وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

حماية المستهلك من الشروط التعسفية بين الواقع المادي والافتراضي

مشروع يدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في الحقوق- تخصص: قانون الأعمال

من إعداد الطلبة:
- خليل نعرورة
- صبرينة همامي
- شهرزاد تجاني

المشرف:
د.عادل عميرات

لجنة المناقشة

اسم ولقب الأستاذ	الصفة	المؤسسة	الرتبة
د.سلخ محمد الأمين	أستاذ محاضر أ	جامعة الشهيد حمة لخضر الو ادي	رئيسا
د.عميرات عادل	أستاذ محاضر أ	جامعة الشهيد حمة لخضر الو ادي	مشرفا ومقررا
د.محدة عبد الباسط	أستاذ محاضر ب	جامعة الشهيد حمة لخضر الو ادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿وَكَذَلِكَ أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا وَصَرَّفْنَا فِيهِ مِنَ الْوَعِيدِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ أَوْ يُحْدِثُ لَهُمْ ذِكْرًا (113) فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا (114) ﴾ سورة طه.

الإهـــــداء

نهدي ثمرة عملنا هذا

- إلى رمز الحياة و إلى

من يستحقوا التقدير و العرفان إلى

أعز ما لدينا في الدنيا.

إلى من صبرا و كافح من أجلنا أن يعيش

أبناؤهم حياة نبيلة و كريمة والدينا الأعزاء.

- إلى أسرتنا الغالية من زوجة وأزواج وأبناء التي هي رمز كفاحنا أيضا.

- كل إخوتنا الذين ساعدونا في مسيرتنا الدراسية.

- إلى كل ألأصدقاء دون استثناء.

- وإلى جميع أساتذة وطلبة كلية الحقوق بالوادي

© Ladie Lynn
http://ladielynn.com

شكر و تقدير

نحمد الله العليّ القدير على أن منّ علينا بكل النعم، فلهُ الحمد ولهُ الشكر

و نتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ الفاضل الدكتور: **عادل عميرات**

الذي لن نوفي حقه مهما قلنا من كلمات، ومهما اخترت من عبارات

كما أتقدم بالشكر والعرفان لأستاذنا المحترم الدكتور صوالح محمد اعماره الذي لولا توجيهاته القيّمة

لما أنجزنا هذا العمل المتواضع، ولكل من علمنا حرف من العلم من أساتدة وغيرهم فلهم منا جزيل

الشكر والتقدير والاحترام فجزآكم الله عنَّا كل خير، و أدامكم طيّبين علماءً .

مقدمة

مقدمــة:

ينهض النظام القانوني في أي مجتمع من المجتمعات الحديثة على مجموعة كبيرة من القواعد القانونية، التي تحكم العلاقات بين الأفراد وتحدِّد حقوق وواجبات كل فرد منهم، ويفترض في نشوء أي علاقة تعاقدية أن يتحقق مبدأ التوازن العقدي بين أطرافها، أي يتوافر نوع من المساواة بين طرفي العقد سواء من حيث الحقوق والالتزامات والواجبات أومن حيث مضمون العقد ذاته وشروطه، ولا تزال هذه العلاقة بين الطرفين غير متوازنة وغير متكافئة، نظرًا لما يمتلكه المتعاقد القوي في مواجهة الطرف الضعيف في العقد من تفوق علمي وقوة اقتصادية، تجعل هذا الأخير يخضع للشروط التي يفرضها عليه الطرف القوي في العقد دون أن يناقشها، بسب احتكاره للسلعة أو الخدمة محل التعاقد وجهل الطرف الضعيف وعدم خبرته بها واضطراره لاقتنائها، ومن ثم ظهرت الحاجة إلى إيجاد سبل لحمايته من تلك الشروط المجحفة.

يعدُّ موضوع حماية من الشروط التعسفية للمستهلك وتحقيق التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، من أهم ما أولى له المشرع اهتمامًا كبيرًا من خلال قوانين متعاقبة، سواء في القواعد العامة أو في قوانين حماية المستهلك، حرصًا من المشرع على معالجة اللامساواة وعدم التكافؤ بين الأطراف المتعاقدة بصفة عامة، وأطراف عقد الاستهلاك بصفة خاصة، ومن أجل مكافحة تلك الشروط المجحفة اختلفت التشريعات المعاصرة في طبيعة العقود، المعنية بالحماية منها وما إذا كانت عقود إذعان أو عقود استهلاك، ومن الطبيعي أن نطاق هذه الحماية يتأثر بطبيعة العقود المعنية، ففي الوقت الذي يتسع فيه نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية في حالة كون العقد من عقود استهلاك، بالعكس يضيق نطاق هذه الحماية في الحالة التي يكون فيها العقد هو من عقود الإذعان، ولذلك فإن وجود أي رغبة تشريعية تهدف إلى حماية حقيقية للمستهلك ضد الشروط التعسفية تستوجب مراعاة هذه الفكرة.

إن حماية المستهلك من الشروط التعسفية ذات أهمية بالغة خاصةً في الوقت الراهن، نظرًا لضعف مركز هذا الأخير في مواجهة المتدخل والمورد الإلكتروني، وهو من أحدث تدخلات المشرع

لمعالجة التعسف الذي يمارس ضد المستهلك كطرف ضعيف، بحيث لا يعتبر من الموضوعات الكلاسيكية بل هو موضوع يعكس حالة الواقع الذي نعيشه، فكل واحد منا هو عرضة لمثـل هذه الشروط والممارسات التعسفيـة على اعتبار أننا كلنا مستهلكين، ونتيجة عـدم

الوعي القانوني المتعلق بهذه الظاهرة ارتأينا اختيارها كموضوع بحث، ولتجسيد الحماية الفعلية للمستهلك بالشكل اللازم، وتحديد الآليات الخاصة بحماية الطرف المُذعَن رغم جهل المجتمعات بحقها في مواجهة الشروط التعسفية، وخلو اجتهادات الجهات القضائية العليا في الجزائر من القرارات الصادرة في هذا الشأن.

يرجع سبب اختياري لهذا الموضوع لعدَّة أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، فالأسباب الذاتية هي تماشي موضوع البحث مع تخصصنا العلمي كون حماية المستهلك من الشروط التعسفية من الموضوعات التي وضعت حديثًا كنتيجة لوضع توازن عقدي بين طرفي العقد، وكذا الرغبة الملحَّة في التعرُّف على غاية المشرع في هذا المجال، وكيف وضع القيود المتعلقة بمعالجة الشروط ضمن القواعد العامة والقوانين الخاصة.

أمَّا الأسباب الموضوعية فتكمن في أنّ موضوع حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية، الذي يعتبر في أغلب الحالات مستهلكًا، قد أصبح محل اهتمام غلب التشريعات الحديثة لم يتَّسم به هذا الموضوع مستجدات يجب إصلاحها، بسبب ما يحتاجه هذا الطرف الضعيف من حماية خاصة، مما يجعلنا نسعى لتفعيل حماية خاصة له وفقًا للقانون.

وعليه سنحاول الوقوف علي المنظومة التي أعتمدها المشرع الجزائري، من أجل تكريس الحماية الفعلية للمستهلك من الشروط المجحفة في حقه، من خلال وضع ترسانة من النصوص القانونية والتنظيمية لمعالجة الإشكالات التي يطرحها هذا الموضوع، في البيئة المادية وكذا في البيئة الافتراضية.

مـن الصـعوبات التـي واجهتنـا فـي إعـداد هـذه الدراسـة هـو مـدى اسـتيعاب المراجـع والبحـوث المتخصِّصـة للنصـوص القانونيـة الحديثـة، التـي تـدخل فـي نطـاق هـذا البحـث، لاسـيما القانـون الفرنسـي الـذي قـام بتعـديل النظريـة العامـة للالتـزام سـنة 2016، المتـزامن مـع صـدور القـانون المتضـمن القسـم التشـريعي لقـانون الاسـتهلاك، وكـذا المرسـوم المتضـمن القسـم التنظيمـي لـه فـي نفـس السـنة، حيـث أن معظم تلك المؤلفات كانت تتحدث على القوانين القديمـة، بالإضـافة إلـى وجـود صـعوبة فـي ترجمـة تلـك القوانين الأجنبية.

كما أن ندرة الأحكام القضائية تعتبر من ضمن الصعوبات التي يجب إثارتها، حيث يكاد يخلوا اجتهاد الجهات القضائية العليا في الجزائر من القرارات في هذا المجال، على اعتبار أن هذه الأخيرة تعدُّ لبنة تزوِّد الباحث بما يجري على مستوى الحياة اليومية للمستهلك الجزائري، دون أن ننسى ما وجدناه في القضاء الفرنسي من فيض كان له دور بارز في الوصول إلى الهدف المقصود.

نظرًا لأن أغلب عقود الاستهلاك أصبحت على شكل نماذج معدَّة مسبقًا يغلب عليها طابع الإذعان، ويترتب عنها التفاوت بين المتعاقدين والاختلال في التوازن العقدي، فإن الهدف من هذه الدراسة هو البحث عن سبل التي تضمن توفير الحماية اللازمة للمستهلك إزاءها، سواء في عقود الاستهلاك أو في العقود النموذجية وعقود الإذعان.

ومن هذا المنطلق ارتأينا صياغة إشكالية هذه الدراسة على النحو التالي

كيف عالج المشرع اللامساواة بين المتعاقدين والاختلال في التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في البيئة المادية والافتراضية؟

للإجابة عن إشكالية هذا الموضوع تم إتباع المناهج المستخدمة في العلوم القانونية خاصة المنهجين التحليلي والمقارن، فاعتمدنا المنهج التحليلي لتسليط الضوء على الترسانة القانونية التي تؤطر حماية المستهلك في الوسط المادي والافتراضي، من خلال مواجهة الشروط التعسفية سواء في

القواعد العامة أو في التشريعات الخاصة، ومن حين لآخر اعتمدنا المنهج المقارن للمقارنة بين بعض التشريعات الأجنبية والتشريع الجزائري.

ونظرًا لأننا في هذه الدراسة سنسلط الضوء على فكرة مكافحة الشروط التعسفية في الوسط المادي والافتراضي، فقد قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين:

نتطرق في الفصل الأول إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية في الوسط المادي، وقسمناه إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفقًا للقواعد العامة، ثم نتناول في المبحث الثاني حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفقًا للقواعد الخاصة.

أمَّا الفصل الثاني فنخصُّصه للحماية من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية كأداة حماية للمستهلك، وقسمناه بدوره إلى مبحثين: نتعرض في المبحث لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية في إطار القواعد العامة، ثم نتعرض في المبحث الثاني للحماية الخاصة بالمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية.

وذيلنا هذه الدراسة بخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات.

الفصل الأول

حماية المستهلك من الشروط التعسفية في الوسط المادي

الفصل الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في الوسط المادي

إن المستهلك عند إبرامه للعقد يدخل في علاقة تعاقدية من أجل حصوله على سلع وخدمات متنوعة، وفي الغالب تكون تلك العلاقة غير متوازنة لما يمتلكه المتدخل من خبرة ومال، وهو الأمر الذي يجعله دائمًا في مركز قوي وقادر على إملاء شروطه على المستهلك.

إن فكرة عدم التوازن في العقد وبالضبط في العلاقة التعاقدية موجودة مند أقدم العصور، إلا أن هذه الظاهرة كثرة واستفحلت ممَّا يجعل من مسألة حماية المستهلك من الشروط التعسفية مسألة مهمة جدًا في هذا الوقت، إلا أنه في ظل المتغيرات الحديثة والمتنوعة والاحتكار الموجود في الاقتصاد الحر، انتشرت العقود النموذجية حيث ينفرد المتعامل لوحده بصياغتها ووضع شروط تعسفية فيها، تكون تلك الشروط هدفها هو تحقيق مصالحه الخاصة في العقد، غير مهتم بالأثر الناتج عليه في مواجهة الطرف الأخر، وهذه الشروط قد تؤدي الى عدم التوازن العقدي فالمستهلك لا يتمتع بالحرية الكافية لإبرام عقد متكافئ[1].

لقد حاول المشرع وفقًا للقواعد العامة تكريس أحكام لحماية الطرف الضعيف في العقد، إلا أنها تبقى غير كافية وعاجزة عن مسايرة التطورات التي شهدتها نظرية العقد، في ظل التقدم الصناعي التكنولـوجي الذي أسفر عن وجود منتجات مُعقَّدة وذات تقنية عالية، مع زيادة الإقبال عليها خاصة بعد النمو الاقتصادي والثقافي والاجتماعي الذي شهدته بلادنا، وهو ما أدَّى إلى ظهور الشركات المتعدِّدة الجنسيات والمؤسسات العملاقة، التي تفرض شروطها على جميع من يتعاقد معها[2]، وهو ما استوجب تدخل العديد من التشريعات لوضع قواعد قانونية متعلقة بحماية المستهلك من الممارسات الغير شرعية، ومن ثم سنحاول دراسة الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية في الوسط المادي من خلال مبحثين:

المبحث الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفيــة وفقًا للقواعد العامـة

المبحث الثاني: حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفقًا للقواعد الخاصة

---

[1] أمال بوهنتالة، **(حماية المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية)**، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، جامعة باتنة، المجلد 10، العدد 03، تاريخ النشر: 2021/07/10، (ص. ص828-839)، ص829.

[2] اعماره صوالح محمد، **الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، السنة الجامعية: 2020-2021، ص9.

المبحث الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفقًا للقواعد العامة

من خلال مراجعة العديد من القوانين صفة عامة والقانون الجزائري بصفة خاصة، فإننا لا نجد أي من المبادئ العامة التي تضمن بشكل مباشر التوازن العقدي، إلا أن المشرع الجزائري أدرج هذا المبدأ في القانون المدني، حيث تضمن عددًا من التقنيات التي يمكن أن تساهم في محاربة مشكلة عدم التوازن العقدي[1] والتي تكون سبب في تعطيل بعض الشروط المحدَّدة مسبقًا، وقد أورده كذلك المشرع الفرنسي في تشريعاته وفصل فيه.

ومن خلال تسليط الضوء على القواعد العامة المتضمنة حماية المستهلك من الإجحاف الممارس ي حقه، بسبب فرض المتدخل لشروط تعسفية لا يستطيع المستهلك مناقشتها، وهو ما يحتم علينا تناول حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري **(كمطلب أول)**، ثم تناول حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الفرنسي **(كمطلب ثان)**.

المطلب الأول : حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري

لقد وضع المشرع الجزائري عدَّة وسائل وقائية لحماية المستهلك من التعسف المفروض عليه في القوانين الخاصة، وكأداة علاجية ضمن النظرية العامة للعقد وهو ما سنتناوله تباعًا.

الفرع الأول : الحماية عن طريق تعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية

إن عقود الإذعان هي عقود التي يقوم بتحريرها وإملائها في العلاقة التعاقدية الطرف القوي، ومن خلال ذلك هو الذي يبسط قدرته ويضع شروطه على الطرف الأخر في العقد (الطرف الضعيف)، وغالبًا ما يكون في عقد الإذعان شروطًا تعسفية، يخضع لها هذا الأخير دون مقاومة نظرًا لحاجته الماسَّة للسلع أو الخدمات الضرورية، فهنا تمنح للقاضي السلطة التقديرية من خلال بسط هيمنته وتطبيق القانون على المتعاقدين، من خلال تعديل الشروط أو إعفاء الطرف المُذعَن منها[2].

---

[1] محمد الأمين سي الطيب، **الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2007-2008، ص31.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، **سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان**، مذكر ماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011م، ص40.

أولاً: الشروط التعسفية في عقود الإذعان

لقد نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري السالفة على أنه:" **إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للقاضي أن يعدِّل... ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك**"[1]، وهذه المادة قد كرَّست العناصر الأساسية لسريان سلطة القاضي، ومضمونها ومعيارها وطبيعتها القانونية التي يوفرها هذا الاستثناء، وبينت شروط قيام سلطة القاضي لحماية الطرف الضعيف ومن ثم أكدت على توافر شرطين أساسين هما:

1- أن يتعلق النزاع بعقد إذعان

2- أن يتضمن العقد شروطًا تعسفية

فإذا لاحظ القاضي أن العقد محل النزاع هو من عقود الإذعان، يتحرى من خلال السلطة المخوَّلة له قانونيًا فيما إذا كان هذا العقد يحتوي على شروطاً تعسفية أم لا، وهذا كله من أجل توضيح ووضع المبرِّرات التي تجعله يتدخل لحماية الطرف الضعيف، عن طريق تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعَن منه، ومنه سنتعرض إلى مفهوم الشروط التعسفية، ثم نتعرض إلى شروط قيام السلطة التقديرية للقاضي[2].

1- مفهوم الشروط التعسفية

يختلف مفهوم الشرط التعسفي في عقود الإذعان التقليدية عنه في العقود الإلكترونية الحديثة، نتيجة التطور التقني والتكنولوجي والمعلوماتي الذي أفرزه واقع التعامل في ميدان السلع والخدمات في الوقت الحاضر، غير أنه يتفق على أن كل شرط لم يخضع للتفاوض بين طرفي العقد يعد شرطًا تعسفيًا، بحيث يتولى الطرف القوي في العقد صياغته واعداده مسبقًا على شكل يترتَّب عليه عدم التوازن والتكافؤ في الحقوق والالتزامات الناشئة بين طرفي العقد[3]، وبالتالي سوف نتعرض للتعريف الفقهي والقانوني والقضائي للشروط التعسفية.

---

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، الصادرة في 1975/09/30، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر العدد 31، الصادرة في 2007/05/13.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص40.

[3] مدحت صالح غايب، **(حماية المستثمر من الشروط التعسفية، دراسة قانونية في عقد الوساطة التجارية)**، مجلة الميزان، المركز الجامعي بالنعامة، المجلد 02، العدد 02، تاريخ النشر: 2017/12/31، (ص . ص84-103)، ص86.

أ- التعريف الفقهي للشروط التعسفية

عرَّفت القوانين الجزائرية الشرط التعسفي بأنه:" ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت ابرام العقد بالرجوع الى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي"[1].

لقد ورد هذا التعريف متأثر بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تعطي للقاضي السلطة التقديرية لتقدير حجم التعسف بقولها: " **إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذا الشروط أو أن يعفي الطرف المُذعَن منها وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة** "[2].

عرَّف الفقهاء الشرط التعسفي كل بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه في العقد، بحيث عرَّفه بعض الفقه الفرنسي على أنه:" شرط يفرضه طرف في وضع مهيمن على الطرف الآخر في التبعية الاقتصادية ممَّا يسبب إخلالاً كبيرًا بين حقوق والتزامات كلا الطرفين"[3].

وهناك من عرَّف الشرط بالنظر لطريق فرضه بأنه: " كل شرط يدرج في العقد أو ملحقاته ويترتب عليه الأضرار بمصالح وحقوق المستهلك التي يحميها القانون، يترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك التي لا تتوافر فيه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية"[4]

كما عرَّفه الفقه العربي بأنه:" الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدمًا فيه نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، بحيث تؤدي تلك الميزة إلى إحداث عدم التوازن العقدي ويقتصر دور المستهلك فيه عن القبول أو الرفض"[5].

---

[1] سلمة بن سعيدي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 2013-2014م، ص57.

[2] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] *Guy Raymond, **droit de la consommation**,4eme Edition, Lexis Nexis, paris, 2017, P343.*

[4] سلمة بن سعيد، مرجع سابق، ص58.

[5] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة**. أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أحمد درارية، أدرار، السنة الجامعية: 2017-2018م، ص174.

كما يرى بعض الفقهاء من خلال تعريفاتهم للشرط التعسفي بأنه:" كل شرط يترتَّب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المتدخل والمستهلك الناتجة عن عقد الاستهلاك، والتي تتمثل في مكافأة هذا المتدخل بميزة بسبب استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك"[1].

وعرَّفه بعض فقهاء القانون الجزائري الشرط التعسفي على أنه:" ذلك الشرط الذي يورده المتدخل في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه، وفقًا لما تقضي به العدالة التي تُقِرُّ للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي"[2].

يمكن القول من خلال التعريف الفقهي للشرط التعسفي أن يقسم الى ثلاث اتجاهات:

عرَّفه جانب من الفقهاء بالنظر إلى من يضع الشرط التعسفي والغرض من وضعه فعرَّفه بأنه الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف هذا الأخير في استعمال سلطته الاقتصادية، بغرض الحصول على ميزة مجحفة.

كما عرَّفه جانب آخر من الفقه بأنه: " شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدمًا في ذلك نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي الى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي في ذلك العقد المبرم، من جراء هذا الشرط المحرَّر مسبقًا من طرف واحد بواسطة المهني، ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض فقط، سواء كانت تلك الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أو كانت أثر من آثاره ".

وهناك اتجاه آخر عرَّف الشرط التعسفي بالنظر الى أنه يلحق الضرر بالمستهلك فعرَّفه على أنه الشرط الذي يترتَّب عليه الأضرار بالمستهلك بسبب عدم توازن الواضح "الممقوت" بين حقوق

---

[1] عمر محمد عبد الباقي، **الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2008م، ص406.

[2] حسينة شرون، نجاة حملاوي، **(حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04-02 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية)**، مجلة الحريات والحقوق في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، أفريل 2017م، (ص. ص49-70)، ص51-52.

والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتّبة على عقد الاستهلاك فيكون تعسفًا الشرط المفروض بواسطة الطرف الأقوى، وينشأ عدم توازن هام على حساب الطرف الضعيف[1].

ومن خلال هذه التعاريف نخلص إلى أنه تعتبر شروط تعسفية، تلك الشروط التي يفرضها الطرف المتفوق اقتصادياً على الطرف الآخر في العقود والتي تؤدي الى الأضرار بالمستهلك، والتي يهدف من خلالها إلى الحصول على مزايا إضافية تُخِلُّ بالتوازن في الحقوق والالتزامات وتسبب أضرارًا تلحق به.

ونستطيع تعريف الشروط التعسفية في إطار عقد الاستهلاك الإلكتروني بأنها:" الشروط التي يدرجها التاجر أو مقدم الخدمة في العقد الإلكتروني المبرم مع المستهلك والتي تؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين وضد مصلحة المستهلك"[2].

ب- التعريف القانوني للشروط التعسفية

بالرجوع الى أغلب التشريعات نجد أنها لم تتناول تعريف الشرط التعسفي في القواعد العامة "القانون المدني" بل تركت ذلك للقواعد الخاصة بحماية المستهلك باعتبار أن التعريفات ليس من مهام المشرع.

لقد عرَّف المشرع الجزائري الشرط التعسفي بموجب أحكام المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 الذي يُحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم، حيث نصت على أنه يعتبر شرط تعسفي:" **كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عِدَّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد**"[3].

ولابد من تثمين موقف المشرع الجزائري بصدد تعريفه للشرط التعسفي، مزيلاً بذلك كل التكهنات والتساؤلات التي طرحت بشأن تحديد طبيعة الشروط التعسفية المعنية بالحماية، والمعايير اللازم توافرها لاعتباره كذلك، والملاحظ أن القانون الجزائري لم يأخذ بمعيار القوة الاقتصادية ولا بمعيار الميزة المفرطة، بل أخذ بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي[4].

---

[1] كوثر سعيد، عدنان خالد، **حماية المستهلك الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص518.

[2] المرجع نفسه، ص518-519 .

[3] القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23، المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد 41، الصادرة في 2004/06/27، المعدَّل والمتمم بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 2010/08/15.

[4] حسينة شرون، نجاة حملاوي، مرجع سابق، ص52-53.

وهنا يظهر أن المشرع أعطى تعريفًا واسعًا وعامًا للشرط التعسفي ولتخفيف هذا العموم حاول تحديد صور الشرط التعسفي وهذا ما جاء بموجب نص المادة 29 من القانون 04-02، ومن جهة أخرى ترك المشرع الجزائري الباب مفتوحًا للتساؤلات حول نطاق تطبيق هذا النص على العقود المبرمة بين المهني والمستهلك، أم أنه يمتد ليشمل حق العقود المبرمة بين الطرفين، كما أعاد المشرع الجزائري نفي التعريف في نص المادة 01 في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-306[1] المحدِّد للعناصر الأساسية للعقود والبنود التي تعتبر تعسفية.

ومن بين التشريعات الغربية التي تولَّت تعريف الشرط التعسفي سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، كالقانون الفرنسي والبلجيكي والألماني[2]، هذا الأخير الذي أدرج في المادة الأولى من القانون الصادر بتاريخ 1976/09/09 المتعلق بالشروط العامة للعقود الذي بدأ العمل به في1977/04/01 تعريف الشروط التعسفية بأنها:" تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل التي ترد فيه"[3].

كما عرَّف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 35 من القانون رقم 78-23 الصادر في 1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات التي جاء فيها:" في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، قد تكون محظورة أو محدَّدة أو منظمة...الشروط المتعلقة بـ...متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة ".[4]

وبمجرَّد صدور قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 دمج ضمنه القانون 78-23، بحيث أصبحت المادة 35 منه هي نفسها المادة L1-132 الجديدة، وبناءً على ما تقدم فإن مفهوم الشرط

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر العدد 56، الصادرة في2006/09/11.

[2] حسينة شرون، نجاة حملاوي، مرجع سابق، ص53.

[3] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م، ص18.

[4] حسينة شرون، نجاة حملاوي، مرجع سابق، ص53.

التعسفي هو ذلك الشرط الذي يكون مفروض على المستهلك وغير المهني، بحيث يمنح للطرف الآخر ميزة فاحشة بسبب استعمال القوة الاقتصادية، وبالتالي فإن المشرع الفرنسي استخدم معيار القوة الاقتصادية للطرف الآخر والميزة الفاحشة، في تعريفه للشرط التعسفي الذي جاء به قانون سنة 1978، وأبقى على هذا المعيار في قانون الاستهلاك لسنة 1993[1].

ثم أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لعام 1995، بموجب المادة L1-132 من القانون 95-96 الصادر في 1995/02/01[2]، التي تقابلها المادة L1-212 من الأمر 2016-301 المؤرخ في2016/03/14 المتضمن القسم التشريعي لقانون الاستهلاك، بقولها أنه:" في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين والمستهلكين تعتبر شروطًا تعسفية الشروط التي ينشأ عن موضوعها أو ينتج عن آثارها على حساب غير المهني أو المستهلك اختلالاً ظاهرًا بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[3].

وبناءً على ذلك فإن الشرط التعسفي في نظر المشرع الفرنسي هو الشرط الذي ينشأ عنه، أو ينتج عن آثاره إخلالاً بالتوازن بين حقوق والتزامات المستهلك وغير المهني مع الطرف الآخر في العقد، وهو ما يعني أن المشرع استغنى على معيار التفوق الاقتصادي والميزة الفاحشة، واستخدم معيار جديد وهو الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[4].

جـ- التعريف القضائي للشرط التعسفي

لا نجد في القضاء الجزائري أي تعريف للشرط التعسفي ولا حتى موقف القضاء منه نظرًا لقلَّة المنازعات المطروحة أمامه في هذا الشأن، أمَّا القضاء الفرنسي فقد وجد صعوبة في إعطائه تعريفًا موحَّد للشرط التعسفي، وأمام الخلاف حول من يأخذ بعين الاعتبار طريقة تحديد العقد، ومن يأخذ بالآثار المترتبة على إدراج شرط من الشروط التعاقدية[5].

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة**. مرجع سابق، ص175.

[2] أحمد رباحي، **(أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن)**، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 04، العدد 05، تاريخ النشر: 2008/01/01، (ص. ص343-367)، ص345.

[3] *de l' Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, J.O.R.F n°0064, du 16 mars 2016. Disponible sur: Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de consommation, Date d'accès: 29/09/2019.*

[4] *Delphine Bazin-Beust, **Mémentos LMD Droit de la consommation**, Gualino L'extenso, France, 2016, P 166.*

[5] راضية العطياوي، **معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية**، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية: 2010-2011م، ص 29.

فنجد أن محكمة النقض الفرنسية تبنَّت نفس المفهوم للشرط التعسفي الذي وضعه المشرع، فقالت أن الشرط يعتبر تعسفيًا إذا كان يتضمن تصرفًا غير مشروع، يُعدِّل المبادئ العامة بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية[1].

2- شروط قيام السلطة التقديرية للقاضي

من خلال نص المادة 110 من القانون المدني يمكننا استنتاج أن الشروط الواجب توافرها في العقد، حتى يتمكن القاضي من تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المُذعَن منه، وهما شرطان:

- أن يكون العقد عقد إذعان؛
- أن يتضمن هذا العقد شروطًا تعسفية مرهقة للطرف المذعن.

أ- أن يتعلق النزاع بعقد إذعان

حتى يتمكن القاضي من إعمال سلطته في تعديل عقد الإذعان، يجب أولاً أن يكون العقد محل التعديل عقد صحيحًا من حيث جميع أركانه، لاسيما عنصر التراضي بين الطرفين وهو الإيجاب والقبول وأن لا يشوب هذا التراضي أي عيب من عيوب الإرادة، لأنه لو يكن غير ذلك فالقاضي لا يستطيع تعديل أي شرط في العقد، باعتباره باطل لأنه يشوبه عيب يبطله ولا يقيمه.

كما يجب أن يتوفر العقد محل النظر من قبل القاضي على عناصر عقد الإذعان التي تجلعه عقد صحيح، ومن هنا ينطلق القاضي في مهمته والبحث عن عناصر العقد[2] والتي نذكر أهمها وهي:

- مدى أهمية موضوع العقد فيما إذا كان يتعلق بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات ولا يمكن للمستهلك الاستغناء عنها؛
- احتكار السلعة سواء كان قانونيًا أو فعليًا؛
- أن يكون عرض السلعة أو الخدمة وفقًا للشروط المحدَّدة وأن يتمكن الطرف الثاني من مناقشتها أو تعديلها.

---

[1] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص 58.

[2] خالد معاشو، **دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي قالمة، السنة الجامعية: 2015-2016م، ص13.

إذا توافرت تلك العناصر في العقد محل الدعوى المعروضة على الجهة المختصَّة –القاضي – أعتبر العقد عقد إذعان، ومن خلال ذلك يستوجب على القاضي التنقل إلى البحث والدراسة في موضوع الدعوى المعروضة أمامه، والبحث عن مدى تعسفية الشروط التي يتضمنها العقد، وهنا عليه إعمال السلطة التقديرية في تعديل أو الاعفاء منه.

ب- أن يتضمن العقد شروطًا تعسفية

إن المبرر القانوني لتدخل القاضي هو أن يتضمن عقد الاستهلاك الذي تم بطريق الإذعان شروطًا تعسفية، فرضها المحترف بحكم مركزه القوي في العلاقة التعاقدية فهما يكون للقاضي سلطة تعديل تلك الشروط أو إعفاء المستهلك المُذعَن منها، بما يعيد للعقد التوازن الذي يجب أن يكون عليه، بحيث تتساوى الأعباء على عاتق الطرفين في العقد، ويُخفَّف الإرهاق الذي كان يثقل كاهل المستهلك باعتباره الحلقة الضعيفة في العقد.

والمشرع الجزائري في بادئ الأمر كباقي التشريعات التي أخذت بالأحكام الواردة في نص المادة 110 من القانون المدني، لم يعطي تعريفًا للشرط التعسفي في عقد الإذعان، بل ترك للقاضي السلطة التقديرية في تحديد وتبيّن هل أن الشرط تعسفي أم لا، ويكون ذلك بالاعتماد على معيار العدالة العقدية، فإذا اتضح له أن هناك شرطًا تعسفيًا يطبع العقد كان له سلطة تعديله بما يزيل من أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يعفي الطرف المُذعَن من ذلك الشرط، من دون أن يكون مقيَّد بحد معيَّن سوى ما تقتضيه العدالة[1].

ويرجع تقرير المشرع لسلطة القاضي في تعديل العقد إلى حرصه على تحقيق التوازن العقدي والعدالة القانونية، ورفع الضرر الذي يلحق بأحد طرفي العقد نتيجة لعقد الإذعان، وبعبارة أخرى فإن الهدف يتمثل في حماية الطرف الضعيف، من استغلال الطرف القوي وإلى رفع الضرر عنه، وتقدير توافر الصفة التعسفية للشرط من عدمها منوط بقاضي الموضوع، إذ أنه من مسائل الواقع التي لا رقابة عليه في تقديرها[2].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998م، (250/1).

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، يوسف بن خدة، السنة الجامعية: 2012-2013م، ص90-91.

وبالتالي فإن مسألة التقدير ما إذا كان الشرط تعسفيًا من عدمه، مسألة واقع لا رقابة على القاضي في تقديرها من قبل جهة النقض، كما علينا أن نشير إلى أن العقد إذا تم بطريق الإذعان وكان تضمن شروط تعسفية، فإن العيب الذي يلحق هذا العقد في هذه الحالة منذ تكوينه لا عند تنفيذه، كما هو الشأن بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة[1]، وعليه فإن سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية تتمثل في تعديل أو إلغاء تلك الشروط.

ب-1- سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي

يُعدُّ تدخل القاضي من أجل تعديل الشروط التعسفية استثناء على مبدأ سلطان الإرادة، المقرَّر والوارد في المادة 106 من القانون المدني وهذا الاستثناء أوردته وجعلته الظروف الاقتصادية التي أدت الى وقوع اختلال بين طرفي العلاقة التعاقدية، بعدما أصبح أحدهما عالمًا بكل التفاصيل والثاني لم يعلم بأي معلومة على ذلك، لذا أجاز المشرع للمستهلك بموجب المادة 110 من القانون المدني اللُّجوء الى القضاء والمطالبة بتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان على نحو ما تقضي به العدالة[2].

وتدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية يكون عن طريق ما يراه مناسبًا كما يلي:

- قد تكون تلك الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع، ممَّا يجعلها شروطًا جوهرية في العقد يصعب الاعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن الطرف المُذعَن.

- قد يتعلق التعديل بالإنقاص، ويتحقق ذلك بإزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة.

وقد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن أو حالة من حالاتها بمعناه المادي، فيقوم القاضي بالإنقاص بحسب الحالة بما من شأنه إزالة الغبن، متقيدًا في ذلك بالقيود والشروط المطلوبة

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **نظرية العقد**، المجتمع العلمي العربي الإسلامي، القاهرة، مصر، دون تاريخ، ص283.

[2] الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

قانونًا للتعديل بسبب الغبن، إذ أن قيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال، وإنما يستند الى الطعن بتعسف الشرط الوارد في العقد[1].

وفيما عدا هذا الشرط يبقى للقاضي مطلق الصلاحية في تقدير الطابع التعسفي لأي شرط آخر بمراعاة الفقرتين 05 و07 من المادة 03 من القانون رقم 04-02 والمتعلقتين بضرورة ورود الشرط ضمن عقد من عقود الإذعان، وأن من شأن ذلك الشرط أن يؤدي الى إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، ولكن لا يجوز للقاضي أن يتصدى من تلقاء نفسه لتعديل الشروط التعسفية الواردة في العقد إلا بناءً على طلب الطرف المُذعَن أو المستهلك عملاً بقاعدة حياد القاضي المدني[2].

ب-2- سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

إن مسألة إلغاء الشروط التعسفية تمثل الصورة الثانية لسلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية، فالقاضي إذا ما وجد شرط تعسفي في العقد له أن يلغيه، فيعفي الطرف المُذعَن منه مخالفًا بذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بحيث يلجأ إلى استخدام سلطته في الإعفاء حينما يُقدِّر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل، ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف في العقد، ومن ثم لن يتحقق العدل إلا بإزالته وإعفاء الطرف المُذعَن منه[3].

وسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف الضعيف منها، يستند إلى عموم نص المادة 110 من القانون المدني وشموله، بما يشكل أداة قوية في يده تمكنه من بسط الحماية الفعالة للمستهلك، ممَّا يمكن أن يلقى على عاتقه من التزامات جائرة بشروط تعسفية، قد يفرضها عليه أصحاب النفوذ الاقتصادية ممن يدخل معهم في العقد[4].

وفي هذا الإطار فإن سلطة القاضي تمتد لتشمل جميع العقود المدنية التي تتم بطريق الإذعان، فإذا توافرت خصائص عقد الإذعان في عقد من العقود والشروط المطلوبة في ذلك، فإن الشروط

---

[1] حميد بن شنتي، **سلطة القاضي في تعديل العقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990، ص46-47.

[2] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص59.

[3] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص93.

[4] مولود بغدادي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**، رسالة ماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2014-2015م، ص90.

الواردة المتصفة بالتعسفية تصبح عرضة لسلطة القاضي في التعديل، ولا تقتصر هذه السلطة على العقود المعروفة والتي اعتاد الفقه أن يوردها عند الحديث عن عقود الإذعان، كعقد التأمين وعقد الكهرباء وعقد العمل بل تشمل كل العقود المدنية التي تتوافر فيها خصائص وشروط الإذعان[1].

ويمكن القول أن الأهمية التي يمكن استخلاصها هو وجود حماية يمارسها القاضي حينما يُعدِّل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فيقوم بحماية الطرف الضعيف وتقوية جانبه حتي لا يستغله الطرف القوي، وتعتبر أحكام المادة 110 مدني جزائري أداة لمعالجة ظاهرة التعسف في عقود الإذعان، بنصها على الكيفية التي تتم بها مواجهة الشروط التعسفية في هذه العقود[2].

وقد دعَّم المشرع الجزائري موقفه بإصداره للقانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/08/14 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث تناول من خلاله الحماية من الممارسات التعاقدية التعسفية، وكل ذلك جاء من أجل تزويد القاضي بمختلف الوسائل المتاحة، والتي تساعده في حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المتدخل[3].

ويكون القاضي بذلك حاميًا للصالح العام فيستفيد المستهلك كطرف ضعيف من الحماية المقرَّرة له في هذا السياق، وذلك بحصوله على السلعة أو الخدمة التي لا غنى له عنها، والتي يمتلكها الموجب لاحتكاره لهذه السلع أو الخدمات قانونيًا أو فعليًا، كما يحقق القاضي بتعديله للشروط التعسفية في عقد الإذعان " **العدالة العقدية** " بين الموجب والطرف المُذعَن[4].

وخلاصة القول في مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أن القاضي إذا ما توصل إلى أن العقد المثار بشأنه النزاع أمامه عقد إذعان، وأنه قد تضمن شروطًا تعسفية فإنه يقدرها ويتدخل في العقد بما يخالف إرادة المتعاقدين، والقانون في هذه الحالة عندما يُقرِّر للقاضي المدني

---

[1] حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع الإشارة إلى القوانين الأنجلوأمريكية**، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، 1990-1991م، ص242.

[2] اعماره صوالح محمد، **الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص112.

[3] القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23، المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[4] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص94.

بناءً على طلب المُذعَن، أن يُعدِّل الشروط التعسفية أو يعفيه كليًا منها، فإنه بذلك يرفع الإجحاف عن هذا الأخير ويحقق التوازن العقدي[1].

ثانيًا: التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها

تتعدَّد الشروط التعسفية فهي ليست على نوع واحد، فهناك شروط تعسفية تكون ظاهرة بمجرَّد إدراجها في العقد، وتوجد شروط أخرى لا تظهر صفة التعسف فيها عند إدراجها في العقد، بل تظهر فيها تلك الصفة عند تنفيذ العقد[2]، حيث يدور البحث عن متى يُعدُّ الشرط تعسفيًا من عدمه، ممَّا يُبرِّر تدخل القاضي لإعمال الحماية على العقد، وبالتالي يستلزم علينا أن نفرق بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها[3].

1- الشروط التعسفية بذاتها

وهي تلك الشروط التي يظهر التعسف فيها منذ إدراجها في العقد وتكشف عنه ألفاظه، فتأتي متناقضة مع جوهره، بمعنى أنه عند إبرام العقد يتبيَّن فيما إذا كانت بنوده متناقضة، ومن ثم يتَّضح لنا وجود التعسف من عدمه، فالتعرُّف على ذلك يكون منذ الوهلة الأولى عند كتابة العقد، كفرض شروط في لائحة المصنع تتضمن غرامات مالية باهظة على العمال، تستنفذ جزءً من أجرهم لأخطاء لا تتناسب مع الجزاء التي يتضمنه[4].

فتعدُّ مثل هذه الشروط الجزائية جائرة لأن الغرامات لا تتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه العامل، وهناك من الشروط ما توضع من أجل ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمتدخل، بغض النظر عن موضوعية ذلك التحديد أو قبوله من قبل الطرف الآخر، وسواء اعتبر ذلك الشرط تعسفيًا أو جزائيًا

---

[1] حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص48.

[2] نصيرة خلوي (عنان)، **الحماية المدنية للمستهلك عبر الأنترنت، دراسة مقارنة**، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/07/02م، ص121.

[3] عبد الحكيم فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985م، ص359.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص45.

جائزًا فإنه يُعدُّ مبرّرًا لتدخل القاضي لإعادة التوازن لعقد العمل، متسلحًا بمبدأ حسن النية، وعدم جواز التعسف في استعمال الحق وقواعد العدالة والإنصاف[1].

ومتى كان الشرط جزائيًا جائزًا فإن القاضي الجزائري يطبق أحكام المادة 184 مدني جزائري، أمَّا إذا كان شرطًا تعسفيًا فيطبق في شأنه أحكام المادة 110 مدني جزائري[2].

2- الشروط التعسفية بحكم الاستعمال

هذه النوعية من الشروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكنها تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها، فالتزام المتعاقد القوي باحترام الوعود والضمانات والتزامه بتحمل المسؤولية عن أعمال تابعيه، عادة ما تكون محلاً لشروط تعسفية تهدف إلى تخفيف أعباء المتعاقد القوي، بينما مسؤوليته تكون على حساب المتعامل معه[3].

وهنا يكون المثل في الشرط الذي يستوجب على المؤمَّن له بإعلام المؤمِّن بأمور معيَّنة، خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض، فهذا الشرط لا يعدُّ تعسفيًا عند إدراجه في العقد، ولكن يعدُّ تعسفيًا إذا تمسك المؤمِّن بهذا الشرط لإسقاط حق المؤمَّن له حسن النية، بالرغم من أنه لا يعود على المؤمَّن له بأيَّة فائدة من الناحية العملية[4].

ويرى جانب من الفقه وهو الرأي الراجح أن المادة 149 من القانون المدني المصري (تقابلها المادتين 204 من القانون المدني الأردني و110 من القانون المدني جزائري)، يقتصر تطبيقها على النوع الأول من الشروط فقط وهي (الشروط التعسفية بذاتها)، لأن النص يتحدث عن عقد إذعان أُبْرِمَ وكان متضمنًا لشروط تعسفية، أي أن التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه، والمشرع كان صائبًا في هذه الصياغة[5].

---

[1] فايزة طبيب، **سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ**، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، السنة الجامعية: 2018-2019م، ص214-215.

[2] اعماره صوالح محمد، **الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص114.

[3] فايزة طبيب، مرجع سابق، ص215.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص46.

[5] سعيد سعد عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم، مصر، 1992م، ص12.

إذ سبق هذا النص المادة 148 مدني مصري التي تنص على أنه:" **يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق وحسن النية في تنفيذ العقد**"، والتي تقابلها المادة 202 فقرة أ من القانون المدني الأردني التي تنص:" **أ- يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية** "، أمَّا المشرع الجزائري فقد كرَّس مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية في المادة 107 من القانون المدني بقولها:" **يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبحسن نية...**"[1].

ومن ثم فإنه بموجب هذا التحليل القانوني يكون لقاضي الموضوع السلطة في أن يَرُّد الموجب إلى صوابه في عقد الإذعان، وذلك مراعاة لحسن النية في تنفيذ العقد وعدم التمسك بحرفيته على نحو يتعارض مع روحه[2].

ثالثًا: السلطة التقديرية للقاضي وتقييد مبدأ سلطان الإرادة

في ظل حرية التعاقد التي تحكمها العديد من المبادئ ومن بينها مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ القوة الملزمة للعقد، و نسبية أثر العقد، فإن دورها يعد دورًا بارزًا في هذا المجال، ولكن في العصر الحديث ظهرت خاصية جديدة للعلاقات التعاقدية، تعارضت مع المبادئ العامة ونشأ عن ذلك عدم التوازن والإذعان في التعاقد، وعدم التساوي بين أطراف العقد في العقود الحديثة.

إن دور القاضي هو تطبيق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، إلا أن المشرع وتحت تأثير التطور الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة، نتيجة لظهور فكر قانوني يسعى لجعل هدف القانون اجتماعيًا يتمثل في حماية الطرف الضعيف، حيث أدخل هذا الأخير عدَّة استثناءات كان من أهمها إطلاق السلطة التقديرية للقاضي[3]، وعليه سوف نتعرض في هذا العنصر لمفهوم السلطة التقديرية وتقييد مبدأ سلطان الإرادة، ثم نتطرق للتقنيات المتاحة لتحقيق التوازن العقدي.

1- مفهوم السلطة التقديرية

تعتبر السلطة التقديرية للقاضي من أهم وأخطر الموضوعات التي تشغل بال المشرعين، في الأنظمة القانونية الحديثة التي تسعى لإيجاد قضاء عادل ونزيه يشعر المتقاضين بالعدل، ويحقق لهم

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[2] سعيد سعد عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص12.

[3] أنظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تحت عنوان: **الاتجاهات العامة في القانون**، الجزء الأول، ص26.

الطمأنينة في حياد القاضي التي هي مصلحة خاصة للخصوم، وبالتأكيد تحقق مصلحة عامة للمجتمع تتمثل في إرساء الاستقرار والأمن، وأخيرًا تتضمن نزاهة القاضي والبعد عن شبه الميل والتحيز لأحد الخصوم، وسلطة القاضي التقديرية تجد أساسها في النصوص القانونية، والتي تحتوي على نوعين من القواعد في مجال سلطة القاضي، منها ما يلزم باتخاذ إجراء معيَّن مثل قوله "لا يجوز للمحكمة"، "أو يجب على المحكمة"، ومنها ما يتيح للقاضي سلطة تقدير الإجراء من خلال إعطاء القاضي حرية اتخاذ ذلك الإجراء من عدمه، مثل قوله "للمحكمة أن ....." أو "يجوز للمحكمة....."[1] وهذه السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي لا تعني أن القاضي أصبح خصمًا في الدعوى، بل أن القاضي على الحياد من الخصوم.

وقد عُرِّفت السلطة التقديرية للقاضي على أنها:" النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي من خلال تقديره للوقائع، ومن ثم إعطاء الوصف القانوني لمعطيات تلك الوقائع أي فهم القانون وإعمال أثره "[2].

وذهب جانب من الفقه إلى أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع، الذي يُحدِّد نطاق هذه الولاية وفقًا لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، ومن ثم يُعدُّ الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي أثناء ممارسته لولاية القضاء من قبيل اللَّغو الذي لا أساس له، فالقاضي لا يملك سلطة التقدير في أن يريد، وما يمكن تسميته بالسلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية لا غير[3].

وعلى ذلك يمكن القول بأن سلطة القاضي أثناء مباشرته لولاية القضاء، ليست سلطة تقديرية وإنما هي سلطة مقيَّدة بغايات العمل القضائي، أيًا كان فرع القانون الذي يباشر من خلاله نشاطه القضائي، وهذا النشاط له مصدر واحد هو المشرع الذي يُحدِّد نطاق سلطة القاضي على سبيل الحصر[4].

---

[1] سامح محمد كمال سلطان، **دور القاضي في الإثبات المدني، دراسة تحليلية مقارنة**، مذكرة ماجستير، جامعة الأزهر، غـزة، سنة 2019، ص6.

[2] رائد زيدات، **سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني**، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة بير زيت، فلسطين، تاريخ المناقشة، 2013/01/21م، ص20.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص36.

[4] إبراهيم بن حديد، **السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية**، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005م، ص10.

ويمكن القول أن الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي جاء نتيجة استبدال الشرعية الموضوعية بالشرعية الشكلية، مع تأمين العدالة عن طريق تدرج المحاكم وجعل أحكامها ليست نهائية من مبدئها، بحسب التدرج القضائي الذي توجد على قمة هرمه المحكمة العليا، باعتباره المرجع الأخير الذي يتم الرجوع إليه عند الحاجة[1].

وتثبت السلطة التقديرية للقاضي المدني والغير المدني على حد سواء، ولا يوجد اختلاف لمعنى السلطة التقديرية من قسم الى آخر لأن المغزى هو تقدير القاضي فيما يطرح عليه من حيثيات الدعوى.

2- تقييد مبدأ سلطان الإرادة

المقصود بمبدأ سلطان الإرادة هو توافق إرادتين لإنشاء العقد، وأن إرادة المتعاقدين في هذا العقد هي التي تحدِّد الالتزامات التي تنتج عن العقد المبرم بينهم، أي أن للإرادة الحرية في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها[2].

ويمكن أن نقول أن مبدأ سلطان الإرادة ما هو إلا انعكاس واضح للحرية الاقتصادية للطرفين في نطاق القانون الخاص، وهذه السياسة التي تأكدت خلال القرن الثامن عشر والتي كانت تتضمنها تشريعات الثورة الفرنسية، تقوم على مبدأ أساسه هو:" دعه يعمل دعه يمر"[3]، أي أن يكون التعاقد بلا عائق، وكما عبَّر عنه البعض دعه يتعاقد بلا قيود[4].

فإذا كان أساس العقد هو التراضي بين الطرفين فيه، فإن مبدأ سلطان الإرادة يكون عائق له يتضارب بتعديل الالتزامات غير المتكافئة، أي أنه لا يكون سبيل لإصلاح وإعادة التوازن العقدي، لأن الأخذ بمبدأ الإرادة في الاعتبار يكون قائمًا على معيار شخصي وليس موضوعي، فالإرادة عند

---

[1] إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص12.

[2] أنور سلطان، **الموجز في مصادر الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص13.

[3] حمدي محمد إسماعيل سلطح، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الفكر الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص181.

[4] سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية مقارنة**، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص31.

ابرام العقد هي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد، فهدفها هو تحقيق التوازن فلا يمكن أن تخطىء في تحقيق التوازن العقدي[1].

وفي العقد نجد تتطابق إرادتي الأطراف بالإيجاب والقبول، وقد عرَّفه المشرع الجزائري بموجب المادة 54 من القانون المدني [2]بقوله:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدَّة أشخاص نحو شخص أو عدَّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ".

وعملاً بالقاعدة العامة للعقد والتي هي العقد شريعة المتعاقدين، فإنه لا يصاغ ولا يحق لأي طرف خارج عن العقد وإن كان القاضي أن يتدخل في العقد بالتعديل أو الإلغاء، لأن هذا الحق مخوَّل فقط إلا لأطراف العقد، إلا أن المشرع خروجًا على القاعدة العامة منح للقاضي سلطة تعديل بنود العقد أو إلغائها، ويتَّضح ذلك في عقود الإذعان وهي الحالة الاستثنائية فقط والهدف من ذلك حماية الطرف الضعيف[3].

وعند دراسة القاضي للعقد ومعطياته وفي حالة عثوره على شروط تعسفية، فإنه يُعدِّلها بما لا يضع شك عن وجود تعسف بل أن له أن يلغيها، ومن ذلك يتَّضح لنا مدى تأثير السلطة التقديرية للقاضي على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإذعان[4].

إن أغلب التشريعات الحديثة تكون فيها القاعدة العامة في العقود، هي حرية الأفراد في إنشاء ما يريدون من التزامات تعاقدية وفي تحديد آثار تلك العقود، لكن يكون ذلك في حدود عدم مخالفة النظام والآداب العامة، إلا أن هذه القاعدة العامة وردت عليها استثناءات، ومن أهمها تقييد مبدأ سلطان الإرادة والخروج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، خاصة في عقود الإذعان التي تعتبر ثمرة التطورات الحديثة، وتعبيرًا عمَّا تتطلبه المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية الحديثة من سرعة[5].

---

[1] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[2] لقد تم تعديل المادة 54 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، بمقتضى القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، ج ر
العدد 44، الصادرة في 2005/06/26، ص21.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص38.

[4] نبيل إسماعيل عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008م، ص245.

[5] اعماره صوالح محمد، **الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص97.

الفرع الثاني: الحماية عن طريق تفسير الشك لمصلحة الطرف المُذعَن

يقصد بالتفسير بصفة عامة توضيح الألفاظ المبهمة في النص وما اقتضب من نصوصه، وإكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزاءه المتناقضة عند حدوث تعارض، ويرجع سبب الحاجة إلى التفسير إلى كون القاعدة القانونية أحيانًا لا يظهر فيها المعنى الكامل الذي يتوخاه المشرع، ومهما حاول هذا الأخير أن يكون دقيقًا وواضحًا، فقد تستجد من الوقائع ما يتطلب البحث عمَّا إذا كانت تلك القواعد يمكن تطبيقها على الوقائع التي قد تحدث.

كما يُعنَى بتفسير العقد ذلك:" التفسير الذي يلجأ إليه القاضي عند وقوع نزاع بين الطرفين المتعاقدين، فيستخلص المعنى المراد من تفسير العقد، عن طريق تحديد ما قصدته الإرادة المشتركة التعاقدية"[1]، وفي إطار تفسير العقد قد يعرض على المحكمة نزاع بشأن عقد من العقود، فيجب الوقوف على المعنى المقصود من العبارات والشروط الواردة فيه، بقصد تحديد ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، متبعة في ذلك قواعد التفسير العامة وهي أن يفسر الشك لمصلحة المدين.

واستثناءً في عقود الإذعان فإن الشك يُفسَّر لمصلحة الطرف المُذعَن، فإذا تضمن العقد شروطًا غامضة ولم يستطع القاضي إزالة هذا الغموض باستخدام وسائل التفسير الممكنة، وظل الشك قائمًا حول ما اتجهت إرادة المتعاقدين من خلال عبارات الشرط، فيجب أن يُفسَّر الشك لمصلحة الطرف المُذعَن حتى لو كان من شأن القواعد العامة تفسيره لمصلحة المشترط، كما لو كان من شأن الشرط محل الشك أن يُشدِّد من المسؤولية العقدية للطرف الضعيف عمَّا تقضي به القواعد العامة[2].

ويمكن تبرير تفسير الشك في مصلحة الطرف المُذعَن في أن المتعاقد الآخر كطرف قوي هو الذي يضع شروط العقد، بحيث يستطيع أن يفرض على الطرف المُذعَن شروط واضحة لا غموض فيها، فإذا لم يفعل ذلك فإنه يحاسب على خطأه وتقصيره ويتحمل تبعة هذا الغموض الذي تسبب فيه.

فكل عقد لابد أن ينعقد بإرادة وقصد للتعاقد طبقًا لقواعد العدالة كما يجب أن ينفد بحسن النية، فلقد جاءت المادة 111 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 150 من التقنين المدني

---

[1] خولة عواد، **حماية المتعاقد من الشروط التعسفية**، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، السنة الجامعية: 2013-2014، ص18.

[2] راجع في ذلك: المادة 112 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري.

مصري، واضعة القاعدة العامة في تفسير العقود[1] بقولها:" **إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين .أمَّا إذا كان هناك محل التأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في دلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقًا للعرف الجاري في المعاملات**".

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 112 من القانون المدني على أنه:" **يؤوَّل الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن**"، من خلال ما جاء بموجب هذه المادة يمكن القول أن المشرع الجزائري نص على طريقة غير مباشرة لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وتتمثل في تفسير الشروط الغامضة التي يحيط الشك بحقيقة المقصود بها، وذلك بما يحقق مصلحة الطرف المُذعَن في العقد[2].

من خلال فحص النصين يتبيَّن لنا أن المشرع قد وضع ثلاث قواعد لتفسير العقد وهي:

- حالة وضوح عبارات العقد: وهنا لا يجوز الانحراف عن تلك العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل.
- حالة عدم وضوح عبارات العقد: وهنا يتعيَّن اللجوء إلى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة.
- حالة الشك في معنى العبارة الغامضة: وهنا لا بد من تفسير الشك لفائدة المدين على أساس الأصل في الذمة البراءة[3].

هذا وتجب الإشارة إلى أنه ليس كل عبارة غامضة تُعَدُّ شرطًا تعسفيًا، غير أن العلاقة بين العبارة الغامضة والشرط التعسفي تكمن في أن المتعاقد القوي في عقود الإذعان، باعتباره من ينفرد

[1] خولة عواد، مرجع سابق، ص18.

[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[3] خولة عواد، مرجع سابق، ص18.

بوضع شروط التعاقد، يمكن أن يضع شروطًا في شكل عبارات غامضة تحتمل أكثر من معنى، حتى لا يستطيع الطرف المُذعَن فهم مضمونها وما يقع عليه من تعسف في حقه[1].

فضمن حدود القانون وما استقر عليه القضاء أغاث هذا الأخير الطرف الضعيف، عبر تفسير الشرط المجحف ضد مصلحة الطرف القوي، حيث أن قواعد التفسير القانونية تخدم الطرف الضعيف وتُعَيِّنُ القضاء في سبيل تحقيق العدالة، فالمبادئ العامة تسعف الفريق القوي إذا كانت عبارات العقد غامضة، ويد القاضي مغلولة إذا وقع العقد ولو اشتمل على إجحاف، فالفريق القوي يعمل على ضبط عبارات العقد ممَّا شكل إحراجًا للقضاء، لأن يداه تظل مغلولة عن التفسير في حال وضوح عبارات العقد[2].

وفي جميع الأحوال لا يمكننا إلا التسليم بعدم معقولية تفسير الشك في الشروط الغامضة في عقود الإذعان، لمصلحة المدين بشرط عدم الإضرار بالمُذعَن، فذلك يتنافى مع مقاصد المشرع التي تُثبِّت وتُرسِّخ مفاهيم حماية الطرف المُذعَن، إذن فإنه يجب أن يُفسَّر الشك في مصلحة المدين وإذا تبيَّن للمحكمة غموض أحد البنود، فإنها تلتزم بأن تفسِّر الشك لمصلحة الطرف المُذعَن ولو كان دائنًا وليس بما لا يضره فقط[3].

وعليه نستنتج أن المشرع بمناسبة تفسير عقود الإذعان، لم يقف عند البحث عن الإرادة المشتركة لأطرافه، بسبب اختلال التوازن العقدي بينهما، بل منح القاضي معيارين في تفسر العبارات الغامضة، معيار حمائي بغية حماية الطرف المُذعَن باعتباره الطرف الضعيف في العقد، مع تحميل الطرف القوي مسؤولية العبارات محل الشك لأنه هو من وضعها، ومعيار موضوعي من خلال أخذه بعدَّة معايير موضوعية هي: معيار طبيعة التعامل، ومعيار الثقة والأمانة وفقًا للعرف الجاري في

---

[1] أمال بوهنتالة، سلوى قداش، **(سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك)**، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 09، العدد الرابع عشر، أفريل2017، (ص. ص247-260)، ص256.

[2] عبد المنعم موسى إبراهيم، **حماية المستهلك، دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2007م، ص447-448.

[3] عامر قاسم أحمد القيسي، **الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن**، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002م، ص40.

المعاملات، ومعيار تفسير الشك لمصلحة المدين والطرف المُذعَن، وهذه المعايير تستهدف تحقيق العدالة كأساس لحماية الطرف الضعيف وحسن النية[1].

المطلب الثاني: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الفرنسي

في الفاتح من شهر أكتوبر عام 2016 شهدت فرنسا تحول ثوري نسبي، من خلاله تم تعديل نظرية الالتزام في التقنين المدني الفرنسي، بشكل جوهري للمرة الأولى منذ صدوره، وتم تكريس العديد من الإصلاحات لم يقتصر مداها على رجال القانون في فرنسا فحسب، بل امتدت جذورها لتثير اهتمام الكثير خارجها، ولم يكن ذلك بسبب التغييرات الجوهرية للتقنين نفسه، بل كان أيضًا بسبب الطريقة الغير معتادة التي تم إتباعها لتعديل رمز عمره يناهز 212 سنة، ولم يكن هذا التعديل من البرلمان نفسه لكنه كان من خلال قرار حكومي[2](*Ordonnance*).

لقد تم تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم 2016-301 المؤرخ في 2016/02/10، وأصبح لفرنسا قانونًا جديدًا في العقود والقواعد العامة للالتزامات والإثبات، ونشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية العدد 35 بتاريخ 2016/02/11، وأصبح هذا التعديل نافذًا اعتبارًا من 2016/10/01[3].

من أهم ما جاء في هذه التعديلات هو أن أصبح الباب الثالث من القانون المدني الفرنسي تحت عنوان: مصادر الالتزام بدلاً من العنوان القديم العقود أو الالتزامات الاتفاقية بصفة عامة، بالإضافة إلى أن هذا التعديل مسَّ العديد من المسائل والالتزامات، حيث كرّس المرسوم التعديلي ضمن الفصل المعنون (أحكام أولية)، والذي يعتبر إطارًا مرجعيًا لقانون العقود، مبادئ الحرية التعاقدية والقوة

---

[1] اعماره صوالح محمد، **(إبطال الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي كآلية لحماية المستهلك: بين الوسط المادي والافتراضي)**، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: حماية المستهلك في الوسط المادي والافتراضي بين تجليات الواقع ورهانات المستقبل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، المنعقد يوم 28 جوان 2021م، ص7.

[2] جان سمتس وكارولاين كالوم، ترجمة أ.د نبيل مهدي زوين، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، **(الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي)**، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، لبنان، العدد 20 ،ديسمبر، 2017، (ص. ص117-129)، ص118.

[3] محسن حسن قاسم، **قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص8.

الملزمة للعقد وحسن النية، إضافة إلى مجازاة استغلال حالة التبعية واعتبارها من صور الإكراه الذي يُعيب الرضا، وكذلك مجازاة البنود التعسفية في عقود الإذعان حماية للطرف الضعيف[1].

حيث يتَّضح من خلال التعديلات السالفة الذكر أن المادة 1100 فرقت بشأن هـذه المصادر بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية أو القانون، وبشأن العقد كمصدر للالتزام عرفت المادة 1101 العقد بأنه:" اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر بهدف إنشاء، تعديل، نقل، أو انقضاء التزامات "، كما نصت المادة 1104على وجوب أن يكون التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه بحسن نية (أي أصبح الالتزام بحسن نية واجبًا منذ مرحلة التفاوض على العقد إلى حين تنفيذه، مرورًا بمرحلة إبرامه)، أمّا المادة 1112 فقد نظمت المفاوضات التعاقدية والمسؤولية الناشئة في هذه المرحلة، وفي فرقتها الأولى نظمت الالتزام بالأعلام وحدوده، وعبء إثبات القيام به وجزاء الإخلال به[2]، بينما نصت المادة 1122 على أجل التفكير وأجل للتراجع وهو تبن للخيارات العقدية المعروفة في الفقه الإسلامي.

من الجديد أيضًا تنظيم الوعد بالتفضيل والوعد الملزم لجانب واحد في المواد 1123 و1124)، وكذلك اعتماد الإكراه الناشئ عن الظروف كعيب من عيوب الإرادة المادة 1143)، ووضع نظرية عامة للنيابة في المادة 1153) وما بعدها.

من الجديد في هذا الشأن زوال فكرة المحل (الموضوع) والسبب، والإتيان بمفهوم جديد بدلًا منهما هو مضمون العقد، المشروع والمؤكد، أمّا فيما يخص عقود الإذعان فقد كان جديد التعديلات هو أن عرفته (المادة 1110)، وعرفت عقد الإطار (المادة 1111)، واعتبرت التعديلات أن كل شرط أو بند يرد في عقد إذعان يكون من أثره عدم التعادل الواضح بين حقوق التزامات أطراف العقد يعتبر وكأنه لم يكن، وأصبح القانون المدني الفرنسي يتضمن تنظيمًا للتنازل عن العقد (المادة 1216) وما بعدها، كما يمكن أيضا فسخ (إلغاء) العقد بالإرادة المنفردة حفاظًا على التوازن العقدي[3].

---

[1] محسن حسن قاسم، مرجع سابق، ص12.

[2] لمحة عن أبرز تعديلات القانون المدني الفرنسي وفقًا للمرسوم 2016–131 المؤرخ في: 10/02/ 2016، المتضمن قانون العقود والقواعد العامة للالتزامات والإثبات، محمد حسن قاسم أستاذ القانون المدني، عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، لبنان.

[3] راجع: *Le Blog du Professeur Mohammed Kassem*

متاح على الموقع الإلكتروني: https://mohammedkasemblogspot.com

والتغيير الأكثر أهمية بالنسبة لموضوعنا في القانون المدني الفرنسي، قد جاء بموجب الفقرة الأولى من المادة 1171 بحيث تنص على أنه:" كل شرط في عقد نموذجي ينشأ عدم توازناً بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد يعدُّ كأنه غير مكتوب"، لم يتضمن التقنين الفرنسي لحد الآن مثل هذا النص العام، لقد طبقت فرنسا بالطبع التوجيهات الأوربية ذات العدد 13 لسنة 1993 حول الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك[1]، بالإضافة إلى ذلك فإن التقنين التجاري الفرنسي يحتوي على حكم مشابه وإن كان تطبيقه نادرًا جدًا[2].

لقد تضمنت الإصلاحات الجديدة نصوصًا حول عيوب الرضا، فإلى جانب الغلط والتغرير والإكراه قَنَّنَتْ المادة 1143 الجديدة المبدأ القضائي المعروف بالإكراه الاقتصادي، لقد كان هدف النص هو منع أي طرف من أن يكون مرتبطًا بالتزام لشخص استغل الضعف الاقتصادي للطرف الأول، لقد أبدت الشركات الفرنسية تخوفها حين رأت مسودة هذه المادة، بأن تمنح للمحكمة سلطة واسعة في إبطال تلك العقود، لهذا السبب أصبحت المادة 1143 مسايرة للمواد 3.2.7 من مبادئ العقود التجارية الدولية، وقد وضعت شرطاً هو أن يكون الطرف الذي يستغل حالة ضعف الطرف الآخر قد حاز " ميزة مفرطة بشكل واضح "، لقد قلَّل هذا الشرط الأهمية العملية لهذا النص[(3)].

بالإضافة إلى ما تقدم فقد جاءت الإصلاحات بقاعدة جديدة تتعلق بتفسير العقد، النص التقليدي المتعلق بالموضوع في التقنين الفرنسي، وهو المادة 1156 التي تنص على أنه:" يجب البحث عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدين بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات"، لم تلغي الإصلاحات الجديدة هذا النص، لكن المادة الجديدة 1188 من التقنين المدني أضافت فقرة ثانية، تنص على أنه وفي حالة عدم إمكانية معرفة النية المشتركة " فإن العقد يفسر حسب المعنى الذي يضعه له شخص متوسط الصفات يوضع في نفس الظروف" لقد جاء هذا النص مشابها لما كرَّسته مبادئ قانون العقود الأوربي (*PECLE*)، ومسودة الإطار المرجعي للشريعة العامة غير المقننة (*DCFR*)[4].

---

[1] *Council directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, (1993) OJ L 95/29.*

[2] *Article L 442-6-I of the French code of commerce (code of commerce).*

[3] جان ستمس وكارولاين كالوم، **ترجمة نبيل مهدي زوين**، مرجع سابق، ص125.

[4] المرجع نفسه، ص125- 126.

على أية حال فإن اللافت للنظر بأن المعنى الواضح " clauses claires " أو الجمل الواضحة والدقيقة، الذي تبنته محكمة التمييز الفرنسية عام 1872 قد تم تقنينه، تنص المادة الجديدة 1192على أن:" الشروط الواضحة غير الغامضة ليست محلاً للتفسير لأن هذا سيعرضها لخطر التشوه"[1].

كذلك نجد أن المادة 1171 من التقنين المدني (حول الشروط التعسفية)، والمادة 1195 (حول الظروف الطارئة)، قد تعرضتا للانتقاد لكونهما يفتقدان إلى إرشاد متماسك، حول كيفية وجوب تطبيقهما من قبل المحاكم بطريقة متسقة، ورغم الانتقادات التي وجهت لهذه الإصلاحات، فإنها ستكون ما يستوجب على رجال القانون الفرنسي أن يتعاملوا معه، بعد زمن طويل من غياب الرؤية حول مصير هذه الإصلاحات، وسريانها سيكون على العقود التي أبرمت بعد 01 أكتوبر 2016[2].

إن هذه المستجدات قد خلقت زخمًا وإرادة سياسية لإصلاحات كبيرة في القانون الخاص في فرنسا، بالإضافة إلى تعزيز الثقة القانونية بالتشريع من خلال تقنين التطبيقات القضائية، فقد كان المبرر الرئيسي للإصلاحات الحالية، هو تطوير الجذب الذي يحظى به القانون الفرنسي على النطاق الدولي، كما أن هناك مبرر آخر تمثل في تنشيط ما يعرف بالعدالة العقدية، من خلال تعزيز المركز القانوني للجانب الأضعف في العقد[3].

ومن أهم ما جاءت به التعديلات الأخيرة، تكريس مكافحة عدم التوازن العقدي في عقود الإذعان، ورغم إقرار قاعدة مكافحة الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك، جاء تعديل القانون المدني ليحصر منع الشروط التعسفية على بعض الروابط التعاقدية، وبوجه خاص عقود الإذعان بقوله:" في عقد الإذعان فإن كل شرط ينشىء عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات المتعاقدين يعتبر وكأنه غير مكتوب"، ثم يبين بعد ذلك طريقة تقدير عدم التوازن الظاهر، والذي لا ينبغي أن ينصب لا على المحل الأساسي للعقد ولا على معادلة الثمن بالخدمة[4].

---

[1]Cass. 15 April 1872 (VeuveFoucauld et Coulombe/Pringault), DP 72.1.176.

[2] جان ستمس وكارولاين كالوم، **ترجمة نبيل مهدي زوين**، مرجع سابق، ص127- 128- 129.

[3] Report to the President of the Republic on regulation nr 2016–131 (Rapport au President de la Republiquerelatif a l'ordonnance no 2016–131), JUSC1522466P, Journal Officiel, 11 February 2016.

[4] محمد بودالي، **(أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك)**، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد2016/05، الجزائر، ص243.

ومن ذلك يتضح لنا جلياً أنه إذا كان العقد في ظل النزعة الفردية يعدَّ صحيحًا، مادامت توفرت فيه كل شروط صحته، وبالتالي يحقق المساواة بين المتعاقدين ويضمن الحرية العقدية، فإن المذهب الاجتماعي يرفض هذه المساواة الخيالية، كونها مجرَّدة لا تحمي الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ممَّا أدى إلى بروز ظاهرة عيممة العقد فتدخل المشرع لتحديد مضمونه من جهة، وظاهرة جميعة العقد باعتبار وظيفته الاجتماعية من جهة أخرى، وعليه برزت مبادئ جديدة منها المساواة العقدية والتضامن بين المتعاقدين من تعاون ومساعدة، والتوازن العقدي للوصول إلى المصلحة المشتركة ومنها المصلحة العامة[1].

إن التصوُّر التقليدي هو الذي منع المشرع من توسيع دائرة الاهتمام في القانون المدني، بالفئات الضعيفة عن طريق مضمون العقد، وهو المسلك الذي اتبعه المشرع خارج القانون المدني في إطار التشريعات الخاصة، لا سيما قانون العمل قانون حماية المستهلك وقمع الغش، والقانون المطبق على الممارسات التجارية، وقد جاءت قواعد هذه التشريعات آمره ومن النظام العام، ولا شك أن هذا التوجه المهتم بتنظيم مضمون العقد، يتوافق تمامًا مع أحكام الفقه الإسلامي، الذي يقرِّر أن آثار العقد من عمل الشارع الحكيم وليس من عمل المتعاقدين، والغرض منها هو الحرص على الإشراف المباشر على تحقيق التوازن العقدي[2].

كما نص أيضًا التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي في المادة (1190 الجديدة) على أنه:" في جميع عقود التراضي يفسَّر الشك ضد الدائن ولمصلحة المدين، وفي عقود الإذعان ضد الذي وضعه"، وهو النص الذي كرَّسه المشرع الفرنسي وفق ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في أحد قراراته (*cass .civ.ler du*22 *oct.*1974)، والذي أسَّس فيه تفسير الشك لمصلحة المدين مستندًا إلى المادة (1162 القديمة)، بالإضافة إلى ما نصت عليه أحكام المادة (211L-1al.2) من قانون الاستهلاك لسنة 2016[3].

---

[1] ذهبية حامق، **(النظرية العامة للعقد تصور جديد)**، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد 2016/05، الجزائر، ص79.

[2] شوقي بنّاسي، **(تأثير القانون المدني الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الالتزامات نموذجًا)**، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد 2016/05، الجزائر، ص155.

[3] *Gaudement. S,* ***Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil,*** *CCC N°05, Mai 2016, P27-31.*

وهكذا فإن المشرع الفرنسي ذهب بعيدًا وتوسَّع في نطاق مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، من خلال النصوص التي جاء بها التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي، الساري المفعول ابتداء من 01 أكتوبر 2016 والمنبثق من اجتهاد القضاء، وبالتالي فإن المشرع الفرنسي بهذه التعديلات قد كرَّس حماية إضافية للخواص والمهنيين غير المستفيدين من أحكام قانون الاستهلاك[1].

المبحث الثاني: حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفقًا للقواعد الخاصة

إن الحماية التي أقرَّها المشرع في القواعد العامة لم تحقق التوازن العقدي المفترض بين المتدخل والمستهلك، لأن هذه الحماية كانت ضيِّقة ومقتصرة على عقود الإذعان، دون أن تشمل العقود النموذجية وعقود المساومة التي تتخلَّلها بعض الشروط التعسفية، لذلك كان من الأرجح توسيع دائرة الحماية لتشمل كافة عقود الاستهلاك، ومن هذا المنطلق تدخل المشرع في معظم الدول، لوضع ترسانة من القواعد قانونية التي تنظم هذا الجانب من النشاط الاقتصادي[2].

لقد المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات غير أنه لم يتناول تعريف الشروط التعسفية في نصوص القانون المدني، وإنما تطرق إليها في بادئ الأمر بموجب المادة 3 فقرة 5 من القانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23، الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي جاء فيها أن:" **الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد**"[3]، وما نستخلصه من هذا التعريف هو أنه لابد من النظر في بنود العقد في مجملها عند تقدير التعسف، لأن الشرط بمفرده قد لا يؤدي إلى الاختلال بالتوازن العقدي، إذ لا يجب التسرع في الحكم بذلك، بمجرَّد أن شرط معيَّن يبدو تعسفيًا كونه يوفر بعض المزايا لأحد أطراف العقد[4].

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص201.

[2] اعماره صوالح محمد، **الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص156.

[3] القانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23، ج.ر عدد 41، الصادرة في2004/06/27، الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل والمتمم.

[4] اعماره صوالح محمد، نورة جبارة، **(ضرورة تعزيز مبدأ التوازن العقدي كأداة حمائية للمستهلك من التعسف في عقود الإذعان، دراسة مقارنة)**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 11، العدد 01، تاريخ النشر: 2020/04/28م، (ص. ص750-777)، ص763.

والمشرع الجزائري بهذا الصدد يكون قد ساير التوجيه الأوروبي الذي صدر سنة 1993، الذي اعتبر الشروط التعسفية هي تلك الشروط التي يكون الهدف منها أن ينتج عدم توازن واضح (*Signification*)، بين الحقوق والالتزامات لكل من طرفي العقد وعلى حساب المستهلك[1].

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري فصّل نوعًا ما في الممارسات التعاقدية التعسفية بموجب نص المادتين 29 و30 من نفس القانون 04-02 السالف الذكر، حيث جاء في نص المادة 30 ما يلي:" **بهدف حماية المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم**"، إذن فالمشرع الجزائر أحالنا إلى التنظيم لتحديد العناصر الأساسية للعقود، وهو ما حصل عليه من خلال سن المرسوم التنفيذي 06-306[2] الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه :" **تطبيقًا لأحكام المادة 30 من القانون 04-02 المؤرخ 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه، يهدف هذا المرسوم إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية**"[3].

الملاحظ ممَّا سبق أن هذه الشروط غالبًا ما تكون محتواه في عقد استهلاكي، الشيء الذي دفع المشرع الجزائري إلى إعطاء تعريف للعقد بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم 06-306 السالف الذكر التي نصت على ما يلي:" **يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقًا للمادة 3 الحالة 4 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه**"[4].

---

[1] زعموش محمد، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، حوليات مخبر الدراسات والبحوث حول المغرب والمتوسط، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر،المجلد 2005/6، ص95.

[(2)] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10سبتمبر 2006 ، الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[(3)] وليد لعوامري، **(الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري)**، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر،المجلد 03، العدد 05، تاريخ النشر: 2014/06/01، (ص. ص255-288)، ص262.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006.

ولم ينص المشرع الجزائري على نظام خاص لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، التي بدأت تتضاعف في الحياة اليومية للمستهلكين على غرار ما فعل المشرع الفرنسي والألماني والأمريكي وغيرهم، وترك حكمها للقواعد العامة، وحتى القضاء الذي يمكنه أن يسعفنا بمساهمة ما عن طريق الاجتهاد والتفسير لم تُتَح له الفرصة لذلك، نظرًا لقلّة بل لانعدام المنازعات المتعلقة بشؤون الاستهلاك[1].

ويجب الاعتراف أن مشرعنا لم يتخلف عن ركب قوانين الدول الأخرى، فاعتنق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حتى في زمن إيمانه بالاشتراكية، وهي إحدى نتائج الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة الذي يعدّ بدوره إحدى ركائز المذهب الفردي، بعد أن اتضح لنا أن الالتزام التعاقدي فيه ليس التزامًا مشروعًا وعادلاً دائمًا، وأن الحرية التعاقدية كثيرًا ما أدّت إلى مظالم كثيرة[2].

فهي غالبًا ما تجعل المتعاقدين الضعفاء تحت رحمة الأقوياء، وقد تكرّرت هذه الصورة بجلاء بين المستهلكين الضعفاء والمتدخلين الأقوياء، حيث عدم التوازن ظاهرة بارزة في العقود وفي الشروط، لأنه لو سلمنا بالحرية المطلقة للعقود والشروط على حدّ قول إهرنج، لكان ذلك بمثابة منح ترخيص بالسلب للقراصنة وقطاع الطرق، وتقرير حقهم في الاستيلاء على كل ما تقع عليه أيديهم[3].

لذلك قمنا بالبحث عن وسائل تحقق التوازن العقدي بين الفرقاء في الالتزام التعاقدي، مادام أنه ثبت أن التوازن لن يتحقق تلقائيًا في ظل انفراد المتدخل بتحرير عقد نموذجي، يضّمنه ما يشاء من الشروط التعسفية كاشتراطه تحديد ثمن المبيع من جانبه بصفة انفرادية، واحتفاظه بحق تعديل مواصفات المبيع دون تخفيض الثمن، وإعفاء نفسه كليًا أو جزئيًا من ضمان العيوب الخفية أو عن التأخير في التسليم[4].

حاول القضاء الفرنسي معالجة مسألة "عدم التكافؤ في المراكز العقدية"، فدأب يبحث عن وسيلة يعيد بها التوازن المفقود في العلم بين الطرفين المتعاقدين، من خلال تطويع نظرية عيوب الرضا القائمة على مبدأ سلطان الإرادة، وإقرار وجود واجب ضمني بالإعلام أطلق عليه القضاء " الالتزام

---

[1] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة من القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص250

[2] المرجع نفسه، ص251.

[3] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص58-59.

[4] المرجع نفسه، ص59.

بالإعلام "، واضعا في ذلك نصب عينه سابقة اهتمام المشرع بالعمل على تحقيق التوازن في المراكز العقدية في عقد الإذعان، حينما سعى إلى معالجة الاختلال بين طرفي العقد من الناحية الاقتصادية، عن طريق مكافحة الشروط التعسفية[1].

يعتمد النظام الفرنسي في مكافحة الشروط التعسفية على القانون رقم 78- 23 المؤرخ في 10جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية، والمسمى قانون (*Secrivener*) المعنون بـ **(إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات)**، يتكون من خمسة فصول حيث خصّص الفصل الرابع منه للحماية من الشروط التعسفية، وفي جو لا يخلو من المعارضة على أساس أن فيه مساسًا بمبدأ سلطان الإرادة، بينما اعتبره المؤيدون تطبيقًا لمبدأ حسن النية في التعاقد الوارد في نص المادة 1134 مدني فرنسي[2].

يعدّ هذا القانون خطوة جريئة بحق في مجال مقاومة الشروط التعسفية في فرنسا، حيث خصّصت المادة 35 منه لبيان أن حضر الشروط التعسفية لا يتعلق بعقد معين، وإنما يغطي جميع العقود التي يتم إبرامها بين متدخل ومستهلك أو مع غير المتدخل أيًا كان[3].

وبعد عشرة سنوات من ذلك عدّل القانون السابق وتمّم بقانون 5 جانفي 1988، الذي نص على دعوى حذف الشروط التعسفية، وتم إدماج القانونين السابقين في قانون الاستهلاك لعام 1993، ويبدو أن النظام الفرنسي وكأنه مستوحي ممّا سبقه من الأنظمة التي عرفتها بعض الدول الأوربية والولايات المتحدة الأمريكية، وإن كان يتميز عنها بالدور المخوّل للجنة الشروط التعسفية، ولم تقتصر الحماية في أوروبا على الدول منفردة، بل إن الاتحاد الأوربي سعى إلى التنسيق بين الأنظمة المتفاوتة في هذا المجال بين مختلف أعضائه، حتى انتهى بتاريخ 5 أفريل 1993 إلى سنّ تعليمة " تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين"، والتي نقلت إلى القانون الفرنسي بموجب قانون الفاتح فيفري عام 1995، ممّا أدى إلى حدوث بعض التعديلات الطفيفة على النظام الذي أرساه قانون 1978[4].

---

[1] اعماره صوالح محمد، **الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص 172.

[2] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة من القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص237.

[3] عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص134.

[4] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة من** القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص237-238.

لقد أجريت أيضًا عدّة تعديلات على قانون الاستهلاك في فرنسا، ساهمت في تكريس مبدأ التوازن العقدي، وحماية المستهلك كطرف ضعيف من التعسف في عقود الإذعان، حيث تم تعديله سنة 2014 بموجب القانون 2014- 344 الصادر بتاريخ 2014/03/17[1]، وعدّل في سنة 2016 بموجب الأمر رقم 2016- 301 المؤرخ في 2016/03/14 المتضمن قانون الاستهلاك، ثم صدر المرسوم رقم 2016- 884 المؤرخ في 2016/06/29 المتضمن الجانب التنظيمي لقانون الاستهلاك، وعليه سنتعرض للحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري **(كمطلب أول)**، ثم نتعرض للحماية منها في القانون الفرنسي **(كمطلب ثان)**.

المطلب الأول: الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري

المشرع الجزائري لم يتخلف في مكافحته للشروط التعسفية منذ وضعه للقانون المدني، حيث أخذ في بادئ الأمر بالأسلوب القضائي من خلال نص المادة 110 منه، والذي يعتبر نصًا عامًا أعطى فيه للقاضي السلطة التقديرية والواسعة له، كما عزَّز المشرع تلك الحماية من خلال محاربته للشروط التعسفية بموجب القواعد الخاصة بحماية المستهلك، بتعريفه لعقد الإذعان والشروط التعسفية وتحديده لقائمة الشروط التعسفية، وبهذا يكون قد دمج بين الأسلوبين التشريعي والقضائي بعدما كان يأخذ بالأسلوب القضائي في ظل أحكام القانون المدني وقبل صدور قواعد حماية المستهلك[2].

الفرع الأول: حماية المستهلك من التعسف بموجب القانون 04-02 المعدَّل والمتمم

بواسطة نصوص خاصة وضع المشرع قواعد لحماية المستهلك منها المرسوم المذكور أعلاه، فنجد فيه أن المادة 29 من القانون 04-02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تحمي المتعاقد من الشروط التعسفية التي يفرضها المتعاقد القوي، ولقد بين هذا النص حالة عدم التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة خاصة في عقود الإذعان، التي بموجبها ينفرد المحترف أو أحد

---

[1] محمد جريفيلي، **(نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص، دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2016)**، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، (ص. ص206- 229)، ص219.

[2] ليلى كراش، **(حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك)**، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، الجزائر، المجلد 31، العدد 04، تاريخ النشر: 2017/12/31م، (ص. ص95-122)، ص113.

الأطراف المتعاقدة بتحرير عقد نموذجي يضمنه ما شاء من الشروط التعسفية كاشتراطه تحديد ثمن المبيع بصفة انفرادية ....[1].

وفي سياق هذا القانون وبالتحديد في نص المادة 03 منه سهل عملية تحديد عناصر الشرط التعسفي من خلال تعريف له، فجاءت المادة 03 من القانون 04-02 لتأكد على إلزامية توافر بعض العناصر في الشرط التعسفي ومنها أن يكون:

- عقد محله بيع سلعة أو تأدية خدمة؛
- أن يكون العقد مكتوب؛
- أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا؛
- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان الى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

هذا وقد بادر المشرع الجزائري بوضع قائمة محددة للشروط التعسفية أوردها على سبيل المثال في نص المادة 29 منه، ومن ثم تعتبر شروط تعسفية البنود الآتية:

1. أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
2. فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود ، في حين انّه يتعاقد هو بشروط يحقّقها متى أراد.
3. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميّزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدّمة دون موافقة المستهلك.
4. التفرّد بحق تفسير شرط أو عدّة شروط من العقد أو التفرّد في اتخاذ قرار البتّ في مطابقة العملية التجارية.
5. إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
6. رفض حقّ المستهلك في فسخ العقد إذا أخلّ هو بالالتزام أو عدّة التزامات في ذمته.
7. التفرّد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة.

[1] المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدّل والمتمم.

8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرَّد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

ما يلاحظ على المادة 29 من القانون 04-02 التي تضمنت 08 أصناف للشروط التعسفية، أنها قصرت الحماية من الشروط التي تضمنتها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري المهني، وهذا ما توضحه عبارة " تعتبر بنودًا وشروطًا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنع ها الأخير..."[1] علمًا أن نصوص القانون رقم 04-02 تحمي حتى المهني من الشروط التعسفية، ويتضح ذلك حسب العناصر المشكلة للشرط التعسفي كما تم سرده.

وتوجه المشرع لإيراد هذه القائمة على سبيل المثال لا الحصر، وبهذا يكون قد وفر حماية أفضل للطرف الضعيف بإعطاء القضاء الحرية الكاملة في الحكم على الشروط التي لم يتم سردها في القائمة بأنها تعسفية، وهذا عملاً واستنادًا لنص المادة 5/3 من القانون 04-02 المعدَّل والمتمم.

نلاحظ أن المشرع الجزائري تقدم في النص على الشروط التعسفية في العقود، كما أنه قرَّر لها عقوبات جزائية، فمن خلال نص المادة 38 من القانون 04-02، نجد أنه تجاهل الجزاء المدني الذي يطال هذه الشروط عند ثبوت تعسفها، فعلى خلاف القوانين المقارنة لم ينص على بطلانها واعتبارها كأن لم تكن مع بقاء العقد صحيحًا، بل ترك الأمر أمام سلطة القاضي مبهمًا[2].

الفرع الثاني: حماية المستهلك من التعسف بموجب القانون 06-306 المعدَّل والمتمم

هناك من الشروط ما يمكن الاكتفاء بنظريتها من القانون رقم 04-02 لاحتوائها نفس المعنى، فمثل ما جاء في القانون رقم 04-02 من شروط تعسفية على سبيل المثال، فإن المرسوم رقم 06-306 المحدِّد للعناصر الأساسية للعقود جاء بشروط على سبيل الحصر تتعلق بعضها بالعقد وبعضها بآثاره والبعض الآخر بانحلاله:

[1] محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص124-125.

[2] عبير مزغيش، محمد عدنان ضيف، **(الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية)**، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، أفريل2017، (ص. ص92-118)، ص111.

أولاً: شروط تعسفية متعلقة بالعقد

طبقًا لنص المادة 30 من القانون 04-02 التي تُحِيلُنا على التنظيم لتحديد العناصر الأساسية للعقود، وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان المتعاقدين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدّل والمتمم[1]، نجد أن المادة 5 منه تنص على اعتبار البنود تعسفية تلك البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يلي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود لاسيما كيفيات الدفع، الأسعار والتعريفات، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/ أو التسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد[2].

ثانيًا: شروط متعلقة بآثار العقد

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك؛

- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض؛

- تخلي 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 تخلّي هذا الأخير عن اللّجوء إلى أيّة وسيلة طعن ضده؛

- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل ابرام العقد؛

- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دو ن إعطائه الحق في التعويض، في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه؛

---

[1] بن عزوز درماش، **التوازن العقدي**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2013-2014، ص222.

[2] أنظر: المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

– تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضًا 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 عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته[1].

ومن خلال تسليط الضوء على ما جاء بموجب المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، نجد أن الحالات التي تعتبر تعسفًا كانت محدَّدة على سبيل الحصر وليست على سبيل المثال، وأنه اقتصر في ذلك على عقود الإذعان، وفقًا لما ورد في الفقرة 02 من المادة الأولى، حيث عرَّف العقد في صلب هذا المرسوم، على أنه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف على بيع سلعة أو تأدية خدمة حرِّر مسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير أحداث تغيير حقيقي فيه[2].

ثالثًا: شروط تعسفية متعلقة بانحلال العقد

تضمن هذا المرسوم فقرة واحدة تتعلق بانحلال العقد وهي ورادة ضمن الفقرة 04 من المادة 05 والتي نصت على عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض، وهنا التعسف واضح لأن القوة القاهرة عادة ما تبرئ ذمة المدين في حالة القدرة على إثباتها، فإذا

[1] بن عزوز درماش، مرجع سابق، ص224.

[2] محمد جريفيلي، **(نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص، دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2016)**، مرجع سابق، ص219

استحال تنفيذ المستهلك لالتزامه لأسباب لا يد له فيها فلا تقوم عليه أي مسؤولية ولا يدفع أي تعويض[1].

المطلب الثاني: الحماية من الشروط التعسفية في القانون الفرنسي

لقد أجريت أيضًا عدّة تعديلات على قانون الاستهلاك في فرنسا، ساهمت في تكريس مبدأ التوازن العقدي، وحماية المستهلك من خلال إبطال الشروط التعسفية في عقود الإذعان، حيث تم تعديله سنة 2014 بموجب القانون 2014- 344 الصادر بتاريخ 2014/03/17[2]، وعدّل في سنة 2016 بموجب الأمر رقم 2016- 301 المؤرخ في 2016/03/14 المتضمن قانون الاستهلاك، ثم صدر المرسوم رقم 2016- 884 المؤرخ في 2016/06/29 المتضمن القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك.

الفرع الأول: حماية المستهلك من التعسف بموجب الأمر 2016-301 المتضمن قانون الاستهلاك

لقد صدر هذا الأمر بتاريخ 2016/03/14 بعد الدراسات المتعدِّدة التي أجريت على قانون الاستهلاك الفرنسي، سعيًا من المشرع إلى تحقيق حماية واسعة للمستهلك، وتعزيز التوازن العقدي، من خلال اشتراطه كتابة بنود العقد بطريقة واضحة ومفهومة، وتكريس مبدأ الالتزام بالإعلام، وهو ما أكّدته التعديلات الأخيرة المتعلقة بالتصديق على قانون الاستهلاك[3].

لقد تناولت هذا الأمر الالتزام بالإعلام في المادة 211 -L1 بنصها على أنه يجب أن تعرض شروط العقود التي يقترحها المحترفون على المستهلكين وأن تصاغ بطريقة واضحة ومفهومة، يتم تفسيرها في حالة الشك بمعنى الأكثر ملاءمة للمستهلك، غير أن هذه الأحكام لا تنطبق على الإجراءات التي تتخذ بناء على أمر من القاضي تحت طائلة العقوبة، بإلغاء شرط غير قانوني أو

---

[1] سلمى غيوم، **الشروط التعسفية بين القانون المدني والقانون وقوانين حماية المستهلك دراسة مقارنة** ، مذكرة ماستر في القانون، تخصص عقود مسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، الجزائر، السنة الجامعية: 2015-2016، ص69.

[2] *Loi n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services (1) , J.O.R.F n°0045, du 22 février 2017.*

[3] *Voir l'article n° 211-1 L de l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, op.cit .*

مسيء في أي نوع من العقود المقترحة على المستهلكين، أو عندما تطلب جمعيات حماية المستهلك من القاضي، اعتبار أن هذا الشرط غير مكتوب في جميع العقود المماثلة التي أبرمها نفس المحترف مع المستهلكين، وأن يأمره بتبليغ المعنيين بأي ثمن وبأي وسيلة مناسبة، على أن يحدد مرسوم صادر عن مجلس الدولة يهدف إلى إعلام المستهلك، طرق عرض العقود المذكورة في هذه الفقرة[1].

أمَّا المادة 212 –L1 فقد أوضحت أنه في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، تكون البنود التي تنطوي على موضوع أو أثر على حساب المستهلك وعلى إساءات، واختلال كبير في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، ودون المساس بقواعد التفسير المنصوص عليها في المواد 1156 إلى 1161 و 1163 و 1164 من القانون المدني، يتم تقييم جور أي شرط من خلال الإشارة، في وقت إبرام العقد، إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذلك جميع البنود الأخرى من العقد، كما يتم تقييمها مقابل تلك الواردة في عقد آخر، عندما يكون العقدين مرتبطين قانونًا في إبرامهما أو تنفيذهما[2].

لا يرتبط تقييم جور البنود بالمعنى المقصود في الفقرة الأولى، بتعريف الهدف الرئيسي للعقد، أو كفاية السعر أو أجر السلعة المبيعة أو الخدمة المعروضة، بشرط أن تكون البنود مكتوبة بطريقة واضحة ومفهومة، يحدد مرسوم صادر عن مجلس الدولة، بعد أخذ رأي لجنة شروط العقود غير العادلة، أنواع البنود التي يجب النظر فيها بشكل لا رجعة فيه، مع مراعاة خطورة الانتهاكات التي تؤدي إلى توازن العقد، وكذلك المسيئة بالمعنى المقصود في الفقرة المذكورة[3].

مرسوم صادر بموجب نفس الشروط، يحدِّد قائمة البنود المفترض أنها غير عادلة، في حالة وجود نزاع بشأن عقد يحتوي على مثل هذا الشرط، يجب على المهني أن يثبت أن الشرط المطعون فيه ليس تعسفيًا، هذه الأحكام قابلة للتطبيق بغض النظر عن شكل أو وسيط العقد، ويشمل ذلك وعلى وجه الخصوص أوامر الشراء والفواتير وقسائم الضمان و قسائم التسليم أو مذكرات التسليم، والتذاكر التي تحتوي على شروط أو إشارات إلى شروط عامة محدَّدة مسبقًا، يتم التفاوض عليها

[1] *Voir les articles n° 1156 à 1161 et 1163 et 1164 de Code civil - Dernière modification le 01 octobre 2018 -Document généré le 08 janvier 2019 Copyright (C) 2007-2019 Legifrance.*
[2] *Voir l'article n° 212-1 L de l' Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*
[3] *Voir article 212 L, paragraphes 1 et 2 et 3 de l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, ibid*

بحرية أو دون شرط، تسري مقتضيات المادة L1-212 أيضًا على العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين، أحكام هذا الفصل من النظام العام لا يجوز مخالفتها[1].

لقد نصت المادة L1- 232 على أنه بالرغم من أي شرط مخالف، لا يجوز حرمان المستهلك من الحماية الممنوحة له بموجب أحكام دولة عضو في الاتحاد الأوروبي، بموجب توجيه المجلس EEC /13/93 المؤرخ 5 أبريل 1993، بشأن الشروط الغير عادلة في العقود المبرمة مع المستهلكين، حيث يرتبط العقد ارتباطًا وثيقًا بإقليم دولة عضو، وتعتبر الشروط الغير عادلة غير مكتوبة، ويظل العقد ساري المفعول في جميع أحكامه بخلاف تلك التي تعتبر غير عادلة، إذا كان بإمكانه البقاء بدون هذه الشروط، وهو ما أكده المشرع بموجب نص المادة L1-241 من الأمر 2016-301، أحكام هذه المادة أيضاً من النظام العام[2].

من خلال التعديلات السالفة الذكر، يتضّح أنه إذا نظرنا إلى إستراتيجية القانون المدني أو القانون العام للالتزامات أو العقود في مجمله، لوجدنا أن له طابع تدخلي لاحق لحماية المتعاقد المضرور مهما كانت صفته، بينما تتميّز إستراتيجية قانون حماية المستهلك في استعمال منهج وقائي غالبًا وعلاجي أحيانًا أخرى، وهو ما يتجلّى في تسليمه بالالتزام بإعلام المستهلك بوصفه إحدى دعائمه الأساسية، فضلا عن إيراده لتقنيات خاصة ومستحدثة، هدفها عقلنة سلوك المستهلك قبل أي إصلاح أو تعويض منها: أجل التفكير، وحق الرجوع، و حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود، وهي تقنيات وقائية تتلافى التكاليف الملازمة للمنازعة القضائية المصاحبة للضرر بعد حدوثه[3].

من خلال ما سبق يتضح لنا أن المشرع يتدخل في العلاقة العقدية، بواسطة مفهوم النظام العام الاقتصادي الحمائي لتعديل العقد، من أجل إقامة المساواة والتوازن العقدي، وكذا ضمان الاستقرار المعاملات ومراقبتها، ويظهر أن تدخل الدولة في العقد بعد انتشار عقود الإذعان، يهدف إلى حماية الطرف الضعيف من هيمنة المتعاقد المتفوّق، ومفاد ذلك أنه لم يعد يهدف إل تحقيق

[1] *Voir les articles 232-1L et 241-1L de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

[2] محمد بودالي، **(أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك)**، مرجع سابق، ص229

[3] وليد لعوامري، **(الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري)**، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر،المجلد 03، العدد الخامس، تاريخ النشر 2014/06/01، (ص. ص255- 288)، ص262.

مصلحة المتعاقدين فحسب، وإنما يسعى بفضل النظام العام الاقتصادي إلى المحافظة على المصلحة العامة[1].

الفرع الثاني: حماية المستهلك من التعسف بموجب المرسوم 2016- 884 المتضمن القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك

لقد جاءت فكرة إبطال الشروط التعسفية في النص القانوني عن طريق مكافحة الشروط التعسفية، وهذا ورد في الفصل الثاني من المرسوم رقم 2016- 884 المؤرخ في 2016/06/29، المتضمن الجانب التنظيمي لقانون الاستهلاك الفرنسي، تحت عنوان:" **شروط غير عادلة** "، حيث جاء نص المادة R1-212 كما يلي:" في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، والتي تعتبر غير منصفة على نحو لا رجعة فيه، بالمعنى المقصود في أحكام الفقرتين الأولى والرابعة من المادة L1-212 ومن ثم فهي محظورة، هي أحكام تكون موضوعها أو أثرها:

1- إقرار التزام المستهلك بالبنود الغير وارده في النص المكتوب الذي يقبله أو التي تم تضمينها في وثيقة أخرى لم تتم الإشارة إليها صراحة عند إبرام العقد والتي لم يكن لديه علم بها من قبل انتهائه؛

2- تقيد الالتزام المهني باحترام الالتزامات التي تعد بها موظفوه أو وكلاؤه؛
3- أن يكون للمهني الحق في التعديل شروط العقد المتعلقة بمدته من جانب واحد، أو خصائص أو سعر البضاعة المراد تسليمها أو الخدمة المراد تقديمها،

4- منح المهني لوحده الحق في تقرير ما إذا كانت البضائع المسلَّمة أو الخدمات المقدَّمة لا تمتثل لشروط العقد أو منحه الحق الحصري في تفسير أي شرط من شروط العقد؛
5- يُلزم المستهلك بالوفاء بالتزاماته في حين أن المهني لن يفي بالتزاماته بالتسليم أو ضمان السلعة أو التزامه بتقديم الخدمة؛

6- إلغاء أو تقليص الحق في التعويض عن الضرر الذي لحق المستهلك في حالة فشل المهني في الوفاء بأي من التزاماته،

[1] اعماره صوالح محمد، **(إبطال الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي كآلية لحماية المستهلك: بين الوسط المادي والافتراضي)**، مرجع سابق، ص14.

7- مع المستهلك من المطالبة بحل العقد أو إنهائه في حالة عدم وفاء المهني بالتزاماته بتقديم الخدمة أو ضمانها؛

8- الاعتراف بحق المهني في إنهاء العقد بطريقة تقديرية، دون الاعتراف بنفس الحق للمستهلك؛
9- السماح للمهني بحجب المبالغ المدفوعة مقابل الخدمات التي لم يؤديها،عندما يقوم بإنهاء العقد بنفسه؛

10- في العقود الغير محددة المدة، يكون للإنهاء مهلة إشعار أطول للمستهلك من فترة الاشعار بالنسبة للمهني؛

11- أن تجعل إنهاء المستهلك في العقود الغير محددة المدة، مقابل دفع تعويض لصالح المهني؛
12- أن يفرض على المستهلك عبء الإثبات، والذي ينبغي وفقًا للقانون المعمول به، أن يقع عادة على الطرف الآخر في العقد"[1].

لقد تم أيضًا تحديد الأحكام التي يمكن اعتبارها غير عادلة بين المحترف أو المهني والمستهلك، وهذا حسب ما ورد في نص المادة R 2-212 بقولها أنه:" في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، تُعتبر أحكام غير عادلة بالمعنى المقصود في أحكام الفقرتين الأولى والخامسة من المادة L1-212، باستثناء أحكام المحترف الذي يتعين عليه أن يثبت خلاف ذلك، وهي أحكام يكون الغرض منها تحقيق أهداف وكذا ترتيب آثار هي:

1- ينص على التزام حازم من قبل المستهلك، في حين أن أداء خدمات المهني يخضع لشرط يعتمد تحقيقه فقط على إرادته؛

2- التصريح للمهني بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك عندما يتخلَّى العميل عن إبرام العقد أو تنفيذه، دون النص بشكل متبادل على حق المستهلك في الحصول على تعويض بمبلغ معادل، أو مضاعفة المبلغ في حالة دفع وديعة بالمعنى المقصود في المادة L1-214، إذا كان المهني هو الذي يتخلَّى عن هذه المطالبة؛

[1] *Voir l'article n°212-2R de le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, J.O.R.F n°0151 du 30 juin 2016. Disponible sur: Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, Date d'accès: 29/09/2019.*

.

3- أن يفرض على المستهلك الذي لا يفي بالتزاماته تعويضًا عبارة عن مبلغ غير مناسب بشكل واضح؛

4- الاعتراف للمهني بالحق في إنهاء العقد دون إشعار لمدة معقولة؛

5- السماح للمهني بتحويل عقده دون موافقة المستهلك، حيث من المحتمل أن يؤدي هذا النقل إلى تقليل حقوق المستهلك؛

6 - احتفاظ المهني بالحق في تعديل بنود العقد المتعلقة بحقوق الأطراف والتزاماتهم من جانب واحد، بخلاف تلك المنصوص عليها في البند 3 من المادة212-R1؛

7- تحديد تاريخ إرشادي لتنفيذ العقد، إلا إذا كان ذلك مصرحًا به بموجب القانون؛

8 - أن يكون لتقديم قرار إنهاء العقد شروط أكثر صرامة بالنسبة للمستهلك مقارنة بالمهني؛

9 - تقييد وسائل الإثبات المتاحة للمستهلك على نحو لا مبرر له؛

10- أن تلغي أو تُعَطِل ممارسة المستهلك للإجراءات أو سبل الإنصاف القانونية، وعلى وجه الخصوص، إلزام المستهلك بالإشارة حصريًا إلى محكمة تحكيم، لا تشملها أحكام قانونية أو بالشروع حصرًا في طريقة بديلة لتسوية المنازعات"[1].

كما أنه وردت العديد من الاستثناءات على أحكام المادتين 212-R1 و212-R2، نصت عليها بعض المواد من المرسوم رقم 2016- 844 المتضمن القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك الفرنسي وهي كالتالي:

ما جاء بموجب المادة 212-R 3 حيث نصت على أنه لا تنطبق الفقرة 3 من المادة R 1-212و الفقرتين 4 و 6 من المادة:212-R2 على ما يلي:

1- المعاملات المتعلقة بالأوراق المالية والأدوات المالية وغيرها من المنتجات أو الخدمات التي يرتبط سعرها بالتقلبات في الأسعار ،أو مؤشر أو سعر لا يتحكم فيه المحترف؛

2- عقود شراء أو بيع العملات الأجنبية، أو الشيكات السياحية أو أوامر النقد الدولية الصادرة في مكتب البريد والمُقَّدرة بالعملة الأجنبية[2].

[1] *Voir l'article n°212-3R de le Décret n° 2016-884, op. cit.*
[2] *Voir article 212 R, paragraphes 4 et 5 de le Décret n° 2016-884, ibid.*

خلاصة الفصل الأول:

أنه يجب تحديد معيار دقيق يعتمد عليه القاضي بمناسبة تعديل الشروط التعسفية في العقود المتنازع بشأنها والمعروضة أمامه أو الإعفاء منها بدلاً من مبدأ العدالة، أمَّا عند عملية تفسير العبارات الغامضة في العقود التي تتضمن شروط تعسفية، فنجد أن الشك في معنى العبارة الغامضة بصفة عامة دائمًا يفسَّر لمصلحة المدين، واستثناءً في عقود الإذعان يُفسَّر الشك لمصلحة الطرف المُذعَن دائنًا أو مدينًا، وهو ما كرَّسته أغلب التشريعات الأجنبية الحديثة.

أمَّا عن تحديد نطاق الطابع التعسفي للشرط فنجد دول أخذت بالأسلوب التشريعي ودول أخرى أخذت بالأسلوب التنظيمي في تحديدها، ورغم وجود معايير مُتعدِّدة منها معيار التفوق الاقتصادي أو القوة الاقتصادية ومعيار الميزة الفاحشة أو المفرطة، إلا أن المعيار المناسب الذي تَبنَّته أغلب التشريعات هو معيار الاخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

لقد انقسمت التشريعات في تحديد نطاق الشروط التعسفية إلى اتجاهين: اتجاه يُحدِّد نطاقها بعقود الإذعان وآخر يُحدِّده بعقود الاستهلاك، ولتوفير حماية واسعة للمستهلك من التعسف يجب الأخذ بالاتجاه الثاني، من أجل ضمان الحماية اللازمة للمستهلك من الشروط التعسفية في كافة العقود، سواء كانت عقود مفاوضة أو عقود إذعان أو عقود نموذجية.

من كل سبق ذكره نخلص إلى أن الرقابة على الشروط التعسفية في عقود الإذعان نوعان: رقابة قانونية وإدارية عن طريق نظام القوائم التشريعية أو التنظيمية المحظورة أو من طرف لجنة الشروط التعسفية، ورقابة قضائية تتمثل في الحماية الفردية عن طريق الدعاوى التي يرفعها المستهلك بمفرده أمام القضاء، وحماية جماعية عن طريق الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك إلى جانب المستهلكين أو نيابة عنهم.

الفصل الثاني

الحماية من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية كأداة حمائية للمستهلك

الفصل الثاني: الحماية من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية كأداة حمائية للمستهلك

يعدُّ المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دائمًا الطرف الضعيف في هذه العلاقة، لأنه تتميز بالاحتكار والهيمنة وهي تشتمل في الغالب على عنصر أجنبي ممّا يزيد في خطورتها وتشعبها، لذلك يجب حماية هذا الأخير على اعتبار أن تلك العقود يجب النظر إليها على أساس أنها عقود إذعان، فللمستهلك الحق في المطالبة بإبطالها وحمايته من الشروط التعسفية فيها، وذلك يسبب أن تلك العقود يصعب التفاوض بشأن شروطها[1].

إن النظرية العامة للالتزامات العقدية الكلاسيكية لا توفر الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني، لأنها لا تعرف لفظ مستهلك فهي تنظر إليه كطرف في العق،د وعليه فإن حمايتها له قاصرة، كونه خاضع لعدم توازن القوى الاقتصادية بينه وبين المورد الإلكتروني، مع لِمَا هذا المجال من خصوصية في مراحل إبرام العقد، كل ذلك يجعل القانون المدني يحمي المستهلك كمتعاقد لا كمستهلك، إضافة إلى ضرورة إضفاء صبغة خاصة على العقد الإلكتروني الذي تنعدم فيه قدرة المستهلك على معاينة المبيع، أو الالتقاء مع المورد الإلكتروني في مجلس واحد[2].

وما يلاحظ على النصوص التي خصها المشرع لعقود الإذعان، وما من شأنه أن تحمله من شروط تعسفية جاءت لتطبَّق على العقود التقليدية، ويمكن تعميمها لتشمل التعاقد الإلكتروني، طالما أن المشرع يعترف بهذا النمط من التعاقد، من خلال النص على وسائل التعاقد الإلكتروني ضمن أحكام القانون المدني، كالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وكذلك ما نص عليه القانون التجاري ونقصد ببطاقتي السحب والدفع الإلكتروني[3].

---

[1] محمد ذيب، نبيلة جيماوي، **(حماية المستهلك مدني من مخاطر التعاقد الإلكتروني)**، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 09، العدد 14، أفريل2017، (ص. ص 245 -258)، ص653-654.

[2] هدى زوزو، **(آليات حماية المستهلك من مخاطر التعاقد الإلكتروني في التشريع الجزائري)**، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 05، العدد 01، أفريل2017، (ص. ص315 – 330)، ص325.

[3] محمد ذيب، نبيلة جيماوي، مرجع سابق، ص655.

هذا ونلمس في القانون المدني ملامح للتعاقد الإلكتروني من خلال تناول المشرع الجزائري نظام الكتابة الإلكترونية، بموجب نص المادة 323 مكرر[1] بقولها:" **يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها**"، ومن ثم يعتدُّ المشرع بالكتابة الإلكترونية كوسيلة لإثبات التعاقد الإلكتروني شريطة التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، بالإضافة إلى اعتماده على التوقيع الإلكتروني بموجب أحكام المادة 327 من القانون المدني[1].

كما تناول المشرع الجزائري أيضًا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-162 خدمات التصديق الإلكتروني، الذي يحتاج إلى ترخيص من سلطة البريد والمواصلات، مرفقًا بدفتر شروط يحدّد حقوق وواجبات مؤد بالخدمات والمستعملين، هذا ونص المشرع كذلك في المادة 69 من الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 2004/08/26 على أنه:" تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما كان السند أو الأسلوب التقني المستعمل"[2].

وفي ذلك انتقال إلى التعامل بالوسائل التقنية الحديثة في الدفع الإلكتروني، كبطاقات الدفع الإلكترونية والبطاقات الذكية وبطاقات الائتمان وغيرها، إلا أن المناخ الاقتصادي في الجزائر لا يشجع على استخدام هذه الطرق، رغم النص عليها لأن الأمر لا يقتصر على التنصيص فقط بل يحتاج إلى توفير الأجواء الاقتصادية والتجارية المناسبة لتفعيل النصوص القانونية على أرض الواقع، ورغم تناول المشرع الجزائري لبعض الموضوعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، إلا أنه لم يعرّف العقد الإلكتروني إلا بعد إصداره لقانون التجارة الإلكترونية سنة 2018[3].

---

[1] تنص المادة 327 من القانون المدني رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، المعدّل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري على ما يلي: "... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

[2] هدى زوزو، مرجع سابق، ص327.

[3] راجع في ذلك: المادة 06 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر العدد 28، الصادرة بتاريخ 2018/05/16 .

ولتحديد كيفية مكافحة الشروط التعسفية وإبطالها في مجال التجارة الإلكترونية، بين المورد الإلكتروني كطرف قوي في العقد والمستهلك الإلكتروني كطرف ضعيف، سوف نتطرق لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية في إطار القواعد العامة **(كمبحث أول)**، ثم نتطرق للحماية الخاصة للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية **(كمبحث ثان)**.

المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية في إطار القواعد العامة

نظرا لما يواجهه المستهلك من إجحاف وتعسف نتيجة لقلة خبرته وتواضعها ودرايته بحيثيات التعاقد، من خلال هذا استقرت العديد من التشريعات على جملة من الضمانات التي تكرِّس من خلالها حماية حق الطرف المَذعَن في العقد وتحقق مبدأ التوازن العقدي، حيث أنه من هذه الضمانات ما هو منصوص عليه في النظريات العامة للعقد، وهو مجسَّد في النظريات التقليدية لحماية المستهلك، وهو ما سنتطرق إليه في **(المطلب الأول)**، ومنها ما يعتبر ضمانات خاصة لحماية المستهلك الإلكتروني، وهو ما سوف نتطرق إليه في(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضمانات التقليدية لحماية المستهلك الإلكتروني

لمواجهة الفرض الذي يترتب على افتقار التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية من النصوص المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية، أضحى البحث عن فكرة التوازن وعدم الوقوع في التعسف في ظل القواعد العامة في القانون المدني أمرًا وجوبيًا، وبالرجوع الى أحكام القانون المدني لا نجد فيه مبدأ عام يضمن بشكل واضح التوازن الخاص بالعقد، غير أنه عند تفحصنا للقواعد العامة نجد في طياتها مجموعة من المبادئ القانونية والعديد من نظريات، التي يمكن تفعيلها كوسيلة لمواجهة الشروط التعسفية عند التعاقد الإلكتروني.

الفرع الأول: المبادئ القانونية

لقد أصبحت التشريعات المدنية التي يطغى عليها مبدأ سلطان الإرادة، غير كافية لتحقيق حماية فعَّالة للمتعاقد الأقل خبرة أو كفاءة في مواجهة الشروط التعسفية، الأمر الذي أدى اختلال التوازن العقدي، ومع ذلك يبقى مجال الحماية من الشروط التعسفية في ظل القواعد

العامة منحصرًا في عقود الإذعان[1]، ومن خلال تسليط الضوء على المنظومة القانونية في الجزائري عمومًا، فإننا لا نصادف فيه مبدأ عامًا يضمن بشكل مباشر توازن العقد، إلا أن القواعد العامة في القانون المدني نصت على العديد من التقنيات، التي يمكن أن تعمل على محاربة عدم التوازن العقدي ومن بينها:

أولاً: مبدأ استقلالية سلطان الإرادة

سنوضح المقصود من مبدأ استقلالية سلطان الإرادة، ثم نبرز دوره هذا الأخير في تحقيق التوازن العقدي.

1- المقصود بمبدأ سلطان الإرادة

يعتبر جوهر هذا المبدأ على أن الإرادة هي أساس العقد وجوهره إذ تعتبر للإرادة حرية في ابرام ما تشاء من عقود وكذا تحديد الأثار القانونية التي تنجر عنها من حقوق والتزامات، كما لها وحدها السلطة في تعديل هذه الآثار أو إلغائها، وذلك هو ما يعرف بمبدأ الحرية العقدية[2]

في ظل هذا المبدأ فإن دور التنظيم القانوني في العملية التعاقدية، لا يغدو سوى أن يكون مكمل لإرادة الإطراف المتعاقدة، في حالة عدم توصل إلى الاتفاق المنشود بينهم على بعض البنود الخاصة بالعقد أو الشروط الخاصة به، وأمَّا في يخص القواعد الآمرة فهي لا تكون إلا في حالات الاستثناء وهذا من خلال حماية النظام العام والآداب العامة[3].

2- دور مبدأ استقلالية سلطان الإرادة في تحقيق التوازن العقدي

يعدُّ مبدأ الحرية من أهم ما يتوصل إليه في مبدأ سلطان الإرادة، والذي يقرُّ على أنها إرادة الفرد وحدها هي الكافية من أجل إبرام العقد وتحديد آثاره المترتبة عليه والالتزامات الخاصة به،

---

[1] حنان مسكين، الحاج بن أحمد، **(الحماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري)**، مجلة البحوث القانونية كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة طاهر مولاي بسعيدة، الجزائر، المجلد 02، العدد 09، ديسمبر 2017م، (ص. ص48-73)، ص60.

[2] رمضان أبو السعود، **مصادر الالتزام** ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الثالثة الإسكندرية، مصر، 2003، ص19-18.

[3] عبد موفق حماد، **الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية ،دراسة مقارنة**، دون طبعة، منشورات زين الحقوقية ،بغداد، العراق، 2011، ص259.

ولا يمكن تحديد تلك الحرية إلا في بعض الاستثناءات وهو الخاصة بالنظام والآداب العامة[1]، ومن خلال ذلك فيعد للإفراد الحرية في إبرام العقود وأن تكون تلك العقود تتضمن ما يرغبون من شروط، فالإرادة هي الأساس والجوهر الخاص بالالتزام التعاقدي وأساسه، وفي نفس الوقت هي الضمانة الكافية لتحقيق توازن العدالة العقدية على اعتبار أن إرادة الفرد لا يمكن أن تنشئ إلا ما يحقق ويخدم مصلحته الخاصة، ومن ثم فالالتزامات المتولدة عن تلك الإرادة أيًا كان موضوعها ومهما كان أثرها لا يمكن أن تكون إلا منصفة وعادلة في حقه[2].

غير أنه وفي ظل التطورات التكنولوجية والاقتصادية التي يشهدها ميدان التجارة الإلكترونية، وما تصاحبه من تزايد في عمليات الإنتاج والتصنيع لمختلف المنتجات ، كل هذا ساهم في جعل نطاق المعاملات التعاقدية الالكترونية لها المناخ والقاعدة الخصبة لاستفحال ظاهرة عقود الإذعان والعقود النموذجية ، وهو الأمر الذي جعل المورد ينفرد بصياغة بنود التعاقد دون أن تكون للمستهلك فرصة مناقشة هذه الشروط والذي يجد نفسه في أمس الحاجة لمحل التعاقد ومجبرا على قبول هذه الشروط التعسفية [3].

ومن خلال ذلك يتضح أنه هناك قصور في مبدأ الحرية العقدية ، وعدم نجاعته وفعاليته من عدم قدرته على توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العقد وهذا من خلال عدم قدرته على مواجهة الشروط المفروضة من قبل الطرف القوي في العقد ،وهذا مما يجعل العقد غير متوازن .

ثانيًا: مبدأ حسن النية

يقصد بحسن النية الإخلاص والاستقامة والأمانة في التعامل مع الطرف الآخر في العقد، إذ يتفق مظهر المتعاقد مع مخبره بما يتنافى من كل غش أو تدليس أو تعسف، والنية هي قصد يليه انعقاد العزم على أمر معيَّن يرتب عليه القانون أثر من الأثار التي يؤثر عليها الضمير، ويحركها الباعث ويدفعها نحو تحقيق الفائدة من التعاقد.

---

[1] محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية**، دار الهدى ، عين مليلة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2006-2007، ص47.

[2] موفق حمادة عبد ، مرجع سابق، ص257-258 .

[3] مولود بغدادي ، مرجع سابق، ص69.

لقد نصت المادة 01/107 من القانون المدني الجزائري على أنه:" **يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبحسن نية**"، وفي ذلك اعتراف للقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بأن يستوجب منهما تنفيذه بشكل يتفق ومبدأ حسن النية، فضلاً عن استخلاص النية بمفهوم المخالفة عن الغش في تنفيذ العقد.

ومن المعلوم أن المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء محدَّد في حالة مخالفة هذه القاعدة "**عدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد**"، إلا أن ذلك يرجع لانعدام الاجتهاد القضائي الذي يعتمد على مبدأ حسن النية، من أجل إعادة التوازن العقدي لصالح الطرف الضعيف وهو المستهلك، فإدراج شرط من شروط التعسفية في عقود الاستهلاك من طرف المتدخل ما هو إلا تصرف ناجم عن سوء نيته، وهذا ما يؤدي الى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن للعقد في القانون الجزائري[1].

لهذا فقد يتم تنفيذ مبدأ حسن النية بهدف زيادة مضمون العقد، فيتم إلزام المتعاقد الآخر ليس بما ورد في العقد فقط، ولكن بما هو من مستلزماته أيضًا وفقًا للقانون والعرف والعدالة، كفرض الالتزام بالإعلام في مرحلة تنفيذ العقد، وكذلك إرساء واجب التعاون بين طرفي العقد أثناء تنفيذه، ويُستنَد إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال إلزام المتعاقد بقبول تعديل العقد، ليصبح ملائمًا للظروف الاقتصادية الجديدة إذا تغيرت الظروف التي أبرم فيها[2].

غير أن المشرع المصري نص في المادة 1/148 التي تقابلها المادة 148 من القانون المدني الليبي على أنــه:" **يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية** "، فوفقًا لهذا المبدأ يمكن تعديل مضمون العقد سواء بالنقصان أو بالزيادة بهدف حماية الطرف المُذعَن، وعلى الرغم من الاعتراف بقاعد حسن النية وما توحي به من تطبيق

[1] علي بولحية بن بوخميس، **القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري**، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ص50.

[2] محمود علي رحمه، **الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة**، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2018م، ص126.

لبعض القواعد والأحكام، فإنها لا تشكل لوحدها تقنية مستقلة يمكن الاعتماد عليها لإعادة أو تحقيق التوازن العقدي[1].

الفرع الثاني: النظريات العامة في التعاقد

هناك أيضًا العديد من النظريات العامة التي يمكن اعتبارها كوسيلة للحد من اختلال التوازن العقدي في مجال العقود الإلكترونية، هي الغبن والاستغلال والسبب والتعسف في استعمال الحق.

أولاً: الغبن والاستغلال

يعرَّف الغبن بأنه عدم التوازن بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه وهو يشكل المظهر المادي للاستغلال، وقد قضى المشرع الجزائري في نص المادة 90 من القانون المدني أنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين، لا تتساوي مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب هذا العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، ويتبيَّن أن المتعاقد المغبون ما كان ليبرم العقد لو لم يستغل فيه المتعاقد الآخر طيشًا بيّنًا أو هوى جامحًا، يجوز للقاضي أن يتدخل بناءً على طلب المتعاقد المغبون، إمَّا لإبطال هذا العقد أو لتعديل الالتزامات المترتبة على المتعاقد المغبون، مع مراعاة بعض الأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود، أين يشترط المشرع ضرورة توافر بعض البنود كما هو الشأن في بيع العقار بالغبن[2].

غير أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع الفرنسي وتوافقًا مع المشرعين الألماني والسويسري، تأسيسًا على مبدأي التضامن الاجتماعي والثقة المشروعة في المعاملات، فإنه أسّس الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية، والتي جعل منها سببًا من أسباب إبطال العقود، وهي نظرية لا تَعتدُّ عند تقدير الشيء بقيمته المادية بل بقيمته الشخصية بالنظر إلى ظروف التعاقد.

[1] اعماره صوالح محمد، **الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص99.

[2] الواسعة زرارة صالحي، **(الحماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري)**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة حمه لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 01، العدد 05، جوان 2012م، (ص. ص 183-206)، ص197.

فيجب في نظرها عدم الاكتفاء بالاختلال في الأداءات المتقابلة وحده، وإنما يجب أن يأت ذلك نتيجة استغلال أحد الطرفين لعوز أو طيش أو عدم خبرة الطرف الآخر[1]، وهذا الجزاء هو إمَّا إبطال العقد كما في القانون السويسري، أو بطلانه بطلانًا مطلقًا كما في القانون الألماني، باعتبار الغبن عملاً غير مشروع ومخالفًا للآداب، أو الاعتراف للقاضي بالسلطة التقديرية بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، كما هو الحال في القانونين الجزائري والمصري اللَّذين تأثرا مثل باقي القوانين العربية بالقانون الألماني[2].

ولا شك أن مشرعنا باعتناقه للنظرية الشخصية أو النفسية في الغبن قد تلافي القصور التشريعي في فرنسا، التي اعتنق المشرع فيها النظرية المادية في الغبن في حدود ضيِّقة، ولا شك أن سلطة القاضي عند تقدير الغبن وفقًا للنظرية الشخصية هي أكثر إطلاقًا منها في النظرية الموضوعية[3].

ثانيًا: نظرية السبب

يعدُّ السبب ركن من الأركان الأساسية لقيام العقد، سواء كان العقد عقد إذعان أو عقد مساومة، حيث يشترط المشرع أن يكون السبب مشروع وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، فالسبب هو الغرض الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين في العقد فإن لم يكن هناك سبب قائم لهذا العقد يكون ذلك العقد باطلاً[4].

وغياب السبب لتطبيق البطلان على بعض الشروط يمكن أن يستفيد منه أي طرف سواء كان متدخل أو مستهلك، وبما أن المستهلك هو أحد أطراف العلاقة التعاقدية في عقد الاستهلاك فإنه يمكن القول أن نظرية السبب تصلح كآلية عامة للحماية من بعض الشروط

[1] الواسعة زرارة صالحي، مرجع نفسه، ص198.

[2] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م، ص60.

[3] منيرة جربوعة، **(آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية)**، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، المجلد 01، العدد 02، سبتمبر2017م، (ص. ص 192-209)، ص200.

[4] أحمد يحياوي سليمة، **آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2011، ص13.

التعسفية، ومن ثم سنتناول موقف المشرع الجزائري والفقه من إبطال الشروط عند غياب السبب.

أ- موقف المشرع الجزائري من إبطال الشروط التعسفية عند غياب السبب

يتنازع مفهوم السبب نظريتين (تقليدية وحديثة) من خلالها استندت التشريعات الى إمكانية أو عدم إمكانية إعمال فكرة غياب السبب لإلغاء بعض الشروط التعسفية، أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة إذ صب اهتمامه على مشروعية السبب ورتَّب البطلان على عدم مشروعيته، وهو ما يستشف من الأحكام المقرَّرة في المادتين 97 و98 من التقنين المدني الجزائري، وقد وضع قرينة على افتراض مشروعية السبب مفادها أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، وعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة البينة والدليل على ذلك، غير أن المشرع أشار في المادتين المذكورتين أعلاه إلى سبب الالتزام لا لسبب العقد، الشيء الذي جعل البعض يقول أن المشرع أخذ بازدواجية السبب (النظرية التقليدية والحديثة)[1].

ب- موقف الفقه من إبطال الشروط التعسفية عند غياب السبب

يرى جانب من الفقه أن هذه التقنية تؤدي الى إبطال بعض الشروط وليس إقامة التوازن العقدي[2]، فضلاً عن أن إعمال فكرة انعدام السبب وفقًا للمعنى الموروث من النظرية التقليدية للسبب، يؤدي الى بطلان العقد برمته وهو أمر يتناقض مع مصلحة المستهلك، والذي من مصلحته إبطال الشرط والإبقاء على العقد صحيحًا.

ثالثًا: نظرية التعسف في استعمال الحق

حاول العديد من الفقهاء في اجتهادهم على جعل حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية من خلال الرجوع الى **نظرية التعسف في استعمال الحق** ومن خلال الاعتداد **بالميزة المفرطة** التي يحصل عليها أحد المتعاقدين في تعاقدهم مع الطرف الآخر، حيث يتعسف الأول في استغلال مركزه الاقتصادي وخبرته الفنية بمحل التعاقد، وذلك بإدراج بعض الشروط في العقد ومن خلالها تكريس منفعة خاصة ومزايا لمصلحته بالدرجة الأولى، وعلى حساب مصلحة

[1] محمد لمين قندوز، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري**، مذكرة ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أو لحاج البويرة، السنة الجامعية: 2015-2016، ص48.

[2] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص56.

المتعاقد الأخر الذي يحرم من حق الاستفادة من هذه المنافع[1]، وهو ما ذهب إليه بعض الفقه على أساس أن المتعاقد القوي يبحث عن ميزة مفرطة والتعسف غالبا ما يصاحبه نفوذ اقتصادي، فالميزة المجحفة التي تمثل نتيجة الشرط التعسفي وهدفه، تتمثل في ذلك الفارق الشاسع بين الضرر الذي يلحق الغير، وبين المنفعة التي تعود على صاحب الضرر دون أن يقترن بعناية مشروعة[2].

المطلب الثاني: الضمانات الخاصة بحماية المستهلك الإلكتروني

لقد أقرت أحكام ومبادئ القانون المدني طرق الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية، والتي تأكد قصورها في توفير الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني في مواجهة هذه الظاهرة، الأمر الذي يدفع بنا إلى عملية البحث عن جوهر هذه الحماية في ضوء التشريعات الخاصة بحماية المستهلك، وعلى هذا الأساس سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى الالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك الالكتروني كفرع أول، ثم نتطرق للالتزام بضمان العيوب الخفية في العقد الإلكتروني كفرع ثاني.

الفرع الأول: الالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك الإلكتروني

يعتبر الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني ضرورة عملية يقتضيها واقع المعاملات التعاقدية الإلكترونية، وبالضبط في مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية التي تتميز بعدم التكافؤ بين المستهلك والمورد الإلكتروني، والذي يظهر بوضوح أثناء التعاقد عبر مواقع الويب التجارية التي تتعامل بنظام العقود النموذجية، وعلى هذا الأساس تظهر مبررات وجود هذا الالتزام كآلية قانونية لضمان المساواة بين طرفي العلاقة التعاقدية، وذلك من خلال إعلام المستهلك قبل التعاقد وتحقيق المساواة في العلم بجوانب العقد بينهما[3].

---

[1] صونية شرقي، **حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، السنة: 2017-2018، ص58.

[2] يسين سعدون، **(البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق)**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 10، العدد 03، تاريخ النشر: 2017/09/15، (ص. ص261-271)، ص263-264.

[3] خليفي مريم، **(الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الالكترونية)**، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، تاريخ النشر: 2011/01/01، (ص. ص201-223)، ص203-205.

وعلى هذا الأساس سنتناول دراسة مفهوم الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني، ثم نتناول مضمون هذا الالتزام.

أولاً: مفهوم الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني

لقد نص المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك وقمع الغش على حق المستهلك في الإعلام، وهذا عندما خصص له فصل خاص (الفصل الخامس) تحت عنوان إلزامية إعلام المستهلك، كما كرَّس هذا الحق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 378/13[1] الذي يحدِّد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، وقام بتنظيمه من خلال وضع إطار خاص له وشروط، ولهذا سوف نتعرض لتعريف هذا الالتزام والشروط المتعلقة به.

1- تعريف الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني

يجد الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الالكتروني أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد المتفاوض بشأنه، من خلال العلم بعناصر العقد وظروفه ممَّا يفرض على عاتق المورد الإلكتروني كطرف قوي بصفة خاصة، الالتزام بالتصريح والإدلاء للمستهلك بكافة المعلومات الأساسية والبيانات الجوهرية ذات الصلة بالعقد المزعم إبرامه، وذلك من أجل أن يتصرف المستهلك على وعي ودراية كاملة، ولكي يتصف التفاوض بالوضوح والشفافية وحسن النية، ومن ثم يمكن أن نعرف الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام الإلكتروني بأنه:" التزام ايجابي سابق على ابرام العقد الإلكتروني، يفرض على المدين المهني المحترف بأن يحيط المستهلك عبر شبكة الانترنت بالمعلومات والبيانات المتعلقة بمحل العقد وشخصية المنتج والمورد وأي اعتبار أخر يمكن أن يؤثر في المستهلك ويدفعه إلى الرضا بمضمون العقد[2].

وقد تعرض المشرع الجزائري إلى تعريف الإعلام الإلكتروني في المادة 15/3 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المحدِّد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك والتي ورد فيها:" **إعلام حول المنتوجات: كل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك على بطاقة أو**

[1] المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 2013/11/09، الذي يحدِّد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر العدد 58، الصادرة بتاريخ 2013/11/18.

[2] صونية شرقي، مرجع سابق، ص60.

أي وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي".

حيث أنه وبالرجوع الى نص المادة السالفة الذكر يتبيَّن لنا أن المشرع باستعماله لعبارة، " **أو بواسطة** " أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة، قد قصد من خلاله الالتزام بالإعلام الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الانترنت وباستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة، بالإضافة الى ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد جاء بنص عام في المادة 1/17 من القانون 03/09، يلزم فيه المتدخل بإعلام المستهلك بكافة البيانات والمعلومات الجوهرية ذات الصلة بالمنتوج الذي هو محلاً للتعاقد[1].

وبالنسبة لمسألة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني كآلية قانونية لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، فإن المشرع الجزائري لم يتطرق في هذا الصدد الى وضع أحكام خاصة بهذه المسألة، ومن ثم سنكتفي بالرجوع الى الأحكام العامة المتعلقة بدور الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، كآلية قانونية لحماية المستهلك بصفة عامة في مواجهة الشروط التعسفية.

كما أكد المشرع الجزائري على ضرورة وجوبيه التزام البائع قبل التعاقد بإعلام المستهلك[2] كآليه قانونية لحماية هذا الأخير في مواجهة تعسف البائع في ضوء القانون رقم 04-02[3] وذلك في الباب الثاني منه المعنون بـ" **شفافية الممارسات التجارية** " وبالضبط في الفصل الأول منه تحت عنوان " **الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع**".

وبالرجوع الى عبارة " **قبل اختتام عملية البيع**" نجد أنها هي التي تؤكد وبشكل واضح على أن هذا الالتزام يجد أساسه في الفترة السابقة لإبرام العلاقة التعاقدية الاستهلاكية.

[1] القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدَّل والمتمم، ج ر العدد 15، الصادرة في 2009/03/08.

[2] تنص المادة 4 من القانون رقم 04-02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي:" يتولى البائع وجوبًا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات ، وبشروط البيع".

[3] راجع في ذلك المادة 8 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر.

2- شروط الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني

يعتبر الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام التزامًا قانونيًا يجد مجاله في مبدأ حسن النية، فقبل وأثناء التعاقد كما يستمد وجوده من مبادئ الشريعة الإسلامية التي تحث على التزام جانب الصدق والأمانة في المعاملات[1].

إلا أن كل ذلك لا يضمن الحماية اللازمة للمستهلك نظرًا لانتصار سلطان المادة وطغيانها على غيرها من مقومات الحياة، ونظرًا لأن المستهلك في مركز ضعف عن حماية حقوقه، نتيجة امتلاك المحترف لمعلومات وبيانات ذات تأثير كبير على رضاه في الحقيقة هو يجهلها، ممَّا دفع الفقه والقضاء الى التصدي لذلك وهذا بفرض وقائي يشترط قرينتين لقيام الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي، أحدهما يرتبط بمدى علم المهني بالبيانات والمعلومات العقدية، والثاني يرتبط بجهل المستهلك لتلك المعلومات.

أ- علم المورد الإلكتروني بالبيانات والمعلومات العقدية

ويقصد بها أن يكون المدين (المورد الإلكتروني) على علم ودراية بالمعلومات والبيانات ذات الصلة بالعقد المزمع إبرامه مع الدائن (المستهلك الإلكتروني)، وأن يكون من شأن هذا العلم التأثير على إرادة رضا هذا الأخير، وبمعنى آخر أنه استنادًا إلى البيانات والخصائص التي يعلمها المورد الإلكتروني عن السلعة أو الخدمة موضوع التعاقد من جهة، ودرايته الجيِّدة بمركز المستهلك الضعيف وقلة خبرته الفنية والقانونية من جهة أخرى، يستطيع أن يستغل ذلك باتخاذه موقفًا سلبيًا اتجاه المستهلك، من خلال عدم تنبيهه لإحدى بنود العقد الجوهرية التي تحرمه من الاستفادة من الضمان والخدمة ما بعد البيع[2].

ب- جهل المستهلك بالبيانات والمعلومات العقدية

من خلال عنوان هذا الشرط يتضح المعنى المقصود منه ألا وهو أن يكون المستهلك جاهلاً بهذه المعلومات والبيانات العقدية، ذلك أن هذا الجهل هو الذي يرتّب في ذمة المهني في عقود الاستهلاك الإلكترونية الالتزام بإعلام المستهلك، وهو ما يجعله مدينًا في مواجهة

[1] كريمة حدوش، **الالتزام بالإعلام في إطار القانون 09-03 المتعلق بالحماية المستهلك وقمع الغش**، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، السنة الجامعية: 2011-2012، ص9.

[2] رضا معوش، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2014-2015م، ص49.

المستهلك غير أن جهل ذلك الأخير لابد أن يكون معقولاً ومبررًا، باعتبار أن الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المهني له حدود[1].

وبمفهوم المخالفة فإنه متى ثبت علم المستهلك بممون العقد وشروطه تنتفي مسؤولية المورد بالرغم من عدم سعيه لإعلام المستهلك، وبالتالي فإن التزام المورد بإعلام المستهلك متوقف على مدى علم هذا الأخير بالمعلومات والبيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد وبشروطه.

ثانيًا: مضمون الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام الإلكتروني

يتمثل مضمون هذا الالتزام في ضرورة تزويد المورد المستهلك بمعلومات وافية ودقيقة و صحيحة لا يشوبها أي لبس أو غموض، تتضمن معلومات حول البيانات الجوهرية للسلعة أو الخدمة موضوع العلاقة التعاقدية الاستهلاكية وكيفية استخدامها، مع ذكر المخاطر المحتملة الوقوع نتيجة استخدام تلك السلعة أو الخدمة، بالإضافة الى تحديد الثمن وبنود التعاقد وإجراءاته وكذا تحديد شخصية المستهلك المورد بشكل قاطع، وعليه فإن الغاية الرئيسية لهذا الالتزام هو إنارة وتبصير إرادة المستهلك المتعاقد عن بعد بالمعلومات الضرورية والجوهرية [2].

وهو ما أكده بالفعل المشرع الجزائري في نص المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13، والتي تنص على أنه: " يجب على مقدم الخدمة أن يعلم المستهلك بكل الوسائل الملائمة حسب طبيعة الخدمة بالمعلومات الآتية:

1- اسم مقدم الخدمة ومعلوماته الخاصة وعنوانه إذا تعلق الأمر بشخص معنوي عنوان شركته، ومقر شركته وعنوان المؤسسة المسؤولة عن الخدمة إذا كان مقدم الخدمة شخص أخر؛

2- رقم القيد في السجل التجاري أو في سجل الصناعة التقليدية والحرف؛

3- رقم تاريخ الرخصة واسم وعنوان السلطة التي سلمتها بالنسبة للنشاطات المقننة؛

4- تكاليف النقل والتسليم والشركة؛

5- كيفيات التنفيذ والدفع؛

6- مدة صلاحية العرض وسعره؛

---

[1] أمال حابت، **التجارة الإلكترونية في الجزائر**، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2015/09/30، ص253.

[2] فاتن حسين حوي، **الوجيز في قانون حماية المستهلك (دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة الى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد إلكترونيا)**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص134-136.

7- المدة الدنيا للعقد المقترح عندما يتضمن تزويدًا مستمرًا أو دوريًا للخدمة؛

8- البنود المتعلقة بالضمان؛

9- شروط فسخ العقد"[1].

ولقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون إعلام المستهلك باللغة العربية حيث نص على أنه:" يجب أن تحرَّر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللُّغة العربية أساسًا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها"[2].

وتظهر فكرة إعلام المستهلك باللُّغة التي يفهمها في حماية المستهلك كطرف الضعيف، بأن يتعاقد على بيِّنة من أمره سواء تعلق الأمر بالتزاماته المستقبلية أو بإجراءات التعاقد، وعلى غرار باقي التشريعات العربية فإن المشرع الجزائري لم ينص على لغة أجنبية معيَّنة، كبديل يتم بها إعلام المستهلك ولكن سمح على سبيل الإضافة أن يرد الإعلام بلغات أخرى.

الفرع الثاني: الالتزام بضمان العيوب الخفية في العقد الإلكتروني

الالتزام بضمان العيوب الخفية تستلزمه طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين، فالمستهلك يتعاقد إلكترونيًا مع المورد من أجل شراء منتج معيَّن يفترض فيه أنه خال من العيوب، ويؤدي الغرض الذي من أجله قام بشرائه إذا لو كان على علم بعيوبه لما أقدم على شرائه.

حيث يعتبر هذا الالتزام مستقل عن الالتزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق، إذ أنه التزام يترتَّب عنه انتقال حيازة المبيع إلى المشتري، على نحو يمكِّنه من الانتفاع به انتفاعًا كاملاً دون نقص من قيمته أو نفعه، بالإضافة إلى أنه يكفل مجموعة من الصفات التي يضمن البائع تواجدها في الشيء المبيع.

[1] راجع في ذلك: المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدِّد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، السالف الذكر.

[2] المادة 18 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدَّل والمتمم، السالف الذكر.

لهذا وبهدف حماية المستهلك تدخل المشرع بقواعد أمرة تقيه من تأثير مبدأ سلطان الإرادة ففرض على المتدخل الالتزام بضمان العيوب الخفية، وبالتالي سنقوم بتحديد مفهوم العيب الخفي وأحكامه.

أولاً: مفهوم العيب الخفي

لتحديد مفهوم العيب الخفي سوف نقوم بتعريف العيب الخفي، ثم نقوم بتحديد الشروط الواجب توافرها في العيب الخفي الموجب للضمان القانوني.

1- تعريف العيب الخفي

يذهب الفقه الفرنسي إلى أن للعيب الخفي تعريف مادي وآخر موضوعي، فوفقًا للمفهوم المادي فغنه يقصد بالعيب:" أي خلل مادي في المبيع مقارنة بحالته الطبيعية التي يتعيَّن أن يكون عليها"، أما المفهوم الموضوعي فيقصد به:" الحالة التي يوجد عليها الشيء المبيع والذي يجعله غير ملائم لاستعماله فيما أعد له"[1].

وقد نص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في الفقرة الثامنة من البند الرابع على ضرورة تحديد ضمانات وخدمة ما بعد البيع، وذلك بالنص على ضرورة تحديد كيفية تقديم خدمة ما بعد البيع وذكر الضمانات التجارية والقانونية والاتفاقية تحديدًا[2].

أمَّا المشرع الجزائري فقد نص على الالتزام بضمان العيوب الخفية، بمقتضى أحكام المادة 01/379 من القانون المدني[3] والتي تنص على ما يلي:" **يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور في عقد البيع أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها**".

---

[1] سعيد السيد قنديل، **المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية، الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة**، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2014، ص48.

[2] مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الالكترونية عبر الانترنت**، أطروحة دكتوراه في العلوم ، تخصص حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باتنة. السنة الجامعية: 2012/2011، ص170.

[3] المادة 01/397 من القانون 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري، ج ر العدد 31، الصادرة بتاريخ 2007/05/13.

وقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة هذا الالتزام في مجال عقود الاستهلاك، وبهدف حماية المستهلك فقد نظم المشرع الجزائري أحكام هذا الضمان بموجب القانون 03/09، وذلك في الفصل الرابع منه بعنوان إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع، فنجد المادة 1/13-2 من هذا القانون تنص على أنه يستفيد كل مقتني لأي منتوج سواء كان جهاز أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون، ويمتد هذا الضمان أيضًا إلى الخدمات[1].

حيث أنه من خلال المادة السالفة الذكر نستنتج أن الضمان القانوني الذي قرَّره المشرع الجزائري، لصالح المستهلك في مواجهة المتدخل لا يقتصر فقط على التعاقدات التي يكون محلُّها عبارة عن منتجات، وإنما يتعداها ليشمل كذلك التعاقدات التي يكون محلُّها عبارة عن خدمات.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الضمان لا يقتصر فقط على عقد البيع فقط وإنما يمتد ليشمل كافة عقود المعاوضة والعقود الناقلة للملكية، ويستوي في ذلك إذا كان محل البيع عبارة عن عقار أو منقول أو عبارة عن شيء مادي أو معنوي.

2- شروط العيب الخفي

يشترط في العيب الموجب الضمان القانوني الشروط التالية:

أ- يجب أن يكون العيب مؤثرًا

ويقصد بهذا الشرط العيب الذي من شأنه التأثير على المبيع أو الشيء محل التعاقد، وذلك بمنع هذا الأخير من أداء وظيفته أو أدائها بشكل غير مرض، غير أنه بالنسبة للعيوب التي جرى العرف على التسامح بشأنها، فإنها لا تدخل في نطاق العيوب الموجبة للضمان القانوني، فمثلاً وجود عيب بسيط في المبيع لا يعتبر عيب مؤثر.

[1] تنص المادة 01/13-02 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر على ما يلي:" يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازًا أو أداة أو آلة أو عتادًا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون. ويمتد هذا الضمان إلى الخدمات...".

ب- آن يكون العيب قديمًا

يقصد بمصطلح القدم في هذه الحالة أن العيب موجود في المبيع أو الشيء محل التعاقد من وقت التسليم الفعلي، ويقع على عاتق المشتري عبء إثبات ذلك العيب[1].

وعلى ذلك فلو اشترى شخص ما جهاز هاتف نقال عن مورد إلكتروني، من خلال العروض والإعلانات والعروض المتاحة عبر شبكة الانترنت، وبعد استعماله فترة معيَّنة ظهر به عيب كفقدان الذاكرة مثلاً، هذا العيب لا يستطيع الشخص العادي وفقًا للمألوف اكتشافه بالفحص المعتاد، ففي هذه الحالة يحق للمشتري بقوة القانون الرجوع على البائع بدعوى الضمان، شريطة أن يكون قد قام بإجراء إخطار البائع بهذا العيب، وذلك بمجرد ظهوره وبمفهوم المخالفة فإنه في حالة عدم قيامه بالإخطار فإنه يعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيوب.

ج- أن يكون العيب غير معلوم لدى المشتري

يفهم من هذا الشرط أن يكون المشتري جاهلاً وقت إبرام العقد بالعيب الموجود في المبيع أو الشيء محل التعاقد، وبمفهوم المخالفة فإنه متى ثبت علم المشتري بالعيب فإن حقه في الرجوع على البائع بالضمان يسقط، وذلك ما نصت عليه المادة 2/379 من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه:" غير أن البائع لا يكون ضامنًا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان باستطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشًا عنه"[2].

د- يجب أن يكون العيب خفيًا

يقصد بالخفاء أن يكون من الصعب على الشخص العادي اكتشاف هذا العيب بالعين المجرد، بحيث يعتبر غير ظاهر للعيان وقت التسليم ويحتاج الأمر إلى خبير يستطيع كشفه، فإذا ثبت أنه كان باستطاعة المشتري اكتشاف هذا العيب بسهولة، فإنه في هذه الحالة يسقط حقه في الطعن بالعيب الخفي، وهذا الأمر ينطبق على العقود التي تبرم بالطريق الإلكتروني بحيث يشترط خلو السلعة أو الخدمة محل التعاقد من العيوب، فعلى سبيل المثال إذا تم شراء برامج حاسوب وكان معيبًا، فإن معيار اكتشاف العيب يختلف من شخص الى آخر، وهذا

[1] الياقوت جرعود، **عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري** ، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية: 2001-2002م، ص114.

[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

بسبب اختلاف أطراف التعاقد في خبرتهم بمجال الحاسوب على اعتبار أن خبرة أحد المتعاقدين ستسهل عليه اكتشاف العيب، مقارنة بالمتعاقد الآخر الذي سيصعب عليه اكتشاف والعثور على ذلك العيب[1].

المبحث الثاني: الحماية الخاصة للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

من خلال المقارنة بين الحماية التشريعية المقرّرة لعقود الإذعان في القانون المدني، وبين الحماية التشريعية الخاصة بعقود الاستهلاك الإلكترونية، يتضح أن الاتجاه الأخير هو الأكثر منطقية ذلك لأنه يضفي الحماية بغض النظر عمَّا إذا كانت العقود الإلكترونية من عقود الإذعان من جهة، ويغنينا عن الجدل الفقهي الذي قد يثور بشأن مدى اعتبار العقود الإلكترونية من عقود الإذعان من جهة أخرى، أضف إلى ذلك أنه يراعي خصوصية إبرام العقود بوسائل إلكترونية، بوضع قواعد من شأنها إضفاء الحماية على المستهلك بسبب خصوصية هذه العقود، زيادة على القواعد الواردة في القواعد العامة، فإذا ما انطبقت النظرية العامة للعقد عليه واعتبر عقد إذعان، فإننا لن نقف عند هذا الحد، بل تمتد القواعد الحمائية الخاصة به إن وجدت[2].

وما زاد في تعسف المتدخل كطرف قوي في فرض الشروط التعسفية ظهور وسائل الاتصال الحديثة، التي تمكِّنه من حمل العديد من المستهلكين على التعاقد دون تفكير أو دراسة لبنود العقد، عن طريق الدعاية والإعلان عبر شبكة الانترنت، ممّا أدَّى إلى اختلال التوازن العقدي بين المورد والمستهلك الإلكتروني[3]

وعليه سنتعرض للحماية المقرَّرة للمستهلك من الشروط التعسفية بموجب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في **(المطلب الأول)**، ثم نتعرض للحماية المقرّة لهذا الأخير بموجب القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين في **(المطلب الثاني)**.

---

[1] محمد حسين منصور، **أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك** ، دون طبعة، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص107.

[2] علاء الدين محمد ذيب، **(الإذعان والمساومة في العقود الإلكترونية)**، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية الاجتماعية، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، المجلد 22، العدد 02، 2007، (ص. ص70 -43)، ص63.

[3] سارة بولقواس، **(الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني)**، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، الجزائر، المجلد 01، العدد 02، مارس2017، (ص ص 45 -63)، ص54.

المطلب الأول: حماية المستهلك الإلكتروني بموجب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

لقد أشار المشرع الجزائري إلى فكرة إبطال الشروط التعسفية من أجل تحقيق التوازن في عقد الاستهلاك الإلكتروني، في الفصل الثاني المعنون بشروط ممارسة التجارة الإلكترونية من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وبالتحديد في المادة 12 منه[1]، حيث نص على عدم تقييد حرية المستهلك الإلكتروني في التعبير عن إرادته في اختيار السلعة أو الخدمة بكل صراحة، بالإضافة إلى نصه على منع المورد الإلكتروني من وضع أيّة معطيات تهدف إلى توجيه اختيار المستهلك في الخانات المعدّة للملء، كما أنه حدَّد التزامات المستهلك الإلكتروني في المادتين 16 و17 منه، وحدَّد واجبات المورد الإلكتروني ومسؤولياته في المواد من 18 إلى 26 من نفس القانون[2]، ولذلك بات من الضروري معرفة الحماية المقرَّرة للمستهلك الإلكتروني في مرحلة التفاوض وكذا في مرحلة تنفيذ العقد.

الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني قبل التعاقد

هناك مجموعة الحقوق التي اعترف بها المشرع للمستهلك الإلكتروني بموجب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، في المرحلة السابقة على إبرام العقد وذلك حماية له من أي تدليس قد يصدر من قبل المورد الإلكتروني، خاصة وأن هذه المرحلة لها علاقة برضا المستهلك الإلكتروني بالخدمة أو المنتوج، ويتعلق الأمر أساسًا بالحق في الإعلام والحق في الحماية من الاشهارات التضليلية، مع بعض المقارنات بحقوق المستهلك في البيئة المادية في نفس المرحلة.

[1] تنص المادة 12 من القانون 18-05 على أنه:" ...تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية: ...يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك معبرًا عنه بصراحة. يجب ألاّ تتضمن الخانات المعدَّة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني، أيّة معطيات تهدف إلى توجيه اختياره".

[2] القانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.

أولاً: الحق في الإعلام

وهو حق مستهلك في معرفة المنتوج على نحو جامع[1]، ويستهدف أساسًا تكوين رضا سليم وخال من العيوب كما يعكس شفافية ونزاهة المورد، وهو حق معترف به للمستهلك سواء في البيئة المادية أو البيئة الرقمية، ولعلَّه الحق الذي تساوى فيه كل من المستهلك في البيئة المادية والمستهلك الإلكتروني، من حيث الاهتمام وهو ما أكدت عليه مختلف النصوص سواء تلك التي لها علاقة بالبيئة المادية أو الرقمية، فبالنسبة للبيئة المادية نجد المادة 04 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، حدَّدت العناصر التي يشملها التزام إعلام المستهلك من أسعار وتعريفات السلع والخدمات وكذا شروط البيع، كما ذكرت على سبيل المثال الوسائل التي يمكن أن ينفذ بها هذا الالتزام من علامات أو وسم.

أمَّا المادة 08 من نفس القانون فنصت على إلزام البائع قبل اختتام عملية البيع، إخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج بالمعلومات النزيهة والصادقة، المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس، وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة.

أمَّا بالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[2]، فقد حدَّد بموجب المادة 02 منه العناصر الأساسية التي يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، وهي العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك، والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن مطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان وخدمات ما بعد البيع.

ثم تأتي المادة 03 من نفس المرسوم لتفسير عبارة (عناصر أساسية) بما يلي: خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، الأسعار والتعريفات، كيفيات الدفع، شروط التسليم وأجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو

[1] خلفي عبد الرحمان، **حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري**، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، المجلد 01، العدد 01، تاريخ النشر: 2017/12/31، (ص. ص07 -34)، ص63. ص14.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية المعدَّل والمتمم، السالف الذكر، ص16.

الخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات الفسخ. وأضاف المرسوم في المادة 04 منه أنه يتعيَّن على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه.

وأكد على هذا الحق المرسوم التنفيذي رقم 13-378 في المادة 03 منه، التي نصت على أن الإعلام حول المنتجات هو كل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك، على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أية وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي، ويتم الإعلام حسب المادة 04 من نفس المرسوم عن طريق الوسم أو وضع العلامة أو الإعلان أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، عند وضع المنتوج للاستهلاك ويجب أن يقدم الخصائص الأساسية للمنتوج طبقًا لأحكام هذا المرسوم[1].

وعمومًا يمكن أن نعرف الالتزام بالإعلام على أنه التزام العون الاقتصادي بتقديم المعلومات والبيانات الضرورية للمتعاقد معه، حول ظروف التعاقد والمنتوج محل التعاقد، والتي من شأنها تبصير وتحذير المتعاقد لضمان أمنه وسلامته ورضاه السليم والحر بالعملية التعاقدية، وتمكينه من الرجوع على عارض المنتوج عند الضرر[2].

أمَّا البيئة الرقمية فإن المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر فرض التزام الإعلام الالكتروني على المورد، وقد نص في المادة 05 منه على أنه:" بغض النظر عن أحكام هذا المرسوم، تطبق على المنتجات المعروضة للبيع عن طريق وسائل الاتصال عن بعد القواعد الآتية:

1- تقدم البيانات الإجبارية المنصوص عليها في هذا المرسوم، باستثناء تلك المتعلقة بمدة صلاحية المنتجات، قبل إتمام الشراء وتظهر على دعامة البيع عن بعد، حيث ترسل بأي طريقة أخرى مناسبة ومحددة بوضوح من طرف المتدخل المعني.

2- تقدم كل البيانات الإجبارية وقت التسليم.

---

[1] شريفة الماحي فاطيمة زهرة، **(مدى فعالية القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في حماية المستهلك الإلكتروني من تجاوزات الموردين الإلكترونيين)**، مجلة الجهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تمنراست، الجزائر، المجلد 10، العدد 03، تاريخ النشر: 2021/11/01، (ص. ص178-176)، ص183.

[2] عادل عميرات، **المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، دراسة في القانون الجزائري**، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة، أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2015-2016م، ص81.

وازدادت الحماية بصدور القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية الذي أوجب على كل مورد إلكتروني أن يسبق معاملاته التجارية الإلكترونية بعرض تجاري الكتروني (المادة 10) مقدم بطريقة مرئية، مقروءة ومفهومة تتضمن على الأقل معلومات حددتها المادة 11 منه على سبيل المثال، منها ما يتعلق بـ:

- البيانات الشخصية للمورد كرقم التعريف الجبائي الخاص به، رقم هاتفه، عناوينه المادية والإلكترونية، رقم السجل التجاري أو البطاقة المهنية للحرفيين الخاصة به.

- الخصائص الأساسية للسلع أو الخدمة محل هذا العرض كطبيعتها وخصائصها والأسعار مع احتساب الرسوم.

- شروط تنفيذ المعاملة التجارية (العقد)، طريقة تأكيد الطلبية، كيفيات ومصاريف وأجال التسليم، طريقة حساب السعر خاصة في حالة عدم إمكانية تحديده مسبقا، كيفيات وإجراءات الدفع، شروط فسخ العقد عند الاقتضاء، طريقة تأكيد الطلبية، طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه، شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع.

- شروط صحة التعاقد: كبيان حالة توفر السلعة أو الخدمة، وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية، مدة صلاحية العرض، شروط وآجال العدول.

- شروط ذات صلة بالطلبية المسبقة حسب نص المادة 06 من القانون 18-05 السالف الذكر، هي تعهد بالبيع يمكن أن يقترحه المورد الإلكتروني في حالة عدم توفر المنتوج، وهو ما يتعيَّن عليه في عرضه التجاري وفقًا لنص المادة 11 من نفس القانون ذكر وتحديد موعد تسليم المنتوج موضوع هذه الطلبية المسبقة[1].

كما يفرض عليه نفس القانون بموجب المادة 12 منه التزام بوضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الالكتروني، حتى يتمكن من التعاقد معه بعلم ودراية تامة، وللمستهلك كامل الحق في إمكانية طلب إبطال العقد وطلب التعويض عن الضرر اللاحق به، إذا لم يحترم المورد الإلكتروني الالتزامات المفروضة عليه بموجب المادتين10 و13 من نفس القانون[2].

[1] راجع في ذلك: المواد 06 و10 و11 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.

[2] شريفة الماحي فاطيمة زهرة، مرجع سابق، ص185.

ولم يفرض القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية لغة معيَّنة لتنفيذ الالتزام بالإعلام، وعلى عكس القانون 09-03[1] الذي اشترط في مادته 17 أنه يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة[2]، كما نصت المادة 18 على أن يتم تحرير بيانات الوسم وغيرها من المعلومات باللُّغة العربية، ولا حرج من زيادة لغة أخرى سهلة الفهم من المستهلكين[3].

ثانيًا: الحق في الحماية من الإشهار أو الدعاية التضليلية

الإشهار الإلكتروني: هو كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة الى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية[4].

وحسب المادة 56 من المرسوم التنفيذي 13-378 فإنه تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنهما إحداث لبس في ذهن المستهلك، فمتى كان من شأنه خداع المستهلك كان إشهارًا تضليليًا[5]، بمعنى متى كان الإشهار يحتوي على معلومات مغلوطة من شأنها إقناع المستهلك بالمنتج إقناعًا خاطئ بحيث يبني قناعته عن غلط كنا أمام إشهار تضليلي، وأمثلة الإشهارات التضليلية في البيئة الرقمية المعاصرة عديدة ومتنوعة، فكثيرًا ما يعرض المستهلك الإلكتروني صورًا تعبر عن خيبات أملهم على مواقع التواصل الاجتماعي أو على منصة اليوتيوب في المنتجات التي طلبوها بموجب عقود الكترونية.

ولعلَّ أغلب الأمثلة تخص الملابس بحيث يستلمون ملابس تتشابه مع الملابس التي طلبوها فقط في الألوان، والسبب في ذلك هو الإشهار التضليلي الذي غالبًا ما ينطوي على تلبيس عارضة أو عارض ملابس جميلة تتناسب وحجم خصرهم بألوان جميلة، وتبدوا فوقهم أمَّا مريحة جدًا أو جذابة

[1] أنظر: المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدَّل والمتمم.

[2] عادل عميرات، مرجع سابق، ص79.

[3] أنظر: المادة 18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدَّل والمتمم.

[4] المادة 06 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، السالف الذكر.

[5] مسكين حنان، **(حماية المستهلك من الإشهارات التجارية المضلِّلة في التشريع الجزائري)**، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد07، العدد 03، سبتمبر2020، تاريخ النشر: 2020/04/05، (ص. ص360-399)، ص360.

الأمر الذي يدفع حتى أغلبية الأشخاص الذين يرون الإشهار يقومون بطلبه إلكترونيا، والنتيجة هي وصول طلبية لا علاقة لها بالإشهار لا من حيث الحجم ولا من حيث الألوان.

واكتفى القانون 18-05 كذلك بتقرير الشروط الواجب توافرها في كل إشهار أو ترويج يتم عن طريق الاتصالات الالكترونية حتى يكون صحيحًا في نظر القانون والمتمثلة في:

1- أن يكون الإعلان أو الترويج أو أيَّة رسالة ذات طبيعة تجارية محدَّدة بوضوح تام تفاديًا لأي فخ قد يوقع المستهلك الإلكتروني ويدفعه إلى التعاقد أو يجبره على التعاقد رغمًا عنه خاصة وأن عالم الاتصالات الإلكترونية هو عالم الأزرار، فقد يؤدي لبس الدعاية أو الإعلان إلى فضول المستهلك الإلكتروني، الذي يجعله يضغط زرًا ما فيقع تحت واجب التعاقد.

2- أن يسمح تصميم رسالة الدعاية أو الإعلان بتحديد هوية الشخص الذي صممه، بمعنى هوية المورد الإلكتروني بكل سهولة؛

3- أن لا يمس الإعلان بالآداب العامة والنظام العام؛

4- أن تتم الإشارة وجوبًا إذا كان العرض محل الإعلان أو الدعاية يشمل تخفيضا أو مكافئة أو هدية خاصة وأن هذه المحفزات هي وراء الأقدام على الطلبية في العديد من الحالات؛

5- أن يتأكد المورد الإلكتروني أن الجميع الشروط الواجب توافرها للاستفادة من العرض التجاري محل الإعلان ليست مضلِّلة أو غامضة وهو التزام ببذل عناية، بحيث يتوجب عليه أن يضع نفسه مكان المستهلك الإلكتروني حتى يتحقق من أن الشروط التي وضعها هي شروط واضحة لا تطرح أي إشكال، ولا يمكن أن تمس بأي شكل من الأشكال برضا المستهلك الإلكتروني[1].

وفي نفس الإطار فقد فرض القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، على المورد الإلكتروني بموجب المادة 32 منه، ضرورة إقامة منظومة إلكترونية تسمح للمستهلك الإلكتروني بالتعبير عن رضاه أو رفضه تلقي أي إشهار عن طريق الاتصالات الإلكترونية دون أيَّة مصاريف أو مبررات[2]، وكثيرة هي الأمثلة في هذا الشأن بحيث نتلقى عند زيارتنا لبعض المواقع الإلكترونية

[1] راجع في ذلك: المادة 30 من رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، السالف الذكر.

[2] تنص المادة 1/32 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية على أنه:" يجب على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الالكترونية، دون مصارف أو مبررات...".

نوافذ استفسار مفاجئة، تحمل أسئلة مثل: هل ترغب في تلقي الإشعارات؟ هل تريد تلقي إعلانات حول خدمة؟ هل ترغب في الاشتراك في خدمة؟

أمّا في حالة موافقة المستهلك الإلكتروني على تلقي الإعلانات لاسيما خلال خدمة الاشتراك الشهري، فبعد تسجيل طلبه وموافقته يلزم المورد الإلكتروني في هذه الحالة بتسليم وصل استلام، وفي حالة أي نزاع وجب على المورد الإلكتروني، إثبات أن إرسال الإشهارات الإلكترونية كان قد خضع للموافقة المسبقة والحرة للمستهلك الإلكتروني[1].

وفي حالة أي نزاع بشأن الإشهار في حق المستهلك الإلكتروني يعاقب المورد الإلكتروني بغرامة مالية من 50.000 دج إلى 500.000 دج دون المساس بحق المستهلك الإلكتروني في التعويض[2].

الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني بعد التعاقد

بعد تأكيد الطلبية من قبل المستهلك الإلكتروني من خلال الضغط على مختلف الأزرار، التي تعبر صراحة عن قبوله التعاقد، يتكون العقد الإلكتروني بقوة القانون ولا تتوقف حماية المستهلك الإلكتروني بعد ابرام العقد على مجرَّد الحماية العادية المعهودة في البيئة المادية، والتي تظهر في شكل مجموعة من الالتزامات تقع على عبء المورد الإلكتروني، كالالتزام بالفوترة (إرسال فاتورة للمستهلك الإلكتروني أو الالتزام بإرسال نسخة من العقد الالكتروني) بل تمتد لتشمل حقوق أخرى غير معترف بها للمستهلك في البيئة المادية، ويتعلق الأمر أساسًا بالحق في العدول أو ما يعرف بحق الرجوع وكذا الحق في حماية بياناته الشخصية.

أولاً: الحق في العدول

و يسمى بخيار الرجوع ومهلة التفكير أو حق الندم[1]، بمعنى حق التراجع عن اقتناء المنتوج أو الخدمة، ورده للمورد حتى بعد إبرام العقد ولكن خلال مدة زمنية محدَّدة، وعرفته المادة 02 من قانون

[1] راجع في ذلك: المادة 2/32 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، السلف الذكر.

[2] شريفة الماحي فاطيمة زهرة، مرجع سابق، ص187.

رقم 18-09 المعدِّل والمتمم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[2] بأنه حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب، بحيث يعدُّ ذلك الحق استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد[3]، كل ذلك في سبيل حماية المستهلك الذي يبقى الطرف الضعيف في العلاقة، وهو معترف به لكل من المستهلك في البيئة المادية والرقمية على حد السواء، غير أن نطاقه محصور في حالة ظهور عيب في المنتوج بالنسبة للمستهلك في البيئة المادية، على عكس المستهلك الإلكتروني الذي وفقًا لنص المادتين 22 و23 يمكن أن يمارسه في عدَّة حالات هي:

1- حالة عدم احترام آجال التسليم من قبل المورد الإلكتروني

نصت عليه المادة 22 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ومفادها إمكانية إعادة إرسال المنتوج الى المورد الإلكتروني، إذا لم يحترم هذا الأخير موعد التسليم المتفق عليه في العقد الإلكتروني المبرم بينهما، ويمكن القول أن هذا الحق يعتبر في هذه الحالة جزاء مدنيًا في حق المورد الإلكتروني، غير أن ممارسته تتوقف على مجموعة الشروط هي:

أ- عدم احترام المورد الإلكتروني لموعد التسليم

نجد المادة 22 اكتفت بذكر "عدم احترام آجال التسليم"، غير أن المادة 18 من نفس القانون في فقرتها الثانية، كانت قد سبقتها في التماس العذر للمورد الإلكتروني، بحيث يمكنه التحلُّل من كامل مسؤولياته أو من جزء منها، إذا أثبت في هذه الحالة أن سوء التسليم أو انعدامه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة قاهرة[4].

ب-إعادة المنتج في ظرف أربعة(4) أيام

بمعنى أن ممارسة هذا الحق (الحق في العدول وإرجاع المنتوج) محدَّدة بمدة أربعة أيام يبدأ احتسابها من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، ويسقط هذا الحق بعد مرور هذه المدة أيًا كانت الظروف،

---

[1] عبدلي حميدة ، عبدلي وفاء، **(حق المستهلك الالكتروني في الرجوع عن التعاقد بين قصور النص القانوني وواقع الممارسة)**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، المجلد 05، العدد 02 ،2020، ص221.

[2] القانون رقم 18-09 المؤرخ في 2018/06/10 المعدِّل والمتمم للقانون 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 35، الصادرة بتاريخ 2018/06/13، ص6.

[3] عبدلي حميدة، عبدلي وفاء، مرجع السابق، ص219.

[4] شريفة الماحي فاطيمة زهرة، مرجع سابق، ص188.

بحيث أن القانون 18-05 لم يعط للمستهلك الإلكتروني الحق في تمديد هذه المدة، إذا ما أثبت أن عدم احترامها أو عدم ممارسته لحق العدول خلالها كان لسبب خارج عن إرادته فمثلا: إذا ما صادف هذه المدة موت قريب له أو إصابته بمرض، سقط حقه في رد المنتوج بالرغم من أن عدم رده للمنتوج خلال مدة أربعة أيام كان لسبب خارج عن إرادته[1].

ج- إعادة المنتوج على حالته

بمعنى رد المنتوج في الحالة التي كان عليها عند التسليم الفعلي له، وليس بعد استعماله أو تجربته، فإذا جرَّب المستهلك الإلكتروني المنتج أو فتح التعليب أو مارس أي فعل عليه سقط حقه في الرد، لأن الأمر هنا يتعلق بعدم احترام آجال التسليم وليس بمدى مطابقة المنتوج أو مدى صحته وسلامته، إذا توافرت تلك الشروط الثلاثة وجب على المورد الإلكتروني إرجاع المبلغ المدفوع للمستهلك الإلكتروني إذا كان الدفع مسبقًا، إضافة إلى نفقات إعادة المنتوج وكذا التعويض عن الضرر اللاحق به، وذلك في أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ استلام المنتوج[2].

2- حالة عدم المُطابقة

بمعنى عدم مطابقة المنتوج محل طلبية المستهلك الإلكتروني للمنتج الذي تسلمه، إمَّا من حيث اللون أو من حيث النوع أو من حيث الحجم... على حسب موضوع الطلبية، والمطابقة في مفهوم المادة 03 من القانون 09-03 هي استجابة كل منتوج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوحة الفنية، وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به. فمثلاً: إذا اختار المستهلك الإلكتروني هاتفا نقال من نوع (Redmi Note8 pro) وأقام طلبيته عليه، وعند حلول آجال التسليم يتفاجئ بوصول هاتف نقال من نوع آخر هو (Redmi Note9)، جاز له في هذه الحالة رد المنتوج على أساس عدم المُطابقة. أو مثلا، إذا اختار أثاثًا لبيته مصنوع بخشب من نوع (Hêtre)، ويتم صبغه باللون الأسود لتفاجئ بوصول الطلبية بلون مُغاير.***

[1] تنص المادة 22 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه:" في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، يمكن المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته العادية في أجل أقصاه أربعة (04) أيام عمل أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في التعويض عن الضرر".

[2] شريفة الماحي فاطيمة زهرة، مرجع سابق، ص189.

والجدير بالذكر أن المادة 23 من القانون 18-05 لم تفرق هنا إذا ما كان عدم المُطابقة يعود لخطأ من قبل المورد الإلكتروني، وهو أمر مُحتمل الوقوع أو لتدليس والذي يُمكن ربطه بالإشهار التضليلي وهو الشائع، فكثيرًا ما يطلب المستهلك الإلكتروني منتجًا من نوع معين أو ذو جودة معينة لتفاجئ عند وصول طلبيته بمنتج بخصائص مغايرة أو ذو جودة متردية، واكتفت المادة 23 فقط بتقرير حق العدول ورهنته بالشروط التالية:

- إعادة إرسال المنتج في غلافه الأصلي وبكفي في هذا الشأن مُجرد اطلاع المستهلك على طلبيته، للتأكد من مدى المطابقة فقط لا أكثر فإذا اكتشف عدم المطابقة وجب عليه ترك المنتج في الحالة التي استلمه عليها وهو مسئول في هذه الحالة ببذل عناية؛
- إعادة إرسال المنتج خلال مدة أربعة (04) أيام يبدأ احتسابها من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، فإذا مرت هذه المدة دون إعادة إرسال المنتوج سقط حقه في رده وفي طلب التعويض؛
- الإشارة إلى سبب رفض المنتوج، وذلك في سبيل منح فرصة للمورد الإلكتروني لتصحيح خطئه، لاسيما في حالة غلطه، أو التراجع عن فعل التدليس إذا كان عدم المُطابقة مُتعمدًا من قبله[1].

إذا توافرت هذه الشروط وفي ظرف 15 يومًا ابتداءً من تاريخ استلام المنتوج، وجب على المورد الإلكتروني:

- إما تسليم منتوج جديد مُطابق للطلبية دون الإخلال بإمكانية مُطالبة المستهلك بالتعويض في حالة وقوع الضرر.
- إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مُطالبة المستهلك بالتعويض في حالة وقوع الضرر[2].

3- حالة المنتوج المعيب

فأحيانًا يكون المنتوج مُطابقًا للطلبية التي قام بها المستهلك الإلكتروني غير أن به عيبًا بحول دون استعماله بشكل سليم فقد يطلب المستهلك الإلكتروني تلفازًا بخصائص مُحدَّدة، ويتلقى منتجًا مطابقا لطلبيته، لكنه لا يشتغل أو أنه يشتغل لكن يُصدر صوتًا مزعجًا، والجدير بالملاحظة أن

[1] أنظر: المادة 23 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، السالف الذكر.

[2] شريفة الماحي فاطيمة زهرة، مرجع سابق، ص190.

المادة 23 من القانون 18-05 اتجهت أكثر إلى العيوب الظاهرة، ولم تتحدث عن العيوب الخفية وتجد هذه الملاحظة صحتها في نقطتين:

1- في مفهوم العيب الخفي الذي ينصرف إلى أنه ذلك العيب الذي يكون موجودا وقت المبيع ولكن ليس بوسع المشتري تبينه أو اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية؛

2- في المدة التي حددتها المادة 23 من القانون 18-05 للمستهلك الإلكتروني لرد المنتوج المعيب، والمتمثلة في أربعة أيام ابتداء من تاريخ وصول المنتوج، وهي مدة غير كافية لمعاينة العيوب واكتشاف ما خفي منها.

وحتى يستفيد المستهلك الإلكتروني من حق العدول لعيب في المنتوج، يجب توافر الشروط المذكورة في المادة 23 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المذكورة سابقًا في حالة عدم المطابقة، ومن ثم ويتعيَّن على المورد الإلكتروني وفي ظرف 15 يومًا ابتداء من تاريخ استلام المنتوج ما يلي:

- إما القيام بإصلاح المنتوج المعيب؛

- أو استبدال المنتوج بآخر مائل؛

- أو إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع الضرر[1].

ثانيًا: الحق في حماية بياناته الشخصية

يعترف القانون 18-05 للمورد الإلكتروني بإمكانية تجميع المعطيات ذات الطابع الشخصي وتشكيل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين، غير أن ممارسة هذا الحق مرتبط بمجموعة من الالتزامات حدَّدتها المادة 26 منه وهي:

- أن تشمل هذه العملية البيانات الضرورية فقط واللازمة لإبرام المعاملة التجارية؛

- تحصيل الموافقة المُسبقة للمستهلك الإلكتروني قبل الشروع في عملية الجمع؛

[1] شريفة الماحي فاطيمة زهرة، مرجع سابق، ص191.

– ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات؛

– الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها[1].

والجدير بذكر أن المادة 26 ذكرت نوعين من الزبائن: زبائن (عاديين) وزبائن(محتملين)، دون تحديد المقصود بعبارة "زبون محتمل" ثم عادت لتوظف بعدها عبارة 'المستهلك الإلكتروني" لنفهم من وراء ذلك أن كل من الزبون العادي والزبون المحتمل هما عبارة عن مستهلكين إلكترونيين في مفهوم هذه المادة، أما عن مفهوم "الزبون المحتمل" أو 'العميل المحتمل"، فهو كل شخص يتواصل مع العلامة التجارية، بحثًا عن مزيد من المعارف أو المعلومات عن المنتج أو الخدمة، ويكون مُستعدًا لتقديم أيَّة معلومات شخصية مثل بريده الإلكتروني مُقابل الحصول على المُحتويات الهامة[2].

يُفهم من ذلك أن الزبون المحتمل في البيئة الرقمية يتشابه إلى حد ما بعنصر الشهرة في المحل التجاري، التي تنصرف إلى أنها مجموعة الزبائن العارضين الذين يرغبون في التعامل مع هذا المحل التجاري، ووجه الشبه بينهما يظهر في كون أن كل من الزبون المُحتمل والزبون العارض، يبديان الرغبة في التعامل مع التاجر المعني، غير أن إرادة الزبون المحتمل أكثر وضوحًا في كونه يُبدي استعداده لتقديم أيَّة معلومة شخصية، في سبيل الحصول على أخبار المنتج أو الخدمة وآخر التحديثات التي تُشكل بالنسبة له تحفيزًا على التعاقد[3].

وكثيرة هي النوافذ التي تظهر عند زيارتنا لبعض المواقع الإلكترونية والتي تعرض على المتصفح الاشتراك الشهري بمقابل أو مجانًا مُقابل تلقي آخر الأخبار عن منتجات أو خدمات علامة تجارية معيَّنة، في شكل رسائل أو إشعارات (Notifications)، والتي من شأنها أن تكون دافعًا إلى رغبته في التعاقد من أجلها، هذا ولم تُحدِّد المادة أو القانون 18–05 في مجمله مفهوم عبارة

[1] راجع في ذلك: المادة 23 من القانون رقم 18–05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، السالف الذكر.

[2] راجع في ذلك: المادة 26 من القانون رقم 18–05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، السلف الذكر

[3] شريفة الماحي فاطيمة زهرة، مرجع سابق، ص191.

"المُعطيات ذات الطابع الشخصي"، ولكن القانون رقم 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال مُعالجة المُعطيات ذات الطابع الشخصي قد سد الفراغ في هذا الشأن[1].

فحسب نص المادة 03 من القانون رقم 18-07 يُقصد بالمُعطيات ذات الطابع الشخصي، كل معلومة متعلقة بشخص معرَّف أو قابل للتعرُّف عليه لاسيما بالرجوع إلى عنصر أو عدَّة عناصر خاصة بهويته البدنية، أو الفيزيولوجية، أو الجينية، أو البيومترية، أو النفسية، أو الاجتماعية، أو الثقافية، أو الاقتصادية، ومنه فهي كل المعلومات التي تكشف عن هوية الشخص أو تسهل إمكانية التعرُّف عليه وكشف هويته[2].

أمَّا عن عملية مُعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، فيُقصد بها حسب نفس المادة كل عملية أو مجموعة العمليات المنجزة بوسائل آلية أو غيرها من الوسائل: مثل عمليات الجمع، التسجيل، التنظيم، الحفظ ، التغيير، الاطلاع، النشر،...إلخ، أمَّا الموافقة فهي حسب نفس المادة كل تعبير عن إرادة صادر من الشخص نفسه أو من ممثله الشرعي، يبدي فيه موافقته على مُعالجة المُعطيات الشخصية المتعلقة به بطريقة يدوية أو إلكترونية، ويفرض القانون 18-07 على المورد الإلكتروني بصفته مسؤولاً عن المعالجة، الالتزام بسرية وسلامة المعلومات[3].

وفي حالة مُخالفته لهذه الالتزامات يخضع لعقوبات إدارية وأخرى جزائية نصت عليها المواد من 46 إلى 74 من القانون 18-07، بحيث يختلف الجزاء باختلاف نوع الفعل الذي ارتكبه المورد، بصفته مسؤولاً عن المُعالجة في حق المستهلك الإلكتروني أو بصفته الشخص المعني[4].

المطلب الثاني: حماية المستهلك الالكتروني بموجب القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين

إن طغيان العقود النموذجية على التعاقد عبر الانترنت ساهم في ظهور فكرة الحماية الإلكترونية للمستهلك، ومن أجل توفير تسهيل الإقدام على هذه المعاملات، وبذلك فلا يكفي الإقرار

---

[1] القانون رقم 18-07 المؤرخ في 2018/07/10، المتعلق بحماية الأشخاص الطبعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر العدد 34، الصادرة بتاريخ 07/10/ 2018، ص11.

[2] شريفة الماحي فاطيمة زهرة، مرجع سابق، ص193.

[3] شريفة الماحي فاطيمة زهرة، مرجع سابق، ص193.

[4] راجع في ذلك: المواد من 46 إلى 74 من القانون رقم 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، السالف الذكر.

فقط عن هذه الحماية في التعاقد، نظرًا لكونها تبعث بالمستهلك للإقدام على هذه التعاملات وإن حدث خلَّل في التعاقد ستكون محميًا، بل يجب توفير آليات وقائية تبعث الثقة في نفسه، ويعتبر توثيق هذه المعاملات بين المتعاقدين وختمها بتوقيع إلكتروني أكثر الجوانب الوقائية لها، وكذلك الهيئات التي تساعد المستهلك للدفاع عن حقوقه كجانب علاجيًا لها.

الفرع الأول: حماية التوقيع الإلكتروني

يعتبر أخطر موقف يمكن أن يتعرض له المستهلك الإلكتروني هو صعوبة إقامة دليل على وجود العقد بطريقة إلكترونية، ممَّا يتطلب الاعتماد على التوقيع الإلكتروني كآلية وقائية للمستهلك الإلكتروني، وقد ظهر التوقيع الإلكتروني كنتيجة للتطور الكبير الذي عرفته المعلوماتية، بحيث حلَّ محل التوقيع التقليدي الذي يعتبر كورقة رابحة في يد المستهلك الإلكتروني، وهو يعدُّ بمثابة الدرع الواقي له من مختلف المخاطر التي قد يتعرض لها، لهذا يجب معرفة مفهوم التوقيع تم معرفة أنواعه.

أولاً: مفهوم التوقيع الإلكتروني

لمعرفة مفهوم التوقيع الالكتروني لابد من تناول تعريفه ثم نتناول شروطه.

1- تعريف التوقيع الإلكتروني

إن شيوع عمليات التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت وتنامي استخدام السندات والعقود الإلكترونية التي تفرض تقنية التوقيع الإلكتروني، قد أدى إلى تدخل التشريعات الدولية والوطنية لتنظيم هذه المفاهيم الحديثة.

حيث أنه بالرجوع الى المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الثالث عشر نجده عرَّف التوقيع الالكتروني على أنه:" بيان أو معلومة معالجة إلكترونيا ترتبط منطقيًا بمعلومات أو بيانات إلكترونية أخرى كرسالة أو محرَّر والتي تصلح كوسيلة لتمييز الشخص وتحديد هويته[1].

ويلاحظ أن التوجيه الأوروبي قد تبنَّى تعريفًا واسعًا للتوقيع الإلكتروني، بحيث لا يقتصر على التوقيع الشخصي بالمعنى الضيق والذي يكفل للمحرَّر أو المستند حجيته القانونية في الإثبات، بل

[1] سمرة بوخاري، **الضمانات القانونية للمستهلك الإلكتروني في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، الجزائر، السنة الجامعية: 2019-2020، ص80.

جاء عامًا وشاملاً بحيث يشمل أشكالاً أخرى، تتمثل في تحديد صاحب التوقيع وتمييزه في الاستعمالات المختلفة لأنظمة المعلومات.

أمَّا عن المشرع الجزائري فقد جاء بالقانون 15-04[1] الخاص بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث نجد أن المادة 2 منه عرفت التوقيع الإلكتروني العادي على أنه": بيانات إلكترونية في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيًا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق"، وعلى ذلك فإن المشرع الجزائري سار على التعريف الذي أخذ به القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونيسترال مع تغيير بعض المصطلحات مثل: تستعمل كوثيقة للتوثيق، والمراد بها هو أن تستخدم لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني.

وقد عرَّفت المادة 02 الموقِّع في الفقرة الثانية منه بأنه:" شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله"، كما نصت كذلك المادة 01/03[2] من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات، بأن التوقيع الإلكتروني هو مطي ينجم عنه استخدام أسلوب عمل يستجيب لشروط محدَّدة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر1، أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد تضمنت التوقيع المؤمن أو الموصوف.

وكخلاصة عن هذه التعريفات نجد أن التوقيع الإلكتروني يتميز بمجموعة من الخصائص أهمها :

- التوقيع الالكتروني يتم عبر وسائل إلكترونية وعن طريق أجهزة الحاسب الآلي والانترنت أو على اسطوانة؛

[1] القانون 15-04 المؤرخ في 01/02/ 2015 المتعلق بقواعد التوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر العدد 06، الصادرة بتاريخ 2015/02/10.

[2] المرسوم التنفيذي 07-162 الصادر في 2007/05/30 المعدِّل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 والمؤرخ في 2001/05/09، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر العدد 37، الصادرة بتاريخ 07 /2007/06.

– لم يشترط في التوقيع الإلكتروني صورة معيَّنة، حيث أنه يمكن أن يأتي في شكل أو حرف أو رمز أو إشارة أو حتى صوت ،المهم أن يكون المهم فيه أن يكون ذو طابع منفرد يسمح بتمييز شخص صاحب التوقيع ،وتحديد هويته ، وإظهار رغبته في إقرار العمل القانوني و الرضا بمضمونه؛

– الوظيفة الرئيسية للتوقيع الإلكتروني هي الحفاظ على مضمون المحرر الالكتروني وتأمينه من التعديل بالإضافة أو الحذف وذلك عن طريق ربط المحرَّر الإلكتروني بالتوقيع الإلكتروني؛

– التوقيع الإلكتروني يحقق الأمان والخصوصية والسرية في نسبته للموقع، وبالنسبة للمتعاملين وخاصة مستخدمي شبكة الانترنت.

– التوقيع الإلكتروني يحدِّد شخصية الموقع ويميزه عن غيره.

2- شروط التوقيع الإلكتروني

لكي يقوم التوقيع الإلكتروني بوظيفته يجب أن تتوفر في هذا التوقيع مجموعة من الشروط، كأن يكون مطابقًا لشخص صاحبه، وأن يتم وفق الطريقة الصحيحة التي أعتاد الشخص استعمالها للتعبير عن مواقفه على مضمون محرَّر معيَّن، فيجب أن يدل هذا التوقيع على صاحبه أو الموقِّع، كما يجب أن يتمتع بالديمومة والاستمرارية، وأن يكون مسجلاّ بالمحرَّر، وأن يكون كلاً لا يتجزأ، حيث نصت المادة 05 [1]من القانون النموذجي للأونيسترال للتجارة الإلكترونية عام 1996 على أنه:" لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها وقابليتها للتنفيذ لمجرَّد أنها في شكل رسالة بيانات"، أي لا يمكن رفض التوقيع الإلكتروني لمجرَّد أنه في شكل إلكتروني.

حيث أن التوقيع الإلكتروني يكون باستخدام وسائط إلكترونية، واشترطت القوانين الوطنية المختلفة بشأن التوقيع الإلكتروني لاحتجاج به عدَّة شروط يمكن إجمالها فيما يلي:

– إثبات هوية الطرف الموقع؛

– أن يتم توقيع الوسائل الخاصة وتحت سيطرته؛

– أن ينفرد به الشخص الذي أصدره؛

[1] علاء محمد عبد النصيرات، **حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص.36.

– أن يكون التوقيع مرتبطًا بالرسالة الإلكترونية؛

– الموقِّع ملزم ببذل العناية المعقولة والحيطة اللازمة، لتفادي التوقيع الإلكتروني استخدامات غير مأذونه[1].

ثانيًا: صور التوقيع الإلكتروني

لقد أدى اختلاف التقنية المستخدمة في تشغيل منظومة التوقيع الإلكتروني إلى ظهور عدّة صور للتوقيع الإلكتروني تمثلت فيما يلي:

1- التوقيع الرقمي

يتمثل هذا التوقيع في رقم سري ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسب آلي[2] ينشأ دالة رقمية للرسالة الإلكترونية، يجري تشفيرها بإحدى خوارزميات المفتاح العام والمفتاح الخاص، يتم الحصول على التوقيع الرقمي عن طريق التشفير، وذلك بتحويل المحرَّر المكتوب والتوقيع الوارد عليه من نمط الكتابة العادية الى معادلة رياضية، وذلك باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية لوغارتميات، ومؤدى ذلك تحول المستند الإلكتروني من صورته المقروءة والمفهومة إلى صورة رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة، ولا يكون بمقدور أي شخص إعادة هذه المعادلة اللوغارتمية إلى صورتها المقروءة إلا الشخص المالك لمفتاح التشفير[3].

ويسعد التشفير عبارة عن تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها الى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها، ويعتمد التوقيع الرقمي على التشفير المتماثل مثل التلكس والبطاقات البلاستيكية والتشفير غير المتماثل، وهو الذي عرَّفه المشرع الجزائري في المادة 8/2 من القانون 15-04[4] كما عرَّفه أيضًا بنص المادة 9/2 من نفس القانون

---

[1] بشار محمود دودين، **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص248 .

[2] لزهر بن السعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية**، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014، ص170 .

[3] عبد الحميد ثروة، **التوقيع الالكتروني**، ماهيته ومخاطره وكيفيته، مدى حجيته في الإثبات، الطبعة الأولى ، دار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، دون سنة، ص267.

[4] تنص المادة 8/2 من القانون 15-04 على أن:" مفتاح التشفير الخاص هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريًا الموقع فقط وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي".

بأن المفتاح العام: هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور، بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني.

2- التوقيع بالقلم الإلكتروني

وهو عبارة عن قلم إلكتروني حسابي يمكن استخدامه بالكتابة على شاشة الحاسب الآلي الخاص بالموقع، ويتم ذلك باستخدام برنامج هو المسيطر والمحرك لهذه العملية.

3- التوقيع الإلكتروني البيومتري

يعتمد هذا النظام على الصفات المميزة لإنسان وخصائصه الطبيعية والسلوكية التي تختلف من شخص الى أخر، كبصمة الأصابع وبصمة شبكة العين ونبرة الصوت ودرجة ضغط الدم والتعرف على الوجه البشري.

الفرع الثاني: هيئات التصديق الإلكتروني

ويتم تحديد هيئات التصديق الإلكتروني من خلال تعريفها، والشروط الواجب توافرها فيها:

أولاً : تعريف جهات التصديق الإلكتروني

عرَّف المشرع الجزائري جهات التصديق الإلكتروني في القانون رقم 15-04 في نص المادة 12-11/2 بين نوعين من جهات التصديق الإلكتروني بحسب القطاع الخاص أو العام، الذي تمارس فيه خدمات التصديق فأطلق المشرع صفة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في القطاع الخاص، حيث نص في الفقرة 12 على أنها كل:" **شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة وقد يقدم خدمات متعلقة بالتصديق الإلكتروني**" .

أمَّا الطرف الثالث الموثوق فنص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 11 من نفس المادة على أنه:" **كل شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي**".

وبذلك نجد أن المشرع الجزائري ميَّز لنا بين نوعين من جهات التصديق وهما:

1- الطرف الثالث الموثوق

وهو لا يكون إلا شخص معنوي ولا يصدر إلا شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، ولفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي فقط دون الجمهور مثل الإدارات والوزارات ...إلخ، وهو يخضع لرقابة السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني[1]، والتي هي سلطة تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال، تتمتع بالاستقلال المالي والشخصية المعنوية، تكلف بمتابعة ومراقبة نشاط التصديق الإلكتروني وكذا توفير خدمات التصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي.

2- مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

وهو شخص طبيعي أو معنوي يصدر شهادات تصديق إلكتروني بسيطة أو موصوفة لفائدة الجمهور، بحيث يخضع لرقابة السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، والتي هي السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، تكلف بمتابعة ومراقبة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، الذين يقدمون خدمات التوقيع والتصديق الإلكترونين لصالح الجمهور[2].

ثانيًا: الشروط الواجب توافرها في جهات التصديق الإلكتروني

تتمثل الشروط الواجب توافرها في جهات التصديق الإلكتروني، في الشروط الفنية والمالية والشخصية بالإضافة إلى الشروط الإدارية.

1- الشروط الفنية والمالية

وسنتناول الشروط الفنية ثم الشروط المالية.

أ- الشروط الفنية

يقصد بها الشروط الواجب توافرها في طالب الترخيص لمزاولة خدمات التصديق، والمتمثلة في المعرفة الفنية في مجال خدمات التصديق الإلكتروني، بالإضافة إلى تمتعها بالخبرة اللازمة والمؤهلة للقيام بذلك، حيث استوجب على كل طالب ترخيص لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني أن يتمتع بها، وأن يقدم ما يثبت اختصاصه المهني في مجالات الإدارة وعلى وجه الخصوص ما يثبت معرفته في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، وهذا ما اشترطه المشرع الجزائري في المادة 3/34 من

[1] أنظر: المادتين 26 و28 من القانون 15-04 المتعلق بقواعد التوقيع والتصديق الإلكترونيين، السالف الذكر.

[2] أنظر: المادتين 29-30 من القانون 15-04 المتعلق بقواعد التوقيع والتصديق الإلكترونيين، السالف الذكر.

القانون السابق الذكر، وهي مؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي[1].

ب- الشروط المالية

إن تمتع جهات التصديق الإلكتروني بالمعرفة الفنية وحده لا يكفي، بل يجب أن تثبت أنه محل ثقة لممارسة المهام الموكلة لها، وذلك بتقديم ضمانات مالية كافية تمكن من تعويض المتعاملين معها في حالة الإخلال بالالتزامات المفروضة عليها.

حيث بالرجوع الى المشرع الجزائري نجد أنه نص في المادة 2/34 من القانون رقم 15-04 السابق الذكر على ضرورة تمتع جهات التصديق الإلكتروني بقدرة مالية كافية.

2- الشروط الشخصية والإدارية

وسنتناول الشروط الشخصية ثم الشروط الإدارية.

أ- الشروط الشخصية

نظرًا لأهمية وحساسية المهام الموكلة لجهات التصديق الإلكتروني، فقد وضع المشرع الجزائري شروطًا صارمة لإنشاء هذه الأخيرة سواء كانت حكومية أو خاصة، وذلك باشتراط الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي، أمَّا بالنسبة للشخص المعنوي فيجب أن يكون خاضعًا للقانون الجزائري وأن لا يكون قد حكم عليه بجناية أو جنحة تتنافى مع نشاط التصديق الإلكتروني.

ب- الشروط الإدارية

بعد احترام جهات التصديق الإلكتروني لشرط الحصول على شهادة التأهيل، لابد من حصولها على الترخيص الممنوح من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، بموجب المادة 36 من نفس القانون وتبليغ قرار منح أو رفض الترخيص إليها في مدة أقصاها 60 يومًا[2]، وحسب نص

[1] لينا إبراهيم يوسف حسن، **التوقيع الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة بها**، دراية للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2009، ص53.

[2] راجع في ذلك: المواد 39 و40 من القانون 15-04 المتعلق بقواعد التوقيع والتصديق الإلكترونيين، السالف الذكر.

المادة 37 منه فيجب أن يكون رفض منح شهادة التأهيل والترخيص من طرف سلطة ضبط البريد والمواصلات، وفي حالة الموافقة لا بد أن يكون القرار مرفقًا بدفتر الشروط الذي يحدِّد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني، وكذا توقيع شهادة التصديق الإلكتروني الخاصة بمؤدي الخدمات، حيث يمنح الترخيص أو شهادة التأهيل بصفة شخصية ولا يمكن التنازل عنها للغير لمدة 5 سنوات، ويمكن تجديدها عند انتهاء صلاحيته وفقًا لشروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني، ويخضع الترخيص لدفع مقابل مالي يحدَّد مبلغه عن طريق التنظيم.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال المقارنة بين الحماية التشريعية من الشروط التعسفية المقرّرة في القانون المدني، وبين الحماية التشريعية بوضع قواعد خاصة بعقود الاستهلاك الإلكترونية، يتضح أن الاتجاه الأخير هو الأكثر منطقية لأنه يضفي الحماية بغض النظر عمَّا إذا كانت العقود الإلكترونية من عقود الإذعان، ويغنينا عن الجدل الفقهي الذي قد يثور بشأن مدى اعتبار من طائفة تلك العقود، أضف إلى ذلك أنه يراعي خصوصية إبرام العقود بوسائل إلكترونية، بوضع قواعد من شأنها إضفاء الحماية على المستهلك بسبب خصوصية تلك العقود، زيادة على القواعد الواردة في القواعد العامة.

إن ما زاد في تعسف المتدخل كطرف قوي في فرض الشروط التعسفية، ظهور وسائل الاتصال الحديثة التي تمكِّنه من حمل العديد من المستهلكين على التعاقد دون تفكير أو دراسة لبنود العقد، عن طريق الدعاية والإعلان عبر شبكة الانترنت، ممَّا أدّى إلى اختلال التوازن العقدي بين المورد والمستهلك الإلكتروني.

لقد حاول المشرع الجزائري توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني من خلال إدخال وسائل الإثبات الإلكترونية، كوسائل مستحدثة لإثبات العقود ضمن تعديلات القانون المدني، إلا أن الإبقاء على النصوص الكلاسيكية كأساليب الحماية العقدية وأشكال الحماية في قانون العقوبات، يبقى بعيدًا عن إضفاء حماية حقيقية له، من شتى الأخطار التي يتعرض لها نتيجة التعاقد عبر شبكة الانترنت.

ورغم أن المشرع الجزائري بمقتضى أحكام القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ألزم المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك بشروط العقد قبل إبرامه، ومنعه من وضع الشروط التعسفية في نماذج العقود الإلكترونية، ومن ثم إذا وجدت يتعيَّن إبطالها، وعاقب كل مورد إلكتروني يخالف أحد

تلك الالتزامات، كما أنه أجاز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى تعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الإلكتروني، إلا أن إشكالية عدم تنصيب هيئات التصديق الإلكتروني، منذ نص عليها القانون 15-04 المحدِّد للقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونين إلى حد اليوم، حالت دون توفير حماية فعلية للمستهلك الإلكتروني.

خاتمة

خـاتمـة:

من خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أن حماية المستهلك من الشرط التعسفية يهدف الى إقامة إلى التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل أو المورد الإلكتروني ولكن هدا لن يتحقق تلقائيًا، في ظل قصور المبادئ التقليدية المتواجدة في النظرية العامة للعقد، والمنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة (الحرية التعاقدية، الرضائية، القوة الملزمة للعقد، الأثر النسبي للعقد) وعجزها عن تحقيق التوازن العقدي، وعليه فإنه يجب البحث عن السبل الكفيلة بتوفير الحماية اللازمة للمستهلك، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال التأكيد على مبدأ حسن النية عن طريق تكريس تطبيقاته(الشفافية، النزاهة، مراعاة المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك).

كما يجب تعزيز مبدأ التوازن العقدي من خلال تحديث تلك المبادئ التقليدية والبحث عن مبادئ جديدة تضمن تحقيقه، بالإضافة إلى ضرورة التخلّي ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان لضمان حماية واسعة وفعّالة للمستهلك في كافة عقود الاستهلاك، وفي هذا السياق توصلنا إلى جملة من النتائج يمكن إيجازها فيما يلي:

– إن المشرع الجزائري وفقًا للقواعد العامة لم يحدّد معيار واضح ودقيق يعتمد عليه القضاء لمواجهة الشروط التعسفية ما عدا ما تقتضي به العدالة، وهذا ما جعل القاضي المدني حذرًا من الانزلاق في تفسير شروط العقد لاستجلاء حقيقة توافر وصف التعسف من عدمه فيها، ولم ينص على بطلانها واعتبارها كأن لم تكن مع بقاء العقد صحيحاً كما فعل المشرع الفرنسي، بل ترك الأمر مبهماً أمام سلطة القاضي، ممّا جعل الحماية الممنوحة للمستهلك في عقود الإذعان غير كافية.

– أمَّا وفقًا للقواعد الخاصة فإن تدخل المشرع الجزائري كان محتشمًا في مواجهة التعسف في عقود الاستهلاك، حيث أنه في قوانين الاستهلاك تجاهل الجزاء المدني واكتفى بالجزاء الجنائي، ضد كل من تُسوِّل له نفسه تضمين العقد شروطاً تعسفية، كما أنه وقع في تناقض بحيث حدّد الحالات التي تعتبر تعسفاً على سبيل المثال في القانون، بينما وردت في التنظيم على سبيل الحصر، واقتصر في تحديدها على عقود الإذعان، وإن كان من الأحسن توسيعها لتشمل كافة العقود التي تتضمن شروط تعسفية.

– لقد حاول المشرع الجزائري توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني من خلال إدخال وسائل الإثبات الإلكترونية، كوسائل مستحدثة لإثبات العقود ضمن تعديلات القانون المدني، إلا أن الإبقاء على النصوص الكلاسيكية كأساليب الحماية العقدية وأشكال الحماية في قانون العقوبات، يبقى بعيدًا عن إضفاء حماية حقيقية له، من شتى الأخطار التي يتعرض لها نتيجة التعاقد عبر شبكة الانترنت.

– ورغم أن المشرع الجزائري في القانون 18–05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ألزم المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك بشروط العقد قبل ابرمه، ومنعه من وضع الشروط التعسفية في نماذج العقود الإلكترونية، ومن ثم إذا وجدت يتعيَّن إبطالها، وعاقب بالغرامة كل مورد إلكتروني يخالف أحد تلك الالتزامات، كما أنه أجاز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى تعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الإلكتروني، إلا أن إشكالية عدم تنصيب هيئات التصديق الإلكتروني، منذ نص عليها القانون 15–04 المحدِّد للقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونين إلى حد اليوم، حالت دون توفير الحماية اللازمة للمستهلك.

ومن خلال مجموعة النتائج المتوصل إليها فإننا تقترح التوصيات التالية:

– يجب على المشرع تحديد معيار واضح ودقيق يعتمد عليه القاضي المدني لإبطال الشروط التعسفية، بدلاً من معيار العدالة لتحقيق التوازن العقدي، مع ضرورة تكريس فكرة إلغاء الشروط التعسفية واعتبارها كأن لم تكن أصلاً مع بقاء العقد صحيحًا، بدلاً من تعديل تلك الشروط المجحفة أو إعفاء الطرف المذعَن منها.

– نتمنى لو أن المشرع يحدِّد جزاء مدني لكل من يضمّن عقوده شروطًا تعسفية مثل ما فعل المشرع الفرنسي، كما يجب عليه أن يحدّد في التنظيم قائمة من الشروط التعسفية المحظورة بقوة القانون، وأخرى تتضمن شروط يمكن اعتبارها محظورة وعلى من يدعي العكس إثباته، وعدم الوقوع في تناقض من خلال تحديدها مرة على سبيل المثال في القانون، ومرة أخرى على سبيل الحصر في التنظيم.

– كان على المشرع الجزائري أن يحدّد عقوبات جزائية أكثر صرامة في قانون التجارة الإلكترونية وقانون العقوبات لردع المخالفين، نظرًا للزيادة الكبيرة في المعاملات الإلكترونية من جهة، ولغياب المحل فيها وعدم القدرة على معاينته بشكل حقيقي من جهة أخرى، كما يجب عليه تنصيب هيئات التصديق الإلكتروني لإضفاء المصداقية على معاملات التجارة الإلكترونية.

وفي الأخير لا يسعنا إلا القول أن الحماية التي أقرّتها التشريعات للمستهلك في قوانين التجارة الإلكترونية غير مجدية، لأن التعاقد الإلكتروني يتدخل فيه عدَّة أطراف فيكون في بعض الأحيان عابرًا للقارات، ممَّا يجعل من الصعب الوقوف على المسؤول الحقيقي عن تعويض الأضرار التي تلحق المستهلك، بالإضافة إلى تشابك أكثر من نظام قانوني لهذه المسؤولية المهنية عبر شبكة الانترنت، حيث يمكن في هذا الإطار الجمع بين أكثر من مسؤولية، ومن ثم يمكن تطبيق قواعد مأخوذة من المسؤولية العقدية والتقصيرية، لتحقيق الهدف الأساسي وهو تعويض المتضرِّر عمَّا أصابه بسبب الخدمات المقدَّمة.

قائمة المصادر والمراجع

- المراجع:

أولاً: باللغة العربية

I- الكـــتـــب:

1- الكتب العامة:

1- عبد الباقي عمر محمد، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2008م.

2- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، 1998م.

3- ـــــــــــــــــــــــــ، نظرية العقد، المجتمع العلمي العربي الإسلامي، القاهرة، مصر، دون تاريخ.

4- فودة عبد الحكيم ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985م.

5- سلطان أنور، الموجز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998م.

6- سلطح حمدي محمد إسماعيل، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص181.

7- عمر نبيل إسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008م.

8- إبراهيم عبد المنعم موسى، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2007م.

9- القيسي عامر قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002م.

10- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى ، عين مليلة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2006-2007م.

2- الكتب المتخصِّصة:

1- كوثر سعيد، عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012م.

2- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م.

3- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م.

4- جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع الإشارة إلى القوانين الأنجلوأمريكية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، 1990-1991م.

5- سعيد سعد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم، مصر، 1992م.

6- ــــــــــــــــــ، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998م.

7- قاسم محسن حسن، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018م.

8- بن بوخميس علي بولحية، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر.

9- رحمه محمود علي، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2018م.

10- حسين حوي فاتن، الوجيز في قانون حماية المستهلك (دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة الى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد إلكترونيا)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

11- السيد قنديل سعيد، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية، الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2014م.

12- عبد النصيرات علاء محمد، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005م.

13- دودين بشار محمود، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010م .

14 بن السعيد لزهر، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2014م.

15- ثروة عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته ومخاطره وكيفيته، مدى حجيته في الإثبات، الطبعة الأولى ، دار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، دون سنة.

16- إبراهيم يوسف حسن لينا، التوقيع الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة بها، درارية للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2009م.

II- الرسائل الجامعية:

1- أطروحات الدكتوراه:

1- جريفيلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أحمد درارية، أدرار، السنة الجامعية: 2017-2018م.

2- صوالح محمد اعماره، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، السنة الجامعية: 2020-2021.

3- بن شنتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990م.

4- خلوي نصيرة (عنان)، الحماية المدنية للمستهلك عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/07/02م.

5- طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، السنة الجامعية: 2018-2019م.

6- بن عزوز درماش، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2013-2014م.

7- حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2015/09/30م.

8- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، أطروحة دكتوراه في العلوم ، تخصص حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باتنة. السنة الجامعية: 2012/2011م.

9- عميرات عادل، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، دراسة في القانون الجزائري، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2015-2016م.

2- رسائل الماجستير:

3- الحيصة علي مصبح صالح، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكر ماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011م.

2- بن سعيدي سلمة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 2013-2014م.

3- سي الطيب محمد الأمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2007-2008م.

4- العطياوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية: 2010-2011م.

5- خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي قالمة، السنة الجامعية: 2015-2016م.

6- رحمون عامر، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر01، يوسف بن خدة، السنة الجامعية: 2012-2013م.

7- بغدادي مولود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2014-2015م.

8- سلطان سامح محمد كمال، دور القاضي في الإثبات المدني، دراسة تحليلية مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الأزهر، غـزة، سنة 2019م.

9- زيدات رائد، سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة بير زيت، فلسطين، تاريخ المناقشة: 2013/01/21م.

10- بن حديد إبراهيم، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005م.

11- حدوش كريمة، الالتزام بالإعلام في إطار القانون 09-03 المتعلق بالحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، السنة الجامعية: 2011-2012م.

12- معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2014-2015م.

13- الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية: 2001-2002م.

3- مذكرات الماستر:

1- عواد خولة، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، السنة الجامعية: 2013-2014م.

2- غيوم سلمى، الشروط التعسفية بين القانون المدني والقانون وقوانين حماية المستهلك دراسة مقارنة ، مذكرة ماستر في القانون، تخصص عقود مسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، الجزائر، السنة الجامعية: 2015-2016م.

3- قندوز محمد لمين، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أو لحاج البويرة، السنة الجامعية: 2015-2016م.

4- شرقي صونية، حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، السنة: 2017-2018م.

5- بوخاري سمرة، الضمانات القانونية للمستهلك الإلكتروني في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، الجزائر، السنة الجامعية: 2019-2020م.

III- المقالات:

1- بوهنتالة أمال، (حماية المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية)، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، جامعة باتنة، المجلد 10، العدد 03، تاريخ النشر: 2021/07/10، (ص. ص828-839).

2- بوهنتالة أمال ، قداش سلوى، (سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك)، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 09، العدد الرابع عشر، أفريل2017، (ص. ص247-260).

3- رباحي أحمد، (أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن)، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 04، العدد 05، تاريخ النشر: 2008/01/01، (ص. ص343-367).

4- غايب مدحت صالح، (حماية المستثمر من الشروط التعسفية، دراسة قانونية في عقد الوساطة التجارية)، مجلة الميزان، المركز الجامعي بالنعامة، المجلد 02، العدد 02، تاريخ النشر: 2017/12/31، (ص. ص84-103).

5- شرون حسينة، حملاوي نجاة، (حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04-02 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية)، مجلة الحريات والحقوق في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، أفريل 2017م، (ص. ص49-70).

6- صوالح محمد اعماره ، جبارة نورة، (ضرورة تعزيز مبدأ التوازن العقدي كأداة حمائية للمستهلك من التعسف في عقود الإذعان، دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 11، العدد 01، تاريخ النشر: 2020/04/28م، (ص. ص750-777).

7- سمتس جان و كالوم كارولاين، ترجمة أ.د نبيل مهدي زوين، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، (الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، لبنان، العدد 20 ،ديسمبر، 2017، (ص. ص117-129).

8- لعوامري وليد، (الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري)، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر،المجلد 03، العدد 05، تاريخ النشر: 2014/06/01، (ص. ص255-288).

9- جريفيلي محمد، (نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص، دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2016)، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، (ص. ص206-229).

10- كراش ليلى، (حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك)، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، الجزائر، المجلد 31، العدد 04، تاريخ النشر:2017/12/31م، (ص. ص95-122).

11- مزغيش عبير، ضيف محمد عدنان، (الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية)، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، أفريل2017، (ص. ص92-118).

12- لعوامري وليد، (الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري)، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر،المجلد 03، العدد الخامس، تاريخ النشر 2014/06/01، (ص. ص255- 288).

13- محمد ذيب، نبيلة جيماوي، (حماية المستهلك مدني من مخاطر التعاقد الإلكتروني)، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 09، العدد 14، أفريل2017، (ص. ص 245 -258).

14- هدى زوزو، (آليات حماية المستهلك من مخاطر التعاقد الإلكتروني في التشريع الجزائري)، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 05، العدد 01، أفريل2017، (ص. ص315 -330).

15- مسكين حنان، بن أحمد الحاج، (الحماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري)، مجلة البحوث القانونية كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة طاهر مولاي بسعيدة، الجزائر، المجلد 02، العدد 09، ديسمبر 2017م، (ص. ص48-73).

16- زرارة صالحي الواسعة، (الحماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة حمه لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 01، العدد 05، جوان 2012م، (ص. ص 183-206).

17- منيرة جربوعة، (آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية)، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، المجلد 01، العدد 02، سبتمبر2017م، (ص. ص 192-209).

18- سعدون يسين، (البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 10، العدد 03، تاريخ النشر: 2017/09/15، (ص. ص261-271).

19- مريم خليفي، (الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الالكترونية)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، تاريخ النشر: 2011/01/01، (ص. ص201-223).

20- ذيب علاء الدين محمد، (الإذعان والمساومة في العقود الإلكترونية)، مؤنة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية الاجتماعية، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، المجلد 22، العدد 02، 2007، (ص. ص70 -43).

21- بولقواس سارة، (الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني)، مجلة المنار للدراسات والبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدية، الجزائر، المجلد 01، العدد 02، مارس2017، (ص .ص 45 -63).

22- خلفي عبد الرحمان، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، المجلد 01، العدد 01، تاريخ النشر: 2017/12/31، (ص. ص07 -34).

23- شريفة الماحي فاطيمة زهرة، (مدى فعالية القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في حماية المستهلك الإلكتروني من تجاوزات الموردين الإلكترونيين)، مجلة الجهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تمنراست، الجزائر، المجلد 10، العدد 03، تاريخ النشر: 2021/11/01، (ص. ص178-176).

24- مسكين حنان، (حماية المستهلك من الإشهارات التجارية المضلِّلة في التشريع الجزائري)، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 07، العدد 03، سبتمبر2020، تاريخ النشر: 2020/04/05، (ص. ص360-399).

25- عبدلي حميدة ، عبدلي وفاء، (حق المستهلك الالكتروني في الرجوع عن التعاقد بين قصور النص القانوني وواقع الممارسة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، المجلد 05، العدد 02 ،2020.

IIII - المداخلات:

1- بودالي محمد، (أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد2016/05، الجزائر.

2- حامق ذهبية، (النظرية العامة للعقد تصور جديد)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد 2016/05، الجزائر.

[3]- بنّاسي شوقي، (تأثير القانون المدني الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الالتزامات نموذجًا)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد 2016/05، الجزائر.

4- صوالح محمد اعماره، (إبطال الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي كآلية لحماية المستهلك: بين الوسط المادي والافتراضي)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: حماية المستهلك في الوسط المادي والافتراضي بين تجليات الواقع ورهانات المستقبل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، المنعقد يوم 28 جوان 2021.

V- البحوث والدراسات:

1- زعموش محمد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، حوليات مخبر الدراسات والبحوث حول المغرب والمتوسط، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر،المجلد 2005/6.

VI- المواقع الإلكترونية:

[1]- الموقع الإلكتروني: *Le Blog du Professeur Mohammed Kassem*

متاح على الرابط التالي: *https://mohammedkasemblogspot.com*

- المصادر:

I- النصوص القانونية الوطنية:

1- النصوص التشريعية:

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، الصادرة في 1975/09/30، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر العدد 31، الصادرة في 2007/05/13.

2- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23، المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد 41، الصادرة في 2004/06/27، المعدَّل والمتمم بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 2010/08/15.

3- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر العدد 28، الصادرة بتاريخ 2018/05/16.

4- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدَّل والمتمم، ج ر العدد 15، الصادرة في 2009/03/08.

5- القانون رقم 18-07 المؤرخ في 2018/07/10، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر العدد 34، الصادرة في 10/07/ 2018.

6- القانون 15-04 المؤرخ في 01/02/ 2015 المتعلق بقواعد التوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر العدد 06، الصادرة في 2015/02/10.

2- النصوص التنظيمية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر العدد 56، الصادرة في2006/09/11.

2- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 2013/11/09، الذي يحدِّد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر العدد 58، الصادرة في 2013/11/18.

3- المرسوم التنفيذي 07-162 الصادر في 2007/05/30 المعدِّل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 والمؤرخ في 2001/05/09، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر العدد 37، الصادرة بتاريخ 07 /2007/06.

II- النصوص القانونية الأجنبية:

1- المذكرات الإيضاحية:

1- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تحت عنوان: الاتجاهات العامة في القانون، الجزء الأول.

ثانيًا: باللّغة الأجنبية

I – Les Ouvrages:

*1- Guy Raymond**, droit de la consommation**,4eme Edition, Lexis Nexis, paris, 2017.*

II- Les Thèses et Mémoires:

1- *Delphine Bazin-Beust, Mémentos LMD Droit de la consommation, Gualino L'extenso, France.*

III- Les textes legislative *:*

1- de l'Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, J.O.R.F n°0064, du 16 mars 2016. Disponible sur: Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de consommation, Date d'accès: 29/09/2019.

2-Council directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, (1993) OJ L 95/29.

3- Loi n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services (1), J.O.R.F n°0045, du 22 février 2017.

4-Le Code civil - Dernière modification le 01 octobre 2018 -Document généré le 08 janvier 2019 Copyright (C) 2007-2019 Legifrance.

IIII- Les textes réglementaires:

1- Report to the President of the Republic on regulation nr 2016–131 (Rapport au President de la Republiquerelatif a l'ordonnance no 2016–131), JUSC1522466P, Journal Officiel, 11 February 2016.

2- *le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, J.O.R.F n°0151 du 30 juin 2016. Disponible sur: Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, Date d'accès: 29/09/2019.*

V- Jurisprudence:

1- Cass. 15 April 1872 (VeuveFoucauld et Coulombe/Pringault), DP 72.1.176.

الموضوع	الصفحة
مقدمـة	4 - 1
الفصل الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في الوسط المادي	6
المبحث الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفقًا للقواعد العامة	7
المطلب الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري	7
الفرع الأول: الحماية عن طريق التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية	7
أولاً: الشروط التعسفية في عقود الإذعان	8
1- مفهوم الشروط التعسفية	8
أ- التعريف الفقهي للشروط التعسفية	9
ب- التعريف القانوني للشروط التعسفية	11
جـ- التعريف القضائي للشرط التعسفية	13
2- شروط قيام السلطة التقديرية للقاضي	14
أ- أن يتعلق النزاع بعقد إذعان	41
ت-أن يتضمن العقد شروطًا تعسفية	15
ب-1- سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي	16
ب-2- سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية	71
ثانيًا: التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها	91
1- الشروط التعسفية بذاتها	91

2- الشروط التعسفية بحكم الاستعمال	20
ثالثًا: السلطة التقديرية للقاضي وتقييد مبدأ سلطان الإرادة	21
1- مفهوم السلطة التقديرية	21
2- تقييد مبدأ سلطان الإرادة	32
الفرع الثاني: الحماية عن طريق تفسير الشك لمصلحة الطرف المُذعَن	25
المطلب الثاني: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الفرنسي	28
المبحث الثاني: حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفقًا للقواعد الخاصة	33
المطلب الأول: الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري	37
الفرع الأول: حماية المستهلك من التعسف بموجب القانون 04-02 المعدَّل والمتمم	38
الفرع الثاني: حماية المستهلك من التعسف بموجب القانون 06-306 المعدَّل والمتمم	40
أولاً: شروط تعسفية متعلقة بالعقد	40
ثانيًا: شروط متعلقة بآثار العقد	40
ثالثًا: شروط تعسفية متعلقة بانحلال العقد	41
المطلب الثاني: الحماية من الشروط التعسفية في القانون الفرنسي	42
الفرع الأول: حماية المستهلك من التعسف بموجب الأمر 2016-301 المتضمن قانون الاستهلاك	42
الفرع الثاني: حماية المستهلك من التعسف بموجب المرسوم 2016- 884 المتضمن القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك	45
خلاصة الفصل الأول	48

الفصل الثاني: الحماية من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية كأداة حمائية للمستهلك	50
المبحث الأول: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في إطار للقواعد العامة	52
المطلب الأول: الضمانات التقليدية لحماية المستهلك الإلكتروني	52
الفرع الأول: المبادئ القانونية	52
أولاً: مبدأ استقلالية سلطان الإرادة	53
1- المقصود بمبدأ سلطان الإرادة	53
2- دور مبدأ استقلالية سلطان الإرادة في تحقيق التوازن العقدي	53
ثانيًا: مبدأ حسن النية	54
الفرع الثاني: النظريات العامة في التعاقد	56
أولاً: الغبن والاستغلال	56
ثانيًا: نظرية السبب	57
أ- موقف المشرع الجزائري من إبطال الشروط التعسفية عند غياب السبب	58
ب- موقف الفقه من إبطال الشروط التعسفية عند غياب السبب	58
المطلب الثاني: الضمانات الخاصة بحماية المستهلك الإلكتروني	59
الفرع الأول: الالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك الإلكتروني	59
أولاً: مفهوم الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني	60
1- تعريف الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني	60

2- شروط الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني	62
أ- علم المورد الإلكتروني بالبيانات والمعلومات العقدية	62
ب- جهل المستهلك بالبيانات والمعلومات العقدية	62
ثانيًا: مضمون الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام الإلكتروني	36
الفرع الثاني: الالتزام بضمان العيوب الخفية في العقد الإلكتروني	46
أولاً: مفهوم العيب الخفي	65
1- تعريف العيب الخفي	65
2- شروط العيب الخفي	66
أ- يجب أن يكون العيب مؤثرًا	66
ب- آن يكون العيب قديمًا	67
جـ- أن يكون العيب غير معلوم لدى المشتري	67
د- يجب أن يكون العيب خفيًا	67
المبحث الثاني: الحماية الخاصة للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية	68
المطلب الأول: حماية المستهلك الإلكتروني بموجب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية	69
الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني قبل التعاقد	69
أولاً: الحق في الإعلام	70
ثانيًا: الحق في الحماية من الإشهار أو الدعاية التضليلية	37
الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني بعد التعاقد	75

أولاً: الحق في العدول	75
1- حالة عدم احترام آجال التسليم من قبل المورد الإلكتروني	76
أ- عدم احترام المورد الإلكتروني لموعد التسليم	76
ب-إعادة المنتج في ظرف أربعة(4) أيام	76
جـ- إعادة المنتوج على حالته	77
2- حالة عدم المُطابقة	77
3- حالة المنتوج المعيب	78
ثانيًا: الحق في حماية بياناته الشخصية	73
المطلب الثاني: حماية المستهلك الالكتروني بموجب القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين	81
الفرع الأول: حماية التوقيع الإلكتروني	81
أولاً: مفهوم التوقيع الالكتروني	82
1- تعريف التوقيع الإلكتروني	82
2- شروط التوقيع الإلكتروني	83
ثانيًا: صور التوقيع الإلكتروني	84
3- التوقيع الرقمي	84

2- التوقيع بالقلم الإلكتروني	85
3- التوقيع الإلكتروني البيومتري	85
الفرع الثاني: هيئات التصديق الإلكتروني	85
أولاً : تعريف جهات التصديق الإلكتروني	85
1- الطرف الثالث الموثوق	86
4- مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني	86
ثانيًا: الشروط الواجب توافرها في جهات التصديق الإلكتروني	86
2- الشروط الفنية والمالية	87
ت-الشروط الفنية	87
ث- الشروط المالية	87
2- الشروط الشخصية والإدارية	87
أ- الشروط الشخصية	87
ب- الشروط الإدارية	88
خلاصة الفصل الثاني	89
الخاتمة	93-91
قائمة المصادر والمراجع	105-94
فهرس الموضوعات	110-106