق للتعاقد أم التزاما تعاقديا..... 51
أولا: الالتزام بالإعلام ذو طبيعة عقدية 52
ثانيا: الالتزام بالإعلام التزاما غير عقدي 53
الفرع الثاني : الالتزام بالإعلام هل هو التزام بذل عناية أم تحقيق نتيجة 53
أولا: الالتزام بالإعلام التزاما ببذل عناية 55
ثانيا: الالتزام بالإعلام التزاما بتحقيق نتيجة..... 55
المطلب الثاني: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام 56
الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام في الأحكام العامة..... 57
أولا: مبدأ حسن النية..... 57
ثانيا: مبدأ سلامة العقود في تحقيق التوازن العقدي 58
ثالثا: نظرية عيوب الرضا 58

رابعا: الالتزام بضمان العيوب الخفية 61
الفرع الثاني: التشريعات الخاصة مصدر للالتزام بالإعلام 63
المطلب الثالث: جزاء عدم الالتزام بالإعلام الإلكتروني 67
الفرع الأول: البطلان كجزاء لعدم الالتزام بالإعلام الإلكتروني 68
أولا: عيب الغلط 69
ثانيا: عيب التدليس..... 70
ثالثا: البطلان على أساس نظرية عدم العلم الكافي للمبيع..... 71
الفرع الثاني: التعويض كجزاء لعدم الالتزام بالإعلام الإلكتروني وفقا للمسؤولية المدنية..... 72
أولا: التكيف القانوني للمسؤولية المدنية لعدم تنفيذ الالتزام بالإعلام وشروطها..... 73
ثانيا: جزاء المسؤولية لعدم تنفيذ الالتزام بالإعلام 78
الفصل الثاني: تكريس حق العدول لتحقيق التوازن العقدي 80
المبحث الأول: ماهية حق العدول 81
المطلب الأول: تعريف حق العدول وتمييزه عن غيره من المصطلحات المتشابهة 81
الفرع الأول: تعريف حق العدول 82
الفرع الثاني: تميز حق العدول عن ما يشبهه من مصطلحات..... 86
أولا: التمييز بين العدول والفسخ 86
ثانيا: التمييز بين العدول والإبطال والبطلان 87
ثالثا: تمييز حق العدول والتعاقد بالعربون 88
رابعا: تمييز حق العدول وإنهاء العقد بإرادة منفردة 89
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحق العدول 90
الفرع الأول: حق العدول حق من حقوق الخيار 90
الفرع الثاني: حق العدول رخصة 92
الفرع الثالث: حق العدول مكنة قانونية 94
أولا: مكنة قانونية منشئة 95

ثانيا: مكنة قانونية معدلة أو مغيرة 95
ثالثا:مكنة قانونية فاسخة أو منهية..... 95
المطلب الثالث: الأساس القانوني لحق العدول..... 96
الفرع الأول: فكرة ربط حق العدول بشرط التجربة..... 97
الفرع الثاني: فكرة التعليق على الشرط..... 98
الفرع الثالث: فكرة التكوين التعاقبي للرضا..... 100
الفرع الرابع: أساس حق العدول في التشريعات الخاصة..... 101
المبحث الثاني: متطلبات تطبيق حق العدول والآثار المترتبة على ممارسته..... 103
الطلب الأول: المتطلبات المتعلقة بمدة ممارسة حق العدول..... 103
الفرع الأول: موقف التوجيهات الأوروبية من تحديد مدة العدول 104
أولا: موقف التوجيه الأوروبي رقم 7 لسنة 1997..... 104
ثانيا: موقف التوجيه الأوروبي رقم 65 والتوجيه رقم 83 لسنة 2002 106
ثالثا: موقف التوجيه الأوروبي رقم 48 ورقم 122 لسنة 2008..... 107
رابعا: موقف التوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011 108
الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية في تحديد مدة العدول 109
أولا: موقف المشرع الفرنسي من تحديد مدة العدول..... 109
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تحديد مدة العدول..... 112
ثالثا: موقف المشرع المصري من تحديد مدة العدول..... 113
رابعا: موقف المشرع التونسي من تحديد مدة العدول 114
المطلب الثاني: حالات عدم جواز تطبيق حق العدول 115
الفرع الأول: حالات عدم جواز تطبيق حق العدول في التوجيهات الأوروبية 116
أولا: عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء حق العدول..... 116
ثانيا:العقود الواردة على السلع والخدمات التي يتوقف تحديد سعرها على تقلبات السوق المالي..... 117
ثالثا: العقود التي ترد على سلع تم إعدادها بناءا على مواصفات خاصة بالمستهلك..... 117

رابعا: العقود التي ترد على التسجيلات السمعية والبصرية وبرامج الكمبيوتر 118
خامسا: العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات 119
سادسا: عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها..... 119
الفرع الثاني: حالات عدم جواز ممارسة حق العدول في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية 122
أولا: حالات عدم جواز ممارسة حق العدول في التشريع الفرنسي..... 122
ثانيا: حالات عدم جواز ممارسة حق العدول في التشريعات العربية..... 125
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على ممارسة حق العدول..... 127
الفرع الأول: الآثار المترتبة على المستهلك..... 128
أولا: إعادة المنتج للمورد 128
ثانيا: تحمل تكاليف الرد..... 131
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على المورد أو المحترف..... 133
أولا: إعادة الثمن للمستهلك 133
ثانيا: جزاء الإخلال بالالتزام برد الثمن..... 135
ثالثا: انقضاء كل عقد تابع للعقد تم العدول عنه 137
الباب الثاني: الضمانات العلاجية لتحقيق التوازن العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية..... 140
الفصل الأول: تحقيق التوازن العقدي من خلال مقاومة الشروط التعسفية..... 141
المبحث الأول: الشروط التعسفية ودورها في الاختلال العقدي في المعاملات التجارية الإلكترونية..... 142
المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية..... 142
الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية..... 143
الفرع الثاني: عناصر الشروط التعسفية..... 146
أولا: يجب أن يكون عقد محله بيع سلعة أو خدمة..... 146
ثانيا: يجب أن يكون العقد مكتوبا..... 147
ثالثا: أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا..... 148
رابعا: أن يؤدي الشرط الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين الالتزامات..... 149

المطلب الثاني: معايير اختلال التوازن العقدي..... 150
الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية..... 150
الفرع الثاني: الميزة المفرطة التي يتحصل عليها المورد أو التاجر..... 151
الفرع الثالث: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي بين حقوق والتزامات طرفي العقد..... 153
المطلب الثالث: الوسائل القانونية لتحديد الشروط التعسفية..... 156
الفرع الأول: الوسائل التشريعية..... 156
أولا: نظام القوائم في التشريع الألماني..... 156
ثانيا: نظام القوائم في التشريع الفرنسي..... 158
ثالثا: نظام القوائم في التشريع الجزائري..... 163
رابعا: نظام القوائم في التشريع المصري..... 165
الفرع الثاني: الوسائل التنظيمية (الإدارية)..... 166
أولا: التجربة الفرنسية في تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة متخصصة..... 166
ثانيا: التجربة الجزائرية في تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة متخصصة..... 167
الفرع الثالث: الوسائل القضائية..... 169
المبحث الثاني: آليات مواجهة اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية..... 171
المطلب الأول: مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان..... 172
الفرع الأول: مفهوم التعسف في عقود الإذعان..... 172
أولا: المعاملات التجارية الإلكترونية عقود إذعان..... 173
ثانيا: المعاملات التجارية الإلكترونية ليست عقود إذعان بصفة مطلقة..... 175
ثالثا: التمييز بين وسائل إبرام المعاملات الإلكترونية..... 176
الفرع الثاني: مظاهر التعسف في المعاملات الإلكترونية..... 177
أولا: مظاهر التعسف في عقود توريد برمجيات الحاسب الآلي..... 174
ثانيا: مظاهر التعسف في عقد التأمين..... 179
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في لمعاملات التجارية الإلكترونية..... 182

الفرع الأول: إبطال الشروط التعسفية في عقود البيع الإلكترونية للسلع..... 183
الفرع الثاني: إبطال الشروط التعسفية في عقود الخدمات عبر الإنترنت..... 187
المطلب الثالث: جزاء الشروط التعسفية..... 189
الفرع الأول: الجزاء المدني..... 189
الفرع الثاني: الجزاء الجنائي..... 193
الفصل الثاني: الضمانات القانونية العامة لتحقيق التوازن بين الشروط التعاقدية..... 195
المبحث الأول: قاعدة حسن النية في التعاقد..... 196
المطلب الأول: تحديد مفهوم قاعدة حسن النية..... 197
الفرع الأول: تعريف مبدأ حسن النية وفق العيار الشخصي..... 199
الفرع الثاني: تعريف مبدأ حسن النية وفق العيار الموضوعي..... 197
المطلب الثاني: الأساس القانوني مبدأ حسن النية..... 203
الفرع الأول: إعادة أساس مبدأ حسن النية إلى فكرة العدالة العقدية..... 203
الفرع الثاني: احترام الثقة المشروعة كأساس لمبدأ حسن النية..... 204
الفرع الثالث: إرجاع الأساس القانوني لمبدأ حسن النية إلى فكرة النظام العام..... 209
المطلب الثالث: مظاهر حسن النية كضمانة لإعادة التوازن..... 210
الفرع الأول: الالتزام بالتعاون 211
الفرع الثاني: الالتزام بالنزاهة 213
المبحث الثاني: دور نظرية الظروف الطارئة في تحقيق التوازن العقدي..... 217
المطلب الأول: تحديد مفهوم نظرية الظروف الطارئة وأساسها القانوني 217
الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة 218
الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة..... 219
أولا: مبادئ العدالة وروح الإنصاف..... 220
ثانيا: نظرية السبب 217
ثالثا: مبدأ تنفيذ العقود لحسن النية 222

رابعا: نظرية التعسف في استعمال الحق 222
خامسا: مبدأ الإثراء بلا سبب 223
سادسا: نظرية الغبن 224
سابعا: الشرط الضمني 225
المطلب الثاني: إعمال نظرية الظروف الطارئة لمعالجة اختلال توازن المعاملات..... 227
الفرع الأول: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة 228
أولا: يجب أن يكون العقد متراخي التنفيذ 228
ثانيا: يجب أن يكون الظرف استثنائيا وعاما 229
ثالثا: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع..... 230
رابعا: يجب أن يجعل هذا الظرف الطارئ تنفيذ الالتزام مرهقا ولا مستحيلا..... 232
المطلب الثالث: الأثر القانوني المترتب عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة..... 234
الفرع الأول: ضوابط سلطة القاضي في إعادة التوازن الاقتصادي للمعاملات..... 235
أولا: مراعاة الظروف المحيطة بالقضية..... 235
ثانيا: قيام القاضي بالموازنة بين مصلحة طرفي العقد..... 236
ثالثا: التأكد من أن التنفيذ المرهق يصل إلى الحد الذي يهدد بالخسارة الفادحة 237
الفرع الثاني: إزالة الإرهاق الذي يؤدي إلى اختلال التوازن..... 238
أولا: إنقاص الالتزام المرهق..... 239
ثانيا: زيادة الالتزام المقابل 242
ثالثا: وقف تنفيذ العقد لحين زوال الظرف الطارئ..... 243
رابعا: فسخ العقد..... 243
خاتمـــــة..... 248
قائمة المصادر والمراجع..... 254

الفهرس..... 270

الملخص:

يفترض في المعاملات التجارية الإلكترونية مثلها مثل جميع العقود التوازن والمساواة بين المتعاقدين، لكن واقع التطور التكنولوجي أخل بالموازين وأصبحت الضمانات التقليدية التي تحقق العدالة العقدية غير كافية وعليه وجب على التشريعات التدخل وإيجاد ضمانات مستحدثة تتلاءم والتطور التكنولوجي لتحقق المساواة بين المستهلك الإلكتروني الذي عرف بضعفه الإرادي وكذا الضعف المعرفي، وبين المورد الإلكتروني الذي له الخبرة والقوة الاقتصادية، وبسبب هذه الإختلالات حاولت التشريعات أن تضع ضمانات قانونية تعيد وتحقق التوازن العقدي، حيث تمثلت هذه الضمانات في الضمانات الوقائية التي شملت فرض الالتزام بالإعلام على المورد الالكتروني، وتكريس حق العدول للمستهلك الإلكتروني في حالة وقوعه في عيوب الإرادة مثل التدليس أما فيما يخص الضمانات العلاجية تضمنت استبعاد الشروط التعسفية في المعاملات التجارية الإلكترونية لإعادة التوازن بعد اختلال الالتزامات بين الأطراف، وتدخل القاضي من خلال تطبيق مبدأ حسن النية باعتباره من الركائز الأساسية للحفاظ على التوازن العقدي، وتطبيق نظرية الظروف الطارئة التي هي بدورها تلعب دور مهما في إعادة التوازن العقدي وذلك في مرحلة تنفيذ المعاملة.

الكلمات المفتاحية: المعاملات التجارية الإلكترونية، الالتزام بالأعلام، حق العدول، الشروط التعسفية، الظروف الطارئة.

Abstract:

Exposed to electronic commercial transactions such as all contracts balance and equality between contractors, but the reality of technological development has enrolled in scales and traditional guarantees of nakedness have become insufficient. As well as cognitive vulnerability, and between the electronic supplier, which has economic experience and economic strength, and because of these imbalances. A situation in the defects of the will, such as tasting, while in terms of therapeutic guarantees included the exclusion of arbitrary terms in electronic commercial transactions after impairment of commitments between Parties and intervention by applying the principle of good faith as the basic pillars of conservation of the nodal balance and the application of emergency conditions Which is in turn play an important role in rebalancing The contract is at the treatment phase.

Keywords: e-commercial transactions, adherence to flags, right of adultery, arbitrary conditions, emergency conditions.