

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"قال رب اشرح لي صدري

و يسر لي أمري

واحل عقدة من لساني

يفقهوا قولي"

" الآية 25 إلى 28 من سورة طه "

صدق الله العظيم

إهداء

إلى من أوصى الله بهما خيرا والداي الكريمان

حفظهما الله وأداء صحتهما ومغافيتهما

إلى البنين المرصوص إخوتي وأخواتي

وثق الله رباطنا

إلى كل أصدقائي وإلى كل من أحبب

أهدي عملي هذا

شكرات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين".

"سورة النمل الآية 19"

فما يسعني إلا أن أشكر الله سبحانه وتعالى وأسأله التوفيق والسداد وأن يساهم عملي هذا في إثراء المكتبة الجامعية وأتقدم بالشكر الجزيل إلى كل الأساتذة خاصة " الأستاذ المشرف "

كما أتقدم بالشكر إلى لجنة المناقشة لقبولها الإشراف على مناقشة هذه الأطروحة.

قائمة المختصرات

1/ قائمة المختصرات باللغة العربية

ص: الصفحة

ق إ ج ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ق ت ج: القانون التجاري الجزائري.

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ج. ر. ع: الجريدة الرسمية العدد

ق م م: القانون المدني المصري

ق م ف: القانون المدني الفرنسي

ق ع ف: قانون العقوبات الفرنسي

ق م م: القانون المدني المصري

ق إ م: قانون الإجراءات المدنية

2/Liste des principales abréviations :

Op. cit: option citée

P: page

V: voir

Art: article

(L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence

J.C.P.G. : Juris Classeur périodique, édition générale

المقدمة

يلعب الاستهلاك دورا أساسيا في الحياة الاقتصادية، لما له من تأثير في الحياة اليومية لأفراد المجتمع، فالعملية الاستهلاكية هي عملية اقتصادية يهدف الفرد من خلالها إشباع حاجاته اليومية والوقتية دون أن تتخللها نية الربح⁽¹⁾.

والفرد من خلال إبرامه للعقود في أي مجال من المجالات يسعى إلى تحقيق مطالبه في أسرع وقت ممكن، لذلك كان لثورة المعلومات التي شهدتها العالم في كافة الميادين أثرها البارز على عقود الإستهلاك أيضا. فظهور الاقتصاد الرقمي وما صاحبه من انفتاح على الأسواق العالمية وكسر الحواجز المكانية والزمانية، والتي جعلت العالم قرية صغيرة وسط شاشة حاسوب، أتاحت للمتعاقدين ولو كان بينهما بعد مكاني إمكانية إبرام عقدهما بكل سهولة ويسر وفي مدة زمنية قصيرة من خلال كبسة زر على جهاز الحاسب الآلي، ليتم إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت متخطين بذلك الحدود والفواصل الجغرافية والزمنية بين الدول. إن سرعة إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت والتي ساهمت في كسر القيود التي كانت تعرقل المتعاقد في معاملاته التجارية، كان له الأثر البالغ في ظهور مصطلحات جديدة من بينها مصطلح المستهلك الإلكتروني، التجارة الإلكترونية.

والحقيقة أن وضع تعريف دقيق للتجارة الإلكترونية ليس بالأمر الهين، نظرا لطبيعة التقنية المستعملة فيها، ونظرا لكون مصطلح "التجارة" ذاته مصطلحا واسعا ومتشعبا يضاف إليه مصطلح "الإلكتروني"، مما جعل معنى هذه المفردات غير مستقر بالنظر للتطور الدائم والمستمر لها. الأمر الذي أسفر عن اختلاف وتباين في تعريف التجارة الإلكترونية تشريعا وفقهيا، دوليا ومحليا بين آخذ في عين الاعتبار لعنصر عالميتها وآخر لعنصر التوصيف الإلكتروني لها باعتباره العنصر الذي لعب دورا كبيرا في نشأتها وظهورها، كما ساهم في عولمتها⁽²⁾. تبعا لذلك نجد قانون الأونسيستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996⁽³⁾، وبالرغم من أنه متعلق بالتجارة الإلكترونية، إلا أنه لم يورد تعريفا خاصا بها واكتفى ببيان الوسائل التي تتم من خلالها هذه التجارة⁽⁴⁾.

- 1- أحمد شهاب ازغيب، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تحت إشراف د. خالد حمدي عبد الرحمان، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 2016، ص. 1.
- 2- حمودي ناصر، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون جنائي، تحت إشراف د. منتالشته محمد، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة 2015/02/25، ص. 22.
- 3- قانون الأونسيستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدهته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بمقتضى قرار الجمعية العامة رقم 51-162 المؤرخ في 16 ديسمبر 1996.
- 4- أنظر المادة 02 من قانون الأونسيستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية التي تنص على أنه "لأغراض هذا القانون: (أ) يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم انشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي (ب) يراد بمصطلح "تبادل البيانات الإلكترونية" نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات =

أما القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية⁽¹⁾ فقد عرف التجارة الإلكترونية في مادته الأولى بأنها "المعاملات التجارية التي تباشر بواسطة وسائل إلكترونية" كما عرف المعاملات الإلكترونية بأنها "التعاملات التي تتم بشكل كلي أو جزئي عبر الوسائل الإلكترونية".

في حين أن المشرع الفرنسي، وبمقتضى القانون رقم 575-2004 المؤرخ في 21/06/2004 والمتعلق بدعم الثقة في الاقتصاد الرقمي، عرّف التجارة الإلكترونية في المادة 1/14 منه بأنها "النشاط الاقتصادي الذي يوفر للشخص أو يضمن عن بعد وبوسيلة إلكترونية توفير السلع أو الخدمات"⁽²⁾.

ومن جهته عرّف المشرع التونسي التجارة الإلكترونية بمقتضى القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية⁽³⁾ في الفصل الثاني منه بأنه "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية"، وعرف المبادلات الإلكترونية بأنها المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية.

أما المشرع المصري عرف التجارة الإلكترونية بمقتضى مشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية المصري في المادة الأولى منه بأنها "معاملة إلكترونية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية".

وعموما يمكن القول أن التجارة الإلكترونية هي العملية التجارية التي تتم بين طرفين عبر التبادل الإلكتروني للبيانات المعالجة آليا باستخدام شبكة الإنترنت دون التقاء مادي بين الطرفين المتعاقدين⁽⁴⁾.

والتجارة الإلكترونية لها أنواع متعددة فقد تتم بين المنشآت التجارية والأجهزة الحكومية (Business to Government "B2G")، أو بين الأجهزة الحكومية والأفراد (Government to Consumer "G2C")، أو بين المنشآت التجارية فيما بينها (Business to Business "B2B")، أو بين الأفراد بعضهم البعض (Consumer to Consumer "C2C")، ولكن النوع الذي يعيننا في دراستنا هذه هو التجارة الإلكترونية التي تتم بين المنشآت التجارية والمستهلكين أو الأفراد (Business to Consumer "B2C").

(ج) يراد بمصطلح "منشئ" رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها إن حدث، قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة

(د) يراد بمصطلح "المُرسل إليه" رسالة البيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة

(هـ) يراد بمصطلح "الوسيط" فيما يتعلق برسالة بيانات معينة الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر، بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه

(و) يراد بمصطلح "نظام معلومات" النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو لتجهيزها على أي وجه آخر".

1- القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية المعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب تحت رقم 25/812 بتاريخ 2009/11/19.

2- v. art. 14/1 de la LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : « Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ».

3- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000.

4- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 27.

حيث يستخدم المهني في هذا النوع من التجارة الإلكترونية شبكة الإنترنت كوسيلة للإعلان والإشهار لمنتجاته وخدماته قصد عرضها وترويجها باستخدام أفضل التقنيات التي تساهم في جذب واستقطاب أكبر عدد ممكن من المستهلكين.

ومن الفوائد التي تقدمها هذا النوع من التجارة الإلكترونية للمنشآت التجارية، تسويق أكثر فعالية وأرباح أكثر وتخفيض مصاريف الشركات، وتواصل فعال مع الشركات والعملاء واختفاء الوسطاء، كما يمكن للمستهلك الاستفادة من هذا النوع من التجارة لأن الأسواق الإلكترونية مفتوحة طوال العام، ولا يحتاج المستهلك إلى عناء الوقوف أو الانتظار في طابور لشراء منتج معين، ولا يتطلب شراء أحد المنتجات أكثر من مجرد النقر على المنتج وإدخال بعض المعلومات الخاصة، إضافة إلى حرية اختيار السلع والخدمات⁽¹⁾.

وتماشيا مع هذا المفهوم فقد كان لظهور العقود الإلكترونية الأثر البالغ في تحيين بعض المصطلحات التقليدية حتى تساير هذا النمط الجديد من التعاقد، ومن هذه المصطلحات على سبيل المثال الإيجاب والقبول الإلكترونيين اللذين يؤديان إلى التعاقد الإلكتروني، طرق الدفع الإلكترونية حيث ظهر الشيك الإلكتروني، السفتجة الإلكترونية والسند لأمر الإلكتروني، فضلا عن ظهور وسائل الإثبات الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات.

ولا يخفى على أحد أنه في مقابل ما تقدمه التجارة الإلكترونية من مزايا، فالأمر لا يخلو من المخاطر، وهذا راجع إلى الخصوصية التي تتميز بها التجارة الإلكترونية كونها تتم من خلال بيئة إلكترونية وتستخدم فيها وسائل الاتصال الحديثة وعلى رأسها الإنترنت.

حيث يتم التعاقد عن بعد بين طرفين يكون أحدهما هو المهني والذي يكون في مركز قوة يستمد منها من خبرته ونفوذه الاقتصادي، والذي يؤهله بأن يكون على دراية واطلاع بخدمات التقدم التقني، وبالتالي استخدامها بطريقة قد تضر بالمتعاقد الآخر عن طريق الغش والتضليل والدعاية المضللة باستعمال أدوات شبكة الإنترنت التي لا تعرف الحدود المكانية ولا حتى الزمانية.

وفي مقابل المهني يوجد الطرف الآخر وهو المستهلك، والذي يكون في مركز ضعف نظرا لافتقاره للمعلومات التقنية من جهة، وتأثره بوسائل الإعلان المضلل من جهة أخرى، فلا يجد سبيلا سوى الإقبال على طلب السلعة أو الخدمة وإتمام التعاقد بغض النظر فيما إذا كان بحاجة إليها أم لا. لذلك وبالنظر إلى مركز الضعف الذي وجد فيه المستهلك الإلكتروني كان لا بد من حمايته، خاصة وأنه خلافا للمستهلك التقليدي يتعاقد بوسيلة إلكترونية دون الالتقاء المادي لطرفي العقد.

1- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تحت إشراف د. بوهنتالة عبد القادر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2011-2012، ص.04.

كما أن حاجة المستهلك للحماية تظهر من خلال الخاصية التي تتميز بها عقود الاستهلاك الإلكتروني، كونها من العقود العابرة للحدود الوطنية، فهذه الخاصية تطرح إشكالية وجود المستهلك في دولة غير دولة المهني، وفي هذه الحالة تثار مسألة القانون الواجب التطبيق عند النزاع، خاصة إذا افترضنا أن تنفيذ العقد تم في دولة ثالثة، تبعا لذلك هل نطبق قانون دولة المستهلك، أو قانون دولة المهني، أو قانون دولة تنفيذ العقد؟ من هذا المنطلق برزت الحاجة ملحة لحماية المستهلك باعتباره الحلقة الأضعف في العلاقة التعاقدية "حيث تضافرت الجهود الدولية والإقليمية والوطنية من أجل وضع الأطر الدولية والتشريعات الحمائية للمستهلك باعتبار حقوقه واحدة من أهم حقوق الإنسان والتي كفلها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽¹⁾، حيث نصت المادة 02 منه على أنه "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه"، كما نصت المادة 1/25 من نفس الإعلان على أنه "لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته ويتضمن ذلك التغذية والملبس والمسكن والعناية الطبية وكذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة، وله الحق في تأمين معيشتة في حالات البطالة والمرض والعجز والترمل والشيخوخة وغير ذلك من فقدان وسائل العيش نتيجة لظروف خارجة عن إرادته".

وقد كان موضوع حماية المستهلك وضممان العيش الكريم والحق في الحياة الكريمة محل اهتمام الشريعة الإسلامية، والدليل على ذلك قوله تعالى "ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك إلا ما دمت عليه قائما ذلك أنهم قالوا ليس علينا في الأميين سبيل ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون"⁽²⁾، وقوله أيضا "يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون"⁽³⁾، وقوله سبحانه وتعالى "ويا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مفسدين"⁽⁴⁾.

أما على الصعيد الدولي فقد أصدرت الأمم المتحدة (المبادئ التوجيهية لحماية المستهلك)، وهي الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية منذ عام 1980 وتم توسيعها في عام 1999، وهي تهدف إلى توجيه وتوصية حكومات دول العالم بعدة توصيات واقتراحات لوضع سياسات وقوانين لضمان حماية حقوق المستهلك. فقد أشارت إلى أهمية أن تنطوي حقوق المستهلك على الحق في بيئة صحية، والحق في الحصول على السلع والخدمات الأساسية، وكذلك الحق في ضمان السلامة والأمان، والحق في الاختيار بين مجموعة من المنتجات والخدمات المتنوعة بأسعار تنافسية مع ضمان توعية مرضية وتوفير الضمانات اللازمة للمستهلك، علاوة على الحق في أن يحصل المستهلك على كافة المعلومات والحقائق التي يحتاجها، خاصة ما يتعلق منها بالسلعة

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 217 المؤرخ في 10/12/1948.

2- الآية 75 من سورة آل عمران.

3- الآية 27 من سورة الأنفال.

4- الآية 85 من سورة هود.

فضلا على ما تقدم فقد دعم المشرع الجزائري مجال الحماية عن طريق استحداثه لجمعيات حماية المستهلك، فهذه الجمعيات تلعب دورا أساسيا في تكوين، إعلام وتحسيس المستهلكين، وتعليمهم الاستهلاك الرشيد وتنبههم إلى قواعد النظافة، وتعريفهم بحقوقهم والدفاع عنها والتصرف بأكثر يقظة وأكثر تشددا اتجاه التجار، فكلما كانت هذه الجمعيات قريبة من الميدان ومن السكان المحليين كلما كانت فعالة وصوتها مسموعا. كما أن لهذه الجمعيات دورا أساسيا في تمثيل المستهلكين أمام المهنيين والسلطات العمومية، فهي صوت المستهلكين الذين لا يملكون الوسائل للتعبير بصفة مباشرة، ويتم هذا التمثيل بطريقتين: في الهيئات الاستشارية حيث تملك فيها دورا فعالا في الدفاع عن مصالح المستهلكين إلى جانب ممثلي المهنيين وممثلي السلطات العمومية "المجلس الوطني لحماية المستهلكين" والذي يبدي آراءه ويقترح إجراءات قصد تنمية وترقية سياسة حماية المستهلكين، "لجنة البنود التعسفية" التي تكلف بالبحث عن البنود التعسفية في عقود الإذعان وصياغة اقتراحات وتوصيات ترفع إلى الوزير. أما الطريقة الثانية فيتم التمثيل أمام المحاكم، حيث يمكنها أن تتأسس كطرف مدني باسم المستهلك أو عدة مستهلكين ألحقت بهم أضرارا فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك⁽¹⁾. من جهة أخرى يلاحظ أن المشرع الجزائري أضاف أحكاما جديدة في مجال التعاقد الإلكتروني، من خلال تعديله للقانون المدني بمقتضى الأمر 05-10 المؤرخ في 20/06/2005⁽²⁾ والذي أضاف بمقتضاه أحكاما جديدة تتعلق بالكتابة الإلكترونية⁽³⁾ والتوقيع الإلكتروني⁽⁴⁾ ومدى حجيتهما في الإثبات⁽⁵⁾، كما استحدث القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽⁶⁾، القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 غشت 2005 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها⁽⁷⁾، كما أضاف الفصل السابع مكرر في قانون قانون العقوبات تحت عنوان المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات (المواد 394-394 مكرر)⁽⁸⁾.

1- دليل المستهلك الجزائري، صادر عن وزارة التجارة، نوفمبر 2011، ص. 25.

2- التعديل الأخير للأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني (ج. ر. ع. 78) هو القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، ج. ر. ع. 44.

3- أنظر المادة 323 مكرر ق م ج.

4- أنظر المادة 327/2 ق م ج.

5- أنظر المادة 323 مكرر 1 ق م ج.

6- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج. ر. ع. 06.

7- القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 غشت 2005 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج. ر. ع. 47.

8- أضيفت المواد 394-394 مكرر 7 ق ع نتيجة تعديل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات (ج. ر. ع. 49)، بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 الصادر ج. ر. ع. 29.

فكل هذه الأحكام التي استحدثها المشرع الجزائري يلاحظ أنها ترتبط بشكل وثيق مع أحكام التعاقد الإلكتروني، إلى درجة أصبح يصح لنا القول أن المشرع الجزائري أصدر كل هذه القوانين ولكنه لم يصدر قانونا مستقلا بذاته يتعلق بالتجارة الإلكترونية عموما وبحماية المستهلك الإلكتروني خصوصا، وبذلك لا نجد بدا إلا الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المتعلق بحماية المستهلك ومحاولة تطبيقها على المستهلك الإلكتروني. إن عدم وجود قانون خاص بحماية المستهلك الإلكتروني في التشريع الجزائري كان الحافز القوي والمباشر من وراء اختياري لهذا الموضوع لأتعرّف على موقف المشرع الجزائري والنصوص القانونية الصادرة في مجال التعاقد الإلكتروني الذي يتم بواسطة إلكترونية، والتي من شأنها أن تساهم في حماية المستهلك الإلكتروني.

ضف لما تقدم يرجع سبب خوضي في غمار هذا الموضوع كونه من المواضيع الحديثة التي أفرزتها التقنية المتجددة والمتسارعة، كما أنه من المواضيع المتشعبة التي تحتاج إلى دراسة وتعمق، فالتعاقد عبر الإنترنت يعتبر من أحدث صور التعاقد على الإطلاق، والتي سيكون لها تأثيرا على نظرية العقد في القانون المدني، وهذا ما قد يترتب عنه البحث في مدى قدرة القواعد التقليدية على استيعاب هذه الصورة المستحدثة، أم أن الأمر يقتضي إضافة قواعد جديدة تتماشى مع هذا النمط الجديد من التعاقد، الذي يتم بواسطة إلكترونية تعترضها العديد من الصعوبات، لاسيما ما يتعلق منها بانتهاك الخصوصية والقرصنة والإحتيال، فضلا على أن أحد المتعاقدين يكون في مركز قوة يستمدها من خبرته ونفوذه الاقتصادي، مما يجعله يستعمل أساليب الغش والتضليل وأساليب الدعاية المضللة بغية إيقاع المتعاقد الآخر في غلط أو تغليظه لحمله على التعاقد، خاصة وأن هذا التعاقد يتم عن بعد دون الحضور المادي لطرفيه.

عظفا على ما تقدم وفي ظل التطور السريع والمتلاحق للمعاملات التجارية عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة من جهة، وبغية حماية المستهلك وتعزيز ثقته في التعاقد الإلكتروني من جهة أخرى نظرا للمزايا التي يتمتع بها بات من الضروري التساؤل على الآليات القانونية التي من شأنها أن توفر حماية فعالة للمستهلك الإلكتروني باعتباره -وكما أسلفنا- يمثل الحلقة الأضعف في العلاقة التعاقدية ومن تم وجب إنانطته بالحماية.

لذلك حاولنا معالجة الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية: كيف يمكن تكييف وتطويع أحكام القانون رقم 09-03 والقواعد العامة الواردة في القانون المدني حتى تستقيم مع متطلبات التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك الإلكتروني؟ وهل هذه القواعد وفرت الحماية الكفيلة للمستهلك التقليدي حتى يصلح تطبيقها على المستهلك الإلكتروني الذي يتعاقد بواسطة إلكترونية؟ وهل القانون الوطني وحده كافيا لحماية المستهلك الإلكتروني أم أن الأمر يستدعي وجود إتفاقيات دولية في هذا المجال؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية فقد اعتمدت منهجا وصفيا تحليليا قصد جمع المعلومات والحقائق ومحاولة تحليلها وتمحيصها، إلى جانب المنهج المقارن حتى أفق على مواطن التشابه والاختلاف بين المشرع الجزائري

والتشريعات المقارنة، متبعة في ذلك خطة ثنائية تقتضي تقسيم الدراسة إلى باين، تناولت في الباب الأول حماية المستهلك الإلكتروني قبل وأثناء التعاقد ، ذلك أن الحماية لم تعد تقتصر على مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، بل توسع نطاقها لتشمل المرحلة السابقة على إبرام العقد الإلكتروني (الفصل الأول)، هذه المرحلة التي تعتبر من أهم مراحل العقد وأخطرها، لما تتضمنه من تحديد لمعظم حقوق أطراف العقد والتزاماتهم، ولما ينشأ عنها من مشكلات قانونية مختلفة، ومن تم تبدأ حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية في هذه المرحلة بوصفها المرحلة التي تضع أسس التعاقد، كما تمتد حماية المستهلك إلى مرحلة إبرام العقد (الفصل الثاني)، وهذه المرحلة تفرض علينا التعرف على مضمون هذه العلاقة خاصة أنها تمتاز بعدم التكافؤ ، فمن جهة نجد مهني محترف يملك خبرة ونفوذ وقوة اقتصادية في مواجهة مستهلك عديم الخبرة بهذا النمط الجديد وبأساليب الدعاية المضللة ، لذلك ينبغي إيجاد الحلول الكفيلة التي من شأنها أن تعمل على إعادة التوازن في هذه العلاقة التعاقدية بين طرفي العقد الإلكتروني هذا من جهة، ومن جهة أخرى وباعتبار أن عقود الاستهلاك الإلكتروني أفرزت إلى الوجود مصطلحات جديدة من أمثلتها مصطلح الايجاب الإلكتروني والقبول الإلكتروني - كما أسلفنا - فيتعين الوقوف على مدلولها وتحديد خصائصها، وصور الحماية المدنية والجزائية التي يحظى بها المستهلك في هذه المرحلة.

أما الباب الثاني الموسوم بحماية المستهلك الإلكتروني بعد التعاقد، فهذه المرحلة قد تشهد امتناع المحترف عن تنفيذ التزاماته أو تنفيذها بشكل سيء أو مخالف للاتفاق أو طبيعة التعامل وما يفرضه حسن النية وشرف التعامل لذلك وجب توفير الحماية للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد (الفصل الأول) من خلال حقه في الضمان، فضلا على أن عقود الاستهلاك الإلكتروني من قبيل العقود العابرة للحدود والذي تتم دون الحضور المادي لطرفي العقد، فهذا الأمر يثير مشكلة الاثبات وتحديد الاختصاص القضائي والتشريعي، وهذا لن يتأتى إلا من خلال توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني عند النزاع (الفصل الثاني).

الباب الأول

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي هدانا لهذا
الذي كنا لنهتدي لولا
أن هدانا الله

لم يكن لثورة التكنولوجيا والمعلومات انعكاساتها على الحياة السياسية والاقتصادية فحسب، بل كان لها انعكاسا على الحياة الاجتماعية أيضا.

حيث كان للتطورات التكنولوجية الحديثة أثرها على العلاقات الاجتماعية بين الأفراد الذين أصبحوا يتواصلون بينهم بوسائل إلكترونية حديثة، مكنتهم من تبادل الحوار والتعارف فيما بينهم ضمن بيئة رقمية غير ملموسة ليس لها أدنى مرتكزات جغرافية، وذلك من خلال شبكة الإنترنت، التي كان لها الأثر الكبير على حياة العديد من الأفراد حتى أصبح أي عطل يصيب الشبكة من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل جانب هام من حياة هؤلاء الأفراد.

لقد ازداد إقبال الأفراد على شبكة الإنترنت، وأصبحوا يستخدمونها كوسيلة تعاقد من أجل تلبية حاجاتهم الشخصية واليومية، نظرا لما يمتاز به من سرعة في الاتصال وسهولة في التعاقد، والتي لا يحتاج فيها المتعاقد إلا الدخول إلى موقع الشبكة أو إرسال رسالة إلكترونية، دون أن يتحرك من مكانه. وعليه فقد أثر التعاقد الذي يتم عبر الإنترنت على النظام القانوني للعقود التقليدية، فظهر ما يسمى بالتسوق الإلكتروني عبر الحدود، وما تبعه من إجراءات للوصول إلى التعاقد الإلكتروني الذي يشكل المستهلك أحد أطرافه الأساسية في كثير من الأحيان⁽¹⁾.

تبعاً لما تقدم، وبغية تعزيز ثقة المستهلك في هذه الوسيلة الجديدة المستحدثة، وحثه على التعاقد الإلكتروني، كان لا بد من توفير الحماية القانونية له في كافة مراحل العلاقة التعاقدية، فضلا عن مرحلة تنفيذ العقد، فلا بد أن يحظى المستهلك بالحماية في المرحلة السابقة على التعاقد (الفصل الأول) إلى مرحلة إبرام العقد (الفصل الثاني).

وقبل الخوض في الحديث عن الحماية المكفولة للمستهلك، يقتضي الأمر من باب أولى أن نحدد مدلول المستهلك ثم نتعرض للطرف الثاني في العلاقة التعاقدية وهو مقدم الخدمة أو السلعة، وذلك وفق التفصيل التالي:

أولاً: المستهلك المعلوماتي

إن المستهلك في نطاق تعاملات التجارة الإلكترونية هو ذاته المستهلك في عملية التعاقد التقليدية، لكنه فقط يتعامل من خلال وسائط إلكترونية، مؤدى ذلك أنّ له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن عقده يتم بوسيلة إلكترونية⁽²⁾.

وتنبع أهمية توفير الحماية للمستهلك -سواء أكان تقليدي أو معلوماتي- في كونه يمثل الطرف الضعيف في العملية التعاقدية، ذلك أن هدف التاجر أو مقدم الخدمة هو الحصول على الربح السريع، والذي قد يلجأ إلى تحقيقه بأساليب غير مشروعة، وذلك باستخدام وسائل الغش والخداع المختلفة للترويج لمنتجاته وخدماته، "كما

1- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص. 19.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2012، ص. 25.

أنه قد يستغل حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة من أجل فرض شروطه التعسفية مما يجعل العقد غير متكافئ مما يلحق ضرراً بالمستهلك⁽¹⁾.

من هنا تظهر الحاجة ملحة إلى ضرورة تعريف المستهلك الذي يتعين إحاطته بالحماية، هذا التعريف الذي تنازعه اتجاهين، فالإتجاه الأول يضيق من مفهوم المستهلك ويقصره على الشخص الذي يتعاقد من أجل إشباع حاجاته الشخصية والعائلية، أما الإتجاه الثاني فهو يوسع في مفهوم المستهلك ليشمل كل شخص بما فيه المهني عندما يتعاقد بهدف الاستهلاك أو استعمال سلعة أو خدمة.

1/ المفهوم الضيق للمستهلك الإلكتروني

يرى أنصار الإتجاه الضيق أن المستهلك هو "كل شخص يتعاقد بهدف تلبية وإشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية"⁽²⁾، أو هو ذلك الشخص الذي يبرم عقوداً مختلفة من شراء وإيجار وغيرها من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وأغذية وأدوية لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء بإعادة تسويقها، كما هو الحال بالنسبة للمنتج أو الموزع (التاجر) ودون أن تتوفر لديه القدرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها⁽³⁾.

وتم تعريف المستهلك بأنه "الشخص الذي لأغراضه الشخصية وليس المهنية، يصبح طرفاً في عقد لتوريد السلع أو الخدمات"⁽⁴⁾ أو هو "غير المهني الذي يقتني السلع الاستهلاكية لاستخدامه الشخصي"⁽⁵⁾.

ووفقاً لهذا الإتجاه فإن وصف المستهلك يقتصر على الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي، وذلك لأن هذا الإتجاه يصور المستهلك بأنه شخص يقـوم بعمليات الاستهلاك لإشباع حاجات هـ الشخصية والعائلية، وهذا أمر قاصر على الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي، لكن أنصار هذا المفهوم الضيق خرجوا عن هذا الأمر، وأضافوا صفة المستهلك على بعض الأشخاص المعنوية كالجمعيات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح والنقابات⁽⁶⁾.

وبالرجوع إلى التعاريف المتقدمة يمكن القول أن المستهلك هو ذلك الشخص الذي يبرم التصرفات القانونية لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية غير المرتبطة بنشاطه المهني، الأمر الذي يفهم منه أنه لا يعتبر مستهلكاً الشخص الذي يتعاقد من أجل إشباع حاجات تجارية أو مهنية.

1- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011، ص. 10.

2- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 29.

3- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 38.

4 - Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil : (obligations, le contrat, formation)*, 2^{ème} édition., L.G.D.J., 1988, p. 46.

5 - chiheb GHAZOUANI, *La protection du consommateur dans les transactions électroniques selon la loi du 9 Août 2000*, revue de jurisprudence et de législation RJL, N°: 03, juin 2003, p. 6.

6- د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانوني، المحلة الكبرى، مصر، 2008، ص. 249.

فالمعيار في تحديد مفهوم المستهلك الجدير بالحماية وفقا للاتجاه الضيق هو أن يكون الهدف من الحصول على السلع والخدمات هدفا غير مهنيا.

تطبيقا لذلك، وبمقتضى الاتجاه الضيق فإنه يمكن اعتبار المهني أو المحترف مستهلكا إذا تعاقد من أجل إشباع حاجاته الشخصية والعائلية، ذلك أنه يعتبر في هذه الحالة طرفا ضعيفا في مواجهة المتعاقد الآخر وبالتالي يتعين إناطته بالحماية شأنه في ذلك شأن كل مستهلك عادي، في حين أنه إذا تعاقد المهني أو المحترف من أجل إشباع حاجات تجارته أو مهنته بصفة مباشرة أو غير مباشرة فإنه لا يعتبر مستهلكا، كالتاجر الذي يتعاقد من أجل تزويد محله بجهاز كاميرا أو أجهزة كمبيوتر، ذلك أنه وإن كان تصرفه خارج نطاق اختصاصه إلا أنه يكون لديه الأساليب الكافية والقدرة اللازمة للدفاع عن نفسه بعكس المستهلك العادي حين يقبل على تصرف لغرض خاص.

فضلا على ما تقدم فإن الغرض من توفير الحماية للمستهلك هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وبالتالي فالمحترف عند إقباله على التعاقد خارج اختصاصه لا يعني أنه طرفا ضعيفا من الناحية الاقتصادية كون أن لديه الخبرة والدراية للدفاع عن نفسه كأن يعوض ذلك النقص بالاستعانة بجبير مادام أنه يبرم تصرفات ترتبط بمهنته وتجارته.

كما أن البحث في فكرة أن المحترف يتعاقد خارج اختصاصه أم لا أمر فيه صعوبة، لأن ذلك يقتضي البحث في كل حالة على حدا لمعرفة ما إذا كان المهني يتصرف داخل أو خارج تخصصه، وهو أمر به غرر ذلك أن نتيجة هذا البحث غير معلومة مسبقا، في حين أن المتعاقدين بحاجة ماسة لمعرفة القانون الذي سيحكم روابطهم العقدية.

تدعيما لما سبق، فإذا ألقينا نظرة على القضاء الفرنسي نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بهذا الاتجاه في كثير من الأحكام الصادرة عنها، حيث رفضت اعتبار المهني مستهلكا إذا أبرم عقدا له علاقة مباشرة بممارسة أعمال مهنته، وبالتالي فإن المهني في هذه الحالة لا يتمتع بالحماية التي قررها القانون للمستهلك، فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر في 15 أبريل 1986 اعتبار شركة التأمين مستهلكا وهي تبرم عقد مع شركة دعاية حتى تقوم بعمل بعض الحملات الدعائية الخاصة بنشاط الشركة على أساس أن شركة التأمين هنا هي مهني تقوم بإبرام عقد له صلة مباشرة بنشاطه، ورفضت محكمة النقض الفرنسية اعتبار التاجر مستهلكا عند إبرامه عقد قرض من أجل الحصول على المال اللازم لشراء بعض المستلزمات لشؤون تجارته، وحرمته بالتالي من الحماية المقررة للمستهلك عند إبرامه لعقد قرض، على أساس أن عقد القرض في هذه الحالة له صلة مباشرة بشؤون تجارة التاجر⁽¹⁾.

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 252.

من خلال هذه الأحكام يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى التضييق من فكرة المستهلك وقصره فقط على من يقوم بإشباع حاجاته الأساسية والعائلية وليس من يقوم بإشباع حاجاته المهنية، حتى ولو كان التصرف الذي يقوم به خارجا عن دائرة اختصاصه ومعرفته وخبرته.

هذا ولما كان المستهلك طبقا للاتجاه الضيق يتعاقد على سلعة أو خدمة من أجل إشباع رغباته الشخصية والعائلية، فالجدير بنا أن نتعرف على هذه السلعة والخدمة التي تعتبر محلا للتعاقد.

فالسُّلعة كما عرفتها المادة 03 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش هي "كل شيء قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا"، من خلال نص المادة يتضح أن مفهوم السلعة التي تكون محلا للتعاقد تشمل كل الأموال المادية التي تستخدم من قبل المستهلك لغرض غير مهني أي تستخدم لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية سواء كانت هذه الأموال تنتهي من أول استعمال لها كالمواد الغذائية، أو يدوم استعمالها لفترات طويلة كالسيارات والأجهزة الكهربائية.

كما يمكن أن نتوسع في مفهوم السلعة لتشمل الأموال العقارية خاصة وأن هذا الأمر لا يتعارض مع موقف المشرع الجزائري الذي عرف السلعة بأنها " كل شيء مادي"، حيث ترك المجال مفتوحا مما يسمح بإدخال العقار في مفهوم السلعة التي تعتبر محلا للتعاقد.

وكما يكون محل التعاقد سلعة فقد يكون خدمة أيضا، ويمكن تعريف الخدمة بالرجوع إلى نص المادة 03 من القانون رقم 09-03 السالف الذكر بأنها "كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة"، وبالتالي فإن كل الخدمات تصلح أن تكون محلا للتعاقد سواء كانت خدمات فكرية كالخدمات الطبية أو خدمات مالية كالإصلاح والتنظيف...

2/ المفهوم الواسع للمستهلك الإلكتروني

من أجل إحاطة أكبر عدد ممكن من الأشخاص بالقواعد الحمائية للمستهلك، ذهب أنصار الاتجاه الموسع إلى توسيع مفهوم المستهلك ليشمل المهني حين يقدم على إبرام تصرفات لا تتصل مباشرة بنشاطه المهني أو التجاري، حيث "يعتبر مستهلكا المحترف الذي يتصرف خارج اختصاصه المهني"⁽¹⁾.

فالمستهلك طبقا لأنصار الاتجاه الموسع هو كل من يشتري مالا سواء كان لحاجاته الخاصة أو لحاجات نشاطه المهني في مجال لا يعود إلى اختصاصه⁽²⁾.

من خلال ما تقدم يتبين أن أنصار هذا الاتجاه -بخلاف الاتجاه الضيق- أضفوا صفة المستهلك حتى على المهنيين الذين يرمون عقودا لها علاقة بنشاطهم المهني، المهم عندهم أن يكون موضوع هذا العقد خارج نطاق اختصاصهم، كالتاجر الذي يتعاقد من أجل تركيب جهاز إنذار لمحله، والصانع الذي يتعاقد لشراء أثاث

1 - jean CALAIS- AULOY, frank STEINMETZ, droit de la consommation, 5^{ème} édition, dalloz, 2000, p.10.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.40.

لمصنعه فهؤلاء وإن كانوا يعتبرون مهنيين أو من محترفي التجارة والصناعة إلا أن العقد الذي أبرموه يخرج من نطاق اختصاصهم، وبالتالي يتعين أن تشملهم القواعد الحماية للمستهلك.

ولا يستبعد من نطاق الحماية المقررة للمستهلك إلا الأشخاص الذين يشترطون شيئا لإعادة بيعه أو تحويله لسلمة أخرى "لأن المال لا يستهلك هنا"⁽¹⁾.

وبخلاف المفهوم الضيق للمستهلك ذهب أنصار الاتجاه الموسع إلى إضفاء صفة المستهلك الجدير بالحماية حتى على الأشخاص المعنوية التي تهدف لتحقيق الربح ولم يقصروها على الجمعيات الخيرية والنقابات التي تحصل على السلع والخدمات لأغراض إنسانية شرطهم الوحيد في ذلك أن يكون موضوع التعاقد خارج نطاق اختصاصهم، حتى وإن كان تعاقدهم لغرض مهني كإقدام شركة مختصة بصناعة الأثاث على التعاقد من أجل تركيب أجهزة كاميرا.

رغم أن تصرفات المهني في هذه الحالة لها غرض مهني، إلا أنها تخرج عن التخصص الدقيق له، فهو ليس له خبرة أو دراية كبيرة بموضوع العقد، وبذلك يمكن أن يكون عرضة للخطر كونه في مركز ضعيف مقارنة بمركز المتعاقد الآخر، والذي يكون مهنيا ولكن متخصص في موضوع العقد⁽²⁾.

غير أن الأخذ بالاتجاه الموسع يجعلنا نخلص إلى القول أنه وسع في مفهوم المستهلك إلى درجة أنه فتح المجال لأي شخص أن يتمتع بهذه الصفة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا مهنيا أو غير مهني، وبالتالي خرج عن الحكمة المتوخاة وهي حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية والذي يكون في مركز غير متكافئ مع المتعاقد الآخر، وبالتالي فهو يحمي أشخاصا ليسوا بحاجة للحماية.

ومن هنا يظهر الفرق بين هذا الاتجاه وسابقه الذي لا يعترف للمهني بوصف المستهلك حتى ولو كان موضوع التعاقد خارجا عن نطاق تخصصه، طالما أن هذا المتعاقد يستخدم النشاط المهني.

هذا ونجد أن بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية قد أخذت بهذا الاتجاه حيث اعتبرت هذه الأحكام أن المهني يعتبر مستهلكا إذا كان العقد الذي أبرمه والمتعلق بشؤون مهنته خارجا عن إطار التخصص الدقيق لهذا المهني حيث لا يتوافر لديه المعرفة والخبرة بالنسبة لموضوع العقد مما يسمح بإضفاء صفة المستهلك عليه⁽³⁾.

ففي حكم صادر في 15 أبريل 1982 أخذت محكمة النقض الفرنسية بالمفهوم الواسع للمستهلك وذلك في حكم تتمثل وقائعه في أن أحد المزارعين قد تعاقد مع أحد بيوت الخبرة في موطنه وذلك لتقدير كارثة قد حلت بمزرعته، ولكنه عدل عن العقد في خلال المدة التي حددها قانون الإستهلاك في حالة العقود التي تتم في المنزل (سبعة أيام)، إلا أن بيت الخبرة دفع بأنه لا يحق للمزارع العدول عن العقد لأن هذه الرخصة مقررة

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 13.

2- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 257.

3- المرجع نفسه، ص. 258.

للمستهلك فقط، وأن المزارع لا يعتبر مستهلكا لهذا العقد لأنه متعلق بمهنة المزارع ونشاطه المهني، وقد رفض الطعن أمام محكمة الاستئناف ولما طعن في القرار أمام محكمة النقض أيدت قرار محكمة الاستئناف وبررت حكمها في ذلك على أساس أن العقد الذي أبرمه المزارع مع بيت الخبرة يخرج من نطاق اختصاص المزارع وبالتالي فهو يخضع لقانون الإستهلاك ، وبذلك يستفيد المزارع من رخصة العدول المقررة على أساس أنه مستهلك⁽¹⁾.

3/ موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة

بالرجوع إلى نص المادة 3 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش نجد أنها تنص على أنه "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفل به"، وهو نفس التعريف الذي تبناه المشرع في المادة 02/9 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش⁽²⁾ التي تنص على أنه "المستهلك كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة، معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

من خلال ما تقدم يتضح أن المشرع الجزائري حاول تفادي النقد الموجه للمعيارين الضيق والواسع في تعريف المستهلك، فعرف المستهلك ولم يترك المجال للفقه في تعريفه، وباستقراء نص المادة 03 أعلاه يتبين أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك والدليل على ذلك قوله "موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية".

وما يؤكد موقف المشرع الجزائري هو التعريف الوارد في المادة 2/3 من قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم⁽³⁾، حيث عرف المستهلك بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني. كما أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك المصري، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 01 من القانون رقم 68 لسنة 2006 والمؤرخ في 19 ماي 2006 المتعلق بحماية المستهلك المصري التي تنص على أنه "كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص".

1- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 259.

2- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الصادر بج. ر. ع. 05، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315 المؤرخ في 16 أكتوبر 2001، ج. ر. ع. 61.

3- قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر بج. ر. ع. 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010 ج. ر. ع. 46.

وبلاحظ أن المشرع المصري - شأنه شأن المشرع الجزائري - سمح للشخص المعنوي أن يكون مستهلكا إلى جانب الشخص الطبيعي، وهذا ما يفهم من نص المادة التي أورد فيها عبارة يعتبر مستهلكا "كل شخص" وبالتالي يمكن أن يكون هذا الشخص طبيعيا كما يمكن أن يكون معنويا.

وبالرجوع إلى نص المادة 02 من القانون اللبناني رقم 659 الصادر بتاريخ 04 شباط 2005 المتعلق بحماية المستهلك اللبناني فقد عرفت المستهلك بأنه "الشخص الطبيعي والمعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها وذلك بأغراض غير مرتبطة بنشاطه المهني"، حيث يلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع اللبناني اعتمد المفهوم الضيق، كما أن المشرع السوري ومقتضى القانون رقم 02 لعام 2008 المؤرخ في 06 مارس 2008 المتضمن قانون حماية المستهلك السوري أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك ويظهر ذلك من خلال موقفه الذي تبناه بمقتضى المادة 5/1 التي تنص على أنه "المستهلك: كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري سلعا استهلاكية بأنواعها المختلفة الزراعية والصناعية بهدف التغذية أو لاستخدامها للأغراض الشخصية أو المنزلية أو الذي يستفيد من أية خدمة سواء المقدمة من فرد أو من مجموعة أفراد أو من شخص اعتباري وفي مختلف المجالات المنصوص عليها في هذا القانون".

لكن المشرع الفرنسي قد تبني موقفا مغايرا بمقتضى قانون الاستهلاك⁽¹⁾ عندما عرف المستهلك بأنه كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في نشاطه التجاري أو الصناعي أو المهني⁽²⁾.

حيث توسع في مفهوم المستهلك، ولم يقصره على الشخص الذي يتعاقد من أجل حاجاته الشخصية والعائلية، فاعتبر المستهلك الشخص الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه المهني أو التجاري. كما يلاحظ على التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي أنه قصر وصف المستهلك على الشخص الطبيعي الذي يتعاقد لأهداف خارج نشاطه المهني والتجاري.

ومن جهة أخرى نجد المشرع الفرنسي عرف غير المهني بأنه كل شخص اعتباري يتعاقد لأغراض خارج نطاق نشاطه التجاري والصناعي والحرفي والزراعي⁽³⁾.

وعلى الصعيد الدولي عرفت اتفاقية روما لسنة 1980 المستهلك في المادة 1/5 بأنه "الشخص الذي يتعاقد على استعمال يعتبر غريبا عن نشاطه المهني"، ومن يتصرف في نشاط مهني ولكن في مجال خارجي عن مجال اختصاصه المهني لا تكون له هذه الصفة، وكذلك المهني الذي يتعاقد جزئيا بالنسبة لنشاطه المهني وجزء خارج هذا الإطار بشرط ألا يكون الجزء الرئيسي خارج هذا الإطار⁽⁴⁾.

1 - v. Code de la consommation française, Dernière modification du texte le 01 janvier 2017.

2- v. art liminaire de code de la consommation «consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou agricole » .

3- v. art liminaire de code de la consommation « non-professionnel : toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole » .

4- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.34.

وهذا التعريف قريب من التعريف الذي أورده المادة 13 من اتفاقية بروكسل المؤرخة في 27 سبتمبر 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المجال المدني والتجاري، إذ عرفت المستهلك بأنه الشخص الذي يبرم عقدا في إطار يخرج عن نشاطه المهني⁽¹⁾.

كما عرف مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لعام 1980 في مشروع اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين، عرف المستهلك في المادة 02 من المشروع بأنه "يعتبر مستهلكا بموجب الاتفاقية الحالية الشخص الذي يشتري البضائع بصفة رئيسية من أجل الاستعمال الشخصي أو المنزلي". وقد عرف توجيه التجارة الإلكترونية رقم 2000/31 الصادر في لوكسمبورغ في 08 يونيو 2000 المستهلك في المادة 02 بأندھ "كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخّل في إطار نشاطه المهني أو التجاري"، وهو نفس التعريف الذي تبناه المشرع الفرنسي والذي ذكرناه سابقا.

عظفا على ما تقدم ولما كان المستهلك الإلكتروني لا يختلف عن المستهلك التقليدي إلا من حيث مراعاة أن عقده يبرم بوسيلة إلكترونية مما يجعله يتمتع ببعض الخصوصية، فنحن نرى ضرورة اعتماد المفهوم الواسع للمستهلك الإلكتروني، واعتبار المهني الذي يتعاقد لشؤون مهنته مستهلكا طالما أن موضوع التعاقد يخرج عن نطاق تخصصه "وذلك لأن صور حماية المستهلك في التعاقد عبر الإنترنت نابعة من طريقة التعاقد نفسها وليس من صفة الأشخاص، فطريقة التعاقد عبر الإنترنت تؤدي إلى وجوب وضوع قواعد لحماية رضاء المستهلك، وبالتالي يجب أن نتوسّع بقدر الإمكان في مفهوم المستهلك الذي يتمتع بالحماية في التعاقد عبر الإنترنت"⁽²⁾.

ثانيا: مقدم السلعة أو الخدمة

مقدم السلعة أو الخدمة هو الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية وهو الذي يكون في مركز قوة ولديه الخبرة والدراية الكافية بشأن السلعة أو الخدمة التي يزودها للمستهلك، والذي يمثل -وكما سبق الإشارة- الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

تبعاً لما تقدم يتعين علينا أن نحدد مدلول مقدم السلعة أو الخدمة ونميزه عن المستهلك، خاصة إذا ما نظرنا إلى الاتجاهين اللذين تنازعا مفهوم المستهلك واللذين اختلفا في اعتبار المهني الذي يتعاقد لأغراض لا تدخل في إطار اختصاصه المهني مستهلكا أم لا تبعاً لاختلاف المفهوم الضيق والواسع.

1/ تعريف مقدم الخدمة أو السلعة

يمكن أن نعرف مقدم السلعة أو الخدمة بأنه ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يعمل من أجل حاجات مهنته ويسعى إلى الربح وهذا هو المعيار الذي يميزه على المستهلك، ففي حين أن هذا الأخير يهدف

1- chiheb GHAZOUANI, op. cit., p. 7.

2- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 266.

من خلال تعاقدته إلى إشباع حاجاته الشخصية والعائلية فإن مقدم السلعة أو الخدمة يتعاقد من أجل الحصول على أوفى قدر ممكن من الربح، وذلك من خلال استعماله لكل الأساليب والطرق من أجل الترويج لسلعته أو خدمته وإجبار الطرف الآخر على التعاقد حتى ولو لم تكن له رغبة في ذلك.

وعليه فمقدم السلعة أو الخدمة "هو من يتصرف لتلبية حاجة حرفته أو مهنته"⁽¹⁾، وذلك على سبيل الاحتراف حيث "يعتمد إلى توجيه النشاط بصفة دائمة ومعتادة للقيام بعمل معين"⁽²⁾، مما يجعله يتمتع بصفة التاجر طبقاً لأحكام المادة 01 ق ت ج⁽³⁾ التي تنص على أنه "يعد تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذ مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

والجدير بالذكر أن هذه المادة قبل تعديلها بموجب أحكام الأمر 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996⁽⁴⁾ كانت تعرف التاجر على أنه "يعد تاجراً كل من يباشر عملاً تجارياً ويتخذ حرفة معتادة له".

وتبدو لنا الصياغة الواردة في التعديل الحالي لنص المادة 01 ق ت ج أشمل وأوسع من سابقه وفي آن واحد أدق منه، إذ تشمل الشخص الطبيعي والمعنوي الذي يتخذ الأعمال التجارية مهنة له، وقد أستبدل المشرع كلمة "حرفة" بكلمة "مهنة" وهذه الأخيرة أوسع في معناها من الحرفة، إذ أن المهنة تشمل المهن والحرف كما أن الحرفة توشي إلى الذهن تلك الصناعات اليدوية التقليدية فحسب، بينما امتهان التجارة يشمل جميع النشاطات الحيوية في المجال الصناعي والتجاري⁽⁵⁾.

ويشترط لاكتساب صفة التاجر أن يمارس هذا الأخير العمل التجاري⁽⁶⁾ بشكل اعتيادي على وجه الامتهان، أي تكرار العمل بصفة مستمرة ودائمة بحيث يظهر للغير بمظهر صاحب المهنة التجارية. كما يشترط لاكتساب صفة التاجر أن يكون قصده من وراء الاعتقاد بالقيام بالأعمال التجارية تحقيق الربح.

إن التكرار والقصد من شأنهما أن يجعلنا من يمارس حرفة بذاتها مدة طويلة يصيب تخصصاً دقيقاً فيها وهذا التخصص هو الذي يؤدي إلى رفع درجة المستوى الفني في تنفيذ الالتزام، والسبب في ذلك أن من يحترف مهنة معينة يجب أن يعد نفسه إعداداً تاماً للقيام بها فيحصل على المؤهلات الضرورية ويكتسب المعلومات الفنية ويتحصل على الأدوات اللازمة لحسن تنفيذ التزامه، ويعد مكاناً ملائماً يتناسب مع طبيعة العمل ويحسن اختيار

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 17.

2- المرجع نفسه، ص. 17.

3- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم (ج. ر. ع. 101).

4- الأمر 96-27 المؤرخ في 09/12/1996 ج. ر. ع. 77.

5- نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص. 133.

6- أنظر المواد 2-4 ق ت ج التي عدت الأعمال التجارية بحسب موضوعها وشكلها وبالترتبة.

معاونيه الذين يمكنهم مساعدته بصورة مفيدة في أداء العمل المنوط به، إذ أن تقسيم العمل الذي يقوم عليه التخصص يرفع من مستوى الأداء⁽¹⁾.

تبعاً لما تقدم فمقدم السلعة أو الخدمة يعمد إلى توجيه نشاطه التجاري بصفة دائمة ومعتادة للقيام بعمل معين بغرض تحقيق الربح "فهو الذي يشتري السلع بغرض إعادة بيعها وهو الذي يقدم القرض أو القروض للمستهلكين وهو الذي يقوم بنشاطات التوريد وغيرها"⁽²⁾.

وقد تعددت التسميات التي قيلت بشأن مقدم السلعة أو الخدمة بين مـورد وحائز، مجهز ومتدخل أو محترف تبعاً لاختلاف التشريعات الخاصة بحماية المستهلك في الجزائر وفي الأنظمة المقارنة.

فبالرجوع إلى القانون المصري المتعلق بحماية المستهلك نجد أنه تبني اسم المورد في المادة 01 منه حيث عرفه بأنه "كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو إنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو لتجار في احد المنتجات أو التعامل عليها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق"، أما المشرع اللبناني وبمقتضى قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005 تبني في المادة 02 منه اسم المحترف وعرفه بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي من القطاع الخاص أو العام الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطاً يتمثل بتوزيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات، كما يعتبر مستهلكاً لغرض تطبيق أحكام هذا القانون أي شخص يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها وذلك في إطار ممارسته لنشاطه المهني".

كما أن المشرع السوري وبمقتضى قانون حماية المستهلك السوري السالف الذكر، عرفه في المادة 01 باسم الحائز على أنه "كل من وضع يده على شيء من الأشياء التي تحكمها مواد هذا القانون ويشمل المالك والمصنع والبائع والمسؤول عن الإنتاج".

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه التسميات نلاحظ أنه تبني اسم المتدخل في نص المادة 03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، حيث عرفه بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك"، كما عرف عرض المنتج⁽³⁾ للاستهلاك⁽⁴⁾ بأنه "مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة".

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 19.

2- المرجع نفسه، ص. 17.

3- عرفت المادة 01 من القانون رقم 03-09 المنتج بأنه "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً"، كما عرفت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم المنتج بأنه "كل شيء منقول يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية".

4- أنظر المادة 7/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 التي وضعت اسم التسويق وعرفته بأنه مجموع العمليات التي تتمثل في خزن كل المنتجات بالجملة أو نصف الجملة، ونقلها وحيازتها وعرضها قصد البيع أو التنازل عنها مجاناً، ومنها الاستيراد والتصدير وتقديم الخدمات.

كما عرف المشرع الجزائري مقدم السلعة أو الخدمة في المادة 1/3 من القانون رقم 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر، عرفه تحت اسم عون اقتصادي بأنه "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

وطبقا للتعريف المتقدمة يستوي أن يكون المتدخل أو المحترف شخصا طبيعيا أو معنويا فهو يمثل الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية، والذي لديه الخبرة والدراية بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد. تبعا لما تقدم يمكن أن نخلص إلى القول أن المتدخل أو المحترف هو ذلك "الشخص الذي يعلم دقائق السلعة أو الخدمة التي يتعاقد بشأنها م - ع المستهلك الذي يجهل خصائص تلك السلعة أو الخدمة - ومكوناتها، والمحترف هو صاحب القوة -غالبا- من الناحية الاقتصادية أو من ناحية ما يتوفر لديه من معلومات، وهو المدين بإعلام المستهلك لتنوير رضائه بما سيتعاقد عليه"⁽¹⁾.

وعليه فالمهني (المزود) هو كل شخص -ص طبعي أو معنوي، والذي يظهر في العقد الإلكتروني كمحترف، فهو يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطا تجاريا أو صناعيا أو زراعيا، فيمتلك موقعا إلكترونيا أو محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه أو يشتري البضائع بقصد إعادة بيعها أو يقوم بتأجير السلع وتقديم الخدمات⁽²⁾. ومن جهته عرف المشرع الفرنسي المهني بأنه كل شخص طبيعي أو اعتباري، عام أو خاص، يتعاقد لأغراض متعلقة بنشاطه التجاري أو الحرفي أو الزراعي أو الصناعي، حتى ولو تعاقد باسم أو نيابة عن شخص آخر مهني⁽³⁾.

ولما كان مقدم السلعة أو الخدمة هو الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية الإلكترونية فإنه يقع عليه جملة من الالتزامات منها: تزويد المستهلك بالمعلومات -ات الجوهرية المتعلقة بالسلعة- بالسلعة والمنتجات قبل إبرام العقد الإلكتروني، والتزامه بضمان سلامة المستهلك وضمان العيوب الخفية.

2/ تمييز مقدم السلعة أو الخدمة على المستهلك

إذا كان التمييز بين المستهلك والمحترف هو الذي يبرر تطبيق القواعد الخاصة لحماية المستهلك، فإن الغرض من الحصول على السلعة أو الخدمة هو الذي يميز المستهلك من المحترف، ففي حين يتعاقد المستهلك لتلبية احتياجاته الشخصية أو العائلية فإن المحترف يتعاقد في إطار تجارته، لذلك فإن الغرض الذي يسيطر على المحترف هو الحصول على أوفى قدر ممكن من الربح⁽⁴⁾.

1- فاتن حسين حوى، المرجع السابق، ص. 39.

2- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 46.

3- v. art liminaire de code de la consommation : « professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel » .

4- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 16.

ويمكن أن نجمل معايير التمييز بين المحترف والمستهلك في الآتي:

1/ معيار الاحتراف:

يمكن تعريف الإحتراف بأنه توجيه النشاط بشكل رئيس معتاد إلى القيام بعمل معين بقصد الربح، أو أنه مباشرة نشاط يتخذ وسيلة لعيش صاحبه وإشباع حاجاته، أو هو ممارسة نشاط بصفة منتظمة وعلى وجه الإستقلال⁽¹⁾.

وعلى ذلك فلاحتراف هو القيام بممارسة الأعمال التجارية على سبيل التكرار وبصفة دائمة ومنتظمة ومستمرة، واتخاذها مهنة للحصول على مصدر رزق، هذا ويرى البعض أن عقود الاستهلاك لا يشترط في طرفها الثاني ألا وهو المزود أن يكتسب صفة التاجر، ولكن يكفي بشأن العلاقة مع المستهلك اعتياد الشخص القيام بعمل يتعلق بمهنته⁽²⁾.

ونحن نرى أن مصطلح الاعتياد الذي يرقى لاكتساب صفة التاجر يقتضي "تكرار القيام بالأعمال التجارية بصفة منتظمة ومستمرة، ومن ثم فإن القيام بعمل تجاري عارض لا يكفي لتكوين عنصر الاعتياد واكتساب صفة التاجر"⁽³⁾.

2/ معيار الربح:

ذهب البعض إلى أن معيار الحصول على الربح من ممارسة عمل معين يعتبر مهما بشأن تحديد مفهوم المزود، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هذا المعيار لا يكفي للوقوف على المفهوم القانوني، واستشهد في ذلك لما انتهت لجنة تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي التي غضت النظر عن مسألة الربح عند الوقوف على مفهوم المزود، حيث أنه توجد العديد من الجمعيات والنقابات التي تباشر أعمالا دون أن تهدف من ورائها إلى الحصول على الربح، كما استند البعض في تأييد استبعاد مسألة الربح عند الوقوف على صفة المزود إلى مصلحة المستهلك، حيث أن الاستناد إلى مسألة الربح يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه أمام عمليات التحايل ليتخلص المتعاقد مع المستهلك من الالتزامات التي تقع على عاتقه، والتي تكون ذات أهمية كبيرة خاصة أن الالتزام بالتبصير وذلك بإثبات أنه لم يحقق ربحا من جراء النشاط الذي يمارسه⁽⁴⁾.

ونحن نرى أن معيار تحقيق الربح يعتبر عاملا مهما في تمييز المحترف عن المستهلك في جميع الأعمال التجارية التي تمارس عبر شبكة الإنترنت خاصة إذا نظرنا لصفة التاجر التي يكتسبها مقدم السلعة أو الخدمة والتي تقتضي توفر شروط من بينها ممارسة الأعمال التجارية بصفة مستمرة ومنتظمة بهدف تحقيق الربح.

1- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، 93.

2- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 46.

3- rabih CHENDEB, *Le régime juridique du contrat de consommation (étude comparative : droits français, libanais et égyptien)*, édition ALPHA, Paris, 2010, p. 17.

4- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 47.

الفصل الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في المرحلة السابقة على التعاقد

إن عصر المعلوماتية الذي يشهده العالم في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، وبالنظر لما ينطوي عليه من سرعة واتساع في نقل وتبادل المعلومات من خلال الحواسب الآلية المرتبطة ببعضها عالمياً والمعروفة بشبكة الإنترنت، مكنت الأفراد دون أن يبرح - أو مكانه - من الاتصال والتجول حول العالم لمطالعة الكتب والمجلات، ومتابعة آخر الأبحاث والدراسات⁽¹⁾ وزيارة المتاجر والمحلات المحلية والعالمية واقتناء المبيعات. تبعاً لذلك فقد كان لهذه الثورة المعلوماتية أثرها على إبرام عقود التجارة الإلكترونية بصفة عامة، وعقود الاستهلاك الإلكتروني بصفة خاصة، وبذلك لم تعد الحماية تقتصر على مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، بل توسع نطاقها لتشمل المرحلة السابقة على إبرام العقد الإلكتروني.

وتعد المرحلة السابقة على التعاقد من أهم مراحل العقد وأخطرها، لما تتضمنه من تحديد لمعظم حقوق أطراف العقد والتزاماتهم، ولما ينشأ عنها من مشكلات قانونية مختلفة، ومن ثم تبدأ حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية في هذه المرحلة بوصفها المرحلة التي تضع أسس التعاقد، فإذا كان العقد المبرم من عقود الاستهلاك بين تاجر محترف ومستهلك، فإن العلاقة بينهما تتسم بعدم التوازن ابتداءً، لذلك فإن محاولة تحقيق التوازن بحماية الطرف الضعيف وهو المستهلك تبدأ في المرحلة السابقة لإبرام العقد⁽²⁾.

وتتجلى حماية المستهلك الإلكتروني في هذه المرحلة من خلال تنويره بالمعلومات اللازمة باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، حتى يقدم على إبرام العقد بإرادة حرة وواعية ومتبصرة، وتجنباً له من أخطار الإحتيال والقرصنة، خاصة وأنه لا يعاين محل العقد معاينة حقيقية وملموسة، بل تتحقق المعاينة بمشاهدته على شاشة الحاسوب من خلال الإعلانات والدعايات التي تكون على موقع شبكة الإنترنت، من أجل ذلك ظهرت الحاجة ملحة لحماية المستهلك في مواجهة الإعلانات التجارية (المبحث الأول)، كما أن هناك التزام على عاتق مقدم السلع أو الخدمات بتزويده ببيع - ض المعلومات فدي هذه المرحلة والتي يكون لها دور فعال في تنوير إرادته، ويتأتى ذلك من خلال حق المستهلك في الإعلام والتبصير (المبحث الثاني).

1- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق، المنازعات العقدية وغير العقدية)، الإصدار الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص. 09.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 33.

المبحث الأول: حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات التجارية

يعد النشاط التجاري في الواقع المعاصر محور النشاط الاقتصادي وتداول الثروة، الذي يستلزم توافر عوامل معينة، وبدونها فالنشاط التجاري يتأثر بصورة خطيرة سواء على صعيد الركود الاقتصادي أم على مستوى التنمية، لذلك ولغرض تنشيط التبادل التجاري ولكي يُقبل المستهلك على أنماط الإنتاج المختلفة، لجأت المنشآت التجارية والخدمية الفردية منها والجماعية إلى التعريف بإنتاجها، وبصور الخدمات التي تقدمها إلى وسائل التعريف به ومن أخطر هذه الوسائل وأهمها الإعلان التجاري⁽¹⁾.

وكما هو الحال في التجارة التقليدية، فأفضل طريقة لجذب المستهلكين تكمن في الحملات الإعلانية المصممة والموجهة إليه عبر شبكة الإنترنت، حيث يعرض على المستهلك مئات الرسائل الإلكترونية في اليوم الواحد، إلا أن القليل منها التي تتوافق مع اهتماماته ورغباته⁽²⁾.

حيث تكون الأعمال التجارية الإلكترونية مسبقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان، قصد التعريف بالمنتجات والخدمات والترويج لها، للتأثير على المستهلك وجذبه إليها حتى يقدم على التعاقد. إلا أن مقدم السلعة أو الخدمة، ونظره لكونه في مركز أقوى من المستهلك قد يلجأ إلى بعض الطرق الإحتيالية كالغش والخداع، للتأثير على المستهلك وإيهامه بوجود مزايا في السلعة أو الخدمة تلي حاجاته، فيقدم على إبرام العقد منجذبا وراء هذه الإعلانات التجارية.

لذلك قد يكون الإعلان التجاري محل اتهام وتشكيك وريبة مبررة في بعض الأحيان من المستهلكين، حيث تلجأ المشروعات الصناعية والموردين والتجار إلى الدعاية المضللة والكاذبة في أحيان كثيرة بما تنطوي عليه من مغالطات مقصودة تمر على البسطاء من ذوي العلاقة، وهؤلاء المضللون لا يعينهم سوى تحقيق أقصى حدّ من الأرباح على حساب من يخدعوا بهذه الدعاية⁽³⁾.

تأسيسا لما تقدم، وبغية تنوير المستهلك فلا بد أن نحدد مفهومها لهذه الإعلانات التجارية (المطلب الأول)، ونبين وسائل حمايته منها (المطلب الثاني).

1- بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص. 09.

2- bernard BROCHAND, jacques LENDREVIE, *Le nouveau publicitor*, 5^{eme} édition, Dalloz, Paris, 2001, p. 277.

3- د. غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد، الطبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2011، ص. 31.

المطلب الأول: مفهوم الإعلان التجاري

يعتبر الإعلان التجاري وسيلة من وسائل "إعلام المستهلك عن منتج أو خدمة بقصد الحث على الإستهلاك على نحو يفترض التكرار المستمر وتسليط الفكرة على المتلقي ، باستخدام كل ما من شأنه التأثير النفسـي من إلهاب الخيال واجتـ ذاب العين وإطـ راء الأذن تحقيقا له ـ دف تنشيـ ط الطلـ ب على المنتجات والخدمات"⁽¹⁾.

وتحقيقا لهذا الغرض تلجأ المؤسسات التجارية إلى إبرام عقود مع وكالات الإعلان، وينتج عن هذا التعاقد عقد الإعلان الذي يعتبر من العقود الرضائية ينشأ بتبادل الطرفين (المعلن⁽²⁾ ووكالة الإعلان) التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، ويخضع من حيث إبرامه وتنفيذه للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني شأنه في ذلك شأن العقود الأخرى، غير أن المشرع لم يشترط شكلا معيناً لإبرامه، فهو إذن من العقود غير المسماة. ومادام أن الإعلان الإلكتروني هو مـ ن أهـ م وسائل جـ ذب المستهلكين عبر شبكة الإنترنت ودفعهم إلى شراء منتجات وطلب خدمات حتى ولو لم يكونوا يرغبوا فيها، كان لزاما علينا أن نحدد تعريفا له وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة (الفرع الأول)، و نبين طبيعته القانونية (الفرع الثاني) والشروط الواجب توفرها فيه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الإعلان الإلكتروني وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة

يقتضي ضبط مصطلح الإعلان ضبطا دقيقا تعريفه وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له.

أولا: تعريف الإعلان الإلكتروني

يعرف الإعلان بأنه كل وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية⁽³⁾. كما يمكن تعريفه بأنه نشاط يهدف إلى نشر العلامة التجارية للتشجيع على شراء المنتجات واستخدام الخدمات التي تحمل تلك العلامة⁽⁴⁾.

ويعرف الإعلان أيضا بأنه إخبار يتولاه شخص محترف بقصد التعريف بمنتج أو خدمة معينة وذلك بإبراز مزاياها ومدح محاسنها، بغرض ترك انطباع مقبول عنها لدى جمهور المخاطبين بها يؤدي إلى إقباله على المنتجات والخدمات محل الإعلان⁽⁵⁾.

1- بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص. 19.

2- عرفت الغرفة الجنائية للمحكمة العليا في فرنسا مصطلح المعلن هو الذي يعطي الأمر ببث الدعاية

v. Djamila MAHI-DISDET, *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*, THÈSE Présentée pour obtenir le grade de Docteur en droit privé, Sous la direction de: Jean-Michel BRUGUIERE, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, Thèse soutenue publiquement le 13 décembre 2011, p. 412.

3- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 67.

4- YVES Picod, HELENE Dano, *Droit de la consommation*, Dalloz, paris, 2005, p. 67 .

5- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص. 165.

أما الإعلان الإلكتروني فيمكن تعريفه بأنه "كل إخبار تجاري أو مهني يقوم به التجار ومقدمو الخدمات باستخـدام الوسائـل الإلكترونيـة ليعـرف جمهور المستهلكين بمزايا السلع والخدمات من أجل تحفيزهم وإقبالهم على التعاقد"⁽¹⁾.

كما يمكن تعريفه بأنه كل إخبار تجاري غايته إيصال العلم والمعرفة حول منتج أو خدمة ما عن طريق إظهار محاسنها ومزاياها على نحو يؤدي لخلق تقبل جيد من قبل الجمهور ينعكس إيجاباً على المنتجات والخدمات بزيادة الإقبال عليها دون قصر الإخبار على وسيلة إلكترونية معينة⁽²⁾.

أما التوجيه الأوروبي المتعلق بالإعلانات المضللة رقم 450 الذي اعتمد سنة 1984 والمعدل بالتوجيه رقم 55 في عام 1998 لكي يشمل الإعلانات المقارنة، فقد عرف الإعلان في المادة 1/2 بأنه "كل شكل من أشكال الاتصال الذي يتم في سياق النشاط التجاري، الصناعي والحرفي أو المهني من أجل تشجيع توريد السلع والخدمات بما فيها السلع العقارية والحقوق والواجبات".

وقد عرفه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 8/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم تحت مصطلح الإشهار بأنه "جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية"، ولم يحدد المشرع الجزائري من خلال نص المادة المذكورة الوسائل التي يتم بها الإعلان، ولكن اكتفى بالقول أنه يتم بأسناد بصرية أو سمعية بصرية، وبالتالي يمكن أن يدخل ضمنها الإعلان الإلكتروني الذي يتم عن طريق شبكة الإنترنت، ذلك أن مفهوم نص المادة جاء موسعاً وبالتالي يسمح بإدخال أي وسيلة أخرى قد تظهر مستقبلاً بفعل التطور التكنولوجي، هذا مع ملاحظة أن القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جاء خالياً من أي تعريف للإعلان بل أنه لم يتعرض لموضوع الإعلان التجاري، ولكنه عرف الإشهار بمقتضى القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، حيث عرفت المادة 3/3 منه الإشهار بأنه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويـج بـيـع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

ومن جهة أخرى عرف المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك⁽³⁾، عرف الإدعاء بموجب المادة 1/3 منه بأنه "كل عرض أو إشهار يبيـن أو يقترح أو يفـهم منه أن للمنتوج مميزات خاصة مرتبطة بمنشئه وخصائصه الغذائية، عند الاقتضاء وطبيعته وتحويله ومكوناته أو كل خاصية أخرى".

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 110.

2- بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص. 24.

3- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج. ر. ع. 58.

أما المشرع المصري بمقتضى المادة 01 من القانون رقم 66 لسنة 1956 المؤرخ 22 فبراير 1956 المتعلق بالإعلانات نص على ما يلي "يقصد بالإعلان في تطبيق أحكام هذا القانون أية وسيلة أو تركيبه أو لوحة صنعت من الخشب أو المعدن أو الورق أو القماش أو البلاستيك أو الزجاج أو أية مادة أخرى، وتكون معدة للعرض أو النشر بقصد الإعلان بحيث تشاهد من الطريق أو خارج وسائل النقل العام"، كما عرف المعلن في المادة 5/1 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 بأنه "كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أي وسيلة من الوسائل".

واستناداً إلى أحكام القانون رقم 659 لسنة 2005 المتعلق بحماية المستهلك اللبناني نجد المشرع اللبناني لم يعرف الإعلان ولكنه عرف المعلن في المادة 02 منه بأنه "كل شخص يطلب بث أو نشر الإعلان بواسطة أي وسيلة كانت".

كما أن المادة 20 من القانون رقم 2004-575 المؤرخ في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، والمعدلة بموجب المادة 39 من القانون رقم 2008-3 المؤرخ في 03 يناير 2003 نصت على أنه "كل إعلان أيا كان شكله، يتم التوصل إليه بناء على خدمة الاتصال العامة عبر شبكة الانترنت لا بد أن يكون محمداً بوضوح، ومن شأنه أن يتيح للشخص الطبيعي أو المعنوي إمكانية التعرف على مصدره بوضوح"⁽¹⁾.

ويتضح من خلال هذا النص أنه لا يعرف الإعلان من خلال الوسيلة المستخدمة، ولكن يعرفه انطلاقاً من غرضه التجاري⁽²⁾.

خلاصة ما تقدم يمكن أن نخلص إلى القول أن الإعلان هو كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على جمهور المستهلكين بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن أن يحققه من فوائد بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ذلك، ولا يختلف الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة سواء أكانت هذه الوسيلة من خلال الإنترنت أو غيرها من الوسائل الإلكترونية كالهاتف النقال⁽³⁾.

1 - v. art. 20/1 de la LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique modifié par la Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 - art. 39 : « Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée ».

2 - Mickael BOUTROS, *Le droit du commerce électronique: (Une approche de la protection du cyber consommateur)*, THÈSE Pour obtenir le grade de docteur en Droit privé, Sous la direction de :Philippe BRUN, UNIVERSITÉ DE GRENOBLE, Thèse soutenue publiquement le 20/10/2014, p. 12.

3- خلوي عنان نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع المسؤولية المهنية)، إشراف د. سي يوسف زاهية حورية، تاريخ المناقشة 2013/09/25، ص. 11.

وعموما يمكن تعريف الإعلان باستخدام معيارين، الأول هو الغرض منه ويتجلى في ضمان ترويج السلعة أو الخدمة، أما المعيار الثاني يتمثل في وجهته أي أن يوجه إلى الجمهور، ومن خلال هذه النتيجة يمكن القول أن الإعلان التجاري يقتضي توفر عنصران أحدهما مادي والثاني معنوي:

1/ العنصر المادي للإعلان التجاري

حتى يحقق الإعلان التجاري هدفه المتمثل في ترويج السلع والخدمات لا بد له من وسائل مادية تضمن وصوله لجمهور المستهلكين، فالعنصر المادي للإعلان التجاري يتحقق "بكل فعل أو نشاط أو استخدام لوسائل تدرك بالحواس بهدف إحداث تغيير معين ومحدد على المستهلك"⁽¹⁾.

وتتنوع الأدوات والوسائل المستعملة في الإعلانات التجارية حتى يضمن وصولها إلى المستهلك من إعلانات مقروءة أو مكتوب -ة كالصحف والمجلات وإعلانات سمعية وبصرية كالتلفزيون والسينما والإنترنت، وإعلانات ثابتة كاللافتات الإعلانية والألواح الضوئية والملصقات الجدارية وواجهات المحل وإعلانات الشوارع وغيرها من الأساليب المستخدمة لجذب انتباه الجمهور.

ويعتبر الإنترنت -في الوقت الحالي- أهم وسائل الإعلان التجاري عن المنتجات والخدمات حيث تلجأ إليه الشركات وتستخدمه كوسيلة للترويج لخدماتها وتعريف جمهور المستهلكين بها.

ومن وسائل الإعلانات التجارية أيضا العلامات، فالعلامة كما هو معروف "هي كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز صناعته أو بضاعته أو خدماته عن مثيلاتها التي يتاجر بها أو يقدمها آخرون"⁽²⁾.

كما عرفها المشرع الجزائري في المادة 1/2 من الأمر 06-03 المتعلق بالعلامات بأنه "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع وتوضيبيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره"⁽³⁾.

ومن خلال نص المادة يستفاد أن المشرع الجزائري أورد أشكال العلامات على سبيل المثال لا الحصر، حيث أنه قام بتعداد أكثر العلامات انتشارا وشيوعا واستعمال ويظهر ذلك من خلال إيراده لعبارة "لا سيما الكلمات"، وبالتالي ترك باب القياس مفتوحا لإدخال غيرها، ومن أمثلة العلامات أسماء الأشخاص، الرسومات، الصور والألوان "سواء كانت بمفردها أو مركبة"⁽⁴⁾.

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 43.

2- د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، 2005، ص. 253.

3- الأمر 06-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتضمن العلامات ج. ر. ع. 44.

4- Albert CHAVANNE et Jean-Jacques BURT, *droit de la propriété industrielle*, 5^{ème} édition, Dalloz delta, paris, 1998, p. 529.

كما عرفت المادة 18/3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر وضع علامة بأنه "وضع على التغليف أو على المنتج كل علامة أو إشارة أو رمز أو سمة أو شعار أو صورة أو بيان يحدد ميزة خاصة لمنتج أو يميزه عن غيره".
وعليه تعتبر العلامة التجارية إحدى أهم الوسائل التي يستعين بها التاجر أو مقدم الخدمة للإعلان عن سلعته أو منتجاته أو خدماته، فاستخدام العلامة التجارية كأداة إعلان يساهم في تثبيت العلامة في ذاكرة الجمهرة فيصبح حينئذ من الصعب تناسل الدور الذي تؤديه في جذب العملاء لمنتجات مشروعة معين أو خدماته⁽¹⁾.

فضلا على ما تقدم ومن خلال استقراءنا لنص المادة 8/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم السالف الذكر، نلاحظ أن المشرع الجزائري ومن خلال تعريفه للإشهار قد وفق إلى حد بعيد في اشتغال هذا التعريف على كل الوسائل المتقدمة وذلك بإيراد عبارة "بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية"، وبالتالي يمكن أن ندخل كل الوسائل المشار إليها سابقا والتي يعتبر الإنترنت أبرزها. كما يمكن أن نتوسع في مفهوم المادة ليشمل الصور والرسوم والموسيقى حتى ولو لم تكن مصحوبة بكلام أو كتابة، وما يؤكد موقف المشرع الجزائري هو ما ورد في المادة 3/3 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية السالف الذكر عندما عرف الإشهار حيث سمح بأن يتم بأي وسيلة من وسائل الإتصال المستعملة.

2/ العنصر المعنوي للإعلان التجاري

لا يكتمل الإعلان التجاري بمجرد توفر عنصريه المادي المتمثل في الوسائل والأساليب والدعائم المستخدمة لتقديم المعلومات لجمهور المستهلكين، بل لا بد من اقتران عنصريه المادي بعنصر معنوي يتمثل في قصد الترويج للمنتجات والخدمات بغية تشجيع المستهلكين على طلبها بنية تحقيق الربح. فالترويج للمنتجات والخدمات مع تحقيق الربح هي الميزة الأساسية والسمة القائمة لتمييز الإعلان التجاري عن باقي الإعلانات الأخرى كإعلانات التي تقدمها وزارة الصحة مثلا. فالعنصر المعنوي للإعلان يتجسد بعامل نفسي يؤثر تأثيرا مباشرا في حرية المستهلك في الاختيار والتفضيل⁽²⁾.
هذا وتوجب الإشارة إلى مسألة في غاية الأهمية وهي مدى تأثير تكرار الإعلان التجاري على المستهلك؟، فالتكرار يساهم في تثبيت الإعلان في ذهن المتلقي ولفت انتباهه حول السلعة أو الخدمة. لذلك يعد التكرار من العوامل التي تساعد على نجاح الإعلان على اعتبار أنه يؤدي إلى تثبيت الرسالة الإلكترونية في أذهان الجمهور، وذلك على نحو يجعل الفكرة الإعلانية ذات قبول وانتشار واسع، هذا مع الأخذ

1- بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص. 27.

2- المرجع نفسه، ص. 29.

في الاعتبار أن التكرار الزائد قد يأتي بأثر عكسي عند المستهلك أيضا، و على أية حال فإن نتائج الإعلان سلبا أو إيجابا تتحد د استنادا إلى عوامل عدة لعل في مقدمتها الصدق في المعلومات الواردة في الرسالة الإلكترونية ومقدار المبالغة في ذكر مزايا المنتج أو الخدمة محل الإعلان ومحاسنها ، ورغم أهمية هذين العاملين إلا أنه تجدر بنا الإشارة إلى عامل احترام العادات والتقاليد والأخلاق السائدة في المجتمع ومراعاتها فيما يبيث أو يلصق أو يصور من إعلانات⁽¹⁾.

ثانيا: تمييز الإعلان عن بعض المصطلحات المشابهة

توجد العديد من وسائل الإتصال التي تربط الحرفيين بالمستهلكين، لذلك فإنه في كثير من الأحوال يدق التمييز بينها وبين الاعلان التجاري ومن أمثلتها:

1/ الإعلان والدعاية:

يقصد بالدعاية النشاط الذي يستهدف نشر أفكار وآراء معينة، وتجميع أنصار لهذه الأفكار، وتختلف الدعاية عن الإعلان في أنها في الغالب تكون مجانية ولا تستهدف تحقيق ربح أو كسب مادي، بل تستهدف تحقيق إيديولوجية سياسية أو إجتماعية أو عقائدية أو دينية. وقد تكون الدعاية التجارية هي أقصى مراحل الإعلان التجاري، حيث لا يكتفي المنتج بمجرد الإعلان عن منتجاته وخدماته، بل يدعو لها بأساليب أكثر إيجابية يكون لها بعد أو أثر أكبر من الإعلان مما يؤدي إلى إقناع المستهلك ويجعله أكثر إلحاحا في طلبها⁽²⁾. ونظرا لكون الدعاية تتفق مع الإعلان التجاري في وحدة المحل وهو المنجات والخدمات، والوسيلة المستعملة، وكون أن الإعلان الجيد يستخدم أساليب الدعاية في إبراز عوامل الجمال في المنتج والتأثير النفسي لدى المستهلك، الأمر الذي دفع البعض إلى القول بعدم التفرقة بين الدعاية التجارية والإعلان التجاري وعدّهما وجهين لعملة واحدة في تسويق المنتجات والخدمات، في حين ذهب بعضهم الآخر إلى عدم الخلط بين الدعاية والإعلان، مستندا إلى أن الدعاية تتعلق بالمذاهب والعقائد وتكون غير مدفوعة الأجر، بينما ينصب الإعلان التجاري على المنتجات والخدمات ويستخدم أساليب المنطق والإقناع بعيدا عن إثارة الميول والغرائز الفطرية أو المكتسبة، إلا أن هذا الاختلاف يمكن أن يتلاشى بعد دخول شبكة الإنترنت التي يتسم الإعلان فيها -غالبا- بالشكل المجاني⁽³⁾.

2/ الإعلان والإعلام:

التمييز بين الإعلان والإعلام ليس بالأمر اليسى بسبب التداخل والخلط بينها، فالإعلان عندما يقدم في شكل مقال صحفي أو برنامج تلفازي أو في صحيفة تقديم الموقع على الإنترنت يكون من الصعب التحقق منه

1- بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص. 29.

2- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص، 129.

3- المرجع نفسه، ص. 130.

والتمييز بينه وبين النص الإعلامي، والإعلام يعني دائما بنشر الحقائق والمعلومات على الجمهور بقصد نشر المعرفة والثقافة وليس بقصد الربح، وهو يعد وفقا لذلك من وسائل الربط والاتصال بين الأفراد، كما أنه يهتم بصفة أصلية بتنمية الوعي والمدارك، لذلك فهو يتميز عن الإعلان من الناحية الموضوعية، فالإعلان دائما ما يعتمد على المبالغة والتهويل، أما الإعلام فدائما ما يكون محايدا لأنه لا يهدف إلى تسويق منتجات أو خدمات معينة، بل يعمل على تكوين أو تصحيح فكرة معينة أو دعم الثقة في نظام معين⁽¹⁾.

ومن هنا يتضح الفرق بين الإعلام والإعلان، فهذا الأخير غالبا ماتروج بمقتضاه المؤسسات أو الشركات أو التجمعات التجارية والاقتصادية أو حتى الصناعية وحتى بعض المتدخلين من الأفيلد وهذا لإغراء وجلب المستهلك لاقتناء سلعهم ومنتجاتهم أو للإقدام على خدماتهم، ولذلك فمن شأن الإعلان خاصة إذا كان كاذبا أن يهيب إرادة المستهلك حيث تصور له في بعض الأحيان هذه السلع أو المنتجات على غير حقيقتها ومن ذلك فإن إعلام المستهلك من قبل المتدخل يختلف عن الدعاية والإعلان، حيث أن الإعلام هو وسيلة لمقاومة الدعاية الكاذبة والإعلان المزيف في مثل هذه الحالات⁽²⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإعلان التجاري

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للإعلان التجاري هل يعتبر إيجابا أم دعوة للتعاقد؟. فللدعوة للتعاقد هي مرحلة تتقدم الإيجاب وتتميز عنه ويكون الغرض منها انطلاق المفاوضات وهي مجرد مرحلة لاستطلاع الآراء وإبداء اقتراحات غير دقيقة⁽³⁾، حيث تتمثل في العرض الذي يتقدم به أحد الأشخاص للمتعاقد دون أن يحدد عناصر العقد وشروطه⁽⁴⁾ الجوهرية وقد تنتهي إلى إيجاب وقد لا يترتب عليه إيجابا. في حين أن الإيجاب هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين فينقصد العقد بمجرد القبول⁽⁵⁾ استنادا إلى أحكام المادة 59 ق م ج "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

وبطبيعة الحال فالإيجاب الذي يؤدي إلى انعقاد العقد إذا صادفه قبول يستلزم أن يتوفر فيه كل العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه، فيتم تحديد المسائل الجوهرية تحديدا نافيا للجهالة كتحديد الثمن في عقد البيع وكيفية ومكان التسليم، كما لا بد أن يكون هذا الإيجاب باتا يعبر عن الإرادة الجازمة والقطعية للموجب في إحداث الأثر القانوني المتمثل في إبرام العقد.

1- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 128.

2- محمد بعجي، وجوب التزام المتدخل بضمان حماية المستهلك، مجلة حوليات جامعة الجزائر، العدد 23، جوان 2013، ص. 80.

3- علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص. 88.

4- سمير عبد السميع الأوزن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص. 36.

5- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 88.

والقاعدة في القانون الجزائري⁽¹⁾ أن الموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام لم يقترن القبول بمدة محددة يلتزم بها الموجب، أما إذا اقتزن بأجل تعين على الموجب البقاء على إيجابه إلى غاية انقضائه⁽²⁾، فإذا عدل قبلها عدّ متعسفا وتنهض مسؤوليته المدنية، أما إذا انتهت المدة المحددة للقبول سواء كان الأجل صريحا أو ضمنيا - يستفاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة- فإن الإيجاب يسقط دون حاجة إلى سحبه⁽³⁾.

وبالمفهوم المخالف للمادة 63 ق م فإن الإيجاب إذا لم يقترن بميعاد محدد فإنه لا يعتبر في حد ذاته ملزما، الأمر الذي يتيح للمنتج العدول أو الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول وهذا ما يمكن أن يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة ومع قاعدة حرية إبرام العقود⁽⁴⁾.

تبعا لما تقدم لا يكون للإيجاب قوة ملزمة إلا إذا عين أجل للقبول (المادة 63 ق م ج)، أما إذا لم يعين له أجل فيجوز للموجب التحلل منه إذا لم يصدر القبول فورا في مجلس العقد (المادة 64 ق م ج) وهذا يخص التعاقد بين حاضرين، أما إذا كان التعاقد بين غائبين وطبقا للمادة 67 ق م ج فإن القوة الملزمة للإيجاب هي أمر ضمني تتحدد بالمدة اللازمة لوصول الإيجاب إلى علم الموجه إليه، ويرجع الأمر كله للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع بشأن تحديد مدة التزام الموجب بالبقاء على إيجابه.

أما الدعوة إلى التفاوض (التعاقد) فليس لها هذا الأثر القانوني ويجوز العدول عنها دون أن يترتب على هذا العدول أية مسؤولية، غير أنه إذا اقتزن بالعدول خطأ مستقل عن مجرد العدول ترتب عليه ضرر جاز للطرف المضروب طلب التعويض⁽⁵⁾.

تطبيقا لما تقدم فإذا لم يتضمن عرض السلع والخدمات عبر شبكة الإنترنت المسائل الجوهرية كئتمن المبيع مثلا فهذا العرض يعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد، وبمفهوم المخالفة إذا تضمنت هذه المبيعات العناصر الجوهرية فإن هذا العرض يعتبر إيجابا، وعليه نخلص إلى القول أنه حتى يرقى الإعلان الإلكتروني إلى مرتبة الإيجاب يجب أن يتضمن العرض الشروط والعناصر الجوهرية والأساسية للتعاقد كتحديد ثمن المبيع ومدته وطبيعته... ونحن نرى ضرورة اعتبار الإعلان الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت مجرد دعوة للتعاقد حتى يتسنى للمستهلك التفاوض على هذا العقد دون أن ترتب عليه أية مسؤولية في حالة عدوله عن إبرامه.

1- أنظر المادة 63 ق م ج.

2 - Vincent HEUZE, *La vente internationale des marchandises (droit uniforme)*, L.G.D.J., Paris, 2000, p.159.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة-، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2011، ص. 20.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 20.

5- المرجع نفسه، ص. 21.

الفرع الثالث: شروط الإعلان الإلكتروني

رغم الأهمية التي يتمتع بها الإعلان التجاري والدور الذي يلعبه في الترويج للسلع والخدمات وتعريفها لجمهور المستهلكين، إلا أن هـ قد يتجاوز حدود المشروعية ليصبح إعلانا مضللا وكاذبا يلحق ضررا بالمستهلك، وبالتالي كان لا بد من إنابته بالحماية كونه يمثل الطرف الضعيف وتشديد المسؤولية على المهني (المحترف أو المزود) الذي يكون في مركز قوة.

وتقوم قواعد حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية على قاعدتين أساسيتين أولهما تتعلق باسئراط وضوح الإعلان الإلكتروني وثانيهما تستوجب ألا يكون الإعلان الإلكتروني مضللا.

أولاً: وضوح الإعلان الإلكتروني

يشئراط في الإعلان الإلكتروني أن يكون واضحا غير غامض، وتتقق ذلك عندما يتضمن البيانات والمعلومات الوافية والكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة، والتي من شأنها أن تخلق لدى المستهلك تفكيرا واعيا وإرادة مستنيرة قبل إقدامه على إبرام العقد، مما يساعده في إعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي وإدراك كاملين. فمن الضروري إذن أن يتم تبليغ المستهلك بطريقة واضحة عن المنتجات التي يريد شرائها حتى لا يكون ضحية الدعاية المضللة أو الخادعة.

بناءً على هـ يجب أن تكون العبارات التي يستخدمها المعلن واضحة الدلالة عما يقصد توصيله للمستهلك، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر حيث نص في المادة على أنه "يجب أن لا يوصف أو يقدم أي غذاء بطريقة خاطئة أو مضللة أو كاذبة أو من المحتمل أن يئثر انطبعا خاطئا بخصوص نوعه بطريقة تؤدي إلى تغليط المستهلك يجب ألا تكون الادعاءات على الوسم وعرض المواد الغذائية الموضوعة حيز الاستهلاك: سخير صحيحة أو غامضة أو مضللة...".

كما نصت المادة 56 من نفس المرسوم على أنه "تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك"، كما أكدت المادة 60 من ذات المرسوم على أنه "يمنع استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم أو وسم وكل أسلوب للإشهار أو العرض أو الوسم أو البيع من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك، لاسيما حول الطبيعة والتركيبية والنوعية الأساسية، مقدار العناصر الأساسية وطريقة تناول وتاريخ الإنتاج وتاريخ الحد الأقصى للاستهلاك والكمية ومنشأ أو مصدر المنتج".

يستفاد من هذه النصوص أن المشرع الجزائري اشئراط أن يكون الإعلان التئج -اري واض-حا نافيا للجهالة، لا يدع مجالا للشك أو الالتباس في ذهن المستهلك ليوقعه في الغلط مع سلعة أو خدمة أخرى. وعليه يمكن القول أنه كلما تحرى المعلن في إعلانة النزاهة والصدق وقدم معلومات وبيانات جامعة ومانعة عن السلعة أو الخدمة التي يرغب في ترويجها، باللغة والعبارات التي يفهمها المتلقي الموجه إليه الإعلان، كلما أدى

ذلك إلى تنوير المستهلك وساعده على إتمام التعاقد وهو مطمئن بأن المنتج الذي سيحصل عليه سيجد فيه نفس المواصفات والميزات الواردة في الإعلان، ولعل هذا ما قصده المشرع الجزائري عندما عرف المجال البصري الرئيسي في المادة 03 من المرسوم التنفيذي 13-378 بأنه "المجال البصري للتغليف الأكثر رؤية من أول وهلة من طرف المستهلك عند الشراء، والذي يسمح له بالتعرف المباشر على المنتج بالنسبة لخصائصه وطبيعته وعند الاقتضاء علامته التجارية".

ومن جهة أخرى يتعين على المعلن أن يراعي في إعلانه قواعد المنافسة المشروعة قصد الترويج لمنتجاته وخدماته على حساب غيره، وهذا ما يعرف بالإعلان المقارن الذي نظمته "التوجيه الأوروبي رقم 55 لسنة 1997 الصادر في 06 أكتوبر 1997 والذي جاء معدلا للتوجيه الأوروبي رقم 450 لسنة 1984 وطبقا لهذا التوجيه يقصد بالإعلانات المقارنة كل إعلان يحدد صراحة أو ضمنا منافس أو سلع أو خدمات مقدمة بواسطة منافس آخر"⁽¹⁾.

وقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1-122⁽²⁾ بقولها "كل إعلان يقارن السلع أو الخدمات من خلال تحديد صراحة أو ضمنا أحد المنافسين أو السلع أو الخدمات التي يقدمها أحد المنافسين غير مشروع إلا إذا :

1. لم يكن مضللا أو من شأنه أن يوقع في الغلط
 2. أن يحد على سلع أو خدمات تلبي الاحتياجات أو لها نفس الغرض
 3. يقارن بموضوعية خاصة أو العديد من الخصائص الأساسية الملائمة، الحقيقية والمثلة لهذه الأموال وهذه الخدمات والتي يكون الثمن جزء منها".
- ومن خلال نص المادة حدد المشرع الفرنسي الشروط الواجب توفرها في الإعلان المقارن حتى يكون مشروعاً، فالمعلن يقوم بمقتضى الإعلان المقارن بالدعاية لمنتجاته عن طريق إبراز مزاياها مقارنة بعيوب مثيلاتها في السوق فيقوم بتجميل منتجاته وخدماته وتحسينها وفي المقابل يظهر السلبيات والخدمات المشابهة لها بصورة سيئة، والذي قد يكون متفقا مع الحقيقة أو مخالفا لها.

1- كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص. 157.

2- v. art 122-1 code consommation Français: «Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si :

1° Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;
2° Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
3° Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie »

وهذا ما أكدته المشرع الفرنسي في المادة 122-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽¹⁾ حيث نص على أنه "لا يجوز للإعلان المقارن أن:

- 1 يستمد منفعة من الشهرة المرتبطة بعلامة تصنيع تجارة أو خدمة أو اسم تجاري أو علامات أخرى مميزة لمنافس أو التسمية الأصلية وكذلك البيان الجغرافي لمنافس
 - 2 يتضمن التشكيك أو التقليل من أهمية العلامات التجارية والأسماء التجارية والإشارات الأخرى المميزة للسلع والخدمات والأنشطة أو مركز المنافس
 - 3 يولد الخلط بين المعلن ومنافس أو بين العلامات والأسماء التجارية والبيانات الأخرى المميزة وأموال وخدمات المعلن وتلك التي لها منافس
 - 4 تتقليد السلع والخدمات وتقديمها أو إعادة إنتاج سلع وخدمات تحمل علامة أو اسم تجاري محمي".
- وبذلك فقد توسع المشرع الفرنسي في حماية العلامات والأسماء التجارية، ويجب على المعلن مراعاة ذلك عند استخدامه للإعلان المقارن، ويتحقق الاعتداء على العلامات التجارية غالباً عن طريق استخدام مشروع غير معروف لعلامة تجارية معروفة أو عن طريق تقديم المعلن لمنتجاته أو خدماته كنسخة مطابقة أو مقلدة للمنتجات والخدمات الخاصة بعلامة تجارية أخرى⁽²⁾.

وفي الأخير نخلص إلى القول أنه كلما توفر في الإعلان المقارن الصدق والصحة فإنه يكون مشروعاً لأنه يفيد المستهلك ويعرفه بمزايا وعيوب السلع والخدمات المعروضة عليه ، وبالتالي يمكن أن يدعم "الحماية الخاصة بالمستهلك طالما أنه يزوده بمعلومات صحيحة عن السلع والخدمات التي يرغب في اقتنائها بطريقة موضوعية وخالية من الغش والخداع"⁽³⁾.

ثانياً: ألا يكون الإعلان الإلكتروني كاذباً أو مضللاً

من المتفق عليه أن الإعلان بأي وسيلة كانت له أثره الإيجابي على المهني والمستهلك على حد سواء، فبالنسبة للمهني فهو يعمل على تسويق السلع والخدمات من خلال دوره البارز في ترويجها وخلق تنافس بين جماعة المنتجين لطرح أحسن المنتجات وبأسعار ملائمة، أما بالنسبة للمستهلك فالإعلان يعتبر "أداة من

1- v. art 122-2 code consommation Français: «La publicité comparative ne peut :

1° Tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent ;

2° Entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent ;

3° Engendrer de confusion entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent ;

4° Présenter des biens ou des services comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service bénéficiant d'une marque ou d'un nom commercial protégé».

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 167.

3- Pierre GREFFE et François GREFFE, *la publicité et la loi : en droit français, union européenne, suisse*, 8^{ème} édition, Litec ,Paris, 1995, p.811.

أدوات تعريف المستهلكين بخصائص السلع والخدمات المعروضة في السوق وأساليب استخدامها وكيفية الانتفاع بها وتجنب أخطارها"⁽¹⁾.

وبطبيعة الحال فما سبق ذكره لا يتأتى إلا إذا كان الإعلان نزيها مراعيًا أسس النزاهة والشرف للمنافسة المشروعة التي تهدف إلى خدمة المستهلك وتزويده بمنتجات بأفضل الشروط وأحسن المواصفات، بيد أن الأمر لا يقف عند هذا الحد فغالبًا ما يواجه التاجر الإعلان توجيهها غير سليم بغية تحقيق غايات غير مشروعة⁽²⁾ باستعمال الغش والخداع من أجل دفع المستهلك إلى التعاقد، وهو ما يعبر عنه بالإعلان المضلل أو المخادع، ويمكن تعريفه بأنه "الإعلان الذي من شأنه خداع المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك"، كما عرّف أيضا بأنه "الإعلان المتضمن معلومات تهدف إلى الوقوع في خلط وخداع فيما يتعلق بعناصر وأوصاف جوهرية للمنتج"⁽³⁾.

وقد عرفه المشرع السوري بمقتضى قانون حماية المستهلك رقم 02 لعام 2008 السالف الذكر في المادة 01 بأنه "الإعلان الذي يتم بأبعية وسيلة كانت ويتناول سلعة أو خدمة أو يتضمن عرضاً أو إدعاءً كاذباً أو مصوغاً بعبارات من شأنها أن تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى خداع أو تضليل المستهلك"، وهو نفس التعريف الذي تبناه المشرع اللبناني بمقتضى قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لعام 2005 في المادة 11 منه، وأضاف المشرع اللبناني بعض الصور التي تعتبر من قبيل الإعلان المخادع في الفقرة الثانية من المادة 11 "يعتبر خادعاً العرض أو البيان أو الإدعاء المشار إليها أعلاه والذي يتناول أحد الأمور التالية على سبيل المثال لا الحصر:

طبيعة السلعة أو تركيبها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر التي تتكون منها وكمية هذه العناصر.
مصدر السلعة أو وزنها أو حجمها أو طريقة صنعها أو تاريخ انتهاء صلاحيتها أو شروط استعمالها أو محاذير هذا الاستعمال.

تنوع الخدمة والمكان المتفق عليه لتقديمها ومحاذير استعمالها وصفاتها الجوهرية إن لجهة التوعية أم لجهة الفوائد المتوخاة

شروط التعاقد ومقدار الثمن الإجمالي وكيفية تسديده.

الموجبات التي يلتزم بها المعلن.

هوية ومؤهلات وصفات المصنع أو المحترف

كما يعتبر إعلاناً خادعاً :

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 53.

2- بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص. 55.

3- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 76.

الإعلان الذي ينسب فيه المعلن لنفسه زورا أنه يحمل جوائز أو شهادات أو مصادقات أو ميداليات رسمية أو خاصة، وكذلك الزعم بوجود أسس علمية في حين أنها في الواقع غير متوافرة أو غير جدية.

الإعلان الذي يتضمن من استعمال شعار أو علامة فارقة دون وجه حق أو استعمال علامة مقلدة أو مشبهة".

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 1/06 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 على أنه "على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط".

والملاحظ على النص أنه عام ، حيث وضع التزام على عاتق كل مورد ومعلن بأن يزود المستهلك بالمعلومات الصحيحة ويتجنب كل ما من شأنه أن يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك دون أن يورد صور الكذب أو الخداع الذي يؤدي إلى التضليل، كما قرر المشرع المصري بموجب الفقرة الثانية من المادة 06 إعفاء المعلن من المسؤولية متى كانت المعلومات التي تضمنها الإعلان فنية يتعذر على المعلن المعتاد التأكد من صحتها، وكان المورد قد أمده بها، "وهذا نص واسع وفضفاض يستطيع كل معلن أن يتخلص من المسؤولية بحجة أن تلك المعلومات الواردة في الإعلان فنية لا يستطيع التحقق من صحتها"⁽¹⁾.

ومن خلال استقراءنا لنصوص القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذا الموضوع، ولكن واستنادا لما تقدم وبالنظر للدور الذي يلعبه الإعلان في تعريف المستهلك بخصائص ومميزات السلع المعروضة ودوره في توفير حماية أكثر للمستهلك كان لا بد من النص على الإعلان وبعض صورته، ومتى يكون مضللا وتضمينها في قانون حماية المستهلك.

وإن كان المشرع الجزائري لم يتعرض لهذا الأمر بمقتضى القانون رقم 03-09، إلا أنه لم يغفل على تنظيمه بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 13-378، حيث نصت المادة 56 منه على أنه "تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك".

وباستقراءنا لنص هذه المادة يلاحظ أن المشرع منع الإعلان المضلل ولكنه لم يحدد صورته متى يكون مضللا ومن شأنه إحداث لبس لدى المستهلك.

هذا وتحديث التوجيه الأوروبي الصادر في 15/09/1984 بالمادة الثانية منه على الإعلان المضلل أو الخداع بأنه أي إعلان بأي طريقة كانت يحتوي في طريقة تقديمه على أي تضليل لهؤلاء الذين يوجه إليهم الإعلان. كما نصت المادة الثالثة من التوجيه الأوروبي السابق على أن الإعلان المضلل يقع عن طريق إغفال إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة المعلن عنها⁽²⁾.

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 179.

2- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 77.

والجدير بالذكر أن الفقه استعمل مصطلحي الإعلان الكاذب والإعلان المضلل كمرادفين ، إلا أن الأمر ليس كذلك، فهما وإن كانا يوصلان إلى نفس النتيجة وهي تضليل الجمهور وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد إلا أن هناك فروق بينهما.

فالإعلان الخادع أو المضلل لا يتضمن بيانات كاذبة إلا أنه يصاغ في عبارات من شأنها أن تؤدي إلى خداع المستهلك، في حين أن الإعلان الكاذب هو إدعاء أو زعم مخالف للحقيقة الهدف منه تضليل المستهلك عن طريق تزييف الحقيقة أو إصدار تأكيدات غير صحيحة أو غير مطابقة للواقع⁽¹⁾.

ولا بد من الإشارة إلى أن الكذب لا يرتب عليه القانون آثارا مدنية أو جنائية إلا بشكل جزئي عندما يقدر المشرع أن الكذب بلغ حدا أصبح يمس بالعلاقات الاجتماعية، ذلك أن حالة الكذب الذي يكون باعثا للتعاقد يجعلنا نكون أمام تدليس، ويذهب القضاء الفرنسي إلى عدم الاعتراف بالكذب البريء في مجال التعامل على أساس المعلومات المعطاة من قبل أحد الطرفين كما هو الحال في مجال التعامل التجاري، فالمبالغة في مدح بضاعة لا يؤثر على صحة التراضي، وكذلك المعلومات المعطاة عن طريق قائمة ما دام غيابها لا يؤثر في إبرام العقد بالشروط المتفق عليها⁽²⁾.

واعتبار الإعلان مضللا أم لا يرجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع "مسترشدا في ذلك بالظروف الملايسة وثقافة المجتمع ووعيه، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الإعلان عن شراب يتكون من مواد كيميائية على أنه شراب ذو طعم عصير الفواكه يعتبر إعلانا صحيحا ولكنه يصير خادعا إذا صاحبه صورة الفواكه ناضجة إذ أن ذلك يدعو المستهلكين إلى الاعتقاد بأن الشراب مصنوع من عصير الفواكه وليس ذلك صحيحا"⁽³⁾.

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 59.

2- بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص. 67.

3- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 60.

المطلب الثاني: وسائل حماية المستهلك الإلكتروني من الإعلانات التجارية المضللة

يعد الكذب والخداع في الإعلان التجاري الإلكتروني من أهم مصادر الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك خلال الفترة التي تسبق إبرام العقد الإلكتروني⁽¹⁾، لذلك تتقرر مسؤولية المعلن عن نشر إعلان كاذب أو خادع ليضلل المستهلكين ويدفعهم إلى التعاقد على سلع وخدمات انجذاباً وراء الإعلان هم ليسوا في حاجة إليها، في حين تترك سلع وخدمات أخرى أفضل وأجود مما تم اقتناؤها بسبب الكذب الإعلاني⁽²⁾.

تطبيقاً لذلك نجد المشرع السوري بمقتضى المادة 35 من القانون السوري رقم 2 لعام 2008 المتضمن قانون حماية المستهلك حظر استعمال الإعلان المضلل أو الخادع، وأوجب في المادة 36 من نفس القانون أن يتصف الإعلان أو الترويج للمنتج بالصدق والحقيقة التي تعبر عن جوهر المنتج وجودته دون لبس أو غموض. وتصدر الإشارة إلى أن "آثار التضليل الإعلاني لا تقتصر على ما يلحق المستهلك من أضرار تصيبه شخصياً بل تمتد لتشمل الحياة الاقتصادية للمجتمع بأسره لذلك فإن القوانين المقارنة لمعظم الدول تذهب إلى عد التضليل جريمة معاقب عليها في القوانين الجزائية (الفرع الثاني) فضلاً عن الحماية المدنية"⁽³⁾ (الفرع الأول).

الفرع الأول: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من الإعلانات التجارية المضللة

بالرجوع إلى أحكام القانون الجزائي الواردة في المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر تنص على أنه "يجب أن لا يوصف أو يقدم أي غذاء بطريقة خاطئة أو مضللة أو كاذبة أو من المحتمل أن يثير انطباعاً خاطئاً بخصوص نوعه بطريقة تؤدي إلى تغليب المستهلك.

يجب أن لا تكون الادعاءات المستعملة على الوسم وعرض المواد الغذائية الموضوعة حيز الاستهلاك:

- غير صحيحة أو غامضة أو مضللة، - تثير شكوكاً فيما يتعلق بالأمن و/أو تطابقها غذائياً مع مواد غذائية أخرى، - تشجع أو تسمح بالاستهلاك المفرط لمادة غذائية، - توحى بأن تغذية متوازنة ومتنوعة لا يمكن أن توفر كل العناصر المغذية بكمية كافية، - غير مبررة، - تشير إلى تغييرات في الوظائف الجسمية التي يمكن أن تثير مخاوف عند المستهلك إما في شكل نصوص أو صور أو أشكال خطية أو عروض رمزية، - تشير إلى خصائص وقائية أو علاجية للأمراض البشرية، - باستثناء المياه المعدنية الطبيعية - المواد الغذائية الموجهة لتغذية خاصة".

كما نصت المادة 60 من المرسوم التنفيذي 213-378 على أنه "يمنع استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم أو وسم وكل أسلوب للإشهار أو العرض أو الوسم أو البيع

1- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 79.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 195.

3- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 79.

من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك، لاسيما حول الطبيعة والتركيبية والنوعية الأساسية ومقدار العناصر الأساسية وطريقة تناول وتاريخ الإنتاج وتاريخ الحد الأقصى للاستهلاك والكمية ومنشأ أو مصدر المنتج. كما يمنع كل بيان يرمي إلى التمييز المفرط لمنتج على حساب منتج مماثل آخر".

يستفاد من نص المادة المذكورة أن المشرع الجزائري نص على المبدأ العام هو منع الإعلان أو الإشهار المضلل الذي من شأنه أن يخلق لبسا في ذهن المستهلك ويكون لديه اعتقاد غير صحيح أو مضلل ومن تم يدفعه إلى التعاقد، لذلك كان "وضوح الإعلان التجاري عبر الإنترنت يؤثر بشكل إيجابي على المستهلك يجعله على بينة من أمره عند التعاقد فلا يتعرض للإدعاء أو الإيهام"⁽¹⁾ بشأن السلعة أو الخدمة محل التعاقد.

تبعاً لما تقدم فإن الإعلان المضلل أو المخادع يمكن أن يستعمل فيه المعلن الكذب والخداع واستعمال الطرق التدليسية لحمل المتعاقد (المستهلك) إلى التعاقد على السلعة أو الخدمة حتى وإن لم يكن يرغب فيها. ومن خلال استقراءنا لنصوص القانون الجزائري بشأن حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد لا نجد نصوصاً خاصة توفر الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضلل، وفي هذه الحالة ما علينا إلا اللجوء إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني ومحاولة تطبيقها على المستهلك الإلكتروني الذي يتعاقد نتيجة وقوعه في حيل وخدع وضعها المعلن، وتتمثل هذه القواعد في:

أولاً: التنفيذ العيني للالتزام:

إذا أعلن التاجر المحترف عبر الإنترنت عن سلعة أو خدمة معينة لغرض التعاقد عليها وقبل المستهلك هذا العرض، وبعد ذلك امتنع التاجر المحترف عن تنفيذ التزامه وذلك بتسليم شيء من النوع ذاته الذي تضمنه الإعلان التجاري⁽²⁾، جاز للمستهلك الذي كان ضحية الإعلان التجاري المضلل أن يطالب بالتنفيذ العيني للالتزام استناداً إلى أحكام المادة 164 ق م ج التي تنص على أنه "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه عيناً، متى كان ذلك ممكناً".

فإذا لم ينفذ المعلن التزامه جاز للمستهلك أن يطلب سلعة أو خدمة من ذات النوع الذي تضمنه الإعلان التجاري المضلل على نفقة المعلن بعد استئذان القاضي (166 ق م ج).

فضلاً عن ذلك فإنه يحق للمستهلك أن يطالب المعلن بقيمة الشيء بطريق التعويض تطبيقاً لأحكام المادة 175 ق م ج، "وأساس إلزام المعلن في تنفيذ التزامه هو عد الإعلان إيجاباً متى تضمن العناصر الجوهرية للعقد وانعقاد العقد إذا صادف هذا الإيجاب قبول مطابق"⁽³⁾ على النحو الذي سبق وأن بيناه عند الحديث على الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني.

1- خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص. 15.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 80.

3- المرجع نفسه، ص. 80.

ثانيا: دعوى التدليس:

يقصد بالتدليس إيهام الناس بأمر مخالف للحقيقة بقصد دفعهم للتعاقد، وبثبوتة يعطي للمخدوع الحق في رفع دعوى إبطال العقد لتعيب إرادته، كما بإمكانه رفع دعوى أخرى للتعويض عما أصابه من ضرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

وعليه يمكن حماية المستهلك من الإعلان الإلكتروني المضلل استنادا إلى الأحكام العامة المتعلقة بالتدليس، وفي هذا الخصوص نص المشرع الجزائري في المادة 86 ق م على أنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبيع الطرف الثاني العقد. ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

ويعرف الفقه الفرنسي التدليس أنه استعمال شخص طرقا احتيالية لإيقاع آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد ويكون ذلك بأن يستعمل أحد العاقدين طرقا احتيالية ومناورات تؤدي إلى إقناع العاقد وإيقاع الغلط⁽²⁾، وللتدليس عنصران أحدهما مادي والآخر معنوي:

1/ العنصر المادي للتدليس:

يتمثل في مختلف الطرق الاحتيالية التي يلجأ إليها المتعاقد للتأثير على إرادة المستهلك ودفعه إلى التعاقد، ويأتي في مقدمة هذه الوسائل الكذب من أجل التغيير بالمتعاقد. ويمكن القول بشكل عام بأن التغيير مع العبن هو من أكثر عيوب الإرادة شيوعا في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، فالمستهلك لا يكون أمامه إلا جهاز الحاسب الإلكتروني وما يقدمه له التاجر المحترف من معلومات في الإعلان عن السلعة أو الخدمة التي يروم الحصول عليها أو مواصفاتها أو كل ما يتعلق بها وينبغي أن تكون هذه المواصفات دقيقة لذا فإن مجرد الكذب يعد وسيلة احتيالية ويعد التغيير واقعا⁽³⁾. ويدخل أيضا ضمن الطرق الاحتيالية المكونة للعنصر المادي السكوت العمدي (الكتمان) والذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 86/2 ق م ج، حيث رتب على المتعاقد "التزاما عاما بالإفشاء كلما كانت الواقعة أو الملابسة التي يجهلها المتعاقد مؤثرة"⁽⁴⁾.

2/ العنصر المعنوي:

يتمثل في نية التضليل للحصول على غرض غير مشروع، ويقتضي هذا العنصر أن يكون الغرض من الخيل المستعملة بشتى أنواعها خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد.

1- د. غسان رباح، المرجع السابق، ص 38.

2- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 80.

3- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 82.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 130.

وعلى عكس السكوت المجرد الذي لا يفيد شيئاً فإن السكوت العمدي يرجى منه إخفاء الحقيقة حتى يقدم المدلس عليه على التعاقد، فالتضليل خطأ مدني يقتضي إدراك المدلس وانصراف إرادته إلى تحقيق غاية غير مشروعة تتمثل في إخفاء الحقيقة على المدلس عليه حتى ينتزع رضاه⁽¹⁾.

تبعاً لما تقدم فالكذب في حد ذاته مجرد من أي اعتبار آخر لا ينهض دعامة كافية للتدليس أو التغيرير المبطل للعقد بصفة عامة على الرغم من تفشيه في هذه الأيام ما لم يرتبط بكتمان الحقيقة أو إخفائها وهو الكذب العمدي أو الكذب المفضوح (كالإعلان على خلاف الواقع بانتحال أحسن الأوصاف، عن نسبة ضخمة في التخفيضات أو وجود فرصة لا تتكرر...) للتأثير على إرادة المتعاقد وهو ما يسمى بالكذب الذي يتجاوز حدود المألوف في التعامل⁽²⁾.

تبعاً لما تقدم فإذا توفر عنصرا التدليس واكتملت شروطه المتمثلة في استعمال طرق احتيالية وكانت هذه الطرق هي الدافع إلى التعاقد وصدرت من المتعاقد الآخر (المعلن) كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المدلس عليه (المستهلك)⁽³⁾.

هذا واستناداً إلى أحكام المادة 323 ق م ج التي تنص بأنه "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" فإن عبء إثبات الطرق الإحتيالية وفقاً للقواعد العامة يقع على من يدعيه وهو المستهلك، "ويمكن أن يقتصر على طلب التعويض باعتبار أن التدليس عمل غير مشروع أو فعل ضار يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الناتج عنه طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية (المادة 124 ق م ج)⁽⁴⁾، خاصة إذا اعتبرنا أن الإعلان الإلكتروني -على غرار الإعلان التقليدي- يتم في مرحلة سابقة على التعاقد، فالمعلن لا تربطه علاقة عقدية مع جمهور المستهلكين وعليه فإن الأخطاء التي تصدر من المعلن في هذه المرحلة وتسبب ضرراً للمستهلك فإنها ترتب المسؤولية التقصيرية استناداً إلى نص المادة 124 ق م ج التي تنص على أنه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

فالقواعد العامة تقتضي بأن عبء إثبات الطرق الإحتيالية وشروطها وعناصرها تقع على المستهلك، وهو أمر فيه صعوبة حتى بالنسبة للمستهلك التقليدي فما بالك بالمستهلك الإلكتروني "وحتى على فرض إمكانية إثباتها فإن الجزاء هو وقف العقد أو إبطاله بحسب اختلاف القوانين قد لا يتناسب ومصلحة المستهلك الذي يتكلف النفقات والجهد والوقت في رفع الدعوى الفردية ويصطدم بعدد من العقبات النفسية والإجرائية في مواجهة المعلن وهو الطرف القوي في العلاقة التعاقدية"⁽⁵⁾.

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 130.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 50.

3- راجع المادة 86 ق م ج.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 49.

5- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 86.

وفي المقابل يستطيع المعلن أن ينفي وقوع التغير من جانبه ودفوع المسؤولية⁽¹⁾ إذا أثبت أن المعلومات التي تضمنها الإعلان فنية وتقنية بحيث يتعذر على المعلن المعتاد التأكد من صحتها⁽²⁾.

وفي الأخير نخلص إلى القول أن استعمال الطرق الإحتيالية التي تؤدي بالمستهلك إلى التعاقد الإلكتروني وتتيح له حال إصابته بضرر جراء الإعلان الإلكتروني المضلل أن يستفيد من الحماية المدنية المقررة في القواعد العامة، حيث تتمثل هذه الحماية بدعوى التذليس التي يرفعها المستهلك بوصفه متعاقدًا مطالبًا بإبطال العقد وفقا لقواعد المسؤولية التعاقدية⁽³⁾، إلا أن هذه الدعوى لا تمنح الحماية الشاملة لمواجهة الإعلانات التجارية المضللة لأنه يشترط في دعوى التذليس أن نكون بصدد عقد، وهذا الأمر يستقيم إذا اعتبرنا أن الإعلان الإلكتروني إيجابًا على النحو الذي فصلناه بسبب الحديث عن الطبيعة القانونية للإعلان التجاري أما إذا اعتبرنا الإعلان مجرد دعوى إلى التعاقد ووقع المستهلك في ضرر فإنه ما عليه سوى الاستناد على قواعد المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 ق م ج من أجل المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي لحق به.

الفرع الثاني: الحماية الجزائية للمستهلك الإلكتروني من الإعلان التجارية المضللة

لما كانت الإعلانات الكاذبة والمضللة سببا من أسباب الإضراب الاقتصادي وليست فقط مجرد اعتداء على مصالح الأفراد، لذا فإنها قد تقود إلى تقرير الجزاء الجنائي الذي يصبح ضروريا إلى جانب الجزاء المدني الذي لا يعد لوحده كافيا بهذا الصدد⁽⁴⁾.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 68 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول: كمية المنتوجات المسلمة، تسليم المنتوجات غير تلك المعينة مسبقا، قابلية استعمال المنتوج، تاريخ أو م-دد صلاحية المنتوج، النتائج المنتظرة من المنتوج، طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتوج"

ويستفاد من النص أن المشرع بسط الحماية الجزائية على المستهلك الذي يكون ضحية للخداع والتذليس بأي وسيلة أو طريقة كانت، ويدخل في نطاقها الإعلانات المضللة والخادعة التي تكون صادرة من المعلن.

1- أنظر المادة 33/ من قانون حماية المستهلك السوري التي تنص على أنه "على المعلن إثبات صحة المعلومات الواردة في إعلانه وتزويد الجهة المعنية بالمستندات التي قد تطلبها".

2- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 82.

3- المرجع نفسه، ص. 84.

4- بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص. 189.

وطبقا لنص المادة يلاحظ أن المشرع اعتمد على أسلوب الإحالة إلى قوانين أخرى وهو نص المادة 429 ق ع⁽¹⁾ التي تنص على أنه "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 2000 إلى 20.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد: سواء في الطبيعة أو في الصفات الجوهرية أو في التركيب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع-ع سواء في نوعها أو مصدرها سواء في كمية الأشياء المسلمة أو في هويتها في جميع الحالات فإن مرتكب المخالفة إعادة الأرباح التي حصل عليها دون حق".

وحسنا فعل المشرع الجزائري بإقراره لعقوبة الحبس المقترن بالغرامة حتى تحقق الهدف من العقوبة الجزائية وهو الردع لكل من تسول له نفسه خداع وتضليل المستهلكين وإن كان قد أعطى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي لها صلاحية أن تقرر إما الحبس المقترن بالغرامة أو بإحدهما فقط.

وفي المقابل نجد أن المشرع السوري اعتبر إنتاج أو توزيع سلع تستخدم للغش أو التديليس أو عرضها للبيع بما في ذلك استخ-دام وسائل الإعلام أو الإعلانات أو المنشورات أو المطبوعات الأخرى التي تؤدي لذلك، اعتبرها أعمالا مخالفة للقانون⁽²⁾، وفرض لها عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر وبغرامة من خمسين ألف ليرة سورية إلى مائة ألف ليرة سورية أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽³⁾.

هذا ولما كان للمستهلك الحق في الحصول على المنتجات والخدمات التي تحقق الغرض منها دون إلحاق أي ضرر بمصالحه المادية أو صحته⁽⁴⁾ فقد ألزم المشرع السوري المنتج والبائع بالإعلان عن مواصفات المنتج ونوعه

1- تقابل المادة 429 ق ع والمادة 68 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، المادة 1-441 من قانون الإستهلاك الفرنسي التي تنص على أنه:

Art L441-1 code consommation Français: «Il est interdit pour toute personne, partie ou non au contrat, de tromper ou tenter de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers:

- 1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;
- 2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;
- 3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux prestations de services ».

وحددت المادة 1-454 من قانون الإستهلاك الفرنسي العقوبات التي يخضع لها مرتكب الأفعال الواردة في المادة 1-441 حيث تنص على أنه:

Art L454-1 code consommation Français: « Le délit de tromperie est constitué par la violation de l'interdiction prévue à l'article L. 441-1. Il est puni d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros ».

2- أنظر المادة 12/ج من قانون حماية المستهلك السوري.

3- أنظر المادة 41 من قانون حماية المستهلك السوري.

4- المادة 04 من قانون حماية المستهلك السوري.

وطريقة حفظه وتخزينه واستعماله ومدة صلاحيته إذا كانت طبيعة المنتج تتطلب ذلك⁽¹⁾ وحمل صاحب الإعلان مسؤولية الخطأ المرتكب من قبله⁽²⁾ كما حمل المنتج أو مقدم الخدمة المسؤولية في حال وقوع أضرار شخصية على المستهلك من جراء شرائه أو استخدامه للمنتج ويتم التعويض عليه أو إعادته أو استبداله أو استرداد المبالغ التي دفعها لقاء المنتج أو الخدمة المقدمة له⁽³⁾، وفرض إلى جانب هذه الحماية المدنية عقوبات جزائية تتمثل في الحبس من عشرة أيام إلى شهـر وغرامـة من عشـرة آلاف إلى عشرين ألف ليرة سوريـة أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽⁴⁾.

كما أن المشرع المصري نص إلى جانب الحماية المدنية المتمثلة في حق المستهلك في التعويض على حماية جزائية تتمثل في غرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تتجاوز مائة ألف جنيه مع مضاعفة العقوبة في حالة العود⁽⁵⁾ وهذا إثر مخالفة أحكام بعض المواد من بينها المادة 06 السالفة الذكر والتي تنص على أنه "على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط.

ويعفى المعلن من المسؤولية متى كانت المعلومات التي تضمنها الإعلان فنية يتعذر على المعلن المعتاد التأكد من صحتها، وكان المورد قد أمده بها".

1- أنظر المادة 05 من قانون حماية المستهلك السوري
2- أنظر المادة 37 من قانون حماية المستهلك السوري
3- أنظر المادة 06 من قانون حماية المستهلك السوري.
4- أنظر المادة 40 من قانون حماية المستهلك السوري.
5- راجع المادة 24 من قانون حماية المستهلك المصري.

المبحث الثاني: حق المستهلك في الإعلام والتبصير

"أن تكون حرا هو أن تكون على علم"، فحق الحصول على المعلومات هو المحجر الكلاسيكي في سياسة حماية المستهلك، "لأنه يساعـد على إعادة توازن العلاقة التعاقدية بين المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، والمهني الذي يمثل الطرف القوي، لذلك كان حق الحصول على المعلومات هو أكثر ضرورة في سياق التجارة الإلكترونية، نظرا لبعـد الطرفين عن بعضهما وعدم وجود اتصال بينهما، حيث تتيح المعلومات للمستهلك "حماية الذات نفسها"، من خلال زيادة درجة معرفة الحقوق، وتشكيل الرأي الخاص بها على الجودة والمخاطر، وقيمة المنتجات أو الخدمات، مما يساهم في المعرفة الكاملة⁽¹⁾.

ليس كـل المستهلكين مدركين لأدوات المعلوماتية مما يظهر عدم التوازن بين طرفي العقد في أوضح صوره، لذلك وجد الالتزام بالإعلام لمواجهة حالة النقص التقني للمتعاقد نتيجة التبعية الاقتصادية، والهدف منه هو التوفيق بين حرية التعاقد مع حماية الطرف الضعيف والأداة هي إرساء توازن العقد عندما يكون هذا التوازن مهددا بعدم المساواة الاقتصادية، ومن هنا ينشأ التزام أولى بالإعلام المصحوب أحيانا بواجب النصيحة وهدفه إيجاد حرية تعاقدية حقيقية لصالح الطرف الضعيف⁽²⁾.

وباعتبار أن العلاقة التعاقدية التي تربط المحترف أو المهني بالمستهلك غالبا لا تكون متعادلة ومتكافئة بين أطرافها لذلك "سعى الفقه والقضاء والتشريع إلى خص هذه العلاقة بأحكام قانونية معينة من شأنها إعادة التوازن المفقود بينهما عن طريق إحاطة المستهلك علما بما يجمله عن السلعة أو الخدمة التي يروم التعاقد عليها، وذلك بإلقاء التزام على التاجر المحترف بالإفشاء قبل التعاقد بكافة المعلومات التي يجمله -ا عن السلعة أو الخدمة، وهذا الالتزام لا يقتصر على عقود التجارة الإلكترونية بل يشمل جميع العقود التي تبرم بين تاجر محترف ومستهلك، إلا أن هذا الالتزام يصبح أكثر أهمية في عقود التجارة الإلكترونية، فالمستهلك في هذا النوع من العقود -يجه -ل الكثير من الأمور التي لا يجملها في العقود التقليدية لعل من أهمها المعلومات المتعلقة بالتاجر، كما أن الوسيلة الإلكترونية لا تسمح له بالتحقق من السلعة أو الخدمة التي يقدم على التعاقد عليها، الأمر الذي يجعل من هذا الالتزام أحد أهم الآليات لحماية المستهلك بصفة عامة والمستهلك الإلكتروني بصفة خاصة"⁽³⁾.

تبعاً لما تقدم يتعين علينا أن نحدد المقصود بالالتزام بالإعلام (المطلب الأول)، ومعرفة مدى مسؤولية المزود أو المحترف في حالة الإخلال به (المطلب الثاني).

1 -LACHACHI mohamed, *l'équilibre du contrat de consommation (étude comparative)*, Mémoire présenté Pour l'obtention du diplôme de Magister en Droit privé, Sous la direction de : dalila ZENNAKI ,université d'ORAN , faculté de droit, année universitaire : 2012-2013, p. 37.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 274.

3- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 89.

المطلب الأول: مضمون الالتزام بالإعلام (التبصير)

التزام المهني بتبصير وإعلام المستهلك يعتبر أحد أبرز الآليات القانونية في مجال حماية المستهلك بصفة عامة، ويبدو هذا الالتزام أكثر إلحاحا في مجال التعاقد عبر الإنترنت على اعتبار أن هذا النوع من التعاقد يتم دون التقاء حقيقي بين أطراف التعاقد ودون أن يقوم المستهلك بمعاينة الشيء المتعاقد عليه معاينة حقيقية. والواقع أنه إذا كانت المعلومات التي يجب أن يقوم المهني بالإدلاء بها للمستهلك هي التزام على عاتقه، ولكنها في نفس الوقت ميزة له لأنها تؤدي إلى زيادة ثقة المستهلك في هذا المهني وزيادة الإقبال على التعاقد من خلال الموقع الخاص به.

تأسيسا لذلك فالالتزام بتبصير المستهلك هو صمام الأمان لتحقيق الرضا المستنير لهذا المستهلك في عقودها التي تتم عبر الإنترنت، "كما أنه الوسيلة التي يمكن بها تحقيق ثقة المستهلكين في استخدام شبكة الإنترنت كوسيلة لإبرام عقودهم"⁽¹⁾، وذلك لأن الوفاء بهذا الالتزام يحقق الشفافية عبر الإنترنت، مما يزيد من إقبال المستهلكين على إبرام عقودهم من خلالها⁽²⁾.

تبعاً لما تقدم ومادام أن الالتزام بالإعلام يتمتع بهذه الأهمية كان لا بد أن نبين مفهومه (الفرع الأول) ومحل الذي يسري عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام

يقتضي تحديد مفهوم الالتزام بالإعلام إعطاء تعريف له، وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة، وإبراز خصائصه ومبرراته ثم تحديد شروطه.

أولاً: تعريف الالتزام بالإعلام

يفرض الالتزام بالإعلام على أحد الأطراف إعلام الطرف الآخر بكافة الوقائع والمعلومات التي تكون منتجة لازمة لتكوين رضا حر مستنير واتخاذ قرار ناجع فعال أو لضمان حسن تنفيذ العقد⁽³⁾. من أجل ذلك عرّف بعض شراح القانون الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأنه التزام سابق على التعاقد يتعلق بالرضا أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور، بحيث يكون المتعاقد الآخر على علم بكافة تفصيلات هذا العقد⁽⁴⁾.

1 - Mazen HOTAIT, protection du consommateur dans les contrats conclus sur internet , thèse pour l'obtention doctorat en droit privé, sous la direction de GEORGES khairallah, université PANTHEON-ASSAS, paris 2, 29/09/2008, p. 34.

2- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 268.

3- تيورسي مجّد، الإعلام ومساهمته في اتخاذ القرار في العمليات التعاقدية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 27، ديسمبر 2013، ص. 339.

4- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 86.

كما يقصد به إحاطة المتعاقد الآخر بالمعلومات الهامة والمؤثرة في إقدامه أو إحجامه على التعاقد، فهو التزام يقع على عاتق التاجر الإلكتروني بمقتضاه يبصر المستهلك بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد سواء كان محل العقد سلعة أو خدمة والتي يتخذ المستهلك بناءً عليها قراره بإتمام التعاقد أو بالانصراف عنه⁽¹⁾.

وقد تعرض المشرع الجزائري لهذا الالتزام بمقتضى نص المادة 1/352 ق م ج التي تنص على أنه "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

ويتضح من التعاريف المتقدمة وموقف المشرع الجزائري الذي تبناه في المادة 1/352 ق م ج السالفة الذكر أن المشرع وضع على عاتق البائع التزام بالتصريح بحقيقة المبيع وتبصير المشتري بكافة البيانات والمعلومات التي من شأنها مساعدته في تكوين عقيدته ودفعه إلى إبرام العقد بناءً على إرادة حرة ورضا سليم وكامل ومستتير بكافة تفاصيل العقد.

وإن كان المشرع الجزائري نص بمقتضى المادة 1/352 ق م ج على الالتزام بالإعلام في إطار العقود التقليدية، إلا أننا لا نجد مانعاً في التوسع في نص المادة وتطبيقها حتى على عقود التجارة الإلكترونية، خاصة مع الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري حول إمكانية التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة حين أضاف في التعديل الأخير للقانون المدني بالأمر 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 أضاف المادتين 323 مكرر 1 بخصوص الإثبات بالشكل الإلكتروني والمادة 2/327 ق م ج المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني واشترط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، "وهذا معناه ضرورة اتخاذ إجراءات تضمن سلامة إجراء العقود الإلكترونية بحماية المستهلك من جهة والتحوط من احتمالات التزوير والإحتيال والغش وانتحال شخصيات غير المعنيين باعتبارها تتم عن بعد وباستعمال وسائل الدعاية المقلقة والمغرية من جهة أخرى"⁽²⁾.

وما يؤكد هذا الطرح هو موقف المشرع الجزائري الذي تبناه بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 13-378 بموجب المادة 03 منه في فقرتها الأخيرة عندما عرف تقنية الاتصال عن بعد بأنها "كل وسيلة بدون الحضور الشخصي والمتزامن للمتدخل والمستهلك، يمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين"، وعليه يفهم من نص هذه المادة أن الالتزام بالإعلام يسري حتى في مجال العقود الإلكترونية. ولعل هذا ما دفع المشرع الجزائري إلى إصدار القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽³⁾، حيث ضمنه أحكام تتعلق بكيفية تأمين التوقيع الإلكتروني.

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 276.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 94.

3- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج. ر. ع. 06.

هذا ولم يغفل المشرع الجزائري عن تنظيم الالتزام بالإعلام في القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة 17 منه "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

كما تعرض المشرع الجزائري إلى الالتزام بالإعلام في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁽¹⁾، ووضع على عاتق العون الاقتصادي التزام بإعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه⁽²⁾. ومن جهة أخرى ألزم المشرع الجزائري البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج بالمعلومات الزهية والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة⁽³⁾.

كما نصت المادة 52 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 على أنه "يجب على مقدم الخدمة إعلام المستهلك، عن طريق الإشهار أو الإعلان أو بواسطة أي طريقة أخرى مناسبة بالخدمات المقدمة والتعريفات والحدود المحتملة للمسؤولية التعاقدية والشروط الخاصة بتقديم الخدمة"، وتضمنت المادة 53 من نفس المرسوم التزاما على عاتق مقدم الخدمة بإعلام المستهلك قبل إبرام العقد بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة، وفي حالة عدم وجود عقد مكتوب يطبق هذا الالتزام قبل البدء في تنفيذ الخدمة. وقد اختلفت التسميات التي أطلقت على الالتزام بالإعلام ولكن مهما تعددت هذه التسميات⁽⁴⁾ إلا أن مضمونها يبقى واحدا يتمثل في "اعتباره التزاما يقع على عاتق التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة بمقتضاها يخبر المستهلك بشخصه وبياناته التجارية وبكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي بناءً عليها يتخذ المستهلك قراره بالإقدام على التعاقد أو عدم التعاقد بناءً على إرادة حرة مستنيرة"⁽⁵⁾.

1- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. ع. 56، حيث جاء في المادة 02 منه ما يلي: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

2- المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية السالف الذكر.

3- المادة 08 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم السالف الذكر.

4- من بين التسميات التي أطلقت على الالتزام بالإعلام ما يلي: الالتزام بالتبصير، الالتزام بالشفافية، الالتزام بالإفصاح، الالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد.

5- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 280.

ثانياً: تمييز الإلتزام بالإعلام عن بعض المصطلحات

في بعض الحالات يدق التمييز بين الإلتزام بالإعلام وبعض المصطلحات القانونية الأخرى:

1/ الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالنصيحة

يصعب التمييز من الناحية العملية بين الإلتزام بالإفشاء والإلتزام بتقديم النصيحة، إلا أن هناك فروقا بينهما من الناحية المنطقية، فإذا كان الإلتزام بالإعلام يتمثل في تقديم المعلومات للدائن بها، فالإلتزام بتقديم النصيحة يشتمل على تقييم للمنافع المتوخاة من العقد، بمعنى أن أحد أطراف العقد يبين للطرف الآخر نتائج العقد وفيما إذا كانت تمثل مصلحة جدية في إبرامه⁽¹⁾، أي أن الإلتزام بالنصيحة لا يلتزم المحترف بموجبه على مجرد إعلام المتعاقد الآخر، وإنما يجب عليه أن يعرض عليه الحل الأوفق لمصلحه، مما يعني أنه يقع على المدين به التزم يتجاوز مجرد الإعلام، حيث يكون ملزماً ببذل عناية أكبر كقيامه ببعض الأبحاث كما هو الحال بالنسبة للموثق، أو بدراسات مسبقة من أجل تركيب جهاز للإعلام الآلي، كما يتمثل واجب النصح أو تقديم المشورة بمعدى ملاءمة القرارات المتخذة أي ببيان الطرق الأفضل بالإتباع، ويقتضي ذلك الإشارة إليه بإبرام أو عدم إبرام العقد، لأن واجب النصح يتضمن المشورة بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، أي باتخاذ إجراء معين أو التحذير من المخاطر الجسيمة التي قد ترتبط باتخاذ إجراء آخر⁽²⁾.

2/ الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالتحذير

إن حماية المستهلك لا تتحقق فقط بمعرفة كيفية استعمال السلعة، بل يجب فوق ذلك أن يعلم بما تنطوي عليه السلعة من أخطار وكيفية الوقاية منها، فمن يشتري مثلاً عبوة مبيد حشري يستطيع الحصول على أفضل النتائج بإتباع طريقة الاستعمال التي بينها المنتج، ولكنه ربما يجهل أن تقريبها من مصدر لهب يمكن أن يؤدي إلى انفجارها⁽³⁾. فالإلتزام بالتحذير أو لفت الانتباه لكل ما يستدعي ذلك في محل العقد، هو التزم مكمل للإلتزام بالتبصير أو الإعلام، ينطوي بالدرجة الأولى على التعامل في الأشياء التي تنطوي على مخاطر تهدد أمن وسلامة الشخص، سواء بطبيعتها (مواد متفجرة مثلاً)، أو بسبب دقة تشغيلها مثل الآلات الميكانيكية، ونفس الشيء بالنسبة للمعدات التي يحتاج تشغيلها لخبرة خاصة وإلا تعرضت للتلف وأدت إلى نتائج معاكسة كأجهزة الحاسب الآلي⁽⁴⁾.

1- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك -دراسة في القانون المدني والقانون المقارن-، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص. 129.

2- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 73.

3- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 126.

4- د. حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص. 49.

تبعاً لذلك فالإلتزام بالتحذير لا يتوقف على مجرد تزويد المستهلك بالمعلومات التي تمهه بشأن السلعة أو الخدمة محل التعاقد، بل يتعداه إلى تقديم النصيحة من أجل اقتناء المنتج الذي يرغب فيه مع تحذيره بالمخاطر التي قد تنجر عنه⁽¹⁾.

ثالث خصائص الإلتزام بالإعلام

من خلال التعاريف السابقة بشأن الإلتزام بالإعلام يتضح أنه يتميز بالخصائص التالية:

1/ أن المجال الطبيعي لهذا الإلتزام هو المرحلة السابقة للتعاقد

وذلك عن طريق إحاطة المستهلك بما لم يحط به علماً بحيث يكون رضاؤه بالعقد وشروطه حينها رضاً واعياً مستنيراً، لذا يجب تنفيذ هذا الإلتزام من قبل التاجر المحترف قبل إبرام العقد، وعدم تنفيذ الإلتزام في هذه المرحلة قد يجعل من إرادة المستهلك معيبة فيقع في غلط أو يكون ضحية تغيير (تدليس)، وحتى إن لم تكن إرادة المستهلك معيبة بأحد عيوب الإرادة فإنها تعد إرادة غير متكافئة وهي بهذا الوصف غير صالحة لإنشاء عقد يفترض فيه أن يقوم على التوازن بين الطرفين على وفق الاتجاهات الحديثة للفقهاء⁽²⁾.

2/ أنه التزم قانوني يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك

من خلال الإفضاء له بالمعلومات التي تؤثر في الرضا، بمعنى أن المتعاقد الذي لم يزود بها ما كان ليبرم العقد لو علم بها أو لم يكن ليبرمه بالشروط التي تم بها، إذ أصبح المستهلك ينضم إلى العقد معتمداً على أمانة المتعاقد الآخر وثقته التي أولاه إياها بسبب صفته كمحترف⁽³⁾، فالإلتزام بالإعلام يفترض أن العقد بين المحترف والمستهلك هو عقد غير متوازن بسبب عدم تكافؤ المعلومات بين طرفيه باعتبار أن المهني أو المحترف يكون في مركز قوة بالنظر إلى ما يحوزه من معلومات جوهرية متصلة بالعقد في مواجهة المستهلك الذي يمثل الحلقة الأضعف في هذه العلاقة، لذلك وجب حمايته وتزويده بالمعلومات التي تنقصه طبقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل والذي يعتبر الأساس الرئيسي لهذا الإلتزام، وقد كرسه المشرع الجزائري في المادة 107 ق م ج ويقتضي هذا المبدأ أن يتبنى المحترف موقفاً إيجابياً ويزود المستهلك بالبيانات والمعلومات الضرورية لإتمام العقد.

3/ أنه ليس التزاماً عقدياً لكونه سابقاً على التعاقد

وإن كان وجد خلاف فقهي بخصوص هذه المسألة حول طبيعة هذا الإلتزام، فالبعض يراه التزاماً عقدياً حتى يستفيد المستهلك من قواعد الإثبات في المسؤولية العقدية بالنظر لسهولة تسهولتها، فما على المستهلك إلا أن يثبت عدم التنفيذ للإلتزام بالإعلام حتى تتقرر مسؤولية المدين بالتزام الإعلام.

1- MAINGY Daniel, Contrats spéciaux, 6^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2008, p. 138.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 93.

3- المرجع نفسه، ص. 94.

أما الإتجاه الثاني فيذهب إلى اعتباره التزاما غير عقدي والإخلال به يرتب المسؤولية التقصيرية "فهو التزام مستقل عن العقد ويجب الوفاء به قبل تكوين العقد"⁽¹⁾.

ويبدو لنا أن الرأي الثاني هو الأصوب، فالالتزام بالتبصير التزام سابق على تكوين العقد، فكيف نعتبره التزاما عقديا والعقد لم ينشأ أصلا، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن فحواه إمداد المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالتعاقد التي بناءً عليها قد يقدم المستهلك على التعاقد أو ينصرف عنه⁽²⁾.

رابعا: مبررات الإلتزام بالإعلام

مما لا شك فيه أن المهني (المحترف) يكون في مركز أقوى بالنظر إلى المعلومات التي يحوزها حول السلعة أو الخدمة محل التعاقد في مواجهة المستهلك الذي يفتقر إلى المعلومات الضرورية والذي يمثل الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وحماية لهذا الأخير كان لا بد من التفكير في السبل التي تؤدي إلى إعادة التوازن العقدي بين طرفي العقد، وتزداد أهمية هذا الإلتزام إذا انعقد العقد بوسائل الاتصال الحديثة والتي يكون الحضور فيها افتراضيا إضافة إلى البعد المكاني، تبعا لذلك فالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد يجد مبرره في:

1/ تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين

إن عدم التساوي بين المتعاقدين في المعلومات بشأن محل التعاقد هو السبب الذي يؤدي إلى عدم التوازن في العقد لاختلاف المراكز القانونية، فالطرف الضعيف معرض للاستغلال من الطرف القوي الذي يعد صاحب الخبرة والمعرفة⁽³⁾.

فالمستهلك حين يقدم على إبرام العقد يفتقر إلى البيانات والمعلومات الدقيقة عن أوصاف محل العقد ومدى ملاءمتها لرغبته وكفائيتها لإشباع حاجاته ، لذلك كان لا بد من إلقاء التزام على عاتق من يملك هذه المعلومات وهو المحترف بالإفشاء للمستهلك بما لتنويره بكل ما هو ضروري عن السلعة أو الخدمة، على أنه يجب أن يلاحظ أن هذا الإلتزام يتحدد بالمعلومات التي يتعذر على المستهلك الحصول عليها بوسائله الخاصة ولا سبيل لعلمه بما إلا عن طريق التاجر المحترف ، وتؤدي أهمية هذا العنصر بما يؤدي إليه من منع ترامي مجال هذا الإلتزام إلى أبعاد غير منضبطة⁽⁴⁾.

1-Yves BOYER, *l'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1978, p. 282.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 284.

3- عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 27 (1)، 2013، ص. 08.

4- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 96.

2/ إعادة التوازن العقدي

إن الحق في الإعلام له دور هام في حماية رضا المستهلك الذي لا يمكنه بسبب مركزه الضعيف في العقد من الوصول إلى تحديد موضوع التعاقد بوضوح، ويكون هذا الحق أكثر إلحاحا بالنسبة للعقد الإلكتروني نظرا للغياب المادي لأطرافه⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني لهذا الحق يجد مصدره في الحماية التقليدية المقررة للطرف المدعن في عقود الإذعان، والتي تقوم على عدم التكافؤ في المراكز العقدية بين المحترف والمستهلك الذي يقدم على إبرام العقد مدعنا⁽²⁾ نظرا لحاجته للسلع والخدمات المعروضة دون أن يكون لديه العلم الكافي ببياناتها متأثرا بالإعلانات والدعايات التي يقوم بها التجار ترويجا لمنتجاتهم وخدماتهم والتي يمكن أن تنطوي على كذب وخداع. وعلى الرغم من وجهة هذا الرأي إلا أنه لا يستقيم مع حق المستهلك في الإعلام المقرر قبل انعقاد العقد (مرحلة سابقة على التعاقد)، ذلك أن الحماية القانونية التقليدية في عقود الإذعان هي مقررة في مرحلة لاحقة لإبرام العقد، سمح من خلالها المشرع⁽³⁾ للقاضي بأن يتدخل للتوفيق بين مصالح الأطراف المعنية ويعدل من الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المدني منها. لذلك ذهب غالبية الفقه إلى أن الحماية المقررة للمستهلك من خلال إلزام المحترف بالإعلام قبل التعاقد تجد أساسها في قانون حماية المستهلك⁽⁴⁾ الذي أصبح يشكل نظرية مستقلة تجعل من المستهلك دائما الطرف الضعيف الذي لا يملك الخبرة في مواجهة البائع المحترف مما توجب على هذا الأخير إعلامه مسبقا بكل المعلومات الضرورية حتى تتوازن الإرادتين وتكافأ⁽⁵⁾.

والجدير بالذكر أن القضاء عمل على تحقيق التوازن بين المراكز العقدية من خلال توظيف فكرة الإذعان وقياس نتائج عدم الإدلاء بمعلومات للمستهلك على فكرة حماية الطرف المدعن في عقود الإذعان لتمائل النتائج في الحالتين وهي حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية لإعادة التوازن إلى المراكز العقدية⁽⁶⁾.

خامسا: شروط الإلتزام بالإعلام

يشترط في الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام شرطان هما:

1/ جهل المستهلك للمعلومات

إن جهل المستهلك للمعلومات هو الذي يجعل المهني في عقود الاستهلاك الإلكتروني مدين بالإعلام للمستهلك، غير أن جهل المستهلك لا بد أن يكون مشروعاً باعتبار أن الإلتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق

1- عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص. 08.

2- نص المادة 70 ق م على أنه "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

3- أنظر المادة 107 ق م ج.

4- أنظر المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

5- عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص. 08.

6- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 97.

المهني له حدود حيث لا يتعدى ما يجمله المهني شخصيا ولا المعلومات التي يعلمها المستهلك أو يفترض علمه بها⁽¹⁾، فلا يجوز للمستهلك أن يتذرع بالجهل في أية حالة ليلقي على التاجر المحترف التزاما بالإفشاء بالمعلومات ويحملة جزاء الإخلال به، إذ يجب على كل متعاقد أن يبذل جهدا معقولا في التحري عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد الذي يريد إبرامه عن طريق الاستعلام تطبيقا لقاعدة "من أراد أن يعلم فعليه أن يستعلم" أو "أنه ليس من خطأ في عدم إخطار شخص شيء لا يهمه بدليل أنه لا يهتم بالاستفسار عنه"، إلا أن الاستعلام تقل أهميته كلما تفاوتت القدرة الفنية لأطراف العقد لاسيما في عقود التجارة الإلكترونية، فالاستعلام يتطلب ممن يستعلم أن يكون قادرا على تقدير أهمية المعلومة، وهذا لا يتحقق غالبا مع المستهلك فهو ليس عارفا بما يتم التعاقد عليه ومن ثم فإن الالتزام قبل التعاقد بالإفشاء يتسع لأقصى مدى في عقود التجارة الإلكترونية، فمثل هذا المستهلك لا يمكن افتراض علمه بأية بيانات عن محل العقد ومن ثم قدرته على الاستعلام عنها، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود التزام بالاستعلام من جانب المستهلك، فالتاجر المحترف لا يلتزم إلا بتقديم المعلومات المهمة أما المعلومات غير المألوفة في أهميتها فلا يلتزم بتقديمها ما لم يستعلم عنها المستهلك كما لو كان لهذا الأخير أغراض خاصة غير مألوفة لاستعمال الشيء محل العقد، لذلك فإن واجب الإفشاء لا يكون إلا في الحالة التي يكون فيها من غير الممكن على المستهلك الإحاطة بتلك المعلومات وهو ما عبر عنه الفقيه جستن (GHESTIN) بالجهل المشروع⁽²⁾.

2/ علم المحترف بالمعلومات

لا يتحقق الالتزام بالإعلام بمجرد جهل المستهلك للمعلومات، بل يجب أن يكون المهني (المحترف) عالما بتلك البيانات وبتأثيرها على رضا المستهلك عن طريق تنوير إرادته حين إقدامه على التعاقد. وعليه يشترط أن يكون أحد المتعاقدين مهنيا خبيرا على نحو يسمح له بالعلم الشافي والكافي ببيانات ومواصفات المبيع محل عقد الاستهلاك، ولا يقتصر علم المهني بالمعلومات المتعلقة بالمنتج بل يتعداها إلى العلم بأهميتها وبدورها المؤثر والفعال في تكوين رضا المستهلك⁽³⁾.

إن مقتضيات حماية المستهلك توجب التشديد في معيار علم المحترف بالبيانات والمعلومات العقدية كشرط لقيام الالتزام قبل التعاقد بالإفشاء حتى لو أدى ذلك إلى إلزام المحترف بالاستعلام عن تلك المعلومات من أجل الإفشاء بها للمستهلك⁽⁴⁾.

1- غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع المسؤولية المهنية)، إشراف د. سي يوسف زاهية حورية، تاريخ المناقشة 2012/09/27، ص. 15.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 100.

3- غدوشي نعيمة، المرجع السابق، ص. 14.

4- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 108.

تطبيقاً لذلك فقد سعى القضاء إلى وضع قرينة لا تقبل إثبات العكس وهي أن صفة الاحتراف لدى التاجر قرينة على علمه، فلا يكفي للتحلل من هذا الالتزام إثبات قيامه ببذل عناية الشخص المعتاد ولا تدفع المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: محل الالتزام بالإعلام

لا يختلف التاجر عبر الإنترنت عن أي تاجر آخر، فهو ملزم بتمكين المستهلك بكل البيانات الضرورية لإتمام العقد، فيجب أن يك ون العرض المقدم على شاشة الويب محرراً بدقة ووضوح، ولا بد من ظهور كل البيانات الإلزامية الخاصة بالتعاقد مع العرض المقدم⁽²⁾.
ولعل أهم المعلومات التي تشترك القوانين⁽³⁾ في وجوب تقديمها للمستهلك، تلك المتعلقة بتحديد هوية التاجر المحترف، وكذا المعلومات المتعلقة ببيان الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، إذ أن طرفي العقد الإلكتروني في مكان بعيد عن الآخر، فضلاً عن أن السلع المعروضة على شبكة الإنترنت لا يستطيع المستهلك معاينتها على الطبيعة والتأكد من سلامتها وملاءمتها لاحتياجاته الشخصية⁽⁴⁾.

أولاً: تبصير المستهلك بهوية مقدم السلعة أو الخدمة الإلكتروني

إن تحديد شخصية المهني أمر يحل المستهلك على الإطمئنان قبل التعاقد خاصة إذا كان هذا الإسم محل اعتبار، فتوجد أسماء تجارية لأشخاص وشركات لها سمعة محلية ودولية تجعل من المستهلك يثق في تعاملاتها ومحتوى المعاملات الواردة على موقعها، لذا كان لا بد من تحديد اسم المهني بدقة وبصفة كاملة مع بيان المقر الاجتماعي للشركة أو الشخص المهني ورقم هاتفه، وبريده الإلكتروني ورقم تعريف المؤسسة⁽⁵⁾.
وقد أشار لهذا التحديد الكثير من القوانين منها قانون تنظيم التجارة الإلكترونية في تونس لسنة 2000 حيث أشار إلى وجوب قيام البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية بتوفير جملة من المعلومات للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة وميسرة قبل إبرام العقد من بينها هوية البائع وعنوانه وهاتفه أو مسدي الخدمات⁽⁶⁾.
كما نص قانون حماية المستهلك المصري في المادة 04 منه أنه "على المورد أن يضع على جميع المراسلات والمستندات والمحركات التي تصدر عنه في تعامله وتعاقد مع المستهلك -بما في ذلك المحركات والمستندات

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 112.

2- خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص. 22.

3- أنظر المواد 38، 54، 55، 58 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378.

4- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 126.

5- خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص. 22.

6- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 127.

الإلكترونية- البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته، وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت".

وإن كان المشرع المصري عالج الالتزام بتبصير المستهلك بھوية الطرف الثاني في التعاقد، إلا أنه قصره على إلزام المورد بتقديم البيانات للمستهلك عن طريق وضعها على المراسلات والمستندات والمحركات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقد مع المستهلك ولم يلزمه بتقديمها إلى المستهلك بصفة أساسية عند إبداء رغبته في التعاقد، أي كالتزام مستقل في المرحلة قبل التعاقدية⁽¹⁾.

كما أشار إلى ذلك قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 5-121 التي تنص على ضرورة تنوير وتبصير المستهلك بالبيانات والمعلومات الواردة في المادة 1-111 من قانون الاستهلاك الفرنسي ومن بينها المعلومات المتعلقة بتحديد هوية مقدم السلعة أو الخدمة والعنوان البريدي.

ومن جهته نص المشرع الجزائري في المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 على التزام مقدم الخدمة بتبصير المستهلك بھويته حيث نصت على أنه "يجب على مقدم الخدمة أن يضع تحت تصرف المستهلك بصفة واضحة ودون لبس المعلومات الآتية:

- الاسم أو عنوان الشركة والعنوان والمعلومات الخاصة بمقدم الخدمات..."، وقد أكد المشرع الجزائري على هذا الالتزام بموجب المادة 55 من نفس المرسوم التي تنص على أنه "يجب على مقدم الخدمة أن يعلم المستهلك بكل الوسائل الملائمة حسب طبيعة الخدمة بالمعلومات الآتية: - اسم مقدم الخدمة ومعلوماته الخاصة وعنوانه أو إذا تعلق الأمر بشخص معنوي عنوان شركته، ومقر شركته، وعنوان المؤسسة المسؤولة عن الخدمة إذا كان مقدم الخدمة شخصا آخر، - رقم القيد في السجل التجاري أو في سجل الصناعة التقليدية والحرف..."

ولتبصير المستهلك بشخصية وهوية المهني أهمية كبيرة، كونه يتيح للمستهلك التعرف على المركز المالي للمهني (المحترف) ومدى قدرته على تنفيذ التزاماته ومعرفة موقعه القانوني وما إذا كان خاضعا لتصفية أو تسوية قضائية. كما يتيح له التحقق من جدية الشركة وأنها ليست وهمية، "لما وجد أن بعض الأشخاص يتخذون مواقع على الإنترنت بأسماء وهمية ويتعاقدون مع المستهلكين وأثناء التعاقد أو بعده يكتشف المستهلك أنه تعاقد مع تاجر وهمي ليس له وجود، ويكون ضحية هذا الشخص المخادع بعدما يكون فقد أمواله نتيجة هذا التعاقد معتقدا أنه يتعاقد مع تاجر حقيقي، فتأتي أهمية تحديد شخص المتعاقد مع المستهلك من حيث جعله على بينة من أمره، وتحقيق عنصر الأمان في التعاقد عن بعد، خاصة وأن العديد من التعاقدات عن بعد تكون قائمة على الإختيار الشخصي"⁽²⁾.

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 327.

2- المرجع نفسه، ص. 316.

ثانيا: تبصير المستهلك بالصفات الجوهرية للسلعة أو الخدمة الإلكترونية

نتيجة التطور العلمي الكبير الذي نتج عنه ظهور العديد من المبتكرات والاختراعات، مما جعل المستهلك يفقد تركيزه للتعرف على أصلح وأنسب ما يحتاج إليه من هذا الكم الهائل من السلع والخدمات مع فقدان الخبرة، فكان لا بد من تزويده بالمعلومات الكافية للاختيار بين السلع والخدمات المعروضة، لذلك يلتزم التاجر الإلكتروني بتبصير المستهلك حول ماهية السلعة أو الخدمة التي يرغب في التعاقد بشأنها، وإذا كان ذلك حقا للمستهلك التقليدي، فهو ذا أهمية كبيرة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني، ذلك أن هذا التعاقد لا يمكن المستهلك من رؤية السلعة التي يرغب في الحصول عليها رؤية مادية⁽¹⁾.

وعليه يتعين على المهني أو المحترف تزويد المستهلك بكل البيانات والصفات الجوهرية المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل.

تطبيقا لذلك نجد أن المشرع الفرنسي إثر تنظيمه للتعاقد عن بعد⁽²⁾ أكد في المادة 221-5 من قانون الاستهلاك على التزام المهني وقبل إبرام العقد بإعلام المستهلك بالمعلومات المنصوص عليها في المادة 1-111 و2-111 وهي معلومات متعلقة بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، سعر السلعة أو الخدمة، تاريخ تسليم السلعة أو الخدمة، ولم تكتف المادة 221-5⁽³⁾ من قانون الاستهلاك الفرنسي بإلزام المهني أو المحترف بالإدلاء بالبيانات الواردة في المادة 1-111 فحسب بل أضافت جملة من المعلومات التي يتعين عليه الإدلاء بها قصد

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 337.

2- أنظر المادة 1-221 التي تعرف العقد عن بعد بقولها:

« 1° " Contrat à distance " tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ».

3- v. art 221-5 code consommation Français « I.-Préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1° Les informations prévues aux articles L. 111-1 et L. 111-2 ;

2° Lorsque le droit de rétractation existe, les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit ainsi que le formulaire type de rétractation, dont les conditions de présentation et les mentions qu'il contient sont fixées par décret en Conseil d'Etat ;

3° Le cas échéant, le fait que le consommateur supporte les frais de renvoi du bien en cas de rétractation et, pour les contrats à distance, le coût de renvoi du bien lorsque celui-ci, en raison de sa nature, ne peut normalement être renvoyé par la poste ;

4° L'information sur l'obligation du consommateur de payer des frais lorsque celui-ci exerce son droit de rétractation d'un contrat de prestation de services, de distribution d'eau, de fourniture de gaz ou d'électricité et d'abonnement à un réseau de chauffage urbain dont il a demandé expressément l'exécution avant la fin du délai de rétractation ; ces frais sont calculés selon les modalités fixées à l'article L. 221-25;

5° Lorsque le droit de rétractation ne peut être exercé en application de l'article L. 221-28, l'information selon laquelle le consommateur ne bénéficie pas de ce droit ou, le cas échéant, les circonstances dans lesquelles le consommateur perd son droit de rétractation ;

6° Les informations relatives aux coordonnées du professionnel, le cas échéant aux coûts de l'utilisation de la technique de communication à distance, à l'existence de codes de bonne conduite, le cas échéant aux cautions et garanties, aux modalités de résiliation, aux modes de règlement des litiges et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'Etat ».

تبصير المستهلك بخصائص وصفات السلع والخدمات باعتبارها الباعث الرئيس -ي لدى المستهلك عل-ى التعاقد، وهو ما أكده في المادة 222-5⁽¹⁾ حيث نص على ضرورة تزويد المستهلك بالمعلومات التي تمكنه من التعرف على هوية مقدم السلعة أو الخدمة فضلا على تزويده بالمعلومات الضرورية للتعرف على خصائص السلعة أو الخدمة، الحق في العدول، شروط العقد بما في ذلك الرسوم الجمركية وطرق الوفاء بالالتزام، إضافة إلى تحديد المحكمة المختصة في حالة النزاع.

وقد وردت نفس الأحكام تقريبا في توجيهات 20 ماي 1997 بصدد البيع عن بعد، حيث توجب تلقي المستهلك كل المعلومات في الوقت المناسب قبل إبرام العقد، وتوجب أيضا الالتزام بالوضوح، حيث يتعين على المهني أن يبين الهدف التجاري من العرض، وعمّا إذا كان مجانيا بقصد الدعاية والإعلان أم بمقابل، ويجب أيضا أن تظهر على شاشة العرض إجراءات الدفع والتسليم والتنفيذ وميعاد التسليم بح-د أقصى ثلاثون يوما، وتكلفة وسيلة الاتصال عن بعد إذا تم احتسابها بطريقة مغايرة للسعر السائد⁽²⁾.

واستنادا إلى القانون رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسية التونسي، نجده نص في الفصل 25 منه على ضرورة أن يوفر البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد فضلا عن هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات المعلومات التالية:

- وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة، - طباعة وخاشيات وسفر المنتج
- تكلفة تسليم المنتج ومبلغ تأمينه والادعاءات المستوجبة
- الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا للأسعار المحددة
- شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع
- طرق وإجراءات الدفع، وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة
- طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات
- إمكانية العدول عن الشراء وأجله
- كيفية إقرار الطلبية، طرق إرجاع المنتج أو الإبدال وإرجاع المبلغ

1- v. art 222-5 code consommation Français: «En temps utile et avant qu'il ne soit lié par un contrat, le consommateur reçoit des informations dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat et portant sur :

1° L'identité et les coordonnées du professionnel et de toute personne agissant pour son compte ;

2° Les informations relatives aux produits, instruments et services financiers proposés ;

3° Le droit de rétractation ;

4° Les conditions contractuelles, notamment tarifaires, et les modalités ainsi que le lieu de conclusion du contrat

5° La loi applicable au contrat et la juridiction compétente ».

2- خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص. 26.

-كلفة استعمال تقنيات الاتصالات حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل، - شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدودة أو تفوق السنة
-المدة الدنيا للعقد، فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية
-يتعين توفير هذه المعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة"

كما أن المشرع المصري وبمقتضى المادة 02 من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 حظر على أي شخص إبرام أي اتفاق أو ممارسة أي نشاط يكون من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك الأساسية من بينها حقه في الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها أو تقدم إليه، وألزم بمقتضى المادة 06 منه المورد بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه. وبالرجوع إلى التشريع الجزائري وإن كان لم يضع أحكاما خاصة بحماية المستهلك الإلكتروني ، إلا أنه اهتم بحماية المستهلك بصفة عامة وجسد أحكاما تنظم الالتزام بالإعلام من خلال سلسلة من القوانين في أكثر من موضع⁽¹⁾ ومن بينها المادة 352 ق م ج والمادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على أنه "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة"، كما نص في المادة 04 من قانون 02-04 المع-دل والمتم-م على أنه "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع"⁽²⁾.

كما أن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، حدد في المادة 03 منه العناصر الأساسية التي تتعلق بإعلام المستهلك وهي تتعلق أساسا بما يأتي: - خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، - الأسعار والتعريفات، - كفاءات الدفع، - شروط التسليم وآجاله، - عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، - كفاءات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، - شروط تعديل البنود التعاقدية، - شروط تسوية النزاعات، - إجراءات فسخ العقد.

1- غدوشي نعيمة، المرجع السابق، ص. 30.

2- أنظر المادة 05 من قانون 02-04 المعدل والمتم التي تنص على أنه "يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة
يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة
يجب أن تعد أو توزن أو تكال السلع المعروضة للبيع سواء كانت بالوحدة أو بالوزن أو بالكيل أمام المشتري. وعندما تكون هذه السلع مغلقة ومعدودة أو موزونة أو مكيلة، يجب وضع علامات على الغلاف تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن...".

وطبقا للمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر فإن إعلام المستهلك بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع أو تأدية الخدمات يكون بكل الوسائل الملائمة⁽¹⁾ ويتعين منحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه.

كما ألزمت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 09-65 المؤرخ في 07 فبراير 2009 الذي يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة⁽²⁾، ألزمت العون الاقتصادي في إطار عملية إعلام المستهلك حول الأسعار والتعريفات المطبقة أن يطلع هذا الأخير قبل إنجاز المعاملة، على الخصوص على طبيعة السلع والخدمات ومجموع العناصر المكونة للأسعار والتعريفات الواجب دفعها وكيفية الدفع وكذا، عند الاقتضاء، كل الاقتطاعات أو التخفيضات أو الإنتقاصات الممنوحة والرسوم المطبقة⁽³⁾.

وتدعيما لالتزام إعلام وتبصير المستهلك بالسلع والخدمات محل التعاقد فقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 13-378 أحكاما تتعلق بالبيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها السلع والخدمات⁽⁴⁾.

هذا وضمانا لتطبيق الالتزام بإعلام المستهلك بالسلع والخدمات فقد "أوجبت المبادئ القانونية الحديثة أن يكون الإعلام بلغة المستهلك"⁽⁵⁾، وهذا ما سار عليه المشرع المصري في المادة 03 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006⁽⁶⁾، وأكد المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على أنه "يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها"، وقد أعاد المشرع الجزائري نفس الصياغة بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 13-378 في المادة 07 منه، كما أكده في المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09-65 السالف الذكر.

- 1- ونحن نرى أن عبارة "بكل الوسائل الملائمة" الواردة في نص المادة المذكورة تدخل ضمنها بالإضافة للوسائل التقليدية، الوسائل الحديثة.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 09-65 المؤرخ في 07 فبراير 2009 الذي يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة الصادر بج. ر. ع. 10.
- 3- الجدير بالذكر أن المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 09-65 السالف الذكر جاءت تطبيقا لأحكام المادة 4/5 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم السالف الكر حيث قضت هذه الفقرة بأنه "تحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة عن طريق التنظيم".
- 4- راجع المواد 12، 16، 38، 41، 55، 58 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378.
- 5- عبد الله ذيب محمود محمود، المرجع السابق، ص. 104.
- 6- تنص المادة 03 من قانون حماية المستهلك المصري على أنه "على المنتج أو المستورد -بحسب الأحوال- أن يضع باللغة العربية على السلع البيانات التي توجبه المواصفات القياسية المصرية أو أي قانون آخر أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وذلك بشكل واضح تسهل قراءته، وعلى النحو الذي يتحقق به الغرض من وضع تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج وطريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه وعلى مقدم الخدمة أن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة والتي يقدمها وأسعارها ومميزاتها وخصائصها".

فالإلزام المـزود بـاعـلام المستهلك باللغة التي يفهمها من وسائل حماية المستهلك باعتباره الطرف الأضعف، وذلك حتى يقدم على التعاقد وهو على علم ودراية كافيين بطبيعة ومضمون محل التعاقد والشروط التعاقدية وكيفية السداد⁽¹⁾.

والواقع أن هناك صعوبات في استخـدام اللغـة العربيـة أو الفرنسيـة عند إبرام العقد الإلكتروني لأن غالبية المنتجات والخـدمات يتم الإعلان عنهـا وتسويقها باللغة الإنجليزية ذلك أن الإنترنت في الأصل أنجلو أمريكي، ولذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي أن استخدام اللغة الفرنسية في إطار البيع للمستهلك يجب أن يوضع في إطار المادة 30 من اتفاقية روما والتي تبنت فيها بدائل متعددة لاستخدام اللغات والاتصالات التجارية⁽²⁾.

وحسنا فعل المشرع الجزائري بمقتضى المادة 18 من القانون رقم 09-03 السالفة الذكر⁽³⁾ حين نص على إمكانية إضافة لغة أو عدة لغات أخرى إلى جانب اللغة العربية، وذلك حتى يحقق الغرض من الالتزام بالإعلام وهو تنوير المستهلك وإحاطته بكل البيانات والعناصر الجوهرية للسلعة والخدمة التي يقدم على التعاقد بشأنها، خاصة وأن المستهلك الإلكتروني يبرم العقد عن بعد باستعمال وسائل إلكترونية دون أن يتسنى له الحكم الدقيق على السلعة أو الخدمة الإلكترونية، وعليه فالإقرار للمستهلك الإلكتروني بهذا الحق يعتبر إحدى الضمانات الهامة التي تساهم في تعزيز الثقة بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية وبالتالي يساعد على انتشارها واتساع نطاقها.

1- عبد الله ذيب محمود محمود، المرجع السابق، ص. 105.

2- غدوشي نعيمة، المرجع السابق، ص. 31.

3- التي تقابلها المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378.

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام والتبصير

إن الالتزام بالعقد الإلكتروني هو التزام يتم قبل التعاقد بصفة خاصة وتبصير إرادة المتلقي غير المحترف أو عديم الخبرة حتى يقدم على إبرام العقد وهو عالم بظروف التعاقد وخصائص الشيء أو الخدمة محل العقد، تبعا لذلك فالإخلال بهذا الالتزام يؤثر لا محالة على رضا المتلقي الراغب في التعاقد مع المرسل ويؤدي إلى تعيب الإرادة⁽¹⁾ (الفرع الأول)، كما يمكن أن يترتب الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإفشاء مسؤولية جزائية في حال تحقق شروطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية المدنية

إن الهدف من تقرير الالتزام قبل التعاقد بالإفشاء - كما أوضحنا سابقا - هو تنوير إرادة المستهلك المقبل على التعاقد، لذلك فإن محل الحماية في هذا الالتزام هو رضا المستهلك المقبل على التعاقد، وتأسيسا على ما تقدم نجد أن شراح القانون المدني المعاصرين يدرسون الالتزام قبل التعاقد بالإفشاء بوصفه وسيلة لإيجاد رضا حر وسليم متنور بتفصيلات العقد كافة⁽²⁾.

وفي ظل غياب النص التشريعي الذي يبين الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام في نصوص قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 فإنه لا مناص من تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن. وفي هذا الخصوص تلعب نظرية عيوب الإرادة دورا في نطاق العقود الإلكترونية التي تتسم بالتعقيد التكنولوجي من حيث أساليب التعاقد ووسائله، ضف إلى ذلك أن الطرفين غير متكافئين إذ يمتلك أحدهما معرفة وخبرة عالية يصعب على الطرف الآخر استيعابها ومجاراتها، لأنه أقل قدرة على الصعيد الفني والاقتصادي مما يظهر الحاجة لإعمال عيوب الإرادة التي تتيح للمتعاقد إمكانية التمسك بالإبطال وطلب التعويض استنادا إلى وجود عيب في إرادته⁽³⁾.

والحقيقة أن عيوب الإرادة التي يمكن أن تشيب رضا المستهلك الإلكتروني بالعيب الذي يدفعه إلى إبطال العقد هي الغلط والتدليس، أما الإكراه والاستغلال فلا يتصور وجوده في العقد الإلكتروني ذلك أن الإكراه وطبقا للمادة 88 ق م ج هو أن يتعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وعليه لا يتوقع حدوثه في العقد الإلكتروني باعتبار أنه عقد مبرم عن بعد وأن المتعاقدين لا يعرفان بعضهما معرفة حقيقية ومادية نظرا لعدم تواجدهما في مجلس واحد بسبب الفاصل المكاني فضلا عن الفاصل الزمني.

1- مناني فراح، المرجع السابق، ص. 152.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 133.

3- غدوشي نعيمة، المرجع السابق، ص. 45.

أولاً: عيب الغلط كأساس لمسؤولية مقدم السلعة أو الخدمة لإخلاله بالتزام الإعلام أصبحت العقود حالياً معقدة جداً وصعبة الفهم بالنسبة للأشخاص العاديين عديمي الخبرة، وهذا التعقيد والغموض من شأنه أن يوقعهم بسهولة في الغلط، لذلك وضع القانون (1) على عاتق المهني التزام بتزويد المستهلك بالمعلومات اللازمة حتى لا يكون ضحية غلط دفعه إلى الموافقة على العقد (2).

الغلط وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، إنه تصور خاطئ للأمور والأشياء، حيث يتبين للشخص أن الشيء مواصفات معينة إلا أن الحقيقة غير ذلك (3).

وقد أجاز المشرع الجزائري للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يطلب إبطال العقد (4) بشرط أن يكون الغلط جوهرياً، وقد عرفت المادة 82 ق م ج الغلط الجوهرى بقولها "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

والسؤال الذي يطرح في هذه الحالة هو حول مدى انطباق المادة 82 ق م ج السالفة الذكر على المستهلك الإلكتروني محل الدراسة؟

إن الغلط الذي نقصده في مجال التعاقد الإلكتروني هو الغلط الذي يعيب الإرادة ولا يعدمها لأن هذا الأخير يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ويسمى بالغلط المانع، أما الأول فمن شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال، ولكن ما أهمية كل هذا التفصيل بالنسبة للمستهلك الإلكتروني؟

ذكرنا سابقاً بمناسبة الحديث عن محل التزام الإعلام أن مقدم السلعة أو الخدمة يلتزم بإعلام المستهلك بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد، وتعتبر هذه البيانات جوهرية لأنها تعمل على تنوير إرادة المستهلك، وبالتالي يتعين على المهني تزويد المستهلك بهذه المعلومات بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ومتعذر محوها (5).

1- v. art. 1602 de code civil français dernière modification du texte le 01 janvier 2017 : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige.

Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ».

2 - LACHACHI mohamed, op. cit., P. 13.

3- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 108.

4- أنظر المادة 81 ق م ج.

5- أنظر المادة 18 من القانون رقم 03-09.

وعليه يترتب على عدم العلم بهذه المعلومات أو عدم الإلمام الكافي بما حق المستهلك في إبطال العقد لغلط إذا ما أثبت شروطه على النحو المبين في المادتين 81 و 82 ق م ج. مع ملاحظة أن ممارسة المستهلك لحقه في إبطال العقد لغلط لا ينبغي أن يكون تعسفياً ، بل يجب أن يستجيب لطلب المتعاقد الآخر متى أظهر هذا الأخير استعداداً لتنفيذ العقد وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل⁽¹⁾.

وعيب الغلط في التعاقد الإلكتروني أمر متصور الحدوث، فمثلاً قد يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه والذي يقدم منتجات تصنع بطريقة يدوية مثلاً، وأنه يرغب في التعاقد معه لمهارته وخبرته، ثم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف لتشابه الأسماء، ومثال ذلك أيضاً أن يطلب شخص استئجار سيارة من أحد الشركات العالمية من موقع الواب المحدد لها على الإنترنت، فتقوم الشركة بإرسال السيارة المطلوبة ومعها عقد الملكية على أساس أنه عقد بيع⁽²⁾، وهذا يعتبر غلط مانع من شأنه أن يجعل العقد باطلاً لاختلاف طبيعة العقد.

ثانياً: عيب التدليس كأساس لمسؤولية مقدم السلعة أو الخدمة لإخلاله بالتزام الإعلام

التدليس هو إيقاع المتعاقد عمداً في غلط يدفعه إلى التعاقد وهو أمر يفسد الرضا لأن فيه تغييراً بهذا التعاقد⁽³⁾.

ويتحقق التدليس كعيب من عيوب الإرادة المؤدية إلى بطلان العقد في إتيان التاجر المحترف سلوكاً إيجابياً بالقول من خلال الكذب فيما يقدمه من معلومات متصلة بالعقد المراد إبرامه مع المستهلك أو بالفعل وذلك باستعمال طرق إحتيالية من أجل إيقاعه في الوهم ، بحيث يدفعه إلى التعاقد ضاناً أن ذلك في مصلحته والحقيقة خلاف ذلك، كما يمكن أن يترتب نفس الأثر من خلال السلوك السلبي للتاجر المحترف وذلك عن طريق كتمانه عن المستهلك المعلومات الجوهرية التي من شأنها أن تضلله وتدفعه إلى التعاقد⁽⁴⁾.

تطبيقاً لذلك نص المشرع الجزائري في المادة 2/86 ق م ج على أن السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة تعتبر تدليساً إذا أثبت المتعاقد أنه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة.

1- المادة 85 ق م ج.

2- غدوشي نعيمة، المرجع السابق، ص. 49.

3- عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر، ص. 161.

4- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 136.

وطبقا للمادة 86 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ فإنه يجوز إبطال العقد للتدليس باعتباره عيبا من عيوب الرضا متى توفرت شروطه وهي استعمال طرق احتيالية، وصدورها من طرف المتعاقد الآخر وأن تكون هذه الطرق الإحتيالية هي الدافع إلى التعاقد.

إن الطرق الإحتيالية بشقيها السلبي والإيجابي لكي تكون سببا لبطلان العقد يجب أن تقترن بنية تضليل الطرف الآخر، وأن تكون دافعه للتعاقد بحيث أن المستهلك لو كان يعرف حقيقة الأمر لتجنب إبرام العقد أو لأبرمه بشروط مختلفة⁽²⁾.

هذا وفي عقود التجارة الإلكترونية فإن كتمان أية معلومات عن المستهلك يعد إخلالا بمبدأ حسن النية التي يجب أن يسود في هذا النوع من التعاقد حيث لا يكون أمام المستهلك إلا ما يقدمه التاجر المحترف من معلومات عن السلعة أو الخدمة أو المعلومات المتعلقة به⁽³⁾، وهـذا ما أكده المشـرع الجزائري في المادة 107 ق م ج "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبجسـن نية".

ثالثا: التعويـض

إن إبطال العقد للغلط أو التدليس قد لا يكون كافيا لتوفير حماية للمستهلك الذي قد يلحقه ضرر نتيجة العيب الذي يلحق بإرادته، لذا وجب تقرير جزاء مكـملا وهو إبطال العقد مع التعويض إذا كان له محل طبقا لدعوى المسؤولية، ولكن السؤال الذي يطرح حول طبيعة المسؤولية المترتبة في هذه الحالة؟. لقد وجد خلاف فقهي حول طبيعة مسؤولية المهني (مقدم السلعة أو الخدمة) هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية، ومرد هذا الخلاف هو حول طبيعة الالتزام بالإعلام، فمن يرى أنه التزام عقدي يذهب إلى اعتبارها مسؤولية عقدية أما من يعتبر أن الالتزام بالإعلام هو التزام غير عقدي فيرى بأنها مسؤولية تقصيرية. غير أن الرأي الذي نرجحه أن الالتزام بالتبصير هو التزام غير عقدي وإنما هو التزام قانوني يجد أساسه في نصوص القانون التي تفرضه وإخلال المدين به يرتب المسؤولية التقصيرية، لأن مجرد الإخلال بالالتزام يكون خطأ وهو غير عقدي لأنه سابق على إبرام العقد⁽⁴⁾.

واعتبار المسؤولية في هذه الحالة أنها تقصيرية هو أمر إيجابي بالنظر إلى أن التعويض في المسؤولية العقدية وطبقا للمادة 182 ق م ج يكون على الضرر المباشر المتوقع عند التعاقد إلا إذا وجد غش أو خطأ جسيم فهنا

1 - v. art. 1130/1 de code civil français : « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes », v. aussi art. 1131 de code civil français : « Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat ».

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 138.

3- المرجع نفسه، ص. 136.

4- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 276.

يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، أما في نطاق المسؤولية التقصيرية فالتعويض في جميع الأحوال يكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

تبعاً لما تقدم يجوز للمستهلك المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به على أساس دعوى المسؤولية التقصيرية متى توفرت أركانها وهي الخطأ المتمثل في الإخلال بالتزام الإعلام من قبل مقدم السلعة أو الخدمة، والضرر الذي يلحق بالمستهلك والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر استناداً إلى نص المادة 124 ق م ج التي تنص على أنه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية

تنص المادة 78 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه "يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) كل من يخالف إلزامية وسم المنتج المنصوص عليها في المادتين 17 و 18 من هذا القانون".

ولا شك أن المادتين 17 و 18 المذكورتين في المادة 78 أعلاه متعلقتان بإلزامية إعلام المستهلك، حيث قرر المشرع الجزائري عقوبات متمثلة في الغرامة على كل من يخالف إلزامية الإعلام وكيّف الجريمة الواقعة في هذه الحالة بأنها مخالفة.

هذا مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على عقوبة المخالف في حالة العود وهذا خلافاً للمشرع المصري الذي نص في المادة 1/24 من قانون حماية المستهلك المصري على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليه أي قانون آخر يعاقب على مخالفة أحكام هذا القانون المنصوص عليها في المواد 3، 4، 5، 6، 7، 8، 9، 11، 18 والفقرة الأخيرة من المادة 23 بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تتجاوز مائة ألف جنيه وفي حالة العود تضاعف الغرامة بحديها".

وعليه فهذه العقوبة مقررة لمخالفة المورد أو المعلن التزامه بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه المنصوص عليها في المادة 06 من القانون رقم 67 لسنة 2006.

أما المشرع اللبناني ومقتضى قانون حماية المستهلك رقم 659 الصادر في 04 شباط 2005 نص في المادة 118 منه على أنه "يعاقب بالغرامة من ثلاثين مليون إلى خمسين مليون ليرة لبنانية:

- من يمتنع عن إدراج المعلومات التي تحددها الإدارات المختصة وفقاً لأحكام المادة 07 من هذا القانون، على لصاقات السلعة أو التوضيب.

- م- يتمتع عن تزويد المستهلك بالمعلومات الأساسية التي تمكنه من تقدير الأخطار المرتبطة باستعمال سلعة أو خدمة خلال المدة المتوقعة لاستعمالها..."، كما نص على مضاعفة العقوبات في حالة العود⁽¹⁾.
- فضلا على ما تقدم فإن المشرع التونسي وبمقتضى الفصل 49 من القانون رقم 83 لسنة 2000 السالف الذكر عاقب على مخالفة الالتزام بالإعلام المنصوص عليه في الفصل 25 من نفس القانون بغرامة (خطية) تتراوح بين 5.00 إلى 5.000 دينار.
- ولم يكتف المشرع التونسي بمعاقبة المخالف لالتزامه بالإعلام، بل نص على تجريم فعل الخداع واستعمال الحيل لحمل المستهلك على التعاقد بمقتضى الفصل 50 من نفس القانون التي جاء فيها "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني يدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية بين 1.000 و 20.000 دينار، وذلك إذا تبث من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخداع المعتمدة بالالتزام أو إذا تبث أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية".
- والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري وإن لم ينص على تجريم الخداع والتدليس في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، إلا أن هذا لا يمنع من الرجوع إلى القواعد العامة لا سيما نص المادة 429 ق ع "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 2.000 إلى 20.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد:
- سواء في طبيعة أو في الصفات الجوهرية—قأ أو في التركيـب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع...".
- كما أكد في المادة 430 ق ع على أن ترفع مدة الحبس إلى خمس سنوات والغرامة إلى 500.000 دج إذا كانت الجريمة أو الشروع فيها المنصوص عليها أعلاه قد ارتكبا:
- سواء بواسطة الوزن أو الكيل أو بأدوات أخرى خاطئة أو غير مطابقة
- سواء بواسطة طرق احتيالية أو وسائل ترمي إلى تغليط عمليات التحليل أو المقدار أو الـ وزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش تركيب أو وزن أو حجم السلع، أو المنتجات، ولو قبل البدء في هذه العمليات
- سواء بواسطة بيانات كاذبة ترمي إلى الاعتقاد بوجود عملية سابقة وصحيحة، أو إلى مراقبة رسمية لم توجد.

1- أنظر المادة 121 من قانون حماية المستهلك اللبناني التي تنص على أنه "تضاعف في حال التكرار العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون".

الفصل الثاني: حماية المستهلك أثناء التعاقد الإلكتروني

إن العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت شأنه شأن العقد التقليدي ينشأ بمجرد توافق إرادتين (الإيجاب والقبول)، واتفاقهما على إحداث أثر قانوني.

ويتم التعبير عن هاتين الإرادتين بوسائل عدة حددها القانون، مع الأخذ بعين الاعتبار الخصوصية التي يمتاز بها هذا العقد كونه يتم بوسائل إلكترونية، وهو ما جعله عرضة للعديد من المخاطر، خاصة وأنه يتم دون الحضور المادي والمتعاصر لطرفي العقد، الأمر الذي يجعل تطبيق القواعد العامة للنظرية العامة للعقد لا يصلح في عدة جوانب، وبالتالي ظهرت الحاجة ملحة إلى توفير حماية خاصة للمستهلك الإلكتروني كونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وتضمن إعادة التوازن العقدي لهذا العقد.

تبعاً لذلك وجب أن نحدد مضمون هذه العلاقة (المبحث الأول)، ونبين صور الحماية التي يتعين توفيرها للمستهلك (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مضمون العلاقة التعاقدية في التعاقد الإلكتروني

يعتبر العقد من أهم التصرفات التي تمارس في الحياة العملية إن لم يكن أهمها على الإطلاق، وذلك بإجماع الفقه والتشريع على حد سواء⁽¹⁾، حيث أعطى الفقه القانوني العقد نظرية خاصة به لم تحظى بأهميتها أي نظريات القانون المدني، وبذلك أصبح العقد يحتل مكان الصدارة في النظم القانونية، وعلى ذلك عني المشرع بتنظيم أحكامه⁽²⁾ وجعله المصدر الأول للإلتزام⁽³⁾.

لكن ونظراً للانتشار السريع والكبير لتقنيات تكنولوجيا الإعلام والاتصال فقد كشفت النقاب على وسيلة جديدة لإبرام العقود خرجت عن مفهومها التقليدي، حيث ظهرت العقود التي تبرم عن بعد مما أدى إلى انتشار ظاهرة العقود الإلكترونية والتي تحتاج منا الوقوف عندها لتحديد كيفية إبرامها (المطلب الأول)، خاصة وأنها طرحت العديد من الإشكالات منها مسألة التوازن العقدي نظراً لتباين أطراف العلاقة التعاقدية⁽⁴⁾ من حيث القوة والتي تستلزم حماية الطرف الضعيف فيها (المطلب الثاني).

1- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص. 67.

2- نظم المشرع الجزائري العقد في المواد 54-123 ق م ج المعدل والمتمم.

3- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 87.

4- سبق الحديث عن أطراف العلاقة التعاقدية وهما المستهلك المعلوماتي ومقدم الخدمة أو السلعة في مقدمة الباب الأول.

المطلب الأول: إبرام العقد الإلكتروني

نتيجة التطور التكنولوجي شهدت العقود الإلكترونية نموا متزايدا حيث باتت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية، والسبب في ذلك راجع إلى سهولة إبرامها، بشكل يتفق مع ما يتطلبه التعامل التجاري من سرعة في المعاملات التجارية، الأمر الذي جعل جل المنشآت التجارية العالمية تفضل هذا النوع من العقود، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن مفهومها (الفرع الأول) وكيفية تكوينها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم العقد الإلكتروني

لا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية التي يبرم بها، والتي تجعله يدخل في نطاق العقود المبرمة عن بعد، وتخصه بخصائص متميزة عن العقود التقليدية، مما يجعلنا نتساءل عن طبيعة هذه العقود هل هي بين حاضرين أم بين غائبين.

أولاً: تعريف العقد الإلكتروني

تعددت التعاريف التي قيلت بشأن العقد الإلكتروني بالنظر إلى تعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية المستعملة في إبرامه من جهة أخرى، وسنعرض فيما يلي لبعض التعاريف التي قال بها الفقه والقوانين والمواثيق الدولية.

هناك من عرف العقد الإلكتروني بالنظر إلى وسيلة إبرامه واعتبروا أن "العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الإنترنت" ⁽¹⁾، كما عرفه البعض بأنه "كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" ⁽²⁾، أو هو العقد الذي يتم تبادل الإيجاب والقبول فيه عبر وسيط إلكتروني أي كان هذا الوسيط ⁽³⁾.

أما التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد عرّفت المادة 02 منه العقد الإلكتروني بأنه "عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد".

هذا وفي غياب تعريف للعقد الإلكتروني في القانون الجزائري، فإنه يتعين علينا الرجوع إلى القوانين المقارنة في هذا المجال، حيث عرفت المادة 02 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 العقد الإلكتروني بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط الكترونية كلياً أو جزئياً"، أما المشرع التونسي وبموجب القانون

1- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص. 22.

2- olivier ITEANU, *internet et le droit (aspects juridiques du commerce électronique)*, éditions Eyrolles, 1996, p. 23

3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 18.

رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، نجده لم يعرف العقد الإلكتروني بشكل صريح واكتفى في الفصل الأول من هذا القانون بالقول "يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

من خلال ما سبق يتضح أنّ المشرع التونسي أراد أن يضيف أحكام العقد التقليدي على العقد الإلكتروني لأنّه لا خلاف بينهما إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية التي يبرم بها هذا الأخير. أما المشرع الفرنسي ومقتضى قانون الاستهلاك الفرنسي فقد عرّف العقد عن بعد بأنّه العقد الذي يتم بين المهني والمستهلك ضمن نظام منظم للبيع أو لتقديم الخدمات، دون الحضور الشخصي والمتزامن لطرفي العقد وذلك باستخدام تقنيات الاتصال التي تستمر إلى غاية نهاية العقد⁽¹⁾.

هذا وإن كان المشرع الجزائري لم يعرف العقد الإلكتروني، إلا أنه عرف تقنية الاتصال عن بعد بموجب المادة 3/فقرة أخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر بأنها "كل وسيلة بدون الحضور الشخصي والمتزامن للمتدخل والمستهلك، يمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين". ويعتبر هذا النص بمثابة اعتراف صريح من قبل المشرع بالعقد الإلكتروني المبرم عن بعد.

ثانيا: خصائص العقد الإلكتروني

يتضح من التعاريف المتقدمة أنّ العقد الإلكتروني يتميز عن العقد التقليدي بالخصائص التالية:

1. أنّه عقد يتم إبرامه بوسيلة إلكترونية:

فالعقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت، فهو عقد عادي ولكنّه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، أو بتعبير آخر من الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها⁽²⁾، والتي لا يمكن حصرها نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي، ومن بين هذه الوسائل الإلكترونية إضافة إلى الهاتف والتليفزيون ما يلي:

أ/ المينيتيل: هو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر، ولكنه صغير الحجم نسبيا، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصور ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف⁽³⁾.

1 - v. art. 221-1 code consommation Français.

2- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 72.

3- مناني فراج، المرجع السابق، ص. 37.

ب/ التلكس: هو عبارة عن جهاز برقية متصل بأحد فروع هيئة الاتصالات السلكية واللاسلكية وعن طريقه يستطيع المشترك الاتصال بأي مشترك آخر يملك نفس الجهاز في أي مكان في العالم، وذلك بتخصيص رقم لكل مشترك بحيث يستطيع الطرفان إرسال واستقبال الرسائل عبر الأجهزة في ثوان معدودة⁽¹⁾.

ج/ الفاكس: وهو جهاز استنساخ بالهاتف يمكن من خلاله نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها كأصلها وتسليمها عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية⁽²⁾.

د/ الحاسب الآلي: وهو جهاز قادر على استقبال البيانات وتخزينها واسترجاعها آلياً وإجراء العمليات الحسابية والمنطقية عليها⁽³⁾ حيث أتاحت تقنية الحاسب الآلي التعبير عن الإرادة من خلال الشبكات الإلكترونية المغلقة والمفتوحة لاسيما عبر البريد والمواقع الإلكترونية⁽⁴⁾.

ويعد الإنترنت أحدث وأقوى وسائل الاتصال ومن أهم ما توصلت إليه التكنولوجيا الرقمية، وهو عبارة عن مجموعة من شبكات الكمبيوتر المتصلة مع بعضها البعض بواسطة الخطوط الهاتفية أو كابلات الألياف الضوئية⁽⁵⁾.

2 ثنّه عقد مبرم عن بعد:

تعرف العقود المبرمة عن بعد بأنها تلك العقود التي تتم ما بين غائبين، وبتعبير آخر يعرف العقد المبرم عن بعد بأنه التعاقد الذي يجمع المتعاقدين فيه مجلس عقد واحد يكون بينهما اتصال مباشر، بحيث تنشأ في هذا النوع من التعاقد فترة من الزمن -مهما كانت صغيرة- تفصل ما بين صدور الإيجاب وعلم القابل به وصدور القبول وعلم الموجب به⁽⁶⁾.

تبعاً لما تقدم فالعقد المبرم عن بعد هو "العقد الذي يبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن بعيدة وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال، أي عدم الحضور المادي المتعاصر لأطرافه لحظة تبادل الرضا بينهم"⁽⁷⁾.

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 43.

2- المرجع نفسه، ص. 45.

3- د. إبراهيم رفعت الجمال، إنعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، 2007، ص. 83.

4- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2012/05/08، ص. 93.

5- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 08.

6- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 68.

7- مناني فراح، المرجع السابق، ص. 39.

3 أنه عقد يغلب عليه الطابع التجاري:

لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، حيث يستأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم عبر الانترنت، وغالبا ما يكون مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل تاجر يتمتع بالصفة التجارية⁽¹⁾.

4 أنه عقد يتسم بالطابع الدولي غالبا:

نظرا للطابع العالمي لشبكة الانترنت فإن أغلب المعاملات تتم بين أشخاص يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة.

والطابع الدولي لا يقتصر على العقود بل يشمل جميع العمليات الأخرى كالدعاية والترويج للسلع والخدمات، وهو يكون دوليا طبقا للمعيارين التاليين: الأول وهو المعيار القانوني، حيث يقول أنصار هذا الرأي أن العقد الإلكتروني يكون دوليا بالنظر إلى العناصر القانونية للرابطة العقدية ومدى اتصالها بأكثر من نظام قانوني واحد، فانتفاء المتعاقدين وتواجدهم في دول مختلفة يضيفي الصفة الدولية على العقد. أما الثاني فهو المعيار الاقتصادي، ووفقا لأنصار هذا الرأي يكون العقد الإلكتروني دوليا إذا ما تعلق بمصالح التجارة الإلكترونية وذلك بأن يترتب عليه تدفق للسلع والخدمات والمنتجات عبر الحدود، وبالتالي فإننا في عقود التجارة الإلكترونية في أكثر الأحيان نكون أمام عقد دولي⁽²⁾.

5 أنه عقد يتم الوفاء به إلكترونيا:

حلت وسائل الدفع الإلكترونية في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات⁽³⁾.

ثالثا: طبيعة العقد الإلكتروني

إذا كان العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية التي يبرم بها، إلا أنه باعتباره من عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم عن بعد، فهو يثير إشكال قانوني يتمثل في مدى اعتباره تعاقدًا بين حاضرين أو بين غائبين أو هو عقد من طبيعة خاصة؟. لقد وجد خلاف فقهي حول هذه المسألة، فذهب رأي إلى اعتباره تعاقدًا بين غائبين لوجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فضلا عن الفاصل المكاني.

في حين ذهب رأي آخر إلى اعتبار أن العقد المبرم عبر شبكة الانترنت هو عقد بين حاضرين "استنادا إلى أن الاتصال بين طرفي الشبكة هو في الأصل اتصال مباشر شأنه شأن الاتصال عبر الهاتف، وأن عدم وجود

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 394.

2- خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار فنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص. 27.

3- مناني فراج، المرجع السابق، ص. 45.

الطرفين في مكان واحد لا يعني بالضرورة أن التعاقد بين غائبين، فالعبرة هي في إمكانية وصول القبول إلى علم من وجه إليه لا في وجودها في المكان ذاته ومن تم يكون مجلس العقد حكماً لا حقيقياً وتطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين⁽¹⁾.

أما الرأي الثالث فذهب إلى أنه إذا وجد اتصال مباشر بين طرفي العقد كأن يتم التعاقد عن طريق المحادثة أو المشاهدة المباشرة، ففي هذه الحالة لا يمكن اعتبار هذا التعاقد تعاقداً بين غائبين لعدم وجود فاصل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة وعلم الطرف الآخر بها.

أما إذا لم يوجد اتصال مباشر بين المتعاقدين كأن يبعث الموجب إيجابه عبر البريد الإلكتروني إلا أن القابل لا يفتحه إلا بعد مدة معينة، فلا يمكن اعتبار العقد في هذه الحالة عقداً بين حاضرين لوجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول.

ونحن نرى أن الاتجاه الثالث هو الاتجاه الصائب والذي نرجحه، حيث أنه إذا استطعنا أن نحقق لطرفي العقد مجلس حكماً وذلك كأن يجري التعاقد بينهما عن طريق المحادثة مثلاً فلا يوجد فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فيمكن اعتبار التعاقد في هذه الحالة تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

أما إذا لم نستطع تكوين مجلس عقد حكماً كأن يتم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني ففي هذه الحالة يعتبر التعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان.

الفرع الثاني: تكوين العقد الإلكتروني

لا يوصف التصرف بأنه عقد إلا إذا تلاقت فيه إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني، يتمثل في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

والعقد الإلكتروني - كما سبق الإشارة - لا يخرج عن هذه القاعدة، حيث يتطلب تكوينه توافق الإيجاب الإلكتروني مع القبول الإلكتروني عبر وسيلة إلكترونية لإحداث أثر قانوني.

أولاً: الإيجاب الإلكتروني

إنّ لفظ الإلكتروني إذا ما أضيفت إلى الإيجاب فإنها لا تغير من أصله المتمثل في معناه الوارد في النظرية العامة للالتزامات، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة عبر شبكة الإنترنت⁽²⁾.

فالإيجاب هو تعبير مفرد الجانب عن الإرادة موجه إلى الجمه -ور أو إلى شخص محدد بغرض إبرام العقد⁽³⁾.

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 180.

2- المرجع نفسه، ص. 161.

3- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 397.

كما يمكن تعريفه بأنه العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به -على وجه الجزم- عن إرادته في إبرام عقد معين فيعتقد هذا العقد بمجرد صدور القبول⁽¹⁾.

كما يمكن تعريف الإيجاب بأنه عرض أو اقتراح يحتوي على كل العناصر الأساسية في العقد المقترح يعبر بمقتضاه الموجب عن إرادته في الالتزام بالعقد في حالة القبول⁽²⁾.

ويعرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد لسنة 1997 الإيجاب الإلكتروني بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة التي تمكن الموجه إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد". من خلال التعاريف المتقدمة تظهر لنا بعض المسائل الهامة التي يجب معالجتها بخصوص الإيجاب الإلكتروني وهي:

1/ شروط الإيجاب الإلكتروني

يتطابق الإيجاب الإلكتروني مع الإيجاب التقليدي من حيث الشروط التي يجب توفرها ولكن الفرق بينهما يكمن في الوسيلة الإلكترونية التي يتطلبها الإيجاب الإلكتروني، وتمثل هذه الشروط في:

أ- أن يكون محددًا وواضحًا:

يجب أن يكون العرض الذي يقدمه الموجب محددًا وواضحًا، أي لا يشوبه أي لبس أو غموض، ويكون كذلك إذا استعمل الموجب عبارات واضحة الدلالة في التعبير عما يريده⁽³⁾. ويكون الإيجاب محددًا وواضحًا إذا تضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وتتوقف العناصر التي يجب تحديدها بطبيعة الحال على نوع العقد المراد إبرامه، فإذا كان العقد عقد بيع يجب أن يتضمن الإيجاب بيان الموقع التجاري الذي يعرض المبيع، مع بيان الشيء المبيع من حيث مقداره ونوعه وكميته وقيمته والطريقة التي يتم أداء الثمن بها وغيرها من المسائل التي يعدها صاحب الموقع ضرورية⁽⁴⁾.

صفوة القول أنه حتى يعتبر الإيجاب محددًا وواضحًا لا بد أن يشمل على كافة البيانات الضرورية التي من شأنها أن تعرف المستهلك بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، والتعرف على هوية مقدم الخدمة أو السلعة وموطنه ومركز نشاطه وموقعه الإلكتروني أو الإيميل الخاص به وأيضًا علامته التجارية ورقم قيده في السجل التجاري ومكان التسجيل.

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 86.

2 - ROGER Tassé, et Kathleen Lemieux Gowling, Strathy & Henderson, *Les droits a la protection droits à la protection du consommateur au Canada dans le contexte du commerce électronique*, Rapport présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, Le 31 juillet 1998, p. 25.

3- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 400.

4- المرجع نفسه، ص. 400.

ب- أن يكون باتا وجازما:

يجب أن يكون التعبير عن الإرادة عبر الوسيط الإلكتروني باتا "أي لا رجعة فيه من قبل الموجب، فإذا أعد الموجب الإيجاب وطرحه على المستهلكين لا يجوز له أن يرجع فيه، بحيث إذا لقي قبولا من أحد المستهلكين انعقد العقد فلا يجوز أن يكون معلقا على شرط أو أمر معين، كما يجب أن يكون الإيجاب جازما يعبر عن إرادة مصممة وعازمة نهائيا على إبرام العقد إذا صادف قبولا"⁽¹⁾.

واشترط أن يكون الإيجاب الإلكتروني باتا وجازما لا يمنع من أن يشتمل على بعض التحفظات، ولكن يشترط ألا تفرغ الإيجاب من محتواه بشكل يؤدي إلى تحلل الموجب من الالتزام إذا صادف الإيجاب قبولا، لأن مثل هذا التحفظ يجعل التعبير مجرد دعوة إلى التعاقد، ولكن التحفظ الجائر والذي هو منتشر في نطاق التعاقد عبر الإنترنت هو أن يحمل الإيجاب عبارة "العرض ساري حتى نفاذ الكمية"، فمثل هذا التحفظ جائر خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار الطابع العالمي للعقد الإلكتروني وبالتالي يصعب على مقدم الخدمة أو السلعة أن يغطي كل الطلبات وبذلك يضمن عرضه مثل هذه العبارات على سبيل الاحتياط.

2/ التكييف القانوني للإيجاب القانوني

إن عرض البضائع والخدمات عبر مواقع الويب المنتشرة على الشبكة لا يوجه إلى شخص معين بالذات، وإنما يوجه إلى الناس كافة فشخصية القابل ليست محل اعتبار، فالمنتج أو الموزع إنما يهدف إلى إقامة علاقة عقدية مع أي شخص بصرف النظر عن جنسيته ومكان وجوده، كما أن هذا العرض يمكن أن يوجه إلى شخص أو أشخاص محددين بالذات عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق المحادثة⁽²⁾، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن طبيعة العرض الموجه إلى الجمهور هل هو إيجاب أم مجرد دعوة للتعاقد.

لقد وجد خلاف فقهي في هذه المسألة، حيث ظهر اتجاهين:

الاتجاه الأول: ذهب إلى اعتبار العرض الموجه إلى الجمهور عبر أحد المواقع الإلكترونية لا يعتبر إيجابا بل

مجرد دعوة إلى التعاقد، على أساس أن مقدم السلعة أو الخدمة عندما يقدم عرضه إلى جمهور المستهلكين عبر شبكة الإنترنت لا يستطيع تحديد عدد الأشخاص الذين سيقبلون العرض، كما أنه لا يمكن أن يجزم أن السلعة أو الخدمة محل العرض ستوفي جميع الطلبات أم لا، لذلك يذهب إلى تأمين عرضه بعبارات تفيد أن العرض يبقى صالحا حتى نفاذ الكمية.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى اعتبار العرض الموجه إلى الجمهور عبر شبكة الإنترنت إيجابا متى

استوفى العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كإبراده كل المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، وموطن

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 404.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 163.

مقدم السلعة أو الخدمة والموقع الإلكتروني الخاص به، وغيرها من العناصر الجوهرية التي تختلف باختلاف العقد المراد إبرامه.

ونحن نرى أنه لا اعتبار العـرض الموجه إلى جمهور المستهلكين إيجاباً أم دعوة إلى التعاقد لا بد أن نفرق بين أمرين:

الأمر الأول: إذا وجه العرض عبر شبكة الإنترنت إلى مستهلك أو مستهلكين معينين عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق المحادثة، فهذا العرض يمكن اعتباره إيجاباً متى اشتمل على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه كتحديد المبيع والتمن وميعاد التسليم وبالتالي ينعقد العقد إذا صادف قبولاً.

الأمر الثاني: إذا وجه العرض عبر شبكة الإنترنت إلى مستهلك أو مستهلكين غير معينين، فلا يمكن اعتبار أن هذا العرض إيجاباً وإنما هو مجرد دعوة للتعاقد "وهو ما يتفق مع طبيعة التجارة الإلكترونية" -ة ومستلزمات، إذ أنه إذا كيفنا عرض التاجر على أنه إيجاب فإنه قد لا يستطيع تلبية الطلبات جميعها لنفاذ الكمية أو تكون لديه الكمية المطلوبة ولكن ارتفعت أسعارها بعد الإعلان ، لذا فإن تكييف عرض التاجر على أنه مجرد دعوة للتفاوض سوف يمكنه من رفض الطلبات التي لا يستطيع تليبيتها أو يكون تليبيتها مضرّة له، وفي ذلك استقرار للتعامل التجاري عبر الوسيلة الإلكترونية مما يؤدي إلى نمو التجارة الإلكترونية وتطورها"⁽¹⁾.

3/ العدول عن الإيجاب

بداية يمكن الرجوع عن الإيجاب بكل حرية ما دام لم يصل إلى علم المرسل إليه، فهذا الأخير لا يكتسب في هذه الحالة حق في القبول ولا يصيبه أي ضرر من العدول عن الإيجاب، حيث أن فعالية الإيجاب لا تبدأ إلا منذ أن يصل إلى علم الموجه إليهم⁽²⁾، ولكن إذا صدر الإيجاب ووصل إلى علم المرسل إليه (المستهلك) فهل يجوز للموجب (التاجر أو مقدم الخدمة) أن يرجع عن إيجابه ويعدل عنه ويقوم بإلغائه⁽³⁾.

للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الإيجاب مقترناً بأجل

إذا حدد الموجب أجلاً للقبول فيتعين عليه أن يبقى على إيجابه طوال مدة الإيجاب ولا يجوز له الرجوع فيه أو العدول عنه، لأن القول بغير ذلك يتعارض مع مبدأ استقرار المعاملات ومع الحماية المقررة للمستهلك إذا ما تقدم بقبوله فيتفاجأ أن الموجب قد سحب إيجابه، وهذا ما يتفق مع القواعد العامة التي قررها المشرع في المادة 63 ق م ج التي تنص على أنه: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء الأجل. وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة".

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 167.

2- أنظر المادة 61 ق م ج التي تؤكد ذلك وتنص على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

3- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 424.

الحالة الثانية: إذا لم يقترن الإيجاب الإلكتروني بأجل

ما دام أن الموجب لم يحدد أجلا فباستطاعته الرجوع والعدول عن إيجابه، والملاحظ أن كثيرا من المواقع التجارية لا تحدد المدة اللازمة للإيجاب الصادر عنها، مما يعني إمكانية رجوع الموجب عن إيجابه إذا طرأ تغيير على أسعار البضائع أو ارتفعت أسعار الخدمات التي اتفق عليها الطرفان نتيجة ازدياد الطلب عليها⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن الإيجاب الإلكتروني الموجه إلى مستهلك معين كأن يتم من خلال غرف المحادثة، فطرفا العقد يعتبران متواجدين في مجلس عقد حكومي (حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان)، ففي هذا الفرض يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترن بأجل وهذا ما أكدته المادة 64 ق م ج "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد".

حيث يفهم من عبارة "وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل" الواردة في نص المادة أنه يمكن أن ندخل في نطاقها الإيجاب الذي يتم عن طريق غرف المحادثة، ويتحدد ميعاد العدول في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وهو ما يستفاد من المادة 64/2 ق م ج.

فضلا على ما تقدم فإن موت الموجب أو فقده لأهليته لا يمنع من أن ينتج الإيجاب أثره متى اتصل بعلم من وجه إليه ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (المادة 62 ق م ج).

ثانيا: القبول الإلكتروني

لا يكفي لإبرام العقود وجود الإيجاب وحده، فلا بد أن تقابله إرادة عقدية أخرى تتضمن قبولا لهذا الإيجاب مطابقا له من المتعاقد الآخر⁽²⁾.

ويجمع الفقه أن القبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول بمفهومه التقليدي إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التعبير عنه، وبالتالي فهو يخضع لنفس الأحكام التي تنظم القبول التقليدي. فالقبول هو ذلك السلوك الذي يقوم الموجب بمقتضاه بالتعبير عن إرادته عن قبول العناصر الأساسية للعقد⁽³⁾.

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 427.

2- بوطالي زينب، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (تخصص عقود ومسؤولية)، تحت إشراف د. حذوم كمال، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2012-2013، ص. 46.

3 - ROGER Tassé, et Kathleen Lemieux Gowling, Strathy & Henderson, op. cit., p.26.

وعلى ذلك يمكن تعريف القبول الإلكتروني بأنه تعبير يصدر من وجه إليه الإيجاب باستخدام وسيلة إلكترونية تفيد موافقته على إبرام العقد طبقاً للشروط الواردة في الإيجاب⁽¹⁾.

ويتم التعبير عن إرادة القابل إما عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق غرف المحادثة أو عن طريق الضغط على الأيقونة المخصصة لإعلان الموافقة والقبول في الحاسب الآلي، حيث يتم النقر على الأيقونة التي تحمل عبارة "موافق" أو "قبلت العرض" ثم يقوم القابل بتأكيد قبوله عن طريق الضغط على الأيقونة المحددة له، فلا يكفي الضغط على أيقونة القبول مرة واحدة للقول بانعقاد العقد بل لا بد من تأكيد ذلك بأي وسيلة⁽²⁾، ولا شك أن هذا الأمر -تأكيد القبول- فيه حماية لرضا المستهلك ليعبر عن إرادته بشكل صريح وذلك تحاشياً للمشاكل الناجمة من حصول القبول سهواً أو بصورة غير مقصودة إذا تمّ النقر مرة واحدة.

لذلك فإن تأكيد القبول سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو الإجابة عن بعض الأسئلة الموجهة للقابل أو ملاماً بعض البيانات التي تطلب منه، يدل على أن التعبير الصادر من القابل بقبوله العرض كان صريحاً وواضحاً ولم يصدر نتيجة خطأ أو سهو.

1/ شروط القبول الإلكتروني

يشترط في القبول الإلكتروني ما يلي:

أ- أن يكون مطابقاً للإيجاب:

يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، وأن يطابق العناصر الجوهرية للعقد التي تضمنها الإيجاب، أمّا إذا عدّل القبول هذه العناصر فلا ينعقد العقد لأننا نكون بصدد إيجاب جديد وهو ذا عملاً بأحكام المادة 66 ق م ج.

ب- أن يكون صريحاً:

طبقاً للقواعد العامة، فالتعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداوله عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالة على مقصود صاحبه، كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً⁽³⁾.

وإن كانت هذه القواعد العامة تسري على القبول الإلكتروني متى كان التعبير صريحاً، ولكن الأمر ليس كذلك بالنسبة للتعبير الضمني والذي يدخل السكوت في نطاقه.

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 431.

2- المرجع نفسه، ص. 443.

3- المادة 60 ق م ج.

استنادا لما تقدم، فإنه يصعب الاعتداد بالتعبير الضمني والسكوت كطريق للتعبير عن إرادة القابل في نطاق التعاقد الإلكتروني، إذ يصعب أن يتم هذا النوع من القبول ضمنا فهو يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد⁽¹⁾.

كما أن اعتبار سكوت المستهلك عن الرد قبولا يفرض عليه التعامل مع موقع محدد، وربما تكون هناك مواقع أخرى تعرض شروطا أفضل وذلك لمجرد وجود سبق تعامل، كما يصعب اعتبار الإيجاب فيه نفع للمستهلك ونلزمه بالتعاقد في حالة السكوت، إذ أن المستهلك وحده هو الذي يستطيع تحديد ما يعد في صالحه وما يعتبر غير ذلك، ومن ثم فالأفضل عدم اعتبار السكوت قبولا في مجال التعاقد الإلكتروني واقتصار القبول المعتد به على القبول الصريح⁽²⁾.

ج- أن يكون واضحا وحرًا:

ويكون القبول واضحا إذا اشتمل على عدد من البيانات التي تعرف بهوية المستهلك، كما يكون حرًا إذا أقدم المستهلك على قبول العرض دون ضغط أو إكراه، فالمستهلك حر في قبول الإيجاب أو رفضه "لأن الشخص حر في التعاقد كيف يشاء ما دام لا يخالف النظام العام والآداب العامة"⁽³⁾.

د- أن يكون باتا وجازما:

أي أن يعبر عن نية القابل في إحداث الأثر القانوني، وهو مطابقة القبول للإيجاب ومن ثم إبرام العقد.

2/ النطاق الزمني والمكاني للقبول الإلكتروني

ينعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما تطابقا تاما، ولكن السؤال الذي يطرح هو حول الزمان والمكان الذي ينعقد فيهما العقد الإلكتروني؟.

أ- النطاق الزمني للقبول الإلكتروني

إن لتحديد وقت القبول أهمية كبيرة، إذ أن وقت القبول هو وقت إبرام العقد، حيث أن العقد ينعقد بتلاقي الإيجاب مع القبول، وكذلك يفيد معرفة وقت القبول في تحديد مدى صدوره في وقت صلاحية الإيجاب ومن ثم يكون منتجا لآثاره أم أنه صدر بعد ذلك ومن ثم لا يكون قبولا، كما يفيد معرفة وقت القبول في بيان تمتع القابل بأهلية القبول أم لا، وما إذا كان رجوع صحيح أم لا، إذ يجـب ألا يتم الرجوع بعد القبول، بالإضافة إلى أنه يفيد في معرفة القانون الواجب التطبيق من حيث الزمان على العقد، وكذلك معرفة المحكمة المختصة كما يفيد في معرفة بدء سريان التقادم بالنسبة للالتزامات المتولدة عن العقد، إذ لا يسري التقادم بالنسبة لهذه الالتزامات إلا من وقت إبرام العقد⁽⁴⁾.

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 175.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 436.

3- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 173.

4- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 448.

وطبقا للقواعد العامة، فإن التعاقد بين حاضرين لا يطرح أي إشكال كون أن المتعاقدين يجمعهما مجلس عقد واحد، وبالتالي فإن العقد ينعقد في نفس زمان مجلس العقد طبقا للمادة 61 ق م ج، إلا أن تطبيق هذه القواعد على التعاقد الإلكتروني أمر فيه صعوبة لأنه وكما سبق الإشارة بمناسبة الحديث عن طبيعة العقد الإلكتروني لا نستطيع الجزم أن التعاقد تم بين حاضرين أو غائبين من حيث الزمان تبعا لاختلاف الوسيلة الإلكترونية في التعاقد لذلك طرح الفقه أربعة نظريات تقليدية لحل هذه المسألة:

-نظرية إعلان القبول-

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم في الوقت وفي المكان اللذين يعلن فيهما الموجب له عن قبوله للإيجاب⁽¹⁾ فإذا حرر المرسل إليه رسالة إلكترونية بقبوله التعاقد أو ضغط على الأيقونة المخصصة للقبول، فإنه طبقا لهذه النظرية ينعقد العقد⁽²⁾.

وإن كانت هذه النظرية تتفق مع مقتضيات السرعة التي يتطلبها العمل التجاري، إلا أنه يصعب الأخذ بما "لأن القبول لن يكون له وجود إلا على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل فكيف يستطيع الموجب في حالة المنازعة إثبات أن القابل قد قبل الإيجاب وهو لم يفعل أكثر من أنه حرر رسالة متضمنة القبول ولم يرسلها"⁽³⁾.

-نظرية تصدير القبول-

مفادها أن العقد ينعقد في الوقت الذي يتم فيه تصدير القبول إلى الموجب، وبمعنى آخر ينعقد العقد في الوقت الذي يبعث الموجب له الرسالة التي تتضمن قبوله للموجب⁽⁴⁾، أي بخروج القبول من يد صاحبه كأن يتم كتابة رسالة القبول على البريد الإلكتروني وإرسالها للموجب.

وقد أخذ على هذه النظرية إمكانية استرداد القبول في بعض الصور قبل وصوله للموجب أو أن الموجب يعدل عن قبوله بإرسال رسالة تفيد هذا المعنى⁽⁵⁾، قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب إضافة إلى أن القابل لا يعلم الوقت الذي يتم فيه تصدير القبول.

- نظرية تسليم القبول-

مفاد هذه النظرية أن العقد يتم في الوقت والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى الموجب، أي عند تسلّم الموجب قبول الموجب له، إذ يصبح العقد نهائيا فلا يستطيع الموجب التراجع عن إيجابه ولا الموجب له عن قبوله، أي أن الموجب يسيطر سيطرة فعلية على الرسالة المتضمنة القبول بحيث تكون تحت تصرفه ولا يستطيع

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 104.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 450.

3- المرجع نفسه، ص. 450.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 105.

5- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 183.

القابل استرداد هذا القبول، حيث ينعقد العقد لحظة دخول الرسالة في صندوق البريد الإلكتروني للموجب حتى ولو لم يطلع عليها.

ولكن يعاب على هذه النظرية جهل المتعاقدين وقت انعقاد العقد، إضافة إلى أنها لا تخول حماية كافية للموجب له في حالة ضياع أو عدم تسلم القبول، وقد يظلم الموجب الذي لم يرتكب خطأ عند عدم اطلاعه على القبول⁽¹⁾.

- نظرية العلم بالقبول:

وفقا لهذه النظرية ينعقد العقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بقبول المستهلك، أي لحظة فتح بريده الإلكتروني وقراءة رسالة القبول الواردة فيه⁽²⁾.

وإن كانت هذه النظرية حاولت تفادي العيوب التي تعتري النظريات السابقة والمتمثلة في عدم علم الموجب بالقبول لسبب خارج عن إرادته لحدوث عطل في كاتقطاع التيار الكهربائي أو تقني في جهاز الحاسب الآلي أو شبكة الإنترنت، غير أنه يؤخذ عليها أن العلم بالقبول منفرد الجانب أي يعلم به الموجب فقط، وبالتالي يوجد صعوبة في إثباته فيتحمل الموجه له القبول تعسفات الموجب الذي يستطيع أن يعلنه أو ينكره.

- موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة

تنص المادة 67 ق م ج على أنه "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول"، يستفاد من خ-لال نص المادة أن المشرع أخ-ذ بنظرية العلم بالقبول ولكنه وضع قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، مفادها أن وصول القبول قرينة على العلم به، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وازن بين مصلحة الموجب والقابل فأخذ بنظرية العلم بالقبول حتى لا يفرض على التاجر تعاقدًا لا يعلم عنه شيئًا، كما افترضت علم الموجب بالقبول بمجرد وصوله إليه، وهو بذلك يكون قد راع مصلحة المستهلك وحتى لا يمتنع التاجر عن إبرام العقد متذرعا بأن القبول لم يصل بعد، كما أنه أجاز لأطراف التعاقد الاتفاق على غير ذلك⁽³⁾.

وقد تعرض قانون الأونيسفيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 لزمان انعقاد العقد في المادة 15 منه "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدّد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 106.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 452.

3- المرجع نفسه، ص. 460.

أ. إذا كان المرسل إليه قد عيّن نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يقع الإستلام:

- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعيّن، أو

- وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع

للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه،

ب. إذا لم يعيّن المرسل إليه نظام معلومات، يقع الإستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات

تابعاً للمرسل إليه"

من خلال نص المادة يتضح أنها تركت للأطراف الحرية في تحديد ميعاد إبرام العقد، فإن لم يتفق الأطراف

على ذلك يعتبر ميعاد إبرام العقد، الوقت الذي تدخل الرسالة لنظام المعلومات الخاص بالموجب أو بنظام

معلومات تابع له وهذا ما يستفاد منه أنه أخذ بنظرية تسليم القبول.

ب- النطاق المكاني للقبول الإلكتروني:

لتحديد مكان إبرام عقد التجارة الإلكتروني أهميته في معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد والمحكمة

المختصة بنظر النزاع، وطبقاً للقواعد العامة الواردة في المادة 67 ق م فإن مكان إبرام العقد في التعاقد بين غائبين

يتحدد بالمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول أو يصل إليه القبول فيه باعتبار أن وصول القبول قرينة على العلم

به ما لم يثبت عكس ذلك.

وإن كان تطبيق هذه القاعدة لا يطرح أي إشكال بخصوص العقد التقليدي، فإن الأمر ليس كذلك

بالنسبة للعقد الإلكتروني وذلك راجع لصعوبة تحديد مكان استقبال الرسالة التي تتم عبر فضاء إلكتروني ومن ثم

يثار التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك أو المكان الذي تسلم الرسالة أو القبول فيه؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل فإن قانون الأونيسيرال النموذجي لسنة 1996 وضع قاعدة خاصة نصت

عليها المادة 4/15 التي جاء فيها "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات

أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع في مقر عمل

المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة:

أ. إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق

علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة

ب. إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد".

بناء على ما تقدم فإن تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الإنترنت يكون وفق معيار

يختلف عن ذلك الذي يحدد زمان إبرام العقد، فزمان إبرام العقد يكون عندما تدخل رسالة البيانات نظام

معلومات معين أي كان مكان وجوده، أما مكان إبرام العقد فيتحدد بالمكان الذي يوجد فيه موطن الموجب

بغض النظر عن مكان نظام المعلومات التي وصلت إليه الرسالة بخلاف الحال في العقود التقليدية التي تخضع

للقواعد العامة حيث أن مكان إبرام العقد يتبع تحديد زمانه، حيث يتحددان في الزمان والمكان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول⁽¹⁾.

المطلب الثاني: تحقيق توازن العلاقة التعاقدية في العقد الإلكتروني

الأصل في إبرام العقود أنها تتم بعد مفاوضات بين الأطراف المتعاقدة، فمبدأ سلطان الإرادة بحسب الأصل هو السائد في إبرام العقود، ذلك أن "الإرادة الحرة هي التي تهيمن على العقد، فالمتعاقدين لا يلتزمان إلا بإرادتهما، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه، كما لا يكسب حقاً من عقد لم يشترك فيه"⁽²⁾. ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حرية المتعاقد وإرادته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من الأفراد أساسها الإرادة الحرة، فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً⁽³⁾.

ومتى ارتضى المتعاقد التزاماً في ذمته فإنه يكون صحيحاً ومنتجاً لأثره، لأن التزامه هذا بني على إرادته، ولا يصح له بعد ذلك أن يقيّد من أثر العقد بتمسكه بأن غبنا قد لحقه ما دام أنه رضي عند تعاقدته بهذا الغبن، "فالعامل الذي يتعاقد مع رب العمل حراً ومختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به، ولا يحتج بأن الشروط التي ارتضاها جائرة"⁽⁴⁾.

وكما أن العقد ينشأ عن إرادة حرة فإن ذلك يمتد إلى آثاره، حيث تقضي القاعدة العامة أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"⁽⁵⁾، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يفترض أن يكون الطرفان على قدم المساواة وقت التفاوض وإبرام العقد.

ولقد أثبت التطبيق العملي للعلاقات العقدية منذ أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين اختلال التوازن بين المتعاقدين في كثير من المجالات، حيث يلاحظ أن أحد الطرفين يتمتع بقوة لا يتمتع بها الطرف الآخر مما ييسر للأول أن يفرض على الثاني إرادته، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يقال أن الطرف الضعيف قد أراد بجرية كاملة، بل كان عليه جبراً أن يقبل ما يفرضه الطرف القوي⁽⁶⁾.

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 189.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول (نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص. 144.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 141.

4- المرجع نفسه، ص. 145.

5- المادة 166 ق م ج.

6- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 492.

فلا يوجد ضابط موضوعي يحد من إرادة الطرف القوي في العقد أو يدفع به إلى العمل على إيجاد توازن موضوعي بين مصالحه ومصالح الطرف الضعيف، فواقع العقود الدولية في الوقت الحالي يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك أن جوهر ومحتوى سلطان الإرادة في نطاقها لا يعدو أن يكون سوى إرادة الطرف القوي⁽¹⁾.
تبعاً لما تقدم يمكن القول أن العقود التي يبرمها المهنيين بالنظر إلى ما يتمتعون به من قوة ونفوذ اقتصاديين في مواجهة المستهلكين، أن هؤلاء المهنيين دأبوا على أن يدرجوا في عقودهم شروطاً وضعوها مسبقاً من جانب واحد، فهذه الشروط تعتبر محففة في حق المستهلك الذي لم يتسنى له مناقشتها ولا التفاوض بشأنها وهذا ما يؤدي إلى اختلال التوازن بين طرفي العقد، "وبالتالي فهذه الشروط تعتبر شروطاً تعسفية لأنها توفر مزايا فاحشة للمهنيين على حساب المستهلكين"⁽²⁾.

وتزداد المشكلة في عقود التجارة الإلكترونية إذ أن أهم ما تتسم به هذه العقود هو عدم التوازن بين طرفي العقد لصالح التاجر المحترف، ومن ثم فإن هذه العقود ستكون مجالاً رحباً لشروط تعسفية قد يفرضها التاجر المحترف على المستهلك، مما ينبغي معه الوقوف بوجه هذه الشروط لحماية الطرف الضعيف⁽³⁾ (الفرع الأول).
ووفقاً للقواعد العامة، فإن العقود التي يحتل فيها التوازن العقدي لا تخرج عن كونها عقود إذعان، فهل الأمر نفسه ينطبق على عقود التجارة الإلكترونية، بعبارة أخرى ما مدى توفر الإذعان في عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الثاني).

من جهة أخرى وقصد ضمان حماية فعالة للمستهلك في مجال التعاقد الإلكتروني، فما هي السبل التي تكفل إعادة التوازن العقدي ومقاومة الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية

طبقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، فالأصل أنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنا عقدهما ما يشاءان من الشروط ما دامت غير ممنوعة قانوناً، سواء كان المنع بنص خاص أو لمخالفته النظام العام والآداب، بيد أن الأطراف قد تضمن العقد شروطاً تعسفية وهنا يثار التساؤل عن معرفة الصفة التعسفية في الشرط، وهو ما يتطلب تعريف الشرط التعسفي وبيان عناصره⁽⁴⁾، وهو ما سنبحثه فيما يلي:

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 493.

2- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تحت إشراف د. كحلولة محمد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008، ص. 09.

3- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 246.

4- المرجع نفسه، ص. 247.

أولاً: تعريف الشرط التعسفي (les clause abusives):

يعرف الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه وقد أملى إرادته على الطرف الآخر تحقيقاً لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة، منقصة من حقوق الطرف الآخر الذي رضخ له وذلك لتسلط من فرض البند (الشرط) على العقد⁽¹⁾.

وقد عرف بعض الفقه الشرط التعسفي بأنه شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني، ويقتصر دور المستهلك على القبول أو الرفض، وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من آثاره⁽²⁾.

أما التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المؤرخ في 05 أبريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، عرفت المادة 1/03 منه الشرط التعسفي كما يلي "يعتبر الشرط الذي لم يكن محلاً للتفاوض شرطاً تعسفياً متى كان من شأنه أن يحدث إخلالاً في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة مما يؤدي إلى تفاوت جلي خلافاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية ومضراً بذلك بمصلحة المستهلك"⁽³⁾.

كما عرف المشرع الفرنسي بموجب المادة 1-212 من قانون الاستهلاك الفرنسي الشرط التعسفي على أنه: "تعتبر شروطاً تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد"⁽⁴⁾.

وإن كان المشرع الفرنسي من خلال تعريفه للشروط التعسفية قد قصرها على عقد الاستهلاك المبرم بين المهني والمستهلك أو غير المهني، وبالتالي أخرج من نطاقها العقود المبرمة بين مهني ومهني، وخلافاً لذلك عرّف المشرع الجزائري الشروط التعسفية في المادة 5/3 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بأنها "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

1 - فاتن حسين حوى، المرجع السابق، ص. 87.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 518.

3- L.03/1 DIRECTIVE 93/13/CEE DU CONSEIL du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,
« Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

نص التوجيه متاح باللغة الفرنسية على الموقع:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0013>

4- L.212-1/1 code consommation Français « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

وبلاحظ على هذا التعريف أن المشرع شمل به حتى العقود المبرمة بين المهنيين أنفسهم، المهم في كل ذلك وفقا للتشريع الجزائري أن المتعاقد قد أذع -ن في تعاقدته، وما يؤكد هذا الطرح هو موقفه الذي تبناه في المادة 4/03 من القانون 02-04 المعدل والمتمم، والذي أعاده بموجب المادة 2/01 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، حيث عرف العقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03 الحالة الرابعة من القانون 02-04 المعدل والمتمم بأنه "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

وبتبنى المشرع الجزائري لهذا المفهوم يكون قد وسع مجال الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص لتشمل المهنيين والمستهلكين على حد سواء⁽¹⁾، أما من حيث نوع العقد فحصرها في عقود الإذعان وذلك عكس المشرع الفرنسي الذي حصر الحماية من الشروط التعسفية في شخص المستهلكين دون المهنيين. ومن جهة أخرى عرّف المشرع المصري الشرط التعسفي في المادة 2/17 من مشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية المصري بأنه "يعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف".

ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر الشرط التعسفي في الشرط الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي، في حين أنّ هناك شروطا لا تخل بالتوازن المالي للعقد ومع ذلك تعتبر تعسفية مثل شرط حرمان المستهلك من حقه في اللجوء إلى القضاء أو شرط حرمانه من حقه في الضمان...

كما أن المشرع اللبناني وبمقتضى قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005 عرّف البنود التعسفية 1/26 وحدد في الفقرة الثانية من نفس المادة كيفية تقدير الطابع التعسفي للبنود الذي يكون العبارة فيه بتاريخ التعاقد وبالرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن⁽²⁾.

هذا ويتضح من التعاريف السابقة للشروط التعسفية أنها تكون في شكل مكتوب، دون أن يشترط القانون طابع الرسمية في هذه الكتابة، المهم أن يتم إدراج الشروط العامة للتعاقد في الوثيقة التي تصدر من المحترف في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أية وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها⁽³⁾.

1- ما يدعم هذا القول أيضا ما ورد في المادة 01 من القانون 02-04 المعدل والمتمم التي تنص على أنه "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلام".

2- تنص المادة 26 من قانون حماية المستهلك اللبناني على أنه "تعتبر بنودا تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير. يقدر الطابع التعسفي للبنود بتاريخ التعاقد وبالرجوع إلى أحكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن. تعتبر بنودا تعسفية، على سبيل المثال لا الحصر، أي من البنود التالية: *البنود النافية لمسؤولية المحترف، *تنازل المستهلك عن أي من حقوقه المنصوص عليها في القوانين والأنظمة، *وضع عبء الإثبات على عاتق المستهلك في غير الحالات التي نص عليها القانون".

3- أنظر المادة 4/03 بند 2 من القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم.

من جهة أخرى نستنتج من التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري للشرط التعسفي أن المادة 5/03 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم السالفة الذكر يلاحظ من خلالها أن المشرع أخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد حتى يعتبر الشرط تعسفيا، متأثرا في ذلك بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 1-212 من قانون الاستهلاك الفرنسي السالفة الذكر.

ثانيا: عناصر الشرط التعسفي

من خلال التعاريف السابقة يتضح أن هناك عنصرين إذا اجتمعا في الشرط اعتبر تعسفيا وهما:

1/ تعسف المحترف في استعمال قوته أو سلطته الاقتصادية

إن التفوق الفني للمحتوف يمكنه من فرض شروط تعسفية باعتباره متعودا على إبرام العقود والصفقات، وصفة الاعتياد هي التي تجعل منه شخصا محترفا ويكون بذلك في مركز أقوى من المركز الذي يحتله المستهلك ويعرف جيدا الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها ويفرض الشروط التي يراها مناسبة على المتعاقد معه⁽¹⁾. ويقصد بتعسف النفوذ الاقتصادي للمحترف أن يسيء هذا الأخير في استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على المستهلك شروطا تخل بتوازن العقد.

لذلك يرى بعض الفقهاء بأن القوة الاقتصادية هي مقدرة السيطرة الفنية والتقنية الحديثة أكثر منها القوة الاقتصادية، وإن هذا التفوق الفني يمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية، بينما يرى بعضهم الآخر أن التقنية الحديثة والقوة الاقتصادية تكمل إحداها الأخرى، لأن من يكون متفوقا اقتصاديا يكون كفاً فنيا أيضا، أي أن التفوق الاقتصادي دليل على الكفاءة الفنية⁽²⁾.

2/ المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف بمناسبة التعاقد

إن المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف بفضل التعسف في استعمال نفوذه الاقتصادي والفني تؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، وهذه المزايا لا تكون نقدية فقط، ذلك أنه وتحقيقا لحماية أشمل للمستهلكين أراد الفقه ألا يحصر هذه المزايا المفرطة في هذا المجال، فنظر إليها بحسب الأثر الذي تخلفه في العقد وهو عدم التوازن بين حقوق والالتزامات الأطراف⁽³⁾.

ولتقدير الاختلال في العلاقة التعاقدية نعتقد بضرورة النظر إلى مجموع شروط العقد، وليس النظر إلى كل شرط على حدة، فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكن يكون مبررا إذا نظرنا إليه في ضوء العمليات التي ظهر

1- خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص. 33.

2- أحمد شهاب أزغيب، المرجع السابق، ص. 105.

3- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 250.

بمناسبتها⁽¹⁾، فمثلا قد يترتب على شـرط تحديـد مسؤوليـة المحتـرف تخفيـض ثـمـن السلـعة المعروضة على المستهلكين⁽²⁾.

الفرع الثاني: علاقة عقد الإستهلاك الإلكتروني بعقود الإذعان

تحرر عقود الإستهلاك الإلكتروني في شكـل عقـود نمـوذجيـة⁽³⁾ معدة مسبقا من جانب واحد وهو المحترف أو المهني مدعنا بذلك المستهلك الذي لا تتاح له أية فرصة في مناقشته لبند العقد أو إدخال تعديلات عليها⁽⁴⁾.

وما دام أن عقد الاستهلاك يتم بهذه الطريقة، فلأمر يدفعا إلى التساؤل حول مدى توفر الإذعان في عقد الإستهلاك الإلكتروني؟ لكن قبل الإجابة على هذا التساؤل فإن الأهمية بمكان أن نحدد مفهومهما لعقد الإذعان.

أولا: تعريف عقد الإذعان:

تتم العقود عادة بطريقة المساومة فيتناقش المتعاقدان فيها ويضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط، وتكون الإراداتان فيها غالبا متساويتين ومتكافئتين⁽⁵⁾.

لكن هناك نوعا من العقود ينفرد فيه أحد الطرفين بوضع شروط العقد، ولا يكون للطرف الآخر إلا رفض العقد أو قبوله دون مناقشته ولهذا سميت هذه العقود بعقود الإذعان، أو عقود الانضمام كما سميت في فرنسا. ويمكن تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي سلم فيه القابل بشروط مقررة وضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي⁽⁶⁾.

1- أنظر المادة 5/03 من القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم السالفة الذكر.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 251.

3- اعتبر بعض الفقه أن العقود النموذجية هي من قبيل عقود الإذعان، ولكن ليس بالضرورة أن يكون العقد النموذجي عقد إذعان دائما، ولكن يمكن أن يعتبر وسيلة من وسائل إبرام عقود الإذعان، ويمكن تعريف العقود النموذجية بأنها عبارة عن مجرد صيغة معدة من قبل منظمة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بما كنموذج لعقود ترم مستقبلًا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد (أنظر عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 128)، وتجدر الإشارة أن المشرع المصري عرفها باسم العقود النمطية بمقتضى المادة 17 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، وحسم الخلاف بشأنها حين اعتبرها من عقود الإذعان.

4- YVES Picod, HELENE Dano, op. cit. p N° 139.

5- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص. 26.

6- د. عبد القادر الفار، د. بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص. 55.

وعرف جانب من الفقه عقد الإذعان بأنه الانضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر دون إمكانية حقيقية لتعديله⁽¹⁾.

ويتضح من التعاريف السابقة أن عقد الإذعان يتميز بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي⁽²⁾.

فالإرادتان في هذه العقود ليستا متساويتين، بل أن إحدهما تملي والأخرى تدعن، ولذلك فقد أنكرت طائفة من الفقهاء وخصوصا فقهاء القانون العام⁽³⁾ أنكرت عليه الطبيعة العقدية واعتبرته مركزا قانونيا منظما، وحثتهم في ذلك أن وضع الطرف المدعن مماثل تماما لمستعمل المرفق العمومي⁽⁴⁾، لكن غالبية فقهاء القانون المدني سموها عقودا ولو لم تتكافأ فيهما الإيرادتان⁽⁵⁾.

وباستقراء نص المادة 70 ق م يتضح أن المشرع الجزائري لا ينكر على عقد الإذعان طبيعته العقدية، وإن كان يختلف على عقد المساومة في المسائل التالية⁽⁶⁾:

- يعد القبول في عقد الإذعان مجرد تسليم بشروط العقد مقرر، أي قبول اضطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين، بينما يكون القبول في عقد المساومة مطابقا تماما للإيجاب ونتاجا عن حرية تامة.

- يمكن للقاضي في عقد الإذعان -دون المساومة- تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء المدعن من تنفيذه.

- يعد قبول الإيجاب مع إضافة أو إنقاص شرط في عقود المساومة إيجابا جديدا، في حين يعتبر مثل هذا التعديل رفضا في عقد الإذعان.

- يؤول الشك لصالح المدين في حين يكون تأويل العبارة الغامضة غير ضار بمصلحة المدعن دائما أو مدينا.

والجدير بالذكر أن المبادئ التقليدية تشترط ليعتبر العقد إذعانا الشروط التالية⁽⁷⁾:

- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للجمهور بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم كما هي الحال في توريد المياه والكهرباء وكذلك الانتقال.

1- دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخ -اص، تحت إشراف د. كحلولة مجّد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014-2015، ص. 160.

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 60.

3- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 26.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 60.

5- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 26.

6- أنظر بخصوص هذه التفرقة، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 61.

7- مجّد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة)، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص. 123.

أن يكون أحد العاقدين محتكرا للسلعة أو الخدمة سواء أكان احتكاره قانونيا أو فعليا. أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضه على الجمهور وفق شروط مقررة سلفا ولا يقبل نقاشا فيها، والغالب تكون الشروط مطبوعة وهي في مصلحة الموجب فهي تخفف من مسؤوليته العقدية وتشدد المسؤولية على الطرف الآخر. وإن كان الفقه التقليدي يعرف عقد الإذعان معتمدا على هذه الشروط، إلا أن المبادئ القانونية المعاصرة غيرت من مفهوم عقد الإذعان، حيث عرفه "الفقه الحديث بأنه عقد يحدد محتواه كليا أو جزئيا وبطريقة مجردة وعمامة قبل الفترة التعاقدية"⁽¹⁾. فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة الشروط اللازم توافرها ليعتبر العقد إذعانا إلى شرط واحد فقط، وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروطه ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم، ولا يكون أمام الطرف الآخر (المستهلك) إلا توقيع هذه العقود دون الحق في مناقشتها أو تعديلها⁽²⁾. فلا يشترط بحسب المبادئ الحديثة حتى يعتبر العقد من عقود الإذعان أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة، وأن تكون هذه السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك، فالمفهوم الحديث لعقود الإذعان أتاح التوسع الملحوظ في تعدد العقود التي تصنف من قبيل عقود الإذعان، وبالتالي يحظى المستهلك بحماية خاصة مثل الشك في أمر العقد يؤول لمصلحته -أي مصلحة المستهلك-، والطرف القوي في العقد يتحمل المسؤولية عن غموض أي نص فيه، ضف إلى ذلك أن القاضي يستطيع -ع التدخـل في شروط العقد بالتعديل أو الإبقاء بهدف حماية المستهلك⁽³⁾.

ثانيا: مدى توفر الإذعان في عقد الإستهلاك الإلكتروني

أبرز ما يتسم به عقد التجارة الإلكترونية المبرم مع المستهلك هو عدم التوازن بين طرفيه لصالح التاجر المحترف، ومن ثم فإن هذا العقد سيكون ميدانا خصبا لشروط تعسفية قد يفرضها التاجر المحترف لتحقيق مصالحه⁽⁴⁾، ولا يكون أمام المستهلك إذا أراد التعاقد إلا الإذعان إلى هذه الشروط دون مناقشة أو تفاوض. لذلك اختلف الفقه بخصوص عقد الاستهلاك المبرم عبر الإنترنت، فهناك من اعتبر عقود التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان وذهب آخر إلى اعتبارها عقود مساومة تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، في حين ذهب اتجاه ثالث إلى ضرورة التفرقة بين وسائل إبرام العقد الإلكتروني.

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 498.

2- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 118.

3- المرجع نفسه، ص. 119.

4- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 272.

1/ عقد الاستهلاك الإلكتروني من عقود الإذعان

تبنى أنصاره - هذا الاتجاه المفهوم الموسع لعقد الإذعان الذي يرمي إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، واعتبر أن "العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت عقود إذعان إلكترونية، لا يملك المتعاقد مناقشة بنودها أو حتى الوقوف على كافة جوانبها، حيث يتم التعيين عن الرضا بصورة شبه ميكانيكية دون ترو أو تفكير، فبمجرد النقر على زر الجهاز يقبل المتعاقد بصورة تلقائية العقد المقترح من قبل التاجر صاحب الموقع الإلكتروني إذ يدعى المستهلك للشروط العامة للموقع، وهذه الشروط يمكن أن يكون لها محل أو أثر إنشاء عدم توازن كبير بين الحقوق والالتزامات للأطراف في العقد على حساب المستهلك"⁽¹⁾.

2/ عقد الاستهلاك الإلكتروني من عقود المساومة

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن العقود الإلكترونية ليست عقود إذعان وإنما هي من قبيل عقود المساومة، فالمستهلك ليس مدعنا في تعاقدده نظرا لكثرة المواقع على شبكة الإنترنت والتي توفر نفس السلعة أو الخدمة مما يتيح له فرصة الاختيار والمفاضلة بين هذه المواقع وبالتالي فلا وجود لمسألة الاحتكار.

3/ التفرقة بين وسائل إبرام العقد الإلكتروني

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لتكييف عقود التجارة الإلكترونية هل هي من قبيل عقود الإذعان أم لا فلا بد من التفرقة بين وسائل إبرام العقد الإلكتروني (البريد الإلكتروني، غرف المحادثة، المواقع الإلكترونية). فحسب أنصار هذا الاتجاه فالعقد المبرم عبر الموقع الإلكتروني في الغالب يكون عقدا نموذجيا متضمنا شروطا نمطية عامة معدة سلفا وموجهة للجمهور، ومع على المتلقي إلا أن يقبل بكافة الشروط المقررة بالنقر على أيقونة (I accept) أو يرفضها جملة بالخروج من هذه الصفحة أو بالنقر على أيقونة التجاهل (I ignore) مما يجعل لفكرة الإذعان محلا متصورا في هذا الأسلوب، أما في تبادل الرسائل عبر البريد الإلكتروني نجد أن كلا الطرفين يتفاوضان على بنود العقد وشروطه بحرية تامة مما لا يجعل لفكرة الإذعان محلا متصورا⁽²⁾.

ونحن نرى أن هذا الاتجاه هو الأجدر بالإتباع، فلتكييف عقد الاستهلاك الإلكتروني لا بد من النظر إلى الوسيلة المستخدمة في إبرامه، فإذا كانت هذه الوسيلة تمكن المستهلك من التفاوض حول بنوده مع المحترف أعتبر العقد رضائي (مساومة)، أما إذا انعدم التفاوض واقتصر دور المستهلك الإلكتروني على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا من قبل المحترف فالعقد لا يخرج عن كونه عقد إذعان.

4/ موقف المشرع الجزائري

من خلال نص المادة 70 ق م ج التي تنص على أنه "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 502.

2- المرجع نفسه، ص. 509.

يتضح من خلال نص المادة أن شروط الإذعان موضوعة مسبقا من أحد المتعاقدين الذي ينفرد بوضع بنوده، ولا يملك المتعاقد الآخر مساومتها أو مناقشتها أو على الأقل مناقشة الشروط الرئيسية، بحيث لا يكون له إلا أن يقبل الشروط كلها أو يرفضها كلها وهو بذلك يذع - (أي يرضخ أو ينضم) لمشئمة الطرف القوي⁽¹⁾.

تبعاً لما تقدم فإنه كلما كانت شروط العقد محددة مسبقاً من قبل الموجب دون أن يتيح للقابل مناقشتها فإن العقد أعتبر عقد إذعان.

ولما كان عقد الإذعان وفقاً للقواعد العامة يتطلب شروطاً لإعماله تتمثل في:

- ✓ ضرورة السلعة للمستهلك.
- ✓ أن يعرض الموجب السلعة أو الخدمة على الجمهور كافة بشروط واحدة معدة سلفاً دون إمكانية مناقشتها.
- ✓ أن يكون مقدم السلعة أو الخدمة محتكراً لها.

وبإعمال هذه الشروط على عقد التجارة الإلكترونية، فإنه يمكن تصور انطباق الشرطين الأول والثاني على عقد الاستهلاك الإلكتروني، أما الشرط الثالث والمتعلق باحتكار الموجب سواء كان فرداً أو شركة للسلعة أو الخدمة فهو شرط لا ينطبق على عقد التجارة الإلكترونية في الأعم الغالب من الأحوال لوجود شركات كبيرة يعثر عليها المستهلك على الشبكة تعرض هذا المنتج، لكن تبقى الخطورة في عقد التجارة الإلكترونية أن المستهلك لا يملك فرصة كافية لمعاينة ذلك المنتج ومواصفاته أو مواصفات الخدمة المطلوبه مما يعرضه للغش أو الإحتيال، كذلك لا يملك إمكانية التفاوض مع البائع أو المورد بجرية كافية، وإن توافرت له هذه الفرصة فسوف تكون مكلفة بالنسبة له⁽²⁾.

ولهذا ذهب الفقه القانوني إلى اعتبار عقد التجارة الإلكترونية عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، نظراً لظروفه الاقتصادية بوصفه الطرف الأضعف في هذه العلاقة أمام الطرف الآخر والذي يكون غالباً شركات قوية وعملاقة من الناحية الاقتصادية ولها قدرة هائلة على الإعلان والتسويق، لذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي النظر إلى المستهلك بوصفه طرفاً مدعناً في عقد التجارة الإلكترونية⁽³⁾.

ونحن نرى أن هذا الرأي يتماشى مع أحكام المادة 70 ق م، حيث أن المشرع لم يشترط أن يكون أحد المتعاقدين محتكراً للسلعة أو الخدمة، الأمر الذي نستنتج منه أن المشرع تبني المفهوم الموسع لعقد الإذعان واعتبر أنه كلما انفرد أحد المتعاقدين بوضع شروط التعاقد وقبلها المتعاقد الآخر دون أن تتاح له فرصة لمناقشتها اعتبر العقد عقد إذعان، وهذا ما يتفق مع العقد الإلكتروني الذي يتم إبرامه بمقتضى عقود نموذجية موجودة على

1- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 57.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 47.

3- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص. 48.

المواقع الإلكترونية، حيث لا يكون أمام المستهلك إذا ما رغب في السلعة محل العقد إلا قبولها والتسليم لشروط العقد دون مناقشة أو مفاوضة.

والجدير بالذكر أن المشرع المصري وبمقتضى مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري حسم هذا الأمر بموجب المادة 17 منه، حيث اعتبر أن العقود النمطية المبرمة إلكترونياً من عقود الإذعان في مفهوم القانون المدني من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المدعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية. ويتضح أن المشرع المصري اعتبر العقود النموذجية المبرمة على شبكة الإنترنت عقود إذعان، وأخذ بمفهوم الإذعان الوارد في القانون المدني المصري⁽¹⁾ لاسيما نص المادة 100 منه التي تنص على أنه "القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وهذا هو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 70 ق م السالفة الذكر.

الفرع الثالث: مواجهة الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني

من أجل تمكين المستهلك من مقاومة الشروط التعسفية التي تضمنها العقد الإلكتروني والتي أدت إلى اختلال التوازن العقدي، فإنه لا بد أن نبين مجال حماية المستهلك من هذه الشروط في ظل القواعد التقليدية ثم نتعرض إلى الحماية الواردة في القوانين المعاصرة.

أولاً: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية

تحقيقاً للتوازن العقدي الذي اختل بسبب الشروط التعسفية التي تضمنها المحترف مسبقاً في العقد الإلكتروني وأدت إلى اختلال التوازن بين التزامات الطرفين نظراً لعدم قدرة الطرف الضعيف على مناقشة بنود العقد، فضلاً عن عدم خبرته الفنية والقانونية، لذلك برزت الحاجة إلى امتداد صفة الإذعان إلى العقود الإلكترونية المبرمة على شبكة الإنترنت تمهيداً لاستفادة المستهلك من الأحكام المتعلقة بعقد الإذعان والتي أوردها المشرع في القانون المدني وتمثل في:

1/ تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها:

تنص المادة 110 ق م على أنه "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

1- القانون رقم 131 لسنة 1948 المؤرخ في 16 يوليو 1948 المتضمن إصدار القانون المدني المصري.

يستفاد من نص المادة أن المشرع المدني أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد إذعان أو إلغائها⁽¹⁾، ولا شك أن للقاضي في هذه الصورة دورا إيجابيا في إعادة التوازن العقدي الذي اختل بفعل الشروط التعسفية إلى وضعه الطبيعي.

وسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية تعني الإبقاء على الشرط مع رفع التعسف الذي شابه إلى الحد الذي يعيد التوازن إلى العلاقة التعاقدية، أما إلغاء الشرط فيعني إعفاء الطرف المدعن منه نهائيا واعتباره كأن لم يكن⁽²⁾.

ونرى أن موقف المشرع الجزائري الذي سلكه بمقتضى المادة 110 ق م السالفة الذكر، "يتفق ومصلحة المستهلك التي تكمن في تعديل الشرط التعسفي أو إبطاله مع بقاء العقد صحيحا حتى يستطيع الاستفادة من السلعة أو الخدمة"⁽³⁾.

هذا وتدعيما لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، جعل المشرع الجزائري نص المادة 110 ق م نصا أمرا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، إلا أن هذا لا يعني أن القاضي من تلقاء نفسه يمارس سلطته في إعادة التوازن العقدي بل لا بد أن يتم ذلك بطلب الطرف المدعن، إلا أنه كان لا بد من الاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه بمناسبة نظره في دعوى التعديل أو فسخ العقد الأصلي على غرار بعض التشريعات الأوروبية لأن من شأن ذلك يساهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية⁽⁴⁾.

2/ تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعن

الأصل العام أنه إذا كانت عبارات العقد غامضة أو مبهمه أو متناقضة فالشك في تفسيرها يؤول لمصلحة المدين، وفي هذا تقضي المادة 1/112 ق م بأنه "يؤول الشك في مصلحة المدين"، إلا أنه فيما يتعلق بعقود الإذعان والتي ينفرد الطرف القوي في وضع شروطه بصورة مستقلة دون تدخل المتعاقد الآخر، فمن مقتضيات العدالة أن يتحمل هذا الطرف القوي تبعه الغموض أو التناقض في صياغة شروط العقد⁽⁵⁾ التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي، وبذلك فإن الشك في هذه الحالة يفسر في مصلحة الطرف المدعن (الضعيف) سواء كان دائما أو مدينا، وهذا ما أكدته المشرع في المادة 2/112 ق م التي تنص على أنه "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل

1- يمارس القاضي السلطة التقديرية في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها بشكل تدريجي، فإذا لم يكن تعديل العقد كافيا لرفع التعسف وتحقيق العدالة يتجه القاضي إلى ممارسة حقه في إلغاء الشرط.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 269.

3- المرجع نفسه، ص. 270.

4- دالي بشير، المرجع السابق، ص. 177.

5- وفي هذا السياق أكد المشرع الفرنسي على ضرورة أن تكون عبارات العقد مكتوبة بطريقة واضحة ومفهومة.

v.art 211-1/1 de code de la consommation Français « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ».

العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى"، وهو نفس الحكم الذي تبناه المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 211-1/2 من قانون الإستهـة —لاك حين نص على أن تفسر عبارات العقد بالمعنى الأكثر ملاءمة للمستهلك⁽¹⁾.

3/ مراعاة مبدأ حسن النية

نشأ مبدأ حسن النية منذ ظهور القانون الروماني، واعتبر مصدرا من مصادر القاعدة القانونية في تلك الفترة، وبموجبه كان بإمكان القاضي التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد للوصول إلى حالة التوازن العقدي فيما بينهما متى اختل نتيجة عدم تعادل المركز القانوني لطرفي العقد⁽²⁾.

وحسن النية كمصطلح يمكن تحليله على أن النية هي القصد والعزم، أي عزم القلب على شيء معين، أما السوء أو الحسن فهي أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم الاجتماعية السائدة في وقت معين، هذه القيم تنبع من القواعد والنواميس التي تسود المجتمع⁽³⁾.

ويعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي يجب أن تسيطر على العقود سواءً في مرحلة إبرامها أو تنفيذها⁽⁴⁾، وقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة 107 ق م، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على إدراك المشرع لأهمية هذا المبدأ باعتباره الأداة القانونية التي يستطيع القاضي من خلالها التدخل لفرض رقابته على العقد وضمن تحقيق العدالة التعاقدية حفاظا على التوازن العقدي بين طرفي العقد. ويجمع خبراء القانون المقارن على أهمية هذا المبدأ في تحقيق الأهداف التالية⁽⁵⁾:

—تمكين الطرف المتضرر من الحد—قدر المستطاع— من الخسائر التي قد تصيبه نتيجة اختلال التوازن العقدي بين—ه وبين الطرف المقابل في العلاقة التعاقدية—، وفرض معايير النزاهة والأمانة في العلاقات التعاقدية.

—التغلب على الإشكالات التي قد تعترض التنفيذ الدقيق لبعض المبادئ القانونية، مثل مبدأ سلطان الإرادة والحرية في التعاقد.

—الحد من استخدام الشروط التعسفية التي قد تظهر في العديد من العقود مثل عقود الاستهلاك. نظرا لما تقدم أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا لما يوجبه حسن النية، ذلك أن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود، ولم يعد هناك كما كان الأمر في القانون

1 - v.art. 211-1/2 de code de la consommation Français « Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ... »

2- دالي بشير، المرجع السابق، ص. 75.

3- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص. 359.

4- دالي بشير، المرجع السابق، ص. 76.

5- المرجع نفسه، ص. 78.

الروماني عقود حرفية التنفيذ وعقود رائدها حسن النية، بل أن العقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية⁽¹⁾.

فوفقا لهذا المبدأ فإنه لو التزم متعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء في دار، وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن، و أن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصح بالنسبة إلى صاحبها⁽²⁾. ومبدأ حسن النية الذي "يُعبّر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير"⁽³⁾ يفرض على المحترف أن يعلم المستهلك ويزوده بكل التفاصيل المتعلقة بمحل العقد، وذلك بتمكينه من معاينة السلعة، أي أن يتم الاطلاع على المبيع إطلاعا يمكن من معرفة حقيقته وفقا لطبيعته، وتحقق معاينة المبيع بإبصاره إذا كان من المرئيات وبسماع صوته إذا كان من الصوتيات أو بلمسه إذا كان من الأشياء التي تلمس، إلا أن اللبس يتعذر حصوله في عقود الاستهلاك الإلكترونية إذ لا تظهر على شاشة الحاسوب إلا صورة المبيع أو رسم مجسم له⁽⁴⁾. وقد تثار مشكلة معاينة المبيع في عقد الاستهلاك الإلكتروني، حيث أن المستهلك لا يتمكن من معاينة المبيع معاينة حقيقية كما في التعاقد التقليدي حيث تتم المعاينة من خلال شاشة الحاسوب، لذلك يرى البعض أنه في حالة عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للغش⁽⁵⁾.

خلاصة ما تقدم يمكن القول أنه من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد أن يتوفر لدى المستهلك العلم الكافي بحقيقة المبيع، وهذا الأمر يتحقق بمعاينته في مرحلة إبرام العقد.

ثانيا: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية في ظل القواعد المعاصرة

تتجلى هذه الحماية المعترف بها للمستهلك فيما يلي:

1/ تحديد الشروط التعسفية:

أسوة بالمشرع الفرنسي⁽⁶⁾ أورد المشرع الجزائري قائمة تتضمن الشروط التي تعتبر تعسفية، غير أن الإحاطة بهذه الشروط كافة ليس بالأمر اليسير، ذلك أنه طبقا لمبدأ استقلال الإرادة فإنه يمكن لطرفي العقد تحديد آثار هذا العقد ما دام هذا التحديد لا يخالف النظام العام والآداب العامة أو النصوص القانونية الآمرة، هذا فضلا على أن أغلب الأحكام القانونية التشريعية سواء ما تعلق بنظرية العقد أم ما تعلق بالعقود المسماة هي أحكام

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 627.

2- بوكرازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تحت إشراف د. راشد راشد، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، السنة الجامعية 2013-2014، ص. 82.

3- سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص. 56.

4- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 142.

5- المرجع نفسه، ص. 143.

6- تحدد الشروط التعسفية من قبل المشرع الفرنسي بموجب مرسوم صادر عن مجلس الدولة (المادة 1-212/4 من قانون الإستهلاك الفرنسي).

غير آمنة يمكن استبعادها من التطبيق والاتفاق على مخالفتها، الأمر الذي يؤدي إلى اتساع الشروط التعاقدية ومن تم الشروط التعسفية، مما ينجر عنه صعوبة حصرها.

لذلك فإن القوانين التي عاجلت إلغاء الشروط التعسفية أعدت قوائم بتلك الشروط⁽¹⁾، وإزاء عدم إمكانية الإحاطة بتلك الشروط وحصرها أعطت للقضاء سلطة تقديرية في إمكانية إلغاء أي شرط يمكن وصفه بالتعسف في حالة انطباق المعايير التي حددتها للشرط التعسفي⁽²⁾.

وفي هذا الصدد عدت المادة 29 من القانون 04-02 المعدل والمتمم الشروط التعسفية على سبيل المثال بدليل مصطلح "الاسيما" المدرج في نص المادة، حيث نصت على أنه "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1 أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك
- 2 خرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد
- 3 امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك
- 4 المتفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية

- 5 إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها
 - 6 رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل بالإلتزام أو عدة التزامات في ذمته
 - 7 المتفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة
 - 8 تحديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفضه الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".
- هذا وتطبيقا لأحكام المادة 30 من القانون 04-02 المعدل والمتمم السالف الذكر⁽³⁾ ذكر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر بدوره قائمة تتضمن البنود أو الشروط التعسفية المتمثلة في⁽⁴⁾:

- تخفيض العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض

1- أنظر المادة 3/26 من قانون حماية المستهلك اللبناني التي ذكرت على سبيل المثال لا الحصر البنود التي تعتبر تعسفية، ورتبت الفقرة الأخيرة من نفس المادة البطلان المطلق لهذه البنود.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 254.

3- تنص المادة 30 من القانون 04-02 على أنه "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

4- أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر.

التخلي عن مسؤوليته بصفق مفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته

النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء لأية وسيلة طعن ضده

فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد

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

تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته

فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك

الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق

يعني نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته

يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته

والحقيقة أن تحديد مثل هذه الشروط وإن كان من شأنها أن تلعب دورا وقائيا في تعزيز حماية المستهلك من خلال تعريفه بهذه الشروط قبل إبرام العقد، إلا أنه في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد، "ومن المحتمل أن يكون مثل هذا العقد عابرا للحدود لكون الطرفين في دولتين مختلفتين لكل منهما قانونها الخاص، وما قد يعد تعسفا من الشروط بموجب أحد القوانين قد لا يكون كذلك بموجب قانون الدولة الأخرى، وأكثر من ذلك قد يختلف حكم الشرط التعسفي في القانونين كأن يعده أحد القانونين باطلا بطلانا مطلقا فيما يعده القانون الآخر باطلا بطلانا نسبيا.

من أجل هذا فإن حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية من الشروط التعسفية تتطلب وجود قواعد

موحدة بين الدول، وهذا لم يغفله الإتحاد الأوروبي حيث أصدر التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية رقم 13-1993 في 05 نيسان 1993، ولعل أهم ما جاء به التوجيه أنه لم يحدد الشروط التعسفية على سبيل الحصر بل أورد تعريفا عاما لها، فالشرط التعسفي هو كل شرط عقدي لم يتم التفاوض عليه بمعزل عن الشروط الأخرى يهدف إلى منح التاجر مزايا على حساب المستهلك"⁽¹⁾.

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 292.

إلا أن هذا التوجيه يتميز بأنه ترك للقضاء سلطة واسعة في استخلاص الصفة التعسفية في الشرط، ويعد مثل هذا الحكم منسجما مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية، فهي عقود متنوعة وليست بالضرورة عقودا لبيع السلع فلا يمكن والحالة هذه حصر ما يمكن أن يرد فيها من شروط تعسفية، والقضاء ليس مطلق السلطة في تحديد ما يعد تعسفيا من الشروط إذ يحدد التوجيه عددا من المعايير يتعين على القضاء الأخذ بها⁽¹⁾.

2/ تشكيل لجنة الشروط التعسفية

تعد لجنة مقاومة الشروط التعسفية من التنظيمات التي أوجدها المشرع الفرنسي في المادة 36 من قانون إعلام وحماية المستهلكين، والتي أقر بوجودها أيضا قانون الاستهلاك الفرنسي لعام 1993، وهي مكونة من خمسة عشرة عضوا يمثلون المستهلكين والمحترفين، ويتلخص دورها في مراجعة العقود النموذجية المطروحة على المستهلكين للبحث والتحري عن الشروط التعسفية في هذه العقود، وتهتدي اللجنة في ممارسة اختصاصها بالمعيار العام للشرط التعسفي الوارد في المادة 35 من قانون إعلام وحماية المستهلكين حتى إذا استخلصت الصفة التعسفية في أي منها انعقد اختصاصها بإصدار توصيات بإلغاء أو تعديل أو حظر الشروط التي تبدو تعسفية، ذلك أن سلطة الإلغاء أو تحديد الشروط التعسفية هي من اختصاص المشرع، ومن هنا كان دور لجنة الشروط التعسفية دورا استشاريا بحثا بحيث تفقد التوصيات أثرها إن لم يأخذ بها القانون أو اللوائح⁽²⁾. وبدوره أنشأ المشرع الجزائري بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 06-306 لجنة البنود التعسفية⁽³⁾ تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة، وقد حددت المادة 07 من المرسوم مهام اللجنة حيث نصت على أنه "تكلف اللجنة لاسيما بالمهام الآتية:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها"

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 293.

2- المرجع نفسه، ص. 277.

3- تشكل لجنة البنود التعسفية طبقا للمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 من الأعضاء الآتي ذكرهم:- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيسا، - ممثل عن وزير العدل، مختص في قانون العقود، - عضو من مجلس المنافسة، - متعاملين اقتصاديين (02) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود، - ممثلين (02) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود. ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدتها في أعمالها.

والجدير بالذكر أن هـ- هذه اللجنة لها طابعا استشاريا فقط ⁽¹⁾، أي أن توصياتها ليست لها أية صفة إلزامية، إلا أنه ومع ذلك "فإنها تشكل ضغطا نفسيا على المحترفين، كما أنها تساعد القاضي في الاسترشاد على هداها لتقدير الطابع التعسفي لشرط معين"⁽²⁾.

3/ جزاء الشرط التعسفي

ألزمت المادة 1/06 من التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي بالنص في تشريعاتها الداخلية على أن الشروط التعسفية الواردة في العقد المبرم بين المهني والمستهلك لا تلزم المستهلك وتعتبر باطلة مع إمكانية الإبقاء على هذا العقد إذا كان ذلك ممكنا بعد إبطال تلك الشروط⁽³⁾.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث نص في المادة 1/1-241 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أن الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة⁽⁴⁾.

وقد اتفق الفقه على أن عبارة "غير مكتوبة" تعني باطلة، ونوع البطلان المقرر في نص المادة 1/1-241 السالفة الذكر هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المستهلك ومتعلق بالنظام العام.

فالبطلان النسبي للشروط التعسفية هو الذي يتلاءم ومصلحة المستهلك، ذلك أن البطلان المطلق ينقلب ضده لأنه يؤدي إلى حرمانه من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل والتي لا غنى له عنها، في حين أن إعمـال البطلان النسبي يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي يستفيـد المستهلك من السلعة أو الخدمة⁽⁵⁾.

ومن جهة أخرى ذهب مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري في مادته 18 إلى جواز إبطال الشروط التعسفية الواردة في العقود النموذجية الإلكترونية، وهو نفس الحكم الذي تبناه المشرع المغربي بمقتضى المادة 19 من القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلكين⁽⁶⁾ حيث اعتبر أن الشرط التعسفي⁽⁷⁾ الوارد

1- أنظر المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر.

2- سي الطيب مجد أمين، المرجع السابق، ص. 129.

3 - L.06/1 DIRECTIVE 93-13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES : « Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

4- v. art. 241-1/1 code consommation Français « Les clauses abusives sont réputées non écrites ».

5- سي الطيب مجد أمين، المرجع السابق، ص. 152.

6- القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك تم تنفيذه بمقتضى ظهير شريف رقم 03.11.1 صادر في 18 فبراير 2011، ج. ر. ع. 5932.

7- عرفت المادة 15 من القانون المغربي رقم 31-08 السالف الذكر الشرط التعسفي بأنه كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك.

الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك باطلا ولاغيا، وقرر بقاء العقد قائما بدون تلك الشروط إذا كان ذلك ممكنا.

وأسوة بالقوانين المقارنة السالفة الذكر ننبه المشرع الجزائري بضرورة النص على الجزاء المدني للشرط التعسفي بإيراده لمادة صريحة ضمن نصوص القانون 04-02 المعدل والمتمم ينص فيها على إبطال الشرط التعسفي مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره متى كان ذلك ممكنا.

وإن كان المشرع الجزائري أغفل النص على الجزاء المدني الذي يلحق بالشرط التعسفي، فإنه خلافا لذلك نص على الجزاء الجنائي للشرط التعسفي حيث نصت المادة 38 من القانون 04-02 المعدل والمتمم على أنه "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)".

وبتقرير المشرع الجزائري لهذا الجزاء يكون قد حدا حدا نظيره الفرنسي الذي بدوره أقر هذا الجزاء في المادة 241-2 من قانون حماية المستهلك الفرنسي حيث عاقب بغرامة لا تتجاوز 3.000 دولار بالنسبة للشخص الطبيعي و 15.000 دولار بالنسبة للشخص المعنوي على المهنيين الذين أدرجوا في عقودهم م -ع المستهلكين أو غير المهنيين شرطا أو أكثر من الشروط التعسفية⁽¹⁾.

1- v. art. L. 241-2 code consommation Français « Dans les contrats mentionnés à l'article L. 212-1, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du quatrième alinéa de l'article L. 212-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale... ».

المبحث الثاني: صور حماية المستهلك الإلكتروني

في ظل ثورة الإتصالات والفضائيات والحاسبات الآلية والمعلوماتية عبر شبكة الإنترنت والانعكاسات الهائلة لها على سرعة وسهولة التواصل، وميلاد ازدهار المعاملات والتجارة الإلكترونية، حيث أصبح العالم بمثابة بلـدة واحدة، اهتزت حجب الحواجز التقليدية بين أقطاره، وارتبط أبنائه بشبكة يسمح فيها الجميع بحرية، أمام غياب السلطة المركزية وضعف الرقابة والتحكم فيها، ومن ثم ظهرت بذور الخير للاستفادة من ثمار التواصل والمعرفة، وتكشفت في ذات الوقت نوازع الشر لاستغلال ذلك التقدم التقني في مجال الإلكترونيات لتحقيق مآرب شخصية على حساب القيم وأخلاقيات وحقوق الآخرين وأمن وسلامة المجتمع، حيث ضعفت السواتر الطبيعية لخصوصيات وأسرار الأفراد فأصبح من اليسر بث الأفكار والآراء ونشر الأخبار في ثوان معدودة عبر الكرة الأرضية، واختراق نظم المعلومات للدول والهيئات والشركات والبنوك والأفراد وتدميرها من خلال الفيروسات المبرمجة⁽¹⁾.

إن هذه المخاطر التي أثارها التقدم العلمي والتكنولوجي والانفتاح على شبكة الإنترنت، استدعت بالضرورة توفير حماية مدنية للمتعامل عبر شبكة الإنترنت بصفة عامة، وللمستهلك الإلكتروني بصفة خاصة نظراً لكونه يمثل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية (المطلب الأول).

ومن جهة أخرى فالمخاطر التي يتعرض لها المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية قد يكون مصدرها التاجر، والذي يمثل الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية، حيث يتسم سلوكه بالغش والتحايل قبل المستهلك، وقد يقع الخطر من الغير كما في حالة اختراق الشبكات الإلكترونية المخزن عليها البيانات أو تداول المعلومات والبيانات من خلالها، ويتم سرقة هذه المعلومات وإعادة استخدامها على نحو يضر بذلك المستهلك، الأمر الذي يتطلب حماية المعاملات الإلكترونية جنائياً⁽²⁾ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني

لا يختلف العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت على العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية التي يبرم بها، تبعاً لذلك كان لا بد من إيجاد أساليب للحماية تتناسب مع هذه الوسيلة التي تحفها -وكما سبق القول- العديد من المخاطر.

فالعقد الإلكتروني يتم بين غائبين دون الحضور المادي لطرفي العقد، وبذلك فهو يطرح مشكلة في غاية الأهمية، وهي صعوبة التأكد من هوية وأهلية المتعاقدين خاصة المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في هذه العلاقة ومن ثم وجب حماية رضاه حتى يكون سليماً ومنتجاً لآثاره (الفرع الأول).

1- د. حسين منصور، المرجع السابق، ص. 7.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص. 13.

إن الوسيلة الإلكترونية التي يتم بها العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت من شأنها أن تجعل فرضية تعرض البيانات والمعلومات الخاصة بالمستهلك للقرصنة والاختراق مرجحة، وهو ما استدعى بالضرورة حماية حق الخصوصية للمستهلك الإلكتروني حتى يطمئن إلى عقود التجارة الإلكترونية ويعزز ثقته بها مادامت بياناته في مأمن من الاختراق والانتهاك (الفرع الثاني).

ومن جهة أخرى فالالتزام المتدخل أو المحترف بتسليم السلعة أو أداء الخدمة، يقابله التزام المستهلك بدفع الثمن الذي يجب أن يتم الوفاء به بطريقة تتناسب مع العقد الإلكتروني، وهذه الطريقة مادامت أنها تتم إلكترونياً فهي لا تخلو من المخاطر لذلك وجب توفير الحماية للمستهلك عند الدفع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حماية رضا المستهلك الإلكتروني

لا يكون الرضا صحيحاً ومنتجاً لآثاره إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية وغير مشوب بعيب من عيوب الإرادة، فإذا صدر الرضا من شخص أهلاً للتعاقد وعن إرادة سليمة فإن الأمر لا يطرح أي إشكال، ولكن ماذا إذا صدر عن شخص قاصر أو أن المستهلك أقدم على التعاقد نتيجة وقوعه في غلط أو تدليس أو إكراه، فكيف يمكن حماية المستهلك في هذه الحالة.

أولاً: حماية المستهلك القاصر

يثير التعاقد الذي يتم عبر الإنترنت إشكاليات قانونية، لأن التعاقد يتم بصفة عامة بين طرفين لا يعرف أحدهما الآخر، وبالتالي لا يمكنه التحقق من أهليته وصفته في التعاقد الأمر الذي قد يعرض العقود الإلكترونية لمخاطر التعاقد مع ناقصي الأهلية كالقاصرين أو فاقدي الأهلية بسبب أحد العوارض الأخرى كالجنون والعتة والسفه والغفلة⁽¹⁾.

1/ مدى صحة التصرفات التي يبرمها المستهلك القاصر

تعرف الأهلية بأنه - صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية، ومن هذا التعريف يتبين أن الأهلية تنقسم إلى نوعين أهلية وجوب وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات⁽²⁾، وهي تثبت للشخص منذ ميلاده حتى وفاته، والنوع الثاني والذي يعيننا هو أهلية الأداء، ويقصد بها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية.

1- مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 85.

2- محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص. 152.

ومناطق أهلية الأداء التمييز، فإذا كان الشخص فاقد التمييز تماما تكون أهليته معدومة، وإذا كان غير مستكمل للتمييز يكون ناقص الأهلية، ولا يكون كامل الأهلية إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز والتقدير⁽¹⁾.

وتكتمل الأهلية ببلوغ الشخص سن الرشد وهو 19 سنة⁽²⁾، حيث يكون قادرا على التعاقد بمفرده⁽³⁾. وإذا كان المتعاقد في مجال التجارة الإلكترونية يمكنه التأكد من وجود الأهلية بإتباع الوسائل الملموسة (رؤية المتعاقد، طلب الوثائق)، ولكن الأمر ليس كذلك في مجال التجارة الإلكترونية نظرا لسهولة الاتصال في المعاملة الإلكترونية، لذلك قد يتوقع إبرام العقد من طرف شخص يبلغ 07 سنوات أو 77 سنة مثلا، كما يتوقع إبرام القاصر للعقود الممنوعة عليه قانونا (المواد 82-84 ق أ)، ونتيجة إبعادها الجانب الملموس للنظام التعاقدية كيف يمكن من تحديد المتعاقدين والتأكد من صفتهم وأهليتهم في التصرف خاصة أهلية المستهلك المتعاقد⁽⁴⁾.

نقول أنه أمام عدم وجود أي نص خاص يعالج مسألة القاصر الذي يبرم عقدا على الخط، نجد أن التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20 مايو 1997، بالرغم من أنه يسمى بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد إلا أن قواعده تهدف إلى حماية المستهلك بصفة عامة، ولم تضع نصوصا خاصة لحماية المستهلك القاصر سوى الدعوة إلى احترام المبادئ التي تحكم حماية الأشخاص ناقصي الأهلية وفقا للقانون الوطني (المادة 2/04)، كما أن التوجيه رقم 2000-31 الصادر بتاريخ 08 يونيو 2000 لم يتضمن أيضا نصوصا خاصة لحماية المستهلك القاصر، سوى الدعوة إلى احترام النصوص الوطنية المطبقة في كل دولة عضو الخاصة بحماية القاصرين (المادة 4/03)⁽⁵⁾.

وأمام عدم معالجة موضوع حماية المستهلك القاصر في القوانين الإلكترونية فليس أمامنا إلا الرجوع إلى القواعد العامة، خاصة وأن المستهلك القاصر بحاجة إلى الحماية لسببين، الأول أنه مستهلك فهو طرف ضعيف

1- محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص. 153.

2- المادة 40 ق م ج.

3- حيث يكون قادرا على التعاقد متى كان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، أما إذا أصابه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والفسه والعتة والغفلة فإن المشرع بين أحكام التصرفات الصادرة من هذه الفئة طبقا للمواد 42 و 43 ق م، والمواد 81-85 ق أ، حيث تخضع هذه الفئة لأحكام النيابة الشرعية (الولاية، الوصاية، التقديم، الحجر) طبقا للمواد 87-108 ق أ.

ومن جهة أخرى قد يكون الشخص كامل الأهلية ولكنه يصاب بعاهة جسدية يتعذر عليه بسببها التعبير عن إرادته تعبيرا صحيحا، ويخشى أن يقع فريسة الغلط عند إبرامه التصرفات، لذلك قرر القانون إخضاعه لنظام المساعدة القضائية طبقا للمادة 80 ق م (أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص. 158).

4- كرم كريمة، مدى كفاية قواعد القانون المدني لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والإدارية، سيدي بلعباس، عدد خاص، 2005، ص. 142.

5- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 473.

مقارنة بالتاجر، والثاني لأنه قاصر فمما لا شك فيه أن صغر سنه سيدفعه إلى الإقدام على التعاقد أو قبول شروط في التعاقد لا يقبلها المستهلك الراشد⁽¹⁾.

فالمستهلك القاصر وبالنظر إلى صغر سنه ورعونه وانجذابه نحو شبكة الإنترنت قد يندفع إلى إبرام المعاملات الإلكترونية التي قد تكون ضارة به، أو قد يلجأ إلى طرق ضارة دون أن يكون له القدرة على إدراك آثارها، لذلك فهو بحاجة لحماية خاصة تفوق حماية المستهلك الراشد.

تبعاً لما تقدم، وأمام غياب النصوص القانونية الخاصة بحماية المستهلك الإلكتروني القاصر فلا مناص من تطبيق القواعد العامة⁽²⁾ التي تقضي أنه لا يجوز لعديمي الأهلية وناقصيها التعاقد بمفردهم، بل لا بد من حضور من ينوب عنهم قانوناً⁽³⁾، حيث تنص المادة 81 ق أ على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصه - لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون".

كما تقضي القواعد العامة ببطلان تصرفات عديم التمييز⁽⁴⁾، ومن جهة أخرى تقضي هذه القواعد بقابلية العقود التي يبرمها القاصر المميز للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، حيث تنص المادة 83 ق أ على أنه "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة له وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

وعليه إذا أبرم المستهلك القاصر عقداً من أجل اقتناء سلعة أو الحصول على خدمة من خلال شبكة الإنترنت سواء تم التعاقد باستخدام البريد الإلكتروني، أو من خلال مواقع الواب أو غرف المحادثة فإن هذا العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر⁽⁵⁾، ومن جهة أخرى يحق للمستهلك القاصر تصحيح التصرف القانوني بإجازته، "فالإجازة تصرف إنفرادي يصدر عن صاحب الحق⁽⁶⁾ فيه لإبقاء تصرف قانوني موقوف النفاذ في حقه، فيترب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه لأثره بأثر رجعي⁽⁷⁾ أو بأثر حالي حسب طبيعة التصرف الموقوف⁽⁸⁾".

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 473.

2- راجع المواد 40-45 ق م.

3 - « Les mineurs non émancipés et les majeurs protégés vont pouvoir conclure des contrats à condition d'être représentés ou assistés » LUCILE Archambault, *la formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur*, mémoire, sous la direction de monsieur HERBERT Maisl, Conseiller d'Etat, université paris 1 panthéon- Sorbonne, année 2003-2004, p. 49.

4- أنظر المادة 82 ق أ التي تنص أنه: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

5- v. le même sens, LUCILE Archambault, op. cit. p N° 50.

6- أنظر المادة 99 ق م التي تنص أنه "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

7- أنظر المادة 100 ق م التي تقضي أن الإجازة تستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير.

8- د. عبد القادر الفار، د. بشار عدنان ملكاوي، المرجع السابق، ص. 108.

فالإجازة⁽¹⁾ تصرف قانوني من جانب واحد يتنازل بمقتضاها المجيز عن حقه في إبطال العقد⁽²⁾.
ويستطيع القاصر ممارسة حقه في إجازة العقد بعد بلوغه سن الرشد⁽³⁾، كما يجوز أن تصدر الإجازة من الولي عن القاصر أو وصيه⁽⁴⁾.

هذا ويرى الفقه الإسلامي المعاصر أن العقود المبرمة عن بعد من قبل مستخدمي شبكة الإنترنت غير المميزين تكون باطلة، لأن العاقد لا بد أن يكون أهلاً للتصرف وتصرف غير المميز لا يصح، أما العقود المبرمة من الصبي المميز فإنها تكون موقوفة على إجازة الولي، أي أن لزومها ونفاذها متوقف على إذن الولي وإجازته⁽⁵⁾. وإجازته⁽⁵⁾.

ونحن نرى أن هذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث اعتبر أن تصرفات الصبي غير المميز باطلة (المادة 82 ق أ)، واعتبر تصرفات القاصر المميز قابلة للإبطال متوقفة على إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد (المادة 101 ق أ)، أو إجازة الولي (المادة 83 ق أ).

غير أن قابلية العقود التي يبرمها القاصر للإبطال ليست مطلقة، وإنما يرد عليها استثناء متعلق بعقود الحياة اليومية.

فنتيجة لمكنة طلب إبطال العقود الإلكترونية من جانب المستهلك القاصر، وحذر التجار ومقدمي الخدمات في التعامل مع المستهلك القاصر خشية الإبطال، فقد حدّ القضاء الفرنسي من حدة ذلك المبدأ فيما يتعلق بعقود الحياة اليومية، حيث يسمح للقاصر أن يتعاقد فيما يخص استهلاكه اليومي بالطرق الإلكترونية⁽⁶⁾، وينتج عن ذلك أن العقود البسيطة التي يبرمها القاصر عبر الإنترنت مثل شراء الكتب والأسطوانات والأطعمة وغيرها من السلع⁽⁷⁾، فهذه لا يجوز الحكم بإبطالها، أما العقود الأخرى ذات القيمة الكبيرة مثل السيارات والشقق السكنية والعقارات وغيرها، فإنها تخضع للأصل العام بإبطال هذه العقود لمصلحة القاصر حتى ولو تضرر التاجر أو المتعاقد⁽⁸⁾ مع القاصر انصياعاً لأحكام النظام العام⁽¹⁾.

1- الإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية (أنظر المادة 100 ق م).

2- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 263.

3- تنص المادة 101 ق م على أنه "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب.....".

4- راجع المادة 83 ق أ.

5- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 475.

6- المرجع نفسه، ص. 479.

7- فهذه التعاقدات تتميز بأنها بسيطة وقليلة القيمة، وتتم بصورة يومية وبالتالي فلا يمكن القول أن القاصر تعرض لاستغلال بخصوصها.

8- قضى المشرع الفرنسي بإمكانية القاصر إبطال العقد المبرم لجرد أن يلحقه ضرر، إلا أن البطلان لا يتم إذا كان الضرر ناتجاً عن حدث غير متوقع v. art. 1149/1 de code civil français «Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible».

والجدير بالذكر أنه إذا كانت القواعد العامة منحت الحماية للمستهلك القاصر من خلال حقه في المطالبة بإبطال العقد، فماذا بشأن حماية التاجر الإلكتروني حسن النية الذي يتعاقد مع القاصر نتيجة استعمال هذا الأخير لطرق احتيالية قصد إخفاء نقص أهليته؟.

لم تغفل القواعد العامة على هذا الأمر، حيث نصت المادة 119 ق م م على أنه "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته". تبعاً لذلك فإذا طالب المستهلك القاصر بإبطال العقد، يحق للتاجر الإلكتروني أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي يسببه إبطال العقد، ذلك أن هذا الأخير ما كان ليقدم على إبرام العقد لو لم يلجأ القاصر إلى استعمال طرق احتيالية لإخفاء أهليته.

ولا شك أن هذا الحكم من شأنه أن يحقق توازناً بين مصلحة المستهلك القاصر في إبطال العقد ومصلحة التاجر في مطالبته بالتعويض.

ووفقاً للمادة 1149/2 ق م ف، فإن إخفاء القاصر لبيان متعلق بكمال أهليته لا يمنع من النطق بالبطلان⁽²⁾، ولا شك أن البطلان في هذه الحالة قد يلحق ضرراً بالبائع، لذلك قررت الفقرة الثالثة من المادة 1149 ق م ف أن القاصر لا يمكنه التهرب من التزاماته المهنية التي تعهد بها⁽³⁾.

2/ التحقق من أهلية المتعاقد

من المتفق عليه أن التعاقد عبر الإنترنت - شأنه شأن التعاقد التقليدي - لا بد أن يكون قائماً على مبدأ حسن النية، الذي يقتضي أن يفصح كلا الطرفين (المستهلك والبائع) عن بياناتهما عن بياناتهما كاملة، ويلتزم البائع (مقدم السلعة أو الخدمة) بالتأكد من هوية المتعاقد معه لما لهذا الأمر من أهمية - في الإستق -رار القانوني للعقد.

ويتم التثبت من هوية وأهلية المتعاقد في الواقع العملي عن طريق وضع تحذيرات على الشبكة يطلب فيها عدم الدخول إلى الموقع إلا من قبل الشخص الذي يتمتع بالأهلية القانونية، وتطلب أيضاً من العميل الداخل إلى الموقع الكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وذلك بملء نموذج معلومات موضوع على الشبكة، فإذا تبين أن الشخص ذا أهلية يسمح له بالدخول إلى الموقع وإبرام العقد⁽⁴⁾.

1- إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، العدد 02، 2003، ص. 63.

2- v. art. 1149/2 de code civil français «La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation».

3 - v. art. 1149/3 de code civil français « Le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa profession ».

4- مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 86.

وبما أن التصرف الذي يرميه فاقدو الأهلية وناقصوها م - شأنه أن يكون عرضة للبطلان أو الإبطال، فقد تطورت الوسائل التي تسمح بالتحقق من أهلية المتعاقد الإلكتروني:

- **التوقيع الإلكتروني:** يعمل على تحديد هوية الأطراف ومكان المعلومات، كما يسمح بتأمين أن المرسل المتصل بالإنترنت أي المستهلك هو نفسه المرسل إليه المعلن عنه والذي أبدى رغبته في القبول، وأيضا التأكد من محتوى المعلومات وأنها لم تتم عن طريق الغش⁽¹⁾.

- **سلطة التصديق:** يسلم العديد من الغير الموثوق بهم شهادات إلكترونية من شأنها التدليل على شخصية الحاملين، وهذا العمل يتم في الغالب لصالح المشروعات، ولكن تطبيقه على الأفراد لا يمكن إهماله، وتعد عملية التصديق معقدة ولكن جيدة وجادة إذ تتضمن مواجهة مادية بين طالب الشهادة مع وكيل له سلطة الشهادة على شخصيته، وهذا الإجراء يسمح إذن بأن تستبعد الشهادة على قاصر أو بالغ سن الرشد ناقص الأهلية، ولا يمنع نص ذلك⁽²⁾.

والجدير بالذكر وما دام أن عقود التجارة الإلكترونية تمتاز بكونها عابرة للحدود الوطنية، فقد وجد إشكال بخصوص مسألة الأهلية، فقد يعتبر المتعاقد أهلا للتعاقد في دولته ويكون ناقص الأهلية طبقا لقانون دولة مقدم السلعة أو الخدمة، فأبي القانونين يمكن الاعتداد به، هل يعتد بقانون دولة المستهلك أم قانون دولة المحترف. بروجونا للأحكام العامة، نلاحظ أن المادة 10 ق م ج أجابت على هذا الإشكال، حيث اعتبرت أنه "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة..."

ولا شك أن هذه القاعدة مستمدة من نظرية حماية الوضع الظاهر التي تعمل على استقرار المعاملات التجارية الإلكترونية والتقليل من طلب إبطال العقود.

هذا ولما كان القانون المطبق على الأهلية يتحدد بجنسية الشخص⁽³⁾، فقد يثور إشكال بخصوص عديمي الجنسية، فيلبي أي قانون يتعين إخضاعهم؟.

أجابت على هذا الإشكال نص المادة 3/22 ق م ج حيث قضت أنه في حالة انعدام الجنسية يطبق قانون المواطن أو قانون محل الإقامة.

1- كريم كريمة، المرجع السابق، ص. 144.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 487.

3- إن موقف المشرع الجزائري الذي تبناه في المادة 10 ق م ج نجد مجسدا في نص المادة 3/03 ق م ف التي تنص على أنه:

v.art. 03/3 de code civil français « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

ثانيا: حماية المستهلك من عيوب الإرادة

يعتبر الرضا قوام العقد وأساسه، لذلك اهتم المشرع بتنظيمه وحرص على أن يكون صحيحا وغير معيبا بأي عيب من عيوب الإرادة التي تزعزع استقرار العقد وتجعله عرضة للإبطال. وسنعرض فيما يلي إلى عيوب الإرادة لمعرفة مدى توافقها مع التعاقد الإلكتروني:

1/ الغلط

هو وهم أي اعتقاد في ذهن المتعاقد يدفعه إلى التعاقد⁽¹⁾، فهو حالة نفسية تحمل على توهم غير الواقع⁽²⁾. وقد عالجها المشرع الجزائري في المواد 81-85 ق م ج، وباستقراء نصوص هذه المواد يستفاد أن المشرع أخذ بالمعيار الذاتي⁽³⁾ في تقريره للغلط، يُرجع فيه إلى ما يعتبره المتعاقد جوهريا أو ما يجب أن يعتبره كذلك⁽⁴⁾، بحيث يكون قد بلغ إلى حدٍ يجعله يمتنع عن التعاقد لو علم به قبل إبرامه للعقد، ويستوي أن يكون هذا الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ما دامت جوهرية في اعتبار المتعاقد أو ما يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية⁽⁵⁾ الذي ينبغي أن يسود التعامل بين الناس، وما دامت أن تلك الذات أو هذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد⁽⁶⁾.

تبعاً لذلك متى كان الغلط جوهريا وفقا لما تقدم فقد رتب المشرع على العقد قابليته للإبطال، فيجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله.

ونحن نتصور إمكانية وقوع المستهلك المتعاقد عن بعد في غلط يدفعه إلى التعاقد، "فقد يتوهم أحد المتعاقدين (المستهلك) أن الطرف الآخر معروفا لديه والذي يقدم منتجات تصنع بطريقة يدوية، وأنه يرغب في التعاقد معه لمهارته وخبرته ثم يتضح أنه يتعامل مع شخص آخر لتشابه الأسماء أو لتشابه موقع الويب الذي يعرض نفس السلعة"⁽⁷⁾، نتيجة لذلك يحق للمستهلك الإلكتروني المطالبة بإبطال العقد للغلط.

1- محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص. 162.

2- د. عبد القادر الفار، د. بشار عدنان ملكاوي، المرجع السابق، ص. 79.

3- أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الذاتي في الغلط، وترك المعيار المادي الذي كان سائدا لدى الفقه الفرنسي القديم متأثرا فيه برأي الفقيه الفرنسي القديم "بوتيه"، حيث كان يرى أن الغلط الذي يجعل العقد قابلا للإبطال هو الغلط الذي يقع في المادة التي تتكون منها عناصر الشيء، وقد هجر الفقه الحديث في فرنسا هذا المعيار وأخذ بالمعيار الذاتي الذي يرجع فيه إلى اعتبار المتعاقد. (أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 56).

4- أنظر المادة 1/82 ق م.

5- أنظر المادة 2/82 ق م.

6- أنظر المادة 3/82 ق م.

7- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 140.

2/ التدليس

هو إيهام الشخص غير الحقيقية بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد، ويقترّب التدليس من الغلط فإذا كان هذا الأخي — ر تلقائيا فإن التدليس — وهم بفعل شخص آخر ولذا يسمى بالتغليط أي الإيقاع في الغلط⁽¹⁾.

وقد قضى المشرع الجزائري بقابلية العقد للإبطال⁽²⁾ إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه بلغت من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

بناء على ما تقدم يمكن القول أنه من المتصور وجود عيب التدليس في العقد الإلكتروني نتيجة الكذب في الإعلانات والدعايات الإلكترونية، كما أن المتعاقد (المستهلك) في التعاقد الإلكتروني — خلافا للتعاقد التقليدي — لا يمكنه معاينة السلعة معاينة حقيقية أو فعلية، إنما يعاينها من خلال شبكة الحاسب الآلي الأمر الذي يمكن التاجر الإلكتروني من استخدام حيل تكنولوجية قصد حمل المستهلك على التعاقد، لذلك يرى البعض أنه في عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للغش، إذ أن الغش مفسد للتصرفات كما أن السكوت في التعاقد الإلكتروني يعد تدليسا⁽³⁾ حتى ولو ذكرت بعض المعلومات وسكت عن بعضها الآخر⁽⁴⁾.

وطرق الغش والتدليس في العقد الإلكتروني كثيرة ومتنوعة، مثل استعمال علامة تجارية لشخص آخر وتعتمد نشر بيانات غير صحيحة على السلع والخدمات قصد ترويجها، ومن أشهر طرق الغش استخدام موقع وهمي لا وجود له على الإطلاق.

3/ الإكراه

هو إجبار الشخص بغير حق أن يعمل عملا دون رضاه، وهذا هو تعريف الإكراه المعترف شرعا في الفقه الإسلامي⁽⁵⁾، ويمكن تعريف الإكراه بأنه ضغط يقع على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد.

1- محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص. 176.

2- راجع المادة 1/86 ق م.

3- وهذا نفس الحكم الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 2/86 ق م.

4- بوزكري إنتصار، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تحت إشراف د. لباد ناصر، جامعة الباز 2، سطيف، 2012-2013، ص. 33.

5- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 19.

وقد قرر المشرع الجزائري جواز إبطال العقد للإكراه⁽¹⁾ إذا تعاقد شخص تحت سلطان ورهبة بينة بيعتها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

والإكراه مستبعد في التعاقد الإلكتروني أو على الأقل غير متصور، لأن التعاقد الإلكتروني يتم بين طرفين يفصل بينهما المكان ويجمعهما مجلس عقد حكمي وليس حقيقي، وإن كان من الممكن حدوثه أحيانا بسبب التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي، ويمكن تصور ذلك بصدد توريد المنتج واحتكار إنتاجه ثم بيع قطع غيار بشروط مجحفة يضطر المتعاقد لقبولها⁽²⁾.

4/ الإستغلال

هو أن يستغل شخصا طيشا بينا أو هوى جامحا في آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي إلى غبن فادح به⁽³⁾. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1/90 ق م على أنه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد".

يتضح من نص المادة أن المشرع يصف الضحية بالمغبون مما يذكرنا بمفهوم الغبن⁽⁴⁾ الذي اعتمده المشرع في بعض الحالات الخاصة⁽⁵⁾، ويشير في نفس الوقت إلى فعل "استغلال الضعف النفسي" وهذا يذكرنا كذلك بعيوب الرضا.

ولقد أثار هذا المزج بين مفاهيم متباينة مشكل تكييف هذه الحالة، هل هي عيب في الرضا أم عيب في العقد؟ وفي اعتقادنا هي حالة أقرب إلى عيوب الرضا، لأن العبرة بالدرجة الأولى هي بالضعف النفسي لا بتفاوت الالتزامات، فالعقد لا يبطل بالتفاوت الموجود بين الالتزامات، وإنما يبطل بسبب استغلال طيش أو هوى المتعاقد الذي نتج عنه اختلال في توازن التزامات المتعاقدين، وبعبارة أخرى يعتبر التفاوت بين الالتزامات معيارا للغبن⁽⁶⁾ ويكون نتيجة لعملية الاستغلال⁽¹⁾. ونظرا لأثر الاستغلال على العقد كونه يؤدي إلى الإخلال في

1- المادة 88 ق م.

2- مذكرة المدرسة العليا للقضاء، منشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=161952>

3- محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة)، المرجع السابق، ص. 198.

4- الغبن هو عدم التعادل بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه، ومعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين، والغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة أما العقود الاحتمالية وعقود التبرع فلا تتصور فيها الغبن، إذ أن طبيعة عقود الغرر أو الاحتمالية تقتضي أن يقع الغبن على أحد المتعاقدين، وفي عقود التبرع تعطي أحد العاقدين دون مقابل، لذلك لا يثار عدم التعادل. (محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة)، المرجع نفسه، ص. 196).

5- أنظر على سبيل المثال المواد 358 ق م، 415 ق م، 732 ق م.

6- الاستغلال أمر نفسي يعد الغبن مظهرها ماديا له (عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 29).

في توازن الإلزامات، فقد أجاز المشرع للمتعاقد المستغل أن يطلب من القاضي إما إبطال العقد أو تصحيحه وذلك بإنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرفع معه الغبن.

وبتطبيق هذه الأحكام على التعاقد الإلكتروني، فإن البعض رأى أن الاستغلال لا يؤثر في العقد الإلكتروني إلا في حالة اندفاع المستهلك للتعاقد نتيجة طيشه وهواه الجامح⁽²⁾، ونحن نتفق مع هذا الرأي الذي ينسجم مع الأحكام الواردة في المادة 90 ق م.

والجدير بالذكر أن المشرع التونسي - شأنه في ذلك شأن نظيره المغربي⁽³⁾ - قد اهتم بهذه المسألة، حيث حاول بمقتضى الفصل 50 من قانون المعاملات الإلكترونية التونسي حماية المشتري في عقد البيع الإلكتروني على أساس أن دفع المستهلك للتعاقد واستغلال عدم مقدرته على تمييز التعهدات التي يلتزم بها ينطوي على غبن⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: حماية حق المستهلك في الخصوصية

الحياة الأفراد خصوصيتها بما تحتويه من أسرار وخصوصيات، والمحافظة عليها من أكثر الأمور التي تحظى بحماية دستورية وقانونية في كافة دساتير العالم وقوانينها⁽⁵⁾.

تبعاً لذلك يجب احترام سرية البيانات الخاصة بالعملاء - بوصفهم مستهلكين -، وكذلك احترام حقهم في الخصوصية، ويقتضي ذلك الالتزام بعدم نشر أو بث أية بيانات تتعلق بشخصياتهم أو حياتهم الخاصة⁽⁶⁾.

أولاً: تعريف الحق في الخصوصية (الحق في الحياة الخاصة)

من الصعب إعطاء مفهوم دقيق وشامل للحياة الخاصة، فالفقهاء بدلاً من تحديدها عمدوا إلى تعداد العناصر المكونة لها، والسبب في ذلك يعود لتبدل هذا المفهوم تبعاً للعادات والأعراف وتبعاً للمفاهيم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية المختلفة، علماً بأن هذا المفهوم يتأرجح بين مبدئين هما حق الفرد في حياته الخاصة وحق الجماعة في الاستعلام عنها⁽⁷⁾.

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 150.

2- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 136.

3- تنص المادة 59 من القانون المغربي رقم 31/08 السالف الذكر "يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة".

4- ينص الفصل 50 من قانون المعاملات الإلكترونية التونسي على أنه "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضراً أو آجلاً بأي شكل من الأشكال، بخطية تتراوح بين 1.000 و 20.000 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام، أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية".

5- محمد عبد الله أبو بكر سلامة، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، 2006، ص. 184.

6- عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 98.

7- نعيم مغيب، مخاطر المعلوماتية والإنترنت (المخاطر على الحياة الخاصة وحمايتها، دراسة في القانون المقارن)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص. 25.

لذلك نجد أن أغلب التشريعات اتجهت إلى عدم إيراد تعريف للحق في الخصوصية، واكتفت بوضع نصوص تكفل حماية هذا الحق وتعدد صور الاعتداء عليه، ولكن يلاحظ بأن هذا الأمر لم يمنع من نشوء العديد من التعريفات من قبل الفقه القانوني القضائي، ومن هذه التعريفات ما ذهب إليه قاضي المحكمة الأمريكية العليا بأن الخصوصية هو أن يترك الشخص ليكون وحيدا، كما عرف الحق في الخصوصية من قبل فقهاء آخرين بأنه رغبة الأفراد في الإختيار الحر للآلية التي يعبرون فيها عن أنفسهم ورغباتهم وتصرفاتهم⁽¹⁾.

وهناك من عرفها بأنها حق الإنسان في أن تتركه يعيش وحده بحيث يخلو إلى نفسه، وأن يحتلي بالناس الذين يألفهم وذلك من أدنى حد للتدخل من جانب الغير، ويتمثل ذلك أساسا في أن يكون بعيدا عن تجسس الغير وأعينهم، ولا يجوز نشر ما يمكن أن يتم العلم به دون تجسس، فالعلم بالخصوصيات لا يبرر نشرها دون إذن صاحب الشأن⁽²⁾.

من خلال ما تقدم يمكن أن نعرف الخصوصية بأنها حق الأفراد في الحماية من التدخل في شؤونهم وشؤون عائلاتهم بوسائل مادية مباشرة أو عن طريق نشر المعلومات عنهم⁽³⁾.

ويمكن تقسيم الخصوصية إلى عدة مفاهيم ترتبط معا في الوقت ذاته وهي⁽⁴⁾:

- الخصوصية الجسدية أو المادية، والتي تتعلق بالحماية الجسدية للأفراد ضد أية إجراءات ماسة بالنواحي المادية كفحص المخدرات.
- خصوصية الاتصالات، والتي تغطي سرية وخصوصية المراسلات الهاتفية والبريد الإلكتروني وغيرها من الاتصالات.
- الخصوصية الإقليمية، والتي تتعلق بالقواعد المنظمة للدخول إلى المنازل وبيئة العمل أو الأماكن العامة، والتي تتضمن التفتيش والرقابة الإلكترونية.
- خصوصية المعلومات أو البيانات الشخصية - والتي تهمنا في هذا الموضوع-، وهي القواعد التي تحكم جمع وإدارة البيانات كمعلومات بطاقات الهوية والمعلومات المالية والسجلات الطبية والسجلات الحكومية.
- وعليه فخصوصية البيانات الشخصية هي مطالبة الأشخاص بأن لا تكون البيانات الخاصة عنهم متوفرة تلقائيا لغيرهم من الأفراد أو المنظمات حتى في حالة أن تكون البيانات مملوكة من طرف آخر، فلهم القدرة من

1- د. عادل عامر، مفهوم الحق في الحياة الخاصة، مقال منشور بتاريخ 2014/11/18 على الموقع: <http://www.al-safsaf.com>

2- حسن السوداني، تكنولوجيا الإعلام الجديد وانتهاك حق الخصوصية، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 11، جوان 2014، ص. 220.

3- د. عادل عامر، المرجع السابق، المقال المنشور على الموقع: <http://www.al-safsaf.com>

4- د. عائش المري، الخصوصية وحماية البيانات، مقال منشور على الموقع:

http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=199

ممارسة قدر كبير من السيطرة أو التحكم بتلك البيانات وطريقة استخدامها، وقد عرّفها "روجر" بأنها رغبة الشخص بالتحكم أو على الأقل التأثير بشكل كبير في كيفية التعامل مع بياناته الشخصية⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن موضوع حماية حق الخصوصية كان محط اهتمام الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 217 المؤرخ في 10/12/1948، حيث تناول الإعلان مجموعة من الحقوق من بينها الحق في الخصوصية، فنصت المادة 12 منه "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات".

وهذا الأمر نفسه أكدته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الموقعة بين الدول المنضمة للمجلس الأوروبي⁽²⁾ في العاصمة الإيطالية روما في 04/11/1999، حيث أكدت على احترام الحقوق التي تضمنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان واهتمت بالحفاظ على الحقوق العامة والشخصية، وتحريم المساس بجرمة الحياة الخاصة وتقرير حق الأفراد في الخصوصية⁽³⁾.

ثانياً: أثر تقنية المعلومات على حماية الحياة الخاصة للمستهلك

إن المستهلك في التعاقد الإلكتروني - كما بينا سابقاً - هو ذاته المستهلك في التعاقد التقليدي، إلا أنه تعامله عبر وسائط إلكترونية هو الذي أضفى عليه صفة الإلكتروني، "مما يعني أنه يتمتع بكافة حقوق المستهلك التقليدي مع إضافة خصوصية الوسيلة المستخدمة في التعامل ووضع قواعد خاصة لحمايته"⁽⁴⁾.

حيث يتبادل المستهلك عبر الإنترنت والمهني المعلومات بوسائل إلكترونية عدي -دة، وم -ن أمثلتها البري -د الإلكتروني، ونظام التبادل الإلكتروني للبيانات الذي عرفه قانون الأونستيرال النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة 02/ب بأنه "نقل المعلومات إلكترونياً من كمبيوتر إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

ويمكن القول أن البيانات الشخصية التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية هي البيانات المتعلقة بالأشخاص أطراف التعاقد ومنهم العملاء والمستهلكين، وذلك عندما يتعلق الأمر بطلب السلع والخدمات، وكذلك هناك بيانات تتعلق برغبات المستهلك وميوله وهي التي يمكن تتبعها على شبكة الإنترنت، وفي مرحلة لاحقة يتم إغراق المستهلكين بالدعاية لمنتجاتهم على نحو قد يؤدي لإعاقة شبكة الاتصالات، فضلاً عن تحمل المستهلكين

1- منى تركي الموسري، جان سيريل فضل الله، الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة عليها، مجلة كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بغداد، عدد خاص بمؤتمر الكلية، 2013.

2- يضم المجلس كل من النمسا، بلجيكا، قبرص، الدانمارك، فرنسا، اليونان، اسلندا، إيطاليا، لوكسمبورغ، النرويج وهولندا.

3- عاقل فاضلة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة الخاصة (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف د. طاشور عبد الحفيظ، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2011-2012، ص. 31.

4- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 95.

أنفسهم لتكاليف باهظة بسبب الدعاية التي ترسل إليهم في صورة بريد إلكتروني، ومن هنا يتحتم حماية البيانات الشخصية للمستهلك في التجارة الإلكترونية⁽¹⁾.

ففي بيئة الإنترنت تتدفق المعلومات والاتصالات عبر الحدود دون اعتبار للجغرافيا والسيادة، والأفراد يعطون معلوماتهم لجهات داخلية وخارجية وربما جهات ليس لها مكان معروف، وهو ما يثير مخاطر إساءة استخدام هذه البيانات خاصة في دول لا تتوفر فيها مستويات الحماية القانونية للبيانات الشخصية، كما قد لا تخدم القوانين الوطنية كثيرا في هذا الفرض، كما أن تضمينها نصوصا بشأن السيطرة على نقل البيانات قد لا يكون فاعلا في ظل غياب التنسيق، وضمان أن يكون نقل البيانات محكوما باتفاقيات تكفل حمايتها أو تضمن توفير حماية ماثلة في الدولة المنقول لها البيانات⁽²⁾.

وبالنظر إلى الثورة الهائلة والمتسارعة التي نعيشها في مجال تكنولوجيا المعلومات وتطور وسائل الاتصال وما صاحبها من استخدام الحاسبات الآلية في تخزين البيانات الشخصية ومعالجتها واسترجاعها، الأمر الذي حدا بالكثيرين إلى وصف استخدام الحاسبات الآلية ببنوك المعلومات، ويقصد بمصطلح بنك المعلومات تكوين قاعدة بيانات تنفيذ موضوعا معيناً وتهدف لخدمة غرض معين ومعالجتها بواسطة أجهزة الحاسبات الإلكترونية لإخراجها في صورة معلومات مستخدمين (Users) مختلفين في أغراض متعددة⁽³⁾.

فالكلمة الهائل من البيانات الشخصية المخزنة في الحاسب الآلي قد تكون عرضة للخطر إذا ما أسيء استخدامها أو تم توجيهها توجيهاً منحرفاً أو خاطئاً، أو استعملت استعمالاً غير مشروع، "وبذلك فإن خصوصية المعلومات هي المحور الذي تركز عليه حماية الحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي حالياً"⁽⁴⁾.

ثالثاً: صور التعدي على حق الخصوصية

يمكن للغير التعدي على حرمة الحياة الخاصة باستعماله لأربعة أساليب إجرامية وهي⁽⁵⁾:

1/ استعمال بيانات شخصية غير حقيقية

ويندرج تحت هذا المعنى حالتان هما حالة الخو أو التلاعب في بيانات شخصية بمعرفة أشخاص غير مصرح لهم بالإطلاع عليها أو استعمالها، وحالة استخدام بيانات شخصية غير حقيقية من قبل أشخاص مسموح لهم بالإطلاع عليها.

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص. 52.

2- منى تركي الموسري، جان سيريل فضل الله، المرجع السابق، ص. 08.

3- محمود أحمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص. 74.

4- محمود أحمد عبابنة، المرجع السابق، ص. 70.

5- عبد القادر درقاوي، جرائم الإنترنت (الماهية والخصائص وصور الجريمة)، مجلة الإتحاد الوطني لمنظمات المحامين الجزائريين، منشورات دار المحامي، سيدي بلعباس، العدد الثالث، أكتوبر 2011، ص. 218.

2/ جمع أو معالجة بيانات حقيقية بدون ترخيص

حيث أن الجمع والتخزين للبيانات الحقيقية يكون بصفة غير قانونية، ومثال ذلك التقاط الارتجاجات التي تحدثها الأصوات في الجـدران لحاسوب ما ومعالجتها بحاسب مزود ببرنامج خاص لترجمتها إلى كلمات وعبارات مفهومة.

3/ إفشاء بيانات بصورة غير قانونية وإساءة استخدامها

وفي هذه الحالة تكون عملية جمع البيانات الشخصية ومعالجتها وتخزينها قد تمت بصورة مشروعة، ولكن يتم إفشاءها من قبل الأشخاص القائمين على حفظها بطريقة غير قانونية، أو قد تتم إساءة استخدامها من قبلهم بشكل أو بآخر.

4/ عدم الالتزام بالقواعد الشكلية بتنظيم عملية جمع ومعالجة ونشر البيانات الشخصية

قد يلزم القانون الجهات التي لها صلاحية جمع ومعالجة وتخزين البيانات الشخصية ببعض الإجراءات الشكلية كضرورة الحصول على إذن قضائي أو إداري مسبق، أو حتى ترخيص قبل ممارسة هذا النشاط.

رابعاً: آليات حماية حق الخصوصية

إن مسألة الخصوصية بدأت تظهر مع انتشار استخدام أجهزة الحاسب الآلي في السبعينات، حين تبين أن المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات يمكن أن تنجم عنها مخاطر جدية تطل الحياة الخاصة للأفراد خصوصاً إذا تمت هذه المعالجة من دون علم أصحابها أو موافقتهم الصريحة، وأن ما يزيد من هذه التحديات هو أن الإنترنت شبكة مشرّعة وغير مركزية، إذ لا وجود لسلطة وحيدة تديرها أو تتحكم بتدفق المعلومات والبيانات عبرها، فضلاً عن طبيعتها الكونية التي تشكل عنصر تعقيد إضافي ناتج عن عدم خضوع هذه الشبكة إلى قوانين أو محاكم محددة⁽¹⁾.

ونظراً لكون الإنترنت أكبر آلة جمع ومعالجة ونقل للبيانات الشخصية، فإن خرق الخصوصية على هذه الشبكة يمكن أن يتم من قبل ثلاثة جهات أساسية، هي مزود خدمة الاتصال بالإنترنت والمواقع التي يزورها المتصفح، إضافة إلى مخترقي الشبكة من أفراد أو أجهزة أمنية واستخبارية⁽²⁾.

1- منى تركي الموسري، جان سيريل فضل الله، المرجع السابق، ص. 13.

2- أنظر القانون رقم 04-09 المؤرخ في 05 غشت 2005 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج. ر. ع. 47، حيث تنص المادة 03 منه على أنه "مع مراعاة الأحكام القانونية التي تضمن سرية المراسلات والاتصالات، يمكن لمقتضيات حماية النظام العام أو مستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية، وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وفي هذا القانون، وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الإلكترونية وتجميع وتسجيل محتواها في حينها والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية"، وقد حددت المادة 04 من نفس القانون الحالات التي يسمح فيها اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية.

وما لا شك فيه أن كل فرد يريد أن يحظى بقدر من الخصوصية والتفرد، إلا أنه وفي هذه البيئة المضطربة والتي تتطور بمرور الوقت والتي أدت إلى تسهيل الجريمة وسبل ارتكابها، فالحاجة أصبحت ملحة في البحث عن التدابير اللازمة لحماية حق الخصوصية والسرية أو الحياة الخاصة للأفراد⁽¹⁾.

إن وضع نظام لحماية الخصوصية في بيئة الإنترنت عليه أن يراعي طبيعة التهديدات الخاصة التي تتعرض لها الخصوصية في نطاق استخدام عمليات الإنترنت، وهذا الأمر يتطلب بالإضافة إلى الحماية التي تكفلها القوانين والتشريعات الداخلية، يتطلب جهودا دولية تعمل على حماية حق الخصوصية بغية تعزيز ثقة المستهلك المتعامل عبر الإنترنت في التجارة الإلكترونية.

1/ الجهود الدولية لحماية الخصوصية المعلوماتية

اهتمت التشريعات الأوروبية بوضع العديد من الضمانات القانونية التي تحمي من خلالها الأفراد من الاستخدامات المختلفة لتكنولوجيا الإعلام والاتصال، حيث بينت طرق التوظيف المشروع للبيانات المخزنة في بنوك المعلومات وكيفية انتقال البيانات الاسمية من دولة إلى أخرى بأمان وسرية، ذلك أن طبيعة التعامل بالشبكة العنكبوتية يقتضي انسياب البيانات والمعطيات بحرية وسهولة، ولهذا انعقدت المؤتمرات الدولية بغية حماية هذه البيانات⁽²⁾ ومن أمثلتها:

أ. دليل منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية

تضم المنظمة في عضويتها 29 دولة حتى أواخر 2000، وغرضها الرئيس تحقيق أعلى مستويات النمو الاقتصادي لأعضائها وتناغم التطور الاقتصادي مع التنمية الاجتماعية.

ابتداء من عام 1978 بدأت المنظمة في وضع أدلة وقواعد إرشادية بشأن حماية الخصوصية ونقل البيانات، وقد تم تبني هذه القواعد من قبل مجلس المنظمة في عام 1980 مع التوصية للأعضاء بالالتزام بها، ولا تعد هذه القواعد إلزامية وإنما مجرد إرشادات وتوصيات، وتغطي هذه القواعد الأشخاص الطبيعيين فقط وتطبق على القطاعين العام والخاص⁽³⁾، وتتمثل هذه المبادئ في الآتي⁽⁴⁾:

✓ تقييد كيفية جمع البيانات الاسمية مع فرض قيود على هذه العملية، بحيث يجب أن تحصل بطريقة قانونية وشرعية بعيدا عن الإكراه و الخداع وبمعرفة الشخص المعني.

1- guy marcel KAMENI, *la vie privée en droit camrrounais*, THÈSE Pour obtenir le grade de docteur en Droit privé, Sous la direction des: Monsieur Hugues KENFACK et Madame Nicole Claire NDOKO, université DE TOULOUSE 1 Capitole (UT1 Capitole) EA 1920, en cotutelle internationale avec: l'université DE DOUALA (Cameroun), 23/02/2013, p. 14.

2- بن سعيد صبرينة، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون دستوري، تحت إشراف د. شمامة خير الدين، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015، ص. 219.

3 - منير مجّد الجنيبي، ممدوح مجّد الجنيبي، أمن المعلومات الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص. 69.

4- بن سعيد صبرينة، المرجع السابق، ص. 219.

- ✓ تجميع البيانات الاسمية على أساس غرض محدد ويجب أن يكون هذا الغرض ضروري مبني على أساس من الصحة والمشروعية.
- ✓ يجب تحديد المدة الزمنية لحفظ البيانات حيث تمحى هذه البيانات بعد انتهاء هذه المدة.
- ✓ يجب أن لا يتم إفشاء البيانات الاسمية ولا تكون متاحة لغير الأغراض المحددة للجمع والمعالجة، باستثناء الحالات التي يتوفر فيها رضا صاحب البيانات أو الحالات التي يقرها القانون.
- ✓ يجب اقتران الحماية القانونية للبيانات الاسمية بالحماية التقنية.
- ✓ ضرورة وجود سياسة عامة تتمتع بالوضوح والانفتاح بشأن الاستعمالات المنصبة على البيانات الاسمية كالتعريف بجهات المعالجة وأماكن تواجدها.
- ✓ يجب أن يحظى الفرد بحق المعرفة فيما إذا كانت هناك بيانات شخصية تعود له لدى جهة المعالجة وإعطائه الحق في التواصل مع هذه الجهة إن وجدت بأسلوب ملائم وديمقراطي.
- ✓ للفرد الحق في أن يتم إخطاره بسبب منع ممارسته لأي من الحقوق المتقدمة مع حقه في رفض عدم قبول ممارسته لحقوقه المشار إليها وحقه في أن تشطب تلك البيانات إذا تبين صحة إنكاره.
- ✓ تكون جهات المعالجة مسؤولة عن تطبيق هذه المبادئ المتقدمة وضمان تنفيذها.

ب. اتفاقية مجلس أوروبا

تحقق وجود اتفاق عالمي بشأن حماية الخصوصية عن طريق مجلس أوروبا الذي هو بالأصل معني بحقوق الإنسان، وذلك بوضع الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات العامة لعام 1950، حيث أوجبت المادة الثامنة من الاتفاقية حماية الحياة الخاصة بالنص على وجوب حماية الأفراد من التدخل والاعتداء على حياتهم الخاصة وحياة أسرهم، وفي عام 1981 تبنت لجنة وزراء من مجلس أوروبا مناهج معالجة موضوع الخصوصية اتفاقية حماية الأفراد في نطاق المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، وقد وقعت على هذه الاتفاقية 31 دولة صادق منها 21 دولة ولا تزال دول غير مصادقة، وقد أصبحت نافذة بتاريخ 1985/10/01 وعلى خلاف توصيات منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية فإن هذه الاتفاقية ملزمة للأعضاء المتعاقدين وينحصر نطاقها بالأشخاص الطبيعيين وبالملفات المؤتمنة وتطبق على القطاعين العام والخاص⁽¹⁾.

أما عن مبادئ هذه الاتفاقية فهي نفسها التي أكدتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية السالف ذكرها، يضاف إليها مبادئ تتعلق بإجراءات حماية خاصة بنوع معين من البيانات، وهي البيانات الحساسة المتعلقة بالأصل العرقي والآراء السياسية والمعتقدات الدينية والأيدولوجية وبيانات الحياة الصحية أو المتصلة

1- منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، المرجع السابق، ص. 70.

بالأدلة الجنائية، والأهم من هذا إقرار مبدأ حرية انتقال البيانات بين أطراف الاتفاقية التي تقدم حماية كافية للخصوصية المعلوماتية⁽¹⁾.

والجدير بالذكر ومن أجل تقوية حماية البيانات الشخصية تم تعديل الاتفاقية عن طريق توقيع بروتوكول إضافي بتاريخ 2001/11/08، وتبرز أهميته من خلال نقطتين: الأولى تأسيس لجان متخصصة لمراقبة حسن تطبيق الاتفاقية الأصلية الصادرة سنة 1981، والثانية تدفق البيانات عبر الحدود الدولية على أن يكون البلد المرسل إليه متمتعاً بمستوى مماثل للحماية المقررة للبيانات الشخصية.

ج. اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية بتاريخ 2001/11/23

وتهدف إلى حماية المجتمع من الجريمة المعلوماتية عن طريق التعاون الدولي، بحيث تتبع الأعضاء سياسة جنائية موحدة تمكن من ملاحقة المجرمين قضائياً كما أنها كرست مبدأ السرية في عملية تبادل المعلومات الدولية بين الأطراف، كما تناولت الجرائم التي ينبغي على القانون الجزائري الوطني أخذها بعين الاعتبار، ومن بين هذه الجرائم المرتكبة ضد سرية وسلامة البيانات والنظم المعلوماتية الوصول والاعتراض غير المشروع على نظام معلوماتي، التعدي على البيانات عن طريق إتلافها أو تعييبها أو محوها أو إفسادها أو تغييرها دون وجه حق، أو التزوير والغش المعلوماتي عن طريق إدخال بيانات وهمية أو تغييرها أو حذفها⁽²⁾.

د. منظمة التجارة العالمية

تأسست منظمة التجارة العالمية عام 1995 على إثر المصادقة على إعلان مراكش لعام 1994 الذي اختتمت في جولة الأوروغواي لمفاوضات التجارة العالمية، وتلك الجولة تعتبر الوريثة لجهود تحرير التجارة التي بدأت باتفاقيات الجات 1947. ناقشت منظمة التجارة العالمية مسائل الخصوصية فيما يتعلق بحرية انتقال المعلومات تحديداً بالنسبة إلى اتفاقية تحرير الخدمات، وقد أقرت المنظمة أن الخصوصية قيد عادل على عملية انتقال البيانات⁽³⁾.

هـ. الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات

حررت هذه الاتفاقية بالقاهرة وتم التصديق عليها بتاريخ 2010/12/21، وصادقت عليها الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 14-252 المؤرخ في 2014/09/08. وأهم ما أكدت عليه الاتفاقية في ديباجتها أنها تقتنع بضرورة الحاجة إلى تبني سياسة جنائية مشتركة تهدف إلى حماية المجتمع العربي ضد جرائم تقنية المعلومات، كما تأخذ بالمبادئ الدينية والأخلاقية السامية ولا سيما أحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك بالثراث الإنساني للأمم العربية التي تنبذ كل أشكال الجرائم ومع مراعاة النظام العام لكل دولة، كما تهدف إلى

1- بن سعيد صبرينة، المرجع السابق، ص. 221.

2- المرجع نفسه، ص. 223.

3- منير مجد الجنيبي، ممدوح مجد الجنيبي، المرجع السابق، ص. 74.

تعزيز التعاون وتدعيمه بين الدول العربية في مجال مكافحة جرائم تقنية المعلومات لدرء أخطار هذه الجرائم حفاظاً على أمن الدول العربية ومصالحها وسلامة مجتمعاتها وأفرادها⁽¹⁾، وقد جرمت الاتفاقية الاعتراف على حرمة الحياة الخاصة بواسطة تقنيات المعلومات⁽²⁾.

2/ الجهود الوطنية لحماية الخصوصية المعلوماتية

عمدت الدول إلى تضمين حماية حق الخصوصية في قوانينها الداخلية، ومن أمثلة هذه التشريعات:

أ/ التشريع الفرنسي

في سنة 1978 تمت صياغة القانون الفرنسي المتعلق بالمعلوماتية والحريات وأدخلت عليه تعديلات كان آخرها سنة 2004، وقد كان الهدف من هذا القانون هو جعل المعلوماتية في خدمة المواطن فلا يجب أن تلحق الضرر لا بالهوية البشرية ولا بحقوق الإنسان ولا بجمرة الحياة الخاصة .

ومن أجل هذا أرسى هذا القانون سلطة إدارية مستقلة مهمتها السهر على حسن تطبيقه، حيث من بين اختصاصاتها وضع تقرير سنوي يقدم إلى الحكومة، وكذا تلقي الشكاوي وتطوير أحكام القانون، وسميت هذه اللجنة باللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات.

وقد ركز المشرع الفرنسي في هذا القانون على إضفاء الحماية القانونية للبنوك المعلوماتية والملفات التي تحتوي على بيانات ذات طابع شخصي، باعتبار أن الخطر الأبرز للمعلوماتية هو إنشاء بيانات اسمية في بنوك معلوماتية لا يعرف المعني أين هي بياناته، وهل هي بمنأى عن التطفل أم لا، ومن أجل إزالة هذا الخطر وضع هذا القانون كصمام أمان لكل من يريد جمع ومعالجة بيانات ذات طابع شخصي⁽³⁾.

فضلا على أن المشرع الفرنسي جرم انتهاك الخصوصية وخرق السرية المهنية بمقتضى قانون العقوبات الفرنسي⁽⁴⁾ في الفصل السادس منه المعنون بانتهاك الخصوصية في المواد 226-1 وما يليها.

ب/ التشريع التونسي

أصدر المشرع التونسي القانون رقم 83 لسنة 2008 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، وتحدث في الباب السادس منه على حماية المعطيات الشخصية، وقد نص في الفصل 38 منه على أنه⁽⁵⁾: "لا يمكن لمزود خدمات المصادقة الإلكترونية معالجة المعطيات الشخصية إلا بعد موافقة المعني. ويمكن اعتماد الإعلام الإلكتروني بالموافقة إذا ضمن المزود: - إعلام صاحب الشهادة بحقه في سحب الموافقة في كل وقت، - إمكانية تحديد هوية الأطراف المستعملة للمعطيات الشخصية، - الاحتفاظ بحجة الموافقة التي لا يمكن تغييرها".

1- المادة 01 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

2- المادة 14 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

3- بن سعيد صبرينة، المرجع السابق، ص. 224.

4- code pénal français dernière modification le 01 janvier 2017.

5- لمزيد من التفصيل راجع الفصول 39-42 من القانون التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

ج/ التشريع المغربي

أصدر المشرع المغربي العديد من القوانين في مجال التجارة الإلكترونية من بينها القانون رقم 03-07 المتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات، القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، والقانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي، وتبدو أهمية هذا القانون في أنه يساهم في تقوية ثقة المستهلك المغربي في المعاملات الإلكترونية والاستفادة من مزايا التجارة الإلكترونية، ويشكل أداة هامة لحماية الحياة الخاصة والبيانات الشخصية للمواطن.

د/ التشريع المصري

نظرا لبقاء قانون التجارة الإلكترونية عبارة عن مجرد مشروع، فإن الفقه المصري حاول البحث في إمكانية وجود حماية للبيانات الشخصية في قانون العقوبات التقليدي، محاولا بسط الحماية الواردة فيها على البيانات الاسمية أو الشخصية عبر الشبكة، ومن تم اتساق ذلك مع نظام التجارة الإلكترونية وتوصل إلى أن القانون المصري وردت فيه ثلاثة مواد 309 مكرر، 309 مكرر 1 و 310، حيث يتعلق النصان الأول والثاني بحرمة الحياة الخاصة أما النص الأخير فيتعلق بإفشاء الأسرار⁽¹⁾.

هـ/ التشريع الجزائري

برجوعنا للقانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش يتبين أنه لم يتضمن نصوصا تقضي بحماية حق الخصوصية، وهـذا خلافا للمشرع اللبناني الذي نص على ذلك بمقتضى رقم 659 لسنة 2005، حيث نصت المادة 58 منه على أنه " يتوجب على المحترف الذي يتم التعاقد معه أن يحافظ على المعلومات التي يستحصل عليها وأن لا يتصرف بها، ما لم يوافق المستهلك صراحة على ذلك. كما يتوجب عليه اتخاذ كافة الإجراءات للحفاظ على سرية هذه المعلومات".

وباعتبار أن حماية حق الخصوصية من شأنه أن يضيفي طمأنينة على المستهلك سواء التقليدي أو الإلكتروني فكان من باب أولى النص عليها في القانون المنظم لحماية المستهلك.

إلا أن هذا لا يعني أن المشرع قد أهمل هذا الحق، ولكن تحدث عليه في قوانين متناثرة فضلا عن حمايته دستوريا، حيث نصت المادة 4/46 من الدستور الجديد⁽²⁾ على أنه "حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه".

1- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 10.

2- الدستور الجزائري وفقا للتعديل الأخير بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر ع 14.

وبرجوعنا إلى نصوص القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري -خلافًا للمشرع الفرنسي⁽¹⁾- لم ينص على حماية الحياة الخاصة، ولكن تحدث عن الحقوق اللصيقة بالشخصية⁽²⁾ بموجب المادة 47 ق م التي تنص على أنه "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

وباعتبار أن الحق في الحياة الخاصة هي من الحقوق الملازمة للشخصية، فيمكن حمايتها مدنيا بموجب المادة 47 ق م السالفة الذكر.

ومن جهة أخرى فإن المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 غشت 1998 الذي يحدد شروط وكيفيات إقامة خدمات أنترنات واستغلال المعدل والمتمم⁽³⁾، ألزمت المادة 14 منه مقدم خدمات أنترنات خلال ممارسة نشاطه بجملة من الالتزامات من بينها المحافظة على سرية كل المعلومات المتعلقة بحماية مشتركيه الخاصة وعدم الإدلاء بها إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون.

الفرع الثالث: حماية المستهلك الإلكتروني عند الوفاء الإلكتروني

في مقابل حصوله على السلعة أو الخدمة موضوع التعاقد، يلتزم المستهلك بأداء الثمن للتاجر، ووفقا للتعاقد التقليدي يتم الالتزام بدفع الثمن بأحد الوسائل المعروفة، فهو إما أن يكون نقدا أو شيك أو حوالة أو سند لأمر أو سفتجة أو غيرها من طرق الوفاء التقليدي.

غير أنه في ظل بيئة الإنترنت الرقمية اللامادية التي لا تعترف إلا بالبيانات المشكلة من الأرقام، أصبح من غير الممكن أن يتم الدفع في مجال التجارة الإلكترونية بالطريقة التقليدية المعتمدة على النقد الورقي

1- حيث نصت المادة 09 ق م ف على أن لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة، وأجازت للمحكمة اتخاذ أي تدبير مناسب في حالة انتهاك هذه الخصوصية.

Art.9 code civil français : « Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

2- الحقيقة أن هناك جدل فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية لحق الخصوصية، حيث ثار جدل طويل بين الفقه في هذا الخصوص، واعتنق الفقه والقضاء اتجاهات متعددة في شأن التكييف القانوني للحق في الحياة الخاصة وما إذا كانت حقا أو رخصة، وبعبارها حقا فقد ثار التساؤل حول طبيعة هذا الحق، وما إذا كان يعتبر من قبيل حق الملكية أم من قبيل الحقوق الملازمة للشخصية (عاقلي فضيلة، المرجع السابق، ص. 99).

وقد هجرت الفكرة التقليدية التي تدعو إلى أن هذا الحق من حقوق الملكية، حيث يملك الشخص جسده بالشكل الذي له مطلق الحرية بالتصرف والاستعمال والاستغلال وهي المكنت التي يخولها حق الملكية، إلى فكرة أن الحق في الحياة الخاصة من الحقوق الشخصية التي يستتبع الإعتداء عليها تعويضا مدنيا (محمود أحمد عبابنة، المرجع السابق، ص. 70).

3- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 غشت 1998 الذي يحدد شروط وكيفيات إقامة خدمات أنترنات واستغلالها، ج. ر. ع. 63، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 2000-307 بتاريخ 14 أكتوبر 2000، ج. ر. ع. 60.

والمعدني، لذا كانت الحاجة لإيجاد طرق جديدة للدفع تستجيب والمتطلبات الخاصة لهذه البيئة، وبذلك ظهرت العديد من وسائل الدفع التي وجدت لأجل مواكبة خصائص التجارة الإلكترونية والبيئة الرقمية التي تتم عبرها⁽¹⁾.

أولاً : مفهوم الوفاء الإلكتروني

أصدرت لجنة الاتحاد الأوروبي في 08 ديسمبر 1987 توصية تسمى بالقواعد الأوروبية للتعامل السليم في مجال الوفاء الإلكتروني، ووفقاً لهذه التوصية يقصد بالوفاء الإلكتروني كل عملية وفاء تتم بواسطة بطاقة ذات أشرطة ممغنطة، أو تلك التي تحتوي على دوائر إلكترونية منفذ لدى جميع شبكات الوفاء المزودة بآلات الوفاء الحديثة⁽²⁾.

ويلاحظ على التعريف أنه ركز على الوفاء الإلكتروني باستخدام البطاقات بالرغم من وجود طرق أخرى للوفاء الإلكتروني، وهذا الأمر يجد مبرره في أن التوصية صدرت سنة 1987 أي قبل ظهور طرق الوفاء الإلكتروني الأخرى⁽³⁾.

أما القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية عرف بمادته الأولى المقصود بالدفع الإلكتروني بأنه "كل نظام يتيح القيام بعمليات الوفاء بالأموال ودفعها بالاستعمال الكلي أو الجزئي الوسيلة الإلكترونية".

وعموماً يقصد بالدفع (الوفاء) الإلكتروني القيام بأداء ثمن المبيع بطريقة إلكترونية من خلال شبكة اتصالات دولية مفتوحة على معظم دول العالم هي الإنترنت⁽⁴⁾.

ثانياً : خصائص الوفاء الإلكتروني.

يتميز الدفع الإلكتروني بجملة من الخصائص تتمثل في:

1/ أنه وسيلة لتسوية المعاملات التي تتم عن بعد

بالنظر إلى الفاصل المكاني الذي يفصل أطراف العقد الإلكتروني كان لا بد من توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه المعاملات.

2/ أنه يتسم بالصبغة الدولية

يجب أن تكون الوسيلة المستخدمة للوفاء مقبولة في كل الدول، لذلك فإن إتمام عملية الدفع الإلكتروني تتطلب وجود نظام مصرفي معد مسبقاً لدى طرفي العقد يتيح الدفع بهذه الوسيلة، ويتوقف ذلك على توفير أجهزة تقوم بإدارة هذه العمليات التي تتم عن بعد، والتي من شأنها أن توفر الثقة لدى المتعاملين بهذه الوسيلة⁽⁵⁾.

1- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 125 .

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 550.

3- المرجع نفسه، ص. 552.

4- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 178.

5- المرجع نفسه، ص. 200 .

3/ أنه مبرر لذمة المستهلك

الوفاء الإلكتروني شأنه شأن الوفاء التقليدي فهو مبررًا لذمة المستهلك في مواجهة التاجر.

4/ أنه يتم من خلال الشبكة الدولية

وهذه الخاصية تستدعي توفير بيئة تشريعية ملائمة تقرر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني في القانون التجاري والمصرفي⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى، ومادام أن الدفع الإلكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، ففرضية السطو على رقم البطاقة أثناء عملية السداد تكون قائمة، بل أن فرصة حدوثها كبيرة نسبياً، وتفادياً لذلك لا بد أن يكون الدفع الإلكتروني مصحوباً بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع والدائن الذي يستفيد منه، وعليه فإن عملية الوفاء غالباً ما تتم بطريقة مشفرة، وذلك عن طريق استخدام برنامج معد لهذا الغرض، بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الإنترنت، وكذلك يتم إنشاء أرشيف خاص بالمبالغ التي يتم السحب عليها باستخدام هذه الطريقة يكون من السهل الرجوع إليه⁽²⁾.

ثالثاً : وسائل الدفع الإلكتروني

شهدت السنوات الأخيرة تقدماً ملموساً وتغيراً سريعاً في أنماط الدفع ووسائل تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن، وقد شمل هذا التغيير معظم دول العالم، ولعل السبب في سهولة انتشار هذه الوسائل هو سرعة انتشار شبكة الإنترنت في كافة أنحاء العالم⁽³⁾. وقد أدى هذا التطور إلى إيجاد أساليب حديثة ومتوافقة مع متطلبات التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت من بينها النقود الإلكترونية، كما كانت هناك محاولات من أجل تطويع الطرق التقليدية وجعلها متوافقة مع التطور الحديث، من أجل ذلك ظهر أسلوب الدفع بالتحويلات البنكية، الشيك الإلكتروني، البطاقة البنكية. وفي هذا الشأن نص المشرع التونسي في الفصل 8/02 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه "وسيلة الدفع الإلكتروني، الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات".

وحسناً فعل المشرع التونسي بإيراده لنص هذه المادة التي جاءت عباراتها مرنة، وبالتالي هي تسمح

لاستيعاب كل ما قد يستجد من وسائل.

1- مناني فراج، المرجع السابق، ص. 211.

2- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 200.

3- مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 144.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 69 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض⁽¹⁾ المعدل وملتزم على أنه "تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

فهذه المادة تعبر عن نية المشرع الجزائري في الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل الدفع الحديثة، وما يؤكد هذا الطرح هو نص المادة 03 من الأمر 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب⁽²⁾، حيث استعمل المشرع مصطلح وسائل الدفع الإلكتروني، معتبرا تعميمها من بين التدابير الوقائية لمكافحة التهريب.

تبعاً لما تقدم فوسائل الدفع هي كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال، مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل⁽³⁾، وفيما يلي سوف نتعرض للبعض من هذه الوسائل:

1/ التحويلات البنكية الإلكترونية:

لا تزال التحويلات البنكية من حساب المدين لحساب الدائن صالحة في عمليات التجارة الإلكترونية، سواء فيما بين المؤسسات أو فيما بين الأفراد المستهلكين، نظير قيمة مالية معينة تشرطها البنوك لقيامها بمثل هذه المعاملات، وهي قيمة جد معقولة في إطار العلاقات التجارية مقارنة بما توفره من سرعة تتطلبها العمليات التجارية⁽⁴⁾.

فالتحويل الإلكتروني هو عبارة عن أمر يوجهه العميل باستخدام الكمبيوتر الخاص به لبنكه بمقتضاه يقوم البنك عن طريق القيد الإلكتروني بنقل مبلغ من النقود من حسابه إلى حساب آخر (حساب المستفيد) إذا كان حساب هذا الأخير من نفس البنك، أما إذا كان الحساب المحول إليه لدى بنك آخر فيتم النقل إليه عن طريق المقاصة الإلكترونية⁽⁵⁾، التي نظمها المشرع الجزائري بمقتضى النظام رقم 05-06 المؤرخ 15/12/2005

1- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، ج. ر. ع. 52.

2- الأمر 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، ج. ر. ع. 59.

3- لوصيف عمار، استراتيجيات نظام المدفوعات للقرن 21 مع الإشارة إلى التجربة الجزائرية، مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، إشراف د. درويش محمد الطاهر، جامعة منتوري، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسنطينة، 2008-2009، ص. 10.

4- حمودي ناصر، المرجع السابق ص. 125.

5- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 582.

المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى⁽¹⁾، وحدد بمقتضاه الأنظمة التي يتم بواسطتها نظام المقاصة الإلكترونية⁽²⁾.

2/ الأوراق التجارية الإلكترونية

حاولت وتحاول بعض المؤسسات المالية تطويع كافة وسائل الدفع المعروفة لتناسب مع مقتضيات التجارة الإلكترونية، وتمثل هذه الأوراق في:

أ. الشيك الإلكتروني

هو عبارة عن شيك معالج بطريقة إلكترونية، وقد اعترف المشرع بالمعالجة الإلكترونية للشيك بمقتضى المادة 2/502 ق ت المعدل والمتمم، حيث نص فيها على أنه "يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، ويلاحظ أن المشرع اعترف بمقتضى هذه المادة بالتداول الإلكتروني للشيك.

وبذلك يمكن تعريف الشيك الإلكتروني بأنه محرر ثلاثي الأطراف معالج إلكترونيا بشكل كلي أو جزئي يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد⁽³⁾.

تطبيقا لما تقدم فالمستهلك عندما يتعاقد على سلعة، ويتفق الطرفان على أن الوفاء يكون باستخدام الشيك الإلكتروني، حيث يقوم المستهلك الإلكتروني بتحريره⁽⁴⁾ وتوقيعه توقيعاً إلكترونياً وإرساله إلى التاجر الذي يقوم بدوره بالتوقيع عليه وإرساله إلى البنك (جهة التخليص)⁽⁵⁾، ومتى تحقق هذا الأخير من بيانات الشيك وتوقيعات الأطراف ووجود الرصيد⁽⁶⁾ يقوم بحصم مبلغ الشيك من حساب المستهلك وإضافته إلى حساب التاجر، ثم يقوم بإخطار الطرفين بإتمام العملية.

1- النظام رقم 05-06 المؤرخ 2005/12/15 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى، ج. ر. ع. 26، حيث نصت المادة 1/02 منه على أنه "ينجز بنك الجزائر نظام المقاصة الإلكترونية الذي يدعى نظام الجزائر للمقاصة المسافية ما بين البنوك-أتكي (ATCI)، ويتعلق الأمر بنظام ما بين البنوك للمقاصة الإلكترونية للصكوك والسندات والتحويلات والاقطاعات الأتوماتيكية السحب والدفع باستعمال البطاقة المصرفية".

2- تنص المادة 3/02 على أنه "يشتغل نظام أتكي (ATCI) وفقا لمبدأ المقاصة المتعددة الأطراف لأوامر الدفع التي يقدمها المشاركون في هذا النظام"، أما المادة 03 منه نصت على أنه "يتم حساب أرصدة المقاصة المتعددة الأطراف من قبل نظام أتكي (ATCI)، ثم تدفق بغرض تسويتها في نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل المسمى أرتس ARTS".

3- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 585.

4- الشيك الإلكتروني وثيقة إلكترونية تحتوي على البيانات التالية رقم الشيك واسم الدافع ورقم حساب الدافع واسم المصرف واسم المستفيد والقيمة التي ستدفع ووحدة العملة المستعملة والتوقيع الإلكتروني (المرجع نفسه، ص. 585).

5- يكون لدى الطرفان حساب في نفس البنك.

6- أصدر المشرع الجزائري نظام رقم 08-01 المؤرخ في 2008/01/20 المتعلق بترتيبات الوقاية من إصدار الشيكات بدون رصيد ومكافحتها بمقتضى ج. ر. ع. 33، وقد تم تعديله بمقتضى النظام رقم 11-07 الموافق لـ 2011/10/19 (ج. ر. ع. 08).

ب. السفتجة الإلكترونية

تعرف السفتجة الإلكترونية بأنها محرر شكل-ي ثلاثي الأطراف مع-الج إلكتروني-ا بص-ورة كلي-ة أو جزئية، يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغا من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الإطلاع أو في تاريخ معين⁽¹⁾.

وكما اعترف المشرع الجزائري بالمعالجة الإلكترونية للشيك، فلم يخرج عن ذلك بالنسبة للسفتجة، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على حرص المشرع في تحقيق الانسجام بين النصوص القانونية التي تنظم وسائل الدفع وإن كانت متفرقة لا يضمنها قانونا واحدا، حيث نصت المادة 3/414 ق ت على أنه "يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمل بهما".

ج. السند لأمر الإلكتروني

هو عبارة عن محرر شكلي ثنائي الأطراف معالج إلكتروني بصورة كلية أو جزئية، يتضمن تعهدا من محرره بدفع مبلغ من النقود في تاريخ معين لإذن شخص آخر يسمى المستفيد⁽²⁾.

وبرجوعنا إلى نصوص القانون التجاري الجزائري لاسيما المادة 467 منه التي نص فيها المشرع على أن تطبق على السند لأمر الأحكام المتعلقة بالسفتجة، ومن بين هذه الأحكام ما يتعلق بالوفاء المحدد في المواد 414-425 ق ت، الأمر الذي يستخلص منه أن المشرع اعترف أيضا بالمعالجة الإلكترونية للسند لأمر.

3/ بطاقات الدفع الإلكترونية

بطاقة الدفع الإلكتروني عبارة عن بطاقة ممغنطة تصدرها البنوك المرخص لها بذلك بمبلغ معين بمقتضى عقد مبرم مع البنك، تتيح لحاملها شراء السلع والحصول على الخدمات من خلال شبكة الإنترنت، والوفاء باستخدامها في حدود المبلغ التي صدرت به، وتحتل بطاقة الدفع الإلكتروني مكانة كبيرة بين طرق الوفاء الإلكتروني، إذ يستخدمها أكثر من 80% من المستهلكين في الوفاء بمشترياتهم على شبكة الإنترنت⁽³⁾.

4/ النقود الإلكترونية

يمكن تعريف النقود الإلكترونية بأنها وحدات نقدية إلكترونية، يحصل عليها الشخص من البنك مقابل فتح حساب بقيمتها لديه، ويقوم حاملها بإيداعها في ذاكرة جهاز الكمبيوتر الخاص به بعد أن يتأكد من أنه قام بتشفير الوحدات بوضع رقم مسلسل خاص بكل وحدة، وبعد ذلك يقوم بإرسالها إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالتاجر وفاءً لما يحصل عليه من سلع وخدمات⁽⁴⁾.

1- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 587.

2- المرجع نفسه، ص. 590.

3- نفسه، ص. 574.

4- نفسه، ص. 588.

ولا يفترض أن يكون بنك التاجر هو نفسه بنك المستهلك لأنه حتى وإن اختلفا في البنك فإن الوفاء يتم عن طريق المقاصة الإلكترونية.

وتأخذ النقود الإلكترونية أحد أسلوبين:

أ. النقود السائلة التي تدار بواسطة برنامج الحاسب الآلي

وتعمل هذه النقود وفق الترتيب الآتي: حيث يتم سحب النقود الرقمية من مصرف أو مؤسسة مالية تصدرها، ثم تخزن في أداة معدنية داخلية توضع في جهاز حاسب شخصي، وبالضغط على الفأرة الخاصة بهذا الجهاز ترسل النقود الرقمية عبر الإنترنت إلى المستفيد، ويتطلب استخدام هذه النقود اتصال طريقي التعاقد بالمصدر للإستيثاق من سلامة النقود المتداولة مما يقلل حالات الغش، كما تتم عملية نقل النقود بإجراءات تضمن لهذا التعامل قدرا كبيرا من الأمان⁽¹⁾.

ب. محفظة النقود الإلكترونية

هي نوع من بطاقات الوفاء محملة بمبلغ مدفوع مقدما، ويكون الوفاء مؤمنا كلية إذ أنه يكفل سرية العقود ويسمح بمعرفة مقدار المال المتاح، وتدار المبالغ الضخمة بواسطة نظام مصرفي، وتسمح النقود الإلكترونية للأطراف بالوفاء بمقتضاها⁽²⁾.

وتعتبر محفظة النقود الإلكترونية وسيلة وفاء أو دفع افتراضية تستخدم في سداد المبالغ قليلة القيمة، وتقوم فكرة محفظة النقود الإلكترونية على استخدام ذاكرة الأجهزة الإلكترونية لتخزين القيمة من أجل الاستخدام النهائي في المدفوعات المتكررة والمنخفضة القيمة⁽³⁾.

وسميت محفظة النقود الإلكترونية بهذا الاسم لأنها تشبه محفظة النقود العادية، من حيث أنها حافظة تخزن بها وحدات لها قيمة مادية، لكنها ليست وحدات ورقية أو معدنية مثل الحافظة العادية إنما هي وحدات ذات نبضات إلكترونية يتم انتقالها إلكترونيا⁽⁴⁾.

رابعا: مخاطر الوفاء الإلكتروني

في مقابل المزايا التي تتمتع بها وسائل الدفع الإلكتروني كسهولة وسرعة استخدامها، كما أنها تمنح الأمان لمستخدميها بتجنيبه حمل النقود الورقية التي قد تكون عرضة للسرقة أو الضياع، فضلا على أن تعدد وسائل الدفع تمكن المتعاقدين من المفاضلة بينها ويتيح لهما فرصة اختيار الأفضل منها.

ونظرا لأن الوفاء يتم عبر بيئة إلكترونية تربط بين أطراف التعاقد (المستهلك والمحترف)، وأيضا البنوك الإلكترونية التي تقوم بالوفاء أو استخدام المقاصة الإلكترونية، لذلك فإن "أي خلل في النظام المعلوماتي لهذه

1- مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 154.

2- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 579.

3- مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 157.

4- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 579.

الأجهزة سيكون خطرا يواجه سلامة المعاملات المصرفية الإلكترونية، بالإضافة إلى قرصنة الإنترنت والذين يستخدمون كل الأساليب الفنية من أجل السطو وسرقة الأموال⁽¹⁾.

من جهة أخرى، ولما كانت شبكة الإنترنت تعد سوقا دولية مفتوحة للبيع والشراء والقيام بكل التعاملات التجارية بالطرق الإلكترونية، وبذلك كانت مسألة سداد قيمة المعاملة فيها أهم إشكال يواجه تقدم وتطور وازدهار هذه التجارة، خاصة مع ظهور وسائل السداد أو الدفع الإلكتروني الذي صاحبه تخوف المستهلكين من وضع أرقام بطاقات ائتمانهم على شبكة مفتوحة ومكشوفة للجميع من مختلف أنحاء العالم الأربعة⁽²⁾، نظرا لما قد ينتج عن ذلك من آثار تتمثل في انتهاك السرية وإفشاء أسرار العميل، سواء من قبل التاجر الذي قد يحتفظ بالرقم السري للبطاقة بعد انتهاء عملية الوفاء أو من قبل بعض موظفي البنوك الذين قد يفشون أسرار العميل بتسريبهم للبيانات الخاصة ببطاقات الدفع المتداولة.

نتيجة لهذه المخاطر التي قد يثيرها الوفاء الإلكتروني، نتساءل عن الحلول القانونية التي تساعد في بث الثقة لدى المستهلك في استخدام هذه الوسائل الحديثة، وتؤدي إلى تأمين الوفاء الإلكتروني من هذه المخاطر.

خامسا: تأمين الوفاء الإلكتروني

بغية تعزيز ثقة المستهلك في وسائل الدفع الإلكتروني حتى يطمئن إليها ويقبل على استخدامها، كان لا بد من وضع الضمانات التشريعية الكفيلة بحمايته وتأمين المعاملات الإلكترونية، ويقع هذا الالتزام على عاتق البنوك الإلكترونية التي يستند عليها المستهلك في الوفاء بالتزاماته إلكترونيا، ومن بين البرمجيات التي تحمي المعاملات البنكية الإلكترونية التي تتم من خلال شبكة الإنترنت، هي برمجيات جدران النار⁽³⁾ الذي يعد أسلوبا جد فعال يمنع وصول الاتصالات الخارجية للخدمات المتوفرة على الشبكة، إذ يعد بمثابة الدرع الواقي لصد الهجمات الخارجية أو الاتصالات المشكوك فيها إلى داخل الشبكة، هذا بالإضافة إلى برامج اكتشاف الأماكن الخلفية المفتوحة في نظام الموقع التسويقي وبرامج ضد الاختراق، فضلا عن برامج تقنية المعلومات التي تقوم بدور المنبه أو المحذر عند محاولة الاختراق التي يقوم بها الكثير من قرصنة الإنترنت، إلا أن كل هاته الطرق لا تجد نفعاً إذا ما قورنت بتقنية التشفير التي تعد من أنسب تقنيات تأمين المعاملات وضممان وصول الرسائل والمعلومات كاملة وسليمة⁽³⁾.

وقد عرف الفق —ه أسلوب التشفير— بأنه مجموعة التقنيات التي تسمح بحماية المعلومات بفضل شفرة أو رمز سري⁽⁴⁾.

1 - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 597.

2- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 143.

3- بوزكري انتصار، المرجع السابق، ص. 70.

4 - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 608.

فضلا على أن أسلوب أو تقنية التوقيع الإلكتروني، يعد أحد ضمانات حماية المستهلك في مجال الوفاء الإلكتروني، حيث يوقع المستهلك إلكترونيا على أوامر الوفاء والرسائل التي يوجهها إلى المصرف. وحتى تحقق هذه التقنيات فعاليتها في تأمين الوفاء، وبث الثقة لدى المستهلك للإقبال عليها لا بد أن تعزز بنصوص قانونية تكفل حمايته في نطاق المعاملات المالية عبر شبكة الإنترنت.

وفي هذا الخصوص يلاحظ أن قانون الأونيسيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادرة في أول ديسمبر 1996، لم يتضمن أية مادة تتعلق بالوفاء الإلكتروني، وربما كان ذلك راجعا لحدثة هذا الأسلوب من أساليب الوفاء وعدم استقرارها بعد، وربما لأنها تتطور بسرعة شديدة يصعب تقنينها، وربما فضل واضعوا ذلك القانون ترك المسألة للدول تنظمها كيف تشاء، وقد خلا قانون حماية المستهلك الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم 741 لسنة 2001 من أية مواد تشير إلى الوفاء الإلكتروني أو تنظيمه، مكتفيا ببعض النصوص المبعثرة في قوانين أخرى مثل القانون النقدي والمالي والقانون رقم 19-88 الصادر في 05 يناير الخاص بالغش المعلوماتي، وقانون أمن الشيكات وبطاقات الدفع الإلكتروني رقم 91-1382 الصادر في 1991/12/30، وبمقتضى هذا القانون عرف المشرع الفرنسي بطاقة الدفع الإلكتروني وحدد صور حمايتها جنائيا، إلا أن الحماية اقتصر على تجريم تزوير البطاقة واستعمالها وقبولها مع العلم بتزويرها دون باقي الحالات التي هي بحاجة للحماية⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري وبغرض الالتحاق بركب السرعة والعصر الرقمي وتسهيل الخدمات، وهو ما اقتضى من السلطة النقدية الإقدام على ترتيبات تنظيمية⁽²⁾ وهذه الخاصية تستدعي توفير بيئة تشريعية ملائمة تقرر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني في القانون التجاري والمصرفي المشرع الجزائري بالمعالجة الإلكترونية وتشريعية بتطوير خدمات المقاصة الإلكترونية وماكينات السحب الآلي، إلى جانب ذلك وضعت خططا للبدء في إدخال خدمات الدفع الإلكتروني، وفقا لأولويات وخطط إستراتيجية على مستوى بنك الجزائر والبنوك الأخرى وتدريب عمال البنوك على وسائل الدفع الإلكتروني والتقنيات المصرفية الحديثة، وتهيئة البيئة المصرفية وتوجيهها لإدخال الآليات الحديثة ضمن شروط الإستراتيجية المصرفية الشاملة، لمواجهة التغيرات التقنية والاقتصادية، وتعزيزا لقدراتها في استباق الأحداث واستشراف المستقبل خاصة في مجال تركيز مقومات الاقتصاد اللامادي وتأسيس مجتمع المعرفة، ويتجلى هذا من خلال الرؤية الإستشرافية التي تجسدت في نطاق إستراتيجية وطنية شاملة ارتكزت أساسا على عولمة الاقتصاد وتنمية قطاع تكنولوجيايات الاتصال والمعلومات نظرا لدوره المحوري في دعم القدرة

1 - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 612.

2- أنظر على سبيل المثال النظام رقم 05-07 المؤرخ في 2005/12/28 المتضمن أمن أنظمة الدفع (ج. ر. ع. 37)، حيث اكتفى المشرع بمقتضى المادة 1/04 منه بالنص على أنه "يتضمن أمن أنظمة الدفع البنية الأساسية لأنظمة الدفع وكذا أمن وسائل الدفع". كما أن المشرع أضاف بموجب القانون 02-05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 (ج. ر. ع. 11) المعدل للقانون التجاري، بابا رابعا إلى الكتاب الرابع من القانون التجاري معنونا باسم السندات التجارية، حيث تضمن الفصل الثالث منه بطاقة الدفع وبطاقة السحب (المادة 543 مكرر 23).

التنافسية للاقتصاد الوطني وإنجاح مسيرة الانخراط الفاعل في الاقتصاد العالمي الجديد، إن هذه الخدمة تهدف إلى تسهيل عمليات الدفع والحفاظ على سلامة العقود ومواكبة المستجدات الإلكترونية⁽¹⁾.

وبرجوعنا للقواعد العامة، يلاحظ أن المشرع الجزائري خصص المواد 350-417 مكرر 3 ق ع للحدوث عن الجنايات والجنح ضد الأموال، حيث تضمن الفصل السابع مكرر المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات (المواد 394-394 مكرر 7)، وأمام غياب نصوص خاصة بحماية المستهلك المعلوماتي أثناء قيامه بعملية الوفاء بالتزامه إلكترونياً، فنحن نرى أنه لا مفر من تطبيق هذه القواعد العامة، كون أنه يمكن تصور وقوع الجرائم التي تضمنتها المواد المتقدمة أثناء القيام بالتحويلات البنكية، خاصة وأن الأمر يتم بتبادل إلكتروني للبيانات الشخصية عبر مواقع إلكترونية، وبالتالي يمكن أن تكون هذه البيانات عرضة للسطو والاختراق والإفشاء.

المطلب الثاني: الحماية الجزائية للمستهلك المعلوماتي

يعتبر تجريم الأفعال الماسة بأمن وسلامة المستهلك ترجمة فعلية للحماية الجنائية للمستهلك، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار ما يعيشه العالم اليوم من تحديات في مجال التكنولوجيا والتقنية وتطور وسائل التعاقد من وضعها التقليدي إلى الوضع الحديث، حيث أصبح بإمكان المتعاقد الحصول على السلعة أو الخدمة بكبسة زر على الحاسب الآلي وهو جالس في منزله.

وقد أضحى المستهلك في ظل هذا العالم وتحكم آليات السوق فيه عرضة للتلاعب بمصالحه ومحاولة غشه وخداعه، فقد يلجأ المحترف إلى التفاوض عن سلامة وأمن المستهلك بتغيره بمزايا وهمية عن المنتج المقدم، ولذلك استوجب واقع الحال حماية المستهلك والبحث عن الآليات الواجبة لتحقيق ذلك، خاصة وأن الخطر الذي يتعرض له المستهلك في إطار التجارة الإلكترونية أكبر من الخطر في التجارة التقليدية⁽²⁾.

ذلك أن فرصة تعرض المستهلك الإلكتروني للتحايل عن طريق الغش والخداع في مجال التعاقد الإلكتروني أوسع في ظل انعدام المعاينة للسلعة، فضلا على أن الدعاية والإعلان في نطاق العقد الإلكتروني عبر الإنترنت له صفة خاصة قد تلعب دورا عظيما في إيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد، خاصة إذا ما أخذنا في عين الاعتبار قوة شبكة الإنترنت من حيث الانتشار والتأثير والدعاية والإعلان والقدرة على النفاذ إلى المستهلك، حيث تجعله محاصرا في سكنه وعمله سيما وأن وسائط التواصل بهذه الدعاية تدفعه للتعاقد حتى قبل أن يكتشف أنه ضحية لمؤامرة مزدوجة من وسائل الدعاية والإعلان من قبل المهني⁽³⁾.

1- يوحفص نعناعة، التحديات القانونية في حل التعاقدات الإلكترونية وأنظمة الدفع الإلكترونية، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني القانون وقضايا الساعة منشورة على الموقع الإلكتروني: <http://abtalealdjzaire.ahlamontada.net/t17-topic> بتاريخ 2009/11/09.

2- زروق يوسف، حماية المستهلك المتعاقد مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني-دراسة مقارنة-، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقة، العدد 09، جوان 2013، ص. 138.

3- خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص. 90.

من هذا المنطلق وقص -د حماية المستهلك باعتباره الط -رف الضعي-ف في العلاقة التعاقدية -ة عبر الإنترنت، عمدت التشريعات المقارنة إلى تجريم ومن -ع السلوك المنافي لمصلحة -ة المستهلك والضرار بصحته وسلامته، سواءً بمقتضى نصوص قانون العقوبات أو بمقتضى نصوص خاصة.

ونظرا لتعدد صور الحماية الجزائية للمستهلك الإلكتروني فسنحدث عن جريمة الغش (الفرع الأول) وجريمة الخداع (الفرع الثاني)، وننتهي بالحديث عن جريمة التحايل المعلوماتي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الحماية الجنائية ضد الغش التجاري والصناعي

الغش التجاري أو الصناعي، هو كل فعل من شأنه أن يغير من طبيعة أو خواص المواد أو فائدتها التي دخل عليها عمل الفاعل ولا تهم الوسيلة التي لجأ إليها الفاعل في سبيل تحقيق غايته، فقد يتم الغش بإحلال مواد أقل قيمة مكان أخرى أعلى منها قيمة فيما يراد إدخال الغش عليه، أو بإنقاص بعض المواد وإضافة مواد أخرى عليه تزيد من كميته وتقلل من مفعوله وغير هذا من الصور التي لا تدخل تحت حصر، يتفطن الغشاشون في استنباطها لتحقيق أغراضهم بالحصول على أرباح طائلة وغير مشروعة، وقد يقع الغش بفعل الإنسان كما في حالة الإضافة أو الخلط، وقد يكون الغش لأسباب خارجة عن إرادة الإنسان، كما هو الشأن في حال فساد السلعة نتيجة لطبيعتها وجعلها غير صالحة للاستخدام كاللحوم والبيض⁽¹⁾.

وعرفت محكمة النقض الفرنسية الغش بأنه كل لجوء إلى التلاعب أو المعالجة غير المشروعة التي لا تتفق مع التنظيم وتؤدي بطبيعتها إلى التحريف في التركيب المادي للمنتج⁽²⁾.

وقد عاقب المشرع الجزائري على جريمة الغش بمقتضى نص المادة 431 ق ع التي أحالت إليها نص المادة 70 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وهي مادة منقولة عن المشرع الفرنسي التي أصبحت حاليا تشكل المادة 1-413 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

من جهة أخرى نظم المشرع المصري القواعد الخاصة بجريمة الغش بمقتضى قانون قمع الغش والتدليس رقم 48 لسنة 1941 المعدل بالقانون رقم 281 لسنة 1994.

كما عالج المشرع المغربي بمقتضى القانون المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع⁽³⁾، حيث نص الفصل 1 منه على أنه "يعد مرتكبا الغش عن طريق الخداع أو التزييف كل من غالط المتعاقد بوسيلة ما في جوهر أو كمية

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 124.

2- بودالي محمد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2005، ص. 27.

3- ظهير شريف رقم 1.83.108 الصادر بتاريخ 1984/10/05 بتنفيذ القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع (ج ر ع 3777 الصادرة بتاريخ 1985/03/20) المعدل بالقانون رقم 31.08 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.11.03 بتاريخ 2011/02/18.

الشيء المصرح به أو قام خرقاً لأحكام هذا القانون أو النصوص المتخذة لتطبيقه أو خلافاً للأعراف المهنية والتجارية بعملية تهدف عن طريق التدليس إلى تغييرها".

أولاً: أركان جريمة الغش التجاري والصناعي

ككل جريمة في قانون العقوبات يجب أن تتوفر لها أركان فأركان جريمة الغش تتمثل في:

1/ الركن القانوني (الشرعي):

الركن الشرعي هو أن يكون هناك نص يحد الجريمة ويبين الجزاء العقابي المترتب عليها⁽¹⁾، وطبقاً لنص المادة 01 ق ع فإنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون.

وعليه فالقانون هو الذي يحدد الأفعال التي تعد جرائم بسبب ما تحدثه من اضطراب اجتماعي يتطلب ضرورة اتخاذ التدابير الوقائية والعقوبات التي من شأنها تحقيق الهدف من فرضها وهو الزجر العام، ويترتب على هذا الطرح أنه لا يجوز مؤاخذة شخص عن فعل لم يتم تجريمه بمقتضى نص قانوني صريح، كما لا يجوز معاقبة شخص بعقوبات لم يقرها القانون، وهذا لن يتأتى إلا من خلال مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة الذي يضمن الحماية القانونية للفرد ضد أي تعسف قد يلحقه من السلطة باعتبارها صاحبة الولاية في تطبيق القانون وتنفيذه. بناء عليه يظهر أن المادتين 70 من القانون 09-03 و 431 ق ع التي عدد فيها المشرع الأفعال المكونة لجريمة الغش وحدد عقوباتها تمثلان الركن الشرعي لجريمة الغش التجاري.

2/ الركن المادي:

هو أن يقع من المجرم الأمر المادي المكون للجريمة سواءً أكان هذا الأمر إيجابياً أم سلبياً، فعلاً أصلياً أم إشتراكياً، جريمة تامة أم شروعا⁽²⁾، فالركن المادي هو الفعل أو السلوك الذي تنكشف به الجريمة وتظهر إلى حيز الوجود ولا يمكن أن تظهر جريمة بغير ركنها المادي، واستلزم الركن المادي أساسه أن الأفعال المحسوسة هي وحدها التي يمكن أن تحقق عدواناً على الحقوق أو المصالح التي يحميها القانون ويرعاها⁽³⁾.

ويتكون الركن المادي من ثلاثة عناصر سلوك ونتيجة وعلاقة سببية بينهما، فالسلوك هو الفعل الإيجابي أو الحركة العضوية الصادرة من عضو جسم الجاني⁽⁴⁾، والنتيجة الإجرامية هي الاعتداء على المصلحة التي يحميها القانون سواء أدى هذا الاعتداء إلى الإضرار بالمصلحة المعتدى عليها أو تهديدها بالخطر، ولاكتمال البناء القانوني للجريمة لا بد أن يكون العمل المرتكب من قبل الجاني سبباً في حدوث النتيجة الإجرامية سواء أكان فعلاً إيجابياً أو سلبياً وهذا ما يعبر عنه بالعلاقة السببية.

1- الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1998، ص. 132.

2- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 132.

3- القاضي حازم عبد السلام المجالي، حماية الحق المالي للمؤلف في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، سنة 2000، ص. 201.

4- القاضي حازم عبد السلام المجالي، المرجع السابق، ص. 202.

واستنادا إلى المادة 431 ق ع فالسلوك الإجرامي في جريمة الغش يتحقق بإقدام الجاني على ارتكاب فعل من الأفعال الآتية:

أ. إنشاء مواد أو سلع مغشوشة

نصت المادة 1/431 ق ع⁽¹⁾ على أنه "يعاقب... كل من يغش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مواد طبية أو مشروبات أو منتوجات فلاحية أو طبيعية مخصصة للاستهلاك"⁽²⁾. ويقصد بالغش هنا كل تغيير أو تشويه يقع على جوهر المادة أو تكوينها الطبيعي، سواء بتغيير عناصر الشيء ذاته أو خلطه بمنتجات أخرى أو تعديل في شكله النهائي، فالتحريف في الصفة الجوهرية للمنتوج أو السلعة هو العنصر الحاسم في جريمة الغش⁽³⁾.

ويفترض الغش غالبا تدخلا بشريا، لذلك جرت العادة على أن الصانع أو المنتج هو الذي يرتكب هذا النوع من الغش، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية حديثا إلى أن صناعة منتجات في ظروف لا تتطابق والتنظيم المعمول به يشكل غشا، كما هو الحال في استعمال الملونات الممنوعة⁽⁴⁾.

كما قررت محكمة النقض المصرية في أح مد أحكامه - أن ه يكفي لتحقيق الغش خلط الشيء أو إضافة مادة مغايرة لطبيعته أو من نفس طبيعته ولكن من صنف أقل جودة بقصد الإيهام أن المادة المخلوطة خالصة لا شائبة فيها أو بقصد إظهارها بصورة أحسن مما هو عليه⁽⁵⁾. كما قررت أيضا أن جريمة وضع بيانات غير مطابقة للحقيقة تقع وتتوافر أركانها ولو كانت السلعة التي يوضع البيان عليها غير مغشوشة، ويتوافر القصد الجنائي فيها بمجرد وضع البيان غير الحقيقي مع العلم بعدم مطابقته للحقيقة⁽⁶⁾، وهذا الأمر يمكن أن يتحقق في مجال التعاقد الإلكتروني.

1- تقابلها المادة 1/02 من القانون المصري المتعلق بقمع الغش والتدليس التي تنص على أنه "يعاقب... كل من غش أو شرع في أن يغش شيئا من أغذية الإنسان أو الحيوان أو من العقاقير أو النباتات الطبية أو الأدوية أو من الحاصلات الزراعية أو المنتجات الطبيعية أو من المنتجات الصناعية معدا للبيع...".

v. aussi art. L 413-1/1 code consommation Français: « Il est interdit :

1° De falsifier des produits servant à l'alimentation humaine ou animale, des boissons et des produits agricoles ou naturels destinés à être vendus»

2- أنظر المادة 1/70 من القانون 03-09 التي تنص على أنه " يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 431 من قانون العقوبات كل من يزور أي منتج موجه للاستهلاك أو للاستعمال البشري أو الحيواني".

ويعتقد هذا النص يلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح التزوير في حين استعمل مصطلح الغش بموجب المادة 431 ق ع.

3- بودالي مجّد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 31.

4- المرجع نفسه، ص. 31.

5- الطعن رقم 1727 تاريخ الجلسة 1960/03/22، مكتب في 11، مشار إليه في مقال للقاضي مجّد حنة، بعنوان الغش التجاري في إطار

التجارة الإلكترونية على الموقع <http://kenanaonline.com/users/hetta11/posts/81022>

6- الطعن رقم 1907 تاريخ الجلسة 1971/03/14، مكتب في 22، مشار إليه في مقال للقاضي مجّد حنة، الموقع السابق.

ب. عرض سلع مغشوشة أو وضعها للبيع أو بيعها

قضت المادة 2/431 ق ع⁽¹⁾ بمعاينة كل من يعرض أو يضع للبيع أو يبيع مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مواد طبية أو منتجات فلاحية أو طبيعية يعلم أنها مغشوشة أو فاسدة.

ويتضح من خلال نص المادة 2/431 ق ع أن الركن المادي في هذه الجريمة يتحقق بثلاثة أنواع من الأفعال وهي العرض للبيع، الوضع للبيع والبيع، ونحن نرى أنه لا فرق بين الفعلين الأول والثاني وهما العرض والوضع للبيع من حيث الدلالة فكلاهما يؤديان نفس المعنى.

ويكفي لاعتبار سلعة معروضة أو موضوعة للبيع وجودها في مكان يصله الجمهور، كما هو الحال بالنسبة للبضائع الموجودة في المحل على عكس البضاعة الموجودة في الأماكن التي لا يسمح للجمهور الدخول إليها، بينما لا يعتبر عرضاً أو وضعاً للبيع نقل البضاعة في عربات السكك الحديدية أو السيارات⁽²⁾، يقتضي الأمر إذن أن تكون البضاعة مطروحة أو معروضة بقصد البيع⁽³⁾.

وفي مجال التعاقد الإلكتروني، فالركن المادي يتوافر عن طريق العرض أو الطرح للبيع من خلال شبكة الإنترنت بالنسبة للسلع الفاسدة أو المغشوشة التي تصل إلى المستهلك لاحقاً⁽⁴⁾، والتي نرى أنها تنضوي تحت جريمة الإعلان الكاذب التي سبق لنا الحديث عنها في الفصل الأول من هذا الباب.

1- تقابلها المادة 1/02 من القانون المصري المتعلق بقمع الغش والتدليس، إلا أن المشرع المصري استعمل لفظ "طرح" بدلا من مصطلح "وضع" الذي استعمله المشرع الجزائري، وتنص المادة 1/02 من القانون المصري على أنه "... وكذلك كل من طرح أو عرض للبيع أو باع شيئا من هذه الأغذية أو العقاقير أو النباتات الطبية أو الأدوية أو الحاصلات أو منتجات مغشوشة كانت أو فاسدة أو انتهى تاريخ صلاحيتها مع علمه بذلك" أنظر كذلك نص المادة 2/70 من القانون رقم 03-09 التي تنص على أنه "يعرض أو يضع للبيع أو يبيع منتوجا يعلم أنه مزور أو فاسد أو سام أو خطير للاستعمال البشري أو الحيواني"

v. aussi art. L 413-1/2 code consommation Français: « 2° D'exposer, de mettre en vente ou de vendre des produits servant à l'alimentation humaine ou animale, des boissons et des produits agricoles ou naturels, sachant qu'ils sont falsifiés, corrompus ou toxiques »

2 - بودالي مُجَّد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 35.

3- أنظر المادة 433 ق ع التي عاقبت على مجرد الحيازة المادية بقولها "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2.000 إلى 20.000 دج كل من يجوز دون سبب شرعي : - سواء مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبيعية يعلم أنها مغشوشة أو فاسدة أو مسمومة، - سواء مواد طبية مغشوشة، - سواء مواد خاصة تستعمل في غش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبية، - سواء موازين أو مكيابيل خاطئة أو آلات أخرى غير مطابقة تستعمل في وزن أو كيل السلع".
وتمتضى هذا النص فالمرشح لم يبين سبب الحيازة هل هي أجل الاستهلاك الشخصي أو التداول، خلافا للمشرع المصري الذي عاقب على الحيازة بقصد التداول (أنظر المادة 03 من القانون المصري المتعلق بقمع الغش والتدليس).

4- عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 125.

ج. التعامل في مواد خاصة تستعمل في الغش والتحريض على استعمالها

تنص المادة 3/431 ق ع⁽¹⁾ أنه "يعاقب كل من ... يعرض أو يضع للبيع أو يبيع مواد خاصة تستعمل لغش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مشروبات أو منتوجات فلاحية أو طبيعية أو يحث على استعمالها بواسطة كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات أو تعليمات مهما كانت"⁽²⁾.
ومن خ-لال ن-ص المادة يلاح-ظ أن المشرع لم يكتف بتجريم أفعال الغش أو التعامل في المواد المغشوشة، ولكنه نص على تجريم التعامل في المواد أو الأشياء أو الأجهزة الخاصة في الغش، والغاية من هذا النص هي تكريس مبدأ الوقاية بحماية الصحة العامة للمستهلكين قبل حماية حرية التجارة وذلك بالقضاء على الوسائل التي تيسر للجاني فعله الإجرامي⁽³⁾.

ومن جهة أخرى أوردت المادة 3/431 ق ع جريمة أخرى وهي جريمة التحريض على استعمال المواد في الغش، والتي تعتبر جريمة خاصة قائمة بذاتها "يعاقب عليها القانون حتى ولو لم تقع جريمة غش أصلا وحتى ولو لم ينجر عن التحريض أي أثر"⁽⁴⁾.

ولم يغفل المشرع عن إعطاء بعض الأمثلة عن الوسائل التي يتم بها التحريض، كاستعمال كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات أو تعليمات مهما كانت، حيث أن الإعلان بمثل هذه الوسائل على شبكة الإنترنت يعتبر جريمة.

1- تقابلها المادة 2/02 من القانون المصري المتعلق بقمع الغش والتدليس التي تنص على أنه "يعاقب ... كل من صنع أو طرح أو عرض للبيع أو باع مواد أو عيوب أو أغلفة مما يستعمل في غش أغذية الإنسان أو الحيوان أو العقاقير أو البيانات الطبية أو الأدوية أو الحاصلات الزراعية أو المنتجات الطبيعية أو المنتجات الصناعية على وجه ينفي جواز استعمالها استعمالا مشروعاً بقصد الغش وكذلك كل من حرض أو ساعد على استعمالها في الغش بواسطة كراسات أو مطبوعات أو بأية وسيلة أخرى من أي نوع كانت"، مع ملاحظة أن المشرع بمقتضى هذا النص أضاف فعل الصنع لمواد تستعمل في الغش واعتبرها جريمة معاقب عليها.

v. aussi art. L413-1/3,4 code consommation Français: « 3° D'exposer, de mettre en vente ou de vendre, en connaissant leur destination, des produits, objets ou appareils propres à effectuer la falsification des produits servant à l'alimentation humaine ou animale, des boissons ou des produits agricoles ou naturels ;
4° D'inciter à l'emploi des produits, objets ou appareils mentionnés au 3° par le moyen de brochures, circulaires, prospectus, affiches, annonces ou instructions quelconques.».

ويلاحظ أن المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي اكتفى بلفظ مواد خاصة، وهو لفظ يصلح ليشمل كل ما قد يستجد من معاني تدخل في نطاقه، في حين أن المشرع المصري حدد هذه المواد في المادة 2/02 السالفة الذكر.

2- أنظر المادة 3/70 من القانون رقم 03-09 التي تنص على أنه "يعرض أو يضع للبيع أو يبيع، مع علمه بوجهتها مواد أو أدوات أو أجه-زة أو كل مادة خاصة من شأنها أن تؤدي إلى تزوير أي منتج موجه للاستعمال البشري أو الحيواني".

ويلاحظ أن المشرع بمقتضى هذا النص أكد على أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية ويتضح ذلك من خلال مصطلح "مع علمه بوجهتها"، في حين يلاحظ أن النص العربي للمادة 3/431 ق ع سقطت منه هذه العبارة، رغم أنها موجودة في النص الفرنسي لنص المادة "connaissant leur destination"، وبذلك نأمل من المشرع أن يتدارك هذا الخطأ الوارد في النص العربي.

3- بودالي محمد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 39.

4- المرجع نفسه، ص. 40.

ويطرح التعداد السابق للوسائل التي يتم بواسطتها التحريض مسألة التحريض الشفهي والذي لا يدخل في تعداد النص القانوني، فوفقاً للتفسير الضيق للنصوص الجزائية فالتعداد ينصرف إلى التحريض الكتابي فقط. والجدير بالذكر أن النص السابق لا يسري على الفواكه والخضرة الطازجة الفاسدة أو المخمرة⁽¹⁾ لما قد تتعرض له هذه المنتجات الزراعية بطبيعتها من فساد -بما لا يخفى على المشتري- بفعل الظواهر الطبيعية كالصعيق والحرارة⁽²⁾.

وقد قرر المشرع المصري⁽³⁾ أسوة بالمشرع الفرنسي⁽⁴⁾ معاقبة الجاني حتى ولو كان المشتري أو المستهلك عالماً بغش البضاعة أو فسادها أو بانتهاك صلاحيتها⁽⁵⁾، ذلك أن علم هذا الأخير لا يمنع من أن الجاني قد ارتكب جريمة عن علم وإرادة مما يتعين تقرير عقابه بشأنها.

د. الغش الصادر من المتصرف أو المحاسب

وهذه الجريمة نصت عليها المادة 334 ق ع⁽⁶⁾، وتنصب على مواد أو أشياء أو مواد غذائية أو سائل سائل أو لحوم حيوانات، ولعل الحكمة التي ابتغاها المشرع من وراء تقريره لهذه الجريمة أنه رأى أن أعمال الغش لا تقتصر على التاجر أو المنتج أو الموزع أو المستورد، وإنما قد يشارك فيها أشخاص آخرون بحكم صفتهم كموظفين أو عاملين في إطار شخص اعتباري⁽⁷⁾.

ولتطبيق نص المادة 334 ق ع السالفة الذكر ألزم المشرع أن تتوفر في الجاني صفة معينة، وهي كونه متصرفاً أو محاسباً وهي صفتين غالباً ما تتوفر لدى الشخص الاعتباري.

1-v. aussi art. L 413-3 code consommation Français: « Les dispositions des articles L. 413-1 et L. 413-2 ne sont pas applicables aux fruits frais et légumes frais, fermentés ou corrompus».

أنظر أيضاً الفصل 15 من القانون المغربي المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع السالف الذكر التي تنص على أنه "لا تطبق أحكام الفصلين 5 و6 من هذا القانون على الفواكه والخضرة المبيعة نيفة أو متخمرة أو فاسدة".

2- بودالي مُجدد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 40.

3- أنظر المادة 3/02 من القانون المصري المتعلق بقمع الغش والتدليس التي تنص على أنه "وتطبق العقوبات المقررة في هذه المادة ولو كان المشتري أو المستهلك عالماً بغش البضاعة أو فسادها أو بانتهاك تاريخ صلاحيتها".

4 - v. aussi art. L 413-1 dernier paragraphe code consommation Français: «L'infraction est constituée même au cas où la falsification nuisible est connue de l'acheteur ou du consommateur».

5- أنظر الفصل 14 من القانون المغربي المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع السالف الذكر التي قررت أنه "لا يعتبر علم المشتري أو المستهلك بتغيير المنتج أو تزيفه ظرفاً مخففاً بالنسبة لمرتكب الجريمة بصرف النظر عن العقوبات التي يتعرض لها المشتري أو المستهلك إذا ثبت اشتراكه في الجريمة".

6- تنص المادة 334 ق ع على أنه "يعاقب بأقصى العقوبات المنصوص عليها في المواد السابقة:

- كل متصرف أو محاسب يكون قد قام بالغش أو عمل على غش مواد أو أشياء أو مواد غذائية أو سائل عهدت إليه قصد حراستها أو موضوعة تحت مراقبته أو يكون قد وزع عمداً أو عمل على توزيع المواد المذكورة أو الأشياء أو المواد الغذائية أو السائل المغشوشة،

- كل متصرف أو محاسب يكون قد وزع عمداً أو عمل على توزيع لحوم حيوانات مصابة بأمراض معدية أو أشياء أو مواد غذائية أو سائل فاسدة أو متلفة".

7- بودالي مُجدد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 41.

3/ الركن المعنوي:

هو أن يتوافر في المجرم مسؤوليته عن الأمر الذي وقع منه، والذي نص على تجريمه وعقابه، وذلك بتوافر عناصر المسؤولية الأدبية في شخصه من حيث الإدراك والإرادة ومن حيث الخطأ العمدي أو غير العمدي، ومن حيث ارتكاب الأمر بغير حق يستحقه أو واجب يؤديه⁽¹⁾.

وتعتبر جريمة الغش من الجرائم العمدية التي يتطلب القانون لقيامها توافر القصد الجنائي لدى الجاني، "وفي هذا الشأن قررت محكمة النقض المصرية أن جريمة خداع المشتري المنصوص عليها في القانون رقم 48 لسنة 1941 بشأن قمع الغش والتدليس هي جريمة عمدية، يشترط لقيامها ثبوت القصد الجنائي وهو علم المتهم بالغش في الشيء المتفق عليه وتعمره إدخال هذا الغش على المشتري، إذن لا يكفي لإدانة المتهم بهذه الجريمة أن يثبت الخداع أنه الملتزم بالتوريث، بل لا بد أن يقوم الدليل على أنه هو الذي ارتكب الغش أو أنه عالما به علما واقعيًا"⁽²⁾.

فالركن المعنوي لجريمة الغش التجاري يقصد به أن يصدر النشاط الإجرامي عن إرادة حرة وواعية قادرة على التمييز والاختيار، بحيث يقدم على ارتكاب الجريمة وهو على علم بكل العناصر المكونة للركن المادي، وهذا ما يعبر عنه في هذه الحالة بالعمد أو النية الإجرامية أو سوء النية، أي ضرورة توفر القصد الجنائي لدى الجاني.

فالقصد الجنائي يتحقق بعلم الجاني بما ينطوي عليه سلوكه من غش في السلعة، وأن ما يعرضه أو يضعه للبيع أو يبيعه مغشوشا أو فاسدا أو مسموما وذلك بنية خداع المشتري، ويتعين توافر نية الغش وقت وقوع الفعل لأن جريمة الغش من الجرائم العمدية الوقتية، أما فيما يتعلق بجرائم العرض أو الوضع للبيع أو البيع هي من الجرائم المستمرة، حيث يعد الفاعل مرتكبا للجريمة من وقت العلم بالغش والفساد⁽³⁾، ويعد البحث في توافر أو عدم توافر العلم بالغش مسألة واقعية يستقل بتقريرها قاضي الموضوع⁽⁴⁾.

فمن من المقرر أن القصد الجنائي من أركان الجريمة فيجب أن يكون ثبوته فعليا، ولا يصح القول بالمسؤولية الفرضية إلا إذا نص عليها الشارع صراحة، أو كان استخلاصها سائغا عن طريق استقراء نصوص القانون وتفسيرها بما يتفق وصحيح القواعد والأصول المقررة في هذا الشأن⁽⁵⁾.

وفي مجال التعاقد الإلكتروني، نرى أنه من الصعب تصور جهل المهني أو مقدم الخدمة أو السلعة بحقيقة العيوب التي تكون في بضاعته وقت التعاقد.

1- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 132.

2- الطعن رقم 1372 تاريخ الجلسة 1956/02/27، مكتب في رقم 07، مشار إليه في مقال للقاضي محمد حنة، الموقع السابق.

3- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص. 59.

4- بودالي محمد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 43.

5- الطعن رقم 1298 تاريخ الجلسة 1973/01/08، مكتب في رقم 24، مشار إليه في مقال للقاضي محمد حنة، الموقع السابق.

هذا ويلحق الغش كذلك حالات التقليد في مراحل الإنتاج الصناعي، وكذلك تقليد العلامات التجارية⁽¹⁾ المفضلة للمستهلك⁽²⁾، وعلى وجه أخص ازداد استخدام التقليد في التجارة عبر الإنترنت حيث تشمل سلعاً كثيرة حتى أننا نجد صعوبة في الوصول إلى منتج غير مقلد، فقد استطاع المقلدون تقليد كل شيء تقريباً⁽³⁾.

ثانياً: صور الغش التجاري أو الصناعي

يتضح من نص المادة 11 من القانون 03-09 أن جريمة الغش تتم في حالة مخالفة القواعد الواردة في المادة 11 المذكورة⁽⁴⁾، وذلك عن طريق اللجوء إلى بعض الوسائل المنافية للقانون والمتمثلة في إحداث تغيير في السلعة، ومن خلال نص المادة 431 ق ع يتضح أن التغيير قد يكون إما بالإضافة أو الإنقاص أو في الصناعة.

1/ الغش بالإضافة أو الخلط

الغش بالإضافة أو الخلط من أشهر الطرق شيوعاً بين التجار لسهولة، حيث يتحقق بخلط السلعة بمادة أخرى مختلفة عنها أو من نفس طبيعتها ولكن بجودة أقل بغية زرع الاعتقاد أنها خالصة، أو بغرض إخفاء رداءة نوعيتها أو إظهارها بوصفات ذات جودة عالية⁽⁵⁾، كخلط الذهب بالنحاس والسمن بالمارغرين أو خلط الصوف بالقطن وزيت الزيتون بزيت المائدة، والهدف هو ربح فارق الثمن دون الأخذ بعين الاعتبار النتائج التي قد تترتب عن غشهم والتي تضر بصحة المستهلكين⁽⁶⁾.

ويعد من قبيل الغش إضافة الماء إلى اللحم وعرضه للبيع وهو على هذه الحالة لزيادة وزنه، فهذا التصرف يجعل الوزن غيـر صحيح بالإضافة إلى ما يترتب عن ذلك من تقليل خواص اللحـم وإضعاف قوة العناصر المغذية فيه⁽⁷⁾.

- 1- نص المشرع الجزائري على أحكام جزائية تتضمن معاقبة المقلد نتيجة تقيده للعلامات التجارية بمقتضى أحكام الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتضمن العلامات، ج ر ع 44، وبمقتضى أحكام هذا الأمر فالمشرع لم يعرف جريمة التقليد لعلامة، غير أنه يمكن تعريفها بأنها اصطناع علامة مطابقة تطابقاً تاماً للعلامة الأصلية، أو هو صنع علامة تشبه في مجموعها العلامة الحقيقية بحيث يمكن للعلامة الجديدة أن تضلل المستهلك وتجذبها إليها ظناً منه أنها العلامة الأصلية. (د. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، القسم الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون، بدون بلد نشر، بدون سنة النشر، ص. 260).
- 2- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص. 59.
- 3- خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص. 100.
- 4- تنص المادة 11 من القانون 03-09 على أنه "يجب أن يلي كل منتج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله . كما يجب أن يستجيب المنتج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه".
- 5- بودالي محمد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 32.
- 6- خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص. 104.
- 7- مامش نادية، مسؤولية المنتج دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون أعمال، تحت إشراف د. سي يوسف زاهية حورية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 16 جانفي 2012، ص. 104.

وحتى يعتبر الخلط غشا يجب ألا يكون مرخصا به بنصوص قانونية أو تنظيمية⁽¹⁾، أو مطابقا للعادات التجارية كأن يكون ضروريا لحفظ بعض المنتجات أو يكون الغرض منه تحسين الإنتاج، ومجرد الخلط والإضافة وحده كافٍ لقيام الغش ولو لم يترتب عليه الإضرار بالصحة، ويثبت الغش بالإضافة أو الخلط إذا كانت المادة المضافة لا تدخل في التكوين الطبيعي للمادة الأصلية⁽²⁾.

2/ الغش بالإنقاص

ويتحقق بإنقاص جزء من العناصر الداخلة في تكوين المنتج الأصلي، وذلك عن طريق التغيير أو التعديل الذي يدخله الجاني على وزنها أو مكوناتها بغية الاستفادة من العنصر المسلوب، ويشترط في الطريقة التي استخدمت أن تترك للسلعة المظهر الخارجي الذي يوحى -باعتبارها السلع -الأصلية-، ويأتي الغش بالإنقاص -غالبا- مكملا للغش بالإضافة كما هو حاصل في الماركات العالمية للعلطور مما أدى إلى الاعتقاد بوجود تعدد في الجرائم يستوجب تطبيق القضاء لعقوبة الجريمة الأشد⁽³⁾.

وقد ينصب النزاع على الجزء الأكثر قيمة بمقتضى نص تنظيمي، فهو يعد عملا مشروعاً غير معاقب عليه كنزع مادة الكافيين عن البن والذي يباع تحت اسم بن لا يحتوي على كافيين⁽⁴⁾.

3/ الغش بالصناعة

تتحقق هذه الوسيلة عن طريق الاستحداث الكلي أو الجزئي لسلعة بمواد لا تدخل في تركيبها العادي، كما هو محدد في النصوص القانونية والتنظيمية أو في العادات المهنية أو التجارية، كالنبذ المصنوع من مواد كيميائية دون العنب⁽⁵⁾.

لذلك نجد أن المشرع ألزم المنتج أو الصانع في هذا الصدد بضرورة الوسم⁽⁶⁾ على المنتج، حيث يتم تحديد نسبة المكونات والعناصر الداخلة في تركيبه حتى يتحقق العلم الكافي للمستهلك حول المنتج الذي يرغب في اقتنائه.

1- أنظر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14/02/2002 الذي يحدد قائمة المواد المضافة المرخص بها في المواد الغذائية، جريدة رسمية العدد 31، وأنظر أيضا المرسوم التنفيذي رقم 12-214 المؤرخ في 15/02/2012 الذي يحدد شروط وكيفيات استعمال الإضافات الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للإستهلاك البشري، ج. ر. ع. 30.

2- بودالي محمد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 32.

3- المرجع نفسه، ص. 32.

4- خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص. 106.

5- بودالي محمد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 33.

6- عرفت المادة 03/4 من القانون 09-03 الوسم بأنه "كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتج مهما كان شكلها أو سندها بغض النظر عن طريقة وضعها".

راجع أيضا المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك السالف الذكر.

وإن كانت صور التغيير السابقة بفعل الإنسان، فإن هناك صور ترجع إلى أسباب خارجة عن إرادة الإنسان ومن تم لا تعتبر غشا معاقبا عليه، كفساد المادة من تلقاء نفسها كما هو الحال بالنسبة للحوم التي تبقى مدة طويلة في المحل أو تفتقد إلى أجهزة حفظها، ففي هذه الحالة يجوز معاقبة الفاعل بجريمة أخرى هي عرض البضاعة للبيع مع العلم بفسادها طبقا للمادة 2/431 ق ع⁽¹⁾.

ثالثا: عقوبة جريمة الغش التجاري والصناعي

أقر المشرع الجزائي عقوبات جزائية تلحق المهني في حالة الغش في المواد الغذائية أو التديليس⁽²⁾ أو حيازة سلع مغشوشة⁽³⁾ وذلك بموجب نصوص المواد 431-435 ق ع. وباستقراء هذه النصوص يتضح أن المشرع فرض عقوبات أصلية تتمثل في الحبس والغرامة، السجن المؤقت أو المؤبد⁽⁴⁾، كما أنه لم يغفل عن تحديد العقوبات التي تلحق بالشخص المعنوي⁽⁵⁾ في حالة ثبوت ارتكابه ارتكابه لجريمة الغش في المواد الغذائية أو الطبية، حيث يكـون الشخص المعنوي مسؤولا عن هذه الجرائم⁽⁶⁾، وتطبق عليه عقوبة الغرامة حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر⁽⁷⁾ والمادة 18 مكرر 2 ق ع عند الإقتضاء⁽⁸⁾.

- 1- بودالي مُجد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتديليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 33.
- 2- أنظر المادة 431 ق ع التي جعلت العقوبة هي الحبس سنتين إلى خمس سنوات والغرامة من 10.000 دج إلى 50.000 دج.
- 3- أنظر المادة 433 ق ع التي جعلت العقوبة هي الحبس شهرين إلى ثلاث سنوات والغرامة من 2.000 دج إلى 20.000 دج.
- 4- أنظر المادة 432 ق ع ج التي تقابلها المادة 83 من القانون 03-09، حيث أن المشرع فرض عقوبة الحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات وغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج إذا ألحقت المواد المغشوشة مرضا أو عجزا عن العمل بالشخص الذي تناولها، وشدد العقوبة إلى جنابة يعاقب عليها بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا تسببت المادة في مرض غير قابل للشفاء أو فقد عضو أو عاهة مستديمة، أما إذا أدت المادة المغشوشة إلى وفاة الشخص فيخضع الجاني لعقوبة السجن المؤبد.
- 5- راجع المادة 435 ق ع.
- 6- تنص المادة 51 مكرر ق ع على أنه "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك. إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع من مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشریک في نفس الأفعال".
- 7- تنص المادة 18 مكرر/1 ق ع على أنه "العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنایات والجنح هي: الغرامة التي تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة".
- 8- تنص المادة 18 مكرر 2 ق ع على أنه "عندما لا ينص القانون على عقوبة الغرامة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين سواء في الجنایات أو الجنح وقامت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي طبقا لأحكام المادة 51 مكرر، فإن الحد الأقصى للغرامة المحتسب لتطبيق النسبة القانونية المقررة للعقوبة فيما يخص الشخص المعنوي يكون كالآتي: 2.000.000 دج عندما تكون الجنابة معاقبا عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد، 1.000.000 دج عندما تكون الجنابة معاقبا عليها بالسجن المؤقت، 500.000 دج بالنسبة للجنحة".

من جهة أخرى فرض المشرع الجزائري على الشخص المعنوي العقوبات التكميلية⁽¹⁾ المتمثلة في حل الشخص المعنوي، غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات،...⁽²⁾.
وإن كان المشرع الجزائري بمقتضى قانون العقوبات حدد العقوبات التكميلية التي تلحق بالشخص المعنوي فإن هذا الأمر تجاهله بالنسبة للشخص الطبيعي⁽³⁾، وهذا خلافا للمادة 82 من القانون 09-03 التي نصت على مصادرة المنتوجات والأدوات وكل وسيلة أخرى استعملت لارتكاب هذه الجرائم.

الفرع الثاني: جريمة الخداع

يعرف الخداع بأنه القيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته أو إلباسه مظهرًا يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع⁽⁴⁾.

وقد تتشابه جنحة الخداع مع جنحة النصب، إذ أنهما يقومان على فكرة الخداع والتأثير في نفسية المجني عليه ولكنهما يختلفان من حيث أن هدف الجاني في جريمة النصب هو الإستيلاء على مال الغير في حين أن غرض الجاني في جريمة الخداع هو تحقيق كسب غير مشروع عن طريق إبرامه لصفقة تجارية سليمة في ظاهرها⁽⁵⁾.

وقد عاقب المشرع الجزائري على جريمة الخداع بمقتضى نص المادة 68 من القانون 09-03 التي أحالتنا إلى نص المادة 429 ق ع فيما يخص تطبيق العقوبات⁽⁶⁾.

1- أنظر المادة 435 مكرر/2 ق ع.

2- راجع المادة 18 مكرر/2 ق ع التي تضمنت العقوبات التكميلية التي تلحق بالشخص المعنوي.

3- أنظر المادة 08 من القانون المصري المتعلق بقمع الغش والتدليس التي تنص على أنه "تقضي المحكمة في حالة الحكم بالإدانة في إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة بنشر الحكم في جريدتين يوميتين على نفقة المحكوم عليه".

4- بودالي محمد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 09.

5- المرجع نفسه، ص. 09.

6- تنص المادة 68 من القانون 09-03 على أنه "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات، كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول:- كمية المنتوجات المسلمة، - تسليم المنتوجات غير تلك المعينة مسبقا، - قابلية استعمال المنتج، - تاريخ أو مدد صلاحية المنتج، - طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتج".

أما المادة 429 ق ع فتتضمن على أنه "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2.000 إلى 20.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد :- سواء في الطبيعة أو في الصفات الجوهرية أو في التركيب، أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع، - سواء في نوعها أو مصدرها، - سواء في كمية الأشياء المسلمة أو في هويتها".

من خلال النصين يظهر أن المشرع بمقتضى المادة 68 من القانون 09-03 استعمل مصطلح المستهلك في حين استعمل مصطلح المتعاقد في المادة 429 ق ع، الأمر الذي يستفاد منه أن المشرع وسع من نطاق تطبيق المادة 429 فهي تشمل كل شخص يتعاقد مع الجاني سواء كان العقد مبرما بين مستهلك ومحترف، أو بين محترفين فيما بينهم أو بين أشخاص عاديين، وهذا خلافا للمادة 68 من القانون 09-03 الذي يكون نطاقه محصورا في دائرة الخداع الذي يلحق المستهلك فقط.

أولاً: أركان جريمة الخداع

كغيرها من الجرائم الواردة في قانون العقوبات، فأركان جريمة الخداع تتمثل في:

1. الركن المادي

لم يحدد المشرع الجزائري بمقتضى المادة 429 ق ع⁽¹⁾ الوسائل التي يتم بها الخداع ولكنه نص في المادة 68 من القانون 03-09 على عبارة "بأي وسيلة أو طريقة كانت" الأمر الذي يفهم منه أن الخداع يمكن أن يتم باستخدام أية وسيلة تدليسية يتخذها الجاني سبيلا لمغالطة المستهلك، بشرط أن تشكل الوسيلة المستعملة خداعاً حقيقياً للمستهلك.

ويستوجب لقيام جريمة الخداع أن تقع وسائل الخداع على إحدى خصائص المنتج التي عدتها المادة 429 ق ع، ويكاد يغطي هذا التعداد جميع فرضيات الخداع المعروفة عملياً وهي⁽²⁾:

أ/ الخداع في طبيعة السلعة

أي حصول المتعاقد على سلعة من طبيعة أخرى غير المتفق عليها، كتعاقد الجني عليه على شراء خاتم من ذهب ليتبين أنه من نحاس.

ب/ الخداع في الصفات الجوهرية

وهي الصفات الرئيسية التي لو علم به المتعاقد وقت العقد لما أقدم على التعاقد -د- باعتبارها هي الدافع إلى التعاقد، "وهي التي تقوم عليها القيمة الحقيقية للمنتج من وجهة نظر المستهلك والذي ما كان ليتعاقد لتخلفها، وقد قضى في فرنسا بتحقيق الخداع في الصفات الجوهرية متى قام الجاني ببيع سيارة نقل على أنها سيارة جديدة أو سيارات سبق ارتكابها لحادث وأجريت عليها ترميمات وتعديلات على أنها جديدة، أو خداع المتعاقد في العداد الكيلو متري للسيارة، كما قضى في مصر أنه بقيام الجاني ببيع سمن تزيد حموضته على القدر المتفق عليه فإن الفعل يشكل خداعاً في الصفات الجوهرية لا غش. وتجدر الإشارة أن الخداع في الصفات الثانوية لا يعد محل تجريم لأن التشريع الجنائي لا يعاقب إلا على الوقائع الجسيمة التي تسبب أضراراً، وهو لا يتحقق في الخداع في الصفات الثانوية للبضاعة أو السلعة"⁽³⁾.

ومن جهة أخرى يوحى مصطلح "المتعاقد" المدرج في المادة 429 ق ع بوجود علاقة تعاقدية أي وجود عقد بين الطرفين، بخلاف لفظ المستهلك الوارد في المادة 68 من القانون 03/09 والتي تعتبر في هذا الشأن أكبر نطاقاً إذ أنها تطبق حتى في حالة عدم وجود علاقة عقدية، ذلك أن نص المادة جاء لحماية الضحية المستهلك سواءً أكان متعاقداً أم لا.

1- وإذا كان المشرع الجزائري أسقط بموجب المادة 429 ق ع عبارة "بأي وسيلة كانت" التي ورد ذكرها في المادة 68 من القانون 03-09، فإن المشرع الفرنسي استخدم هذه العبارة حيث عاقب بموجب المادة 213-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي على الخداع الذي يتم بأية وسيلة كانت أو عن طريق الغير.

2- بودالي تُمجد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 18.

3- مجدوب نوال، حماية المستهلك جنائياً من جريمة الخداع في عملية تسويق المواد الغذائية، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 11، جوان 2016، ص. 273.

ج/ الخداع في التركيب أو نسبة المقومات اللازمة للمنتوج

وتتحقق هذه الصورة متى وجد فارق أساسي في تكوين المنتج على النحو الذي يصوره البائع⁽¹⁾، ويحدد التركيب إما عن طريق اللوائح المتعلقة بالمنتوج متى وجدت أو الأعراف التجارية أو بالرجوع إلى بنود عقد الإستهلاك أو بالرجوع إلى الفاتورة⁽²⁾، ومن ذلك عرض ملابس مكونة من ألياف صناعية أو نيلون وإيهام المستهلك أنها مصنوعة من الحرير أو الصوف، ويستوي أن يكون الخداع في التركيبة نافعا أو ضارا بالمستهلك⁽³⁾.

د/ الخداع في هوية الأشياء

وتتحقق هذه الصورة بتسليم المتعاقد سلعة أخرى غير السلعة المعينة في العقد، ومثاله تسليمه طاقم من ذهب عيار 24 قيراط على أنه 28 قيراط.

2/ الركن المعنوي

تعتبر جريمة الخداع من الجرائم العمدية التي يستلزم لتوافر أركانها ثبوت القصد الجنائي لدى المتهم مما يعني انتفاء الجريمة بانتفائه.

وينبغي على ذلك أن جريمة الخداع تقوم بمجرد توفر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة وقت ارتكاب فعل الخداع⁽⁴⁾، حيث يقدم الجاني على ارتكاب الفعل الإجرامي وهو مدركا أن الطرق التضليلية والوسائل الصادرة منه تنطوي على خداع في طبيعة السلعة أو مصدرها أو أي أمر من الأمور التي حدتها المادة 68 من القانون 09-03.

وكون الخداع جريمة عمدية فالقانون لا يعاقب عليه إذا وقع بطريقة مشروعة، كما لا يعاقب على الجهل أو الغلط الذي يقع فيه البائع أو التاجر إزاء المتعاقد الآخر، وأن حسن النية ينفي الخداع⁽⁵⁾. إلا أنه يلاحظ أن الغلط الذي ينفي القصد لدى الجاني هو الغلط في الواقع وليس في القانون فإذا كان القانون ينص على التزام المحترف بفحص ومراقبة السلعة قبل بيعها فمخالفته ذلك يقيم مسؤوليته⁽⁶⁾.

ثانيا: العقوبات المقررة لجريمة الخداع

1- مجدوب نوال، المرجع السابق، ص. 272.

2- بودالي محمد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 20.

3- مجدوب نوال، المرجع السابق، ص. 272.

4- wilfrid JEANDIDIER, *droit pénal des affaire*, 2^{ème} édition, Dalloz, paris, 1996, p. 435.

5- بودالي محمد، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 25.

6- المرجع نفسه، ص. 26.

بإتيان الجاني لأي فعل من الأفعال المكونة للركن المادي يعرضه طبقاً للمادة 429 ق ع لعقوبة الحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات، وبغرامة من 2.000 دج إلى 20.000 دج أو بإحداها فقط.

لكن ما يمكن ملاحظته على هذه العقوبة أنه تُرك تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي، هذا الأخير الذي يمكنه أن يحكم وفقاً لظروف كل قضية وملاساتها بعقوبة الغرامة دون الحبس، هذه الغرامة التي نرى أنها قليلة الأهمية ومتواضعة بالنظر إلى ما يجنيه الجاني من أرباح نتيجة قيامه بأحد الأفعال المكونة للركن المادي، لذلك نرى أنها غير كافية لتحقيق الردع مما يتوجب إعادة النظر في قيمتها⁽¹⁾.

من جهة أخرى فقد شددت المادة 69 من القانون 09-03 العقوبة المنصوص عليها في المادة 429 ق ع إلى خمس سنوات حبس وغرامة قدرها 500.000 دج إذا كان الخداع أو محاولة الخداع قد ارتكب بواسطة الوزن أو الكيحل أو بأدوات أخرى مزورة أو غير مطابقة، طرق ترمي إلى التغليف في عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش في تركيب أو وزن أو حجم المنتج، إشارات أو ادعاءات تدليسية، كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات أو بطاقات أو أية تعليمات أخرى.

الفرع الثالث: جريمة الإحتيال المعلوماتي

"قد يلجأ المنتج أو الموزع عامداً ولأجل الترويج لمنتجاته إلى الدعاية المضللة التي قد تنطوي في بعض الأحيان على مغالطات علمية، بهدف تحقيق أقصى قدر ممكن من الربح على حساب المستهلك الذي تحدده الدعاية، من ذلك ما تلجأ إليه شركات صناعة الألبان المحففة على سبيل المثال من دعاية عبر شبكة الإنترنت وغيرها تفيد أن منتجاتها هي البديل الكامل للبن الأم على حين أن الثابت لدى منظمة الصحة العالمية أن ملايين الأطفال خاصة في دول العالم الثالث يموتون سنويا قبل السنة الأولى من أعمارهم بسبب اعتمادهم في التغذية على الألبان الصناعية.

وتثير هذه الوقائع وغيرها، جرائم الإحتيال أو النصب وإمكانية وقوعها بطريق الإنترنت، حيث تتمثل الطرق الإحتيالية فيها في صورة الدعاية المضللة لمزايا السلعة والفوائد المرجوة من ورائها توصلاً للاستيلاء على نقود المستهلك"⁽²⁾.

أولاً: تعريف الإحتيال المعلوماتي

1- يرجعنا إلى نص المادة 467 مكرر ق ع، يلاحظ أن المشرع قد تفتن أخيراً بموجب تعديل قانون العقوبات بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/20 الصادر بج. ر. ع. 29، حيث رفع الغرامة في مادة الجنح على النحو التالي: - يرفع الحد الأدنى للغرامات إلى 20.001 دج، إذا كان هذا الحد أقل من 20.000 دج، - يرفع الحد الأقصى للغرامات إلى 100.000 دج، إذا كان هذا الحد أقل من 100.000 دج، ويضاعف الحد الأقصى لغرامات الجنح الأخرى إذا كان هذا الحد يساوي أو يفوق 100.000 دج، ما عدا الحالات التي ينص القانون فيها على حدود أخرى.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص. 60.

ينصرف اصطلاح الإحتيال بوجـه عام إلى الغـش والخـداع الذي يعمد إليه أي شخص للحصول من الغير بدون وجه حق على فائدة أو ميزة ما، ويقصـد بالـإحتيـال المعلوماتـي إساءة استخـدام الحاسبات الآلية والتلاعب في نظم المعالجة الإلكترونية للبيانات والمعلومات للحصول بغير حق على أموال أو أصول أو خدمات⁽¹⁾.

كما يمكن تعريف جريمة الإحتيال المعلوماتي أنها كل سلوك احتيالي ينتهج منهج الحوسبة بنية الحصول على امتياز مالي، وعرفها البعض بأنها التلاعب العمدي بمعلومات وبيانات تمثل قيمة مادية يخزنها نظام الحاسب الآلي، أو الإدخال غير المصرح به لمعلومات وبيانات صحيحة، أو التلاعب في الأوامر والتعليمات التي تحكم عملية البرمجة، أو أية وسيلة أخرى من شأنها التأثير على الحاسب الآلي، حتى يقوم بعملياته بناءً على هذه البيانات أو الأوامر أو التعليمات، من أجل الحصول على ربح غير مشروع وإلحاق ضرر بالغير⁽²⁾.

وقد أقرت هيئة الأمم المتحدة تعريفا للإحتيال المعلوماتي بناءً على التوصية رقم (R9/89) المتبناة من المجلس الأوروبي والـذي جاء في هـ بأنه الإدخال أو المحو أو التعديل أو كبت البيانات أو برامج الحاسوب، أو التدخل المؤثر في معالجة البيانات التي تسبب خسارة اقتصادية أو فقد حيازة ملكية شخص آخر بقصد الحصول على كسب اقتصادي غير مشروع له أو لشخص آخر، أما لجنة "أوديت" لجنة تدقيق الحسابات في المملكة المتحدة تبنت تعريفا مفاده أن الإحتيال المعلوماتي هو أي سلوك احتيالي أو خداعي مرتبط بالكمبيوتر يهدف شخص بواسطته إلى كسب فائدة أو مصلحة مالية⁽³⁾.

الجدير بالذكر أنه "خلال عام 2004 شاع انتشار العديد من جرائم الإحتيال الإلكتروني، حيث انتشر في هذا العام الكثير من الفيروسات المختلفة والبرامج المفجرة، كما زادت الرسائل الإلكترونية المزعجة بنسبة 40%، أيضا شاع مصطلح الهاكرز مقترنا بالجريمة الإلكترونية⁽⁴⁾ الجديدة الذي أثار خوف ورعب الكثيرين من مستخدمي الإنترنت من الأفراد والمؤسسات أو الجماعات أو الحكومات والمنظمات والدول، بحيث أصبح مؤخرا يشكل أمرا خطيرا، وعلى الرغم من أن تلك الجرائم تعد بمثابة احتيالا إلكترونيا بحتا، إلا إنها تستهدف جني الأموال أو إلحاق الخسائر بأطراف أخرى، أو ضرب قدراتها التنافسية، كما أن بعضها قد يستهدف التشهير أو الحصول على إثارة غير مشروعة، وغيرها من دوافع الإجرام المعروفة، والتي يوفر لها الفضاء الافتراضي مجالا خصبا، في ظل ما يكتسبه مرتكب تلك الجرائم من شروط حماية أوفر وقدرة على التخفي، وانخفاض في

1- محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص. 167.

2- د. محمد طارق عبد الرؤوف الحق، جريمة الإحتيال عبر الإنترنت (الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص. 37.

3- محمود أحمد عبابنة، المرجع السابق، ص. 56.

4- يمكن تعريف الجريمة المعلوماتية بأنها كل نشاط إجرامي يؤدي فيه نظام الحاسب الآلي دورا لإتمامه على أن يكون هذا الدور على قدر من الأهمية (محمد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص. 15).

حجم المخاطرة وقلة الرقابة أو البطء في استقبال الجريمة. لقد نال موضوع الإحتيال التجاري على الإنترنت أهمية كبيرة خلال الآونة الأخيرة نظرا لانتشار استخدامات الإنترنت في كافة مجالات الحياة، بحيث أن جرائم الإنترنت احتلت نسبة هامة من بين الجرائم الاقتصادية الحادثة على مستوى كثير من الدول⁽¹⁾.

ثانيا: صور الإحتيال المعلوماتي

إن أساليب الإحتيال في إطار معام -لات التجارة الإلكترونية- متعددة بكثرة لدرجة أنه لا يمكن عدّها أو الإلمام بها على وجه التحديد، لكونها تتسم بذات الصفات التي تتسم بها التجارة الإلكترونية من كونها متجددة وتخضع للتطور المستمر.

إلا أنه ورغم تعدد الوسائل والأساليب التي ترتكب بها أفعال الإحتيال والغش المعلوماتي، ولكن كلها يجمعها رباط يتمثل في التعدي على البرامج والمعلومات المخزنة آليا والتلاعب فيها للحصول بغير حق على أموال وأصول أو خدمات وتحقيق العديد من الأغراض الإجرامية الأخرى⁽²⁾.

ومن هنا لا بد أن نشير إلى بعض أنواع الغش في إطار معاملات التجارة الإلكترونية وهي على سبيل المثال لا الحصر، حيث أنها متعددة لدرجة صعوبة الإلمام بها:

1/ الاستيلاء على أموال المصارف

أتاح الإنترنت لعملاء المصارف والبنوك الإطلاع على حساباتهم وإجراء التحويلات المالية المرغوب بها من خلال المواقع الإلكترونية العائدة لهذه المصارف على الشبكة، إلا أن المؤسسات المصرفية للهكرة⁽³⁾ الذين يقتحمون الأنظمة الإلكترونية للمصارف عبر الشبكة يتلاعبون في كشوف وحسابات العملاء، ويقومون بنقل الأرصدة من حساب إلى آخر، أو إضافة بضعة أصفر إلى رقم ما في هذا الحساب أو ذاك⁽⁴⁾.

2/ الغش في نقل الأموال إلكترونيا

يتم الإحتيال في نقل الأموال إلكترونيا من خلال رسائل البريد الإلكتروني أو معرفة كلمة المرور والحصول على تفاصيل الحساب، فيتمكّن المحتالون من الوصول إلى قواعد البيانات الخاصة بشركات الأعمال أو المؤسسات المالية وهذه إحدى أشكال سرقة الأموال المنقولة إلكترونيا⁽⁵⁾.

1- مقال للقاضي مُجّد حتة، بعنوان الغش التجاري في إطار التجارة الإلكترونية على الموقع:

<http://kenanaonline.com/users/hetta11/posts/81022>

2- مُجّد عبد الله أبو بكر سلامة، المرجع السابق، ص. 168.

3- الهاكر وهو عبارة عن قرصان على شبكة الإنترنت، أي الشخص الذي يخترق نظام المعلومات أو قاعدة المعطيات أو الشبكة دون أن يكون مسموحا له بذلك.

4- د. مُجّد طارق عبد الرؤوف الحق، المرجع السابق، ص. 48.

5- مقال للمحامية أريج حمادة، الغش في التجارة الإلكترونية، منشور بتاريخ 15 ماي 2014 على الموقع:

<http://www.alanba.com.kw/ar/economy-news/468828/15-05-2014>

3/ الإحتيال التجاري

يتم الإحتيال التجاري عبر الإنترنت عند عدم تسليم البضائع للمشتري بعد أن يقوم بدفع ثمنها أو عدم أداء الخدمة التي تم استيفاء أجورها، وقد انتشرت عبر الإنترنت المواقع المتخصصة في بيع البضائع والسلع، حيث يتم من خلال هذه المواقع عرض صور البضائع للبيع المباشر أو عن طريق المزاد، غير أنه في كثير من الأحيان لا يتم تسليم هذه البضائع، بعد أن يتم استيفاء الثمن عن طريق بطاقات الائتمان أو التحويلات المصرفية⁽¹⁾.

4/ الغش في بيع الأدوية

يعد شراء الأدوية والمستحضرات عبر الإنترنت خطراً قاتلاً، خصوصاً عندما تصعب الثقة بالموقع الذي يبيعها، حيث أنها عادة ما تكون مجهولة المصدر، ولا يمكن معرفة أين تم تصنيعها، ويجب عدم الانسياق وراء الإعلانات المضللة في بعض المواقع الإلكترونية التي تباع أدوية ومستحضرات مجهولة المصدر وغير مسجلة، لما قد تكون تنطوي عليه من خطورة بالغة لعدم معرفة محتواها، كما أن نسبة كبيرة من هذه المستحضرات مغشوشة بمواد أخرى سامة، ونشرت تلك التحذيرات بين فترة وأخرى في مواقع الإنترنت والصحف الورقية والإلكترونية⁽²⁾.

5/ الغش المرتبط بوسائل التعريف:

تتمثل أحد أبرز الاستراتيجيات المستخدمة بشكل متكرر في ارتكاب الغش في خلق مستندات خاطئة لتحريف أحد وسائل التعريف، فالتعريف المسروق يتم إنشاؤه بشكل احتيالي، وبالتالي فإنه من الممكن أن يستخدم في سرقة النقود أو بأي شكل آخر غير قانوني ومن ثم تجنب المساءلة والاعتقال، وتكنولوجيا الإنترنت تجعل إخفاء أحد وسائل التعريف عملية أكثر سهولة، فالبريد الإلكتروني ومواقع الإنترنت قد يتم التلاعب بها من خلال تضمينها تفاصيل خادعة أو تغيير مصدر الرسالة التي تبدو أنها آتية من مستخدم آخر، من هنا فإنه لا يوجد وسيلة لمعرفة المسارات التجارية لأولئك الأفراد المحتملون على الإنترنت⁽³⁾.

6/ احتيال الاتصالات

أصبح الإحتيال في مجال الاتصالات من المسائل الحساسة في السنوات الماضية، وهذا لا يعني أن الإحتيال في الاتصالات ظاهرة حديثة، ولكن أصبحت مؤسسات الاتصالات والمجتمع يرمته يرى من الضروري ملاحظة هذه الأنشطة الإحتيالية، بعد أن كانت الخسارات الناجمة عنها يتم امتصاصها في كثير من الأحيان⁽⁴⁾.

1- د. محمد طارق عبد الرؤوف الحق، المرجع السابق، ص. 50.

2- مقال للمحامية أريج حمادة، الغش في التجارة الإلكترونية، نفس الموقع السابق.

3- مقال للقاضي محمد حنة، بعنوان الغش التجاري في إطار التجارة الإلكترونية، نفس الموقع السابق.

4- د. محمد طارق عبد الرؤوف الحق، المرجع السابق، ص. 69.

ثالثا: حماية المستهلك من الإحتيال المعلوماتي وموقف المشرع الجزائري

وفي هذا المجال لا يفوتنا أن نبين كيفية حماية المستهلك الإلكتروني من جريمة الاحتيال وموقف المشرع الجزائري من ذلك.

1/ حماية المستهلك من الإحتيال المعلوماتي

تعاقب معظم القوانين في العالم⁽¹⁾ على مختلف الجرائم التي تقع على المستهلك بشكل عام، كما تعاقب على الجرائم التي تقع بحق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، وتهدف من وراء تقرير العقاب إلى "حماية المتعاملين في نطاق التجارة الذين يتعاملون في بياناتها، نظرا لأن بيانات هذه التجارة ذات قيمة لأنها تعتمد على نظام معلوماتي وتعد البيانات أو المعلومات المعالجة فيه عنصرا جوهريا لذلك فالعقاب على هذه الجرائم من شأنه زيادة الثقة لدى المتعاملين في التجارة الإلكترونية والحفاظ على حقوقهم"⁽²⁾ وذلك من خلال⁽³⁾:

- أ. تجريم الدخول غير المشروع إلى مواقع التجارة الإلكترونية والحصول على بيانات المستهلك.
- ب. حظر التعامل في البيانات الشخصية أو الاسمية للمستهلك دون إذن.
- ت. الحماية الجنائية للمستهلك في مواجهة مقدمي خدمة الإنترنت في عقد البيع الإلكتروني.
- ث. حماية وسائل الدفع الإلكترونية من التعدي عليها في مجال التجارة الإلكترونية.
- ج. الحماية من انتهاك السرية وخصوصية بيانات المستهلك.
- ح. تجريم التصريح عمدا ببيانات خاطئة للمستهلك توقعه في غلط في عقد التجارة الإلكترونية.
- خ. تجريم التعدي على التوقيع الإلكتروني أو البيانات المشفرة للمستهلك.
- د. تجريم التعدي على بيانات البطاقة الائتمانية التي تخص المستهلك.
- ذ. تجريم تزوير المحررات الإلكترونية التي يكون المستهلك طرفا فيها.

2/ موقف المشرع الجزائري

لم يعالج القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مسألة الإحتيال المعلوماتي التي تقع على المستهلك بمناسبة إبرامه لعقد عبر شبكة الإنترنت، لهذا نأمل من المشرع الجزائري إعادة النظر في نصوص هذا القانون وتضمينه مواد تتعلق بالمستهلك الإلكتروني.

وما دام أن القانون 09-03 لم يتحدث عن حماية المستهلك المعلوماتي الذي يقع ضحية غش أو خداع عبر شبكة الإنترنت، فما علينا إلا الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في قانون العقوبات.

1- أنظر على سبيل المثال قانون التجارة والمبادلات التونسي، ومشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية المصري.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 262.

3- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص. 61.

وبتصفحنا لنصوص قانون العقوبات نجد أن المشرع وبموجب التعديل رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 استحدث في الفصل الثالث المعنون بالجنايات والجرح ضد الأموال، القسم السابع مكرر عاج فيه المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7 ق.ع. ونحن نرى إمكانية تصور وقوع الجرائم التي تتضمنها هذه المواد على المستهلك المعلوماتي، وبالتالي يمكن حمايته استنادا إلى هذه نصوص.

ففي مجال الدفع الإلكتروني قد يتعرض المستهلك أثناء قيامه بالتحويلات البنكية إلى السطو والاختراق والإفشاء بمناسبة تلبذه الإلكتروني لبياناته الشخصية عبر المواقع الإلكترونية مما يتعين توفير الحماية له، فضلا عن إمكانية تعرضه لانتهاك الخصوصية، وهو الفعل الذي نرى إمكانية إخضاعه لنص المادة 394 مكرر 2 حيث أن الأفعال المعاقب عليها بموجب نص هذه المادة تمس البيانات والمعطيات التي يحصل عليها من نظم المعالجة الآلية للمعطيات التي يتم الإعتداء عليها بالدخول أو البقاء أو التعديل أو المحو أو التغيير.

هذا إلى جانب الحماية الجزائية التي كفلها المشرع بمقتضى الفصل الأول المعنون بالجنايات والجرح ضد الأشخاص في قسمه الخامس المعدل⁽¹⁾ بعنوان الاعتداءات على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة وفي هذا المجال تنص المادة 303 مكرر على أنه "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج، كل من تعمد المساس بجرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأية تقنية كانت وذلك: - بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبه - أو رضاه. - بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبه أو رضاه. يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

الجدير بالذكر أن قانون العقوبات لم يستح -دث في تعديله رقم 04-15-المشار إليه سابقا - نظاما خاصا بالتزوير المعلوماتي⁽²⁾ الذي يق -ع على المعلومات أو البيانات والمعطيات التي يحتويها النظام المعلوماتي، "وربما هذا يرجع -ع إلى اقتداء المشرع الفرنسي الذي أخضع أفعال التزوير المعلوماتي للنصوص العامة للتزوير، بعد أن قام بتعديله بجعل موضوع التزوير أي دعامة مادية

1- حيث عدل هذا القسم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ج. ر. ع. 84، بعد أن كان محررا في ظل الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 "الاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص وإفشاء الأسرار"، حيث أدرج المشرع حماية الحياة الخاصة في هذا القسم والتي يمكن انتهاكها بأية تقنية كانت ومن ذلك إمكانية انتهاكها عبر شبكة الإنترنت.
2- التزوير المعلوماتي هو تغيير وتحويل الحقيقة في البيانات الإلكترونية.

وليس محرر⁽¹⁾، الفرق أن النصوص الواردة في قانون العقوبات الجزائري الخاصة بالتزوير⁽²⁾ تجعل التزوير يرد على محرر⁽³⁾، وعليه لا يمكن إخضاع أفعال التزوير المعلوماتي للنصوص العامة للتزوير⁽⁴⁾ كما هو الحال في التشريع الفرنسي وهذا ما يستدعي تدخل تشريعي، إما بتعديل نصوص التزوير التقليدية أو بإدراج نص خاص بالتزوير المعلوماتي⁽⁵⁾.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري وقصد تدعيم الحماية التي جاء بها قانون العقوبات في مجال المساس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات، أصدر القانون رقم 04-09 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، حيث عرفت المادة 02 منه فقرة "أ" هذه الجرائم بأنها "جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المحددة في قانون العقوبات وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات الإلكترونية"، وعرفت الفقرة "ب" المنظومة المعلوماتية بأنها "أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة، يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات تنفيذاً لبرنامج معين"، كما عرفت الاتصالات الإلكترونية نظراً لما تثيره من انتهاكات خاصة وأنها في غالب الأحيان تكون عرضة للقرصنة، لذلك عرفها المشرع في الفقرة "و" من نفس المادة بأنها "أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية".

من جهة أخرى وقصد حماية البيانات المشفرة من الانتهاكات التي تقع عليها أصدر القانون رقم 04-15 المؤرخ في 01 فبراير سنة 2015 والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽⁶⁾، حيث عرفت المادة 02 بعض المفاهيم منها التوقيع الإلكتروني بأنه بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق، وعرفت بيانات التحقق من التوقيع

1- استحدث المشرع الفرنسي نصاً جديداً في قانون العقوبات تمكن من خلاله استيعاب التزوير العادي في المحررات إلى جانب التزوير المعلوماتي، وذلك بموجب نص المادة 441-1 ق ع ف، حيث جرم المشرع الفرنسي من خلالها كل أفعال التزوير التي تتم بأية وسيلة كانت،
Art. 441-1 code pénal Français: « Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.
Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ».
ويلاحظ أن المشرع الفرنسي فصل تغيير الحقيقة في البيانات المسجلة في ذلك - مرة النظام الآلي لمعالجة المعطيات حيث أخضع -ه لنص المادة 323-3 ق ع ف والتي تقابلها نص المادة 394 مكرر 1 ق ع ج، وبإلزام تغييرها في محررات النظام الآلي لمعالجة المعلومات والتي تخضع -ه لنص المادة 441-1 ق ع ف.
2- أنظر المواد 214-229 ق ع ج.
3- حيث يشترط المشرع أن يقع التزوير على محرر مكتوب وهذا لا ينطبق على معطيات النظام المعلوماتي.
4- الجدير بالذكر أن مستخرجات الحاسب الآلي من المحررات والمستندات الإلكترونية تشملها النصوص التقليدية لجريمة التزوير.
5- آمال قارة، الحماية الجزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006 ص. 134.
6- القانون رقم 04-15 المؤرخ في 01 فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ج. ر. ع. 6.

الإلكتروني بأنه رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانات أخرى مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني، كما عرفت آلية التحقق من التوقيع الإلكتروني بأنها جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني، أما شهادة التصديق الإلكتروني فعرفت بأنها وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع.

حرصا منها على توفير الحماية في مجال التقنية والتكنولوجيا صادقت الجزائر على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 14-252 بتاريخ 2014/09/08، وقد تضمنت الاتفاقية أحكاما تتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات لدرء أخطارها حفاظا على سلامة المجتمع والأفراد.

وقد ألزمت الاتفاقية كل دولة طرف بتجريم الأفعال المبينة في الفصل الثاني منها⁽¹⁾ وفقا لتشريعاتها وأنظمتها الداخلية⁽²⁾، ومن بين الجرائم التي نصت عليها الاتفاقية الاعتداء على سلامة البيانات، حيث حددت الأفعال المكونة للركن المادي لهذه الجريمة والمتمثلة في تدمير أو محو أو إعاقة أو تعديل أو حجب بيانات تقنية المعلومات قصدا وبدون وجه حق⁽³⁾، ويبدو أن الاتفاقية نصت على ضرورة توفر الركن العمدي وهو القصد، وألزمت الدول لتجريم هذا الفعل أن يسبب ضررا جسيما⁽⁴⁾.

كما نصت المادة 10 من الاتفاقية على جريمة التزوير والذي يتم باستخدام تقنية المعلومات من أجل تغيير الحقيقة في البيانات تغييرا من شأنه إحداث ضرر، وبنية استعمالها كبيانات صحيحة. ولم تغفل الاتفاقية عن الحديث عن جريمة الاحتيال⁽⁵⁾ التي يهدف من خلالها الفاعل إلى إلحاق ضرر بالمستفيدين والمستخدمين وبدون وجه حق بنية الاحتيال لتحقيق مصالح أو منافع غير مشروعة له أو للغير، وذلك عن طريق:

- إدخال أو تعديل أو محو أو حجب للمعلومات والبيانات.
 - التدخل في وظيفة أنظمة التشغيل وأنظمة الاتصالات أو محاولة تعطيلها أو تغييرها
 - تعطيل الأجهزة والبرامج والمواقع الإلكترونية.
- ضف إلى ما تقدم فقد جرمت الاتفاقية الاستخدام غير المشروع لأدوات الدفع الإلكترونية، حيث أضفت طابع عدم المشروعية على الأفعال التالية⁽⁶⁾:

1- وقد حددت الاتفاقية الأفعال المجرمة بموجب 06-18 منها.
 2- المادة 05 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.
 3- المادة 1/08 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.
 4- المادة 2/08 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.
 5- المادة 11 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.
 6- المادة 18 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

- كل من زور أو اصطنع أو وضع أي أجهزة أو مواد تساعد على تزوير أو تقليد أي أداة من أدوات الدفع الإلكترونية بأي وسيلة كانت.
 - كل من استولى على بيانات أي أداة من أدوات الدفع واستعملها أو قدمها للغير أو سهّل للغير الحصول عليها.
 - كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في الوصول بدون وجه حق إلى أرقام أو بيانات أي أداة من أدوات الدفع.
 - كل من قبل أداة من أدوات الدفع المزورة مع العلم بذلك.
- وتجدر الإشارة أنه وإلى جانب المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعية، فقد اعترفت الاتفاقية بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية⁽¹⁾، حيث ألزمت كل دولة طرف مع مراعاة قانونها الداخلي ترتيب المسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها باسمها أو لصالحها دون الإخلال بفرض العقوبة على الشخص الذي يرتكب الجريمة شخصياً.

1- المادة 20 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

الباب الثاني

حاشية على الباب الثاني
في بيان الأحكام الشرعية
التي تتعلق بالزكاة
والصلاة

إن الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني بعد التعاقد لا تخرج بطبيعة الحال عن تلك المقررة للمستهلك التقليدي، والتي تتمحور عموماً حول حقه في الضمان من خلال حمايته في مواجهة العيوب الخفية وحقه في ضمان التعرض والاستحقاق، لكن وبالنظر إلى الوسيلة التي يبرم بها عقد الإستهلاك الإلكتروني والتي جعلته يتميز عن العقد التقليدي ببعض الخصوصية، الأمر الذي جعل المستهلك الإلكتروني يحظى بحماية مستحدثة تختلف عن الحماية المقررة في القواعد التقليدية في مرحلة تنفيذ العقد (الفصل الأول).

وإن كان العقد التقليدي يتم تدوينه على محرر مكتوب ويتم التوقيع عليه خطياً، ولكن خلافاً لذلك فالعقد الإلكتروني يدون على محرر إلكتروني موقع عليه إلكترونياً، وهو ما يجعلنا نتساءل عن مدى حجتيته في الإثبات هـذا مـن جهة، ومن جهة أخرى أن العقد الإلكتروني يتم عبر شبكة مفتوحة، لا تعرف الحدود الجغرافية، وبالتالي يمكن أن ينطوي أحد أطرافه على عنصر أجنبي، وهذا من شأنه أن يطرح العديد من الصعوبات خاصة المتعلقة منها بمعرفة القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة والقضاء المختص بنظر النزاع (الفصل الثاني).

الفصل الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقد

إن حماية المستهلك يجب ألا تتوقف بمجرد انعقاد العقد، بل يجب أن تستمر طالما العلاقة العقدية مستمرة، لأن هذه المرحلة قد تشهد امتناع المحترف عن تنفيذ التزاماته أو تنفيذها بشكل سيء أو مخالف للاتفاق أو طبيعة التعامل وما يفرضه حسن النية وشرف التعامل⁽¹⁾.

تبعاً لذلك يتمتع المستهلك الإلكتروني بحماية عمومية طبقاً للنظريـة العامة حيث قرر له المشرع الحق في الضمان (المبحث الأول)، فضلاً عن الحماية المستحدثة المخولة له والناعبة من خصوصية عقده أنه يتم بوسيلة إلكترونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ضمانات حماية المستهلك الإلكتروني

لغرض حماية المتعاقـد الضعيف من تعسف المتعاقـد القوي (المحترف) في العقد ـ المبرم عبر شبكة الإنترنت، قرر المشرع الحق في الضمان وجعله من النظام العام حيث لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إسقاطه. فعلى غرار المستهلك التقليدي يتمتع المستهلك الإلكتروني بضمانات عمومية طبقاً للنظريـة العامة للعقد، وحفاظاً على سلامته المالية مكنه المشرع من حقه في ضمان العيوب الخفية (المطلب الأول)، وحقه في ضمان السلامة الجسدية (المطلب الثاني)، فضلاً عن حقه في الانتفاع الهادئ بالسلعة أو الخدمة محل العقد والذي يتأتى بضمان التعرض والاستحقاق (المطلب الثالث).

1- عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 459.

المطلب الأول: ضمان العيوب الخفية

إن فكرة ضمان العيوب الخفية تستمد أساسها القانوني من الإرادة التشريعية في حد ذاتها، أي من قواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، حيث نظم المشرع أحكام العيوب الخفية في المواد 379-386 ق م، كما عالجها بمقتضى القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في الفصل الرابع المعنون بالزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع لا سيما المادتين 13 و14 منه.

وتطبيقاً للمادة 13 من القانون 09-03 ص-در المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ⁽¹⁾.

ودعوى العيوب المقررة من قبل المشرع تهدف إلى الحفاظ على السلامة المالية للمستهلك درءاً للضرر التجاري الذي قد يصيب المستهلك في حالة وجود عيوب خفية في السلعة أو المنتج⁽²⁾، والالتزام بضمان العيوب الخفية تستلزمه طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين، فالمستهلك الذي يتعاقد إلكترونياً مع المزود من أجل شراء منتج معين يفترض أنه خال من العيوب، وصالح للغرض الذي اشتراه من أجله، ولو كان يعلم ما به من عيوب لما تعاقد على شرائه أو لما دفع فيه الثمن المسمى⁽³⁾.

عطفاً على ما تقدم يجب تحديد مفهوم العيب الخفي (الفرع الأول)، والآثار المترتبة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم العيب الخفي

سنحاول أن نعط مفهومًا للعيب الخفي من خلال تعريفه وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له وتحديد شروطه.

أولاً: تعريف العيب الخفي

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية العيب بأنه ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة - من الآفات العارضة لها⁽⁴⁾، وعرفه جانب من الفقهاء بأنه عدم قابلية المبيع للاستعمال المعد له بحسب طبيعته أو تبعاً لإرادة الطرفين⁽⁵⁾.

1- المرسوم رقم 13-327 المؤرخ في 26/09/2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج. ر. ع. 49، الذي ألغى المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج. ر. ع. 40.
2- عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 106.
3- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 173.
4- حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتجات (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف د. مامون عبد الكريم، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص. 107.
5- دالي بشير، المرجع السابق، ص. 270.

كما عرفته المادة الأولى من القانون رقم 21 لسنة 2005 المتعلق بحماية المستهلك الفلسطيني بأنه "خطأ أو نقص من حيث الجودة والكمية والكفاءة أو عدم مطابقة المعايير والمقاييس التي يتوجب الالتزام بها بموجب القانون أو الأنظمة السارية المفعول فيما يتعلق بالمنتج".

كما عرفه المشرع المصري بمقتضى المادة 01 من قانون حماية المستهلك بأنه "كل نقص في قيمة أي من المنتجات أو نفعها بحسب الغاية المقصودة يؤدي إلى حرمان المستهلك كلياً أو جزئياً من الاستفادة بها فيما أعدت من أجله، بما في ذلك النقص الذي ينتج من خطأ في مداولة السلعة أو تخزينها، وذلك كله ما لم يكن المستهلك تسبب في وقوعه".

أما المشرع الجزائري ومقتضى نص المادة 379 ق م فإنه لم يعرف العيب واكتفى بذكر أثره من حيث كونه ينقص القيمة أو المنفعة، كما ألحق بالعيب الخفي الصفات التي تعهد البائع بوجودها وقت التسليم للمشتري، في حين عرف المشرع الفرنسي⁽¹⁾ العيب الخفي بأنه العيب الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال المقرر له، وينقص من صلاحيته لدرجة أن المشتري لم يكن ليشتريه ولم يكن ليدفع فيه إلا ثمن أقل فيما لو علم بهذا العيب.

من جهة أخرى عرفته محكمة ليون (LYON) بأنه "النقص الذي يصيب الشيء بشكل عارض ولا يوجد حتماً في كل الأشياء المماثلة"⁽²⁾.

من خلال ما تقدم يمكن أن نعرف العيب الخفي بأنه العيب الذي يلحق بالمنتج سلعة كانت أو خدمة⁽³⁾ سواء في الأوصاف أو الخصائص والذي من شأنه أن يجعل السلعة أو الخدمة غير صالحة للهدف المعدة له، أو يؤدي إلى إتلاف المنتج أو إنقاص قيمته أو منفعته أو غياب صفته التي تعهد مقدم الخدمة أو السلعة بوجودها، بحيث يؤثر ذلك في جودة المنتج تأثيراً من شأنه أن يجعل المتعاقد (المستهلك) لا يقدم على إتمام العقد لو علم بذلك وقت التعاقد.

ثانياً: تمييز العيب الخفي عن بعض المصطلحات المشابهة له

في حالات عديدة يدق التمييز بين المفاهيم القانونية القريبة من مصطلح العيب الخفي لذلك وجب تمييزها عنها لتفادي الخلط بينها:

1/ العيب الخفي وعدم المطابقة

في كثير من الأحوال يتم الخلط ما بين عيب المنتج وعدم المطابقة مع المنتج المتفق عليه، وإذا كان يظهر من الناحية القانونية أن تسليم منتج غير مطابق مع ما اتفق عليه يمثل إخلالاً بالالتزام بالتسليم الذي يكون

1 - v. art. 1641 de code civil français « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

2- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2007، ص. 100.

3- راجع المادة 03 بند 10 من القانون 09-03 التي عرفت المنتج بأنه سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً.

جزاؤه الفسخ، في حين أن العيب الخفي هو عدم صلاحية المنتج لتأدية الغرض المخصص له، وجزاؤه الرد أو الإنقاص مع التمكين من التعويض⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى الأحكام العامة في القانون الجزائري فإن المقارنة بين نص المادة 364 ق م التي تنص على التزام البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع، وبين نص المادة 379 ق م تظهر التفرقة بين الالتزام بالتسليم المطابق والذي يعد متزامنا مع نقل الملكية، والالتزام بالضمان والذي يأتي بعد عملية النقل، مع ما ينتج عن ذلك من فروقات بين الدعويين فدعوى المطابقة لا يمكن إثارتها بعد تسليم المبيع، في حين لا يبقى بعد ذلك أمام المشتري إلا دعوى الضمان والذي هو مقيد برفعها في آجالها المنصوص عليها في المادة 383 ق م والمقدرة بسنة من يوم تسليم المبيع⁽²⁾.

2/ العيب الخفي والغلط في الصفة الجوهرية للمنتج

يعتبر الغلط عيب في الرضا يتعلق بالجانب الشخصي والنفسي للمتعاقد، يحمله على الاعتقاد بتوفر صفة معينة في المنتج فيصور له الأمر على غير حقيقته فيدفعه إلى التعاقد، وبذلك يجوز له إبطال العقد⁽³⁾ إذا كان الغلط الذي وقع فيه جوهريا وقد نصت المادة 82 ق م على أنه "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية"⁽⁴⁾.

يظهر من نص المادة أن المشرع اشترط في الغلط الذي يعيب الرضا ويجعل العقد عرضة للإبطال أن يكون هذا الغلط جوهريا دافعا للتعاقد، وهو أمر يتم تقديره بصفة ذاتية وشخصية أي بالنظر إلى ذات المتعاقد وليس بصفة موضوعية.

ويختلف الغلط عن العيب الخفي، في أن الشخص الذي وقع في غلط يكون قد تعاقد على شيء آخر لم يكن في اعتقاده، أما العيب فإن الشخص يتعاقد على الشيء المقصود ذاته، غاية ما في الأمر أن به عيبا يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له، أي يؤثر في قيمته أو الانتفاع به⁽⁵⁾.

1- قادة شهيدة، المرجع السابق، ص. 101.

2- المرجع نفسه، ص. 101.

3- المادة 81 ق م ج.

4- المادة 82/2 ق م ج.

5- مراد قرني، دعوى الضمان القانوني لعبوب المبيع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، تحت إشراف د. الطيب زروقي، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، تاريخ المناقشة 2006/06/12، ص. 17.

ومع ذلك يقترب الغلط من ضمان العيب من حيث أثرهما على المتعاقد، فنجد أن الغلط الجوهرى يتمثل أثره في امتناع المتعاقد عن إبرام العقد لو علم الحقيقة، كذلك نجد في العيب فإن قبول المشتري للمبيع مع علمه يسقط حقه في الرجوع بدعوى الضمان⁽¹⁾.

وقد ذهب رأي في الفقه المصرى إلى القول بأنه إذا وقع الغلط في صفة جوهرية في المبيع، وكانت هذه الصفة تتصل بصلاحيّة المبيـع للغرض الذي أعد له، بحيث أن انتفائها يجعله غير صالح للاستعمال، أو للغرض المعد له فيجوز للمشتري في هذه الحالة أن يرجع على البائع بدعوى الإبطال للغلط أو دعوى ضمان العيب فيختار إحداها ولكن لا يجمع بينهما، وقد وجد هذا الرأي سنداً في نص المادة 419 ق م م المقابلة لنص المادة 352 ق م ج، كما سارت على هذا النهج محكمة النقض الفرنسية، إذ أرست أول مبدأ قانوني لها في هذا الشأن، في حكم لها صادر بتاريخ 1960/06/19 قضت فيه بأن المشتري يلتزم برفع دعوى ضمان العيب في خلال المهلة الوجيزة المنصوص عليها قانوناً، ولا يمكنه التهرب من هذا القيد بادعائه أن عدم صلاحية المبيع للاستعمال المقرر له تمثل غلط في جوهر الشيء مما يبرر دفع دعوى الإبطال⁽²⁾.

ثالثاً: شروط العيب الخفي الموجب للضمان

حتى يترتب التزام البائع بالضمان لا بد أن تتوفر في العيب الشروط التالية:

1/ أن يكون العيب مؤثراً

تنص المادة 1/379 ق م⁽³⁾ على أنه "يكون البائع ملزماً للضمان 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 حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها".

فالعيب المؤثر هو العيب الذي ينقص من قيمة المنتج نقصاً محسوساً يجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له. وينبغي على ذلك أنه لا ضمان إذا كان العيب خفيفاً أو طفيفاً لم يصل إلى الجسامة التي تنقص من قيمته أو من الانتفاع به⁽⁴⁾، وعلى كل حال فإن تقدير العيب إذا كان مؤثراً أم لا هي مسألة يرجع تقديرها للقاضي.

1- مراد قرني، المرجع السابق، ص. 20.

2- المرجع نفسه، ص. 20.

3- راجع المادة 1641 ق م ف التي اشترط المشرع بمقتضاها حتى يكون العيب مؤثراً أن يبلغ حداً من الجسامة بحيث لو علمه المشتري وقت التعاقد لما أقدم على الشراء، وأنظر أيضاً مفهوم العيب المؤثر بموجب المادة 1/447 ق م م التي تنص على أنه "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده".

4- أنظر المادة 448 ق م م التي تنص على أنه "لا يضمن البائع عيباً جري العرف على التسامح فيه".

2/ أن يكون العيب خفياً

يجري الفقه والقضاء والقانون تفرقة بين العيب الظاهر والعيب الخفي، ولا يضمن المنتج -بحسبانه بائعاً- النوع الأول وهو ما تؤكد عليه المادة 1642 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾، والتي تقابلها المادة 2/379 ق م ج التي تنص على أنه "غير أن البائع لا يكـون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلوه المبيع من تلك العيوب أو أخفاها غشاً منه".

وغني عن البيان أن عدم ضمان المهني للعيب في هذه الحالة يرجع إلى أن استلام المستهلك للمنتج وهو مقترن بنقيصة وعدم تدمره من ذلك هو قرينة على قبوله له بالحالة التي هو عليها⁽²⁾.

غير أنه يستثنى من قاعـدة عدم خضوع العيب الظاهر للضمان حالتان أوردتهما نص المادة 379 ق م، حيث يستفيد المستهلك بمقتضاها من أحكام العيب الخفي ولو كان ظاهراً وهما:

الحالة الأولى: إذا أثبت المستهلك أن المحترف (البائع) أكد له خلوه المبيع من أي عيب.

الحالة الثانية: إذا أثبت المستهلك أن المحترف (البائع) تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

وإذا كان المنتج لا يلتزم بضمان العيب الظاهر إلا في هذين الحالتين، فإنه وفي مقابل ذلك يقع عليه ضمان العيب الخفي الذي يكون موجوداً وقت التعاقد ولم يكن في وسع المستهلك اكتشافه ولو فحص المنتج بعناية الرجل العادي.

3/ أن يكون العيب قديماً

استناداً إلى نص المادة 2/379 ق م ج فإن البائع يكون ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهـد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، وعليه يضمن المنتج عيب المنتج إذا كان موجوداً وقت التسليم، والمعول عليه هنا هو التسليم الفعلي ذلك أنه من البديهي ألا يسأل المنتج عن العيوب التي تلحق منتجاته بعد تسليمها للمستهلك أو المستعمل⁽³⁾.

ولكن هناك بعض العيوب التي تكون سابقة للتسليم لكنها لا تظهر إلا بعد التسليم، وبالتالي إذا أثبت المشتري ذلك يكون البائع ملتزماً بالضمان مثل "بيع حيوان مصاب بجرثومة ولم يظهر المرض إلا بعد التسليم فيصبح على المشتري الإثبات بأن العيب كان سابقاً للتسليم حتى يضمنه البائع، وقد يحصل ذلك في الغلال

1 - v.art. 1642 de code civil français « Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même ».

2- قادة شهيدة، المرجع السابق، ص. 108.

3- المرجع نفسه، ص. 107.

والخشب ولكن إذا كانت أعمال المشتري الاستثنائية هي التي عدلت في الشروط الطبيعية التي تسهل تطور الجرثومة فإن هذه الأعمال تشكل أخطارا يتحملها المشتري"⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن صفة القدم في المنتوجات الخطيرة تتسم ببعض الخصوصية على اعتبار أن العيب في هذه الحالة لا يتحدد بالتسليم فقط، وإنما قد يتصل بالتصنيع والإنتاج والإعداد، ويبدو أن الوضع سيختلف في حالة ما إذا كان المنتوج قابلا للفساد مع مرور الوقت وتمّ إبلاغ المستهلك بذلك فينتقل الضمان إليه⁽²⁾. ويتمتع قضاة الموضوع بسلطة تقديرية لإثبات صفة القدم في العيب، والتي تستخلص من طبيعة العيب نفسه، فالعيب في نظام المكابح هو بالضرورة سابق للبيع⁽³⁾.

4/ ألا يكون العيب معلوما لدى المستهلك

فإذا كان المستهلك على علم بالعيب وقت البيع سقط حقه في الضمان ولو كان العيب خفيا، لأن إقدامه على شرائه مع علمه بعيبه دليل على رضائه به.

وحقّي يتمكن المستهلك من ممارسة حقه في طلب الضمان وضعت المادة 380 ق م ج التزاما على عاتقه يتمثل في مبادرته بفحص المبيع بنفسه أو بواسطة خبير، فإذا اكتشف عيبا يضمنه البائع⁽⁴⁾ وجب إخباره به في أجل معقول⁽⁵⁾ وإلا اعتبر راضيا بالمبيع.

والجدير بالذكر أن عدم العلم أو عنصر الجهل مرتبط بالمستهلك لا بالمهني البائع، ذلك أن المقصود هنا أن عدم علم الأول بالعيب هو الذي دفعه إلى الحصول على المنتج⁽⁶⁾، أما المهني البائع فمن المفترض أنه على علم بالعيب الذي شاب منتوجه، لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تشبيه البائع بالبائع سيء النية بقولها أنه كان من واجبه أن يعلم بالعيب بحكم مهنته وتمرسه اللذان يجعلانه أكثر إدراكا لسر الإنتاج وكيفيته وفي صياغات أخرى كان القضاء يردد عبارة أنه لا يستطيع أن يجهل العيوب⁽⁷⁾.

وبتطبيق الشروط السابقة الواجب توافرها لقيام التزام البائع بضمان العيب الخفي في المبيع نجد أنها متوفرة أيضا في حالة عقد البيع الإلكتروني عبر الانترنت، فمثلا إذا قام المستهلك بشراء برنامج حاسب آلي من المهني، وعند استعماله تبين أنه معيب ولا يحقق الفائدة المرجوة منه، أو تم زرع فيروس به لا يستطيع إلا خبير اكتشافه، بل أن خبير البرمجة العادي لا يستطيع أن يكتشف وجود الفيروس في برنامج الكمبيوتر إذا فحصه

1- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، الجزء الخامس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص. 228.

2 - قادة شهيدة، المرجع السابق، ص. 108.

3- دالي بشير، المرجع السابق، ص. 275.

4- لأن هناك بعض البيوع لا ضمان للعيوب فيها وهي البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمراد (المادة 385 ق م).

5- حددت المادة 383 ق م أجل سقوط دعوى ضمان العيب الخفي بسنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل.

6- قادة شهيدة، المرجع السابق، ص. 108.

7- المرجع نفسه، ص. 109.

بعناية الخبير العادي، فهنا نكون بصدد عيب خفي ومؤثر يصعب على المستهلك العادي، إن لم يكن مستحيلا اكتشافه، مما يتوافر معه في هذه الحالة التزام المهني في عقد الاستهلاك بضمان العيب الخفي في برنامج الكمبيوتر⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على العيب الخفي

متى توفرت الشروط السابقة في المنتج نشأ في المقابل التزام على عاتق المحترف (البائع) بضمانه لوجود العيب الخفي، هذا الضمان يتحقق بوسائل ودية أو بوسائل قضائية.

أولاً: الوسائل الودية لتنفيذ الضمان

برجعونا إلى أحكام القانون 03-09، يلاحظ أن المشرع أقر ضمانا قانونيا ينشأ للمستهلك بقوة القانون، حيث نصت المادة 13/2، منه على أنه "يستفيد كل مقطن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات".

واعتبرت الفقرة الخامسة من نفس المادة أن هذا الضمان القانوني هو من النظام العام ويقع باطلا كل شرط يخالف ذلك.

وقد عرفت المادة 03/بند 1 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 هذا الضمان القانوني بأنه "الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع (كل بند تعاقدي أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق أو كشف تكاليف أو كل وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما) وتغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة"، ولكن إلى جانب هذا الضمان القانوني فقد خول المشرع للمستهلك إمكانية حصوله على ضمان اتفاقي وفي هذا نصت المادة 14 من القانون 03-09 بأنه "كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجانا، لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه". وبذلك يمكن تعريف الضمان الاتفاقي بأنه "كل التزام تعاقدي محتمل يرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله لفائدة المستهلك، دون زيادة في التكلفة"⁽²⁾، ويعتبر الضمان الاتفاقي زيادة في الضمان على عاتق المتدخل لأن وجوده لا يعني عن الضمان القانوني بل يظل قائما.

ويشترط في الضمان الاتفاقي شرطان أولهما هو أن يكون مجانيا (أي لا يزيد في تكلفة المستهلك) وثانيهما أن يكون أنفع من الضمان القانوني كالتزام المتدخل بالضمان لأكثر من 06 أشهر.

1- خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص. 55.

2- المادة 03 بند 2 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327.

تبعاً لذلك فوجود الضمان الإتفاقي إلى جانب الضمان القانوني أدى إلى إحداث تكامل بين النظامين حيث أن الضمان الإتفاقي دعم حماية المستهلك، ذلك أن وجوده لا يمنع المستهلك من التمسك بالضمان القانوني، كما أنه يعتبر زيادة في الضمان على عاتق المتدخل لحساب المستهلك. والجدير بالذكر أن الضمان القانوني يطرح بعض الإشكالات القانونية تدور حول إمكانية اعتباره تلقائياً أم لا بد من إتباع إجراءات معينة لتنفيذه، وما هي الآثار المترتبة على ذلك؟.

1/ إجراءات تنفيذ الضمان القانوني

من خلال نص المادة 03/11^{بد} من القانون 09-03 التي عزّفت فيها المشرع المنتج السليم والنزبه والقابل للتسوية بأنه "كل منتج خال من أي نقص و/أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة المستهلك و/أو مصالحه المادية والمعنوية"، وكذا نص المادة 13/3 من نفس القانون التي تنص على أنه "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته".

يستفاد من هذين النصين أن المشرع ألزم المتدخل (المحترف) بضمان العيب الذي يصيب المنتج مهما كانت طبيعته، فالمهم في كل ذلك أن يكون هذا النقص أو العيب قد ألحق ضرراً بصحة المستهلك أو سلامته المادية وبالتالي يستفيد من الضمان.

وطبقاً للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، فإن هذا الضمان يسري مفعوله ابتداءً من تسليم السلعة أو تقديم الخدمة، وحتى يستفيد المستهلك منه يجب أن يراعي الإجراءات التالية:

أ/ تسليم شهادة الضمان

ألزم المشرع الجزائري المتدخل بأن يسلم المستهلك شهادة الضمان بقوة القانون ⁽¹⁾، وقد حدد البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها هذه الشهادة ⁽²⁾.

وإن كان المشرع جعل تسليم شهادة الضمان إلزامياً إلا أن المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 أكدت على بقاء الضمان ساري المفعول حتى في حالة عدم تسليم شهادة الضمان أو عدم مراعاة البيانات المذكورة في المادة 06 من نفس المرسوم، وحتى في حالة ضياعها فقد أعطى المشرع الحق للمستهلك بالمطالبة به عن طريق تقديم فاتورة أو قسيمة الشراء أو تذكرة الصندوق أو أي وثيقة أخرى مماثلة أو أي وسيلة من وسائل الإثبات، فالمهم في كل ذلك أن يكون لدى المستهلك وثيقة تثبت زمن تسلمه المنتج حتى يستطيع

1- أنظر المادة 05/2 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327.

2- أنظر المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327.

الرجوع على المتدخل خلال مدة الضمان، التي يجب ألا تقل عن 06 أشهر ابتداء من تاريخ تسليم السلعة⁽¹⁾، أو تقديم الخدمة⁽²⁾.

هذا وتتجسد أكبر حماية للمستهلك، حين منح المشرع حق الضمان للمستهلكين الذين يقتنون منتجات مستعملة بحيث ألزم ألا تقل مدة الضمان لهذه الفئة عن ثلاثة أشهر.

ب/ الإعدار

لم يستخدم المشرع مصطلح "إعدار" وإنما استخدم مصطلح "شكوى"، حيث تنص المادة 1/21 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 على أنه "لا يستفيد المستهلك من الضمان إلا بعد تقديم شكوى كتابية، أو عن طريق أي وسيلة اتصال أخرى مناسبة لدى المتدخل".

حيث أكد المشرع على إلزامية توجيه الشكوى الكتابية للمتدخل، والغرض منها تمكين المتدخل من معاينة السلعة من أجل التأكد من صحة وجود العيب وذلك في أجل 10 أيام تسري ابتداءً من يوم استلامه للشكوى، وذلك بحضور الطرفين أو من يمثلهما في المكان المتواجدة فيه السلعة⁽³⁾، ولكن هذه المعاينة التي يجريها المتدخل على السلعة هي اختيارية والدليل على ذلك أن المشرع استعمل مصطلح "يمكن"، وبالتالي فهو أمر جوازي للمتدخل في إجراء هذه المعاينة أو عدم إجرائها، وهذا الإجراء له أهمية فهو يسمح من جهة بإقامة الدليل على وجود العيب ونسبته إلى من تسبب فيه، ومن جهة أخرى يعتبر إجراء المعاينة مهم بالنسبة للمتدخل بحيث يسمح له باستبعاد العيوب التي لا ترجع إليه كسوء تركيب المنتج مثلاً، ومن ثمة المعاينة الحضورية تعد وسيلة لإثبات وجود هذا العيب⁽⁴⁾.

وبعد توجيه الشكوى الكتابية المنصوص عليها في المادة 1/21 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 يكون للمتدخل مهلة 30 يوماً تحتسب من تاريخ توجيه الشكوى لتنفيذ التزامه بالضمان.

فإذا انقضت مهلة الثلاثين يوماً ولم ينفذ المتدخل التزامه بالضمان تعين على المستهلك في هذه الحالة أن يوجه له إعدار⁽⁵⁾ عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام أو بأي وسيلة أخرى مطابقة للتشريع، وفي

1- وقد حدد القرار الوزاري الصادر بتاريخ 2014/12/14 ج. ر. ع. 03، حدد مدة الضمان حسب السلعة بمقتضى قوائم ملحقه به.

2- المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327.

3- أنظر المادة 2/21 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327.

4- بوروح منال، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، تحت إشراف د. لخلو خيار غنيم، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص. 112.

5- يلاحظ أن المشرع استعمل مصطلح "الإعدار" الذي يتوافق مع نص المادة 180 ق م التي تنص على أنه "يكون إعدار المدين بإذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر".

هذه الحالة يجب على المتدخل القيام بتنفيذ التزامه بالضمان في أجل ثلاثين يوما من تاريخ التوقيع على الإشعار بالاستلام⁽¹⁾.

ثانيا: الوسائل القضائية لتنفيذ الضمان

بعد استنفاد المستهلك للوسائل الودية التي تحمل المتدخل على تنفيذ التزامه المتمثل في ضمان منتوجه المعيب وعدم امتثاله لمطالب المستهلك، فلا يكون أمام هذا الأخير إلا اللجوء إلى الوسائل القضائية عن طريق رفع دعوى ضمان العيب الخفي.

1/ شروط قبول دعوى الضمان

تنص المادة 381 ق م ج على أنه "إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376".

استنادا إلى نص المادة 381 ق م فقد خول المشرع للمستهلك حقه في الضمان شريطة أن يخبر البائع بالعيب في الوقت الملائم ولم يحدد المشرع مدة هذا "الوقت الملائم" وتركها مفتوحة، ولكن برجعنا إلى القواعد الخاصة بحماية المستهلك نجد المشرع وبموجب المادة 22 من المرسوم 13-327 السالفة الذكر، يلاحظ أن المشرع حدد مهلتين الأولى وصفها بالشكوى الكتابية مهلتها 30 يوما من يوم استلام الشكوى من قبل المتدخل، والثانية أعطاها وصف إعدار وتحسب بـ 30 يوما من تاريخ التوقيع على الإشعار بالاستلام، ولا شك أن المهلة الأولى تعتبر تمهيدا لرفع الدعوى إذا لم يحصل على حقه في الضمان بالطرق الودية، في حين أن المهلة الثانية تعتبر شرطا لقبول الدعوى أمام القضاء.

وهذا الأمر يستقيم مع أحكام المسؤولية العقدية التي يشترط لرفع الدعوى على أساسها وجود عقد صحيح، إخلال بالتزام عقدي وتوجيه إعدار إلى المدين إذا كان له محل⁽²⁾، وبذلك يلتزم المستهلك بتوجيه إعداره إلى المهني حتى تقبل دعواه أمام القضاء ويثبت له حقه في ضمان العيب الخفي إذا كانت شروطه متوفرة. ولم يحدد المرسوم التنفيذي رقم 13-327 أجل رفع دعوى الضمان⁽³⁾، مما يتعين الرجوع إلى القواعد العامة المحددة في نص المادة 1/383 ق م التي تنص على أنه "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل".

1- المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327.

2- راجع المادة 181 ق م ج التي تنص على أنه "لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات التالية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين

- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر

- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك

- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه".

3- وهذا خلافا للمرسوم التنفيذي رقم 90-266 الملغى الذي يشترط رفع الدعوى في أجل سنة من يوم الإنذار (المادة 3/18 من المرسوم).

وإذا كانت المادة 1/383 ق م ج وضعت قاعدة عامة مفادها رفع دعوى الضمان في أجل سنة من يوم تسليم المبيع، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما يرد عليها استثناء يتعلق بحالة إخفاء العيب بغش من البائع، ففي هذه الحالة لا يجوز لهذا الأخير التمسك بانقضاء السنة لئلا يمتلص من التزامه في الضمان وحتى لا يستفيد من غشه، وبالتالي تخضع مدة الضمان للتقادم الطويل وهو 15 سنة.

هذا وإن كان المشرع ألزم المستهلك برفع الدعوى في أجل سنة من يوم التسليم، فإنه من جهة أخرى سمح له بأن يتفق مع البائع لإطالة هذه المدة لأكثر من سنة، لكن لا يجوز لهما الاتفاق على إنقاصها.

وتجب الإشارة أن المشرع اشترط رفع دعوى الضمان خلال سنة من وقت تسليم المبيع لا من وقت اكتشاف العيب، والحكمة التي ابتغاها المشرع هي ضمان استقرار العقد ولا يكون البائع مهددا بزواله لمدة أطول مما قد ينطوي على ذلك من صعوبة في إثبات قدم العيب هل كان وقت التسليم أم طراً بعد ذلك، لذلك أوجب المشرع على المستهلك (المشتري) رفع الدعوى في أجل سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف العيب إلا بعد انقضاء السنة، وذلك حتى لا يتراخى المستهلك في القيام بالتزامه المتمثل في فحصه للمبيع بعناية الرجل العادي أو فحصه بواسطة خبير.

2/ تعديل أحكام الضمان

يجوز للطرفين الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالزيادة أو الإنقاص أو الإعفاء:

أ. الإتفاق على الزيادة في الضمان

مثاله أن يلتزم البائع بضمان العيب الذي كان من الممكن أن يتبينه وقت التسليم لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي.

كما أشارت المادة 386 ق م ج إلى حالة خاصة من أحكام الضمان وهي بمثابة زيادة فيه، وتتمثل في ضمان صلاحية المبيع لمدة معينة، ففي بعض الأشياء الدقيقة الصنع السريعة الحلل كالألات الميكانيكية والسيارات والساعات والثلاجات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو يشترط المشتري على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل مدة معينة سنة أو سنتين أو نحو ذلك، فالمشتري في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع، لأنه لا يشترط خلو المبيع من العيوب فحسب بل يشترط أيضاً صلاحية المبيع للعمل بقطع النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن، والذي يعني المشتري في مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحاً للعمل ولا يعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعاً إلى عيب معين، ذلك أن تركيب المبيع في هذه الحالات يقتضي عادة دقة فنية وأي خلل فيها يجعل المبيع غير صالح للعمل، دون أن يمكن إسناد ذلك إلى عيب بالذات ومن هنا يجيء احتياط المشتري، فيحصل من البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة، ويضمن بذلك إلى أنه

اشترى شيئاً صالحاً للعمل هذه المدة على الأقل، ويغلب أن المبيع إذا صلح العمل هذه المدة يكون صالحاً للعمل بعد انقضائها إلى المدى المألوف في التعامل وهذا الشرط جائز ويجب العمل به⁽¹⁾.

فإذا ظهر خلل في هذا المبيع يتعين على المشتري إعلام البائع به في أجل شهر من يوم ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك⁽²⁾.

ونحن نرى أن أحكام المادة 386 ق م تنسجم أحكامها مع التعاقد التقليدي الذي يتفق فيه الطرفان على كل المسائل وبالتالي يجوز لهما تعديل عقدهما وتضمينه الشروط التي تتوافق معهما باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذا النص وإن كان بإمكانه تدعيم الحماية الخاصة بالمستهلك الإلكتروني الذي لم يعاين السلعة معاينة حقيقية ولكنه رآها على جهاز الحاسب الآلي، ولكنه من جهة أخرى فهو يطرح إشكالا بخصوص الكيفية التي يتمكن بمقتضاها المستهلك الإلكتروني من اشتراط الزيادة في الضمان، وهو قد أذعن في إبرام العقد الإلكتروني باعتباره كان معدا مسبقا من قبل مزود السلعة أو الخدمة ولم يكن في استطاعته إلا قبول التعاقد كما هو دون مناقشة أو رفضه برمته.

ب. الاتفاق على الإنقاص في الضمان

مثاله ألا يلتزم البائع بضمان العيوب التي تحتاج إلى خبير لفحصها.

ج. الاتفاق على إسقاط الضمان

كأن يتفق الطرفان على ألا يكون البائع ضامنا لأي عيب.

والجدير بالذكر أن التعديل في أحكام الضمان سواء بالزيادة أو الإنقاص أو الإعفاء لا يسري في حالة إخفاء البائع للعيب غشا منه⁽³⁾.

3/ آثار دعوى الضمان

متى تحققت شروط الضمان الممنوح للمستهلك وقام هذا الأخير بالإجراءات التي فرضها عليه القانون من مساعي ودية، توجيه إعدار للمتدخل (البائع) ثم رفعه لدعوى قضائية في الأجل المحدد فإنه يترتب على ذلك آثار تتمثل في التنفيذ العيني أي تنفيذ المتدخل عين ما التزم به متى كان ذلك ممكنا، أو التنفيذ بمقابل وفي هذه الحالة نفرق فيما إذا كان العيب جسيما أم لا.

1- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع (العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص. 758.

2- المادة 386 ق م ج.

3- المادة 384 ق م ج.

أ. حالة العيب الجسيم

إذا كان العيب جسيماً بحيث لو علم به المستهلك لما أقدم على إتمام العقد، يحق للمستهلك طبقاً للمادة 1/376 ق م⁽¹⁾ رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه مقابل مطالبته بالمبالغ المحددة في المادة 375 ق م. ويرجعنا للقواعد الخاصة بحماية المستهلك السابق بيانها، نلاحظ أن المشرع وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-327 وكذا القانون 09-03 أعطى للمستهلك الحق في استبدال المنتج الذي بلغ العيب فيه حداً من الجسامة جعلته غير قابل للاستعمال، فإذا تعذر ذلك منحه الحق في رد المنتج المعيب مقابل استرداد ثمنه.

ب. حالة العيب غير الجسيم

عملاً بأحكام المادة 2/376 ق م فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقت لم تبلغ قدراً من الجسام، فلا يكون أمام المستهلك إلا المطالبة بمحقة في التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء العيب، وتجد هذه الحالة تطبيقاً لها في المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 حيث يحق للمستهلك المطالبة بالمصاريف التي أنفقها لإصلاح المنتج بنفسه أو بواسطة خبير.

المطلب الثاني: ضمان سلامة المستهلك

لا شك أن المعاملات الإلكترونية بما تحمله من أوجه تقنية معقدة تنطوي على الكثير من المخاطر المادية والمعنوية للإنسان، خاصة المستهلك البسيط الذي أصبح في حاجة ماسة لحمايته من الأضرار التي قد يتعرض لها بصدد التعامل مع التكنولوجيا المتقدمة في كافة أوجه الحياة⁽²⁾.

فالأضرار التي تمس حياة المستهلك وسلامته جسده لا تقتصر على تلك الناجمة عن عيوب السلعة بل قد تتعداها إلى الأضرار التي تنشأ بسبب الخطورة الكامنة فيها لذا عمل الفقه والقضاء على إنشاء التزام بضمان السلامة يثقل كاهل المحترف بسبب خطورة السلعة⁽³⁾.

وقد أكد الفقه منذ مدة وجود التزام بضمان السلامة في عقد البيع ولكنه ظل مع ذلك يخضعه لقواعد ضمان العيوب الخفية، وقد كان للقضاء الفرنسي قصب السبق في تأكيد استقلال الالتزام بضمان السلامة عن الالتزام بضمان العيوب الخفية، حيث اعتمد بعض الشراح في تفسير القضاء الذي شبه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع على وجود التزام بضمان السلامة، أي التزام بالعلم بعيوب المبيع وإزالتها حتى يتحقق في هذا المبيع الأمان الذي يتوقعه عند استعماله، والبائع لا يضمن سلامة المستهلك في إطار التزام بوسيلة بل في إطار التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم فلا يجدي نفعاً أن يثبت أنه بذل العناية الواجبة للتأكد من خلو المبيع من

1- حيث أحالت المادة 381 ق م إلى تطبيق المادة 376 ق م.

2- د. حسين منصور، المرجع السابق، ص. 95.

3- د. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 297.

العيوب، فالمسؤولية تقوم متى تبث وجود عيب بالشيء المباع وأنه كان سببا للضرر الذي لحق المستهلك بصرف النظر عن علم البائع بالعيوب أو جهله به أو حتى ثبوت استحالة علمه به (1).

وقد تأثر المشرع الفرنسي في هذا المجال إلى حد كبير بالتوجيه الأوروبي رقم 374-85 الصادر بتاريخ 25 جويلية 1985 المتعلق بمسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة، حتى أنه قام بإدخال أحكامه ضمن القانون رقم 98-398 الصادر بتاريخ 19 ماي 1988 المتعلق بالمسؤولية عن الأشياء المعيبة، والذي كان ينظر إلى هذه المسؤولية بمنظار الإخلال بالالتزام بالسلامة (2).

وقد اهتم المشرع الفرنسي بالقانون رقم 98-398 السالف الذكر حيث أدخله ضمن قانونه المدني من خلال المواد 1245 إلى 1245-17، أما المشرع الجزائري وبعد إدراكه لقصور الأحكام العامة المتعلقة بضمان العيب الخفي في حماية المستهلك، كونها تغطي الأضرار التجارية فقط ولا تغطي الأضرار الصناعية التي تصيبه في جسمه وماله، فقد تدخل في تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، حيث أدرج نصي المادتين 140 مكرر و140 مكرر 1 في القسم الثالث المعنون بالمسؤولية الناشئة عن الأشياء في محاولة منه لتوسيع مفهوم العيب الخفي مقتديا بالتشريعات الأوروبية خاصة القانون الفرنسي.

فضلا على أن المشرع نظم الالتزام بالسلامة بموجب القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادتين 09 و10 منه، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المؤرخ في 06 ماي 2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات (3)، وبدوره نظم المشرع الفرنسي الالتزام بالسلامة بموجب المادة 421-3 من قانون حماية المستهلك الفرنسي (4).

واستنادا إلى هذه الأحكام سنحاول تحديد عناصر الالتزام بضمان السلامة (الفرع الأول)، وجزء الإخلال بهذا الالتزام (الفرع الثاني)، وأخيرا سنبحث في مدى انسجام هذه الأحكام مع عقد الاستهلاك الإلكتروني (الفرع الثالث).

1- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 87.

2- حساني علي، المرجع السابق، ص. 300.

3- المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المؤرخ في 06 ماي 2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، ج. ر. ع. 28.

4 - v. art. L421-3 code consommation Français: « Les produits et les services doivent présenter, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ».

الفرع الأول: عناصر الإلتزام بضمان السلامة

إزاء قصور القواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية وعجزها على الإحاطة بالأضرار الناتجة عن السلع المعيبة، تبنى القضاء الفرنسي وسيلة أخرى أكثر ملاءمة لفكرة المسؤولية والتعويض، ألا وهي الاعتراف بوجود التزاما آخر بضمان السلامة لمصلحة المستهلك، هذا الإلتزام تبنته أيضا القواعد القانونية الفرنسية التي ترى أن الإلتزام بالسلامة لا بد أن يمس جمهور المستهلكين والمستعملين التي توجه إليهم السلع والخدمات على نطاق واسع ويقدرونها حسب توقعاتهم المشروعة، وليس على أساس توقعات فئة معينة من الأشخاص.

والحق في السلامة غاية يهدف أيضا المشرع الجزائري لتحقيقها من خلال إلزام المنتج بضمان سلامة المنتجات التي يقدمها للمستهلك من أي عيب يجعلها غير صالحة للاستعمال، أو لخطر ينطوي عليه ليس في فترة العرض للإستهلاك فحسب وإنما أن يسري مفعول هذا الضمان لدى تسليم المنتج⁽¹⁾.

ويتضمن الإلتزام بالسلامة عنصرين هما:

أولاً: الإلتزام بالإعلام

قد يكون المنتج خاليا من أي عيب غير أن استهلاكه واستعماله ينطوي على بعض المخاطر مما يستلزم إخطار مستهلكيه بالأخطار الكامنة فيه وإرشادهم إلى الاحتياطات الواجب اتخاذها لاتقائها.

فلا يكفي أن يقوم المنتج أو الموزع بتسليم المستهلك سلعة مبرأة من العيوب، وذلك إنه إزاء تعقد الأجهزة الحديثة وخطورة المنتجات العصرية وشيوع استهلاكها بين الناس وما يصاحب ذلك من أضرار يمكن أن تنتج عن سوء استعمالها أو حتى عن حيازتها بشكل غير سليم، أضاف القضاء وجها جديدا إلى حماية المستهلك في عقد البيع فجعل المنتج والبائع ملتزمين بالإدلاء للمستهلك بالبيانات الضرورية عن كيفية استعمال السلعة وتجنب مخاطرها، فالبائع يلتزم من ناحية بإرشاد المستهلك إلى الطريقة المثلى لاستعمال السلعة بما يجنبه المخاطر المترتبة على الاستعمال غير السليم، وهو من ناحية أخرى يلتزم بأن يلفت نظره إلى المخاطر الكامنة في السلعة ويبين له الاحتياطات الواجب إتباعها للوقاية من هذه المخاطر، والإهمال في تنفيذ هذا الإلتزام أو ذاك يجعل البائع مسؤولا عن الأضرار التي تلحق المستهلك⁽²⁾.

ويعتبر الإلتزام بالإعلام غالبا بأنه التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، ذلك أن المهني هنا مطالب بالسعي إلى استخدام كافة الوسائل التي من شأنها أن تجعل الإلتزام ناجعا، ولكنه لا يضمن فهم ما أبداه إلى المستعملين أو تقيدهم بالتعليمات⁽³⁾.

1- مامش نادية، المرجع السابق، ص. 12.

2- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 114.

3- قادة شهيدة، المرجع السابق، ص. 113.

1/ نطاق الالتزام بالإعلام

يحدد نطاق الالتزام بالإعلام بمعرفة المنتوجات الخاضعة لهذا الالتزام والأشخاص الملزمين به:

أ. من حيث المنتوجات

هناك من يرى أن الالتزام بالإفشاء يقـوم بالنسبة للمنتجات الخـطيةـرة التي عرفها المشـرع بموجـب المادة 03 بند 13 من القانون 09-03 بأنها "كل منتج لا يستجيب لمفهوم المنتج المضمون المحدد أعلاه"⁽¹⁾، فبائع هذه المنتجات منتجا كان أم بائعا يلتزم بالإفشاء للمستهلك بطريقة استعمالها وبالاحتياطات اللازمة اتخاذها لتجنب ما تنطوي عليه من مخاطر، وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المبدأ في حكم أصدرته في 14 كانون أول 1982، فقد قررت أن المنتج يلتزم بالإفشاء بجميع البيانات الضرورية لاستعمال السلعة وعلى وجه الخصوص إخطار المستهلك بجميع الاحتياطات عندما تكون السلعة خطيرة، وانتهت المحكمة إلى قيام مسؤولية منتج (مبيد الطفيليات النباتية) الذي لم يحذر من الخطورة الكبيرة لهذا المنتج على العيون مكتفيا بالتوصية بضرورة تجنب اتصاله بالجلد فترة طويلة، وقضت المحكمة بعدم كفاية الإشارة على الغلاف الخارجي للمنتج بقابليته للاشتعال بل يجب فضلا عن ذلك أن تكون هناك تحذيرات كافية على الغلاف وفي نشرة الاستعمال المرفقة بالسلعة⁽²⁾.

وقد ذهب رأي آخر إلى أن الالتزام بالإفشاء لا يقتصر على الأشياء التي تكمن خطورتها في ذاتها أو في كيفية استعمالها، وإنما يمتد ليشمل أيضا جميع الأشياء التي تتميز بالحدائثة، فالأشياء الجديدة بالنظر إلى عدم شيوع استعمالها يتحتم على البائع أن يفضي بكيفية استعمالها أو تشغيلها إلى المستهلك حتى يجنبه أخطارها. وقد أخذت بعض أحكام القضاء بهذا الرأي حيث أشارت إلى صفة الحدائثة بوصفها من أسس قيام الالتزام بالإفشاء، وجاء في حكم محكمة ليون الفرنسية أن هذا الالتزام يقع على وجه الخصوص على مديري المشروعات الذين يقومون بحكم التطور السريع للعلم والتقنية بطرح منتجات جديدة في السوق تكون خصائصها وتفاعلاتها غير معروفة⁽³⁾.

ولا جدال عندنا في أن الالتزام بالإفشاء ينصرف إلى الأشياء الخطرة والأشياء التي يتطلب تشغيلها عمليات معقدة قد لا يعرفها المستهلك، ولا مرء كذلك في أن الأشياء الجديدة يمكن أن تكون بسبب الحدائثة من قبيل الأشياء الخطرة أو المعقدة فالخطورة أو التعقيد يمكن استنتاجها من حدائثة الشيء⁽⁴⁾.

1- عرفت المادة 03 بند 12 من القانون 09-03 المنتج المضمون بأنه "كل منتج في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها بما في ذلك المدة، لا يشكل أي خطر أو يشكل أخطارا محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتج وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص".

2- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 115.

3- المرجع نفسه، ص. 119.

4- نفسه، ص. 119.

ب. من حيث الأشخاص

الأصل أن الإلتزام بالإعلام يقع على كل متدخل سواء كان منتجا أو موزعا ويقوم هذا الإلتزام لمصلحة كل مشتر.

الدائن بالالتزام بالإعلام

من المعلوم أن الإلتزام العقدي بالإعلام التزام قصد به الحد من اختلال التوازن بين الراغبين في إبرام العقود في مستوى الدراية والمعرفة بجوانب العقد ومشمولاته، فالدائن بهذا الإلتزام هو عادة شخص بسيط ساذج لا تتوفر لديه مقومات الخبرة والدراية اللازمين للعلم والإحاطة بالمعلومات الهامة والضرورية المرتبطة بما يقدم على إبرامه من عقود، كما أنه يفتقر إلى الوسائل اللازمة للاستعلام عن مثل هذه المعلومات، أو تتوافر لديه أسباب ومبررات شخصية أو موضوعية تسوغ له عدم الاضطلاع بواجب التحري والاستعلام⁽¹⁾.

عطفا على ذلك، يعد دائما بالالتزام بالإفشاء كل مشتر لا دراية له بالمبيع، ويعد هذا الإلتزام من حيث المبدأ واحدا بالنسبة لكل المشتري يستوي في ذلك المستهلك والمشتري المتخصص متى كانت حرفة هذا الأخير لا تمكنه من الإلمام بكل خصائص ودقائق الشيء المبيع⁽²⁾.

وتطبيقا لذلك اتجه القضاء الفرنسي إلى تحميل البائعين المحترفين بهذا الإلتزام لصالح المشتري، ولكن ليس لفائدة كافة المشتري فيلتزم به البائع بقدر كون المشتري محترفا أم لا⁽³⁾.

المدين بالالتزام بالإعلام

يقع الإلتزام بالإعلام بصورة رئيسية على عاتق المنتج، ويرجع ذلك إلى حجم المعلومات المتوفرة لديه عن السلع والتي يقوم بإنتاجها، فهو بالتأكيد يعرف كل صغيرة وكبيرة عن مكوناتها وخصائصها وكيفية استعمالها والأخطار التي تحيط بهذا الاستعمال، فضلا عن ذلك أن المنتج يملك الوسائل التي تمكنه من إعلام المستهلك بهذه الأمور (سواء بالكتابة على السلعة نفسها أو على غلافها أو بإرفاق نشرات معها)⁽⁴⁾.

1- أحمد خديجي، حماية المستهلك من خلال الإلتزام بالإعلام العقدي، مجلة السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، العدد 11، جوان 2014، ورقة، ص. 23.

2- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 121.

3- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 70.

4- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 122.

2/ موقف المشرع الجزائري من الإلتزام بالإعلام

إن الإلتزام بالإعلام منبثق من قانون العقود، الذي يلزم أن يكون التعاقد على علم كاف بالمنتج. فالإلتزام بالإعلام من طرف المنتج يجد أساسه في المادة 1/352 ق م⁽¹⁾ التي تؤكد على ضرورة تعاقد المشتري بعلم اليقين بأن يُمكن من الإطلاع بكفاية على المنتج الذي يتوافق مع رغباته وتطلعاته المشروعة. كما أشار المشرع إلى هذا الإلتزام بمقتضى المادة 17 و 18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فضلا على المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، حيث تنص المادة 04 منه على أنه "يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع العلامة أو الإعلان أو بأي وسيلة أخرى مناسبة عند وضع المنتج للاستهلاك ويجب أن يقد الخصائص الأساسية للمنتج طبقا لأحكام هذا المرسوم".

أما المادة 03 منه فقد بينت المقصود من بعض المفاهيم، من بينها الإعلام حول المنتوجات حيث عرفته بأنه "كل معلومة متعلقة بالمنتج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي".

ومن جهة أخرى نص المشرع على موجب الإلتزام بالإعلام بمقتضى القانون 04-02 المعدل والمتمم حيث تنص المادة 08 منه على أنه "يلتزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج بالمعلومات التزيهية والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

ويظهر من خلال استقراء النصوص القانونية أن المشرع جعل الإلتزام على عاتق المتدخل أو المهني، ومن أمثلة الإلتزام بالإعلام في بعض التشريعات الخاصة ما يلي: المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 03-452 المؤرخ في 2003/12/01 المتعلق بالشروط الخاصة المتعلقة بنقل المواد الخطرة عبر الطرقات (ج ر ع 75)، المرسوم التنفيذي رقم 97-254 المؤرخ في 1997/07/08 يتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها (ج ر ع 46)، المرسوم التنفيذي رقم 04-331 المؤرخ في 2004/10/18 المتعلق بتنظيم نشاطات صنع المواد التبغية واستيرادها وتوزيعها، اللعب الموجهة للأطفال المرسوم التنفيذي رقم 97-494 المؤرخ في 1997/12/21 المتعلق بالوقاية من الأخطار الناجمة عن استعمال اللعب (ج ر ع 85)، المرسوم التنفيذي رقم 92-286 المؤرخ في 1992/07/06 المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري (ج ر ع 53)، والرسوم التنفيذية رقم

1- تنص المادة 1/352 ق م على أنه "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

97-37 المؤرخ في 14/01/1997 المعدل والمتمم⁽¹⁾، المحدد لشروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية (ج ر ع 04).

ثانيا: الإلتزام باتخاذ إحتياطات معينة

ضمانا لسلامة المستهلك ولك وتكريسا لحقه في الحماية، ألزم المشـرع المنتج أن يتخـذ بنفسه أو بواسطة غيره الاحتياطات الضرورية لتفادي المخاطر التي يمكن أن تنجر من استهلاك منتجاته، فلا يقتصر واجبه على إعلام المستهلك وتبصيره لمخاطر المنتجات فقط بل عليه اتخاذ كل الاحتياطات المادية الكفيلة بتحقيق حماية فعالة للمستهلك، سواء في مرحلة تصميم السلعة وتصنيعها أو أثناء تغليف وتعبئة المنتج أو حتى أثناء التسليم⁽²⁾.

وتحقيقا لهذا الغرض ألزم المشرع المتدخل (المهني) بجملة من الإلتزامات ورتب على الإخلال بها جزاءات معينة، ومن أمثلة ذلك:

1/ الإلتزام بالرقابة

وضع المشرع على عاتق المتدخل التزاما برقابة المطابقة المسبقة للمنتج يتعين عليه إجراؤها قبل عرضه للمنتج، حيث تنص المادة 1/12 من القانون 09-03 على أنه "يتعين على كل متدخل إجراء رقابة مطابقة المنتج قبل عرضه للإستهلاك طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول"، كما نصت المادة 1/02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-65 المؤرخ في 12/02/1992 المتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة المعدل والمتمم⁽³⁾ على أنه "يجب على المتدخلين في مرحلة إنتاج المواد الغذائية والمنتجات الصناعية واستيرادها وتوزيعها، أن يقوموا بإجراء تحليـل الجودة ومراقبة مطابقة المواد التي ينتجونها و/أو التي يتولون المتاجرة فيها أو يكلفون من يقوم بذلك".

حيث يعتمد المتدخل (المهني) في قيامه بهذا الإلتزام على وسائل مادية وعلى أشخاص مؤهلين للقيام بالفحوص الضرورية لتحليل الجودة ومراقبة مطابقة المواد المنتجة⁽⁴⁾، ويتحصل في مقابل ذلك على شهادة المطابقة التي تثبت قيامه بهذا الإلتزام والتي يتعين عليه تقديمها للأعوان المكلفين بمراقبة النوعية وقمع الغش، كما يتعين عليه الاحتفاظ بها طوال الفترة القانونية المطبقة على حفظ الوثائق التجارية⁽⁵⁾.

1- عدل وتم بالمرسوم التنفيذي رقم 10-114 المؤرخ في 18/04/2010 الصادر بج. ر. ع. 26.

2 - مامش نادية، المرجع السابق، ص. 22.

3- عدل وتم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-47 المؤرخ في 06/02/1993 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 09.

4- راجع المادتين 03 و 04 من المرسوم التنفيذي رقم 92-65 المعدل والمتمم السالف الذكر.

5- أنظر المادة 05 المرسوم التنفيذي رقم 92-65 المعدل والمتمم السالف الذكر.

ويترتب على مخالفة المتدخل أو المهني لإلزامية رقابة المطابقة المسبقة عقوبة جزائية تتمثل في غرامة من خمسين ألف دينار إلى خمسمائة ألف دينار⁽¹⁾.

2/ الالتزام بسلامة المواد الغذائية

يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للإستهلاك احترام إلزامية سلامة هذه المواد والسهر على ألا تضر بصحة المستهلك⁽²⁾.

وتحقيقاً لذلك يتعين عليه السهر على عدم الإخلال بالمواصفات الميكروبيولوجية⁽³⁾ للمواد السريعة التلف كاللحوم والأسماك والحليب، كما يتعين عليه السهر على احترام كمية المضافات المسموح بها في المواد الغذائية⁽⁴⁾. ويترتب على مخالفة المتدخل (المهني) لالتزامه بسلامة المواد الغذائية عقوبة جزائية متمثلة في غرامة من 20.000 دج إلى 500.000 دج⁽⁵⁾.

3/ إلزامية النظافة والنظافة الصحية

يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للإستهلاك أن يسهر على احترام شروط النظافة والنظافة الصحية للمستخدمين، وأماكن ومحلات التصنيع أو المعالجة أو التحويل أو التخزين وكذا وسائل نقل هذه المواد وضمان عدم تعرضها للإتلاف بواسطة عوامل بيولوجية أو كيميائية أو فيزيائية⁽⁶⁾. إن إخلال المتدخل بهذا الالتزام يعرضه لعقوبة جزائية تتمثل في غرامة من 50.000 دج إلى 1.000.000 دج⁽⁷⁾.

1- المادة 74 من القانون رقم 03-09.

2- المادة 04 من القانون 03-09.

3- أنظر المرسوم التنفيذي رقم 15-172 المؤرخ في 25 يونيو 2015 الذي يحدد الشروط والكيفيات المطبقة في مجال الخصائص الميكروبيولوجية للمواد الغذائية الصادر بج. ر. ع. 37، حيث عرفت المادة 03 منه الخصائص الميكروبيولوجية بأنها معايير تطبق على المواد الغذائية من أجل ضمان احترام النظافة وسلامة هذه الأغذية أثناء عملية وضعها للاستهلاك، كما عرفت نفس المادة المعايير الميكروبيولوجية بأنها معايير تحدد مدى قبول منتج أو حصة من المواد الغذائية أو طريقة على أساس غياب أو وجود الكائنات الحية الدقيقة أو عدد منها و/أو كمية من سمومها/ نواتج الأيض لوحدة أو وحدات الكتلة أو الحجم أو المساحة أو الحصة.

4- أنظر المادة 05 من القانون 03-09، وراجع أيضا المرسوم التنفيذي رقم 12-214 الذي يحدد شروط وكيفيات استعمال المضافات الغذائية السالف الذكر، وأيضا القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14/02/2002 يحدد قائمة المواد المضافة المرفقة بها.

5- المادة 71 من القانون 03-09.

6- أنظر المادة 06 من القانون 03-09، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 91-53 المؤرخ في 23/02/1991 المتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك، ج. ر. ع. 09.

7- أنظر المادة 72 من القانون 03-09.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالتزام ضمان السلامة

ما دام أن الالتزام بضمان السلامة هو التزام يقع على عاتق المنتج فإن الإخلال به يترتب مسؤوليته المدنية فضلا عن مسؤوليته الجزائية.

أولا: المسؤولية المدنية

تنص المادة 140 مكرر ق م⁽¹⁾ على أنه "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

حيث ذهب المشرع الجزائري بمقتضى هذه المادة إلى "تحميل المنتج المسؤولية أولا، بوصفه أكثر الأشخاص تمركزا لجعل المنتوج أكثر سلامة، ولسهولة اكتتابه تأمينا للمسؤولية، ويقصد بالمنتج ليس فقط منتج المنتوج النهائي، وإنما أيضا منتج المادة الأولية ومنتج الجزء أو الأجزاء المركبة"⁽²⁾.

تبعاً لذلك، تترتب على عاتق المنتج مسؤولية قانونية بمجرد تقصيره في واجب الأمان والسلامة والذي أدى إلى إحداث ضرر، فهي "مسؤولية مهنية تتطلب لقيامها أن تكون مهنة الشخص المسؤول صناعة المنتجات كاملة أو أجزاء مركبة فيها أو مادة أولية"⁽³⁾.

وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة 140 مكرر ق م⁽⁴⁾ المنتوج بأنه "يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

ويلاحظ من خلال نص المادة 140 مكرر/2 ق م، أن المشرع استثنى العقار من مفهوم المنتوج، وهذا غير منطقي كون أن المستهلك يتعامل في العقارات ويقتنيها كما يتعامل في المنقولات.

من جهة أخرى، وباستقراءنا لنص المادة 140 مكرر ق م السالفة الذكر، نلاحظ أن المشرع وسع من نطاق مسؤولية المنتج، وربطها على عاتقه حتى ولو لم يربطه بالمتضرر علاقة عقدية، الأمر الذي يستفاد منه أنه إذا كان المتضرر (المستهلك) تربطه بالمنتج علاقة عقدية ففي هذه الحالة ما عليه سوى الاستناد على قواعد المسؤولية العقدية حتى ولو توفرت لديه شروط المسؤولية التقصيرية، عملا بقاعدة عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين وما تقتضيه هذه القاعدة من أن دعوى المسؤولية العقدية تجب دعوى المسؤولية التقصيرية، أما إذا لم تربطه بالمنتج أي علاقة عقدية ففي هذه الحالة ما على المتضرر إلا اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

1- تقابلها المادة 1245 ق م ف التي تنص على أنه:

« Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime ».

2- بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص. 32.

3- بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 32.

4- تقابلها المادة 1245-2 قانون مدني فرنسي.

تبعاً لذلك، لم يعد هناك جدوى للتمييز بين الضحية المتعاقد والضحية الغير، مادام أن مسؤولية المنتج تترتب في جميع الأحوال، كما لا أهمية للترفة بين ما إذا كان المضرور مستهلكاً أو محترفاً. والجدير بالذكر أن المشرع وضع على عاتق الدولة التزاماً بتعويض المتضرر في حالة عدم وجود المسؤول عن الضرر الجسماني⁽¹⁾.

1/ أركان المسؤولية المدنية

إذا أخـل المنتـج بالتزام في الأمان والسلامة تنشأ مسؤوليته المدنية متى توافرت أركانها، حيث نصت المادة 8-1245 قانون مدني فرنسي⁽²⁾ على أنه "يجب على المدعي إثبات الضرر، العيب والعلاقة السببية بين العيب والضرر".

يستفاد من هذا النص أن المشرع لم يأخذ بأية افتراض أو قرينة لرابطة السببية، الأمر الذي نستخلص منه أن مجرد إثبات المضرور للضرر غير كاف لاعتبار المنتج معيباً، بل لا بد عليه حتى يستفيد من أحكام المسؤولية المدنية أن يثبت وجود العيب والضرر وعلاقة السببية بينهما، وهذا الإثبات يبدو عسيراً على المضرور، إلا أنه يمكن التخفيف من حدته بالقول أن المضرور ليس عليه أن يثبت قدم العيب أي أنه كان موجوداً وقت عرض المنتج للتداول، ذلك أن إثبات شـ رطـ قـدم العيب مـ ن عدمه يدخل في حالات إعفاء المنتج من المسؤولية، وبالتالي يقع على هذا الأخير إثبات أن العيب لم يكن قديماً أي لم يكن موجوداً وقت عرضه المنتج للتداول حتى يتخلص من المسؤولية.

وعملاً بمقتضيات نص المادة 8-1245 السالفة الذكر فأركان المسؤولية المدنية تتمثل في:

أ. ركن العيب في المنتج

استناداً إلى نص المادة 140 مكرر ق م ج السالفة الذكر، يقصد بالعيب في المنتج انعدام الأمان والسلامة فيه، فالعيب الذي يعقد مسؤولية المنتج هو ذلك العيب الذي يعرض سلامة المستهلك وأمنه لخطر محقق، وهو أمر يرجع تقديره لقضاة الموضوع.

وإن كان المشرع عرّف بموجب المادة 03 من القانون رقم 03-09 المنتج الخطير بأنه كل منتج لا يستجيب ملفه-وم المنتج المضمون المحدد أعلاه، وعرّف هذا الأخير بأنه كل منتج في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها بما في ذلك المدة، لا يشكل أي خطر أو يشكل أخطاراً محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتج، وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص.

إلا أنه يرجوعنا للقواعد العامة في القانون المدني، فإن المشرع الجزائري بالرغم مما استحدثته من نصوص في مجال المنتجات المعيبة إلا أنه اكتفى بتعريف المنتج بموجب المادة 140 مكرر/2 السالفة الذكر ولم يعرف المنتج

1- المادة 140 مكرر 2 ق م.

2 - art. 1245-8 de code civil français : « Le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage ».

المعيب، وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي عرفه بمقتضى المادة 1245-3 ق م ف على أنه "يعد المنتج معيبا في هذا الفصل إذا لم يوفر الأمان المنتظر منه بصفة مشروعة مع مراعاة جميع الظروف وبالأخص شكل تقديم المنتج والاستعمال المنتظر منه على أن يكون عقلائي، ولا يكون المنتج معيبا لمجرد وجود منتوجا آخر أكثر تطورا قد تم تداوله فيما بعد"⁽¹⁾.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يعرف المنتج المعيب إلا أنه ألزم المنتج أن تكون منتجاته سليمة ومضمونة حيث تنص المادة 09 من القانون 03-09 على أنه "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للإستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين". بناء عليه، يعتبر المنتج معيبا إذا لم يقدم السلامة المنتظرة منه شرعا فيكون المنتج مسؤولا عنه، ولكن لا بد أن يكون هذا المنتج معيبا عند عملية الوضع للتداول، إذ تمثل هذه الفترة نقطة بداية احتساب مدة تقادم دعوى المسؤولية، وفترة تقدير العيب يرتبط بفترة عرض السلعة للتداول فهي تنحصر بين خروج السلعة من حيز الإنتاج إلى حيز الاستعمال خروجا ماديا وبارادة المنتج ورغبته، عطفًا على ذلك فالمسؤولية لا تنشأ إذا لم تتم عملية العرض للتداول وكذا في حالة إذا ثبت أن العيب لم يكن موجودا وقت إطلاق السلعة للإستهلاك أو أن العيب نشأ بعد هذا الإطلاق⁽²⁾.

صفوة القول، فالعيب الذي من شأنه أن يعقد مسؤولية المنتج، هو فقط ذلك الذي يعرض للخطر سلامة المستعمل للمنتج، سواء السلامة الجسدية أو السلامة العقلية للمستهلك، فالمنتج يكون معيبا إذا لم يستجيب للسلامة المرغوبة شرعا، وقد ذهب غالبية الفقه إلى أن الرغبة المشروعة لمستعمل المنتج لا يجب أن تقدر تقديرا شخصيا ولكن تقديرا مجردا، وأن القاضي لا يجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار الرغبة الخاصة بمستعمل المنتج الضار، وهي رغبة تتغير حسب درجات التعليم، السن، الجنس ونزوات المستعمل، ولكن عليه أن يأخذ بالرغبة المشتركة لمستعمل متوسط استنادا إلى المعيار التقليدي لرب الأسرة الحريص على شؤون أسرته بل أن منهم من يذهب إلى أبعد من ذلك بالقول أن المعيار يتمثل في الطابع غير العادي لخطورة المنتج⁽³⁾. وقد حددت الفقرة الثانية من المادة 1245-3 ق م ف بعض العوامل التي يمكن الاستناد عليها لتقدير الرغبة المشروعة، حيث أكدت على ضرورة الأخذ بجمي - ع الظروف خاصة ما يتعلق منها بطريقة ع - رض

1 - v.art. 1245-3 de code civil français : « Un produit est défectueux au sens du présent chapitre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation.

Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation ».

2- مامش نادية، المرجع السابق، ص. 49.

3- بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 38-39.

المنتج، والاستعمال المعقول المرجو منه، ووقت عرضه للتداول، كما أكدت نفس المادة في فقرتها الثالثة على أن المنتج لا يعتبر معيبا لمجرد أن منتوجا آخر أكثر تطورا قد تم تداوله فيما بعد.

ب. ركن الضرر

يعد الضرر ركنا من أركان مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، حيث يشترط في الضرر أن يكون ناتجا عن سلعة طرحت للتداول لا تتوفر على الأمان والسلامة.

حيث نصت المادة 1-1245 ق م ف على أن "أحكام هذا الباب تسري على تعويض الضرر الناشئ عن المساس بالشخص أو بمال آخر غير المنتج المعيب نفسه"⁽¹⁾.

من خلال نص المادة يتضح أن الأضرار المعوض عنها هي الأضرار التي تمس المضرور في شخصه كالمريض والوفاة، والأضرار التي تمس ممتلكاته باستثناء تلك المتعلقة بالمنتج المعيب نفسه.

وبمقتضى المادة 140 مكرر ق م السالفة الذكر، يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد الأضرار التي يتعين على المنتج التعويض عليها، واكتفى بموجب المادة 19 من القانون 03-09 بالنص على وجوب ألا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية وأن لا تسبب له ضررا معنوياً.

ولما كان تعري-ف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب-ب الشخص-ص م-ن ج-راء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة سواء كانت مادية أو معنوية⁽²⁾، فالضرر المعوض عنه في مجال ضمان سلامة المستهلك هو الضرر بنوعيه المادي والمعنوي بشرط أن يكون محققا ومباشرا، وهذا الرأي يستقيم مع موقف المشرع الجزائري الذي تبناه في المادة 182 مكرر ق م حيث أقر التعويض عن الضرر المعنوي⁽³⁾ إلى جانب الضرر المادي.

بناء على ما تقدم، إذا ترتب عن المنتج المعيب ضررا فإنها تنشأ مسؤولية المنتج، أما إذا انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية لأنه لا دعوى بغير مصلحة، لذلك فقد اشترط المشرع الجزائري بصفة قاطعة في المادة 124 ق م ضرورة توفر الضرر لقيام المسؤولية التقصيرية، ذلك أنه مهما كانت جسامة الخطأ فإنه لا يقيم وحده هذه المسؤولية، فلا يكفي وقوع الخطأ وإنما يجب أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر وإلا كانت دعوى المسؤولية

1- v. art. 1245-1 de code civil français : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne.

Elles s'appliquent également à la réparation du dommage supérieur à un montant déterminé par décret, qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même ».

2- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص. 143.

3- الضرر المعنوي هو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو يصيب الشخص -ص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في معتقداته الدينية أو في عاطفته، وهو أيضا ما يصيب العواطف من آلام نتيجة لفقدان شخص عزيز (بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 148).

نفسها غير مقبولة⁽¹⁾، وعلى من يدعي حدوث ضرر إثباته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن باعتباره واقعة مادية.

ونحن نعتقد أن الأمر نفسه ينطبق بشأن مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، حيث يشترط لقيامها أن يكون الضرر ناتجا عن عيب في المنتج وليس عن خطأ ارتكبه المنتج.

ج. ركن علاقة السببية

لا يكفي لقيام مسؤولية المنتج وجود منتج معيب وحدث ضرر، بل يشترط أن يكون عيب المنتج هو السبب المباشر في حدوث الضرر وإلا انعدمت المسؤولية.

ذلك أنه لا وجود لقرينة تفيد توفر رابطة السببية بين العيب والضرر، فإذا كانت الضحية معفاة من إثبات قدم العيب في المنتج على عرضه للتداول، فإنها ملزمة بإثبات أن الضرر الحاصل كان سببه عيب في سلامة المنتج وهو أمر ليس هين⁽²⁾.

تبعاً لما تقدم، يتعين على المستهلك إقامة الدليل على علاقة السببية، بمعنى أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة العيب الموجود في المنتج المطروح للتداول، والجدير بالذكر أن هذا الإثبات ليس بالأمر السهل والهين بالنسبة للمستهلك خاصة في مواجهة المهني الذي لديه الخبرة والدراية، وبإمكانه التملص من المسؤولية وهذا من شأنه أن يسمح للعديد من المنتجين بالإفلات من المسؤولية.

2/ حالات الإعفاء من المسؤولية

نظراً لعدم وجود قواعد خاصة تبين وسائل نفي المسؤولية عن المنتج فلا يبقى سوى الاستناد إلى القواعد العامة، وباعتبار أن مسؤولية المنتج هي مسؤولية موضوعية وليست شخصية حيث يسأل عن الأضرار المترتبة عن عيب المنتج وليس على أساس سلوكه، فلا يمكنه دفع هذه المسؤولية بادعائه أنه لم يرتكب خطأ في عملية الإنتاج، وبالتالي لا يكون أمامه إلا إثبات السبب الأجنبي (الحادث الفجائي أو القوة القاهرة).

إلا أن هنالك حالات استثنائية أوردها المشـرع الفرنسي في القانون المدني المـواد 1245-9 إلى 1245-16 وفي مثل هذه الحالات يجوز للمنتج أن ينفي المسؤولية عن نفسه، وعموماً يمكن أن نجمل حالات الإعفاء العامة والخاصة من المسؤولية التي أوردها المـشـرع الفرنسي فيما يلي:

أ. انعدام صفة المنتج

يجب على المنتج أو المحترف أن يثبت عدم عرضه المنتج للتداول، حتى وإن كان المنتج معروضاً للتداول فإنه غير موجه نحو البيع في أي حال من الأحوال.

1- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 142.

2- بودالي نجاد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 41.

ب. انعدام الطابع المعيب للمنتج

لا يكون المنتج مسؤولاً إذا أثبت أن العيب لم يكن موجوداً وقت عرض المنتج للتداول، وأنه طرأ في وقت لاحق عن عرضه.

ت. خطأ المستهلك (الدائن)

يعتبر خطأ المستهلك أو الضحية سبباً من أسباب الإعفاء الكلي أو الجزئي لمسؤولية المنتج، حيث يتعين على المنتج في هذه الحالة أن يثبت أن خطأ الضحية اشترك مع عيب المنتج في إحداث الضرر، وهذا الإثبات من شأنه أن يخفف من مسؤولية المنتج.

ولا شك أن هذه الحالة ما هي إلا تطبيق للقواعد العامة الواردة في المادة 177 ق م ج التي تنص على أنه "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

بناء على ذلك يحكم القاضي بالتعويض تبعاً لاستغراق أحد الخطأين الآخر أو أنهما اشتركا معا في إحداث الضرر بنفس الدرجة.

ج. فعل الغير

تنص المادة 1245-13 ق م ف⁽¹⁾ على أن "مسؤولية المنتج تجاه الضحية لا تخفف لمجرد ثبوت مساهمة فعل الغير في إحداث الضرر".

يتضح من النص أن فعل الغير لا يعتبر سبباً من أسباب إعفاء المنتج من المسؤولية، ولكن يمكن أن يكونان -أي الغير والمنتج- مسؤولان بالتضامن قبل الضحية.

د. القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

إذا أثبت المنتج أن الضرر الذي حصل للمستهلك كان راجعاً لقوة القاهرة أو حادث فجائي فإنه وحسب القواعد العامة في القانون المدني لا تترتب عليه المسؤولية المدنية.

فالقوة القاهرة حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه ولا يستطيع دفعه، ويترب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً⁽²⁾.

هـ. أمر القانون

تنص المادة 1245-10/5 ق م ف على أن "المنتج هو المسؤول بقوة القانون ما لم يثبت: ... أن العيب كان نتيجة امتثاله القواعد الآمرة طبقاً للتنظيم التشريعي أو اللائحي".

1- v. art. 1245-13 de code civil français : « La responsabilité du producteur envers la victime n'est pas réduite par le fait d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage ».

2 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 201.

و. مخاطر النمو

تنص المادة 1245-10/4 م ف على أن "المنتج هو المسؤول بقوة القانون ما لم يثبت: ... أن حالة المعرفة العلمية والتقنية وقت وضع المنتج في التداول، لم تكن تسمح باكتشاف وجود العيب"

خلاصة القول، أن المشرع وإن أعطى للمستهلك حقه في ضمان الالتزام بالسلامة ورتب على الإخلال به التزاما على عاتق المنتج، ووسع من نطاق تطبيق المادة 140 مكرر ق م ج لتشمل أي متضرر ولو لم تربطه بالمنتج علاقة تعاقدية، حيث ألقى المسؤولية على عاتق المنتج فقط الشيء الذي يستفاد منه عدم مساءلة المورد والموزع وبائع الجملة وبائع التجزئة إذا تعامل أي منهم مع المستهلك.

كما أن المادة 140 مكرر/2 ق م ج وعند تعريفها للمنتج أقصت الخدمات من نطاق التطبيق، وهذا يتعارض مع نص المادة 03 من القانون 03-09 التي عرفت المنتج بأنه كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا، كما أن المشرع وبموجب المادة 140 مكرر/2 ق م ج أقصى العقارات من نطاق نص المادة في حين أن المستهلك قد يتعاقد حول عقار كما قد يتعاقد بشأن منقول.

من جهة أخرى أن المشرع وضع على عاتق المستهلك إثبات علاقة السببية بين عيب المنتج والضرر الذي أصابه، وهذا أمر صعب بالنسبة للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا خاصة في مواجهة المنتج المتمرس الذي له خبرة ودراية ويعرف كيف يتملص من المسؤولية.

ثانيا: المسؤولية الجزائية

نظرا لما توفره الحماية الجزائية للمستهلك من أمن وسلامة وبعث الثقة في المنتجات المعروضة للإستهلاك، تدخل المشرع بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش ونص على جزاءات تلحق بالمنتج الذي أخل بالتزامه بضمان سلامة المنتج.

حيث ألزم المشرع⁽¹⁾ كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص: -مميزاته وتركيبته وتغليفه وشروط تجميعه وصيانتته.

-تأثير المنتج على المنتجات الأخرى عند توقع استعماله مع هذه المنتجات.

-معرض المنتج ورسمه والتعليقات المحتملة الخاصة باستعماله وإتلافه وكذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج.

-فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتج خاصة الأطفال.

وينجر على مخالفة الالتزام بأمن المنتج عقوبة جزائية مالية تتراوح قيمتها من 200.000 دج إلى 500.000 دج⁽²⁾، أما إذا أُلحق المنتج الذي لا يستجيب لإلزامية الأمن مرضا بالمستهلك أو عجزا عن العمل

1- المادة 10 من القانون 03-09.

2- المادة 73 من القانون 03-09.

فإن المخالف يخضع للعقوبات المقررة في المادة 1/432 ق ع⁽¹⁾، وهي الحبس من خمس سنوات إلى عشرة سنوات وغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، وإذا تسبب هذا المنتج للمستهلك في مرض غير قابل للشفاء أو فقدانه لعضو أو إصابته بعاهة مستديمة فالعقوبة تشدد وتصبح جنائية يعاقب عليها بالسجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرون سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج⁽²⁾. ويتعرض المخالف لعقوبة السجن المؤبد إذا تسبب المنتج الذي لا يستجيب لإلزامية الأمن بوفاة شخص أو عدة أشخاص⁽³⁾.

الفرع الثالث: ضمان سلامة المستهلك الإلكتروني

إن الالتزام بضمان سلامة المستهلك من الالتزامات القائمة على عاتق البائع المحترف لصالح المستهلك الإلكتروني في عقد البيع الإلكتروني.

أولاً: طبيعة الالتزام بضمان السلامة في عقد الإستهلاك الإلكتروني

باعتبار أن عقد البيع الإلكتروني له خصائص تميزه عن عقد البيع التقليدي، لذلك فإن اعتبارات حماية المستهلك في هذا العقد تقتضي إسباغ حماية خاصة عليه، ولهذا نرى أن البائع المحترف ملزم بتحقيق نتيجة بصفة مطلقة ويلتزم بضمان سلامة المستهلك الإلكتروني دون حاجة إلى القول أن التزامه في هذا العقد هو دون الالتزام بتحقيق نتيجة وأقوى من الالتزام ببذل عناية⁽⁴⁾.

والحقيقة أن ما يجعلنا نقرر بأن الالتزام بالسلامة الملقى على عاتق البائع المحترف في عقد البيع الإلكتروني قبل المستهلك هو التزام مطلق بتحقيق نتيجة، هو الخطر المهدد لسلامة المستهلك والموجب للحماية والمتضمن في المبيع ذاته، وقد يتمثل في مواد خطيرة بطبيعتها من ذلك مواد الحفظ السامة أو الأشياء التي تحمل في طياتها أو بين عناصرها مسببات الخطر بعد خروجها من يد المنتج إذا ما اتصلت بعوامل خارجية التي تؤثر على خواصها من ذلك المشروبات الغازية التي يمكن أن تتخمر من حرارة الجو وتنفجر، وقد تكون المواد المبيعة خطيرة في ذاتها من ذلك جهـاز التلفزيون الذي يحتوي على عيب الشاشة الخاصة به وينفجر في وجه المشاهدين أو شواية اللحم الكهربائية والتي بسبب عيب فيها تؤدي إلى صعق من يستعملها⁽⁵⁾.

1- أنظر المادة 1/83 من القانون 03-09 التي أحالت إلى المادة 1/432 ق ع.

2- المادة 2/83 من القانون 03-09.

3- المادة 3/83 من القانون 03-09.

4- عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 110.

5- المرجع نفسه، ص. 111.

وقد أوجد التوجيه الأوروبي الصادر عام 1985 نظاما خاصا في شأن مسؤولي -ة المنتجين ويخلص
جوه-ره في الآتي (1):

وجوب حماية كل ضحايا الأضرار الجسدية الناتجة عن منتجات مطروحة في السوق بنفس الطريقة، أي
دون التفرقة بين المضرور المتعاقد والمضرور من الغير.

إلزام المنتج بإصلاح الأضرار المترتبة على العيب في منتجاته.

تعريف المنتج المعيب بأنه ذلك المنتج الذي لا يوفر الأمان أو السلامة لكل من يسوغ له أن ينتظرها منه.

ثانيا: شروط الإلتزام بضمان السلامة في عقد الإستهلاك الإلكتروني

يمكن تلخيص شروط الإلتزام بضمان السلامة المطلوبة في عقد التجارة الإلكترونية في الآتي (2):

1/ وجود خطر يهدد أحد العاقدين في سلامته الجسدية

إن عقد البيع في ظل التقدم الصناعي وتعقد الأجهزة الحديثة -مثل الأجهزة الطبية أو الرياضية- يفوق
غيره م -ن العقود بسبب الأخطار المحتملة لجمه -ور المستهلكين الذين يستعملون هذه المنتجات
الصناعية، والمستهلك الإلكتروني يشتري هذه السلعة من موقع على شبكة الإنترنت وليس لديه مصدر
معلومات سوى من البائع، وهي تلك الموجودة في نموذج الاستعمال المرفق مع السلعة.

2/ أن يكون الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد العاقدين موكلا للآخر

فالمستهلك الإلكتروني بحكم جهله بتكوين السلع والمنتجات الفنية والكيميائية معقدة التركيب فإنه يترك
أمر ضمان سلامتها إلى المنتج، ويكون في حالة خضوع تام لذلك الأخير.

3/ أن يكون مقدم السلعة أو الخدمة مهنيا

حيث يُقدّم المتعاقد على التعامل مع الشخص المهني لم -اله من خبرة ودراية بأصول مهنته
أو حرفته، فالمهني -البائع أو المحترف- لا يقوم على احتراف مهنة إلا إذا كان محيطا بالأصول والخبرات الفنية
التي تمكنه من ممارستها على أفضل وجه، وذلك شأن البائع الذي يعرض سلع معقدة أو أجهزة فنية ويعرضها
على شبكة الإنترنت، ويمكن له الاتصال بعدد غير محدود من الناس، الأمر الذي يجعل الضرر كبيرا في هذه
الحالة متى كانت السلعة المعيبة تنطوي على خطر محقق بالآخرين.

فالإلتزام بضمان السلامة هدفه الأساسي توفير الأمان، أي ضمان حصول المستهلك الإلكتروني على

سلعة لا تنطوي على خطورة يمكن أن تكون مصدر ضرر بالنسبة له وكذلك المحيطين به (3).

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص. 70.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 109.

3- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص. 68.

ثالثاً: مسؤولية المنتج عن إخلاله بالتزام السلامة

إن المستهلك في التعاقد الإلكتروني يتجول عبر صفحات الإنترنت بغية التسوق والشراء، وحينما يستقر على منتج معين أو خدمة فإنه يبرم تعاقداً بشأنه، وفي الغالب ليس صانع المنتج هو الذي يتعاقد مع المستهلك ويسلمه السلعة، وبالتالي لا يكون ثمة علاقة تربط ما بين المستهلك والمنتج، ومع ذلك فإن المستهلك يستطيع الرجوع على المنتج على أساس المسؤولية التقصيرية، حيث أن مسؤولية صانع المنتج تقوم على أساس إخلاله بالإلتزام بالسلامة، وأن قرينة الإخلال بالسلامة هذه لا تقبل إثبات العكس، فلا يكفي أن يثبت صانع المنتج عدم إخلاله بالسلامة، وإنما يتعين عليه إثبات أن وقوع الضرر يعود إلى سبب أجنبي عنه، كما يستطيع المستهلك أيضاً الرجوع على التاجر على أساس المسؤولية العقدية أو على أساس المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

إن رجوع المستهلك على المنتج بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية هو أمر جائز ويستقيم مع موقف المشرع الجزائي الذي تبناه بمقتضى المادة 124 ق م التي تنص على أنه "كل فعل أيها كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، وبمقتضى هذا النص يمكن القول أن تقديم المهني أو المنتج مبيعاً غير مطابق للمواصفات المقررة قانوناً أو عدم مطابقتها للأحكام التشريعية والتنظيمية أو عدم مراعاتها لالتزام النظافة والنظافة الصحية، ففي مثل هذه الحالة يعتبر المنتج أنه قد خالف نصاً قانونياً⁽²⁾، مما يستتبع حق المستهلك في الرجوع عليه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وما يؤكد هذا الطرح أن المشرع رتب المسؤولية على عاتق المنتج حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية⁽³⁾.

1- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 178.

2- أنظر المواد 04، 06، 12 من القانون 09-03 التي تنص على بعض الالتزامات الملقاة على عاتق المهني.

3- راجع المادة 140 مكرر/1 ق م السالفة الذكر.

المطلب الثالث: ضمان التعرض والإستحقاق

يستفيد المستهلك الذي يتعاقد عبر الإنترنت مما هو مقرر بشأن البيع عموماً، فعقد البيع يرتب بجانب الالتزام بنقل الملكية وضمن العيوب الخفية التزاماً على البائع بضمان ملكية المبيع والاستفادة منها بطريقة هادئة وكاملة فلا يتعرض للمستهلك شخصياً ولا يسمح للغير بالتعرض له أيضاً⁽¹⁾.

وقد نظم المشـرع الجزائي أحكام التعرض والضمان والاستحقاق في المـواد 371-378 ق م⁽²⁾ وبمقتضى هذه النصـوص يمكن تعريف ضمان التعرض بأنه التزام المحترف أو البائع أن يضمـم للمستهلك كل فعل صادر منه أو من غيره، ومن شأنه أن يمس بحقه في الانتفاع بملكية المبيع كله أو بعضه انتفاعاً هادئاً⁽³⁾.

وعند الحديث عن ضمان التعرض والاستحقاق، فلا بد من التمييز بين ضمان التعرض الشخصي الصادر من البائع نفسه (الفرع الأول)، وضمن التعرض الصادر من الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضمان التعرض الشخصي الصادر من البائع

يتحقق ضمان التعرض الشخصي الصادر من البائع نفسه من خلال التزامه بالامتناع عن أي عمل أو فعل من شأنه أن يعيق انتفاع المشتري بالمبيع على النحو الذي أعد له.

ويشمل ضمان البائع بعدم التعرض الشخصي للمشتري كل عمل مادي، وكل تصرف قانوني يصدر منه حيث يتمثل التعرض المادي في قيام البائع بأي فعل يؤدي إلى الحيلولة دون انتفاع المشتري بالمبيع، ويحقق للمشتري في هذه الحالة رفع دعوى على أساس الإخلال بالتزام عقدي ألا وهو الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، أما التعرض القانوني فهو الذي يتمثل في ادعاء البائع أن له حقاً في المبيع في مواجهة المشتري⁽⁴⁾.

إذن يجب أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع المشتري بملكية المبيع، ولذلك يشترط في هذا العمل شرطان:

أولاً: وقوع التعرض فعلاً

أما مجرد احتمال وقوعه غير كاف لقيام دعوى التعرض "فإذا هدد البائع المشتري بالتعرض له، فلا يكفي هذا التهديد لقيام دعوى ضمان التعرض، ما دام البائع لم ينفذ وعيده ويتعرض بالفعل"⁽⁵⁾.

1- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 182.

2- نظم المشرع المصري أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في المواد 439-446 ق م م.

3- أنظر المادة 371 ق م ج.

4- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 182.

5- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص. 626.

ثانيا: أن يحول دون الانتفاع الكلي أو الجزئي بملكية المبيع

يجب أن يكون التعرض الذي وقع فعلا من شأنه الحيلولة دون الانتفاع الكلي -ي أو الجزئي بملكية المبيع، سواء كان هذا التعرض ماديا أو تصرفا قانونيا.

وفي مجال العقد الإلكتروني يلتزم المخترف أو مقدم السلعة أو الخدمة بعدم التعرض للمستهلك ويتحقق ذلك بتسليمه منتوجا مطابقا لتسليما ماديا.

وإلى جانب التسليم الفعلي والحكمي يوجد التسليم المعنوي في التعاقد الإلكتروني، أي تسليم المنتجات عبر شبكة الإنترنت عن طريق تنزيلها على جهاز الحاسوب الخاص بالمشتري، فالمتعاقد عبر الإنترنت يقوم بالشراء استنادا إلى عرض أوصاف المبيع أو المنتج عبر الشاشة، مما لا يمكنه من الكشف الحسي عن المبيع خصوصا وأن العرض غالبا لا يتناول ذات المبيع، بل يرد على نموذج مصور أو عرض لأوصاف المبيع، فيترب للمستهلك حق على البائع أن يسلمه شيئا مطابقا⁽¹⁾.

وهذا الطرح يتناسب مع موقف المشرع الجزائري الذي يفرض على البائع أن يسلم المشتري المبيع خاليا من أي حق إدعاء، يكون من شأنه إعاقة الانتفاع الهادئ والكامل بالمبيع.

تبعاً لذلك نرى أن عدم تسليم مبيع مطابق للمواصفات المتفق عليها بين الطرفين يعتبر تعرضا في عقد البيع الإلكتروني يتعين على البائع ضمانه.

فقد يحدث من البائع الإلكتروني تعرضا ماديا كتعرضه لحق المشتري في الانتفاع، ومثاله قيام المخترف "بزراعة فيروس داخل برنامج الحاسوب المباع، أو بتوجيه الفيروس عن بعد من خلال جهاز المودم الموجود داخل جهاز الحاسوب الخاص بالمشتري حيث يتم ذلك من خلال شبكة الإنترنت، مما قد يسبب تدميرا كليا أو جزئيا للنظام المعلوماتي لجهاز الحاسوب عند تشغيله"⁽²⁾.

وفي هذا قضت المادة 35 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع⁽³⁾ بأنه "على البائع أن يُسَلِّمَ بضائع تكون كميّتها ونوعيّتها وأوصافها وكذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقةً لأحكام العقد. وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لا تكون البضائع مطابقةً لشروط العقد إلا إذا كانت:

أ- صالحةً للاستعمال في الأغراض التي تُستعمل من أجلها عادةً بضائع من نفس النوع؛

1- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 195.

2- المرجع نفسه، ص. 186.

3- الجدير بالملاحظة أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لا تسري أحكامها على بعض البيوع ومنها البضائع التي تُشترى للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يُفترض فيه أن يعلم، بأن البضائع اشترت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة (أنظر المادة 02 التي حددت البيوع التي تخرج من نطاق تطبيق الاتفاقية).

ب- صالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة التي أُحيط بها البائع علماً، صراحةً أو ضمناً، وقت انعقاد العقد، إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد على خبرة البائع أو تقديره، أو كان من غير المعقول للمشتري أن يعتمد على ذلك؛

ج- متضمنة صفات البضاعة التي سبق للبائع عرضها على المشتري كعينة أو نموذج؛

د- معبأة أو مغلقة بالطريقة التي تُستعمل عادةً في تعبئة أو تغليف البضائع من نوعها، وفي حالة عدم وجود الطريقة المعتادة، تكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها.

لا يُسأل البائع، بموجب أحكام الفقرات الفرعية (أ) إلى (د) من الفقرة السابقة عن أي عيب في المطابقة كان يعلم به المشتري أو كان لا يمكن أن يجهله وقت انعقاد العقد".

والجدير بالذكر أن المشرع وحسنا فعل عندما ألزم البائع بالضمان عن كل تعرض صادر منه وجعله من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على إسقاطه، وهذا من دون شك من شأنه أن يدعم حماية المستهلك التقليدي والإلكتروني على حد سواء.

الفرع الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير

(1) وضع المشرع على عاتق البائع التزاما بعمل مفاده أن يدفع عن المشتري أي تعرض يصدر من الغير يجرمه من التمتع بمزايا وسلطان ملكيته للمبيع، وهو التزام يضيق مداه ونطاقه إذ لا يشمل سوى تعرض الغير المبني على سبب قانوني، أي مستندا إلى حق مقرر للغير على المبيع، ويخرج من نطاق هذا الضمان التعرض المهادي الصادر من الغير، فإذا لم يكن تعرض الغير مبني على سبب قانوني فإن البائع لا يكفون مسؤولا عنه، وعلى المشتري أن يدفع هذا التعرض بكافة الوسائل التي كفل بها القانون حماية الملكية وحياسة الأموال، ويعد التزام البائع بأن يدفع عن المشتري أي تعرض قانوني يصدر من الغير التزاما بتحقيق نتيجة عينا وليس التزاما بوسيلة⁽²⁾.

ويشترط في أعمال التعرض القانوني الصادرة من الغير الشروط التالية:

أولاً: أن يقع التعرض فعلا

وهذا ما أشار إليه المشرع بموجب المادة 371 ق م، حيث يتعرض الغير للمشتري وينازعه في المبيع وذلك برفعه دعوى أمام القضاء وهذا هو الأصل، وتختلف هذه الدعوى باختلاف الحق الذي يدعيه الغير فقد تكون دعوى استحقاق كلي أو جزئي أو دعوى رهن أو دعوى ارتفاق أو إيجار...

1- أنظر المادة 371 ق م ج.

2- شبه سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف د. مامون عبد الكريم، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012، ص. 269.

وإن كان التعرض الصادر من الغير يتحقق في الغالب برفع دعوى أمام القضاء يكون فيها الغير مدعيا أو مدعى عليه، لكن قد "يقع التعرض من الغير دون أن ترفع دعوى، ويتحقق ذلك إذا اعتقد المشتري أن الغير على حق فيما يدعيه أو يصلحه عليه أو يدفع له الدين المضمون برهن على المبيع أو نحو ذلك" (1)، وهذا الطرح يتفق مع موقف المشرع الجزائري الذي تبناه في المادة 373 ق م التي تنص على أنه "أن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه".

وإن كان المشتري في حالة التصالح مع الغير يحاطر بأحد أمرين أولهما إمكانية أن يثبت البائع عكس ما يدعيه الغير مما ينجر عنه أن المشتري لم يكن على حق فيما اعتقده، وثانيهما حق البائع في التخلص من نتائج الضمان مستندا على أحكام المادة 374 ق م التي تنص على أنه "عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر مع مصاريف الخصام".

ثانيا: أن يكون التعرض هو ادعاء الغير على المبيع

بمعنى يجب أن يكون هذا التعرض الصادر من الغير سببه قانوني وليس مجرد أعمال مادية محضة، لأن هذه الأخيرة لا يلتزم البائع بضمانها إلا إذا كانت صادرة منه.

ثالثا: أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع أو آل إليه بعد البيع

يجب أن يكون حق الغير موجودا قبل البيع الصادر من البائع إلى المشتري، كما أن البائع يكون ضامنا للتعرض الصادر من الغير حتى ولو كان هذا الحق الذي يدعيه الغير لاحقا للبيع استمده من البائع نفسه، وفي هذا تقضي المادة 371/2 ق م بأنه "ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

ويتحقق ذلك مثلا في أن يقوم البائع ببيع عقار مرتين، فيتم إجراءات تسجيل العقار مع المشتري الثاني دون أن يتمها مع الأول، وبالتالي ينشأ لهذا الأخير حقه في ضمان التعرض الصادر من البائع. تبعا لذلك فإذا توفرت هذه الشروط وتحقق النزع الكلي أو الجزئي للمبيع، يلتزم البائع بضمان التعرض، حيث يكون ملتزما بدفع ذلك التعرض وفي هذه الحالة يعتبر البائع قد نفذ التزامه تنفيذًا عينيا، أما إذا ثبت استحقاق المبيع للغير فالبائع يلتزم بتنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض، فإذا أخطر المشتري

1- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص. 643.

البائع بدعوى الاستحقاق⁽¹⁾، وتدخل هذا الأخير في الدعوى ولم يفلح في دفعها، فيحق للمشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق⁽²⁾، ومطالبته بالتعويض⁽³⁾.

هذا ويرجعنا إلى المادة 372 ق م يمكن أن نفرق بين ثلاثة حالات وهي:

الحالة الأولى: حالة إخطار البائع وتدخله

فإذا تمكن من رد ادعاء الغير يكون قد نفذ التزامه بالضمان وتمكين المشتري من المبيع، وإذا لم يتمكن من رد ادعاء الغير يكون ملزماً بتعويض المشتري حسب درجة الاستحقاق (كلي أو جزئي).

الحالة الثانية: حالة إخطار البائع وعدم تدخله

إذا أخطر المشتري البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل لمنع التعرض يكون ملزماً بالتعويض، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري، ففي هذه الحالة يتحلل من التزامه في الضمان (المادة 1/372 ق م).

الحالة الثالثة: حالة عدم إخطار المشتري البائع

إذا لم يخطر المشتري البائع بالتعرض الواقع له في الوقت المناسب وصدر ضده (المشتري) حكم حاز قوة الشيء المقضي فيه، فإن حقه في الضمان يبقى قائماً إلا إذا أثبت البائع أنه لو تم إخطاره لكان تدخله في الدعوى مجدياً وكان بإمكانه رد إدعاء الغير (المادة 2/372 ق م).

وفي مجال التعاقد الإلكتروني يمكن تصور حدوث التعرض القانوني من الغير، ومثاله التعرض في الانتفاع في حالة شراء شخص لوحة فنية محملة برهن متنازع عليه بين البائع وصاحب الرهن، أو محملة بدين التأمين المتنازع عليه أيضاً، أو حالة شراء براءة اختراع متنازع على تسجيلها بين البائع والمخترع أو حالة شراء برنامج حاسوب لم يكن للبائع سوى حق استعماله دون استغلاله⁽⁴⁾.

1- تنص المادة 372 ق م على أنه "إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقاً لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يجل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كانت نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري فإذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق من الوقت المناسب وصدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

2- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 184.

3- أنظر المادة 375 ق م التي تنص على أنه "في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع: - قيمة المبيع وقت نزع اليد، - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن المبيع، - المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية، - جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقاً للمادة 373. كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله".

4- عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 187.

وما تجدر الإشارة إليه أنه وفقا للقواعد العامة ⁽¹⁾ فإن المشرع أعطى للطرفين الحق في تعديل أحكام الضمان بالزيادة أو الإنقاص أو الإعفاء، ولكن إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير فإن كل شرط يقضي بإنقاص الضمان أو إسقاطه يكون باطلا.

وبخصوص العقد الإلكتروني وما يتميز به من خصوصية بالنظر لوسيلة إبرامه، فإنه تدعيما لحماية المستهلك الإلكتروني فإننا نتفق مع إمكانية تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير بالزيادة ولكننا لا نتفق مع تعديلها بالإنقاص أو الإسقاط.

المبحث الثاني: حقوق المستهلك المستحدثة في مرحلة بعد التعاقد

إن حقوق المستهلك المقررة له في مرحلة تنفيذ العقد هي من الضمانات الأساسية التي تمكنه من الإنتفاع بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد أو الإستغناء عنها إذا لم تلب رغباته المشروعة. وتكريسا لمبدأ حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي أقرتها معظم القوانين، كان لا بد أن تبرز هذه الطمأنينة في مرحلة تنفيذ العقد أيضا من خلال التزام مقدم السلعة أو الخدمة بإعلام المستهلك ببعض المعلومات الضرورية في مرحلة تنفيذ العقد (المطلب الأول)، وما دام أن العقد الإلكتروني يتم عن بعد فإنه وقصد حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف فقد مكنته معظم التشريعات من حقه في الرجوع أو العدول عن إبرام العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حق المستهلك الإلكتروني في الإعلام اللاحق عن إبرام العقد

بادئ ذي بدء يجب الاعتراف مع جانب من الفقه بوجود صعوبة في وضع حدود فاصلة بين الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام والالتزام التعاقدى بالإعلام رغم ما قد توحيه التسمية الخاصة بكل منهما من فروق ظاهرة، ولعل هذه الصعوبة هي التي دفعت البعض إلى المنازعة حتى في وجود التزام عام بالإعلام، واتجاه البعض الآخر إلى إبراز الطابع المصطنع للتمييز بين الالتزامات ما قبل التعاقدية والتعاقدية بالإعلام ومدى الاتصال والتشابك بين مفهومي تكوين أو إبرام العقد وتنفيذه ⁽²⁾.

فنظرا لصعوبة وضع حدود فاصلة بين الالتزام قبل التعاقدى وبعده بالإعلام — كما قلنا — فإن المعيار النظري الذي يمكن الاستناد إليه هو أنه إذا كان الالتزام الأول يوجد في مرحلة إبرام العقد، فإن الالتزام التعاقدى بالإعلام يتفرع عن العقد نفسه وهو يتعلق في الواقع بمرحلة تنفيذه ⁽³⁾.

1- أنظر المادة 377 ق م ج.

2- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 63.

3- المرجع نفسه، ص. 68.

والحقيقة أن الالتزام اللاحق عن إبرام العقد يجد أساسه في اختلال المراكز القانونية، ذلك أن الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية يتعرض لاستغلال الطرف القوي صاحب الخبرة، لذلك تعين على هذا الأخير تبصير المستهلك ببعض المعلومات في مرحلة لاحقة لإبرام العقد الإلكتروني، لكن ما هو مضمون هذا الالتزام (الفرع الأول) وما هو الجزاء المترتب على مخالفته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام اللاحق عن إبرام العقد

يلتزم مقدم السلعة أو الخدمة في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد عبر الإنترنت بتأكيد بعض المعلومات التي قام بالإدلاء بها للمستهلك في المرحلة السابقة لإبرام العقد.

وقد ألزم التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، المورد أن يقوم بتأكيد المعلومات التي سبق تبصير المستهلك الإلكتروني بها، حيث نصت المادة 15 منه على أنه "يجب أن يحصل المستهلك كتابة أو على دعامة دائمة تحت تصرفه والتي يكون له الوصول إليها تأكيد المعلومات المذكورة في المادة 1/04 نقطة أ في الوقت المفيد عند تنفيذ العقد أو لاحقا وقت التسليم إلى الغير، ما لم تكن هذه المعلومات قد وردت إلى المستهلك قبل انعقاد العقد كتابة أو على دعامة أخرى دائمة تحت تصرفه والتي يكون له الوصول إليها".

وقد نقل المشرع الفرنسي هذا النص بموجب المادة 13-221 من قانون الإستهلاك الفرنسي⁽¹⁾، وألزم

المحترف أو المهني بضرورة تأكيد بعض المعلومات التي سبق له الإدلاء بها في المرحلة السابقة على التعاقد، وهي المعلومات الواردة في نص المادة 5-221 والتي تتضمن تنوير وتبصير المستهلك بالبيانات والمعلومات المنصوص عليها في المادتين 1-111 و 2-111 والمتعلقة بالخصائص الأساسية للسلعة، سعر السلعة أو الخدمة، التاريخ أو الفتوة التي يلتزم فيها المهني بتسليم البضاعة إذا لم يكن التنفيذ فوريا، المعلومات المتعلقة بهوية مقدم السلعة أو الخدمة وبريده الإلكتروني وهاتفه، فضلا عن تنويره بحق هـ في العدول وتحديد المسؤولية العقدية لمقدم الخدمة أو السلعة.

وعليه فإذا كان هناك التزاما على عاتق مقدم السلعة أو الخدمة يتمثل في ضرورة تأكيده لبعض المعلومات التي سبق له الإدلاء بها في المرحلة السابقة عن التعاقد، إلا أن هذا الالتزام مشروط بألا يكون مقدم الخدمة أو السلعة قد سبق له الإدلاء بهذه المعلومات في مرحلة إبرام العقد، فإذا كان سبق له القيام بذلك فلا يكون ملتزما بتأكيدها في مرحلة تنفيذ العقد.

1 - art. L221-13 code consommation Français: « Le professionnel fournit au consommateur, sur support durable, dans un délai raisonnable, après la conclusion du contrat et au plus tard au moment de la livraison du bien ou avant le début de l'exécution du service, la confirmation du contrat comprenant toutes les informations prévues à l'article L. 221-5, sauf si le professionnel les lui a déjà fournies, sur un support durable, avant la conclusion du contrat».

تطبيقا لما تقـدم يمكن القول أن العقود التي تتم من خلال المواقع الإلكترونية (مواقع الويب)، غالباً ما يكون مقدم السلع أو الخدمة قد أدلى به هذه البيانات وأكد عليه في مرحلة إبرام العقد، ذلك أن هذه العقود لا تتم إلا بعد تأكيد القبول وقراءة الموجب لجميع شروط العقد قبل ضغطه على زر القبول، أما بالنسبة للعقود التي تتم عبر البريد الإلكتروني فيكون مقدم السلعة أو الخدمة ملزماً بتأكيد المعلومات السابقة وقت تنفيذ العقد إذا لم يكن قد قام بذلك عند إبرام العقد.

ولم يتضمن قانون حماية المستهلك المصري ولا مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري أي نص يشير إلى التزام المحترف بتأكيد التزامه بتبصير المستهلك، وهذا نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري حيث أنه لم ينص على هذا الالتزام في القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 25/2 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه "يتعين توفير هذه المعلومات إلكترونياً ووضعها على ذمة المستهلك في جميع مراحل المعاملة"، كما نص الفصل 29 من نفس القانون على أنه "يتعين على البائع أن يوفر للمستهلك عند الطلب خلال العشرة أيام الموالية لإبرام العقد وثيقة كتابية أو إلكترونية تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بالمبيع".

ويستفاد من هذين النصين أن المشرع التونسي وضع على عاتق البائع التزاماً بتزويد المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالمبيع، وهذه المعلومات نص عليها الفصل 1/25 من قانون المبادلات الإلكترونية التونسي، إلا أن المشرع التونسي وخلافاً للمشرع الفرنسي، جعل الالتزام بتأكيد هذه المعلومات بناءً على طلب المستهلك. ونرى أن ما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما اشترط على المهني تأكيد بعض المعلومات إذا لم يرقم بذلك في مرحلة إبرام العقد كان صائباً، ذلك أن المستهلك وباعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية قد يجهل الكثير من حقوقه، وبذلك كان من الأنسب أن يقع الالتزام على عاتق المهني أو المحترف أو البائع حتى ولو لم يطلبها المستهلك.

ونحن نأمل من المشرع الجزائري أن ينص على هذا الأمر في القانون المنظم لحماية المستهلك، ويلزم به المحترف أو المهني في العقود المبرمة عن بعد.

والجدير بالذكر أن الالتزام بتبصير المستهلك اللاحق لإبرام العقد لا يقتصر على تأكيد المعلومات السابقة، وإنما يجب على المهني أن يقوم بتبصير المستهلك ببعض المعلومات الجديدة، وهذه المعلومات نصت عليها المادة 1/04 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07، وهي معلومات مكتوبة حول شروط وطرق ممارسة حق

العدول، عنوان مؤسسة المورد التي يستطيع المستهلك أن يقدم إليها مطالباته، المعلومات المتعلقة بالخدمة بعد البيع والضمانات التجارية، شروط فسخ العقد إذا كان هذا العقد غير محدد المدة أو لأكثر من سنة⁽¹⁾.

وقد أكد المشرع الفرنسي بموجب المادة 13-221 على ضرورة أن يوفر التاجر للمستهلك المعلومات والشروط المتعلقة بحق العدول، وأن يمكنه من نموذج يبين فيه كيفية ممارسة حق العدول⁽²⁾.

تبعاً لما تقدم يتعين على مقدم السلعة أو الخدمة أن يقوم بالتزامه في التبصير اللاحق عن العقد في الوقت المناسب، وهذا الحكم تضمنته نص المادة 13-221 من قانون الاستهلاك الفرنسي بقولها "يجب على المهني أن يوفر للمستهلك في غضون فترة زمنية معقولة بعد إبرام العقد وعلى الأكثر في وقت تسليم البضاعة أو قبل البدء في تنفيذ الخدمة"، فالمشرع الفرنسي شأنه شأن التوجيه الأوروبي رقم 07-97 ألزم المحترف أو المهني أن يزود المستهلك بالمعلومات في الوقت المناسب، وحددها بلحظة تسليم البضاعة كأقصى تقدير.

أما المشرع التونسي، ووفقاً للفصل 29 السالفة الذكر فقد ألزم البائع بتزويد المستهلك بالمعلومات عند طلبه خلال 10 أيام الموالية لإبرام العقد، وبالتالي حدد هذا الوقت المناسب بعشرة أيام.

وعليه فالوقت الذي يجب فيه الإدلاء بالمعلومات يمتد منذ إبرام العقد إلى تنفيذ التزام المهني الناتج عن العقد، فيجوز لهذا الأخير أن يقوم بالإدلاء بالمعلومات منذ إبرام العقد حتى تنفيذ الخدمة أو تسليم السلعة محل العقد، ولا يجوز للمهني أن يقوم بالإدلاء بهذه المعلومات في وقت سابق على إبرام العقد أو أثناء إبرامه، وإنما يجب عليه أن ينتظر حتى يتم إبرام العقد⁽³⁾.

وقد أوجبت المادة 11-221 من قانون الاستهلاك الفرنسي على المهني أن يقوم بالإدلاء بالمعلومات بطريقة واضحة ومفهومة بأية وسيلة مناسبة تتماشى مع العقد المبرم عن بعد⁽⁴⁾.

ويكاد الفقه يجمع على أن الطريقة الوحيدة التي تتواءم مع طبيعة التعاقد عبر الإنترنت هي أن يقوم المهني بإرسال رسالة إلكترونية إلى المستهلك تتضمن المعلومات الواجب الإدلاء بها أو تأكيدها، ذلك

1- وهذا الأمر نص عليه المشرع الفرنسي بمقتضى قانون الاستهلاك رقم 949 لسنة 1993، حيث نص عليه بموجب المادة 121-19 المضافة بالمرسوم رقم 2001/741 الصادر في 23 أوت 2001 حيث نصت على أنه:

« I. Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard au moment de la livraison :.....

2° Une information sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation ;

3° L'adresse de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations ;

4° Les informations relatives au service après vente et aux garanties commerciales ;

5° Les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an ».

2 - v. art. L221-13 code consommation Français « ...Le contrat est accompagné du formulaire type de rétractation mentionné au 2° du même article.

Le cas échéant, le professionnel fournit au consommateur, dans les mêmes conditions et avant l'expiration du délai de rétractation, la confirmation de son accord exprès pour la fourniture d'un contenu numérique non présenté sur un support matériel et de son renoncement à l'exercice du droit de rétractation ».

3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 310.

4- v. art. L 221-11 code consommation Français « Lorsque le contrat est conclu à distance, le professionnel fournit au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations prévues au I de l'article L. 221-5 ou les met à sa disposition par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée ».

أنه في هذه الحالة لن يقـوم المستهلك بأي دور إيجابي بل يكـون دوره سلبيًا تمامًا، حيـث سيتم إرسال هذه الرسالة لصنـدوق بريده الإلكتروني، وبالتالي هو لن يقوم بالبحث عن هذه المعلومات، ولهذا السبب يرى هذا الفقه أنه لا يكفي للمهني عرض هذه المعلومات على موقعه عبر شبكة الإنترنت، لأن المستهلك سوف يكون في حاجة للبحث عنها بل يكفيه مجرد إرسال الرسالة الإلكترونية إلى عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمستهلك⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على مخالفة الإلتزام اللاحق بالتبصير

نتيجة مخالفة المهني التزمه التعاقدية بالتبصير قرر المشرع الفرنسي جزاءات مدنية وأخرى جزائية نجملها في الآتي:

أولاً: الجزاء المدني

نص المشرع الفرنسي بموجب المادة 221-1/20 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽²⁾ على جزاء خاص يتمثل في امتداد الأجل الذي يمكن للمستهلك أن يمارس خلاله حقه في العدول عن العقد، فالأصل العام يكون للمستهلك مدة 14 يوماً لممارسة حقه في العدول، أما في حالة إخلال المحترف أو المهني بواجب التبصير اللاحق فإن الأجل يمتد إلى 12 شهراً تحتسب ابتداء من انتهاء فترة العدول الأولى، وهي كما سبق الإشارة مدة 14 يوماً والمقررة في المادة 221-1/18 من قانون الاستهلاك الفرنسي. وإذا أدلى المهني خلال فترة التمديد بالمعلومات الملقاة على عاتقه، فإن فترة 14 يوماً المقررة لعدول المستهلك يبدأ احتسابها من اليوم الذي يتلقى فيه المستهلك هذه المعلومات⁽³⁾. ونحن نرى أن فترة 12 شهراً كافية لكي يتحقق المستهلك من إخلال المهني بالتزامه المتعلق بالتبصير اللاحق عن العقد.

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 312.

2- v. art. L.221-20/1 code consommation Français: « Lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 221-5, le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial, déterminé conformément à l'article L. 221-18 ».

3 -v. art. L. 221-20/2 code consommation Français: « Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient pendant cette prolongation, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations ».

ثانيا: الجزء الجنائي

ألزمت المادة 11-221 من قانون الإستهلاك الفرنسي المهني أو المحترف بأن يزود المستهلك بالمعلومات الضرورية قصد تنوير إرادته والتي يجب أن تكون واضحة ومفهومة، ويترتب على مخالفة هذا الالتزام خضوعه لعقوبة إدارية بموجب المادة 10-242 من قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث يخضع المخالف لغرامة إدارية لا تتعدى 3000 أورو بالنسبة للشخص الطبيعي و15000 أورو بالنسبة للشخص المعنوي⁽¹⁾. ووفقا لأحكام المادة 1-522⁽²⁾ من قانون الاستهلاك الفرنسي، فإن السلطة المسؤولة عن فرض هذه الغرامة هي الجهة المسؤولة عن المنافسة والاستهلاك.

وبدوره عمد المشرع التونسي إلى تجريم الإخلال بالالتزام بالإعلام اللاحق عن إبرام العقد، حيث قرر عقوبة جزائية تتمثل في الغرامة، وهذا ما تضمنه الفصل 49 من قانون التجارة والمبادلات الإلكترونية التونسي التي تنص على أنه "يعاقب كل مخالف لأحكام الفصول 25 و27 و29 والفقرة الثانية من الفصل 31 والفصل 34 والفقرة الأولى من الفصل 35 من هذا القانون بخضوعه لتراوح بين 5.00 و5.000 دينار". ومن خلال تقرير هذا الجزء يستفاد أن المشرعين الفرنسي والتونسي أرادا حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، حتى يتمكن من إبرام عقد ناتج عن تبصر وإرادة واعيتين.

المطلب الثاني: حق المستهلك في العدول عن العقد

يعد تقرير حق العدول عن العقد من أكثر وسائل حماية المستهلك لملاءمة لخصوصيات التجارة الإلكترونية، حيث يضرب مبدأ راسخ من قبيل الثوابت هو مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أن حماية الطرف الضعيف في المعاملات عن بعد تبرر ابتداء قواعد لا تتفق تماما والقواعد التقليدية للعقود، وتعتبر قواعد حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد من النظام العام وتمثل الحد الأدنى للحماية التي لا يجوز للمستهلك نفسه النزول عنها⁽³⁾.

فالمستهلك بعد أن يبرم عقدا من عقود التجارة الإلكترونية يتضح له أنه تسرع في إبرامه متأثرا بوسائل الدعاية والإعلان وتحت ضغط إجراءات وتسهيلات البائع، كما أن الوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد قد لا

1- v. art. L. 242-10 code consommation Français: « Tout manquement aux obligations d'information prévues aux articles L. 221-5, L. 221-6, L. 221-8, L. 221-11, L. 221-12 à L. 221-14 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale».

2 - v. art. L. 522-1 code consommation Français: « L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est l'autorité compétente pour prononcer les amendes administratives sanctionnant les manquements aux dispositions mentionnées aux articles L. 511-5, L. 511-6 et L. 511-7 et l'inexécution des mesures d'injonction relatives à des manquements constatés avec les pouvoirs mentionnés aux mêmes articles ».

3- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 620.

تتيح الفرصة للتفكير المتأني قبل الإبرام، وقد يجد المستهلك بعد تمام العقد وتسليم السلعة أنها لا تتفق مع رغباته وأنه تصورهما خلافا لما تبدوا عليه، إذ لا يتيح العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت رؤية السلعة وتجربتها⁽¹⁾. من أجل هذه الاعتبارات تمّ تقرير حق العدول عن العقد، فما المقصود بهذا الحق (الفرع الأول)، وما هي الآثار المترتبة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم حق المستهلك في العدول عن العقد

يعد حق العدول عن العقد الإلكتروني حقا إراديا محضا يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك وفقا للضوابط القانونية، وهو حق يمس بالقوة الملزمة للعقد الإلكتروني، ويشكل خروجاً عن المبدأ، حيث اعتبره بعض شراح القانون عقداً صحيحاً غير لازم بالنسبة للمستهلك وعقداً صحيحاً لازماً للمزود، فحق العدول هو حق شخصي يخضع لتقدير المستهلك، ويمارسه وفقاً لما يراه محققاً لمصلحته، فهو ليس ملزماً بإبداء أسباب معينة لهذا العدول، بمعنى أن استعمال المستهلك لهذا الحق لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته⁽²⁾.

أولاً: تعريف حق العدول

الحق في العدول⁽³⁾ عن العقد هو وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع لأحد المتعاقدين بأن يعيد النظر من جديد ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقاً⁽⁴⁾، أو هو وسيلة قانونية يستطيع المستهلك إعادة النظر في العقد الذي ساهم بإرادته في إبرامه عن طريق الرجوع فيه بإرادته المنفردة دون أدنى مسؤولية تقع على عاتقه⁽⁵⁾.

كما يمكن تعريفه بأنه حق المستهلك في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة في خلال مدة معينة يحددها القانون دون إبداء أية مبررات مع التزام التاجر بحسب الأحوال برد قيمتها مع تحمل مصروفات الرجوع فقط⁽⁶⁾. وقد نظم التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد هذا الحق بمقتضى المادة 1/06 منه التي تنص على أنه "يملك المستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون جزاءات، ودون بيان السبب والمصاريف الوحيدة التي يمكن أن يتحملها المستهلك

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 211.

2- المرجع نفسه، ص. 199.

3- هناك عدة مصطلحات قيلت بشأن حق العدول منها حق الرجوع، إعادة النظر، مهلة التفكير، حق الندم، لذلك يمكن القول أنه من تطبيقات هذا الحق في التشريع الجزائري هو حق الندم المقرر للمؤلف في سحب مؤلفه من التداول عندما لا يصبح مطابقاً لقناعته الشخصية، وقد نصت على حق الندم المادة 24 من الأمر 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر. ع. 44.

4- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 221.

5- محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الإستهلاك، أكاديمية شرطة دبي، 2016 ص. 17.

6- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 627.

لممارسة حق العدول هي المصاريف المباشرة لرد البضائع"، كما نظم المشرع الفرنسي حق العدول بمقتضى المواد 18-221 إلى 28-221 من قانون الاستهلاك الفرنسي، كما تحدث عنه المشرع التونسي بمقتضى الفصل 30 من قانون التجارة والمبادلات الإلكترونية التونسي، وبدوره نظم هـ مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري بمقتضى المادة 19 منه.

أما المشرع الجزائري وإن كان تحدث بموجب المواد 13-16 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، تحدث عن إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع، وأعطى للمستهلك الحق في استبدال المنتج أو إرجاع ثمنه، إلا أن هذا لا يمكن أن نعتبره من قبيل الحق في العدول، ذلك أن حق العدول هو حق تلقائي لا يبدي فيه المستهلك أية مبررات، أما حق الاستبدال أو الإرجاع فهو حق يجد مبرره في وجود عيب في السلعة أو الخدمة محل التعاقد.

ثانيا: شروط ممارسة الحق في العدول

يمكن استخلاص شروط ممارسة الحق في العدول من خلال التشريعات التي تقرر هذا الحق، وعلى هذا الأساس يمكن إرجاع هذه الشروط إلى شرطين أساسيين هما:

1/ أن يتم العدول خلال المدة القانونية المحددة

حتى ينتج الحق في العدول أثره، لا بد أن يمارسه المستهلك خلال الفترة المحددة قانونا، والتي تختلف من تشريع لآخر، فبالنسبة للتوجيه الأوروبي فقد حددت المادة 1/06 السالفة الذكر هذه المدة بسبعة أيام عمل، أما المشرع الفرنسي وبمقتضى المادة 18-221 حدد هذه المدة كأصل عام بأربعة عشرة يوما تحتسب من الوقت الذي يتم فيه تسليم السلعة إلى المستهلك إذا كان محل العقد سلعة، أما إذا كان محل العقد خدمة فإن مدة 14 يوما يبدأ سريانها من الوقت الذي يتم فيه العقد⁽¹⁾.

وإذا كان الأصل العام في التشريع الفرنسي أن المدة المقررة لممارسة حق العدول هي 14 يوما، فإنه استثناء من ذلك يمكن أن تمدد المدة في حالة عدم قيام المهني بالتزامه اللاحق بالإعلام طبقا لما سبق الإشارة إليه، حيث تمدد المدة إلى 12 شهرا ولا تعود إلى الأصل العام وهو 14 يوما إلا إذا نفذ المهني التزامه خلال فترة التمديد، وبالتالي يبدأ سريان 14 يوما من اليوم الذي يقوم فيه المهني بتنفيـذ التزامه بالتبصير اللاحق عن العقد⁽²⁾.

1- v. art 221-18 code consommation Français: « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25.

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

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

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

2- v. art L. 221-20 code consommation Français.

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد وضع قاعدة آمرة مفادها أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المستهلك في العدول عن العقد ويقع باطلاً كل شرط يقضي بذلك⁽¹⁾، ولكن من جهة أخرى نرى إمكانية الاتفاق على الزيادة في هذه المدة كأن يتفق الطرفان على جعلها لمدة أطول، وبالتالي فهي في صالح المستهلك وتخدم مصلحته.

هذا وقد نص المشرع المصري بمقتضى المادة 19 من مشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الضمان القانونية والاتفاقية، يجوز للمستهلك أن يفسخ العقد المبرم إلكترونياً خلال الخمسة عشرة يوماً التالية على تاريخ تسلمه للسلعة أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة وذلك بدون حاجة إلى تقديم أي مبررات"، ومن جهة أخرى قرر الفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي أن يكون للمستهلك العدول عن الشراء في أجل 10 أيام عمل تحسب بالنسبة للسلع من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك، وبالنسبة للخدمات بداية من تاريخ من إبرام العقد.

2/ أن يمارس المستهلك حقه في العدول في نطاق العقود التي تجيز له ذلك

الأصل أن كل العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت بين المستهلك والمحترف يسري عليها حق المستهلك في العدول، ولكن ضمناً للتوازن العقدي وعدم الإضرار بمصلحة المحترف استثنت النصوص التشريعية بعض العقود من نطاق الحق في العدول، فلا يجوز للمستهلك ممارسة هذا الحق فيها.

وقد نص المشرع الفرنسي بموجب المادة 221-28 من قانون الإستهلاك الفرنسي على طائفة من العقود لا يسري عليها الحق في العدول وتتمثل في:

- أ. عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالكامل قبل نهاية فترة العدول بناء على موافقة صريحة مسبقة من طرف المستهلك، والتي يعبر فيها صراحة على أنه لا يريد ممارسة حقه في العدول.
- ب. عقود السلع والخدمات التي تتحدد أسعارها تبعاً لتقلبات أسعار الأسواق المالية، دون أن يكون للمحترف دخل في ذلك والتي تحدث أثناء فترة العدول.
- ت. عقود السلع التي يتم تصنيعها وفقاً لاشتراطات ومواصفات المستهلك والموجهة إليه شخصياً.
- ث. عقود السلع القابلة للفساد أو التلف بسرعة.
- ج. عقود السلع التي تم فتحه - أ - م - ن قبل المستهلك والتي لا يمكن إرجاعها لأسباب تتعلق بالنظافة وحماية الصحة.
- ح. عقود السلع التي بعد تسليمها وبحكم طبيعتها يتم خلطها مع عناصر أخرى بطريقة لا يمكن فصلها.
- خ. العقود المتعلقة بتوريد الكحول والتي يتأخر تسليمها إلى ما بعد ثلاثين يوماً، والتي تخضع أسعارها لتقلبات السوق والخارجة عن سيطرة المحترف.

1 -v.art L. 242-3 code consommation Français: « Est nulle toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation défini à l'article L. 221-18 ».

- د. أعمال الصيانة والإصلاح التي تتم على وجه السرعة في منزل المستهلك بناء على طلبه الصريح في حدود ما تتطلبه من قطع الغيار والأعمال الضرورية التي تستجيب لحالة الطوارئ.
- ذ. العقود الواردة على التسجيلات السمعية والبصرية وبرامج الكمبيوتر، شرط أن يكون المستهلك قد نزع الغلاف الخاص بها (أي فض العبوة).
- ر. العقود الواردة على الصحف والمجلات الدورية باستثناء عقود الاشتراك في هذه المنشورات.
- ز. العقود المبرمة في المزاد العلني.
- س. خدمات الإستضافة، التسكين، النقل، الإطعام والترفيه التي تقدم في وقت محدد أو خلال فترة دورية محددة.
- ش. توريد المحتوى الرقمي الذي لا يحتوي على وسيط ملموس، والذي يتم تنفيذه بناءً على موافقة صريحة مسبقة من المستهلك مع تنازله صراحة على ممارسة حقه في العدول.
- من جهة أخرى -وكما سبقت الإشارة- فقد اعترف المشرع التونسي للمستهلك بحقه في العدول عن العقد، ولكنه أيضا لم يجعل ممارسة هذا الحق مطلقا وإنما أورد عليه استثناءات حددها الفصل 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي بقولها " مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:
- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك
- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها
- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا
- شراء الصحف والمجلات".

ثالثا: الأساس القانوني لحق المستهلك في العدول

انقسم الفقه بشأن تحديد الطبيعة القانونية لحق المستهلك في العدول إلى عدة إتجاهات:

1/ فكرة التعليق على الشرط كأساس قانوني للعدول

ذهب أنصار هذا الإتجاه إلى طرح فكرة الشرط كأساس قانوني للعدول عن العقد، فالشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع⁽¹⁾، وينقسم إلى قسمين وهما الشرط الواقف والشرط الفاسخ.

1- تنص المادة 203 ق م ج على أنه "يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه".

فالشرط الواقف هو الذي يترتب على تحققه وجود الإلتزام، أما إذا تخلف فالإلتزام يعتبر كأنه غير موجود، وفي ذلك قضت المادة 206 ق م ج⁽¹⁾ بأنه "إذا كان الإلتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الإلتزام قابلا للتنفيذ الجبري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه".

أما الشرط الفاسخ فهو الذي يترتب على تحققه زوال الإلتزام وعلى تخلفه وجود الإلتزام، حيث نصت المادة 207 ق م ج⁽²⁾ على أنه "يزول الإلتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر".

لكن القول بالشرط كأساس لعدول المستهلك الإلكتروني يستلزم أن نحدد هذا الشرط لنتمكن بعدها من الحكم على إمكانية عده أساساً قانونياً للعدول فيما لو كان شرط تجربة أو شرط العربون.

أ. فكرة شرط التجربة

تبنى بعض الفقهاء فكرة شرط التجربة كأساس للعدول، واعتبروا أن العدول ما هو في الحقيقة إلا شرط التجربة، الذي يتيح للمشتري الرجوع عن البيع بعد تجربة المبيع ووجده غير ملائم، فإن الأمر نفسه بالنسبة لعدول المستهلك عن العقد، ومن ثمّ ليس هناك اختلاف بين النظامين إلا في أمر واحد وهو أن شرط التجربة مصدره بالإتفاق في حين أن خيار العدول مصدره القانون.

فالببيع بشرط التجربة يحرف بالاتفاق الذي يقع بين البائع والمشتري حول تمكين الأول للثاني من التأكد من مطابقة المبيع للغرض المعد له أو التأكد من مطابقته لرغباته خلال مدة معينة مصرح بها في العقد أو ضمنية تستفاد من طبيعة الشيء المبيع أو من ظروف التعامل أو العرف، والتي قد تقصر كما في حالة تجربة الألبسة وقد تطول كما في حالة تجربة المتزل⁽³⁾.

وفي هذا تقضي المادة 1/355 ق م ج بأنه "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا".

1- تقابلها المادة 268 ق م التي تنص على أنه "إذا كان الإلتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الإلتزام قابلا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه".

2- تقابلها المادة 1/269 ق م التي تنص على أنه "يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الإلتزام ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه التعويض".

3- بن زادي نسرين، حماية المستهلك من خلال الإلتزام بالضمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية، تحت إشراف: د. حامق ذهبية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص. 20.

ومن جهتها اعتبرت الفقرة الثانية من المادة 355 ق م ج⁽¹⁾ أن شرط التجربة يباع موقوفاً على شرط القبول إلا إذا تبين من الإتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ. ويقتضي شرط التجربة أن "يبقى المال مملوكاً طول مدة التجربة للبائع، وهو الذي يتحمل -في الأصل العام- تبعه هلاكه، إذ لا يعقل أن تتجه نية المشتري إلى تحمل الإلتزامات الناشئة عن العقد قبل أن يعلن رغبته في المبيع بعد إجراء التجربة، إلا أن هذه القاعدة ليست آمرة وبالتالي يستطيع أطراف الإتفاق مخالفتها واعتبار التجربة مجرد شرط فاسخ ليس إلا، فيتم إبرام العقد بمجرد تبادل الرضا وقبل إتمام عملية التجربة، مع تقرير حق المشتري في فسخ العقد إذا لم يقتنع بنتيجة التجربة، لهذا تمّ تشبيهه خيار الرجوع في التعاقد بشرط التجربة في البيع"⁽²⁾.

إلا أنه لا يمكن الأخذ بفكرة شرط التجربة كأساس للعدول "وذلك راجع لسببين، أ - ما الأول فهو أن الغرض من شرط التجربة هو أن يتأكد المشتري إما من صلاحية المبيع لما يريد منه، أو عدم ملائمته لما أعد له، وبالتالي يكون للمشتري بعد التجربة أن يقرر إما إمضاء العقد أو فسخه، أي أن شرط التجربة لا يمنع من انعقاد العقد، وإنما يوقف ترسيخ آثاره إن كان الشرط واقفاً، أو يجعلها قابلة للزوال إن كان فاسخاً، في حين أن الغرض من إقرار الرجوع عن التعاقد، هو لكي يكون للمستهلك أن يتدبر ويتروى في شأن التعاقد، الذي ربما أصدر قبوله به عن تسرع وعدم رؤية دون أن تتاح له فرصة تجربة المبيع أو محل العقد، وبعد التروي والتدبر خلال المدة المحددة يكون له أن يقرر الرجوع عن التعاقد أو إمضاءه.

وأما السبب الثاني فإن المشتري بعد تجربة المبيع له أن يفسخ العقد إذا وجد المبيع غير مناسب له سواء من الناحية الشخصية أو من الناحية الموضوعية، وإذا رفضه وفسخ العقد لأسباب موضوعية أمكن إقامة رأي الخبراء مقام رأي المشتري، ومن ثمّ أمكن مساءلة المشتري عن تعويض البائع عما قد يصيبه من أضرار نتيجة لرفضه المبيع، غير أن الرجوع عن التعاقد هو مجرد إرادة أو مشيئة لا تخضع للرقابة والتسبيب، فلا يسأل المستهلك عن تعويض المتعاقد الآخر إن هو رجع عن التعاقد"⁽³⁾، فهو حق مقرر للمستهلك دون أن يبدي أن أسباب نتيجة ممارسته لهذا الحق.

1- أنظر في نفس المعنى المادة 2/421 ق م ج التي تنص على أنه "ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ"

v. aussi art. 1588 code civile Français: « La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive ».

2- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 409.

3- سليمان براك دايع، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العدد 14، 2005، ص. 174.

ب. فكرة شرط العربون

يؤسس بعض الفقهاء العدول بناءً على فكرة شرط العربون، وذلك لوجود تشابه بين النظامين، "فكلاهما يهدفان إلى إعطاء المتعاقد مدّة إضافية من أجل التروي والتفكير، وبممارسة بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر أو اللجوء إلى القضاء"⁽¹⁾.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام العربون بموجب المادة 72 مكرر ق م ج التي تنص على أنه "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقدّه وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر"⁽²⁾، وهذا الحكم نفسه نجده مكرسا في القانون الفرنسي بموجب المادة 1590 ق م ف⁽³⁾، والذي طبقه أيضا في قانون الإستهلاك بموجب المادة 1-214 التي نصت على أنه "ما عدا حالة وجود شرط مخالف، فالمبلغ المدفوع مسبقا في عقد بيع سلع أو تقديم خدمات بين المهني والمستهلك يسمى عربونا في مفهوم المادة 1590 ق م ف

وفي هذه الحالة يحق لكلا المتعاقدين العدول عن إلتزامه، فإذا عدل المستهلك خسر العربون، وإذا عدل المهني رده مضاعفا"⁽⁴⁾.

ويتضح من النصوص أن المشرع أعطى للمتعاقدين حق نقض العقد، ورتب على ذلك جزاء يتمثل في استحقاق العربون أو ضعفه تبعا لمن استعمل حق العدول، وإن كان هذا الأمر يبرز التشابه بين العدول التشريعي والعربون المستحق في حالة العدول الإتفاقي، إلا أنه ومع ذلك لا يمكن التعويل على فكرة العربون كأساس للعدول، "ذلك أن الفرق الجوهرية بين النظامين لا يكمن في المقابل الذي يدفعه من يرجع عن التعاقد ومن يحدد هذا المقابل، وإنما فيما يشكله الرجوع التشريعي (العدول) من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، في حين إن عربون الرجوع لا يتضمن مثل هذا الإتهاك ما دام الأمر يتقرر بموجب اتفاق الطرفين"⁽⁵⁾، ذلك أنّ خيار العدول

1- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 414.

2- وقد تبنى المشرع المصري نفس الأحكام بمقتضى المادة 103 ق م م التي تنص على أنه " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقدّه، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

3 - art. 1950 code civil Français « Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir,

Celui qui les a données, en les perdant,

Et celui qui les a reçues, en restituant le double ».

4 - v. art. L. 214-1 code consommation Français « Sauf stipulation contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil.

Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double ».

5- سليمان براك دايج، المرجع السابق، ص. 176.

مصدره القانون ويتقرر دائما لمصلحة المستهلك في حين أن العربون مصدره الإتفاق ويتقرر لمصلحة الطرفين البائع والمشتري، وعلى ذلك يمكن اعتبار العربون وسيلة من وسائل الضغط على المشتري لقبول التعاقد حتى ولو لم يكن مقتنعا به، في حين أن العدول هو وسيلة استحدثت من أجل تدعيم الحماية التي يتمتع بها المستهلك. ضف إلى ذلك أن العدول القانوني هو خيار انفرادي للمستهلك فرضه المشرع بموجب قواعد أمره لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، وبمقتضاها يحق للمستهلك ممارسة حقه في العدول دون أن يبدي أي أسباب ودون أن يخضع لرقابة القاضي، ودون أن يلتزم بدفع أي مقابل مالي أو تعويض باستثناء مصاريف إرجاع السلعة، فهو لا يفقد أي جزء من ثمن السلعة أو الخدمة المقدمة، في حين أن المشتري يفقد العربون إذا عدل عن التعاقد. وما تقدم نستطيع أن نخلص إلى القول أنه لا يمكن الإعتماد على فكرة الشرط كأساس قانوني للعدول لاختلاف الآثار القانونية التي تترتب على الشرط عن تلك التي تترتب عن العدول، كما أن الشرط هو عبارة عن وصف يلحق الإلتزام في رابطة المديونية ولا ينصب على الإلتزام أو العقد برمته. فضلا على ما تقدم لا يمكن التسليم بفكرة الشرط كأساس قانوني للعدول وذلك عملا بمقتضيات المادة 205 ق م ج التي تنص على أنه "لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"⁽¹⁾.

ولا شك أن عدول المستهلك عن العقد هو حق إرادي محض، ولكن مع ذلك لا يترتب عليه بطلان العقد كما هو الحال بالنسبة للإلتزام المعلق على شرط واقف الذي رتب المشرع عليه البطلان طبقا للمادة 205 ق م ج السالفة الذكر.

2/ فكرة التعاقد في تكوين العقد كأساس قانوني للعدول

ذهب جانب من الفقه الفرنسي⁽²⁾ إلى الإستناد على فكرة التكوين التدريجي للعقد كأساس لممارسة المستهلك حق العدول، فالعقد حسبهم لا ينعقد بصورة فورية ونهائية بل يمر في تكوينه بمرحلتين متتابعتين تمتدان من حيث الزمن، فالمرحلة الأولى يعبر المستهلك بمقتضاها عن رضا أولي يمهد لانعقاد العقد، وهذه المرحلة لا تكفي لتمام العقد، ذلك أن المستهلك الإلكتروني قد يتسرع في إبرام العقد لاعتبارات معينة، فقد ينجذب وراء الإعلانات المضللة والتي تدفعه إلى إبرام عقد حول سلعة أو خدمة حتى ولو لم يكن بحاجة إليها، لذلك منح المشرع مهلة معينة تبدأ من تاريخ التسليم ليتمكن من إعادة النظر في المبيع، وبعد انقضائها يكتمل الوجود القانوني للعقد ويصبح نهائيا، أما قبل ذلك فالعقد يكون مهددا بالزوال.

1- تقابلها المادة 267 ق م م التي تنص أنه "لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم" v. le même sens art. 1304-2/1 code civil Français: « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ».

2 - Solange MIRABAIL, *la rétractation en droit privé français*, thèse, L.G.D.J , 1997, p.121.

تأسيساً لذلك فإن ممارسة حق العدول خلال المهلة المحددة لا يتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، ذلك أن وجوده القانوني لم يكتمل بعد.

في الحقيقة هذا الرأي غير سديد لأنه يخلط بين حق التفكير وخيار الرجوع عن التعاقد، إذ أن هذا الوصف ينطبق على حق التفكير وليس خيار العدول، فإذا كانت فترة التفكير تهدف إلى الاستيثاق من رضا المستهلك بصورة سابقة على إبرام العقد من خلال منحه فرصة التروي والتفكير في شأن العقد قبل أن يقدم على إبرامه، فإن مدة الرجوع (العدول) تهدف -على العكس- إلى التأكد من رغبة المستهلك في الإستمرار في العقد الذي أقدم على إبرامه والتأكد من أن قبوله بالعقد الذي عبر عنه ابتداءً قد أصبح جازماً لا رجعة فيه بناءً على إرادة حرة ومستنيرة، ومن ثم فإن كلاً من فترتي التفكير والرجوع تلعب دوراً معاكساً في ضمان رضا المستهلك بالعقد، فالأولى تعمل على ضمان رضاه قبل الإقدام على إبرام العقد، بينما تعمل الثانية على ضمان ترسخ رضاه بالعقد الذي قام بإبرامه (1).

وعليه يؤخذ على هذا الرأي إنكاره لإبرام العقد بمقتضى الرضا الأول والذي يتطابق فيه الإيجاب والقبول لطريقي العقد، وهذا يتعارض مع ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، وعليه لا يمكن الإستناد إلى هذا المعيار كأساس قانوني للعدول.

3/ فكرة العقد غير النافذ كأساس قانوني للعدول

يذهب أصحاب هذا الإتجاه في الفقه بأنه لا بد من التفريق بين إبرام عقد صحيح ونفاذه، وبالتالي فالعقد الذي يتضمن منح خيار للمستهلك بأن يعدل خلال مدة معينة هو عقد غير نافذ وليس له قوة الإلزام، وعليه يحق للمستهلك بإرادته المنفردة الرجوع فيه، وفي هذا نستطيع أن نوفق بين القوة الملزمة للعقد وبين إمكانية المستهلك في الرجوع عن التعاقد، ذلك إن هذه القوة لا تثبت إلا للعقود النافذة اللازمة، وعقود الإستهلاك لا تكون لازمة للمستهلك ومن ثم لا تثبت لها القوة الملزمة للعقد (2).

تأسيساً لذلك فإن العقد يكتسب النفاذ والفاعلية وقوة الإلزام إذا مرت المدة المقررة دون أن يمارس المستهلك حقه في العدول، أما إذا مارس خيار العدول خلال المدة المحددة فإن العقد ينتهي. ويؤكد مؤيدو هذا الرأي على أنه بعد مرحلة إنقضاء العقد لا بد من الحديث عن إضفاء صفة عدم النفاذ أو وصف عدم اللزوم تبعاً لكون آثار العقد موقوفة إلى حين تأكيد المستهلك لرضاه في نهاية مدة الخيار، أو كانت نافذة إلى حين عدول المستهلك عن رضاه قبل نهاية مدة الخيار، ففي الحالة الأولى يمكن القول بوجود عقد غير نافذ بين الأطراف إلى حين التأكيد من قبل المستهلك، ولكن في الحالة الثانية يكون العقد

1- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 413.

2- سليمان براك دايع، المرجع السابق، ص. 176.

منعقدا ويمنح المشتري مكنة العدول، وعندها يكون العقد النافذ غير لازم بشكل يسمح له بفسخ العقد خلال مدّة الخيار⁽¹⁾.

وإذا كان هذا الرأي يقدم تصورا مقبولا -نوعا ما- فيما يتعلق بالإلتزامات التي لم تنفذ بعد، إلا أنه عجز عن تقديم سند أو أساس قانوني للإلتزامات التي تم تنفيذها، فمثلا التصرف في الوصية موجود ويستطيع الموصي أن يرجع عنها طالما هو على قيد الحياة وبالتالي تبقى غير نافذة وأن نفاذها لا يتحقق إلا بعد وفاة الموصي. ولكن العدول عن العقود المبرمة عن بُعد يجري في الغالب بعد تنفيذ المحترف لتزاماته كلها ومن ضمنها التسليم، فأين هو عدم النفاذ⁽²⁾.

وعلى هذا فإن أياً من الآراء التي طرحت لبيان الأساس القانوني للرجوع عن التعاقد لم تقلم من النقد، والأساس الذي نراه للعدول القانوني عن التعاقد هو النص التشريعي الذي أعطى للمستهلك خيار الرجوع، فالقوة الملزمة للعقد تثبت للعقود الصحيحة النافذة، ما لم يقرر المشرع أو الإتفاق خلال ذلك، وفي عقود الإستهلاك قضى المشرع بخلاف المبدأ الذي يثبت القوة الملزمة للعقد، بأن أعطى للمستهلك مكنة العدول استثناء من المبدأ العام وذلك لإعتبارات رآها جديرة بالخروج على هذا المبدأ، فكون المستهلك في مركز تعاقدى ضعيف من الناحية الفعلية مع المتعاقد الآخر، وليس في النظرية العامة للعقد ما يشفع لهذا المستهلك في حماية مصالحه، ولم يجد المشرع بدا إلا الخروج على القواعد العامة في نظرية العقد لكي يقرر حماية المستهلك، لذا فإن أساس العدول القانوني عن التعاقد هو كونه استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽³⁾.

الفرع الثاني: آثار ممارسة حق العدول

إن الهدف من تقرير حق العدول أو الرجوع عن العقد هو حماية رضا المستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية، حيث قد تدفعه أساليب الدعاية والإغراءات عبر شبكة الإنترنت إلى إبرام العقد الإلكتروني دون أن يعاين محله معاينة مادية، وبذلك منح حق العدول قصد منحه مهلة إضافية للتفكير والتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه، من أجل ذلك مُنح للمستهلك حقه في العدول عن العقد يمارسه بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى القضاء، وبغض النظر عن موقف المهني ودون حاجة لتبرير قراره أو بيان البواعث التي تدفعه لذلك. وحيث أن حق المستهلك في العدول عن العقد هو حق تقديري، فإن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تلعب أي دور يقيد حق المستهلك المطلق في العدول عن العقد، فالمستهلك غير ملزم بأن يعرض على المهني الأسباب التي دفعته إلى العدول عن هذا العقد ولا يملك المهني إجباره على ذلك⁽⁴⁾.

1- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 418.

2- المرجع نفسه، ص. 419.

3- سليمان براك دايج، المرجع السابق، ص. 177.

4- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 337.

واستنادا إلى نص المادة 21-221 من قانون الاستهلاك الفرنسي، يتعين على المستهلك إبلاغ المهني أو المحترف بقراره في العدول عن العقد في خلال المدة المحددة، بإرساله نموذج العدول المحدد في المادة 5-221 أو بأي بيان آخر لا لبس فيه يعرب فيه عن رغبته في العدول عن العقد⁽¹⁾.

ومن خلال المادة يلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يشترط شكلا خاصا لتعبير المستهلك عن رغبته في العدول عن العقد الذي سبق إبرامه، وبالتالي أجاز له المشرع أن يعبر عن هذه الرغبة إما بإرساله نموذج العدول أو بأية وسيلة أخرى كإرساله لرسالة إلكترونية أو غير ذلك، ويقع على المستهلك عبء إثباته أنه مارس حقه في العدول⁽²⁾.

أما إذا انقضت مهلة العدول دون أن يتمسك المستهلك بحقه في العدول عن العقد، فإن صفة اللزوم تلحق بالعقد ويصير باتا واجب التنفيذ كاملا بين طرفيه، ولا يكون للمستهلك الإنفراد بالرجوع في التعاقد مرة أخرى، وإن كان ذلك لا يمنع من الاستفادة بالقواعد العامة في القانون المدني والخاصة بضمان العيوب الخفية، أو المطالبة ببطالان العقد نتيجة لتوافر أحد عيوب الإرادة، فعدم الاستفادة من الحماية الخاصة التي قررها القانون للمستهلك لا تمنعه من الاستفادة من الحماية المقررة في القواعد العامة⁽³⁾.

ومع ذلك إبلاغ المستهلك المهني أو المحترف عن رغبته في العدول عن العقد فإن ذلك يترتب آثارا بالنسبة لطرفيه.

أولا: آثار ممارسة الحق في العدول بالنسبة للمستهلك

إذا كان خيار العدول حق للمستهلك يمارسه وفقا لسلطته التقديرية، إلا أنه يتعين عليه ألا يكون متعسفا في استعماله⁽⁴⁾، حيث يترتب على ممارسة المستهلك لحقه في العدول خلال المدة المحددة انقضاء العقد المبرم بينه وبين المحترف، وينقضي بذلك كل عقد تابع أو ملحق به.

تبعاً لذلك يلتزم المستهلك بإرجاع البضاعة إلى التاجر أو المحترف أو الشخص المعين من قبل هذا الأخير، دون تأخير لا مبرر له وعلى أبعد تقدير خلال 14 يوما من تاريخ إبلاغه بقراره في العدول⁽⁵⁾.

1- art L.221-21/1 code consommation Français: « Le consommateur exerce son droit de rétractation en informant le professionnel de sa décision de se rétracter par l'envoi, avant l'expiration du délai prévu à l'article L. 221-18, du formulaire de rétractation mentionné au 2° de l'article L. 221-5 ou de toute autre déclaration, dénuée d'ambiguïté, exprimant sa volonté de se rétracter ».

2- art L. 221-22 code consommation Français: « La charge de la preuve de l'exercice du droit de rétractation dans les conditions prévues à l'article L.221-21 pèse sur le consommateur ».

3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 342.

4 - carla BAKER-CHISS, *Le droit de rétractation du contrat électronique*, publier dans L'Acquis communautaire- le contrat électronique, Judith Rochfeld (dir), Economica, 2010, p. 196.

5 - v. art L. 221-23/1 code consommation Français.

ووفقا لنص المادة 18-221 م-ن قانون الإستهلاك الفرنسي، فإن المستهلك لا يتحمل أية مصاريف أو تكاليف نتيجة ممارسته لحقه في العدول عن العقد، باستثناء المصاريف المحددة في المواد 221-23 إلى 221-25.

بناء على ذلك، إذا كان محل الإلتزام سلعة يلتزم المستهلك بدفع المصاريف لإعادتها، كمصروفات الشحن أو النقل⁽¹⁾، أما إذا كان محل العقد خدمة فالقاعدة العامة تقضي أن المستهلك لا يلتزم برد أي شيء لأن الخدمة لم تنفذ بعد، ولكن إذا كان المهني أو المحترف قد باشر في البدء بتنفيذ الخدمة بناء على طلب صريح من المستهلك قبل نهاية فترة العدول، وبعدها أراد المستهلك ممارسة هذا الحق، يتعين عليه في هذه الحالة إعادة المصاريف التي تعادل قيمة الخدمة الموداة، والتي يجب أن تتفق مع المبلغ الإجمالي للخدمة المتفق عليه في العقد⁽²⁾.

والجدير بالذكر أنه ليس هناك ما يمنعه أن يتفق المهني والمستهلك على عدم تحمل هذا الأخير لأية مصاريف ولا حتى مصاريف إعادة إرسال السلعة، وعلى أن يعامل المهني لهذه المصاريف، فهذا الاتفاق يكون صحيحا على أساس أنه يمنح حماية للمستهلك أكبر من الحماية التي قررها القانون⁽³⁾.

ومن جهته قرر المشرع التونسي في الفقرة الثالثة من الفصل 30 تحمیل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة، "وليس في هذا الحكم إجحاف بحق المستهلك إذ لا ينسب إلى التاجر خطأ أو إخلال بتنفيذ التزامه، لذا فليس من العدل إلزامه بنفقات إعادة السلعة، فالمستهلك هو من اختار العدول عن العقد وعليه أن يتحمل نفقات ذلك"⁽⁴⁾.

إن عدم تحمیل المستهلك تلك أية مصاريف إضافية أو جزاءات عدا مصاريف إعادة السلعة، دفع بعض الفقهاء إلى القول وبحق أن خيار العدول وبجانب كونه حق تقديري فهو حق مجاني أيضا⁽⁵⁾.

1 - v. art L. 221-23/2 code consommation Français.

2 - v. art L. 221-25 code consommation Français.

3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 342.

4- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 245.

5- المرجع نفسه، ص. 245.

ثانيا: آثار ممارسة حق العدول بالنسبة للمحترف

عم-لا بأحكام الفصل 2/30 م-ن قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، يتعين على البائع أو المحترف إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عم-ل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة.

حيث يترتب على ممارسة حق العدول م-ن طرف المستهـلك أن يلتزم المحترف أو البائع بإرجاع المبلغ الذي تسلمه م-ن المستهـلك خلال 10 أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة.

أما التوجيه الأوروبي رقم 97-07 فقد من-ح بمقتضى المادة 2/06 م-ن المحترف مهلة أقصاها 30 يوما من تاريخ استعمال حق العدول، يلتزم خلالها برد المبالغ المدفوعة له من قبل المستهلك.

وبرجوعنا للتشريع الفرنسي نجد أن المشرع وبموجب المادة 221-24/1⁽¹⁾ ألزم المهني برد المبلغ الإجمالي بما في ذلك رسوم التسليم دون تأخير لا مبرر له، وكأقصى تقدير خلال 14 يوما من تاريخ إبلاغه بقرار المستهلك في العدول⁽²⁾.

فإذا تأخر المحترف عن رد هذه المبالغ فإنه يلتزم بدفع الفوائد القانونية تحتسب تماشيا مع مدة التأخير⁽³⁾، فضلا على تعرضه للعقوبات الإدارية التي يتم معابنتها والتحقق منها من قبل الجهات المنوط بها التحقيق في مجال المنافسة والإستهلاك، وبالتالي إذا تقاعس المهني عن تنفيذ التزاماته المترتبة عن ممارسة حق المستهلك في العدول، فإنه يتعرض لعقوبة إدارية لا تتجاوز 15000 أورو بالنسبة للشخص الطبيعي، ولا تتجاوز 75000 أورو بالنسبة للشخص المعنوي⁽⁴⁾.

1- v. art L. 221-24/1 code consommation Français « Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel rembourse le consommateur de la totalité des sommes versées, y compris les frais de livraison, sans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours à compter de la date à laquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter ».

2- أنظر المادة 221-24/2 التي تعطي للتاجر أو المهني الحق في حبس الثمن حتى يسترد البضاعة أو حتى يزوده المستهلك بمسند يثبت شحنه للبضاعة، ولا شك في هذا الحكم نلتمس فيه تطبيقا للقواعد العامة الواردة في القسم الثاني من القانون المدني الجزائري المعنون بالحق في الحبس طبقا للمواد 200-202 ق م ج.

3 - v. art L. 242-4 code consommation Français.

4 - v. art L. 242-13 code consommation Français: « Tout manquement aux dispositions des articles L. 221-18 à L. 221-28 encadrant les conditions d'exercice du droit de rétractation reconnu au consommateur, ainsi que ses effets, est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale ».

الفصل الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني عند النزاع

إن وجود الطرف الأجنبي في العقد يثير عدة إشكالات تتعلق بمسألة تنفيذ وتفسير هذا العقد، الأمر الذي يُطرح بجدّة في منازعات التجارة الإلكترونية، خصوصاً ما يتعلق بمشاكل الملكية الفكرية والعلامات التجارية في علاقتها بمواقع التجارة الإلكترونية على شبكة الانترنت، وهو ما يطرح عدة تساؤلات بخصوص المحكمة المختصة بنظر النزاع، والقانون الواجب التطبيق على النزاع، في إطار ما يعرف بالمنازعة الإلكترونية التي يمكن تعريفها بأنها كل نزاع سببه إبرام عقد نشأ بين طرفين باستخدام الطرق الإلكترونية في هذا التعاقد⁽¹⁾.

وباعتبار أن تنفيذ العقد الإلكتروني - كما هو الحال في إبرامه - يتم عن بعد، دون الحضور المادي لطرفيه، فهذا النوع من التعاقد الذي يتم غالباً عبر شبكة الإنترنت والمواقع الإلكترونية لا يتيح لطرفي العقد رؤية أحدهما الآخر ولا التأكد من أهليته، أو معاينة السلعة أو الخدمة محل العقد معاينة ملموسة بل أن كل ذلك يتم بوسيلة إلكترونية، الأمر الذي يطرح مشكلة حول حجية العقد المبرم إلكترونياً (المبحث الأول).

من جهة أخرى ونظراً لما تختص به شبكة الإنترنت من خصائص باعتبارها شبكة مفتوحة عالمياً لا تتقيد بحدود المكان، وهذه الخاصية تنعكس بطبيعة الحال على عقود التجارة الإلكترونية، فهذه العقود بناءً على الوسيلة التي تتم بها ليست حبيسة حدود دولة واحدة بما يجعلها عقوداً وطنية خالصة في جميع عناصرها (أطرافاً ومحللاً وسبباً)، وإنما كثيراً ما تكون عابرة للحدود ويكون أحد عناصرها أجنبياً، فإذا كان هذا العنصر الأجنبي في عقود التجارة الإلكترونية مستهلاً - كما فإن عق -د الاسته -لاك بوصفه عق -دا دولياً⁽²⁾ يثير تنازع بين -ن القوانين⁽³⁾، والبحث عن القانون الواجب التطبيق (المبحث الثاني).

1- باخويا دريس، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية، مقال منشور في مجلة القانون والمجتمع، دورية محكمة تعنى بالدراسات القانونية تصدر عن مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، أبريل 2013، ص. 73.

2- إن تحديد مفهوم العقد الدولي كان محل جدل فقهي، حيث ذهب البعض إلى أنه ليس من المستحسن وضع تعريف شامل للعقد التجاري الدولي مفضلين تقرير الدولية من عدمها حسب ظروف كل قضية عندما تنظر المحكمة، وعرف البعض بأن العقد الدولي هو اتفاق بين شخصين أحدهما مقيم والآخر غير مقيم ويخضع لقانون الصرف والتحويل الخارجي، وعرفها البعض بأنها العقود المشتملة على عنصر أجنبي، في حين يشير البعض الآخر أن دولية العقد أقرب إلى لغة الاقتصاد، فهي معاملات موجهة لأن تتخطى حدود دولة لترتكز آثارها في دولة أخرى، وتعنى الاتفاقيات بتحديد معنى "الدولية" لكونها هي مناط تطبيق الأحكام في المسائل التي تنظمها، وعندما لا تجد نصاً في هذا الصدد فيجب أن تكون هذه الحقيقة الاقتصادية هي الأساس (د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الإصدار الخامس، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بدون سنة النشر، ص. 26).

3- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 387.

المبحث الأول: حجية العقد الإلكتروني

إن الخوض في العالم الافتراضي الذي يتبلور من خلال شبكة الإنترنت يؤدي إلى التعرض لبعض الإشكالات وعدم الاستقرار، نظرا لوجود بعض الإختراقات الأمنية التي قد تؤدي إلى عدم الثقة في استخدام هذه الشبكة نتيجة لعدم إمكانية توفير الأمن والإستقرار للتصرفات التي تبرم من خلالها. تجنبا لذلك سعت العديد من التشريعات إلى توثيق المعاملات الإلكترونية (المطلب الأول)، قصد تحصينها وإعطائها قوة ثبوتية في حالة النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: توثيق العقد الإلكتروني

يتعرض المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية لمخاطر قد يكون مصدرها التاجر الذي يمثل الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية، حيث يتسم سلوكه بالغش والتحايل قبل المستهلك، وقد يقع الخطر من الغير كما في حالة اختراق الشبكات الإلكترونية المخزن عليها البيانات أو تداول المعلومات والبيانات من خلالها⁽¹⁾. لذلك اهتمت القوانين المقارنة بتوثيق المعاملات الإلكترونية مهما كانت صفة أطرافها، سواء تمت بين أفراد أو بين جهات حكومية أو غير حكومية، أو بين دول أو مؤسسات دولية، وذلك لتحقيق عنصري الأمن والسرية والتوثق من محتواها وعدم التعديل أو التغيير في هذا المحتوى⁽²⁾.

وعلى ذلك، قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها 34 بوضع قانون الأونسيستيرال النموذجي في شأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2002، الذي تعارض لتنظيم التوقيع الإلكتروني الموثوق به، والجهة التي تقوم بتحديد الواجبات التي يتحملها الموقع وما يبذله من عناية حيال توقيعه، كما نظم مقدم خدمات توثيق التوقيع الإلكتروني مع تحديد العناية المطلوبة منه نحو شهادات التصديق التي يصدرها، كذلك نظم هذا القانون الاعتراف بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية.

وقد اعتدت دول عديدة بهذا القانون فـ سي إس- دار تشريعاته الوطنية الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، فاقتبست منه العديد من أحكامه، ومنها التوجيه الأوروبي الذي أقره الإتحاد الأوروبي في 1999/01/13.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، فقد عدّل المشرع الفرنسي القانون المدني بالقانون 230 لسنة 2000 الصادر في 2000/03/13 ليعطي المستندات الإلكترونية قوة المستندات العادية، كما صدر المرسوم الذي يحدد إجراءات وقواعد توثيق التوقيع الإلكتروني في 2001/05/31، ثم استكمل بالمرسوم رقم 535 لسنة 2002 الصادر في 2002/04/18 في شأن التوثيق الإلكتروني، وبعدها صدر قرار وزير الاقتصاد والمالية

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص. 81.

2- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2007، ص. 78.

والصناعة في 2002/05/31 في شأن الشه -ادات الإلكترونية والمتطلبات الفنية -ة لإنشاء وتوثيق -ق التوقيع الإلكتروني⁽¹⁾.

ومن جهته أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2015 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، واستنادا إلى هذا القانون سنحاول أن نتعرف على التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم التصديق الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التوقيع الإلكتروني

شهد عصر الإلكترونيات والتطورات التكنولوجية رافقتهم محاولة البحث عمّا يواكب هذه التطورات من كافة المجالات الإلكترونية، سواء أكان من المفاوضات العقدية إلى التوقيع الإلكتروني والقبول لإبرام العقد، فقد تم البحث عن بديل للتوقيع التقليدي يكون قادرا على التناسب مع العقد الإلكتروني، فنتج التوقيع الإلكتروني واعترف به بشكل قانوني مع ظهور وانتشار عصر المعاملات الإلكترونية، وبدأت الخطوات العلمية في تعميم استخدامه لكون أداة من أدوات المعاملات المستقبلية بين الناس، حيث أنها تسهل على مستخدمي شبكة الإنترنت أعمالهم ومهامهم⁽²⁾.

وتظهر أهمية التوقيع الإلكتروني في أنه يساهم في الحد من مشكلة اختراق الأمن والخصوصية على شبكة الإنترنت، فتوافر الأمن يشغل حيزا كبيرا من اهتمام مستخدمي الشبكة سواء أكانوا عملاء أو مزودين، كما يثير قلق الكثير من المستخدمين مما يؤدي إلى انعدام الثقة بهذه الشبكة، وقد تم اللجوء إلى التوقيع الإلكتروني لتوفير أعلى مستوى من الأمن والخصوصية للمتعاملين مع الشبكة، ويتم ذلك بقدرة التكنولوجيا على الحفاظ على سرية المعلومات أو رسالة البيانات المرسله، وعدم قدرة أي شخص آخر على الإطلاع على الرسالة أو تعديلها أو تحريفها، كما أنه يمكن من تحديد شخصية وهوية المرسل والمستقبل الإلكتروني والتأكد من مصداقية هذه الشخصيات مما يسمح بكشف أي تحايل أو تلاعب.

1- رحيمة الصغير مساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 79.

2- د. حمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الإصدار الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص. 170.

أولاً: مفهوم التوقيع الإلكتروني

لإتمام إبرام العقد الإلكتروني بين طرفي العلاقة العقدية، وليكون للتصرف قيمة قانونية في إتمام التعاقد والآثار المترتبة عليه ولإثباته، كان من الضروري أن يتم التوقيع عليه ممن صدر عنه ليكسب العقد درجة عالية من الإلزام لطرفيه⁽¹⁾.

إلا أن العقد الإلكتروني، وبالنظر لخصوصية أنه يتم بطريقة إلكترونية، فهو لا يتفق وفكرة التوقيع التقليدي، لذلك كان من اللازم إيجاد الوسيلة التي تتماشى مع هذا النمط الجديد من التعاقد وذلك من خلال التوقيع الإلكتروني.

1/ تعريف التوقيع الإلكتروني

يمكن تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه بيان أو معلومة تتصل بمنظومة بيانات أخرى أو تحويل منظومة بيانات إلى شيفرة أو كود، والذي يسمح للمرسل إليه بإثبات الإستيثاق من سلامة مضمونها وتأمينها ضد أي تعديل أو تحريف، ولقد عرفته لجنة أعمال التجارة الدولية (CNUDCI) التابعة للأمم المتحدة عام 1996 بأنه عبارة عن مجموعة أرقام تمثل توقيعاً على رسالة معينة بحيث يتحقق هذا التوقيع من خلال إتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ومن خلال الضغط على هذه الأرقام الخاصة لمستخدم الإنترنت يتكون التوقيع الإلكتروني⁽²⁾.

من جهة أخرى عرفت المادة 02 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية التوقيع الإلكتروني بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها ارتباطاً منطقياً يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات"، كما عرفت المادة 02 من التوجيه الأوروبي الصادر في 1999/12/13 التوقيع الإلكتروني بأنه بيان يأخذ الشكل الإلكتروني ويرتبط أو يتصل بشكل منطقي بمعطيات إلكترونية أخرى والذي يمكن أن يخرج بشكل موثق.

وما يلاحظ على هذه التعريفات أنها تطرقت إلى التوقيع الإلكتروني من وجهة نظر فنية باعتباره وسيلة تكنولوجية للأمان والسرية، أو بمعنى آخر فهذه التعريفات لم تتعرض للآثار القانونية للتوقيع الإلكتروني⁽³⁾.

أما القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة لسنة 2008⁽⁴⁾ فقد عرّف في المادة 3/01 التوقيع الإلكتروني من خلال وظائفه بأنه "ما يوضع على محرّر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميّزه عن غيره".

1- د. حمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 172.

2- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 245.

3- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 81.

4- القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة، اعتمده مجلس وزراء العدل العرب بقرار رقم 771/د 24 بتاريخ 2008/11/27.

وبرجوعنا للتشريعات الوطنية نجد أن المشرع المصري عرف التوقيع الإلكتروني بمقتضى المادة 3/01 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري بأنه "حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره"، وهذا نفس التعريف الذي اقتبسه المشرع المصري بمقتضى القانون رقم 15 لعام 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات بموجب المادة 01/ج منه⁽¹⁾.

كما عرف المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 2/1367 ق م ف، عرف التوقيع الإلكتروني من خلال وظيفته بأنه "ينطوي على استخ-دام وسيلة موثوق بها لتحديد هوية الموقع وضمنان صلته بالواقعة التي أجراها، والثقة في هذه الوسيلة مفترضة حتى يثبت عكس ذلك".

أما المشرع الجزائري عرف التوقيع الإلكتروني بمقتضى القانون رقم 04-15 السالف الذكر بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

2/ صور التوقيع الإلكتروني

تتعدد صور التوقيع الإلكتروني بحسب الطريقة التي يتم بها هذا التوقيع، كما أن هذه الصور تتباين فيما بينها من حيث درجة الثقة ومستوى ما تقدمه من ضمان، وعلى ذلك يمكن للتوقيع الإلكتروني أن يتخذ الأشكال التالية:

أ. التوقيع الكودي (السري)

يتم توثيق المراسلات والتعاملات الإلكترونية بناء على هذه الطريقة باستخدام مجموعة من الأرقام والحروف، يختارها صاحب التوقيع لتحديد شخصيته ولا تكون معلومة إلا منه أو من يبلغه بها، وتنتشر هذه الطريقة من التوقيع الإلكتروني في عمليات المصارف والدفع الإلكتروني بصفة عامة، وقد اعترف القضاء الفرنسي مبكرا بهذا النوع من التوقيع كونه يحاط بالضمانات الموجودة في التوقيع اليدوي التقليدي⁽²⁾.

ب. التوقيع البيومتري

يقوم هذا التوقيع على الخواص الذاتية المميزة للإنسان كالبصمة الصوتية وبصمة شبكية العين وبصمة الأصبع، كما يقوم على المميزات الشخصية في المظهر الخارجي للأداء، كتحديد خط الإنسان بالاستناد إلى درجة ميلان القلم والضغط على القلم، والاهتزازات الصادرة عن اليد أثناء الكتابة. وبالرغم من درجة التيقن العالية في تحديد شخصية المتعاقدين ورغبتها في إبرام العقد عن طريق التوقيع البيومتري، فإنه يصعب اللجوء إليه لما ينطوي عليه من تكلفة مالية باهظة لتحقيقه، فإلى جانب ضرورة توافر

1- وقد أعاد المشرع المصري نفس التعريف بموجب المادة 1/01 من القرار رقم 109 لسنة 2005 المؤرخ في 15/05/2005 الصادر عن وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، والمتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

2- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 84.

المعدات اللازمة للاستناد إلى هذا التوقيع من قبل مواقع البيع، يجب توافر ذات المعدات لدى المستهلكين، وهو ما يتناقض مع الغاية من اللجوء للتجارة الإلكترونية وتوفيرها للوقت والجهد والمال⁽¹⁾.

ج. التوقيع الرقمي

جاءت فكرة التوقيع الرقمـي من خلال فكرة الرموز السريـة والمفاتيح غير المتناسقة وغير المتماثلة، وهذا التوقيع يعتمد على اللوغاريتميات والمعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية، وتم إيجاد هذا النوع كطريقة من طرق الأمان التي يسعى إليها المتعاقدان عند إبرام العقود أو إجراء أي تصرف من خلال الإنترنت⁽²⁾.

وتتضمن هذه الصورة تحديد هوية أطراف العقد تحديدا مميذا لهم عن غيرها من الأشخاص، كما يتضمن عدم إمكان التدخل على مضمون التوقيع أو مضمون المحرر الذي يرتبط به، ويتم حفظ هذا الرقم بجهاز الحاسب الآلي ولا يستطيع أحدا أن يعيد المحرر إلى صيغته المقروءة إلا الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك⁽³⁾، والتي يطلق عليها مسمى المفتاح.

ولا بد من الإشارة إلى أنه يوجد نوعان من المفاتيح هما مفتاح عام يسمح لكل شخص مهتم القيام بقراءة رسالة البيانات عبر الإنترنت ولكن دون أن يتمكن من إدخال أي تعديل عليها، ومفتاح خاص يمكن العمل من وضع توقيعه على رسالة البيانات إذا رضي بمضمونها وأراد الالتزام بها، ثم يقوم بإعادتها إلى مصدرها ومرفقا بها توقيعه في ملف بحيث لا يمكن لمصدرها إجراء أي تعديل لأنه لا يملك المفتاح الخاص بصاحب التوقيع، بمعنى أن المحرر أو رسالة البيانات تتعلق تماما بعد وضع التوقيع، بحيث لا يستطيع أي طرف المساس بها أو التعديل عليها إلا بالاستخدام المعاصر للمفتاحين الخاصين بصاحب رسالة البيانات أو المحرر وصاحب التوقيع، وهذا من شأنه أن يوفر ويحقق أعلى درجات الثقة والأمان للمحرر⁽⁴⁾.

وبرجوعنا إلى القانون رقم 04-15 السالف الذكر يلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد هذه الطريقة

الأخيرة، وما يدل على ذلك تعريفه لمفاتيح التشفير الخاص والتشفير العمومي.

حيث عرفت المادة 9,8/02 مفتاح التشفير الخاص بأنه عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا

الموقع فقط وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي، وهو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني.

1- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 72.

2- د. حمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 180.

3- سمير عبد السميع الأوزن، المرجع السابق، ص. 184.

4- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 255.

ثانيا: وظائف التوقيع الإلكتروني

تنص المادة 1/1367 ق م ف على أنه "التوقيع اللازم لإتمام التصرف القانوني هو الذي يحدد هوية صاحبه ويعبر عن رضائه بالإلتزامات الناشئة عن العقد".

يستفاد من هذه المادة التي عرفت التوقيع بصفة عامة أن المشرع اعتمد على تعريف وظيفي، حيث حدد بمقتضاها وظائف التوقيع المتمثلة في تحديد الموقع والتعبير عن رضائه بالإلتزام بمضمون المحرر. فإذا كان التوقيع التقليدي سواء تم بالإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع يوفر هذه الوظائف، كونه يتم في الغالب على دعامة مادية، وهذا خلافا للتوقيع الإلكتروني الذي تختلف صورته وتتجدد بالنظر إلى وسيلته الإلكترونية، حيث أنه يتم عبر وسيط إلكتروني من خلال شبكة الإنترنت.

تبعاً لذلك فما مدى تحقيق أو استيفاء التوقيع الإلكتروني لوظائف التوقيع التقليدي؟.

برجعونا إلى الفقرة الثانية من المادة 1367 ق م ف يلاحظ أن المشرع الفرنسي حسم الأمر، واعتبر أن التوقيع الإلكتروني يحدد هوية الموقع ويضمن صلته بالمحرر، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 06 من القانون 04-15⁽¹⁾ التي تنص على أنه "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني". فمن خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري اعتبر أن التوقيع الإلكتروني يحقق نفس وظائف التوقيع التقليدي، ويمكن أن نجمل هذه الوظائف في الآتي:

1/ تحديد هوية الموقع

الموقع هو الشخص الملزم بالتوقيع وهذا من أساسيات التوقيع، إذ أن الغاية من التوقيع هو نسبة ما ورد في المحرر أو السند للشخص الموقع⁽²⁾. فالتوقيع هو وسيلة لا يتطرق إليها الشك لتحديد شخصية الموقع — ع وهويته، فهو علامة تدل على من قام بوضعها على المحرر⁽³⁾. وباعتبار أن ما يميز التوقيع الإلكتروني هو طريقته أو آليته فيجب أن يكون هذا التوقيع مميزاً لشخص صاحبه بحيث يمكن دائماً من التعرف على صاحب التوقيع⁽⁴⁾.

1- تقابلها المادة 2-417 من القانون المغربي رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الجريدة الرسمية رقم 5584 بتاريخ الخميس 06 دجنبر 2007، والذي تم تنفيذه ظهير شريف رقم 129-07-1 بتاريخ 30 نوفمبر 2007.
2- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تحت إشراف د. علي قريشي، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2014-2015، ص. 216.
3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 374.
4- نور خالد عبد المحسن العبد الرازق، حجية المحررات والتوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الإنترنت، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، تحت إشراف د. فيصل زكي عبد الواحد، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 2009، ص. 50.

وإن كان التوقيع الإلكتروني يختلف عن التوقيع التقليدي من حيث الوسيط أو الدعامة التي يوضع كل منهما عليها، إلا أن كلاهما يشتركان في أنه بواسطتهما يمكن تمييز شخصية صاحب التوقيع وتحديد هويته ويترتب على ذلك أنه لا يستطيع هذا الشخص إنكار هذا التوقيع أو صدور تصرف معين يحمل توقيعيه. ولعل هذه الوظيفة ظهرت بصورة جلية عند الحديث عن أنواع وصور التوقيع الإلكتروني، خاصة صورة التوقيع الرقمي. إن تأكد المتعاقد من مصدر المحرر وهويته من شأنه أن يبعث طمأنينة وثقة وأمان في أن مضمون العقد بقي محصنا من التعديل أو الحذف والاختراق، ذلك أن المتعاقد يكون متأكدا بأن لا أحد بإمكانه تعديل مضمون المحرر أو رسالة البيانات لأنه لا يملك المفتاح الخاص لذلك.

2/ التعبير عن رضاء الموقع بالالتزام بمضمون العقد

إلى جانب إمكانية تحديد هوية المتعاقد، فالتوقيع الإلكتروني يعبر عن إرادة المتعاقد في رضائه بالمحرر بكل ما ورد فيه، وقبول التصرف القانوني.

لذلك فإن التوقيع الإلكتروني يعد تعبيراً واضحاً عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون المحرر وإقراره له، ويستلزم الأمر بالتالي ضرورة وجود رابطة قوية بين التوقيع والالتزامات الواردة في المحرر، بحيث يكون الموقع قد علم بمضمون المحرر وقصد إلزام نفسه بكل ما ورد فيه ⁽¹⁾، وهـذا ما أكده المشرع في المادة 06 من القانون 04-15 السالفة الذكر بقولها "... وإثبات قبوله الكتابة في الشكل الإلكتروني".

فالتوقيع الإلكتروني يعبر عن إرادة المتعاقد باتجاه نيته إلى إبرام عقد في الشكل الإلكتروني ، "فلو ضربنا مثلاً ببطاقات الائتمان في جهاز الصرف الآلي فإنه يوجه أمره إلى هذا الجهاز بصرف المبلغ المطلوب، ولا شك أن ذلك يعد رضاً منه بمضمون المستند الإلكتروني الدال على عملية السحب ⁽²⁾".

ثالثاً: شروط التوقيع الإلكتروني

باستقراءنا لنصوص القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، نلاحظ أن المشرع ميّز بين نوعين من التوقيع، وهما التوقيع الإلكتروني البسيط والتوقيع الإلكتروني الموصوف ⁽³⁾.

فبالنسبة للنوع الأول وهو التوقيع العادي يلاحظ أن المشرع لم يعط تعريفاً محدداً له، وإنما اكتفى بذكر وظائفه المحددة في المادة 06 السالفة الذكر، وهي توثيق هوية الموقع وإثبات قبوله بمضمون العقد، وهذه الوظائف

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 375.

2- نور خالد عبد المحسن العبد الرازق، المرجع السابق، ص. 62.

3- استعمل المشرع الجزائري مصطلح التوقيع الإلكتروني الموصوف في النص العربي، وبرجوعنا للنص الفرنسي يلاحظ أن المشرع ذكر عبارة "La signature électronique qualifiée" والتي تعني التوقيع الإلكتروني المؤهل.

تنطبق على التوقيع الإلكتروني البسيط كما تنطبق على التوقيع الإلكتروني الموصوف (1)، وهو النوع الثاني من التوقيعات الإلكترونية الذي نص عليه المشرع في المادة 07 من القانون 04-15 (2).

فالتوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الذي لا يتحرك في البيئة الإلكترونية منفردا وإنما يصحبه أو يعززه شهادة تصدر من جهة ثالثة أجنبية عن طرفي المعاملة الإلكترونية التي يستخدم التوقيع الإلكتروني بمناسبة (3). وباعتبار كونه موصوفا لا بد أن تتوفر فيه الشروط التالية (4):

1/ ضرورة توثيق التوقيع الإلكتروني

ضمانا لمصادقية التوقيع لصاحبه وللآخرين الذين سيوقع لهم على وثائق إلكترونية، وحفاظا على سرية المعلومات أو أية رسالة مرسله حتى لا تكون عرضة للتعديل أو الإختراق أو التحريف، أوجب المشرع الجزائري أن ينشأ التوقيع الإلكتروني على أساس شهادة تصديق إلكترونية، وهي عبارة عن وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع (5).

1- أنظر المادة 02 من التوجيه الأوروبي رقم 99-39 المؤرخ في 13/12/1999 المتعلق بالإطار المشترك للتوقيعات الإلكترونية، حيث عرفت التوقيع الإلكتروني الموصوف باسم التوقيع الإلكتروني المتقدم "signature électronique avancée" وحددت شروطه وهي أن يرتبط وبشكل منفرد بصاحب التوقيع، أن ينشأ من خلال وسائل موضوعة تحت رقابة صاحب التوقيع، أن يرتبط بالبيانات التي وضع عليها التوقيع إلى درجة أن أي تعديل لحق بها يمكن كشفه.

2- برجوعنا إلى القانون المغربي رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات، نجد أن المشرع المغربي شأنه شأن المشرع الجزائري تحدث عن نوعين من التوقيعات، التوقيع الإلكتروني البسيط أو العادي والذي حدد وظائفه بموجب المادة 2-417 من نفس القانون، والتوقيع الإلكتروني المؤمن الذي عرفه بموجب المادة 3-417/2 بأنه "يعتبر التوقيع الإلكتروني مؤمنا إذا تم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وقامية الوثيقة القانونية مضمونة، وفق النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال".

وقد حدد شروطه بمقتضى المادة 06 التي تنص على أنه "يجب أن يستوفي التوقيع الإلكتروني المؤمن المنصوص عليه في الفصل 3-417 من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود، الشروط التالية:

- أن يكون خاصا بالموقع ؛ - أن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصرفه حصرية؛ - أن يضمن وجود ارتباط بالوثيقة المتصلة به بكيفية تؤدي إلى كشف أي تغيير لاحق أدخل عليها.

يجب أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الإلكتروني، تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة للمطابقة"، ومن خلال هذا النص يلاحظ أن المشرع المغربي وضع مصطلح "مؤمن" في حين استعمل المشرع الجزائري مصطلح "موصوف".

3- نور خالد عبد المحسن العبد الرازق، المرجع السابق، ص. 208.

4- أنظر المادة 18 من القانون رقم 15 لعام 2004، التي حدد المشرع المصري بمقتضاها ثلاثة شروط وهي:- ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره، - سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني، - إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

v. aussi art. 1367/2 de code civil français : « Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

5- بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني هي رموز أو مفاتيح التشفير العمومية، أو أي بيانات أخرى مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني، والذي يتم التحقق منه بواسطة آلية تتمثل في جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني (أنظر المادة 6,5/2 من القانون 04-15).

هذه الشهادة تعتبر بمثابة صك أمان تفيد صحة المعاملات الإلكترونية وضماتها بما يوفر لتلك المعاملة حماية قانونية⁽¹⁾، ويتم الحصول عليها من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو من خلال طرف ثالث موثوق، وتمنح للموقع دون سواه.

وباعتبار أنها شهادة موصوفة اشترط المشرع الجزائري أن تتضمن على الخصوص⁽²⁾:

ـ أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها.

ـ أن تمنح للموقع دون سواه.

يجب أن تتضمن على الخصوص:

- ✓ إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.
- ✓ تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه.
- ✓ اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.
- ✓ إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني.
- ✓ بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
- ✓ الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني.
- ✓ رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني.
- ✓ التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني.
- ✓ حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء.
- ✓ حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء.
- ✓ الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر، عند الاقتضاء.

2/ أن يرتبط بالموقع دون سواه

يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني متصلا بالموقع⁽³⁾، ويتحقق ذلك من خلال حيازة هذا الأخير لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري من خلال تعريفه للموقع بأنه "شخص طبيعي يحوز

1- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص. 250.

2- أنظر المادة 15 من القانون 04-15.

3- أنظر المادة 07/ من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة.

بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثلها⁽¹⁾، وهـذا التعريف هو نفس هـ الذي اعتمده المشـرع المغربي بمقتضى المادة 07 من القانون رقم 53-05 السالفة الذكر، والمشـرع المصري بمقتضى المادة 01/ من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 التي تنص على أنه "في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالمصطلحات الآتية المعاني المبينة قرين كل منها: هـ... الموقع: الشخص الحائـز على بيانات إنشاء التوقيع ويوقع عن نفسه أو عن ينيبه أو يمثله قانوناً"⁽²⁾.

تبعاً لذلك، يجب أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني خاصة بالموقع، أي أن تكون مميزة له وأن يكون التوقيع الناتج عنها يحدد هوية شخص واحد فقط، فيجب أن تكون حصريـة على شخص واحد فقط، فمن المستبعد أن يترتب على بيانات إنشاء التوقيع، توقيع إلكتروني يتم نسبته إلى أكثر من شخص⁽³⁾.

3/ أن يمكن من تحديد هوية الموقع

يجب أن يمكن التوقيع الإلكتروني من تمييز شخصية صاحبه وتحديد هويته، لما لهذا الأمر من أهميته في الإثبات والوفاء بالالتزامات وتحديد الأهلية، "فلا يتصور أن يتم منح شخص عديم الأهلية أو ناقصها توقيعاً إلكترونياً، لأن هذا الأمر يبنى عليه أمور كثيرة يتوجب أن يكون صاحب التوقيع كامل الأهلية للقيام بها وحتى تتمكن الجهة الخاصة بإصدار التوقيع عن منح التوقيع لهذا الشخص، حيث تتم قراءة التوقيع الإلكتروني من خلال أجهـزة الحاسب أو أي جهاز إلكتروني يتمكن من قراءة التوقيع، لـيتم بعد ذلك التأكد من شخص الموقع وصحة البيانات المدخلة من قبله، فعلى سبيل المثال يتم قراءة التوقيع الإلكتروني المدون على البطاقة الممغنطة من قبل أجهـزة الصراف الآلي وبعض الأجهـزة المساعدة للصراف، فتمت القراءة وكانت البيانات التي أدخلت سليمة، فإن أمر التشغيل الذي يمنح لآلة الصراف الآلي يكون صادراً عن مصادقة الآلة للتوقيع الإلكتروني الخاص بالعمل، وهذا التصرف هو تأكيد على أن التوقيع الإلكتروني يكون قادراً على التعريف بصاحبه"⁽⁴⁾.

وعموماً نحن نرى أن هذا الشرط ما هو إلا تأكيد للشرط الذي سبقه وهو أن يرتبط التوقيع بالموقع دون سواه.

1- أنظر المادة 01/6 من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة التي أضافت الشخص المعنوي، حيث عرفت الموقع بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز لأداة توقيع إلكتروني خاصة به ويقوم بالتوقيع أو يتم التوقيع بالنيابة عنه على الرسائل الإلكترونية باستخدام هذه الأداة".
2- هذه التعاريف جاءت متوافقة مع التعريف الذي أورده قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2001 في المادة 02/ التي تنص على أنه: "موقع" يعني شخصاً حائزاً على بيانات إنشاء توقيع ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله".
3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 458.
4- د. حمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 177.

4/ أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني

يمكن تعريف آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني بأنها "جهاز أو برنامج معلوماتي معدّ لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني"⁽¹⁾، وقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة أن تكون آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة⁽²⁾، وأن تتوفر فيها المتطلبات الآتية⁽³⁾:

- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة على الأقل، ما يأتي:

- أ. ألا يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.
- ب. ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.
- ج. أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.

- يجب ألا تُعدّل البيانات محل التوقيع الإلكتروني وأن تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع.

5/ أن يكون منشأ بواسطة وسائل تحت التحكم الحصري للموقع

ينشأ التوقيع الإلكتروني بواسطة بيانات فريدة، ويستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة⁽⁴⁾، فهذه البيانات يجوزها ويتحكم فيها الموقع شخصا دون سواه⁽⁵⁾، وبالتالي يكون ضامنا لها أنها تحت سيطرته الحصرية بصفة خاصة من خلال مفتاح التشفير الخاص الذي يجوزه الموقع حصريا ويستخدمه لإنشاء الموقع.

ويتيح هذا الشرط إمكانية التعرف على أي تعديل من شأنه أن يؤدي إلى تغيير مضمون الوثيقة

الإلكترونية، وبالتالي نلتزم فيه مدى حرص المشرع على توفير الحماية لطرفا العقد.

ونجد أن هذا الشرط يرتبط بالشرط الثاني وهو أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني خاصة بالموقع

فقط، فسيطرة شخص واحد فقط على وسيلة إنشاء توقيع يؤدي إلى أن تكون البيانات الناتجة عن هذه

1- أنظر المادة 4/02 من القانون رقم 04-15.

2- أنظر المادة 10 من القانون رقم 04-15.

3- أنظر المادة 11 من القانون رقم 04-15، وانظر في نفس المعنى المادة 09 من القانون المغربي رقم 05-53 السالف الذكر.

4- أنظر المادة 3/02 من القانون رقم 04-15.

5- أنظر المادة 07/ من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة.

الوسيلة مرتبطة بهذا الشخص فقط وخاصة به، مما يؤدي إلى أن كلا الشرطين يعملان على تحقيق هدف واحد وهو ضمان أن يحقق التوقيع الإلكتروني الوظيفة الأساسية بصفة عامة، وهي تعيين هوية الموقع⁽¹⁾.

6/ أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بها

يجب أن يكون هناك ارتباط بين التوقيع الإلكتروني والوثيقة الإلكترونية المتصلة به بكيفية تؤدي إلى الكشف عن أي تغيير لاحق أدخل عليها⁽²⁾.

ويستلزم هذا الشرط وجود رابطة قوية ودائمة بين التوقيع الإلكتروني والمحرر الموقع إلكترونيا، بحيث يضمن التوقيع نزاهة المحرر الموقع إلكترونيا.

فالمحرر الإلكتروني يتم نقله بوسيلة إلكترونية من المرسل إلى المرسل إليه، فمثلا الرسالة الإلكترونية يتم نقلها عبر شبكة الإنترنت مما يؤدي إلى إمكان إطلاع أي شخص غير المرسل والمرسل إليه أو تعديل محتواها، وبالتالي من الضروري ضمان عدم تعديل بيانات المحرر أثناء نقله في الوسط الإلكتروني من المرسل إلى المرسل إليه، هذه الوظيفة منوطة بالتوقيع الإلكتروني في صورته الرقمية باعتباره صورة من صور التشفير، حيث يتم إضافة التوقيع الرقمي إلى المحرر الإلكتروني، والتوقيع هنا عبارة عن المحرر الإلكتروني في صورة مضغوطة ومشفرة عن طريق المفتاح الخاص، وبالتالي لن يستطيع أي شخص غير مرسل الرسالة الإلكترونية أن يقوم بتعديل محتوى المحرر الإلكتروني، ولا حتى المرسل إليه، فالمرسل إليه يستطيع باستعمال المفتاح العام للمرسل أن يقوم بفك شفرة الرسالة المشفرة لمطابقتها بالرسالة غير المشفرة للتأكد من أن المحرر الموقع لم يحدث عليه أي تعديل⁽³⁾.

وهذا الشرط مهم جدا لأنه يصب في الوظيفة الثانية للتوقيع الإلكتروني، وهي أن يعبر عن رضا الموقع بمضمون المحرر الموقع عليه، فعندما تكون الصلة بين التوقيع الإلكتروني والمحرر الموقع أكيدة ودائمة، وأن المحرر الإلكتروني الموقع لم يحدث فيه أي تعديل منذ توقيعه وحتى وصوله إلى المرسل إليه، فهذا يؤدي إلى التحقق من رضا الموقع بمضمون المحرر الموقع عليه، حيث يصل المحرر في صورته التي وقع عليها الموقع دون أي تعديل يحدث على مضمونه الذي ارتضاه⁽⁴⁾.

من خلال دراسة هذه الشروط يتضح مدى حرص المشرع على تحقيق الأمان التام للتوقيع الإلكتروني ومن تم تحقيق الأمن الاقتصادي من أجل حماية المستهلك المنفتح على التجارة الإلكترونية، لدى سعى المشرع إلى وضع وسائل وآليات تحول دون إمكانية اختراق المعطيات الخاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني تحقيقا لأمنه وتفاديا لتزويره، فإذا كان التحقق من هوية الموقع إلكترونيا يمنع كل تلاعب أو تزوير من قبل الأغيار، فإن استحضار

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 462.

2- أنظر المادة 07/ج من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة.

3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 464.

4- المرجع نفسه، ص. 465.

إرادة الموقع وعلمه بمضمون الوثيقة الإلكترونية يعد أحد الشروط المهمة الواجب توفرها في آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني الآمن⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التصديق الإلكتروني

يمكن تعريف التصديق الإلكتروني بأنه وسيلة آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، بحيث يتم نسبته إلى شخص معين من خلال جهة موثوق بها أو طرف محايد يطلق عليه مقدم أو مورد خدمات التصديق، فالثقة والمصدقية في البيانات المتداولة توجب تدخل وسيط محايد يعطي شهادة رقمية أو وثيقة إلكترونية تشهد بصحة هذه البيانات وهذا الوسيط هو شخص طبيعي أو معنوي مرخص له بممارسة هذه المهنة⁽²⁾.

فعملية التصديق الإلكتروني لا تعدو عن كونها خدمة قانونية يقدمها شخص محايد رخص له بذلك تتضمن عملية تأكيد صحة توقيع إلكتروني ما ونسبته إلى شخص محدد بذاته وذلك بمقتضى شهادة تسمى شهادة التصديق الإلكتروني⁽³⁾.

وفي نطاق التجارة الإلكترونية فالمعاملات بحاجة إلى من يتولى التصديق عليها بما يفيد صحتها، حتى تطمئن كافة الأفراد المتعاملة إلى أن البيانات المتداولة والتوقيعات الواردة عليها صحيحة، لأن ذلك يرتب آثارا قانونية في حقها، فالبائع وبناءً على صحة توقيع المشتري سوف يرسل بضاعة، كما أن المشتري وبناءً على صحة توقيع البائع سوف يسدد ثمن البضاعة المشتراة، كذلك فإن النظام المحاسبي الإلكتروني في البنوك وبناءً على صحة توقيع حامل البطاقة أو صاحب الحساب سوف يتولى الدفع بالطريق الإلكتروني وتسوية الحسابات إلكترونياً دون تدخل حامل البطاقة أو موظف البنك⁽⁴⁾.

بناءً على ذلك، استدعى الأمر ضرورة توفير الضمانات الكفيلة التي تحقق الثقة والمصدقية في البيانات المتداولة، وذلك عن طريق وسيط أو طرف ثالث محايد موثوق به، يعطي شهادة رقمية أو وثيقة إلكترونية تشهد بصحة البيانات، وهذا الوسيط يدعى بمقتضى قانون الأونيسترال النموذجي⁽⁵⁾ بشأن التوقيعات الإلكترونية - كما هو الحال في القانون الجزائري - مقدم أو مؤدي خدمات التصديق.

1- د. مصطفى طائل، أهمية التوقيع الإلكتروني الآمن في حماية المتعاقدين عبر الإنترنت، مقال منشور في مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، العدد الثالث، ماي 2016، لبنان، ص. 15.

2- نور خالد عبد المحسن العبد الرازق، المرجع السابق، ص. 235.

3- المرجع نفسه، ص. 236.

4- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية، المرجع السابق، ص. 126.

5- أنظر المادة 02/ من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية.

أولاً: المقصود بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

إن صدور الوثائق إلكترونيا والعمل على إخضاعها للتبادل الإلكتروني يجعلها معرضة لشتى المخاطر أثناء تداولها، مما قد يسبب ضعفاً في مصداقيتها ومدى صحتها وحجيتها، ولذلك عمدت كل التشريعات الوطنية إلى إخضاع كل المعاملات التجارية الإلكترونية لمراقبة خدمات المصادقة الإلكترونية من أجل إضفاء المصداقية والحجية على التوقيع الإلكتروني من خلال الكشف عن مصدره، وما تحتويه الوثيقة الإلكترونية المضمنة لهذا التوقيع، إلى جانب التحقق من صدورها عن صاحبها بإرادة حرة، وبذلك يعدّ مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية جهة محايدة ومستقلة عن العقد الرابط بين أطراف العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

1/ تعريف مؤدي خدمات التصديق

عرفت المادة 02/ من قانون الأونيسيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مقدم خدمات التصديق بأنه شخصاً يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية. كما عرفته المادة 9/01 من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي مرخص له من الهيئة المختصة بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني أو تقديم الخدمات المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني".

أما المشرع التونسي فعرفه بمقتضى الفصل 4/02 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة، ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني".

وبدوره عرف المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق بموجب القانون رقم 15-04 في المادة 12/02 بأنه "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

ويلاحظ أن هذه التعاريف قد اتفقت على توسيع نشاط مقدم الخدمات، فبالإضافة إلى دوره الرئيسي المتمثل في إصدار شهادات التصديق، فقد منحتة القيام بنشاطات أخرى تتعلق بالتصديق الإلكتروني، مثل "تحديد تاريخ ثابت للتعاقد الإلكتروني أو بحفظ كل ما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني أو إيقاف أو إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني"⁽²⁾.

كما اتفقت التعاريف المتقدمة بشأن تحديد صفة من يقوم بتقديم الخدمات، واعتبرت أن هذا الدور منوط بالشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء، وإن كانت المادة 02/ من قانون الأونيسيرال ذكر مصطلح "شخص" وتركها عامة وبالتالي تصلح أن يكون هذا الشخص طبيعياً أو معنوياً.

1 - د. مصطفى طائل، المرجع السابق، ص. 17.

2 - د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 412.

وفي اعتقادنا أن هذه التعريفات لم يحالفها التوفيق في هذا الأمر، لأنه في الواقع العملي ليس من المتصور إطلاقاً أن يقوم شخص طبيعي بتقديم خدمات التصديق، وذلك لأنها تحتاج إلى إمكانيات مادية وتقنية كبيرة، كما تحتاج إلى أجهزة معقدة وخبرات فنية كبيرة، لذلك لا يستطيع أن يقوم بها إلا شخص معنوي سواء أكان شخصاً معنوياً عاماً أو شخصاً معنوياً خاصاً⁽¹⁾.

وتفادياً لذلك فإن المشرع المصري ذهب إلى تسميتها جهة التصديق الإلكتروني ولم يسمها باسم مقدم الخدمات، وعرف جهات التصديق الإلكتروني بمقتضى المادة 6/01 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني بأنها الجهات المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكترونية وتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني. ووفقاً لهذا التعريف فإن تقديم الخدمات قاصر على الشخص المعنوي فقط، والدليل على ذلك إيراده لمصطلح "جهات" في نص المادة.

وبغض النظر عن المسمى الذي يطلق على الجهة التي تقدم خدمات توثيق التوقيع الإلكتروني، وبغض النظر عن كون هذه الجهة مؤسسة أو شركة أو هيئة عامة أو هيئة خاصة أو جهة حكومية معتمدة في الدولة، أو شركة تجارية خاضعة لرقابة جهات حكومية معتمدة في الدولة، فإنه لا يمكن إنكار الدور الهام والرئيس الذي تلعبه هذه الجهات في تحديد هوية المتعاقدين وتوفير الأمان التقني للمعاملات الإلكترونية، وتوفير البيئة الآمنة للمتعاملين بالوسائل الإلكترونية، وذلك كونها تقدم البيئة على حصول التراسل من عدمه، وتبين الوقائع ذات الصلة بذلك التراسل، وهذا يتم عن طريق إصدار شهادة إلكترونية موثوقة تشهد وتؤكد على صحة البيانات والمعلومات الواردة بها، كاسم وعنوان وأهلية وصفة الموقع، إضافة إلى أية بيانات اشترط القانون توافرها في الرسالة، وبالنتيجة تؤكد على شخصية كل طرف من الأطراف المتعاقدة، وتضمن سلامة وصحة التوقيعات الإلكترونية، وتعمل على تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل والتحقق من سلامة التعامل وجديته بعيداً عن الغش والإحتيال⁽²⁾.

2/ ممارسة نشاط مؤدي خدمات التصديق

يحق لكل شخص طبيعي أو معنوي أن يؤدي نشاط خدمات التصديق، ولكن بعد استيفائه لمجموعة من الشروط⁽³⁾، وهي شروط متعلقة بطالب الترخيص لممارسة نشاط مؤدي الخدمات، وشروط أخرى متعلقة بالترخيص وشروط تتعلق بالجهة مصدرة الترخيص.

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 412.

2- عبر مختايل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، تحت إشراف د. هاشم الجزائري، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، أيار 2009، ص. 57.

3- حدد المشرع المغربي مجموعة من الشروط التقنية التي يجب أن تتوفر في مقدم خدمات التصديق بمقتضى القانون رقم 53-05، ويتضح أن المشرع المغربي أعطى صلاحية تولي مهمة تقديم خدمات التصديق للشخص المعنوي، حيث نصت المادة 21 على أنه "يشترط من أجل الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية أن يكون طالب الاعتماد مؤسساً في شكل شركة يوجد مقرها الاجتماعي بتراب المملكة...".

أ. الشروط المتعلقة بطالب الترخيص

يتطلب القانون لممارسة نشاط خدمات التصديق أن يتوفر في الشخص الطبيعي أو المعنوي طالب الترخيص الشروط التالية⁽¹⁾:

- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي.
- أن يتمتع بقدرة مالية كافية.
- أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا المعلومات والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي.
- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جنابة أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

ب. الشروط المتعلقة بالجهة مصدرة الترخيص

يعد الحصول على ترخيص لمزاولة النشاط من أول الالتزامات الواقعة على عاتق جهات التصديق، ومضمون هذا الإلتزام هو عدم قيام هذه الجهات بممارسة نشاطها المتعلق بخدمة التصديق الإلكتروني إلا بعد أن تحصل على ترخيص بذلك من الهيئة المختصة، وعلى ذلك يعتبر الترخيص أوليا وجوهريا في ذات الوقت، فهو أمر أولي لأنه يمثل البداية الصحيحة لمزاولة النشاط ولأن ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني دون الحصول على ترخيص بذلك يعد جريمة ولا يعقل أن تبدأ جهة التصديق نشاطها بجريمة، وهو كذلك أمر جوهري لأن ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني دون الحصول على ترخيص يترتب عليه عدم الاعتراف بشهادات المصادقة الصادرة من الجهات غير المرخصة ثم عدم حيازة التوقيعات الإلكترونية المصادق عليها من الجهات المذكورة لأي حجية في الإثبات⁽²⁾.

لذلك أناط المشرع صلاحية إصدار تراخيص لمزاولة نشاط مؤدي الخدمات بالسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني⁽³⁾، وهذه السلطة تكلف بمراقبة ومتابعة مؤدو خدمات التصديق الإلكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع والتصديق الإلكترونيين لصالح الجمهور، وقد أوكل القانون لهذه السلطة القيام بج ملة من المهام، حددها المشرع بموجب المادة 30 من القانون 04-15.

إن أعمال السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني تكون تحت رقابة سلطات أخرى، فحتى تقوم هذه السلطة بمهامها الموكلة إليها فعليها أن تقوم بإعداد سياستها للتصديق الإلكتروني وعرضها على السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني قصد الموافقة عليها والسهر على تطبيقها.

1- أنظر المادة 34 من القانون 04-15.

2- نور خالد عبد المحسن العبد الرازق، المرجع السابق، ص. 292.

3- أنظر المادة 33 من القانون رقم 04-15.

حيث تعتبر السلطة الوطنية جهة مراقبة لأعمال السلطة الاقتصادية، ذلك أن هذه الأخيرة لا تقوم بأعمالها إلا بعد أن تحظى بالموافقة من طرف السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، هذه الأخيرة تنشأ لدى الوزير الأول وتعتبر سلطة إدارية تمتد -ع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي⁽¹⁾، يتواجد مقرها بمدين ة الجزائـر ويمكن نقله إلى أي مكان آخر من التراب الوطني⁽²⁾، وقد أوكل لها القانون القيام بعدة مهام حددتها المادة 18 من القانون 04-15.

بعد أن تتأكد السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني من توفر الشروط في طالب الترخيص تمنحه شهادة التأهيل لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة، وهذه الشهادة⁽³⁾ لا تحول طالب الترخيص مزاوله نشاطه المتمثل في تأدية خدمات التصديق، ولكن الحكمة منها هو تمكين الشخص الطبيعي أو المعنوي من تهيئة الوسائل اللازمة لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

بعد انقضاء مهلة شهادة التأهيل تمنح السلطة الاقتصادية الترخيص للشخص الطبيعي أو المعنوي لمزاولة نشاط تأدية الخدمات⁽⁴⁾، ويتعين على هذه السلطة أن ترفق الترخيص بدفتر شروط يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق، وكذا توقيع شهادة التصديق الخاصة بمؤدي الخدمات⁽⁵⁾.

ج. الشروط المتعلقة بالترخيص

يشترط في الترخيص الممنوح من قبل السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني الشروط التالية:

- يجب أن يسلم للمعني بصفة شخصية ولا يمكن التنازل عنه للغير (المادة 39 من القانون 04-15).
- يجب أن يمنح لمدة 05 سنوات، ويمكن تجديده عند انتهاء صلاحيته وفقا للشروط المحددة في دفتر الأعباء الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق (المادة 1/40 من القانون 04-15).
- يجب على مؤدي الخدمات دفع مبلغ مالي مقابل هذا الترخيص (المادة 2/40 من القانون 04-15).

1- أنظر المادة 16 من القانون 04-15.

2- أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 16-34 المؤرخ في 25 أبريل 2016 الذي يحدد تنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وسيورها وعملها، ج. ر. ع. 26.

3- يتم تبليغ الشخص الطبيعي أو المعنوي بشهادة التأهيل في أجل أقصاه 60 يوما ابتداء من تاريخ تسليم الطلب المثبت بإشعار الاستلام (أنظر المادة 2/35 من القانون 04-15).

4- يجوز للسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني رفض منح شهادة التأهيل والترخيص، لكن يتعين عليها أن يكون رفضها مسببا وتبلغه للمعني مقابل إشعار بالاستلام (أنظر المادة 37 من القانون 04-15)، ويحق لطالب الترخيص الطعن في قرار السلطة الاقتصادية أمام السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني في أجل شهر ابتداء من تاريخ تبليغها ولا يكون لهذا الطعن أثرا موقفا (أنظر المادة 31 من القانون 04-15).

5- أنظر المادة 38 من القانون 04-15.

3/ التزامات مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني

بعد حصوله على ترخيص من قبل السلطة الاقتصادية، يلتزم مقدم خدمات التصديق الإلكتروني بالقيام بعدة التزامات منها:

أ. التحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع

يجب على مقدم الخدمات قبل منح شهادة التصديق أن يتحقق من تكامل بيانات الإنشاء، كمفاتيح التشفير الخاص مع بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني مثل مفاتيح التشفير العمومية، كما يتعين عليه التحقق من هوية طالب شهادة التصديق، والتحقق من صفاته الخاصة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا⁽¹⁾، وفي سبيل تحقيق ذلك يتعين عليه جمع البيانات الشخصية الضرورية فقط بعد الموافقة الصريحة من المعني بغية منح أو حفظ شهادة التصديق الإلكتروني، ولا يمكنه استعمال هذه البيانات لأغراض أخرى⁽²⁾.

ب. الالتزام بتأدية خدمات التصديق الإلكتروني

يلتزم مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني بأداء مهامه في إطار مبني على أساس الشفافية وعدم التمييز ولا يمكنه رفض تقديم خدماته بدون سبب وجيه⁽³⁾.

ويعتبر منح شهادة التصديق الإلكتروني الإلتزام الرئيسي لمؤدي خدمات التصديق، هذه الشهادة "تفيد التصديق على المحرر الإلكتروني في تعاقد معين وتشهده بموجبها بصحته ونسبته إلى من صدر عنه"⁽⁴⁾، فهـي تعتبر بمثابة صك أمان تفيد صحة المعاملات وضمانها بما يحقق لتلك المعاملة حماية قانونية⁽⁵⁾.

الجدير بالذكر أن المشرع سمح بموجب المادة 63 من القانون 04-15 بأن تكون لشهادات التصديق الإلكتروني التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق المقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات الممنوحة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في الجزائر، بشرط أن يكون مؤدي الخدمات الأجنبي هذا قد تصرف في إطار اتفاقية للإعتراف المتبادل أبرمتها السلطة، وهذا يمثل إقرار من طرف المشرع بمبدأ المعاملة بالمثل⁽⁶⁾.

1- أنظر المادة 44 من القانون 04-15.

2- أنظر المادة 43 من القانون 04-15.

3- أنظر المادة 50 من القانون 04-15.

4- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص. 247.

5- المرجع نفسه، ص. 250.

6- نفس المبدأ اعتمده المشرع المغربي بموجب المادة 22 من القانون 05-53 التي تنص على أنه "استثناء من أحكام المادتين 20 و 21 أعلاه:

- تتمتع الشهادات المسلمة من قبل مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية المستوطن بالخارج بنفس القيمة القانونية التي تتمتع بها الشهادات المسلمة من قبل مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية الذي يوجد مقره بالمغرب إذا كان معترفا بالشهادة أو بمقدم خدمة المصادقة في إطار اتفاق متعدد الأطراف يعتبر المغرب طرفا فيه أو اتفاق ثنائي يتعلق بالاعتراف المتبادل بين المغرب وبلد إقامة مقدم الخدمات؛
- يمكن اعتماد مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية الذين يوجد مقرهم الاجتماعي بالخارج، شريطة أن تكون الدولة التي يمارسون بتربها نشاطهم قد أبرمت مع المملكة المغربية اتفاقية للاعتراف المتبادل بمقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية".

فضلا على ذلك، يلتزم مقدم خدمة التصديق بالقيام بخدمات التصديق الأخرى كتنسجيد أو إلغاء⁽¹⁾ أو نشر وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني، مراعيًا في ذلك سياسة التصديق الخاصة به والتي وافقت عليها السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني.

ج. التزام مزود الخدمة بالسرية

تنص المادة 42 من القانون رقم 04-15 على أنه "يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة"⁽²⁾.

ومثل هذا الشرط هام جدا وضروري كونه يساهم في من — ح الثقة والأمان للمتعاملين — بالمجال الإلكتروني، لاسيما وأن المعلومات المقدمة من قبلهم تحتوي على بيانات شخصية وسرية، ولها قيمة كبيرة بالنسبة للمتعاملين في هذا المجال، وأن الكشف عنها قد تكون له انعكاسات سلبية تؤثر على أعمالهم وتجارتهم⁽³⁾.

فالتزام السرية يعد من أهم الإلتزامات الملقة على عاتق الجهات التي تقدم خدمة التصديق الإلكتروني، ذلك أن تسرب المعلومات الخاصة بصاحب التوقيع الإلكتروني قد يسبب له وبالتجارة الإلكترونية في عمومها أضرارا بالغة، ولنضرب لذلك مثلا بالفتاح الخاص لصاحب التوقيع الإلكتروني فمثل هذا البيان لو تسرب لكان معنى ذلك فك جميع الشفريات التي يرسلها صاحب التوقيع الإلكتروني للمتعاملين معه، ومن ثمّ اختراق كافة معاملاته التجارية، بل وربما السطو على هذه المعاملات أو انتحال شخصيته أو السطو على حساباته البنكية وغير ذلك من الأخطار الجسيمة⁽⁴⁾.

د. تطبيق التعريفات الخاصة بالخدمات الممنوحة

يلتزم مؤدي خدمات التصديق بتطبيق التعريفات الخاصة بالخدمات الممنوحة وفقا لمبادئ تحديد التعريفات المعتمدة من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني والمحددة عن طريق التنظيم⁽⁵⁾.

1- أنظر المادة 45 من القانون رقم 04-15 التي حددت حالات إلغاء شهادة التصديق.

2- وهو نفس الشرط الذي اشترطه المشرع المغربي بموجب المادة 1/24 من القانون رقم 05-53 التي تنص على أنه "يلزم مقدمو خدمات المصادقة الإلكترونية ومستخدموهم كذلك بكنمان السر المهني، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل"، وأنظر على سبيل المقارنة الفصل 15 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي التي تنص على أنه "يتعين على مزودي خدمات المصادقة الإلكترونية وأعاونهم المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاطي أنشطتهم باستثناء تلك التي رخص صاحب الشهادة كتابيا أو إلكترونيا في نشرها أو إعلام بها أو في الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل".

3- عبير مخائيل الصفدي، المرجع السابق، ص. 66.

4- نور خالد عبد المحسن العبد الرازق، المرجع السابق، ص. 299.

5- أنظر المادة 49 من القانون رقم 04-15.

هـ. الالتزام بإعلام السلطة الاقتصادية عن وقف نشاطه

يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إعلام السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني في الآجال المحددة في سياسة التصديق لهذه السلطة برغبته في وقف نشاطاته المتعلقة بتأدية خدمات التصديق الإلكتروني أو بأي فعل قد يؤدي إلى ذلك.

وفي هذه الحالة، يلتزم مؤدي خدمات التصديق بأحكام سياسة التصديق للسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني المتعلقة باستمرارية الخدمة، ويترتب على وقف النشاط سحب الترخيص⁽¹⁾.

و. الالتزام باكتتاب عقود التأمين

يتعين على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يكتتب عقود التأمين المنصوص عليها في سياسة التصديق الإلكتروني للسلطة الاقتصادية قصد تغطية الأضرار التي تنتج عن مزاولته لنشاطه⁽²⁾.
وحسنا فعل بالنص على هذا الالتزام وذلك توفيا لأي أخطار قد يتعرض لها المتعاملون مع جهة التصديق خاصة وأنهم يمثلون الطرف الضعيف⁽³⁾.

ثانيا: مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

إن قيام مؤدي خدمة التصديق بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني يعد تأكيدا منه على سلامة وصحة المعلومات التي تحتويها هذه الشهادة التي تعتم على تأكيد صحة وقانونية التوقيع الإلكتروني المثبت عليها.

فمؤدي خدمة التصديق الإلكتروني، ومن خلال إصداره لهذه الشهادة يكون عمله هذا بمثابة إقرار صادر منه على مسؤوليته والتزامه بما تحتويه الشهادة من بيانات ومعلومات، وهذا الأمر من شأنه أن يوفر الأمان للمتعاملين مع صاحب شهادة التصديق، ويمنحهم الثقة بصحة معاملاتهم التي أجروها معه باعتمادهم على البيانات الواردة في شهادة التصديق، والتي تخولهم إمكانية التحقق من هوية صاحب التوقيع الإلكتروني.
فالأشخاص الراغبون بإبرام معاملاتهم عبر الوسائل الإلكترونية لا يلجأون إلى استخدام هذه الوسائل إلا إذا كانوا معتمدين على شهادة توثيق صحيحة، صادرة عن جهة متخصصة ذات ثقة وحيادية وذلك لما يترتب من آثار ونتائج قانونية والتزامات خطيرة على استخدام مثل هذه الشهادة⁽⁴⁾.

1- أنظر المادة 58 من القانون رقم 04-15.

2- أنظر المادة 60 من القانون رقم 04-15، وقد نص المشرع المغربي على هذا الالتزام بموجب المادة 3-6/21 من القانون رقم 05-53.

3- نور خالد عبد المحسن العبد الرازق، المرجع السابق، ص. 297.

4- عبير مخائيل الصفدي، المرجع السابق، ص. 107.

نتيجة لذلك، نجد القوانين التي نظمت الأحكام الخاصة بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني قد أقرت بمسؤوليته⁽¹⁾ عند حدوث أي ضرر للغير الذي اعتمده على شهادة التصديق التي يصدرها، وعلى سبيل المثال نجد المادة 2/09 من قانون الأونيسيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية تنص على أنه "يتحمل مقدم خدمات التصديق التبعات القانونية لتخلفه عن الوفاء باشتراطات الفقرة 01"⁽²⁾، ومن جهته نص المشرع الجزائري على المسؤولية المدنية والجنائية والإدارية لمؤدي شهادة خدمات التصديق.

1/ المسؤولية المدنية

يمكن أن نجمل مسؤولية مؤدي خدمات التصديق في النقاط التالية:

أ. يكوم مزود الخدمة الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالهئية أو شخص طبيعى أو معنوى نتيجة وثوقه بالضمائم التالية⁽³⁾:

- صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، فدي التاريخ الذي منحت فيه، ووجود جميع البيانات الواجب توفرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة في هذه الشهادة.

- التأكد عند منح شهادة التصديق الإلكتروني، أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة يحوز على بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة و/أو المحددة في شهادة التصديق الإلكتروني.

- التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع والتحقق منه بصفة متكاملة.

ب. عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة في الحالات التي يتعين إلغاؤها⁽⁴⁾.

بناءً على ذلك، فإذا كان الضرر الحاصل قد عاد على صاحب الشهادة نفسه، فهو مرتبط بعقد مع مزود الخدمة، وإن كان الضرر قد لحق آخر لا علاقة له بالعقد المبرم مع مزود الخدمة فيمكنه كذلك مساءلته مدنياً وتعبيراً آخر فإن مزود الخدمة يمكن مساءلته مدنياً تأسيساً على الإخلال بالتزام عقدي، وذلك متى كان الضرر الحاصل قد لحق بطرف في نطاق العلاقة العقدية ذاتها، وهو ما يستلزم توافر عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وإذا كان الضرر قد حدث خارج نطاق العلاقة التعاقدية، فإنه يمكن مساءلة مزود الخدمة

1- أنظر المادة 24 من القانون المغربي رقم 53-05، المادة 35 من قانون المعاملات الأردني والفصل 22 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

2- وقد حددت الفقرة الأولى من المادة 09 من قانون الأونيسيرال النموذجي الإلتزامات التي تقع على عاتق مقدم خدمات التصديق.

3- أنظر المادة 53 من القانون رقم 15-04.

4- أنظر المادة 54 من القانون رقم 15-04.

على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، وهـي تتطلب توافر عناصر ثلاثة، وهـي الخطأ والضرر وعلاقة سببية كذلك⁽¹⁾.

وكما حمّل المشرع مسؤولية الضرر الناتج عن الاعتماد على شهادة التصديق لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، فإن هذا الأخير يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه بإثباته أنه لم يقم بأي إهمال، وله في سبيل إثبات ذلك عدة وسائل منها:

✓ خطأ أو إهمال صاحب شهادة التصديق

يستطيع مقدم أو مؤدي خدمة التصديق أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثباته أن صاحب الشهادة قد استعملها في غير الأغراض التي منحت من أجلها⁽²⁾، أو أن الضرر كان ناتجاً عن عدم احترام شروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني من قبل صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة⁽³⁾. وفي هذا المجال تنص المادة 1/61 من القانون رقم 04-15 على أنه "يعتبر صاحب شهادة التصديق الإلكتروني فور التوقيع عليها المسؤول الوحيد عن سرية بيانات إنشاء التوقيع".

فإذا أهمل صاحب الشهادة الحفاظ على سرية المفتاح الخاص، وترتب على ذلك معرفة الغير به وقام باستخدامه، أو أنه شك في سرية البيانات أو في عدم مطابقتها للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق، ولم يقم بإبلاغ مقدم خدمة التصديق بذلك حتى يقوم بإلغائها، فإن هذا الأمر من شأنه أن يؤدي إلى إعفاء مقدم خدمة التصديق الإلكتروني من المسؤولية⁽⁴⁾.

✓ خطأ الغير

قد يشير مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني إلى الحدود المفروضة على استعمال شهادة التصديق أو إلى الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل فيها هذه الشهادة، فإذا كانت مثل هذه البيانات مدرجة في شهادة التصديق بطريقة واضحة ومفهومة من قبل الغير، ومع ذلك قام الغير بالتعامل بها متجاوزاً هذه الحدود وأصابه ضرر فلا يترتب عنه قيام مسؤولية مقدم خدمة التصديق⁽⁵⁾.

2/ المسؤولية الإدارية

في حالة عدم احترام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لأحكام دفتر الأعباء أو سياسة التصديق الإلكتروني الخاصة به والموافق عليها من طرف السلطة الاقتصادية، تطبق عليه هذه السلطة عقوبة مالية يتراوح مبلغها بين 200.000 دج و 5.000.000 دج، حسب تصنيف الأخطاء المنصوص عليه في دفتر الأعباء

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية، المرجع السابق، ص. 186.

2- أنظر المادة 62 من القانون رقم 04-15.

3- أنظر المادة 57 من القانون رقم 04-15.

4- أنظر المادة 2/61 من القانون رقم 04-15.

5- أنظر المادة 56 من القانون رقم 04-15.

الخاص بمؤدي الخدمات، وتعـ ذره بالامتثال لالتزاماتهـ في مـدة تتراوح بين 08 أيام و 30 يوما حسـب الحالة، وتبلغه بالمآخذ المتخذة ضده حتى يتسنى له تقديم مبرراته الكتابية ضمن الآجال المذكورة سابقا، وفي حالة عدم امتثاله للأعدار، تتخذ ضده السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني قرار سحب الترخيص الممنوح له وإلغاء شهادته، حسب الحالة بعد موافقة السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني⁽¹⁾.

في حالة انتهاك مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني للمقتضيات التي يتطلبها الدفاع الوطني والأمن العمومي، تقوم السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بالسحب الفوري للترخيص، وذلك بعد موافقة السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، وتكون تجهيزات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني محل تدابير تحفظية طبقا للتشريع المعمول به، وذلك دون الإخلال بالمتابعات الجزائية⁽²⁾.

3/ المسؤولية الجزائية

نص المشـرع الجزائيـ على عـقوبات جزائيـة تلحق بمقدم خدمات التصديق نتيجة إخلاله بالتزاماته⁽³⁾، وتمثل هذه العقوبات في الحبس والغرامة أو بإحداهما فقط تبعا لنوع الالتزام الذي أحل به مقدم خدمة التصديق الإلكتروني، كما نص على مسؤولية الشخص المعنوي وأخضعه لعقوبة تعادل خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها بالنسبة للشخص المعنوي⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: إثبات العقد الإلكتروني

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على حقيقة أمر مدعى به بالطرق المقبولة قانونا لما يترتب عليه من آثار قانونية، ولالإثبات أهمية عملية كبيرة، فالعقد يتجرد من كل قيمة إذا لم يقيم الدليل على الوقائع التي تستند إليها⁽⁵⁾، فواجب الشخص الذي يرغب بحماية حقوقه والذود عنها أن يقيم الدليل على وجود حقه أمام السلطة القضائية التي تقوم بمهمة حماية وصيانة الحقوق لأصحابها، ففي ساحة القضاء حيث تتصارع المزايم والمصالح تظهر أهمية الإثبات، فإن استطاع صاحب الحق أو مدعي بوجوده إثباته قضي له وإلا فلا، لذلك يعتبر الإثبات الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية وسلطته بحق في التقدير، ويعتبر أيضا الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع، حتى يصح القول بأن كل نظام قانوني وكل تنظيم قضائي يقتضي حتما وجود نظام إثبات⁽⁶⁾.

1- أنظر المادة 2،1/64 من القانون رقم 04-15.

2- أنظر المادة 65 من القانون رقم 04-15.

3- أنظر المواد 67، 69، 70، 71، 72 من القانون رقم 04-15 التي حددت العقوبات الجزائية التي تلحق بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

4- أنظر المادة 75 من القانون رقم 04-15.

5- رحيمة الصغير مساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 120.

6- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 215.

ولما كان الإثبات بهذه الأهمية كان لا بد أن تعنى بتنظيمه التشريعات والأنظمة القانونية، لتبين بمقتضاه الوسائل التي تمكن القاضي من الوصول إلى الحقيقة بشأن ما يعرض عليها من منازعات، وأيضاً تبين للأطراف أنواع الأدلة التي بإمكانهم الاستناد عليها لإثبات واقعة معينة.

لأجل ذلك نظم المشرع الجزائري قواعد الإثبات ووزعها بين القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نظم بمقتضى الباب الس-أدس من القانون المدني تحت عنوان إثبات الالتزام في المواد 323-350 ق م، فحدد أدلة الإثبات المتمثلة في الكتابة، الشهادة، القرائن، الإقرار واليمين، كما عالج المعاينة والخبرة وإجراءات الإثبات بالشهادة في المواد 125-163 ق م⁽¹⁾.

وإذا كان التعاقد التقليدي لا يثير إشكالات كثيرة في الإثبات، باعتبار أنه يتم تدوينه في محرر ورقي ويتم التوقيع عليه خطياً من كلا المتعاقدين، وبالتالي كان إثباته أمراً سهلاً، حيث يتم تقديم المحرر إلى القضاء الذي يقبله بسهولة، باعتبار أن الدليل الكتابي هو أقوى أدلة الإثبات من حيث الحجية⁽²⁾.

بدأت مشكلات كثيرة في إثبات العقود تظهر عندما بدأ استخدام التقنيات الحديثة في إبرامها، فمنذ استخدام التلغراف ثم التليفون ثم التلكس ثم الفاكس، كل ذلك أدى إلى مشاكل في كيفية إثبات هذه العقود، مما دفع الفقهاء إلى محاولة تطويع قواعد الإثبات حتى يتم تطبيقها على هذه الوسائل، مما يسمح بإمكانية إثبات التعاقدات الناتجة عنها، أما الآن وفي ظل التكنولوجيا الرقمية، ظهر الإنترنت كوسيلة من وسائل التعاقد، ومع استخدامه في التعاقد بدأت مشكلة الإثبات في الظهور مرة أخرى، وذلك راجع إلى طبيعة المحرر الذي يتم تحرير العقد وتدوين بنوده عليه، وإلى نوع التعاقد الذي يتم استخدامه لتوقيع هذه المحررات⁽³⁾.

ففي التعاقد عبر الإنترنت فإن فكرة تطويع القواعد التقليدية في الإثبات لا تصلح لتطبيقها على هذا النوع من التعاقد، الذي يتم تدوينه على محرر إلكتروني، وبالتالي لا يمكن التوقيع عليه خطياً بل لا بد من إيجاد وسيلة تتماشى مع طبيعته وهي التوقيع الإلكتروني.

لذلك وجب الوقوف على مفهوم هذه الوسيلة الجديدة وهي المحرر الإلكتروني حتى نميزه عن المحرر التقليدي ونتعرف عن مدى حجيته في الإثبات (الفرع الأول)، ولكن هل توجد استثناءات على هذا القاعدة (الفرع الثاني).

1- القانون 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ع. 21.

2- نفرق بخصوص حجية الدليل الكتابي بين المحرر الرسمي الذي نص عليه المشرع في المادة 324 ق م، والذي يكون حجة على الكافة حتى يثبت تزويره (المادة 324 مكرر ق م)، أما المحرر العربي والذي يوقعه أطراف التعاقد دون تدخل موظف عمومي، نص عليه المشرع بموجب المادة 326 مكرر 2 ق م، وتكون حجيته قاصرة على أطرافه ما لم ينكره وهذا ما تضمنته المادة 327 ق م.

3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 350.

الفرع الأول: إثبات العقد الإلكتروني بالحرر الإلكتروني

ظل الحرر الورقي فترة طويلة من الزمن يعلو عرش المحررات الكتابية في إثبات الإلتزام، ولكن ينافس الحرر الورقي الآن نوعاً آخر من المحررات، وهي المحررات الإلكترونية، والتي ظهرت بسبب ازدياد التعاقدات التي تتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة خاصة شبكة الإنترنت، ففي العقود التي تتم عبر الإنترنت لا مجال للمحرر الورقي، ولكن الحرر الإلكتروني هو الذي يسود في هذا التعاقد⁽¹⁾.

أولاً: تعريف الحرر الإلكتروني

عرف المشرع المصري الحرر الإلكتروني⁽²⁾ بأنه "رسالة تتضمن -ن معلوم-ات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة مشابهاً"، وهذا التعريف يتطابق مع -ع التعريف الوارد في نص المادة 02/ من قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، حيث نصت على أنه "ميجاد بمصطلح رسالة بيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهاً بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري عرف الحرر الإلكتروني باسم الوثيقة الإلكترونية بمقتضى المادة 1/02 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 الم-ؤرخ في 05 ماي 2016 الذي يحدد كفاءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً⁽⁴⁾، حيث نصت على أنه "الوثيقة الإلكترونية مجموعة تتألف من محتوى وبنية منطقية وسمات العرض تسمح بتمثيلها واستغلالها من قبل شخص عبر نظام إلكتروني".

وعرفه بعض الفقه أنه ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء أكان ورقياً أم غير ذلك من الوسائل الإلكترونية، بينما ذهب البعض الآخر إلى تعريفه من خلال رسالة البيانات الإلكترونية بأنه معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخدامها في المكان المستلم فيه⁽⁵⁾.

كما يمكن تعريف الوثيقة الإلكترونية بأنها جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعلومات، وقد سجلت عليه معلومات معينة سواء كانت معدة للاستخدام بواسطة نظام المعالجة الآلية للمعلومات أو يكون مشتقا من هذا النوع⁽⁶⁾.

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 493.

2- المادة 01/ من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004، وتقابلها المادة 01/2 من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة.

3- وهذا نفس التعريف الذي أورده المادة 02/ من قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني بمناسبة تعريفها لرسالة البيانات، وهو نفس التعريف الذي أورده المشرع الأردني بموجب المادة 02/6 من قانون المعاملات الأردني.

4- المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 05 ماي 2016 الذي يحدد كفاءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، ج. ر. ع. 28.

5- د. حمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 205.

6- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية، المرجع السابق، ص. 112.

ثانيا: حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات

حتى يكون للمحرر الإلكتروني حجيتة الكاملة في الإثبات، يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، وتتوفر هذه الشروط يتساوى مع المحرر التقليدي، ولكن الإشكال الذي يطرح إذا طرح على القاضي محررين أحدهما تقليدي والآخر إلكتروني فأيهما سيرجح؟.

1/ شروط المحرر الإلكتروني

ليكتسب المحرر الإلكتروني الحجية الكاملة في الإثبات، وإمكانية مساواته بالمحررات التقليدية من حيث القوة القانونية، يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

أ/ يجب أن يكون المحرر الإلكتروني مكتوبا

الكتابة هي تجسيد لأفكار الإنسان وأقواله في صورة مرئية يمكن قراءتها، فالكتابة تحول الأفكار والأقوال إلى شيء مادي قابل للرؤية⁽¹⁾، وغالبا ما تكون الكتابة بشكلها التقليدي على دعامة ورقية⁽²⁾، ولكن مع ظهور تكنولوجيا المعلومات وما خلفته من استخدام المحررات الإلكترونية فإن ذلك أدى إلى اتساع مفهوم الدعامة التي تحمل الكتابة وهي تختلف بحسب الوسيط الموجود عليه المحرر، "فإذا كان المحرر الإلكتروني موجودا على قرص مرن فإن الدعامة هنا هي عبارة عن قطعة مرنة من البلاستيك الرقيق مغطاة بمادة سريعة المغنطة، ويتم الكتابة على القرص المرن بطريقة مغناطيسية، وإذا كان المحرر الإلكتروني موجودا على قرص ضوئي، فإن الدعامة هي عبارة عن مادة من البلاستيك مغطاة بطبقة خاصة يمكن كتابة وقراءة البيانات عليها بأشعة الليزر، وإذا كان المحرر الإلكتروني موجودا على القرص الصلب للحاسب الآلي، فإن الدعامة هنا هي عبارة عن قرص معدني رقيق مغطى بمادة قابلة للمغنطة، ويتم الكتابة عليه في شكل بقع ممغنطة"⁽³⁾.

ولا يشترط في الكتابة أي ش-رط خاص من حيث الطريقة التي تكتب بها أو المادة المستخدمة في الكتابة، أو كيفية صياغة هذه الكتابة، فالمهم هو وجود كتابة تدل على الغرض المقصود من المحرر⁽⁴⁾.

فالكتابة الموجودة في المحرر الإلكتروني تكون على شكل معادلات خوارزمية، تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها بواسطة شاشة الحاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، حيث تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال التي تتبلور في لوحة المفاتيح أو أية وسيلة تتمكن من قراءة البيانات واسترجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية أو أي قرص مرن مستخدم، وبعد الفراغ من

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 500.

2- وإن كانت الكتابة التقليدية تستخدم الورق بشكل كبير، إلا أنه يمكن أن تكون على دعائم أخرى كالجلد أو الخشب أو القماش....

3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 512.

4- المرجع نفسه، ص. 500.

معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة الحاسب أو طباعة هذه المحررات على الطباعة أو الأقراص الممغنطة أو أية وسيلة من وسائل تخزين البيانات⁽¹⁾.

وبرجوعنا إلى التشريعات الوطنية نجد أن المشرع المصري عرّف الكتابة بمقتضى المادة 01/ من القانون رقم 15 لسنة 2004 بأنها "كـل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فعرّف الكتابة باعتباره - وسيلة إثبات بأنها "ينتج الإثبات من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهـوم، مهما كانت الوسيـلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"⁽³⁾.

كما نصت المادة 323 مكرر 1 على أنه "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".

من خلال نص المادة يتضح أن المشرع كرس مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، وهذا نفس المبدأ الذي كرسه القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة عندما نص في المادة 05 منه بأنه "للكتابة وللمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية بموجب أحكام القوانين النافذة، وذلك متى استوفت الشروط⁽⁴⁾ المنصوص عليها في هذا القانون".

وحتى تكون للكتابة الإلكترونية حجية الكتابة التقليدية، تطلب القانون ضرورة توفر الشروط التالية:

إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها

إن التعاقد الإلكتروني - لاسيما عن طريق الإنترنت - يثير مسألة هامـة تتعلق بإمكانية تأكد التعاقد من هوية المتعاقد معـه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الإشكال في حال المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك⁽⁵⁾.

1- د. محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 206.

2- وهو نفس التعريف الذي تبنته المادة الأولى/1 من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة.

3- المادة 323 مكرر ق م ج، وتقابلها المادة 1316 ق م ف.

4- وقد تضمنت المادة 07 من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة الشروط الواجب توفرها في المحررات الإلكترونية.

5- مناني فراح، المرجع السابق، ص. 178.

إن مثل هذا الإشكال لم يعد يثور في الوقت الراهن خاصة مع ظهور ما يسمى سلطات التصديق الإلكتروني التي تقدم شهادات تصديق تؤكد بموجبها على صحة التعاقد ونسبته إلى شخص معين، كما لها أن تحدد تاريخه باستعمالها لتقنيات معينة تمكنها من ذلك من خلال كلمات السر ومفاتيح التشفير. وكما سبقت الإشارة، فمعظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات أخذت بهذه الأنظمة، وهي نظام التصديق الإلكتروني ومنها المشرع الجزائري من خلال استحداثه للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني والسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني والتي سبق الحديث عليهما.

أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها

الهدف من تقرير هذا الشرط هو الحفاظ على مضمون المحرر الإلكتروني بحالته التي تم إنشاؤه عليها منذ صدوره من منشئه إلى وصوله إلى المرسل إليه، وهو المتعاقد الآخر في التعاقد عبر الإنترنت. فالمحرر الإلكتروني تحيط به الكثير من المخاطر، حيث يكون عرضة للتعديل والتحريف وأعمال القرصنة، لذا كان لا بد من وجود أساليب تضمن عدم تعرض الكتابة الموجودة على المحرر للتعديل. وفي هذا الصدد نصت المادة 18/ج من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 على أنه "يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية: ...إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني"، وهذا يعني أنه يكون بالإمكان الكشف على أي تعديل من شأنه أن يهدد سلامة المحرر الإلكتروني، وقد أكد المشرع المصري على هذا الشرط أيضا بموجب اللائحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004، حيث نصت المادة 08 منها على مجموعة من الضوابط الفنية والتقنية التي من شأنها أن تحقق حجية الكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية في الإثبات، ونصت الفقرة ج منها على أنه "في حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشري، جزئي أو كلي، فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحركات".

من خلال ما تقدم نستخلص أنه حتى يعتد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات يجب أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها، بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد أو لعرضها على القضاء عند حدوث خلاف بين أطرافه⁽¹⁾.

وقد عالج المشرع الجزائري مسألة حفظ الوثيقة الإلكترونية بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 16-142 السالف الذكر، حيث أكد بموجبه على ضرورة أن يضمن حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا استرجاع هذه الوثيقة في

1- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 148.

شكلها الأصلي⁽¹⁾ لاحقاً والتحقق من توقيعها⁽²⁾، كما أكد على أن الحفظ يتم على دعامة تسمح في أي وقت بالنفاذ إلى كل محتواها واسترجاعها بواسطة الوسائل التقنية الملائمة.

ولم يحدد المرسوم نوع الدعامة التي يتم عليها الحفظ، بل اكتفى بتعريف دعامة الحفظ بأنه أية وسيلة أيا كان شكلها أو خصائصها المادية تسمح باستلام وحفظ واسترجاع الوثيقة الإلكترونية⁽³⁾.

وبذلك يمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني ويسمى الوسيط أيضاً، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية، كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه، أو على الموقع في شبكة الإنترنت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، وقد تتمثل في قرص مدمج CD-ROM أو قرص مرن Disquette informatique أو قرص فيديو رقمي DVD⁽⁴⁾.

إلا أن هذه الوسائل الإلكترونية وبسبب خصائصها المادية قد تكون عقبة أمام تحقق شرط "حفظ واسترجاع المعلومات"، ويرجع ذلك إلى حساسية الشرائح المغنطة وأقراص التسجيل المستحدثة في عملية التعاقد عبر الإنترنت، حيث تكون معرضة للتلف السريع عند أدنى اختلاف في قوة التيار الكهربائي، أو الاختلاف في درجة تخزين هذه الوسائل، وهي بذلك تعد أقل قدرة من الأوراق في الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة⁽⁵⁾. ومع ذلك فقد أمكن التغلب على هذه الصعوبات الفنية باستخدام أجهزة ووسائل أكثر قدرة يمكنها الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة وبما تفوق قدرة الأوراق العادية التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن، وقد تتآكل بفعل الرطوبة أو الحشرات نتيجة لسوء التخزين⁽⁶⁾.

من جهة أخرى تطرح مسألة تخزين المعلومات في الجهاز الخاص بأحد المتعاقدين مشكل إمكانية تعرضها للتبديل أو التحريف، كون هذا الجهاز يخضع لإرادة وإشراف وتوجيهات مستعمليه، فإذا كان هذا الجهاز يؤدي مهنته تنفيذاً للتعليمات ولا يعاز الشخص الذي يخزنها، فإنه يقال بأن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه، وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بما كدليل إثبات تطبيقاً لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه⁽⁷⁾.

1- تنص المادة 10 من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة على أنه "للمحرر الإلكتروني صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه الشروط الآتية: أ. أن تكون المعلومات الواردة به قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها، ب. أن تكون محفوظاً بالشكل الذي تم إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل دقة المعلومات التي وردت به عند إنشائه أو تسلمه، ج. أن تدل المعلومات الواردة به على من أنشأه أو تسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه، د. إمكانية الإعتداد بمصدر المعلومات إذا كان معروفاً".

2- المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142.

3- المادة 3/2 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142.

4- مناني فراح، المرجع السابق، ص. 180.

5- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 230.

6- رحيمة الصغير مساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 149.

7- مناني فراح، المرجع السابق، ص. 182.

تفاديا لهذه الإشكالات وضمانا لسلامة الوثائق الإلكترونية من التبيد والتحريف، ظهرت فكرة سلطات التوثيق والتصديق الإلكتروني، والتي تمثل طرفا ثالثا يقدم البيئة على حصول التراسل من عدمه، ويبين الوقائع ذات الصلة بذلك التراسل.

وهذا ما أكد -ه المشـرع بموجب- المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 السالف الذكر، عندما ألزم كل شخص طبيعي أو معنوي مستلم لوثيقة إلكترونية موقعة أن يضمن حفظها بنفسه أو عبر طرف ثالث، بشرط أن يتم استعمال دعائم الحفظ وفق الشروط التي تضمن سلامتها⁽¹⁾. لذلك حدد المشرع الجزائري العناصر التي يجب أن تتضمنها عملية حفظ الوثيقة الإلكترونية، حيث نصت المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 على أنه " يجب أن يتضمن حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا على الخصوص، ما يأتي:

- الوثيقة الإلكترونية وتوقيعها الإلكتروني، أيًا كان مرفقا أو متصلا بشكل منطقي
- شهادة التصديق الإلكتروني للموقع
- قائمة الشهادات الإلكترونية الوسيطة إلى غاية الوصول إلى السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني عندما يتعلق الأمر شهادة إلكترونية موصوفة
- قوائم الشهادات الملغاة أو نتائج التحقق من حالة الشهادات الإلكترونية الوسيطة إلى غاية الوصول للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني
- تاريخ توقيع الوثيقة، عند الاقتضاء".

ب/ أن يكون المحرر الإلكتروني موقعا

يعتبر التوقيع شرطا أساسيا وجوهريا في المحرر سواء أكان تقليديا أو إلكترونيا، لأنه يعمل على تحديد هوية المتعاقد وضمنا رضاه بالعقد الإلكتروني⁽²⁾.

حتى يتمتع المحرر الإلكتروني بحجية في الإثبات، يجب أن يكون صادرا عن شخص معين، ويجب التأكد من تدخل هذا الشخص الإرادي في إنشاء المحرر، هذه العلاقة الوثيقة بين شخص معين وبين محرر إلكتروني تتم قانونا من خلال توقيع الشخص الصادر عنه المحرر توقيعاً إلكترونياً⁽³⁾. وقد عرف المشرع الوثيقة الموقعة إلكترونياً بأنها وثيقة إلكترونية مرفقة أو متصلة منطقياً بتوقيع إلكتروني⁽⁴⁾.

1- أنظر المادة 2/06 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142

2- أنظر المادة 06 من القانون رقم 15-04.

3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 532.

4- المادة 2/02 من المرسوم التنفيذي رقم 16-142.

وقد سبق لنا الحديث عن التوقيع الإلكتروني من حيث مفهومه وشروطه لذلك نكتفي في هذا المجال ببيان حجيته في الإثبات.

وعليه نصت المادة 2/327 ق م على أنه "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، وهذه الشروط هي نفس الشروط المتعلقة بالكتابة الإلكترونية، وهما شرطي إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. فبالنسبة للشروط الأول فقد رأينا عند حديثنا على وظائف التوقيع الإلكتروني أنه يحقق هذا الشرط، وقد حسم المشرع ذلك عندما نص بموجب المادة 06 من القانون رقم 15-04 على أن التوقيع الإلكتروني يستعمل لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني.

أما الشرط الثاني، والمتعلق بالحفاظ على التوقيع الإلكتروني بنفس الصورة التي صدر فيها من مصدره حتى وصوله إلى المرسل إليه، "بمعنى أن تتطابق بيانات التوقيع الإلكتروني للمرسل مع بيانات التوقيع الإلكتروني الذي وصل إلى المرسل إليه، أي أن المرسل إليه لا يستطيع أن يمس التوقيع الإلكتروني للمرسل بالتغيير أو التعديل، فالتوقيع الإلكتروني يجب أن يكون محميا لا يمس لا من الطرف الآخر في العقد ولا من الغير⁽¹⁾.

وقد رأينا عند حديثنا على التوقيع الإلكتروني أنه يحقق الشرط الثاني، وخاصة إذا تم في صورة التوقيع الرقمي باستخدام المفتاح العام والخاص، حيث يلعب دورا كبيرا في ضمان سلامة المحرر الإلكتروني. هذا وقد كرس القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة مبدأ التعادل بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي، حيث نصت المادة 06 منه بأنه "للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي بموجب أحكام القوانين النافذة إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط⁽²⁾ المنصوص عليها في هذا القانون".

وبرجعنا إلى القانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، نجد أن المشرع الجزائري -وعلى غرار المشرع المصري⁽³⁾ - ساوى بين التوقيع الإلكتروني الموصوف والتوقيع المكتوب، حيث نصت المادة 08 من القانون رقم 15-04 على أنه "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده ماثلا للتوقيع المكتوب س -وإواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

1- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 166.

2- وهي نفس الشروط التي ورد ذكرها في نص المادة 07 من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة والمتعلقة أيضا بالمحرر الإلكتروني.
3- أنظر المادة 14 من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 التي نصت على أنه "للتوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، وأنظر المادة 2/32 من قانون المبادلات الإلكترونية الأردني والتي اعترف من خلالها المشرع الأردني بحجية التوقيع الإلكتروني الموثق، حيث نصت على أنه "ما لم يثبت خلاف ذلك يفترض ما يلي: ... أن التوقيع الإلكتروني الموثق صادر عن الشخص المنسوب إليه، وأنه قد وضع من قبله للتدليل على موافقته بمضمون السند".

وبلاحظ أن موقف المشرع الجزائري جاء متوافقا مع التوجيه الأوروبي بشأن التوقيع الإلكتروني، حيث أعطى التوقيع الإلكتروني المتقدم نفس حجية التوقيع الخطي، فنصت المادة 1/05 على أنه "على الدول الأعضاء أن تعمل على أن يكون التوقيع الإلكتروني المتقدم والمبني على شهادة تصديق معتمدة وتم إنشاؤه بأداة آمنة: - يتمتع بنفس الآثار القانونية التي يتمتع بها التوقيع الخطي - مقبول في الإثبات أمام القضاء".

تبعا لذلك فهل تعني هذه الأحكام الواردة في التشريع الجزائري والتوجيه الأوروبي أن التوقيع الإلكتروني غير الموصوف أو غير المتقدم هو عديم الأثر ولا يتمتع بأية حجية؟. نقول بداية أن التوقيع الإلكتروني غير الموصوف هو التوقيع الذي لا تتوفر فيه الشروط التي فرضها المشرع في التوقيع الإلكتروني الموصوف (1).

وقد أعطى التوجيه الأوروبي هذا النوع من التوقيع أثرا قانونيا، وهو عدم رفضه أمام القضاء، حيث نصت المادة الفقرة الثانية من المادة 05 على أنه "يجب أن تعمل الدول الأعضاء على عدم رفض التوقيع الإلكتروني في الإثبات أمام القضاء مجرد أن: التوقيع تم تقديمه في صورة إلكترونية، أو لم يتم تقديمه بناء على شهادة تصديق معتمدة، أو لم يتم تقديمه بناء على شهادة تصديق معتمدة يتم طلبها من جهة تصديق معتمدة، أو لم يتم إنشاؤه بأداة آمنة".

وهذا نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 09 من القانون رقم 15-04 التي تنص على أنه "بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب: شكله الإلكتروني، أو أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

تبعا لذلك، فالتوقيع الإلكتروني الذي لا تتوفر فيه الشروط المتعلقة بالتوقيع الموصوف أو المتقدم بمفهوم التوجيه الأوروبي، لا يكون له نفس حجية التوقيع الخطي أو المكتوب، لكن مع ذلك لا يتم رفضه من القاضي، ولكن يتعين على الشخص الذي يحتج به أن يقيم الدليل على الثقة في التقنية المستخدمة لإنشائه واحترامها للمعايير التي وضعها القانون، أي يجب على الشخص الذي يتمسك بتوقيع إلكتروني لا تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها أن يثبت أن الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع تتمتع بالثقة، وأن هذا التوقيع يستحق أن يتمتع بالحجية في الإثبات (2).

إلا أن المشرع الأردني قد تبني موقفا مغايرا حيث نص في المادة 32/ب من قانون المبادلات الإلكترونية على أنه "إذا لم يكن السجل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني موثقا فليس له أي حجية".

1- أنظر المادة 07 من القانون رقم 15-04.

2- د. سماح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 488.

2/ التنازع بين المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني

إذا عرض على القاضي نزاع يتعلق بمحررين، أحدهما ورقي والآخر إلكتروني، وكلاهما متعلقين بتعاقد واحد، ولكنهما مختلفين من حيث المضمون فأيهما يمكن ترجيحه؟.

الحقيقة أن المشرع الجزائري، على الرغم من أنه اعترف للمحرر الإلكتروني بنفس حجية المحرر المكتوب في الإثبات إلا أنه لم يتعرض لهذه المسألة، إلا أن المشرع الفرنسي أجاب على هذا الإشكال بمقتضى نص المادة 1368 ق م ف، حيث نصت على أنه "ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك، يفصل القاضي في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية بكل الوسائل الممكنة عن طريق ترجيح الدليل الأقرب إلى الاحتمال"⁽¹⁾.

ونحن نأمل من المشرع الجزائري أن يسلك سلوك نظيره الفرنسي بإيراد مادة صريحة تبين موقفه من حالة التنازع بين المحررات التقليدية والإلكترونية.

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على تطلب الإثبات بالكتابة

تنص المادة 1/333 ق م على أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

عملا بمقتضيات هذه الفقرة فإذا كان التصرف عبر الإنترنت تزيد قيمته عن 100.000 دج، فيجب إثباته بمقتضى محرر إلكتروني تتوفر فيه الشروط السالفة الذكر.

ووفقا للقواعد العامة في الإثبات، فمبدأ إثبات التصرف الذي تزيد قيمته عن 100.000 دج بالكتابة ترد عليه استثناءات تتمثل في:

- حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة (المادة 335 ق م).

- حالة وجود مانع من الحصول على دليل كتابي (المادة 1/336 ق م).

- حالة فقد الدائن لسنده الكتابي (المادة 2/336 ق م).

فما مدى توافر هذه الاستثناءات مع التصرفات التي تتم عبر شبكة الإنترنت؟

أولا: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

تنص المادة 335 ق م على أنه "يجوز الإثبات بالشهود فيما إذا كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

1- v. art. 1368 de code civil français : « A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable ».

ولإعمال هذا الاستثناء تطلب القانون ضرورة توفر ثلاثة شروط وهي:

1/ وجود كتابة

فكل محرر مكتوب يصلح أن يكون مبدأً ثبوت بالكتابة، حيث يتضح من نص المادة 335/2 ق م أن المشرع لم يحدد شكلاً خاصاً لهذه الكتابة، وعليه يمكن أن تكون هذه الكتابة على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية شرط أن تكون الدعامة الموجود عليها الكتابة لا تقبل التعديل أو التغيير عليه، بشرط ألا يعتبر دليلاً كاملاً، وبذلك يتضح أن هذا الشرط المتعلق بـ "وجود كتابة" يمكن إعماله على المحرر الإلكتروني.

2/ صدور الكتابة من الخصم

حتى يتحقق هذا الاستثناء لا بد أن تصدر الكتابة من الخصم صدوراً مادياً أو معنوياً، فالصدور المادي يتحقق عندما يكتب المحرر يحمل توقيع الخصم أو مكتوباً بخطه، أو يكون صادراً ممن يوكله في حدود الوكالة، أو أن يكون صادراً من الولي أو الوصي أو المقدم الذين يمثلون القاصر أو المحجور عليهم. أما الصدور المعنوي يتحقق عندما يكون الخصم أمياً لا يعرف الكتابة، فيقوم شخص آخر بكتابة المحرر وفقاً لما يمليه عليه الشخص الأمي.

وبالنسبة للمحرر الإلكتروني، هل يمكن اعتباره صادراً من الخصم رغم أنه غير مكتوب بخطه ولا يحمل توقيعاً؟، فهل يمكن اعتبار المحرر الذي يقوم الخصم بكتابته عن طريق لوحة المفاتيح أنه صادراً منه صدوراً مادياً؟ يكاد الفقهاء يجمع على أن المحررات الإلكترونية يتحقق فيها هذا الشرط الخاص بصدور المحرر من الخصم، وأن التدخل الإيجابي للخصم المدعى عليه بالكتابة على لوحة المفاتيح يؤدي إلى توافر شرط الصدور المادي للمحرر من الخصم، ويرى أحد الفقهاء أن المحرر الإلكتروني يتوافر فيه هذا الشرط، ليس باعتباره صدوراً مادياً ولكن باعتبار أن المحرر الإلكتروني صادر عن الخصم صدوراً معنوياً⁽¹⁾.

ونحن نرى أنه إذا أمكن إثبات أن الكتابة صدرت من الخصم فعلاً، سواء صدوراً مادياً أو معنوياً فإنه يمكن إعمال هذا الاستثناء المتعلق بوجود مبدأً ثبوت بالكتابة، ذلك أن قيام الخصم بكتابة المحرر بواسطة لوحة المفاتيح الخاصة، فإن هذه الكتابة تمثل تعبيراً عن إرادته حتى ولو لم تكن تحمل توقيعاً، وحتى إذا تمت كتابتها بتدخل شخص آخر يكتب ما أملاه عليه الخصم، أو صدرت من موكله أو نائبه، وهذا كله يتفق مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري عندما نص على عبارة "تصدر من الخصم"، ولم يشترط أن تكون مكتوبة بخطه، وعليه ومسايرة للتطورات الحديثة يجب تفسير عبارة النص تفسيراً واسعاً، مما يسمح بأن يدخل في نطاقها إلى جانب المحرر التقليدي المحرر الإلكتروني.

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 583.

3/ أن يكون من شأن الكتابة أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال

كل كتابة تصدر من الخصم تجعل التصرف المدعى به مرجح الصحة في نسبته إلى الخصم يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة.

إن هذا الشرط لا يثير أية مشكلة بالنسبة للمحرر الإلكتروني، ذلك أن مسألة تقدير أن يجعل المحرر الإلكتروني المراد إثباته قريب الاحتمال من عدمه، هو أمر خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي بإمكانه أن يعتبر المحرر الإلكتروني غير الموقع إلكترونياً مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت الظروف الواقعة أمامه تدل على ذلك⁽¹⁾.

ثانياً: وجود مانع من الحصول على دليل كتابي

تنص المادة 1/336 ق م على أنه "يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

إذا أحاطت بالشخص ظروف تمنعه من الحصول على دليل كتابي، فقد أجاز له المشرع إثبات التصرف بشهادة الشهود استثناء من الأصل المتعلق بالإثبات بالكتابة، شرط أن يثبت وجود المانع، وهذه تعتبر واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات.

والمانع قد يكون مادياً أو أدبياً، ولم يورد المشرع أمثلة عنهما بل ترك أمر تقديرهما للقضاة.

وبالنسبة للتعاقد عبر الإنترنت، فإنه قبل أن تمنح القوانين الحديثة للمحرر الإلكتروني حجية في الإثبات، فقد اختلف الفقه حول ما إذا كان التعاقد عبر الإنترنت يعتبر مانعاً من الحصول على الدليل الكتابي أم لا، وقد انقسم إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أن التعاقد عبر الإنترنت يعتبر مانعاً مادياً من الحصول على دليل كتابي كامل، وبالتالي يجوز للمتعاقد عبر الإنترنت أن يقيم الدليل على التصرف القانوني بكافة طرق الإثبات⁽²⁾.

ويستند هذا الرأي على أس -اس أن المشرع أخذ -ذ بمفهوم واسع لفكرة المانع، وه -ذه الفكرة مرنة، وبالتالي يمكن أن تدخل في نطاقها التقنيات الحديثة التي تجعل التعاقد عبر الإنترنت في ظروف حرجة يصعب عليه على أساسها الحصول على دليل كتابي.

الرأي الثاني: يرى أن التعاقد عبر الإنترنت لا يعتبر مانعاً مادياً من الحصول على دليل كتابي، ففكرة الإستحالة المادية من الحصول على الدليل الكتابي غير متوافرة، وذلك لأن صعوبة إنشاء الدليل الكتابي أثناء التعاقد من خلال الوسائل الإلكترونية لا ترقى إلى درجة الإستحالة، ومن ناحية ثانية وحتى بافتراض استحالة إنشاء دليل كتابي كامل من خلال الوسائل التكنولوجية، فإن هذه الإستحالة ليست من قبيل الموانع المادية

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 586.

2- المرجع نفسه، ص. 591.

الملجئة إلى التعاقد بدون كتابة، فالتعاقد عبر الإنترنت ليس هو الطريق الوحيد للمتعاقد، وإنما يختاره أطراف التعاقد بمحض إرادتهم بسبب سهولة وسرعة الاتصال التي تيسر إبرام العقود⁽¹⁾.

وإن كنا نتفق مع هذا الرأي الثاني بالنظر إلى التقنيات الفنية والقانونية التي تتوفر في الوقت الحالي، والتي تسمح للمتعاقد عبر الإنترنت من الحصول على دليل كتابي كامل تتوفر فيه جميع الشروط، ولكن الإشكال الذي يطرح هل يمكن اعتبار المشاكل التقنية التي تلحق بالكمبيوتر الخاص بالمتعاقد أو المشاكل في برنامج البريد الإلكتروني الخاص به لا تمكّنه من استقبال الرسائل الإلكترونية، فهل تدخل هذه الافتراضات في نطاق المانع من الحصول على دليل كتابي؟.

برجوعنا إلى نص المادة 1/336 ق م نلاحظ أن المشرع لم يعرف المانع المادي أو الأدبي، ولم يضع له قيوداً، وإنما جاء عاماً وواسعاً ومطلقاً، وبذلك وحسب رأينا فالافتراضات السابقة والتي تعتبر بمثابة مانع تقني يمكن إدخالها في نطاق المانع من الحصول على دليل كتابي، شرط أن يثبت المتعاقد أن لا دخل لإرادته في إحداثها.

ثالثاً: فقد الدائن لسنده الكتابي

ويفترض في هذه الحالة أن الخصم الدائن قد حصل على السند الإلكتروني الذي يعد دليلاً كاملاً في الإثبات، إلا أنه فقدته لسبب خارج عن إرادته، كما لو سرق منه أو حرق أو غير ذلك⁽²⁾، وفي هذا المجال تنص المادة 2/336 ق م على أنه "يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا فقد الدائن سند الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

ولإعمال هذا الاستثناء يتعين على الدائن إثبات ما يلي:

1/ سبق وجود الدليل الكتابي

يجب على المدعي أن يثبت سبق حصوله على سند كتابي وذلك بأن يثبت أن هذا السند قد وجد فعلاً، وأنه كان دليلاً مستوفياً كل الشروط القانونية، والمقصود بالسند هنا أي سند يثبت دعوى المدعي سواء كان موضوع هذه الدعوى هو وجود حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه⁽³⁾.

1- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 592.

2- يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص. 118.

3- د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص. 160.

كما يتعين عليه إثبات مضمون المحرر (الدليل الكتابي)، وإذا كانت الكتابة متطلبة للإنعقاد لزمه فوق ذلك إثبات استيفاء المحرر المكتوب السابق تحصيله لشروط الصحة المتطلبة قانوناً، ويعتبر سبق تحصيل المحرر واقعة مادية مما يصح إثباتها بجميع طرق الإثبات⁽¹⁾.

2/ فقد السند الكتابي بسبب أجنبي

يجب على المدعي أن يثبت أيضاً أن فقد السند يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، كما في حالة الفقد جراء حادث جبري أو قوة فاهرة كحريق أو فيضان، كما قد يكون ناشئاً عن فعل الغير كما في حالة تسليم المدعي السند إلى محاميه أو إلى المحكمة في قضية سابقة ففقد من المحامي أو المحكمة، وقد يكون فقد السند راجعاً إلى المدعي عليه كما لو اختلسه أو انتزعه بالقوة أو الحيلة⁽²⁾.

وباعتبار أن إثبات السبب الأجنبي واقعة مادية فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

بتوفر هذين الشرطين - يجوز للدائن الاستناد إلى هذا الاستثناء لإثبات تصرفه الذي يجاوز

100.000 دج بشهادة الشهود.

فإذا كان المتعاقد عبر الإنترنت لديه دليل كتابي كامل، أي محرر إلكتروني موقع إلكتروني ويتوافر فيه كل الشروط التي نص عليها القانون، ثم فقد المتعاقد هذا المحرر بسبب أجنبي لا يد له فيه، ويمكن تصور ذلك مثلاً بأن يحدث خلل فني يؤدي إلى فقدان المحرر الإلكتروني، فمثلاً يمكن أن يحدث تعطل للقرص الصلب الخاص بالكمبيوتر الخاص بالمتعاقد، أو تحدث إصابة المحرر الإلكتروني بفيروس مما يعرضه للتلف، أو يحدث تخريب للأسطوانات التي تحمل المحرر الإلكتروني، وذلك إذا كان المتعاقد يحتفظ بالمحرر لديه، ويمكن تصور حدوث أي خلل فني لدى جهة الحفظ إذا كان المتعاقد يحتفظ بالمحرر لدى جهة لحفظ المحررات الإلكترونية، أو حتى حدوث حريق لدى هذه الجهة أو تدمير الأجهزة التي تحتفظ بهذه المحررات لدى هذه الجهة⁽³⁾.

وعليه يمكن تطبيق هذا الاستثناء في مجال التعاقد الإلكتروني، وما على المتعاقد إلا أن يثبت سبق وجود الدليل الكتابي، وهذا من السهل إثباته عن طريق شهادة التصديق الإلكتروني، ثم يثبت واقعة فقد السند لسبب أجنبي، وباعتبار أن يثبت في هذه الحالة واقعة مادية فيجوز له إثباتها بكافة طرق الإثبات، فإذا تمكن من إثبات هذين الشرطين يجوز له أن يثبت تعاقدته عبر الإنترنت بشهادة الشهود.

1- نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص. 157.

2- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص. 161.

3- د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 598.

المبحث الثاني: تنازع الاختصاص في عقود الإستهلاك الإلكتروني

يتم إبرام العقود والصفقات من خلال شبكة الإنترنت باستخدام أجهزة الحاسب الآلي أو المحمول أو أي جهاز آخر، وقد أخذت هذه التصرفات في التزايد يوماً بعد يوم، وتمكنت من تخطي حاجزي المكان والزمان بالوصول إلى معظم الأسواق العالمية في لحظات، ودون التنقل عبر الحدود، إنما من خلال المواقع الإلكترونية وتصفحها⁽¹⁾.

أدى هذا الإنفتاح حول التجارة الإلكترونية إلى بروز العديد من الإشكالات القانونية، ولعل من أبرزها مشكلة تنازع الاختصاص باعتبار أن أحد أطراف العلاقة التعاقدية يمكن أن يكون عنصراً أجنبياً، "ذلك أن اشتغال العلاقة التعاقدية على عنصر أجنبي يجعلها على صلة بأكثر من دولة ويطبعها بطابع دولي، هذا الطابع يوحي من جهة نظر مثالية بضرورة وجود قواعد قانونية تحمل هي الأخرى ذلك الطابع، أي قواعد قانونية دولية تبين النظام القانوني لتلك العلاقات"⁽²⁾.

عطفاً على ذلك وجب البحث على القواعد التشريعية والقضائية التي تساهم في معرفة وتحديد أي من القانون الوطني أو الأجنبي الذي يتعين تطبيقه على النزاع المعروض بشأن العلاقة التعاقدية، وذلك من خلال معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع (المطلب الأول)، والبحث عن طرق تسويته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكتروني

إنّ المبادلات والمعاملات التجارية قد عرفها الإنسان منذ القدم، ومما لا شك فيه أن هذه المعاملات كانت تجري بحضور المتعاقدين بشكل مباشر، ولهذا جرت الأحكام القانونية على تنظيم المعاملات على أساس كونها مباشرة وحاضرة وملموسة بشكل مادي، ولكنه من الملاحظ أن التعاقد عن بعد لم يكن مجهولاً في نطاق المعاملات، فقد كان التعاقد بين غائبين موجوداً ولكنه عن طريق وساطة أو وسيط بين المتعاقدين. إلا أن التطور الحديث في مجال المعلومات والاتصال، وخصوصاً عندما حصل التزاوج والدمج بين الكمبيوتر وثورة الاتصالات، الأمر الذي أوجد نطاقاً جديداً للتعامل يطلق عليه السوق الإلكتروني الجديد أو الأسواق الافتراضية، وأدى انتشار التكنولوجيا التي تجمع بين المعلومات والاتصالات إلى زيادة ما يعرف بالتجارة الإلكترونية أو المعاملات الإلكترونية التي تمتاز بالسرعة والديناميكية وعدم المادية وعدم التوطن⁽³⁾، إلا أن هذه المزايا لم تخلو من المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد عن بعد كمشكلة الخصوصية وتنازع القوانين وغيرها.

1- د. حمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 123.

2- د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص 2 (تنازع القوانين)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، 2008، ص. 65.

3- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 445.

لذلك تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق من أبوز المشكلات القانونية التي يثيرها العقد المبرم عبر الإنترنت، باعتباره عقدا دوليا عابرا للحدود الوطنية، وبالتالي يمكن أن يكون أحد أطرافه أجنبيا، من أجل ذلك كان لا بد من معرفة القانون الواجب التطبيق على هذا العقد.

وقد استقرت القواعد القانونية والتشريعية على إخضاع هذه العقود لقانون إرادة المتعاقدين (الفرع الأول)، وهو القانون الذي يكون محل اتفاق أطراف التعاقد استنادا إلى القواعد العامة. لكن نظرا لاختلال التوازن العقدي بين أطراف التعاقد في عقود الاستهلاك الإلكتروني، وباعتبار أن المستهلك طرفا ضعيفا في هذه العلاقة، مما ينجر عنه إمكانية خضوعه لإرادة الطرف القوي وهو المحتوف الأمر الذي يقتضي الخروج عن القواعد العامة ومحاولة إيجاد ضوابط أكثر فعالية للمستهلك الإلكتروني، خاصة في ظل غياب اتفاق الأطراف المتعاقدة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني باتفاق الأطراف المتعاقدة

(1) يسمى فقه القانون الدولي الخاص حالة الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق بالإسناد الشخصي الناتج عن مبدأ سلطان الإرادة، حيث "استقر في مختلف النظم القانونية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الحدود التي ينشأ فيها وفقا للقانون، وأجمعت التشريعات على اختلاف مذاهبها على إخضاع عقود التجارة الدولية في جانبها الموضوعي لما يسمى "بقانون الإرادة"⁽²⁾، والذي وفقا له يكون لأطراف العقد حرية اختيار

1- الإسناد هو عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي. (د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين -، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص. 67).
2- منح قانون الإرادة لطرفي العقد حرية اختيار قانون العقد، سواء أكان قانونا داخليا أو أجنبيا، إلا أن هذا الإطلاق لم يسلم من الخلاف الفقهي، لذلك ظهرت نظريتان تبحثان في السلطة الممنوحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وهما:

أ. النظرية الشخصية: يعد العقد بالنسبة لهذه النظرية علاقة قانونية بين طرفيه، تقوم على إرادتهما المطلقتين في تحديد كافة أركانه والآثار المترتبة عليه، كذلك الحال بالنسبة للعقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، والتي تبرم بناء على المفاوضات التي تسعى لتحقيق رغبات طرفي العقد وتحديد ما يرغبان به من تحديد محل التعاقد إلى أن يتم الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإن تطبيق قانون ما يبقى موقوفا على إرادة طرفي التعاقد في تحديد قانون العقد، بالإضافة إلى أن هذا القانون ليس له أي قوة قانونية أو إلزامية على العقد المبرم إلا في الحدود التي منحها له طرفا التعاقد ويندرج ذلك ضمن شروط العقد ويأخذ حكم الشرط التعاقدي وليس كشرط مستقل.

ويترتب على هذه النظرية نتائج من أهمها: منح طرفي التعاقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، لمقدرتهم على تحديد القانون الأفضل للعقد والآثار المترتبة عليه، واستبعاد أي حكم له أثر سلبي على العقد، فهذه النظرية تمنح طرفي طرفي العقد الحرية المطلقة في تنفيذ العقد بأفضل السبل التي يجدونها بشكل مباشر.

ب. النظرية الموضوعية: يرى أنصار هذه النظرية أن العقد لا يسمو على القانون ويتم إخضاع العقد لكافة أحكام القانون الذي تحدده الإرادة، ويحتفظ القانون الذي حددته الإرادة بصفته الأمرة والناهية والملزومة، ولا تنكر هذه النظرية حق الأطراف في اختيار قانون العقد، بل يخشى عدم إمكانية إيجاد قواعد قانونية تنظم هذا العقد، مما قد يؤدي لعدم إخضاعه لقانون محدد، فالإرادة يكمن دورها وفق هذه النظرية في تحديد العقد نظام قانوني معين، أي توطين العقد وتركيزه في موطن محدد، وأمر التوطين يخضع لتقدير السلطة القضائية التي تقوم بالبحث عن القواعد القانونية التي تتناسب والعقد ولا تخرج عن نطاق الموطن الذي تم إخضاع العقد له. (أنظر د. حمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 142-143).

القانون الذي يحكمه⁽¹⁾، فأصبح الدور الذي يلعبه هذا القانون لا يستهدف إلا تأكيد وضممان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين باستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق من ناحية، ومعطيا للأطراف فرصة التحكم في القانون من ناحية أخرى، كونه يسمح للأطراف باستبعاد قانون معين أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه، ليتحول بذلك من مبدأ لحل تنازع القوانين إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في المجال التجاري والاقتصادي الدولي⁽²⁾.

تبعاً لذلك سنحاول الحديث عن دور هذا المبدأ في تحديد القانون الواجب التطبيق، من خلال التعرض إلى كيفية إعماله في عقود التجارة الدولية، ومدى مساهمته في حماية المستهلك الإلكتروني.

أولاً: تطبيق قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية

إن فكرة خضوع العقد الذي يكون أحد عناصره أجنبياً لقانون الإرادة فكرة قديمة قدم العلاقات الدولية الخاصة، وأولها الفقه كثيراً من الشرح والتحليل، وتجد أساسها في مبدأ سلطان الإرادة.

1/ مفهوم قانون الإرادة

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة بصفة عامة أن الإرادة لها سلطان ذاتي، فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام من جهة، وأن الإرادة حرة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني من جهة أخرى، وبالتالي القانون الذي يخضع إليه طرفا العلاقة والعقد في حد ذاته، ومن ثم مبدأ سلطان الإرادة يمثل السلطة التي تمنح للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في المسائل العقدية، فهو ضابط الإسناد الرئيسي في مجال العقود الدولية⁽³⁾.

لذلك فقد اتفقت غالبية التشريعات مهما كان الخـلاف بينها في التفاصيل على الاعتراف أساساً بالإرادة كضابط إسناد بالنسبة للعقود الدولية، كما أقرت هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية، وطبقه القضاء في أحكامه.

فعلى مستوى التشريعات الوطنية، نصت المادة 1/18 ق م ج على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"، يتضح من النص أن المشرع أعطى لقانون الإدارة الأولوية في التطبيق في مجال العقود الدولية، كما نجد هذا المبدأ مكرساً في القانون المصري

1- أجازت المادة 36 من القانون العربي الإستشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لطرفي المعاملة الإلكترونية الإتفاق على تطبيق قانون دولة ما أو قانون اتفاقية دولية أو أي قواعد موجودة في وثيقة أخرى وفي هذه الحالة تلتزم الجهة المختصة بنظر النزاع بتطبيق القواعد الموضوعية فقط في قانون الدولة أو في القواعد الإتفاقية الدولية أو في الوثيقة الأخرى دون القواعد الإجرائية الموجودة فيها. إلا أن المادة 36 وضعت قيد على إرادة الطرفين في اختيار القواعد الموضوعية ويتعلق بحالة مخالفة القانون المختار النظام العام أو الغش نحو القانون ففي هذه الحالة لا يمكن إعمال إرادتهما وإنما تطبق القواعد العامة الواجب تطبيقها في شأن تنازع القوانين.

2- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، تحت إشراف د. قادة شهيدة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2010-2011، ص. 40.

3- عبد الحليم السعدي، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية، المرجع السابق، ص. 81.

بموجب المادة 1/19 على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يرد تطبيقه".

أما على مستوى الإتفاقيات الدولية نجد المبدأ مكرساً بموجب نص المادة 1/02 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية لعام 1955 التي تنص على أنه "يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده إرادة الأطراف"، وهو نفس الحكم الذي أقرته اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980، حيث نصت المادة 1/03 منها على أنه "يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف".

إضافة لذلك كرس القانون النموذجي الذي وضعته الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مبدأ سلطان الإرادة في المادة 1/28 التي نصت على أنه "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للقانون المختار بواسطة الأطراف".

هذا وتعد محكمة النقض الفرنسية أولى المحاكم التي كرست مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة في مجال الالتزامات التعاقدية، في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 1910/12/05 في قضية "AMERICAN TRADING"، وتتخلص وقائعها في أنه تم إبرام عقد نقل بين شاحن أمريكي وناقل كندي، واتفق الأطراف على تطبيق القانون الأمريكي، بالإضافة إلى أنه تم إدراج شرط في العقد يعفي الناقل من المسؤولية عن تلف البضاعة، وقد أقرت المحكمة مبدأ مفاده، أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينه أو آثاره أو شروطه، هو القانون الذي تبناه الأطراف، وإذا كان العقد مبرماً بين أشخاص من جنسيات مختلفة فيجب تطبيق قانون مكان الإبرام ما لم يكن الأطراف قد أعلنوا عن إرادة مخالفة، ولا يشترط أن يكون الإعلان على الإرادة صريحاً، ولكن يمكن استنتاجه من نصوص العقد⁽¹⁾.

وإن كانت النظم القانونية والتشريعية قد أجمعت على الاعتراف بحق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، فإن ممارسة هؤلاء لهذا الحق يتم بحسب الأصل بالاختيار الصريح للقانون الذي سيطبق على المعاملة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، كممارسته مثلاً من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة أو من خلال البريد الإلكتروني أو غرف المحادثة أو غيرها.

ويتم اختيار قانون العقد الدولي عادة عند إبرام العقد، ويمكن أن يتم ذلك بعد إبرام العقد وبمناسبة النزاع كما يجوز تعديل هذا الاختيار، وفي هذا المجال تنص المادة 2/03 من اتفاقية روما على أنه "يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء تم ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى".

1- عبد الحليم السعدي، المرجع السابق، ص. 83.

وكما يحق للأطراف ممارسة حقهم في اختيار العقد صراحة، فيحق لهم ممارسة هذا الحق ضمناً يستفاد من ظروف الحال وملاسات العقد والقرائن المستمدة منه، كتحويل محكمة معينة الاختصاص بنظر المنازعات وعملية الوفاء ومكان التنفيذ، فهذه الأوضاع يستفاد منها أن إرادة الأطراف ارتضت ضمناً تطبيق قانون الدولة التي تقع فيها هذه المحكمة، وعموماً فللقاضي الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض طالما أنه استند في حكمه إلى أسباب سائغة.

وقد عبر المشرع المصري على الإرادة الضمنية بموجب المادة 19 ق م السالفة الذكر حين نص على أنه "هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وإذا قارنا هذا النص مع نص المادة 18 ق م ج، يلاحظ أن هذه المادة الواردة في التقنين المدني الجزائري لا تتضمن أية عبارات توحى أن المشرع أخذ بالإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع الجزائري يعتد بالإرادة الصريحة فقط للتعبير عن قانون العقد.

2/ مبررات مبدأ سلطان الإرادة

من أهم المبررات التي طرحت لتبرير خضوع عقد الإستهلاك الإلكتروني لقانون الإرادة ما يأتي:

أ. التوافق مع توقعات الأطراف

إن القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع لا يكون محددًا لدى المستهلك لحظة إبرام العقد، وإنما يتراخى ذلك التحديد إلى ما بعد رفع النزاع إلى القضاء⁽¹⁾.

وباعتبار أن الأطراف يجهلون القانون الواجب التطبيق على عقدهم، لذلك جاء مبدأ سلطان الإرادة الذي من شأنه أن يؤدي إلى توقع المجال الذي تندرج فيه علاقتهم العقدية.

لذلك تلجأ الأطراف المتعاقدة إلى الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق، لكي يأتي هذا التحديد متوافقاً مع رغباتهم وتطلعاتهم، فالإرادة التي تمارس وظيفة الإسناد الرئيس في قاعدة التنازع تؤدي إلى تحقيق العدالة الموضوعية بتطبيق القانون الذي أراد الأطراف الخضوع إليه⁽²⁾.

إن إعطاء الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم العقدية من شأنه أن يحقق لهم الأمان القانوني، نتيجة معرفتهم المسبقة بالقانون الذين يخضعون له، والعلم بأحكامه والنتائج المترتبة عليه.

ب. رعاية مصالح الأطراف المتعاقدة

إن إعطاء الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحسده مبدأ سلطان الإرادة كضابط إسناد في مجال العقود الدولية بصفة عامة، وعقود الإستهلاك الإلكتروني بصفة خاصة، يؤدي إلى تحقيق المصالح

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 392.

2- المرجع نفسه، ص. 392.

الموضوعية للأطراف⁽¹⁾، فقد يقع اختيارهم على قانون أجنبي ينظم عقدا غير معروف في القانون الوطني للمتعاقدين، أو يقع اختيارهم على قانون ينظم العقد على درجة كبيرة من النضج الفني. وبذلك يختلف مبدأ سلطان الإرادة كضابط إسناد على النمط العادي لقاعدة الإسناد، لأنه وإن كان يمثل تركيز للعلاقة القانونية، غير أنه يرتبط بتحقيق الأثر القانوني الموضوعي فيما يتعلق بمصالح الأطراف المتعاقدة، وذلك بمنحها حرية مطلقة في اختيار القانون الذي يخضعون له العقد المراد إبرامه والذي يكون الأكثر وثوقا مع مصالحهم، في حين أن منهج تنازع القوانين هو منهج أعمى، فعندما يحدد مسبقا قانون مكان الإبرام أو قانون مكان التنفيذ، أو موطن أحد الأطراف، فإنه لا يأخذ في الحسبان مضمون هذا القانون الذي يمكن أن يكون في غير صالح الطرف الضعيف -المستهلك-⁽²⁾.

ج. رعاية مصالح التجارة الدولية

إن خضوع العقد لقانون الإرادة يعمل على تقدم التجارة الدولية وتطورها، ذلك أن قاعدة تنازع القوانين التي تحكم العقود الدولية هي قاعدة عامة تنطبق على سائر العقود الدولية دون مراعاة الطبيعة الخاصة لكل عقد، ومن ثم فإن منح الأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، يسمح للأطراف باستبعاد القوانين السي يؤدي تطبيقها إلى إعاقة حركة تلك التجارة، حيث قد لا تصلح هذه القوانين إلا لتنظيم العلاقات الداخلية، بينما يكون تطبيقها غير مقبول على العقود الدولية⁽³⁾.

4/ آثار خضوع عقد الاستهلاك الإلكتروني لقانون الإرادة

يترتب على خضوع عقد الاستهلاك الإلكتروني لقانون الإرادة نتائج هامة، نذكر منها:

أ. تجزئة العقد

يعني تجزئة العقد، السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون واحد ليحكم رابطتهم العقدية، فالعقد يعتبر رابطة متعددة الجوانب، فهناك مرحلة تكوينه ومرحلة إبرامه وتنفيذه، وبالتالي لا مانع من إخضاع كل جانب من هذه الجوانب لقانون معين، وبذلك تتعدد القوانين الواجبة التطبيق على هذا العقد. ويبيح الفقه حق السماح للمتعاقدين بتجزئة العقد، ولكن يقيد بشرطين هما⁽⁴⁾:

ألا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية، وذلك منعا للتضارب المتوقع في حالة تطبيق قوانين مختلفة.

ألا تؤدي التجزئة إلى الإفلات من سلطة القانون.

1 - عبد الحليم السعدي، المرجع السابق، ص. 84.

2 - المرجع نفسه، ص. 85.

3- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 394.

4- مجد بلاق، المرجع السابق، ص. 45.

ولقد ذهبت اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية في المادة 1/03 إلى تأكيد هذا الحق، شأنه في ذلك شأن اتفاقية لاهاي لسنة 1986 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في مادتها 2/07.

ويرى بعض الفقهاء أن إعلاء مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية لن يتحقق إلا من خلال المرونة بالنسبة للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد وإسناد كل جانب إلى قانون معين⁽¹⁾.

ب. اشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد

الحقيقة أن هذه النقطة كانت محل خلاف بين الفقهاء حيث انقسموا إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعقد، لأن هذه الصلة هي التي تبرر اختيارهم لقانون معين دون سواه، كأن تكون هناك رابطة جنسية أو محل إبرام العقد أو تنفيذه.

ذلك أن إعطاء الحرية المطلقة للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يطبق على علاقتهم العقدية، من شأنه أن يتيح لهم فرصة التهرب من الأحكام الآمرة المرتبطة بالعقد.

وعليه إذا اختار الأطراف قانونا لا تربطه بالعقد أي صلة، يحق للقاضي استبعاده وعدم الاعتماد به بإعماله لنظرية الغش نحو القانون⁽²⁾، وإسناد الرابطة العقدية للقانون الذي يكون منسجما معها وله صلة أوثق بها.

الاتجاه الثاني: يخول أنصار هذا الاتجاه لإرادة المتعاقدين الحرية في اختيار قانون العقد الذي يطبق على

علاقتهم، حتى ولو لم تكن تربطهم بالعقد أية صلة.

ذلك أن القانون الدولي الخاص يستهدف في الأصل حماية مصالح الأفراد الفردية، وبناء عليه يحق للأفراد اختيار القانون الذي يرغبون في تطبيقه على علاقتهم العقدية، ما دامت أن هناك مصلحة مشروعة في اختياره، شرطهم الوحيد في ذلك ألا يكون اختيارهم مشوبا بالغش نحو القانون.

الاتجاه الثالث: اتخذ هذا الاتجاه موقفا وسطا، حيث استلزم وجود صلة بين القانون المختار والمتعاقدين

أو العقد، في حين أنهم لم يشترطوا أن تكون هذه الصلة شخصية كالجنسية أو مادية كمحل إبرام العقد أو تنفيذه كما ذهب أنصار الاتجاه الأول، وإنما يكفي حسب أنصاره أن تكون هذه الصلة نابعة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري تبنى الاتجاه الأول بمقتضى المادة 1/18 ق م التي تنص على أنه "يسري

على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"، إلا

1- موقف حماد عبد، المرجع السابق، ص. 398.

2- يقصد بالغش نحو القانون قيام أطراف العلاقة التعاقدية بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة (د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص. 187).

أنا نرى أنه في مجال التعاقد الإلكتروني ونظرا للانفتاح العالمي عبر شبكة الإنترنت، والتي لا تعرف حدودا معينة، وجب تحرير اختيار المتعاقدين من كل قيد أي إعطائها الحرية في اختيار القانون الذي تتجه إرادتهم لتطبيقه على عقدهم، حتى ولو لم تكن هناك أية صلة، لذلك نرى وجهة الاتجاه الثالث باعتباره الاتجاه الذي يتناسب مع متطلبات التجارة الإلكترونية.

ثانيا: مدى مساهمة قانون الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني

بالرغم من كون مبدأ سلطان الإرادة - كما عرفناه سابقا - هو المبدأ وضابط الإسناد الأساسي بل الرئيسي في العقود الدولية، بحيث يعتبر من ضرورات التجارة الدولية، غير أنه يعد من الخطورة على العقود التي تضم طرفا ضعيفا بصفة عامة، وعلى عقود المستهلكين بصفة خاصة، حيث يشكل وسيلة ضغط من جانب الطرف القوي على الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك، مما يؤدي إلى فقدان عنصر التوازن المطلوب في العقود بين الأطراف، وإزاء هذه الخطورة ارتفعت الأصوات ما بين من يرى استبعاد المبدأ كليا في مجال عقود الاستهلاك، وما بين مؤيد للإبقاء عليه مع تقييده (1).

1/ حماية المستهلك بالاستبعاد الكلي لمبدأ قانون الإرادة

بما أن أغلب العقود التي يبرمها المستهلكون هي عقود إذعان، والتي يبرمونها تحت ضغط الحاجة، وتتميز بعدم التكافؤ في القوى بين طرفي العقد، وعدم التكافؤ بشأن التفاوض على شروط العقد، إذ يفرض الطرف القوي شروطه، وعلى المستهلك أن يقبل العقد جملة أو يرفضه جملة، ويلاحظ أن المهني الذي يبرم العقود مع المستهلكين يستغل مركزه وخبرته القانونية في الشروط التي تحقق مصالحه، ويستعين في ذلك بمستشاريه القانونيين في إعداد هذه العقود، كما أنه يستغل - مبدأ سلطان الإرادة في إعطاء - الفرصة لاختيار القانون الملائم ليطبقه على العقد (2).

وطالما أن مبدأ سلطان الإرادة هو السبب الرئيس للإجحاف بالمستهلك باعتباره الطرف الضعيف غالبا في العلاقة التعاقدية، فقد يبدو للوهلة الأولى أفضل وسيلة لتوفير حماية معتبرة له هو حرمان الأطراف كليا من مكنة اختيار القانون الذي يحكم العقد، ويتم في هذه الحال تعيين القانون الواجب التطبيق وفقا لضابط الإسناد الموضوعي الذي يحدده المشرع مسبقا، أو يستخلصه القاضي من ملاسبات العلاقة التعاقدية (3).

ولكن بالرغم من أن فكرة استبعاد مبدأ قانون الإرادة هدفها الأساسي هو حماية المستهلك، باعتباره الطرف الضعيف، إلا أنها لم تسلم من النقد، حيث واجهت الفكرة العديد من الانتقادات أهمها:

- 1- عبد الحليم السعدي، المرجع السابق، ص. 85.
- 2- شبه سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد الرابع، جانفي 2011، ص. 228.
- 3- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 452.

أ. تعطيل مصالح التجارة الدولية

هذا الانتقاد يجد أساسه في أن مبدأ قانون الإرادة كان واحدا من أهم الأسباب التي أدت إلى تقدم التجارة الدولية، نظرا لما يوفره من حلول قانونية تتماشى مع طبيع هذه التجارة، وأن تعطيل هذا المبدأ من شأنه أن يؤدي إلى تهديد نموها وتطورها، كما من شأنه المساس بالأمان القانوني في مجال المعاملات التجارية، باعتبار أن مبدأ سلطان الإرادة قد نشأ وتطور بالتزامن مع هذه المعاملات التجارية، وعليه فمن غير المقبول تعطيل هذا المبدأ من أجل حماية الطرف الضعيف في بعض العقود، كعقود الاستهلاك.

ب. أن مبدأ سلطان الإرادة لا يعتبر ضارا دائما بالمستهلك

ذلك أن القانون الواجب التطبيق باختيار أطراف العقد قد يكون أكثر حماية للمستهلك، أو أكثر تركيز موضوعي مع القانون المختار، كما أنه يسمح له بأن يكون في موقف أقوى للتفاوض بشأن شروط العقد، ومن ثم فإنه من غير المبرر حرمانه من إمكانية اختيار القانون الذي يراه أكثر توافقا ومصالحه⁽¹⁾. هذا وإن كانت حماية المستهلك هي مهمة القواعد الآمرة، فهذا لا يعني أنها دائما هي الأنسب والأصلح لحماية المستهلك، فقد يتضمن القانون المختار نصوصا توفر أكبر قدر من الحماية التي يوفرها قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك.

فلو افترضنا على سبيل المثال وجود عقد بيع بالتقسيط مبرم بين شركة سويدية ومستهلك إيطالي، وهذا العقد خاضع للقانون الإيطالي بموجب الإسناد لقانون محل إقامة المشتري، والقانون السويدي ينص على قواعد لحماية المستهلك غير معروفة في القانون الإيطالي، تتعلق على سبيل المثال بمدة تفكير يمكن للمشتري خلالها الرجوع وتقرير عدم إبرام العقد، والهدف من وراء هذه المددة هو تخنيب المشتري أثر المفاجأة أو الإنبهار الذي يدفع المشتري إلى التسرع في شراء أشياء غير مفيدة أو قد تتعلق هذه النصوص بدفع جزء من الثمن كحد أدنى من جانب المشتري تجنبا للاستدانة الفاحشة فيما بعد. وبافتراض أن هذا الشرط المتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق يشير إلى تطبيق القانون السويدي بالنظر لمصلحة البائع في إدراجه للأسباب التي تتعلق بتوحيد القواعد التي تطبق على أعماله، مع أنه قد يكون أقل صلاحية له، فلماذا إذن يستبعد هذا القانون مع أنه أكثر صلاحية للمستهلك؟⁽²⁾.

وبذلك نجد أن تدخل المشرع المتزايد -الذي لا يقتصر فقط على القانون الداخلي ولكن يتعداه إلى المجال الدولي- يؤدي إلى تكديس النصوص التشريعية، كما يمكن أن يأتي على حساب حماية الطرف الضعيف بتقييد

1- عبد الحليم السعدي، المرجع السابق، ص. 87.

2- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 454.

حرية في الاختيار، في حين أن منحه الحرية في الاختيار يجعله يشار في اختيار قانون قد يكون أكثر حماية له من قانونه الوطني⁽¹⁾.

2/ تقييد مبدأ الإرادة لحماية المستهلك

إن عدم ملاءمة مبدأ قانون الإرادة كضابط رئيسي في توفير الحماية للطرف الضعيف في العقد التجاري الدولي، لا يعني تعطيله كلية وإنما يتعين إيجاد الحلول القانونية التي من شأنها أن تجنب المستهلك سيطرة وتعسف الطرف القوي وهو المحترف في العلاقة التعاقدية، وفرضه لقانون يتماشى مع مصالحه، ولعل هذا يتحقق من خلال فرض قيود على إرادة الأطراف دون إلغائها كلية.

لذلك رأى البعض أنه لحماية المستهلك لا بد من تقييد قانون الإرادة بالقواعد الموضوعية الحماية المقررة قانونا للمستهلك، وليس من الضروري الاستبعاد الكلي لقانون الإرادة، إذ أن حماية الطرف الضعيف أبعد من أن تكون مضمونة بالضرورة باستبعاد إسناد العقد لقانون الإرادة، فهذا الاستبعاد قد يأتي متوافقا مع حماية هذا العاقد، وقد يأتي على حساب هذه الحماية⁽²⁾.

إن تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، لا يهدف فقط إلى حماية المستهلك بوصفه طرفا ضعيفا في العقد، بل قد يكون الهدف فضلا عن حماية المستهلك هو تجنب استخدام الأطراف لقانون الإرادة لإفلات عقدهم من الخضوع لأي نظام قانوني أو ما يسمى بالعقد الدولي الطليق بوصفه من أهم توابع مبدأ سلطان الإرادة بما ينجم عنه من إفلات العقد الدولي من حكم القانون⁽³⁾.

إن القيود التي يمكن فرضها على مبدأ قانون الإرادة تتمثل أساسا في سن قواعد آمرة في القانون الداخلي خاصة بحماية المستهلك، والتي لا يجوز استبعادها عملا بمبدأ سلطان الإرادة ذاته، وعليه فإن هذه القواعد الآمرة الواردة في قانون محل الإقامة من شأنها أن توفر له قدرا من الحماية، فضلا على أنه يكون عالما بهذه القواعد قبل إبرامه للعقد، والتي يجب ألا يؤدي القانون المختار إلى حرمانه من هذه الحماية المضمونة له بموجب القانون الداخلي.

إن هذه التقنية سوف تؤدي إذن إلى الإبقاء على القانون الأجنبي الذي قد يختاره الأطراف لحكم علاقاتهم التعاقدية، إذا كان بطبيعة الحال يتماشى وروح القواعد الآمرة الهادفة إلى حماية المستهلك أو أكثر حماية له من تلك التي يضمنها له قانون محل إقامته المعتاد⁽⁴⁾.

وقد تبنت الكثير من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية مبدأ تقييد الإرادة، وعلى سبيل المثال نجد اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية اشترطت بموجب المادة 2/05

1- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 455.

2- شبه سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص. 229.

3- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 413.

4- عبد الحليم السعدي، المرجع السابق، ص. 88.

على ألا يتعارض القانون المختار من الأطراف مع الحماية التي تقررها النصوص الآمرة في قانون محل إقامة المستهلك المعتادة، كما نجد القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1978 في المادة 04 منه أشار إلى عدم الاعتداد بالقانون المختار من الأطراف إذا كان ضارا بالمستهلك، كما نص المشرع الفرنسي بموجب المادة 1-232 من قانون الاستهلاك على استبعاد قانون العقد، إذا كان راجع لدولة خارج الاتحاد الأوروبي وكان فيه مخالفة للأحكام الحمائية الواردة في قانون الإستهلاك.

ونحن نرى أن المشرع الجزائري لم يخرج عن هذا الأمر حين نص بموجب المادة 24 ق م ج على استبعاد القانون المختار إذا كان فيه غش نحو القانون أو كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الإستهلاك عند غياب الإتفاق

إذا لم يعبر المتعاقدين عن إرادتهم الصريحة في اختيار قانون يطبق على العقد، ولم يتمكن القاضي من استخلاص الإرادة الضمنية، فإن هذا لا يبرر للقاضي موقفه في عدم الفصل في النزاع، بل يتعين عليه أن يجتهد في سبيل إيجاد القانون الواجب التطبيق على العقد.

تأسيسا لذلك وجب على القاضي تعيين القانون الأوثق صلة بالعقد، باعتماده على ضابط الإسناد الموضوعي من خلال بحثه على عوامل ارتباط ومؤشرات موضوعية لتحديد القانون الواجب التطبيق (أولا)، ولكن قد يعجز ضابط الإسناد الموضوعي على تحقيق هذا الهدف لذلك وجب البحث عن القانون الذي يتماشى واعتبارات حماية المستهلك (ثانيا).

أولا: ضابط الإسناد الموضوعي

خلافًا لحالة الإسناد الشخصي التي يقوم المتعاقدان بمقتضاها بصفة شخصية بتعيين واختيار القانون الذي يخضع إليه عقدهما، فإن حالة الإسناد الموضوعي تطرح في حالة غياب اتفاق الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق، وبذلك يطرأ دور للقاضي في البحث عن المؤشرات الموضوعية التي تمكنه من تحديد القانون الواجب التطبيق، ويتأتى ذلك باستناده على ضابطين هما ضابط الإسناد الجامد وضابط الإسناد المرن.

1/ ضابط الإسناد الجامد

إن مصدر الجمود في هذا الاتجاه يعود إلى أن مركز الثقل في جميع العقود ثابت لا يتغير بتغير العقد، وهو إما الموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد في حالة ثبوت عدم تطرق المتعاقدين إلى القانون الواجب التطبيق نهائيا، فيحدده القاضي بدلا منهما⁽¹⁾.

1- خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص. 164.

من أجل ذلك، وتجنباً للصعوبات التي قد تطرح عند عدم اختيار الأطراف المتعاقدة قانون يطبق على العقد، وعدم تمكن القاضي من استنباط الإرادة الضمنية، احتاطت أغلب التشريعات من هذه الصعوبات ونصت مسبقاً على بعض الضوابط الاحتياطية التي تكون لها صلة بالعقد.

وفي هذا الصدد نصت المادة 3,2/18 ق م ج على أنه "وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد".

يستفاد من نص المادة أن المشرع لم يترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، وإنما قرر الأخذ بالضوابط المذكورة في نص المادة على سبيل التدرج، مستبعداً في ذلك دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين، وقد اهتم المشرع بترتيب هذه الضوابط أيهم يكون الأكثر صلة بالعقد.

من جهته نص المشرع المصري في المادة 1/19 ق م م⁽¹⁾ على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وبمقارنة نص المادة 18 ق م ج والمادة 19 ق م م، يتضح أن المشرع المصري كان أكثر توفيقاً بحيث سمحت المادة بإدخال ضوابط أخرى تتماشى مع التطورات التي تحدث ومع طبيعة العقود المبرمة عن بعد.

وعموماً يمكن أن نجمل ضوابط الإسناد الجامد في ضابط الموطن المشترك، ضابط الجنسية المشتركة وضابط محل الإبرام، بالإضافة إلى ضابط تنفيذ العقد بالرغم من عدم النص على ذلك من قبل المشرع الجزائري في المادة 18 ق م السالفة الذكر.

أ. إسناد العقد الإلكتروني لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين

يرى أنصار هذا الإسناد أن قانون الموطن المشترك هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيرهم، وقد اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي ستترتب عنه من جراء أعمالهم لهذا الضابط، لذلك فضل المشرع الجزائري تحويل قانون الوطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب. والأصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برابط قانوني، ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزاً لأعماله⁽²⁾.

وقد اعترف القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية بقانون الموطن المشترك في حالة عدم اتفاق طرفي المعاملة الإلكترونية على تطبيق قانون معين على موضوع النزاع بينهما بشأن المعاملة، حيث صرحت المادة 37 منه أن القانون الواجب التطبيق هو القواعد الموضوعية السارية في الدولة التي يوجد فيها

1- تقابلها نص المادة 02 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري التي تنص على أنه "يسرى على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك. ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول"

2- مُجَدِّ بلاق، المرجع السابق، ص. 53.

الموطن المشترك لطرفي النزاع إذا اتحدا في الوطن، فإن اختلفا تطبق الجهة المختصة بنظر النزاع القواعد الموضوعية في قانون الدولة الأكثر اتصالا بالموضوع، وهو قانون الدولة التي نفذ فيها الجانب الأكبر من المعاملة الإلكترونية محل النزاع.

ويلاحظ أن ضابط الموطن المشترك من أقل المعايير شيوعا واستخداما في ميدان التجارة الدولية، إذ أنه فرض نادر الوقوع، فقلما نجد عقدا دوليا يجتمع أطرافه في موطن واحد، ومن هنا فإن أهميته في حل مشكلة تنازع القوانين في المجال الإلكتروني لن تكون على درجة عالية من الفعالية، نظرا لضآلة الدور الذي يؤديه في عقود التجارة الدولية بصفة عامة⁽¹⁾ وعقود التجارة الإلكترونية بصفة خاصة.

ب. إسناد العقد الإلكتروني لقانون الجنسية المشتركة

اختلفت معظم التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة، كما اختلف القضاء في شأن ذلك فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلا على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك⁽²⁾، في حين جعله المشرع الجزائري في نفس مرتبة ضابط الموطن المشترك والدليل على ذلك إيراد حرف "أو" الذي يفيد التخيير لا الترتيب، إلا أنه في واقع الأمر أن إسناد العلاقة العقدية لقانون الجنسية المشتركة هو ضابط إسناد منتقد، ومن الصعوبة التعويل عليه في مجال العقود التجارية المالية ذات الطابع الدولي، "ويرجع السبب إلى أنه لا يعبر على صلة وثيقة مع العقد بل ومع المتعاقدين، كما أن البعض يعتبر أن الجنسية المشتركة للطرفين لا تكسب العقد الصفة الدولية، ولا نكون هنا أمام تنازع للقوانين، لكن هذا لا يمنع من اعتبار العقد دوليا رغم أنه أبرم بين أطراف من نفس الجنسية⁽³⁾، لذلك نجد أن المشرع المصري لم ينص على هذا الضابط، واكتفى بضابطي الموطن المشترك ومحل إبرام العقد، واللذان يمكن للقاضي الاستناد عليهما لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستهلاك.

ج. إسناد العقد الإلكتروني لقانون مكان (محل) الإبرام

يعلل أصحاب هذا الاتجاه في الإسناد لقانون إبرام العقد، أنه يمثل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول، كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة الشروط التي ينوون إدراجها في العقد من الناحية القانونية، مع ضمانه لوحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية⁽⁴⁾.

1- د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص. 103.

2- محمد بلاق، المرجع السابق، ص. 53.

3- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، تحت إشراف د. بن شنيقي حميد، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص. 103.

4- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 90.

وعلى الرغم من الحجج التي اعتمد عليها أنصار الرأي المؤيد لإسناد الرابطة العقدية لمحل الإبرام، إلا أنه لم يسلم من النقد، كونه قد ينطوي على "إمكانية التحايل من جانب الطرف القوي في العقد عن طريق إبرام العقد في مكان مختار بغية الاستفادة من القانون الملائم له على حساب القوانين الأخري -رى الأكثر ارتباطا بالعقد، وبالذات النصوص الآمرة فيها، كما أنه يؤدي إلى حرمان الطرف الضعيف من الحماية المقررة بهذا الخصوص"⁽¹⁾، كما أن مكان إبرام العقد قد لا يعبر بالضرورة على الصلة الأوثق بموضوع العقد، نظرا لأن بعض العقود الدولية تنعقد في أماكن قد تبرم على محض الصدفة، ولا ترتبط بموضوع العقد إلا بصلة مؤقتة أو عارضة، خصوصا في ظل الانفتاح العالمي والشبكات المفتوحة مما يجعل مكان إبرام العقد غير منسجما مع طبيعة العقد وأهدافه. ومن أمثلة هذه العقود العقد الذي يبرمه وكيل الشركة الأمريكية في فرنسا مع وكيل الشركة الألمانية لتمثيل فيلم سينمائي في ألمانيا أو لاستغلال مناجم في هذا الإقليم الأخير⁽²⁾.

تبعاً لما تقدم، وبالرغم من سهولة ضابط محل الإبرام في الرجوع إليه من طرف المتعاقدين، إلا أنه لا يصلح وحده كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في العقد التجاري الدولي، لذلك كان على المشرع الجزائري إيضاح ضوابط أخرى إلى جانب هذا الضابط الاحتياطي، وذلك بمسايرته للمشرع المصري وتعديله للمادة 18 ق م السالفة الذكر حتى يتسع مجالها وتسمح بإدخال ضوابط أخرى تتماشى مع التطورات الحاصلة ومع طبيعة العقود المبرمة عن بعد.

د. إسناد العقد الإلكتروني لقانون محل تنفيذ العقد

في سياق البحث على ضابط الإسناد الأنسب في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك، "ذهبت بعض التشريعات"⁽³⁾ إلى الإسناد المسبق لقانون دولة التنفيذ، بوصفه تعبيرا عن مركز ثقل في الرابطة العقدية عند سكوت الإرادة عن الإختيار الصري -ح أو الضمني عن تحدي-د القانون الذي يحكم العقد، وبالتالي يتم تطبيق قانون دولة التنفيذ باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، ويبي أصحاب هذا الإتجاه حججه -م على أساس أن مصالح المتعاقدين-ن والغير تتركز في دول-ة التنفي-ذ والتي ستتحقق معها الغاية من التعاقد.

ويثار التساؤل فيما لو تعددت أماكن تنفيذ الالتزام، كأن يكون تنفيذ العقد في أكثر من دولة، فأبي القوانين سيحكم سلسلة أماكن التنفيذ، وقد يذهب رأي إلى الاعتداد بأكثر الأماكن ارتباطا بالعقد، وهو ما يمثل خروجاً وانتهاكاً للمعيار الذي استند إليه أصحابه منذ البداية، فكيف تتوجه اهتمامات وتطلعات المتعاقدين لهذا البلد بالذات إن تساوت المصالح.

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 429.

2- محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص. 104.

3- وهو ما ذهب إليه القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية في المادة 37 منه.

كما قد يذهب رأي آخر إلى تجزئة العقد وإخضاع كل جزء ينفذ منه لقانون تلك الدولة، وهو ما لا يتماشى مع التجارة الدولية وتيسير أعمالها، حيث سنحّم لـ المتعاقدين تبعـة الإطلاع على سائر تلك القوانين المتعلقة بموضوع العقد—د م—من ناحية، واحتمالية تعارض قانون أي م—من هذه الدول ومصالحـة المتعاقدين من ناحية أخرى" (1).

فضلا على أن مسألة تحديد مكان إبرام العقد لها خصوصيتها في مجال العقود الإلكترونية خاصة التي تتم عبر شبكة الإنترنت، ويرجع ذلك إلى صعوبة تحديد المكان الذي ترسل وتسلم فيه الرسائل الإلكترونية، فكلاهما يتم في فضاء افتراضي لا يتركز على تواجد مادي في مكان محدد، فالحل حسبنا هو تبني نظام "تسلم القبول" الذي يتماشى مع اتفاقية الأمم المتحدة للبيع (قيينا) لعام 1980، وهذا أيضا الموقف الذي تبناه المشرع المصري بموجب المادة 02 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري التي أوردت عبارة "ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول".

2/ ضابط الإسناد المرن

إزاء الانتقادات التي وجهت إلى ضوابط الإسناد الجامدة، والتي أثبتت عدم ملاءمتها، وصعوبة تطبيقها على العقود الدولية المستحدثة كعقود التجارة الإلكترونية، وعدم كفايتها في توفير الحماية الفعالة للمستهلك بوصفه طرفا ضعيفا في عقد الإستهلاك الإلكتروني الدولي، تبني الفقه والقضاء ضابطا موضوعيا مرنا يتناسب مع واقع التجارة الدولية المتطور، وهو ضابط الأداء المميز للعقد (2).

أ. مفهوم ضابط الأداء المميز

يعتبر مبدأ الأداء المميز أهم مبادئ القانون الدولي الخاص التي يتم تطبيقها بخصوص أحوال تنازع القوانين، نظرا لما يوفره من مرونة في تعيين القانون الواجب التطبيق، لاعتماده التركيز الموضوعي للعقد والذي يتنوع بحسب طوائف العقود المختلفة، مما يؤدي إلى اختلاف الإسناد تبعا لطبيعة الرابطة العقدية، ويكون القانون الواجب التطبيق بحسب هذا المعيار هو القانون الأكثر صلة بالعقد، ما دام لكل عقد أداء يميزه ويحدد خصائصه، فيكون القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في هذه الحالة هو قانون موطن الطرف المدين بالأداء المميز في ذلك العقد (3).

وعرف جانب من الفقه الأداء المميز بأنه ذلك الأداء الذي يؤديه الملتزم به في العقد والذي يقابله من الطرف الآخر أداء نقدي (4).

1- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 91.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 433.

3- خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص. 167.

4- د. محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص. 122.

ويرى الأستاذ «SCHNITZER» صاحب فكرة الأداء المميز أن التركيز السليم يكمن في البحث والكشف عن روابط بالنظر إلى وظيفة اقتصادية، فإذا قلنا عن العقد أنه إسباني أو ألماني، فإننا لا نركز العقد بالمعنى الجغرافي المعروف للكلمة، ولكننا نختبر لأي مجال قانوني وطني ينتمي له العقد بطبيعته، وصولاً للقانون الذي يخضع له، وهذا يعني الرفض المبدئي والمطلق لتركيز العقد في مكان إبرامه أو مكان تنفيذه. إن فكرة الإسناد للأداء المميز على النحو السابق، تنطلق من أنه يوجد طرف واحد في الحياة الاقتصادية للعقد، بحيث يكون له الدور الفعال والأساسي والظاهر في إبرام العقد، وهذا الطرف هو الذي ينقل ويمنح القرض ويقدم الخدمة... إلخ، أما الطرف الثاني الذي يلتزم بالأداء المقابل، والمتمثل في دفع مبلغ نقدي هو مجرد عميل عادي لا يمارس أي وظيفة في إبرام العقد، لكن قد تكون له وظيفة تجارية أو زراعية أو غيرها، فالتزامه إذا لا يتعدى حدود دفع مبلغ من النقود، وعليه فإن الأداء المميز للعقد هنا هو الأداء الذي يلتزم به الطرف الأول وهو الأداء الغالب الذي يميز العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

إن معيار الأداء المميز يسمح بتمييز عقد من آخر، وهناك اتفاق على أن الأداء المميز لا يكمن في الأداء المتعلق بدفع الثمن، وهو الالتزام الذي تشترك فيه العديد من العقود، ولكنه يكمن في الالتزام المقابل، كالالتزام البائع في عقد البيع بتسليم المبيع أو نقل الملكية إلى المستهلك، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقد المقاول على أساس أن الأداء المميز يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، فلإسناد طبقاً لنظرية الأداء المميز يقوم على افتراض مسبق مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يكفل للأطراف الأمان القانوني ويصون توقعاتهم المشروعة ويحقق الإستقـرار لمعاملاتهم التجارية فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم روابطهم العقدية⁽²⁾.

وممن التشريعات التي أخذت بضابـط الأداء المميز نجد القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، والذي نصت المادة 1/117 منه على أنه "يكون العقد محكوماً عند انتفاء اختيار الأطراف بقانون الدولة التي يرتبط معها العقد بروابط أكثر وثوقاً"، ثم أوضحت الفقرة الثانية أن هذه الروابط تتحقق مع الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز، ومن جهتها تبنت اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980 ضابط الأداء المميز حيث نصت المادة 1/04 على أن العقد يكون محكوماً بقانون البلد الذي يرتبط به العقد بروابط الأكثر وثوقاً، ثم نصت الفقرة الثانية على قرينة مفادها " ويفترض أن العقد يكون مرتبطاً بروابط أكثر وثوقاً مع البلد الذي تتحقق فيه لحظة إبرام العقد الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز".

1- عبد الحليم السعدي، المرجع السابق، ص. 94.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 434.

أما على مستوى القضاء، فقد وجد المبدأ تطبيقاً في العديد من الأحكام، حيث قررت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر في 11/05/1966 خضوع الروابط العقدية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق، للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة، وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد⁽¹⁾.

ب. أثر مبدأ الأداء المميز على حماية المستهلك

تشكل نظرية الأداء المميز إحدى الحلول الملائمة لتنازع القوانين في مجال العقود الإلكترونية، حيث يمكن الاعتماد عليها لمعرفة القانون الواجب التطبيق على هذه العقود من خلال تحديد من يقع عليه الالتزام الجوهرية أو الرئيسي في العقد، ومن الأمثلة على تطبيق نظرية الأداء المميز في العقود التي تبرم وتنفذ من خلال شبكة الإنترنت مباشرة، العقود التي تبرمها شركة أمازون وهي شركة مشهورة ببيع الكتب من خلال الإنترنت، حيث تجري آلية البيع بقيام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه وبعدها تقوم الشركة بتحميل الكتاب من خلال شبكة الإنترنت مباشرة وتنزيله على جهاز المشتري، ولما كانت الشركة البائعة هي صاحبة الأداء المميز في هذه العقود باعتبار أن عنصر التحميل أو التسليم هو الأداء المميز، فمن الطبيعي أن تخضع العقود لقانون الدولة التي توجد فيها منشأة الشركة البائعة⁽²⁾.

إلا أنه وعلى الرغم من سهولة تطبيق ضابط الأداء المميز وتبنيه من طرف بعض التشريعات إلا أنه لم يسلم من الانتقادات، بوصفه ضابطاً وضع لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية من أهمها:

- أن الأخذ به -ذو النظرية يؤدي إلى التضحية بمصلحة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ذلك لأن النظرية تسند العقد لقانون دولة المحترف باعتباره صاحب الأداء المميز.
- تعتد النظرية بمحل الإقامة المعتاد للمدين بالأداء المميز، وإذا نظرنا إلى عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، فإن أغلب هذه العقود تتم عبر مواقع إلكترونية يغلب عليها الطابع المؤقت، وهذا ما يتعارض مع محل الإقامة الذي يشترط فيه الدوام.
- تبعاً لذلك نرى أن هذه النظرية، وإن كانت وُجِدت لحماية المستهلك -لك باعتباره الطرف الضعيف حفاظاً على التوازن العقدي، إلا أنه يتضح من جوهرها أنها تصب في مصلحة الطرف القوي وهو المدين بالأداء المميز، وهذا ما يجعل العقد يتسم بعدم الموازنة بين طرفيه.

ثانياً: خضوع عقد الإستهلاك للقانون الذي يتماشى واعتبارات حماية المستهلك

نظراً لقصور ضوابط الإسناد المختلفة في تحديد القانون الأنسب للتطبيق على عقد الإستهلاك الإلكتروني، كان لا بد من البحث عن ضوابط أخرى أكثر فعالية، من شأنها توفير حماية للمستهلك كونه

1- عبد الحليم السعدي، المرجع السابق، ص. 96.

2- د. محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص. 128.

الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، "وقد تم التوصل إلى أن أفضل حماية للمستهلك في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، هي الأخذ بضابط الإقامة المعتادة للمستهلك، فإذا كان هناك قانونا آخر أكثر صلاحية له من قانون محل إقامته المعتادة وجب الأخذ به عن طريق منح القاضي سلطة اختيار القانون الأصلح للمستهلك⁽¹⁾.

1/ ضابط محل الإقامة المعتادة

كثفت كثير من النصوص التشريعية الوطنية التي تسعى لحماية المستهلك عن طريق الاختصاص لقانون محل إقامته، حيث حددت لذلك كثير من الشروط مثل أن يكون العقد قد تم إبرامه في هذا البلد أو يكون المستهلك قد تلقى فيها رسائل إعلانية أو دعائية تكون قد دفعته إلى التعاقد، أو أن تكون قد وجهت له في هذا المكان دعوة خاصة للتعاقد⁽²⁾.

ومن النصوص القانونية التي اعتمدت ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك على المستوى الوطني وعلى المستوى الدولي نجد على سبيل المثال المادة 1/41 من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1978 التي كرس هذا المبدأ، حيث نصت على أنه "تخضع العقود لقانون الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الذي يبرمها بوصفه مستهلكا إذا كان القانون الخاص فيها يوفر له حماية ذاتية طالما أبرمت تلك العقود في إطار نشاط موجه نحو إبرام تلك العقود يقوم بها المقاول أو مستخدموه في هذا الغرض على إقليم هذه الدولة". كما أفردت اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980 تنظيما خاصا لأحكام العقود التي يبرمها المستهلك، فضلا عن قواعد التنازع بشأن العقود، حيث نصت المادة 2/05 على أنه "مع عدم المساس بنصوص المادة الثالثة فإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتاد، إذا كان العقد قد سبقه في هذا البلد عرض خاص أو دعاية أو إذا كان المستهلك قام باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في هذا البلد، إذا تلقى المتعاقد مع المستهلك أو ممثله الطلب من المستهلك في هذا البلد، إذا كان العقد يتعلق ببيع بضائع وانتقل المستهلك من هذا البلد إلى بلد أجنبي وأبرم العقد، بشرط أن تكون الرحلة منظمة بواسطة البائع من أجل حث المستهلك على إبرام العقد".

واستكمالا لسياسة حماية المستهلك في المعاملة الإلكترونية قررت المادة 41 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية أنه في حالة النزاع بين المهنيين والمستهلك بشأن معاملة إلكترونية فإن قانون الدولة التي يوجد فيها محل إقامة المستهلك سيكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. والجدير بالذكر أن الأخذ بضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك يجد مبرره في:

1- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 441.

2- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 465.

أ. حماية التوقعات المشروعة للمستهلك ، "فعندما يقوم مورد السلعة أو مزود الخدمة بتسويق السلعة أو تقديم الخدمة في بلد إقامة المستهلك، وعندما يقوم المستهلك بطلب هذه السلعة أو الخدمة من دولته، فإنه يحق له بطريقة مشروعة أن يتوقع أن تشمل الحماية التي يقدمها هذا القانون"⁽¹⁾.

ب. يعمل ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك على تفادي مشكلات الإسناد الجامد، لاسيما في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت.

ج. حفاظا على التوازن العقدي الذي كرسه التشريعات الوطنية، فإنه من مصلحة دولة محل إقامة المستهلك تطبيق قانونها على العقود التي يكون هذا الأخير طرفا فيها.

د. إن حماية المستهلك عن طريق تطبيق محل إقامته المعتادة من شأنه إدراك الغاية المادية التي تسعى قاعدة النزاع إلى تحقيقها، وهي حماية المستهلك⁽²⁾.

2/ ضابط القانون الأصلح للمستهلك

إن قاعدة تنازع القوانين الخاصة بحماية المستهلك، لكي تكون فاعلة وشاملة الحماية يجب أن تكون ذات إسناد تخييري، بمقتضاها يمكن العدول عن قانون محل الإقامة إذا كان القانون الواجب التطبيق بمقتضى اتفاق الأطراف أصلح للمستهلك⁽³⁾.

وقد قننت العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية ضابط القانون الأصلح للمستهلك، ومن أمثلتها القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1978 التي أوجبت المادة 2/41 منه استبعاد اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم مع المستهلكين، إذا كان هذا الاختيار ضارا بالمستهلك. كما نجد تطبيقا للقانون الأصلح للمستهلك بمقتضى اتفاقية روما لعام 1980، التي أرست مبدأ الإسناد التخييري، فنصت المادة 2/05 على أنه "إن اختيار القانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تقرها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة". ويجد ضابط القانون الأصلح للمستهلك مبرره في:

أ. تفعيل دور قاعدة النزاع ودور القاضي

حيث يكون للقاضي بمقتضى هذا الضابط دورا إيجابيا يتيح له فرصة البحث على القانون الأصلح للمستهلك، كما يجب أن تتصف قاعدة النزاع بالمرونة من أجل حماية المستهلك، ولا يقتصر دورها على مجرد تحديد القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية دون اعتبار للنتائج التي قد تترتب عن ذلك، وهل هو في صالح المستهلك أو في غير مصلحته.

1- أحمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 466.

2- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 443.

3- المرجع نفسه، ص. 449.

ب. تطويع دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق لحماية المستهلك

ذلك أن الأطراف المتعاقدة قد تختار قانونا يكون أصح للمستهلك، وبالتالي لا يوجد مبرر من حرمانه من هذا القانون المختار مادام أنه في مصلحته.

ج. إرساء دور الإسناد التخييري في حماية المستهلك

ذلك أن ضابط القانون الأصح للمستهلك من شأنه أن يتيح للقاضي فرصة الخيار بين كل الضوابط السابق الحديث عنها، وبالتالي يختار القاضي أكثرها صلاحية للمستهلك ومن شأنه توفير حماية فعالة له. لكن بالرغم من قيمة وأهمية هذا الضابط إلا أنه لم يخلو من الانتقادات، حيث يرى البعض أن هذا الحل يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني للعلاقات العقدية وارتباك توقعات الأطراف بالنسبة للقانون الذي يحكم عقدهم، وذلك بالنظر إلى صعوبة التعرف على القانون الأصح للعقاد الضعيف بطريقة مسبقة، وصعوبة معرفة ما إذا كان مضمون القانون المختار يتفق أو يتعارض مع القواعد الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، كما انتقد هذا الحل على أساس أنه يؤدي إلى تجزئة العقد بإخضاعه لأكثر من قانون، أي قانون الإرادة وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك. إلا أنه من المعروف أن التجزئة قد تحدث أيضا عند إطلاق العنان للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فقد يختار الأطراف قانونا ليحكم تكوين العقد وآخر لحكم موضوع العقد وثالث لحكم شرط من شروطه، إلا أن العقد بموجب هذا الحل الذي يتعلق بتقييد مبدأ سلطان الإرادة بالنصوص الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، يكون خاضعا للقانون الأكثر حماية من بين القوانين المتنازعة وهما قانون الإرادة وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وأيهما أكثرا حماية يطبق على العقد⁽¹⁾، وهذا نفس التوجه الذي أخذ به القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية عندما اعترف بضابط محل إقامة المستهلك في المادة 41 منه وأتاح في نفس الوقت للمتعاقدين الإتفاق على غير ذلك. خلاصة القول يمكن القول أن أفضل ضابط يمكن الاستناد إليه هو ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك مع إتاحة حق الخيار للقاضي لاختيار القانون الأصح للمستهلك بالرغم من الانتقادات الموجهة إليه.

المطلب الثاني: تسوية النزاعات المتعلقة بعقد الإستهلاك الإلكتروني

لا يكفي أن يقر المشرع قواعد قانونية موضوعية لحماية المستهلك على شبكة الإنترنت، وإنما يقتضي فرض احترامها وحل النزاعات الناجمة عنها بطرق تؤمن فعليا هذه الحماية، وبالواقع يبدأ مبدأ حل النزاعات بين المستهلك والمحترف حيبا، عن طريق عرض المشكلة على المحترف نفسه، حيث ينشئ بعض كبار المحترفين إدارة متخصصة في شركاتهم ومؤسساتهم تتلقى شكاوى المستهلكين وسائر الزبائن وتعمل على حلها، ولكن لا تحل

1- شبه سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، ص.231.

كل النزاعات بهذه الطريقة، كما أن صعوبة الاتصال بالمحترف في الفضاء المفتوح يجعل هذه الطريقة أكثر صعوبة إن لم نقل شبه مستحيلة⁽¹⁾.

عدا هذا الحل الودي، يتاح أمام المستهلك الإلكتروني طريقتين لتسوية النزاع، طريق غير قضائي (الفرع الأول)، وطريق قضائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطرق غير القضائية لتسوية النزاعات

سلوك طريق القضاء طويل ومكلف، يزيده صعوبة وتعقيدا تنازع القوانين وتنازع اختصاص المحاكم على الصعيد الدولي، خاصة فيما يتعلق بالنزاعات الناجمة عبر شبكة الإنترنت في فضاء سيبري لا مادي يتم بظرف ثوان من أقاصي الكرة الأرضية إلى أقاصيها، الأمر الذي جعل الطرق البديلة لحل النزاعات تجد سبيلا لها وتشغل حيزا هاما في حل النزاعات بين المستهلك والمحترف فيما خصّ العقد الإلكتروني⁽²⁾.

حيث أصبحنا اليوم نتحدث عن العدالة عبر شبكة الإنترنت، هذه العدالة التي تدار عبر وسيط غير مادي أطلق عليها اسم العدالة الإلكترونية، أي تسوية المنازعات عبر الإنترنت، وهي ما يطلق عليه بـ «ORD»⁽³⁾، حيث أفرز لنا التطور التكنولوجي ما يسمى بالمحكمة الإلكترونية التي تمثل أحد الوسائل البديلة للمحاكم المتخصصة، فهي محكمة افتراضية تقوم على حل النزاعات التجارية الإلكترونية، ومن أمثلتها المحكمة القضائية الواقع مقرها في كندا بمركز بحث القانون العام بكلية الحقوق جامعة مونتريال التي أنشئت في سبتمبر 1996، ولهذه المحكمة نظامها الأساسي الذي ينص على كافة الإجراءات فيها تتم إلكترونيا على موقعها الإلكتروني، ابتداء من طلب تسوية النزاع ومرورا بالإجراءات اللازمة لسير القضية، وانتهاء بإصدار الحكم وقيدته على موقعها الإلكتروني⁽⁴⁾.

فالتطور الهائل في مجال الاتصالات، وما نتج عنه من استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام عقود التجارة الدولية، سمح بانتشار الطرق البديلة لفض النزاعات انتشارا كبيرا وواسعا في مجال التجارة عبر الإنترنت، نظرا للطبيعة التي تتسم بها من حيث سهولة ومرونة الإجراءات، حيث لا تتطلب الحضور الشخصي لأطراف العقد، وإنما يتم تسوية النزاع عن بعد باستعمال وسائل إلكترونية، كالبريد الإلكتروني، غرف المحادثة وغيرها، كما تتسم بسرعتها في إصدار الأحكام، وهذا ما يتفق مع متطلبات التجارة الإلكترونية.

1- فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص. 59.

2- فريد منعم جبور، المرجع السابق، ص. 60.

3- تعني "ORD" الطرق البديلة لتسوية المنازعات، وهي اختصار للتسمية باللغة الإنجليزية، وتعني "ORD : online dispute resolution"، لكنها التسمية الأكثر شيوعا واستعمالا في اللغة الإنجليزية هي: Alternative Dispute Resolution واختصارها هو "ADR"، ومن بين الاختصارات في اللغة الفرنسية "RAD" وتعني "Règlement Amiable des Différend".

4- د. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية (النظرية المعاصرة)، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. 265.

وقد عرفت الطرق البديلة لتسوية النزاعات الإلكترونية مسميات عدة، منها قضاء اتفاقي، قضاء غير رسمي، قضاء ودي، لكن رغم كثرة المسميات إلا أنها تدور حول فكرة واحدة وهي البديل أو الخيار الإلكتروني عن النظام القضائي.

ويمكن تعريف هذه الطرق بأنه - مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات، وغالبا ما تستوجب تدخل طرف ثالث نزيه ومحيد⁽¹⁾.

ونظرا لإضفاء وصف "الإلكترونية" على هذه الوسائل، فإننا يمكن أن نعرف الطرق الإلكترونية البديلة لحل النزاعات بأنها مجموعة الوسائل والآليات غير القضائية التي يلجأ إليها الأطراف كطريق بديل عن الطريق القضائي بغية التوصل إلى حل النزاع عبر شبكة الإنترنت.

وتتمثل هذه الوسائل عموما في المفاوضات، الوساطة الإلكترونية، التحكيم الإلكتروني.

أولا: المفاوضات الإلكترونية

للمفاوضات أهمية وفعالية في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، كونها تمثل وسيلة للتجاوز والمناقشة بغية الوصول إلى اتفاق بين أطراف النزاع، ويمكن تعريف المفاوضات عموما بأنها حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم من خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن خلاف معين⁽²⁾.

فالتفاوض يتم إما بطريقة مباشرة عن طريق الاتصال المباشر بين أطراف العقد، أو يتم بطريقة غير مباشرة كأن يتم الاتصال من خلال من ينوب عنهم كالنائب أو المحامي أو الوكيل. والمفاوضات هي عبارة عن تبادل وجهات النظر بين أطراف النزاع من خلال الحوار والمناقشة بغرض الوصول إلى حل نهائي بشأنه دون تدخل طرف ثالث.

أما المفاوضات الإلكترونية، تتم من خلال المحاورات والمناقشات وتبادل الأفكار والآراء بين أطراف النزاع دون الحضور المادي المتعاصر لهم، وذلك باستخدام وسائل إلكترونية تتماشى مع العقود التجارية المبرمة عبر شبكة الإنترنت.

ويتوقف نجاح المفاوضات على مدى مرونة طرفي النزاع في الحوار للوصول إلى نتيجة في صالح الطرفين، وتنصب المفاوضات على موضوع النزاع لا على الأشخاص، فكل طرف في المفاوضات يرى الأمور حسب وجهة نظره هو، فيعتقد بأن كل ما لديه هو الصحيح وأن ما لدى الطرف الآخر خطأ، لذا فالحل

1- سولام سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، تحت إشراف د. عزري الزين، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2013-2014، ص. 12.

2- علاء عبد الأمير موسى، المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لحل النزاعات التجارية ذات الطابع الدولي، مقال منشور في مجلة المحقق، الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، مجلة تصدر عن جامعة بابل للعلوم القانونية، العدد الرابع، 2015، ص. 518.

المثالي هو أن يتم التوفيق بين المصالح، ولا شأن له بمواقف الأشخاص التي قد توصل إلى طريق مسدود بفشل عملية المفاوضة⁽¹⁾.

أما عن موقف التشريعات الوطنية من المفاوضات الإلكترونية، فنلاحظ أنها لم تتطرق إليها باعتبارها أحد الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بشكل صريح، ولكن عند استقراء النصوص القانونية للتشريعات الإلكترونية نجد أنها سمحت بإبرام العقد بوسائل إلكترونية، وكذلك تضمنت أن يتم التعبير عن الإرادة بطرق ووسائل إلكترونية، لذلك نستنتج من هذه النصوص أنها أجازت أن يتم تسوية المنازعات إلكترونياً وبالوسيلة نفسها التي تم انعقاد العقد فيها، يضاف إلى ذلك أن التشريعات الإلكترونية صدرت لمواكبة التطور وتسهيل إبرام المعاملات والعقود بسرعة، فليس من المنطقي أن نلجأ لتسوية المنازعات الناتجة عن هذه العقود إلى الوسائل التقليدية لأن هذا يتنافى مع السرعة والسهولة في إبرام العقد الإلكتروني⁽²⁾.

وقد لقيت المفاوضات الإلكترونية المبتكرة من قبل مراكز التسوية عبر شبكة الإنترنت كوسيلة لفض النزاعات عن بعد نجاحاً واسعاً وإقبالاً هائلاً من قبل المتنازعين، لما لمسوه من فعالية في تسوية منازعتهم مع المحافظة على علاقتهم الودية في نفس الوقت، وتتم عملية التفاوض الإلكتروني بطريقتين:

1/ التفاوض الآلي

هو طريقة لتسوية النزاع بإيجاد حل للمعاملة خارج نطاق القضاء، دون تدخل طرف ثالث، فيقوم كل طرف بتقديم عروض مشفرة يقوم جهاز الحاسب الآلي بإجراء مقارنة بينها للتوصل إلى حل وسط توفيقى بينهما، ويلتزم الطرفان مسبقاً بالنتيجة التي تستقر عليها المفاوضة⁽³⁾.

2/ التفاوض الإلكتروني بمساعدة الحاسب الآلي

حيث يتم التفاوض بين الأطراف مباشرة على الإنترنت دون استخدام برامج الكمبيوتر الخاصة كما هو الحال في التفاوض الآلي، وإنما يبقى الحاسب الآلي مجرد وسيلة اتصال بين الأطراف لتبادل وجهات النظر والحلول المقترحة لتسوية المنازعة⁽⁴⁾، كاستخدام البريد الإلكتروني أو غرف المحادثة.

1- د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص. 64.

2- علاء عبد الأمير موسى، المرجع السابق، ص. 518.

3- Thomas SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne (une approche critique)*, BRUYLANT, BRUXELLES, 2005, p. 183.

4- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، تحت إشراف د. إقلولي مجد، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ المناقش: 2012/06/20، ص. 15.

ويبدو أن لجوء الأطراف إلى تسوية نزاعاتهم باستخدام طريقة التفاوض الإلكتروني الذي يتم بمساعدة الحاسب الآلي له فعالية كبيرة، لأنه يتم بتدخل العنصر البشري مما يتيح للأطراف إمكانية التفاوض وتبادل وجهات النظر بعكس طريقة التفاوض الآلي التي تقوم بها برامج الحاسب الآلي. وسواء أكان التفاوض باستخدام الطريقة الأولى أو الثانية، فإن إدارته تتم عن طريق مراكز التسوية الإلكترونية التي توفر أنظمة وبرامج إلكترونية على موقعها يستخدمها أطراف النزاع لتبادل الطلبات والمستندات، وحفظها من خلال صفحة خاصة مزودة برقم سري.

تبعاً لذلك تتم عملية التفاوض الإلكتروني بين أطراف النزاع من خلال الاتصال فيما بينهم عن طريق الهاتف أو من خلال صفحات تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية، حيث يقوم المركز بتزويد أطراف النزاع باسم م-رور يسم-ح له بالدخول لصفحة النزاع المعدة م-ن قبل المركز من أجل التفاوض على موضوع النزاع، والوصول إلى اتفاق معي-ن دون أن يكون للمركز تدخل في حسم النزاع سواء توصلوا لحل النزاع أم فشلا في ذلك⁽¹⁾.

ومن المراكز التي استخدمت هذا النوع من إدارة المفاوضات الإلكترونية هو نظام (NET CASE)، والذي يدار من خلال الكمبيوتر والتابع لغرفة التجارة الدولية بباريس (ICC)، ويسمح لأطراف التفاوض الإلكتروني أن يرسلوا مستنداتهم وملفاتهم وكافة الإقتراحات والآراء فيما بينهم باستخدام الشبكة العالمية للإنترنت، فضلاً عن ذلك أن موقع (NET case) يخصص لأطراف النزاع صفحة خاصة على موقعه، ويزودهم برقم سري لا يمكن لغير أطراف النزاع معرفته من أجل أن تسير المفاوضات بأمان، وكذلك قيام الأطراف بتبادل الآراء عن طريق البريد الإلكتروني الخاص بهم⁽²⁾.

ثانياً: الوساطة الإلكترونية

تعد الوساطة بمفهومها التقليدي من الوسائل الودية لفض المنازعات، حيث يقوم أطراف النزاع بالعمل مع الوسيط الذي يقدّم النص-ح والإرشاد م-ع طرح الإحتمالات التي قد يتقبلها أطراف النزاع دون أي ضغط أو إكراه⁽³⁾.

فالوساطة هي اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على تسوية كل أو بعض منازعاتهم القابلة للوساطة التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، عن طريق هيئة وساطة من اختيارهم لإصدار توصية لا تحسم النزاع ولا تحوز الحجية وغير ملزمة إلا بقبولها من طرفي النزاع بديلاً لقضاء الدولة⁽⁴⁾.

1 - علاء عبد الأمير موسى، المرجع السابق، ص. 533.

2 - المرجع نفسه، ص. 533.

3- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص. 17.

4 - د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص. 53.

كما يمكن تعريفها بأنها عملية تتم من قبل شخص ثالث يدعى الوسيط، يسعى إلى مساعدة أطراف النزاع للاجتماع والحوار، وتقريب وجهات النظر وتقييمها لمحاولة التوصل إلى حل وسيط يقبله الطرفين⁽¹⁾. أما الوساطة الإلكترونية، فهي في جوهرها عبارة عن نقل لإجراءات الوساطة التقليدية التي تجتمع فيها الأطراف المتنازعة والوسيط، وتنفيذها عبر الإنترنت بوسائل إلكترونية تتماشى مع الفضاء الإلكتروني، حيث تكون الأطراف المتنازعة والوسيط في دول مختلفة ويتحاورون باستخدام وسيلة من وسائل الإتصال، وغالبا ما تكون شبكة الإنترنت⁽²⁾.

وبذلك يمكن تعريفها بأنها "عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الانترنت وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل عادل يقبله أطراف النزاع"⁽³⁾.

وقد اعتبر أسلوب الوساطة الإلكترونية مرادفا لأسلوب التوفيق الإلكتروني، وهذا ما أكده قانون الأونيسيرال النموذجي بشأن التوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 في المادة 3/01 التي تنص على أنه "الأغراض هذا القانون، يقصد بمصطلح "التوفيق" أي عملية، سواء أشير إليه بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين "الموفق" مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين".

فالتوفيق الإلكتروني كالوساطة الإلكترونية يعد أحد الوسائل البديلة لحل المنازعات الإلكترونية أين يقوم شخص ثالث محايد يدعى "الموفق" بالتوفيق بين الأطراف عن طريق تقديم مقترحات يظل أمرها معلقا إلى غاية قبولها من قبل الأطراف المتنازعة عبر وسائل الاتصال الحديثة دون انتقال الأطراف للتلاقي ماديا⁽⁴⁾. تعكس الوساطة الصورة الحديثة للعدالة، لما تمتاز به من ليونة ومرونة وقربها من المواطنين حيث تجمع العديد من المزايا منها الأساس التقليدي، وأنها تنظم سلوك الطرفين بحرية، علاوة على ذلك فالوساطة ليست وسيلة لإيجاد الحل الأكثر دقة ممكنة وفقا للقانون، ولكنها وسيلة لإيجاد الحل الأنسب الذي يتفق مع مصالح الطرفين، ويتحقق ذلك من خلال اتفاق يحدد التزامات الطرفين، وهذا ما يتفق مع قانون العقود⁽⁵⁾، وحتى تكون الوساطة أكثر فعالية ومرونة، لا بد أن يكون للوسيط الخبرة والمعرفة القانونية والكفاءة التي تؤهله لهذا العمل، وأن يكون نزيها وحياديا وقادرا على التعمق من أجل فهم النزاع وتحديد مصدره وسببه، ومن ثم إعطاء الحلول المناسبة له، كما يشترط فيه التكتم والسرية.

1- فراس كريم شيعان، هند فائق أحمد، الوساطة في المنازعات الإلكترونية، مقال منشور مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الثالث، 2014، ص. 252.

2 - Thomas SCHULTZ, op cit, p 90.

3- فراس كريم شيعان، هند فائق أحمد، الوساطة في المنازعات الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 252.

4- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص. 18.

5- Ayewouadan AKOUDAH. *La médiation en ligne*, J. C. P. G., n° 19, 2006, p. 948.

كما تنسم الوساطة بطابعها السري، حيث أن جميع المسائل التي تتم مناقشتها في الوساطة وجميع الوثائق والبيانات الشفوية والخطية التي يتم تبادلها وتقديمها أثناء عملية الوساطة يغلب عليها الطابع السري، إذ أن الوساطة ليست مسألة سجل عام، فسرية جميع المشاركين في عملية الوساطة تكون دائما آمنة ومصونة، زد على ذلك أنها تتيح لطرفي النزاع حرية الانسحاب واللجوء للتقاضي، حيث أن بإمكان أي منهما الانسحاب في أي لحظة من متابعة عملية الوساطة والعودة إلى التمسك بكافة الحقوق والدفع القانونية أمام القضاء، دون أي تأثير لآليات الحلول البديلة على إجراءات التقاضي، فضلا عن أنها عملية تسمح للوسيط بتقييم المراكز القانونية للخصوم⁽¹⁾، كما أنها تخلق نوعا من العلاقات الودية بين الأطراف وتحافظ عليها.

وتتم الوساطة الإلكترونية عبر مراكز تقدم خدمة لتسوية المنازعات بالطرق الإلكترونية، ولعل من أبرز هذه المراكز مركز الويبو للوساطة والتحكيم⁽²⁾.

حيث تحدد المراكز المقدمة لخدمة الوساطة الإلكترونية إجراءات الرفع والنظر في النزاع عن طريق قنواتها المعدة لذلك، وتبدأ الوساطة الإلكترونية بتعبئة الطلب المخصص والمعد لذلك مسبقا والمتضمن البيانات الشخصية مع ذكر مقدم الطلب، ملخص عن موضوع النزاع والطرف الآخر وكيفية الإتصال به، وبعد تقديم الطلب حسب الأصول يقوم المركز بالإتصال بالطرف الآخر واستفساره عن مدى رغبته في فض المنازعة من خلال الوساطة الإلكترونية، مع تقديم نسخة عن طلب الوساطة ونموذج للجواب. تبدأ الوساطة بعد تعبير الأطراف على الموافقة للإشتراك في جلسات الوساطة التي تتم عبر الإنترنت من خلال الموقع الإلكتروني للمركز الذي يوفر صفحة مخصصة لأطراف النزاع، بما في ذلك قائمة من الأسماء التي يمكن من خلالها اختيار الوسيط، هذا الأخير الذي يكمن دوره في الإشراف على جلسات الأطراف التي تتم من خلال غرفة الاجتماعات أو المؤتمر المصور، بالإضافة إلى سلطة صياغة مشروعات التسوية وعرضها على الأطراف⁽³⁾.

ثالثا: التحكيم الإلكتروني

يشهد التحكيم ازدهارا ملحوظا في العصر الحديث في مجال المعاملات والتجارة الدوليّة، أمام عودة النزعة الفردية وحرية التبادل التجاري وسلطان الإرادة، ويعود اللجوء إلى التحكيم أوسع بالنسبة

1- فراس كريم شيعان، هند فائز أحمد، المرجع السابق، ص. 258.

2- مركز الويبو للوساطة والتحكيم هو هيئة محايدة ودولية غير ربحية، تقدم خدمات تسوية المنازعات وتتيح خيارات فعالة من حيث الوقت والتكاليف لتسوية المنازعات، وتمكن خدمة الوساطة والتحكيم المعجل وقرارات الخبراء التي تقدمها الويبو إلى الخواص من الأطراف من تسوية منازعاتهم المحلية أو الدولية في مجالي الملكية الفكرية والتكنولوجيا بفعالية دون اللجوء إلى المحاكم، ويقدم المركز أيضا خدمات تسوية المنازعات الخاصة بأسماء الحقوق (www.wipo.int/amc/ar).

3- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص. 17.

للتجارة الإلكترونية، حيث تقوم على السرعة في الإبرام والتنفيذ، ولا تتماشى مع بـطء وغموض إجراءات القضاء العادي⁽¹⁾.

فالتحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به⁽²⁾، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكمة أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم، وقد يكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه، ويسمى شرط التحكيم، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم⁽³⁾.

كما يمكن تعريفه بأنه الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير بدلاً عن الطريق القضائي العام⁽⁴⁾، أو هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما⁽⁵⁾.

وهذا مـن عرفه بأنه الإتفاق على إحالة مـا ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص⁽⁶⁾.

كما يمكن تعريفه بأنه وسيلة لتسوية المنازعات بالتراضي من قبل جهات غير حكومية صانعة القرار والتي ينتج التزاماً قانونياً وقابلة للتنفيذ⁽⁷⁾، وعرفه البعض بأنه نظام تعاقدي بموجبه يتفق الخصمان على حل الخلاف الذي ينشأ بينهما بعرضه على محكمين ليفصلوا فيه بعيداً عن إجراءات القضاء العادي⁽⁸⁾.

- 1- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2009، ص. 37.
- 2- أجازات المادة 39 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لطرفي المعاملة الإلكترونية التي ينشأ بشأنها أو بسببها نزاع أن يلجأ إلى نظام التحكيم للفصل في تلك المنازعات إلى جانب النظام القضائي.
- 3- خالد مُجَّد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002، ص. 84.
- 4- خالد مُجَّد القاضي، المرجع السابق، ص. 85.
- 5- د. مُجَّد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2014، ص. 17.
- 6- سعد بن مُجَّد شايع القحطاني، التحكيم التجاري في النظام السعودي وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تحت إشراف د. مصلح عبد الحي النجار، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2012، ص. 18.
- 7- بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجاً)، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص قانون إداري وإدارة عامة، تحت إشراف د. مزياني فريدة، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2010-2011، ص. 05.
- 8- زياد مُجَّد حمود عبد الله السبعوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص. 67.

أما التحكيم الإلكتروني فيمكن تعريفه بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية لإخضاع المنازعة التي نشأت أو ستنشأ مستقبلاً من علاقات تجارية إلكترونية كانت أو عادية إلى آخر للفصل في النزاع بإجراءات إلكترونية وإصدار حكم ملزم بها⁽¹⁾.

وعليه فالتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي تتم بمقتضاها إجراءات التحكيم التي تستدعيها مقتضيات العالم الافتراضي.

وقد نظم المشرع الجزائري إجراء التحكيم بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 1006 إلى 1061 منه، وقد أعطت المادة 1006 ق إ م إ الحق لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

ويعتبر التحكيم أمر استثنائي لا يمكن التمسك به إلا بمقتضى اتفاق صريح بين الأطراف، وهذا الإتفاق يتم كشرط من شروط العقد أو باتفاق مستقل.

وقد عرف قانون الأونستيرال النموذجي المعدل سنة 2006 اتفاق التحكيم بموجب المادة 07 منه بأنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل".

كما عرف المشرع الجزائري بمقتضى المادة 1011 ق إ م إ اتفاق التحكيم بأنه "الاتفاق الذي يقبله الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

ويذهب الإتجاه الغالب إلى ضرورة أن يتوفر في اتفاق التحكيم إلى جانب الشروط الموضوعية المتمثلة في التراضي، الشروط الشكلية والمتمثلة في الكتابة، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 1/1012 ق إ م إ التي تنص على أنه "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً".

ولا شك أن الكتابة هنا لا تقتصر على المعنى التقليدي، بل تشمل أيضاً كل وسائل الإتصال الحديثة الأخرى التي من شأنها إثبات نسبة المعلومات التي تتضمنها إلى شخص معين، وبالتالي يدخل في مفهوم الكتابة إلى جانب الكتابة التقليدية الكتابة الإلكترونية التي تتفق مع طبيعة المعاملات الإلكترونية، وهذا الأمر لا يتعارض مع مقتضيات المادة 323 مكرر ق م ج.

بناء على ما تقدم نستطيع القول أن التحكيم يقوم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أن يكون لإرادة الخصوم شأن فيه⁽²⁾.

1- هند عبد القادر سليمان، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، ورقة مقدمة بمناسبة المؤتمر المغاربي حول المعلوماتية والقانون، شعارها: نحو قانون مغاربي نموذجي للمعلومات، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، أكاديمية الدراسات العليا، ص. 11.

2- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص. 39.

1/ مزايا التحكيم

يتصف التحكيم بأهمية خاصة في حل المنازعات الدولية، وذلك بالنظر إلى سهولة إجراءاته والسرعة في الفصل في المنازعات مقارنة بالإجراءات القضائية العادية، حيث أن هيئة التحكيم عادة تضم محكما متخصصا فنيا في مجال موضوع التحكيم ليتمكن من إيجاد الحلول الملائمة للنزاعات بطريقة أسرع وأفضل مما يجده القضاة العاديين، لأنه يعايش المهنة أو العمل مما يجعله أقدر على حل النزاع بطريقة عملية وواقعية⁽¹⁾.

كما يتميز التحكيم بالسرية حيث يحافظ على أسرار الطرفين، فلا يطلع على تفاصيل القضية إلا المحكمون، والمحامون الذين يدافعون عن الأطراف، على خلاف ما يحصل في القضاء العادي، حيث يمكن للكافة معرفة موضوع النزاع نتيجة لعلانية الإجراءات، لذا يحرص أطراف العلاقات التجارية الدولية على اللجوء إلى مراكز التحكيم المتخصصة كغرفة التجارة الدولية في باريس، وغيرها من المراكز التي تفصل في القضية بشكل سري ولا تنشر هذه المراكز من الأحكام إلا مبادئها ودون ذكر أسماء الأطراف⁽²⁾.

ويضيف البعض أن اللجوء إلى التحكيم يجنب أطراف العقد عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الإلكترونية سواء قانونيا أو قضائيا، حيث يجنبهم عدم الاعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكم المختصة، وهذا الأمر ليس باليسير وفقا للقضاء العادي عند إحالة النزاع إليه⁽³⁾.

ويتميز التحكيم الإلكتروني باليسر والمرونة، حيث لا يلزم انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي أمام المحكمين، بل يمكن سماع المتخاصمين عن عبر المحادثات التليفونية والاتصالات الإلكترونية عبر الأقماع الصناعية، أضف إلى ذلك سرعة إصدار الأحكام نظرا لسهولة الإجراءات، حيث يتم تقديم المستندات والأوراق بالبريد الإلكتروني، ويمكن الإتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الإنترنت، لذلك انتشرت محاكم التحكيم الإلكترونية⁽⁴⁾.

كما يتميز التحكيم الإلكتروني بقلة التكلفة، وذلك يتناسب مع حجم العقود الإلكترونية المبرمة التي لا تكون في الغالب الأعم كبيرة بل متواضعة، وتستخدم أحيانا نظم الوسائط المتعددة التي تتيح استخدام الوسائل السمعية والبصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف والخبراء، وهذا يقلل من نفقات السفر والانتقال⁽⁵⁾.

1- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص. 53.

2- حسين شحادة الحسين، التحكيم في منازعات العمليات المصرفية (دراسة في إطار القانون السوري)، بحث محكم، منشور في المجلة القضائية، العدد الرابع، رجب 1433، ص. 166.

3- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص. 54.

4- د. حسين منصور، المرجع السابق، ص. 349.

5- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص. 55.

2/ سلبات التحكيم

على الرغم من المزايا المتعددة للتحكيم الإلكتروني إلا أنه توجد بعض المشكلات والمعوقات التي تعترضه، والتي من شأنها أن تشكل في عدم جدواه أو فعاليته منها:

أ. عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع في مجال التجارة الإلكترونية

إن كانت هذه النظم لا تشرع المعاملات والتجارة الإلكترونية في قوانينها، إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من دول العالم المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي، وعدم تعديل التشريع الموجود للاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية، ومن هنا ثار التساؤل عن مدى صحة إجراءات التسوية بالوسائل الإلكترونية، ومدى الاعتراف بالحكم التحكيمي الإلكتروني، وكذلك هناك مسألة هامة وهي تحديد مكان التحكيم، والذي يترتب عليه آثار كثيرة ومهمة، فما هو المكان الذي يعتبر أنه مكان التحكيم، هل هو مكان المحكم الفرد أم مكان المورد، أو المستخدم في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية، هذا إذا كان المحكم فرداً، أم مكان إبرام العقد أو تنفيذه، هذه المسائل خطيرة وترتب آثاراً مهمة بالنسبة لاعتبارات التنفيذ والاعتراف بالحكم التحكيمي الإلكتروني، هذه المسائل وغيرها بحاجة إلى دراسات شاملة لكل جزئية منها، وتتطلب تدخلاً تشريعياً من جانب الدولة إضافة إلى الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾.

ب. الخوف من عدم السرية

نظراً لأن إجراءات التحكيم الإلكتروني تتم عبر الإنترنت، فهذا الوساطة قد يشكّل تهديدات لسرية التحكيم من أكثر من جانب، فحصول الأطراف على الأرقام السرية (أو كلمة) لدخول صفحة المختص محل نزاعهم وتبادل المستندات مع المحكم، تستدعي تدخل أشخاص آخرين لا علاقة لهم بالنزاع، وهذا ما قد يهدد سرية التحكيم.

تواجه صفحة الإنترنت التي تحوي على معلومات الأطراف ومستندات النزاع في كل لحظة خطر الاختراق، وذلك من طرف ما اصطلح على تسميتهم القراصنة أو المخربين، وهم أشخاص يجوبون الإنترنت ويعترضون السرية خاصة منها أرقام بطاقات الائتمان، التي قد تكون من المعلومات الخاصة بنزاع معروض على التحكيم الإلكتروني، فإمكانية اختراقها يشكل تهديداً لسرية التحكيم والأسرار التجارية لأطراف النزاع⁽²⁾.

ج. عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة

يخشى الأطراف وخاصة الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة، والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة، وذلك بسبب الحشية من عدم تطبيق القواعد والأوامر الحمائية المنصوص عليها في القانون الوطني له، خاصة إذا كان هذا الطرف مستهلكاً مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم إمكانية

1- هند عبد القادر سليمان، المرجع السابق، ص. 13.

2- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص. 24.

تطبيقه وتنفيذه على أرض الواقع. وكذلك عند اختيار القانون الواجب التطبيق غير قانون المستهلك الوطني ليحكم النزاع، فإن المحكم لن يطبق هذه القواعد الحمائية المنصوص عليها في قانون المستهلك الوطني لأنه لا يطبق إلا القانون المختار، وذلك لأنه ليس قاضياً فلا يلتزم بتطبيق القواعد الآمرة، حتى في الدولة التي يوجد فيها مقر محكمة التحكيم. لذا فقد عارض كثيرون اللجوء للتحكيم، لأن حماية الطرف الضعيف تكون دائماً من خلال القواعد الآمرة التي يضعها مشرعو الدولة لحماية طائفة خاصة أو مصالح جماعية، ولا يهتم المحكم إلا بحل النزاع بين الأطراف دون النظر إلى مصالح السياسة التشريعية العليا للدول، وإزاء هذا الانتقاد دافع البعض الآخر عن التحكيم سواء الإلكتروني أو التقليدي مؤكداً جوانب تطبيقه وعملية وقانونية يراعيها المحكم عند نظر منازعات التجارة الإلكترونية ومنها:

- أن المحكم لا يهمل المصلحة العامة، ولكن على العكس تماماً يأخذ في اعتباره القواعد الآمرة التي تنص عليها التشريعات الوطنية، خاصة عند نظر منازعات يكون أحد أطرافها مستهلكاً، وقد يطبق قواعد تحقق مصالح أكبر من تلك التي نص عليها التشريع الوطني، تكون موجودة في قانون الطرف الآخر أو من طبيعة الأعراف التجارية وفقاً لطائفة معينة من طوائف التجارة.

- أن المحكم يهدف إلى تحقيق مصالح وأهداف المجتمع الدولي، والوسائل التي يمكن له استعمالها لاحترام وحماية مصالح الطرف الضعيف أو المستهلكين تكون أكثر من تلك الممنوحة للقاضي الوطني، حيث يمكن للمحكم أن يختار ضمن عدة قوانين القانون الذي يحقق الأهداف الحمائية للطرف الضعيف أو المستهلك⁽¹⁾.

3/ إجراءات التحكيم

تتضمن إجراءات التحكيم مجموعة المبادئ المنظمة للإجراءات المتبعة في إتمام التحكيم، وتتعلق بالمواجهة والدفاع والإثبات واحترام النظام العام، ويضاف إلى تلك المبادئ الخاصة بالتحكيم التقليدي، قواعد إضافية خاصة بالتحكيم الإلكتروني، ولعل أبرزها كيفية التواصل بين المتخاصمين والمحكمين عن بعد عبر شبكة الإنترنت وكيفية تقديم المستندات، وأهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية التي تهتم الأطراف وموضوع النزاع⁽²⁾.

وتبدأ إجراءات التحكيم الإلكتروني بتقديم طلب، يوجهه أحد طرفي الإتفاق إلى مركز التحكيم المتفق عليه، يخطر فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم واتخاذ الإجراءات اللازمة لتحريكه واستكمالها، وذلك من خلال ملء النموذج المعد سلفاً لذلك من قبل المراكز المتخصصة لخدمة التحكيم الإلكتروني على موقع الإنترنت

1 - هند عبد القادر سليمان، المرجع السابق، ص. 14.

2- د. حسين منصور، المرجع السابق، ص. 350.

الخاص بها، مبينا طبيعة الخلاف الناجم عن النزاع وما قد يقترحه من حلول، ويقوم بإرفاق الطلب بنسخة من اتفاق التحكيم، إضافة إلى قائمة الأدلة والبيانات التي يستند إليها لإثبات ادعائه إذا رغب في ذلك⁽¹⁾. وهذا ما أكدته المادة 03 من قانون الأونيسفيرال النموذجي بشأن التحكيم التجاري لعام 2010 حيث نصت على أنه "يرسل الطرف الذي يُبادر باللجوء إلى التحكيم (يُسَمَّى فيما يلي "المدعى"، سواء أكان طرفاً واحداً أم أكثر)، إلى الطرف الآخر (يُسَمَّى فيما يلي "المدعى عليه"، سواء أكان طرفاً واحداً أم أكثر) إشعاراً بالتحكيم"، حيث تعتبر إجراءات التحكيم قد بدأت في التاريخ الذي يستلم فيه المدعى عليه الإشعار بالتحكيم، وقد تضمنت الفقرة الثانية من المادة 03 البيانات التي يتضمنها الإشعار بالتحكيم. بعد استلام مراكز التحكيم للطالب المقدم للرجوع إلى الوساطة أو التحكيم، يأتي دوره في قبول أو رفض نظر النزاع، فإذا قبل المركز نظر النزاع فيتعين عليه إخطار الطرف الثاني بواسطة البريد الإلكتروني مع تزويده بنموذج الرد.

ووفقاً لنص المادة 04 من قانون الأونيسفيرال النموذجي لعام 2010، يتعين على المدعى عليه أن يرسل إلى المدعى في غضون 30 يوماً من تاريخ تسلمه الإشعار بالتحكيم رداً على الإشعار، مبيناً اسم المدعى عليه وبيانات الاتصال به، بالإضافة إلى رد على المعلومات الواردة في الإشعار بالتحكيم. كما أجازت ذات المادة للمدعى عليه إضافة أي دفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم، التي ستشكل بمقتضى هذه القواعد -د ووصفا موج -زا للدعوى المضادة أو الطلبات المقدمة بغرض الدفع بالمقاصة إن وجدت، يتضمن حسب مقتضى الحال بياناً بالمبالغ ذات الصلة والتدبير الانتصافي الملتزم. وعملاً بمقتضيات نص المادة 04 من قانون الأونيسفيرال النموذجي لعام 2010، يقوم مركز التحكيم بعد إخطاره للمدعى عليه على النحو المبين سابقاً، بإعداد صفحة عرض النزاع على موقع إلكتروني معد لذلك، ويعطى للطرفين كلمة المرور التي تخولهم دخول الموقع والإطلاع على صفحة النزاع، بعد ذلك يقوم المركز بإخطار المحكم وإعلامه بمهمته.

والقاعدة تقضي بأحقية الأطراف في اختيار المحكمين، ويتم ذلك غالباً في الاتفاق على التحكيم أو ضمن الشرط المدرج في العقد أو في وقت لاحق، وقد يعهد المتعاقدان إلى طرف ثالث للقيام بتعيين محكمة التحكيم، وقد يحيل الأطراف إلى القواعد المنظمة لمؤسسة التحكيم، وبالتالي اختيار المحكمين من بين المدرجين داخل قائمة تلك المؤسسة، وقد تتم الإحالة إلى محكمة تحكيم معينة وتتولى سكرتاريتها تعيين الأعضاء، وقد تترك للأفراد حرية اختيار المحكمين، ولا تتدخل مؤسسة التحكيم إلا عند اختلاف الأطراف، كما يجوز

1- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص. 109.

للأطراف رد المحكم⁽¹⁾ عن طريق إرسال إعلان كتابي إلى السكرتارية، أو بأي وسيلة أخرى مناسبة، ما لم يتفق الأطراف على شكل محدد لذلك⁽²⁾.

بعد ذلك يقوم المركز بتحديد عدد المحكمين الذين يشترط أن يكون عددهم فرديا وليس زوجيا حتى يتسنى لهم إمكانية الترجيح أو الحكم بالأغلبية، وهـ - ذا الحكـم أكـده المشـرع الجزائري بمقتضى المادة 1017 ق إ م إ التي تنص على أنه "تتشكل هيئة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي". هذا وتنتهي الخصومة التحكيمية بمجرد صدور الحكم التحكيمي، الذي يكون له الأثر الملزم بأن ينفذ طواعية⁽³⁾، حيث يتمتع حكم التحكيم بحجية الشيء المقضي فيهِ⁽⁴⁾ بمجرد صدوره وقبل صدور الأمر بالتنفيذ حتى ولو كان قابلا للطعن بالبطلان وتبقى هذه الحجية قائمة ببقاء الحكم وتزول بزواله. وتمثل حجية الشيء المقضي فيه في كونها وصف قانوني يلحق بمضمون حكم التحكيم ويدل على تقييد أطراف الخصومة بهذا الحكم، والإلتزام بعدم عرض النزاع الذي صدر فيهِ الحكم والذي اكتسب الحجية على محكمة التحكيم التي أصدرتها أو محكمة تحكيم أخرى أو قضاء الدولة لإعادة الفصل فيه من جديد، وذلك لأن هذا الحكم يحمل عنوان الحقيقة القطعية بخصوص ما فصل فيه بالنسبة للأطراف وموضوع النزاع، ويشكل الحكم الحائز لحجية الشيء المقضي فيه عقبة أمام تجديد عرض النزاع على التحكيم أو قضاء الدولة لسبق الفصل فيه بحكم. وحتى يكتسب حكم التحكيم حجية الشيء المقضي فيهِ، يجب أن يكون من الأحكام القطعية التي تحسم موضوع النزاع كلياً أو جزئياً، وتشمل الحجية منطوق حكم التحكيم وما ارتبط به من الأسباب التي بني عليها هذا المنطوق، ويكتسب الحكم هذه الحجية بمجرد صدوره لكونها تعتبر أثراً مباشراً لهذا الصدور، غير أنه يشترط للتمسك بحجية حكم التحكيم وسبق الفصل في النزاع وحدة الموضوع والأطراف ويظهر هذا في أحقية الطرف الذي صدر الحكم لصالحه في التمسك بحجية هذا الحكم إذا ما أراد الطرف الآخر إعادة طرح النزاع على محكمة

1- أنظر المادة 1016/2، ق إ م إ التي حددت حالات رد المحكم، حيث نصت على أنه: "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف
- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف
- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة إقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين".

2- د. حسين منصور، المرجع السابق، ص. 352.

3- حوت فيروز، الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي في ضوء القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، تحت إشراف د. سرور مجّد، جامعة أكلي محمد أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، تاريخ المناقشة: 2016/07/14، ص. 265.

4- أنظر المادة 1031 ق إ م إ التي تنص على أنه "تحوز أحكام التحكيم بحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

التحكيم التي أصدره، أو محكمة تحكيم أخرى أو رفع دعوى أمام قضاء الدولة للنظر في النزاع الذي سبق الفصل في بحكم التحكيم وكان النزاع متعلق بنفس الموضوع محلاً وسبباً ونفس الأطراف⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الطرق القضائية لحل المنازعات

إذا كانت الطرق غير القضائية في حل النزاعات على الإنترنت أكثر ملاءمة للسوق الإلكترونية، إلا أن هذا لا يلغي دور القضاء في تسوية المنازعات.

وقد كرس الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حق التقاضي للأفراد⁽²⁾، وضمنه المشرع الجزائري باعتباره مبدأ دستورياً⁽³⁾. لذلك فإن رفع الدولة حق التقاضي لمصاف الحقوق الدستورية يرسـي ثقة الأفراد في القضاء العام، لكونه محاطاً بضمانات منها استقلالية السلطة القضائية، التي يجب ألا تمارس إلا في إطار القانون، وأيضاً المساواة بين جميع الأفراد أمام القضاء وجعلهم في متناولهم دون تمييز⁽⁴⁾.

وقد أكدت المادة 03 ق إ م إ هذا المبدأ الدستوري، حيث نصت على أنه "يجوز لكل شخص يدعي حقاً رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته".

وعليه يعتبر القضاء صاحب الاختصاص الأصلي في حل المنازعات التي قد تطرأ بين الأشخاص.

ويمكن تعريف الاختصاص بأنه ولاية وسلطة الهيئات القضائية في الفصل في المنازعات المطروحة عليها

بقصد الحماية القضائية للأفراد، ومن تم فالإختصاص هو توزيع العمل بين الجهات القضائية المختلفة والمحاكم على اختلاف درجاتها، وذلك ببيان نصيب كل منها من المنازعات التي يجوز الفصل فيها⁽⁵⁾.

ومن المسلم به أن القواعد المنظمة لتنازع الإختصاص هي من وضع المشرع الوطني، فهو الذي يحدد

إختصاص المحاكم الوطنية كما يحدد بصورة غير مباشرة إختصاص المحاكم الأجنبية حينما يتخلى عن هذا

الإختصاص، ففي كل دولة يرسم المشرع قواعد الإختصاص القضائي للمحاكم الوطنية سواء كان هذا

الإختصاص داخلياً أم دولياً⁽⁶⁾، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري عندما نظم قواعد الإختصاص بمقتضى المواد 32-47 ق إ م إ.

1- قبائلي ربيعة، الخصومة التحكيمية في التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، من إشراف د. إرزيل الكاهنة، جامعة أكلي محمد أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، تاريخ المناقشة: 2016/06/05، ص. 122.

2- أنظر المادة 08 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

3- المادة 158 من الدستور الجزائري.

4- زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تحت إشراف د. يسعد حورية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 2015/05/07، ص. 02.

5- خالد مجّد القاضي، المرجع السابق، ص. 322.

6- د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص. 233.

قياسا على ذلك، يمكن القول أن قواعد الإختصاص القضائي الدولي هي قواعد وطنية قاصرة على تحديد ولاية القضاء الوطني في العلاقات المشوبة بصفة أجنبية وليست قواعد إسناد لتحديد قضاء الدولة المختص⁽¹⁾، لذلك تمتاز قواعد الإختصاص القضائي الدولي، مقارنة بقواعد تنازع القوانين بالخصائص الآتية:

فإن قواعد الإختصاص القضائي قواعد مباشرة، ذلك أنها تحدد للقاضي الوطني مجال اختصاصه بصدد نزاع معين.

فإن قواعد الإختصاص القضائي الدولي قواعد أحادية، إذ أنها تبين لنا فقط الحالات التي يكون فيها الإختصاص القضائي معقودا للقضاء الوطني، ولا يهتمها مدى اختصاص القضاء الأجنبي بالنزاع. وعليه يبحث القاضي الجزائري بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما إذا كان مختصا بنظر النزاع، وفي حالة الإجابة بالنفي قضى بعدم اختصاصه فحسب⁽²⁾.

وتثير مسألة تحديد الإختصاص القضائي في مجال العقود الإلكترونية التي تبرم عن بعد، والتي تنطوي في غالب الأحيان على عنصر أجنبي العديد من الإشكالات، نظرا إلى الخلاف الذي قد يطرأ بين محاكم عدة دول تدعي كل منها بحقها في نظر النزاع والبت فيه، أو تدعي بعدم اختصاصها في الفصل فيه، وهذا ما يطلق عليه بتنازع الإختصاص.

فمن المعلوم أن كل دولة ترغب في الاستئثار بنظر محاكمها لكل ما له علاقة بها، وبموطنيتها أو المقيمين عليها، كما أن الأفراد والشركات لديهم الرغبة ذاتها في اللجوء إلى المحاكم الوطنية لاطمئنانهم لها ومعرفتهم بقوانينها، وينتج عن ذلك حصول النزاع حول تحديد المحكمة المختصة لنظر القضايا ذات الطبيعة الإلكترونية⁽³⁾، وهذا الأمر يستدعي بطبيعة الحال البحث عن المبادئ أو الضوابط التي يستند عليها في تحديد الحالات التي تختص فيها المحاكم الوطنية بنظر النزاع المشتمل على عنصر أجنبي.

وإن كان الفقه أولى عناية بالغة في دراسة تنازع القوانين للتوصل إلى وضع قواعد عامة مشتركة تهيمن على حله، إلا أنهم لم يبذلوا جهدا كبيرا في دراسة تنازع الإختصاص القضائي، ولهذا فإن نظريات وقواعد عامة ظهرت وانتشرت في موضوع تنازع القوانين ولم تظهر مثلها في تنازع الإختصاص القضائي، ومع ذلك يمكن أن نحدد قواعد الإختصاص القضائي بالنظر إلى القواعد التي تكاد تأخذ بها غالبية الدول، وتعتمد هذه القواعد على معايير أو ضوابط معينة قد تكون إقليمية وقد تكون شخصية، والإختصاص فيها قد يكون أصليا أو طارئا⁽⁴⁾.

1- د. الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، بدون دار النشر، بدون سنة النشر، 2010، ص. 29.

2- دربال عبد الرزاق، الواي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ص. 18.

3- د. فهد عبد العزيز الداود، الاختصاص القضائي في عقود التجارة الإلكترونية، بحث محكم منشور بمجلة العدل، العدد 60، 2013، ص. 215.

4- د. حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 238.

أولاً: الإختصاص الأصلي للمحاكم الوطنية

يتحدد الاختصاص الأصلي للمحاكم الوطنية بناءً على معيارين أحدهما إقليمي والآخر شخصي.

1/ الضوابط الإقليمية في تحديد الإختصاص القضائي

هي المعايير التي يتحدد بموجبها اختصاص المحاكم بناءً على وجود صلة أو رابطة إقليمية مكانية، حيث تختص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى التي ترفع على من كان متوطناً في إقليمها بغض النظر عن جنسية المدعى عليه، سواء أكان وطنياً أو أجنبياً.

فبمقتضى الضوابط الإقليمية تختص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى التي تتعلق بالأموال الموجودة على إقليمها، فضلاً عن اختصاصها بالدعاوى المتعلقة بالإلتزامات التي تنشأ أو تنفذ على إقليمها.

واختصاص المحاكم الوطنية بمقتضى الضوابط الإقليمية يستند إلى مبررات متعددة منها أن سيادة الدولة على إقليمها يقتضي أن يكون لمحاكمها الولاية القضائية على الأشخاص الموجودين في إقليمها بغض النظر عن جنسيتهم، وكذلك على الأموال الموجودة والإلتزامات التي تتم في إقليمها، وقد يرد اختصاص محاكم الدولة المبنى على الإرتباط الإقليمي إلى سهولة تنفيذ الحكم الذي يصدر منها على الأشخاص والأموال الموجودة على إقليمها. وقد يكون مرد هذا الإختصاص هو المبدأ القاضي بأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت العكس، وما دام لم يثبت بعد انشغال ذمته فليس من العدل أن نحمله مشقة الإلتقال وراء الدعوى، وعلى المدعى أن يلاحق المدعى عليه لإثبات مدعاه⁽¹⁾.

تبعاً لذلك تتمثل الضوابط الإقليمية في موطن المدعى أو المدعى عليه، موقع المال، محل مصدر الإلتزام أو محل تنفيذه.

أ. اختصاص محكمة موطن المدعى عليه

القاعدة العامة والأساسية في الإختصاص المحلي أو الإقليمي هي أن المدعى يسعى إلى المدعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه، وهي قاعدة قديمة كان منصوصاً عليها في القانون الروماني، وقد كرستها جل التشريعات⁽²⁾، إذ يعتبر ضابط موطن المدعى عليه من أكثر الضوابط انتشاراً وأقلها انتقداً، كما أن مبدأ قيام الإختصاص على موطن المدعى عليه من أهم المبادئ التي يقوم عليها كل من الإختصاص القضائي الداخلي والدولي، والأصل الإعتداد بموطن المدعى عليه وليس بموطن المدعى لأن الأول أولى بالرعاية من الثاني⁽³⁾.

1- د. حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 239.

2- أنظر المادة 40 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية التي تناولت حالة عدم اتفاق طرفي المعاملة الإلكترونية على تحديد ولاية محاكم دولة ما لنظر المنازعات التي من الممكن أن تنور بينهما، فالإختصاص يرجع إلى محكمة الموطن المشترك لطرفي المعاملة إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا فستكون المحكمة المختصة محكمة موطن المدعى عليه باعتباره الطرف الذي أقيمت ضده الدعوى.

3- كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف د. يوسف فتيحة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015-2016، ص. 33.

وقد كرس المشرع الجزائري ضابط موطن المدعى عليه في المادة 37 ق إ م إ التي تنص على أنه "يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". وتجد هذه القاعدة مبررها في أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت العكس وبالتالي وجبت حمايته، وتعين على من يدعي عكس ذلك أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمة موطنه، كما أن الأصل أن الدين مطلوب وعلى المدعي أن يبادر بالمطالبة بدينه في موطن المدعى عليه، و الهدف هو إيجاد نوع من التوازن بين مراكز الخصوم، فكما أن من حق المدعي أن يرفع الدعوى في الوقت الذي يختاره فعليه أن يذهب إلى حيث يقيم المدعى عليه، و يهدف تقرير هذه القاعدة إلى تيسير مهمة الدفاع على المدعى عليه، لأنها موضوعة لمصلحة من يكون في مركز المدافع وتحقق المساواة الإجرائية، فمادام أنه لم يصدر حكم قضائي بعد في الدعوى يستفيد المدعى عليه من قرينتين الأولى أنه في مركز قانوني مساو لمركز المدعي فلا أحد ملتزم اتجاه الآخر، والثانية أن الظاهر هو المطابق للحقيقة إلى حين إثبات العكس، وعليه فمن الطبيعي على من ينكر ذلك إثباته أمام محكمة موطن الطرف الذي يكون في مركز المدافع، كما يرجع الأخذ بهذا الضابط إلى اعتبار عملي هام، وهو حتى لا يكون المدعى عليه تحت رحمة المدعي سيئ النية الذي يمكن أن يرفع دعواه أمام محكمة بعيدة عن موطن المدعى عليه، ويحمّله بذلك مصاريف الإنتقال دون أن يتمكن من استرداد نفقاته⁽¹⁾.

هذا وتعتبر قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعي قاعدة عامة في التشريع الجزائري تسري على جميع الدعاوى، باستثناء الدعاوى التي قرر لها المشرع نصا خاصا كالدعاوى الواردة في المادة 40 ق إ م إ، كما نجد هذا الضابط معمولا به على المستوى الدولي، ويظهر ذلك من خلال الإتفاقيات المبرمة في هذا المجال منها اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 16/04/1983⁽²⁾، حيث تنص المادة 28/أ على أنه "في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين 26 و 27 من هذه الإتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات الآتية : أ- إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى (افتتاح الدعوى) في إقليم ذلك الطرف المتعاقد".

كما كرس ضابط محكمة موطن المدعى عليه اتفاقية التعاون القانوني والقضائي الموقعة بين دول اتحاد المغرب العربي بمدينة رأس لانوف (ليبيا) بتاريخ 09 و 10 مارس 1991⁽³⁾، حيث تنص المادة 34/ منها على أنه "في غير الأمور المنصوص عليها في المادة السابقة تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة في الحالات التالية:

1- كمال سمية، المرجع السابق، ص.34.

2- صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية وعلى تعديل المادة 69 منها الموافق عليه 26 نوفمبر 1997 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 11 فبراير 2001، ج. ر. ع. 11.

3- صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-181 المؤرخ في 27 يونيو 1994، ج. ر. ع. 43.

أ- إذا كان موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو أحدهم إن تعددوا وقت افتتاح الدعوى موجودا ببلد ذلك الطرف المتعاقد أو كان له به من يمثله".

ب. اختصاص محكمة موطن المدعي

الحقيقة أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الضابط، إلا أن يمكن استخلاص بعض الحالات التي يؤول الإختصاص بمقتضاها إلى محكمة موطن المدعي منها ما جاء في المادة 5/39 ق إ م إ التي تنص على أنه "في المواد المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالمراسلات والأشياء الموصى عليها، والإرسال ذي القيمة المصرح بها، وطرود البريد أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المرسل أو موطن المرسل إليه". وتطبيقا لما ورد في نص المادة، فإذا أرسل مقدم السلع أو الخدمة إلى المستهلك الإلكتروني مراسلات أو طرود تتعلق بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، فيجوز للمستهلك الإلكتروني في حالة النزاع الإحتكام أمام محكمة موطنه باعتبارها الأقرب إليه.

ث. اختصاص محكمة موقع المال

يقتضي هذا الضابط ارتباط موضوع النزاع بإقليم دولة القاضي، مما يعني ارتباطه بسيادة الدولة، ويتحقق هذا الضابط من خلال الحالات الواردة في المادة 40 ق إ م إ وهي حالات متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز الإتفاق على إخضاع الإختصاص إلى سواها، ومن أمثلتها المنازعات العقارية، منازعات الأحوال الشخصية، منازعات الإفلاس ودعاوى اتخاذ تدابير استعجالية.

وفي مجال التعاقد الإلكتروني إذا تعلق العقد بين المهني والمستهلك الإلكتروني ببيع عقار، وثار نزاع بين الطرفين بخصوص مسألة ما، فالإختصاص في هذه الحالة ينعقد إلى المحكمة محل تواجد العقار دون سواها.

ج. اختصاص محكمة محل نشوء الالتزام أو تنفيذه

واختصاص المحكمّة الوطنية استنادا إلى مكان إبرام الإلتزام أو مكان تنفيذه يستفاد من نص المادة 1/41 ق إ م إ التي تنص على أنه "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الإلتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري".

ولكن نظرا لخصوصية العقد الإلكتروني كونه عقد بين غائبين مكانا فإنه من الصعب تحديد مكان إبرامه نظراً لطبيعته الإلكترونية، فقد يتم العقد الإلكتروني في الجو أو في البحر أو في منطقة نائية لا تخضع لنظر محكمة معينة، كما أنّ التعامل عبر شبكة الإنترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية لا العناوين الحقيقية، لذلك كان لابد من النظر إلى الظروف المحيطة بالعقد لمعرفة المحكمة المناسبة لنظر القضية، ومن ذلك النظر إلى محل تنفيذ العقد، على أساس أنّه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين، فإذا كان محلّه شيئاً مادياً فإنّه لا إشكال في تحديده بالبلد الذي تُستلم فيه البضاعة، أمّا إذا كان محلُّ العقد غير مادي؛ كالخدمات والمعلومات، فيكون تنفيذ العقد في بلد المستفيد منها ويعقد الإختصاص لمحاكم دولته. أما بخصوص ضابط مكان تنفيذ العقد فإذا

كان محل تنفيذ العقد في دولة معينة كان هذا مؤشراً على صلاحية محاكم هذه الدولة بنظر القضية، لأنّ مصالح المتعاقدين تتركز في دولة التنفيذ، فاهتمامات المتعاقدين وتطلعاتهم ستتوجه منذ البداية إلى مكان تنفيذ العقد، والتي ستتحقق معها الغاية من تنفيذ العقد، ولكن يشكل على هذا الضابط أن لو تعددت أماكن تنفيذ العقد، كأن يكون تنفيذ العقد في أكثر من دولة، فأى القوانين سيحكم أماكن التنفيذ؟ وإجابة على هذا الإشكال نقول أنّه يتعين النظر إلى أكثر الأماكن ارتباطاً بالعقد، فيعتد بقانون البلد الذي تنفذ فيه أكثر مراحل العقد، ولكن هذا الجواب قد يلزم منه حصول النزاع بين أطراف العقد في تحديد مكان التنفيذ، مع احتمالية تعارض قانون أيّ من هذه الدول ومصالح المتعاقدين⁽¹⁾.

نظراً لهذه الإشكالات التي قد تطرح فيتعين البحث على ضوابط أخرى في حالة عجز هذه الضوابط عن تحديد المحكمة المختصة.

2/ الضوابط الشخصية في تحديد الاختصاص القضائي

من مظاهر سيادة الدولة وسلطاتها على الأشخاص التابعين لها هو إعطاء الاختصاص لقضائها في الدعاوى التي ترفع على أو من رعاياها حتى ولو كانوا في الخارج⁽²⁾.

تطبيقاً لذلك ينعقد الاختصاص للقضاء الوطني استناداً إلى ضابط الجنسية باعتباره ضابطاً شخصياً، وقد كرس المشرع الجزائري هذا الضابط بموجب المادة 41 ق إ م⁽³⁾ التي تنص على أنه "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيماً في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري

كما يجوز أيضاً تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائرين"، والمادة 42 ق إ م⁽⁴⁾ التي تنص على أنه "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي".

من خلال هذين النصين يتضح أن المشرع تبني قواعد غير مألوفة للاختصاص، لكنها في نفس الوقت تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي، فهي خاصة بالمنازعات الدولية الخاصة، أي أن هذه القواعد ذات طبيعة دولية على أساس قيامها على معيار الجنسية، ومن المنطقي أن تكون قواعد عادية للاختصاص القضائي الدولي، في حين أن قواعد الاختصاص القضائي الداخلي التي تبني على أساس الموطن أو غيره نتيجة تمديد

1 - د. فهد عبد العزيز الداود، المرجع السابق، ص. 220.

2 - د. حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 239.

3- v. le même sens art. 14 code civil Français: « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

4 - v. le même sens art. 15 code civil Français: « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

قواعد الاختصاص الإقليمي على المجال الدولي يمكن اعتبارها قواعد غير عادية للإختصاص القضائي الدولي لأنها ليست خاصة بالمنازعات الدولية الخاصة⁽¹⁾.

من جهة أخرى يتبين من النصين السابقين أن ضابط الجنسية هو ضابط اختياري، والدليل على ذلك هو مصطلح "يجوز" الوارد في نص المادة.

تبعاً لذلك يجوز أن يعقد الإختصاص للقضاء الوطني نظراً للجنسية التي يحملها المدعي أو المدعى عليه، وعملاً بهذا الضابط فمن باب أولى أن يعقد الإختصاص للقضاء الوطني إذا كان الطرفان من نفس الجنسية ولو لم يكن لهما موطناً في البلد الذي يحملون جنسيته.

والحقيقة أن ضابط الجنسية يعتريه بعض العيوب والمتمثلة في تشخيص الإختصاص القضائي الدولي تشخيصاً غير متكافئ وعدم كفايته أو عدم شموله لكافة صور التنازع، حيث أنه يطرح الإشكالات التالية:

صعوبة تطبيق معيار الجنسية بالنسبة للشخص المعنوي لأن المعايير المعتمدة لتحديد تبعيته في هذا الشأن كمعيار التأسيس، أو معيار مكان مزاولة النشاط، أو معيار المقر الاجتماعي، أو معيار جنسية المسيرين هذه معايير خاصة بتحديد النظام القانوني للشخص المعنوي، وليس بيان تبعيته السياسية والاقتصادية. ليس من المقبول في ظل السياسة الوطنية الحالية المشجعة للإستثمارات الأجنبية، وفي الوقت الذي سمح المشرع للأجانب بتملك العقارات وفتح لهم فرص استثمار أموال طائلة أن يجرمهم من اللجوء للمحاكم الوطنية إلا في حدود ما تقرره المادتان 41 و42 ق إ م إ.

يخرج من اختصاص القضاء الجزائري عملاً بمعيار الجنسية منازعات في غاية الأهمية كالدعوى العينية العقارية إذا كان أطرافها أجنبياً، ولو كان العقار موجوداً في الجزائر، وكذلك دعوى الإفلاس والتسوية القضائية ومنازعات التركات ودعوى الحالة الشخصية والدعوى الرامية إلى الحصول على تعويض نتيجة فعل ضار. ولكن من حيث الواقع لا يجوز استبعاد اختصاص القضاء الجزائري في هذه الأحوال استناداً إلى معيار الجنسية ما دام مختصاً في القانون المقارن بالإستناد إلى معايير موضوعية.

كيف يعقد اختصاص القضاء الجزائري بشأن منازعات خاصة كأن تتعلق بإجراءات تنفيذ جارية في الخارج ولو كان أحد أطرافها جزائرياً.

احتمال استعمال معيار الجنسية وسيلة للتحويل على الإختصاص لاسيما في الأحوال الشخصية والتصرفات الإرادية.

إن صياغة المادتين 41 و42 توحيان أن امتياز الجنسية قاصر على الوفاء بالإلتزامات التعاقدية إذا أبرم العقد في الجزائر أو في الخارج وكان أحد الطرفين جزائرياً، ولكن الإجتهد القضائي والفقه الفرنسيان

1- كمال سمية، المرجع السابق، ص. 63.

مستقر على تطبيق المعيار على منازعات أخرى، كما أن القضاء الجزائري اضطر تلافيا لعيوب الجنسية وحده ولتوسيع اختصاص القضاء الجزائري إلى تقريب الاختصاص القضائي الدولي من الإختصاص الداخلي⁽¹⁾. ولعل هذا الأمر اتضح من خلال سردنا للضوابط السابقة والمتعلقة بالمعايير الإقليمية.

ثانيا: الإختصاص الطارئ للقضاء الوطني

بالرغم من عدم وجود ارتباط إقليمي أو شخصي، يمكن أن يعقد الإختصاص للمحكمة الوطنية إذا وجد ضابط من الضوابط الطارئة ويمكن أن نجملها في الآتي:

1/ ضابط الخضوع الإختياري

ويعني هذا الضابط قبول الخصوم الخضوع لولاية القضاء إما باتفاق صريح أو ضمني⁽²⁾، كأن يمثل المدعى عليه أمام المحكمة غير المختصة دون أن يدفع بعدم اختصاصها⁽³⁾.

وقد كرس المشرع الجزائري هذا الضابط بمقتضى المادة 1/46 ق إ م التي تقضي أنه "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا".

وفي عقود التجارة الإلكترونية التي تتميز بعد التكافؤ بين الطرفين، حيث يثير إشكالية خضوع الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي، الأمر الذي قد يجعل هذا الأخير يختار المحكمة التي تحقق له مزايا أكبر على حساب إرادة المستهلك الإلكتروني باعتباره طرفا ضعيفا في هذا العقد، لذلك وجب تحوير هذا الضابط ببعض الضمانات، كاشتراط وجود رابطة جدية بين النزاع ودولة المحكمة المختارة، وإن كان هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء حيث يرى جانب من الفقه المعاصر أن الرابطة الجدية بين المحكمة التي اختارها الخصوم للنظر في النزاع شرطا يجب توافره حتى يعقد الإختصاص للقضاء المختار، كأن يكون محل تنفيذ العقد مثلا بالدولة التي تتبعها المحكمة المختارة أو جنسية الأطراف أو موطنهم.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى ضرورة استبدال فكرة الرابطة الجدية بالمصلحة المشروعة لأن مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات الخاصة الدولية قد يؤدي أن تحديد الإختصاص القضائي يتم بأهواء الخصوم و رغبتهم غير المشروعة فيما لو أطلقنا حريته-م في الخضوع الإختياري لقضاء محايد لا تربطه بالنزاع أي رابطة جدية، خاصة وأن تحديد الرابطة الجدية وإن كان لا يطرح إشكال إذا كان أحد الأطراف يحمل جنسية محكمة الدولة المختارة أو يقطن على إقليمها، في حين هناك صعوبة في تحديد الرابطة الجدية في حالة عدم وجود أي صلة جدية بين المحكمة المختارة والأطراف، كأن يكون النزاع بين فرنسي ومصري غير قاطنين بالجزائر حول عقار متواجد في تونس، واختاروا القضاء الجزائري للفصل في النزاع ففي هذه الحالة لا توجد أية رابطة جدية بين

1- د. الطيب زروقي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص. 328-329.
2- اعترفت المادة 39 من القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية بما توجهت إليه إرادة طرفي المعاملة الإلكترونية من اختيار ولاية محاكم دولة ما لنظر نزعهما فستكون هذه المحاكم هي المختصة.
3- د. حسن الهداوي، المرجع السابق، ص. 239.

المحكمة المختارة وأطراف الدعوى، لذلك نرى أنه يجوز للقاضي في هذه الحالة رفض النظر في الدعوى لعدم الإختصاص عملاً بمقتضيات المادة 47/ق إ م إذا أثار هذا الدفع الطرف المدعى عليه⁽¹⁾.

2/ ضابط خضوع الإجراءات لمحكمة القاضي

تحديد الإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية يشكل مسألة إجرائية أساسية متأثرة بالطابع الدولي للنزاع، وفيما يتعلق بسير المنازعة يقبل عالمياً أن القضاء الداخلي يطبق قواعد الإجراءات الخاصة به، وهذا هو مبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي⁽²⁾، وهذا المبدأ ينتج عنه تغييب مشاكل تنازع القوانين ونقل القسم الأكبر من المشاكل الإجرائية الدولية إلى المجال الداخلي، فبعد ثبوت الإختصاص للمحاكم الوطنية يتعين تبيان المحكمة المختصة نوعياً ومحلياً، وهذه مسألة يحكمها قانون القاضي الذي تخضع له قواعد الإجراءات بالمعنى العام، تطبيقاً للقاعدة المستقر عليها، فبالإضافة إلى القواعد المحددة للإختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، توجد القواعد المنظمة للإجراءات الواجبة الإتباع بصدد المنازعات المتضمنة عنصراً أجنبياً وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وتخصد بالإجراءات طريقة السير في نزاع متضمن لعنصر أجنبي منذ رفع الدعوى حتى نهايتها⁽³⁾.

وقد تبني المشرع الجزائري ضابط خضوع الإجراءات لقانون القاضي بموجب نص المادة

21 مكرر ق م التي تنص على أنه "يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

كما اعتمادها المشرع المصري بموجب المادة 22 ق م م، التي تنص على أنه "يسري على قواعد الإختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات". وتعتبر "قاعدة خضوع قواعد الإجراءات لقانون القاضي قاعدة من قواعد الإختصاص القضائي الدولي، وفي نفس الوقت قاعدة من قواعد تنازع القوانين، ذلك أنه لما كانت الغاية من قواعد الإجراءات هي حماية الحقوق الخاصة وهي بذلك وثيقة الصلة بالقانون الخاص، ومن الضروري وضع الحد الفاصل بين ما يدخل في الإجراءات وما يعتبر من الموضوع عن طريق التكييف، لهذا يظهر أنها قاعدة من قواعد تنازع القوانين تقوم بوظيفة مباشرة هي بيان قواعد الإجراءات التي يتعين على القاضي الوطني إتباعها في شأن المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي.

1- أنظر المادة 51 ق إ م التي تنص على أنه "يجب على الخصم الذي يدفع بعدم الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية أن يسبب طلبه ويعين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها. لا يجوز للمدعي إثارة هذا الدفع".

2- نظمت المادة 38 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية القانون الواجب التطبيق من حيث الإجراءات المطبقة عند نظر المنازعات دون تحديد الجهة المختصة بالفصل فيه، حيث اعتبرت في جميع الأحوال أن القانون الإجرائي الواجب التطبيق سيكون قانون دولة المحكمة المختصة بنظر النزاع، وليس أي قانون إجرائي آخر، ومؤدى ذلك عدم السماح لأطراف النزاع بالإتفاق على تطبيق قانون إجرائي غيره كما لا يجوز للمحكمة نفسها أن تطبق قانوناً إجرائياً آخر.

3- كمال سمية، المرجع السابق، ص. 106.

وإذا كان الرأي الغالب يذهب إلى اعتبار قواعد الإجراءات من القانون العام مادام أنها تطبق تطبيقاً إقليمياً، إلا أنها تتعلق كذلك بحقوق المتقاضين ومصالحهم وبالتالي تتصل بالقانون الخاص، وهذا ما يمكن اعتبار قاعدة خضوع قواعد الإجراءات لقانون القاضي من قواعد تنازع القوانين، وهي قاعدة مزدوجة الجانب، تقوم بوظيفة مباشرة هي بيان قواعد الإجراءات التي يتعين على القاضي الوطني إتباعها، كما تقوم بوظيفة غير مباشرة عندما يراد الحصول من القاضي الوطني على الأمر بتنفيذ حكم أجنبي، إذ يتعين عليه البحث فيما إذا كان القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم اتبع قواعد الإجراءات وفقاً للقانون المختص أم لم يتبعها⁽¹⁾.

وتظهر أهمية هذه القاعدة من ناحيتين، أنها تحدد أن القانون الوطني هو الذي يطبق على مسائل الإجراءات في الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الوطني من ناحية، ومن ناحية ثانية أن الإجراءات التي تباشر أمام قضاء دولة أجنبية تكون وفقاً للقانون الأجنبي الساري في هذه الدولة، وهذا يظهر خاصة عند تنفيذ الحكم الأجنبي حيث عند إصدار الأمر بتنفيذه يتعين على القاضي الوطني أن يتأكد أنه صدر وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة الأجنبية التي أصدر قضاؤها هذا الحكم، فقد يضطر القضاء الوطني إلى الإلتجاء لقانون دولة أجنبية قبل إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الصادر عن محاكمها وذلك للتحقق من أن الإجراءات التي بوشرت في هذه الدولة قد تمت صحيحة وفقاً لقانونها، حيث يشترط حتى يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون صادراً من هيئة قضائية مختصة وطبقاً لإجراءات صحيحة وهذا بالرجوع إلى قانون الدولة أين بوشرت فيها إجراءات التقاضي أو التي صدر عن قضائها الحكم المراد تنفيذه، كما قد يتم العمل الإجرائي في غير بلد القاضي المطروح أمامه النزاع عندما يناب القاضي الوطني في مباشرة عمل إجرائي لحساب قاضي في دولة أجنبية⁽²⁾.

1- كمال سمية، المرجع السابق، ص. 114.

2- المرجع نفسه، ص. 115.

الغاية

إن توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني يعتبر من أهم التحديات في مجال التجارة الإلكترونية، خاصة بالنظر إلى مركز الضعف الذي يتواجد فيه المستهلك من جهة وافتقاره للمعلومات التقنية من جهة أخرى، لذلك قد تدفعه الإعلانات والدعايات المغرية على شبكة الإنترنت إلى إبرام العقد الإلكتروني، نظرا لسهولة هذا النوع من التعاقد، الذي يتم من خلال الضغط على زر الفأرة ليبرم العقد.

من أجل ذلك كان لا بد من إحاطة هذا النوع من التعاقد بالضمانات اللازمة التي تضمن للمستهلك الإلكتروني إستقرار معاملاته التجارية، وتبعث في نفسه الطمأنينة والأمان مما يساهم في تعزيز الثقة لديه وبالتالي زيادة إقباله على العقود الإلكترونية، خاصة وأنها تتيح له إمكانية توفير السلعة أو الخدمة دون مشقة أو عناء بل هو جالس في منزله.

إن هذه المزايا التي توفرها عقود التجارة الإلكترونية لا يلغي عنها الصعوبات التي تعرقلها خاصة في مجال إثبات هذا النوع من العقود، ومعرفة القانون والقضاء المختص، فضلا عن صعوبة التأكد من أهلية المتعاقد، ومكان إبرام العقد، ومدى تحقق الرضا في هذا العقد.

لذلك كانت حصيلة الدراسة جملة من النتائج والتوصيات نوجزها في الآتي:

أولاً: إن العقد الذي يبرمه المستهلك في نطاق التجارة التقليدية لا يختلف عن العقد المبرم في نطاق التجارة الإلكترونية إلا من حيث الوسيلة التي يتم بها مما يجعله يتمتع ببعض الخصوصية، الأمر الذي فرض على التشريعات الوطنية وضع قواعد لحماية رضاء المستهلك وإحاطته برعاية خاصة، لذلك تميزت هذه التشريعات بالتفاوت في توفير الحماية للمستهلك.

ونظرا للخصوصية التي تتميز بها عقود التجارة الإلكترونية، فيمكن اعتبارها عقود بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، حيث يتبادل المتعاقدان الإيجاب والقبول بوسيلة إلكترونية وذلك بالضغط على أيقونة القبول، لكن ومن أجل تفادي المشاكل التي قد تنجم من حصول القبول سهوا أو بصورة غير مقصودة إذا تمّ النقر مرة واحدة، فنحن نرى أن مسألة تأكيد القبول بالنقر مرة ثانية يحقق حماية لرضا المستهلك ليبر عن إرادته بشكل صريح، وهذا ما نادى المشرع الجزائري إلى تكريسه عند وضع تقنين خاص بالمعاملات الإلكترونية. هذا وطبقا للقواعد العامة فالتعبير عن القبول يكون صريحا أو ضمنيا، ولكن هذه القواعد لا يمكن إعمالها في مجال التعاقد الإلكتروني في جميع الأحوال، فإن كانت تتفق مع التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني، إلا أنه يصعب الإعتداد بالتعبير الضمني والسكوت كطريق للتعبير عن إرادة القابل في نطاق التعاقد الإلكتروني، إذ يصعب أن يتم هذا النوع من القبول ضمنا فهو يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد فيها.

ثانياً: تبنى المشرع الجزائري المفهوم الضيق في تعريف المستهلك حيث عرفته الم ادة 1/3 من القانون رقم 03-09 بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقطن بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للإستعمال النهائي

من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"، ونحن نأمل أن يحدو المشرع الجزائري حدو المشرع الفرنسي الذي تبنى المفهوم الواسع في تعريف المستهلك، فهو من شأنه أن يوفر حماية لعدد أكبر من المتعاقدين حيث اعتبر المهني الذي يتعاقد لشؤون مهنته مستهلكا طالما أن موضوع التعاقد يخرج عن نطاق تخصصه، وبالتالي يستفيد من الحماية المقررة للمستهلك.

ثالثا: إن تحديد الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني يتوقف على المسائل التي تضمنها، فإذا تضمن كل الشروط والمسائل الجوهرية اعتبر إيجابا، في حين إذا لم يتضمن الإعلان الإلكتروني المسائل الأساسية فهو لا يخرج عن كونه مجرد دعوة للتعاقد، ونحن نرى ضرورة اعتبار الإعلان الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت مجرد دعوة للتعاقد حتى يتسنى للمستهلك التفاوض على هذا العقد دون أن تترتب عليه أية مسؤولية في حالة عدوله عن إبرامه.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى ونظرا للدور الذي يلعبه الإعلان الإلكتروني في تعريف المستهلك بخصائص ومميزات السلع المعروضة، فقد عالج المشرع الجزائري بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 13-378، حيث نصت المادة 56 منه أنه "تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك"، إلا أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص عليه ضمن نصوص القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، كما أنه لم يحدد بعض صورته ولم يورد أمثلة عن الإعلان المضلل فهذه القواعد من شأنها أن تعمل على تنوير إرادة المستهلك حتى لا يقع في لبس أو يكون ضحية تضليل يدفعه إلى التعاقد.

رابعا: إن الحماية المدنية المقررة بموجب القواعد العامة غير كافية لتوفير الحماية للمستهلك الإلكتروني الذي أصابته ضرر جراء الإعلان الإلكتروني المضلل، فدعوى التدليس التي يرفعها المستهلك بوصفه متعاقدا مطالبا بإبطال العقد وفقا لقواعد المسؤولية التعاقدية لا تمنح الحماية الشاملة لمواجهة الإعلانات التجارية المضللة، ذلك أن هذه الدعوى تفترض وجود عقد مبرم بين المهني والمستهلك، وإن كان هذا الأمر يستقيم إذا اعتبرنا الإعلان الإلكتروني إيجابا، أما إذا اعتبرنا الإعلان مجرد دعوى إلى التعاقد ووقع المستهلك في ضرر فإنه ما عليه سوى الاستناد على قواعد المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 ق م ج من أجل المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي لحق به.

خامسا: يعد الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد من أهم مظاهر الحماية التي يمكن أن تمنح للمستهلك في هذه المرحلة نظرا لافتقاره للمعلومات التي يجوزها المهني المحترف، وبذلك فتزويده بما يساهم في إعادة التوازن العقدي للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، وحسنا فعل المشرع الجزائري بإقراره لهذا الالتزام في المرحلة السابقة على التعاقد، لما له من أثر في تنوير إرادة المستهلك وأن يقدم على إبرام عقد بناء على رضاه حر ومستنير، ومن هنا نشأ التزام بالإعلام على عاتق المهني، والذي قد يكون أحيانا مصحوبا بواجب النصيحة وهدفه إيجاد حرية تعاقدية حقيقية لصالح الطرف الضعيف.

إلا أن الإخلال بهذا الالتزام يؤثر لا محالة على رضا المستهلك الراغب في التعاقد الأمر الذي قد يؤدي إلى تعيب إراته، مما يترتب عليه حقه في إبطال العقد مستندا على عيوب الإرادة، والحقيقة أن عيوب الإرادة التي يمكن أن تشيب رضا المستهلك الإلكتروني بالعيب الذي يدفعه إلى إبطال العقد هي الغلط والتدليس، أما الإكراه والاستغلال فلا يتصور وجوده في العقد الإلكتروني ذلك أن الإكراه وطبقا للمادة 88 ق م ج هو أن يتعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وعليه لا يتوقع حدوثه في العقد الإلكتروني باعتبار أنه عقد مبرم عن بعد وأن المتعاقدين لا يعرفان بعضهما معرفة حقيقية ومادية ، نظرا لعدم تواجدهما في مجلس واحد بسبب الفاصل المكاني فضلا عن الفاصل الزمني.

سادسا: إن عقود الإستهلاك الإلكتروني تتم بين محترف أو مهني يكون في مركز قوة ونفوذ إقتصاديين، يؤهله هذا المركز إلى وضع عقود نموذجية أو نمطية موجودة على المواقع الإلكترونية، يملي فيها مسبقا شروط التعاقد ولا يكون أمام المستهلك الإلكتروني إلا قبول العقد كله أو رفضه كله، فلا يملك فيه المستهلك أية صلاحية لمناقشة بنود العقد، لذلك كان من الأفضل إعتبارها عقود إذعان من أجل تدعيم الحماية المقررة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف طالما أنه لا يستطيع مناقشة بنود العقد.

وحسنا فعل المشرع الجزائري بإيراده نص المادة 110 ق م ج والتي سمحت للقاضي بإعادة التوازن العقدي وتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها إذا طلبه الطرف المدعن ، إلا أنه ونظرا لخصوصية عقد الإستهلاك الإلكتروني فنحن نعتقد بضرورة الإعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه.

من جهتها تبنت المادة 112 ق م ج موقفا صريحا لتدعيم الحماية للمستهلك في عقد الإذعان عندما صرحت أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المدعن.

سابعا: حسنا فعل المشرع الجزائري عندما نص على الجزاء الجنائي للشرط التعسفي بمقتضى المادة 38 من القانون 02-04 المعدل والمتمم، ولكنه أغفل الحديث عن الجزاء المدني، لذلك ننبه المشرع الجزائري أن يحدو حدو القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي والمغربي والمصري، وينص على الجزاء المدني للشرط التعسفي بإيراده لمادة صريحة ضمن نصوص القانون 02-04 المعدل والمتمم ينص فيها على إبطال الشرط التعسفي مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره متى كان ذلك ممكنا.

ثامنا: يمكن حماية المستهلك الذي يقع ضحية غش أو خداع عبر شبكة الإنترنت استنادا إلى القواعد العامة الواردة في قانون العقوبات، خاصة مع ما استحدثه المشرع بموجب المشرع بموجب التعديل رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 في القسم السابع مكرر عندما عالج المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7 ق ع، إلا أنه يؤخذ على المشرع أنه هذا التعديل لم يتضمن نظاما خاصا بالتزوير المعلوماتي الذي يقع على المعلومات أو البيانات والمعطيات التي يحتويها النظام المعلوماتي، والذي لا يمكن

إخضاعه لنصوص التزوير التقليدية، لذلك ناشد المشرع بالتدخل إما بتعديل نصوص التزوير التقليدية أو بإدراج نصوص جديدة خاصة بالتزوير المعلوماتي.

تاسعا: إن وجود الضمان الإتفاقي المقرر بموجب المادة 14 من القانون 09-03 إلى جانب الضمان القانوني المقرر بالمادة 13 من نفس القانون من شأنه أن يحدث تكامل بين النظامين ، حيث أن الضمان الإتفاقي دعم حماية المستهلك ذلك أن وجوده لا يمنع المستهلك من التمسك بالضمان القانوني، كما أنه يعتبر زيادة في الضمان على عاتق المتدخل لحساب المستهلك.

عاشرا: نرى بضرورة إعتبار إلتزام المهني بضمان سلامة المستهلك إلتزاما بتحقيق نتيجة، وبالتالي يسأل المهني بمقتضاه إذا لم تحقق النتيجة.

وحسنا فعل المشرع الجزائري بإيراده لنص المادة 140 مكرر ق م، والتي قرر بمقتضاها مسؤولية المنتج عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، ولا شك أن في هذا الأمر توسيع مجال الحماية المقرر للمستهلك، والذي له أن الإستناد إلى أحكام المسؤولية العقدية أو إلى أحكام المسؤولية التقصيرية.

من جهتها سمحت القواعد العامة المقررة بالمادة 377 ق م للطرفين الحق في تعديل أحكام الضمان بالزيادة أو الإنقاص أو الإعفاء ، وبخصوص العقد الإلكتروني وبالنظر إلى ما يتميز به من خصوصية فإنه تدعيما لحماية المستهلك الإلكتروني فإننا نتفق مع إمكانية تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير بالزيادة ولكننا لا نتفق مع تعديلها بالإنقاص أو الإسقاط.

الحادي عشر: نأمل من المشرع الجزائري أن يحدو حدو المشرع الفرنسي ولا يقصر إلتزام المهني بالإعلام على المرحلة السابقة عن التعاقد، وإنما يسمح بامتداد هذا الإلتزام إلى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد، و هذا الأمر من شأنه أن يوفر حماية أفضل للمستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

الثاني عشر: قرر المشرع الفرنسي حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد بعد تنفيذه خلال مدة معينة، واعتبره حقا إراديا محضا يخضع لتقدير المستهلك الذي له أن يمارسه دون أن يبدي أي أسباب ودون أن تترتب عليه أي مسؤولية، وإن كان هذا الأمر يشكل مساسا بالقوة الملزمة للعقد الإلكتروني، إلا أننا نراه مدعما للحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني، والذي قد يقدم على إبرام عقده متأثرا بوسائل الدعاية والإعلان وتحت ضغط إغراءات وتسهيلات البائع، ودون أن تتاح له فرصة تجربة المبيع أو معاينته مادية، مما قد ينتج عنه إبرامه لعقد لا يتفق مع رغباته. نظرا لهذه الإعتبارات نأمل من المشرع الجزائري أن ينص على حق المستهلك الإرادي في العدول بعد تنفيذ العقد.

الثالث عشر: إن تعزيز ثقة المستهلك في التجارة الإلكترونية يتأتى من خلال ضمان أن محرراته الإلكترونية في مأمن من التحايل والإختراق، لذلك اهتم المشرع الجزائري بتوثيق المعاملات الإلكترونية مهما

كانت صفة أطرافها، وذلك لتحقيق عنصري الأمن والسرية حيث أنشأ هيئات مختصة بالتصديق والتشفير وحفظ التواقيع الإلكترونية.

ونظرا للوسيلة الإلكترونية التي يتم بها العقد الإلكتروني فكان لا بد من وجود الأنظمة التي تتماشى مع هذه الوسيلة سواء تعلق الأمر بطرق الدفع أو بوسائل الإثبات.

إن هذه الخاصية تستدعي توفير بيئة تشريعية ملائمة تفر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني في القانون التجاري والمصرفي وتطوير خدمات المقاصة الإلكترونية وماكينات السحب الآلي ، واستجابة لذلك إعتبرف المشرع الجزائري بالمعالجة الإلكترونية للسفتجة والشيك والسند لأمر بموجب القانون رقم 05-02 المعدل للقانون التجاري.

وفي مجال الإثبات الإلكتروني نجد أن المشرع بموجب تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 اعترف بحجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في الإثبات، وعلى الرغم من أن المشرع أعطى للمحرر الإلكتروني نفس حجية المحرر المكتوب في الإثبات ، إلا أنه يعاب عليه أنه لم يعالج مسألة التنازع بين المحرر التقليدي والإلكتروني في الإثبات، بخلاف المشرع الفرنسي الذي عالج هذه المسألة بمقتضى المادة 1368 ق م ف، لذلك نأمل من المشرع الجزائري أن يسلك سلوك نظيره الفرنسي بإيراد مادة صريحة تبين موقفه من حالة التنازع بين المحررات التقليدية والإلكترونية.

الرابع عشر: لا يمكن تطويع الحلول التقليدية لقواعد الإسناد وتطبيقها على عقود الإستهلاك

الإلكترونية، حيث أثبت ضابط محل الإبرام وبالرغم من سهولته، إلا أنه لا يصلح وحده كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في العقد التجاري الدولي، لذلك كان على المشرع الجزائري إيراد ضوابط أخرى إلى جانب هذا الضابط الإحتياطي، وتعديله للمادة 18 ق م حتى يتسع مجالها وتسمح بإدخال ضوابط أخرى تتماشى مع التطورات الحاصلة ومع طبيعة العقود المبرمة عن بعد. كما أن ضابط الموطن المشترك يعتبر من أقل المعايير شيوعا واستخداما في ميدان التجارة الدولية، إذ أنه فرض نادر الوقوع، فقلما نجد عقدا دوليا يجتمع أطرافه في موطن واحد، ومن هنا فإن أهميته في حل مشكلة تنازع القوانين في المجال الإلكتروني لن تكون على درجة عالية من الفعالية، نظرا لضآلة الدور الذي يؤديه في عقود التجارة الدولية بصفة عامة.

ومن خلال استقراءنا لهذه النتائج يتبين أن العديد من أحكام التعاقد التقليدي لا يمكن تطويعها لتنسجم مع التعاقد الإلكتروني، وهذا دفع العديد من الدول إلى الإسراع في وضع القوانين التي من شأنها ضمان الحماية للمستهلك وتكريسها فعلا على أرض الواقع، حيث نجد العديد من التشريعات المقارنة وضعت قوانين بخصوص التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك الإلكتروني، من بينها القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، القانون المغربي رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، والقانون الفرنسي رقم 575-2004

المتعلق بدعم الثقة في الإقتصاد الرقمي، ومن جهته وضع المشرع المصري م شروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية المصري.

ومن خلال تصفحنا للقوانين الجزائرية فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري على الرغم من وجود عدّة قوانين ذات صلة بالتجارة الإلكترونية، ك القانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها ، القانون رقم 15-04 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، كما أضاف الفصل السابع مكرر في قانون العقوبات تحت عنوان المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات ، والتعديل الأخير للقانون المدني بالأمر 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 والذي استحدث بمقتضاه أحكاما تتعلق بالتعاقد الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، والقانون رقم 05-02 المتضمن تعديل القانون التجاري أين اعترف بالمعالجة الإلكترونية للسفينة والشيك والسند لأمر. فكل هذه الأحكام التي استحدثها المشرع الجزائري يلاحظ أنها ترتبط بشكل وثيق مع أحكام التعاقد الإلكتروني، لذلك نناشد المشرع الجزائري أن يحدو حدو التشريعات المقارنة ويصدر قانونا مستقلا يتعلق بالتجارة الإلكترونية.

انتهى بحمد الله وعونه

قائمة المراجع

I. المصادر

- القرآن الكريم

II. المراجع باللغة العربية

أولاً: المراجع العامة:

- 1- د. الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، بدون دار النشر، بدون سنة النشر، 2010.
- 2- د. الطيب زروقي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 3- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 4- د. بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين -، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 5- حازم عبد السلام المجالي، حماية الحق المالي للمؤلف في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، سنة 2000.
- 6- د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- 7- زياد محمد حمود عبد الله السبعراوي، التحكيم التجاري الدولي ما بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- 8- د. صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، 2005.
- 9- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الإصدار الخامس، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بدون سنة النشر.
- 10- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول (نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

- 11- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع (العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 12- د. عبد القادر الفار، د. بشار عدنان ملكاوي، مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)، الطبعة الخامسة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- 13- عبد الرزاق دربال، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة.
- 14- عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مطبعة السعادة، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر.
- 15- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- 16- علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 17- د. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية (النظرية المعاصرة)، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 18- د. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، القسم الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون، بدون بلد نشر، بدون سنة النشر.
- 19- د. محمد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص 2 (تنازع القوانين)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، 2008.
- 20- الإمام مُجَّد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1998.
- 21- د. مُجَّد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2014.
- 22- مُجَّد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة)، طبعة جديدة ومزينة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 23- د. مُجَّد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2011.

- 24- محمد عبد الله أبو بكر سلامة، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، 2006.
- 25- محمود أحمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 26- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، الجزء الخامس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 27- نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 28- نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.

ثانيا: المراجع الخاصة

- 1- د. إبراهيم رفعت الجمال، إنعقاد البيوع بوسائل الإتصال الحديثة، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، 2007.
- 2- آمال قارة، الحماية الجزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 3- بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- 4- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
- 5- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري -دراسة مقارنة-، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، بالجزائر، 2011.
- 6- د. حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 7- د. حمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الإصدار الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.

- 8- خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2013.
- 9- خالد مُجَّد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002.
- 10- د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوي، فض المنازعات بالتحكيم الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- 11- رحيمة الصغير ساعد نمديلى، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2007.
- 12- د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانوني، المحلة الكبرى، مصر، 2008.
- 13- سمير عبد السميع الأوذن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 14- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك — دراسة في القانون المدني والقانون المقارن—، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- 15- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 16- عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 17- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 18- عبد الفتاح بيومي حجازي، إثبات المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، بدون دار النشر، 2009.
- 19- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- 20- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 21- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2009.

- 22- د. غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد، الطبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، 2011.
- 23- فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- 24- فراح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- 25- فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 26- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2007.
- 27- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2012.
- 28- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق، المنازعات العقدية وغير العقدية)، الإصدار الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- 29- د. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2013.
- 30- محمد بودالي، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2005.
- 31- محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.
- 32- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006.
- 33- د. محمد طارق عبد الرؤوف الحق، جريمة الاحتيال عبر الإنترنت (الأحكام الموضوعية والأحكام الإجرائية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

- 34- منير مُجد الجنبهي، ممدوح مُجد الجنبهي، أمن المعلومات الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 35- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011.
- 36- نعيم مغبغب، مخاطر المعلوماتية والإنترنت (المخاطر على الحياة الخاصة وحمايتها، دراسة في القانون المقارن)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 37- يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
- ثالثا: الرسائل الجامعية
- 1- أحمد شهاب ازغيب، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تحت إشراف د. خالد حمدي عبد الرحمان، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 2016.
- 2- بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخ-اص، تح-ت إشراف د. كحلولة مُجد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014-2015.
- 3- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تحت إشراف د. علي قريشي، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2014-2015.
- 4- بوكرازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تحت إشراف د. راشد راشد، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، السنة الجامعية 2013-2014.
- 5- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، تحت إشراف د. بن شنيقي حميد، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.
- 6- سفيان سولم، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، تحت إشراف د. عزري الزين، جامعة مُجد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2013-2014.

- 7- سفيان شبيه، عقد البيع الدولي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف د. مامون عبد الكريم، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012.
- 8- سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف د. يوسف فتيحة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015-2016.
- 9- صبرينة بن سعيد، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون دستوري، تحت إشراف د. شمامة خير الدين، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015.
- 10- عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الالكترونية عبر الإنترنت، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تحت إشراف د. بوهنتالة عبد القادر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2011-2012.
- 11- علي حساني، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف د. مامون عبد الكريم، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
- 12- فضيلة عاقل، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة الخاصة (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف د. طاشور عبد الحفيظ، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2011-2012.
- 13- نور خالد عبد المحسن العبد الرازق، حجية المحررات والتوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الإنترنت، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، تحت إشراف د. فيصل زكي عبد الواحد، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 2009.
- 14- إنتصار بوزكري، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تحت إشراف د. لباد ناصر، جامعة الباز 2، سطيف، 2012-2013.
- 15- بن زادي نسرين، حماية المستهلك من خلال الإلتزام بالضمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية، تحت إشراف: د. حامق ذهبية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.

- 16- بوطالي زينب، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير (تخصص عقود ومسؤولية)، تحت إشراف د. حدوم كمال، كلية الحقوق، جامعة أمجد بوقرة، بومرداس، 2012-2013.
- 17- ربعة قبايلي، الخصومة التحكيمية في التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، من إشراف د. إرزيل الكاهنة، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، تاريخ المناقشة: 2016/06/05.
- 18- زهية زيري، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تحت إشراف د. يسعد حورية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة: 2015/05/07.
- 19- سعد بن محمد شايع القحطاني، التحكيم التجاري في النظام السعودي وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، تحت إشراف د. مصلح عبد الحي النجار، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2012.
- 20- سناء بولقواس، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (التحكيم نموذجاً)، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص قانون إداري وإدارة عامة، تحت إشراف د. مزياي فريدة، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2010-2011.
- 21- عبير ميخائلي الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، تحت إشراف د. هاشم الجزائري، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية الحقوق، أيار 2009.
- 22- عمار لوصيف، استراتيجيات نظام المدفوعات للقرن 21 مع الإشارة إلى التجربة الجزائرية، مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، إشراف د. درويش محمد الطاهر، جامعة منتوري، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسنطينة، 2008-2009.
- 23- فيروز حوت، الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي في ضوء القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، تحت إشراف د. سرور محمد، جامعة أكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، تاريخ المناقشة: 2016/07/14.

- 24- كريم بوديسة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، تحت إشراف د. إقلولي مُجّد، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2012/06/20.
- 25- مُجّد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تحت إشراف مُجّد كحلولة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008.
- 26- مُجّد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، تحت إشراف د. قادة شهيدة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2010-2011.
- 27- مراد قرني، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، تحت إشراف د. الطيب زروتي، جامعة المُجّد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، تاريخ المناقشة 2006/06/12.
- 28- منال بوروح، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، تحت إشراف د. لولو خيار غنيمه، جامعة الجزائر 01، 2014-2015.
- 29- نادية مامش، مسؤولية المنتج دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون أعمال، تحت إشراف د. سي يوسف زاهية حورية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 16 جانفي 2012.
- 30- ناصر حمودي، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون جنائي، تحت إشراف د. منتالشتة مُجّد، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، تاريخ المناقشة 2015/02/25.
- 31- نصيرة خلوي عنان، الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع المسؤولية المهنية)، إشراف د. سي يوسف زاهية حورية، تاريخ المناقشة 2013/09/25.
- 32- نعيمة غدوشي، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع المسؤولية المهنية)، إشراف د. سي يوسف زاهية حورية، تاريخ المناقشة 2012/09/27.

33- نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة 2012/05/08.

رابعاً: المداخلات والمقالات الأكاديمية

1- أحمد خديجي، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي، مجلة السياسة والقانون، العدد 11، جوان 2014، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.

2- إدريس باخويا، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية، مقال منشور في مجلة القانون والمجتمع، دورية محكمة تعنى بالدراسات القانونية تصدر عن مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، أبريل 2013.

3- إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد الثاني، 2003.

4- تيورسي مُجّد، الإعلام ومساهمته في اتخاذ القرار في العمليات التعاقدية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 27، ديسمبر 2013.

5- حسن السوداني، تكنولوجيا الإعلام الجديد وانتهاك حق الخصوصية، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 11، جوان 2014.

6- حسين شحادة الحسين، التحكيم في منازعات العمليات المصرفية (دراسة في إطار القانون السوري)، بحث محكم، منشور في المجلة القضائية، العدد الرابع، رجب 1433.

7- سفيان شبة، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد الرابع، جانفي 2011.

8- سليمان براك دايع، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الإستهلاك، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الإستهلاك، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد 14، 2005.

9- عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 27 (1)، 2013.

10- عبد القادر درقاوي، جرائم الإنترنت (الماهية والخصائص وصور الجريمة)، مجلة الإتحاد الوطني لمنظمات المحامين الجزائريين، منشورات دار المحامي، سيدي بلعباس، العدد الثالث، أكتوبر 2011.

- 11- علاء عبد الأمير موسى، المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لحل النزاعات التجارية ذات الطابع الدولي، مقال منشور في مجلة المحقق، الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، مجلة تصدر عن جامعة بابل للعلوم القانونية، العدد الرابع، 2015.
- 12- فراس كريم شيعان، هند فائق أحمد، الوساطة في المنازعات الالكترونية، مقال منشور مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الثالث، 2014.
- 13- د. فهد عبد العزيز الداود، الاختصاص القضائي في عقود التجارة الإلكترونية، بحث محكم منشور بمجلة العدل، العدد 60، 2013.
- 14- كريمة كريم، مدى كفاية قواعد القانون المدني لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والإدارية، سيدي بلعباس، عدد خاص، 2005.
- 15- مجدوب نوال، حماية المستهلك جنائياً من جريمة الخداع في عملية تسويق المواد الغذائية، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 11، جوان 2016
- 16- محمد بعجي، وجوب التزام المتدخل بضمان حماية المستهلك، مجلة حوليات جامعة الجزائر، العدد 23، جوان 2013.
- 17- د. محمد بودالي، تطور حركة حماية المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، سيدي بلعباس، عدد خاص، 2005.
- 18- محمد يونس، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الإستهلاك، أكاديمية شرطة دبي، 2016.
- 19- منى تركي الموسري، جان سيريل فضل الله، الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة عليها، مجلة كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بغداد، عدد خاص بمؤتمر الكلية، 2013.
- 20- هند عبد القادر سليمان، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، ورقة مقدمة بمناسبة المؤتمر المغاربي حول المعلوماتية والقانون، شعار ها: نحو قانون مغاربي نموذجي للمعلومات، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، أكاديمية الدراسات العليا.
- 21- يوسف زروق، حماية المستهلك المتعاقد مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني-دراسة مقارنة-، بمجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 09، جوان 2013.

خامسا: الوثائق القانونية الرسمية

أ/ الوثائق القانونية الرسمية الوطنية

- 1- الدستور الجزائري وفقا للتعديل الأخير بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية العدد 14.
- 2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
- 3- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 4- قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر بالجريدة الرسمية العدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/06 المؤرخ في 15 غشت 2010 الجريدة الرسمية العدد 46.
- 5- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15.
- 6- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الصادر بالجريدة الرسمية العدد 06.
- 7- القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 غشت 2005 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية العدد 47.
- 8- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 03 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 41.
- 9- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجريدة الرسمية العدد 6.
- 10- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 11- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
- 12- الأمر 66-156 المؤرخ في 18 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- 13- الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتضمن العلامات الجريدة الرسمية العدد 44.
- 14- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد 52.
- 15- الأمر 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، الجريدة الرسمية العدد 59.

- 16- الأمر 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية 44.
- 17- المرسوم الرئاسي رقم 01-47 المؤرخ في 11 فبراير 2001، الجريدة الرسمية العدد 11 يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 6 أبريل 1983، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر سنة 1997 من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر.
- 18- المرسوم الرئاسي رقم 14-252 المؤرخ في 08/09/2014 المتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات ج ر ع 57.
- 19- المرسوم الرئاسي رقم 94-181 المؤرخ في 27 يونيو 1994 الجريدة الرسمية العدد 43، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، الموقع بمدينته رأس لانوف (ليبيا) في 9 و 10 مارس سنة 1991.
- 20- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الصادر بالجريدة الرسمية العدد 05، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315 المؤرخ في 16 أكتوبر 2001، الجريدة الرسمية العدد 61.
- 21- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 05.
- 22- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية العدد 58.
- 23- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10/09/2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية الصادر بالجريدة الرسمية العدد 56.
- 24- المرسوم التنفيذي رقم 09-65 المؤرخ في 07 فبراير 2009 الذي يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة الصادر بالجريدة الرسمية العدد 10.
- 25- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 غشت 1998 الذي يحدد شروط وكيفيات إقامة خدمات أنترنات واستغلالها، الجريدة الرسمية العدد 63، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 2000-307 بتاريخ 14 أكتوبر 2000، الجريدة الرسمية العدد 60.

- 26- المرسوم التنفيذي رقم 12-214 المؤرخ في 2012/02/15 الذي يحدد شروط وكيفيات استعمال الإضافات الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للاستهلاك البشري، الجريدة الرسمية العدد 30.
- 27- المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 2013/09/26 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية العدد 49.
- 28- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية العدد 40.
- 29- المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الممضي بتاريخ 2013/09/26، الجريدة الرسمية العدد 49 المؤرخة في 2013/10/02، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ
- 30- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 ماضي في 15 سبتمبر 1990 الجريدة الرسمية العدد 40 المؤرخة في 19 سبتمبر 1990، يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات.
- 31- المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المؤرخ في 06 ماي 2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، الجريدة الرسمية العدد 28.
- 32- المرسوم التنفيذي رقم 10-114 المؤرخ في 2010/04/18 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 26، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 14 يناير سنة 1997 الذي يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية.
- 33- المرسوم التنفيذي رقم 93-47 المؤرخ في 1993/02/06 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 09، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 92-65 المؤرخ في 12 فبراير سنة 1991 والمتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة .
- 34- المرسوم التنفيذي رقم 92-65 المؤرخ في 12 فبراير 1992 والمتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة، الجريدة الرسمية العدد 13.
- 35- المرسوم التنفيذي رقم 15-172 المؤرخ في 25 يونيو 2015 الذي يحدد الشروط والكيفيات المطبقة في مجال الخصائص الميكروبيولوجية للمواد الغذائية الصادر بالجريدة الرسمية العدد 37.
- 36- المرسوم التنفيذي رقم 12-214 الذي يحدد شروط وكيفيات استعمال الإضافات الغذائية السالف الذكر، وأيضا القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2002/02/14 يحدد قائمة المواد المضافة المرفقة بها.

- 37- المرسوم التنفيذي رقم 91-53 المؤرخ في 23/02/1991 المتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك، الجريدة الرسمية العدد 09.
- 38- المرسوم التنفيذي رقم 16-34 المؤرخ في 25 أبريل 2016 الذي يحدد تنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وسيرها وعملها، الجريدة الرسمية العدد 26.
- 39- المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 05 ماي 2016 الذي يحدد كفاءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، الجريدة الرسمية العدد 28.
- 40- النظام رقم 05-06 المؤرخ 15/12/2005 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى، الجريدة الرسمية العدد 26
- 41- النظام رقم 08-01 المؤرخ في 20/01/2008 المتعلق بترتيبات الوقاية من إصدار الشيكات بدون رصيد ومكافحتها بمقتضى الجريدة الرسمية العدد 33، المعدل بمقتضى النظام رقم 11-07 الموافق لـ 19/10/2011 (الجريدة الرسمية العدد 08).
- 42- النظام رقم 05-07 المؤرخ في 28/12/2005 المتضمن أمن أنظمة الدفع (الجريدة الرسمية العدد 37).
- 43- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14/02/2002 الذي يحدد قائمة المواد المضافة المرخص بها في المواد الغذائية، جريدة رسمية العدد 31.
- 44- القرار الوزاري المشترك الممضي بتاريخ 14/12/2014 الجريدة الرسمية العدد 03 المؤرخة في 27/01/2015، يحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة.
- ب/ القوانين الأجنبية والمواثيق الدولية**
- 1- القانون رقم 67 لسنة 2006 المتعلق بحماية المستهلك المصري.
- 2- القانون رقم 02 لسنة 2008 المتعلق بحماية المستهلك السوري.
- 3- القانون رقم 659 المؤرخ في 04 شباط 2005 يتعلق بحماية المستهلك اللبناني.
- 4- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.
- 5- القانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لعام 2004.
- 6- القانون رقم 31/08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك تم تنفيذه بمقتضى ظهير شريف رقم 03.11.1 صادر في 18 فبراير 2011، الجريدة الرسمية العدد 5932.
- 7- قانون رقم 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

- 8- القانون المصري رقم 48 لسنة 41 المعدل بالقانون رقم 281 لسنة 1994 المتعلق بقمع الغش والتدليس.
- 9- القانون المغربي رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الجريدة الرسمية رقم 5584 بتاريخ الخميس 06 دجنبر 2007، والذي تم تنفيذه ظهير شريف رقم 129-07-1 بتاريخ 30 نوفمبر 2007.
- 10- القانون رقم 131 لسنة 1948 المؤرخ في 16 يوليو 1948 المتضمن إصدار القانون المدني المصري
- 11- مشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية المصري.
- 12- القرار المصري رقم 109 لسنة 2005 المؤرخ في 15/05/2005 الصادر عن وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، والمتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.
- 13- القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة، المعتمد من قبل مجلس وزراء العدل العرب بقرار رقم 771/د24 بتاريخ 2008/11/27.
- 14- القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية المعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب تحت رقم 812/د25 بتاريخ 2009/11/19.
- 15- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980.
- 16- التوجيه الأوروبي رقم 39/99 المؤرخ في 13/12/1999 المتعلق بالإطار المشترك للتوقيعات الإلكترونية
- 17- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2001.
- 18- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

III. المراجع باللغة الفرنسية

A. Les Ouvrages

- 1- Albert CHAVANNE et Jean-Jacques BURT, *droit de la propriété industrielle*, 5e édition, Dalloz delta, paris, 1998.
- 2- bernard BROCHAND, jacques LENDREVIE, *Le nouveau publicitor*, 5^{eme} edition, Dalloz, Paris, 2001.
- 3- Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil :(obligations, le contrat, formation)*, 2^{eme} édition., L.G.D.J., 1988

- 4- jean CALAIS- AULOY, frank STEINMETZ, *droit de la consommation*, 5^{eme} édition, dalloz, 2000
- 5- MAINGY Daniel, *Contrats spéciaux*, 6^{eme} édition, DALLOZ, Paris, 2008.
- 6- olivier ITEANU, *internet et le droit (aspects juridiques du commerce électronique)*, édition Eyrolles, 1996
- 7- Pierre GREFFE et François GREFFE, *la publicité et la loi : en droit français, union européenne, suisse*, 8^{eme} édition, Litec ,Paris, 1995
- 8- rabih CHENDEB, *Le régime juridique du contrat de consommation étude comparative droits français, libanais et égyptien* «édition ALPHA» Paris «2010.
- 9- Solange MIRABAIL, *la rétractation en droit privé français*, L.G.D.J, 1997.
- 10- Thomas SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne (une approche critique)*, bruylant, bruxelles, 2005
- 11- Vincent HEUZE, *La vente internationale des marchandises (droit uniforme)*, L.G.D.J., Paris, 2000.
- 12- wilfrid JEANDIDIER, *droit pénal des affaire*, 2^{eme} édition, Dalloz, paris, 1996.
- 13- Yves BOYER, *l'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1978.
- 14- yves PICOD, helene DANO, *Droit de la consommation*, Dalloz, paris, 2005.

B. Les Thèses

- 1- Archambault LUCILE, *la formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur*, mémoire, sous la direction de monsieur HERBERT Maisl, Conseiller d'Etat, université paris 1 panthéon- Sorbonne, année 2003-2004.
- 2- Djamila MAHI-DISDET, *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*, THÈSE Présentée pour obtenir le grade de Docteur en droit privé, Sous la direction de: Jean-Michel BRUGUIERE, Université

d'Avignon et des Pays de Vaucluse, Thèse soutenue publiquement le 13 décembre 2011.

3- guy marcel KAMENI, *la vie privée en droit camrrounais*, THÈSE Pour obtenir le grade de docteur en Droit privé, Sous la direction des: Monsieur Hugues KENFACK et Madame Nicole Claire NDOKO, université DE TOULOUSE 1 Capitole (UT1 Capitole) EA 1920, en cotutelle internationale avec: l'université DE DOUALA (Cameroun), 23/02/2013.

4- Mazen HOTAIT, *protection du consommateur dans les contrats conclus sur internet*, thèse pour l'obtention doctorat en droit privé, sous la directeur de GEORGES khairallah université PANTHEON-ASSAS, paris 2, 29/09/2008

5- Mickael BOUTROS, *Le droit du commerce électronique: (Une approche de la protection du cyber consommateur)*, THÈSE Pour obtenir le grade de docteur en Droit privé, Sous la direction de : Philippe BRUN, UNIVERSITÉ DE GRENOBLE, Thèse soutenue publiquement le 20/10/2014 .

6- Mohamed LACHACHI, l'équilibre du contrat de consommation (étude comparative), Mémoire présenté Pour l'obtention du diplôme de Magister en Droit privé, Sous la direction de : ZENNAKI dalila, université d'ORAN, faculté de droit, année universitaire : 2012-2013.

C.Les Etudes et les Articles

1- Ayewouadan AKOUDAH. *La médiation en ligne*, J. C. P. G., n° 19, 2006.

2- Carla BAKER-CHISS, *Le droit de rétractation du contrat électronique*, publier dans L'Acquis communautaire- le contral électronique, Judith Rochfeld (dir), Economica, 2010.

3- GHAZOUANI chiheb, *La protection du consommateur dans les transactions électroniques selon la loi du 9 Août 2000*, revue de jurisprudence et de législation RJL, N°: 03, juin 2003.

4- ROGER Tassé, et Kathleen Lemieux Gowling, Strathy & Henderson, *Les droits a la protection droits à la protection du consommateur au canada dans*

le contexte du commerce électronique, Rapport présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, Le 31 juillet 1998.

D. Les Lois et les textes législatifs

1- Code de la consommation française, Dernière modification du texte le 01 janvier 2017.

2- Code civil français Dernière modification du texte le 01 janvier 2017.

3- Code pénal France Dernière modification du texte le 01 janvier 2017.

4- la LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique modifié par la Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008.

5- Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation française.

6- DIRECTIVE 93/13/CEE DU CONSEIL du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES.

7-Ordonnance no 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

E. Site d'internet

1-<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0013>

2- <http://www.djelfa.info/vb/showthread.php?t=161952>

3- <http://www.al-safsaf.com>

4- http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=199

5-<http://abtalealdjazeera.ahlamontada.net/t17-topic>

6- <http://kenanaonline.com/users/hetta11/posts/81022>

7- <http://www.alanba.com.kw/ar/economy-news/468828/15-05-2014>

8- www.wipo.int/amc/ar

الفحص السريري

	الإهداء
	التشكرات
	قائمة المختصرات
01	المقدمة
09	الباب الأول: حماية المستهلك الإلكتروني قبل وأثناء التعاقد
09	أولاً: المستهلك المعلوماتي
16	ثانياً: مقدم السلعة أو الخدمة
21	الفصل الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في المرحلة السابقة عن التعاقد
22	المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الإعلانات التجارية
23	المطلب الأول: مفهوم الإعلان التجاري
23	الفرع الأول: تعريف الإعلان الإلكتروني وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له
23	أولاً: تعريف الإعلان الإلكتروني
28	ثانياً: تمييز الإعلان الإلكتروني عن بعض المصطلحات المشابهة له
29	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني
31	الفرع الثالث: شروط الإعلان الإلكتروني
31	أولاً: وضوح الإعلان الإلكتروني
33	ثانياً: ألا يكون الإعلان الإلكتروني كاذباً أو مضللاً
37	المطلب الثاني: وسائل حماية المستهلك الإلكتروني من الإعلانات التجارية المضللة
37	الفرع الأول: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من الإعلانات التجارية المضللة
38	أولاً: التنفيذ العيني للإلتزام
39	ثانياً: دعوى التدليس
41	الفرع الثاني: الحماية الجزائية للمستهلك الإلكتروني من الإعلانات التجارية المضللة
44	المبحث الثاني: حق المستهلك في الإعلام والتبصير
45	المطلب الأول: مضمون الإلتزام بالإعلام
45	الفرع الأول: مفهوم الإلتزام بالإعلام
45	أولاً: تعريف الإلتزام بالإعلام
48	ثانياً: تمييز الإلتزام بالإعلام عن بعض المصطلحات
49	ثالثاً: خصائص الإلتزام بالإعلام

50	رابعاً: مبررات الإلتزام بالإعلام
51	خامساً: شروط الإلتزام بالإعلام
53	الفرع الثاني: محل الإلتزام بالإعلام
53	أولاً: تبصير المستهلك بهوية مقدم السلعة أو الخدمة الإلكتروني
55	ثانياً: تبصير المستهلك بالصفات الجوهرية للسلعة أو الخدمة الإلكترونية
60	المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالإلتزام بالإعلام والتبصير
60	الفرع الأول: المسؤولية المدنية
61	أولاً: عيب الغلط كأساس لمسؤولية مقدم السلعة أو الخدمة لاخلاله بالإلتزام بالإعلام
62	ثانياً: عيب التدليس كأساس لمسؤولية مقدم السلعة أو الخدمة لاخلاله بالإلتزام بالإعلام
63	ثالثاً: التعويض
64	الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية
66	الفصل الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني أثناء التعاقد الإلكتروني
66	المبحث الأول: مضمون العلاقة التعاقدية في التعاقد الإلكتروني
67	المطلب الأول: إبرام العقد الإلكتروني
67	الفرع الأول: مفهوم العقد الإلكتروني
67	أولاً: تعريف العقد الإلكتروني
68	ثانياً: خصائص العقد الإلكتروني
70	ثالثاً: طبيعة العقد الإلكتروني
71	الفرع الثاني: تكوين العقد الإلكتروني
71	أولاً: الإيجاب الإلكتروني
75	ثانياً: القبول الإلكتروني
81	المطلب الثاني: تحقيق توازن العلاقة التعاقدية في العقد الإلكتروني
82	الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية
83	أولاً: تعريف الشرط التعسفي
85	ثانياً: عناصر الشرط التعسفي
86	الفرع الثاني: علاقة عقد الإستهلاك الإلكتروني بعقود الإذعان
86	أولاً: تعريف عقد الإذعان
88	ثانياً: مدى توفر الإذعان في عقد الإستهلاك الإلكتروني

91	الفرع الثالث: مواجهة الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني
91	أولاً: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية
94	ثانياً: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية في ظل القواعد المعاصرة
100	المبحث الثاني: صور حماية المستهلك الإلكتروني
100	المطلب الأول: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني
101	الفرع الأول: حماية رضا المستهلك الإلكتروني
101	أولاً: حماية المستهلك القاصر
107	ثانياً: حماية المستهلك من عيوب الإرادة
110	الفرع الثاني: حماية حق المستهلك في الخصوصية
110	أولاً: تعريف الحق في الخصوصية
112	ثانياً: أثر تقنية المعلومات على حماية الحياة الخاصة للمستهلك
113	ثالثاً: صور التعدي على حق الخصوصية
114	رابعاً: آليات حماية حق الخصوصية
120	الفرع الثالث: حماية المستهلك الإلكتروني عند الوفاء الإلكتروني
121	أولاً: مفهوم الوفاء الإلكتروني
121	ثانياً: خصائص الوفاء الإلكتروني
122	ثالثاً: وسائل الدفع الإلكتروني
126	رابعاً: مخاطر الوفاء الإلكتروني
127	خامساً: تأمين الوفاء الإلكتروني
129	المطلب الثاني: الحماية الجزائية للمستهلك الإلكتروني
130	الفرع الأول: الحماية الجنائية ضد الغش التجاري والصناعي
131	أولاً: أركان جريمة الغش التجاري والصناعي
137	ثانياً: صور الغش التجاري أو الصناعي
139	ثالثاً: عقوبة جريمة الغش التجاري أو الصناعي
140	الفرع الثاني: جريمة الخداع
141	أولاً: أركان جريمة الخداع
142	ثانياً: العقوبات المقررة لجريمة الخداع
143	الفرع الثالث: جريمة الإحتيال المعلوماتي

143	أولاً: تعريف الإحتيال المعلوماتي
145	ثانياً: صور الإحتيال المعلوماتي
147	ثالثاً: حماية المستهلك من الإحتيال المعلوماتي وموقف المشرع الجزائري
152	الباب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني بعد التعاقد
152	الفصل الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقد
152	المبحث الأول ضمانات حماية المستهلك الإلكتروني
153	المطلب الأول: ضمان العيوب الخفية
153	الفرع الأول: مفهوم العيب الخفي
153	أولاً: تعريف العيب الخفي
154	ثانياً: تمييز العيب الخفي عن بعض المصطلحات المشابهة له
156	ثالثاً: شروط العيب الخفي الموجب للضمان
159	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على العيب الخفي
159	أولاً: الوسائل الودية لتنفيذ الضمان
162	ثانياً: الوسائل القضائية لتنفيذ الضمان
165	المطلب الثاني: ضمان سلامة المستهلك
167	الفرع الأول: عناصر الإلتزام بضمان السلامة
167	أولاً: الإلتزام بالإعلام
171	ثانياً: الإلتزام باتخاذ احتياطات معينة
173	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالإلتزام بضمان السلامة
173	أولاً: المسؤولية المدنية
179	ثانياً: المسؤولية الجزائية
180	الفرع الثالث: ضمان سلامة المستهلك الإلكتروني
180	أولاً: طبيعة الإلتزام بضمان السلامة في عقد الإستهلاك الإلكتروني
181	ثانياً: شروط الإلتزام بضمان السلامة في عقد الإستهلاك الإلكتروني
182	ثالثاً: مسؤولية المنتج عن إخلاله بالإلتزام السلامة
183	المطلب الثالث: ضمان التعرض والإستحقاق
183	الفرع الأول: ضمان التعرض الشخصي الصادر من البائع
183	أولاً: وقوع التعرض فعلاً

184	ثانيا: أن يحول دون الإنتفاع الكلي أو الجزئي ملكية المبيع
185	الفرع الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير
185	أولا: أن يقع التعرض فعلا
186	ثانيا: أن يكون التعرض هو ادعاء الغير على المبيع
186	ثالثا: أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع أو آل إليه بعد البيع
188	المبحث الثاني: حقوق المستهلك المستحدثة في مرحلة بعد التعاقد
188	المطلب الأول: حق المستهلك الإلكتروني في الإعلام اللاحق عن إبرام العقد
189	الفرع الأول: مضمون الإلتزام بالإعلام اللاحق عن إبرام العقد
192	الفرع الثاني: الجزاء المترتب على مخالفة الإلتزام اللاحق بالتبصير
192	أولا: الجزاء المدني
193	ثانيا: الجزاء الجنائي
193	المطلب الثاني: حق المستهلك في العدول عن العقد
194	الفرع الأول: مفهوم حق المستهلك في العدول عن العقد
194	أولا: تعريف حق العدول
195	ثانيا شروط ممارسة الحق في العدول
197	ثالثا: الأساس القانوني لحق المستهلك في العدول
203	الفرع الثاني: آثار ممارسة حق العدول
204	أولا: آثار ممارسة حق العدول بالنسبة للمستهلك
206	ثانيا: آثار ممارسة حق العدول بالنسبة للمحترف
207	الفصل الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني عند النزاع
208	المبحث الأول: حجية العقد الإلكتروني
208	المطلب الأول: توثيق العقد الإلكتروني
209	الفرع الأول: التوقيع الإلكتروني
210	أولا: مفهوم التوقيع الإلكتروني
213	ثانيا: وظائف التوقيع الإلكتروني
214	ثالثا: شروط التوقيع الإلكتروني
220	الفرع الثاني: التصديق الإلكتروني
220	أولا: المقصود بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

227	ثانيا: مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني
230	المطلب الثاني: إثبات العقد الإلكتروني
231	الفرع الأول: إثبات العقد الإلكتروني بالحرر الإلكتروني
232	أولا: تعريف الحرر الإلكتروني
232	ثانيا: حجية الحرر الإلكتروني في الإثبات
239	الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على تطلب الإثبات بالكتابة
240	أولا: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة
241	ثانيا: وجود مانع من الحصول على دليل كتابي
242	ثالثا: فقد الدائن لسنده الكتابي
244	المبحث الثاني: تنازع الإختصاص في عقود الإستهلاك الإلكتروني
244	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكتروني
246	الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني باتفاق الأطراف المتعاقدة
247	أولا: تطبيق قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية
251	ثانيا: مدى مساهمة قانون الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني
255	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الإستهلاك الإلكتروني عند غياب الإتفاق
255	أولا: ضابط الإسناد الموضوعي
261	ثانيا: خضوع عقد الإستهلاك للقانون الذي يتمشى واعتبارات حماية المستهلك
264	المطلب الثاني: تسوية النزاعات المتعلقة بعقد الإستهلاك الإلكتروني
264	الفرع الأول: الطرق غير القضائية لتسوية النزاعات
265	أولا: المفاوضات الإلكترونية
268	ثانيا: الوساطة الإلكترونية
270	ثالثا: التحكيم الإلكتروني
277	الفرع الثاني: الطرق القضائية لحل المنازعات
279	أولا: الإختصاص الأصلي للمحاكم الوطنية
284	ثانيا: الإختصاص الطارئ للقضاء الوطني
287	الخاتمة
293	قائمة المراجع
312	الفهرس

إن الاقتصاد الرقمي وما صاحبه من انفتاح على الأسواق العالمية وكسر الحواجز المكانية والزمانية، والتي جعلت العالم قرية صغيرة وسط شاشة حاسوب، أتاحت للمتعاقدين ولو كان بينهما بعد مكاني إمكانية إبرام عقدهما بكل سهولة ويسر وفي مدة زمنية قصيرة من خلال كبسة زر على جهاز الحاسب الآلي، ليتم إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت متخطين بذلك الحدود والفواصل الجغرافية والزمنية بين الدول.

وإن كان لهذه التقنية أثرها الإيجابي في تسهيل التعاقد، إلا أنها من جهة أخرى لم تخلو من الصعوبات خاصة في مجال الإثبات كون أن التعاقد يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو تعاقد يتم بين متعاقدين أحدهما مهني ذو خبرة وقوة اقتصادية، في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك الإلكتروني الذي يكون في مركز ضعف يدفعه جهله وافتقاره للمعلومات وانجذابه إلى الإعلانات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت إلى إبرام العقد.

تبعاً لذلك وبالنظر إلى الظروف التي يكون فيها المستهلك الإلكتروني كان من الضرورة بمكان توفير الحماية له عبر كل مراحل العملية التعاقدية بدءاً من مرحلة قبل التعاقد وانتهاءً بالمرحلة التي تلي تنفيذ العقد.

Résumé en français:

L'Economie Numérique et ce que lui est associé tel que l'ouverture sur les marchés internationaux, le démantèlement des barrières frontalières et temporelles, qui ont fait du monde un petit village, ont permis aux contractants, même s'il y a entre eux de grandes distances, de conclure leur contrat facilement et en peu de temps, en appuyant seulement sur un bouton sur l'ordinateur, via internet, et cela tout en dépassant les limites géographiques et le facteur du temps entre leurs pays.

Bien que cette technique ait un impact positif sur la facilitation de la conclusion des contrats, elle n'est pas sans difficultés, en particulier dans le domaine de la preuve, puisque les contrats ne sont pas conclus dans la même séance contractuelle. Et d'autre parts, il s'agit d'un contrat conclu entre deux personnes, l'un d'eux a L'expérience et le pouvoir économique, et l'autre qui est le consommateur électronique, est en position de faiblesse qui est entraîné par l'ignorance et le manque d'informations et son attrait pour la publicité via Internet, a conclure le contrat.

En conséquence, il est nécessaire d'assurer la protection du consommateur numérique pendant toutes les étapes de l'opération du contrat, à partir de la phase de pré-contrat jusqu'à la phase d'exécution du contrat.