

المركز الجامعي مغنية - تلمسان -

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الحماية المدنية للمستهلك في المجال الإلكتروني

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث

تخصص: قانون خاص

إشراف:

إعداد الطالبة:

أ.د. نعوم مراد - مشرف رئيسي -

خشيبة حنان

د. بن عزوز ربيعة - مشرفة مساعدة -

لجنة المناقشة:

الرقم	اللقب والاسم	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
1	د. طالب محمد كريم	أستاذ محاضر قسم -أ-	المركز الجامعي مغنية	رئيسا
2	أ.د. نعوم مراد	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي مغنية	مشرفا
3	د. بن عزوز ربيعة	أستاذة محاضرة قسم -أ-	المركز الجامعي مغنية	مشرفا مساعدا
4	د. المر سهام	أستاذة محاضرة قسم -أ-	المركز الجامعي مغنية	ممتحنا
5	أ.د. بن عصمان جمال	أستاذ التعليم العالي	جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان	ممتحنا
6	د. بوخاتم آسيا	أستاذة محاضرة قسم -أ-	جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان	ممتحنا

السنة الجامعية: 2021-2022

"إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه، إلا قال في غده لو غير
هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان
أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل
على إستيلاء النقص على جملة البشر".

الأصفهاني

الشكر والتقدير

"رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي
بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ" (النمل: 19)

الشكر أولاً لله جل في علاه الذي يسر لي السبل في إتمام هذا العمل المتواضع، فله الحمد والشكر كما
ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، فأقدم بأسمى آيات الشكر وأبلغ آيات التقدير لكل من
أستاذي الفاضل البروفيسور: "نعوم مراد"، وعلى توجيهاته السديدة ونصائحه القيمة بالرغم من
إلتزاماته الإدارية، وإلى جانبه الأستاذة والدكتورة والأخت بن "عزوز ربيعة" على قبولها الإشراف
بالمساعدة التي كان لها دور كبير في إتمام عملي في وقته المحدد.
جزاهما الله عني كل الخير.

كما اتقدم بعظيم الشكر والإمتنان للأستاذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا
العمل المتواضع:

أستاذي الدكتور "طالب كريم" الذي تشرفت بسيادته رئيساً للجنة المناقشة، وأستاذتي الدكتورة "المر
سهام".

الأستاذة الكرام: الدكتور "بن عصمان جمال"، الدكتورة "بوخاتم آسيا"، اللذان تلقنت على
يديهما مبادئ القانون بجامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -
وكما أتقدم بخالص الشكر لجميع اساتذة المركز الجامعي - مغنية - وجميع الطاقم الإداري القائم
عليها.

ولكل من كان له الفضل لوصولي لهذه المرحلة:

أخي وأبي الثاني "خشيبة طارق" - وكيل الجمهورية بمحكمة وهران - الذي يرجع له كل الفضل
في وصولي إلى هذه المرتبة.

الدكتور "هباش عمران" - أستاذ محاضر بجامعة عباس لغرور خنشلة - الذي تفضل بمرافقتي
ومساعدتي من بداية العمل إلى يوم تخرجي.

صديقتاي وأختاي الدكتورة "نزيلة صالح" - أستاذة موققة - ، والدكتورة "ديش تورية" - محامية -،
ولعائلة "بوعزاوي" لدعمي طيلة فترة البحث في ولاية تلمسان.
جزاهم الله كل خير وجعله في ميزان حسناتهم.

الإهداء


إلى والدي العزيزين عرفانا وتقديرا، أطال الله في عمرهما.

إلى إخواني ...

إلى الروح الطاهرة دكتور بن حميدوش نوردين بجامعة محمد بوضياف مسيلة

اللهم جدد عليه الرحمات

إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إتمام هذا العمل المتواضع.

خشبية حنان 

قائمة بأهم المختصرات:

1-باللغة العربية:

- د س ن: دون سنة النشر

- د م ن: دون مكان النشر

- ص: صفحة

- و م أ : الولايات المتحدة الأمريكية

2-باللغة الاجنبية:

- Art: article
- C. consom. F: code de la consommation français
- CE: conseil d'Etat
- J.O.F: journal officiel français
- JOCE: journal officiel des communautés européennes.
- JORF: journal officiel de la république française
- n°: numéro
- op, cit: ouvrage précédemment cité
- P: page

مقدمة

مقدمة

من المسلم به أن العالم اليوم يعاصر عهدا جديدا من النهضة في المجالات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات، والتي تعد الثورة الصناعية الثانية في حياة البشرية، حيث لا يجد مستخدم الإنترنت أي عناء في إستظهار التطور الهائل والسريع لمواقع التجارة الإلكترونية.

وباعتبار التجارة من أهم مقومات الإقتصاد كان لزاما أن تتأثر بهذا التحول، فانتقلت بذلك من تجارة تقليدية إلى أخرى إلكترونية، والتي أصبحت نمطا من أنماط المعاملات الإقتصادية في عصر تلاشت فيه الحدود والفواصل الجغرافية.

فظهر التجارة الإلكترونية¹ وما رافقها من تطور عبر شبكات الإنترنت، أثرت تأثيرا كبيرا على النظام القانوني للعقود التقليدية، فظهر بما يسمى بالتسوق الإلكتروني عبر الحدود وما تبعه من إجراءات للوصول إلى التعاقد الإلكتروني الذي يشكل المستهلك أحد أطرافه الأساسية في كثير من الأحيان، ومن هنا بدأت الحاجة لحماية المستهلك الإلكتروني. والنجاح في التجارة الإلكترونية يحتاج إلى تطوير التشريعات القائمة بشكل مستمر مما يتطلب وضع ضوابط قانونية بصفة مستمرة حتى يمكن تهيئة المناخ الملائم لنمو هذا النوع من التجارة، وإزالة ما يعترضها من صعوبات خاصة في الجانب الحمائي للأطراف المتعاقد، وهذا ما فعله المشرع الجزائري بإصدار قانون التجارة الإلكترونية 18-05².

وبهذا شهدت وسائل الإتصال في الآونة الأخيرة تطورا ملحوظا، وأصبحت وسيلة لا يمكن الإستغناء عنها في حياتنا اليومية، خاصة مع ظهور تقنيات حديثة عبر هذه الأجهزة

¹ _ يمكن النظر إلى مصطلح التجارة الإلكترونية من خلال تقسيمه إلى قسمين:

القسم الأول: التجارة وهو مصطلح معروف، ويعبر عن نشاط إقتصادي يتم من خلال تداول السلع والخدمات.
القسم الثاني: الإلكترونية وهو نوع من التوصيف لمجال أداء النشاط التجاري بإستخدام الوسائط والاساليب الإلكترونية ويعد الإنترنت واحد من أهم هذه الوسائط الإلكترونية تستخدم البيانات الإلكترونية لإبرام المعاملات بين طرفي عقد التجارة الإلكترونية، أنظر: بدر منشيف، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المجلة العربية للدراسات القانونية والإقتصادية والإجتماعية، مقالة منشورة ضمن مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، الطبعة الأولى، 2020، ص 322.

² _ قانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 28، بتاريخ 16 ماي 2018.

التي تساعدنا في معاملاتنا واقتناء حاجياتنا، فبدل الأخبار والمواضيع في المجالات والجرائد العادية، فإنه أصبحت المجالات والمواقع الإلكترونية¹، أسرع وسيلة لتوصيل المعلومة، ومن أهم إستخدام لهذه الوسائل الحديثة هو عملية نقل وتبادل المعلومات عبر مجال إفتراضي إلكتروني دون اللجوء إلى العالم الحقيقي أو المادي، وتم إستخدام ذلك كأداة لإبرام العقود وإجراء مختلف المعاملات التجارية بين أشخاص متواجدين في أماكن متباعدة، وهو الأمر الذي لم يقتصر على إبرامها بل إمتد حتى تنفيذ هذه العمليات.

وبالتالي نظرا لمتطلبات -السرعة والإئتمان- ونظرا لقيمة المعاملات في الوقت الراهن شاع في الآونة الأخيرة إبرام العقود الإلكترونية، وأصبح العقد الإلكتروني حلا بديلا لإبرام العقود وإقتناء الحاجيات عبر المجال الإلكتروني، بدلا من العروض على واجهات المحلات التجارية، وأصبح المتعاقد غير مجبر على الإنتقال لتفحص المبيع أو لتوقيع العقد باليد ودفع الثمن بالطريقة التقليدية المتعارف عليها، بل سهل الأمر عليه وصار كل ذلك يتم عبر مجال إلكتروني ووسائط إلكترونية.

وبذلك أصبح العقد المبرم عبر المجال الإلكتروني أو العقد الإلكتروني وسيلة في يد المستهلك لإقتناء الحاجيات بصورة سريعة وأكثر دقة، ومسايرة للعصر، ويتم ذلك بتبادل الإرادتين بين شخصين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان ويتم تبادل المنتج عبر مجال إلكتروني والذي يعرض مختلف المنتجات عبر الشبكة الإلكترونية بجميع مواصفاتها (سعرها، كيفية دفع الثمن، طريقة التوصيل..).

¹ _ المواقع الإلكترونية (Website): هي مجموعة من الملفات والموارد التي يمكن الوصول إليها من خلال شبكة الويب العالمية، والتي يمكن إنشاءها من قبل أي شخص أو مؤسسة لتقديم خدمات إلكترونية متنوعة تختلف تبعا لطبيعة الموقع ونوعه، مقالة منشورة على الموقع: www.mawdoo3.com

ومع إنتشار التجارة الإلكترونية، إنتشرت معها العقود الإلكترونية الإستهلاكية، وأصبح مصطلح المستهلك في المجال الإلكتروني أو نقول بالأحرى المستهلك الإلكتروني عبارة جد مألوفة في الأوساط والمعاملات الإلكترونية، والذي يعد شخصا متعاقدًا في الأساس مع موقع إلكتروني يحمل مجموعة من المعلومات، والذي يتلقى منها خدمات أو سلع ويتسلمها ماديا أو حكما سواء بمقابل أو بدون مقابل وقد يكون شخص طبيعي أو معنوي، وهو نفسه كذلك المستهلك التقليدي في مجال عمليات التعاقد التقليدية ولكن فقط يتعامل عبر مجال إلكتروني من خلال شبكات إتصال عالمية، وهذا أن المستهلك الإلكتروني يتمتع بنفس الحقوق المقررة للمستهلك العادي فقط مع الأخذ بعين الإعتبار خصوصية العقد المبرم عبر المجال الإلكتروني.

والطرف المقابل في هذه العلاقة التعاقدية الإستهلاكية المورد الإلكتروني والذي يعد الشخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو إقتراح توفير السلع أو الخدمة للمستهلك الإلكتروني عن طريق الوسائل الإلكترونية، وكما يطلق عليه المشرع الجزائري عدة تسميات منها (الحرفي المهني، المحترف، المتدخل)، وفي موضوعنا نأخذ بالتسمية التي جاء بها قانون التجارة الإلكترونية 18-05 وهي المورد الإلكتروني.

ويتفق كل من الفقه والقانون أن المستهلك هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية لذلك سعت مختلف التشريعات لتقرير حماية خاصة له بما فيها المشرع الجزائري في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹، ومع ذلك حمايته تتطلب نوعا خاصا من القواعد فنجد العديد من التشريعات والقوانين تبنت نصوص قانونية خاصة وفي هذا الصدد قام المشرع الجزائري بإصدار القانون 18-05، بالإضافة إلى تبنيه قواعد تتماشى وطبيعة حماية المستهلك في هذه العقود.

وبالتالي يحتاج المستهلك الإلكتروني إلى حماية من نوع خاص تتطلبها المخاطر التي يواجهها في إبرامه للعقود الإلكترونية، ومن هذه المخاطر عندما يواجه إعلانا مضللا

¹ _ قانون رقم 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018 يعدل ويتم القانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 15، المؤرخة في 08 مارس 2009.

وكاذبا فلا بد من حمايته من جميع أشكال الدعاية والإعلانات المخادعة عبر شبكة الإنترنت وفرض ضوابط وقيود حتى يبقى الإعلان صادقا يكسب ثقة المستهلك.

وبالإضافة إلى أن هذه العقود تعتبر بيئة خاصة للشروط التعسفية، والتي تحرم المستهلك من حقوقه في مناقشة بنود العقد وتبعاً لذلك فهو يحتاج إلى خلق توازن في العقود الإلكترونية فبغض النظر عن طبيعة المستهلك فهو يتعامل مع مورد الإلكتروني بفرض منتجات والذي يفترض فيه أن يكون ملماً بالمنتج الذي هو على وشك أن يقتنيه وكل ما يحيط به من آثار.

وكما أن هذه المخاطر تتوسع إلى المساس ببطاقته البنكية عندما يكون الدفع إلكترونياً، وقد يحدث وأن يخل المورد بالضمانات المقررة لحسن تنفيذ العقد، من ضمان العيوب الخفية حيث يضمن المورد الإلكتروني للمستهلك خلو المبيع من العيوب، وأنه صالح للغرض الذي أعد من أجله على نحو يمكنه من الإنتفاع به على أحسن وجه، وكذا على المورد ضمان مطابقة المنتج وضمن الخدمة إلى ما بعد البيع.

وفي حالة الإخلال بهذه الضمانات ينتج عنه الإضرار بمصالح المستهلك والذي قد يسعى إلى البحث عن حلول لجبر ضرره ويكون عن طريق التوجه إلى القضاء أو عن طريق طرق أخرى، والبحث عن تطبيق القانون الأصلاح لحماية المستهلك الإلكتروني إزاء ذلك.

كل هذه النقاط التي تم ذكرها وغيرها تدفع بالعديد من المستهلكين إلى التخوف من الدخول في هذا النوع من المعاملات خصوصا وأن الثقافة الإستهلاكية الإلكترونية بالكاد منعدمة، وما يمكن قوله عن التشريع الجزائري أنه لم يصل إلى حد الساعة إلى وضع أرضية الملائمة التي يمكن الإعتماد عليها إلى حد كبير لتكوين أساس المعاملات الإلكترونية، بالرغم من التعديلات التي شهدتها مختلف النصوص القانونية، لذلك أضفنا في موضوع دراستنا بعض التشريعات المقارنة التي تنظم المعاملات الإلكترونية بما فيها الأوروبية والعربية.

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في توضيح المخاطر التي تواجه المستهلك في التعاقد عبر المجال الإلكتروني والتي تضر بمصالحه ومنه يستوجب البحث عن آليات الحماية المدنية المقررة للمستهلك والتي تدخل ضمن إطار تخصصنا، وبالتالي يتوجب حماية

المستهلك في إطار هذه العقود وبصفة تجعله يكتسب ثقة في إبرام معاملاته الإلكترونية في حياته اليومية.

إذ أن تناولنا لموضوع حماية المستهلك في المجال الإلكتروني في شقه المدني، جاء لإعتبار أنه أصبح من أهم وأكثر المواضيع التي تحتاج إلى البحث والتفصيل بسبب حدائته ولأن عصر الرقمنة والسرعة الذي نعيشه حاليا وحتى في ظل الظروف الإستثنائية التي تشهدها البلاد والعالم ككل بسبب جائحة كورونا، وماخلفته على جميع المستويات، تظهر الحاجة الماسة لمواكبة آخر المستجدات وطرح خدمات إلكترونية جديدة تتماشى والوضع الراهن، كتعميم إستخدام الدفع الإلكتروني بدلا من الدفع التقليدي، حفاظا على الصحة العامة وتحقيق الإستقرار الإقتصادي والإجتماعي.

وتحليلنا للموضوع في شقه المدني أيضا راجع لمواكبة التعاقد في المجال الإلكتروني من تطور علمي، حيث أصبح العالم سوق إلكترونية كبيرة، إضافة إلى ظهور التكتلات الإقتصادية الكبيرة في السوق الإلكترونية التي أدت إلى دفع العديد من الدول للإسراع في وضع تشريعات تقوم على حماية المستهلك في المجال الإلكتروني.

وبهذا نهدف من خلال موضوعنا إلى تبيان الآليات والوسائل القانونية المدنية لحماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية حيث يسعى هذا البحث إلى توضيح القواعد القانونية المنصوص عليها لحماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا، كما يبين حقوق المستهلك في جميع مراحل التعاقد.

وقد تعددت اسباب إختيار الموضوع منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي، ولعل اهم الأسباب الرغبة الذاتية في دراسة موضوع هذا البحث لما يتميز به من الجدة والثراء وكذا صدور قانون التجارة الإلكترونية 18-05 ولما يتضمنه من قوانين حديثة لم تناقش من طرف الباحثين وإن نوقشت لازالت تثير بعض الغموض.

هذا وقد إعترضتنا صعوبات بصدد إنجاز بحثنا، كون أن الموضوع متعلق بالمستهلك المتعاقد عبر المجال الإلكتروني، وهو من المواضيع الحديثة النشأة والعهد في العديد من الدول خاصة العربية منها، وهذا ما يدفع بنا كباحثين اللجوء إلى أكثر من نظام قانوني للدول المختلفة، والقوانين النموذجية المقارنة والتوجيهات الأوروبية غير مكتفين في ذلك بالقوانين

الوطنية، ومع ذلك يكون نقص كبير في الأحكام والإجراءات القضائية التي يمكن الإستعانة بها للوصول إلى الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني.

حيث إعتدنا في موضوعنا هذا المنهج التحليلي الوصفي من خلال تحليل مختلف القوانين والتشريعات التي جاء بها قانون التجارة الإلكترونية لحماية المستهلك بما فيها التشريع الجزائري من خلال قانون التجارة الإلكترونية 18-05، وحتى المنهج المقارن من خلال الإستعانة ببعض التشريعات المقارنة كقانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

وبناء على ذلك ونظرا لأهمية الموضوع نطرح الإشكالية الآتية:

ماهي الآليات والوسائل المدنية المقررة لحماية المستهلك في المجال الإلكتروني؟

وللإجابة على هاته الإشكالية إرتأينا ان نقسم هذه الدراسة إلى بابين رئيسيين، حيث خصصنا الباب الأول للحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني خلال مرحلة تكوينالعقد وقمنا بتقسيمه إلى فصلين، تطرقنا في الفصل الأول إلى حماية المستهلك في المرحلة السابقة للعقد، أما الفصل الثاني من هذا الباب فخصصناه لحماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد. وفي الباب الثاني تناولنا الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقدوقسم إلى فصلين، كان الفصل الأول بعنوان الآليات التقليدية لحماية المستهلك في مرحلة التنفيذ، أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه الآليات الحديثة لحماية المستهلك في مرحلة التنفيذ.

الباب الأول

الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في

مرحلة تكوين العقد

الباب الأول: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة تكوين العقد

يعد المستهلك الإلكتروني ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي والذي يتلقى الخدمات أو السلع من المورد لغير الأغراض التجارية ويتسلمها ماديا أو حكما سواء بمقابل أو بدون مقابل عبر شبكات الاتصال الإلكترونية¹، وهو نفسه كذلك المستهلك في مجال عمليات التعاقد التقليدية ولكنه فقط يتعامل عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكات اتصال عالمية، وهذا أن المستهلك الإلكتروني يتمتع بنفس الحقوق المقررة للمستهلك العادي فقط مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية العقد المبرم عبر المجال الإلكتروني².

وإزاء التقدم العلمي والتكنولوجي وما صاحبه من تدخل المعارف التكنولوجية في صناعة السلع والخدمات وإنتاجها والتي يستخدمها المستهلك في تلبية احتياجاته الضرورية، فإن التعاقد عبر المجال الإلكتروني يساهم بالتأثير في وسائل الحماية.

فالحماية المدنية لم تعد قاصرة فقط على مرحلة إبرام العقد وتنفيذه فقط، بل توسعت لتشمل حماية المستهلك في المرحلة السابقة للتعاقد والتي تعد من أهم مراحل العقد وأخطرها لما تتضمنه من حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات التجارية الإلكترونية وحمايته كذلك من خلال الإعلام الإلكتروني.

وتوسعت مرحلة تكوين العقد أكثر لتشمل أيضا حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد مما يستدعي منا الأمر في هذه المرحلة بحماية المستهلك أثناء قيامه بعملية التعاقد عبر المجال الإلكتروني، والوقوف على إشكالية إثبات العقد الإلكتروني.

وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين، نتطرق في الفصل الأول إلى الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في المرحلة السابقة للتعاقد، أما الفصل الثاني سنتناول فيه حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد.

¹ _ بن غيدة إيناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 19.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص 33.

الفصل الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في المرحلة السابقة للتعاقد

لقد شهد العالم العديد من التطورات في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في التأثير على كافة مجالات الحياة الإنسانية لهذا أصبحت الدراسة تتجه إلى المرحلة السابقة على التعاقد، فلا بد من حماية المستهلك الذي يتعرض للعديد من الأخطار في هذه المرحلة خصوصا وأنه يمثل الطرف الضعيف في مقابل المزود الذي يتمتع بالدراية والخبرة الاقتصادية¹.

وبظهور تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات والدمج بينهما أصبح الإعلان عبر شبكة الانترنت من أهم آليات النشاط التجاري وتحقيق الربح بحكم انتشاره وتنوع أساليبه وتطوره التقني بحيث أصبح يلعب دورا فعالا في التأثير على إرادة المستهلك نحو الإقدام على التعاقد².

فالحق في الحصول على المعلومات أي العلم بالمنتجات والخدمات هو من حقوق المستهلك الأساسية بوصفه شرطا لحرية الاختيار فعدم العلم أو المعرفة المزيفة أو غير الكافية تحول دون حرية واستقلال القرار لدى المستهلك.

فالتعاقد عبر المجال الإلكتروني زاد من خطورة تعرض المستهلك للاحتيال والقرصنة، وكذلك عدم قدرته على معاينة الشيء معاينة حقيقية، وهو الأمر الذي استدعى ضرورة حماية المستهلك في هذه المرحلة، وذلك من خلال حماية المستهلك في مواجهته الدائمة للإعلانات التجارية الإلكترونية المضللة، وكذلك عن طريق تزويده بالمعلومات اللازمة حتى يقدم على التعاقد بإرادة حرة وواعية مبصرة من خلال الإعلام الإلكتروني.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتحدث في المبحث الأول عن حماية المستهلك إزاء الإعلانات التجارية الإلكترونية، أما المبحث الثاني سنتكلم فيه عن حماية المستهلك من خلال الإعلام الإلكتروني.

¹ _ عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 65.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 37.

المبحث الأول: حماية المستهلك إزاء الإعلانات التجارية الإلكترونية

إن الأعمال التجارية الإلكترونية بصفة عامة مسبقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان عبر شبكة الإنترنت أو أي وسيلة إلكترونية أخرى، ولا شك أن الإعلان أصبح من أهم آليات النشاط التجاري في المنافسة وتحقيق الربح عبر الشبكات الإلكترونية¹.

فلقد لعب التطور الهائل الذي شهده الإنتاج، والمنافسة الشديدة على السوق دور كبير في ظهور الطرق الاحتياالية والتضليل في الإعلان التجاري الإلكتروني، بحيث أثر على سلوك الفرد الذي صار يبني عليها قراره، وجعله يقدم على التعاقد، دون تفكير²، وبهذا تحول الإعلان الإلكتروني من وسيلة لترويج السلع والخدمات وإعلام المستهلك إلى أداة لتضليله وابتزازه.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنبين في المطلب الأول مفهوم الإعلان الإلكتروني، أما المطلب الثاني سنبين فيه وسائل حماية المستهلك إزاء هذه الإعلانات.

المطلب الأول: مفهوم الإعلان الإلكتروني الموجه إلى المستهلك

إن الإعلان الإلكتروني الموجه للمستهلك لا يعدوا إلا أن يكون عقداً قد أبرم بين طرفين هما المعلن ووكالة الإعلان، ويعتبر عقد الإعلان الإلكتروني من طائفة العقود التي تبرم وتنفذ عبر الإنترنت، وهو ينشأ شأنه في ذلك شأن سائر العقود وذلك بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين لطرفيه المعلن ووكالة الإعلان، وهو من العقود الرضائية فليس هناك شكل محدد لهذا العقد³.

¹ _ عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 66.

² _ دمانة محمد، يوسف نوردين، الإشهار الإلكتروني التجاري والمستهلك، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 17، ماي 2018، ص 295.

³ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، 2007، ص 112.

إن السماح بمبدأ حرية التجارة للمعلنين باستخدام الوسائل الكفيلة بجذب عملائهم ويقع الإعلان على رأس هذه الوسائل¹، فإن المنافسات الإعلانية يجب أن تتم في إطار قواعد قانونية، تحد من التعسف أو الممارسات غير المشروعة لهذه الحرية حماية للمستهلكين².

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنحدد في الفرع الأول معنى الإعلان الإلكتروني، أما الفرع الثاني سنبين فيه أشكال الإعلان الإلكتروني.

الفرع الأول: ضبط معنى الإعلان الإلكتروني

لقد سبق لشبكات الإنترنت أن قدمت الكثير من الفوائد والمزايا للإعلانات التجارية فإن استخدام الشبكة كدعامة إعلانية قد أثار مشكلات جمة خاصة من الناحية التقنية، وصعوبة الرقابة الفعالة لما يبث على هذه الشبكة العابرة للحدود، فقد تتم الإعلانات على الإنترنت بطريقة مجهولة على هذه الشبكة العابرة للحدود تروج سلعا وخدمات ممنوعة كلية، كإعلان عن المخدرات أو الإعلانات التي تحرض على العنصرية، أو منظمة تنظيمًا دقيقًا بما يخالف هذا التنظيم كإعلانات الكاذبة والمقارنة، والإعلانات التي تحرض على العنصرية والإبادة³.

فمن خلال هذا الفرع سيتم تعريف الإعلان التجاري الإلكتروني (أولاً)، كما سيتم تبيان خصائصه (ثانياً)، هذا وسيتم تمييزه عن الأوضاع المشابهة له (ثالثاً).

¹ _ يعرف الإعلان لغة: من أعلن علونا وعلانية فيما إذا شاع وظهر، وأعلنه أي أظهره وجهر به، أنظر: ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار الكتب المصري، مطبعة المعارف، (د.م.ن)، (د.س.ن).
كما قد ذكرت لفظ علن ومشتقاتها في عدة مواضع من القرآن الكريم وكانت كلها مقابلة الخفاء والإسرار والإكنان، وتعني البروز والظهور والشيوخ، ومن بين هذه المواضع:
_ قول الله عز وجل: " رَبَّنَا إِنَّكَ تَعْلَمُ مَا نُخْفِي وَمَا نُعْلِنُ ۗ وَمَا يَخْفَى عَلَى اللَّهِ مِنْ شَيْءٍ ۗ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي السَّمَاءِ"
"أنظر سورة إبراهيم، الآية 38.

_وقوله جل علاه: " وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُسْرُونَ وَمَا تُعْلِنُونَ " أنظر سورة النحل، الآية 19.

² _ عبوب زهير، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017-2018، ص 21.

³ _ شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008ص

أولاً: تعريف الإعلان التجاري الإلكتروني

إن تحديد معنى الإعلان التجاري الإلكتروني يقتضي بضرورة تعريفه فقهاً، حيث تباينت آراء الفقهاء في هذا الصدد، كما يقتضي الأمر أيضاً التطرق إلى التعريف التشريعي للإعلان التجاري الإلكتروني لاسيما التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة.

01- الإعلان التجاري الإلكتروني فقهاً

اختلف الفقه في تناول تعريف الإعلان التجاري، فعرفه جانب من الفقه، بأنه عبارة عن "مجموعة من الجهود غير الشخصية التي تهدف إلى توجيه انتباه أفراد المجتمع من الجهود غير الشخصية التي تهدف إلى توجيه انتباه أفراد المجتمع إلى سلعة أو الخدمة محددة لحثهم على شرائها¹.

كما عرفه جانب آخر بأنه: " كل فعل يؤدي إلى إيصال العلم والمعرفة عن طريق منتج أو خدمة، ويكون موجهاً للجمهور الواسع، أي العلن وليس لشخص محدد بذاته"².

وعرف أيضاً بأنه: "إخبار أو إعلام تجاري أو مهني، القصد منه التعريف بمنتج أو خدمة معينة، عن طريق إبراز المزايا وامتداح المحاسن، بهدف خلق انطباع جديد يؤدي إلى إقبال الجمهور على هذا المنتج أو الخدمة"³، كما أن هناك جانب آخر من الفقهاء عرفه على أنه: "علم وفن التقديم المشروع إسلامياً للسلع، أو الخدمات، أو التسهيلات، المنشآت الشرعية وذلك لخلق حالة من الرضا النفسي والقبول لدى الجمهور مقابل أجر مدفوع، يقوم بها وسيط إعلاني إسلامي، يتخذ من وسائل الإعلام والاتصال مفصلاً فيه عن شخصية وطبيعة المعلن"⁴.

¹ _ خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 28.

² _ براشمي مفتاح، الركن المادي لجنة الإشهار التضييلي في التشريع الجزائري، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، العدد 06، جوان 2016، ص 221.

³ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 24.

⁴ _ ياسر محمد إبراهيم درباله، أثر العث في الإعلان التجاري في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، جمهورية مصر، العدد 10، جانفي 2018، ص 103.

ويتفق رأي الباحث مع التعريف الفقهي الآتي، حيث يعرف الإعلان بأنه: "كل فعلاً أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور المستهلكين، بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة أو الفكرة، وما يمكن أن يحققه من فوائد بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ذلك"¹.

وعليه يتبين أن الإعلان الإلكتروني كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور مهما كانت الوسيلة المستعملة لإقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة، وما يمكن أن تحققه من فوائد بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة سواء من خلال الإنترنت أو أي وسيلة إلكترونية أخرى كالهاتف النقال.

02- الإعلان التجاري الإلكتروني تشريعاً:

أما في التشريع الجزائري وبالرجوع إلى النصوص القانونية لاسيما المرسوم التنفيذي المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش²، نجد المشرع الجزائري عرف الإعلان بموجب المادة 02 منه على أنه: "جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات والعروض أو الإعلانات أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية".

وعرفته المادة 02 من المشروع المتعلق بالإشهار لسنة 1999³، بأنه: "يقصد بالإشهار الأسلوب الاتصالي الذي يعد ويقدم في الأشكال المحددة في هذا القانون مهما كانت الدعائم المستعملة، قصد تعريفه وترقية أي منتج أو خدمة أو شعار أو صور أو علامة أو سمعة أي شخص طبيعي أو معنوي، كما تشمل العبارة كذلك الأنشطة شبه التجارية"⁴، وهذه الأخيرة حددتها المادة 04 من هذا المشروع وهي الدعاية الإشهارية، الدعاية الأدبية والفنية والإشراف.

¹ _ خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 28.

² _ المرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 3 رجب عام 1410 هجرية الموافق 30 يناير سنة 1990 ميلادية، المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، المعدل والمتمم.

³ _ مشروع قانون الإشهار، الوارد في الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة، الجلسة العشرين، المنعقدة يوم 26 جويلية 1999، طبعت بمجلس الأمة يوم 20 أوت 1999.

⁴ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 30.

كما عرفه من خلال القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/07/2004¹ المتعلق بالممارسات التجارية إذا جاء في المادة 03 منه في فقرتها 3 تحت عنوان الإشهار أنه: " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج وبيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو الوسائل الإتصال المستعملة".

إن المتصفح لتشريعات الدول المقارنة يرى بأنها اختلفت بحيث نجد تشريعات الدول بشأن تعريف الإعلان، بحيث نجد أن القانون الفرنسي لم يعرف الإعلان التجاري، لكن جاء تعريفه في المادة الثالثة من القانون رقم 97-1150 الصادر في 29/12/1979، بشأن الحماية من اللافتات الإعلانية المعلقة على الجدران كما يلي: "يعتبر الإعلان كل نقش يهدف إلى إعلان الجمهور وجذب انتباهه سواء كان نقشا نموذجيا أو صورة"²، هذه المادة تبين الهدف الذي تسعى إليه الرسالة الإعلانية أيا كان شكلها أو وصفها.

كما عرف المشرع الفرنسي الإعلانات بصورة غير مباشرة، تلك التي تحظر كل دعاية تحتوي أي شكل من أشكال الإيداعات أو المعلومات الكاذبة أو العروض المضللة، سواء شمل التضليل طبيعة السلعة أو تكوينها، الأنواع، الأصل، الكمية، وطريقة الصنع وتاريخه والممتلكات والأسعار وشروط البيع للسلع والخدمات الخاضعة للإعلان وشروط استخدامها والنتائج التي يمكن أن تتوقع من استخدامها، كما عرفته المادة 02 من المرسوم رقم 92-280 الصادر في 27/03/1992 بأنه: "أي شكل من أشكال نشر الرسالة التلفزيونية مقابل أجر أو أي مقابل آخر بقصد تنمية توريد السلع والخدمات بما فيها تلك التي تقدم تحت التسميات النوعية، في سياق النشاط التجاري والصناعي، الحرفي أو المهني، لضمان التسويق التجاري لمشروع عام أو خاص"³.

¹ _ قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جويلية 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة رسمية للجمهورية الجزائرية عدد 41، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 10-06، الجريدة رسمية للجمهورية الجزائرية عدد 46، مؤرخ في 15 غشت 2010.

² _ بن غيدة إيناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص 33.

³ _ جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015، ص 56.

وفي تقرير عن الإنترنت والشبكات الرقمية عام 1998، ركز مجلس الدولة الفرنسي في تحديده للمقصود بالإعلان عبر شبكة الإنترنت، على عنصرين هما: هدف الرسالة وتوجيهها إلى الجمهور¹.

أما التوجيه الأوروبي ويقصد التقريب بين تشريعات دول الجماعة الأوروبية المشتركة²، فقد عرف الإعلان بأنه: "كل شكل من أشكال الاتصالات تتم في مجال الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو المهنية وتهدف إلى تشجيع الإقبال على السلع والخدمات بما في ذلك العقارات والحقوق الالتزامات المرتبطة بها³، كما أصدر المجلس الأوروبي التوجيه رقم 31 لسنة 2000 في شأنالتجارة الإلكترونية، فقد عرف الإعلان بمصطلح "الاتصال التجاري"، فعرّفه بأنه: "كل شكل من أشكال الاتصال المباشر أو غير المباشر، موجه لتسويق أو ترويج السلع والخدمات"

وعرفت المادة 02-07 من القانون البلجيكي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الاتصالات التجارية على أنها: "كل شكل من أشكال الاتصالات الموجه لتعزيز السلع والخدمات أو صورة شركة أو هيئة شخص يمارس نشاط تجاري وصناعي وحرفي، أو نشاط تنظيمي وذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة"⁴.

أما في بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري، فالقانون المدني المصري لم يتضمن تعريفاً محدداً للإعلان، إلا أن القانون رقم 66 لسنة 1956 بشأن تنظيم الإعلانات، عرف الإعلان من خلال المادة الأولى على أنه: "أية وسيلة أو تركيبية 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 بداخل أو خارج وسائل النقل العام"، ومن خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع المصري لم يقتصر تعريفه على تحديد ماهية الإعلان وإنما بين ووضح فقط أدوات ووسائل الإعلان.

¹ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 27.

² _ التوجيه الأوروبي الخاص بالإعلان الكاذب والمظلل المؤرخ في 10 سبتمبر 1984.

³ _ بن غيدة إيناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص 33.

⁴ _ جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 56.

أما قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، قد جاء خالياً من أي تعريف محدد للإعلان، إلا أنه عرف المعلن على أنه: " كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أي وسيلة من الوسائل". وما يلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع المصري لم يحدد ماهية الوسائل المستخدمة من طرف المعلن للإعلان عن الخدمات والسلع، وهو تصرف حسن، لأنه يمكن أن تدخل ضمن هذه الوسائل زيادة عن الوسائل التقليدية، الأدوات الحديثة كالتلفزيون، والهاتف المحمول، والإنترنت، أو أي وسيلة مغايرة يمكن أن تظهر مستقبلاً مع التطور المستمر الذي تشهده التكنولوجيا¹.

نستنتج مما سبق ذكره من تعريفات بشأن الإعلان التجاري الإلكتروني على أنه هو كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور المستهلكين بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن أن يحققه من فوائد بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة، سواء من خلال الإنترنت أو غيرها من الوسائل الإلكترونية كالهاتف النقال.

ثانياً: خصائص الإعلان التجاري الإلكتروني

إن الإعلان التجاري الإلكتروني يتميز بعدة خصائص تجعله ينفرد بخصوصيته، إذ أنه موجه إلى جمهور المستهلكين، وهدفه تحفيز المستهلكين على التعاقد، كما أنه يتميز بطبيعته التجارية، هذا ولا يستخدم الإعلان التجاري الإلكتروني إلا بواسطة وسيلة الكترونية.

01- الإعلان التجاري الإلكتروني موجه إلى جمهور المستهلكين:

ونقصد بذلك توجيه الرسائل الإعلانية الإلكترونية إلى المستهلكين، وهذا من خلال مواقع متخصصة في مجال الإعلان فقط، حيث تعلن من خلالها المؤسسات التجارية ومقدموا الخدمات عن السلع والخدمات، فهو موجه إلى شخص معين².

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، الإسكندرية 2007، ص ص 133 و 134.

² _ شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 29.

02- هدفه تحفيز المستهلكين على التعاقد:

إن الهدف من عرض الإعلان التجاري هو إحداث تأثير نفسي لدى الجمهور المتلقي لهو هذا من أجل جذبته وتحفيزه على التعاقد، فإذا تخلفت هذه الفكرة عن الإعلان التجاري، لا نكون بصدد إعلان، فالغرض من الإعلان التجاري هو إقناع المستهلكين بمزايا السلعة أو الخدمة وكم يمكن أن نحققه من فوائد¹.

03- الإعلان الإلكتروني ذات طبيعة تجارية:

إن المعيار المعتمد في كونه هل الإعلان تجاري أم لا، هو تحقيق الربح، فكل إعلان يستهدف من ورائه المعلن تحقيق الربح فهو إعلان تجاري².

04- استخدام وسيلة إلكترونية لعرضه:

تلك هي السمة الأساسية التي تميز الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي، فالإعلان الإلكتروني يتم عرضه من خلال وسيلة إلكترونية، مثل عرض الإعلان عن طريق شبكة الإنترنت، أو عن طريق البريد الإلكتروني، فالإنترنت ما هي إلا فضاء لعرض الإعلان³.

ثالثاً: تمييز الإعلان التجاري عما يشابهه من مفاهيم.

يستعمل مصطلح الإعلان لتحقيق أهداف محددة والتي سبق وأن ذكرت سابقاً، ومع ذلك قد يحدث لبس وغموض باصطدامه مع مفاهيم ومصطلحات أخرى تؤدي إلى نفس النتيجة والتي تؤدي إلى اختلاط الأمور على المستهلك الإلكتروني. وعليه يتعين تمييز الإعلان التجاري الإلكتروني عن الأوضاع المشابهة له لاسيما الدعاية والإعلام والترويج، وذلك بهدف إزالة كل لبس أو غموض الذي قد يكتنف الإعلان التجاري الإلكتروني.

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 82.

² _ كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص ص 111 و 112.

³ _ شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 32.

01- تمييز الإعلان عن الدعاية:

إن استعمال مصطلح الدعاية بمفهومه الواسع للكلمة يدخل فيه مجرد الإعلان اليومي البسيط في الصحف والحملة الإعلانية المنظمة لتسويق وترويج منتج أو خدمة ما أيا كانت الوسيلة المستخدمة لذلك سمعية أو بصرية، وسائل إعلان مطبوعة...¹.

والدعاية هي النشاط الذي يؤدي إلى التأثير في عقيدة الجمهور، سواء لجعله يؤمن بفكرة أو مبدأ أو عقيدة معينة، فهو نشاط يستهدف نشر أفكار وآراء معينة وتجميع أنصار لهذه الأفكار، وإذا كانت الإعلانات التجارية الإلكترونية تعتبر من وسائل الدعاية عبر شبكة الإنترنت، إلا أنها غالبا ما تحتوي على مجرد بيانات ومعلومات الهدف منها طبيعة السلعة وثمنها ونسبة الخصم ومصاريف الشحن.

ونشير هنا إلى أهمية التفرقة بين الدعاية والإعلان التجاري الإلكتروني، فالإعلان مدفوع الأجر في حين يغلب أن تكون الدعاية مجانية، والدعاية لا تهدف إلى تحقيق كسب ماديا للدعاية إلى الانضمام إلى جمعية خيرية، على عكس الإعلان التجاري الذي يهدف إلى التأثير في عقيدة المستهلكين بغرض جعلهم يقبلون على التعاقد مع المعلن².

وهناك من يفرق بين الإعلان التجاري والدعاية التجارية، إذ يرون أن الدعاية التجارية هي التي يستعمل فيها المعلن وسائل تكنولوجيا متطورة من شأنها أن تؤثر على المستهلك وتدفعه إلى التعاقد، أما الإعلان التجاري فهو وسيلة من بين الوسائل التقليدية لتعريف الجمهور بالسلع المعروضة في السوق، إلا أن البعض يذهب إلى القول أن البعض يذهب إلى القول بأنه لا يوجد فرق بين الدعاية التجارية والإعلان التجاري، فكلها عبارة عن وسائل يستعملها المهني لتحفيز المستهلك للإقبال على السلعة³.

¹ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 31.

² _ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 110 و111.

³ _ سي يوسف زاهية، حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 04، 2010، ص 188.

02- تمييز الإعلان عن الإعلام:

لابد من الإشارة في بادئ الأمر إلى أن الفقه أطلق على الإعلام عدة تسميات من بينها: الالتزام بالتبصير¹، والالتزام بالإفشاء بالبيانات والمعلومات²، كما يرويه البعض الآخر على أنه التزام بالإخبار، والالتزام بالإفصاح³، إلا أن المصطلح الأكثر استعمالاً وشيوعاً من خلال الفقه وكذا التشريع هو الالتزام بالإعلام، ويبقى مصطلحا شاملا لجميع المعاني.

فالالتزام بالإعلام هو التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالالتزام بأحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا حر سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد أو طبيعة طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم بالبيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر والذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالإدلاء بالبيانات⁴.

أما الالتزام بالإعلام الإلكتروني فيعرف على أنه التزام المهني بإعلام المستهلك الإلكتروني عن كل ما يتعلق بعملية البيع عبر شبكة الإنترنت، يكون سابقاً على التعاقد، وذلك لكي يكون المستهلك على بينة من أمره حول الخدمة أو السلعة المعروضة عليه⁵، وسيتم التطرق ومعالجة الالتزام بالإعلام الإلكتروني⁶.

ويتميز الإعلان عن الإعلام من ناحية الهدف، حيث يهدف الإعلان إلى العمل على رواج المنتجات والخدمات بين الجمهور الذي يقدم على الشراء، بينما لا يهدف الإعلام إلى ذلك بل يعمل على تكوين فكرة معينة أو دعم ثقة في نظام معين.

¹ _ استخدام مصطلح "الالتزام بالتبصير" من قبل أشرف محمد مصطفى حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، القاهرة، 2008، ص83.

² _ حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي الطبعة الأولى، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 1999، ص 57

³ _ سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص82

⁴ _ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 111.

⁵ _ رحمون شتوح، حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الإلكترونية (الجوانب الوقائية للتعاقد الإلكتروني)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 11، سبتمبر 2018، ص 431.

⁶ _ إحالة إلى الصفحة 42 من دراستنا هذه.

03- تمييز الإعلان عن الترويج:

عرف الفقيه كيرنان Kernan الترويج بأنه: "الجهد المبذول من جانب البائع لإقناع المشتري المرتقب بقبول معلومات معينة عن سلعة أو خدمة، وحفظها في ذهنه بشكل يمكنه من استرجاعها"، ويعرفه البعض الآخر بأنه: "الوظيفة المتعلقة بالإخبار والإقناع والتأثير، على القرار الشرائي للمستهلك"¹.

فالترويج يهدف إلى تحسين صورة المنتج أو الخدمة وإظهار مزاياها لدى المستهلك وفي هذا الهدف يشترك الترويج مع الإعلان التجاري الإلكتروني إلا أن الترويج يمنح شيئاً ملموساً مثل تخفيض الأسعار وتقديم الهدايا وإجراء المسابقات وتقديم العينات وإعداد النشرات التعريفية وتقديمها².

ومن ثم يفترض فيه التواجد في أماكن وجود العملاء وهو ما يفسر أن الترويج يتوجه إلى عدد محدود من المستهلكين بخلاف الإعلان الذي يتوجه إلى عدد غير محدود من المستهلكين.

وفي هذا الصدد نشير أن هناك فرقا بين الدعاية والترويج، فالدعاية التجارية تهدف إلى الترويج وبذلك تكون بمثابة وسيلة لجذب الجمهور وتشمل على كافة وسائل التأثير النفسي، الأضواء الحركة، الصور وغير ذلك، في حين أن الترويج يهدف إلى تحسين صورة المنتج أو الخدمة وإظهار مزاياها لدى المستهلك.

الفرع الثاني: أشكال الإعلان التجاري الإلكتروني

تتنوع مختلف الإعلانات الإلكترونية عن السلع والخدمات المتاحة عبر شبكة الإنترنت بحيث يتسم كل نوع من هذه الإعلانات بالطبيعة الخاصة التي تميزه عن غيره، والتي تؤثر في مسؤولية أشخاص الإعلان عن المحتوى غير المشروع له³.

¹ _ ناجي معلا، أصول التسويق، مدخل تحليلي، كتاب منشور على الموقع:

<http://mutanahas.xyz/download/1FPbxwEACAAJ>

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 49.

³ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 34.

من المفترض أنه في الإعلانات التجارية الإلكترونية استخدام وسيلة من وسائل التعبير التي يتم اختيارها من بين الوسائل المتاحة أمام المعلن، وذلك ليتحقق العنصر المادي للإعلان إضافة إلى العنصر المعنوي المتمثلا في الهدف المرجو من الإعلان التجاري وهو تحقيق الربح¹، فقد يتخذ الإعلان التجاري الإلكتروني عدة أشكالاً، فقد يتخذ شكل لافتة اشهارية (أولاً)، كما قد يكون في صورة بريد إلكتروني (ثانياً)، أو شكل مواقع الكترونية (ثالثاً).

أولاً: اللافتات الإشهارية

تسمى كذلك الشرائط الإعلانية، وتكون على شكل رسومات أو روابط نصية، وتظهر بشكل تلقائي ولا يستطيع المستخدم غالباً التخلص منها لعدم وجود أيقونة بإلغائها على الموقع، وقد تختفي لتعاود مرة أخرى الإعلانات السابقة أو إعلانات جديدة²، وتشكل حالياً الطريقة الأكثر استعمالاً على الشبكة الإلكترونية³، والهدف التجاري من اللافتة الإشهارية هو دعوة الزائر إلى النقر وزيادة الموقع الخاص بالمعلن، ويتم الأخذ بالوصف التجاري في حالة ما إذا كانت العملية تعمل على تسويق سلعة أو خدمة أو سمعة مشروع أو منظمة أو شخص له نشاط تجاري، حرفي أو مهنة حرة⁴.

¹ _ يتكون الإعلان التجاري الإلكتروني من عنصرين هما:

العنصر المادي: يتكون من مجموع الأدوات، والوسائل التي تستعمل للإعلان مهما كانت طبيعتها، سواء أكانت مكتوبة، أم مقروءة، كالصحف الإلكترونية، والمجلات الإلكترونية، والدوريات الإلكترونية، وصفحات الإنترنت، واللوحات الحائطية الإلكترونية، أو سمعية، كالإعلان في المذياع، أو سمعية بصرية، كالتلفزيون، والسينما، والشاشات المتحركة، أو على صفحات الإنترنت... وبصفة عامة كل وسائل الإعلام الإلكتروني يمكن استخدامها لأغراض إعلانية.

العنصر المعنوي: يقصد به نية المعلن، أو الهدف الذي يرمي من وراء القيام بالإعلان، ويتحدد الهدف تتضح معالم هذا العنصر، فمتى كان الهدف تحقيق الربح المادي بصورة مباشرة، أو غير مباشرة، كان الإعلان إعلاناً إلكترونياً تجارياً أنظر مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني: <https://books.google.dz>

² _ جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 58.

³ _ شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 37.

⁴ _ جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع نفسه، ص 58.

ثانياً: البريد الإلكتروني

يقصد بالبريد الإلكتروني طريقة إرسال واستقبال الرسائل الكترونياً بين الحواسيب باستخدام شبكة الإنترنت¹، وقد عرف بعض الفقهاء البريد الإلكتروني على أنه: "مستودع لحفظ الأوراق والمستندات الخاصة في صندوق البريد الخاص بالمستخدم، شرط تأمين هذا الصندوق بعدم الدخول إليه وذلك بطرق التأمين المعروفة، ومنها التشفير وكلمة المرور وغيرها من تقنيات الحماية"².

أما المشرع الفرنسي فقد عرف البريد الإلكتروني في القانون رقم 2004-575 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي في المادة الأولى منه بأنه: "كل رسالة سواء كانت نصية أو ضوئية أو مرفقة بها صور أو أصوات ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة، وتخزن عند أحد خوادم تلك الشبكة في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن الأخير من استعادتها".

كما عرفه القانون العربي النموذجي الموحد للإثبات: "هو نظام للتراسل باستخدام الحاسب وهذا البريد يستخدم لحفظ المستندات والأوراق والمراسلات التي تتم معالجتها رقمياً في صندوق خاص في أن الولوج إليه من شخص غير صاحبه بعد حصوله على كلمة المرور بأي طريقة سواء كانت عن إهمال صاحبه بتسريب كلمة المرور منه دون قصد متعمداً وإهماله فنياً ومن ثم يصيبه ضرر"³.

وبالتالي يمكن إرسال الرسائل عبر البريد الإلكتروني إلى أي شخص له عنوان بريد إلكتروني، تلقي الرسائل من أي مستخدم آخر، وتتم هذه الخدمة مجاناً وخلال ثوان معدودة وزيادة عن ذلك توجد تقنيات أخرى أكثر حداثة، تعتبر هي الأخرى على أنها إعلاناً أو إشهاراً، كالروابط التجارية أو المدعمة مالياً من نوع (Google Adwords)، المنتديات والشبكات الاجتماعية (Facebook)، والتي يمكن استثمارها بغية التعريف بمنتج ما، كما يمكن استعمال أدوات البحث أو ما يسمى des outils de recherche وذلك للتعريف

¹ _ عمر حسن المومني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2003، ص 31.

² _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 37.

³ _ زينب غريب، حجية البريد الإلكتروني، مجلة الفقه القانوني، كلية الحقوق، قانون خاص، مقالة منشورة على الموقع:

<https://drive.google.com>

بموقع تجاري جديد وإعلام المستهلكين به، ويتم ذلك من خلال برنامج معلومات للاستكشاف يسمى "Robot"، والذي يزور المواقع الإلكترونية باستمرار وبطريقة آلية، على أساس المعلومات طبقاً لكلمات المفاتيح التي يتضمنها، فمن خلال استخدام أدوات البحث يتم الإحالة إلى المواقع التجارية الإلكترونية ومن ثم الوصول إلى الإعلانات التجارية لهذه المواقع عن طريق استخدام كلمات المفاتيح في البحث¹.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

المواقع الإلكترونية أو كما يسمى بنطاق الإنترنت تتعدد أو تتنوع بحيث يصبح من الصعب أو من المستحيل حصر المواقع المستخدمة في الإعلان عن السلع والخدمات، فكل جهة أو شركة أو مؤسسة أو حتى شخص طبيعي يمكنه أن يمتلك موقعاً له على شبكة الإنترنت يمكن لكل مستخدم أن يصل إليه ويتصفحه ويعلم بكل محتويات الموقع عن طريق عنوانه الإلكتروني، وإذا لم يعلم العنوان الإلكتروني للموقع يمكنه الوصول إليه من خلال وضع بعض الكلمات الدالة عليه في أحد محركات البحث، ويجده ضمن النتائج التي يكون محرك البحث قد توصل إليها².

ويعبر أصحاب المواقع في صفحاتهم عن هويتهم وأنشطتهم والخدمات التي يقدمونها وتسمح هذه المواقع بتكوين اتصال مباشر بين المنتج والمستهلك، فلا يقتصر دورها على عمل الدعاية والإعلان، ولكن تسمح بتنفيذ أوامر الشراء وإبرام الصفقات عبر الشبكة³.

ويتم تصميم مواقع الإنترنت عادة بطريقة جذابة للجمهور، بحيث تتضمن أصواتاً وصوراً متحركة وملونة وبعض ملفات الفيديو، وتكون هذه المواقع منظمة بطريقة سهلة تضمن رؤية المستخدم لها كاملة وانتقاله من صفحة إلى صفحة أخرى على ذات الموقع

¹ _ جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 59.

² _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 36.

³ _ شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 35 و34.

دون مجهود كبير، وقد تتضمن هذه المواقع أيضا إشارات إلى مواقع أخرى يمكن الانتقال إليها مباشرة من خلال الموقع الأصلي عن طريق ما يسمى بالارتباط التشاعبي¹.

وفي هذا الصدد ترى الباحثة ان كل صفحة على شبكة الإنترنت هي موقع إلكتروني، أما المتجر الإلكتروني هو موقع إلكتروني تتم من خلاله بيع مختلف المنتجات والخدمات وشراؤها بسهولة عن طريق خدمات الدفع الإلكتروني المختلفة، وبالتالي كل موقع هو عبارة عن متجر إلكتروني.

والجدير بالذكر أنه كثيرا ما يجد المستهلك نفسه محاطا بالإعلانات من كل جنب وصوبسواء على مستوى البريد الإلكتروني أو أثناء التجول بين صفحات الإنترنت التي تعرض عليهم منتجات وخدمات، وأمام الكم الهائل الذي يصادفه من عروض عبر مختلف أشكال الإعلانات التجارية الإلكترونية.

ولمعرفة الطبيعة القانونية للإعلان التجاري الإلكتروني لا بد من التفرقة أولا بين الإيجاب والدعوة للتعاقد، فللدعوة للتعاقد هي مرحلة تتقدم الإيجاب وتتميز عنه ويكون الغرض منها انطلاق المفاوضات وهي مجرد مرحلة لاستطلاع الآراء وإبداء اقتراحات غير دقيقة، حيث تتمثل في العرض الذي يتقدم به أحد الأشخاص للمتعاقد دون أن يحدد عناصر العقد وشروطه 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 فينقذ العقد بمجرد القبول²، استنادا إلى أحكام المادة 59 من القانون المدني

¹ _ الارتباط التشاعبي هو عبارة عن برنامج يسمح بالانتقال من صفحة إلى أخرى من صفحات الإنترنت، بسهولة ويسر فإذا أراد المستخدم الانتقال من موقع لآخر، فإن الارتباط التشاعبي يسمح له بالانتقال والعودة مرة أخرى إلى الموقع الأصلي، دون ضرورة الخروج كلية من هذا الموقع أو ذلك، نقلا عن عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 36.

² _ على فيلاي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 88.

الجزائري: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"¹.

فالذي يميز الإيجاب عن الدعوة إلى التفاوض هو وجود أو عدم وجود النية القاطعة في الارتباط بالعرض، والكشف عن هذه النية هو أمر يتصل بالواقع، ويختلف باختلاف الظروف والملابسات ويبقى تقديره لقاضي الموضوع.

وبالتالي فإن الإعلان التجاري المشتمل على الشروط الأساسية للعقد المراد إبرامه بخصوص سلعة ما، أو خدمة معينة، والذي حدد سعرا معيناً وذكر العناصر الجوهرية لها يعد بمثابة إيجاب صحيح ينعقد به العقد متى لاقى قبولا مطابقا ولكن يظل الإعلان دعوة للمفاوضة طالما أنه لم يبين الشروط الأساسية والجوهرية اللازمة لانعقاد العقد، أو لم يحدد السعر أو كان غامضا وغير مفهوم، أو غير محدد².

وبناء على ذلك لا يعد الإعلان الموجه إلى المستهلك عبر شبكة الإنترنت إيجابا وإنما دعوة إلى التفاوض أو التعاقد³، وهذا ما ذهب إليه جانب من شراح القانون ويشترط لذلك ألا يتضمن الإعلان الشروط الجوهرية للتعاقد، فعرض السلع في واجهات المحلات التجارية دون بيان أسعارها لا يعتبر إيجابا⁴.

كما أنه يمكن اعتبار عرض البضائع والخدمات عبر شبكات الإنترنت يشبه إلى حد كبير نافذة المتجر الحقيقي، فإذا تضمن عرض السلع والخدمات عن طريق الإنترنت ثمن

1_ المادة 59 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 رقم 31 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لعام 2007.

2_ علي السيد حسين أو دياب، وليد محمد بشر، الجوانب القانونية للحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات التجارية الكاذبة أو المضللة في القانون المصري والنظام السعودي، كلية العلوم والدراسات الإنسانية بالغايط جامعة المجمعة، المملكة العربية السعودية، العدد 32، الجزء 2، (د.س.ن)، ص ص 463 و462.

3_ بدر أسامة أحمد، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005، ص ص 181 و180.

4_ شيكي حمزة، بحث قانوني حول الحماية القانونية للمستهلك من الإعلانات الإلكترونية (أية حماية للمستهلك من الإعلانات الإلكترونية)، كلية الحقوق سلا، مقالة منشورة على الموقع:

<https://www.mohamah.net>

المبيع يعد هذا العرض إيجاباً شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحال التجارية مع بيان أثمانها، ففي كلتا الحالتين يتحقق رؤية الشيء المبيع سواء أكانت رؤية حقيقية بملء العين أم افتراضية داخل الموقع التجاري على صفحة الإنترنت من خلال شاشة الحاسوب¹.

وتقوم مسؤولية المعلن² بالتزامه الوارد بالإعلان التجاري فإنه في حال اعتبار الإعلان التجاري إيجاباً قامت مسؤولية المعلن العقدية لانعدام حق الموجب بعد القبول في العدول وإلا التزم بالتعويض، فالمسؤولية هنا مبعثها العدول، في حين إذا كان الإعلان التجاري مجرد دعوة للتفاوض وللمساومة فإنه لا يسأل ولا يلتزم بدفع أي تعويضات إلا إذا كان هناك خطأ آخر مواكب للعدول سبب ضرراً للغير، إذ ليست المسؤولية هنا مبعثها العدول كما في حالة كون الإعلان التجاري إيجاباً³.

مما سبق ذكره نستنتج أن الإعلان الإلكتروني الموجه للمستهلك، قد يتخذ صورة إيجاب إذا ما تضمن الشروط والبيانات الأساسية المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، وفي حالة ما لم يتم ذكرها فإنه يكاد لا يكون سوى مجرد دعوة للتعاقد أو التفاوض دون أن يرقى لدرجة الإيجاب الحقيقي⁴.

وبالتالي ترى الباحثة ان المعيار الحقيقي لمعرفة إذ ما كان الإعلان التجاري الإلكتروني إيجاباً أو دعوة للتعاقد لا بد من توافر العناصر الجوهرية للعقد، خاصة الثمن

¹ _ عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 38.

² _ المعلن قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، واختلفت التشريعات في تعريفه، فعرفه قانون حماية المستهلك القطري بإعتباره: " هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج بذاته لها أو بواسطة غيره باستخدام مختلف وسائل الدعاية الإعلان ".

³ _ علي السيد حسين أو دياب، وليد محمد بشر، الجوانب القانونية للحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات التجارية الكاذبة أو المضللة في القانون المصري والنظام السعودي، المرجع السابق، ص 462 و 463.

⁴ _ وهذا ما أشار إليه المشرع المغربي في المادة 6فقرة 43 من قانون الإلتزامات والعقود بقوله: " كل إقتراح غير متضمن لكافة البيانات المشار إليها في هذا الفصل لا يجوز إعتباره بل يبقى مجرد إشهار، ولا يلزم صاحبه".

منها، فإذا تضمن الإعلان الخاص بعرض السلع والخدمات عبر الإنترنت الشروط الجوهرية للتعاقد خاصة الثمن فهذا يعد إيجاب والعكس صحيح.

المطلب الثاني: قواعد حماية المستهلك الإلكتروني من الإعلانات المضللة والكاذبة

قد يتجاوز الإعلان حدوده المشروعة ليصبح إعلانا مضللا، وآثاره لا تقتصر على ما يلحق المستهلك من أضرار فقط، وإنما قد تمتد لتشمل الحياة الاقتصادية للمجتمع بأسره ولحماية الحقوق وللحفاظ على النظام العام لذلك نجد أن أغلب القوانين المقارنة في دول العالم أكدت على ضرورة تقرير حماية له من خلال قواعد محددة.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سيتم في الفرع الأول تحديد معنى الإعلان التجاري الإلكتروني المضلل والكاذب، أما الفرع الثاني سيتم تبيان شروط او مقومات الحماية من الإعلانات التجارية الإلكترونية المضللة والكاذبة.

الفرع الأول: تحديد معنى الإعلان التجاري الإلكتروني المضلل والكاذب

لا يمكن تصور قيام مجتمع اقتصادي متطور في غيبة الإشهار أو الإعلان، إذ أصبح من أهم الوسائل لترويج السلع وعرض الخدمات ومصدر لإعلام المستهلك عنها إذا تم بما يقتضيه مبدأ النزاهة في الممارسات التجارية، غير أنه قد يلجأ العون الاقتصادي (المعلن) إلى تجاوز ما يقتضيه حسن النية الواجب في المعاملات، وذلك باستخدام وسائل ترويجية تنتطوي على نية التضليل والخداع، والتي صنفها المشرع الجزائري ضمن الممارسات التجارية غير النزاهة، إذ تعتبر فعلا غير مشروع وتلحق ضررا بالمستهلك، ولذلك نصت التشريعات المقارنة على أشكال الخداع في الإعلان¹، حيث يتسع مصطلح الإعلان الخادع ليشمل كل من الإعلان التجاري الكاذب والمضلل.

فمن خلال هذا الفرع سيتم التطرق إلى الإعلان التجاري المضلل (أولا) كما سيتم تبيان معنى الإعلان التجاري الكاذب (ثانيا)، وكذا الفرق بينهما (ثالثا).

¹ _ بوراس محمد، الإشهار على المنتجات والخدمات، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 268.

أولاً: الإعلان التجاري المضلل

في هذا الصدد سيتم تبيان موقف المشرع الجزائري إزاء الإعلان التجاري المضلل، كما سيتم تبيان موقف بعض التشريعات المقارنة من هذا الإعلان، وفضلاً عن ذلك فسيتم تبيان معيار الإعلان المضلل.

01- الإعلان الإلكتروني المضلل في التشريع الجزائري:

المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات العربية نلاحظ أنه عرف الإشهار دون الإشهار المضلل رغم أهميته وتأثيره سلباً على رضا المستهلك واكتفى بكر صورته فقط، ومع ذلك يمكننا استنتاج معالجة غير مباشرة وردت في بعض القوانين المختلفة.

فتناول المشرع من خلال القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم والسالف ذكره، بموجب المادة 28 منه بقوله: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهاراً غير شرعي وممنوع كل إشهار تضليلي لاسيما إذا كان يتضمن تصريحات أو بيانات أو تسهيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكمية أو وفرته أو مميزاته أو يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه، أو يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كافي من السلع أو لا يمكن ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار"¹.

وكما نصت المادة 30 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 في الفقرة الرابعة منه على ضرورة التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة².

¹ _ القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

² _ المادة 30 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05، السالف الذكر.

وكما نص المرسوم التنفيذي رقم 66-222 السالف الذكر الذي يتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبث التلفزيوني أو للبث الإذاعي السالف ذكره، من خلال المادة 27 منه على أنه يلتزم مسئولوا خدمة الإتصال السمعي البصري عدم إطلاق إدعاءات أو بيانات أو عروض كاذبة بأي شكل من الأشكال، من شأنها تضليل المستهلك، كما ألزمتهم المادة 63 بما يلي: يلتزم مسئولو خدمات الاتصال السمعي البصري بعدم بث الإشهار الكاذب والمقارن والخفي واللاشعوري.

وعليه يتبين أن المشرع الجزائري بالرغم من أنه لم ينص على قانون خاص يعالج فيه الإشهار المضلل إلا أنه حاول أن يعطي صورة حقيقية للإعلان التجاري الإلكتروني المضلل، وكيف يمكن أن نحكم على رسالة إشهارية أنها مضللة، وذلك بقيام المعلن بالكذب عن الصفات الجوهرية للسلعة عن التزاماته أو وفرة هذه السلعة وحثه عن الابتعاد عن كل ما من شأنه إحداث لبس في ذهن المستهلك، ونشر هكذا رسائل مضللة.

ومع ذلك توفيقه في ذلك لا يعني أنه لا بد عليه مراجعة هذا النقص دون الاكتفاء بمجرد التلميح له في نصوص قانونية متفرقة، على أن تكون المعالجة مباشرة بنص قانوني واضح وصريح.

02- الإعلان التجاري الإلكتروني المضلل في التشريعات المقارنة:

الكثير من التشريعات المقارنة عالجت الإعلان المضلل، فقد حرص المشرع الفرنسي على تجريم الإعلانات المضللة، لحماية المستهلك النهائي حيث نص في قانون الاستهلاك على منع الإعلانات المضللة والخادعة¹ فنجد بعض التشريعات الأوروبية كالتوجيه الأوروبي الصادر في 10 سبتمبر 1984 في المادة الثانية من الإعلان المضلل يعرف فيه الإعلان المضلل أنه: "أي تضليل أو قد يؤدي إلى تضليل يحتوي في طريقة تقديمه على أي تضليل أو قد يؤدي إلى تضليل هؤلاء الذين يوجه إليهم الإعلان".

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، القاهرة، 2008، ص120.

كما نجد المادة 02 من التوجيه الأوروبي 114-2006 الصادر في 2006/12/12 بشأن الإعلان المضلل، فعرفه على أنه: "كل إعلان أيا كان وسيلة عرض، يوقع في الغلط أو من شأنه أن يوقع في الغلط الأشخاص المخاطبين به والذي بالنظر لتسميته الخادعة قد يؤثر في سلوكهم الاقتصادي أو يلحق الضرر بهم أو بمنتجات منافسة".

كما عالجت بعض التشريعات العربية الإعلان المضلل، فنجد أن المشرع اللبناني عرفه في نص المادة 11 فقرة 1 من قانون حماية المستهلك لسنة 2004¹، حيث يعرفه كما يلي: "هو الإعلان الذي يتم بأية وسيلة كانت ويتناول سلعة أو خدمة، ويتضمن عرضاً أو بياناً أو إدعاءً كاذباً، أو أنه مصاغ بعبارات من شأنها أن تؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خداع أو تضليل المستهلك"، كما نجد أن المشرع السوري حذا حذو المشرع اللبناني وأخذ بنفس التعريف والصيغة التي نص عليها في المادة 11 فقرة 1 السابق ذكرها غير أن المشرع اللبناني كان سابقاً في ذلك².

كذلك نجد المشرع العماني قد نظم مساءلة الإعلانات المضللة من خلال تضمين مجموعة من المواد في قانون حماية المستهلك ولأحته التنفيذية، فقد تطرق إلى الإعلان المضلل من خلال تعريفه للمعلن، وذلك من خلال المادة 1 من المرسوم السلطاني العماني رقم (35-2011) على أنه: " كل شخص طبيعي أو اعتباري يعلن عن سلعة أو خدمة باستخدام مختلف وسائل الدعاية والإعلان"، كما نصت المادة 20 من نفس المرسوم على أنه: " يلتزم كل من المزود والمعلن بالشفافية والمصادقية والبعد عن أعمال الدعاية والإعلانات الزائفة أو المضللة عند الترويج عن السلعة أو الخدمة التي يقدمها المستهلك"³.

وترى الباحثة انه يمكن أن يقتصر التضليل على ذكر بيانات تخالف الحقيقة في مضمون الإعلان، ونصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 28 من القانون

¹ _ القانون الوارد بالمرسوم رقم 13068 تاريخ 5 آب 2004 المتعلق بحماية المستهلك الذي تم تعديله من طرف اللجان النيابية المشتركة ومجلس النواب.

² _ خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 41.

³ _ أسماء بنت سيف بن محمد القاسمية (باحثة قانونية بالدائرة القانونية بالهيئة العامة لحماية المستهلك)، الإعلانات المضللة حقائق مخيفة، ومخاطر اقتصادية وصحية، مقال منشور على الموقع:

04-02:"يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته".

وما يمكن استتيانه من هذه المادة أن الإعلان المضلل للمستهلك له صور عديدة يصل بها المستهلك الى (تصريحات، بيانات، تشكيات..) بما فيها النشر عبر الانترنت.

03- تقدير معيار الإعلان المضلل:

انطلاقا لما تم بيانه سابقا، نجد أن الهدف الأول للإعلان هو إغراء المستهلكين للإقدام على اقتناء السلع والخدمات، فهناك معيارين لتقدير الإعلان المضلل وهما المعيار الذاتي وكذا المعيار الموضوعي.

أ- المعيار الذاتي:

يقوم هذا المعيار على تقدير التضليل وفقا لأثر الإعلان التجاري المنسوب إلى ذلك الشخص المستهلك ومتلقي الخدمة لمعرفة مدى انخداعه به، ولا شك في أن ذلك يتوقف على درجة اليقظة وحسن التدبير التي يتمتع بها المستهلك المتلقي لذلك الإعلان، فكلما زادت يقظة قل انخداعه بالإعلان الإلكتروني.

وكلما قلت دائرة الوعي لدى المستهلك انعكس ذلك على سهولة انخداعه بأبسط أساليب التضليل الإعلامي¹.

وبالتالي يكون الإعلان مضللا في حالة ما إذا كان يخدع الشخص شديد الفطنة والذكاء، أما إذا كان المستهلك المتلقي من المستوى العادي المألوف فإن الإعلان لا يعد مضللا إلا إذا كان يقع في جمهور الناس².

¹ _ صليح بونفلة، المسؤولية المدنية عن الإشهار الإلكتروني، مجلة آفاق للعلوم، العدد السابع عشر، المجلد 05، سبتمبر 2019، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص 103.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ص 55 و56.

ويعاب على هذا المعيار بأنه غير دقيق يقتضي البحث في شخصية المتلقي (المستهلك) كل على حده والكشف عن نسبة ذكائه، فطنته، يقظته...، وما درج عليه من عادات، لأن هذه الأخيرة هي بمثابة درجات تختلف من مستهلك لآخر، وهو ليس بالأمر الهين فقد يستعصي كشفه والتأكد منه بدقة¹.

ومع ذلك نجد أن القضاء الفرنسي اعتمد في تقدير ما إذا كان الإعلان المضلل من عدمه على هذا المعيار واعتبر أن التضليل في الإعلان لا يقوم إلا متى كان من شأن الإعلان تضليل المستهلك العادي².

وبالتالي نجد الإعلان الواحد يمكن أن يكون إعلانا مشروعاً بالنسبة للمستهلك الفطن أو العادي وإعلاناً كاذباً أو مضللاً في الوقت نفسه بالنسبة للمستهلك أقل فطنة وهذا ما دفع الفقه للبحث على معيار أكثر فطنة.

ب- المعيار الموضوعي:

جاء الانتقادات الموجهة إلى المعيار الشخصي ذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي لتحديد كيفية تلقي المستهلكين للإعلانات التجارية وتقدير مدى انخداعهم بها³.

ويذهب هذا المعيار إلى تجريد متلقي الإعلان من الظروف الشخصية الخاصة به واعتماد معيار الشخص المعتاد⁴، حيث يأخذ بالمستهلك المتوسط الذي يمثل جمهور الناس، فهو لا خارق الذكاء ولا شديد الفطنة ولا هو محدود الفطنة، وهو يعفي القاضي من البحث عما هو

¹ _ كالم حبيبة، حماية المستهلك من الإشهار المضلل، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، العدد 13، (د.س.ن)، ص 132.

² _ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 120.

³ _ صليح بونفلة، المسؤولية المدنية عن الإشهار الإلكتروني، المرجع السابق، ص 103.

⁴ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 57.

كامن في النفس، وهو معيار لا يختلف في تطبيقه من شخص إلى آخر، فالتضليل واحد بالنسبة إلى جميع الناس¹.

ونجد أغلبية أحكام القضاء الفرنسي تبنت المعيار (المجرد) الموضوعي، وهذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 15 ماي 2012 بالقول "إن طبيعة الإعلانات الخادعة بالمعنى المقصود في المادة (1-121.L) من قانون الاستهلاك يتم تقييمها بالإشارة إلى المستهلك العادي"².

وبهذا المعيار يمكن للقاضي معرفة مقدار التضليل، المسموح به قانونا على اعتبار أن كل إشهار يقوم على ذكر محاسن المنتج أو الخدمة، ويتغافل عن ذكر مساوئه، فبتجاوز هذا المقدار يكون الإشهار مضللا، وبهذا يكون ممنوع قانونا ومجرم أيضا³.

واستنتجا لما سبق ومقارنة بالمعيار الشخصي (الذاتي) فإن هذا المعيار هو الأفضل تطبيقا وهو المعيار الذي أخذ به المشرع نستخلصه من فحوى المادة 28 من القانون رقم 04-02 والسالف ذكره، والتي اعتبرت الإشهار مضللا متى كان من شأنه أن يؤدي إلى التضليل أو اللبس ولو لم يقعا فعلا دون تحديد شخص الضحية، لهذا نرجع إلى مضمون الرسالة الإعلامية، ورغبة في المشرع في حماية المستهلك المتلقي للرسالة الإعلامية قام بتحديد الإطار القانوني للرسالة الإعلامية قبل نشرها، بحيث أوجب بيان جملة من الالتزامات والشروط الواقعة على عاتق المعلن، التي فرض تطبيقها وعدم خرقها، مع مراعاته لأهم مبادئ الصدق والأمانة، لتجنب تضليل المستهلك العادي⁴، وبالتالي إذا كان من شأنها تغليب المستهلك العادي متوسط الذكاء والفتنة عد مضللا، أما إذا كان من شأنها تغليب المستهلك الساذج والمغفل دون سواه فلا يعد إعلانا مضللا⁵.

¹ _ كالم حبيبة، حماية المستهلك من الإشهار المضلل، المرجع نفسه، ص 133.

² _ صليح بونفلة، المسؤولية المدنية عن الإشهار الإلكتروني، المرجع السابق، ص 103.

³ _ المرجع نفسه، ص 103.

⁴ _ بوحفص جلاب نعاة، دور القضاء في تكييف ومعاينة الإعلان التجاري المضلل، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني للحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، العدد 02، المجلد 14، 2016، ص 240.

⁵ _ كالم حبيبة، حماية المستهلك من الإشهار المضلل، المرجع السابق، ص 133.

ثانياً: تعريف الإعلان التجاري الإلكتروني الكاذب

في هذا الصدد سيتم تحديد معنى الإعلان التجاري الإلكتروني الكاذب سواء من وجهة نظر الفقهاء أو بما جاءت به التشريعات المقارنة إزاء هذا النوع من الإعلانات الإلكترونية.

01- تعريف الإعلان الكاذب فقهيًا:

الكذب لغة الإخبار عن شيء بخلاف ما هو عليه في الواقع، أما اصطلاحاً فالكذب فهو الإدعاء أو الزعم المخالف للحقيقة، ويهدف إلى خداع المتلقي عن طريق التزييف الحقيقية أو بت تأكيدات غير صحيحة وغير مطابقة للواقع، أو لا يمكن الوفاء بها في الواقع العملي¹.

إن تعريف الإعلان التجاري الكاذب من الناحية الفقهية يركز على الكذب الذي يكون في مضمون الإعلان التجاري في حد ذاته، وعليه يعرف الإعلان التجاري الكاذب بأنه: "كل إدعاء مخالف للحقيقة يتعلق بعناصر داخلية في المادة المعلن عنها، وهي ما يحتاج إليه المستهلك عادة من معلومات عن ذاتية السلعة أو الخدمة أو أي معلومات أخرى تخرج ن هذه الذاتية، ولها تأثير في إقتناء لتلك السلعة أو طلب الخدمة"².

أما بحسب محتوى الإعلان فيعد الإعلان التجاري كاذباً عندما يتضمن معلومات وإدعاءات كاذبة مثل وصف شراب بأنه 100% طبيعي وهو في الواقع يحتوي على مواد كيميائية.

فالإعلان الكاذب هو أحد الأشكال الإعلان غير المشروع والذي يرتبط بالضرورة بتشويه أو تقليد العون المنافس، فهو سلوك غير أمين لمخالفة القواعد النزيهة في الممارسات التجارية³.

ويذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى اعتبار أن الإعلان الكاذب هو ما يقدمه المعلن من معلومات غير صحيحة البتة عن المنتج أو المؤسسة التي تسوقه، كالإدعاء عن السلعة

¹ _ خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 37.

² _ المرجع نفسه، ص 39.

³ _ عبد الحفيظ بوقندورة، ضوابط تجريم الإشهار الكاذب في سوق الإعلانات التجارية، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 24، جوان 2018، ص168.

أو الخدمة قد حصلت على موافقة جهات رقابية رسمية أو خاصة أو على تصاريح من السلطة المختصة دون أن يكون ذلك صحيحاً، ويتمثل الكذب في الإعلان عن سلعة أو خدمة ذات نوعية وجودة عالية تغري المستهلك بإشترائها ولكن المتدخل لا يتوفر إلا على نوعية أقل جودة أو سلع مشابهة ولكن ليست هي المعلن لها، وكذلك التنويه عن مزايا لتلك السلع أو الخدمات والسكوت عن ما يعترئها من عيوب قد تعدم تلك المزايا¹.

والكذب يحتوي على عنصرين أحدهما مضمون كاذب والآخر قصد الغش وتزييف الحقيقة أو قصد التدليس، ويذهب الاتجاه الغالب في الفقه هنا لاعتبار الإعلان التجاري كاذباً يكفي أن يكون المضمون كاذباً بصرف النظر عن حسن النية المعلن أو سوءها، وكما أن الكذب قد يكون بعمل إيجابي أو قد يتحقق بموقف سلبي أي بالسكوت عن واقعة لو علم المتعاقد بها لما أقدم على التعاقد².

02- التعريف التشريعي للإعلان الكاذب:

لم تتحدث التشريعات المقارنة للإعلان الكاذب، إلا أن البعض منها أشار إليها في نصوص متفرقة، من خلال صور الإعلان الخادع، حيث نص المشرع الفرنسي من خلال المادة L121/1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 2004 على أنه: "الإعلان الكاذب هو الإعلان الذي يتضمن إدعاءات أو بيانات وعروضاً مخالفة للحقيقة، بحيث تؤدي إلى خداع المتلقي"³.

كما عرف القانون رقم 27 ديسمبر 1973 الفرنسي المعروف بـ Loi- yer الإعلان الكاذب بأنه: "الإعلان المزيف الذي يؤدي بطبيعته إلى الوقوع في الغلط وهذا الإعلان الكاذب محظور لأنه يهدف إلى جذب العملاء والجمهور بنشر معلومات ومزاعم غير

¹ _ حمداني محمد، سلاف عزوز، حماية المستهلك من الإشهارات الكاذبة والمضللة، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 14، أبريل 2017، ص 285.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 59.

³ _ كالم حبيبة، حماية المستهلك من الإشهار المضلل، المرجع السابق، ص 135.

صحيحة أو خادعة تتعلق بالمنتجات والخدمات المعروضة للبيع¹، كما أنه حظر إعلان يحتوي على عروض أو بيانات كاذبة بأي شكل أو صورة من الصور².

كما أشار إليه المشرع السوري بمقتضى قانون حماية المستهلك رقم 2 لسنة 2008 السالف الذكر في المادة 1 بأنه: "الإعلان الذي يتم بأي وسيلة كانت ويتناول سلعة أو خدمة أو يتضمن عرضاً أو إدعاء كاذباً أو مصوغاً بعبارات من شأنها أن تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى خداع أو تضليل المستهلك"، وهو نفس التعريف الذي يتبناه المشرع اللبناني بمقتضى قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 95 لسنة 2005 في المادة 11³.

أما المشرع الجزائري وإن كان لم يتعرض للإعلان الكاذب بمقتضى القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، إلا أنه لم يغفل على تنظيمه بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، حيث نصت المادة 56 منه على أنه: "تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك"⁴.

من خلال هذه التعريفات السابقة للإعلان التجاري الكاذب، نؤكد ما سبق قوله إن معظم التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري لم تنص بشكل صريح على الإعلان التجاري الكاذب، وإنما تمت الإشارة إليه فقط من خلال نصوص متفرقة حاولنا قدر الإمكان ذكر البعض منها فقط كما أنها استعملت مصطلح الخادع وهو يشمل صور الإعلان الكاذب.

وهنا كان لزاماً على المشرع الجزائري تدارك هذا النقص خاصة مع تطور الوسائل التي تروج للإعلان ووضع تصور جديد لمفهوم الإعلان الكاذب عبر الوسائل الإلكترونية بتوسيع مفهوم الإعلان الورقي ليشمل الإعلان الإلكتروني الكاذب.

¹ _ عبد الحفيظ بوقندورة، ضوابط تجريم الإشهار الكاذب في سوق الإعلانات التجارية، المرجع السابق، ص 169.

² _ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 120.

³ _ جامع مليكة، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، ص 34.

⁴ _ المرجع نفسه، ص 35.

ثالثاً: تمييز الإعلان المضلل عن الإعلان الكاذب

وبالرغم من استعمال الفقه لمصطلحي الإعلان الكاذب والمضلل كمترادفين إلا أن بينهما فروق، حيث أن التضليل ليس حتماً مرادفاً للكذب، فالكذب يؤدي حتماً إلى تضليل الضحية لكن التضليل قد يحدث دون كذب، فالكذب هو تزييف للحقيقة، وذلك بإخبار شيء بخلاف لما هو عليه في الواقع، والأصل في الكذب أنه فعل عمدي يقوم على إخفاء الحقيقة أو تزييفها بهدف تضليل الضحية، وهو بهذا المعنى يتكون من عنصرين، عنصر مادي بمضمون الكاذب أي تزييف الحقيقة، وعنصر معنوي وهو نية الغش¹.

ولا شك أن المعلن يلتزم بعدم الكذب في إعلانه وإلا كان مسؤولاً مدنياً وجنائياً، ولكن ليس معنى ذلك أنه يلتزم بالصدق بالنسبة لمواصفات السلعة أو الخدمة المعلن عنها ككل، فلا يلتزم المعلن بقول الحقيقة كاملة، وإنما يكفي أن يكون صادقاً حول العناصر المعلن عنها وألا يظل المستهلك فيما لم يعلن عنه من العناصر والصفات والآثار المتعلقة بالسلعة أو الخدمة.

ومن جهة أخرى الإعلان المضلل لا يتضمن بيانات كاذبة إلا أنه يصاغ في عبارات من شأنها أن يؤدي إلى خداع المستهلك، في حين أن الخداع في الإعلان الكاذب يكون أكثر وضوحاً، ومن ثم فإن كل إعلان كاذب هو إعلان مضلل دون العكس، ومن ثم فإن التضليل الإعلاني أوسع نطاقاً من الكذب الإعلاني².

وبالتالي الإعلان المضلل قد يكون نتيجة كذب أو دونه سواء كان بإهمال أو لعدم الاحتياط لكن الشرط الأساسي هو أن يؤدي إلى تضليل المتلقي ولا يشترط هنا الركن المعنوي³، وهذا نجده في الواقع العملي، حيث أن أكثر الأحكام القضائية تقضي بالإشهار المضلل لأنه أسهل ولا يتطلب إثبات الكذب أو الخطأ، ويأخذ فقط بأثر الإشهار على المتلقي هل أدى إلى تغليطه أم لا.

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 59.

² _ المرجع نفسه، ص 60.

³ _ بليمان نادية، الإشهار الكاذب أو المضلل، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، العدد 32، المجلد ب، ديسمبر 2009، ص 299.

كما أنه نرى أن الدين والأخلاق يدينان الكذب فإن القانون لا يحاسب عليه إلا إذا بلغ حدا من الجسامة يمس بها العلاقات الاجتماعية، وعلى الرغم أن الكثير من الشراح أبقوا على المصطلحين معا متلازمين ومترادفين، إلا أننا سنحذو حذو المشرع الجزائري ونستقر بمصطلح التضليل دون الكذب.

والجدير بالذكر أن الإعلان التجاري الكاذب وإن لم ينص عليه المشرع الجزائري واعتبره جزء من التضليل¹، إلا أنه يختلف عن الإعلان التجاري المضلل وإن كانا من طبيعة واحدة فهما يختلفان من حيث الدرجة، ذلك لأن الإشهار الكاذب أشد لأن صاحبه سيء النية، أما التضليل فقد يحدث دون قصد².

الفرع الثاني: مقومات الحماية من الإعلانات التجارية الإلكترونية المضللة والكاذبة

باعتبار الإعلان التجاري الواجهة الإعلامية التي تدفع بالمستهلك إلى التعاقد من الضروري حماية هذا الأخير من الإعلانات التجارية الإلكترونية المضللة والتي يكون الهدف منها الترويج للسلعة لا غير بغض النظر عن حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية للمستهلك الذي يندفع إلى التعاقد بحسن نية بالمقابل يستغل المزود ذلك مستعملا طرق احتيالية تظل المستهلك وتوقعه في الخطأ، كأن تكون العناصر الأساسية المكونة للسلعة غير صحيحة، لأجل ذلك هناك قواعد لحماية المستهلك في مواجهة الإعلانات التجارية الإلكترونية³.

حيث تقوم هذه القواعد على قاعدتين أساسيتين وهما اشتراط وضوح الإعلان (أولاً)، وكذا منع الإعلان الإلكتروني المضلل (ثانياً).

¹ _ كالم حبيبية، حماية المستهلك من الإشهار المضلل، المرجع السابق، ص 135.

² _ بليمان نادية، الإشهار الكاذب أو المضلل، المرجع السابق، ص 289 إلى ص 313.

³ _ عمارة مسعودة، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني من خلال الإعلان التجاري الكاذب والحق في الإعلام، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، مجلة كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، العدد 2، جانفي 2012، ص 322.

أولاً: اشتراط وضوح الإعلان

إن شرط وضوح الإعلان الإلكتروني، يعني أن يتضمن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة محل التعاقد والتي من شأنها أن تخلق لدى المستهلك تفكير واع متبصر، يعمل على تكوين إرادة واعية ومستتيرة، تجعله يوافق على التعاقد وهو مدرك لما سيقبل عليه¹.

فالإعلان الإلكتروني يجب أن يكون واضح وغير غامض، بحيث يتم تزويد المستهلك بمعلومات واضحة عن المنتج، أو الخدمة المعروضة بما يسمح للمستهلك بإعطاء الموافقة عن وعي وإدراك كاملين².

وهو ما اشترطه المشرع الفرنسي في القانون الصادر سنة 1986 المتعلق بوسائل الإعلام السمعية البصرية الذي يطبق على خدمات الإنترنت: "الرسائل الإعلانية التي تذاع بواسطة الوسائل المبينة في هذا القانون ومنها الإنترنت يجب أن تكون محددة وخالية من اللبس والغموض"، كما بينت غرفة التجارة الدولية في المادة 11 من القانون الدولي بشأن تطبيقات السلمية للإعلان، الالتزامات الواجب توافرها في الإعلان كالاتي: "إن الإعلان يجب أن يكون مميز بصورة واضحة مهما كان الشكل أو الوسط المستخدم وعندما يتم إذاعة الإعلان أو نشره في وسائل الإعلام يجب أن يقدم بصورة يظهر منها فوراً أنه إعلان"³.

أما المشرع الجزائري على وجوب وضوح الإعلان الإلكتروني ولو بطريقة غير مباشرة من خلال نص المادة 5 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمادة 18 من قانون حماية المستهلك الجزائري وقمع الغش 09-03 السالف ذكرهما، على أن يكون الإعلان ما قبل التعاقد مفهوم مقروء ومتعذراً محوه، واشترط استعمال

¹ _ بوزكري إنتصار، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الباز 02، سطيف، 2012-2013، ص 12.

² _ عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 75.

³ _ عمارة مسعودة، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني من خلال الإعلان التجاري الكاذب والحق في الإعلام، المرجع السابق، ص 322.

اللغة العربية أساسا في ذلك، هذا ما يمكن تطبيقه على الإعلانات الإلكترونية بما أن المشرع قد أخذ بمبدأ حرية اختيار وسائل الإتصال المستعملة¹.

كما ألزم المشرع الجزائري نفس الشيء في نص المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية 05-18 المورد الإلكتروني بتقديم العرض التجاري بطريقة مرئية مقروءة ومفهومة².

ويتضح لنا من خلال النصوص السابق ذكرها أن المشرع الجزائري لعل نيته في استخدام وتكرار نفس المصطلحات الثلاثة " مرئية، مقروءة، مفهومة" تنصرف إلى إلزام المورد الإلكتروني بتقديم العرض بطريقة واضحة لا لبس فيها حتى يتمكن المستهلك الإلكتروني من استيعابه.

و عليه نصل لإعتبار أن الإعلانات الإلكترونية الواضحة تحقق للمستهلك مزايا كثيرة منها تنوع المنتجات والخدمات، وكذا إمكانية الاتصال مباشرة بالمعلن لإجراء حوار معه حول مايتضمنه الإعلان، كما تمكنه من إجراء مقارنة بين سلع وأسعار الشركات المختلفة في دقائق وجيزة، وتلك المقارنة تدفع بالمنتجين إلى تحسين منتجاتهم وإيضاحهم بشكل يجذب المستهلكين ومن بين مجموعة البيانات في الإعلان الموجه للمستهلكين يتعين على المعلن توضيحها منها: شخصية المعلن وعنوانه، وأرقام هاتفه وموقعه الإلكتروني، والسلعة أو الخدمة التي يعلن عليها وكذا كيفية الحصول عليها بشكل واضح على موقعه أو بريده الإلكتروني، مما يسهل على أي مستخدم رؤيتها بسهولة واتخاذ قرار بشأنها.

¹ _ المادة 5 من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف ذكره، ونص المادة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 السالف ذكره.

² _ ألزم المشرع على المورد الإلكتروني أن يقدم العرض التجاري بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، ولمعرفة المزيد عن هذه المعلومات أنظر المادة 11 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.

ثانياً: منع وحظر الإعلان التجاري الإلكتروني المضلل

يعتبر الإعلان التجاري مظهر من مظاهر المنافسة المشروعة، وعامل من عوامل التسويق وأداة من أدوات إعلام الجمهور بالمنتجات والخدمات، وقد عرف على أنه: الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك، أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك¹ أو هو عبارة عن معلومات تؤدي إلى الوقوع في الغلط والخداع فيما يتعلق بعناصر وأوصاف جوهرية للمنتج².

ومناطق عدم مشروعية الإعلان المضلل هو خداع المستهلك وما يترتب عليه ذلك من آثار سلبية، لذلك المشرع الجزائري منع الإعلان المضلل من خلال نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 90-367³، كما يلي: "يمنع... استعمال أية إشارة، أو أية علامة، أو أية تسمية خالية أو أي طريق للتقديم أو الوسم، أو أي أسلوب للإشهار أو العرض، أو البيع من شأنها أن تدخل لبس في ذهن المستهلك..."، هذا ونص في المادة 28 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁴، على منع كل إعلان تضليلي لاسيما إذا تضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.

¹ عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 78.

² عمارة مسعودة، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني من خلال الإعلان التجاري الكاذب والحق في الإعلام، المرجع السابق، ص 323.

³ المرسوم التنفيذي 90-367 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 1990 والمتعلق بوسم السلع الغذائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 50 الصادرة سنة 1990، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-484 المؤرخ في 22 ديسمبر 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 83، لسنة 2005، ملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 58.

⁴ تنص المادة 28 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، السالف الذكر: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي، لاسيما إذا كان:

_ يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته، أو نشاطه.

_ يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الإقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

كما نص على نفس المبدأ في المرسوم التنفيذي رقم 13-378 في نص المادة 56: "تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك"، كما لم يغفل المشرع الجزائري عن منع الإعلان التجاري الإلكتروني المضلل من خلال قانون التجارة الإلكترونية 05-18 وفي نص المادة 129¹، والتي تنص على أنه: "... التأكد من جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة".

وما نلاحظه من خلال النصوص القانونية السابق ذكرها أن المشرع الجزائري أخذ من خلال هذه المواد بما سماه بالإعلان التضليلي الذي يوقع لبس في ذهن المستهلك مما يؤدي إلى خداعه.

أما في بعض التشريعات الأخرى نجد مثلاً قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، والذي أوصى بضرورة حماية المستهلك من الوقوع في الخطأ، فقد نصت المادة 6 من هذا القانون على أنه: "كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه، وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق إنطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط"².

نستنتج من خلال هذا النص أن المشرع المصري ألزم المورد أو المعلن بإعلام المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة السلعة أو الخدمة وخصائصها، كما وضع عقوبة جنائية على المعلن في حالة قيامه بتضليل المستهلك، أو في حالة ارتكاب أفعال تؤدي به إلى خلط أو غلط، وهذا كله في إطار منع الإعلان المضلل.

والجدير بالذكر أن الإعلانات الإلكترونية المقارنة فهي مضللة، لأنه بإمكانها أن تؤدي إلى وقوع إلتباس مع منتجات أو خدمات أخرى أو لنشاط آخر مع بائع آخر، ونص على ذلك القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المادة 28 فقرة 2 منه: "يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي، إلى الإلتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو

¹ _ المادة 29 من قانون التجارة الإلكترونية 05-18، السالف الذكر.

² _ عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 79.

خدمته أو نشاطه"، هذا من جهة ومن جهة أخرى الإعلانات المقارنة يمكن أن تعطي رواج لمنتج معين على حساب منتج آخر ما ينجم عنه ضرر لهذا الأخير.

وعلى العموم يصح القول إن الإعلان التجاري الذي يستوفي كامل عناصره الأساسية إيجاب بالمعنى القانوني بحيث إذا اقترن بقبول المستهلك انعقد العقد، وحتى لا يبقى الإشهار فإنه لا بد من البحث في الوسائل المدنية لحماية المستهلك من الإعلان التجاري المضلل الإلكتروني¹، لحد من آثاره السلبية ووقف التجاوزات، وهذا بهدف خلق نوع من الحماية بين جمهور المستهلكين من جهة، وجو ملائم للمنافسة المشروعة والنزاهة من جهة أخرى².

وهذه الوسائل تختلف بين المرحلة السابقة للتعاقد وفي مرحلة إبرام العقد، بحيث أنه لا يتصور وجود عقد بين المعلن والمستهلك ولا تربط بينهما أية رابطة عقدية ومن ثم فإن الأخطاء التي تصدر عن المعلن خلال هذه المرحلة تثير المسؤولية التصيرية، أما إذا كان الإعلان الناتج خلال مرحلة إبرام العقد فإنه لا بد من حماية المستهلك من آثار هذا التضليل الإعلاني، والمشرع في القانون المدني الجزائري لم ينص على حماية خاصة للمستهلك من الإعلان المضلل، وإن حصل وأصيب المستهلك بضرر جراء الإعلان المضلل يستطيع طبقاً لقواعد القانون المدني أن يرفع دعوى التدليس.

¹ _ مها يوسف خصاونة، رشا محمد تيسير حطاب، الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضلل وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني، (دراسة مقارنة)، كلية القانون، جامعة اليرموك، أربد (المملكة الأردنية الهاشمية)، عدد 9، فبراير 2012، ص 168.

² _ بليمان يمينة، الإشهار الكاذب أو المضلل، المرجع السابق، ص 299.

المبحث الثاني: حماية المستهلك من خلال الإعلام الإلكتروني

نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي وظهور شبكة الإنترنت وازدياد استعمالها في مختلف المجالات التجارية¹، إذ أتاحت الشبكة المعلوماتية لمستخدميها العديد من حالات التعاقد دون أن تكون لأطرافها الخبرة والدراية الكافية لإبرامها، بسبب عدم تزويدهم بالمعلومات اللازمة لتقرير رضاهم، لذا أصبح الإعلام من الحقوق الأساسية في العقود التي تتم عن بعد باعتباره شرطاً لحرية الاختيار والتعاقد بإرادة كاملة ومسؤولة.

فازداد العروض من سلع وخدمات على مختلف ألوانها وأشكالها هو ما أدى بالمستهلك الإلكتروني إلى فقدان التركيز للتعرف على ما هو أصلح إليه، وما يزيد الأمر تعقيداً أن المستهلك غالباً ما يفقد الخبرة والمعرفة الكافية للتعرف على السلعة أو الخدمة وتمييزها عن غيرها، ومدى معرفة فائدتها وجودتها وأساليب استخدامها، فكان لابد من تزويد المستهلك بالمعلومات اللازمة والكافية للاختيار بين السلع المعروضة²، ومن هنا جاءت ضرورة إعلام المستهلك وهذه الضرورة هي من تنشأ التزام على عاتق المهني المحترف بإعلام المستهلك بالمعطيات اللازمة بهدف الإحاطة بموضوع التعاقد من كل جوانبه، وبالتالي حماية إرادته وكل ذلك تكريساً لمبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود.

وهكذا تم سن تشريعات لترتيب التزام المنتج بمد الطرف الآخر الضعيف في العلاقة العقدية وهو المستهلك بجملة من البيانات تسمح له بعد ذلك بالتعاقد عن وعي وعلم كافيين، ومن ثم تصدر عن الإرادة التعاقدية عن رضا حقيقي وتبصر، باعتبار أن المجال الإلكتروني يلعب دور كبير في خلق المركز الضعيف الذي يتواجد فيه المستهلك، ومن ثم تبدأ ملامحه قبل التعاقد عن طريق الضغط الممارس عليه من خلال الدعاية الترويجية المضللة بشكل إلكتروني حديث، ومن ثم ينشأ على عاتق المهني التزام بتزويده بالمعلومات

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص75.

² _ فتحي بن جديد، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2014، ص225.

اللازمة والكافية والتميز بينها والتعرف على أصلح ما يحتاج إليه المستهلك، حتى يكون على علم بكافة الظروف وأبعاد تعهداته المستقبلية¹.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الإعلام الإلكتروني، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن الالتزام بالإعلام الإلكتروني بين التنفيذ والجزاء المترتب على الإخلال.

المطلب الأول: مفهوم الإعلام الإلكتروني

يساهم الإعلام² الإلكتروني في حماية المستهلك الذي يتعاقد عبر الإنترنت، حيث يمكنه من اقتناء المنتج عن وعي ودراية، وبشكل يتوافق مع احتياجاته الاستهلاكية، مما يعيد التوازن بين أطراف العلاقة الاستهلاكية الإلكترونية.

ويتمتع المحترف في عقود الاستهلاك الإلكترونية بخبرة فنية ومعرفة تقنية تمكنه من إدراك تفاصيل مختلف المنتجات التي يقدمها، على خلاف المستهلك الإلكتروني الذي يتلقى العروض الخاصة بالعديد من المنتجات المتشابهة، دون إمكانية تحديد المنتج الذي يلائمه³.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سيتم التطرف في الفرع الأول إلى مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني، أما الفرع الثاني سيتم تبيان صور هذا الالتزام.

¹ - جلول دواجي بحلول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 79.

² - محور الإعلام ركيزة أساسية في المنظومة القانونية لحماية المستهلك، ويستهدف بالأساس مساعدته على اتخاذ قرار حر ومنتدبر فيه، وينتهي به إلى علة من الاستعمال المجدي والأمن للمنتج، وقد تم التعبير عن ذلك مبكراً في القانون 89.02 في مادته الثالثة، ثم سعى في هذا إلى تفعيله في مختلف المنتجات: الطبية والصيدلانية والغذائية واسترسل في تطبيقه إن كان على مستوى الإعلام عن خصائص المنتج وكيفية استعماله أو تعلق الأمر بالإعلام عن الأسعار والتعريفات وشروط البيع أو حتى الإفضاء بمكانم الخطورة فيه. أنظر: شهيدة قادة، التجربة الجزائرية في حماية المستهلك: بين طموح وتطور النصوص وإفتقاد آليات تطبيقات، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، دار كنوز للإنتاج والنشر والتوزيع، تلمسان، الجزائر، العدد 01، 2014، ص 21.

³ - أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 348.

الفرع الأول: تحديد معنى الالتزام بالإعلام الإلكتروني

إن تحديد معنى الالتزام بالإعلام الإلكتروني يقتضي بالضرورة تعريفه (أولاً)، وتبيان خصائصه (ثانياً) وتميزه عما يشابهه (ثالثاً)، كما يقتضي الأمر أيضاً ذكر شروطه (رابعاً) وتحديد طبيعته القانونية (خامساً)، وذلك بغية رفع أي لبس أو غموض قد يكتنف هذا التزام.

أولاً: تعريف الالتزام بالإعلام

لا يستطيع أحد أن ينكر أن فضل القضاء في إنشاء الالتزام بالإعلام، لكن هذا لم يمنع الفقه من الاهتمام والبحث في الموضوع ذاته، ويعبر الفقيه الفرنسي "Juglart" من أوائل الشراح الذين طرخوا المسألة في كتابه "الالتزام بالإعلام في العقود" وذلك من خلال استقراء النصوص والقرارات القضائية، وإذا كان "Juglart" لم يجد أمامه سوى قواعد قانون المدني والاجتهادات القضائية فإننا اليوم محضون لأن الالتزام بالإعلام أصبح من المواضيع الأكثر اهتماماً وعناية لدى الفقهاء¹.

وعلى ضوء ما جاء في النصوص القانونية وما قدمه كل من الفقه والقضاء من اجتهادات وأراء - وإن كانت متباينة - سوف نبسط المسألة بين معالمها بالتطرق إلى تعريف الالتزام بالإعلام من الناحية الفقهية، ثم التشريعية.

01- التعريف الفقهي للالتزام بالإعلام:

جاءت التعريفات للالتزام بالإعلام بين الفقهاء متباينة وسوف نورد بعضها في العقود التقليدية والحديثة.

أ- التعريف الفقهي للالتزام بالإعلام في العقود التقليدية:

عرف بعض شراح القانون الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأنه "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة

¹ - تعددت التسميات التي استخدمها فقهاء القانون للدلالة على الالتزام بالإعلام فعرف بأنه: التزام بالتبصير، التزام بالإخطار، التزام بالإفشاء، التزام بالإعلام، ويعتبر الاسم الأخير وكذا الاسم الأول وهما الإعلام والتبصير أكثر استعمالاً لدى الفقه والقضاء، أنظر: صبيحي فوزية، قماري (بن ددوش) نظرة، الإخلال بالالتزام بالإعلام كخطأ في المسؤولية الطبية على ضوء قانون الصحة الجديد، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، العدد 02، ديسمبر 2019، ص 88.

لإيجاد رضاء سليم كامل متنور، بحيث يكون للمتعاقد الآخر على علم بكافة تفاصيل هذا العقد¹.

كما يعرف على أنه "التزام المنتج أو المهني بوضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم، له سواء أكانت سلعة أو خدمة وهو ما يتطلب أن يبين المنتج أو المهني للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له"².

ويعرف كذلك بأنه "التزام سابق على التعاقد، يتعاقد بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم كافة تفاصيل هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يسلم بيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالأداء بالبيانات"³.

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد"⁴.

كما يعتبر الالتزام بالإعلام: "واجب مفروض بواسطة القانون، لاسيما على بعض البائعين الحرفيين أو الشركات المتخصصة، بتقديم المعلومات التي تتصل بمحل العقد أو العملية المزعوم القيام بها، بواسطة الوسائل الملائمة كالبيانات الإعلامية والإشهار..."⁵.

¹ _ عبد الله نيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 86.

² _ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 ص 134.

³ _ أكسوم عيلاّم رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 349.

⁴ _ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك في المعاملات الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، الدراسة الجامعية، مصر، 2007 ص 127.

⁵ _ حامق ذهبية، الإلتزام بالإعلام في العقود، أطروحة دكتوراه دولة، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 09.

ويعتبر أيضا الإلتزام بالإعلام: "الواجب الضمني الذي أوجده القضاء، والذي يلتزم الطرف أكثر خبرة، والأفضل معرفة بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد"¹.

ومن هذه التعاريف يتضح بأن التزام المهني أو المتدخل بتبصير أو إعلام المستهلك بكل ما يتعلق بعملية البيع عبر شبكة الإنترنت، يكون سابقا على التعاقد، وذلك لكي يكون المستهلك على بينة من أمره حول الخدمة أو السلعة المعروضة عليه².

كما يؤخذ على التعريفات السابقة أنها تضيق من الإلتزام بالإعلام فتقتصره على المرحلة السابقة على التعاقد، فتعرفه بأحد صوره وهو الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام، في حين أن هذا الإلتزام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد ويستمر أثناء تنفيذ العقد، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن ما يحمى لهذه التعريفات أنها لم تجعل الإلتزام بالإعلام قاصرا على عقد معين بل جعلت منه يمتد ليشمل كافة عقود الاستهلاك.

ومن خلال استعراض ما سبق يمكن تعريف الإلتزام بالإعلام بأنه: "اللتزام يفرض على أحد طرفي عقد الاستهلاك إعلام الطرف الآخر بما يجهله من بيانات جوهرية مرتبطة بالتعاقد وذلك في الوقت المناسب مستخدما في ذلك اللغة والوسيلة الملائمة لطبيعة العقد ومحله"³.

ب- التعريف الفقهي للإلتزام بالإعلام في العقود الإلكترونية:

إن كان الإعلام في العقود التقليدية يتم بالطرق العادية المألوفة، فإنه في عقود التجارة الإلكترونية يتم بشكل إلكتروني من خلال وسائل إلكترونية أهمها وأكثرها انتشار شبكة الإنترنت، حيث يقوم المهني أو المتدخل بإعلام المستهلك إلكتروني عبر المواقع التجارية الإلكترونية، بالمعلومات والمعطيات والعناصر الضرورية ليكون على بينة من أمره ويتخذ قراره بالتعاقد أو الانسحاب وعدم إبرام العقد، فيعرف الإلتزام بالإعلام الإلكتروني على

¹ _ زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية المنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص137.

² _ رحمون شتوح، بعجي نوردين، حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص431.

³ _ مالكي، محمد، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون تخصص قانون المنافسة والإستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص 40.

أنه: "التزام يقع على عاتق التاجر الإلكتروني، أو مقدم الخدمة الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة، بمقتضاه يخبر المستهلك بشخصيته، وبياناته التجارية وبكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد، والتي بناء عليها يتخذ المستهلك بالإقدام على التعاقد أو التعاقد بناء على إرادة حرة مستنيرة"¹، كما يعرف على أنه: "التزام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع العقود الإلكترونية، يلتزم المهني خلاله بإعلام المستهلك الإلكتروني حول الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، حتى يكون المستهلك على بينة من أمره فيصدر قراره بناء على إرادة واعية ورضا سليم"².

وبالتالي فالالتزام بالإعلام هو إحاطة المتعاقد بالمعلومات الهامة والمؤثرة في إقدامه وإحجامه على التعاقد، فهو التزام يقع على عاتق المهني بمقتضاه يبصر المستهلك بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد سواء كان محل العقد سلعة أو خدمة والتي يتخذ المستهلك بناء عليها قراره بإتمام العقد أو بالانصراف عنه بناء على إرادة حرة.

والالتزام بالإعلام سواء بشكله التقليدي أو الإلكتروني، قد يكون في المرحلة السابقة على التعاقد أي في مرحلة المفاوضات، حيث يلتزم التاجر المهني بتقديم المعلومات والإرشادات التي تسمح للمستهلك بتكوين فكرة واضحة عن العقد ومحلّه، وتبصره بكل أمر يمكن أن يؤثر على قراره، وبذلك تكون إرادة المستهلك حرة في التعبير عن القبول، ويسمى "الالتزام قبل التعاقد بالإعلام"، وهو التزام قانوني يلزم المهني قبل التعاقد الإلكتروني.

وبالتالي هذا الالتزام يلزم المهني بالإعلام خلال المرحلة السابقة على التعاقد وخلال مرحلة الإبرام والتنفيذ بالتصريح وإدلاء بجميع المعلومات الضرورية والمعطيات التي يحتاجها المستهلك وذلك باستعمال السلعة أو الخدمة وكذا تحذيره من المخاطر المصاحبة لهذا الاستعمال، حتى يتمكن من استعمال المبيع والانتفاع به بشكل سليم وآمن³.

¹ _ بوزكري إنتصار، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الباز02، سطيف، 2013، ص 20.

² _ أكسوم عيلاّم رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 350.

³ _ جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 82.

وبالتالي يعتبر الالتزام بالإعلام التزام سابق للتعاقد، إذ تعتبر الحكمة من وجوده، أن نظرية عيوب الرضا ونظرية الظروف ضمان العيوب الخفية قد لا توفر للمستهلك الحماية الكافية حيث قد يصعب على المستهلك إثبات وقوعه في الغلط حول صفة جوهرية من الشيء المبوع، في حين يكفي المستهلك لكي يستفيد من الحماية التي يكفلها له الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أن يثبت أن ثمة معلومات جوهرية متصلة بالمبيع ويعلمها التاجر ورغم ذلك كتمه وإياها أو كذب عليه فيها رغم علمه بأهمية هذه المعلومات بالنسبة للمستهلك¹. وكما تتمثل الغاية في تقديم المعلومات والبيانات للمستهلك قبل إبرام العقد من أجل تنوير إرادته، وتحديد مدى ملائمة المنتج لتلبية حاجاته قبل الإقدام على اقتنائه، خاصة أن البيئة الافتراضية والرقمية لا تسمح بالفحص المادي للمنتج، مما يجعل هذه المعلومات المقدمة من طرف المحترف مهمة جدا في تحديد المنتج².

02- التعريف التشريعي للالتزام بالإعلام:

في هذا الصدد سيتم تعريف الالتزام بالإعلام في العقود التقليدية، فضلا عن ذلك سيتم تعريفه في العقود الحديثة.

أ- التعريف التشريعي للالتزام بالإعلام في العقود التقليدية:

لقد نص المشرع الجزائري على أن الالتزام بالإعلام هو التزام أخلاقي، يقتضي حسن النية والنزاهة، التي تكون لدى المتعاقد عند إبرام العقد تطبيقا للمادة 107 من القانون المدني الجزائري، فالطرف القوي عليه أن يعلم الطرف الآخر بكل شيء عن محل الالتزام حتى العيوب الموجودة فيه لكي يبرم العقد بين المتعاقدين، وقد تعددت في هذا السياق التعريفات التي جاء بها المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك وقمع الغش³ بمقتضى المادتين 17 و18.

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 77.

² _ أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 350.

³ _ القانون رقم 03-09 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

حيث نصت المادة 17 على ما يلي: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم أو بأي وسيلة أخرى مناسبة تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم "، أما المادة 18 فقد نصت على: " يجب أن تحدد بيانات الوسم بطريق الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساس وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم عن المستهلكين وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها ".

والمشرع الجزائري من خلال هاتين المادتين 17،18 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر، أكد على وجوبية إعلام المستهلك بكافة المعلومات والبيانات والمواصفات التي تتعلق بالشيء المبيع محل العقد.

وكما قام المشرع الجزائري طبقا للمادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك¹، حيث تنص المادة 02 من هذا المرسوم على ما يلي: "يطبق هذا المرسوم على كل السلع والخدمات الموجهة للاستهلاك، مهما كان منشؤها أو مصدرها، ويحدد الأحكام التي يضمن حق المستهلكين في الإعلام".

وكما عرفه في المادة 08 من القانون 04-02 السالف الذكر والتي تنص على أنه: "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة ".

كما أقرت أغلب التشريعات الدولية والخاصة أقرت الالتزام بالإعلام، فالمشرع الفرنسي من خلال المادة 1- L111 من قانون الاستهلاك أكد على ضرورة إعلام المستهلك بالخصائص الجوهرية للسلعة أو الخدمة من طرف المهني، وعرفه بأنه الحالة التي يفرض فيها القانون على المهني أن يشعر المتعاقد الآخر بجوهر محل العقد ومكوناته، كما حرص

¹ _ المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، السالف الذكر.

المشعر الأوروبي بموجب المادة 10 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 بشأن التجارة الإلكترونية الإيدلاء ببعض البيانات المتعلقة بعملية إبرام العقد، منها الخطوات المختلفة التي يجب إتباعها لإبرامه¹.

ومن خلال التعريفات السابقة الذكر نلاحظ أن هدفها واحد ينصب حول إعلام المستهلك وتزويده بكل مشتملات السلعة أو الخدمة حتى يتسنى له الرغبة في التعاقد.

ب- التعريف التشريعي للالتزام بالإعلام في العقود الإلكترونية:

لم يستبعد المشعر في تنظيم أحكام الالتزام بالإعلام المنصوص عليها في المرسوم السابق ذكره²، فالإعلام الإلكتروني الذي يتم عبر شبكات الإنترنت، من خلال الاستعانة بوسائل الاتصال عن بعد، أين نص في المادة 3 فقرة 15 على المقصود بإعلام حول المنتجات "كل معلومة متعلقة بالمنتج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى، بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي"، وكما عرف من خلال المادة 03 فقرة 22 تقنية الاتصال عن بعد على أنها: "كل وسيلة بدون الحضور الشخصي والمتزامن للمتدخل والمستهلك، يمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين".

وتماشيا مع إمكانية الاستعانة بالوسائل الاتصال عن بعد في إعلام المستهلك، نص المشعر الجزائري في المادة 04 من المرسوم تنفيذي رقم 13-378³ الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بالإعلام المستهلك على أن إعلام المستهلك يمكن أن يتم من خلال الوسائل التقليدية المتعارف عليها في ذلك، على غرار الوسم ووضع العلامة، كما يمكن استعمال أي وسيلة أخرى، بما في ذلك وسائل الاتصال عن بعد، فالعبرة في تمكين المستهلك من العلم بالخصائص الأساسية للمنتج، بشكل يتناسب مع طريقة وضع المنتج للاستهلاك، أين حدد قواعد التي تطبق على المنتجات المعروضة للبيع عن طريق تقنيات

¹ _ شفارة عبد النور، حماية المستهلك في الخدمات المصرفية الإلكترونية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص فرع

قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص ص84 و85.

² _ المرسوم التنفيذي رقم 13-375 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، السالف الذكر.

³ _ المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر.

الاتصال عن بعد¹ واستثنى في ذلك المنتجات المقترحة للبيع عن طريق الموزعين الآليين أو المحلات التجارية الآلية، وهذا ما يتماشى مع مفهوم الاستهلاك الإلكتروني من خلال وسائل الاتصال عن بعد مرتبطة الإنترنت².

وبالتالي في سبيل إعلام المستهلك -تقليديا كان أو إلكترونيا- يقع على المنتج واجب إعطائه كل المعلومات المتعلقة بالمنتج، باللغة العربية لتمكين الجميع من معرفة كل مشتتات المنتج³، ويحق للمستهلك من خلال هذا الحق أن يعلم عن كل إيجابيات هذا المنتج والآثار الجانبية التي يلحقها، والحالات التي لا يجب استعماله فيها، وهذا ما نصت عليه المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الذي قرر للمستهلك الحق في العلم بالمنتج، كما تطرقت المادة 18 السابق ذكرها من قانون حماية المستهلك إلى ذلك، ويقابلها نص المادة 352 من القانون المدني والتي ألزمت البائع أن يعلم المشتري بكل الأوصاف الرئيسية التي يشتمل عليها المبيع⁴، كما أوجب المشرع الإعلام المسبق للمستهلك بشروط العقد من أجل تحقيق نزاهة وشفافية العمليات التجارية في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ويحدد العناصر الأساسية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، كما أكد المشرع الجزائري على ضرورة تمكين المستهلك من معرفة ثمن وأسعار السلع والخدمات وشروط البيع في القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 فبراير 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁵.

كما أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التزام إعلام المستهلك في مجال العقود الإلكترونية، مثلما فعل المشرع الفرنسي الذي نظم صراحة أحكام العقد الإلكتروني

¹ _ حدد المشرع الجزائري شروط وكيفيات المتعلقة بالإعلام المستهلك من خلال المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر.

² _ أكسوم عيلا رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 352.

³ _ القانون رقم 09-03 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر، المادة 17: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم ".

⁴ _ المادة 352 من القانون المدني الجزائري: الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

⁵ _ خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 4، جانفي 2011، ص 210.

الاستهلاكي ونص على واجب المنتج في الإعلام وذلك في المواد (L121-18) وما بعدها من قانون الاستهلاك الفرنسي.

وهو ما أكدته في المادة 20 من القانون المدني الفرنسي¹ فالمرجع الفرنسي عكس التشريع الجزائري، لا يكتفي في مجال التعاقد عن بعد بواجب المنتج في إعلام المستهلك، بل يلتزم بتحقيق واجب تأكيد إعلام المستهلك، ولعل السبب هذا هو تطور حجم التجارة الإلكترونية الذي أصبح اللجوء إليها ضروريا بسبب انخفاض تكلفة استخدام الإنترنت وزيادة الإقدام على التسويق من خلال الشبكة العالمية، ومن البيانات التي يلتزم المنتج ويحق للمستهلك معرفتها، أسم السلعة، بلد المنشأ، اسم المنتج أو المستورد وعنوانه وعلاقته التجارية إن وجدت، تاريخ الإنتاج ومدة الصلاحية، وكل ما يتعلق بالمنتج من سمات وأبعاد وأوزان ومكونات²، كما يدخل في مجال إعلام المستهلك خطورة المنتج وطريقة الاستعمال والحفظ كذلك.

مجمل القول أن المستهلك الإلكتروني قد يستعمل للتعاقد وسيلة أو أكثر للاتصال عن بعد وحتى لا يقع رهين الشك وعدم الثقة لجهله حقيقة من يتعامل معه، وحيث يفتقر للقدرات الفنية والقانونية التي تمكنه من الاستعلام حول المنتج، عمدت أغلبية التشريعات الإقليمية والدولية إلى تكريس التزام البائع بإعلامه بشكل واضح وكامل بجميع المعلومات التي تحدد العقد والتي يكون المستهلك الإلكتروني بحاجة إليها لدفعه نحو خطوات المعاملة التجارية الإلكترونية بشكل سليم.

ثانيا: خصائص الالتزام بالإعلام

من خلال التعاريف السابق ذكرها التي تبرز أهم سمات الالتزام بالإعلام يمكننا التعرف على خصائص الالتزام بالإعلام والتي سنتناولها آتيا:

¹Art 1602 code civil français : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement, ce à quoi les oblige ».

² _ فلاح سفيان، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم الجزائر، العدد2، جوان 2018، ص403.

01- الالتزام بالإعلام يتصف بالعمومية:

لعل من خصائص الالتزام بالإعلام هو الأساس الذي يبنى عليه هذا الالتزام القانوني، فمن يطالب بهذا الالتزام يرجع بفكره إلى نزاهته في عمله هي من تستدعي القيام بهذا الالتزام، إضافة إلى أن القانون يحرص على ذلك أيضا، كما أن الالتزام بالإعلام هو التزام شامل، أي يجد أساسه في مختلف بقية الالتزامات كالالتزام بالتسليم، الالتزام بالضمان، فهو ليس حديث النشأة، وإنما تبلور عبر عدة مراحل حتى رسى على هذا النحو. ولعل ما يهمننا في هذا العنصر من الدراسة هو أن الالتزام بالإعلام هو التزام سابق على إبرام جميع أنواع العقود فهو أكثر من بعضها الآخر، ومثالها تلك التي محلها أشياء معقدة فنيا، أو ينطوي استعمالها على خطورة ما، عملا لتحقيق الفائدة المرجوة منها، وحفاظا على سلامة المستهلكين.

وتظهر أهمية الالتزام بالإعلام بدرجة كبيرة في عقود الاستهلاك، نظرا لما يوليه جمهور المستهلكين من ثقة كبيرة بالمنتجين بوصفهم مهنيين أو محترفين، تتوافر لديهم مقومات العلم والدراية بالسلع والخدمات التي يتعاملون عليها، مما يستوجب عليهم الالتزام في إعلام المستهلكين إعلاما صادقا وصحيحا عن مخاطر هذه السلع والخدمات، رغبة في حمايتهم ووقايتهم من الأضرار التي قد تحدث لهم من جراء الجهل بحقيقة مخاطرها وطبيعتها.

02-الالتزام بالإعلام هو التزام وقائي:

ليس ثمة شك في أن وجود الالتزام بالإعلام سواء قبل التعاقد أو أثناء التعاقد في مجال التعامل والتزام المدنيين به، من شأنه أن يحفظ للعقود استقرارها ويحميها من عوامل الانهيار ودواعي الإبطال بعد قيامها لذلك فقد أشار الفقه الفرنسي إلى الدور الوقائي الذي يلعبه الالتزام بالإعلام في مجال العقود بقوله، أن أداء المدين لالتزامه بالإعلام قبل التعاقد خاصة من شأنه أن يؤدي إلى تفادي الحكم بإبطال العقد بالغلط والتدليس، وبالتالي بات وفاء المدين بهذا الالتزام عنصرا جوهريا في رضا الدائن بالعقد وفي مدى صحته ونزاهته، وكما علما سابقا أن هدف القانون من خلال النصوص القانونية هو استقرار المعاملات، فلا

يعقل أن يخالف أي التزام هذا المبدأ الأسمى، وهو مبدأ استقرار المعاملات وخاصة التجارية منها.

03-الالتزام بالإعلام غير مطلق:

إن بوجود قيد على مضمون الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وعدم إطلاقه، أنه الالتزام المدين فيه بإحاطة الدائن بجميع أو كل المعلومات المتصلة بموضوع التعاقد التي يعرفها عنه أيا كانت قيمتها ودرجة أهميتها سواء أكانت معلومات جوهرية أو غير جوهرية، حيث يسهل على الدائن التعرف عليها أو لا يتمكن من معرفتها.

وبالتالي فإن من مقتضى أن إطلاق مضمون هذا الالتزام، ومن مستلزمات تقييد محتواه أن يتم حصره في حد معين من المعلومات المتصلة بالعقد المراد إبرامه، فيلزم المدين وفقا له بإعلام الدائن بالمعلومات الجوهرية التي لها تأثير على رضائه بالعقد، ويجعلها الدائن جهلا مشروعاً ولا يملك وسائل الاستعلام عنها، وذلك حتى لا يصير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد سيفاً مسلطاً على رقاب المدينين به.

ولا يخفى أن إطلاق مضمون ومحتوى هذا الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من كل قيد، من شأنه أن يؤدي إلى آثار سيئة، وعواقب غير محمودة بالنسبة لطرفي العقد المزمع إبرامه، فلا شك أن إلزام المدين بتقديم جميع المعلومات التي يعرفها عن محل العقد لدائنه قبل العقد سواء أكانت مهمة بالنسبة للدائن أو غير مهمة، معلومة له أو غير معلومة، من شأنه أن يصيب المدين بالإرهاق والتعب، ويصيب الدائن بالخمول والكسل، فلا يكلف الدائن نفسه مشقة البحث عن أية معلومات تهمه بشأن العقد الذي يريد إبرامه، مادام أن من سيتعاقد معه سيكون ملتزماً بتقديمها إليه دون عناء أو تعب يتحمله في البحث عنها بنفسها.

04- الالتزام بالإعلام هو التزام مستقل:

الهدف من القيام الالتزام بالإعلام هو مواجهة اختلال التوازن القائم بين الدائن والمدين في العقد لذا فهذا الالتزام يقوم بعيداً عن العقد، وله استقلالية مطلقة عن العقد، عدا العقود التي تتناول استشارة والتي يكون فيها الالتزام بالإعلام هو لب وجوهر التعاقد.

وهذا ما أكده الفقيه محمد إبراهيم الدسوقي عند قوله: "إن التزام قبل التعاقد بالإعلام التزام مستقل، يقع على عاتق شخص ينوي التعاقد مع غيره وهو لا يقوم لحماية رضا الطرف الآخر، بل لتحقيق التكافؤ بين الطرفين، إعمالاً لمقومات العدالة العقدية"¹.

ثالثاً: تمييز الالتزام بالإعلام عن المفاهيم المشابهة له

الالتزام بالإعلام يتفق مع الالتزامات الأخرى في مجالات عديدة أنه يظل دائماً متميزاً عنها وأكثر الالتزامات ارتباطاً بالالتزام بالإعلام وشبهها له، الالتزام بالتحذير والالتزام بتقديم النصيحة، والتشابه الذي قد يثار بينه وبين هذه الالتزامات هو ما يدفعنا إلى ضرورة تحديد ما يميزه عنها وذلك من خلال ما يلي:

01- التمييز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بتقديم نصيحة:

الالتزام بتقديم نصيحة يقترب بشكل كبير من الالتزام بالإعلام، من حيث أنهما يردان على تقديم المعلومات للدائن بالالتزام، قصد مساعدته في اتخاذ القرار الصائب، لكنهما من ناحية ثانية يختلفان من حيث الطبيعة والمصدر، وكذلك من حيث المحل والغاية.

فكما سبق وأن وضحنا أن الالتزام بالإعلام عادة ما يقع على المهني المحترف، وإن كان في عدة أحيان يقع على عاتق المستهلك في حد ذاته وفقاً لطبيعة العقد وما يلزم من معلومات يقدمها المدين التي يحوزها، والتي من شأنها التأثير في قرار الطرف الآخر، وتعمل على تنوير إرادته، في حين أن الالتزام بتقديم نصيحة يكمن في تقديم المعلومات والتوجيهات المرتبطة بالوسائل الفنية الخاصة بالإنتاج أو إدارة المشروعات التي تتسم بالدقة والتعقيد وترتكز في عملها على الوسائل التقنية الدقيقة.

والالتزام بالنصيحة إذا تعلق بالأجهزة الإلكترونية، يتعين على المورد أن يعطي النصائح اللازمة لاستعمالها وإبراز عيوبها والمصاعب المرتبطة بها خاصة عملية تركيبها

¹ _ عادل عميرات، إلتزام العون الإقتصادي بالإعلام، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، عدد 13، جوان 2016، ص 234، انظر أيضاً: محمد إبراهيم الدسوقي، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، أسبوط، دار إيهاب، للنشر والتوزيع، 1985، ص 42.

وتكوين مستعملها، وكرس هذا الالتزام قانون حماية المستهلك وقمع الغش لاسيما المادة العاشرة منه¹.

كما يبرز بشكل واضح في العقود التي يكون محلها خدمات كالتوثيق والاستشارة القانونية والطبية حتى وإن تمت بوسائل حديثة كالإنترنت، فهناك العقد التوثيقي الإلكتروني والاستشارة القانونية أو الطبية عبر الوسائل الإلكترونية بما فيها العمليات الجراحية عن بعد بوسائل اتصال حديثة، وفي هذه الأمثلة الثلاث المذكورة يلزم الموثق والمحامي والطبيب بسداد النصيحة، كما ينطبق نفس الأمر على باقي مقدمات الخدمات كالسمسار بأنواعه ووسطاء التأمين وحتى المؤسسات المالية والبنكية يقع عليها واجب النصيحة سواء كان المتعامل معها بالطرق التقليدية أو بوسائل الاتصال الحديثة كالحساب الإلكتروني وبطاقات الدفع الإلكترونية².

02- التمييز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتحذير:

يتمثل الالتزام بالتحذير³ في لفت انتباه المستهلك عناصر لها طابع الخطورة، حيث ارتبطت نشأة هذا الالتزام بالتقدم التكنولوجي الذي صاحبه انتشار منتجات خطيرة ومعقدة، قد يترتب على سوء استخدامها أو على مجرد حيازتها أخطاراً، يمكن أن تسبب أضرار مادية وجسدية للمستهلك، مما يفرض على المحترف تحذير المستهلك الذي يقتني المنتج، مع ضرورة إعلامه بمصادر هذه الأخطار وأبعادها.

¹ _ (يتعين على كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص:

_ مميزاته وتركيبه وتغليفه وشروط تجميعه وصيانته.

_ تأثير المنتج على المتوجات الأخرى عند توقع استعماله مع هذه المنتجات.

_ عرض المنتج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله وإتلافه وكذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج).

² _ فتحي بن جديد، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق 239.

³ _ يعرف الالتزام بالتحذير على أنه التزام تبغي يقع على عاتق أحد الطرفين، بأن يحذر أحدهما الآخر أو يثير انتباهه إلى ظروف أو معلومات معينة، بحيث يحيطه علماً بما يكتنف هذا العقد أو ما ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية.

ويتشابه الالتزام بالإعلام مع الالتزام بالتحذير، أين يعتبر هذا الأخير جزءا من الكل، حيث لا يفترض عن الالتزام بالإعلام إلا من حيث المعلومات التي يقتصر عليها، والتي تتمثل في المعلومات والبيانات التي تتحمل صفة الخطر في المنتجات الخطيرة، على عكس الالتزام بالإعلام الذي يشمل كل المنتجات وكل البيانات المتعلقة بها¹، كما أنها تختلف عن الالتزام بالإعلام في وقت تنفيذه، فهو محصور في مرحلة تنفيذ العقد عكس الإعلام الذي ينفذ جزء منه قبل التعاقد، ويسمى بالإعلام غير التعاقدى وجزء الآخر ينفذ بعد التعاقد ويسمى بالإعلام التعاقدى.

رابعاً: شروط الإلتزام بالإعلام الإلكتروني

يمكن حصر الشروط الخاصة بالالتزام بالإعلام في إطار التعاقد إلكترونيا بشرطين إحداهما يتعلق بالدائن بذلك الإلتزام وهو المستهلك في العقد الإلكتروني، فلا بد أن يكون جاهلاً بالمعلومات الخاصة بالعقد والتي تكون ضرورية لتكون رضائه بذلك العقد، والثاني يتعلق بالمدين بذلك الإلتزام والذي يستلزم أم يكون المدين، وهو غالباً مهني محترف عالماً بالمعلومات التي تهم الدائن وتؤثر في قبوله بالعقد.

01- جهل الدائن بالمعلومات العقدية:

يرى بعض الفقه أن الإلتزام بالإعلام يقتصر على المتعاقد الذي يجهل المعلومات جهلاً مشروعاً مبرراً يعفيه ضرورة الاستعلام والتحري بنفسه²، ولذلك غالباً ما يكون هناك عدم تكافؤ في المراكز العقدية وذلك فيما يتعلق بالمعلومات الواجب توافرها في العقد الإلكتروني فلا تظهر أمام المستهلك، كأصل عام، سوى صورة للمنتج المراد بيعه عبر الموقع الإلكتروني ومن ثم يحتاج من الطرف الذي طرح المنتج إلى المعلومات كافية ليكون رضاه بذلك العقد.

أما لو كان المستهلك مهنياً "محترفاً" فعلمه مفترض بذلك المنتج وطريقة استعماله وبذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأن: "البائع المنتج للمنتجات التي تحمل

¹ - أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 353.

² - عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 93.

اسما خاصا بها لا يكون ملزما بأن يرفق طريقة الاستعمال في مواجهة شخص المشتري الذي يجب عليه بحكم صفته المهنية أن يعرف جيدا صيغة هذا الاستعمال، ويتضح جهل الدائن بالمعلومات العقدية في الجهل المستند إلى استحالة علم المتعاقد بالمعلومات اللازمة لإبرام العقد، وعليه ففي حالة علمه بتلك المعلومات ينتفي التزام المدين اتجاهه بإبلاغه بمثل تلك المعلومات، والاستحالة المقصود بها هنا هي التي يستحيل معها على المتعاقد، غير المحترف بالطبع، أن يعلم بكافة البيانات المتعلقة بالشيء محل العقد وغالبا ما يكون ذلك في العقود التي يكون محلها إعطاء شيء¹، ويتجسد ذلك عند حيازة المدين لمحل العقد بصورة لا تسمح للمستهلك الدائن بمعرفة أوصافه بشكل واضح ما يؤثر في رضاه على تلك السلعة أو الخدمة، وهو ما يتحقق في التعاقد الإلكتروني بالإقبال على تلك السلعة أو الخدمة بحيث يجد المستهلك نفسه أمام مجرد صورة لمنتج عبر وسيط إلكتروني ومن ثم يكون إخلال من الطرف الآخر بالتزامه بالإعلام وهو ما يسبب ذلك إخلال بمبدأ المساواة في العلم بين الطرفين². وبالتالي فالدائن يستحيل عليه أن يعلم بأوصاف الشيء محل العقد وهو في حيازة الطرف الآخر.

كما يمكن أن يستند جهل الدائن إلى اعتبارات الثقة المشروعة، المستندة إلى طبيعة المعاملة حيث لا تتعارض المصالح أو صفة الأطراف، لذلك فإن أي معلومة متعلقة بمحل العقد أو جهة الإنتاج أو الترويج والبيع للسلعة وتتعلق بشروط التعاقد من شأنها أن تؤثر بصورة مباشرة في إرادة المستهلك خلال فترة المفاوضات على شبكة الإنترنت وأن جهله أو تضليله ببعض تلك المعلومات قد يدفعه إلى إبرام ذلك العقد³، أما لو كانت المعلومات غير المعلن عنها في الموقع الإلكتروني ثانوية وغير مهمة في نظر المستهلك، أو كان المستهلك على دراية بها، في هذه الحالة لا يمكن أن نقول أن هناك التزام بالإعلام على عاتق المنتج.

¹ عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة أهل البيت، العدد 5، (د.م.ن)، (د.س.ن)، ص 209.

² قصار الليل عائشة، الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة باتنة، مقالة منشورة على الموقع: www.asjp.cerist.

³ عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 209.

02- علم المدين بالمعلومات العقدية:

إلى جانب الشرط السابق اشترط الفقه والقضاء أن يكون المدين عالماً بمجموع البيانات المتعلقة بمحل الالتزام، وأن يكون علمه هذا مؤثراً على رضا الدائن، ومن ثم وجب عليه التعهد بإعلام الطرف الآخر المستهلك، وفقاً لمبدأ الأمانة العقدية والثقة المشروعة في المعاملات في نطاق حسن النية والتي تعد أصلاً واجبا تم ترجمته في بنود العقد.

ومقتضى تقرير الالتزام بالإعلام، أن يتم إلقاء واجب الإعلام هذا على عاتق مقدم السلعة أو الخدمة ومن حكمه، بوصفه حائزاً لها وخبيراً لها بحيث يتحقق له العديد من سبل علم والمعرفة ما يؤدي إلى توافر قدر كبير لديه من المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، والتي ينبغي الإدلاء بها للطرف الآخر الذي يجهل مثل هذه المعلومات، وذلك عملاً على تنوير إرادة هذا الأخير وتصحيح رضائه لدى التعاقد.

ومن ثم يمكننا القول ببناء على ذلك أنه لا يكفي علم المدين بالمعلومات لوجود الالتزام بالإعلام عن المعلومات وإنما يجب أن يقترن هذا العلم بحقيقة جوهرية بأن هذه المعلومات التي يجب الإعلام عنها تؤثر في رضا الدائن بالعقد رضا مستنير، مما يوقع على المدين واجب التحري والاستعلام عما يهّم الطرف الدائن ومن ثم إعلامه بتلك المعلومات، وبالتالي يتضمن هذا الشرط الامتناع عن الكتمان للحقيقة عن المستهلك فيقع على عاتق البائع المهني الالتزام بالإعلام وعدم الكتمان، حتى يكون على بينة من محل التعاقد حيث أن هناك بعض السلع تحتاج إلى خبرة فنية لمعرفة ماهيتها أو قد يكون هناك عدم تعادل في المراكز القانونية بين المهنيين والمستهلكين مما يبرر هذا الهدف من وراء هذا الالتزام بالإعلام¹ وهو نفس الأمر الواقع في العقود الإلكترونية فيفترض في المدين المستخدم للوسائط الإلكترونية عند عرضه المنتج أو الخدمة أن يكون محيطاً بالمعلومات التي تكون ضرورية للمستهلك.

¹ - عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 210.

وترى الباحثة انه لا يقع على المستهلك واجب الاستعلام لأن المورد الإلكتروني هو الطرف الأكثر علماً وخبرة إتجاه الطرف أقل دراية الذي هو المستهلك، وبالتالي هو من يقع على عاتقه واجب الإعلام.

خامساً: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام.

إن الالتزام بالإعلام عبر شبكة الانترنت يعد من أهم الضمانات القانونية لتحقيق المساواة في العلم بين طرفي العلاقة، ومن أجل سلامة إرادتهما، وأن التعاقد يتم بين المتعاقد المهني وبين المستهلك اللذان يحتاجان إلى حماية قانونية، وبالتالي فالالتزام بالإعلام يقع على عاتق المهني المحترف ومقدم الخدمة في التعاقد الإلكتروني، هدفه إمداد المستهلك بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالتعاقد وذلك حتى يكون تعاقدته عن إرادة مستنيرة، فيجب أن تقدم المعلومات بداية تطبيقاً لمبدأ حسن النية التعاقدية إلى كل مستهلك مهني أو عادي.

الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام أثارت جدلاً فقهيًا طويلاً، فهناك من يرى أنه التزام يستمد وجوده من العقد، وهناك من ينفي الطبيعة العقدية لهذا الالتزام ويقول بأنه يستمد وجوده من مصادر أخرى ليس من بينها العقد.

فهناك من يرى أن الالتزام بالإعلام هو التزاماً عقدياً وفي المقابل من يربانه غير عقدياً فضلاً عن ذلك فهناك من يرى الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة وفي مقابل من يرى أنه التزام ببذل عناية.

01- الالتزام بالإعلام التزام عقدي:

ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن الالتزام بالإعلام ذو طبيعة عقدية وأن المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال به مسؤولية عقدية، واستندوا في تدعيم رأيهم إلى أن نظرية الخطأ في تكوين العقد والتي قال بها الفقيه الألماني إيهرنج¹، وبمقتضى هذه النظرية فإن الخطأ في مرحلة التفاوض هو خطأ عقدي يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية وقواعدها على مرتكبه سواء ترتب على هذا الخطأ عدم انعقاد العقد أو بطلانه وأن هذا الخطأ يرتب

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 122.

للمضرور حق المطالبة بالتعويض عن الخطأ كعقد لا كواقعة مادية بافتراض وجود عقد سابق على عقد الأصلي هو عبارة عن عقد ضمان مفترض مصدرا لهذا الالتزام، وتعتبر نظرية الخطأ في تكوين العقد من الآثار الأصلية التي يربتها بطلان التصرف.

ووفقا لهذا الرأي فإن المستهلك يستفيد من قواعد الإثبات في المسؤولية العقدية، وفي ذلك تيسيرا له وإضفاء أكبر حماية له، إذ يكفي أن يثبت عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام، حتى تترتب المسؤولية في جانب التاجر المدين بالالتزام، منا يذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه ينبغي من الناحية الواقعية في مجال الالتزام بتقديم المعلومات إهمال التفرقة بين الالتزام العقدي والالتزام غير العقدي، والتي لا تستند إلى أساس واقعي، وعليه من الأفضل بسط الطبيعة العقدية على كل منهما، وفي نفس الإطار فإن القضاء الفرنسي قضى بأن هذا الالتزام له طبيعة عقدية، حتى وإن كان ذلك في طبيعة العقد، ومرد ذلك الالتزام بالإخلاص وحسن النية الذي يوجد في مرحلة تنفيذ العقد¹.

02- الالتزام بالإعلام التزام غير عقدي

يذهب اتجاه آخر إلى كون الالتزام بالإعلام التزام غير عقدي والإخلال به يترتب مسؤولية تقصيرية، تقوم بحكم القانون وليس على أساس التصرف الباطل وهذه المسؤولية تستوجب التعويض كأثر ناتج عن العقد الباطل ولكن بوصفه واقعة مادية وليس باعتباره عقدا، ومن ثم يجب إثبات جميع أركان المسؤولية التقصيرية²، ويبرر أصحاب هذا الرأي أن رضا الذي هو أحد أركان العقد لم يتحقق بعد حيث أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يتم في مرحلة سابقة على التعاقد وبالتالي فليس من المعقول أن ينشأ فرع قبل نشوء أصله أو التزام قبل نشوء مصدره فالعقد حتى يمكن القول بأن هذا الالتزام هو التزام عقدي³.

أما المشرع فقد نص المشرع الجزائري على أحكام الالتزام بالإعلام مما يجعل هذا الالتزام قد يجد أساسه في النصوص التشريعية التي تفرضه ولا يعتبر التزاما عقديا.

¹ _ جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية المرجع السابق، ص 84.83.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 123.

³ _ جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع نفسه، ص 85.

ويرى جانب آخر من الفقه أن أساس الالتزام قبل التعاقد بالإعلام له ذاتية مستقلة لأنه يعد امتداداً لمبدأ حسن النية ووسيلة لحماية الإرادة الجاهلة لبعض البيانات والمعطيات المهمة في العقد، فمن يبيع منتجاً يلزم مسبقاً قبل التعاقد بإعلام المتعاقد على الخصائص المميزة والأساسية للمنتج باعتبار الالتزام بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة، ويمثل حماية المستهلك لأن ذلك فيه تخفيف لعبء الإثبات الذي يقع على المستهلك وهو الطرف الضعيف في مواجهة بائع محترف للإعلام فيحدث خلافاً في العلاقة العقدية، وما على المستهلك إلا أن يثبت فقط عدم التنفيذ من جانب المدين للالتزام¹.

والرأي الثاني وهو الرأي المرجح، إذ أن الالتزام بالإعلام هو التزام سابق على تكوين العقد فكيف يعتبر التزاماً عقدياً والعقد لم ينشأ بعد، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن مضمونه تزويد المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالتعاقد ومحلّه والتي بناءً عليها يقدم المستهلك على إبرام العقد أو ينصرف عنه، وما يؤكد ذلك هو أن المنتج كذلك يلتزم بتبصير وإعلام المستهلك، إذ عليه أن يرفق بالمنتج كل المعلومات اللازمة من مكونات المنتج وكيفية الاستعمال والصيانة وخطورته وكيفية الوقاية منها، فإذا أخل بالتزامه كان مسؤولاً أمام المستهلك².

وترى الباحثة أنه على الرغم من أهمية الرأي الأول ودوره في توسيع الحماية للمستهلك من خلال تسهيل إثبات خطأ المهني في أداء هذا الالتزام إلا أن حماية المستهلك يجب ألا تكون على حساب المنطق القانوني وضوابطه، فالالتزام بالإعلام هو التزام سابق على التعاقد ومنفصل عنه لأنه يهدف إلى تكوين الرضا الحر المستتير.

03- التزام ببذل عناية:

يرى الرأي الأول أن الالتزام بالإعلام عبارة عن التزام ببذل عناية، إذ يكفي أن يقدم المحترف معلومات والبيانات الضرورية الخاصة بالمنتج، وفي المقابل فإن الالتزام ليفرض

¹ _ فتحي بن جديد، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 86.

² _ جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 86.

ضرورة استعمال المستهلك لتلك المعلومات استعمالاً مطابقاً وصحيحاً لما تلقاه، فالمحترف لا يمكنه إجبار المستهلك على إتباع نصائحه وتحذيراته ولا يضمن عدم تحقيق الخطأ، لكون ذلك يتعلق بمحض إرادة المستهلك¹.

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن درجة العناية المطلوبة هنا هي عناية الرجل العادي²، ويرون أن الالتزام بالإعلام كأصل عام يعد التزاماً ببذل عناية، غير أن ذلك لا يمنع من اعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة خاصة فيما يخص الالتزام التعاقدى بالإعلام الذي يجد مجال تطبيقه في مرحلة تنفيذ العقد، هذا وإن الأخذ بهذا الرأي يجعل عبء الإثبات يقع على عاتق المستهلك، أي عليه إثبات خطأ المدين وعدم وفائه بالتزامه، أو قصر في تنفيذه بعدم بذل العناية اللازمة³.

04- التزام بتحقيق نتيجة:

بينما يرى الرأي الثاني أن الالتزام بالإعلام التزاماً بتحقيق نتيجة نظراً لكون ذلك يخفف على المستهلك عبء إثبات المسؤولية عن هذا الالتزام، باعتباره ضعيف في مواجهة طرف قوي يملك النفوذ الاقتصادي، ومن ثم فليس عليه سوى إثبات عدم التنفيذ من جانب المدين فقط لكي تترتب مسؤوليته، ولا يستطيع المدين التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي أو بإثبات خطأ الغير⁴، ولقد استند أصحاب هذا الرأي في تأكيدهم لهذا المعنى على العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي منها قررته محكمة استئناف باريس بتاريخ 12 جويلية 1972 في صدد مورد أجهزة الإعلام الآلي أن: "المورد ليس ملزماً بتحقيق نتيجة"⁵. ولعل هذا الرأي الأخير يوفر حماية أكثر للمستهلك، كونه ضعيف المركز القانوني والاقتصادي وعليه يكون الاتجاه الثاني الأرجح.

¹ _ أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 355.

² _ يقصد بالرجل العادي رجل من أوساط الناس من المهنة التي ينتمي إليها المدين (المحترف)، ليس أكثرهم حرصاً ولا أشدهم إهمالاً، فإذا كان المحترف قد بذل هذا القدر من العناية فلا يكون مسؤولاً أمام المستهلك، حتى ولو لم يتخذ هذا الأخير القرار الصائب.

³ _ جول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 87.

⁴ _ المرجع نفسه، ص 87.

⁵ _ أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع نفسه، ص 355.

الفرع الثاني: صور الالتزام بالإعلام.

يعتبر الالتزام بإعلام المتعاقد من الالتزامات التي كثر عنها الحديث في الآونة الأخيرة وكأنها جزء لا يتجزأ من الالتزامات الملقاة على عاتق أحد أطراف العقد، أو هما معا وباعتبار المراحل التي يمر منها العقد فإنه يثار الإشكال حول الفترة التي يتعين إعلام المتعاقد الآخر فيها، هل هي مرحلة ما قبل التعاقد وأثناءه فيكون من تم التزام قبل تعاقد لذلك انقسم الفقه إلى آراء فمنهم من اهتم بصنف واحد من التزام بالإعلام، هو الالتزام التعاقدية، على اعتبار أن هذه الالتزامات الناشئة عن العقد ومرتبطة به، حتى ولو أن الوفاء بها في بعض الأحيان يتم في المرحلة السابقة على إبرام العقد أو أثناء إبرامه.

وعلى عكس من هذا الاتجاه أقتصر جانب آخر من الشراح على دراسة الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية لأنه في نظرهم هو وحده الذي يمثل فائدة بالنسبة للمتعاقد ومن تم قالوا بالطبيعة قبل العقدية للالتزام بالإعلام¹، فهو مستقل عن العقد ويتعين الوفاء به في المرحلة السابقة على إبرامه.

ونظرا للانتقادات التي تعرض لها الاتجاهان، ظهر اتجاه ثالث يميز بين ما يسمى الالتزام قبل التعاقدية والالتزام بالإعلام التعاقدية، ولكن هذا التصنيف هو الشائع في الفقه، إذ سيتم خلال هذا الفرع التطرق إلى الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية (أولا)، كما سيتم التطرق إلى الالتزام التعاقدية (ثانيا).

أولا: الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية.

اتفق الفقه أن الالتزام قبل التعاقدية أو ما يسمى "الالتزام العام بالإعلام"²، ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد حيث يلزم أحد المتعاقدين (المتدخل) أن يقدم للطرف الآخر (المستهلك) المعلومات والبيانات اللازمة المتعلقة بالمنتج، بغية الحصول على رضا صحيح وسليم وكامل وتنوير إرادة المستهلك حين إقدامه على إبرام العقد من جهة ومن جهة

¹ _ الإلتزام بالتبصير أو الإلتزام بالإعلام، مقالة منشورة على الموقع: <https://qawaneen.blogspot.com>

² _ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2007ص

أخرى يبرئ ذمة المدين من هذا الالتزام، غير أن الدراسة في شأن هذا الالتزام، بينما في الثانية في الأساس القانوني له.

01- أصل الالتزام بالإعلام التعاقدية:

رغم ميلاد الالتزام بالإعلام في عقد البيع، إلا أنه ارتبط كثيرا بعقد الاستهلاك، فهو التزام عام بشأن كل عقود الاستهلاك، لهذا لا يعد التزاما عقديا بل هو التزام مستقل عن العقد وأصيل، وقد أوضحت الدراسات إلى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية إلى المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية أو مبدأ سلامة العقود، والذي يوجب أثناء مرحلة المفاوضات بأن يقوم المنتج بتقديم المعلومات الكافية المتعلقة بالوضع القانوني للشيء أو بصفاته المادية أو عن كيفية استخدامه وخصائصه وهي معلومات تبدو لازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك، مما يقتضي أن يعلم بها قبل التعاقد¹، ويعد الإعلان التجاري الوسيلة القانونية التي تكفل حماية المستهلك في هذه المرحلة السابقة على التعاقد بأن تزود المستهلك بالمعلومات اللازمة والكافية عن السلعة أو الخدمة التي ستصبح فيما بعد محلا للتعاقد، لكن الواقع يبين أن للأمر بعدا آخر ذلك أن المعلومات التي يتضمنها الإشهار التجاري إن لم تكن كاذبة فهي مبالغ فيها وبالتالي لا يصلح البناء عليها².

يقودنا هذا القول إلى أن البحث عن مواطن أخرى لحماية المستهلك تتناسب وأحداث هذه المرحلة، والتي تعتبر أهم ما يميزها إقبال المستهلك على التعاقد بهدف إشباع رغبة حقيقية لديه دون معرفة كيفية تحقق ذلك على الوجه المأمول، خاصة عندما يكون في مواجهة شخص محترف، ذي علم ودراية واسعة الأمر الذي يسخر عنه اختلال فادح في ميزان العلم والمعرفة بين هاذين الطرفين المقبلين على التعاقد على نحو لا يسمح بإشباع رغبة المستهلك بصورة موضوعية وعادلة.

02- الأساس القانوني للالتزام بالإعلام قبل التعاقدية:

في غياب نص قانوني يبين أحكام الالتزام قبل التعاقدية بالإعلام، قدم الفقه والقضاء الفرنسيان أسسا مختلفة ويتعلق الأمر بما يلي:

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 120.
² _ مالكي محمد، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون المنافسة والإستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص 52.

أ- الغلط:

إن الغلط¹ هو عيب من عيوب الرضا، فنجد أن الفقه عرفه على أنه: " وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته"²، وللمطالبة بإبطال العقد لابد أن يكون الغلط جوهريا، ويكون كذلك إذا بلغ حدا من الجسامة، وقد جاء نص المادة 82 من القانون المدني الجزائري مبينا الغلط الجوهري كما يلي: " يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك، نظرا لشروط العقد ولحسن النية، إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد"³.

نستنتج أن العقد لا يكون باطلا ما لم يكن عدم الإعلام منصبا على صفة جوهرية في الشيء المبيع وبلغ حدا من الجسامة.

ب- التدليس:

عرف الفقه التدليس بأنه: "حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد"⁴، وقد اتجه القضاء الفرنسي بداية من منتصف القرن الماضي إلى اعتبار مجرد الكتمان تدليسا، مما يؤدي إلى الإبطال استنادا إلى نص المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي وقد نقل مشرعنا الجزائري هذا الاجتهاد في نص المادة 86 فقرة 2⁵، لكنه اكتفى باعتبار النص يسري على العنصر الموضوعي للتدليس والمتمثل في الطرق الاحتيالية وهي

¹ من الفقهاء وخاصة الفرنسيين منهم من اعتبر مخالفة هذا الالتزام يمثل عيبا في الرضا ويشدد العقاب في هذه الحالة ويرجعها إلى قواعد الغلط.

(المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي)، حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتجات، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر 2011-2012، ص 90.

² فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص 76.

³ المادة 82 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁴ على فيلاي، الإلتزامات، (النظرية العامة للعقد)، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 124.

⁵ تنص المادة 86 فقرة 2 من الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري المرجع السابق، على مايلي: "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم تلك الواقعة أو هذه الملابسة".

الكذب، الحيل، الكتمان، والسبب في ذلك هو غياب حاجتنا إلى الإعلام، أما اليوم فقد تغير الحال فقد أصبح هذا الالتزام ضرورة أملاها واقع اقتصادي وقصور قانوني. وحسب أغلب الفقهاء إن نظرية الغلط لاتغني عن التدليس، لأنه في النظرية التقليدية للغلط لم يكن الغلط في القيمة أو في الباعث، ويبطل العقد في حين أنه لو حدث شيء من ذلك نتيجة التدليس يكون العقد باطلا بطلانا نسبيا.

ومن جهة أخرى إذا كان يمكن إبطال العقد للغلط فلا يمكن إبطاله للتدليس في حالة صدور التدليس من أجنبي، وبالتالي يمكننا القول أنه إذا كان الغلط يغني عن التدليس فإن التدليس لا يمكن أن يغني عن الغلط.

ج- العلم الكافي بالمبيع:

يقصد بالعلم الكافي بالمبيع الإحاطة بأوصافه الأساسية التي تبين للمشتري مدى صلاحيته لأداء الغرض المقصود منه، ولذلك يعتبر العلم الكافي أوسع نطاقا من مجرد تعيينه وفقا للقواعد العامة¹، وهو ما يبرر النص عليه استقلالا في المادة 352 من القانون المدني الجزائري²، رغبة في تحقيق حماية أفضل للمشتري، والتي تنص 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".

ويتحقق العلم الكافي بالمبيع بالرؤية المادية له³، أو لبيان أوصافه الأساسية فهو يقوم مقام الرؤية المادية⁴، وكما ينصب على طريقة استعماله ومكان خطورته فيه، مما يجعلنا

¹ _ أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، العدد 01، جوان 2010، ص ص174 و173.

² _ المادة 352 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

³ _ يرى العديد من الفقهاء أن عدم المساواة بين المتعاقدين في العلم هو من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الالتزام بالإعلام، لذا فإن عدم المساواة في المعرفة بين أطراف عقد الاستهلاك يبرر تقرير الالتزام بالإعلام للمستهلك، لذلك نجد أن الفقه والقضاء في فرنسا يتجهان إلى أن البائع المحترف ليس ملزما فقط بذكر البيانات العادية الخاصة بالمبيع، بل أنه ملزم بإزالة الشك حول استخدام الجهاز الفني أو المنزلي إذا ما كان شكل الجهاز يختلط مع أجهزة أخرى مخصصة لأغراض مختلفة، أنظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 379.

⁴ _ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء 04، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، الجزائر، 2000، ص 61.

أمام التزام بالوصف يمكن ترجمته إلى التزام بالإعلام يخول للمشتري حق رفع دعوى العلم الكافي¹، ومما لا شك فيه أن الوصف الذي يتحقق به العلم الكافي الذي يقوم به البائع بما يفترض فيه من علم ودراية بالمبيع لفائدة المشتري، وبما يفترض في هذا الأخير من جهل.

وبتحليل المادة السابقة² وجد الفقه تقابلا بين أحكام العلم الكافي بالمبيع وبين الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عدة نقاط لاسيما فيما يتعلق بالوقت الذي استلزم فيه المشرع للمشتري العلم الكافي بالمبيع، وبأوصافه الأساسية، نجد أن مثل هذا العلم لن يجد أهميته أو جدواه بالنسبة للمشتري إلا في مرحلة ما قبل التعاقد، وهي مرحلة تكوين الرضا اللازم لصحة العقد وبالتالي يتماثل الهدف المرجو منه مع هدف تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

وكذا فيما يتعلق بوسيلة العلم الكافي، فإنه ما من شك أنه يكون عن طريق البائع ويتطابق ذلك مع شخص المدين للالتزام بالإعلام، إذ أن المفترض في عقد البيع أن البائع يحوز المعلومات التي يجهلها المشتري، كما أنه الطرف الآخر في العلاقة العقدية المزمع إبرامها.

أما عن الجزاء المترتب على عدم العلم الكافي، وهو البطان، فإن دراسته تضيف بعدا ثالثا لمجالات تلاقي الالتزام بالإعلام بأحكام العلم الكافي، وذلك في ضوء استقلال أحكام العلم الكافي عن أحكام كل من تعيين المبيع والغلط³.

ويخلص الفقه إلى أن العلم الكافي بالمبيع شرط مستقل لصحة الرضا في عقد البيع، كما هو الأمر في الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وهو إيجاد رضا حر ومستنير لدى المستهلك على علم بموضوع التعاقد وبمدى ملائمة مصالحه المادية والاقتصادية⁴.

03- قواعد المسؤولية التقصيرية:

يحدث أحيانا أن القاضي يحكم عن الضرر المتولد عن الإخلال بالالتزام بالإعلام طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ، وقيام المسؤولية السببية، ذلك وفقا للمادة

¹ _ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب، الجزائر، 2006 ص 67.

² _ المادة 352 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

³ _ أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، المرجع السابق، ص 174.

⁴ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 194.

1382 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابل المادة 124 من القانون المدني الجزائري مادام الخطأ ارتكب خارج إطار تنفيذ العقد، فحكم القضاء بالتعويض حينما يحكم بالإبطال للغلط أو التدليس وحكم به في غياب حكم الإبطال للعيين السابق الذكر¹.

04- مستلزمات العقد:

لا يوجد في القانون المدني الجزائري قاعدة خاصة تفيد بوجود التزام بالإعلام في كافة العقود، إذ يذهب غالبية الفقه إلى إسناد الالتزام بالإعلام على أساس العقد ذاته، واعتباره من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة²، وذلك بمقتضى نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابلها المادة 107 من القانون المدني الجزائري³.

وعلى العموم يظل الالتزام العام بالإعلام التزاما قانونيا يستمد وجوده من المبادئ العامة للقانون مثل مبدأ حسن النية والإنصاف والنزاهة والتعاون ومن مبادئ الشريعة الإسلامية كأن يقع على عاتق البائع واجب توضيح استعمال الشيء المبيع للمشتري وتنبهه إلى الاحتياطات الواجب اتخاذها، فإن لم يتم بذلك اعتبر مسؤولا عن الأضرار التي تلحق بالمشتري، كما أن استحالة الإعلام لا يمكن أن يعتبر شرطا لالتزام المحترف، فهو لا يلتزم بالإعلام المستهلك حول ما يسهل التعرف عليه وتعتبر حالة الجهل لديه غير مشروعة⁴ كالالتزام ببيع السيارة على المشتري بضرورة حصوله على رخصة السياقة مثلا.

¹ _ قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 15 مارس 1972 نقلا عن جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون جامعة الجزائر، 2002، ص 36.

² _ فتحي بن جديد، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 232.

³ _ تنص المادة 107فقرة 2 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري والسالف الذكر: "لا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".

⁴ _ فتحي بن جديد، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، نفس المرجع، ص 233.

ثانيا: الالتزام بالإعلام التعاقدى

يقع الالتزام بالإعلام على عاتق الطرف الأكثر علما وخبرة اتجاه الطرف الأقل دراية وعلما بموضوع العقد حتى ولو كان مهنيا بدوره في مجالات أخرى، لأن عدم كفاءته في مجال تعاقد، وضعف معلوماته في هذا الميدان قد يفوت عليه فرصة الاختيار الواعي بمحل العقد فيأتي الالتزام التعاقدى بالإعلام من أجل تسهيل تنفيذ العقد.

يظهر الالتزام التعاقدى بالإعلام صورة الالتزام العام بالإعلام أثناء مرحلة تنفيذ العقد لذلك لا يكتمل دراسة هذا الالتزام العام ما لم تقارن بدراسة الالتزام التعاقدى بالإعلام.

إن نشوء الالتزام التعاقدى بالإعلام يكون بمناسبة نشوء كل عقد على حدى فهو أقرب إلى الالتزامات العقدية العادية كتسليم الشيء المبيع مثلا أما بعض الفقهاء اعتبروه التزاما تبعية يسمح بحسن تنفيذ الالتزامات العقدية الأصلية.

الأمر الذي اقتضى تخصيص التزام بالإعلام المتعاقد الآخر، بصرف النظر فيما إذا كانت عقود إذعان أو ينتمي هذا الوصف عنها، ويؤكد هذا القول الطبيعة الخاصة لعقود الاستهلاك التي تؤدي إلى التعاقد بدون تمكين المستهلك من الإطلاع على المعلومات التي يمكن أن تؤثر في توجيه إرادته، نظرا لعدم خبرته وللمركز القوي الذي يحتله المتعاقد الآخر، والثقة التي يوليها إياه المستفيد(المستهلك)¹.

فالالتزام التعاقدى بالإعلام هو التزام أصيل في العقد، يكون محل الالتزام قيام أحد طرفي العقد بتزويد الطرف الآخر بما يحتاج إليه من معلومات في مجال معين، مثلما سبق ذكره في المادة 352 من القانون المدني الجزائري والتي تلزم البائع بالإعلام التعاقدى في عقد البيع اتجاه المشتري، إضافة إلى نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي أكدت على أنه: "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"²، على أن هذا الالتزام لا يقع على عاتق البائع المحترف فقط باعتباره طرفا في العقد فيلزم بتقديم المعلومات

¹ _ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 375.

² _ المادة 107 فقرة 01 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

الضرورة البيانات الخاصة بالمنتجات والخدمات محل العقد، هناك أيضا الصانع أو المنتج يقع عليه التزام بالإعلام المستفيدين من المنتج أو المستعملين له إضافة إلى تقديم طريقة وكيفية استعماله خاصة وإن كان يتصف بالخطورة، وفي هذا الأمر سواء كان العقد تقليدي أو يبرم بوسائل إلكترونية.

فالالتزام بالإعلام قبل التعاقد التزام سابق على العقد ينشأ وينفذ في المرحلة السابقة على العقد فلا يوصف بأنه التزام عقدي، على خلاف الالتزام بالإعلام العقدي الذي يعتبر التزاما ناتجا عن العقد، وينفذ في مرحلة لاحقة كما يجد أساسه ومصدره من العقد سواء كان الالتزام أصلي أو فرعي يستوجب حسن النية، وهناك من الفقه من ذهب إلى التمييز بين الالتزام قبل التعاقد والالتزام التعاقدية على أساس معيار لحظة نشوء الالتزام وتنفيذه، فإذا تم قبل إبرام العقد فهو التزام بالإعلام قبل التعاقد، أما إذا كان تنفيذ هذا الالتزام بعد إبرام العقد يعتبر حينها التزام عقدي ينشأ مضمونه بحسب طبيعة العقد¹.

المطلب الثاني: الالتزام بالإعلام الإلكتروني بين التنفيذ والجزاء المترتب على الإخلال

إن أكثر ما يهم المستهلك عند إبرامه للعقود بشكل عام أو عبر شبكة الإنترنت بشكل خاص هو التأكد ومعرفة شخصية البائع أو التاجر الإلكتروني، إذ أن عدم معرفته لشخصية التاجر الإلكتروني وجهله لها من أهم المشاكل التي تثير قلق المستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية أي التي تتم عن بعد، مما يدفع به في الدخول في مفاوضات قبل إبرام العقد النهائي من خلال استخدام وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة.

وبالتالي يلتزم البائع بتمكين المستهلك بكل البيانات الضرورية لإتمام عقد البيع، وذلك لأن التعاقد الإلكتروني يستلزم أن يكون محدد بدقة وواضحا في جميع خطواته، ولا بد من ظهور كل البيانات الإلزامية الخاصة بالتعاقد مع العرض المقدم².

¹ _ فتحي بن جديد، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر المجال الإلكتروني، المرجع السابق، ص 23

² _ عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، الجزء 01، المجلد 27، 2013، ص 09.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن تنفيذ الالتزام بالإعلام الإلكتروني، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام.

الفرع الأول: تنفيذ الالتزام بالإعلام الإلكتروني

إن تنفيذ الالتزام بالإعلام الإلكتروني يقتضي تحديد نطاقه (أولاً)، كما يتعين تحديد مضمونه (ثانياً)، وكذا تبيان أهم الآليات التي تساهم في التنفيذ (ثالثاً).

أولاً: نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني

إن نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني له حدين، الحد الأول شخصي، أما الثاني فهو موضوعي، فإذا تم تحديد نطاقه وجب تحديد مضمونه.

01- نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص

يهدف الالتزام بالإعلام إلى إعادة التوازن بين طرفي العقد الاستهلاكي، باعتبار أن أحدهما محترفا مقارنة بالطرف الآخر الذي يجهل العلاقة التعاقدية، ولهذا وجب تحديد أطراف هذه العلاقة، والتي هي علاقة تعاقدية استهلاكية إلكترونية، والذان يتمثلان في الدائن بالالتزام (المستهلك)، والمدين بالالتزام (المورد).

أ- المدين بالالتزام بالإعلام الإلكتروني (المورد):

إن أكثر ما يهم المستهلك عند إبرامه للعقود عن بعد بشكل عام أو عبر شبكة الإنترنت بشكل خاص هو التأكد ومعرفة شخصية البائع الذي يتعامل معه ذلك لأن طبيعة التعاقد الإلكتروني تستلزم الوضوح في جميع خطواته بشكل قاطع لا لبس فيه¹.

ولهذا قرر الالتزام بالإعلام لأجل معالجة الإخلال في التوازن المعرفي بين المتعاقدين حيث أثبتت الدراسات أنه يوجد عدد كبير من المستهلكين الذين لهم القدرة الكافية للإحاطة علما بالمنتج محل التعاقد، مما أنتج نوع من عدم التكافؤ بين المتعاقدين في مجال المعلومات المتصلة بالعقد، وتزداد هذه الحاجة في التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية ويمثل المدين بهذا الالتزام الطرف القوي الذي يحوز العلم والمعرفة، بوصفه حرفياً أو مهنياً،

¹ -خلفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص203.

إذ يقع عبء تنفيذ الالتزام بالإعلام على كل محترف يتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك.

وهنا ذهب الفقه إلى تعريف المتدخلين بصيغة الجمع بأنهم: "جماعة المحترفين من المنتجين وبائعين وغيرهم الذين يقومون بإنتاج السلع الاستهلاكية وتسويقها بشكل دوري، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين وسواء كان انتماءهم إلى القانون الخاص أو القانون العام"¹ وقد ذهب فريق آخر المحترف بأنه: "ذلك الشخص الذي يمتلك المعلومات والبيانات والمعرفة التي تسمح له بالتعاقد على بيئة ودراية تامة، ومن ثم فهو ليس في حاجة إلى حماية قانونية خاصة مثل المستهلك، ومن المعروف أنه يمكن أن يتحمل التزامات أكبر بكثير من تلك التي يتحملها المستهلك البسيط، الذي تنقذه المعرفة مثل التزام المهني بتزويد المستهلك بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالسلع والمنتجات قبل إبرام العقد".

أما التعريف القانوني للمحترف عرف المتدخل في المادة 03 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والسابق الإشارة إليه أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد"².

كما عرفه أيضا باسم مصطلح العون الاقتصادي في نص المادة 03 من القانون رقم 02-04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية 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"³.

¹ _ حبيبة كالم، حماية المستهلك، مذكرة ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر 2004، ص15.

² _ المادة 03 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

³ _ عيساوي نبيلة، نورة جحايشية، الالتزام بالإعلام في مجال التجارة الإلكترونية، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني، المعنون بـ الإطار القانوني لممارسة التجارة على ضوء القانون 18-05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 8 ماي 1985، قامة. ص234.

وفي مجال التجارة الإلكترونية فقد استخدم المشرع الجزائري مصطلح المورد وعرفه بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"¹.

فالمشرع الجزائري من خلال قانون التجارة الإلكترونية استعمل لفظ مورد، أي اقتصر وصف المتدخل على الشخص الذي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلعة عن طريق الاتصالات مما يستبعد فئات الأخرى التي تتدخل في باقي مراحل عملية السلعة للاستهلاك كالإنتاج والاستيراد، والتخزين².

وبما أن المتدخل الإلكتروني يضمن إيصال ونقل السلعة التي يعرضها عبر الإنترنت للمستهلك، فإنه يستوجب إعادة صياغة التعريف بشكل يستوعب كل فئات المتدخلين في علنية عرض السلعة للاستهلاك، حيث أن الاختلاف بين المتدخل في العالم المادي ونظيره في العالم الإلكتروني يكمن في استعانة هذا الأخير بالاتصالات الإلكترونية، التي عليه وصف الإلكتروني³.

وبناء على التعريفات التي سبق وأن وضعتها التشريعات لمصطلح "المورد"⁴، بما فيها المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية 05-18 والسابق الإشارة إليه، يمكننا القول أن عبء تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع كل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك.

¹ _ المادة 06 فقرة 04 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.

² _ فرشيحي هاجر، الحماية القانونية للمستهلك في العقود الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 2، 2019، ص257.

³ _ المادة 03 فقرة 08 من قانون رقم 03-09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

⁴ _ عرف القانون المصري بشأن حماية المستهلك المورد بأنه: "كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو إنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في إحدى المنتجات أو التعامل عليها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق"، بينما عرف القانون اللبناني بشأن حماية المستهلك مصطلح المهني المحترف بأنه: " هو الشخص الطبيعي أو المعنوي، من القطاع العام أو الخاص، الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطا يتمثل في توزيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات، كما يعتبر محترفا لغرض تطبيق هذا القانون أي شخص يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها، وذلك في إطار ممارسته لنشاطه المهني".

ويستوي في ذلك، المنتج، الصنع، الوسيط، المستورد، التاجر، وبأدق صورة كل من يساهم ويتدخل في تقديم المنتج للمستهلك الإلكتروني، رغبة من المشرع في بسط أكبر قدر من الحماية، وذلك بجعل المتدخل كل من يتدخل في العملية الاستهلاكية، إلى غاية وصول المنتج إلى المستهلك، وسنحاول عرض من خلال ما يلي تعداد سلسلة المتدخلين في العملية الاستهلاكية الإلكترونية:

• المنتج:

يقصد بالمنتج صانع السلعة المعدة في حالتها النهائية التي عرضت بها في التداول، سواء أكانت جميع الأجزاء التي تتكون منها السلعة من صنعه، أم استعان من صنع غيره، ولا ينصرف لفظ المنتج إلى عماله أو تابعيه، كما يدخل في مفهوم المنتج أو الصانع صغار المنتجين وأرباب الحرف الذين يعتمدون في إنتاجهم الصناعي على مهاراتهم الشخصية، فالمنتج إذن هو الذي يوجد السلعة وذلك بتجميع المواد الخام والمواد الأولية لتصنيع السلعة ووضعها في شكلها النهائي لتكون جاهزة للاستخدام من طرف المستهلكين.

كما أن هناك من الفقه من يطلق على التزام المنتج " الالتزام بالإفشاء ويقصر على السلع الخطيرة والسلع التي تتسم بالحدثة"، وهنا كان لزاما على المنتج قانونا تقديم معلومات لتبصير المستهلك بالسلع خصوصا السلع المعقدة والحديثة¹.

إذن يعد المنتج أول المتدخلين الذي يقع عليه عبء الالتزام بالإفشاء لأنه على دراية تامة بالبيانات المتعلقة بمنتجاته ويساعده على ذلك كتابة هاته البيانات والمعلومات على أغلفة منتجاته أو في ورقة ملصقة عليها أو بواسطة نشرة مرفقة بها².

• التاجر الإلكتروني:

يعتبر التاجر وسيطا بين المنتج والمستهلك، فهو يشتري السلع من المنتج ويقوم بإعادة بيعها للمستهلك، إذن هو الطرف المباشر الذي يتعاقد مع المستهلك، وبالتالي يقع على عاتقه التزام

¹ _ جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص90.

² _ بن عديدة نبيل، الالتزام بالإفشاء وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، الجزائر، 2018، ص22.

بالإعلام، كونه الطرف القوي في مجاله، وانطلاقاً من أن مصلحة التاجر تكمن في حصوله على الربح فهو يسهل تكلفه بإعلام المستهلك عن السلع والخدمات وعن المخاطر المحيطة بها¹.

• المستورد:

يقصد بالمستورد الشخص الذي يقوم بشراء السلع نصف المصنعة أو تامة الصنع من خارج دولته، ليقوم بإعادة بيعها للمستهلكين بعد تصنيعها أو على حالتها، فهنا يكون المستورد في مركز التاجر المحترف، كونه يشتري السلع قصد إعادة بيعها، وبذلك يكون ملزماً بإعلام المستهلك حول طبيعة السلع المطروحة للبيع ومكوناتها وأوصافها ومخاطرها، وكل المعطيات والمعلومات التي يمكنه توفيرها للمستهلك حتى يعلم بحقيقة التعاقد والبيانات التفصيلية المتعلقة بأركانه وشروطه، ومدى ملاءمتها للغرض الذي يبتغيه من التعاقد.

وبخصوص التزام المستورد بالإعلام، يفرق بين حالتين، فالأولى تقضي بأنه إذا أستورد سلعة نصف مصنعة وقام بإتمام تصنيعها وعرضها للبيع، فإنه يصبح منتجاً لها، وبالتالي يقع عليه الالتزام بالإعلام والإفشاء بالصفة الخطيرة فيها وكيفية استعمالها والوقاية منها وإذا أخل بهذا الالتزام يكون مسؤولاً عن ذلك مثل المنتج.

أما الثانية تقضي بأنه إذا استورد المستورد سلعة كاملة الصنع، ثم أعاد بيعها على حالتها فيفترض هنا أن منتجها وضع معها مرفقات ونشرات توضح ماهيتها وطبيعتها، فإذا كانت بلغة غير الدولة التي يبيعها فيها، فهنا عليه أن يعيد ترجمة تلك النشرات والمرفقات ويضعها على السلعة، حتى يكون المستهلك الذي يشتريها على علم تام بها وبمخاطرها².

ونص المادة 03 فقرة 01 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 تؤكد ذلك والتي جاء نصها بما يلي: "على المنتج أو المستورد بحسب الأصول أن يضع

¹ _ جلول دواجي بجلول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 89.

² _ المرجع نفسه، ص 90.

باللغة العربية على السلع البيانات التي توجهها المواصفات القياسية المصرية 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 عليه¹، وبنفس المعنى جاءت به المادة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-203.

ب- الدائن بالالتزام بالإعلام الإلكتروني (المستهلك):

يعتبر المستهلك الإلكتروني دائن بالالتزام بالإعلام، ونظرا لكونه الطرف الضعيف في التعاقد والذي لا يملك المعلومات الجوهرية المتعلقة بالتعاقد بخلاف الطرف الثاني، ولأنه شخص بسيط لا تتوفر لديه مقومات الخبرة والدراية اللازمين للعلم والإحاطة بالمعلومات الهامة والضرورية المرتبطة بما يبرمه من عقود، وما يقتنيه من منتجات من أجل الاستهلاك³.

وفي إطار تحديد الدائن بالالتزام بالإعلام ينبغي الأعمال بمفهوم الواسع للمستهلك، فيستوي المستهلك وغير المحترف متى كان النشاط الذي يمارسه لا يسمح له بالإلمام بخصائص المنتج، وهذا ما يتماشى مع متطلبات الحماية الناتجة عن التعقيد الشديد والتقنية العالية في صناعة المنتجات المعاصرة⁴، ويبقى الالتزام بالإعلام التزام قانوني.

فلا يجوز إعفاء المحترف المتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك منه بحجة أن من يتعامل معه عبارة عن شخص متخصص، يمكن له تدبر العلم بالبيانات

¹ كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2012، ص 90.

² تنص المادة 18 قانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والسالف ذكره 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".

³ كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، نفس المرجع، ص 92

⁴ أكسوم عيلا رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 358.

الضرورية، فالقانون لم ينص على استثناء في حالة علم المستهلك بالمعلومات من هذا الالتزام¹.

02- نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الزمان:

الالتزام بالإعلام هدفه إعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالتعاقد حتى يأتي تعاقد معبرا عن إرادة حرة مستنيرة، وهو التزام يثقل كاهل المدين (الطرف الآخر المتعاقد مع المستهلك) بحيث يتعين تحديد الوقت الذي يجب على المدين الوفاء بهذا الالتزام وكذا تحديد اللغة التي يجب أن يتم بها.

أ- وقت الالتزام بالإعلام:

يعتبر الالتزام بالإعلام التزاما سابقا لإبرام العقد يهدف إلى تنوير وتبصير إرادة المستهلك في العالم المادي أو الإلكتروني، من خلال تزويده بمعلومات وبيانات تتعلق بحقائق وخصائص المنتج المراد استهلاكه قبل إقبال اقتنائه، فالحماية التي يوفرها الالتزام بإعلام المستهلك عبارة عن حماية وقائية سابقة للتعاقد، فلا جدوى من تنفيذ الالتزام بعد إبرام العقد واقتناء المنتج².

ووقت التبصير هنا قد يطول وقد يقصر، إذ يجب أن يتم في المرحلة السابقة للتعاقد، وهذه المرحلة قد تطول وقد تقصر، فإذا كان التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة يسمح بالمفاوضات قبل التعاقد، فهذه المفاوضات قد تستغرق وقتا طويلا وقد تتم في وقت قصير.

وبالتالي فميعاد الالتزام بالإعلام قد يطول أو يقصر تبعا لهذه المدة فهو جائز طوال هذه الفترة وقبل التعاقد النهائي، أما إذا كان التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة عبر الإنترنت لا يسمح بالمفاوضات ويضع شروطا عامة للتعاقد مسبقا ولا يسمح بتعديلها، فإذا أبدى المستهلك رغبته على التعاقد بناء عليها على المدين إعادة تبصيره بها وتأكيدا لها قبل تمام

¹ المادة 02 من المرسوم التنفيذي 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، السالف الذكر.

² أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 359.

التعاقد كما يجب عليه تمكين المستهلك من الإطلاع على تلك المعلومات طوال فترة التعاقد من خلال جعلها تحت سيطرته¹.

وحددت التشريعات المقارنة على فترة أداء الالتزام بالإعلام على غرار التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية في المادة 10 منه والتي أكدت على وجوب قيام المحترف بتبصير المستهلك بالمعلومات الضرورية قبل إتمام المستهلك للطلب.

وكذا المادة 04 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلكين عن بعد على أن تقديم المعلومات بشكل يفيد المستهلك لا بد أن تتم في وقت سابق لإبرام العقد².

ب- اللغة التي يتم بها الالتزام بالإعلام:

تعددت أشكال الحماية التي أضافتها المبادئ القانونية الحديثة للمستهلك من أهمها اللغة التي يتم بها الإعلام، إذ لا ينتج الالتزام بالإعلام أثره إلا إذا جاء باللغة التي يفهمها المستهلك فقد اشترط المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الأجنبية والعربية³، إعلام المستهلك باللغة العربية، حيث ورد في نص المادة 18 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر على أنه: "يجب أن

¹ _ كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 311.

² _ أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، 360.

³ _ كما تناول المشرع الفرنسي، مسألة اللغة والزامية صياغة الإيجاب بها في كل أنواع التجارة بما في ذلك التجارة الإلكترونية، بموجب القانون الصادر في 31 ديسمبر 1975، حتى بعده قانون توبون رقم 94-665 الصادر في 4 أوت 1994، الذي ينص على الاستعمال الإلزامي والغير وحيد للغة الفرنسية، أي إمكانية استعمال لغة أخرى إلى جانب اللغة الفرنسية (اللغة الأم). أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2005، ص 128.

وقد نصت المادة الثانية منه، على أنه يجب استخدام اللغة الفرنسية في الإيجاب في كل أنواع التجارة، بما في ذلك التجارة الإلكترونية وبصفة خاصة في التعليمات الخاصة بالتشغيل وشروط الضمان ووصف المنتج أو الخدمة، الفواتير والإيصالات، كما ينطبق هذا على الإعلانات المرئية والمسموعة أو الناطقة أو المكتوبة. أنظر:

Loi n 94- 665 du 04 aout 1994, relative a l'emploi de langue française, J.O.F 5 Aout 1994.

Voir le site : www.légisfrance.gouv.fr

Voir également : Bnsousan alain, le commerce électronique, Internet Aspect juridique, 2^{ème} édition, paris, 1998, p.29

تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساس وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها¹، إلا أن المشرع الجزائري لم يكتف بذلك، بل أصدر قانونا خاصا بالزامية تعميم اللغة العربية، والذي نص في المادة 19 منه: "يتم الإشهار بجميع أنواعه باللغة العربية، يمكن استثناء لغات أجنبية إلى جانب اللغة العربية عند الضرورة وبعد إذن الجهات المختصة".

وبذلك نجد أن المشرع الجزائري، قد وفق عندما نص على اعتماد لغة أجنبية أخرى والتي تكون مصاحبة للغة العربية، خاصة فيما يتعلق بموضوع الإشهار وأحكامه التي هي محل تطبيق حتمي على حال التعاقد الإلكتروني، وتظهر العبرة بإعلام المستهلك باللغة التي يفهمها في حماية المستهلك الطرف الضعيف بأن يتجه نحو التعاقد وهو على بينة فيما يخص تعهداته المستقبلية وإجراءات التعاقد، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد لغة أجنبية بديلة، ولكنه سمح على سبيل الإضافة أن يرد الإعلام بلغات أخرى، وبالتالي تعتبر إلزامية إضافة اللغة الأم لكل مستهلك والتي تعبر عن الحالة التي أضافتها المبادئ القانونية المعاصرة للمستهلك في نشاطاته حتى يتسنى له فهم مضمون العقد المقدم عليه، والتي أوجبت المبادئ القانونية الحديثة أن يكون العقد بلغة المستهلك.

فنستخلص من ذلك، أن مراعاة اللغة الأم للمستهلك هي أحد أهم وسائل الحماية التي نشأت في ظل المبادئ القانونية الحديثة، سواء تعلق الأمر بإعلام المستهلك بلغته أو إبرامه العقد بلغته أيضا، غير أن الأمر يزداد حدة في مجال التعاقد الإلكتروني، الذي يتسم بالطابع العملي والذي يتم غالبا باللغة الإنجليزية، الأمر الذي يستلزم تبني مختلف البدائل لاستخدام مختلف اللغات في المعاملات التجارية الإلكترونية، ذلك أن فهم المستهلك لمحتوى العقد يجعله في مستوى متقدم من الفهم يحفز على إبرام العقد برضا واع ومستنير.

¹ - خليفي مريم، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 213.

ثانياً: مضمون الالتزام بالإعلام

يهدف الالتزام بالإعلام إلى جعل المستهلك في أمان ضد مخاطر المنتج الذي يشتريه سواء كانت سلعة أو خدمة، وهو ما يفرض على المنتج أو المورد المهني التزاماً بإحاطة المستهلك علماً بظروف العقد وملايساته، كما يهدف إلى تزويد المستهلك بكل المعلومات الضرورية والبيانات حتى تتوضح له الصورة عن المنتج محل الاستهلاك، إذ نجد أن معظم التشريعات فرضت التزاماً على عاتق المهني بإعلام المستهلك الإلكتروني كما ذهبت إلى ذلك المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على إلزام البائع أن يوضح بدقة نطاق التزامه¹، ويشترط في هذه المعلومات والبيانات ما يلي:

01- أن يتضمن الالتزام بالإعلام معلومات صحيحة ودقيقة:

يتم الالتزام بالإعلام من خلال عبارات واضحة للدلالة وسهلة القراءة، حيث تتضمن معلومات صحيحة ودقيقة مطابقة ومعبرة عن خصائص المنتج، بما يتماشى مع الغاية من تقرير الالتزام بالإعلام، الذي يرمي إلى تنوير وتبصير المستهلك للتعاقد على غير تبصير بالتزاماته التعاقدية المستقبلية².

02- استعمال المحترف الوسائل الإلكترونية في الإعلام:

إعلام المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية يكون عكس إعلامه في عقود الاستهلاك التقليدية، والتي يأتي الإعلام فيها عن طريق معاينة المبيع والإطلاع عليه من جميع جوانبه أما في عقود الاستهلاك الإلكترونية يتم الإعلام من خلال الوسائل الحديثة مثل الكمبيوتر والإنترنت، فمن خلال تلك الوسائل يتم عرض صور للسلع التي يريد المستهلك التعاقد بشأنها، وبجانب تلك الصور يضع التاجر الإلكتروني بيانات حول شروط التعاقد من ثمن وشروط التسليم وشروط الوفاء بالثمن وكيفيته وخدمات ما بعد البيع، أي يضع كل

¹ - تنص المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي على أن "الالتزام بالإعلام يجد أساسه أيضاً في نصوص تقنين الاستهلاك الفرنسي حيث نصت المادة 111 الفقرة 01 على أنه يتعين على كل مهني يعرض السلع للبيع أو يقدم الخدمات أن يعلم المستهلك قبل إبرام العقد بالخصائص الضرورية للبضاعة أو الخدمة"، وهو نفس المقتضى الذي نصت عليه المادة 04 الفقرة 01 من التوجيه الأوروبي لسنة 1997 الخاص بحماية المستهلك المتعاقد إلكترونياً.

² - أكسوم عيلا رشيده، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 350.

البيانات على موقعه الإلكتروني، والمستهلك عندما يدخل على ذلك الموقع يستطيع رؤية السلعة¹.

كما أن مقدم الخدمات عبر الإنترنت يضع على موقعه شروط الخدمة وخصائصها والمقابل المادي لها، وبيان كيفية تنفيذها، وتحديد وسيلة الوفاء الإلكتروني وكيفيته، ووقت أداء الخدمة، لكي يتمكن المستهلك من خلال دخوله على الموقع معرفة كل ما يريده.

ثالثاً: آليات تنفيذ الالتزام بالإعلام الإلكتروني

يعد المستهلك عبر الإنترنت كما سبق وأن وضحنا دائماً بالالتزام بالإعلام، بينما يقع عبء تنفيذ هذا الالتزام على المورد الإلكتروني، ولا بد في هذه الحالة معرفة آليات تنفيذ المورد هذا الالتزام الملقى على عاتقه، وما كان للالتزام بالإعلام أن يكتمل ما لم يزود بالجزاء المناسب عند الإخلال به أو مخالفته.

إن الحديث عن آليات تنفيذ هذا الإلتزام تقتضي ضرورة تدخل المشرع لتزويد الإلتزام بالإعلام الإلكتروني بالطرق التي تكفل التنفيذ الفعال له راجع لعدم القدرة الكافية لردع الموردين الساعين إلى الربح السريع، وسبل تنفيذ الإلتزام بالإعلام عديدة ولا يسعنا إدراجها كلها، وإنما نكتفي بالتطرق إلى بعضها، ولعل من أهمها الوسم لما يحمله من معلومات ضرورية تفيد المستهلك، كما أن الدور الذي يلعبه العلامات والإعلانات التجارية في التأثير على سلوك المستهلك لا يمكن الاستهانة به، غير أن الوسم يعد من أهم آليات تنفيذ الإلتزام بالإعلام الإلكتروني والتي تهم المستهلك أكثر دون غيرها، وعلى هذا الأساس نتطرق إلى الوسم دون غيره .

01- الوسم:

يعتبر الوسم وسيلة ينقل المتدخل من خلالها إعلاماً موضوعياً للمستهلك، وهي وسيلة فعالة تخدم مصلحة المستهلك والمورد، إلى حد أن البعض أطلق عليه "البائع الصامت"، فهو يعتبر وسيلة تسويقية حديثة تخدم المصالح التجارية للمتدخل لا بد عن أسلوب العرض في

¹ _ كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 311.

الهواء الطلق، بالإضافة إلى أن هذه الطريقة تسمح بتوضيح كل المعلومات الأساسية التي يحتاجها المستهلك، ليكون على دراية وعلم بطبيعة ما يشتريه من منتجات.

أ- التعريف الفقهي للوسم:

عنى الكثير من الفقهاء بمسألة تعريف الوسم، إذ اعتبروه من أولويات الفقه، ويعتبر مصطلح الوسم مصطلح اقتصادي أكثر منه قانوني، إذ يطلق عليه في الفقه الاقتصادي مصطلح التبيين، الذي يعرفه على أنه: "مجموع المعلومات التي يزود بها المستهلك أو المستعمل الصناعي والمثبتة على غلاف المنتج موضحاً له نوعية المنتج، شكله وجودته وكيفية استعماله وفترة استعماله"¹.

أما بالنسبة للفقه القانوني، فكل انفراد بتعريفه حسب اجتهاده ووجهة نظره، وذلك بمجرد وورود المصطلح في النصوص القانونية.

فيعرف على أنه مجموع البيانات والتبنيهاات الإلزامية الواجب إظهارها على المنتج المعروض للبيع واللصيقة به"²، وكما يعرف بأنه: "تلك البيانات الموضوعية على الغلاف أو العبوات والتي تعتبر ضرورية لإعلام المستهلك"³.

ب- التعريف القانوني:

عرفت المادة 02 فقرة 6 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق بالرقابة على الجودة وقمع الغش السابق ذكره السابق الإشارة إليه بأنه: "جميع العلامات والبيانات وعناوين

¹ _ بشير سليم، بوزيد سليمة، الالتزام بالإعلام وطرق تنفيذه وفقاً لأحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 4، مارس 2017ص36.

² _ مالكي محمد، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص58.

³ _ زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص127.

المصنع أو التجارة والصورة الشواهد أو الرموز التي تتعلق بمنتج ما والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو سمة أو خاتم أو طوق يرافق منتجاً ما أو خدمة أو يرتبط بهما¹.

كما ورد ذكر الالتزام بالإعلام عن طريق الوسم ضمن المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 السابق ذكره، والتي نصها: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة"، كما عرفته المادة 03 فقرة 04 من نفس القانون، على أنه: "كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة، تظهر على غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة المنتج مهما كان شكلها أو سندها بغض النظر عن طريقة عرضها"²، فلا يمكن تصور وجود وسم سابق على المنتج المعروض عبر الشبكة نظراً لخصوصية تقنية الإنترنت، لكن هذه المادة نستأنس بها في إلزامية ذكر البيانات الضرورية للمنتج سواء في ذات السلعة أو في أي إعلان أو صور خاصة بهما.

وانطلاقاً من التعريفات السابقة يمكننا القول أن الوسم عبارة عن مرشد خاص بالمستهلك بعكس الصورة الحقيقية للسلع والخدمات المعروضة للاستهلاك، كما أنه وسيلة من وسائل إعلام المستهلك المنصوص عليها قانوناً، وبهدف تنوير إرادة المستهلك وحمايته وإبعاده عن كل ما من شأنه أن يضر بمصلحته وسلامته، حيث أن المشرع اشترط أيضاً أن تكون بيانات الوسم المتعلقة بالمنتجات غير الغذائية مرئية وسهلة القراءة ومتعذر محوها، ومكتوبة باللغة الوطنية وبلغة أخرى على سبيل الإضافة، كما منع أيضاً استعمال أية إشارة أو علامة أو تسمية خيالية أو أية طريقة للتقويم، أو الوسم أو أي أسلوب للإشهار أو العرض أو البيع من شأنها أن تدخل اللبس في ذهن المستهلك، خاصة بالنسبة لبعض البيانات، كما منع ذكر أية بيانات تهدف للتمييز بشكل تعسفي بين منتج معين ومنتج آخر مماثل.

¹ _ جرعود الياقوت، دور الإعلام في حماية المستهلك، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، العدد 2، جانفي 2012، ص 276.

² _ المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03، السالف الذكر.

كما يجب توضيح هذه المعلومات بصورة واضحة ومفهومة من التأكيد عليها كتابة أو بأي طريقة أخرى ثابتة يمكن اللجوء إليها سواء قبل إبرام العقد أو وقت التسليم كحد أقصى، وتم تأكيد ذلك من قبل التوجيهات الأوروبية وبالخصوص بشأن إبرام العقد الإلكتروني بأسلوب إلكتروني¹.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني

سبق وأن أشرنا إلى أن الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك المقبل على التعاقد غير المحترف أو عديم الخبرة بتفاصيل العقد كافة وخصائص الشيء أو الخدمة محل العقد، وعليه فإن محل الحماية في هذا الالتزام رضا المستهلك المقبل على التعاقد².

وعليه فإن إخلال المدين بهذا الالتزام لا بد أن يتبعه جزاء قانوني متمثل في الجزاء الجنائي والجزاء المدني، وسنتعرض إلى الجزاء المدني دون الجزاء الجنائي لأن هذا الأخير خارج نطاق دراستنا.

وفي غياب أي نص صريح يبين أحكام الإخلال بالالتزام بالإعلام، استند القضاء على نصوص القانون المدني، وذلك بالبحث عن حل قانوني في الأحكام الخاصة بنظرية عيوب الإرادة لاسيما الغلط والتدليس.

وطبقا للقواعد العامة للقانون المدني فإن مصير العقد الذي شاب أحد عاقيه عيب من عيوب الإرادة هو القابلية للإبطال أو ما يسمى بالبطلان النسبي إلا أن الإبطال في كثير من الأحيان لا يتناسب مع هدف المستهلك في تلبية حاجاته ورغباته فقرر جزاء آخر وهو التعويض.

¹ _ فتحي بن جديد، التزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 248.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 133، 134.

وعليه يجوز للمستهلك إما المطالبة بإبطال (أولاً)، كما يجوز له المطالبة بالتعويض (ثانياً) حسب الأوضاع، هذا وقد سيتم التطرق إلى مدى جوازية الجمع بين الإبطال والتعويض (ثالثاً).

أولاً: المطالبة بإبطال العقد

اتجه الفقه إلى تعريف البطلان بأنه: الجزء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو على اختلاله¹، ونتيجة لعدم وجود جزء قانوني يترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام، لذا نجد أن الفقه استند إلى بعض الأنظمة المختلفة بغية سد هذا الفراغ القانوني كنظرية عيوب الرضا.

01- إبطال العقد الإلكتروني استناداً إلى نظرية عيوب الرضا:

في ظل غياب النص التشريعي الذي يبني الجزء المترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام فلا بد من الاجتهاد في تحديد هذا الجزء في ضوء الغاية منه وهي توفير حماية فعالة للمستهلك ومن ذلك بطلان العقد، وحيث أن البطلان من النظام العام وأسبابه محددة على سبيل الحصر، لذا فإن الوصول إليه يتوقف على مدى الإخلال بالالتزام بالإعلام تدليسا إن صاحبه غيب، ليتمكن المستهلك أن ينقض العقد استناداً إليه، أو أن عدم وفاء المحترف بالتزامه جعل المستهلك يقع في غلط في صفة جوهرية لمحل العقد أو في شخصية المتعاقد المحترف إن كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد².

وعلى هذا فإننا نبحث في نقض العقد في كل من الغلط، والتدليس، مع بيان ما إذا كانت أحكامهما توفر حماية للمستهلك من عدمه.

¹ _ محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 38.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 134.

02- المطالبة بإبطال العقد الإلكتروني لوقوع المستهلك في غلط:

يمكن للمستهلك الذي وقع في غلط بسبب زيف وكذب في المعلومات المتعلقة بمحل العقد أن يطالب بإبطال العقد استنادا إلى عيب الغلط¹.

لذا يعرف الغلط بأنه: "تصور مخالف للواقع يؤدي بالشخص إلى إبرام العقد، فيتوهم الشخص شيئا على غير حقيقته، مما يدعو إلى التعاقد عليه"²، وكما نجد أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية الغلط في القانون المدني الجزائري بموجب المادة 81 منه التي نصت على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"³.

كما منع المشرع الجزائري على الأعوان الاقتصاديين القيام بكل عمل من شأنه أن يدخل اللبس في ذهن المستهلك، حيث نصت المادة 60 من المرسوم التنفيذي 13-4378، على أنه: "يمنع استعمال كل بيان أو إشارة، أو كل تسمية خالية، أو كل طريقة تقديم أو وسم وكل أسلوب الإشهار أو العرض أو البيع، من شأنه إدخال اللبس في ذهن المستهلك، لاسيما حول الطبيعة والتركيبية والنوعية الأساسية، ومقدار العناصر الأساسية وطريقة التداول وتاريخ الإنتاج، وتاريخ الحد الأقصى للاستهلاك والكمية، ومنشأ أو مصدر الإنتاج".

إلا أن المادة 85 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية"، فالمتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزما بالعقد الذي اشترى قطعة أثرية متوهما أنها أثرية لأن البائع لم يعلمه بحقيقتها قبل إبرام العقد فإنه لا يجوز له التمسك بالغلط إذا كان البائع على استعداد تام بأن يعطيه القطعة الأثرية التي يريد⁴، ويشترط لإبطال العقد للغلط أن يكون الغلط جوهريا ويكون كذلك إذا وقع في صفة الشيء (المنتوج)، أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته

¹ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص127.

² _ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009ص115.

³ _ المادة 81 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

⁴ _ المادة 60 من المرسوم تنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، السالف الذكر.

⁵ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع نفسه، ص84.

وتكون هذه الصفة أو تلك هي الدافع أو السبب الرئيسي إلى التعاقد إذ لولاها لما أقدم المستهلك على التعاقد¹.

إضافة إلى جوهرية الغلط، فإن بعض القوانين²، تضيف شرط آخر وهو أن يعلم المحترف بالوصف الذي أعطاه الشخص الواقع في الغلط (المستهلك)، وأن يعلم أن هذا الوصف كان الدافع إلى التعاقد، وعليه حتى يتسنى للمستهلك طلب إبطال العقد عليه أن يثبت جوهرية المعلومات التي وقع الغلط بشأنها، إضافة إلى إثبات اتصال هذا الغلط بالمتعاقد الآخر، إذ أن من شروط قيام الالتزام بالإعلام هو علم المدين المتدخل بالمعلومات المتعلقة بالمنتج وعليه فإن وجوب الإعلام يحقق اتصال الغلط بالمتدخل الدائن، وبهذا يساهم الالتزام بالإعلام في تحقيق حماية المستهلك عن طريق التيسير في إثبات الغلط.

وبالتالي فإن مضمون العقد كما سبق وأن أشرنا هو المعلومات المتعلقة بخصائص المنتج وكيفية استعماله وكذا حفظه بغية تنوير المستهلك وتصحيح رضاه لدى التعاقد، والتي يترتب على عدم العلم بها الحيلولة دون إبرام العقد كلية، فالالتزام بالإعلام يعد قرينة أن الغلط جوهري لأن العلم بالبيانات محل العقد كان من شأنه أن يجنب المستهلك إبرام العقد.

ويرى بعض الفقه أن الالتزام بالإعلام لا يقتصر على البيانات الجوهرية فقط، بل يمكن أن ينص على بيان تفصيلي أو ثانوي طالما كان دافعا إلى التفاوض، وعليه فإن معيار تحديد البيانات والمعلومات التي يلزم المدين بالإعلام بها لمن يتعاقد معه هو معيار مدى أهمية تلك البيانات في مرحلة التفاوض الإلكتروني، وبالتالي يتبين أن الإخلال بالالتزام

¹ نصت المادة 82 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك، نظرا لشروط العقد ولحسن النية...".

² عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 381 و382.

بالإعلام في العقد الإلكتروني يمكن أن يكون سببا لوقوع المتعاقد في الغلط ومن حقه رفع دعوى التمسك بالغلط وإبطال العقد¹.

عادة ما تحدد تلك العبارات في العقود النموذجية، حيث مورد في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في الفقرة الأخيرة من البند الرابع: "ألا تدخل الصورة الفوتوغرافية للمنتجات الموضحة في نطاق العقد، فإذا نتج من ذلك الوقوع في غلط، فلا يكون التاجر مسؤولا عن ذلك على أية حال"، كما أشار العقد النموذجي إلى وجوب رجوع المستهلك للشروط الخاصة بالبيع المنصوص عليها على الشاشة والتي تتكفل بتحديد هذه العناصر قبل إقدامه على التعاقد².

وفي الواقع فإن من الصعوبة إثبات شروط هذا العيب ومن ثم كان لا بد من تدخل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام لسد هذه الفجوة، ذلك أن جميع البيانات التي تم النص عليها في قوانين التجارة الإلكترونية والتي يلتزم التاجر المحترف بتقديمها للمستهلك قبل إقدامه على التعاقد تعد بيانات جوهرية لأنها تعمل على تنوير إرادته ويترتب على عدم العلم بها أو عدم الإلمام الكافي بها إما عدم إبرام العقد أو عدم إبرامه ولكن بشروط أخرى حيث يقتصر طلب الإبطال للغلط على الحالة الأولى دون الثانية لبلوغها مرتبة الغلط الدافع الأمر الذي يدل على جوهرية هذا الغلط في اعتبار المتعاقدين³.

03- مطالبة المستهلك بإبطال العقد الإلكتروني لعيب التدليس:

يعرف الفقه التدليس بأنه: "استعمال الشخص طرقا احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد"، ويعرفه فقه آخر بأنه إيهام الشخص بغير الحقيقة، بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد⁴.

¹ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 85.

² _ المرجع نفسه، ص 129.

³ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 135 و136.

⁴ _ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص 85.

ويتحقق التدليس كعيب من عيوب الإرادة المؤدية إلى بطلان العقد في إتيان التاجر المحترف سلوكا إيجابيا بالقول من خلال الكذب فيما يقدمه من معلومات متصلة بالعقد المراد إبرامه مع المستهلك أو بالفعل وذلك باستعمال طرق احتيالية من أجل إيقاعه في الوهم بحيث يدفعه إلى التعاقد ضانا أن ذلك في مصلحته والحقيقة على خلاف ذلك¹.

كما يمكن اعتبار سكوت المحترف عن الإدلاء بالمعلومات الجوهرية تدليسا وهو ما أكده المشرع الجزائري بموجب المادة 86 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري²، وفي عقود التجارة الإلكترونية فإن كتمان أي معلومات عن المستهلك يعد إخلالا بمبدأ حسن النية الذي 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.

وقد أخذ بهذا المبدأ القضاء الفرنسي حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بخصوص كفالة لدين مستحق لصالح أحد البنوك بإبطال عقد الكفالة لمخالفة هذا البنك لالتزامه قبل التعاقد بالالتزام استنادا للكتمان التدليسي والمتمثل في عدم قيام البنك بالالتزام للكفيل بالوضع المالي الحقيقي للمدين من حيث كونه مثقلا بالديون، متعمد في ذلك عدم إحاطة الكفيل بالمعلومات التي من شأنها أن تحول بينه وبين التعاقد، لذلك قررت المحكمة أن هذا التصرف من جانب البنك يتعارض ومقتضيات حسن النية ويعد تدليسا عن طريق الكتمان ولذلك انتهت إلى بطلان الكفالة لعدم الإعلام استنادا لأحكام المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي.

إن الطرق الاحتيالية بشقيها السلبي أو الإيجابي لكي تكون سببا لبطلان العقد يجب أن تقترب بنية تضليل الطرف الآخر وأن تكون دافعة للتعاقد بحيث أن المستهلك لو كان يعرف

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص 136.

² _ المادة 86 فقرة 02 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 125 فقرة 02 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه: "يعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة وهذه الملاحظة"، والمادة 121 فقرة 02 من القانون المدني العراقي تنص على أنه: "ويعتبر تعيير عدم بيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالكثافة والتولية والإشراك والوضيعة".

حقيقة الأمر لتجنب إبرام العقد أو لأبرمه بشروط مختلفة، وهو أمر يصعب إثباته ومن ثم لا بد من تدخل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام لتسهيل هذا الإثبات ومن ثم حماية الطرف الضعيف وهو المستهلك إذ يكفي للتوصل إلى بطلان العقد أن يثبت المستهلك شروط قيام هذا الالتزام وعدم قيام التاجر المحترف بتنفيذه مع افتراض علمه بالمعلومات الواجب الإعلام بها وتأثير كتمانها على رضائه، وعدم الاعتداد بنية التضليل كشرط لعدم الكتمان تدليسا¹.

ثانياً: المطالبة بالتعويض:

بالرغم من أن الفقه والقضاء توسع في تطوير نظرية عيوب الرضا، بهدف تمكين المستهلك من إبطال العقد، إلا أن هذا التوسع لم يحقق الغاية التي سعى إليها كل من الفقه والقضاء كجزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام.

وفي هذا الصدد وجدت الحاجة إلى جزء آخر يعوض القصور الذي يعترى جوانب الحماية في الإبطال، من أجل تحقيق حماية موضوعية وفعالية للمستهلك فقد اتفق الفقه والقضاء على قيام مسؤولية المتدخل، واعتباره مخطئاً لإخفائه المعلومات التي كان يجب عليه الإدلاء بهامما ألحق ضرراً بالمستهلك.

1- قيام المسؤولية المدنية للمتدخل:

إن كان الفقه اتفق بشأن تقرير المسؤولية المدنية للمتدخل، إلا أنه لم يتفق بشأن تحديد طبيعتها²، لذا انقسم الفقه بشأن تحديد طبيعة المسؤولية المدنية للمتدخل إلى رأيين، رأي يرى بأن طبيعة المسؤولية هي مسؤولية عقدية، ورأي آخر يرى بأن طبيعة المسؤولية المدنية للمتدخل هي مسؤولية تقصيرية.

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 138.

² _ يقصد بالمسؤولية المدنية بوجه عام الالتزام بتعويض الضرر المترتب على إخلال بالتزام أصلي سابق، وقد جرى الفقه على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، فسمى المسؤولية المدنية التي تنشأ إثر الإخلال بالالتزام عقدي مسؤولية عقدية، والمسؤولية التقصيرية تنشأ إثر مخالفة التزام قانوني مسؤولية تقصيرية، وسواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية فإننا نكون أمام مسؤولية مدنية يتحقق فيها التلازم بينها وبين فكرة الجزاء، وتفترض المسؤولية العقدية قيام رابطة عقدية بين المسؤولية وبين المضرور، أما المسؤولية التقصيرية فتكون خارج نطاق الرابطة العقدية.

أ- القائلون بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

تعتبر قواعد المسؤولية التقصيرية القاعدة العامة والأولى من حيث الأهمية في القواعد التقليدية للمسؤولية في القانون الفرنسي، ذلك أنها تعد أصلاً راسخاً في أصول المسؤولية بما أن قواعد المسؤولية التقصيرية لا تطبق إلا في الحالات التي لا يوجد فيها العقد بين المسؤول والمضروب أو إذا وجد عقد والضرر ارتكب خارج نطاق العقد وكان بسبب خطأ المسؤول في الفترة السابقة على التعاقد أو اللاحقة على إبطاله¹، ولقد استند أنصار هذا الرأي على الحجج التالية:

- أن المنتج هو المدين الأصلي بالالتزام بالنسبة للبيانات والمعلومات المتعلقة بالمنتجات الصناعية، وعليه فإن الخطأ في هذه المرحلة يعتبر سابقاً على التعاقد ويرتب المسؤولية التقصيرية².
- الاعتراف بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية ييسر للمستهلك الحصول على التعويض عن الضرر الذي يصيبه، ذلك أن وجود الالتزام في حد ذاته يعتبر أحد سبل التسهيل على المستهلك في إثبات خطأ من تعاقد معه وأثر ذلك الخطأ في الإضرار به يتركه يتعاقد دون علم كافي فصفة الاحتراف تقيم قرينة على سوء هذا الأخير باعتبار أن علمه بالمعلومات يفترض فيه وهو ما يعفي المستهلك من إثبات الخطأ³.
- كما استند القائلون بهذا الرأي إلى بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي من ذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس في قرار صادر عنها في 04 جويلية 1970 بمسؤولية صانع المنتجات الدوائية، والتي اعتبرها تقصيرية اتجاه مستعمل الدواء نتيجة الأضرار التي لحقت به.

¹ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 133.

² _ عليان عدة، الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة ماجستير، فرع الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص 109.

³ _ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 385.

إلا أن الصعوبات التي قد تواجه المستهلك في إثباته لإخلال المتدخل بالالتزام بالإعلام تظهر في حالة قيام المتدخل بتنفيذ التزامه ولكن المستهلك يشتكي من عدم كفاية ما قدمه من بيانات أو تحذيرات وأنها السبب فيما أصابه من ضرر مما يجعل أمر الإثبات لا يخلو من بعض الصعوبات نظرا للتطور العلمي والتكنولوجي المستمر في صناعة السلع وتقديم الخدمات هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن دعوى التعويض بمقتضى المسؤولية التصيرية لا تنشأ إلا بين المستهلك وتابعه المباشر، مما يؤدي إلى تسلسل حلقات الرجوع كلما تعاقبت البيوع، لأن المستهلك الأخير سيفضل بالضرورة الرجوع إلى المنتج، الأمر الذي يؤدي إلى تعدد دعاوى الرجوع بما سيتبعه من إهدار للوقت والجهد والنفقات¹.

ب- القائلون بالطبيعة العقدية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

تعرف المسؤولية العقدية بأنها جزء الإخلال بالتزام عقدي، ويشترط لقيامها وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضروب²، وأن يكون الضرر نتيجة إخلال المسؤول بالالتزام الناشء عن هذا العقد.

يرر هذا الفقه رأيه بالقول، أن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد مسؤولية عقدية، بدليل وجود عقد سابق على العقد الأصلي وهو المصدر للالتزام قبل التعاقد بالإعلام.

واعتمد أنصار هذا الرأي في تبرير موقفهم هذا على بعض الأسانيد كتأسيس الفقه للالتزام بالإعلام على نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي والمقابلة لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، الخاصة بوجوب تنفيذ العقد بحسن نية.

فالبرغم من أن هذا الالتزام لم ينص عليه القانون صراحة وربما لا ينص عليه العقد إلا أنه يمكن للقاضي أن يضيف هذا الالتزام إلى مضمون عقد البيع انصياعا إلى قواعد العرف والعدالة بغرض حماية الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك، وتحقيقا للتوازن بين

¹ - عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 135.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 158.

المصالح المختلفة، ذلك أن بعض العقود تتضمن إلى جانب الالتزامات الأساسية التزامات أخرى إضافية، تقضيها طبيعة كل عقد ولا يحتاج وجودها إلى النص عليها في العقد أو القانون، والمثال الأكثر شهرة في هذا المجال هو الالتزام بالسلامة بسبب عدم إحاطته علما بمكانم الخطورة في الدواء¹.

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في سنة 1977 إلى إلقاء المسؤولية على الشركة البائعة لآلة بسبب الإصابات التي لحقت بمستعملها على أساس المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي الموافقة للمادة 124 من القانون المدني الجزائري نتيجة لعدم وضوح النشرة المرفقة الخاصة بالاستعمال².

وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية كل إخلال من المنتج أو الموزع بأحد الالتزامات المتولدة عن عقد البيع بمثابة خطأ تقصيري يسمح للمضرور من الغير أن يستند إليه للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، وهذه القاعدة ذات أهمية عملية بالغة من الوجهتين النظرية والعملية.

فالوجهة النظرية يذهب القضاء إلى أن فكرة الأمان والسلامة لصيقة بالمنتج ذاته فيجب أن يتوفر الأمان والسلامة للجميع بصرف النظر عن وجود أو تخلف العلاقة العقدية بين منتج السلعة أو موزعيها، أما الوجهة العملية فهي تجعل حق الغير المضرور مؤسسا دون أن يتكبد تكاليف البحث عن خطأ تقصيري، فالتمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية يتطلب من المستهلك أن يثبت تحقق أركانها، وأول هذه الأركان هو خطأ التاجر المحترف، وإثبات

¹ _ عليان عدة، الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، المرجع السابق، ص 110.

² _ المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي تقابل المادة 124 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر، والتي تقرر: "كل شخص يكون مسؤولا ليس فقط عن الضرر الذي يتسبب فيه بأفعاله، ولكن أيضا بسبب طيشه وإهماله".

« Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence »

ويقصد بالغير في مفهوم هذه المادة، كل من لا يرتبط بالمسؤول عن الضرر بأي رابطة عقدية، ولكن الضرر قد ينشأ خارج إطارهما، مثل عملاء المحلات التجارية، وكل مشتر قبل إبرامه العقد يعد من الغير، والأفراد عائلة المشتري كزوجته وأولاده والقائمين بخدمته، وأصدقاء المشتري أو ضيوفه الذين قد يحدث لهم ضرر بسبب الشيء المبيع.

الخطأ لا يعد يسيرا حينما يتعلق الأمر بإثبات الإخلال بمبدأ حسن النية لدى التاجر المحترف.

إذ يتعين على المستهلك حينها أن يثبت أن التاجر المحترف لم يقدم له معلومات معينة وعليه أن يثبت في الوقت ذاته أهمية هذه المعلومات بالنسبة إليه، وتأثيرها المباشر على قراره في الإقدام على إبرام العقد، إلا أن الأمر يختلف في حالة النص على هذا الالتزام قانونا وتحديد ما ينبغي على التاجر الإدلاء به، فلا يتطلب الأمر من المستهلك في هذه الحالة إلا أن يثبت خطأ التاجر فإذا توافرت أركان المسؤولية الضرر والعلاقة السببية ثبت حق المستهلك في التعويض.

وبذلك يتحقق الهدف من إلزام التاجر المحترف بالإعلام قبل التعاقد، وهو حماية المستهلك من أن يكون ضحية لتفوق التاجر المحترف عليه في الخبرة والعلم، الذي يجب الاعتراف بوجوده في بعض العقود التي يمكن أن يؤدي تنفيذها إلى تهديد الشخص أو مال المتعاقد ويعد الالتزام بالإعلام أحد مشتقات الالتزام العام بالسلامة، فتقصير المنتج أو البائع في بيان كيفية استعمال الشيء المبيع سواء بالإمساك عن الإدلاء بهذا البيان كلية أو الإدلاء به ناقصا أو غير سليم، يقيم المسؤولية العقدية عما يصيب المشتري من أضرار.

والجدير بالذكر أن رجوع المستهلك على أي من المتدخلين الوسطاء لا يكون إلا في إطار مجموعة عقدية لأن الطابع العقدي هو الذي يسود سلسلة المتدخلين¹، وعليه فالمستهلك الحق في ممارسة دعوى عقدية ضد أي من المتدخلين، ولو لم يتعاقد مع أحدهم مباشرة، لأن تداخل العلاقات في المجموعة العقدية يمثل بديلا عن التعاقد المباشر².

¹ _ في هذا الصدد يقول الأستاذ تيسي: " أن القضاء عندما تدخل لمنح دعوى عقدية، فإنه في الواقع قد عدل من مبدأ نسبية أثر العقد، وبالنتيجة قد ألغى وصف الغير بالنسبة لبعض الأشخاص، وأساس ذلك هو أن هؤلاء لا يعدون غيرا ماداموا يساهمون في تكوين وتنفيذ مجموعة عقدية ".

² _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 138.

ثالثاً: مدى جوازية الجمع بين الإبطال والتعويض:

لم يرى القضاء المصري أو الفرنسي مانعاً من الحكم بالتعويض بالإضافة إلى حكم بإبطال العقد، حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول بأنه: "يجوز بطلان العقد إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقفاً في غلط، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد ويجوز مع القضاء بإبطال العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتبت أضرار بأحد المتعاقدين ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد، بل باعتباره واقعة مادية، متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسؤولية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا الإبطال"¹.

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن طلب الإبطال بالإضافة إلى التعويض، كما يمكن طلب التعويض كجزء منفرد، وبالتالي تقتضي مسألة تعويض المستهلك التطرق إلى مسألتين اثنتين، أولهما تتعلق بجواز الجمع بين الإبطال والتعويض، وثانيهما تتعلق بالتعويض كجزء منفرد.

01- الجمع بين الإبطال والتعويض:

الإبطال كجزء يترتب عن تعيب إرادة أحد العاقدين (المستهلك) لا يستبعد اللجوء إلى طلب التعويض، فيجوز الجمع بين الإبطال والتعويض، كما لو أن المتدخل قام بواجبه في إعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالصفة الجوهرية الدافعة للتعاقد فيكون بذلك قد منع المستهلك من الوقوع في الغلط وإن لم يفعل ذلك فقد أدى إلى قيام الغلط مما يعطي القاضي الحكم بالإبطال لتوافر شروطه وأيضاً الحكم بالتعويض على أساس الإخلال بواجب الإعلام².

02- التعويض كجزء منفرد:

قد يكتف أحد الطرفين عن الآخر معلومات في الفترة السابقة للعقد، وقد يكون هذا الإخلال لا يستوجب إبطال العقد، ككتمان بعض المعلومات عن الطرف الآخر والتي لا يؤدي كتمانها إلى وقوعه في غلط.

¹ - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 282.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 391.

غير أنه قد يثور إشكال في مدى جواز المستهلك في طلب التعويض عما أصابه من ضرر رغم أن شروط الإبطال غير متوفرة، إذ أنه لا يوجد ما يمنع المستهلك من طلب التعويض مع الإبقاء على العقد طالما أن حق طلب الإبطال وضع لمصلحته، وطالما استعمل هذا الحق دون تعسف فيحق له طلب التعويض عما أصابه من ضرر، وكذلك يجوز لمن لا يريد إبطال العقد حتى في حال توفر شروط الإبطال أن يطالب بالتعويض مع الاكتفاء به كجزاء منفرد والإعراض عن طلب إبطال العقد¹.

وفي ختام هذا الفصل يتبين أن معظم التشريعات المقارنة وكذا المشرع الجزائري قد أقروا حماية للمستهلك الإلكتروني في المرحلة السابقة على التعاقد، حيث تم حمايته إزاء الإعلانات التجارية والتي تعد من أهم آليات النشاط التجاري.

حيث تتعدد صور الإعلانات التجارية، فقد تتخذ صورة لافتة إشهارية كما قد تكون عن طريق البريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية، فكل إشهار كاذب أو مضلل يقع تحت طائلة المسؤولية، إذ يتوجب إعلام المستهلك الإلكتروني بكل شيء يرتبط بالسلعة أو الخدمة مع الشكل والذي يستجيب وحسن النية والنزاهة تحت طائلة البطلان أو التعويض حسب الأحوال.

¹ - خلوي (عنان) نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 84.

الفصل الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد

انطلاقاً لما هو مقرر في القواعد العامة فإن أي عقد يعتبر مبرماً متى تبادل طرفاه التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، وإن انطباق هذه القاعدة على العقد الإلكتروني يؤدي إلى القول بأن وسائل الاتصال الحديثة ليست وسائل جديدة للتعبير عن الإرادة وإنما هي وسائل حديثة لنقل الإرادة، ذلك راجع إلى أن وسائل التعبير عن الإرادة كانت ولا تزال اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً¹.

وبهذا يرتبط العقد الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية ارتباطاً وثيقاً، إذ يعتبر الأداة الأساسية بل والعصب الأساسي لهذه التجارة، لأنه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي إرادتي البائع أو المورد من جهة، والمشتري أو المستهلك من جهة أخرى، وهو يستند على الثقة، ويتطلب وسطاً قانونياً ملائماً محاطاً بسياج من الضمانات ضد المخاطر التي تتعرض لها المعاملات المبرمة عن بعد².

إن الأصل في العقود هي الرضائية، أي تبادل طرفاً العلاقة العقدية التعبير عن إرادتهما وتطابقت إرادة الموجب مع إرادة القابل انعقد العقد ورتب آثاره القانونية بينهما، دون الحاجة إلى إتباع أوضاع معينة أو اتخاذ شكل محدد لتفريغ الرضا أو التعبير عن الإرادة، وهذا ينطبق على العقود التقليدية أو العقود الإلكترونية التي تبرم بوسائل الاتصال الحديثة³ ولا يشترط تحرير ذلك كتابة، ما لم يشترط القانون أو يتفق الطرفان على عكس ذلك، وقد نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانون"⁴.

¹ _ عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 16 جوان 2014، ص 141.

² _ الياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، (د م ن)، 2009، ص 35.

³ _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 248.

⁴ _ والتي تقابلها المادة 89 من القانون المدني الليبي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد"، كما تقابلها المادة 90 من القانون المدني العراقي: "إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك".

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتحدث في المبحث الأول عن حماية المستهلك خلال عملية التعاقد الإلكتروني، أما المبحث الثاني سنتكلم فيه عن إشكالية إثبات العقد المبرم عبر المجال الإلكتروني.

المبحث الأول: حماية المستهلك خلال عملية التعاقد الإلكتروني

أمام التزايد المستمر لاستخدام الوسائط الإلكترونية في عملية التعاقد ظهر بما يسمى بالعقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، والتي لا تختلف كثيرا عن العقود التقليدية التي تتم خارجها، ولا تخرج عن كونها اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول، ولكن يختلف عن العقد التقليدي من حيث الوسيلة المستخدمة لإجراء المفاوضات وإبرام العقد عبر شبكة الإنترنت. فتنعقد دون حضور الأطراف المتعاقدة لمجلس العقد وقت انعقاده.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنحدد في المطلب الأول معنى العقد الإلكتروني أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن كيفية التعاقد الإلكتروني أو بالأحرى خصوصية أركان العقد الإلكتروني.

المطلب الأول: ضبط معنى العقد الإلكتروني

نتيجة للاستخدامات لشبكات الإنترنت والتطورات التي شهدتها، ظهرت نتيجة لذلك العديد من العقود الإلكتروني وهو ما أحدث قلق تشريعي سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، الأمر الذي دفع هذه التشريعات إلى إعادة النظر في أنظمتها التقليدية والتي أصبحت ضرورة ملحة أمام الثورة المعلوماتية التي غزت جميع المجالات، والتي أتت بطرق وأساليب حديثة التعامل لم تكن معلومة ومتعارف عليها في المجال التعاقدية من قبل، واعتبر العقد الإلكتروني أهم ما استحدث نتيجة استخدام الوسائل الإلكترونية¹.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سيتم في الفرع الأول تعريف العقد الإلكتروني، أما الفرع الثاني سيتم تبيان خصائص هذا العقد.

¹ _ المادة 54 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر، والتي تقابلها المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني (أولاً)، كما سيتم التطرق إلى تعريفه تشريعياً سواء من وجهة نظر المشرع الجزائري أو حتى بعض التشريعات المقارنة (ثانياً).

أولاً: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

إن العقد عموماً يعرف على أنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنحاً أو فعل أو عدم فعل شيء ما، كما أن هناك من عرف العقد بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، كما أنه يعتبر كأحد التصرفات القانونية يفيد التفاعل وتطابق بين الإرادتين فأكثر قصد إحداث أثر قانوني معين أو إنهائه أو إلغائه وهو يقوم على ركائز معينة وهي التراضي والمحل والسبب إلى جانب الشكلية في بعض التصرفات¹.

أما العقد الإلكتروني فهو يستجمع بعض الخصائص والمميزات الشاذة التي جعلته يتمرد في بعض جوانبه على بعض هذه القواعد والركائز التقليدية لهذا يتعين البحث عن تعريف العقد الإلكتروني، وعن مدى كفاية أحكام النظرية العامة للعقود في تنظيمه، أم أنه يستوجب قواعد قانونية تلاؤم هذا النوع من العقود².

ولا شك أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي في أساسياته وتكوينه، إلا من حيث أنه يبرم بوسيلة إلكترونية ترتبط بين الأطراف المتباعدة، ولهذا لا يمكن إدراج العقد الإلكتروني في طائفة العقود الغير المسماة بالنسبة للتشريع الجزائري³.

¹ _ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، (د م ن)، الطبعة الثالثة، 1981، ص 173.

² _ بن جبارة عباس، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس (سيدي بلعباس)، 2013-2014 ص 26.

³ _ يقصد بالعقود غير المسماة العقود التي لم يخصصها المشرع باسم معين ولم يتم بتنظيمها، وتخضع في تكوينها وأحكامها للقواعد العامة التي قررت لجميع العقود نظراً لقلت تداولها، أنظر في ذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول (نظرية العقد)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 123.

لقد وضع الفقه عددا من التعريفات للعقد الإلكتروني، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريفه بأنه: " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"، أو أنه تلاقي عرض لسلع أو خدمات معبر عنه بطريقة سمعية بصرية بواسطة شبكة دولية للاتصالات وقبول يمكن التعبير عنه بطريقة تفاعلية¹.

في حين يذهب اتجاه آخر إلى إيراد تعريف آخر للعقد الإلكتروني فيقول بأنه: "اتفاق فيه الإيجاب ببيع أشياء أو تقديم خدمات، يعبر عنه على طريقة الإذاعة المرئية المسموعة أو وسط شبكة دولية للإيصالات عن بعد، ويلاقيه القبول عن طريق اتصال الأنظمة المعلوماتية ببعضها"².

ويلاحظ من خلال هذه التعاريف انه حددت الوسيلة التي يتم بها العقد الإلكتروني، وهي وسيلة مرئية مسموعة بالرغم من أنه يمكن إبرامه بوسائل أخرى مثل البريد الإلكتروني.

كما ذهب فقه آخر إلى تعريفه على أنه " ذلك العقد الذي يتم فيه الإيجاب والقبول وتلاقيهما كلياً أو جزئياً من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينهما شبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة"³.

وما يمكن ملاحظته من هذا التعريف أنه منتقد من حيث أنه يشير إلى أن التلاقي ما بين الإيجاب والقبول يكون كلياً أو جزئياً، في حين أن التلاقي لا يمكن أن يكون إلا على سبيل التطابق كي يتحقق مفهوم العقد بالمعنى الدقيق.

¹ _ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت (مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع) الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2012، ص 107.

² _ سلطان عبد الله محمود الجوّاري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، (دراسة قانونية مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2010، ص 40.

³ _ صبحي فوزية، قماري (بن ددوش) نضرة، تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني في القانون المقارن والقانون الجزائري الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم (الجزائر)، العدد 18، جوان 2017، ص 272.

كما أن هناك من ذهب لتعريف العقد الإلكتروني بأنه "ذلك الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت، فهو عقد عادي إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها حيث ينشأ العقد من تلاقي القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد"¹.

ويعاب على هذا التعريف على أنه قصر التعاقد الإلكتروني على وسيلة واحدة وهي الإنترنت وتجاهل الوسائل الأخرى.

وبالرغم من هذا القصور والنقص الموجود وانتقاد البعض لهذا التعريف إلا أنه يتوافق إلى حد بعيد مع أهداف دراستنا، وذلك لتركيزها على وسيلة الإنترنت التي أثارت تحديات قانونية كثيرة، والتي لم تثرها الوسائل الأخرى والتي تذكرها هذه التعريفات.

وما يوافق تركيزنا على وسيلة الإنترنت دون سواها من وسائل التعاقد الإلكتروني الأخرى هو ما جعلنا نعرف العقد الإلكتروني، على أنه العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت، بحيث أنه عقد عادي إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من خلال الطريقة التي يبرم بها، أو من خلال الوسيلة التي يتم من خلالها.

ثانياً: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

في هذا الصدد سيتم تعريف العقد الإلكتروني حسب وجهة المشرع الجزائري، كما سيتم تعريفه حسب بعض التشريعات المقارنة

01-تعريف العقد الإلكتروني في القانون الجزائري:

من خلال ملاحظتنا لقواعد القانون المدني نجد أن العقد الإلكتروني يجد أساسه في القواعد العامة للتعبير عن الإرادة، وذلك لأن المشرع الجزائري وضع مبدأ عام من خلال نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بحرية التعبير عن الإرادة بأي

¹ _ ماجد محمد سليمان أبا خليل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية (الرياض) 2009، ص 16.

وسيلة، وتخول للطرفين الحرية الكاملة في اختيار الوسيلة والطريقة الأنجع إلى العالم الخارجي.

وهنا نجد أن استخدام الأطراف المتعاقدة الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة، تعتبر مسألة منسجمة مع هذا النص في لفظه وفي فحواه¹.

والمشرع الجزائري لم يعط تعريف واضح ومحدد للعقد الإلكتروني واكتفى بالإشارة إليه وتناوله بطريقة غير مباشرة، فمن خلال القواعد العامة الواردة في التقنين المدني نجده اعترف بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات من خلال نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، يشترط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"².

وكما أنه لم يعط تعريف خاص بالعقود الإلكترونية في التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية بالأخص قانون التجارة الإلكترونية 18-05 واكتفى بالأخذ بالتعريف الوارد في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،³ من خلال المادة 6 الفقرة 02 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية: " يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني "

ويعتبر هذا النص بمثابة اعتراف صريح من قبل المشرع الجزائري بالعقد الإلكتروني المبرم عن بعد.

وخلاصة لما سبق نتوصل إلى أن المشرع الجزائري اعتبر العقد الإلكتروني كغيره من العقود التقليدية، تسري عليها الأحكام القانونية المنظمة لهذه الأخيرة وأنه لا يتميز عنها إلا في وسيلة إبرامه وهي وسيلة إلكترونية، ولعل هذا ما يفسر تناوله عدم تعريف واضح ومحدد للعقد الإلكتروني بشكل صريح في تشريعات المعاملات الإلكترونية.

¹ _ عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 46.

² _ المادة 232 مكرر 1 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر

³ _ القانون رقم 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف ذكر.

2- تعريف العقد الإلكتروني في بعض التشريعات المقارنة:

في هذه الجزئية سيتم تعريف العقد الإلكتروني في التشريع الأردني والإماراتي، وكذا التشريعين المصري والتونسي.

أ- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الأردني:

نص المشرع الأردني من خلال القانون الخاص بالمعاملات الإلكترونية رقم 85/2001 على تعريف العقد الإلكتروني بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كلياً أو جزئياً"¹.

كما أضافت نص المادة تعريف خاص للوسائل الإلكترونية بأنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو الكترومغناطسية وتخزينها"².

وما يمكن استنتاجه من النص الأول أن المشرع الأردني أورد تعريفاً عاماً للعقد الإلكتروني توقعاً لما قد يواكب هذا التعاقد من تطور، وما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف أيضاً أن المشرع الأردني جعل أمرين:

الأمر الأول، وقد أفلح المشرع الأردني في هذا التعريف بجعله عاماً وواسعاً ولم يضيق منه ويحصره في بعض الوسائل الحديثة كما فعلت بعض التشريعات.

أما الأمر الثاني، فنجد أن التعريف جاء ناقصاً نوعاً ما لاختصاره بأن العقد الإلكتروني يتم عبر وسائل إلكترونية دون ذكر أطرافه وآثاره وبالتالي يمكننا القول بأن هذا التعريف جاء كاملاً من جهة وناقصاً من جهة أخرى.

ب- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الإماراتي:

تنص المادة 02 من القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، على أنه يقصد بالمعاملات الإلكترونية، "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية".

¹ - صبيحي فوزية، قماري (بن ددوش)، نضرة، تحديد لحظة إنعقاد العقد الإلكتروني في القانون المقارن والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص 272.

² - القانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 لسنة 2001، الصادر بتاريخ 2001/12/11، ودخل حيز التنفيذ بعد ثلاثة أشهر من ذلك، أنظر: بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، مذكرة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2006، ص 56، هامش 01.

ويتضح من خلال هذا التعريف أن المشرع الإماراتي لم يعرف العقد الإلكتروني وإنما عرف المبادلات الإلكترونية التي اعتبرها تشمل العقد واتفاقية التعامل الذي يتم إبرامه أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية واستلامها¹.

ج- تعريف العقد الإلكتروني في القانون المصري:

في القانون التجاري الإلكتروني المصري ورد تعريف العقد الإلكتروني في المادة الأولى منه: " كل عقد تصدر منه إرادة الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني"².

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه يمكن ليوصف العقد بأنه عقد إلكتروني أن تصدر إرادة طرف واحد عبر وسيلة إلكترونية، ولا يهم أن يتم تطابق الإرادتين عبر هذه الوسيلة.

كما يلاحظ أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري قد أغفل العقد الذي يتم تنفيذه بالطرق الإلكترونية وإن لم يبرم بواسطتها، إذ يمكن أن يبرم العقد بطريقة غير إلكترونية ولكنه ينفذ بها، وعندئذ يوصف بأنه عقد إلكتروني وتتنطبق عليه أحكام المعاملات الإلكترونية.

د- تعريف العقد الإلكتروني في القانون التونسي:

المشرع التونسي تطرق لتعريف العقد بطريقة غير مباشرة عندما نص في الفصل الأول من القانون رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000 على أن: "العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون"³.

¹ _ بلقاسم حامدي، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص36.

² _ قانون التجارة الإلكترونية المصري.

³ _ قانون عدد 83 لسنة 2000، مؤرخ في 09 أوت 2000، يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 11 أوت 2000، العدد 64، ص 2084.

يستفاد من هذا النص أن المشرع التونسي أراد أن يحدد لنا أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد الكتابي، فهو أيضا عبارة عن اتفاق بين طرفين أو تلاقي إرادتين لإحداث أثر قانوني معين".

كما نص في القانون الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية بشكل ضمني في الفصل 28 بأنه: "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، وما يمكن ملاحظته من خلال هذا النص أن المشرع التونسي عرف العقد الإلكتروني بشكل ضمني حيث أنه عرف المبادلات الإلكترونية التي يعد العقد الإلكتروني أحد آلياتها ويتبين في إطار هذا القانون أنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه تنفيذه إلكترونيا¹.

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

بالرغم من أن العقد الإلكتروني قد يتفق إلى حد بعيد مع غيره من العقود التي تحوي أحكامها النظرية العامة للعقد، وسواء ذلك من حيث موضوعه أو أطرافه أو سببه، فإنه من خلال المحاولات الفقهية والتشريعية التي سعت إلى ضبط تعريف دقيق لهذا العقد كما بينا سابقا تبين لنا عدة خصائص تميزه عن غيره من العقود التقليدية، نظرا للطبيعة الخاصة التي تتميز بها المعاملات الإلكترونية.

فمن أهم مميزاته التعاقد عن بعد (أولا)، والسرعة في إنجاز العمليات التجارية (ثانيا)، كما يعد عقدا دوليا (ثالثا)، وعقدا تجاريا (رابعا).

أولا: التعاقد عن بعد

أو ما يسمى بعقود المسافة وقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة 02 من التشريع الصادر في 30/12/1986 الاتصال عن بعد على أنه: "كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو

¹ _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية (تخصص قانون الأعمال)، كلية الحقوق والعلوم السياسية (قسم الحقوق)، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014-2015، ص 36.

إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها بواسطة ألياف بصرية أو كهربائية أو لاسلكية أو أنظمة كهرومغناطيسية أخرى".

ومن المعلوم أن التعاقد التقليدي بين حاضرين يتطلب لانعقاده وجود طرفيه في مجلس العقد من أجل الاتفاق على تفاصيل العقد المزمع انعقاده¹، أما العقد الإلكتروني يتميز عن باقي العقود بأنه عقد مبرم عن بعد، أي أن هناك مسافة بين المتعاقدين، "فالتعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت يعد تعاقد بين حاضرين حكماً"، حيث أن هناك تباعد مكاني بين البائع أو المنتج وبين المستهلك، ولكن هناك في الغالب إتحاد زمني بين الطرفين، فالطرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد².

وهذا يعني أن كلا المتعاقدين يتم التعاقد بينهما عن بعد بوسائل إلكترونية مختلفة ولا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، فالأمر يكون بسيطاً عندما يكون التعاقد بين حاضرين ولا يكون كذلك بالنسبة للتعاملات عن بعد ومن بينها العقود الإلكترونية، فعندما يتم التعاقد تحت أعين المتعاقدين فإن ذلك يذلل الكثير من الصعاب فالحضور المادي للأطراف يسمح لكل منهم بالتحقق من شخصية الآخر وتاريخ وساعة التعاقد ومن سلامة المستندات وبأن التراضي قد تم بتلقي كل منهما للتعبير عن الإرادة الصادرة من الآخر.

ثانياً: السرعة في إنجاز العمليات التجارية

إن الأمر الأساسي في التجارة الإلكترونية هو السرعة في إنجاز عملية البيع والشراء والتنافس العالمي مما يدفع ذلك إلى جودة الإنتاج، حيث تؤمن شركة الإنترنت السرعة في التعاقد، إذ أصبح بإمكان المتعاملين عبر شبكة الإنترنت تأمين تبادل الإيجاب والقبول بأسرع ومن ممكن.

¹ _ لجنة القانون (لجنة الباحثين)، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2003، ص 23.

² _ ماجد محمد سليمان أبا الخليل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 33.

وفي حالة توافق الإيجاب والقبول يمكن تصور التنفيذ الإلكتروني الفوري للعقد وخاصة فيما يتعلق بالوفاء، حيث أن إجراء التعاقد يتم بالبيع والشراء بشيك إلكتروني أو التحويل الإلكتروني للأموال.

وقد خفف التعامل الإلكتروني إلى حد كبير من أهم مشكلة من مشكلات العصر، وهي خزن الأوراق المكتوبة التي تظهر في ميدان السندات التقليدية حيث بلغت كمية الوثائق حدا مرهقا في ظل النظام الحالي لدرجة أن كمية الوثائق لا توزن وزنا ولا تعد عددا، وهذا الأمر أدى إلى الاستغناء عن استخدام السندات التقليدية واستبدالها بسندات إلكترونية¹.

ثالثا: عقد دولي

بما أن العقد الإلكتروني عقد يبرم عن بعد وينعدم فيه الاتصال المادي بين طرفيه، فإنه من المحتمل أن يخترق حدود الدولة الواحدة، ويوصف تبعا لذلك بأنه عقد دولي.

وطبقا للقواعد العامة للعقد الدولي يعتبر دوليا طبقا لأحد المعيارين، الأول هو المعيار القانوني ويعني أن العقد يكون دوليا إذا اشتمل على عنصر أجنبي، سواء تعلق هذا العنصر به في مرحلة إبرامه أو تنفيذه، أو تخلله من حيث أطرافه أو موضوعه أو سببه، في حين يسمى المعيار الثاني بالمعيار الاقتصادي، ومؤداه أنه كلما تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية كان العقد دوليا.

كما تعتبر دولية العقد من الشروط الضرورية لإمكان اختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه، فلا يمكن الحديث عن القانون واجب التطبيق إلا بعد التأكد من الصفة الدولية للعقد الذي يثير دون سواه مشكلة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأنه².

¹ _ سلطان عبد الله محمود الجوّاري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، (دراسة قانونية مقارنة)، المرجع السابق، ص 118.

² _ عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 58.

ومن المعلوم أن تكييف الرابطة العقدية وتحديد وصفها، من حيث كونها عقدا دوليا أو لاهي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة القانون¹، ولكن إعمالا لمعايير دولية العقدان الإلكتروني عقد دوليا دوما، وذلك بالاستناد أنه عبارة عن معلومات تنساب عبر وسائط إلكترونية، وهي المعلومات التي عند تناولنا لطريقة عمل الإنترنت، تتخذ أقصى الطرق التي قد تتوفر والمعلومة تمر عبر الدول أكثر من السرعة التي تجدها وهي تنتقل من ولاية لأخرى داخل الدولة الواحدة، خاصة إذا كانت البنى التحتية التكنولوجية فيها ضعيفة².

رابعا: عقد تجاري

يتسم العقد الإلكتروني بالطابع التجاري لذلك يطلق عليه "عقد التجارة الإلكترونية"³ وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد، حيث أن عقود البيع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود، كما أن العقد الإلكتروني يتسم بطابع الاستهلاك لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، فهو من عقود الاستهلاك، لذلك يخضع عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك، لما جاء بالتوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 7-97 وكذا قانون الاستهلاك الفرنسي والذي يفرض على التاجر المهني، باعتباره الطرف القوي في التعاقد العديد من الواجبات والالتزامات القانونية اتجاه المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد⁴.

¹ _ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د.س.ن)، ص 11.

² _ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع) المرجع السابق، ص 118.

³ _ ولقد عرف معظم الشراح في تعريفهم للعقد المبرم عبر الإنترنت، التجارة الإلكترونية أنها ممارسة الأعمال التجارية من خلال استخدام وسيلة إلكترونية، وبذلك لا تختلف التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها وممارستها عن التجارة التقليدية وإنما جاءت خصوصيتها من طبيعة الوسائل التي تستخدم لممارستها وبوجه خاص من الطريقة التي تتعد وتنفذ بها العقود باستخدام تلك الوسائل والتي تشكل في مجملها مكونات التجارة الإلكترونية في بيئة الإنترنت، أنظر: بشار محمود دودين الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 69.

⁴ _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 32.

المطلب الثاني: خصوصية أركان العقد الإلكتروني

لا يختلف العقد المبرم عبر الوسائط الإلكترونية عن سواه من العقود التقليدية، ويمر بنفس المراحل التي تمر بها هذه الأخيرة، لذلك يجب أن تتوافر أركان العقد التقليدي والشروط العامة التي أوجبها القانون لهذه الأركان في العقد الإلكتروني.

وكما يجب استيفاء بعض ما قد يفرضه القانون لإنعقاد العقد بالإضافة إلى توافر الأركان العامة، كاستيفاء شكل معين للعقد يجب أن يفرغ فيه أو كالتسليم في العقود العينية¹.

ومهما يكن فقد اشترطت جميع القوانين ثلاث أركان هي الرضا والمحل والسبب، فالرضا هو إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد والالتزام بآثارها والإرادة هي ركن العقد، والمحل هو ما ثبت عليه أثر العقد، أو المعقود عليه كما عبر عليه فقهاء المسلمون، أما السبب فهو الباعث والدافع للتعاقد، ومع ذلك لم يرد له تعريف محدد في معظم القوانين².

وبما أننا بصدد البحث عن كيفية التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية فإن البحث في هذا الموضوع، لا يقتضي منا التطرق إلى كافة المسائل المتعلقة بكيفية التعاقد الإلكتروني وإنما أن يقتصر البحث عن بيان أوجه الخصوصية في هذا النوع من العقود.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن التراضي في العقد الإلكتروني، أما الفرع الثاني سيتم تبين ركني المحل والسبب في العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: التراضي في العقد الإلكتروني

التراضي هو توافق إرادتا المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد، وهذا التوافق يتحقق وجوده بتبادل التعبير وفقا لإرادتين متطابقتين.

¹ _ نصت على هذا الحكم المادة 90 من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها: "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد".

² _ عرف المشرع الأردني السبب من خلال نص المادة 165 فقرة من القانون المدني الأردني على أنه: " الغرض المباشر المقصود من العقد".

ويستلزم القانون لقيام العقد توافر التراضي أولاً، ويتطلب لوجود التراضي أن توجد إرادة يعتد بها القانون لدى كل من المتعاقدين، ثم أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني وحتى يتم ذلك لا بد من قيام كل من العاقدين بالتعبير عن إرادته ثم حصول التوافق والتلاقي بين الإرادتين، وكما يتم هذا الأمر في العقود التقليدية يتم أيضاً في العقود التقليدية يتم أيضاً في العقود المبرمة عبر الوسائط الإلكترونية فالفارق الوحيد هو أن التعاقد يتم عبر وسائل إلكترونية.

ومنه سيتم التطرق في هذا الفرع إلى طرق التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني (أولاً) كما سيتم الحديث عن تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني (ثانياً)، وكذا تبيان زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني (ثالثاً)، فضلاً عن ذلك فإنه يتعين تبيان أثر الموت وعوارض الأهلية على التعاقد الإلكتروني (رابعاً)، هذا ولا بد تبيان كيفية التعبير عن الإرادة عبر الوكيل الإلكتروني (خامساً).

أولاً: طرق التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

يقصد بالإرادة انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد، ويتم التعبير عن الإرادة التعاقدية باستخدام وسيلة تدل على وجودها.

كما أن التعبير عن الإرادة هو مظهر الإرادة الخارجي وعنصرها المادي المحسوس فيكون تارة تعبيراً صريحاً وتارة أخرى يكون تعبيراً ضمناً¹، لأن الأصل في التعبير عن الإرادة لا يشترط فيه مظهر خاص أو وسيلة ومحددة عملاً بمبدأ الرضائية في العقود.

كما يعتبر اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني في حد ذاته مسألة نفسية لا يعني بها القانون إلا إذا تم الإعلان عنها، وذلك ما يتم بالتعبير عن هذه الإرادة، فالتعبير هو مظهر الإرادة الخارجي الملموس، وعليه فإن التعبير عن الإرادة هو إعلان عن إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، ولما كان العقد الإلكتروني ينعقد غالباً في إطار التجارة الإلكترونية ويتم بوسائل إلكترونية ولما كانت العناصر الأساسية لوجود العقد هي الرضا والمحل

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزام، الجزء 1، (نظرية العقد)، المرجع السابق، ص 150.

والسبب، فإنها لا تشكل خصوصية للعقد الإلكتروني، بحيث أنها تخضع لذات القواعد المعمول بها في العقود المبرمة بصورة تقليدية، إلا ركن التراضي الذي له طبيعة خاصة بالنسبة للعقود المبرمة عن بعد، نظرا لغياب العناصر المادية التقليدية التي يمكن من خلالها التعبير عن الإرادة¹.

ومع ذلك أهم ما يميز العقد الإلكتروني عن نظيره التقليدي في هذا الخصوص يتمثل في نقطة جوهرية وهي غياب الوجود المادي عن العقد، حيث يكون طرفي عملية التعبير عن الإرادة متباعدين، بحيث يتم الالتقاء بينهما من خلال برنامج (نظام معالجة المعلومات) محرر بلغة برمجية معينة على جهاز الحاسوب، ويكون مطروحا للاستعمال عبر شبكة الإنترنت، ويتم من خلاله تبادل الإيجاب والقبول، ولقد عرفت المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية نظام معالجة المعلومات بأنه: النظام الإلكتروني المستخدم لإنشاء رسائل المعلومات أو إرسالها أو تسليمها أو معالجتها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر².

كما أقر القانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية سنة 1997 تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات إلكترونيا في الأعمال التجارية، جاء نص المادة 11 من هذا القانون وأقر صراحة استخدام رسائل البيانات الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، حيث قضى بأنه: "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض، الأمر الذي يستفاد من جواز التعبير عن الإرادة - الإيجاب والقبول - بطريقة إلكترونية.

¹ - بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، مذكرة ماجستير منشورة من طرف دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2006، ص 107.

² - المرجع نفسه، ص 108.

ومما سبق ذكره يتضح أن القواعد العامة في القانون المدني، والقواعد الخاصة التي نصت عليها القوانين المختلفة المتعلقة بالعمليات الإلكترونية، أجازت التعبير عن الإرادة إلكترونياً متى تحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها.

حيث نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً¹.

ومن هذا النص يتضح أن الإرادة الظاهرة تأخذ مظهرها الخارجي إما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً وإما باتخاذ موقف لا يدع لظروف الحال أي شك في دلالاته، وكذلك عن طريق التعبير الضمني¹.

وعند الحديث عن التعبير عن الإرادة عبر الوسائل الإلكترونية نجد أنه أثار عدة مواضيع مهمة قد تتعلق بصور التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت، أو أنها تتعلق بدلالة السكوت أو قد تكون المسألة متعلقة بالوقت والمكان الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره، وذلك مع ضرورة ملاحظة أن مسألة الاختلاف بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة، وكذلك أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت²، لا يوجد بشأنهما أي جديد في نطاق قانون المعاملات الإلكترونية، لذا فإنهما محكومان بما تقرره المبادئ العامة التي تحكم العقود في القانون المدني³.

وبعد الموجز الذي سبق وأن قدمناه نصل إلى نتيجة مفادها أن إجراء التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية وبالتالي التعبير عن الإرادة يمكن أن يحدث بواسطة استخدام أكثر من

¹ _ فتحي بن جديد، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، ص 71.

² _ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 108.

³ _ للمزيد من التفصيل حول التعبير الصريح والضماني، والاختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، وإشكالية السكوت، وأثر الموت أو فقد الأهلية، وبصفة عامة التعبير عن الإرادة في القانون المدني، ينظر في ذلك إلى كل من عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 45 وما يليها، علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام المرجع السابق، ص 26.

تقنية تقدمها شبكة الإنترنت، وبتعدد التقنيات المستعملة واختلافها تتعدد صور التعاقد الإلكتروني فقد يتم العقد عبر نظام البريد الإلكتروني، أو عن طريق المحادثة المباشرة عبر الشبكة أو من خلال المواقع الإلكترونية.

01- التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني:

البريد الإلكتروني يقصد به تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية، وينظر إليه على أنه النظير الإلكتروني للبريد العادي.

كما يقصد به استخدام شبكة الإنترنت في نقل وتبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية بدلا من الوسائل التقليدية، ينظر عادة إلى البريد الإلكتروني على أنه المكافئ الإلكتروني للبريد العادي، لذا فإنه في مجال البريد الإلكتروني يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي لأنه عند وضعك الرسالة العادية داخل صندوق البريد فإنك تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع استردادها، فكذا الحال بالنسبة للبريد الإلكتروني، الذي يسمح بتبادل المراسلات أيا كان حجمها¹.

وقد تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية للبريد الإلكتروني، فعرفه بعض الفقه بأنه مكنة التبادل غير المترام للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي.

وعرفه آخرون بأنه: " طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة الإنترنت ".

وكما عرفت المادة الأولى من القانون الفرنسي المسمى قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي في فقرتها الأخيرة البريد الإلكتروني بأنه: كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو صور أو أصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات ويتم تخزينها على أحد خدمات الشبكة أو في أجهزة المرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها " ².

¹ _ بلقاسم حامدي، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 64.

² _ عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 119 و120.

وإن ملايين الرسائل الإلكترونية تنقل يوميا عبر نظام بريد الإنترنت، وهذه الرسائل قد تكون لها ملحقات تتضمن ملفات أخرى أو صور أو رسومات ومن أهم ما يستطيع نظام البريد الإلكتروني تقديمه هو عملية التواصل بين طرفين يفصل بينهما آلاف الكيلومترات دون أن يتحقق لهم الوجود المادي أو الفعلي¹.

ولكي تتم عملية إرسال البريد الإلكتروني إلى أحد الأشخاص وتصل الرسائل على الفور ينبغي أن يكون لدى التاجر عنوان بريدي ولدى المستهلك عنوان بريدي مماثل، وتتم عملية التعبير عن الإرادة من خلال البريد الإلكتروني عند فتح المرسل عنوانه البريدي ويحدد عنوان المرسل إليه والذي يتكون من ثلاثة أجزاء، ليقوم بعدها بكتابة الرسالة عم طريق طباعتها على جهاز الحاسب الإلكتروني المرتبط بشبكة الإنترنت ثم يقوم بإرسال الرسالة فتصل الرسالة إلى العنوان المحدد من قبل المرسل، وفي الطرف الثاني يقوم المرسل إليه بفحص برنامج البريد الإلكتروني العائد له فتتم المراسلة والإستقبال ومثلما يمكن إرسالها إلى أشخاص معينين في آن واحد باستخدام برنامج معين، أن التعبير عن الإرادة يكون كتابة، وهي كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى أن الوسيلة قد اختلفت فهي تتم عن طريق الإنترنت، لذلك يمكن القول أن خدمة البريد الإلكتروني تعد وسيلة مناسبة للتعبير عن الإرادة².

02- التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة المباشرة عبر الشبكة:

أدى تطور تقنية المعلومات إلى بإمكان أي مستخدم لشبكة الإنترنت أن يخاطب أشخاصا آخرين سواء عن طريق الكتابة أو الصوت، بل أصبح بالإمكان تلاقحهم وجها لوجه بمجرد استخدام كاميرا يتم توصيلها بالحاسوب، وهذا ما يحقق التفاعل الحواري المباشر بين الطرفين³.

ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين ببرنامج المحادثة المعد تقنيا لهذا الغرض، ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزئين حيث يقوم أحد

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 130.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 147 و146.

³ _ عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 126.

الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول وسيبقى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج¹.

كما توفر هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين، كما تعتبر وسيلة فعالة لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة وفي نفس الوقت، كما يمكن التبادل المباشر للكلام بينهما شفاهة بحيث يسمع كل طرف مايقوله الطرف الآخر وأكثر من ذلك يمكن لكل طرف أن يشاهد الآخر وذلك عبر كاميرا رقمية ملحقة بجهاز الحاسب الإلكتروني².

فوسيلة التعبير عن الإرادة من خلال المحادثة والمشاهدة يمكن أن تكون بالتعبير الصريح اللفظ، الكتابة، الإشارة، وما تتميز به هذه الوسيلة عن باقي الوسائل خلق التعاصر الزمني ما بين المحترف والمستهلك وكأنهم في مجلس عقد حقيقي، في حين أنه مجلس عقد افتراضي وهذا نتيجة مشاهدة وسماع كل طرف للآخر في الوقت ذاته.

03- التعبير عن الإرادة من خلال المواقع الإلكترونية:

مصطلح الموقع ومصطلح الإنترنت قد يتبادر إلى الذهن في الوهلة الأولى أنهما مترادفان لمعنى واحد، وفي الواقع أنهما مختلفين، فالموقع ليس هو الإنترنت ولكنه وسيلة من بين وسائل الاتصال التي تقدم عبر شبكة الإنترنت، بل هو الوسيلة الأكثر شيوعا واستخداما في الاتصال عبر الشبكة العالمية³.

ويتألف الموقع من مجموعة من الصفحات وصفحة رئيسية وتتضمن الشبكة عددا كبيرا من المواقع في مختلف التخصصات، ويمكن للتاجر المحترف أن يعرض سلعته وخدماته للمستهلك من خلال الموقع، والموقع هنا يشبه المحلات التجارية، إذ أنها تتضمن عرضا مرئيا للسلع أو الخدمات والتي يتولى التاجر صاحب الموقع تقديمها وعرضها من خلاله⁴.

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 132.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 145.

³ _ عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 123.

⁴ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 145.

وهنا يستطيع المستهلك التعبير عن إرادته بعد إدخال المعلومات الضرورية (كإسمه وعنوانه، وبريده الإلكتروني) ويعد ذلك قبولا، يتطلب تعبير البائع عن إرادته بالقبول لانعقاد العقد. وكما يمكن التعبير عن الإرادة باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبحت متعارفا عليها عبر الشبكة فهناك مثلا إشارة وجه مبتسم تدل على الموافقة ووجه غاضب تدل على الرفض، وهناك من يرى أن هذه الإشارات الجديدة صادرة عن جهاز الحاسب الإلكتروني ومع ذلك فإنها تعبر عن إرادة الشخص وليس عن إرادة الحاسب الإلكتروني¹.

واستخدام الموقع على شبكة الإنترنت يفترض الديمومة والثبات بحيث يمكن المستهلك ويتيح له فرصة الدخول إليه في كل زمان وفي أي مكان.

ثانيا: تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني

إن التعبير عن الإرادة الواحدة لا يكفي لإنشاء العقد وتكوينه، فلكي يحدث ذلك لابد من توافر إرادة أخرى يتم التعبير عنها على نحو يجعلها تتطابق وتتوافق مع التعبير الأول، وتوافق الإرادتين يتم بصدور إيجاب يقترن به قبول مطابق له، فالإرادتان الأولى والثانية هما الإيجاب والقبول²، وما يعلن منهما أولا على الأغلب هو الإيجاب، وأما الإرادة التي تعلن ثانيا هي القبول³.

والقاعدة العامة في كل العقود، هي وجوب صدور هاتين الإرادتين متطابقتين وسليمتين من العيوب وتطابقهما حول جميع الشروط الجوهرية لانعقاد العقد المراد إنشاؤه، وسواء كان ذلك في مجلس واحد بين طرفين متقابلين، أو بين طرفين غائبين⁴.

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 146.

² _ تنص المادة 90 من القانون المدني الأردني على أنه: " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد ".

³ _ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 123 و122.

⁴ _ فتحي بن جديد، التزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 75.

إذ أن الإيجاب والقبول يتحققان فيها ويقترنان بعدة أساليب ووسائل إلكترونية¹، ولتسليط الضوء على هذا الموضوع سنحاول إبراز الجوانب الخاصة بكل من الإيجاب والقبول ومجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية، من غير الخوض في تفاصيل القواعد العامة بصددتها.

01- الإيجاب الإلكتروني:

في العموم يمكن تعريف الإيجاب دون ذكر الأراء الفقهية المتعددة بأنه: "التعبير الأول عن إرادة التعاقد يصدر من موجب متضمنا عزمه النهائي على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجه له"²، أو هو عرض جازم وكامل للتعاقد وفقا لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم أو للكافة"³.

أما فيما يخص الإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية لم تورد معظم التشريعات الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية تعريفا محددًا للإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية، بالرغم من أن إعرافها بجواز التعبير عن الإيجاب بوسائل إلكترونية إلا أنه ورد تعريف للإيجاب في التوجيه الأوروبي الصادر في حزيران 1997 وهو التوجيه الخاص بحماية

¹ _ التشريعات المنظمة لقواعد التجارة الإلكترونية بما فيها التشريعات العربية، لم تتناول أحكاما تفصيلية بخصوص الإيجاب والقبول في عقود التجارة الإلكترونية، بل اكتفت بالإشارة إلى جواز التعبير عن الإيجاب والقبول بوسائل إلكترونية فقد نصت المادة 13 من تشريع المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه: " تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي"، وكما نصت المادة 1/13 من تشريع دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه: " لغرض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية".

أما كل من التشريع التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية وكذلك مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لم يورد أحكاما ونصوصا مماثلة.

كما أن المادة 11 من قانون المعاملات الإلكترونية السنغوري رقم 25 سنة 1998 قد أورد حكما مماثلا بالنص على أنه: "... في سياق إنشاء العقود، مالم يتفق الأطراف على خلاف الإيجاب والقبول الإيجاب قد يعبر عنه بواسطة التسجيلات الإلكترونية".

² _ فتحي بن جديد، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 75.

³ _ خالد صبري الجناس، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، دار قنديل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،

المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد إذ عرف هذا التوجيه الإيجاب بأنه: "كل إتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"¹.

ويتميز هذا الإيجاب بأنه يتم عادة من خلال شبكة المعلومات بخدماتها المتنوعة وبصورة مسموعة مرئية، تسمح لمن صدر عنه الإيجاب استخدام وسائل للإيضاح والبيان أكثر ملائمة من الوسائل الأخرى - التقليدية - المستخدمة عن بعد.²

كما يشترط في العرض الإلكتروني أو التعبير الإلكتروني عن الإرادة، لكي يعتبر إيجاباً يصلح لإنعقاد العقد، أن يكون موجهاً إلى شخص معين أو عدة أشخاص معينين، وأن يكون محدد بشكل كاف، ويدل على إتجاه قصد الموجب في الإلتزام به في حالة القبول سواء اتفاهضت الأطراف بإستخدام البريد الإلكتروني أم تبادل البيانات إلكترونياً.³

ومثلاً لم تتعرض القوانين المدنية لتعريف الإيجاب التقليدي، فإننا نجد أن معظم القوانين الحديثة والمتهمة بموضوع التجارة والعقود الإلكترونية، لم تتضمن تعريفاً محدداً للإيجاب الإلكتروني، ماعداً القليل منها من أهمها قانون اليونسترال النموذجي وبعض التوجيهات الأوروبية، وهذا مقارنة بالفقه الذي لم يدخر جهداً كبيراً في ذلك، ولذلك سنحاول التطرق لبعض التعاريف القانونية للإيجاب الإلكتروني، ثم التعاريف الفقهية له، ثم التطرق لأهم خصائص الإيجاب الإلكتروني، وشروطه.

¹ - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 69 وينظر كذلك: خالد صبري الجناس، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، دار قنديل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012، ص 69.

² - هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 193.

³ - وهذا ما يوضح من المفهوم المخالف للمادة 9 فقرة 1 من مشروع اتفاقية الأونسترال بشأن التعاقد الإلكتروني، وكما أن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية لم تضع معايير محددة لتمييز وتحديد مفهوم الإيجاب في العقود الإلكترونية، ومن بين هذه التشريعات: التشريع التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية، وتشريع المعاملات الإلكترونية الأردني، وتشريع دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وكذا المشروع المصري للتجارة الإلكترونية، وجميعها سبق وأن أشرنا إليها.

أ- التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني:

لما كان العقد الذي ينعقد في إطار التجارة الإلكترونية يندرج من الناحية التشريعية في طائفة العقود التي تبرم عن بعد، فإن تعريف الإيجاب فيه يجب أن يتم في ظل تعريف الإيجاب في ظل هذه العقود.

بحيث أورد التوجيه الأوروبي رقم: 97-7 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد نصا يفيد بأن الإيجاب هو: "كل إتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"¹.

وقرابة لذلك تضمن كذلك التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 2000 تعريف للإيجاب الإلكتروني الموجه عن بعد مركز على حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني عن بعد²، ويتضح من خلال هذا التعريف أنه لم يعرف أو يحدد وسائل الإتصال عن بعد، كما أنه يبرز الصفة الإلكترونية في هذا الإيجاب والتي تعد أهم خاصية من خصائص الإيجاب الإلكتروني، إلا أنه يتضح من اهتمامه بضرورة تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن المستهلك ألا وهو القابل على الأغلب في إصدار قبوله وهو على بينة.

في حين نصت المادة 11 فقرة 1 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 على أنه: " في سياق تكوين العقود ومالم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل بيانات في تكوين العقد لايفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

وكما تضمن البند (2/3) من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي مايلي: "تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ماداموا معرفين على نحو كاف

¹ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية - دار النيل للطباعة القاهرة - مصر، 2006، ص 102.

² - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 69.

وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه مالم يتم الإشارة إلى غير ذلك.

فالإيجاب الإلكتروني هو التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد ويتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد، ويستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة¹.

وبالتالي فإننا نرى أنه من الصواب أن يظل تعريف الإيجاب دون تغيير سواء تم التعبير عنه تقليديا أو على الإنترنت، ذلك أن وصف الإيجاب الإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب فقط لكونه قد تم عبر وسيط إلكتروني وهو شبكة الإنترنت.

ب- التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني:

يعرف جانب من الفقه المصري الإيجاب على أنه: " العرض الصادر من شخص يعبر على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"²، وكما عرف الفقه الإنجليزي الإيجاب بأنه بيان لرغبة الشخص الذي أصدره في التعاقد على وفق الشروط المذكورة فيه.³

لهذا يذهب بعض الفقه إلى أن لفظ إلكتروني إذا ما أضيفت إلى الإيجاب لا تتال من المعنى المراد منه في إطار القواعد التقليدية في قانون العقد، فالأمر ليس إلا مجرد وصف يلحق بالإيجاب الناشئ عن اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة التي تتجسد في تقنيات تتيحها شبكة الإنترنت⁴.

ومع ذلك لم يتفق الفقه بشأن التكييف القانوني لتعبير المستهلك عن إرادته وعما إذا كان يعد إيجابا أو قبولا لاسيما إذا تم التعاقد عن طريق الدخول إلى أحد المواقع التجارية

¹ _ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 68.

² _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 67.

³ _ سلطان عبد الله محمود الجوّاري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، (دراسة قانونية مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2010، ص 58.

⁴ _ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 182.

فمثل هذه المواقع تحدد عادة جميع شروط التعاقد وصفات محل العقد سلعة كان أو خدمة كما سبق والإشارة إليه في الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، وكما أن 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 هدفه الوحيد إقامة علاقة عقدية مع أي شخص بصرف النظر عن جنسيته ومكان وجوده.

وبصرف النظر عن تعدد آراء الفقهاء وظهور عدة اتجاهات في هذا الشأن، فإننا سنتجه مباشرة توضيح التكييف القانوني لتعبير المستهلك عن إرادته وإسقاطه ومطابقتها مع القواعد العامة، بحيث تنص هذه الأخيرة إلى أن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعد إيجاباً لذلك فإن تعبير المستهلك عن إرادته بالحصول على السلعة في هذه الحالة يكون قبولا لإيجاب سابق.

وفضلاً عن ذلك فإن عرض السلع والخدمات عبر شبكة الإنترنت دون بيان ثمنها لا يعد إيجاباً بل مجرد دعوة للتفاوض أو التعاقد بغض النظر عن الوسيلة التي يقدم بها العرض¹.

ج- خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يمكننا القول في البدء أن الإيجاب الإلكتروني يخضع لنفس القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، غير أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته، ومن أبرز هذه الخصائص أنه إيجاب يتم عن بعد، يتم عبر وسائط إلكترونية، أو أنه إيجاب دولي.

- إيجاب إلكتروني يتم عن بعد:

كما هو معروف فإن العقد يتم بإيجاب وقبول، وحيث أن المتعاقدان في العقود الإلكترونية لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، وإنما حكمي، مما يتبعه أن الإيجاب باعتباره تصرف قانوني سيتم إبرامه عن بعد².

لما كان الإيجاب الإلكتروني إيجاباً عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 167.

² - خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 51.

القيود والواجبات التي يلتزم بها اتجاه المستهلك الإلكتروني والتي منها، تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه، وعنوان البريد الإلكتروني والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها وأثمانها ووسائل الدفع أو السداد، وطريقة التسليم، وخيار المستهلك في الرجوع التعاقد وإعادة إخطار المستهلك وخدمة ما بعد البيع، ومدة الضمان¹.

- الإيجاب الإلكتروني إيجاب دولي:

الإيجاب الإلكتروني يتم باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعاً لذلك إيجاباً دولياً نظراً لما تتسم به شبكة الإنترنت من الانفتاح والعالمية.

ورغم ذلك يرى البعض أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة، ومن أمثلة ذلك ماورد بشروط المركز التجاري من أنه يجوز للمتجر المشارك أن يقيد الأماكن التي يتم فيها التسليم من الناحية الجغرافية، ويبدو أن آثار هذا الشرط تقترب كثيراً من سابقه، إذ أن العميل الذي لا يقع في نطاق الجغرافي الذي يتم فيه التسليم سوف يتردد كثيراً دون شك في قبول العرض².

وأجازت غرفة تجارة باريس والمؤسسة الفرنسية للتجارة والتبادل الإلكتروني مثل هذا النوع من الإيجاب المحدد مكانياً لتوافر درجة عالية من الخصوصية في السلع المعروضة لهذه المنطقة³.

- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية:

إن من أهم خصوصيات الإيجاب الإلكتروني التي تجعله متميزاً عن الإيجاب بالطرق التقليدية هو أنه يتم بوسيلة اتصال فورية تكون مسموعة مرئية وتتيح إبرام العقد عن بعد حيث

¹ - دناي نور الدين، الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، تندوف، العدد 2، ديسمبر 2017، ص 95.

² - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 77.76

³ - عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في الحقوق (فرع العقود والمسؤولية)، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص 13.

يتم التعبير عن الإيجاب الإلكتروني عن طريق وسيلة اتصال فورية تكون مسموعة مرئية وتتيح إبرام العقد عن بعد.

ويتم التعبير عن الإيجاب الإلكتروني عن طريق وسيلة اتصال فورية تسمح بالاستعانة بالصور الثابتة أو المتحركة أو الصوتية أو أية وسيلة أخرى للإيضاح تبين السلعة أو الخدمة المعروضة¹، وما يميز هذا الإيجاب أنه لا يكون فعالاً إلا من وقت صدوره، بل من الوقت الذي يتم فيه إطلاق الإيجاب من خلال الإنترنت، إذ يترتب عليه الوجود المادي للإيجاب وابتداء من هذا الوقت ومنه يترتب الإيجاب آثاره القانونية².

د- شروط الإيجاب الإلكتروني:

وفقاً للقواعد العامة حتى يكون التعبير عن الإرادة إيجاباً يشترط شرطين أساسيين، أولهما أن يكون محددًا ودقيقًا بمعنى أن يتضمن الإيجاب كل شروط العقد، فينقذ العقد بمجرد صدور القبول منه³، وثانيهما أن يكون التعبير باتاً نهائياً أي أنه ينطوي على نية الموجب في إبرام العقد بمجرد إقتران القبول به⁴.

وإن كانت شروط الإيجاب الإلكتروني لا تختلف مبدئياً عن شروط الإيجاب التقليدي الوارد في القواعد العامة، غير أنها تتصف بنوع من الخصوصية، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال التعرض لشروط الإيجاب الإلكتروني الخاصة بالشكل والشروط الخاصة بالمضمون.

- الشروط الخاصة بالشكل:

إن صدور الإيجاب الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة يقتضي توفر بعض الشروط الخاصة بالشكل والمتعلقة بالوسيلة المستعملة، واللغة المستعملة، والأسلوب المستعمل، فالوسيلة المستعملة طبقاً للقواعد العامة لا توجد طريقة معينة يمكن تحديد البضاعة بواسطتها، إنما يمكن أن تتم بكافة الطرق السائدة في التعامل الدولي بما فيها وسائل

¹ _ عجالي بخالد، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 168.

² _ بولمعلي زكية، خصوصية الإيجاب الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 02 المجلد 1، (د.س.ن)، ص 4.

³ _ على فيلالي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 119 و118.

⁴ _ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون الجزائري (الجزء الأول) التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 69.

الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية، إلا أنه ينبغي على مقدم الخدمة أو المنتج أن يقوم بإعلام المستهلك باستعمال وسائل مناسبة وفعالة تسمح بفهم مضمون الإيجاب بكل سهولة وبعيد عن كل الغموض¹.

أما اللغة المستعملة فقد أشرت المشرع على غرار باقي التشريعات الأجنبية والعربية، إعلام المستهلك باللغة العربية حيث ورد في نص المادة 18 من قانون 03-09 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش²، أن تستعمل اللغة العربية بطريقة أساسية أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلك وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها.

أما المشرع الفرنسي فقد اشترط اللغة الفرنسية لتعبير عن الإيجاب، وهو ما جاء من خلال نص المادة 02 من القانون الصادر في 04 أوت 1994 والمسمى بقانون³ TOUBON حيث أوجبت هذه المادة ضرورة استعمال اللغة الفرنسية في الوصف والإيجاب، وكذا طرق التشغيل أو الاستعمال ووصف مجال الضمان الخاص بالسلع أو الخدمات، كذلك في القوانين والإيصالات وفي كل إعلان مكتوب، شفوي أو سمعي أو مرئي، وعدم احترام هذا الالتزام يترتب عليه توقيع الجزاء القانوني، حتى يتسنى له شراء أو استعمال سلع أو استفادة من خدمات هو بعلم بحقيقة طبيعتها، وكيفية استعمالها⁴.

وبالتالي يتضح بأن كل من المشرع الجزائري والفرنسي اشترطا استعمال اللغة الوطنية في الإيجاب الإلكتروني، إلا أنه حسب تقديراتنا فإنه من الصعب الالتزام على شبكة مفتوحة باستعمال اللغة الوطنية فقط نظرا للطابع العالمي للشبكة، ما يمكن أن يلقي صدى على مستوى الحلول التقنية التي أفرزت تقنيات تسمح للمستهلك بأن يختار في صفحة الاستقبال بموقع الويب اللغة التي يرغب في التعامل بها، ومن بينها لغة المستهلك، مما يحقق فائدة كبيرة للموجب تتمثل في حسن إدراكه لذلك الإيجاب، وخاصة المواقع ذات الصبغة الانتشارية

¹ _ بومسلة عبد القادر، خصوصية الإيجاب والقبول في المعاملات الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة سوسة، تونس، العدد 02، المجلد 4، جوان 2018، ص 329.

² _ المادة 18 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

³ _ Loi n 94- 665 du 04 aout 1994 relative a l'emploi de la langue française, J.O.F, 5 Aout 1994. Voirle site : www.légisfrance.gouv.fr/

⁴ _ صلاح الدين بوحملة، خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة (الجزائر)، عدد 3، المجلد 30، ديسمبر 2019، ص 310.

تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة، وتوفر ترجمة فورية وكاملة لكل محتويات الموقع وبالتالي فهي تسهل للزائرين الدخول لمواقعها وتجذبهم بذلك وتتعاطى معهم بلغاتهم المحلية¹.

بينما الأسلوب المستعمل فإنه لا بد أن يتم الإيجاب بأسلوب مكتوب يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه على دعامة إلكترونية أو أي دعامة أخرى مستديمة بحيث يمكن استرجاعها مرة أخرى عند الضرورة، كما يجب أن يكون العرض بأسلوب إلكتروني ظاهر وبعبارات واضحة لايشوبه أي غمض أو لبس.

وكما كان الإيجاب يتم بواسطة وسيلة سمعية أو مرئية فإنه يمكن الاستعانة كذلك بالصور المعروضة المثبتة أو الحية وكذا بالصوت، فإن اختيار التاجر هذه الوسيلة كان لزاما عليه أن يتم بالوضوح والتحديد بحيث يجب أن تعبر الصورة تعبيرا واضحا ودقيقا عن المنتج أو الخدمة، دون غموض²، وأن يبين الحجم والوزن والصفات بحيث من خلال الصورة يتم التعرف عن المبيع معرفة كافية نافية للجهالة، ولا يتحقق هذا العلم إلا إذا كانت هذه الصورة صادقة ومعبرة فعلا عن حقيقة الشيء³.

- الشروط الخاصة بالمضمون:

إن ممارسة الحرية الاقتصادية لا بد أن تكون في إطار منظم من عدة جوانب حماية للطرف الضعيف الذي هو مستهلك، وذلك بتحديد البيانات الخاصة بالمضمون بتحديد هوية البائع ووصف المنتج، مدة الإيجاب، تحديد الثمن.

فبالنسبة لهوية البائع أو المهني فإنه يجب على البائع أو المنتج أو المهني وفي نطاق الثقة المشروعة وتكريسا لمبدأ حسن النية أن يعلم المستهلك بكافة بياناته التي تحدد شخصية بطريقة قاطعة وقت أن يعرض عليه الإيجاب الإلكتروني⁴، وذلك بتحديد هويته

¹ _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 70.

² _ بومسلة عبد القادر، خصوصية الإيجاب والقبول في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 329.

³ _ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون الجزائري (الجزء الأول) التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 72.

⁴ _ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 168.

تحديداً دقيقاً وواضحاً، سواء اسمه ولقبه وعنوانه ورقم هاتفه حتى يمكن الاتصال به في أي لحظة، عنوانه البريدي، وإذا كان شخصاً معنوياً مثل الشركة يتعين تحديداً اسمها وعنوان مقرها ومعلومات حول نشاطها التجاري وإذا كان شخصاً طبيعياً فينبغي أن يعلن عن هويته، وبالتالي لا بد من تحديد كل هاته العناصر لأن العقد الإلكتروني يتم في فضاء لامادي مجهل كل طرف هوية الآخر¹، ومع ذلك قد تكون كل هذه البيانات خاطئة، وغير دقيقة، فعلى المشرع أن ينظم هذه المسألة وأن يخضع للرقابة.

أما تحديد وصف المنتج فإنه لا بد على البائع عبر الشبكة، أن يحدد طبيعة المنتج وصفته ومصدره ومميزاته الأساسية وتركيبته، وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه، كيفية استعماله والنصائح والإرشادات الخاصة به²، وهو ما نصت عليه المادة 17 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والتي تنص على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يصنعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم"³.

يجب كذلك بيان أية تكاليف إضافية، كأجور النقل، أية أسباب، توضيح مدة عرض المبيع وهذه البيانات تقع على عاتق المهني في قواعد حماية المستهلك التقليدية، لكن تم توسيعها في التعاقد الإلكتروني لتشمل أي شخص يبيع عبر الشبكة⁴.

بينما فيما يتعلق بتحديد مدة الإيجاب فإنه قد يكون الإيجاب ملزماً لصاحبه إذا اقترن بمدة معينة محددة صراحة أو ضمناً، فإذا حدد الموجب مدة للقبول يبقى على إيجابه حتى انتهاء المدة لمعرفة إرادة من إليه الإيجاب بالقبول أو الرفض، وهو ما أشارت إليه المادة 63 فقرة من القانون المدني: "إذا عين أجل للقبول التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى

¹ _ بومسلة عبد القادر، خصوصية الإيجاب والقبول في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 330.

² _ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 168.

³ _ القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

⁴ _ عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 22.

انقضاء هذا الأجل"¹، والأساس لهذه القوة الملزمة هو الإرادة المنفردة للموجب على أساس أنها مصدر للالتزام، وفي حالة عدم تحديدها يبقى الموجب ملزماً بإيجابه طيلة وجوده².

وكما يثير الإيجاب الإلكتروني مسألة مدة بقاء الإيجاب صالحاً لاقتزان القبول به، أو الوقت المحدد لصلاحيته الإيجاب الإلكتروني، بحيث وأنه طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني فإن الموجب أن يرجع عن إيجابه مادام لم يقترن به قبول مطابق أو يقيد نفسه بالبقاء على إيجابه مدة معلومة.

ويذهب في هذا الشأن رأي الفقه إلى وجوب الخروج على القواعد العامة في الإيجاب الإلكتروني وذلك بأن يحدد الموجب بدقة الوقت اللازم لصلاحيته إيجابه، وبعبارة أوضح ان يكون الإيجاب الإلكتروني دائماً مقترناً بوقت محدد إذ أن في عدم تحديد هذه المدة أضعاف للمركز القانوني للمستهلك فوق ما هو فيه من ضعف اقتصادي ومعلوماتي يجعله جديراً بالحماية في مواجهة المحترف، خاصة إذا كان هذا الإيجاب ناتج عن مفاوضات مشتركة بين الطرفين فهو ليس وليد إرادة طرف واحد حتى يستطيع الرجوع عنه، بل هو وليد الإرادة المشتركة إذا ساهم كلاهما في إعداده لذا يسمى بالإيجاب المشترك، فالموجب إذا عدل عن إيجابه كان ذلك إخلالاً بالثقة المشروعة وعدم رجوعه خطأً تقصيرياً يوجب التعويض. والشيء الأكيد منه أن هذا الرأي الفقهي يهدف لحماية المستهلك الإلكتروني من خلال معاملاته التجارية الإلكترونية، وتوفير الثقة في مثل هذا النوع من المعاملات.

02- القبول الإلكتروني:

هو موافقة القابل على الإيجاب المعروض عليه من قبل الموجب وهذا القبول قد يكون شفهيًا أو كتابيًا أو سلوكيًا، وفي جميع الأحوال لا بد أن يكون مطلقاً ومطابقاً تماماً لشروط الموجب³، وهذا يعني أن القبول يعد التعبير الثاني عن الإرادة وبذلك يمكن أن يتخذ أية صورة من صور التعبير عن الإرادة، كأن يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ

¹ _ المادة 63 فقرة 1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

² _ علي فيلالي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، المرجع السابق، ص 123 و 122.

³ _ ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 49.

موقف لا يدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه، وإضافة لذلك أن يكون باتاً ويتجه إلى إحداث الأثر القانوني¹.

والقبول الإلكتروني لا يخرج كثيراً عن هذا التعريف ولا يختلف عن القبول التقليدي من حيث الموضوع بيد أنه يتميز بقواعد خاصة والتي ترجع إلى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية²، لذلك فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد التي تنظم القبول في نظرية العقد، لكنه يحتوي على شيء من الخصوصية، تجعله جديراً بالبحث والتنظيم.

وفيما يلي سنتعرض إلى القبول عبر المجال الإلكتروني ببيان مفهومه وتحديد شروطه ومجموعة من الإشكالات التي يطرحها القبول الإلكتروني والتي تواجه المستهلك كمدى إمكانية عدول هذا الأخير عن قبوله، ومدى صلاحية السكوت كتعبير عن القبول الإلكتروني، وحرية الموجب له في القبول.

1- مفهوم القبول الإلكتروني:

في هذا الصدد سيتم تعريف القبول الإلكتروني وذكر خصائصه وطرق التعبير عنه، كما سيتم تبين الإشكالات التي يطرحها القبول الإلكتروني.

أ- تعريف القبول الإلكتروني:

يعرف القبول بأنه التعبير عن رضا الموجب له بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: " ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء تصرف وبه يتم العقد"³.

¹ _ عجالي بخالد، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 179.

² _ إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 135.

³ _ محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان (الأردن) 2009، ص 143.

ولم يورد قانون لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية (اليونسترال) أي تعريف للقبول في المعاملات الإلكترونية إنما ترك هذه المسألة للقوانين الوطنية، واكتفى بالنص على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول عبر رسائل البيانات¹.

ولبيان مفهوم القبول الإلكتروني، سنحاول من خلال مايلي تحديد تعريف دقيق له من خلال مجموعة التعريفات التي تطرق لها الفقه والقانون، وبعدها الوقوف على أهم سمات القبول الإلكتروني وطرق التعبير عنه.

يقتضي تعريف القبول الإلكتروني -في البدء- بيان المقصود بالقبول بوجه عام، بحيث يعد القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، يفيد موافقته على الإيجاب فهو الإرادة الثانية في العقد، بحيث لا يمكن أن ينعقد العقد إلا باتفاق الإرادتين.

وكما يعرف القبول بأنه التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد، بحيث يعلن من وجه إليه الإيجاب صراحة أو ضمنا على موافقته على العرض الموجه إليه، ولا يمكن أن يصدر القبول والإيجاب قائما، لأن العقد لا يبرم إلا بتلاقي الإرادتان والتطابق بينهما².

فالقبول إذن هو التعبير عن رضا من وجه إليه الإيجاب بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب، والتي تكون عادة ثمرة المفاوضات التمهيديّة، لذا فالتعبير عن القبول يمكن أن يتم عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة³.

وعليه يعرف القبول الإلكتروني على أنه: "التعبير باستخدام الوسائط الإلكترونية عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيرا معينا عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين،

¹ _ المادة 11 فقرة 1 من قانون اليونسترال للتجارة الإلكترونية.

² _ عقوني محمد، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية (جامعة محمد خيضر بسكرة)، العدد السابع، (د.س.ن)، ص 100.

³ _ لزعر وسيلة، القبول في التعاقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 9، (د س ن)، ص 372.

فإذا قبل من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول "، وكما يمكن تعريفه لأنه: "تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب عبر الوسائل الإلكترونية التي أفرزتها شبكة الإنترنت"¹.

ب- خصائص القبول الإلكتروني:

يخضع القبول الإلكتروني كما وسبق وضحنا بأنه يخضع للقواعد العامة التي تحكم القبول التقليدي، وبما أنه يتم عبر وسائط إلكترونية ودعائم إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، جعله يصنف على أنه قبول عن بعد، جعله لا يخضع في بعض الجزئيات لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، وذلك راجع لطبيعته الإلكترونية التي يتميز بها. وهناك شروط عامة يجب أن يتوافر في القبول التقليدي، بحيث أنه من المؤكد خضوعه للشروط العامة المطلوبة في كل تعبير عن إرادة، فيجب أن يكون باتا ومحددا ومنتج لآثاره القانونية، وأن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب قائما وأن يطابق القبول.

فإذا كان القبول مطابقا للإيجاب، ولا يتضمن أي تحفظات أبرم العقد، فالقبول إذن يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة، ولا يجوز أن يزيد فيه أو ينقص عنه وإلا اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا، والقبول الإلكتروني لا يشترط فيه أن يصدر في شكل خاص أو وضع معين فيصح أن يصدر عبر وسائط إلكترونية أو من خلال الطرق التقليدية للقبول، ما لم يكن الموجب قد اشترط أن يصدر القبول في شكل معين.

هذا وقد أشارت لهذا الحكم اتفاقية فينا لبيع البضائع الدولية والتي نصت على أنه: "يعد قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر من المخاطب يفيد الموافقة"².

ج- طرق التعبير عن القبول:

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف

¹ _ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2012، ص 199.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 174.

المحادثة أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو السلعة عبر الإنترنت وتحميلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل¹.

ومن طرق القبول الإلكتروني النقر لمرة واحدة على خانة (موافق)²، وقد يشترط الموجب في حالة التعاقد بهذه الصورة، بغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم النقر على الأيقونة المخصصة للقبول الموجودة على شاشة الحاسوب.

وفي هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة لا يربط أثراً بشأن انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر، وغالباً ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد³.

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول كأن يطلب من القابل الإجابة على الأسئلة مثل تحديد إقامته، أو كتابة بعض بياناته في الخانات التي تظهر على الشاشة كرقم البطاقة البنكية وتاريخ صدورها وأول رقم سري لها وتاريخ الميلاد، وذلك كله بغرض تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فعالية بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول بالتعاقد، وبهذا تتم للقبول خاصيته الجازمة والنهائية⁴.

ويستوي أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمناً، فإذا اتخذ (القابل) سلوكاً لا تدفع ظروف الحال شكاً في دلالاته على القبول⁵، ويكون التعبير صريحاً إذا تضمن رضا صريح بإبرام العقد، كأن يرسل الموجب له رسالة بريد إلكتروني إلى الموجب ويخبره فيها بأنه قد قبل إيجابه، أما التعبير الضمني فيكون بقيام الموجب له (القابل) بأي تصرف أو عمل يفيد الموافقة على الإيجاب، كأن يعطي رقم بطاقة الائتمان للدفع دون أن يعلن صراحة قبوله

¹ _ ماجد محمد سليمان أبا الخليل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 51.

² _ تستخدم مواقع الشبكة العالمية التي تتعامل باللغة الفرنسية غالباً عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة d'accord أو j'accepte l'offre أما مواقع الشبكة باللغة الإنجليزية فنجد عبارات مثل Ok أو agréé.

³ _ ماجد محمد سليمان أبا الخليل، العقد الإلكتروني، المرجع نفسه، ص 51.

⁴ _ عجالي بخالد، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 181.

⁵ _ سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق (دراسة قانونية مقارنة)، المرجع السابق، ص 64.

فينعقد العقد بهذا القبول الضمني، فتنفيذ العقد أو البدء بتنفيذه يعد قبولاً شرط أن لا يشوب التنفيذ أو البدء بالتنفيذ أي غموض¹.

ويبقى الرأي الراجح فقها هو أن التعبير عن القبول عبر الوسيلة الإلكترونية يجب أن يكون صريحاً، إذ يصعب أن يتم هذا النوع من القبول ضمناً، فهو يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آلياً وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة التعاقد².

د - الإشكالات التي يطرحها القبول الإلكتروني:

القبول عبر المجال الإلكتروني يطرح إشكالات قانونية عدة من بين أهمها إمكانية عدول القابل عن قبوله، ومدى اعتبار السكوت كتعبير عن القبول الإلكتروني، وسنقوم من خلال مايلي بدراسة كل من الإشكاليتين المطروحتين تالياً:

- إمكانية عدول القابل عن قبوله:

إن حق المستهلك في العدول عن العقد يغني إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهذا مخالف لمبدأ إلزامية العقد (القوة الملزمة للعقد)، ومع ذلك يمكن أن يخول القانون للمستهلك (القابل أو الموجب له) الحق في العدول عن قبوله.

- حق العدول ومبدأ القوة الملزمة للعقد:

إن اللحظة انعقاد العقد أهمية خاصة لأن في هذه اللحظة تتحدد الشروط الواجب توافرها في الإرادة ومن هذه اللحظة تتحدد القوة الإلزامية للعقد التي يترتب عنها القانون الواجب التطبيق ومجموعة من الآثار القانونية.

وطبقاً للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد فإن أياً من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عنه فمتى تم النقاء الإيجاب بالقبول قام العقد وأصبح ملزماً لا رجعة فيه، لكن نظراً لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإمام بخصائصها فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول³، ومن ثم تعليق إتمام العقد على صدور الإرادة الواعية المستنيرة للعميل، وذلك حين لا يستفيد مورد السلعة أو الخدمة من قصر

¹ - محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 144.

² - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 175.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، لوجيستيات التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر

الوقت المتاح للمستهلك للنظر عن احتمالات اعتراض المستهلك عن بعض البنود وقت لاحق على التوقيع حيث تكون لا فائدة من اعتراضه.

وهذا يعني تحويل المستهلك حق نقض العقد بعد انعقاده بالإرادة المنفردة وهو ما يعد مخالفا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين¹، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون، ولذلك فإن هذا الحكم المخالف لتلك القاعدة يجب النص عليه صراحة وذلك إما في اتفاق الطرفين أو في القانون.

وقد أقرت العديد من التشريعات، كالقانون الفرنسي² والقانون الأمريكي والقانون الإنجليزي حق المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية في فترة السماح وهذه الفترة تختلف من قانون لآخر.

ف نجد المادة 6 من التوجيه الأوروبي، التي منحت الحق للمستهلك في إمكانية الرجوع عن القبول خلال سبعة أيام من دون إلزامه بتقديم أية أسباب لذلك، وتبدأ هذه المدة من تاريخ إبرام العقد، أو منذ إقرار المورد الخطي بالنسبة للخدمات، ومن تاريخ استلام المبيع في حالة السلع والبضائع، وتكون المدة ثلاثة أشهر إذا لم يتم تزويد المستهلك بالبيانات، والمعلومات المطلوبة³.

- الحق القانوني في العدول عن القبول الإلكتروني:

في مجال التعاقد الإلكتروني إعطاء الحق للمستهلك في العدول عن القبول يعد من أهم مظاهر حماية المستهلك (المتعاقدين) في المجال الإلكتروني، وإذا لم يمارس هذا الحق تأكدت إرادته وصارت ملزمة، ذلك أن المستهلك في التعاقد عبر المجال الإلكتروني لا يتمكن من رؤية المنتج ومعاينته، فقد يتسلم منتوجا لا يتفق مع المواصفات المطلوبة والتي تم التعاقد بشأنها.

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، لوجيستيات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 347 و346.

² _ تضمن القانون الفرنسي رقم 72-6 لعام 1972 الخاص بالتمويل الائتماني حق المستهلك في العدول عن التعاقد وكما أقرت (و.م.أ) حق المستهلك في العدول بموجب القانون 1965.

³ _ يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007ص57.

- مدة ممارسة الحق في العدول

وتبعاً لذلك أقرت العديد من التشريعات الأوروبية منها والعربية حق المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة ومنية معينة، وهذه الفترة تختلف من قانون لآخر، فقد أقر المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 121 فقرة 26 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تنص على أنه: " يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال 7 أيام تبدأ من تاريخ استلامه إما استبداله أو استرجاع ثمنه دون مسؤولية أو نفقات في ماعدا تكاليف الرد"¹.

وكما أقر توجيه المجلس الأوروبي رقم 97/7 الصادر في 20-05-1997 من خلال النص عليه في المادة 6 فقرة 1 حيث جاء فيه: " كل عقد عن بعد يجب أن ينص على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ بتاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ كتابة المورد عن طريق القيام بالتزامه بإرسال قرار مكتوب يتضمن العناصر الأساسية للعقد ".
 إلا أن المشرع الفرنسي وبغية الملائمة مع التوجيه الأوروبي عدل عن هذه المدة بموجب القانون رقم 2014/344 بتاريخ 14 مارس 2014 حيث رفعها إلى 14 يوماً، أما في القانون الأمريكي فإن فترة السماح أطول مقارنة بغيره من التشريعات إذ جعلها ثلاثون يوماً يحق خلالها للمستهلك التروي وأخذ مهلة للتفكير في إتمام العقد أو إرجاع البضاعة.
 ومن التشريعات العربية التي أقرت حق العدول للمستهلك عن القبول الإلكتروني نجد كل من المشرعين التونسي واللبناني اتفقا على مدة واحدة يستطيع خلالها المستهلك ممارسة حق العدول وهي "عشرة أيام"، تبدأ بالنسبة للمنتجات من تاريخ تسلمها، وبالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد².

¹ _ ماجد محمد سليمان أبا الخليل، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 53.

² _ أقر المشرع التونسي على هذا الحق في الفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي والذي ينص على أنه: " مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحسب بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك، وبالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقود يتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقاً في العقد وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن الإرجاع البضاعة ".

وهو ما أكد عليه المشرع التونسي في الفصل 20 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 83/2002 الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، والتي نصت على: "... يمكن للمستهلك العدول عن الشراء..." وعلى هذا المنوال سار المشرع اللبناني وذلك من خلال نص المادة 55 من الفصل العاشر المخصص للعمليات التي يجريها المحترف عن بعد، من قانون حماية المستهلك رقم 1368 / 2004.

أما المشرع المصري فقد أعطى المستهلك حق فسخ العقد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبرامه، فقد جاء في الفصل السابع من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري جواز فسخ العقد المبرم إلكترونياً من جانب المستهلك خلال خمسة عشر يوماً لتاريخ التعاقد أو تسلمه السلعة.

وكما أعطى المشرع الأردني بموجب المادة السابعة من قانون حماية المستهلك ممارسة هذا الأخير للحق في العدول خلال عشرة أيام، إلا أنه استثنى من ذلك هذا الحق، بل نص على حق المستهلك في استبدال السلعة أو إرجاعها، وذلك خلال مدة أربعة عشر يوماً.

وحق العدول هذا ليس مطلقاً فهناك بعض العقود التي لا يحق للمستهلك أن يعدل عن قبوله بها، والتي يمكن اعتبارها بمثابة استثناءات مثل عقود توريد التسجيلات السمعية والبصرية وبرامج الكمبيوتر، إذا تم تمزيق غلافها، وعقود توريد السلع المصنعة بمواصفات حددها المستهلك، أو العقود الخاصة بتوريد السلع سريعة التلف، والعقود الواردة على السلع والخدمات متقلبة الأسعار، والعقود الواردة على خدمات الرهن واليانصيب المصرح به¹.

ورغم النص على هذه الاستثناءات، فإنه يجوز الاتفاق بين المهني والمستهلك الإلكتروني على إعطاء هذا الأخير الحق في العدول عن هذه العقود المستثناة أصلاً من القانون فيجوز الاتفاق بين المهني والمستهلك الإلكتروني على توسيع الحق في العدول ليشمل عقود أخرى حتى ولو كانت داخلة ضمن الاستثناءات المنصوص عليها، إلا أنه لا يجوز الاتفاق على استثناء عقد من العقود إذا كان غير وارد في الاستثناءات التي نص

¹ - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 157.

عليها القانون وإلا كان العقد باطلا، لأن هذه العقود المنصوص عليها في القانون جاءت لتوفير حماية كافية للمستهلك الإلكتروني وليس تقليل من تلك الحماية¹.

ونخلص مما سبق إلى أن حق العدول لا يؤثر على تاريخ إبرام العقد، وإنما هو حق يتيح للمشتري حق فسخ العقد بعد إبرامه خلال فترة محددة تبدأ من تاريخ التسليم للسلع ومن تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمات².

أما عن المشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على أحكام (الشروط والآجال، كذلك العقود المستثناة منه)، كما فعلت جل التشريعات التي أقرته، ورغم ذلك كرس حق العدول في صلب المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية، حيث نصت المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري بطريقة مرئية، مقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر..."³.

شروط وآجال العدول عند الاقتضاء ويفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري ترك المجال للمورد الإلكتروني في تنظيم "حق العدول"، سواء في إقراره أو في مدته وشروط ممارسته، ولم يلزم المورد الإلكتروني سوى بتقديم المعلومات المتعلقة بشروط وآجال العدول ذلك على عكس القوانين المقارنة كما وضعنا سابقا نجد أن احترام المدة الواردة في القانون هي الشرط الوحيد للممارسة الحق في العدول.

- نطاق تطبيق الحق في العدول عن العقد الإلكتروني:

الأصل أن نطاق تطبيق الحق في العدول عن العقد الإلكتروني لا يقتصر فقط عن بيع السلع، ولكنه يشمل أيضا عقود تقديم الخدمات، وبذلك فإن حق المستهلك الإلكتروني في

¹ _ أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، (د م ن)، 2014، ص 96.

² _ إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، المرجع السابق، ص 148.

³ _ خلوي (عنان) نصيرة، حق العدول عن عقد الإستهلاك الإلكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، ديسمبر 2018، ص 178.

العدول عن العقد يشمل كل عقود البيع وعقود الخدمات التي تتم بوسيلة من وسائل الاتصال بعد، وأن كل هذا الأصل فإن هناك استثناءات وردت في التوجيه الأوروبي في المادة 3/6.

وكذلك فعل قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 121-201-2 إذ وردت الاستثناءات نفسها التي أوردتها التوجيه الأوروبي وهي عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء مدة العدول، والعقود الواردة على السلع والخدمات متقلبة الأسعار، والعقود الواردة على السلع والتي يتم تصنيعها للمستهلك خصيصاً.

وكذا العقود الواردة على التسجيلات السمعية والبصرية وبرامج الكمبيوتر، والعقود الواردة على الصحف والمجلات والروايات، والسلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بحسب طبيعتها أو التي يسرع عليها الهلاك أو التلف، وأيضا العقود الواردة على خدمات الرهن واليانصيب المصرح به.¹

ورغم النص على هذه الاستثناءات، إلا أنه يجوز الاتفاق بين المهني والمستهلك الإلكتروني على إعطاء المستهلك الإلكتروني الحق في العدول ليشمل عقود أخرى، حتى ولو كانت داخلة ضمن الاستثناءات المنصوص عليها.

إلا أنه لا يجوز الاتفاق على استثناء عقد من العقود إذا كان غير وارد في الاستثناءات التي نص عليها القانون، وإلا كان العقد باطلاً، لأن هذه العقود المنصوص عليها في القانون جاءت لتوفير حماية كافية للمستهلك الإلكتروني وليس تقليل من الحماية.

ثالثاً: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

إن لتحديد زمان ومكان إبرام العقد أهمية خاصة في التعاقد، وهناك مسائل متنوعة تتناولها القواعد العامة المنظمة للعقد في القانون المدني والمتعلقة بزمان ومكان انعقاد العقد، والعقد عموماً سواء كان تقليدياً أو إلكترونياً، فإنه ينعقد في اللحظة الزمنية التي يقترن

¹ _ إيمان بغدادي، صدور القبول في العقد الإلكتروني وإمكانية العدول عنه، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور الجلفة، سبتمبر 2018، ص 158.

بها القبول بالإيجاب، وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد التقليدي لا يثير الصعوبة التي يثيرها تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، والسبب في ذلك هو وجود الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به في أغلب الأحوال¹.

وتحديد زمان إبرام العقد مهم من حيث تحديد بداية آثاره وتقدم الدعوى التي تحميه وتحديد أهلية المتعاقدين..، أما المكان فهو مهم لتحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق عند النزاع، والتعاقد بين حاضرين لا يثير أية إشكالات بشأن تحديد الزمان والمكان²، ولكن وبما أننا بصدد العقود التي تبرم عن بعد وبين جهات ليست على اتصال مباشر، كما أن كل جهة تعبر عن رغبتها من مكان مختلف وفي غالب الأحيان في وقت مختلف³، من هنا تظهر مشكلة أساسية ألا وهي مشكلة تحديد زمان إبرام العقد، ومكان إبرام العقد.

01- تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني:

وفقاً للقواعد العامة، فإنه توجد عدة نظريات في شأن زمن انعقاد العقد حال التعاقد بين غائبين وهي النظريات التقليدية في تحديد زمان انعقاد العقد في العقود التقليدية، وكذا موقف القانون المقارن في تحديد زمان انعقاد العقود الإلكترونية.

أ- النظريات التقليدية في تحديد زمان انعقاد العقد في العقود التقليدية:

تبنى الفقه القانوني عدة نظريات يحدد بموجبها وقت انعقاد العقد بين غائبين، وتستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب، ولكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي إعلان (صدور) القبول أم تصدير (إرسال) القبول أم تسليم (وصول) القبول أم العلم بالقبول.

¹ - أمير طالب الشيخ التميمي، الإطار القانوني لعقود بنك المعلومات (دراسة قانونية مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، الطبعة الأولى، 2013، ص 103.

² - حمدي القبيلات، قانون الإدارة العامة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2019، ص 188.

³ - إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 137.

وكما يرى البعض أن هذه النظريات يمكن دمجها في نظريتين رئيسيتين هما إعلان القبول والعلم به أما نظريتا القبول والتسليم فهما إما تزيد على نظرية إعلان القبول أو بتر من نظرية العلم بالقبول.

- نظرية إعلان القبول:

مقتضى هذه النظرية أن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما الموجب له قبوله للإيجاب.. وذلك دون الحاجة إلى إرسال القبول إلى الموجب أو حتى علم الأخير به¹. وبتطبيق هذه النظرية على شبكة الإنترنت فإن لحظة إعلان القبول هي تلك اللحظة التي يعلن فيها القابل قبوله وبتطبيق ذلك على شبكة الانترنت، فإن لحظة انعقاد العقد يكون بنقر القابل على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة (Accepte/ Ok)².

- نظرية تصدير (إرسال) القبول:

ويشترط أنصار هذه النظرية أن الإعلان عن القبول يجب أن يكون نهائياً لارجوع فيه، ويتحقق ذلك بأن يتم إرسال القبول فعلاً إلى الموجب بحيث لا يملك القابل أن يسترده، وذلك بخروجه مثلاً من حوزة القابل في مكتب البريد³.

ولو حاولنا إسقاط (قياس) هذه النظرية على شبكة الإنترنت، يكون لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي تلي النقر على مفتاح القبول، حيث ينفصل القبول عن إرادة القابل، ولا تعد له القدرة في السيطرة عليه، أو الرجوع عنه.

ولكن أول ما يبدو للذهن من الوهلة الأولى اللبس ما بين لحظتي إعلان وإصدار القبول بواسطة شبكة الإنترنت، ذلك أن لحظة النقر على مفتاح القبول تتساوى مع لحظة إصدارها إذ أنه في هذه الحالة سيفقد القابل القدرة على الرجوع عن القبول.

¹ - محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 163.

² - هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 202.

³ - إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، المرجع السابق، ص 139.

ونشير أنه في حالة ما إذا تم الفصل بين المرحلتين السابقتين، يمكن للقابل إعلان قبوله، وعدم إصداره وذلك بالضغط على مفتاح توقف (Stop) الموجود في أعلى الشاشة الإلكترونية، أو بخروجه نهائياً بعد النقر على مفتاح القبول، حيث أن القبول لن يخرج في هذه الحالة من سلطة القابل وستبقى في مرحلة إعلان القبول.

أما إذا كان قد خرج القبول عن سلطة القابل الفعلية، كأن يتأخر في النقر على مفتاح التوقف أو في الخروج من الموقع، فسيصدر القبول، ولا مجال للرجوع عنه.

- نظرية العلم بالقبول:

بمقتضاها العقد لا ينعقد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب أي أن العقد يتم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب فعلا بقبول القابل، فالإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا علم بها من وجهت إليه إذ يمكن القول من الناحية القانونية أن هناك توافق بين إرادتين¹. وقد انتقدت هذه النظرية أن الأخذ بها على إطلاقها تجعل القابل تحت رحمة الموجب، فمتى أراد أن يطلع على الرسالة ويعلم بالقبول انعقد العقد أو يدعي أن القبول قد وصل متأخراً أو عندئذ يقع عبء إثبات علم الموجب بالقبول على عاتق القابل. وقد أخذ بهذه النظرية عدد من التشريعات المدنية ومن بينها المشرع الليبي فقد نصت المادة (97) من القانون المدني على أنه (1- 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، 2- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول)².

فالتعبير عن الإرادة ينتج أثره عند اتصاله بعلم من وجه إليه سواء أكان إيجابياً أم قبولاً وأن وصول التعبير دليل على العلم بهم ما لم يثبت العكس، وقد جعل القانون المدني الليبي هذا الوصول بمنزلة القرينة القانونية البسيطة على العلم، والتي يمكن إثبات عكسها فيمكن

¹ _ سنفصل بالمزيد في هذه النقطة عند دراسة مكان إنعقاد العقد الإلكتروني ونوضح مدى إهتمام التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية قد اهتمت بهذه المسألة بوضع معايير مختلفة لتحديد مكان إرسال وتسلم رسائل البيانات الإلكترونية.

² _ تقابل المادة 87 من القانون المدني العراقي والمادة 97 من القانون المدني المصري.

للموجب أن يثبت بأنه رغم وصول القبول إليه إلا أنه لم يعلم به، بسبب مرضه أو غيابه أو أي سبب آخر يترك تقديره لسلطة القاضي.

فإذا تم إرسال رسالة البيانات الإلكترونية التي تتضمن قبول القابل صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب واطلع عليها انعقد العقد أي يتعين على الموجب أن يطلع على القبول حتى ينعقد العقد ويرتب آثاره ولا يكفي وفقاً لهذه النظرية أن يضغط القابل على زر الموافقة في خانة نماذج العقود على مواقع الوب Website، بل يجب أن يصل هذا القبول إلى الموجب ويعلم به، فلا يكفي مجرد دخول رسالة البيانات الإلكترونية نظام المعلومات أو صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، وإنما يتطلب الأمر منه أن يفتح صندوق البريد ويطلع على قبوله القابل فعلاً حتى ينعقد العقد.

ويرى بعض الفقه أن هذه النظرية لا تتسجم ولا تستقيم مع المعاملات الإلكترونية التي تبرم عبر شبكة الإنترنت¹، بينما يرى جانب آخر أنه يمكن تطبيقها في بعض الحالات².

ويرى جانب آخر من الفقه أن المجادلة التقليدية لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني أنها محض جهد نظري، إذ لا جدوى عملية من ورائه بصدد العقود التي تبرم عبر وسائل الاتصالات الحديثة، ذلك بسبب الموجب يكون ملزماً بالبقاء على الإيجاب الصادر عنه خلال مدة معينة وإن لم تكن هذه المدة معينة فيؤخذ بالمدة المعقولة رغم أن تحديد مدة صلاحية الإيجاب يعد بياناً ملزماً في قانون المعاملات الإلكترونية³.

- نظرية تسليم (وصول) القبول:

ومفاد هذه النظرية أن القبول لا يكون نهائياً إلا إذا وصل إلى الموجب سواء علم الموجب أو لم يعلم، على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة علمه به⁴، وبالتالي تعد لحظة تسليم القبول هي اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول وإن لم يكن يعلم به.

¹ _ محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 163.
² _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الأنترنت)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2019، ص 181.
³ _ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 230.
⁴ _ إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، المرجع السابق، ص 139.

ويكون ذلك بواسطة شبكة الإنترنت عند تدخل الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول صندوق الموجب الإلكتروني، وعدم قيامه بقراءة الرسالة وعلمه بالقبول، ويكون العقد قد انعقد بهذه الحالة في اللحظة التي تم فيها تسلم الرسالة الإلكترونية، ودخولها في البريد الإلكتروني الخاص بالموجب¹.

ب - موقف القانون المقارن في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني:

لقد حظي تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، باهتمام واسع من قبل التشريعات، وذلك لأهمية تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني، فلا يقتصر الأمر على النظريات التي طرحها الفقه فقط وإنما يتعدى ذلك ليمتد هذا الاهتمام إلى معظم التشريعات المتعلقة بالمبادلات والمعاملات الإلكترونية التي تبرم عبر شبكة الإنترنت.

وعليه فإنه يتطلب منا الأمر أن نتعرض بالتفصيل إلى موقف بعض القوانين الدولية التي نظمت وحددت لحظة انعقاد وموقف تشريعات الدول العربية لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

- موقف القوانين الدولية من مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني:

ميز قانون الأونسيترال فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد الإلكتروني بين فرضين، فالفرض الأول يقضي أنه إذا عين المرسل إليه نظام معلومات الذي يتم بمقتضاه استلام الرسائل الإلكترونية، فإن العقد يبرم في هذه الحالة في الوقت الذي يتلقى فيه الموجب الرسالة الإلكترونية من الموجب له تفيد قبوله العرض الموجب عن طريق النظام المتفق عليه.

¹ - بهذا الشأن أخذت اتفاقية فينا (Vinna) لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع بقاعدة تسلم الموجب للقبول، عندما نصت في المادة 23 على أن العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره، وهو ما يتحقق طبقاً للمادة 2/18 في اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه، وقد حددت المادة 24 من الاتفاقية المقصودة بإعلان القبول حيث نصت على أن: هذا الإعلان يعتبر قد وصل إلى الموجب إذا أبلغ إليه شفويًا أو سلم إليه بأي وسيلة للاتصال شخصياً، أو في منشأته، أو في عنوانه البريدي، وعليه فإن عقد البيع الدولي للبضائع ينعقد عن بعد عند وصول رسالة القبول إلى الموجب، سواء تسلمها شخصياً أو سلمت في منشأته أو في عنوانه البريدي، سواء علم الموجب بمضمون رسالة القبول أو لم يعلم.

فإذا أرسل الموجب له قبوله للموجب عن طريق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب والذي تم الاتفاق عليه مسبقاً فإن العقد ينعقد حتى ولو لم يكن الموجب له قد قام بالإطلاع على صندوق بريده الإلكتروني الذي تلقى قبوله الموجب، أما إذا أرسلت الرسالة إلى نظام آخر غير النظام المعين فيكون وقت الاستلام هو وقت استرجاع المرسل إليه لهذه الرسالة كون وقت الاسترجاع هو الوقت الفعلي الذي يعلم فيه المرسل إليه برسالة المنشئ.

أما الفرض الثاني نجده يقضي بأنه إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات لاستلام الرسالة أو الرد على رسالة البيانات، فإن وقت انعقاد العقد يكون عندما تدخل رسالة القبول نظاماً "تابعاً" للمرسل إليه حتى ولو لم يطلع عليه المرسل إليه، مع الإشارة إلى أنه يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على خلاف ما تم عرضه في الفرضين السابقين بأن يختارا زمان آخر لانعقاد العقد.

وقد أوردت بعض التشريعات العربية نصاً "مشابهاً" لنص الوارد في قانون الأونسيترال النموذجي في التشريعات الخاصة في هذا المجال¹، وهذه القواعد في تحديد وقت إبرام العقد الوارد في قانون الأونسيترال تتفق وما جاء به القانون المدني العراقي في المادة 87. هذه القواعد مكملة وليست أمرة، وبالتالي يستطيع الأطراف الاتفاق على خلاف ماورد فيها كما يتفقوا على تحديد موعد آخر لإبرام العقد في دخول الرسالة إلى الموقع المحدد.

وكما هناك بعض المعاهدات أو الاتفاقيات أو القواعد النموذجية الدولية والتي أخذت بنفس ما ذهب إليه قانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية منها التوجه الأوروبي رقم 2000/13 والصادر بتاريخ 2000/7/17، عندما نص على أنه: " يعد العقد قد انعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من المزود الخدمة إقراراً إلكترونياً مؤكداً من القابل بقبوله، وقد حدد وقت استلام القبول في اللحظة التي يمكن للموجب خلالها من الدخول للبريد الإلكتروني، وبذلك فلم يكتف التوجيه السابق بانعقاد العقد لحظة استلام القبول، وإنما استلام تأكيد مزود الخدمة لصحة القبول".

¹ _ القانون الأردني، قانون إمارة دبي، والقانون البحريني.

إلا أن القانون الإنكليزي أخذ بنظرية العلم بالقبول وليس تسلم القبول فإذا وافق الموجب على استخدام البريد الإلكتروني في إرسال رسالة القبول فإن العقد ينعقد في اللحظة التي يجري فيها إيداع الرسالة بمكتب البريد وعليه فإن قيام القابل بإرسال رسالة إلكترونية المتضمنة القبول فإن العقد سيعد مبرما في اللحظة التي ينقر فيها على مفتاح الإرسال وبغض النظر عن أي إيداع من الموجب بعدم وصول الرسالة الإلكترونية إذا ما اتفقا على هذه الوسيلة في التعبير عن القبول¹.

- موقف القوانين العربية من مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني:

بمراجعة العديد من القوانين المدنية العربية نجد أن الكثير منها قد اعتنق نظرية العلم بالقبول²، وعلى هذا الأساس اعتبر لحظة علم الموجب بالقبول هي وقت انعقاد العقد الإلكتروني، وأن مكان التعاقد هو المكان الذي يكون فيه الموجب عند العلم بالقبول.

وقد خالف في ذلك ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من أن العبرة في وقت التعاقد ومكانه بوقت إعلان الموجه الإيجاب بقبول التعاقد في المكان الذي يكون فيه عند وصول الإيجاب إليه، وهذا ما ذهب إليه الاتجاه الأول في الفقه الإسلامي، وانطلاقاً من ذلك فإن وقت انعقاد العقد هو وقت علم الموجب بالقبول، وإن كان انعقاده هو المكان الذي يكون الموجب فيه عند العلم بالقبول³.

02- تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني:

سبق وأن وضعنا أن تحديد زمان انعقاد العقد يترتب عليه بعض الفوائد العملية الهامة وكذلك الشأن بالنسبة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، ويترتب على تحديد مكان إبرام العقد فوائد عملية قانونية لطرفي العقد.

¹ _ خالد حسن أحمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (دراسة مقارنة) مركز الدراسات العربية، مصر. الطبعة الأولى، 2016، ص 279.

² _ القانون المصري والليبي والجزائري.

³ _ خالد حسن أحمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع نفسه، ص 278.

الأصل في تحديد مكان انعقاد العقد يتحدد بمعرفة زمان انعقاده¹، إذ بحيث يختلف باختلاف المذهب الذي اعتنقه المشرع بشأن الزمان فإذا علم الوقت الذي تم فيه إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت علم المكان الذي يتم فيه تكوين العقد مالم يتفق الطرفان على مكان معين أو مالم يقضي القانون خلاف ذلك، والأصل أن للأفراد الحرية في اختيار الزمان والمكان اللذين ينعقد فيهما العقد².

وسنوضح من خلال ما يلي أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني ثم كيف يتحدد مكان انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية أو عبر شبكة الإنترنت.

أ- أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني:

إن مسألة تحديد أهمية مكان انعقاد العقد يترتب عليها بعض النتائج القانونية من أهمها تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين، وبصفة خاصة إذا كان أحد الأطراف المتعاقدة أجنبياً أو إذا اختلف موطن المتعاقدين³.

بمعنى تطبيق الأحكام الخاصة في القانون الدولي الخاص، والقانون الواجب التطبيق يختلف باختلاف النظرية التي أخذ بها المشرع، ما لم يكن طرفا العقد قد اتفقا على قانون معين يحكم التعاقد بينهما⁴، بحيث نجد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة نص في المادة 15 فقرة 4 على تحديد مكان إبرام العقد حيث منع المتعاقدين الحرية في تعيين المكان الذي أرسلت منه رسالة البيانات أو استلمت فيه الرسالة فإذا لم يتفق

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 199.

² وهذا ما أكدته معظم القواعد العامة في القانون المدني كالمادة 97 من القانون المدني الليبي والتي تنص على أنه: "يعتبر التعاقد 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 والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول"، وهذه المادة تقابل المادة 97 من القانون المدني المصري والمادة 87 من القانون المدني العراقي.

³ أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار المعارف، مصر، 1962، ص 154.

⁴ وقد اشارت المادة 19 من القانون المدني الليبي في هذا السياق إلى القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين إذ قضت: "يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدوا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

المرسل والمنشئ على تحديد مكان العقد، فإن مكان الإرسال هو مقر عمل المنشئ ومكان الاستلام هو مقر عمل المرسل إليه وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر واحد فإن مقر العمل هو المكان الذي واثق الصلة بالمعاملة المعينة، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة أما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل اعتبر محل الإقامة المعتادة هو مقر عمل كل منهما¹.

ومن خلال هذه المادة يستشف ملاحظتين، فالأولى أنها لم تحدد مكان انعقاد العقد صراحة، وإنما أوضحت بصورة ضمنية، وأن مكان انعقاد العقد هو مكان الذي اعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه (مكان مقر الموجب).

وانطلاقاً من هاتين الملاحظتين نستنتج أن مكان انعقاد العقد هو مقر عمل الموجب (التاجر)، وفي هذا الجانب نجد العديد من التشريعات العربية المعينة بالمعاملات الإلكترونية قد تبنت ذات النهج الذي أخذت به المادة 15 من قانون الأونسيترال ونذكر منها على سبيل المثال قانون المعاملات الأردني رقم 28 لسنة 2001 والذي جاء نص المادة 18 منه مطابقاً لما جاء به قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية واختلف عنه في إضافة فقرة خاصة بالشخص الاعتباري في نص المادة 15 فقرة 2، والتي تنص على أنه يعتبر مقر إقامة الشخص الاعتباري هو المكان الذي أسست فيه².

وقد جاء في الفصل 28 من تشريع المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي الذي نص على أنه: "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

وما يمكن ملاحظته من هذا النص أن العقد ينعقد بموجب هذا النص في مكان أو موطن التاجر، مع الإشارة إلى إمكانية تغيير الحكم باتفاق أطراف العقد، ولكن النص لم

¹ _ القرار رقم 51-162 المتضمن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة، المرجع السابق.

² _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 125.

يعالج حالة تعاقد التاجر مع تاجر آخر ويبدو أن المشرع ترك الموضوع خاضعا للقواعد العامة ولاتفاقياتهم الثنائية.

ب - إشكالية تحديد مكان إنعقاد العقد في المجال الإلكتروني:

في تحديد مكان إنعقاد العقد ما بين الغائبين طبقا للقواعد العامة ترجع إلى إرادة الأطراف المتعاقدة، والسؤال هو أين يكون مكان إبرام العقد عبر المجال الإلكتروني، فهل يكون في محل إقامة المستهلك أم المحل الذي استلم فيه الموجب القبول أم محل تسجيل الموقع الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يتم إبرامه بين أشخاص لا يجمعهما مكان واحد، فيكون التعاقد في عالم افتراضي رقمي يتجاهل كل الحدود والأماكن، مما جعل البعض يختصر الأمر في القول بأن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو المجال الإلكتروني أو شبكة الإنترنت باعتبارها عالما افتراضيا قائما بذاته.

وإن عدنا للبحث عن حل قانوني ما يمكن أن نجده في التشريع الجزائري، فإن أقرب نص لهذه الحالة هو النص الذي عالج تعاقد بين غائبين، فقد نصت المادة 67 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين 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 فيهما إليه القبول"¹.

وضع هذا النص قاعدة عامة تفيد بأن مكان إبرام العقد الذي يتم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك، وإن تطبيق هذه النظرية بالنسبة للعقود التقليدية التي تتم بين غائبين بواسطة تبادل الرسائل المكتوبة يبدو سهلا نظرا للطبيعة المادية لوسيلة تبادل التراضي بين المتعاقدين، في حين أن تطبيقها على العقود الإلكترونية يثير الكثير من التساؤلات، كون محاولة تركيز هذا العقد في دولة معينة أمر صعب التحقيق، نظرا للطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت بوصفها متصلة بجميع الدول في آن واحد من جهة وعن طبيعة غير المادية لهذه الوسيلة في التعاقد لاحتوائها على عدد هائل من المواقع الافتراضية من جهة أخرى.

¹ - الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

بالإضافة إلى عدم اتفاق هذه النظرية مع جميع صور القبول فقد رأينا ان القبول قد لا يتم صراحة وإنما يستنتج من سلوكيات الموجه إليه الإيجاب، وذلك في حالة السكوت الملابس الذي يمكن أن يعتبر قبولاً في العقود الإلكترونية، كما لو قام الموجه إليه الإيجاب بالأعمال التي تنفذ العقد مباشرة دون إعلان لإرادته في هذا الشأن، ومن هنا لا يتحقق اتصال القبول بإرادة الموجه، فربما يصدر الإيجاب من محل إقامة الموجه أو من حيث توجد مشروعاته التي بها نظامه المعلوماتي الذي من خلاله يقيم اتصالاته وتعاقداته، كما يمكن أن يصدر من أي مكان توجد به وسيلة اتصال.

لهذا إذا لم يتفق أطراف العقد على مكان إرسال الإيجاب ومكان تسلمه من القابل، فيعتبر مقر عمل المرسل (منشئ رسالة البيانات) هو مكان إرسال الإيجاب والأمر نفسه بالنسبة للمرسل إليه (القابل)¹، وإذا كان للمرسل أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل، فيتم تحديد المكان بمقر العمل الرئيسي، وفي حالة عدم وجود مقر العمل سواء للموجب أو القابل فيأخذ بمقر الإقامة المعتاد.²

رابعاً: تأثير الموت وعوارض الأهلية على التعاقد الإلكتروني

الأصل أن كل شخص بلغ سن الرشد أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون³ والأهلية تختلف من دولة إلى أخرى¹، وتعد أحكام الأهلية من النظام

¹ _ واجهت مسألة تعدد مقر عمل المنشئ أو المرسل إليه المادة 17 فقرة 4 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي الحل في الفرض الذي يكون للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، فذكرت: "لأغراض هذه المادة (أ) إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه، أكثر من مقر عمل واحد، يكون مقر العمل هو المقر الأوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة"، وتبنى المشرع الأردني نفس الأحكام الواردة في قانون الأونسيتال النموذجي للتجارة الإلكترونية في الفقرة ب، من المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية وسأيره في ذلك المشرع البحريني وواجه الفرض إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد في الفقرة (3-أ) من المادة 15 من قانون التجارة الإلكترونية.

² _ فتحي بن جديد، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ص ص 101 و100.

³ _ المادة 109 من القانون المدني الليبي والتي تقابل المادة 93 من القانون المدني العراقي.

العام، فلا يجوز أن يعطي شخص أهلية غير متوافرة عنده ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها، كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتفاض منها، وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلاً²، والأهلية تتأثر بالسن والمراحل التي يمر الإنسان من بداية حياته إلى مماته³.

ونظراً لأن العقد الإلكتروني المبرم عبر المجال الإلكتروني، أو وسائل الاتصال الأخرى يكون بين شخصين لا يعرفان بعضهما البعض إذ يتم التعاقد عن بعد بين طرفين لا يلتقيان في مجلس عقد واحد، مما يثير مشكلات عن كيفية التحقق من شخصية وأهلية التعاقد وبالتالي قد يبرم العقد عبر شبكة الإنترنت بين شخصين دون أن تتوافر لديهما أهلية التعاقد أو لأحدهما، أو يكون أحدهما كامل الأهلية والآخر ناقص الأهلية بسبب اختلاف تعيين سن الرشد من دولة إلى أخرى، لذا يجب على المتعاقدين أن يتأكدا كل منهما من أهلية الطرف الآخر حتى يكون العقد صحيحاً⁴.

وتبقى مسألة التأكد من شخصية وأهلية التعاقد، ليست من الأمور السهلة لأنها مسألة تتعلق بالجانب القانوني، فموت أحد المتعاقدين أو تعرضه لعرض الأهلية بعد ذلك تخلف مشكلة كانت محل خلاف لدى الفقهاء القانونيين ولم يرد في التشريعات المقارنة إشارة إليها مما زاد المشكلة تعقيداً، فإذا شخص وجه إيجاباً إلى شخص آخر لإبرام صفقة معينة عن

¹ طبقاً للمادة 9 من القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن أحوال القاصرين، والمادة 106 من القانون المدني العراقي فإن سن الرشد في ليبيا والعراق ثماني عشرة سنة كاملة، أما في مصر سن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة وذلك طبقاً للمادة 44 فقرة 2 من القانون المدني المصري.

² عبد الرزاق السنهوري، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 224.

³ تنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، والأهلية التي نقصدها في مجال التعاقد الإلكتروني هي أهلية الأداء والتي يقصد بها صلاحية الشخص أن يباشر بنفسه التصرفات القانونية المتعلقة بحقوقه، وتختلف تصرفات الشخص باختلاف المراحل التي يمر بها، قد تكون تصرفاته باطلة كتصرفات الصغير غير المميز ومن في حكمه، وقد تكون قابلة للإبطال لصالحه، وهناك عوامل قد تحد من أهلية الشخص حتى ولو كان بالغاً رشيداً، مثل النوانع الصحية مثل العاهة المزوجة إذا لم يستطيع الشخص التعبير عن إرادته بنفسه، أو يقوم لديه مانع قانوني يمنعه من مباشرة تصرفاته بنفسه، كالحكم عليه بعقوبة جنائية. أو يكون المانع مادياً مثل الغيبة، أنظر: محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء 1، (مصادر الإلتزام)، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، (د س ن)، ص 101.

⁴ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 222.

طريق الفاكس أو عن طريق البريد الإلكتروني ثم لوحظ بعد صدور القبول أن الموجب صغير السن أو إنه قد توفي أو أصابه جنون أو أحد عوارض الأهلية.

و ترى الباحثة أنه في حالة ما إذا كان القابل هو الصغير أو المجنون أو المتوفى، فإنه لا بد أن نفرق بين ما إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية الموجب أو الموجه إليه الإيجابوبعدها نتحدث عن نقصان الأهلية لكل من الطرفين.

01- وفاة الموجب أو الموجب له أو فقدهما الأهلية

وفقا للنظرية التقليدية فإن موت أي من طرفي العقد أو فقدهما الأهلية سواء كان الموجب أو القابل الذي صدر منه التعبير عن الإيجاب أو القبول قبل انعقاد العقد، يمنع من انعقاد العقد، بسبب عدم تطابق الإرادتين وقت نشوء العقد فالإرادتان لا تبقى لهما أي وجود بعد وفاة من صدرت عنه، فهي كامنة في النفس تموت بموت صاحبها وتزول بفقده الأهلية، وإذا أخذ بعكس هذا الحكم قد يؤدي ذلك بالإضرار بمصالح ورثة المتوفى أو فاقد الأهلية، إذ لا يتمكن الورثة من الإحاطة في الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة¹.

أما النظرية الحديثة وفقا للمذهب الموضوعي فهي تذهب إلى أنه التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه أو بفقده لأهليته وأنه بمجرد صدوره² ينفصل عن صاحبه ويكون له وجود مستقل، ترتبط به مصالح لا يمكن إهدارها.

أما بالنسبة لوفاة الموجب أو فقد لأهليته فقد اختلف الرأي، فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن وفاة الموجب أو فقد لأهليته وإن لم يسقط الإيجاب، إلا انه قد يمنع من انعقاد العقد، ذلك لأن التعاقد لا يتم إلا بوصول قبول إلى علم الموجب بعد موته أو فقد أهليته، فإذا قام الموجب بإرسال رسالة عن طريق (التلكس أو البريد الإلكتروني) لشخص آخر يعرض عليه

¹ _ بهذا الاتجاه أخذ قانون العقود السوداني من خلال نص المادة 17 منه والتي ورد فيها: " الإيجاب يسقط إذا مات أي من الطرفين أو فقد أي منهما أهليته " .

² _ وبهذا الاتجاه أخذ القانون المدني المصري إذ نص في المادة 92 على أنه: "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر منه، اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير".

بيع سلعة ما ثم مات أو فقد أهليته قبل أن يصل التعبير إلى هذا الشخص، فإن الموت وفقد الأهلية هذا لا يؤثر على الإيجاب، فيبقى هذا التعبير منتجا لأثره غير أن التعاقد لن يتم لأنه لم يتصل بعلم من وجه إليه، وبهذا نكون أمام إيجاب صحيح ولكنه لم يقترن بقبول فيبقى عديم الأثر.

أما القانون الإنجليزي فإن الأصل فيه أن الإيجاب يسقط إذا أعلم من وجه إليه التعبير بوفاة الموجب، أما في حالة عدم الإخطار فقد اختلفت الآراء في ذلك، فذهب القاضي مليشي (Mellich) بأنه إذا توفي من صدر منه الإيجاب فلا يجوز قبوله ذلك الإيجاب بعد وفاته ويسقط الإيجاب بموافقة الموجب عندما يكون محل اعتبار ودون حاجة إلى إخطار الطرف الآخر.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى العكس من الرأي السابق حيث أوجب هذا الجانب بوجود التفرقة بين الإيجاب غير الملزم الذي هو مجرد واقعة قانونية، فيسقط هذا الإيجاب بموت الموجب أو فقدته الأهلية قبل حصول القبول، وبين الإيجاب الملزم المقترن بمدة معينة وهو تصرف قانوني، فالتعاقد بالمراسلة يكون الإيجاب ملزماً دائماً، إذ يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه خلال المدة التي حددها صراحة أو خلال المدة قد حددت صراحة، فإن وفاة الموجب أو فقدته أهليته قبل انقضاء هذه المدة وقبل حصول القبول، فإن ذلك لا يؤثر على الإيجاب مطلقاً فيعتبر موجوداً قبل الطرف الثاني في خلال الميعاد الذي حدده الموجب أو خلال المدة المعقولة، فإن العقد ينشأ صحيحاً ويتقيد به ورثته في حدود أموال التركة، إلا إذا كانت شخصية الموجب محل اعتبار في العقد، ذلك لأن التعبير عن الإرادة متى ما صدر صحيحاً وارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث هو موت من صدر منه التعبير أو فقد أهليته¹.

¹ - وفي هذا السياق تقضي المادة 179 من قانون الموجبات اللبناني بسقوط الإيجاب بوفاة الموجب أو فقدانه أهليته وذلك في حالة ما إذا كان الإيجاب غير ملزم.

- أما في الحالة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً للموجب، فإنه لا يسقط بل يستمر خلال المدة المحددة بالرغم من وفاة الموجب أو فقدانه أهليته.

02- وفاة الموجب له أو فقده الأهلية:

إذا توفي الموجب له أو فقد أهليته الذي صدر منه التعبير بالقبول، فهذا يجب أن نفرق بين حالة الوفاة أو فقد الأهلية قبل علم الموجب له بالإيجاب أو بعد علمه بهذا الإيجاب، وذلك على النحو التالي:

أ- وفاة الموجب له أو فقد الأهلية قبل علمه بالإيجاب:

إن وفاة الموجب له أو فقده لأهليته قبل علمه بالإيجاب، فإن هذا الإيجاب يسقط ولا يترتب أي أثر وذلك لعدم توافر شروط وجوده القانوني، وذلك لأن علم الموجب عنصر أساسي في التعبير، ويرى القاضي الإنكليزي (Werrington) "أن الإيجاب يسقط في هذه الحالة بقوة القانون ذلك لأن الإيجاب مادام قد صدر لشخص حي، وإن هذا الشخص توفي قبل صدور القبول منه، فإن الإيجاب ينقضي ويعود كأنه لم يكن، فالموجب لم يقصد أن يوجه إيجابه إلى ميت أورثته وذلك لا يمكن أن يكون الإيجاب صالحاً لكي يقترن به قبول، وبالتالي لا ينشأ حق في القبول يمكن أن ينتقل إلى الورثة ولا يتم انعقاد العقد.

ب- وفاة الموجب له أو فقده الأهلية بعد علمه بالإيجاب:

إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد علم بالإيجاب قبل وفاته أو فقده الأهلية فهذا الإيجاب ينتج أثره القانوني وفقاً للمذهب الموضوعي وينتقل حق القبول إلى الورثة، فيتم العقد بتطابق قبول الورثة بعلم الموجب، ما لم يكن العقد مبنيًا على الاعتبار الشخصي¹.

ولكن هذه القاعدة يراعى فيها كونها ليست مطلقة، فإذا تبين من التعبير أو طبيعة التعامل إن شخصية المتوفي أو فقده أهليته، كانت محل اعتبار في التعاقد فلن ينفذ هذا العقد حتى لو لم أتصل بعلم من وجه إليه، أما وفقاً للمذهب الشخصي فإن الإيجاب يسقط في حالة وفاة الموجب له أو الموجب له ولا ينتقل للورثة الحق في خيار القبول.

وبما أن جل التشريعات المقارنة، لم تتطرق في أي من نصوصه لأثر الموت أو فقد الأهلية على الإيجاب والقبول، فإن حكم ذلك يجب أن يستمد مما استقر عليه الفقه

¹ _ خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ص 134 و133.

الإسلامي، ومما تقدم يتبين أن مشكلة الموت أو فقد الأهلية من الإخطار التي تواجه التعاقد بالمراسلة بوجه خاص، وبالرغم من أنها حادثة طارئة فإن إيراد حكم خاص بها أمر جدير بالتأييد ولاسيما أن العديد من التشريعات عالجت هذه المشكلة¹.

03- نقصان أهلية المتعاقد

إن أغلب القوانين في العالم وعلى وجه الخصوص القانون الفرنسي، تتجه إلى اعتماد (نظرية الوكالة الضمنية) التي تعتبر القاصر التعاقدية الناشئة عن العقود التي يبرمها أبنائهم القاصرين فضلا عن الوكالة الضمنية تجيز لهما الإدعاء مباشرة على الأهل باعتبارهم أكثر ملاءة مالية.

ويرى البعض أنه من الواجب ترجيح مصلحة المهنيين وذلك تطبيقا لنظرية الظاهر. فعلى سبيل المثال: إذا قام قاصر بسرقة البطاقة المصرفية الخاصة بأحد والديه وأستعملها في التعاقد فيتعين حماية التاجر وعدم جواز إبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد معه، فهنا يمكن للتاجر أو مقدم الخدمة أن يتمسك بأن القاصر قد توافر فيه مظهر صاحب البطاقة المصرفية ومن ثم مظهر الشخص الراشد، كما يمكن من تعاقد مع القاصر حسن النية الرجوع على هذا القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية وليس العقدية في القانون الأمريكي، وهو نفس ما أخذ به القانون المصري في المادة 219 من القانون المدني المصري: " يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ لطرق احتيالية ليختفي نقص أهليته"²، ومن ثم من مصلحة الوالدين مراقبة استخدام أولادهم للشبكة وذلك بالحفاظ على كلمة السر الخاصة بهما، كذا المحافظة على البطاقة المصرفية والرقم السري الخاص بها.

¹ _ جاء في المادة (17) من قانون العقد السوداني أن " الإيجاب يسقط إذا مات أي من الطرفين أو فقد أي منهما أهليته" وكذلك قضت المادة (19) من قانون الموجبات اللبناني بسقوط الإيجاب بوفاة الموجب أو بفقدانه لأهليته، وذلك في حالة ما إذا كان الإيجاب غير ملزم، أما في الحالة التي يكون فيها الإيجاب ملزما للموجب فإنه لايسقط بل يستمر خلال المدة المحددة بالرغم من وفاة الموجب أو فقدانه لأهليته".

² _ الولايات المتحدة الأمريكية يبدو أنها ستتخذ أكثر تأثيرا واتساعا في هذا الشأن وذلك من أجل حماية القصر أنفسهم اتجاه الاستعمالات غير المشروعة للإنترنت والاتصالات وبصفة خاصة ما يرتبط بالعنف والتجنس فقد أعد مشروع قانون بهذا الشأن.

خامسا: التعبير عن الإرادة عبر الوكيل الإلكتروني

يسر المشرع الجزائري طرق التعبير عن الإرادة بكل وسائل الاتصال بحسب ما جاء به القانون المدني في المواد 60، 323 مكرر و 323 مكرر 1، 327 فقرة 2¹، وكما أجازت مختلف التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية التعامل بوسائل الاتصال الإلكترونية، وفي المقابل سمحت لطرفي العقد حرية الاتفاق على خلاف ذلك في حين استثنيت بعض التصرفات من التعامل الإلكتروني.

01- قاعدة التعبير عن الإرادة بكل الوسائل:

بسبب انتشار التعاقد عبر شبكة الإنترنت، سمحت عدة تشريعات بجواز التعبير عن الإرادة إلكترونيا، ومنها قانون أونسيترال النموذجي للتجارة الدولية سنة 1996²، وعلى نهجه سارت عدة تشريعات، كالتشريع الجزائري من خلال القانون رقم 04/15³ المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، فقد ورد في نص المادة 06 منه مايلي: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني"، وهو النص الذي يتضح من خلاله إجازة التعبير بالوسائل الإلكترونية، ثم صدر القانون رقم 05/18⁴ المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الذي نص صراحة على التعامل بوسائل الاتصال الإلكترونية.

وقد سمحت المادة 14 من قانون المبادلات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية بتكوين عقد بين وكيلين إلكترونيين، حتى من دون أي تدخل شخصي، وفي المعنى ذاته ذهب قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية⁵ مايلي: "يجوز أن يتم التعاقد بين الوسائل الإلكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحا وناظدا ومنتجا آثاره القانونية على الرغم

¹ _ الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

² _ قانون أونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع لسنة 1996.

³ _ القانون رقم 15-04، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 06، مؤرخ في أول فبراير سنة 2015.

⁴ _ القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.

⁵ _ قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002 في المادة 12 فقرة 01.

من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة".

ومما سبق يتضح أنه بالإمكان إبرام عقد إلكتروني عن طريق الإنترنت بين شخصين طبيعي ووكيل إلكتروني، يتمثل في جهاز الحاسوب مبرمج مسبقاً أو بين جهاز حاسوب وآخر، وفي هذا تأثير على رضا المستهلك، وتحديدًا من حيث المساواة بين طرفي العقد، خاصة وأن اتفاقية الأمم المتحدة نصت في المادة 12 منها على مايلي: "لايجوز إنكار صحة أو إمكانية إنفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخصي طبيعي، أو بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين، لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلا من الأفعال التي قامت بها نظم الرسائل الآلية أو العقد الناتج عن تلك الأفعال أو تدخله فيها"¹.

02-الاستثناءات الواردة على التعبير عن الإرادة بواسطة الوكيل الإلكتروني:

أجازت التشريعات الوطنية والدولية التعبير الإلكتروني عن الإرادة، ولكنها لم تستثن التعبير عن الإرادة بالطرق الكلاسيكية، فقد بين قانون أونسترال النموذجي للتجارة الدولية سنة 1996، إمكان اتفاق الأطراف على استبعاد التعبير الإلكتروني عن الإرادة، من خلال نص المادة 11 فقرة 01 التي جاء نصها كما يلي: "في سياق تكوين العقود، ومالم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض...".

وعلى منحنى نفسه، سار قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الأردني، من خلال نص المادة 5 فقرة 01 التي جاء نصها كمايلي "تطبيق أحكام هذا القانون على المعاملات التي تتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل إلكترونية مالم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك"².

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 17.

² _ قلواز فاطمة الزهراء، رباحي أحمد، الوكيل الإلكتروني كآلية حديثة للتعبير عن الإرادة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 01، المجلد 6، 2020، ص 26.

أما مرسوم قانون المعاملات الإلكترونية القطري رقم 16 / 2010¹ الصادر في 2010، فقد نص في المادة 02 على مايلي: "تسري أحكام هذا القانون على المعاملات التي تتم بين الأشخاص الذين أنفقوا على إجراء معاملاتهم باستخداماتصالات إلكترونية"، وهي المادة التي يستخلص منها إمكانية إبرام العقد بالطرق الكلاسيكية، وهو مايفيد أن الأصل في كيفية التعبير عن الإرادة هو الاتفاق.

الفرع الثاني: ركني المحل والسبب في العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني شأنه في ذلك شأن العقد التقليدي، حتى ينعقد العقد صحيحا لا بد أن تتوفر فيه ثلاثة أركان، هي الرضا وهو الذي كان محل دراستنا سابقا، أما الركنين المتبقين فهما المحل والسبب، والذي يشترط فيهما طبقا لما تقرره القواعد العامة للعقد من عدم مخالفتها للنظام العام، والآداب العامة والقوانين القائمة.

وبالرغم من أنه هناك من يرى بأن المحل والسبب، لم يتأثر بالمجال الإلكتروني في إبرام العقد على خلاف التراضي، غير أنه انسجاما مع ما تقرره القواعد العامة للعقد، والذي يجب توفر هذين العنصرين وهو ما حرصت عليه كل العقود النموذجية الإلكترونية، لهذا سنتناول كل منهما في بند مستقل مبينين وجه خصوصياتهما الحديثة التي طبعتها في مجال العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكات الإنترنت، ومدى تأثير شروطهما في المجال الإلكتروني العالمي الافتراضي.

وعليه سيتم التطرق إلى ركن المحل في العقد الإلكتروني (أولا) كما سيتم أيضا الحديث عن ركن السبب في العقد الإلكتروني (ثانيا).

¹ _ المرسوم رقم 16/2010، المتعلق بقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، الصادر بتاريخ 08/19/2010 الجريدة الرسمية، العدد 09.

أولاً: المحل في العقد المبرم عبر المجال الإلكتروني

يقصد بمحل العقد الإلكتروني، الأمر الذي يتناوله أو يرد عليه العقد، ويثبت فيه، وهو شيء أو خدمة، ذو أو ذات قيمة مالية¹.

لذلك يعرفه بعض الفقهاء بأنه: "العملية القانونية التي أرادها طرفا العقد سواء بأداء شيء معين كبضاعة أو معدات أو برامج حاسوب، أو أداء عمل معين كتقديم الخدمات"².

والمحل طبقاً للمادة 1126 من القانون المدني الفرنسي هو "الشيء الذي يلتزم أحد الأطراف بتقديمه، أو يلتزم بعمل أو الامتناع عنه"، كما أشار إليه المشرع الجزائري في الأحكام المتعلقة بمحل العقد باعتباره الركن الثاني في العقد إلى محل الالتزام بنصه في المادة 92 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً غير أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

فالمحل كما سبق وذكرنا هو ركن في العقد الإلكتروني لا بد من وجوده إلى جانب ركني الرضا والسبب وإلا كان العقد باطلاً استناداً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني³.

ويستوجب أن يتوفر في المحل الشروط العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري من المادة 92 إلى غاية المادة 95 من القانون المدني⁴.

¹ _ يتميز محل العقد عن محل الإلتزام الذي هو إما أداء معين أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، على الرغم مما قد يحصل من تداخل بين محل الإلتزام لاسيما في العقود الواردة على الخدمات، حينما يكون محل العقد (أي الخدمة) مختلطاً بمحل التزام أحد المتعاقدين وهو تقديم الخدمة المتفق عليها أو أدائها.

² _ عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان (بيروت) 2010، ص 246

³ _ كما نصت المادة 126 من القانون المدني العراقي على أنه: "لا بد لكل إلتزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح أن يكون المحل مالا، عينا كان أو منفعة أو ديناً، أو أي حق مالي آخر"، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل". وتطابق هذه المادة، المادتين 152، 157 من القانون المدني الأردني.

⁴ _ وتقابلها المواد 126، 128، 130 من القانون المدني العراقي على شروط الواجب توافرها في محل العقد.

وبالتالي محل الالتزام في العقد الإلكتروني لا يختلف عن محل الالتزام في العقد التقليدي، ومحل الالتزام هو ماتعهد به المدين سواء كان التعهد ينصب على القيام بعمل أو امتناع عن عمل أو بإعطاء شيء، وبالتالي شروط المحل اللازم توافرها في العقد التقليدي لأبد من توافرها كذلك في العقد الإلكتروني، والذي يشترط فيه عموماً أن يكون موجوداً أو ممكناً الوجود، أو أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، ممكناً ومشروعاً.

01- أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود:

وهذا يعين أن يكون المحل موجود وقت نشوء الالتزام أو ممكن الوجود بعد ذلك في المستقبل¹، وقد نصت المادة 93 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"²، وهذا ما ينطبق على العقد الإلكتروني المبرم عن بعد، عبر الإنترنت، أو غيره من وسائل الاتصال الحديثة، أن يكون موجوداً لحظة التعاقد، أو من الممكن وجوده في المستقبل³، وهذا يعني أن إرادة الطرفين المتعاقدين عبر الإنترنت، إذ اتجهت إلى محل كان المتعاقدان يعتقدان أنه موجود⁴، وظهر عدمه أو ظهر أنه كان موجود فعلاً، لكنه لحظة التعاقد كان قد هلك، عدا العقد باطلاً لتخلف ركن المحل بعكس ما لو هلك المحل بعد لحظة إنعقاد العقد لأن العقد سينعقد صحيحاً من جهة توفر ركن المحل غير أن بإمكان المتعاقدين اللجوء إلى أحكام الفسخ أو إلى التنفيذ بمقابل⁵.

¹ _ عبد الرزاق أحمد السهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 470.

² _ هذه المادة تقابلها المواد 159 من القانون المدني الأردني والمادة 132 من القانون المدني المصري والمادة 1130 من القانون المدني الفرنسي، المادة 307 من القانون المدني الألماني والمادة 20 من قانون المدني سويسري والمادة 57 من القانون المدني بولوني.

³ _ المادة 129 فقرة 1 من القانون المدني العراقي، وقريب من مضمونها نصا المادتين 492 من القانون المدني الأردني والمادة 1601 من القانون المدني الفرنسي.

⁴ _ عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 250.

⁵ _ حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2015، ص 142.

وكذلك الحال لو اتفق المتعاقدان على تسليم بضاعة أو أداء خدمة غير موجودة لحظة التعاقد لكنها توجد في المستقبل حتماً، وتم تعيينها تعينا كافيا نافيا للجهالة صح العقد من حيث ركن المحل وتوافر هذا اركان والمقصود بإمكانية الوجود أنه ليس مستحيلا هذا الشرط تقتضيه طبيعة الأمور لا تكليف بمستحيل والاستحالة المقصودة هي الاستحالة المطلقة التي ستتبع بطلان العقد لا الاستحالة النسبية المتعلقة بظروف المدين¹.

ومن أوجه خصوصية المحل في العقد الإلكتروني، فيما يتعلق بقابلية المحل للتسليم لاسيما في العقود المعلوماتية، لأن استحالة التسليم تمنع انعقاد العقد ابتداءً ولا يتغير من ذلك كون حالات استحالة التسليم نادرة الوقوع في الحياة العملية في العقود المبرمة عن بعد عموماً، والاستحالة المقصودة هنا الاستحالة المتعلقة بركن المحل لا الاستحالة المادية المتعلقة بنقل محل العقد الإلكتروني أو تلفه، ومن أمثله تعاقد الشركة المنتجة برامج الحاسوب على برمجة حاسوب يعود للمستهلك وفقاً لنظام محدد يتبين فيما بعد أن حاسوب المستهلك هذا غير معد أساساً لتقبل هذه البرمجة، فهنا ينعقد العقد صحيحاً غير أن المنتج أو المورد يلزم بتعويض المستهلك عما لحقه من أضرار ناجمة عن إخلال الأول بالتزامه بتزويد المستهلك (المستفيد) بالمعلومات الضرورية قبل التعاقد متى ثبت أنه كان يعلم، أو كان من السهل عليه أن يعلم بعدم كفاءة حاسوب المستهلك فنياً لتقبل البرمجة المطلوبة².

02- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين:

حتى يكون محل العقد الإلكتروني معيناً أو قابلاً للتعيين يجب أن يتم وصف الخدمة أو المنتج عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة وكاملة بعيداً عن الإعلانات الخادعة بالنظر إلى المنتجات المعروضة والتي تكون محل التعاقد فغالبا ما يكون وصفها مصحوباً بصور مثل ما هو عليه الكالتوج الورقي التقليدي، وذلك لأنه في التعاقد الإلكتروني لا يمكن رؤية محل العقد رؤية مباشرة، ويتسم العرض عادة بهذه الطريقة بالطابع الإعلاني أكثر كونه التزاماً قانونياً يقع على عاتق مقدم الخدمة أو المنتج بالجودة.

¹ _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 469.

² _ حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 143.

وفي هذا السياق ذهب المشرع التونسي من خلال المادة 25 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية... وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة، وطبيعة وخصائص سعر، المنتج...¹.

وهنا نجد أن المشرع التونسي وفي سبيل حماية المستهلك في المجال الإلكتروني على ضرورة أن تكون السلع أو الخدمات المعروضة على شبكة الإنترنت على قدر من الوضوح والوصف التام قبل إبرام المعاملة الإلكترونية.

كما جاء في الفقرة الأولى من المادة التاسعة من القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية أنه: " إذا اتفقت الأطراف على إجراء معاملة بوسائل إلكترونية، يقتضي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها للغير بوسائل خطية فيجوز لهذه الغاية اعتبار إجراءاتها بوسائل إلكترونية متفقا مع متطلبات تلك التشريعات إذا كان المرسل إليه قادرا على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوافرة لديه".

وطبقا لقانون الاستهلاك المصري يلتزم كل من المورد ومعلن بتزويد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج أو الخدمة، وخصائصه، وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في الغلط².

وهو ما ذهب إليه كذلك قانون الاستهلاك الفرنسي بالمادة 1-111L وذلك وفقا للبند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية، فإنه يجب وفقا للفقرة الأولى من هذا البند أن يتضمن العقد الصفات الرئيسية للأموال أو الخدمات المعروضة بذكر: كميتها وألونها ومكوناتها، وسماتها الخاصة، كما اشارت الفقرة 2 منه بوجه خاص على اشتراط تحديد محل، ومضمون الخدمات المعروضة³.

¹ _ المادة 25 من القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السالف الذكر.

² _ ويلاحظ أن العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية يشترط مثل هذا التحديد والتعيين لمحل العقد الإلكتروني، وهو اتجاه جيد قطع لكثير من المشاكل التي يمكن أن تثار بسبب جهالة المحل أو عدم دقة العرض.

³ _ Coste (L), aspects juridiques du commerce électronique, Aux Etas- unis.rdaï.n°1, 1998, P42.

وكما تجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن قانون التجارة الأمريكي الموحد في المادة (1C/313/2)، منه تضمن نصا يفترض وجود ما يسمى (الضمان الصريح) من البائع أو المنتج في حالة بناء التعاقد استنادا إلى نموذج يقدمه البائع أو المنتج ويعدده صورة لصفات البضاعة أو المنتج النهائي، لأن للمشتري حق ضمان المطابقة بين المنتج النهائي الذي سيتسلمه وبين النموذج الذي تسلمه أو اطلع عليه ابتداءا، وهذا يعني أن وصف البضاعة أو المنتج خلال شبكة الإنترنت هو من قبيل الضمان الصريح المنصوص عليه في (B/2 المادة 313) من القانون المذكور إذا اعتمد المشتري على هذا النموذج أو الوصف عبر الشبكة لإبرام العقد بصفة رئيسية لذلك يعد صحيحا ما يذهب إليه بعض الفقهاء من أن أية إشارة يتم إبدائها على موقع تجاري على شبكة الإنترنت بشأن جودة المنتج أو ثمنه أو صفة جوهرية فيه تعد من قبيل الضمان الصريح بالقدر الذي أثرت فيه هذه الإشارة على إرادة المشتري في إبرام العقد¹.

ونستطيع أن نقول إن القانون المدني الجزائري ومن خلال نص المادة 2353²، أنه قد تضمن هذا الحل القانوني نفسه عند البيع بالعينة، وبالرغم ما قد تثيره من اعتراض بشأن اعتبار وصف المبيع على شبكة الانترنت من قبل البيع بالعينة باعتبار أن المشتري لم يتسلم عينة بالفعل ومع ذلك يجوز الأخذ بهذا الحل ولو على سبيل التفسير الواسع لأحكام البيع بالعينة في ظل الرأي القوي الذي أن العينة ليست إلا طريقة أو وسيلة لتعيين المبيع³.

03- أن يكون المحل مشروعا (مشروعية محل العقد الإلكتروني):

لا يكفي في التعاقد الإلكتروني، كما في القواعد التقليدية أن يكون المحل موجودا أو ممكنا وأن يكون معينا أو ممكنا تعيينه تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة، بل يلزم زيادة عن ذلك- أن يكون هذا المحل قابلا للتعامل فيه قانونا، وأن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب

¹ Lionel Castes: Aperçu sur le droit du commerce électronique Etats unis, droit et patrimoine, n°55, décembre, P66.

² وتقابلها المادة 518 من القانون المدني العراقي (البيع بالأنموذج)، والمادة 420 فقرة 1 من القانون المدني المصري (البيع بالعينة)، والتي تنص على أنه: "إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا لها"، والأنموذج أو العينة هو عبارة عن مقدار مصغر من المبيع يقدمه البائع إلى المشتري ليحيطه علما بالمبيع وبأوصافه.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، البيع، المرجع السابق، ص 202.

العامة¹ إذ تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"²، وبالتالي يلزم أن يكون محل العقد الإلكتروني مشروعاً، فلا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، أو داخلاً ضمن نص قانوني يحظر التعامل بهذا المحل، وبخلاف ذلك كله يكون باطلاً³.

ويعتبر شرط المشروعية من أهم شروط محل العقد الإلكتروني، وذلك نظراً لكثرة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة غير المشروعة كالمخدرات، أو في استغلال الأطفال جنسياً، ونشر صور الإباحية والسب والقذف وتشويه سمعة الأشخاص، وانتحال صفة الغير، واقتحام مواقع الآخرين، وارتكاب الجرائم المالية مثل السطو على أرقام بطاقات الائتمان المصرفية، وممارسة القمار عبر الإنترنت، وغسيل الأموال⁴.

كل هذه التصرفات تكون باطلة بقوة القانون لكونها مناقضة للنظام العام والآداب العامة، فالأصل جواز التعامل في كافة الأشياء والخدمات عبر الإنترنت ما لم يحضره القانون وذلك استجابة لمبدأ حرية التجارة الذي يقر بأن لكل شخص الحرية الكاملة في ممارسة أي تجارة أو مهنة أو فن أو حرفة يراها مناسبة⁵، وذلك بشرط مراعاة القيود التي تفرضها بعض نصوص القانون والتي تهدف إلى الحفاظ على النظام العام أو حماية المستهلك، أو تحقيق المصلحة العامة⁶، وكما ينطبق هذا المبدأ على التجارة الإلكترونية كما يقيد قانون Evinc رقم 32 لسنة 91 الصادر في 10 جانفي 1991 في فرنسا الإعلان المباشر وغير المباشر عن الكحوليات ومنتجات الدخان كما يخضع البند الرابع من العقد

¹ _ عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان (بيروت) 2010، ص 260.

² _ وتقابلها المادة 130 فقرة 1 من القانون المدني العراقي، والمادة 135 من القانون المدني المصري، والمادة 163 من القانون المدني الأردني.

³ _ عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، نفس المرجع، ص 261.

⁴ _ حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 146

⁵ _ كما نصت على هذا المبدأ المادة 61 من القانون المدني العراقي، والذي لا يعدو أن يكون تطبيقاً للمبدأ القاضي بـ (حرية الإتيان والتجارة) والذي ظهر هذا المبدأ في فرنسا وترسخ رسمياً بصدور قانون 2-17 مارس 1791، والذي تضمن في المادة 7 منه نصاً يفيد بأنه: " واعتبار (أين باقي العبارة هل الخطأ من عندي أو من عندك).

⁶ _ ومن ذلك المبدأ الذي يحظر الإتيان بالجسد البشري، انظر في ذلك المادة 16 وما يليها من القانون المدني الفرنسي.

النموذجي الذي ورد بع القانون الفرنسي يحظر بيع بعض الأموال والخدمات عن بعد وعلى سبيل المثال المنتجات الدوائية والأسلحة¹، كما يحظر الاتجار بجسم الإنسان²، والتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة³.

وعلى الصعيد العربي فقد نصت بعض القوانين الخاصة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية على حظر التعامل في بعض المنتجات واسع بنص خاص، ونذكر منها، قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام رقم (1) لسنة 2000 حيث نصت المادة 23 منه على أنه: "تحظر المنتجات والبضائع والخدمات في المنطقة الحرة لاسيما المنتجات المخافة لقوانين الملكية الفكرية، بما في ذلك البضائع المخالفة للقوانين والقواعد المتعلقة بالمعاملات التجارية وبراءات الاختراع وحقوق الطبع والتصميم، والمنتجات المقاطعة من قبل الدولة، و جميع البضائع والمنتجات والخدمات الممنوعة بموجب قوانين الإمارات أو الدولة"، وللسلطة في هذا السياق صلاحية تحديد أو تعديل قائمة المنتجات والخدمات المحظورة بموجب قوانين الإمارة، كما تكون لها صلاحية الإغفاء من هذا الحظر⁴.

وترى الباحثة أنه ابتداء لابد من إقرار حقيقة ضعف، إن لم يكن انعدام الرقابة على شبكة الإنترنت على المستويين الوطني والدولي، والأمور التي يجري عرضها وهي منافية للأخلاق أو الإعلانات عن أمور ممنوعة قانوناً أو محرمة شرعاً خير دليل على ذلك، ثم لابد من تأكيد أن هذه التجاوزات يمكن إن تكون في المستقبل ومع التطور التقني المضطرد

¹ _ أنظر في ذلك القانون الفرنسي رقم 706 الصادر في 12 جويلية 1985 ويقابله القانون رقم 394 لسنة 1954 المعدل بشأن الأسلحة والذخائر في مصر، وفي الجزائر المرسوم رقم 85/63 الصادر في 16/03/1963 المتعلق بالأسلحة والمتفجرات الذي يمنع بيع الأسلحة إلا بعد الحصول على الترخيص اللازم بذلك.

² _ أنظر المادة 16 من القانون المدني الفرنسي والمادة 161 من القانون الجزائري رقم 85-85 المؤرخ في 16/02/1985 والمتعلق بالصحة العمومية وترقيتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 8، بتاريخ 17 فيفري 1985، ص 176.

³ _ أنظر المادة 92 من القانون المدني الجزائري والمادة 2/131 القانون المدني المصري، والمادة 160 من القانون المدني الأردني، والمادة 1130 القانون المدني الفرنسي.

⁴ _ حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 147.

في الشبكة، أكثر حجما وأشد ضررا، غير أن ذلك لا ينعنا من طرح بعض الحلول القانونية التي من شأن الانضباط بها تقييد كحل العقد الإلكتروني بالنصوص القانونية.

ومن هذا الحلول توحيد القوانين الوطنية استنادا لتنسيق دولي بشأن شبكة الإنترنت في ضوء مراعاة الطبيعة العالمية للشبكة، ولعل السبب وراء ذلك يكمن في أن المنشأة الوطنية التي ترغب في مباشرة أعمال التجارة الإلكترونية لن يكفيها أن تأخذ بنظر الاعتبار جميع التشريعات ذات العلاقة في الدولة التي تنتمي إليها، بل يتعين عليها أيضا أن تأخذ بالاعتبار مثل تلك التشريعات في الدول التي يمكن أن تباع منتجاتها فيها من خلال شبكة الإنترنت.

إن الأموال المباعة عبر شبكة الإنترنت و إن كانت من البضائع والسلع المالية، فإن عبورها للحدود الدولية يعطي فرصة لرجال الجمارك والحدود في تطبيق الرقابة القانونية على مشروعية التعامل بالمبيع، في حين تحتاج المنقولات المعنوية إلى تقنيات عالية لمراقبة مشروعيتها وقابلية المحل فيها للتعامل متى تمت عبر شبكة الإنترنت¹، (مثل برامج معالجة المعلومات المحملة على الشاشة وكذلك الأسطوانات أو الكتب)، والتي يمكن تسليمها عن طريق "الخط" فإنه يوجد ما يسمى "شرطة الإنترنت"، والتي تتولى الرقابة على المنتجات والخدمات التي تتم عبر الشبكة².

ثانيا: السبب في العقد الإلكتروني

السبب وفقا للقواعد العامة هو الغاية أو الباعث للتعاقد، وكما يقصد به غاية الملتزم من التزامه³، وقد تناول المشرع الجزائري السبب في المادتين 97 و 98 من القانون المدني ويعرف عادة بأنه الغرض المباشر والقريب المجرد الذي يقصد إليه المتعاقد من التزامه، أما الغرض غير المباشر فهو الباعث أو الدافع إلى التعاقد، ولا بد من أن يتوافر فيه شروط

¹ _ عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص ص 266 و 265.

² _ حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 148.

³ _ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول من مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 222.

حتى لا يؤدي إلى إبطال العقد، ولعل أهم شرط المشروعية، وأن يكون صحيحا، وأن يكون موجودا.

كما نصت المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي على أن الالتزام بلا سبب أو بسبب مزيف أو سبب غير مشروع ليس له أثر، فسبب الالتزام يجب أن يكون مباشر وموضوعي ومجرد، ويكون موجودا، بينما سبب العقد يكون مشروع وفي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل طرف يبقى على وجود الالتزام الآخر.

وبالتالي إذا كان المحل كما سبق وأن وضعنا هو موضوع الالتزام ويتضمن الإجابة عن السؤال بما التزم المدين، فإن السبب هو الغاية المباشرة من الالتزام.

غير أنه وبصدور مرسوم 10 فيفري 2016، من خلال نص المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي¹، قام المشرع الفرنسي بحذف السبب كركن من أركان العقد وذلك لرؤية بأن اعتبار السبب كركن لقيام العقد يجعله يتداخل مع ركن المحل وهو مانادت به نظرية الفقيه الفرنسي بلانيول التي يعبر فيها أن نظرية السبب التقليدية غير صحيحة وغير ذات فائدة فالسبب يقوم على توافر ثلاثة شروط واتفق غالبية الفقه عليها وهي أن يكون صحيحا ويجب لصحة السبب أن يكون موجودا، كما يشترط أن يكون مشروعا

01- وجود سبب للتعاقد:

يجب أن يكون سبب التعاقد موجودا، فمثلا يكون سبب التزام المشتري بدفع الثمن مثلا برغبته في الحصول على المبيع، وإذا لم يوجد السبب بطل العقد، إضافة لذلك يجب أن يكون متحققا عند إنعقاد العقد وحتى أثناء تنفيذه، فإن زال أثناء تنفيذ العقد انفسخ هذا الأخير².

¹ Art 1128 du code civil français: «... Sont nécessaires à la validité d'un contrat:

- Le consentement des parties.
- Leur capacité de contracter.
- Un contenu licite et certain ».

² حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 152.

وإن كان السبب لا يطرح إشكالا كبيرا في مجال العقود الإلكترونية ويظل خاضعا لأحكام النظرية العامة، فإن مشروعيتها تعد محل بحث كبير في رأينا نظرا للتححر الذي تعرفه شبكة الإنترنت، وهذا ما سنحاول أن نبينه في النقطة الموالية.

02- مشروعية السبب:

عدم خضوع شبكة الإنترنت لرقابة جهة معينة تسهر على احترام المشروعية في ظلها وفي ظل عدم الاتفاق الحاصل حتى قبل ظهور فكرة الإنترنت، بخصوص تحديد مدلول فكرة النظام العام وللآداب العامة، حتى تكون العقود المنجزة والمبرمة عبرها صحيحة وفقا للنظم القانونية الداخلية، سيما في ظل ما أتاحة شبكة الإنترنت من إمكانيات ضخمة لخرق مثل هذه القيم والمفاهيم¹.

¹ _ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت (مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع) المرجع السابق، ص 231.

المبحث الثاني: إشكالية إثبات العقد المبرم عبر المجال الإلكتروني

إن الشكل الذي يشترطه المشرع غالباً ما يكون الكتابة، سواء أكانت كتابة رسمية أم كتابة عرفية، والكتابة التي يطلبها القانون قد تستلزم لانعقاد العقد، أو تكون لغرض الإثبات، فمن الممكن أن يكون العقد صحيحاً غير أنه يستلزم الكتابة لإثباته.

وأحياناً أخرى الشكلية التي يتطلبها المشرع، قد لا تقتصر على الكتابة، وإنما قد تكون في إتباع أوضاع أو إجراءات معينة أمام جهة مختصة بذلك، أو قيد التصرف لكي يرتب آثاره القانونية.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن الشكلية في العقود الإلكترونية لاسيما فيما يتعلق بالكتابة والتوقيع، أما المطلب الثاني سنتكلم عن التصديق كآلية لتحقيق الثقة والأمان في التوقيع الإلكتروني.

المطلب الأول: الشكلية في العقود الإلكترونية

تلعب الكتابة دوراً مهماً في مجال الإثبات ويبدو أنها تعتبر من الأفكار القانونية التي يصعب تعريفها، فلفظ الكتابة ينصرف إلى أوسع معانيه، فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما، ويمكن تعريف الكتابة بأنها مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر ويمكن أن تتم الكتابة بأي وسيلة أو بأي لغة¹، وتعتبر كذلك عن معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه، وليس هناك شك معين بالكتابة فقد تأتي بخط يد الموقع على الورقة أو بخط غيره أو بقلم أو ريشة أو بآلة طباعة أو غير ذلك²، كما أن المفهوم التقليدي للكتابة كان مرتبطاً بشكل وثيق بالدعامة الورقية التي توضع عليه لدرجة عدم إمكانية الفصل بين الكتابة والورق.

¹ _ خالد حسن أحمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص ص 299 و 298.

² _ ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 2002، ص 6.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن الكتابة في العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني، أما الفرع الثاني سنتكلم فيه عن التوقيع في العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني.

الفرع الأول: الكتابة في العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني

إن كان الأصل جواز تحرير الكتابة على الخشب أو الحجر أو الجلود أو القماش أو الرمال أو غير ذلك، بمعنى عدم وجود ارتباط بين المحرر وبين وجوب تدوينه على وسيط ورقي، وبعدها تطور مفهوم التحرير أو التدوين في عصر المعلوماتية من خلال استعمال الفاكس والتلكس ثم الإنترنت، فظهرت الكتابة الإلكترونية على الدعامات الإلكترونية كذلك¹، وتجدر الإشارة هنا إلى أن لفظ المحرر يشمل المكتوب منه والإلكتروني على حد سواء، فيصطلح تسمية الكتابة الشائعة في الإثبات رسمية أو عرفية بالمحرر أو السند - Ecrit (acteau- titre).

ولتحديد دور الكتابة الإلكترونية وأثرها في إثبات وجود ومضمون العقد الإلكتروني لنا أن نتعرض لتحديد معناها (أولاً)، ومدى استيفائها لمتطلبات الشكلية في العقود (ثانياً) وحجبتها القانونية في الإثبات.

أولاً: ضبط معنى الكتابة الإلكترونية

تعد الكتابة إحدى الأساليب المستخدمة في التعبير عن إرادة طرفي العلاقة، فهي تتضمن تسطير الحروف في شكل ظاهر ويعبر عن معنى كامل، وإن كانت جل التشريعات قد تعرضت للإثبات الإلكتروني ونظمه، إلا أنه مع ذلك تركت المجال لبعض المفاهيم ليتم تعريفها من قبل الفقه والقضاء.

وبذلك وباستقراءنا للمقتضيات القانونية لمنظمة التجارة الإلكترونية نجد المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني قد أورد تعريف للكتابة الإلكترونية: " يقصد بالكتابة

¹ - فتحي بن جديد، التزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 107.

الإلكترونية كل 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 للإدراك¹.

كما عرف المشرع الفرنسي الكتابة على أنها: "ينتج الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج من كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رموز أو إشارات ذات دلالة تعبيرية مفهومة وواضحة أيا ما كان دعامتها أو وسيلة نقلها"².

وهنا المشرع الفرنسي نجد انه لم يفرق بين أنواع الدعامات التي تتم عليها الكتابة، فجعل هذا المعنى ينصرف إلى الكتابة اليدوية والكتابة الإلكترونية والمهم أن تحقق الكتابة التعبير الدال والواضح والمفهوم.

أما المشرع الجزائري فقد أعطى تعريفا عاما وشاملا للإثبات بالكتابة، بحيث أنه يمكن الاعتماد بالكتابة للإثبات مهما كانت الدعامة التي تتضمنها ورقية كانت أو إلكترونية، ومهما كانت طريقة إرسالها، وذلك من خلال نص المادة 223 من القانون المدني الجزائري.

فالإثبات بالكتابة ينتج من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها³.

وبالتالي المشرع حذا حذو المشرع الفرنسي وكذا المصري في وضعه تعريف شامل للإثبات عن طريق الكتابة، حيث أن العديد من التشريعات العربية لم تضع تعريفا للكتابة الإلكترونية وهذا ما يدفع بنا إلى ضرورة الإشارة إلى هذا الأمر وإصدار التشريعات التي تعترف بالكتابة الإلكترونية من شأنه أن يضع حدا للغموض والجدل الذي يكتنف هذا النوع

¹ _ المادة 1 فقرة أ من القانون رقم 15 لسنة 2004 المصري الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

² _ المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي.

- Loi n 2000-230 du 13 mars 2000, art 1316, J.O F du 14 mars 2000, p 3968. « La preuve Littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une de Lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles, dotés d'une signification intelligible quelles que soient leur support et leur modalité de transmission »

³ _ المادة 223 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

من الكتابة ويواكب التطور الفني الهائل في المجال الإلكتروني حتى يعطي الأمان أكثر للمتعاملين ويحظى بثقتهم.

إضافة لذلك ولكي تؤدي الكتابة دورها القانوني لابد من توافر شروط للاعتداد بها وحتى تكون كدليل على صحة التصرف القانوني ومضمونه.

حيث يجب أن تكون الكتابة واضحة ومقروءة حتى تدل على مضمون التصرف القانوني والبيانات المدونة به، فإذا كانت البيانات الإلكترونية بالمحرر منظمة بطريقة غير مادية ومشفرة، لاسيما قراءتها بطريقة مباشرة، لابد من فك التشفير بحيث تصبح مقروءة بصورة واضحة¹.

كما يشترط في الكتابة الإلكترونية قابليتها للاستمرار ودوامها، بمعنى لزوم تدوينها على دعائم إلكترونية تحفظ الكتابة والمعلومات بصورة مستمرة وعلى نحو أفضل على مر الزمن تضمن الاستمرار وبقائها بشكل سليم مما يمكن الأطراف الرجوع إليها².

ومن التشريعات التي كرس هذا الشرط قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة 6-1: "عندما يشترط قانون أن تكون المعلومة مكتوبة، تستوفي في رسالة البيانات ذلك الشرط إذا الشرط إذا تسير الإطلاع على البيانات الواردة فيها على النحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً"³.

كما يشترط حتى يكتسي الدليل الكتابي حجية في الإثبات أن يكون قابل التعديل والتغيير بحذف أو إضافة أو إلغاء... أو إعادة تنسيقها وغيرها من العيوب المادية التي يمكن أن تشوب الكتابة، لتوفير عنصر الأمان في الدليل حتى يمكن التمسك به⁴، ولقد نص قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة على: " الاحتفاظ برسالة

¹ _ الياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص 212

² _ خليفي مريم، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 93.

³ _ قانون رقم 51-162 المتضمن قانون الأونسيتال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية.

⁴ _ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت (مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع)

المرجع السابق، ص 28.

البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت"، والمشرع الجزائري بدوره هو الآخر كرس هذا الشرط من خلال نص المادة 223 مكرر: "... في ظروف تضمن سلامتها".

ثانيا: مدى استيفاء الكتابة الإلكترونية لمتطلبات الشكلية في العقود

اعترف للكتابة الإلكترونية بصورتها الجديدة، بعد صدور العديد من التشريعات المتعلقة بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، والسؤال المطروح هنا: هل يمكن أن تكون الكتابة الإلكترونية بديلا عن الكتابة الخطية في حالة ما إذا كانت الكتابة تعد ركنا شكليا في بعض العقود، ولا ينعقد العقد إلا بعد استيفاء هذا الشكل.

واجه قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مسألة مدى قبول الكتابة الإلكترونية عند تطلب الكتابة لصحة التصرف، عندما ذكر بأنه: "لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات"، إذا قررت هذه المادة مبدأ أساسيا، وهو عدم التفريق بين رسائل البيانات الإلكترونية والمحركات الورقية¹.

وقد أكدت الأمم المتحدة على مبدأ المساواة بين المستندات الورقية والإلكترونية حيث جاء في قانونها: "حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى الخطاب الإلكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا".

فإذا فرض الطرفان شكلا معيناً للكتابة، كأن تكون الكتابة بخط اليد فإن الكتابة الإلكترونية لا تفي بالغرض الذي تم الاتفاق عليه، إلا إذا كانت الكتابة بخط اليد، ولا يجوز لأطراف المعاملة التفاوض على إبرام العقد بالوسائل الإلكترونية، أن يشترط أن يكون التأكيد على التعبير بالوسائل العادية، كإرسائل أو البرقيات، أما إذا لم يشترط أن تكون الكتابة بخط

¹ _ المادة 1/5 من قانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

اليد أو بشكل محدد ولم يستلزم القانون أن تكون البيانات ثابتة بالكتابة، فإن المحررات الإلكترونية أو الكتابة الإلكترونية تفي بالشكل القانون لصحة التصرف.

كما أشار قانون التجارة الإلكترونية البحريني إلى ذلك بموجب نص المادة 9 منه فقضت: "إذا أوجب القانون أن تكون المعلومات ثابتة بالكتابة، أو رتب أثراً قانونياً على عدم الإلتزام بذلك، فإن ورود المعلومات في سجل إلكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون، بشرط أن تكون المعلومات قابلة للدخول عليها واستخراجها لاحقاً عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك".

كما أكد المشرع الأردني على التناظر الوظيفي بين الرسائل الإلكترونية والرسائل التقليدية، إذ نصت المادة 9 فقرة 1 من قانون التجارة الإلكترونية: "إذا اتفقت الأطراف على إجراء معاملة بوسائل إلكترونية يقتضي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها إلى الغير بوسائل خطية فيجوز لهذه الغاية اعتبار إجراءات بوسائل إلكترونية متفقاً مع متطلبات تلك التشريعات إذا كان المرسل إليه قادراً على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوافرة لديه".¹

وكما أشار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، وقد نصت على ذلك المادة 9 من قانون إمارة دبي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية: "إذا اشترط القانون أن يكون خطياً أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بيئة أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فإن المستند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط طالما تم الإلتزام بأحكام الفقرة 1 من المادة السابقة".²

¹ _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 251.

² _ جاء بالمادة 1/8 والتي أحالت إليها المادة 9 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 والتي نظمت الشروط والإجراءات الواجب إتباعها لحفظ المستندات والسجلات الإلكترونية، والتي قضت:

أ_ إذا اشترط القانون حفظ مستند أو سجل أو معلومات لأي سبب فإن هذا الشرط يتحقق عندما يتم حفظ ذلك المستند أو السجل أو المعلومات في شكل سجل إلكتروني شريطة مراعاة مايلي:

- حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو استلم به، أو بشكل يمكن من إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو أستمتمت في الأصل.
- بقاء المعلومات محفوظة على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقاً.

مما سبق يتضح عدم وجود فرق بين الكتابة على المحررات الورقية والكتابة الإلكترونية، من حيث إمكانية استيفائها لمتطلبات الشكل اللازم لقيام التصرف القانوني، أو التي تستلزم كركن في العقد، ما لم يشترط الطرفان على أن تكون الكتابة بخط اليد لقيام العقد، وكما تبين أن أغلب التشريعات الحديثة والمتعلقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، لا تميز بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية التقليدية في وظائفها، ما لم يتطلب القانون شكلاً آخر غير الكتابة لصحة قيام العقد، أو أحد أطراف العقد، أو كلاهما اشترط أن يكون التوقيع ممهوراً بخط اليد¹.

وكما ثار جدل فقهي حول مدى إمكانية أداء الكتابة الإلكترونية لوظيفتها قانوناً كشكل لازم لصحة التصرف القانوني، فبعض الفقه يرى أن الكتابة لا تتصرف إلا للإثبات لأن الكتابة الإلكترونية لاتصلح لأداء وظيفتها كركن لتكوين العقد، ويرى جانب آخر من الفقه بأنه حين أجاز المشرع قبول الكتابة الإلكترونية في الإثبات، فإنه في ذات الوقت أجاز استخدامها في استيفاء متطلبات الشكل المطلوب لتكوين العمل القانوني على أساس لا فائدة من إقرار إثبات التصرف بالكتابة الإلكترونية إذا كان التصرف في ذاته باطلاً، لأنه تم انعقاده بوسائل إلكترونية².

وفي إطار مساواة الكتابة التقليدية بالإلكترونية وبغية إعطاء حجية قانونية للكتابة الإلكترونية في الإثبات، اختلفت العديد من التشريعات فيما بينهما في كيفية إقرار ذلك، وذلك بتعديل القواعد المنظمة للإثبات قوانينها، وفي ذلك سار المشرع الفرنسي ضمن النصوص الخاصة بالإثبات في القانون المدني والمتمثلة في القانون رقم 2000-230 الصادر في 13 مارس 2000³، وفق نص المادة 1316 فقرة 3 حيث نصت على أن: " الكتابة على دعامات إلكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية"⁴.

¹ _ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت (مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع) المرجع السابق، ص 299.

² _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 252.

³ _ Alain bensoussan: informatique Télécoms Internet, op, cit, 2001, p191.

⁴ _ « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ». Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, art 1316/ 3.J.O F du 14 mars 2000, p 3968.

فالمشرع الفرنسي ساوى ما بين الكتابة على الدعامة الإلكترونية والكتابة على الدعامة الورقية فيما يتعلق بحجية الإثبات، وفي نفس الاتجاه ومن أجل تنظيم استخدام المحررات الإلكترونية لإثبات التصرفات القانونية تدخل المشرع الجزائري متداركا منه تأخره في ذلك، بتعديل بعض القواعد الخاصة بالإثبات في القانون المدني، بموجب إصدار القانون رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري والسالف ذكره، واعترف بموجب نص المادة 223 منه بالكتابة الإلكترونية والسابق ذكرها، وقبلها كدليل إثبات شأنها في ذلك شأن الدليل الورقي، شرط أن يكون بالإمكان تعيين الشخص الذي صدرت منه، وأن تعدو تحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها.

وكذلك نظمت تشريعات أخرى مسائل الإثبات الإلكتروني عن طريق إصدار قوانين مستقلة وخاصة، كما فعل المشرع المصري بإصدار قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 والذي منح بموجب المادة 15 منه الكتابة الإلكترونية الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون¹.

الفرع الثاني: التوقيع في العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني

تستلزم العقود الإلكترونية حتى تصبح ملزمة للمتعاقدين، الذي يعتبر المستهلك أحد أطرافها أن تكون ممهورة بتوقيعاتهم، وباعتبار أنها تتم عن طريق الوسائل الإلكترونية، فإن ذلك يتطلب أن يكون التوقيع عليها يتوافق مع طبيعة هذه العقود الإلكترونية، بواسطة التوقيع الإلكتروني.

ونظرا للأهمية الكبيرة للتوقيع الإلكتروني في الإثبات، والذي بدونه لا يصبح للعقد الإلكتروني أي قيمة قانونية، فإن أغلب التشريعات وفرت الحماية المدنية له بغية خلق الثقة والأمان للمستهلك في المجال الإلكتروني، ولذلك وبغية التصرف على هذه الحماية لابد من تحديد معنى التوقيع الإلكتروني (أولا)، ومدى استيفاء التوقيع لمتطلبات الشكالية في العقود (ثانيا).

¹ - خليفي مريم، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 95.

أولاً: تحديد معنى التوقيع الإلكتروني

وضعت أغلب التشريعات وكذا الفقه تعريف التوقيع الإلكتروني، والشروط القانونية الواجب توافرها لصحته، وصوره بما أن التعاقد الإلكتروني لا يتم إلا به، لذلك سأتناول مختلف التعريفات التي قيلت في شأن التوقيع الإلكتروني الفقهية منها والتشريعية، ومدى حجيتها في إثبات عقود التجارة الإلكترونية، ونطاق الترجيح بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي في حالة التعارض بينهما.

01- تعريف التوقيع الإلكتروني:

أغلب التشريعات لم تهتم بوضع تعريف للتوقيع التقليدي¹، رغم قيمته القانونية في إثبات التصرفات التعاقدية، في حين تناول كل من الفقه والتشريع تعريف التوقيع الإلكتروني واختلف في ذلك بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى التوقيع، لذلك سنتناول مختلف التشريعات التي قيلت في شأن التوقيع الإلكتروني الفقهية والتشريعية.

أ- التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني:

اختلفت وتعددت تعريفات الفقهاء بشأن التوقيع الإلكتروني، ويرجع ذلك إلى الزاوية التي ينظر منها إلى التوقيع الإلكتروني، فمنهم من نظر إليه من زاوية إنشائه، ومنهم من نظر إليه من زاوية الوظيفة التي يقوم بها، حيث عرفه بعض من الفقه التوقيع الإلكتروني على أنه تعبير شخص عن إرادته في الإلتزام بتصرف قانوني معين، عن طريق تكوينه لرموز سرية يعلمها هو وحده، تسمح بتحديد هويته².

¹ _ يعد التوقيع التقليدي توقيع ذي شأن الذي تنسب إليه الورقة قولاً أو التزاماً، وعلامة خطية تسمح بتحديد شخصية صاحبه، أنظر في ذلك: إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 235.

وكما اتجهت محكمة باريس إلى أن التوقيع هو كل علامة مميزة وكل خط باليد يمكن من تحديد هوية كاتبه، دون ترك أثر للشك، وتتجلى فيه إرادته بكل وضوح، وكما عرفته محكمة التمييز العراقية بأنه تصرف إداري يقصد به إقرار الموقع لما هو مدون في السند ودليل مادي مباشر على حصول الرضا في إنشائه"، أنظر قرار رقم 775 المؤرخ في 1974/03/05 محكمة التمييز العراقية، النشرة القضائية، العدد الأول، ص 230.

² _ إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 323.

في حين عرفه جانب آخر من الفقه على أنه: بيان أو معلومة تتصل بمنظومة بيانات أخرى، أو تحويل منظومة بيانات أو شيفرة أو كود والذي يسمح إليه بإثبات مصدرها والإستيثاق من سلامة مضمونها وتأمينها ضد أي تعديل أو تحريف"، كما عرف التوقيع الإلكتروني بأنه: " مجموعة الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبة¹.

ب- التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني:

تباينت التشريعات هي الأخرى في تعريف التوقيع الإلكتروني سواء على مستوى التشريعات العربية وعلى رأسها التشريع الجزائري، حيث أعطى المشرع الجزائري تعريفا عاما وشاملا في القانون الجزائري بمقتضى المادة الثالثة مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 7-162 الصادر في 30 مايو 2007²، والتي نصت على أنه: " لتطبيق هذا المرسوم يقصد بما يأتي: "التوقيع الإلكتروني هو المعطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر 1 من الأمر 75-58 والصادر في سبتمبر 1975 والمذكور أعلاه". وكما تناول تعريفه في المادة 2 فقرة 1 من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، بأنه: "بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"³.

أما على مستوى التشريعات المقارنة ونخص بالذكر التوجيهات واللوائح الأوروبية منها نجد التوجيه الأوروبي السابق والملغى بشأن التوقيعات الإلكترونية رقم 193/1999 الصادر بتاريخ 13/12/1999، حيث نصت المادة 1/2 منه: " التوقيع الحاصل في شكل رقمي

¹ _ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، 245.

² _ يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 الصادر في 9 مايو 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 37 لسنة 2007 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

³ _ القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السالف الذكر.

مدمج أو ملتصق أو مرتبط منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى والذي يستخدم كوسيلة في المصادقة¹.

في حين أن المشرع التونسي لم يعطي تعريفاً للتوقيع الإلكتروني بالرغم من تناوله لعدة مصطلحات بالتعريف ومكتفي في ذلك بتنظيم أحكامه بالرغم من أنه كان سابقاً على المشرع الجزائري في إصدار التوقيع الإلكتروني².

وجاء تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريع المصري المتعلق بالتوقيع الإلكتروني في المادة 1 منه بأنه: " ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل أو حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"³.

أما التشريع الإماراتي فقد عرف التوقيع الإلكتروني، في المادة 1 منه بأنه: " ذي شكل إلكتروني أو ملحق به أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية بنسبة توثيق أو اعتماد تلك الرسالة"⁴.

وكما عرفته المادة 10/3 من اللائحة الأوروبية EIDAS رقم 2014/910 على أنه: "البيانات في الشكل الإلكتروني المرتبط ارتباطاً منطقياً ببيانات أخرى في شكل إلكتروني ويستخدمها الموقع للتوقيع"⁵.

¹ _ سليمان مصطفى، وسائل الإثبات وحجيتها في عقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية أدرار، 2019-2020.

² _ قانون رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

³ _ تم النص على ذلك في المادة 1/ج من قانون التوقيع وإنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا المصري رقم: 15 لسنة 2004.

⁴ _ القانون الاتحادي رقم 01 لسنة 2006، والمتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

⁵ _ اللائحة الأوروبية رقم 2014/910، الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمجلس، المؤرخة في 23 يوليو 2014، بشأن خدمات تحديد الهوية والثقة الإلكترونية في السوق الداخلية، وإلغاء التوجيه ec/1999/93 المادة 03، فقرة 10.

وتناول المشرع الأمريكي تعريف التوقيع الإلكتروني في القسم 05/106 بأنه: " صوت أو رمز إلكتروني أو عملية معالجة إلكترونية مشتركة، أو مرتبطة منطقيا بعقد أو سجل آخر، تم إعداده وتنفيذه من قبل شخص بنية التوقيع عليه"¹.

أما المشرع الفرنسي عرفه في المادة 2/1316 من القانون المدني الفرنسي، بأنه: "التوقيع الذي يحدد هوية من هو منسوب إليه، والذي يفصح عن قبوله بمضمون المحرر الذي يرتبط به وبالالتزامات الواردة فيه"².

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من وضع تعريف للتوقيع الإلكتروني نجد أنه رغم اعتداد المشرع بالتوقيع الإلكتروني لإضفاء الحجية الثبوتية للمحرر العرفي، إلا أنه لم يضع تعريفا له ولا للتوقيع التقليدي، حيث كان ولا بد من تدارك الوضع وهو ما قام به المشرع الجزائري من خلال إصدار أو تعريف للتوقيع الإلكتروني بموجب المرسوم التنفيذي 162/07 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 الملغى بالمرسوم التنفيذي 15-320 المؤرخ في 2015/12/13، في المادة الثالثة مكرر والسابق ذكرها.

أما فيما يخص المعطيات في مفهوم القانون 09-04³ الخاص بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها هي: " أي عملية للوقائع أو المعلومات أو المفاهيم في شكل جاهر للمعالجة داخل منظومة معلوماتية بما في ذلك البرامج المناسبة التي من شأنها جعل منظومة تؤدي وظيفتها".

ومسايرة للتطور في مجال التجارة العالمية والمبادلات التجارية وعلى غرار أغلب التشريعات العربية والأجنبية، أصدر المشرع الجزائري قانون التوقيع الإلكتروني رقم 04-15

¹ _ Public Law 106-229-June 30:2000 : The Electronic Signatures in Global and National commerce Act (E- Sign Act).

² _ خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 200.

³ _ قانون رقم 09-04 المؤرخ في 14 شعبان 1430 الموافق 5 غشت 2009، المتضمن للقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، المادة 2 فقرة ج، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، المؤرخة في 16 غشت 2009.

والذي من خلاله عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 2 منه بأنه: " بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

يتضح من التعريفين السابقين أن المشرع الجزائري حاول تقادي الغموض والتعقيد الذي كان يعتري تعريف التوقيع الإلكتروني في المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162 الملغوأعطى تعريفا واضحا للتوقيع الإلكتروني مستندا إلى المادة 3 من اللائحة الأوروبية "EIDAS" رقم 2014/910، حيث جاء بنفس الصيغة.

وخلاصة للتعريفات التي سبق وأن ذكرت بشأن التوقيع الإلكتروني يتضح لنا أن التشريعات المختلفة في تعريفها للتوقيع الإلكتروني تتشابه وإن كانت مختلفة في بعض الألفاظ المستخدمة، فكلها تؤكد على أن التوقيع الإلكتروني لكي يكون صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية، لا بد من أن يعبر تعبيراً أكيدا عن هوية الموقع، وأن يصدر صحيحا من الموقعوهذا الأمر لا يتحقق إلا بسيطرة الموقع على عناصر التوقيع¹.

ج- الفرق بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي (العادي):

إن التوقيع الإلكتروني هو الصورة الرقمية للتوقيع العادي، فكل منهما يوضع لغرض توثيق الإرادة وإثبات التصرفات التي ترد في الوثيقة أو المحرر، وكإقرار من الموقعين شخصا أو من ينوب عنهم بقبول محتوى الوثيقة التي وضع عليها بإرادتهم الكاملة²، إلا أنهما يختلفان في صفات كثيرة نذكر منها:

إن الصورة التي يتخذها التوقيع التقليدي تقتصر على الإمضاء، وقد يضاف إليها بصمة الختم وبصمة الأصابع، أما التوقيع في الشكل الإلكتروني فلم يشترط بالنسبة له يأتي وفقا لصورة معينة، حيث أنه بالإمكان أن يأتي على شكل حرف أو رمز أو رقم أو إشارة أو حتى صوت فالمهم فيه أن يكون ذو طابع منفرد يسمح بتمييز شخص صاحب التوقيع وتحديد هويته وإظهار رغبته في إقرار العمل القانوني والرضا بمضمونه.

يختلف التوقيع في شكل التقليدي عن التوقيع في شكله الإلكتروني من حيث الوسيط أو الدعامة التي يوضع كل منهما عليها، فالتوقيع التقليدي يوضع على دعامة مادية هي في

¹ _ إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 237.

² _ خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 244.

الغالب دعامة ورقية، وفي الحالة تذييل الكتابة المحررة به فتتحول الدعامة المادية إلى مستند صالح للإثبات، أما التوقيع الإلكتروني فيتم عبر وسيط إلكتروني عبر شبكة الإنترنت باستخدام الحاسوب، حيث أصبح بإمكان أطراف العقد اتصالي بعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد والتفاوض بشأن شروطه وكيفية إبرامه وإفراغه في المحررات الإلكترونية وأخيرا إجراء التوقيع الإلكتروني عليه¹.

إذا كانت الوظائف الرئيسية التي يضطلع بها التوقيع الكتابي هي تمييز شخصية صاحبه وتحديد هويته والتعبير عن قبوله بمضمون التصرف القانوني، فإن وظائف التوقيع الإلكتروني تتمثل بالإضافة إلى تمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هوية القائم بالتوقيع ثم الإستيثاق من أنه بالفعل صاحبه، ثم دلالاته للتعبير عن إرادته بالقبول بالعمل القانوني والإلتزام بمضمونه، تتمثل بتحقيق الوظيفة الرئيسية المهمة للتوقيع الإلكتروني وهي الإستيثاق من مضمون المحرر الإلكتروني وتأمينه من التعديل بالإضافة أو الحذف وذلك عن طريق الربط بين المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، بحيث يقتضي إجراء أي تعديل لاحق إيقاع توقيع إلكتروني جديد، كما وأن التوقيع في الشكل الإلكتروني يقوم أيضا بمنح المستند الإلكتروني صفة المحرر الأصلي، وبالتالي يجعل منه دليلا معدا مسبقا للإثبات له نفس منزلة الدليل الكتابي الذي يتم إعداده مسبقا قبل أن يثور النزاع ما بين الأطراف.

إن مدى حرية الشخص في اختيار التوقيع وصيغة يعتبر الفرق الأخير الذي نوره بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي، حيث يتمتع الشخص في حالة التوقيع التقليدي بحالة كبيرة، فيجوز له أن يعتمد الإمضاء طريقا للإقرار بما ورد في المحرر، أو أنه يستبدله ببصمة الإصبع أو وقعة الختم، أما التوقيع الإلكتروني فيستوجب عند إجراءه استخدام تقنية آمنة بحيث تسمح بالتعرف على شخصية الموقع وتضمن سلامة المحرر من العبث أو التعريف، ويدعى بمقدم خدمات التوثيق².

¹ _ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 247.

² _ المرجع نفسه، ص 144.

وتتعدد صور التوقيع الإلكتروني فيكون إما بالقلم إلكتروني، أو بالبصمة الإلكترونية أو بالتوقيع الرقمي، أو التوقيع البيومتري¹.

02-حجية التوقيع في عقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني (في عقود التجارة الإلكترونية)

لم يكن إضفاء الحجية على التوقيعات الإلكترونية وجعلها أداة لإثبات المعاملات الإلكترونية أمرا مطلقا بل قيدهه أغلب القوانين التي اعترفت له بالحجية في الإثبات بشروط يلزم توافرها لاكتسابه الحجية، واعتبارها دليلا في الإثبات، ولتعزز من هذا التوقيع توفر فيه الثقة حتى يتمتع بالحجية وهذه الشروط في:

أ- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره:

وذلك بأن يكون التوقيع علامة مميزة لشخصية الموقع، فالتوقيع يتم بالخصائص الذاتية لشخص الموقع الذي تخصه دون غيره وتميزه عن الآخرين، كذلك الحال بالنسبة للرقم السري الذي يقوم على مفتاحين عام وخاص لا يعلمه إلا صاحبه، أما بالنسبة للتوقيع بالقلم الإلكتروني فهو كذلك يميز صاحبه عن طريق مطابقة التوقيع بالقلم الإلكتروني مع الإمضاء المخزن في الكمبيوتر.

ب- اتصال التوقيع بالسند:

لابد أن يكون التوقيع متصلا اتصالا ماديا ومباشرا بالمحرر المكتوب حتى يكون دليلا على إقرار الموقع بما ورد في السند.

¹ _ التوقيع بالقلم الإلكتروني: باستخدام القلم الإلكتروني يقوم المرسل بدليل توقيعه الشخصي باستخدام قلم إلكتروني خاص على شاشة جهاز الحاسب الآلي، ويتم التحقق من صحة القلم إستنادا إلى حركة هذا القلم والأشكال التي يتخذها والسابق تخزينها بالحاسب الآلي، وعليه فإن هذا النوع من التوقيع يحقق وظيفتين الأولى تتمثل في خدمة النقاط التوقيع من خلال القلم الإلكتروني والثانية في خدمة التحقق من صحة التوقيع عن طريق مقارنة التوقيع المخزن مع التوقيع المنشأ، أنظر: مسعودي يوسف، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري(دراسة على ضوء أحكام القانون 14-04)، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، الجزائر، العدد11، جانفي 2017.

وعند النظر إلى التوقيع الرقمي مثلا والذي يعتمد على مفاتيح عام وخاص بحيث لا يستطيع أحد أن يطلع على مضمون المحرر إلا الشخص الذي يمتلك المفتاح الخاص، وبالتالي يلزم أن يرتبط المحرر بالتوقيع على نحو لا يمكن فصله أو التعديل فيه إلا من صاحب المحرر نفسه.

والحال كذلك بالنسبة للأشكال الأخرى للتوقيعات الإلكترونية حيث توجد تقنيات تكفل توافر هذا الشرط.

أن يكون التوقيع واضحا ومستمرا: يشترط في التوقيع إمكانية الرجوع إليه خلال فترة معينة، والتوقيع الإلكتروني يحقق هذا الشرط حيث من الممكن استرجاع التوقيع عن طريق الحاسب الآلي الذي يستخدم برمجيات خاصة تمكن من الاحتفاظ بالبيانات لمدة طويلة تفوق الورق العادي¹.

وشروط التوقيع الإلكتروني نص عليها المشرع الجزائري ككل التشريعات²، من خلال نص المادة 327 فقرة 3 من القانون المدني والسابق ذكرها، وطبقا لهذا النص يكون المشرع الجزائري قد ساوى في الحجية بين التوقيع الإلكتروني والتقليدي.

فمن خلال هذا النص المشرع الجزائري يضيفي الحجية على التوقيع الإلكتروني شرط التأكد من هوية الشخص الذي وقع، وبالتالي فهو دليل إثبات بنفس درجة قبول الدليل الخطي المتمثل في التوقيع المكتوب.

¹ _ نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص ص 168 و167.

² _ نذكر من القوانين التي تعترف بالتوقيع الإلكتروني كذلك وتمنحه حجية كاملة في الإثبات: المادة 7 من قانون الأونسيتال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، والمادة 6 من قانون الأونسيتال لسنة 2001 بشأن التوقيعات الإلكترونية والتي أوضحت التكافؤ ما بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي. وكذا القانون الفدرالي الأمريكي للتوقيعات الإلكترونية الصادر في 30 يونيو 2000 بالاعتراف القانوني للتوقيع الإلكتروني بحيث لا يجب إنكار أثره القانوني بمجرد أنه توقيع إلكتروني. وكما أن التوجيه الأوروبي الصادر في 13 ديسمبر 1999 منح الأثر القانوني للتوقيع إلكتروني إذا كان يشمل على نفس المتطلبات القانونية للتوقيع الخطي، والذي ساوى بين التوقيعين من حيث الحجية من خلال نص المادة 5 منه، أنظر في ذلك:

Alain Bensoussan : Informatique Télécoms Internet, op, cit, p202.

وإضافة لذلك أقر بحجية التوقيع الإلكتروني من خلال نص المادة 7 و 8 من القانون 15-104¹.

وبالتالي تحقق الشروط السابقة في التوقيع الإلكتروني تعطيه الحجية الكاملة في الإثبات أمام القضاء شأنه في ذلك شأن التوقيع التقليدي.

وفي الأخير نخلص إلى أن عقود التجارة المبرمة عبر المجال الإلكتروني تختلف في الإثبات عما هو معروف وفقا للقواعد العامة في الإثبات في القانون المدني والتجاري²، وذلك بحسب أطراف المعاملة ونتيجة للجهود التشريعية التي جعلت التعامل مع الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني يتم بنوع من الثقة وفي ظل الانتشار المتنامي للتجارة الإلكترونية، أصبح بإمكان الأطراف تقديم المحررات الإلكترونية كدليل إثبات لحصول الصفقات التجارية المبرمة بينهما عبر الإنترنت³.

03- نطاق الترجيح بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي في حالة التعارض

بينهما:

من المتصور أن تقع خصومة بين طرفين، ويتمسك أحدهما بعقد تجاري عادي مهور بتوقيع تقليدي، بينما يتمسك الآخر بعقد تجاري إلكتروني موقع إلكترونيًا، ويتعارض مضمون العقد الأول مع مضمون العقد الثاني كما يمكن أن يوجه عمل قانوني واحد في العقد التجارة الإلكترونية مثلا، ويطلب أحد الطرفين عقدا ورقيا فضلا عن العقد الإلكتروني ويكونا متعارضين.

¹ _ المادة 7،8 من القانون 15-04 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السالف الذكر.

² _ وفقا للقواعد العامة في الإثبات في القانون المدني والتجاري، إذا كان العقد تجاريا بالنسبة لطرفيه، أو ما بين تاجرين فهو لا يخضع للإثبات بالكتابة، ويمكن إثباته بأي وسيلة وفقا لنص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، أما إذا كان العقد ما بين التاجر ومستهلك، فيتم إثبات العقد بالنسبة للمستهلك في علاقته بالتاجر إذا كانت قيمة الالتزام أكثر من 100000 دينار جزائري بالكتابة، حسب نص المادة 333 من القانون المدني حيث أن العقد مختلط، أما إذا كان أقل فيتم إثباته بكافة طرق الإثبات، كما هو الحال بالنسبة لعلاقة المستهلك بالتاجر فله أن يتمسك بقاعدة حرية الإثبات في مواجهة الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة إليه تجاريا.

³ _ خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 99.

ففي التشريع الجزائري وحسب القواعد العامة للإثبات فإن للقاضي سلطة تقديرية في الموازنة بين الأدلة المقدمة إليه، ولم يضع نص لمسألة تنازع الأدلة وذلك على خلاف المشرع الفرنسي بموجب المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي¹، والذي يكون للقاضي سلطة الترجيح بين العقد التجاري الإلكتروني الموقع إلكترونياً وبين العقد التجاري العادي الممهور بالتوقيع التقليدي، وله أن يستعين في ذلك بكافة الوسائل الممكنة، بصرف النظر عن الدعامة التي يكون عليها العقد، ولكن وحسب نص المادة فإن سلطة القاضي تتحدد بضابطين، يتمثلان في وجود نص قانوني أو اتفاق، فإذا وجد نص قانوني يلزم الأطراف على تفضيل أحد العقدين على الآخر، أو وجد اتفاق بينهم يعطي الحجية لدعامة معينة ويسقط لدعامة أخرى، فيجب على القاضي مراعاة معينة ويسقط لدعامة أخرى، فيجب على القاضي مراعاة ذلك عند نشوب نزاع بين الطرفين.

أما في حالة ما إذا يوجد هناك نص قانوني أو اتفاق بين الأطراف، ففي هذه الحالة فإن للقاضي السلطة التقديرية في ترجيح الأدلة، ويفترض تطبيق مبدأ المساواة هنا أن تكون هذه المحررات متساوية من حيث اعتبارها أدلة إثبات كاملة، بمعنى أن تتوافر فيها الشروط القانونية لاعتبارها أدلة إثبات كاملة، فمثلاً نجد أن التوقيع الإلكتروني الموصوف هو وحده الذي يماثل التوقيع المكتوب في القانون الجزائري، وهذا بموجب نص المادة 8 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين السالف ذكره، فإذا لم تتوافر في التوقيع الإلكتروني الشروط المحددة قانوناً، فإن المحرر الممهور بتوقيع خطي تكون له الأولوية في الإثبات إذا توافر على شروطه المنصوص عليها قانوناً، ولا مجال لسلطة القاضي التقديرية في الترجيح في هذه الحالة، والعكس صحيح إذا كان المحرر العرفي ناقصاً، واستوفى المحرر الإلكتروني شروط الدليل الكتابي الكامل، تكون الأفضلية هنا للمحرر الإلكتروني ويستبعد المحرر الورقي².

¹ _ المرسوم رقم 2016-131 بشأن العقود والأحكام العامة للالتزامات والاثبات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 0035 بتاريخ 11 فبراير 2016، المادة 1316 منه.

² _ أمال بوهنتالة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال جامعة باتنة، العدد 02، المجلد 5، ديسمبر 2020، ص ص 79 و80.

ثانياً: مدى استيفاء التوقيع لمتطلبات الشكلية في العقود

تري الباحثة أنه إذا اشترط الطرفان بأن تكون الكتابة والتوقيع بخط اليد فلا ينعقد العقد بينهما إلا إذا تحقق ذلك الشرط، حتى وإذا كانت أغلب التشريعات تبنت مبدأ المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي، وذلك بناء على رغبة طرفي العلاقة العقدية، واحتراماً لمبدأ شريعة المتعاقدين، أما إذا لم يشترط الكتابة أو التوقيع الخطي، فإن التوقيع الإلكتروني يفي بالشكل القانوني لصحة التصرف.

وقد أقرت مبدأ المساواة بين التوقيع الخطي والتوقيع الإلكتروني بعض التشريعات الخاصة بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، إذ أشارت إلى ذلك المادة 7 من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية التي تقضي بأنه " عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات أو كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي إتفاق متصل بالأمر وتسري الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل إلتزام أو إكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على وجود توقيع"¹.

وفي هذا السياق فرض بعض الفقهاء المصريين²، أن المشرع فرض مبدأ عاماً في الشكلية الإلكترونية وهو إمكانية استيفاء الشكلية التي قررها القانون لإبرام العقد أو لترتيب آثاره عن طريق المحررات والمستندات الإلكترونية في المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004.

ونحن نخالف هذا الرأي، لأن المشرع المصري تكلم عن حجية المحررات والتوقيع الإلكتروني في الإثبات، ولم يتكلم عنها بوصفها من المستلزمات والمتطلبات التي تفي

¹ في ذات السياق أنظر الفقرة 3 من المادة 9 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، انظر المادة 6 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر بتاريخ 5-7-2001 وأنظر المادة 10 من القانون الأردني والمادة 6 من القانون البحريني.

² حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 255.

بالشكلية القانونية اللازمة لصحة وقيام التصرف في المعاملات المدنية والتجارية، إذ نصت المادة 15 على: " للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية...".

ورغم تبني التشريعات المتعلقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية التناظر الوظيفي والمساواة بين التوقيع والكتابة الإلكترونية مع المحركات والتوقيع الخطي، من حيث استيفائها للشكل المطلوب والذي يجب إتباعه لتكوين العقد، إلا أنه استثناء من هذا المبدأ فقد استبعدت من الخضوع لقواعد وأحكام المعاملات والتجارة الإلكترونية بعض العقود، وأوجب أن تبرم هذه العقود بالشكل التقليدي، بسبب استيفائها لأوضاع معينة أو لتعلقها بالأحوال الشخصية أو لأهميتها الاقتصادية أو تعلقها بالجانب الإجرائي، أو الإداري في الجهات الرسمية أو التي يشترط الطرفان أو القانون توافر شكل محدد لانعقاد العقد¹.

وفي الأخير نخلص إلى أن جميع التشريعات الحديثة سعت لتوفير حماية خاصة للتوقيع الإلكتروني للمستهلك من خلال اشتراط الشروط السابق ذكرها وتجرىم بعض الأعمال المتعلقة بذلك² فالمستهلك عندما يتعاقد عبر المجال الإلكتروني والذي يقوم بذلك عبر وسائط إلكترونية، وبالتالي التوقيع الإلكتروني للمستهلك يجب أن يكون محميا حتى تتوافر الثقة في التعاقد، وفي الوقت ذاته فإن صعوبة تقليد أو تزوير هذا التوقيع على نحو يضر بالمستهلك يؤدي إلى توفير الأمان في التعاقد الإلكتروني.

ولما كانت هذه الأخيرة شبكة مفتوحة، ظهرت الحاجة إلى ضمان سرية المعاملات الرقمية وإضفاء عنصر الأمان عليها، بشكل يجعلها بمنأى عن التحويل والتغيير أو التعديل، وعن كيفية ذلك فهو ما سنسلط عليه الضوء فيما هو لاحق.

¹ _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، المرجع السابق، ص 255.

² _ منها: جريمة نشر شهادة توقيع إلكترونية، والتي تحتوي على بيانات غير صحيحة بقصد الإحتيال.

المطلب الثاني: التصديق كآلية لتحقيق الثقة والأمان في التوقيع الإلكتروني

إن التوقيع الإلكتروني من أهم الشروط الضرورية في توثيق المعاملات والعقود عبر الإنترنت، فلا بد من التحقق من صحته، وكما ذهبت أغلب التشريعات المقارنة فإنه من الاعتماد على طرف ثالث خرج عن العملية التعاقدية بين الأطراف¹ حتى يقوم بتلك المهمة وهي جهة التصديق وكما تسمى الهيئة التي تصدر الشهادات أو مزود خدمات المقدم للشهادات أو مجهز خدمة الشهادات، وبالتالي أصبح التصديق آلية تحقق الثقة والأمان في التوقيع الإلكتروني الذي يضيف الحجية القانونية على المعاملات الإلكترونية تتمثل في جهات التصديق الإلكتروني.

وعليه سيتم من خلال هذا المطلب ضبط معنى التصديق الإلكتروني (الفرع الأول)، كما سيتم تبيان آليات الحماية المدنية لجهات التصديق الإلكتروني (الفرع الثاني)، والمسؤولية المدنية لجهات التصديق (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تحديد معنى التصديق الإلكتروني

إن تحديد مفهوم التصديق الإلكتروني يقتضي التعرض لتعريفها فقها وتشريعا طبعاً مع إلقاء الضوء على موقف المشرع الجزائري.

أولاً: التعريفات الفقهية لشهادة التصديق الإلكتروني

هناك من الفقه من عرف شهادة التصديق الإلكتروني بأنها: " عبارة عن سجل إلكتروني صادر عن جهة توثيق معتمدة، وهذا السجل يحتوي على معلومات عن الشخص الذي يحملها، والجهة المصدرة لهذا السجل، وتاريخ صلاحيتها، والمفتاح العام للشخص، وهذه الشهادة بمثابة هوية يصدرها شخص محايد للتعريف بالشخص الذي يحملها وللمصادقة على توقيعه الإلكتروني وعلى المعاملات التي يجريها عبر الإنترنت".

¹ _ إن تدخل طرف ثالث في التصرفات القانونية أمر غير جديد على القانون، فخضوع العقود إلى طرف ثالث كموظف أو ضابط عمومي، أو توسط وسيط في العقود أو سمسار أو وكيل، من الإجراءات والممارسات المعتادة، والتي نظمت قانوناً.

وكما أن هناك جانب من الفقه عرفها بأنها: "مستند إلكتروني يؤكد به الشخص وقائع معينة"¹.

فشهادة التصديق الإلكتروني تعد إلكترونية تعد إلكترونية المصدر، ولا بد أن تصدر من جهة مختصة ومخولة بمزاولة هذا النشاط، نجد بعض من الفقه عرف هذه الجهة بأنها: "شركات أو أفراد أو جهات مستقلة ومحايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق معاملاتهم الإلكترونية فتعد طرفاً ثالثاً محايداً".

وكما يطلق على الجهة المصدرة لشهادة التوثيق بمقدم خدمات التصديق أو هيئة التصديق، لذا نجد الدكتور خالد ممدوح إبراهيم عرفها بأنها: هيئة عامة أو خاصة تعمل تحت إشراف السلطة التنفيذية، وتتكون غالباً من ثلاث مستويات مختلفة من السلطة، تأتي في المرتبة العليا "السلطة الرئيسية" وهي تختص بالتصديق تكنولوجياً على ممارسات جميع الأطراف المرخص لهم بإصدار أزواج مفاتيح التشفير² أو شهادات تتعلق باستخدام تلك المفاتيح وتليها في المرتبة "سلطة التصديق" وهي جهة خاصة بعملية التصديق على أن المفتاح العام لأحد المستخدمين يناظر بالفعل المفتاح الخاص لذلك المستخدم، وفي مستوى أدنى تأتي "سلطة تسجيل محلية" ومهمتها تلقي الطلبات من الأشخاص الراغبين في

¹ _ باهة فاطمة، شهادة التصديق الإلكتروني كآلية لضمان حجية المعاملات الإلكترونية في ضوء القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد 2، (د س ن)، ص 389.

² _ يعتبر التشفير إجراء تقني، يضمن إرسال تارسانل الإلكترونية وتنفيذ الإتفاقات والتعاقدات بطريقة سرية دون تعديلها أو اختراقها، كما يعتبر من الحلول القانون التي توفر الأمن القانوني لحقوق والتزامات أطراف عقد التجارة الإلكتروني إلى جانب التصديق الإلكتروني، إذ يقوم التشفير على تغيير محتوى الرسالة الإلكترونية، باستخدام برنامج خاص، يسمى بمفتاح التشفير الذي يشفر الرسالة الإلكترونية، باستخدام برنامج خاص، يسمى بمفتاح التشفير الذي يشفر الرسالة قبل إرسالها بحيث يمكن للمرسل إليه إستعادة الصورة الأصلية لمحتوى الرسالة بإستعمال العملية العكسية للتشفير، أنظر: خليفي مريم الإلتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 101.

الحصول على أزواج مفاتيح التشفير - العام والخاص- والتأكد من شخصية وهوية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع العملاء"¹.

وكما حاولت التعريفات العديدة لشهادة التصديق الإلكتروني أن تبرز جوانب معينة من الوظائف التي تقدمها هذه الشهادة، والتي من أهمها التحقق من هوية الشخص المتعاقد فيها وأهليته، وسلطاته القانونية لإبرام التصرفات القانونية، مما يساهم على تلاشي مخاطر إبرام العقد مع شخص ناقص الأهلية وكذلك تغادي ما يتعلق بتزوير التوقيع الإلكتروني وانتحال شخصية الموقع، وعملها كذلك على توثيق التوقيع الإلكتروني، ومنحه الحجية القانون في الإثبات من خلال تبيان مدى استجابته للإشترطات القانونية، وضمان عدم إنكار أي من طرفي العقد الإلكتروني لتوقيعه عليه"².

ثانيا: التعريفات التشريعية لشهادة التصديق الإلكتروني

عرف قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 في المادة 2/ بشهادة التصديق الإلكترونية بأنها: " رسالة بيانات أو سجل آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبين إنشاء التوقيع" ويعرف مقدم خدمات التصديق في ذات المادة بأنه: " شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية"³.

أما المشرع الفرنسي أطلق عليه اسم المكلف بخدمة التوثيق الإلكتروني وعرفها بموجب المادة 11/1 من المرسوم رقم 2001/272 الصادر بتاريخ 2001/03/30⁴ بأنه: " كل شخص يصدر شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتوقيع الإلكتروني".

¹ _ رضوان قرواش، هيئات التصديق الإلكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين (المفهوم والالتزامات)، مجلة العلوم الإجتماعية والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، العدد 24، جوان 2017 ص 413.

² _ باهة فاطمة، شهادة التصديق الإلكتروني كآلية لضمان حجية المعاملات الإلكترونية في ضوء القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري، المرجع السابق، ص 389.

³ _ رانيا عذب، العقود الرقمية في قانون الإنترنت " دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 192.

⁴ _ La semaine juridique, édition affaires et Entreprises n° 30, juillet 2001 p 1269-1275.

ويقصد بشهادة التوقيع الإلكتروني ووفقا لما ورد في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في نص المادة 2 منه: " الشهادة التي تصدر من جهة مختصة مرخصة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة"¹.

ومع ذلك انتقد هذا التعريف، وهذا الإنتقادية يتمثل في أن المشرع الأردني لم يوضح عند تعريفه لهذه الشهادة طبيعتها وماهيتها، وكذلك لم يوضح البيانات التي يجب أن تحتويها هذه الشهادة، مع عدم توضيحية لآلية إصدار هذه الشهادة أو كيفية استعمالها.

وكما عرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري شهادة التصديق أو التوثيق الإلكترونية ضمن المادة الأولى منه²: " الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وثبت الإرتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"، وهذا التعريف حدد الجهة المختصة بإصدار الشهادة، وهي جهة التصديق المرخص لها بإصدار مثل هذه الشهادات، وبين الدور الذي تؤديه هذه الشهادة وهو إثبات الإرتباط بين الموقع على الشهادة وبين بيانات إنشاء التوقيع.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

عرف المشرع الجزائري في نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162³ شهادة التصديق الإلكتروني على أن: " الشهادة الإلكترونية وثيقة في شكل الكتروني نثبت الصلة بين معطيات التوقيع الإلكتروني والموقع.."، ومايمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري أنه ركز على شكل شهادة التصديق فهي إلكترونية المصدر، ووظيفتها المتمثلة في الربط بين معطيات التوقيع الإلكتروني والموقع، وهو نفس التعريف الذي اعتمده المشرع الجزائري في القانون رقم 15-04 والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁴ حيث نص في المادة 2فقرة 7 منه على أن: " شهادة التصديق الإلكتروني وثيقة في شكل إلكتروني نثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني

¹ _ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.

² _ قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

³ _ المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، السالف الذكر.

⁴ _ القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، السالف الذكر.

والموقع"، وذكر في الفقرة 4 من نفس المادة على أن: " بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني هي رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانات أخرى مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني".

الفرع الثاني: آليات الحماية المدنية لجهات التصديق الإلكتروني

إن المسؤولية المدنية لجهات التصديق الإلكتروني لا تقوم إلى في حالة الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقها، إذ سنوضح في هذا الصدد التزامات جهات التصديق سواء من وجهة نظر المشرع الجزائري (أولا) وكذا ما أقرته بعض التشريعات المقارنة (ثانيا).

أولا: في التشريع الجزائري

لقد قام المشرع الجزائري بتنظيم الالتزامات المفروضة على عاتق جهة التصديق الإلكتروني في القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين كالتالي:

01-التزام جهة التصديق الإلكتروني بالتأكد من صحة بيانات شهادة التصديق الإلكتروني:

سبق وأن وضحنا أن الغاية من اللجوء إلى شهادات التصديق الإلكترونية هي التأكد من هوية الموقع، وصحة توقيعه والسلطات الممنوحة له في التوقيع، ولعمل ذلك تقوم جهة التصديق، بناء على رغبة ذوي الشأن، بالحصول على بيانات هؤلاء الأشخاص، وعادة ما تعتمد سلطة المصادقة في إعداد مفاتيح وضع التوقيع ومفاتيح التحقق من سلامة على البيانات والمعلومات المقدمة منهم، وأيا كان مصدر حصولها على هذه البيانات فهي ملزمة بالتحقق من صحتها قبل استخدامها في تأليف تلك المفاتيح، وبالتالي قبل تدوينها في الشهادة والإعتماد عليها سواء من قبل الموقع أو الغير، ووسيلتها في الوفاء بهذا الإلتزام هو التأكد من مدى مطابقة هذه البيانات مع الوثائق المرسله¹.

¹ _ شيخ سناء، دور جهات التصديق الإلكتروني في تحقيق الأمن في المعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان (الجزائر)، العدد 1، المجلد 14، 2021، ص 275.

وكما تنص المادة 44 من القانون رقم 04/15 على مايلي: " يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني قبل منح شهادة التصديق الإلكتروني أن يتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مه بيانات التحقق من التوقيع.

يمنح مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة أو أكثر لكل شخص يقدم طلبا وذلك بعد التأكد من هويته، وعند الاقتضاء التحقق من بطاقته الخاصة.

وفيما يخص الأشخاص المعنوية، يحتفظ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بسجل يدون فيه هوية وصفة الممثل القانوني للشخص المعنوي المستعمل للتوقيع المتعلق بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، بحيث يمكن تحديد هوية الشخص الطبيعي عند كل استعمال لهذا التوقيع الإلكتروني"¹.

وتنص المادة 13 فقرة 5 من نفس القانون على أنه: " يتم عرض نتيجة التحقق وهوية الموقع بطريقة واضحة وصحيحة".

من خلال هاتين المادتين يستفاد أن المشرع الجزائري أوجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع أي أن يتوافق مفتاح التشفير العام مع مفتاح التشفير الخاص للتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني، كما ألزم التحقق من هوية الموقع سواء كان شخصا طبيعيا أو ممثلا قانونيا للشخص المعنوي وأوجب عرض نتيجة التحقق وهوية الموقع بطريقة واضحة وصريحة.

هذا، ويتوجب الإشارة إلى أنه لا يمكن لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يجمع البيانات الشخصية للمعني إلا بعد موافقته الصريحة وعليه أن يكتفي بالبيانات الشخصية الضرورية لمنح وحفظ شهادة التصديق الإلكتروني، ولا يمكنه أن يستعمل هذه البيانات لأغراض أخرى².
إلتزام جهة التصديق الإلكتروني بالمحافظة على سرية البيانات: تأتي في مقدمة الضمانات التي يجب توافرها في التعاملات الإلكترونية الأمان والسرية لدعم الثقة بين المتعاملين بالوسائل الإلكترونية، خاصة وأن معظم المعاملات الإلكترونية تتم بين أشخاص لا يلتقون ولا يعرف بعضهم البعض فإذا لم تتوافر الضمانات الكافية لهؤلاء الأشخاص فإنه

¹ _ المادة 44 من القانون رقم 04-15 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السالف الذكر .

² _ المادة 43 من القانون رقم 04-15، السالف الذكر .

يكون من الصعب اقبالهم على إبرام العقود وإتمام الصفقات بالطرق الإلكترونية ولا تتوافر هذه الضمانات إلا بوجود طرف ثالث محايد يضمن المعلومات ويحافظ على سريتها، ومن هنا كان لزاما الحفاظ على السرية من جانب جهات التوثيق الإلكتروني من أخطر الالتزامات الملقاة على عاتقها اتجاه صاحب الشهادة الإلكترونية¹.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات المنظمة لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، فقد نص بموجب المادة 42 من نفس القانون على أنه: " يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة"².

وكما تستخدم السرية في إنشاء مفاتيح التشفير الإلكتروني، وإصدار شهادة المصادقة الإلكترونية، وبالتالي تنحصر سلطة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في هذا المجال فقط، ولا تتعداه إلى استخدام تلك المعلومات لأغراض أخرى³.

02-التزام جهة التصديق الإلكتروني بمنح شهادة التصديق الإلكتروني:

ألزم المشرع الجزائري طبقا لمقتضيات قانون التوقيع والتصديق الإلكتروني مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني الخاصة به والتي وافقت عليها السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني⁴.

وكما تستلزم جهة التصديق الإلكتروني بإصدار وتسليم شهادات التصديق الإلكتروني متضمنة كافة البيانات المطلوبة قانونا⁵، وذلك لتأكيد هوية الموقع، هكذا يتضح أن الهدف من الحصول على شهادة التصديق هي ضمان لعدم إنكار أحد الطرفين لتوقيعه الموضوع

¹ _ آمال بوبكر، النظام القانوني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في الجزائر، ماجستير دولة ومؤسسات في " إطار مدرسة الدكتوراه"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، ص 149.

² _ المادة 42 من القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السالف الذكر.

³ _ المادة 2/43 من القانون رقم 15-04 السالف الذكر.

⁴ _ المادة 41 من القانون رقم 15-04 السالف الذكر.

⁵ _ المادة 15 من القانون رقم 15-04 السالف الذكر.

على الوثيقة المرسله إلكترونيا، ودليل على أن الموقع يمتلك مفتاح خاص وهو من قام بالتوقيع¹.

ونضيف إلى ذلك وطبقا لقواعد القانون المدني فإن إلتزام جهة التصديق بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني يعد إلتزاما بتحقيق نتيجة، ذلك أن الهدف من الترخيص لجهة التصديق هو تمكينها من إصدار شهادات تصديق معتمدة يتم التعامل بناء عليها، ويبقى هدف الموقع الإلكتروني من حصوله لشهادة التصديق إضفاء الأمان والثقة على توقيعه الإلكتروني².

03-التزام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إلغاء شهادة التصديق الإلكترونية:

ألزم المشرع الجزائري على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أثناء تأدية خدماته، فالإخلال بهذا الإلتزام قد تترتب عليه آثار خطيرة، كإجراء تحويلات نقدية، أو سحب أموال أو إصدار أوامر شراء أو بيع بشهادات إلكترونية غير صحيحة أو مشكوك بأمرها، وقد قام المشرع الجزائري بتحديد حالات إلغاء شهادة التصديق أو مشكوك بأمرها، وقد قام المشرع الجزائري بتحديد حالات إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني في قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين

حيث يتم إلغاء شهادة التصديق على طلب صاحب الشهادة: وذلك في حالة الشك في الحفاظ على سرية بيانات إنشاء التوقيع³، أو في حالة ما أصبحت البيانات غير مطابقة للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الإلكتروني⁴، وهنا تتخذ جهات التصديق الإلكتروني التدابير اللازمة للرد على طلب الإلغاء⁵.

كما يتم إلغاء شهادة التصديق من قبل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: في حالة ما تبين أنه قد تم منح الشهادة بناء على معلومات خاطئة أو مزورة، فله أن يلغي الشهادة من

¹ _ آمال بوبكر، النظام القانوني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في الجزائر، المرجع السابق، ص 149.
² _ شيخ سناء، دور جهات التصديق الإلكتروني في تحقيق الأمن في المعاملات الإلكترونية المرجع السابق، ص 277.
³ _ يراجع نص المادة 1/45 من القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السالف الذكر.
⁴ _ يراجع نص المادة 2/61 من نفس القانون.
⁵ _ يراجع نص المادة 1/46 من نفس القانون.

تلقاء نفسه، أو في حالة ما إذا أصبحت المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني غير مطابقة للواقع، أو إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع، أو عند وفاة الشخص الطبيعي أو حل الشخص المعنوي صاحب شهادة التصديق الإلكتروني¹.

والجدير بالذكر أنه إذا ما تم إلغاء الشهادة من قبل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عليه إخطار صاحب الشهادة مع تسبب ذلك²، ويحتج بالإلغاء تجاه الغير ابتداء من تاريخ النشر، طبقاً لسياسة التصديق الإلكتروني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني³.

04- إلتزام جهة التصديق الإلكتروني بالتأمين:

ألزم المشرع الجزائري على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني اكتتاب عقود التأمين المنصوص عليها في سياسة التصديق الإلكتروني للسلطة الاقتصادية⁴، وجعل التأمين إجبارياً، وقد أحسن في ذلك، وهذا من جعل بث الثقة في المعاملات الإلكترونية ويشجع على انتشارها، فنظراً لجسامة الأضرار التي تترتب على التعاملات الإلكترونية والتي قد تعجز جهات التصديق عن تحملها، فإن نظام التأمين من المسؤولية يعتبر حلاً ناجعاً لتعويض هذه الأضرار⁵.

¹ _ يراجع نص المادة 2/45 من نفس القانون.

² _ يراجع نص المادة 3/45 من نفس القانون.

³ _ يراجع نص المادة 2 /46 من نفس القانون.

⁴ _ يراجع نص المادة 60 من نفس القانون.

⁵ _ شيخ سناء، دور جهات التصديق الإلكتروني في تحقيق الأمن في المعاملات الإلكترونية المرجع السابق، ص 278.

ثانياً: في التشريعات المقارنة

01-التزامات جهات التصديق في التشريع التونسي:

تحدث المشرع التونسي عن التزامات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني من الفصل 12 إلى الفصل 13 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، من خلال منحه وتسليمه لهذه الشهادة وفق الشروط المحددة بموجب هذا القانون، وعند الضرورة إلغائها.

بحيث نجد المشرع التونسي ألزم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يحوز على نظام حماية ذا جودة عالية يعمل على حماية البيانات والمعلومات الخاصة بطلب الشهادة من التقليد أو التدليس، كما يجب على هذا الجهاز مسك سجل إلكتروني لشهادة المصادقة على ذمة المستعملين حتى يتمكن الغير ولمن له مصلحة من إطلاع على هذه المعلومات، وكما يتعين على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني حماية السجل والشهادة المصادق عليها من كل غير مرخص به تطبيقاً للفصل 14 من هذا القانون¹.

وكما يلتزم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليه، حيث أن انتهاك سرية البيانات اعتبره المشرع التونسي جريمة يعاقب عليها²، وفي حالة ما إذا أراد مؤدي الخدمات التصديق الإلكتروني في إيقاف نشاطه تعين عليه إبلاغ الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية في أجل 3 أشهر قبل تاريخ الإيقاف³.

وما يمكن ملاحظته على المشرع التونسي ومقارنة مع المشرع الجزائري أنه أعطى لمزود خدمات إمكانية تحويل جزء من نشاطه أو كله إلى مزود آخر ويتم هذا التحويل وفق الشروط المنصوص عليها في الفصل 24 من ذات القانون، وذلك على غرار ما هو منصوص في القانون الجزائري.

¹ _ القانون رقم 83 لسنة 2000، الذي يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، السالف الذكر.

² _ الفصل 254 من المجلة الجنائية تطبيقاً للفصل 42 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية.

³ _ رحمان يوسف، الآليات القانونية للمسؤولية المدنية لمزود خدمات التصديق الإلكتروني في القانون المقارن، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد 8، (د س ن)، ص 174.

02- التزامات جهات التصديق في التشريع الفرنسي (مكلف):

نص المشرع الفرنسي على التزامات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بموجب المرسوم رقم 2001/272 المؤرخ في 2001/03/30 تطبيقاً لأحكام المادة 1316 فقرة 4 من القانون المدني والمتعلقة بالتوقيع الإلكتروني حيث ذكر في المادة 6 من هذا المرسوم الواجبات الملقاة على عاتق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني حتى يقوم بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني.

03-التزامات جهات التصديق وفقاً لما هو منصوص عليه في التوجيه الأوروبي:

حددت التزامات جهات التوثيق الإلكتروني وفقاً للملحق الثاني من التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 الصادر في 1999/12/13 ونص من خلال هذا الملحق ترسانة من الالتزامات تقع على عاتق هذا الجهاز ومن أهم هذه الالتزامات إثبات الموثوقية اللازمة لتقديم خدمات التصديق، و تشغيل عمل خدمة دليل بطريقة سريعة وآمنة وخدمة إلغاء آمنة وفورية كذلك و تأكد من أن التاريخ والوقت من إصدار وإلغاء شهادة يمكن تحديدها بدقة، و تحقق بالوسائل الملائمة وفقاً للقانون الوطني، والهوية، وعند الاقتضاء، أي سمات محددة للشخص المكلف بإصدار شهادة مؤهلة..

كما ألزمت المادة 8 من التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 السابق الذكر على الدول الأعضاء ضمان أن مقدمي خدمات التصديق وكذا الهيئات الوطنية المسؤولة عن الاعتماد، أو الإشراف الامتثال للمتطلبات التوجيه الأوروبي رقم EC /95/46 الصادر عن البرلمان والمجلس في 24 أكتوبر 1995 بشأن حماية بيانات الأفراد ذات الخصوصية الشخصية¹.

كما أضافت الفقرة 3 من المادة 8 سابقة الذكر استعمال ذوي الشأن أسماء مستعارة في توقيعاتهم، ورغم ذلك كفل لهم التوجيه حماية قانونية، لكن رغم ذلك يجب تقديم لمقدم

¹ _ رحمان يوسف، الآليات القانونية للمسؤولية المدنية لمزود خدمات التصديق الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 167.

الخدمات التصديق الإلكتروني الاسم الحقيقي للمتعامل حتى تكون هوية لدى هذا الجهاز معلومة بشكل آمن¹.

الفرع الثالث: المسؤولية المدنية لجهات التصديق الإلكتروني

إذا ما أخل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه والسابق ذكرها، أو أخل بأحد الشروط المنصوص عليها وترتب عن ذلك ضرر للغير، إذ سنكون بصدد إشكالية تحديد الأساس الذي يمكن تكييف المسؤولية في هذه الحالة، فيما إذا كان سيتم تكييفها على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

فطبقاً للقواعد العامة للقانون المدني فإن المسؤولية عن الأضرار التي تحدث للغير بصفة عامة هي أحد الموضوعات القانونية ذات الأهمية الخاصة التي تتعرض لها معظم الأنظمة القانونية وتخضع لها قواعد عامة تحكمها، وتنبهت معظم التشريعات إلى هذا بما فيهم المشرع الجزائري وقام بتنظيم مسؤولية مؤدي خدمات التصديق إلى جانب ذلك القواعد العامة التي تحكمها.

وسنوضح من خلال مايلي الحالات التي تقوم فيها مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في التشريعات المقارنة، وحتى الحالات التي تقوم فيها مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري.

أولاً: الحالات التي تقوم فيها مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في التشريعات المقارنة

01. طبقاً للتوجيه الأوروبي رقم 1999/93:

بالرجوع إلى أحكام التوجيه الأوروبي نجد المادة 6 منه و32 قد حددت الالتزامات التي تقع على عاتق هذا الجهاز، كما نجد هذا التوجيه عمل على الموازنة بين مصلحة جهات

¹ _ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت (مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع)، المرجع السابق، ص 360.

التصديق ومصلحة المضرور الذي أسس عمله بناء على شهادة صادرة عن جهة موثوقة ومضمونة¹.

ونظم التوجيه مسؤولية جهات التصديق المعتمدة فقط، أما الغير المعتمدة ترك مسألة تنظيمها للقواعد العامة والخاصة بالمسؤولية في القوانين الداخلية للدول الأعضاء في الإتحاد.

كما بينت المادة 6 من ذات القانون قيام مسؤولية مزود خدمات بمجرد ثبوت إخلاله ببند من البنود المنصوص عليها في هذا التوجيه، إلا حالة ما أثبت أن الخطأ المرتكب لم يكن صادرا منه لأن المسؤولية هنا مفترضة أنها وقعت من المزود باعتبارها قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها من طرف مؤدي الخدمات، يعني أن عبء الإثبات يقع على هذا الأخير وليس على المضرور، وهذا ما نصت عليه الفقرة 3 من المادة المذكورة سابقا.

وأیضا وبالرجوع لأحكام المادة 6 من ذات القانون نجدنا نصت على الحالات التي يترتب عليها مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني كضمان دقة المعلومات، فإذا قام هذا الأخير بنقل بيانات طالب الشهادة، دون طلب الوثائق الرسمية لصاحب الشهادة ومطابقتها مع البيانات المقدمة من طرف هذا الأخير وترتب على هذا الإخلال تعويض الغير، الذي تعامل على أساس هذه الشهادة، كالحالة المنصوص عليها في المادة 2/36 والمتعلقة بإهمال هذا الكيان القانوني إلغاء الشهادة التي تم إيقافها وتعامل الغير على هذا الأساس وترتب ضررا لهذا الأخير، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية على أساس الإهمال وتقصير هذا الجهاز وبذلك يكون ملزم بجبر الضرر الذي لحق بالغير².

¹ _ المعتمد بالله فوزي أدهم، إثبات التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأوليبيروت (لبنان)، 2017، ص 370.

² _ المرجع نفسه، ص 370.

أما الفقرة 2 من المادة السادسة، فقد حددت الحالات التي تستبعد مسؤولية سلطة المصادقة عن الأخطاء التي تتضمنها شهادات التصديق متى كانت المعلومات مقدمة من صاحب التوقيع وأثبتت السلطة أنها اتخذت كافة الإجراءات الممكنة لمراجعة صحة المعلومات¹.

02. طبقا للتشريع المصري:

لم يضع المشرع المصري نظاما خاصا بمسؤولية سلطات التصديق الإلكتروني سواء في قانون التوقيع الإلكتروني أو في لائحته التنفيذية، إلا أن المادة 24 من هذا القانون نصت على حالة خاصة لإقامة المسؤولية على سلطة التصديق في حال كانت شخصا معنويا، ففي هذه الحالة تعتبر مسؤولية².

ثانيا: الحالات التي تقوم فيها مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري

01. وفقا للقواعد العامة:

إن تطبيق القواعد العامة للقانون المدني الجزائري للمسؤولية المدنية على جهة التصديق الإلكتروني يجعلها أحيانا تخضع لأحكام المسؤولية العقدية، وأحيانا أخرى لأحكام المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة لا بد من التفرقة بين الحالتين:

أ- المسؤولية العقدية لجهة التصديق الإلكتروني:

تثور المسؤولية العقدية لجهة التصديق الإلكتروني في مجال العلاقة بينها وبين صاحب الشهادة الإلكترونية نظرا لوجود عقد يجمع الطرفين وهو عقد تسليم الشهادة الإلكترونية³.

وفي إطار العلاقة بين جهة التصديق والغير يمكن تصور المسؤولية العقدية، متى كان الغير مرتبطا بسلطة التصديق برابطة مباشرة كما لو تلقى هذا الغير الشهادة الإلكترونية والمفتاح العام من جهة التصديق عن طريق اتصاله المباشر بها أو عن موقعها على

¹ _ المعتمض بالله فوزي أدهم، إثبات التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 372.

² _ المرجع نفسه، ص 374.

³ _ الشيخ سناء، دور جهات التصديق الإلكتروني في تحقيق الأمن في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 270.

الإنترنت، فهذه الرابطة تكفي للدلالة على وجود عقد يمكن الغير من الاستناد إليه في الرجوع بدعوى المسؤولية العقدية، أما في حالة ما انعدمت هذه الرابطة بين الغير وجهة المصادقة كما لو تسلم الغير الشهادة الإلكترونية والمفتاح العام من صاحب الشهادة نفسه فالمسؤولية هنا تقصيرية¹.

وكما تقوم المسؤولية العقدية أيضا لجهة التصديق في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، وهذا عند اشتراط الموقع على مؤدي الخدمات إصدار شهادة إلكترونية باسم صاحب التوقيع لمصلحة الغير الذي يحتاج إلى تلك الشهادة في تعامله مع الموقع، ومن ثم يستطيع الغير أن يرفع دعوى مسؤولية عقدية على جهة التصديق وذلك استنادا لعقد أنشئ لفائدته.

وطبقا للقواعد العامة إن قيام المسؤولية العقدية لجهات التصديق الإلكتروني يفترض توافر ثلاث أركان والمتعارف عليها وهي الخطأ، الضرر، العلاقة السببية.

- **الخطأ العقدي:** يقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد²، أما بالنسبة لمسؤولية جهة التصديق فإن إخلالها بالالتزامات الناشئة عن العقد القائم بينها وبين صاحب الشهادة يعد خطأ عقدي، كحالة تقديم شهادة تصديق إلكتروني غير صحيحة أو تقديم شهادة معيبة.

والالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة كالتزام جهة التصديق بإدراج البيانات المسلمة إليه من قبل صاحب الشهادة بحذافيرها وبشكل دقيق وصحيح، وكذا التزامه بالسرية وعدم إفشاء الأسرار أو المعلومات الخاصة بصاحب الشهادة، وإما أن يكون التزاما ببذل عناية، ومن ذلك بذل العناية اللازمة للتحقق من صحة المعلومات المسلمة له.

وبديهي القول أن الفرق بين الصورتين من الالتزام يتجسد في كيفية التحقق من حالة الإخلال من جانب الموثق وعبء إثبات هذا الإخلال، فإذا ما كان الالتزام بتحقيق نتيجة فإن الخطأ يكون ثابتا إلى جانب الموثق لمجرد عدم تحقق النتيجة بغض النظر عن مقدار العناية المبذولة من قبله وكما لا يحتاج صاحب الشهادة سوى إلى إثبات فشل الموثق في

¹ _الشيخ سناء، دور جهات التصديق الإلكتروني في تحقيق الأمن في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 278.

² _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات العربية، القاهرة، 1952، رقم 427، ص 656.

تحقيق النتيجة، وكما لا يستطيع الموثق التخلص من المسؤولية إلا بإثبات خطأ المتعاقد الآخر أو السبب الأجنبي، في حين أن الإخلال بالتزام ببذل عناية يستلزم من المتضرر (صاحب الشهادة) إثبات هذا الخطأ والضرر والعلاقة السببية وإن الموثق يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا ما أثبت بذله العناية المطلوبة بغض النظر عن تحقق النتيجة من عدمها¹.

- **الضرر:** طبقاً للمبدأ العام يعرف الضرر بأنه أذى يصيب الشخص في حق أو في مصلحة مشروعة له²، ولا يكفي لقيام المسؤولية العقدية أن يقع الخطأ بل لابد من وقوع ضرر نتيجة الخطأ لأن المسؤولية تعني التزاماً بالتعويض والذي يقدر بقدر الضرر. وفي نطاق عقد التصديق فإن جهة التصديق الإلكتروني تكون مسؤولة عن الضرر الذي يصيب صاحب الشهادة في حالة تأخرها في إصدار شهادة التصديق الإلكتروني مما يفوت عليه فرصة إتمام صفقة معينة، أو بسبب إفشائها أسرار صاحب الشهادة وبياناته التي هي ملزمة بالمحافظة عليها مما يلحق به ضرراً. وتجدر الإشارة إلى أن جهة التصديق الإلكتروني لا تسأل عن الأضرار التي تلحقها بصاحب الشهادة فحسب، بل تلك التي تصيب الغير الذي تلقى الشهادة مباشرة من سلطة التصديق لوجود عقد بينهما في الحالتين.

- **علاقة السببية:** لا يكفي وجود الخطأ لوحده والضرر لوحده، بل لابد من وجود علاقة سببية بينهما، أي أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، وحتى تقوم المسؤولية العقدية لجهة التصديق بتنفيذ التزامها وأحدث هذا الخطأ ضرراً بمصلحة صاحب الشهادة، كعدم إصدار جهة التصديق الإلكتروني لشهادة التصديق مما يؤدي إلى تفويت صفقة تجارية على صاحب الشهادة.

وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر يلاحظ أنها مفترضة، فلا يكلف صاحب الشهادة بإثباتها وإنما يقع الإثبات على جهة التصديق وذلك بنفي هذه العلاقة بإثبات السبب

¹ - كيوه حميد صالح المزوري، النظام القانوني لتوثيق المعاملات الإلكترونية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، العراق، 2018، ص 188.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 279.

الأجنبي، وذلك بأن تثبت أن الضرر يرجع إلى خطأ صاحب الشهادة، أو يرجع إلى فعل الغير، أو إلى قوة قاهرة¹.

ب- المسؤولية التقصيرية لجهة التصديق الإلكتروني:

المسؤولية التقصيرية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني تعني التزام مقدم الخدمة بتعويض الضرر الذي يلحق بالغير، والذي يعول على خدمات التوقيع الإلكتروني، عن أي خطأ يتسبب فيه، دون أن يكون هذا الضرر ناجماً عن إخلال بالالتزام تعاقدية بين مقدم الخدمة والغير المضرور.

والمعيار العام الذي يحكم المسؤولية التقصيرية هو معيار الخطأ الذي يعد اشتراطاً لقيام تلك المسؤولية، ووفقاً لهذا المعيار فإن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم المخطئ بالتعويض² وعلى ذلك تقوم المسؤولية التقصيرية على ثلاث عناصر هي:

- **الخطأ:** هو إخلال بالالتزام قانوني بانحراف الشخص عن السلوك الواجب مع إدراك هذا الانحراف وتطبيق ذلك على جهة التصديق الإلكتروني فإنه يثبت الخطأ التقصيري لجهة التصديق إذا ما أخلت بأي من التزاماتها المفروضة عليها والمستمدة مباشرة من القانون، أي عندما تخل بأي إلتزام غير عقدي، سواء كان الخطأ الذي ارتكبته جهة التصديق في مواجهة الغير أو الطرف المعول على الشهادة أو حتى صاحب الشهادة خارج إطار العقد³.

ومن أمثلة الخطأ التقصيري لجهة التصديق الإلكتروني إصدارها شهادة تصديق دون الحصول على ترخيص من الجهة المختصة، واستخدام البيانات والمعلومات المتعلقة بالمشاركين في غير الغرض الذي قدمت من أجله.

- **الضرر:** وهو ركن أساسي في التعويض والذي يقدر بقدر الضرر، وبمجرد إنتفاء الضرر تنتفي المسؤولية وينتفي معها التعويض، والضرر قد يكون مادياً يصيب

¹ نصت المادة 176 من القانون المدني الجزائري بأنه: " إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه...".

² نص على هذا المعيار كل من القانون المدني الفرنسي (المادة 1382)، وكذا القانون المدني المصري (المادة 163).

³ شيخ سناء، دور جهات التصديق الإلكتروني في تحقيق الأمن في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 281.

المضرور في جسمه أو في ماله، أو معنوي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه¹.

والضرر الإلكتروني من أمثله الخسائر المالية التي تلحق الغير الذي لم يرتبط مباشرة بعقد مع سلطة التصديق، بسبب شهادة تصديق صادرة عنها تتضمن بيانات غير صحيحة.

- **علاقة السببية:** يشترط لقيام علاقته السببية في نطاق التصديق الإلكتروني أن يكون الخطأ نتيجة إخلال جهة التصديق بالتزاماتها، وأن يكون هذا الخطأ قد ألحق ضرراً بمصلحة الغير الذي لم يرتبط بعقد مع جهة التصديق، ومع ذلك قد تنقطع رابطة السببية بين خطأ جهة التصديق والضرر، فلا تقوم بذلك مسؤوليتها التقصيرية، كأن يرجع الضرر لسبب أجنبي كقوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، ومن أمثلة ذلك حدوث عطل مفاجئ في الأجهزة أو دخول فيروسات خارجية عن المعطيات.

ومع ذلك يواجه الغير صعوبات عديدة، حتى يثبت خطأ مقدم خدمات التصديق، وذلك مرجعه تشعب العلاقات الناشئة عن التوقيع الإلكتروني وتنفيذه في منظومة معلوماتية، بالإضافة إلى ذلك فإن المرسل إليه ليس لديه القدرة على الوصول للنظام المعلوماتي لمقدم خدمة التصديق، وبالتالي لن يستطيع المرسل إليه إقامة الدليل على خطأ مقدم الخدمة بصورة مباشرة ودقيقة².

وما يمكننا إستنتاجه مما سبق، أن القواعد العامة في المسؤولية المدنية سواء العقدية أو التقصيرية لا تكفي لإضفاء الحماية الكامنة للمتعاملين في التجارة الإلكترونية لاسيما الغير المضرور المعول على شهادات المصادقة، فالمسؤولية العقدية تقتض عقداً بين جهة التصديق والغير المضرور، والغالب هو عدم وجود هذا العقد ومن ثم لا تقوم مسؤوليتها العقدية، والمسؤولية التقصيرية لجهة التصديق تتطلب إثبات الغير المتضرر خطأً جهة المصادقة وعبء عسير.

¹ _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، رقم 569، ص 855.

² _ حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الإنترنت (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013، ص 432.

02. وفقا للقواعد الخاصة:

أمام عدم كفاية القواعد العامة في المسؤولية المدنية - العقدية والتقصيرية - لإعطاء الحماية اللازمة للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية ولاعتبارات تشجيع المعاملات الإلكترونية وبث الثقة فيها، فقد استوجب الأمر وضع قواعد خاصة بمسؤولية الجهات التي تتولى فيها، فقد استوجب الأمر وضع قواعد خاصة بمسؤولية الجهات التي تتولى تصديق هذه المعاملات، وقواعد تضمن للمتعاملين حقوقهم في تعويض الأضرار التي تلحقهم¹.

ولهذا نجد المشرع الجزائري نظم مسؤولية جهة التصديق الإلكتروني عن الأضرار التي تلحقها بأي شخص في القانون رقم 04-15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وذلك وفق قاعدتين هما: مسؤولية جهة التصديق الإلكتروني على خطأ مفترض، وإمكانية تقييد هذه المسؤولية وهذا ما سنحاول التفصيل فيه فيما يلي:

أ. المسؤولية المفترضة لجهات التصديق الإلكتروني:

نصت المادة 53 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين 04-15² على مايلي: " يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق الإلكتروني موصوفة، مسؤولاً عن الضرر الذي يلحقه بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي، اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني".

وذلك فيما يخص صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة في التاريخ الذي منحت فيه، ووجود جميع البيانات الواجب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة، و التأكد عند منح شهادة التصديق الإلكتروني أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة أو المحددة في شهادة التصديق الإلكتروني، و كذا التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع،

¹ - حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الإنترنت (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 434.

² - قانون رقم 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السالف الذكر.

والتحقق منه بصفة متكاملة، إلا في حالة ما إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال¹.

وتنص المادة 54 من نفس القانون على أنه: " يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني هذه، والذي يلحق بأي أهية أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمد على تلك الشهادة، إلا إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال².

إذن تقوم مسؤولية جهات التصديق الإلكتروني على خطأ مفترض وليس على خطأ واجب الإثبات من الشخص المضرور، فهناك قرينة على مسؤولية جهات المصادقة عن الأضرار التي تلحق بالغير الذي اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، ولكنها قرينة بسيطة يمكن دحضها بإقامة الدليل على أنها لم ترتكب أي خطأ أو إهمال.

كما يمكن لجهة التصديق الإلكتروني أن تنفي مسؤوليتها عن الأضرار الناتجة عن عدم إحترام صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة لشروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني³، أو في حالة استعمال صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الشهادة لأغراض أخرى غير تلك التي منحت من أجلها⁴.

ب. جواز الاتفاق على تقييد مسؤولية جهة التصديق الإلكتروني:

أجاز المشرع الجزائري لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يشير في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة إلى بعض الشروط التي تقيّد مسؤوليته عن الأضرار التي تحدث للمتضرر سواء كان صاحب الشهادة أو الغير الذي اعتمد على شهادة التصديق وذلك بالإشارة إلى:

¹ _ يراجع نص المادة 53 من القانون 15-04، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السالف الذكر.

² _ يراجع نص المادة 54 من نفس القانون.

³ _ يراجع نص المادة 57 من القانون 15-04.

⁴ _ يراجع نص المادة 62 من نفس القانون.

الحدود المفروضة على استعمال شهادة التصديق، بشرط أن تكون الإشارة واضحة ومفهومة من قبل الغير، وفي هذه الحالة لا يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الموصوفة عند تجاوز الحدود المفروضة على استعمالها¹.

الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل في حدود هذه الشهادة، بشرط أن تكون هذه الإشارة واضحة ومفهومة من طرف الغير، فلا يمكن لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يسأل عن الضرر الناتج عن تجاوز هذا الحد الأقصى².

وفي ختام هذا الفصل يتبين أن الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني لم تقتصر على المرحلة السابقة على التعاقد فحسب، بل امتدت لتشمل مرحلة التعاقد والتي تتم عبر وسائل الكترونية، فالعقد الإلكتروني له خصوصية لاسيما الوسيلة التي يبرم عن طريقها، وكذا خصوصية أركانه خاصة فيما يتعلق بالإيجاب والقبول الإلكترونيين والذان تحكمهما قواعد خاصة قد تخضع لما هو مقرر في القواعد العامة ولكن بصفة نسبية.

هذا ويثبت العقد الإلكتروني عن طريق الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وسواء تعلق الأمر بهذا أو ذلك فإن كلاهما يخضع لأحكام خاصة تم تبيانها سلفا تفصيلا، هذا وتعد شهادة التصديق الإلكتروني من أهم الآليات التي تحقق لا محال الثقة والأمان في التوقيع الإلكتروني، إذ أن جهة التصديق ملزمة بالتأكد من صحة بيانات شهادة التصديق تحت طائلة المسؤولية المدنية.

¹ _ يراجع نص المادة 55 من نفس القانون.

² _ يراجع نص المادة 56 من نفس القانون.

الباب الثاني

الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في

مرحلة تنفيذ العقد

الباب الثاني: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقد

عقب إنتهاء مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، والتي كانت تهدف أساسا إلى حماية المستهلك أثناء تكوين العقد من خلال حماية رضاه، ينتقل طرفا العلاقة التعاقدية عبر المجال الإلكتروني إلى المرحلة الحاسمة ألا وهي مرحلة تنفيذ العقد، أين يلتزم كل طرف بالوفاء بالالتزامات الناتجة عن العقد وتنفيذها، ولطالما تميزت العلاقات التعاقدية بين المهني والمستهلك، سواء على مستوى الأفراد أو الجماعات بأنها غير متوازنة أو متعادلة، ويرجع السبب على وجه الخصوص إلى ما يملكه أحد الأطراف في مواجهة الآخر من قوة اقتصادية أو معرفية، وقد يبلغ عدم التعادل هذا ذروته مع سيادة المذهب الفردي الذي أوجد وسائل عديدة تسمح بتكريس عدم التوازن العقدي وغالبا ما يحصل هذا في العلاقة ما بين البائع (المحترف) والمستهلك الذي يتعاقد عبر المجال الإلكتروني¹، ومثلما كان المستهلك بحاجة إلى الحماية في مرحلة إبرام العقد، فهو بحاجة إلى حماية أكبر في مرحلة التنفيذ.

ومهما كانت الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني من آثار مبدأ القوة الملزمة للعقد، غير أنها حماية غير كافية، لهذا كان من الضروري اللجوء إلى آليات حديثة والتي بإمكانها أن تحقق الحماية الضرورية للمستهلك المتعاقد عبر المجال الإلكتروني في مرحلة التنفيذ وذلك من خلال حماية المستهلك من الشروط التعسفية وحماية بياناته الشخصية، وكذا آليات حماية وسائل الدفع الخاصة بالمستهلك.

أما فيما يخص الآليات التقليدية لحماية المستهلك في مرحلة التنفيذ، وكما أشرنا سابقا هي حمايته من آثار مبدأ القوة الملزمة للعقد، والتي تفرض بدورها على الطرفين تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبما يتفق مع موجبات حسن النية، بحيث لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا لقواعد العرف والعدالة.

وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين، سنتحدث في الفصل الأول عن الآليات التقليدية لحماية المستهلك في المجال الإلكتروني، أما الفصل الثاني سنتكلم فيه عن الآليات الحديثة لحماية المستهلك في المجال الإلكتروني.

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 12.

الفصل الأول: الآليات التقليدية لحماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التنفيذ

تطبيقاً للقواعد العامة، سواء كان العقد محل الدراسة، عقداً إلكترونياً أو عقداً تقليدياً، فإنه إذا ما توافرت أركانه وشروط صحته رتب آثاره القانونية، بحيث يلتزم أطرافه بتنفيذ الإلتزامات الناتجة عنه تنفيذاً عينياً، ذلك لأن للعقد قوة ملزمة كونه شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق إرادة طرفيه، أو بتوافر الأسباب التي يقرر القانون¹.

وفي حال ما حدث خلل في هذا التنفيذ، فإنه دون شك يثير مسألة تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، وباعتبار أن العقد مبرم عبر مجال إلكتروني، إذ أن ترتيب آثار العقد المبرم عبر المجال الإلكتروني في ذمة طرفيه، مركزين على أساليب هذا التنفيذ وأثر الوسيلة الإلكترونية على إلتزامات طرفي العقد دون تناول جزئياتها وجوانبها بكل تفصيل، حيث سنركز على الإلتزامات التي شهدت تطوراً تماشياً مع الوسيلة المستعملة، وهذه المرحلة لها أهمية بالغة كون أن العقد لم يبرم إلا لأجلها.

وبهذا يكون العقد المبرم عبر المجال الإلكتروني في مرحلة تنفيذه كسائر العقود، ولما كان أثر العقد هو إنشاء إلتزام، وأثر الإلتزام هو تنفيذه، طبقاً لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية² وأثرت البيئة الرقمية الافتراضية على إلتزامات طرفي العقد ورتبت نفس الإلتزامات التي يربتها العقد التقليدي فقط أضافت الوسيلة الإلكترونية المستعملة، فكان من الإلتزامات التي تقع على عاتق المورد الإلكتروني الإلتزام بالتسليم والإلتزام بالمطابقة والإلتزام بالسلامة وغيرها.

¹ _ المادة 106 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

² _ إعترف المشرع الجزائري بهذا المبدأ العام في تنفيذ العقود من خلال الفقرة الأولى من المادة 107 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني حيث جاء نصها: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن نية"، وهو الإعتراف بالمبادئ التي يتم بها الإنعقاد، والتي يقدم المتعاقدان على تنفيذها، بهذا الإعتراف أريد لمبدأ حسن النية كقاعدة أخلاقية أن تصبح قاعدة قانونية للدور الذي تؤديه في خدمة كل علاقة تعاقدية لما تحمله من مبادئ من شأنها أن تطور المتعاقدين بما يحقق العلاقة العقدية بهدف تحقيق التوازن.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنبين في المبحث الأول أهم الوسائل القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني، أما المبحث الثاني سنتحدث عن طرق تسوية المنازعات في العقود الإلكترونية.

المبحث الأول: الوسائل القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني

العقد الإلكتروني من العقود الملزمة لجانبين، مثله مثل سائر العقود التقليدية، فإذا تم التراضي وتوافرت أركانه وشروط صحته إنعقد العقد وانتقل طرفاه إلى مرحلة تنفيذه، فأثر العقد هو إنشاء إلتزام وأثر الإلتزام هو تنفيذه¹.

ويترتب على تنفيذ العقد الإلكتروني نفس الآثار التي يربتها العقد التقليدي بإستثناء الوسيلة المستعملة، وهي عدة إلتزامات تقع على عاتق المورد (التاجر أو البائع)، والمستهلك (المشتري)، وكما سبق وأن وضحنا سنركز على إلتزامات المورد دون المستهلك.

وما يترتب عن هذه الإلتزامات من آثار وجزاءات سنوضحها من خلال هذا المبحث، وفي إطار تحقيق حماية فعالة للمستهلك، يمكنه إعادة السلعة أو إستبدالها دون ذكر السبب وهو ما يدعى بالحق في العدول أو الرجوع وهو من أبرز الآليات القانونية الحديثة لحماية المستهلك الإلكتروني.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن التزامات المورد كآلية حماية المستهلك الإلكتروني، أما المطلب الثاني سنتكلم فيه عن حق المستهلك في العدول كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني.

¹ _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص153.

المطلب الأول: الإلتزامات الواقعة على المورد كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني

يعد الإلتزام بالتسليم من أهم الإلتزامات الواقعة على عاتق البائع (المورد) ومن أهم الإلتزامات التي يفرضها القانون عليه، كما يعد الإلتزام بالمطابقة من أهم الإلتزامات الواقعة على المورد لاسيما في مجال التجارة الإلكترونية، حيث تنعدم المعاينة المادية للمنتجات المعروضة على الإنترنت من قبل المشتري، وتزداد أهمية في مجال عقد البيع الإلكتروني حيث تكون المبالغة في تزيين المنتج وإظهاره على غير حقيقته، مما يمنع المشتري من الرؤية الحقيقية له، وبالتالي لا يكون تقييم حقيقي يعول عليه عند الشراء، هذا ما يترتب حقه في هذا الضمان القانوني في مواجهة البائع.

وتتنوع حقوق حماية المستهلك الإلكتروني، ومن أهم الحقوق التي تتطلب الحماية، حق المستهلك في الأمان وضمان سلامته، ويشمل ذلك حق المستهلك في أن تكون السلعة أو الخدمة التي يستخدمها مطابقة لمواصفات الجودة ولا يترتب على إستخدامها أضرار بدنية أو نفسية، وهو ما يعني حماية المستهلك من المنتجات المعيبة، ومن مخاطر التقدم العلمي. وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن التزامات المورد المتعلقة بالمبيع، أما الفرع الثاني سنتكلم فيه عن التزاماته المتعلقة بالأمان.

الفرع الأول: الإلتزامات المتعلقة بالمبيع

يعد التسليم من أهم خصوصيات التعاقد عبر المجال الإلكتروني نظرا لإنعدام الجانب المادي للعقد مما يجعل من فعل التسليم ذو طابع خاص، بإعتبار أن العقد يخرج إلى حيز الوجود المادي والملموس بعدما كان مجرد عقد إلكتروني، ومن جهة أخرى يتوقف عليه إنتقال تبعة الهلاك إلى المستهلك المشتري¹.

لا يكفي أن يقوم البائع بتنفيذ إلتزامه بتسليم المبيع فحسب، بل ينبغي أن يقدم المبيع بنفس المواصفات التي تمت رؤيتها من قبل المشتري، لذا تعتبر المطابقة من الأفكار

¹ _ فتحي بن جديد، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ص

القانونية الهامة في منظومة إلتزامات البائع في عقد البيع العادي بصفة عامة والبيع الإلكتروني بصفة خاصة بالنظر لخصوصية هذا النوع من التعاقد.

وعليه سنتحدث في هذا الفرع عن الإلتزام بالتسليم (أولاً)، كما سنبين أحكام الإلتزام بالمطابقة (ثانياً)، إذ أنها كلها التزمات ترمي إلى حماية المستهلك لاسيما الإلكتروني.

أولاً: الإلتزام بالتسليم

في هذا الصدد سيتم تحديد معنى الإلتزام بالتسليم، كما سيتم تبيان كيفية التسليم، وفضلاً عن ذلك سنبين مكان وزمان التسليم.

01- تحديد معنى الإلتزام بالتسليم

التسليم يعني تخلي البائع عن حيازة المبيع لصالح المشتري، بما يتفق مع العقد والقانوناً هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري، بما يتفق مع العقد والقانون، أو هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يمكن هذا الأخير من حيازته والإنتفاع به، ولا يستلزم الأمر انتقال الحيازة المادية فعلاً إلى المشتري وإنما يكفي أنه يمكن الحصول على هذه الحيازة¹.

وقد عرف المشرع الجزائري التسليم في نص المادة 367 من القانون المدني الجزائري بقولها: " يتمثل التسليم في وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والتمتع به دون عائق..."²، وكما يعرف على أنه نقل السلطة أو السيطرة على بضائع مطابقة لما تعاقد عليه أو تخلي البائع عن المبيع لصالح المشتري، ليتمكن من الإنتفاع به والإنتفاع بجميع أوجه الإنتفاع وهو إلتزام يترتب بمجرد إنعقاد العقد حتى وإن لم يتم الإنتفاق عليه³.

¹ _ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 70.

² _ يقابل هذا النص المادة 1604 من القانون المدني الفرنسي وكذا المادة 435 من القانون المدني المصري، والمادة 402 من القانون المدني اللبناني، والمادة 494 من القانون المدني الأردني، والمادة 19 من إتفاقية لاهي.

³ _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 154.

وبهذا تتضح أهمية الإلتزام بالتسليم في أن حصوله يعد وفاء للإلتزام بالتسليم وإنقضائه، ويتوقف عليه إنتقال تبعة هلاك المبيع إلى المشتري، وبذلك يكون لتعيين طريقة وميعاد ومكان التسليم أهمية في معرفة ما إذا كان التسليم قد تم وانتقلت معه تبعة الهلاك أم لا.

ويتضح من التعريفات التي سبق بيانها بشأن التسليم أنه عمل مادي يهدف البائع من خلاله تمكين المشتري من السيطرة على البضاعة إما بطريقة حقيقية أو حكمية على أنه ينبغي التأكيد أنه ليس هناك من رابط حتمي بين تسليم البضاعة ونقل الحيازة.

02- كيفية التسليم

وبذلك يعد التسليم إلتزاماً أساسياً يقع على عاتق المورد الإلكتروني بعد التعاقد ويتخذ إحدى الصورتين، فإما أن يكون تسليم تقليدي وفقاً للقواعد العامة وهو ما يسمى بالتسليم الفعلي وإما أن يتم التسليم إلكترونياً يتناسب مع طبيعة محل التعاقد وهو ما يدعى بالتسليم الحكمي.

أ- التسليم الفعلي:

يكون التسليم فعلياً بمناولة البضاعة من البائع إلى المشتري، ويعني أن يتصل إتصالاً مادياً وذلك بدخولها تحت سيطرته الفعلية هو أو من ينوب عنه، وأن يخطر البائع بذلك حتى وأن لم يتسلمها المشتري على أن يكون ذلك بالطريقة التي تتفق وطبيعة الشيء المبيع وبطريقة تمكن المشتري من حيازته والإنتفاع به، ويقع على البائع عبء تسليم المبيع بما أن التسليم واقعة مادية¹.

وكما قد يكون التسليم مادياً يدا بيد، أو بوضع البضاعة في مخازن المشتري وهو ما يسمى بالتسليم الفعلي، والذي يتم بكل طريقة من شأنها وضع المبيع تحت تصرف المستهلك بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق، كما قد يكون التسليم حكماً يتم بموجب

¹ - حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت (مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع) المرجع السابق، ص 383.

تصرف قانوني يتم بالتراضي بين المتعاقدين على أن يتم التغيير صفة الحائز دون التغيير في الحياة الفعلية للشيء محل التسليم¹.

ب- التسليم الحكمي:

وهو ما يسمى أيضا بالتسليم المعنوي، والذي يتم دون أن تنتقل فيه حياة المبيع المادية فعلا من البائع إلى المشتري، إذ أنه إتفاق على تغيير صفة الحائز للشيء المبيع دون تغيير في الحياة الفعلية للبضاعة²، كأن تكون البضاعة في يد المشتري قبل البيع لأي سبب كان كونه رهنا له أو متاجرا أو مودعا لديه أو حتى غاصبا، وإذا تم البيع يكون المشتري قد تسلم المبيع حكما³.

وإن تصور التسليم في التعاقد عبر المجال الإلكتروني يأخذ مداه في الخصوصية بالحالة التي يكون فيها تنفيذ الإلتزام متصورا عبر الشبكة كحالة ورود البيع على البرامج أو قطع الموسيقى أو الكتب عبر الخط وغيرها من صور الأموال المعنوية الأخرى.

ويتم التسليم في هكذا حالات من خلال تنزيل أو تحميل البرامج (Down load) أو النسخ (Copy) من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب من جهاز العميل مثلا أو بأي شكل تقني آخر يتيح للمشتري الإنتفاع به، كمنحه الصلاحية بالدخول إلى موقع معين وإستعراض المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد، غير أنه يجب الأخذ بعين الإعتبار أن ذلك لا يعني أن كل الأموال غير المادية يتم تسليمها بهذه الطريقة عبر الشبكة، فيمكن أن تحمل على

¹ _ قالية فيروز، إلتزامات المورد الإلكتروني في ظل قانون رقم 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، المجلد 8، 2020، ص 392.

² _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 157.

³ _ نصت المادة 495 من القانون المدني الأردني: " إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سببتعتبر هذه الحياة تسليمها ما لم يتفق على خلاف ذلك، كما يكون التسليم حكما في حال قيام البائع بتصرف قانوني معينكتسجيل المبيع في دائرة التسجيل في العقود الشكلية التي تستوجب هذا الإجراء، وفي ذلك نصت المادة 497 من نفس القانون على أنه: " يتم التسليم حكما بتسجيل المبيع بإسم المشتري عندما تعلق النصوص التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي"، نقلا عن: نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 71.

أسطوانات أو دعامات مادية كالأقراص المضغوطة (CD) ويتم التسليم فيها ماديا أو خارج الشبكة¹.

وما عدا ذلك من السلع أو منتجات يتم شراؤها عبر الشبكة، فإن واقعة التسليم فيها تأتي من خلال إرسال المبيع إلى المشتري وعندئذ لا يتم التسليم إلا إذا جرى إيصاله إليه، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، وحول هذه النقطة نقابل بين التلفزيون، أو البيع بالمراسلة، حيث يتصور وجود وسيط مكلف بالقيام بعمليات التوزيع والتسليم للبضائع المشتراة عبر الإنترنت أو من خلال البريد أو من خلال مكاتب وفروع البائع أو المنتج أو وكلائه في مكان المشتري².

03- زمان ومكان التسليم

تعتبر مسألة تحديد زمان ومكان التسليم من المسائل الهامة في كل العقود، لاسيما في العقد الإلكتروني الذي يبرم عن بعد، ومن طرف أشخاص لا يجمعهما مجلس عقد واحد ولا زمان واحد، وسنتناول زمان التسليم، ومكان التسليم.

أ- زمان التسليم:

وقت التسليم يعتبر من المسائل المهمة في كل العقود وبالأخص الإلكترونية المبرمة عن بعد، غير أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني لا نجد ما يلزم الأطراف على تحديد تاريخ معين لتسليم المنتجات المشتراة³.

¹ _ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الإنترنت)، دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، الطبعة الأولى، 2007، ص 296.

² _ هناك شركات عملاقة متخصصة بعمليات التوزيع والتسليم للبضائع والسلع حول العالم منها ما أصبح دوليا ومنتشرا حول العالم كشرركات (D.H.L) أو (T.N.T) وغيرها، بالإضافة إلى استخدام أسلوب الطرود البريدية المسجلة عبر المصالح البريد الحكومية في كل دولة.

³ _ وتجب الإشارة إلى أن بدء إحتساب التسليم يكون من تاريخ إبرام العقد، ولكنه يتراخى هذا التاريخ إلى وقت لاحق كي يستكمل المشتري بعض الإجراءات أو إتمامه لإلتزامه بالوفاء بالثمن.

ف نجد المشرع الجزائري نص على أن التسليم يجب أن يتم في الزمان المتفق عليه بين المتعاقدين، ووافقة في ذلك كلا من المشرع الفرنسي في المادة 1610 من القانون المدني الفرنسي¹ فيعتبر الأصل أن يعطي للأطراف المتعاقدة الحرية في إختيار الزمان فإذا لم يتفق على تأجيل التسليم فالأصل أن ينفذه البائع، وبطبيعة الحال مع مراعاة بعض المواعيد التي تستلزمها طبيعة الشيء المبوع أو يتطلبها العرف، مثل منح البائع مهلة للقيام بعملية فرز المبيع قبل تسليمه².

وإذا لم يكن في العقد أي إتفاق بشأن التسليم، فإن التسليم يتم بمجرد الإنعقاد ما لم يتدخل العرف في تحديد هذا الزمن، كما للقاضي أن يؤخر التسليم إذا إستدعت حالة البضائع هذا التأخير، نتيجة لتدخل ظروف استثنائية بشرط ألا يمنعه نص في القانون، كما لا يجب ألا يضر هذا التأخير بالمشتري³.

وبشأن البيوع الدولية، فقد نص قانون البيع الموحد على أن يكون تسليم المبيع في اليوم المحدد أو القابل للتحديد وفقا للعقد أو العادات وإذا تم ذلك بفترة معينة مثل شهر أو سنة، فاللبائع تحديد يوم التسليم، إلا إذا تبين من الظروف أن تحديد هذا اليوم من حق المشتري.

فالبايع طبقا لهذا النص يحدد زمان التسليم ولا يكون ملزما بإخطار المشتري بهذا الميعاد حيث أن هذا يستدعي التنبه إلى خطورته، حيث كان لابد أن يلزم البائع بتبليغ المشتري قبل موعد التسليم بمدة معينة حتى يستعيد هذا الأخير لإجراءات التسليم للحفاظ على البضاعة كما يقال الكلام نفسه إذا كان العقد يقضي بأن يكون تحديد زمان التسليم للمشتري، بحيث يجب في كل الحالات أن يتضمن الإتفاق أو يفرض منطق الأمور أن

¹ _ Art 1610 « Si Le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession si le retard ne vient que du fait du vendeur ».

² _ بين جديد فتحي، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، ص ص 190 و191.

³ _ لا تجيز المادة 270 من قانون التجارة الأردني منح المسحوب عليه في سند السحب مهلة قضائية أو قانونية للوفاء بقيمة السند بعد تاريخ الإستحقاق.

يخطر بهذا الموعد قبل مدة معقولة، فالأعراف التجارية جرت على هذا الإخطار، كما أن العقود التجارية الدولية تنبته لهذا الأمر ونصت في شروطها على وجوب هذا الإخطار¹.

وإنطلاقاً مما سبق يتضح أنه إذا كان في القانون أن يتم التسليم فور العقد، إلا أن ذلك ليس من النظام العام وبمفهوم المخالفة فإن ذلك يجيز للأطراف المتعاقدة الإتفاق على ميعاد آخر، وعلى ذلك نلاحظ أن غالبية العقود المتداولة عبر شبكات الإنترنت قد جاءت متضمنة فراغاً خاصاً ضمن بنودها واضحة يحدد مدة التسليم، وذلك إستجابة لما ورد في العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونسسترال حيث أفرد فراغاً تجب تعبئته من قبل المتعاقدين بإتفاق يقضي: بأن التسليم يكون خلال 30 يوماً، وهو ما أكد عليه قانون الإستهلاك الفرنسي في المادة (3-20-121-L) والتي تم إلغائها في القوانين اللاحقة والتي تنص على مايلي: " في حالة عدم وجود إتفاق مخالف يجب على المورد تنفيذ الطلبية خلال مدة ثلاثين يوماً تحسب من اليوم التالي لنقل المستهلك طلبه لمورد المنتج أو مؤدي الخدمة"².

وكما أشار إلى ذلك قانون الإشارة الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في البيع بالمراسلة أو عن بعد عبر الحدود نصاً يفيد بأنه إذا إستحال على البائع أن يصدر البضائع المطلوبة خلال 30 يوماً فإنه يجب عليه أن يعلم المستهلك بذلك".

وفي إتفاقية فيينا تنص المادة 33 على أنه: " يجب على البائع أن يسلم البضاعة في التاريخ المحدد أو القابل للتحديد طبقاً للعقد، أو في أي وقت خلال المدة المحددة أو القابلة للتحديد طبقاً للعقد مالم تبين من الظروف أن المشتري هو الذي يختار تاريخ التسليم، أو خلال مدة معقولة من تاريخ إبرام العقد في أية حالة أخرى"³.

¹ _ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 74.

² _ Art L 121-20-3 : « En cas de défaut d'exécution du contrat par un fournisseur résultant de l'indisponibilité du bien ou du service commandé, le consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit, le cas échéant, pouvoir être remboursé sans délai et que plus tard dans les trente jours du paiement des sommes qu'il a versées, Au- alla de ce terme, ces sommes sont productives, au-delà de ce terme, ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal » www.EUROPA.eudirective.n.97/CE,du20,mai1997/

³ _ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت (دراسة تحليلية)، المرجع السابق، ص 299.

ومما سبق ذكره يمكننا القول أن زمان التسليم عبر الإنترنت يمكن تصوره من وقت إنعقاد العقد، وذلك في الحالات التي يسمح فيها تنفيذ العقد عبر الشبكة مثلا، أو في الوقت الذي يتفق عليه الطرفان وهو الأصل، حيث أن وقت و زمان تسليم المبيع ليس من القواعد العامة، مع مراعاة أن ترك تحديده للبائع يخضع لسلطات الرقابة القضائية لحماية حقوق المستهلك في الدول التي تفرد تشريعات خاصة لذلك، أو يكون في الوقت الذي يقرره عرف التعامل أو خلال المدة المعقولة، وهذا في حالة عدم الإتفاق الصريح على تحديد زمان معين في العقد، فيثار إلى إعمال أطراف التعاقد عن بعد أو بالمراسلة لتقدير المدة المعقولة، وفي هذه الحالة نرى أن يعذر المشتري البائع بأن يسلم إليه المبيع خلال مدة معينة يحددها بالأعذار وتصبح هذه المدة بعد ذلك أمرة يترتب على الإخلال بها الجزاء على عدم التنفيذ، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة أو طارئة¹.

ونرى أن السرعة في إبرام العقود عبر الإنترنت يجب أن تقابلها السرعة في تسليم المنتجات خاصة مع ولوج عصر السرعة وتوافر الإمكانيات المراسلات السريعة، حيث لا تتجاوز أسبوعا واحد من تاريخ العقد في حالة التعاقد عبر الحدود، والمدة تكون 48 ساعة من لحظة تمام العقد، إذا تم التعاقد بين متابعين داخل حدود الدولة الواحدة، مع مراعاة إجراءات ونوعية الشحن المتفق عليه².

ب - مكان التسليم:

البائع ملزم بتسليم البضاعة في مكان محدد، ويعرف مكان التسليم بأنه المنطقة أو الموقع الذي يتحدد لتسليم المبيع إلى المشتري، وإذا أخفق البائع في ذلك فإنه يكون مخلا بأحد التزاماته، على أن مكان التسليم هو مكان تواجد الشيء أثناء البيع، لأن المشتري يصبح مالكا عند تلك اللحظة³، ما يفسر أن المشتري سحب و دفع مصاريف النقل في البيوع عن بعد في القانون الفرنسي أما القانون الجزائري فقد نص المشرع من خلال نص المادة 368 من القانون المدني: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم إلا إذا وصل عليه

¹ _ خالد الزريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت، (دراسة تحليلية)، المرجع السابق، ص 299.

² _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 160.

³ _ المرجع نفسه، ص 161.

ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك"، كما تنص المادة 367 من ذات القانون على أن "... ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبوع"¹.

ومن خلال هذه القواعد العامة في القانون نجد أن تحديد مكان تسليم المبيع ليس من القواعد الآمرة أيضا فيجوز الإتفاق على مخالفتها، بل نرى أن الأصل فيها إعمال الإتفاقات والعرف، فإذا إتفق الطرفان على تحديد مكان نعين لتسليم المبيع وجب إحترامه وتطبيقه فلا يتم التسليم في غير المكان المحدد إتفاقا، ولو كان مكان آخر غير المكان الذي يتواجد فيه المبيع.

وبتطبيق ذلك على حالة المبيع عبر الإنترنت، نستطيع القول إن واجب تصدير المبيع فيها للمشتري ظاهرا، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، أي في مكان تواجده، وقد يذهب البعض إلى حد القول بأن العرف في الوقت الحاضر يقضي عموما بتوصيل المبيع إلى المشتري مما يفيد بأن التسليم لا يتم إلا بوصول المبيع إلى مكان تواجد المشتري، فمن يتعاقد عبر الإنترنت لشراء سلعة ما نجده يبرم الإتفاق بشرط التوصيل أو بمعنى الطلبية المحمولة.

ونشير إلى ما يمكن ملاحظته في إعلانات العرض عبر صفحات الويب أو العروض عبر البريد الإلكتروني والتي تتضمن عبارات تفيد مكان مزاوله النشاط، هي بالضرورة تقيد أماكن التوزيع أو التسليم ضمن حدود المكان المحدد في الإعلان، فمن يتعاقد خارج هذه الأماكن المحددة في الإعلان لا يستطيع الإدعاء بالقواعد العامة التي تقرر تسلمه المبيع في أماكن تواجده، بل عليه أن يتحمل هو تبعات تسلم المبيع من مكان تواجده لدى البائع، وغير ذلك نراه يخضع لإتفاق جديد ومستقل بين المعلن والمشتري².

ولما كان إيصال أو إرسال البضائع أو السلع المشتراة عبر الإنترنت تنتوله شركات متخصصة بالتوزيع أو يمكن تصوره من خلال إرساليات البريد إلى المستهلكين ومحترفي التعاقد عن بعد، لا يتم إلا عند تسليم البضائع أو السلع إلى المستهلكين هذا ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك.

¹ _ وتقابلها نصي المادتين 435 و 430 القانون المدني المصري.

² _ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الإنترنت) دراسة تحليلية، المرجع السابق، ص 302.

ومن المتصور أحيانا أن تحدث بعض الصعوبات البريدية والتي قد تسبب بعض التأخير في التسليم الذي لا يتجاوز ما هو متوقع عادة، ولذلك حرصت الشروط الخاصة بأحد المراكز الأمريكية cdnow على أنه: " يتوقف خدمة البريد في الولايات المتحدة الأمريكية، أما الطلبات التي تتضمن أربعة قطع أو أكثر أو التي تكون قيمتها (100) دولار أو أكثر فسوف نرسلها لكم بالبريد السريع، وأنه قد لا يسلم في أيام العطلات، وقد نقوم بتقديم خدمة البريد السريع إختيار إذا كانت متاحة لنا بمقابل زهيد وذلك بالنسبة للطلبات التي تتضمن ثلاث قطع أو أقل"¹.

هذا ويتحدد مكان التسليم بمكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع: وذلك في حالات الشراء عبر الحدود على سلع يمنع تداولها في مكان المشتري، حيث نرى ضرورة مراعاة قوانين الدول التي تحرم دخول المبيع إليها، فما يمكن بيعه وشرائه من سلع في السويد مثلا تداوله في الجزائر².

وعلى العموم ترى الباحثة أن أماكن تسليم المبيع عبر الإنترنت يمكن تصورها في المكان الذي يحدد إعلان البائع: وهذه الصورة الغالبة في عقود البيع عبر الإنترنت إذ أن كثيرا من عقود المتاجر الافتراضية، تتضمن نصوصا تحدد فيه أماكن مزاوله النشاط أو الأماكن التي يستطيع فيها المورد تقديم خدماته.

كما يمكن تصورها في المكان الذي يحدده المشتري: وسواء أكان سكنه أو عمله أو لأي مكان آخر، أو المكان الذي يحدده العرف: ويعني عرف تسجيل الطلبات والذي يقضي بإيصالها إلى مكان تواجد المشتري.

وتجب الإشارة إلى نفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسلم إذا كان المكانان مختلفين فتكون

¹ _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 162.

² _ يسعى العالم اليوم من توحيد القوانين الخاصة وأنظمة الجمارك بفضل الدخول إلى إتفاقيات التجارة الدولية الحرة وغيرها من الإتفاقيات الإقليمية والدولية التي تسهل تحويل السلع فيما بينها بدون قيود الحدود.

على المشتري، وإذا كان المشتري في مكان غير مكان البائع وإشترط التسليم خالص الأجر، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري ونفقات النقل عليه¹.

وترى الباحثة ان هذه الأحكام ليست من النظام العام، فيجوز الإتفاق على ما يخالفها، كما ترى أن المجال الإلكتروني الذي تبرم فيه العقود الإلكترونية، لم تغير كثيرا من مضمون الإلتزام بالتسليم خاصة من حيث الزمان، لكنها أثرت في مكان تنفيذه.

ثانيا: الإلتزام بالمطابقة

في هذا الصدد يتم البحث في الإلتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني من خلال تعريف هذا الإلتزام، وتبيان خصوصية الإلتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني، وكذا تبيان الجزاء المترتب في حالة الإخلال بهذا الإلتزام.

01- تعريف الإلتزام بالمطابقة

تناول المشرع الجزائري الإلتزام بالمطابقة بالتنظيم²، من خلال أحكام عامة وردت في القانون المدني³، مكتفيا بالإشارة إليه في حالة البيع بالعينة، حيث أوجبت المادة 353 من

¹ _ محمد حسين منصور، أحكام البيع (التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك)، المرجع السابق، ص 228.

² _ يقع على عاتق البائع كمتدخل الإلتزام بمطابقة السلعة أو الخدمة للرغبة المشروعة للمستهلك، وتختلف هذه المطابقة وفق ظهورها بمظهرين مختلفين، وذلك بناء على ما جاء من نصوص في القواعد العامة، والنصوص الخاصة ذلك من خلال رقابة المنتوجات والخدمات والذي يمثل جانبا من الحماية الوقائية للمستهلك في المرحلة السابقة للتعاقد، بينما أخذ القانون المدني في الحسبان إرادة المتعاقدين وهي أساس التعاقد بين أطراف العقد، أنظر في ذلك: حساني علي، الإطار القانوني للإلتزام بالضمان في المنتوجات، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص 84.83.

³ _ إكتفى المشرع الجزائري بذكر صور الإلتزام بالمطابقة في المواد 94، 364، 365، 379، 386 من تقنيته المدني حيث جاءت المادة 94 خاصة بشروط محل العقد، من حيث وجوب التحديد أو التعيين عند إبرام العقد، حتى يتم تسليمه تسليما مطابقا لذلك التحديد وهو النص القانوني المتعلق بصورة المطابقة الوصفية للمنتوج، أما باقي النصوص القانونية فجاءت ضمن أحكام عقد البيع، والتي تعرض لها المشرع الجزائري من خلالها لصور المطابقة الوصفية والكمية والوظيفية.

حيث تناول المشرع الجزائري مطابقة المبيع كيفا طبقا لنص المادة 364 من القانون المدني: "... بتسليم الشيء المبيع للمشتري في حالة التي كانا عليها وقت البيع"، وكما تناول مطابقة المبيع كما في المادتين 365 و 366 من القانون المدني فمعالجت المادة الأولى حالتي عدم المطابقة، فيسأل البائع عن نقص مقدار المبيع إذا كان ناقصا من حيث الكم، وقد يحصل العكس، كأن يزيد المبيع عن المقدار المتفق عليه، فيلزم المشتري بتكملة الثمن.

القانون المدني الجزائري مطابقة المبيع للعينة، هذا دون أن يتناوله بالتعريف في نص صريح.

كما ضمنه المشرع الجزائري من خلال أحكام قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹، في نص المادة 18/03 على أن المطابقة هي: "إستجابة كل منتج موضوع للإستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاص به"، وكما نص على إلزامية كل متدخل بإثبات مطابقة المنتجات وذلك في المواد 11 و 12 من نفس القانون². أما فيما يخص بتعريف المطابقة في البيع الإلكتروني، فلا توجد تعريفات مميزة تجعل هذا الإلتزام يكتسي خصوصية في تطبيق على ما هو معمول به في العقد العادي، فالمطابقة المطلوبة، هي أن يكون وجود الصفات التي كفلها البائع للمشتري في المبيع، وفق قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 93-949 المعدل في 2005 المتعلق بضمان مطابقة الشيء للعقد الذي نص على ضمان البائع عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم³.

كما أن قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لم يعرف المطابقة بل نص على إمكانية إرجاع المنتج على حالته، إذا كان غير مطابقا للطبعية وذلك في أجل عشرة أيام ابتداء من تاريخ التسليم⁴.

وتدعيما للموقف التشريعي الجزائري بخصوص حماية المشتري من خلال الإلتزام بضمان المطابقة والذي تقرر سابقا في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع

¹ _ تقرر الإلتزام بالمطابقة في القانون رقم 09-03 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

² _ وهو ما كرسه المشرع الجزائري من خلال المادتين 03 و 04 (بضرورة مطابقة المنتج للشروط المتفق عليها في عقد البيع) من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق ل 26 سبتمبر 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 49 مؤرخ في 2013/10/02.

³ _ نظم القانون الأوروبي هذا الضمان بتاريخ 1999/05/25، والذي تم تطبيقه بفرنسا بالأمر الصادر في 17 فيفري 2005 المتعلق بقانون الإستهلاك، فالمادة 4-211.L من قانون الإستهلاك الفرنسي تلزم البائع بتسليم مبيعا مطابقا لما تم الإتفاق عليه، والإستجابة لضمان عيوب المطابقة إن وجدت عند تسليم المبيع.

⁴ _ الفصل 31 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، السالف الذكر.

الغش السالف ذكره، وفي مواكبة للقوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، جاء المشرع الجزائري في ظل صدور قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية يؤكد على الإلتزامات المفروضة على البائع في عقد البيع الإلكتروني، والمشرع الجزائري لم يعرف هو الآخر المطابقة وأشار إليها ضمن أحكام ممارسة التجارة الإلكترونية، وذلك في المادة 23 فقرة 1: " يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتج معيباً"¹.

وبهذا سار المشرع الجزائري على نهج المشرع التونسي السابق ذكره عندما نص على إمكانية إرجاع المنتج على حالته، إذا كان غير مطابقاً للطلبية، غير أن المشرع الجزائري لم يحدد آجال استعادة البائع للمنتج من قبل المشتري، وذلك على عكس المشرع التونسي الذي قرر في ذلك أجل 10 أيام من تاريخ التسليم، وهي المدة التي تسمح للمشتري بفترة للتفكير أطول عقب إجراءه لطلبية مسبقة عبر الإنترنت، فيكون له حق العدول عن العقد إعتباراً من تاريخ إستلامه للسلعة التي طلبها، أو من تاريخ إنهاء الإتفاق بالنسبة للخدمة، وهو ما يجب على المشرع الجزائري تداركه في العدول عن العقد من خلال التحديد لآجال إستعادة المنتج².

وكما عرفها عدد من الفقهاء الإلتزام بالمطابقة على أنها: "مطابقة الشيء المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد للإشترطات الصريحة أو الضمنية فيه، وعدم المطابقة على أنها الإختلاف القائم بين الشيء المسلم به وحقيقة الشيء المتفق عليه في العقد"³.

ويمكننا القول في الأخير أنه لا يوجد تعريف محدد للإلتزام بالمطابقة، فالإلتزام البائع بموجب عقد البيع الإلكتروني عليه أن يسلم المشتري منتوجاً وفقاً لما تم الإتفاق عليه في

¹ جاءت المادة 23 فقرة 1 ضمن أحكام الباب الثاني الخاص بممارسة التجارة الإلكترونية، من الفصل الخامس المعنون بواجبات المورد الإلكتروني ومسؤولياته من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.

² يعد إكتساب المشتري لحق العدول عن عقد البيع الإلكتروني مظهر من مظاهر عدم المطابقة في المنتج، لأنه في هذه العقود لا يمكنه الحكم الدقيق على السلعة أو الخدمة مهما بلغ وصف البائع أو المنتج لها، ويعد هذا الحق من الضمانات القانونية الخاصة للمشتري في ظل تعاقدته بالبيع الإلكتروني وهو محل البحث من خلال هذه الدراسة.

³ لموشية سامية، الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه علوم تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018-2019، ص 106.

العقد، في النوع والصفات والمقدار، طبقا لما رآه المشتري على الجهاز متقدما بطلب شرائه عبر الإنترنت.

وبناء عليه لا يكتسب الإلتزام بالمطابقة في البيع الإلكتروني خصوصية في التعريف وينطبق عليه ما هو معمول به في عقد البيع العادي.

02- خصوصية الإلتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني

في مجال عقود البيع الإلكترونية تزداد أهمية هذا الإلتزام، خاصة وأن أوصاف المبيع المعروض على الإنترنت لا تكمن المشتري من الرؤية الحقيقية للمبيع، مما لا يمكنه من الحكم عليه وتقييمه تقييما حقيقيا، خصوصا وأن الإمكانيات الإلكترونية تسمح بتزيين الشيء وإظهاره على غير حقيقته¹.

فالقواعد العامة للقانون المدني تلزم البائع بتقديم الشيء المبيع مطابقا للعقد على أساس المبادئ العامة في نظرية الإلتزام، كمبدأ حسن النية وقاعدة إلزام المتعاقد بمستلزمات العقد².

وطبقا لهذا المبدأ يلتزم البائع بتسليم المشتري مبيعا مطابقا للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله، خاصة في مجال التجارة الإلكترونية التي يفترض فيها أن المشتري لم يقيم بالمعاينة المادية للشيء المبيع، وأنه إكتفى بالبيانات والصورة الواردة على الموقع.

ومع ذلك لا يكفي أن يكون الشيء مطابقا لما تم الإتفاق عليه في العقد، بل يجب أيضا أن يكون صالحا لأداء الغرض المخصص له، وهو الأمر الصعب في مجال عقودنا وذلك راجع بالأساس إلى غياب أقوى وسائل العلم بالمبيع علما كافيا والمتمثلة في النظر

¹ _ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت (مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع) المرجع السابق، ص 399.

² _ يلتزم البائع طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني على تنفيذ العقد، لنص المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري: " لا يقتصر العقد على ما ورد فيه فحسب بل يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام"، وهي مطابقة لنص المادة 148 فقرة 2 من القانون المدني المصري، وتقابلها المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي.

والذوق واللمس¹، وبالتالي لا بد أن يتضمن الإعلان عن السلعة أو الخدمة من خلال البيانات، نوع المنتج وأوصافه.

وهناك من يرى أن البيع بالنموذج أو بالعينة في البيع الإلكتروني، ما هو إلا تصوير ووصف للمنتج عبر شاشة الإنترنت، فتكون المطابقة شكلية أكثر منها موضوعية أو وظيفية، أما بالنسبة لمواصفات المنتج وقدرته على تحقيق غاية المشتري، فمن غير الممكن أن يحققها البيع بالنموذج أو العينة عبر شاشة الإنترنت².

ويعبر عن البيع بالنموذج أو العينة عادة عندما نكون بصدد المطابقة الشكلية دون الجوهرية هذا ما يشكل لدى المشتري دافعا قويا لإبرام العقد، إلا أن هذا الوصف للبيع قد يتجسد عند التسليم الفعلي للمبيع، عندها تصبح غاية المشتري مستحيلة لعدم إمكانية تحقيق غرض الإستعمال من المنتج بسبب عدم تزويده بالعلم الكافي حول المنتج³.

يتضح بناء على ما تم تقديمه، أن الإلتزام بالمطابقة في البيع الإلكتروني واجب التنفيذ من البائع أو المورد الإلكتروني، غير أن الواقع العملي يظهر غير ذلك في الكثير من المعاملات التجارية، وذلك راجع لعدم رؤية المبيع أو الخدمة عن كثب والتي ينبغي تدعيمها بتوضيحات وشروط فعالة تساعد المشتري لإقتناء المبيع، وكذلك إلى عدم تحلي الباعة والتجار باللجوء إلى إستعمال كل الطرق الإحتيالية التي تؤدي إلى تقديم مبيعا غير مطابق للمستهلك الذي يقوم بالكشف عن عدم المطابقة فيه، فيطالب بضمانها، غير أنه لم يتمكن بالكشف عنها سوف يؤدي ذلك إلى إضراره وتحمله نفقات ضخمة تلحق به وبأمواله⁴.

¹ _ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 400.

² _ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت (دراسة تحليلية)، المرجع السابق، ص 351.

³ _ لموشية سامية، الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 112.

⁴ _ معزوز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية (ضمان التعرض والإستحقاق والعيوب الخفية)، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص 367.

03- جزاء الإخلال بالالتزام بالمطابقة

يتعين على المشتري فحص المبيع عند تسلمه في مدة معقولة، لأجل الكشف عنه والتأكد من مطابقته للمواصفات قبل التوقيع على وثيقة التسليم، فإذا ثبت تسليمه مبيعاً غير مطابقاً للصفات أو الكميات المتفق عليها، أو كان في المبيع عيباً من العيوب، جعله غير محقق لغرضه بعد الإستعمال¹، فيكون من حق المشتري طلب الجزاءات الواجب توقيعها عن إخلال البائع بهذا الإلتزام، وفقاً لما تقرر في القواعد العامة للقانون المدني بالمطالبة بالتنفيذ العيني إن كان ممكناً، كما يستطيع طلب فسخ العقد مع التعويض في الحالتين عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال البائع بالالتزام بالتسليم².

وفيما يتعلق بالتنفيذ العيني من طرف البائع يرى جانب من الفقه في التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت تكون فيه صعوبة كبيرة بسبب وجود المسافات البعيدة التي تفصل بين المتعاقدين مما يؤدي إلى عدم تصور إمكانية التنفيذ العيني في حالة التعاقد الإلكتروني. وكما يرى جانب آخر من الفقه أن المتبع في العقود الإلكترونية تزامن تسليم المبيع مع الوفاء بالثمن في نفس الوقت، وبالتالي يمكن اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ أو الحق في الحبس، أما بالنسبة لعقود الخدمات فإن مقدم الخدمة يشترط دفع المقابل بداية قبل تسليم الخدمة أو إنجازها³.

ولأن جل ما يهمننا في دراستنا هو ما تناولته القواعد الخاصة والمتعلقة بالتجارة الإلكترونية، فسنعالج ما أقرته التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية بما فيها ما أقره القانون 05-18 من ضمانات قانونية للمشتري نتيجة عدم تحقق التسليم المطابق المطلوب للمنتج بمحاولة معالجة إصلاح المنتج غير المطابق أو إستبداله، والتطرق إلى رد المبيع والمطالبة بالتعويض.

ونحيل فيما يخص الأحكام العامة لهذه الوسائل إلى القواعد العامة للقانون المدني.

¹ _ معزوز دليّة، الإلتزام بتسليم منتج مطابق في البيع التقليدي والإلكتروني، (دراسة مقارنة)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، العدد 01، المجلد 06، جوان 2021، ص 273.

² _ المادة 176 من القانون المدني والتي تقابل المادة 159 من القانون الليبي والمادة 177 من القانون المدني العراقي.

³ _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 396.

أ- إصلاح المنتج غير المطابق أو إستبداله

الإصلاح يعني القيام بالتعديلات الضرورية والكافية على المنتج المسلم من أجل إزالة عدم المطابقة وتشمل عملية الإصلاح مكونات الشيء غير المطابق ولذلك يتقرر الإصلاح، كطريقة من طرق التنفيذ العيني لضمان المطابقة، ويصح فقط في الصورة الوظيفية للمطابقة، وذلك نتيجة خلل أو عطب ينص على صلاحية المنتج للإستعمال أو الإستخدام، فهو الحل الذي يتفق مع ضمان المطابقة الوظيفية للمنتج، لكن إذا كان المنتج من الصفات المتفق عليها فلا تجدي عملية إصلاح فيه¹، كحال المشتري الذي يشتري هاتف على أساس أنه يتميز بمواصفات معينة، لكن عند التسليم يكتشف تخلف هذه الصفات، في هذه الحالة عليه أن يطلب إستبداله بمنتج إن أمكن، ولقد نظم المشرع الجزائري هذا الإصلاح بالتفصيل الموسع في المرسوم رقم 13-327².

ولكن غالبا ما ينفذ البائع أو الخدمة في حالة عدم توفر السلعة أو الخدمة المطلوبة، وأشارت المادة 46 فقرة 2 من إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع إمكانية إستبدال المستهلك البضاعة بأخرى، إذا توافرت شروط الإستبدال وتقديم البديل، فقد نصت على أنه: " لا يجوز للمشتري في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة إلا إذا كان العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد وطلب المشتري تسليم البضائع البديلة في الوقت الذي يخطر فيه البائع بعدم المطابقة وفقا لأحكام المادة 39 أو في ميعاد معقول من وقت هذا الإخطار"³.

كما أجازت المادة 7 فقرة 3 من توجيهات الإتحاد الأوروبي بشأن حماية المستهلك والتعاقد عن بعد للمستهلك أن يقوم بإستبدال البضاعة أو الخدمات بأخرى إذا كان البديل أجود أو بثمن مماثل للسلع أو الخدمات الأصلية التي تم إبرام العقد بشأنها، يتعين أن يشترط

¹ - معزوز دليلة، الإلتزام بتسليم منتج مطابق في البيع التقليدي والإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 274.

² - مرسوم تنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، السالف الذكر.

³ - معزوز دليلة، الإلتزام بتسليم منتج مطابق في البيع التقليدي والإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع نفسه، ص 274.

ذلك بين المتعاقدين قبل إبرام العقد الإلكتروني ويجب على المستهلك إعلان رغبته بالإستبدال إلى المورد بشكل واضح وصريح¹.

أما المشرع التونسي أجاز للمستهلك إرجاع السلع أو الخدمة والحصول على قيمتها دون إمكانية استبدالها بسلع أو خدمات بديلة أخرى إذا كانت البضاعة غير مطابقة للطلبية أو إذا تأخر المورد عن الميعاد المحدد لتسليم البضاعة غير مطابقة للطلبية².

وكما نظم المشرع الجزائري حماية للمشتري الذي ليس بمقدوره معاينة المنتج معاينته معاينة مادية عبر الإنترنت بسبب شدة الإعلان المغري للمنتج، وألزم البائع على التنفيذ العيني المتعلق بإصلاح المنتج المعيب أو إستبداله، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 23 فقرة 3 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السالف الذكر: " ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي: تسليم جديد موافق لطلبية، أو إصلاح المنتج المعيب، أو إستبدال المنتج بأخر مماثل..."³.

ب- رد المبيع والمطالبة بالتعويض

إذا كان المبيع لا يستجيب للمواصفات المتفق عليها وشروط العقد، فيجب للمشتري أن يطالب برد المنتج غير مطابق، إذا ما كان المبيع لا يخضع للإصلاح ويستند طلب المشتري في ذلك إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، وكما يحق له المطالبة بفسخ العقد طبقاً لنص المادة 119 من التشريع المدني الجزائري، حيث يتقرر ذلك إلا بعد قيام المشتري بفحص المنتج والتحقق من عدم التطابق فيه، فيتقدم بدعوى يطلب فيها القاضي فسخ العقد، ويتحمل البائع نفقات رد المبيع غير المطابق.

¹ _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 397.398.

² _ ينص الفصل 31 من القانون التونسي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه: " بقطع النظر عن جبر الضرر لفائدة المستهلك يمكن لهذا الأخير إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق للطلبية أو إذا لم يحترم البائع آجال تسليمه وذلك في أجل عشرة أيام عمل تحتسب من بداية تاريخ التسليم".

³ _ معزوز دليلة، الإلتزام بتسليم منتج مطابق في البيع التقليدي والإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 274.

وقد أُلزم قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لبائع أن يوفر بطريقة واضحة ومفهومة في المعاملات التجارية الإلكترونية التي تبرم عن بعد عن طريق شبكة الإنترنت أن يبين للمشتري شروط فسخ العقد قبل إبرام العقد الإلكتروني¹.

فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه المترتب عن العقد الإلكتروني ولم يتم بتسليم المبيع إلى المشتري أو لم يقدم الخدمة للمستفيد، ففي مثل هذه الحالة يفسخ العقد، ما لم يثبت البائع أن عد تنفيذ التزامه بتسليم المبيع أو الخدمة إلى المستهلك قد حدث بفعل قوة قاهرة أو بفعل المشتري²، كتخلف المورد عن تزويد مستعمل جهاز الحاسوب ببرامج التشغيل أو دليل التشغيل أو بتدريبه على كيفية استعمال الجهاز، فإن هذا يعد سببا لطلب المستعمل فسخ العقد بعد قيامه بإعذار المورد بتنفيذ التزاماته³، والفسخ يؤدي طبقا للقواعد العامة إلى إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وإعتبار العقد كأن لم يكن.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 23 فقرة 1 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السالف الذكر على أنه: " يجب على المورد الإلكتروني إستعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتج معيبا"، والسحب يكون بعد مطالبة المشتري البائع برد المبيع فيقوم المستهلك بإعادة إرسال المبيع أو المنتج في غلافه الأصلي في مدة أقصاها أربعة أيام وذلك من تاريخ التسليم الفعلي مع تسبيب الرفض، وله الحق في إستعادة المبلغ المدفوع خلال 15 يوما من تاريخ إستلامه للمبيع، ودون الإخلال بإمكانية مطالبة المشتري أو المستهلك بالتعويض في حالة وقوع الضرر⁴.

¹ _ الفصل 25 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية والسالف ذكره، إذ نص على أنه: " يجب على البائع في المعاملات التجارية والإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد.. شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدودة أو تفوق السنة".

² _ الفصل 25 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، السالف الذكر: " بإستثناء حالات القوة القاهرة يفسخ العقد إذا أخل البائع بإلتزامه ويسترجع المستهلك المبلغ المدفوع بغض النظر عن جبر الضرر اللاحق به".

³ _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 404.

⁴ _ المرسوم التنفيذي رقم 21-244 مؤرخ في 19 شوال عام 1442 الموافق 31 مايو سنة 2021، يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع.

الفرع الثاني: الالتزامات المتعلقة بالأمان

لا يكفي قيام المورد (البائع) بتسليم المنتج، وضمان سلامته، وإنما لابد من تسليم المنتج بطريقة تمكن المستهلك من الحصول على المنافع والخدمات التي كان ينتظرها ويرجوها عند التعاقد، وهذا ما يقتضي خلوه من كل عيب، حيث وجد هذا العيب كان البائع مسؤولاً عنه هذا هو ضمان العيوب الخفية فيلتزم البائع بأن يضمن للمستهلك ضمان العيوب الخفية في المبيع وتخلف المواصفات.

وعليه سيتم التطرق من خلال هذا الفرع إلى التزام المورد الإلكتروني بالسلامة (أولاً)، وكذا التزامه بالضمان (ثانياً).

أولاً: الإلتزام بالسلامة

إن تبيان أحكام الإلتزام بسلامة يقتضي تعريف هذا الإلتزام، وتبيان شروطه، وكذا تبيان الجزاء المترتب في حالة الإخلال بهذا الإلتزام.

01- تعريف الإلتزام بالسلامة

يعرف الإلتزام بالسلامة بأنه الإلتزام الذي يحرص فيه المدين على تنفيذ العقد دون أن يلحق ضرراً بالشخص الدائن، ويهدف إلى توفير الأمان للمستهلك في السلعة أو الخدمة التي قد تنطوي على خطورة، وتكون مصدر ضرر له وللمحيطين به، وإعلامه وتنبيهه إلى تلك الخطورة، بحيث يجب أن يتحقق من ضمان السلامة والأمان الذي يتوقعه المستهلك وفق ما يتفق مع التقدم العلمي والتكنولوجي القائم¹، وتظهر أهمية وجود مبدأ الإلتزام التعاقدي بالسلامة في التوازن بين حفظ المبادئ الواجب مراعاتها بموجب قواعد النظام العام، وإحترام حرية تعاقد الأطراف².

¹ - عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الإنترنت)، دراسة تحليلية، المرجع السابق، ص 342.

² - معزوز دليلة، الإلتزام بتسليم منتج مطابق في البيع التقليدي والإلكتروني، المرجع السابق، ص 329.

ويمكننا القول أن الإلتزام بالسلامة أو ضمان الإلتزام بالسلامة، معنى واحد يكمن في قيام البائع أو البائع المنتج (المورد) بزرع الثقة لدى المستهلك حول صلاحية المبيع، وإستبعاد وقوع الأضرار عند إستعماله، وضمن التعويض عند وقوعها.

أما بالرجوع إلى البيع الإلكتروني، فإن الإلتزام بالسلامة يحمل نفس المعنى الذي نصت عليه قوانين حماية المستهلك، فهو يهدف إلى توفير الأمان للمستهلك في السلعة أو الخدمة التي قد تتطوي على خطورة وتكون مصدر له وللمحيطين به، حيث لا بد أن يتحقق من ضمان السلامة والأمان بطريقة تتفق مع التقدم العلمي والتكنولوجي القائم¹.

وجذور هذا الإلتزام المستقل نجدها حينما إعترف المشرع الفرنسي صراحة بإستقلاله في نص المادة (1-221) من قانون حماية المستهلك، فأشار بضرورة توافر الأمان المنتظر من السلعة وألا تحمل إعتداء على صحة الأشخاص مادامت تستعمل في الظروف العادية ونص المشرع الفرنسي بدوره في إطار حماية المستهلك في المادة (115-1386) على عدم جواز الإتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية الموضوعية عن المنتج المعيب ويسري هذا الخطر على العلاقة بين المستهلك والمهني المحترف كما يسري على العلاقة بين المهنيين المحترفين بعضهم ببعض، ويستطيع المضرور رفع دعوى التعويض خلال ثلاث سنوات من تاريخ معرفته بالضرر وفي جميع الأحوال تسقط بالتقادم هذه الدعوى بمضي عشر سنوات من تاريخ تداول المنتج المعيب².

وحول طبيعة هذا النوع من الإلتزام فقد إتجه الفقه والقضاء والتشريع إلى أن البائع لا يضمن سلامة المستهلك في إطار إلتزام بوسيلة بل في إطار إلتزام بتحقيق نتيجة، وذلك نتيجة التعامل في سلع خطرة بطبيعتها أو بوجود عيب فيها، فإذا أخل المدين بالثقة المفترضة فيه، سوف يتحمل نتيجة ذلك³ وهي تتجسد في كل أنواع الأضرار الجسدية والمادية التي تلحق بالمشتري، ولكن يمكننا القول أن نفس النتيجة المنتظرة من ضمان السلامة في البيع الإلكتروني، فهي متوقعة في البيع العادي، الذي يزخر بدوره بالمنتجات

¹ _ معزوز دليلة، الإلتزام بتسليم منتج مطابق في البيع التقليدي والإلكتروني، المرجع السابق، ص 329.

² _ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، المرجع السابق، ص 344.

³ _Golds Chmidt (s)«théorie de l'obligation de sécurité, thèse, lyon 1947, p 140 et 141.

المعقدة والخطرة وتسبب للمشتري البسيط (غير المحترف) وعائلته، وكذا الغير المتعاقد أضرار جسدية ومادية، لا يمكن تحملها.

02- شروط إلتزام بضمان السلامة

وإستند شراح القانون في تأييد إستقلال الإلتزام بضمان السلامة إلى أن عقد البيع لا بد أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط أو السمات والتي أدرج الفقه على طلبها للإعتراف بوجود هذا الإلتزام مستقلا عندها، وتتمثل هذه الشروط في:

أ- وجود خطر يهدد سلامة أحد المتعاقدين:

التقدم التقني وما صاحبه من تعقد الأجهزة وتنوعها وصعوبة إستعمالها جعل من تلك الأجهزة خطرة بسبب عيوبها أو خطورتها الذاتية مما جعل من تلك الأجهزة خطرة بسبب عيوبها أو خطورتها الذاتية، ومن هنا كان لا بد من أن تكون لسلامة جسد المستهلك قدسية¹. ويلتزم البائع في عقد البيع بتسليم منتجات خالية من أي عيب أو خلل بالتصنيع يشكل بطبيعته خطرا على الممتلكات².

ب- أن يكون أحد المتعاقدين محترفا:

يتعين على المحترف³، الإحاطة بالأصول العلمية التي تمكنه من مزاوله نشاطه على أكمل وجه، وذلك شأن البائع الذي يعرض سلعة معقدة أو أجهزة أمنية على شبكة الإنترنت، حيث بإمكانه الإتصال بعدد غير محدود من المستهلكين في العادة ما يقدمون على التعامل مع البائع دون حذر، وهو الأمر الذي بإمكانه أن يجعل الضرر كبيرا في هذه الحالة، متى كانت السلعة معيبة وتتطوي على خطر محقق بالآخرين⁴.

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 373.

² _ شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2015-2016، ص 239.

³ _ مصطلح المحترف إستعمله المشرع الجزائري للدلالة على المهني، وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 25 صفر عام 1411 هجرية الموافق 15 سبتمبر سنة 1990 ميلادية، يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، وكما عرف المحترف بموجب القانون 09-03 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر، بأنه "هو منتج، أو صانع، أو وسيط، أو حرفي، أو تاجر، أو مستورد، أو موزع، وعلى العموم هو كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للإستهلاك".

⁴ _ شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، المرجع نفسه، ص 239.

ج- أن يكون أمر الحفاظ على سلامة المستهلك موكولا للطرف الآخر:

ويقصد بذلك خضوع المستهلك للمحترف كما هو الأمر في عقود الإذعان، والتي يحتكر فيها أحد المتعاقدين سلعة أو خدمة ويكون في مركز أقوى يسمح له بإملاء شروطه بحيث ينحصر القبول في رضوخ المتعاقد الضعيف وتسليمه بشروط يملئها الطرف الآخر القوي ويعرضها ككل تؤخذ أو تترك¹.

والمستهلك الإلكتروني بحكم جهله بتكوين السلع والمنتجات الفنية والكيميائية معقدة التركيب فإنه أمر ضمان سلامتها إلى المنتج، ويكون في حالة خضوع تام لهذا الأخير².

03- جزاء الإخلال بالسلامة

كان الفقه والقضاء الفرنسي معتمدا على قانونيين أساسيين للإلتزام بضمان السلامة هما: مبدأ حسن النية، ومبدأ مستلزمات العقد، حيث يعتبر الأساس الأول لدى البعض، أكثر إمتثالا وإتفاقا مع طبيعة الإلتزام بضمان السلامة، لكون أن أساسه كامن في المادة 1134 فقرة 3 من القانون الفرنسي والتي تقابل المادة 107 من القانون المدني الجزائري، فعلى المحترف الإمتثال لهذا الأساس حتى يتجنب وقوع المستهلك في مخاطر ثم مطالبته بالتعويض.

أما الأساس الثاني يتمثل في مستلزمات العقد التي إستمدتها القضاء الفرنسي، من نص المادة 1135 حيث جاء فيها: "لا يقتصر على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا، ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة"³.

فدخول الجزائر المنافسة الحرة وتحسين معيشة المستهلكين، وتشجيعها للإقتصاد الحر، أدى ذلك إلى ظهور منتجات مختلفة مع شك المستهلك في كونها أصلية أو مقلدة، خطرة أو آمنة، فهذه العوامل ما دفعت بالسياسة التشريعية إلى إصدار قانون رقم 89-

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 274.

² _ شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 240.

³ _ معزوز دليلة، الإلتزام بتسليم منتج مطابق في البيع التقليدي والإلكتروني، المرجع السابق، ص 340.

02 (ملغى)¹ والذي تم تكريسه ضمن قانون رقم 89-02، حيث نصت المادة 02 منه على: " كل منتج سواء كان شيء مادي أو خدمة مهما كانت طبيعته يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك أو أمنه، أو تضر بمصالحه المادية"، وحتى المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 15/09/90 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات فقد نصت المادة 03 منه على أنه: " يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للإستعمال المخصص له أو من أي خطر ينطوي عليه ويسري هذا الضمان لدى تسليم المنتج".

وبصدور القانون رقم 09-03 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر²، كرس نفس المبدأ الذي جاء به قانون رقم 89-02 (الملغى) المتعلق بحماية المستهلك مع محاولة سد بعض الثغرات الموجودة فيه، كعدم ملائمته مع متطلبات هذا الوقت في مجال ضمان سلامة المستهلك، لهذا نجد القانون 09-03 تناول الإلتزام بضمان السلامة ونص عليه في الفصل الثاني في المادة 09 و 10، حيث تضمنت المادة 09 منه: " يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للإستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الإستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للإستعمال، أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

أما المادة 10 منه، فقد كان نصها موجها لكل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للإستهلاك أن يحترم إلزامية أمن المنتج فيما يخص مميزات تركيبه، تغليفه، شروط تجميعه وصيانته، كما يجب أن ينتبه لمدى تأثير المنتج بالمنتجات الأخرى عند إستعمالها مع بعضها، ويجب كذلك عرض المنتج بوسمه وتحذيرات إستعماله أو إتلافه حتى لا يعرض المستهلك للهلاك.

¹ _ قانون رقم 89-02 (الملغى) المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الصادر بتاريخ 08/02/1989، الجريدة الرسمية عدد 6 الصادر بتاريخ 08/02/1989.

² _ قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

هذا فيما يخص ضمان السلامة في البيع العادي أما ضمان السلامة في البيع الإلكتروني فهو ذلك الإلتزام الذي يتطلب وجود ضمانات في الشيء المبوع أو المنتج تحمي المستهلك من المخاطر التي تمس صحته وأمواله، وبالإضافة إلى مخاطر التقدم العلمي، ففي حالة حدوث ضرر بعد إقتناء هذه السلع أو الخدمات، كيف يتم تعويضه عن الضرر الذي تسببت فيه هذه المبيعات.

المستهلك في التعاقد الإلكتروني يتجول عبر صفحات الويب من خلال شبكة الإنترنت بغية التسوق والشراء، وحينما يستقر على منتج أو خدمة معينة فإنه يبرم تعاقدًا بشأنها، وفي الغالب المورد (التاجر) هو من يقوم بالتعاقد مع المستهلك وتسليمه السلعة، وبالتالي لا يكون ثمة علاقة تربط بين المستهلك والمنتج لإخلاله بالإلتزام بالسلامة، وهذه المسؤولية لا تقبل إثبات العكس، كما يستطيع أن يرفع دعواه على كل هؤلاء المتدخلين بالتضامن فيما بينهم، والمستهلك لا يكون ملزماً بإثبات الخطأ من جانبهم.

ولا يكفي أن يثبت الصانع المنتج عدم إخلاله بالسلامة، وإنما يتعين عليه إثبات وقوع الضرر إنما يعود إلى سبب أجنبي عنه¹، كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور عند استعمال الشيء المبوع أو عدم تحقق المضرور من صلاحية المبوع للإستعمال اللامبالاة والتهاون الصادر منه².

وبالرجوع إلى قانون الإستهلاك الجزائري رقم 89-02 (الملغى) والسالف ذكره، نجده قد خلا من تطبيق مسؤولية المنتج ضماناً لإلتزامه بخلو المنتج من العيوب المسببة للأضرار، ما عدى ما يمكن إعتبره شروط سلامة المنتوجات من المخاطر التي تمس صحة المستهلك.

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 352.

² _ معزوز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية، المرجع السابق، ص 349.

وتم تكريس المسؤولية عن المنتج من أجل الحصول على التعويض العادل عن الضرر الذي سببته المنتجات في القانون الجزائري، بموجب المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري¹.

ثانيا: إلتزام المورد الإلكتروني بالضمان

يترتب على إنعقاد العقد عبر المجال الإلكتروني، أن تنشأ الإلتزامات دون الحاجة لوجودها لإتفاق خاص، وإنما تترتب كضمانات من شأنها حماية المستهلك الإلكتروني، لأن رؤية المنتج تتم عبر موقع إلكتروني، ما ينتج عنه عدم تمكنه من المعاينة الدقيقة للمنتج لإفتقاره الخبرة العلمية الكافية والتقنية المطلوبة في بعض السلع، ولعدم تزويده بالخدمات الإلكترونية الحديثة التي تساعده في الكشف عن المنتج².

وبمقتضى هذا الإلتزام يحق للمستهلك الإنتفاع بالخدمات أو التقنية محل العقد بإطمئنان وفاعلية، ويتحمل البائع كل ما يترتب على عدم صلاحية المبيع وسلامته من العيوب سواء أكان ذلك في العقود التقليدية التي تبرم بالوسائل العادية، أم العقود الإلكترونية التي تبرم عن طريق شبكة الإنترنت أو وسائل الإتصال الأخرى³.

ويدخل كذلك ضمن الضمانات القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقد بضمان الخدمة ما بعد البيع، وذلك في حالة ما طرأ تغير على نظام الإنتاج والتصنيع، والتي غالبا ما يجد المشتري نفسه عاجز وقلق إزاء تعطلها، خاصة وأن ضمان العيوب الخفية المنصوص عليه في القواعد العامة أصبح عاجزا عن توفير الحماية له جراء تعقيد هذه المنتجات.

لا يتوقف إلتزام البائع بتمكين المشتري من المنتج آمن ومطابقته لما تم الإتفاق عليه في العقد والنصوص التنظيمية، وكذا خلوه من العيوب التي قد تحرمه من الإنتفاع بالمنتج

¹ _ المادة 140 مكرر فقرة أولى من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، والتي تقابل نص المادة 1386 فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي، والفقرة الثانية من نفس المادة تقابلها الفقرة الثالثة من نفس المادة من نفس القانون، وبذلك نظم المشرع الجزائري مسؤولية المنتج في نص المادة 1386 بفقراتها الثاني عشر، في حين أن المشرع الجزائري نظمها في مادة واحدة فقط من القانون المدني وهي المادة 140 مكرر.

² _ لموشية سامية، الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 149.

³ _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 104.

على المخصص له، بل يمتد إلتزامه بالضمان ليشمل حق المشتري في إلتزام البائع بأن يضمن له خدمة ما بعد البيع، في حالة ما تعرض المنتج إلى أضرار معينة، أو تقديم المزيد من التفاصيل خاصة في حالة الإقدام على شراء منتجات عبر شبكات الإنترنت.

01- ضمان المورد الإلكتروني للعيوب الخفية

الإلتزام بضمان العيوب الخفية ينشأ عقد البيع سواء التقليدي أو الإلكتروني بهدف حماية المستهلك، بإعتباره الطرف الذي يتعاقد إلكترونياً مع المورد الإلكتروني من أجل شراء منتج معين يفترض أنه خال من العيوب، وصالح للغرض الذي إشتراه من أجله، ولو كان عالماً بما فيه من عيوب لما تعاقد على شرائه، أو لما دفع ثمنه المسمى، وهذا ما نصت عليه المبادئ القانونية الحديثة، حيث تكفلت أغلبية التشريعات بتنظيم أحكام هذا الضمان، وفي هذا المجال سنتناول تحديد مفهوم العيب الموجب للضمان في عقود الإستهلاك المبرمة عبر المجال الإلكتروني، وإجراءات ضمان سلامة المستهلك من المنتجات المعيبة، وكذا جزاء الإخلال بضمان العيوب الخفية.

أ- مفهوم العيب الموجب للضمان في عقود الإستهلاك المبرمة عبر المجال الإلكتروني:

يعتبر عيباً خفياً كل ما يطرأ على الشيء من أمر يفوت أو ينقص المنفعة المرجوة منه بحيث يؤدي ذلك إلى نقصان قيمته¹.

وهو بذلك يشمل كل ما ينال من صلاحية المنتج ويعيق الإنتفاع به على نحو يخالف الغرض من التعاقد، وحتى يكون العيب موجباً للضمان لا بد أن يتوافر على شروط وإجراءات لا بد من إتباعها، ولكن يتوجب قبل ذلك وحتى يضمن هذا الحق تحديد مفهوم هذا العيب وبالأخص في البيع الإلكتروني.

ت. تعريف العيب الخفي:

عرف بعض الفقه العيب الخفي في المبيع بأنه: " كل ما يعرض للمبيع فيجعله غير ملائم أو يؤثر على إمكانية تصريفه أو يعوق إستعماله العادي ويجب أن يعتد بكل ذلك

¹ _ قالية فيروز، إلتزامات المورد الإلكتروني في ظل قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 395 و394.

قانوننا"، وعرفه البعض الآخر بأنه: "عدم قابلية المبيع للإستعمال المعد له إما بحسب طبيعته أو تبعاً لإرادة الطرفين، أو التدني اللاحق بهذه القابلية بشكل لم يكن ليرضى به المشتري أو ما كان قد رضي به إلا بثمن أقل"¹.

وبالتالي العيب الذي يلحق بالمبيع هو العيب الذي يصيب المنتج سواء في الأوصاف أو الخصائص، حيث يجعله غير صالح للغرض الذي أنشأ لأجله، أو يؤدي لإتلاف المنتج أو إنقاص قيمته ومنفعته وغيرها من العيوب الخفية.

وقد تعرض المشرع الجزائري للعيب الخفي في نص المادة 379 من القانون المدني، والتي تنص على ما يلي: " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الإنتفاع بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو إستعماله".

حيث أن هذه المادة تقابل نص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي² والمادة 447 من القانون المدني المصري³ والمادة 436 من القانون المدني الليبي والمادة 558 من القانون المدني العراقي⁴.

¹ _ رفاوي شهيناز، أوجه الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع الإلكتروني نموذجاً)، مداخلة ملقاة ضمن فعالية الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك والإقتصاد الرقمي المعنون ب ضرورة الإنتقال وتحديات الحماية 23 و24 أبريل 2018.

² _ نصت المادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي على أن العيب يجعل البيع غير صالح للإستعمال الذي وجد من أجله أو تنقص من منفعته، فلو علم به المشتري لما دفع ثمنه.

³ _ عالج المشرع المصري في تقنينه المدني أحكام العيب الخفي في المواد 455.447، حيث تعرض لماهية العيوب الخفية التي يضمنها البائع (المورد) والآثار التي تترتب على قيام الضمان.

⁴ _ يلتزم البائع بضمان حيازة هادئة ونافعة للمبيع خالية من العيوب الخفية وأن يضمن المواصفات المطلوبة والتي نصت عليها المادة 436 من القانون المدني الليبي: " 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 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".

_ في حين أن نص المادة 558 فقرة 1 من القانون المدني العراقي عرفت العيب بأنه: " هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث وهو في يد البائع قبل التسليم".

وكما عرف المشرع الجزائري الضمان بموجب القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في نص المادة 3-19 والذي جاء فيه: " الضمان هو إلتزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، بإستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنها أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة"، وبذلك يعد الإلتزام بضمان العيوب الخفية وسيلة فعالة لحماية المستهلك من العيوب التي قد توجد في المبيع وتقال من صلاحيته لإستغلاله والإنتفاع به على نحو يخالف الغرض من التعاقد¹.

وكما أن أشرنا سابقا أن المشرع الجزائري كفل للمستهلك سواء في عقود البيع التقليدية أو الإلكترونية إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع².

هذا فيما يخص العيب الخفي في البيع العادي، أما فيما يتعلق بالعيب الخفي في البيع الإلكتروني، يتمحور حول إلتزام المورد الإلكتروني بضمان العيوب الخفية لسبب ظهور بعض السلع الحديثة غير الآمنة أو عرض خدمات لا ترقى إلى المستوى المطلوب، فمن أجل عدم وقوع ذلك لابد من تسليم المبيع خاليا من أي عيب ظاهرا أو خفيا ليتمكن المشتري (المستهلك) من تحقيق غايته عند إستخدامه، فغالبا ما يعرف العيب الخفي في البيوع الإلكترونية أنه مبيع مجرد من الأمان والسلامة أو مبيع يسبب خطورة وأضرار للمشتري. فقد يكون هذا العيب في السلع والخدمات المادية، كما قد يكون في الكيان المعنوي أو المنتجات الرقمية، كإستخدام المستهلك مثلا برنامج حاسب آلي من المورد وبعد التعاقد تبين لا يحقق الغاية منه لوجود فيروس به لا يمكن إكتشافه إلا من قبل خبير³.

ث. شروط العيب الخفي:

ونشير إلى أن كل ما تتناوله القواعد العامة في نظرية العقد والأحكام الخاصة لعقد البيع عموما هي بالتأكيد تنطبق على عقود البيع الإلكترونية، بما فيهم أحكام هذا الضمانونكتفي بذكر شروطه والتي تطبق في العقود الإلكترونية أو العقود التقليدية وهي:

¹ _ جقريف الزهرة، شربيط وسيلة، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في ظل القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري، المرجع السابق، ص 194.

² _ إحالة إلى القواعد العامة للقانون المدني الجزائري، بالتحديد المادتين 379.380.

³ _ قالية فيروز، إلتزامات المورد الإلكتروني في ظل قانون رقم 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 395.

• أن يكون العيب مؤثراً: أن يكون على قدر من الجسامة ويحول دون أداء الإستفادة بالكامل من المبيع أو الخدمة.

• أن يكون العيب خفي غير ظاهر: يعني أن يكون غير معلوم للمستهلك وليس بمقدوره إكتشافه لو قام بفحص المبيع بعناية، وإذا كان العيب ظاهراً وقت تسلمه ولم يحتفظ عليه ورضى به رغم علمه بالعيب فلا يكون البائع مسؤولاً عن الضمان¹.

• أن يكون العيب قديماً: ويقصد بذلك أن يكون العيب موجود في المبيع وقت التسليم، لأن البائع يضمن العيب الموجود وقت العقد، أما العيب الطارئ على المبيع بعد التسليم فلا يضمنه البائع.

ويقع على المستهلك عبء إثبات العيب كان موجود في المبيع قبل أن يتسلمه، ويستطيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات طالما أن العيب الخفي مسألة واقع².

• جهل المستهلك بالعيب: حتى تقوم مسؤولية المورد الإلكتروني بضمان العيوب الخفية يجب ألا يكون عالماً بوجوده، وإنما تم إكتشافه بعد تفحصه للمنتج بعد إبرام العقد، ليقوم عندئذ وفي مدة معقولة أو فور ظهوره بإخطار المورد الإلكتروني لتنفيذ التزامه بالضمان، وإلا أعتبر سكوته قبولاً منه للمنتج بحالته³.

وفيما يخص كل ما يتعلق بأحكام هذا الضمان نحيل ذلك إلى القواعد العامة والمؤلفات الخاصة بضمان العيوب الخفية حيث أن جل ما يهمننا في دراستنا هو البحث في مدى كفاية قواعده العامة لحماية المستهلك المتعاقد عبر المجال الإلكتروني، فيلتزم المورد الإلكتروني بضمان العيب الخفي في عقود بيع وتقديم الخدمات التي تبرم عن طريق شبكة الإنترنت، لكن المشكلة لا تكمن في تحقيق شروط العيب برامج تشغيل الحاسوب أو أجهزة الحاسوب أو أجهزة إلكترونية أخرى، أو إعداد برامج.

¹ _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 407.

² _ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 161.

³ _ قالية فيروز، إلتزامات المورد الإلكتروني في ظل القانون 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 395.

ب- إجراءات وضمان سلامة المستهلك من المنتجات المعيبة:

فإذا تحقق العيب بشروطه قام المشتري بإخطار البائع في الوقت الملائم وللمشتري الخيار عند تحقق شروط العيب الخفي في المبيع بين رد المبيع عن طريق فسخ العقد وإسترداد الثمن وبين التمسك بالمبيع وإنقاص الثمن أو المطالبة بفرق السعر مع حقه بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار وما فاتته من كسب.

ويجوز للمتعاقدين الإتفاق على تشديد ضمان للعيوب أو الإتفاق على التخفيف أو الإعفاء من الضمان، ما لم يتعمد البائع إخفاء العيب الخفي غشا ففي هذه الحالة لا يجوز الإتفاق على إسقاط الضمان¹، ولا بد من الإشارة إلى أن دعوى الضمان تسقط بالتقادم بعد إنقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد إنقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول، غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه².

وينبغي أن نوضح أن البائع لا يضمن العيوب الموجودة في البيوع القضائية والإدارية إذا كانت بالمزاد، بحيث أن المشرع يرى أن البيع في هذه الحالة يكون قد أعلن عنه وأُتيحت الفرصة للمزايدين أن يفصحوا المبيع قبل الإقدام على المزيدة، وهذا ما لا يتوافر في المعاملات الإلكترونية التي ترم عبر شبكة الإنترنت نظرا لحداتها ولعدم وجود قواعد عرفية متعارف عليها بهذا الخصوص.

¹ - حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 411 و 410.

² - المادة 358 من الأمر 75-58 المتضمن المدني الجزائري، السالف الذكر: " لاضمان للعيوب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد".

ج- جزاء الإخلال بضمان العيوب الخفية

لا شك أن بيان المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة هو في حقيقة بمثابة تحديد لنطاق تطبيق قواعد المسؤولية على الشخص المسؤول عن فعل هذه المنتجات، وبالتالي البحث في جزاء إخلال المورد الإلكتروني بهذا الإلتزام.

فالمستهلك بما أنه في التعاقد الإلكتروني يتجول عبر صفحات الإنترنت بغية التسوق والشراء، وحينما يستقر على منتج معين أو خدمة فإنه يبرم تعاقد بشأنها، وفي الغالب ليس صانع المنتج هو يتعاقد مع المستهلك فالتاجر (المورد) هو الذي يتعاقد مع المستهلك ويسلمه السلعة، وبالتالي لا يكون هناك ثمة علاقة تربط ما بين المستهلك والمورد، ومن ثم فإن المستهلك يستطيع الرجوع على المورد على أساس المسؤولية التقصيرية، حيث إن مسؤولية صانع المنتج تقوم على أساس إخلاله بالإلتزام بالسلامة وإنما يتعين عليه إثبات أن وقوع الضرر يعود إلى سبب أجنبي عنه¹.

ويعتبر المنتج Producer هو المسؤول الأول عن فعل المنتجات المعيبة، مسؤولية موضوعية، وبالتالي لا يكون المستهلك ملزماً بإثبات الخطأ في جانب المنتج، ويترتب على هذه المسؤولية الإلتزام بضمان الضرر الذي يصيب أي شخص، ويستطيع المضرور الرجوع على كل من منتج المادة الأولية أو منتج أي جزء دخل في تركيب المنتج النهائي، والبائع يمكنه أيضاً أن يرفع دعواه على كل هؤلاء بالتضامن فيما بينهم².

ووفقاً للقانون المدني الفرنسي (المادة 1386 فقرة 10 فإن المنتج مسؤول عن سلامة المستهلك والأمان الذي يمكن إستظهاره من المبيع، ولا يؤثر في ذلك حصوله المنتج على التصريحات الإدارية من الجهة المختصة واللازمة لطرح المنتج للتداول، أو إتباعه المعايير الفنية والتقنية اللازمة³.

¹ _ عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص 179 و178.

² _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص 353 و352.

³ _ المرجع نفسه، ص ص 171 و170.

وكما لم يتردد القضاء الأمريكي في الاعتراف بحق المستهلك في الرجوع على المنتج في حالة إصابته جراء عيب في السلعة¹.

وبناء على ما تقدم نخلص إلى عدم كفاية أحكام الإلتزام بضمان العيوب الخفية لحماية المستهلك عبر الإنترنت فهو وإن كان يستفيد من أحكامها وفقا لما تقرره القواعد العامة في القانون المدني، غير أن ما أشرنا إليه من حداثة المنتجات وتنوع أشكالها ووظائفها قد يجعل من العسير على المستهلك النهوض بعبء الإثبات، وفي حالة ثبوته فإن ما تقرره القواعد العامة لا يعدو أن يكون حلا قاصرا في حق المستهلك المتمثل برد المبيع وإسترداد الثمنفليس هناك حق له بالتعويض عما يسببه العيب من أضرار مادية أو معنوية في حق المستهلك أو غيره، وأخيرا فإن قصور مدة التقادم دعوى ضمان وتقريرها وقت التسليم قد لا يسعف في كثير من السلع والمنتجات الحديثة خصوصا في عالمنا اليوم علم السرعة والحدثة.

ومن هذا نرى أن نحذو حذو الإتجاه الفرنسي في تقرير إلتزام مستقل بسلامة المبيع في عقد البيع وضمانه في مواجهة المستهلك².

وبالرجوع إلى القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المادة 23 منه، نجد أن المشرع الجزائري وفي سبيل حماية المستهلك الإلكتروني قد أوجب على المورد الإلكتروني إستعادة منتوجه المعيب، وبالتالي الإلتزام بضمان هذا العيب إما بتسليم جديد موافق للطلبية أو إصلاح المنتج المعيب أو إستبدال المنتج بأخر مماثل أو إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة خلال 15 يوما من تاريخ إستلام المنتج، كما قرر التعويض في حالة وقوع ضرر للمستهلك الإلكتروني.

وحتى يكون المورد الإلكتروني ملزما بضمان العيب يشترط توافر شرطان هما: الشرط الأول يتمثل في إرسال المستهلك الإلكتروني المنتج المعيب في غلافه الأصلي خلال مدة

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 353.

² _ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الإنترنت)، دراسة تحليلية، المرجع السابق، ص 333.

أقصاها أربعة أيام إبتداءا من تاريخ تسليم المنتج، والشرط الثاني إلى أن سبب رفض المنتج يرجع لوجود عيب به¹.

والملاحظ على هذا القانون أنه حصر مدة الضمان في أربعة أيام مقارنة بمدة الضمان في البيع العادي وهي المدة الغير الكافية لإكتشاف إذا كان المنتج معيب أو لا، لاسيما وأن المستهلك لا يسوغ له لمس المنتج وتفقدته كما في البيع التقليدي، كما أن هناك عيوب لا تظهر للوهلة الأولى إلا بعد الإستعمال المتكرر للمنتج.

02- إلتزام المورد الإلكتروني بضمان الخدمة ما بعد البيع (ضمان المورد للخدمة ما بعد البيع).

ولفهم أكثر لهذا الإلتزام سنحاول بيان مضمونه من خلال ما تبناه المشرع الجزائري بموجب القانون 03-09 والقانون 05-18، وذلك على سبيل الذكر والإستئناس، ونركز أكثر على ما أهم ما جاء في المرسوم رقم 21-244 المحدد للشروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع².

فخدمة الضمان ما بعد البيع يقصد بها في معناها الواسع كافة أنواع الخدمات التي تقوم بعد إبرام العقد، كتسليم في محل إقامة المستهلك والتركيب والإصلاح³، فهو لا يخرج عن كونه توريد صناعي كتوزيع المياه والكهرباء وخدمات التلفون وغيرها، وذلك مقابل أجره يدفعها المستهلك لا يشملها قيمة المنتج⁴.

وهنا من يعرفه على أنه إلتزام بالصيانة الذي يقع على عاتق البائع أو المنتج ويتعهد بمقتضاه هذا الأخير بالإصلاح مجانا أي عطل أو خلل أو تلف يعوق تأدية الأشياء المباعة

¹ - جقريف زهرة، شريط وسيلة، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في ظل القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري، المرجع السابق، ص 196 و195.

² - المرسوم التنفيذي رقم 21-244، الذي يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع، السالف الذكر.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 361.

⁴ - لموشية سامية، الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 186.

لمنفعاتها المقصودة منها، حتى ولو لم يكن معتبرا كعيب خفي وذلك طبقا لنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري والتي تقابل المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي¹.

وعليه هذا الإلتزام يقع على عاتق بائعي ومنتجي الآلات والأجهزة الحديثة لضمان صلاحيتها للعمل فيما بعد البيع، وبالتالي الإلتزام بضمان خدمة ما بعد البيع يعد من الإضافات التي جاء بها القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وحسب صريح المادة 16 منه².

والجدير بالذكر أن المشرع قد أخذ بالمعنى الواسع في تعريف الخدمة ما بعد البيع عندما أدرك أن حماية المشتري لا تتوقف بمدة الضمان المقررة، وهو ما تقرر إستحداثه بموجب هذا القانون، حيث ألزم كل متدخل بما فيهم البائع بنص المادة 16 من القانون بالزامية تنظيمه عملية الخدمة ما بعد البيع، وما يمكن ملاحظته أن المشرع لم يعرف هذا الإلتزام بل إكتفى بتعداد الخدمات التي يضمنها البائع من صيانة للمنتوج.

وكما تبنى المشرع الجزائري خدمة الضمان ما بعد البيع ضمن الأحكام الواردة في القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، بموجب المادة 11 منه، بحيث ألزم البائع بحسب نص هذه المادة من القانون السالف الذكر³، أن يوفر للمشتري قبل إبرام العقد العديد من المعلومات، منها شروط الضمان والخدمة ما بعد البيع، حتى يكون المشتري على إطلاع عليها، هذا ما يؤكد حتمية وجوده في ظل التعاقد بالبيع عن بعد، لما يوفره من حماية

¹ - أماروز لطيفة، إلتزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010-2011، ص 121.

² - المادة 16 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف ذكره، تنص على أنه: " في إطار خدمة ما بعد البيع وبعد إنقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم، أو في كل الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره، يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة وتصليح المنتوج المعروض في السوق".

³ - تنص المادة 11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والسالف ذكره: " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية: ... شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع".

وضمانة قانونية للمشتري عند التنفيذ العقد، تلزم البائع بمتابعة كل منتج محل إقتناء بصيانتته والتكفل بما يطرأ عليه من خلل أو عطب بعد التسليم للمنتج¹.

وكما يتأكد هذا الضمان بالتزام آخر يقع على عاتق البائع ويدخل ضمن متطلبات ممارسته للنشاط التجاري عن طريق الإتصال الإلكتروني، والذي نصت عليه المادة 13 من القانون 05-18، وذلك بأن يأتي العقد الإلكتروني ويتضمن شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع²، وذلك لضمان شفافية التعامل الإلكتروني بين المستهلك والمورد، ولما يتضمنه الإلتزام من ضمان سلامة المنتج المقدم للمشتري، وبالتالي حمايته من كل طارئ أو ضرر لاحق به نتيجة لعيب أو خلل في المنتج.

وأكثر من ذلك وزيادة تم حديثا تبني خدمة الضمان ما بعد البيع من قبل المشرع الجزائري وكيفيات تقديم خدمات ما بعد بيع السلع، وتطبق أحكامه على السلع الموجهة للمستهلك بعد إنتهاء فترة الضمان أو في الحالات التي لا يمكن فيها تطبيق الضمان³.

وجاء هذا المرسوم بما لم يأتي به المشرع في كل من المرسوم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والرسوم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وبالتالي كان بمثابة إضافات وتعديلات لهذه المراسيم السابقة، وسنأتي فيما يلي بأهم هذه الإضافات:

سبق وأن ذكرنا أن المشرع الجزائري في المرسوم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك لم يأتي بتعريف واضح لخدمة ما بعد البيع وأخذ بالمعنى الواسع فقط، بينما المرسوم 21-244 عرف خدمة الضمان ما بعد البيع في المادة 3 منه بأنها: "مجموع الخدمات التي يجب على المتدخل تقديمها عندما تعرض السلعة للإستهلاك، بمقابل أو مجانا، مثل

¹ _ لموشية سامية، الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 182.

² _ تنص المادة 13 من القانون 05-18 -05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر: " يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية: ... _ شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع...".

³ _ المادة 2 من المرسوم 21-244 الذي يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع، السالف الذكر.

خدمات التصليح المؤقت، والتصليح، والصيانة، والتركيب، والمراقبة التقنية، والنقل، وكذا توفير قطع الغيار¹.

وإتفق أغلبية الفقه إلى أن البائع وحده من يلتزم بتقديم خدمة ما بعد البيع لمصلحة المشتري في حين أن المرسوم 21-244 ذكر أن مقدم خدمة ما بعد البيع كل شخص طبيعي أو عون إقتصادي بإمكانه أن يلتزم بضمان ما بعد البيع، يوكل إليه عرض خدمات هذا الضمان².

ومن هذه المادة يمكننا إستنتاج أن لخدمة ما بعد البيع عدة خصائص من أهمها أنها إلزام تبعية لأنه ينقضي بتقديم خدمة ما بعد البيع بزوال عقد البيع أو بإبطاله أو لإنقضائه لأي سبب كان، يزول بزوال عقد البيع، وأنه إلزام مرتبط بمدة الضمان، فلا يتصور إنتهاءه إلا بإنتهاء مدة الضمان.

ومن خصائصها أيضا أنها إلزام بتقديم مجموعة من الخدمات يقدمها المتدخل بمقابل أو مجانا، فقد يكون إلزام بمقابل أو مجانا وقد يكون مجاني من غير مقابل، وهذا إنطلاقا من المرسوم 21-244، وذلك بحسب نوع الخدمة المقدمة من صيانة أو تصليح أو تركيب أو نقل..

وتفاديا لوقوع المشتري في الغلط لابد على البائع إعلامه بنوع الخدمة المقدمة وتكلفتها أثناء إبرام العقد³، وفي هذه الخاصية نجد الإختلاف بين ما جاء به المشرع الجزائري في

¹ _ قطع الغيار هي كل القطع المنفصلة بما في ذلك اللواحق، أنظر المادة 3 فقرة 1 من المرسوم 21-244 المحدد لشروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع، السالف الذكر.

² _ المادة 3 فقرة 3 من المرسوم 21-244 الذي يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع، والسالف الذكر تنص: " كل عون إقتصادي أو شخص آخر طبيعي أو معنوي يوكل إليه عرض خدمات ما بعد البيع للمستهلك".

³ _ المادة 8 من المرسوم 21-244 الذي يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد البيع، والمذكور أعلاه: " يجب على مقدم خدمة ما بعد البيع أن يسلم الزبون قيمة إيداع تحتوي على توقيعه وختمه، وتشمل خصوصا البيانات الآتية: ... _ نوع الخدمة المقدمة، _ تكلفة الخدمة...".

المادة 04 من القانون 04-02 المحدد للقواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية¹، فإنه خلافا للضمان القانوني تكون الخدمات المقدمة مجانية بقوة القانون.

ونستبعد من هذه الدراسة جزاء الإخلال بالالتزام بضمان الخدمة ما بعد البيع بما أنه جزاء على عدم تنفيذ المورد لالتزامه وعليه يخضع لنفس القواعد والخاصة والتي بيّنها سابقا عند تحدثنا عن جزاء الإخلال بالالتزامات السابق ذكرها.

المطلب الثاني: حق العدول كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني

يعتبر حق العدول ضمانا قانونية إضافية قررتها مختلف التشريعات الناظمة لعقود التجارة الإلكترونية، فيعتبر حق العدول من أبرز الضمانات الحمائية للمستهلك الإلكتروني الذي تعاقد عن تسرع أو عن قلة عدم دراية تامة بتفاصيل السلعة أو الخدمة محل العقد، وبالتالي يعطيه هذا الحق فرصة للتروي والتفكير أكثر.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سيتم في الفرع الأول تحديد معنى حق العدول، أما الفرع الثاني سنبين الآثار المترتبة على حق العدول.

الفرع الأول: تحديد معنى حق عدول المستهلك الإلكتروني عن العقد

يعتبر حق العدول عن العقد الإلكتروني من الحقوق المستحدثة التي توفر حماية فعالة للمستهلك الذي يقوم بإقتناء المنتج من دون الإدراك الفعلي لخصائص وتفاصيل إستعماله² والعدول بالنسبة لعقود المستهلكين هو أحد الآليات القانونية التي لجأ إليها لحماية المستهلك من نفسه نتيجة لعدم التروي والتمهل³.

وعليه فضبط معنى حق العدول يقضي تعريفه فقها وتشريعا لاسيما التشريعات المقارنة (أولا)، مع تبيان طبيعته القانونية (ثانيا).

¹ - " يتولي البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع"، أنظر المادة 4 من القانون 04-02 المحدد للقواعد العامة والمطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

² - نقاش حمزة، سايجي أسماء، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، العدد 7، ديسمبر 2019، ص 21.

³ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 211.

أولاً: تعريف حق العدول

يقع العدول بالإرادة المنفردة للمستهلك، ويعبر به عن رغبته في عدم إكمال العقد، ويجوز له ممارسة هذا الحق بموجب نص قانوني أو إتفاقي، ووردت عدة تعريفات بشأنه، الفقهية منها، والتشريعية.

01- تعريف حق العدول من الناحية الفقهية:

وحتى تعريف حق العدول عن العقد الإلكتروني يختلف بين فقهاء القانون وذلك بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه، وفي هذا الصدد سنتطرق لتعريف هذا الحق إنطلاقاً بأهم ما جاء به الفقه الغربي، ثم الفقه العربي.

أ- تعريف حق العدول لدى الفقه الغربي:

الأمر الذي دعى بنا إلى البحث عن مدلول للحق العدول عن العقد الإلكتروني لدى فقهاء القانون الغربي، أن مختلف التشريعات المقارنة لم تتضمن تعريفاً له، ولم يهتم المشرع بذلك تاركاً الأمر لإجتهاادات الفقهاء أو القضاء.

وفي هذا الصدد عرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه: "الإعلان عن إرادة مضادة يعتزم من خلالها المتعاقد العدول عن إرادته وسحبها وإعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل"، وبالتالي العدول حق للمستهلك الإلكتروني دون المورد، يستطيع بموجبه الإنسحاب من العقد المبرم معه دون الحاجة لتبرير قراره¹.

ب- تعريف حق العدول لدى الفقه العربي:

لم يجتنب الفقه العربي عن نظيره الفقه الغربي كثيراً في تحديده للتعريف القانوني لحق المستهلك الإلكتروني في العدول، وهو ما يتضح من خلال التعاريف المختلفة، بحيث عرفه البعض بأنه: "وسيلة يسمح بمقتضاها المشرع لأحد المتعاقدين، بإعادة النظر بإرادته المنفردة

¹ _ نقاش حمزة، سايغي أسماء، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد السابع، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة1، ديسمبر 2019، ص 32.

في التزامه الذي يرتبط به مسبقاً، والعقد الذي سبق إنعقاده، فيستفيد المستهلك دون المورد من مهلة التفكير، والتي من خلالها يكون بوسع الرجوع عن التزامه من مهلة الذي سبق وإن ارتبط به¹.

وإن دققنا أكثر في هذا التعريف وفي هذا الحق الذي يلتزم به المستهلك في العقد وخلال فترة معينة، فإنه نوعاً ما يؤدي إلى الإعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي يستعمله المستهلك يتم بالإرادة المنفردة وهو ما يخالف ويمس هذا المبدأ ولقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"².

ولكن نظراً لأن المستهلك الإلكتروني ليس لديه القدرة الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص السلعة قبل إبرام العقد إتجهت بعض القوانين صراحة على تخويل المستهلك حق العدول عن العقد.

وعرف بعض الفقه الآخر حق العدول بأنه: "حق المستهلك في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة في خلال مدة معينة يحددها القانون دون إبداء أية مبررات مع إلتزام التاجر أو مقدم الخدمة بحسب الأحوال برد قيمتها مع تحميل المستهلك مصروفات الرجوع فقط"³.

في حين عرفه آخرون بأنه: "ميزة قانونية منحها المشرع للمستهلك بمنحه الحق في الرجوع عن العقد ولو كان صحيحاً، دون أن يتحمل المسؤولية عن ذلك في مواجهة المتعاقد معوه على هدى ذلك فإن المستهلك الإلكتروني هو الطرف الوحيد الذي يمكنه التمسك بحق العدول عن العقد الصحيح، كما أن تمتعه بهذه الميزة يحول دون تمسك المحترف في

¹ - أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، 2014، الطبعة الأولى، ص 89.

² - وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، أنظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

³ - صالح العمري، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 25، جانفي 2021، ص 136.

مواجهة بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه بسبب العدول¹، هذا الأخير الذي يعد حسب البعض الآخر إعلان إرادة مضادة، يستهدف المستهلك الإلكتروني من ورائها إعدام الآثار القانونية للعقد الصحيح بالنسبة للماضي والحاضر والمستقبل، فيصبح كأن لم يكن، وبهذا العمل فهو سلطة تسمح لأحد المتعاقدين بنقض العقد، والتحلل منه، دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر².

وقد تعددت المسميات والمصطلحات التي أطلقت على هذا الحق، مثل حق الرجوع، أو خيار الرجوع، أو حق العدول، أو رخصة السحب، أو إعادة النظر والندم³.

إنطلاقاً من التعريفات السابقة نجدها كلها تصب في نفس المنحى، حيث إتفقت جميعها على أنه حق ثابت للمستهلك يستعمله خلال الآجال المحددة، وعليه يمكن تعريف حق المستهلك في العدول بأنه مكنة قانونية منحها المشرع للمستهلك الإلكتروني تعطيه الحق في إمكانية الرجوع عن إتمام العقد الذي أبرم صحيحاً وكاملاً، وذلك نظراً لعدم تطابق المنتج المقدم لما وضحه له أثناء التعاقد، ويبدأ أعمال هذا الحق خلال مدة معينة تبدأ من يوم إستلام المنتج، وتخوله هذه المكنة الحق في إنهاء العقد أو إمكانية منح فرصة جديدة للمورد بإستبدال المنتج بأخر مطابق للمواصفات الموعدود بها أثناء إبرام العقد⁴.

02- تعريف حق العدول من الناحية التشريعية:

أقرت العديد من التشريعات بأحقية المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد خلال مدة معينة، وتختلف هذه المدة من قانون إلى آخر باعتبار أن المستهلك في التعاقد عن بعد لا

¹ _ مصطفى أحمد أبو عمر، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دراسة مقارنة، القاهرة (مصر)، 2012، ص 33 وما بعدها

² _ خلاف فاتح، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد طبقاً لقانون الإستهلاك الفرنسي (أية فعالية في ظل جائزة كوفيد 19)، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 20، المجلد 07، جوان 2021، ص 33.

³ _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 456.

⁴ _ صالحه العمري، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 136.

يرى المنتج، ومن هذه القوانين القانون الفرنسي والقانون الأمريكي والقانون المصري وقوانين أخرى¹.

أ- تعريف حق العدول وفقا لما جاءت به التشريعات الأوروبية:

يعد حق في العدول عن العقد من الوسائل التي يلجأ إليها المشرع الفرنسي لحماية رضا المستهلك، فلجأ إلى هذه الوسيلة في كثير من الحالات التي يكون فيها تهديدا لرضا المستهلك، فوجد المشرع الفرنسي أشار لهذه الوسيلة في التشريع الصادر في 22 ديسمبر 1972 بشأن البيع بالمنزل والقانون الصادر في 10/01/1978 بشأن حماية المستهلك في بعض عمليات الإئتمان².

وكما قرر المشرع الفرنسي حق العدول في تقنين الإستهلاك الفرنسي بنص المادة 26/121 والتي نصت على أنه: " يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لإستبداله أو لإسترداد ثمنه دون مسؤولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد".

وكما قررت هذا الحق المادة 1 من القانون الفرنسي رقم 21/88 الصادر في 2 يناير 1988 التي نصت على أنه: " في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن للمشتري الحق في إعادة النظر في المبيع فإن للمشتري الحق في إعادة النظر في المبيع برده أو لإستبداله أو لإسترداد ثمنه³.

¹ لم يكن حق المستهلك في العدول بفكرة بعيدة في أغلب التشريعات المقارنة، فقد أصر المشرع الفرنسي القانون رقم 72-6 لعام 1972 الخاص بالتمويل الإئتماني متضمنا حق المستهلك في العدول عن التعاقد 72-1137 في شأن البيوع التي تتم في المنازل، كما قرر الإنجليزي هذا الحق أيضا بموجب القانون الصادر عام 1974، وأقره أيضا القانون الأمريكي بموجب القانون الصادر عام 1965، ولم يكن القانون المصري هو الآخر بمنأى عن فكرة العدول عن العقد فقد نص في القانون رقم 354 لسنة 1954 بشأن حماية المؤلف على حق المؤلف في السحب والتعديل إذا توافرت شروط معينة، وكما أقر ذلك في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 الصادر في 2/6/2002، وأيضا ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة 759 من أحقية المؤمن له في العدول عن العقد بشأن عقد التأمين على الحياة.

² أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 89.

³ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 273.

ويطبق هذا النص على الحق في العدول بالنسبة للمنتجات فقط، يعني الأشياء المادية المنقولة دون الخدمات، سواء تم ذلك عن طريق التليفون أو الفاكس أو التلكس أو التلفزيون وهو ما ينطبق أيضا على التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت بإعتبره تعاقد عن بعد.

أما التوجيه الأوروبي رقم 97 /7 الصادر في 1997/05/20 هذا الحق أيضا في نص المادة 6 فقرة 1 على أن كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الإستلام بالنسبة للمنتجات والسلعوأما بالنسبة للخدمة فإن مهلة سبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد¹.

وما يمكننا ملاحظته أن القانون الفرنسي في المادة 1 من القانون رقم 21/88 والتوجيه الأوروبي في المادة 6 الفقرة 1 والسابق ذكره، ولو إتفقا على حق العدول، إلا أن التوجيه الأوروبي الخاص بالبيع عن بعد له مجال أوسع حيث يتضمن حق المستهلك في العدول عن المنتجات والخدمات بإختلاف المدة المقررة للعدول في كل منهما على عكس القانون الفرنسي الذي قصر حق العدول على المنتجات فقط دون الخدمات، ولم ينص عن المدة في هذا القانون.

وقد جاء في نص المادة 20-121 من تقنين الإستهلاك رقم 949/1993 المضافة بالمرسوم رقم 2001 /471 المؤرخ في 2001/12/23: " يكون للمستهلك خلال سبعة أيام عمل كاملة الحق في العدول عن العقد دون بيان الأسباب وبغير مقابل بإستثناء مقابل الرد".

وما يتضح من هذه المادة أن القانون الفرنسي إتبع التوجيه الأوروبي وأجاز للمستهلك في التعاقد الإلكتروني، إمكانية إرجاع المنتج أو إستبداله خلال فترة سبعة أيام فقط من تاريخ إستلامه ودون أي مقابل، وهذه المدة في الواقع غير كافية وعلى ذلك تم تعديل هذه المدة بالقانون 344/1014 المؤرخ في 2014/1403 لتصبح 14 يوما بدلا من سبعة أيام².

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 274.

² _ صالحه العمري، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 136.

وتجب الإشارة أيضا إلى أن المشرع الفرنسي لم يشترط تقديم مبررات معينة من أجل إعمال هذا الحق "دون بيان الأسباب"، وكما لم يحدد شكلا خاصا لتعبير المستهلك عن حقه في العدول عن العقد، فيحق له العدول بأي شكل، وبما أن العقد تم بوسائل إلكترونية فيكفي أن يرسل رسالة إلكترونية إلى المورد ليعلن فيها عن إرادته بالعدول عن هذا العقد.

أما القانون الأمريكي فإن مدة السماح فيه أطول من القانون الفرنسي، فهي ثلاثون يوما يحق للمستهلك خلالها أخذ مهلة للتروي والتفكير في إتمام العقد وإرجاع البضاعة، وتبدأ هذه المدة من تاريخ إستلام السلعة أو الخدمة، وهذا القانون مطبق في بعض الولايات الأمريكية دون غيرها¹.

ب- تعريف حق العدول وفقا لما جاءت به التشريعات العربية:

وقد سارت بعض القوانين العربية على نفس الهدي تقريبا، فنجد القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، نجده نص في الفصل ثلاثين على أنه: " مع مراعاة الفصل 25 من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة ايام عمل تحتسب: بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك، وبالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد، ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد".

وكما جاء في الفصل 31 من ذات التشريع على أنه: " بقطع النظر عن جبر الضرر لفائدة المستهلك، يمكن لهذا الأخير إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق للطلبية أو إذا لم يحترم البائع إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن ذلك إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع المنتج"².

وإن كان المشرع التونسي قد أعطى الحق للمستهلك في العدول عن الشراء إذا لم يكن المنتج غير مطابق للطلبية أو إذا لم يحترم البائع آجال تسليمه، فإنه لم يجعل حق العدول

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 276.

² _ هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية،(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 131.132.

مطلقا، مراعاة لحقوق الطرفين، وإن كان قد حرص على مراعاة حقوق المستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في العقد، والذي وقع الإتفاق على أنه عقد إذعان.

ومن ذلك ما ورد الحكم به، في الفصل 21 من القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية بأنه: " مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وبإستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات عديدة لاسيما عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل إنتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك أو إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصيته أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لإنهاء مدة صلاحيتها، أو عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا أو شراء الصحف والمجلات".

وما يبدو من محتوى الحكم أعلاه أن المشرع استثنى حالتي العيب الظاهر أو الخفي الذي يمكن أن يقترن بالمبيع أو أن يطرأ عليه من الحالات التي لا يمكن للمستهلك أن يتمتع فيها بحق العدول، وإضافة إلى ذلك، فإذا كانت عملية الشراء ناتجة كليا أو جزئيا عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير، فإن عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض¹.

المشروع الجزائري هو الآخر نص على حق العدول بشكل ضمني في المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 والمحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، على أنه: " يتعين على العون الإقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه"²، ولكن الملاحظ من هذه المادة أن

¹ _ الفصل 33 من القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، السالف الذكر.

² _ المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، الصادر بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

المدة الممنوحة للمستهلك هنا هي قبل إبرام العقد، في حين أن حق العدول يحث على إعطاء المدة بعد إبرام العقد.

وكما نص عليه في القرض الإستهلاكي في المادة 2/11 من المرسوم التنفيذي 15/ 114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي التي تنص على أنه: "...غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدتها 8 أيام عمل تحسب من تاريخ التسليم أو تقديم السلعة"¹.

وكما عرف المشرع الجزائري حق العدول صراحة في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة 02 منه المعدلة للمادة 02/19 منه على تعريف العدول بقوله: العدول هو حق المستهلك في التراجع عن إقتناء منتج ما دون وجه سبب، وللمستهلك الحق في العدول عن إقتناء منتج ما ضمن إحترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية، تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا أجال وقائمة المنتجات المعنية عن طريق التنظيم"².

نجد المشرع الجزائري من خلال هذا النص قد عرف العدول عن التعاقد بشكل واضح، وعليه فقد خرج عن القاعدة العامة المتعلقة بعدم التطرق للتعريفات، ويؤخذ عليه أنه أحال عملية تحديد الآجال والمدة والمنتجات التي يمارس عليها هذا الحق إلى التنظيم وعادة ما تتأخر التنظيمات بالصدور، وعليه يبقى تنظيم هذا الحق معلقا إلى أجل غير مسمى³.

وكما نص المشرع على حق العدول في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والسالف ذكره المادة 11 منه، وألزم المورد الإلكتروني أن يحدد شروط وآجال العدول عند الإقتضاء، كما نصت المادة 23 على أنه: " يجب على المورد الإلكتروني إستعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطالبة أو في حالة ما إذا كان المنتج معيبا.

¹ _ المرسوم التنفيذي رقم 15-144، المؤرخ في 12 ماي 2015، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 10، الصادر بتاريخ 13 ماي 2015.

² _ للقانون 09-03 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

³ _ صالحه العمري، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص137.

يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة (04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني ويلزم المورد الإلكتروني بتسليم جديد موافق للطلبية أو إصلاح المنتج المعيب أو إستبدال المنتج بآخر مماثل أو إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر، و يجب إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ إستلامه المنتج¹.

وحق ناتج عن التطور التكنولوجي والممارسات الإلكترونية الحاصلة في المجتمع، وهو حق ثابت لكل مستهلك نتيجة لعدم تمكنه من المعاينة الفعلية سواء كانت خدمة أو منتج تم إقتناؤه قبل إتمام العقد، كما أنه حق مؤقت يجب إعماله خلال المدة المحددة قانونا أو إتفاقا وهو حق من النظام العام فقواعده آمرة وبالتالي لا يجوز الإتفاق مع المستهلك على التنازل عنه، كما أنه حق تقديري للمستهلك وله الحرية الكاملة في ممارسته من عدمها.

ومن هنا يتضح أن حق العدول يتميز بخصائص تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له والتي يمكن إجمالها بالمختصر المفيد فيما يلي:

أ. أنه حق لا يرد إلا على عقد لازم كالبيع والإيجار، دون العقود غير اللازمة بطبيعتها مثل الوكالة.

ب. وأنه يتقرر بالإرادة المنفردة للمستهلك دون الحاجة إلى القضاء أو إشتراط موافقة الطرف الآخر بل ودون الحاجة لإثبات التعرض إلى أي وسيلة من وسائل التأثير أو الخداع.

ت. أنه من النظام العام، لأن المشرع أقره صراحة وبالتالي لا يجوز التنازل عنه مسبقا، كما يقع باطلا كل شرط أو إتفاق يقيد أو يحرم المشتري من ممارسة هذا الحق قبل نشوئه، وهذا إعمالا لتفعيل الضمانة المقررة له، إلا أنه يجوز وفقا للقواعد العامة التنازل عنه بعد نشأته وذلك لعدم ممارسته خلال المدة المحددة.

¹ _ القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف ذكر.

إن ممارسة حق العدول مؤقتة بمدة زمنية معينة، والمحددة قانوناً أو إتفاقاً، وبالتالي فهو ينقضي بإستعماله أو بفوات المدة المحددة له¹.

ث. السلطة التقديرية متروكة للمستهلك فله كامل الحرية في إستعماله أو عدم إستعماله، ودون أن يكون ملزماً بإبداء أسباب العدول، كما لا تترتب مسؤوليته وبالتالي هذا الحق يمس بالقوة الملزمة للعقد الإلكتروني ويشكل خروجاً عنه، والذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

ج. والأصل أن حق في العدول لا يقتصر نطاقه فقط على بيع السلع لكنه يشمل أيضاً عقود تقديم الخدمات، وبذلك فإن حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد يشمل كل عقود البيع وعقود تقديم الخدمات التي تتم بوسيلة من وسائل الإتصال عن بعد².

حق العدول عن العقد لا يمنع من الإنعقاد الفوري للعقد، ولا يكون العقد نافذاً بين أطرافه ولا تكون له قوة ملزمة تجاه المستهلك طيلة مدة الرجوع إلا إذا إنقضت المدة دون العدول، كما أن عدم ممارسة رخصة العدول لا يحول دون ممارسة دعوى الرجوع على البائع طبقاً لأحكام دعوى ضمان العيب الخفي، أو فوات الوصف أو عدم صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة³.

ثانياً: الطبيعة القانونية لحق العدول

بما أن حق العدول في جوهره تصرف قانوني بالإرادة المنفردة، ويفترض وجود عقد سبق إبرامه بإتفاق إرادتين ثم تأتي إرادة أحدهما لنقض ذلك العقد أو لتهدمه⁴، حيث اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لحق العدول، فهناك من يراه أنه حقاً شخصياً والبعض الآخر

¹ _ نقاش حمزة، سايفي أسماء، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 23.

² _ أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 94.

³ _ سي يوسف زاهية، حماية المستهلك مدنياً من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 15.

⁴ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 230.

يرى بأنه حقا عينيا، فيحين يرون آخرون أنه رخصة، هذا ويعتبره البعض بأنه مكنة قانونية أو حق إرادي محض.

01- اعتبار العدول حقا شخصيا:

يتميز الحق الشخصي أو حق الدائنية بأنه سلطة الدائن إتجاه مدينه وهذه السلطة هي الإقتضاء والتي للدائن بمقتضاها أن يطالب مدينه بأن ينقل حقا عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل.

والدائن في الحق الشخصي يتعامل مع المدين ويمارس حقه في مواجهته مباشرة، وتدخل المدين أمر ضروري حتى يستوفي الدائن حقه¹.

ومن هذا يعد حق العدول حقا شخصيا يعني أن بإمكان المستهلك الدائن الحق في مطالبة المتدخل المدين وإجباره على القيام بعمل معين أو الإمتناع عنه، ومع ذلك من الصعب التسليم بأن العدول يعد حقا شخصيا، وذلك راجع لأن رابطة المديونية هذه تستوجب تدخل المدين لتنفيذ هذا الإلتزام بينما العدول لا يستلزم مثل هذا التدخل من قبل المدين، حيث أن المستهلك الذي تقرر له هذا الخيار يستطيع العدول عن العقد حتى ولو رفض الطرف الآخر ذلك.

02- إعتبار حق العدول حقا عينيا:

الحق العيني هو سلطة لشخص على شيء معين يعطيه الحق في الحصول على منفعه والتمتع به والإحتجاج به على الكافة، يرى أنصار هذا الرأي أن العدول يقترب من الحق العيني تأسيسا على أنه يقع على عين معينة ويمنع المستهلك سلطة نقض العقد على نحو يشكل سلطة مباشرة على الشيء محل العقد.

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 231.

وغير أنه من الصعوبة قبول هذا التكييف ذلك لأن خيار العدول لا يمنح المستهلك سلطة على شيء بل يمنحه القدرة على هدم العقد بعد إبرامه ومن ثم فلا يمكن اعتبار حق العدول حقا عينيا¹.

03- اعتبار حق العدول رخصة:

ذهب رأي آخر إلى إعتبار حق العدول رخصة منحها المشرع للمستهلك بإعتباره طرفا ضعيفا في مواجهة المورد الذي يفوقه في الخبرة الفنية والقوة الإقتصادية.

غير أن هذا الرأي لم يسلم من النقد كسابق الأراء، لأن الرخصة لا تمنح لشخص معين على سبيل الإنفراد كما أنها تثبت لجميع الناس وتتقرر بنص تنظيمي، وهو الأمر الذي لا ينطبق على حق العدول².

04- اعتبار حق العدول مكنة قانونية أو حق إرادي محض:

يذهب اتجاه آخر من الفقه بأن العدول لا يعد من قبيل الرخص وليس بحرية شخصية أيضا مادامت الحرية لا تقتصر على شخص معين وإنما تثبت لكافة المجتمع ولا حقا عينيا لأنه لا يخول صاحبه السلطات التي يمنحها الحق العيني لصاحبه من إستعمال وإستغلال وتصرف وإنما يقتصر فقط على إنهاء العقد.

إن حق المستهلك في العدول إذن لاحقا شخصيا ولا عينيا فإنه يحتل منزلة وسطى بين المنزلتين، فهو أعلى مرتبة من الرخصة، وأدنى مرتبة من الحق، وهو ما يسمى بالمكنة القانونية أو الحق الإرادي المحض³.

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 232.

² _ سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 17.

³ _ عرفت المكن في الفقه القانوني بعدة تعريفات نذكر منها:

أ_ "قدرة الشخص بالتعبير عن إرادته المنفردة دون حاجة إلى تدخل الغير من خلال إستعمالها على تغيير المركز القانوني لهذا الأخير".

ب_ قدرة وصلاحيه الشخص على إحداث آثار قانونية وإرادته المنفردة، وذلك بإستناد إلى وضع قانوني خاص"، أنظر هامش رمزي بيد الله علي حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 134.

والمكنة هي قدرة صاحبها وإمكانه على إحداث أثر قانوني بإرادته المنفردة دون التوقف على إرادة أحد، وهذه المكنة تنقسم إلى ثلاثة مكن قانونية: مكن قانونية منشئة، مكن قانونية معدلة أو مغيرة، مكن قانونية فاسخة أو منتهية¹.

وهي تنطوي تحت طائلة النوع الأخير (المكن الفاسخة أو المنتهية)، فإذا إستعمل المستهلك هذه المكنة إنتهت وفسخت العلاقة العقدية التي نشأت سليمة بين الأطراف ووجب على الطرف الآخر الخضوع لإستعمال المستهلك لإرادته، والمورد بالرغم من عدم تدخله إلا أنه عليه الإنصياع لإرادة المستهلك الذي عدل عن العقد.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على حق العدول

يترتب على إعمال حق العدول آثار مختلفة تسري على الطرفين سواء تعلق الأمر بالمستهلك أو المورد، إذ للمستهلك كامل الحرية بين رد المبيع أو استبداله، كما أن إعمال هذا الحق قد يوجب على المورد رد الثمن إلى المستهلك.

وعليه سيتم التحدث من خلال هذا الفرع عن آثار ممارسة حق العدول عن التعاقد بالنسبة للمستهلك (أولاً)، كما سيتم تبين آثار ممارسة حق العدول عن التعاقد بالنسبة للمورد (ثانياً).

أولاً: آثار ممارسة حق العدول عن التعاقد بالنسبة للمستهلك

يبقى هذا الحق متروك لتقدير المستهلك الشخصي، فله أن يتمتع عن ممارسته وله أيضاً أن يختار حق العدول عن العقد، خلال المهل التي حددها المشرع أو الإتفاق.

¹ _ المكن القانون هي ثلاث:

_ مكن قانونية منشئة: وبإستعمالها يستطيع من تقرر له هذه المكن القانونية أن يؤسس رابطة قانونية جديدة أو أن يكتسب بها حقاً، مثال ذلك حق الشفعة.

_ مكن قانونية معدلة أو مغيرة: هذا النوع من المكن لا يؤسس أو يستحدث روابط قانونية جديدة بل يغير ويعدل ما هو موجود بها، كخيار التعيين.

_ مكن قانونية فاسخة أو منتهية: وذلك بإسقاط وإنهاء حق أو علاقة قانونية موجودة ومثال ذلك فسخ الدائن للعقد، وكذا إستعمال خيار النقص في حال وجود عيب من عيوب الإرادة في العقد، وكذا العدول عن العقد والمقرر في العقود الإلكترونية التي تعد هي الأخرى مكنة قانونية.

وحق العدول حق مؤقت يجب أن يمارسه المستهلك خلال المدة المقررة، فإذا إنقضت المدة لا يستطيع المشتري ممارسة حقه بالعدول عن العقد عملاً على إستقرار المعاملات بين الأطراف المتعاقدة.

فإذا إختار المستهلك ممارسة حق العدول، يتعين عليه إبلاغ رغبته وإعلانها للبائع بجميع الوسائل المنصوص عليها في العقد، لإعلامه بقرار ممارسة حق العدول عن التعاقد، دون توقف على إرادة المورد، وللمستهلك كامل الحرية بين رد المبيع وإستبداله بآخر أو رد المبيع وإسترداد ثمنه، وفقاً للقواعد والضوابط التي حددها المشرع في قوانين التجارة الإلكترونية¹ والمشرع التونسي وكما وأن ذكرنا في قانونه الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية قد نص صراحة على الإرجاع دون الإستبدال أي أن للمستهلك إرجاع السلعة وإسترداد ثمنها ولم ينظم حالة إرجاع المبيع وإستبداله بآخر².

بينما المشرع الجزائري في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وفي المادة 23 والسابق بيانها أيضاً، قد نص على الإرجاع المنتج وإرجاع الثمن أو إستبدالها بمنتج آخر مماثل، وبالتالي المشرع الجزائري نظم إرجاع المنتج وإستبداله بآخر³.

ولو دققنا في هذه المادة وبالتحديد في الفقرة 2 منه: " .. مع الإشارة إلى سبب الرفض.. نجد أن المشرع الجزائري هنا ينص على أن يكون العدول مسبباً أما في تعريفه لحق العدول في المادة 02 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والسابق ذكره⁴، نجده قد أعطى الحق للمستهلك في التراجع عن إقتناء منتج ما دون وجه

¹ - حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص ص 481 و480.

² - الفقرة الثانية من الفصل 30 والفصل 31 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.

³ - الفقرة 5، 6، من المادة 23 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السالف الذكر: "... - إستبدال المنتج بآخر مماثل، أو - إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة...".

⁴ - المادة 02 من القانون 09-03 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: " العدول حق المستهلك في التراجع عن إقتناء منتج ما دون وجه سبب...".

سبب، وبالتالي يوجد تناقض بين المادتين فمن جهة أعطى حق ممارسته من غير تبين السبب ومن جهة يؤكد على إعطاء سبب الرفض.

وإستقرار للمعاملات على المستهلك إعلام المورد، أو مقدم الخدمة بقراره في العدول عن العقد بالوسائل المنصوص عليها، وإلا يسقط حقه في ذلك، وإختيار المستهلك ممارسة حق العدول، فإن ذلك يؤدي إلى فسخ العقد وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، ويترتب عليه أيضا ألا يستطيع أن يجزئ حق العدول، على إعتبار أنه حق غير قابل للإنقسام كأن يعدل عن ممارسة حق العدول على جزء من العقد، وينفذ على الجزء الباقي من إلتزامه¹.

ثانيا: آثار ممارسة حق العدول عن التعاقد بالنسبة للمورد

بعدول المستهلك عن العقد يتعين على المورد أو البائع أو مزود الخدمة رد الثمن للمستهلك والذي يلتزم في نفس الوقت برد السلعة إلى المورد، وكما يترتب على ممارسة حق العدول، فسخ عقد القرض الممنوح للمستهلك من قبل البائع أو الغير.

01- رد الثمن للمستهلك:

يلتزم المورد برد الثمن خلال مدة معينة من ممارسة المستهلك لحقه في العدول، مما يشكل تعزيز حماية المستهلك الذي يمكن أن يكون محل المساومة مع المهني من أجل إرجاع الثمن، الأمر الذي يدي إلى عزوفه عن ممارسته هذا الحق، وقد نصت المادة 06 فقرة 02 من التوجيه الأوروبي رقم 97 / 7 والخاص بحماية المستهلكين بالتعاقد عن بعد على إلتزام المهني عند ممارسة المستهلك لحق العدول برد المبالغ التي سلمها هذا الأخير خلال 30 يوما من تاريخ إستعمال الخيار².

¹ _ حسن مكى مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص ص 481 و482.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 242.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالحكم ذاته في المادة (121-1/20) من قانون الإستهلاك، وأن تجاوز الميعاد المذكور دون رد الثمن للمستهلك يجعل مبلغ الثمن منتجاً للفوائد على أساس المعدل القانوني المعمول به.

زيادة عن ذلك فقد إعتبر المشرع الفرنسي رفض البائع برد الثمن للمستهلك مخالفة من المخالفات التي يتم معابنتها والتحقيق فيها من قبل الجهات المنوط بها التحقيق في مجال المنافسة وقمع الغش¹.

بينما نص القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية في الفصل 30 " . في هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة"، وإذا تجاوز البائع المدة المقررة لإرجاع المبلغ المدفوع فإن المشرع فرض عليه دفع غرامات مالية وذلك في الفصل 49 من نفس القانون، حيث تتراوح ما بين 500 و5000 دينار تونسي وإرجاع الثمن والمصاريف الناجمة عن ذلك².

02- فسخ عقد القرض المبرم تمويلاً للعقد الذي عدل عنه المستهلك:

نصت المادة (311-1/15) من قانون الإستهلاك الفرنسي³، والتي صدرت إعمالاً لنص المادة 4/6 من التوجيه الأوروبي رقم (97-7) على أنه: "إذا كان الوفاء بثمن المنتج أو الخدمة قد تم تمويله كلياً أو جزئياً بإئتمان من قبل المورد أو من قبل شخص من الغير على أساس الإتفاق المبرم بين لأن ممارسة المستهلك لخيار العدول قد يؤدي إلى فسخ عقد الإئتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات بإستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الإئتمان".

كما نصت المادة (33) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على أنه: "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً عن قرض ممنوح للمستهلك من قبل البائع

¹ _ قد يؤدي إرتكاب هذه المخالفة إلى توقيع عقوبة الحبس مدة ستة أشهر وغرامة مالية قدرها (1500) يورو وقد نصت على هذا الحكم المادة (121-1/20) من قانون الإستهلاك الفرنسي.

² _ حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت)، المرجع السابق، ص 483.

³ _ قانون الإستهلاك الفرنسي المرسوم رقم (2001-471) الصادر بتاريخ 2001/08/23.

أو الغير على أساس عقد مبرم مع البائع أو الغير فإن عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض¹.

وبذلك يكون كل من المشرع الفرنسي والتونسي إلى العقدين، العقد الذي أبرمه المستهلك والعقد المبرم تمويلاً له بوصفها جزءاً لا يتجزأ فقرر أن زوال الأصلي منهما أي عقد المستهلك عن بعد يتبعه زوال تابعه أي العقد المبرم لتمويل الأول ولاشك أن ذلك يمثل حماية للمستهلك في هذا المجال فهو في الواقع لم يبرم عقد الإئتمان إلا بقصد تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد بغرض شراء سلعة أو خدمة، والعقد المبرم تمويلاً له، بإعتبارهما كلا لا يتجزأ، فزوال العقد الأصلي أي المبرم عن بعد يؤدي إلى زوال تابعه أي العقد المبرم لتمويل الأول.

ولا شك أن هذا يمثل حماية للمستهلك في المجال الإلكتروني، فالمستهلك لا يبرم عقد الإئتمان إلا بقصد تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد، فإذا مازال العقد الذي قصده أصلاً بممارسة الحق في العدول أدى ذلك إلى إنهاء العقد المرتبط به تلقائياً حيث لم يعد هناك أي مبرر للإبقاء عليه.

المبحث الثاني: طرق تسوية المنازعات في العقود الإلكترونية

تتميز العقود الإلكترونية بالطابع الدولي والطبيعة اللامادية نتيجة إبرامها من خلال وسائل الإتصال الإلكترونية، وهو ما أوجد صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود، كأن يكون كل من المتعاقدين من بلد، وأن يرسل الإيجاب من بلد ثالث، ويتم القبول في بلد رابع، وينفذ العقد في بلد خامس، فأى قانون يطبق على هذا العقد في هذه الحالة²، وبما أن المستهلك في المجال الإلكتروني مقبل على إبرام العقد إلكترونياً فهو بالضرورة يحتاج لحماية إلكترونية للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة العقد المبرم.

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص 244 و243.

² _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 332.

فالانتشار السريع الذي شهدته التجارة الإلكترونية أدى إلى ظهور نزاعات أخرى كان من الضروري البحث عن آليات ملائمة لتسويتها، فإن طرح تلك المنازعات على الجهات القضائية بما أنها صاحبة الولاية العامة للنظر فيها، فإن ذلك من شأنه إثارة عدة إشكاليات أهمها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، والأثر الذي يترتب عليه تحديد هذا القانون على حماية المستهلك، والتي تتمثل في الوسائل البديلة لتسوية منازعات الإلكترونية.

وبما أن المستهلك في المجال الإلكتروني مقبل على إبرام العقد إلكترونياً فهو بالضرورة يحتاج لحماية إلكترونية للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة العقد المبرم، وعليه إجتهد الفقه ليضيف مجموعة من الوسائل الإلكترونية بهدف تسهيل مهمة المستهلك في فض نزاعاته، وتتمثل هذه المنازعات أساساً في كل من الصلح الإلكتروني والوساطة الإلكترونية، بالإضافة إلى التحكيم الإلكتروني والذي يعد أحد أهم هذه الوسائل وأنجعها والأكثر وجوداً وتطبيقاً في حل منازعات التجارة الإلكترونية على غرار باقي الوسائل.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإلكترونية.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

بوجه عام لا يوجد في عقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني قانون محدد مسبقاً أوله الصلاحية المطلقة في حكمها، وإنما الأمر متوقف على المنهج المطبق في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ومن أهم هذه المناهج، المنهج الذي يعتمد على إرادة الأطراف في العقد في إختيار القانون الواجب التطبيق¹، وبما أن المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة قد يؤدي هذا الإختيار خطورة عليهن مما يستلزم الأمر حمايته، في حالة لم تتفق الأطراف المتعاقدة على تحديد القانون الواجب التطبيق يتم إختيار القانون عند غياب إتفاق الأطراف.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 310.

فمن أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، يتطلب الأمر تحديد مدى إمكانية تطبيق قانون الإرادة على العقد الإلكتروني وهي حالة إتفاق الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق، وتحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب قانون الإرادة، والتي تتجلى في حالة غياب إتفاق الأطراف على إختيار القانون الواجب التطبيق.

عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن أثر الإتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق، أما الفرع الثاني سنتكلم فيه عن تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب قانون الإرادة.

الفرع الأول: أثر الإتفاق على تحديد القانون

عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف عن نظيرتها التقليدية في الإعتراف بقانون الإرادة وتطبيقه، بل أن طبيعة العقود الإلكترونية أكثر من غيرها تطبيق قانون الإرادة خاصة عند غياب نصوص قانونية تنظم عقود التجارة الإلكترونية في دولتيهما.

وفي إطار تطبيق هذا مبدأ قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك الإلكتروني، يقتضي منا الأمر بيان ما إذا كانت يمكن أن توفر حماية للمستهلك من عدمها، وذلك من خال البحث عن مبررات خضوع العقد الإلكتروني لقانون الإرادة ومدى الإعتراف به من قبل الأنظمة القانونية الدولية والأنظمة القانونية الوطنية وكيفية الإختيار الإرادي للقانون الذي يطبق على العقد الدولي.

وعليه سيتم خلال هذا الفرع تبين مبررات خضوع العقد الإلكتروني لقانون الإرادة ومدى الإعتراف به (أولاً)، كما سيتم أيضاً توضيح كيفية الإختيار الإرادي للقانون الذي يطبق على العقد الإلكتروني (ثانياً)، هذا وسيتم تبين أهمية قانون الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني (ثالثاً).

أولاً: مبررات خضوع العقد الإلكتروني لقانون الإرادة ومدى الإعتراف به

قانون الإرادة هو القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما العقدية، وليكون مصدر للقواعد التي تحكمها ولو كان قانون آخر هو الواجب التطبيق عند عدم إختيار

الطرفين لذلك القانون، وعلى ذلك يجوز للطرفين الإتفاق على إخضاع علاقتهما العقدية لقانون آخر غير قانون بلد إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه أو قانون موطنهما المشترك أو لأي قانون آخر واجب التطبيق وفقا لقانون الإسناد في القانون الدولي الخاص¹، وبعد خضوع العقد الدولي لمبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون، من أهم المبادئ المستقرة في تنازع القوانين، بحيث أن إرادة الأطراف هي ضابط الإسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية²، وبمقتضى هذا الضابط يسمح للأطراف في عقد الإستهلاك الإلكتروني الدولي بإختيار القانون الذي سيخضع له عقدهم.

حيث يسمح هذا المبدأ للأطراف في إختيار القانون من بين العديد من القوانين وإخضاع عقدهم للقانون الذي إختاروه، وسنبحث فيما يلي على مبررات هذا المبدأ، والإعتراف به في الأنظمة القانونية الدولية والوطنية.

01- مبررات خضوع العقد الإلكتروني لقانون الإرادة:

من أهم المبررات التي طرحت لتبرير خضوع عقد الإستهلاك الإلكتروني الدولي لقانون الإرادة ما يلي:

أ- التوافق مع توقعات الأطراف:

إن قانون الإرادة سيكون موافقا لتوقعات الأطراف على عكس قواعد التنازع التي لا تكون محدودة مسبقا لدى المستهلك وإنما يتراخى ذلك التحديد إلى ما بعد رفع الدعوى، وإن إختيار القانون سينماشى مع رغباتهم وتطلعاتهم، فالإرادة التي تمارس وظيفة الإسناد في قاعدة التنازع تؤدي إلى تحقيق العدالة الموضوعية بتطبيقها إذا ما أراد المتعاقدين الخضوع لها.

ب- رعاية مصالح الأطراف المتعاقدة:

¹ _ غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، العدد 01، المجلد1، 2020، ص 58.

² _ إستقر العمل بمبدأ سلطان الإرادة في فرنسا بصدور حكم محكمة النقض الفرنسية في 5 ديسمبر 1910 والذي أفاد بأن: " القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو شروطها هو القانون الذي يحكم الأطراف".

إن لجوء الأطراف المتعاقدة إلى إختيار قانون معين ليحكم عقدهم إنما يستند إلى رعاية مصالح الأطراف المتعاقدة من خلال تحقيق أهداف العقد، كما لو تتم إختيار قانون أجنبي يحكم أو ينظم عقدا غير معروف في القانون الوطني للمتعاقدين كلاهما.

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 عقد¹.

ومن ثم فإن منح الأطراف حرية إختيار القانون الذي يحكم عقدهم يسمح للأطراف بإستبعاد القوانين التي يؤدي تطبيقها إلى إعاقة عقدهم حركة تلك التجارة، حيث قد لا تصلح هذه القوانين إلا لتنظيم العلاقات الداخلية بينما يكون تطبيقها غير مقبول على العقود الدولية².

02- الإعتراف بقانون الإرادة في القوانين الدولية والوطنية:

سنبين من خلال ما يلي موقف القوانين الدولية والوطنية من الإعتراف بقانون الإرادة:

أ- الإعتراف بقانون الإرادة في القوانين الدولية:

تجمع الإتفاقيات الدولية رغم إختلافها على إخضاع عقود التجارة الدولية بشكل عام وعقود المعاملات الإلكترونية بشكل خاص في جانبها الموضوعي إلى ما يسمى بقانون الإرادة، والذي وفقا له يكون لأطراف العقد الحرية الكاملة في إختيار القانون الذي يحكم العلاقة التجارية التي تربطهم³.

ومن هذه المواثيق والإتفاقيات الدولية نجد ما نصت عليه المادة 21 من لائحة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية على مبدأ سلطان الإرادة كما يلي: " للأطراف

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 392.

² _ المرجع نفسه، ص 394.

³ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 336.

حرية إختيار القانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه على موضوع النزاع"¹، كذلك ما جاء به قانون الأونسترال من خلال المادة 28 فقرة 1².

أما في إطار الإتفاقيات الدولية نجد ما أخذت به "إتفاقية واشنطن" 1965³ إذ نصت المادة 42 فقرة 1 على أنه: "تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع..".

وأيضا ما أقرت به المادة 15 فقرة 1 من "إتفاقية نيويورك" لتحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، فقد نصت في هذا الشأن بتطبيق قانون الإرادة التي يخضع له سائر العقود الدولية، فإذا تخلفت الإرادة طبق قانون محل صدور التحكيم، ويتبين من هذه الأحكام أن للأطراف الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق حتى ولو لم يكن هناك صلة بين القانون المختار وبين العلاقة محل النزاع.

وجاء في نفس السياق نص المادة 3 فقرة 1 من إتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لسنة 1980، والتي جاء فيها: "يسري على العقد القانون الذي إختاره الأطراف"⁴، ويلاحظ على هذه الإتفاقية أنها تخضع جميع العقود لقانون الإرادة بما فيها عقد الإستهلاك كأصل عام ومنحت بموجبه للأطراف حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، غير أنها وضعت بند مفاده عدم السماح للمتعاقدین بحرمان المستهلك عند الإختيار من الحماية التي تضمنها له النصوص القانونية الأمرة لقانون محل

¹ _ غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 54.
² _ نصت المادة 28 فقرة 1 من قانون الأونسترال النموذجي على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد التي يختارها الطرفان بوصفها الواجبة التطبيق على النزاع وأي إختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم تتفق صراحة على خلاف ذلك".

³ _ إتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الإستثمار لسنة 1955، والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21-01-1995 المتضمن الموافقة على الإتفاقية المتضمنة تسوية المنازعات والمتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 07 لسنة 1995، وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30-10-1995، المتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية منازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 66، لسنة 1995.

⁴ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 396.

إقامة المستهلك العادية¹، وما تعلق منها كذلك بـ "إتفاقية لاهاي" المبرمة في 15 يونيو 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية فذكرت من خلال المادة 12 فقرة 1: " عقد البيع يخضع لأحكام القانون الداخلي للدولة التي يحددها الأطراف المتعاقدة، كذلك ما أقرته الإتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم الدولي المبرمة في جنيف 12 أفريل من سنة 1961 ودخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1964 من خلال المادة 7 منه على أنه: " الأطراف أحرار في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع".

ب- الإعتراف بقانون الإردة في القوانين الوطنية (التشريع الجزائري):

كرس المشرع الجزائري فكرة خضوع العقد أو الإتفاق لقانون الإرادة أي القانون الذي يختاره الأطراف وعلى الأطراف التقيد والإلتزام بما ورد في العقد هذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني².

ويتضح من هذا النص أن المشرع أعطى لقانون الإرادة الأولية في تطبيق في مجال العقد ومن هذا الإتجاه أيضا ما جاء به القانون المدني المصري في المادة 19 فقرة 1 منه والمتعلقة صراحة بحق الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من إلتزامات القانون الذي إتجهت إليه الإرادة الصريحة أو الضمنية فإذا لم توجد يسري قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقا لما يقره القانون المصري".

وكما أعطى المشرع للأطراف الحرية الكاملة في إختيارهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وهذا حسب ما أقرته المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية

¹ نصت المادة 05 فقرة 2 من إتفاقية روما على: " في العقود المبرمة مع المستهلكين: بالرغم من أحكم المادة 03 يجب ألا يؤدي إختيار الأطراف للقانون الواجب تطبيقه إلى حرمان المستهلك من الحماية التي تؤمنها له الأحكام الآمرة المنصوص عليها في قانون البلد، حيث محل إقامته المعتادة".

² نصت المادة 18 من الأمر رقم 75-58 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم على ما يلي: " يسري على الإلتزامات التعاقدية، قانون المكان المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد".

والإدارية¹ وهو نفس الإتجاه الذي أخذ به المشرع المصري من خلال مضمون المادة 39 المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري لسنة 1994².

ثانيا: كيفية الإختيار الإرادي للقانون الذي يطبق على العقد الإلكتروني

إذا كانت مسألة إختيار القانون تبدو سهلة في ظل التعاقد بين الأطراف التي يجمعها مجلس عقد واحد، والأمر يختلف عن ذلك في حالة التعاقد عن طريق وسائل إتصال حديثة عبر مجال إلكتروني، ولهذا للأطراف الحق في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، قد تكون إرادتهما صريحة أو ضمنية.

01- الإرادة الصريحة:

إذا نص العقد صراحة على خضوعه لأحكام قانون دولة معينة فلا تثار هنا أية إشكالية ويكون هذا القانون هو الواجب التطبيق على العقد، أي قانون الإرادة الصريحة، ومن أهم فوائد الإختيار الصريح لقانون العقد أنه يمكن المتعاقد من المعرفة المسبقة للقانون الواجب التطبيق على العقد، ويجتنبهم تطبيق قانون آخر غير مرغوب بالنسبة لهم، وإذا طبقنا ذلك على العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني فإن الإختيار الصريح لقانون العقد يمكن أن يتم من خلال الرسائل الإلكترونية التي يتبادلها الأطراف على شبكة Web site، أو البريد الإلكتروني، أو أية وسيلة أخرى من الوسائل الإلكترونية بعد الإتفاق على البنود التعاقدية كالمحل والتمن وغيرها على الشبكة نفسها³.

¹ _ وهو ما نصت عليه المادة 1050 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، والمتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف وفي حالة غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد والأعراف التي تراها ملائمة".

² _ نصت المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 07 لسنة 1994 على ما يلي:
تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة إتبعنا القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك".

³ _ محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2013، ص 53.

02- الإرادة الضمنية:

قد لا يتضمن العقد نصا صريحا وواضحا بشأن القانون الواجب التطبيق وهنا يتوجب على القاضي اللجوء إلى البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين مسترشدا في ذلك بظروف وقرائن معينة بهدف التوصل إلى معرفة قانون العقد، ومع ذلك يلاحظ في مجال العقود الإلكترونية أن هناك بعض القرائن التي يصعب الأخذ بها كأدوات كشف عن إرادة المتعاقدين الضمنية لإختيار قانون العقد، كاللغة التي استخدمت في تحرير العقد، حيث أن اللغة السائدة في التعاقد الإلكتروني هي الإنجليزية أو الفرنسية، وفي حالة استخدام لغة أخرى قد لا تحقق الفائدة المرجوة لأنها بالغالب تكون مجرد ترجمة من قبل البرنامج الموجود بالجهاز إلكتروني وحتى العملة المستخدمة في الوفاء بالثمن لا تشكل بدورها قرينة في هذا الصدد، لأن الوفاء غالبا يتم عن طريق بطاقات الائتمان، غير أن استخدام بعض المصطلحات القانونية المقررة في قانون دولة مع الإتفاق على خضوع أي نزاع بين الطرفين لمحاكم هذه الدولة قد يفهم ضمنا نية المتعاقدين الخضوع لقانون الدولة المذكورة بإعتباره قانون العقد.

وقد أخذ المشرعان الأردني والمصري، وكذلك إتفاقية روما، وإتفاقية لاهاي لسنة 1955 وكذلك لسنة 1986 بالإرادة الصريحة والإرادة الضمنية كضابط الإسناد في الإلتزامات التعاقدية، وهو ما يستفاد من العبارة الواردة في الفقرة الأولى من القانون المدني الأردني "ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك"، فلفظ الإتفاق جاء مطلقا بالنص لذا فهو يشمل الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية، وأيضا العبارة الواردة في المادة 19 فقرة 1 من القانون المدني المصري "ما لم يتفق المتعاقدان، أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"، أما المشرع الجزائري لم يجمع بين هاذين الإرادتين، وهو ما يلاحظ من نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الإلتزامات العقدية أو بالعقد".

والمشرع الجزائري إستخدم "أو" بدلا من "الواو"، وهذا ما هو إلا دليل على كفاية أحدهما لتأكيد وجود الإرادة الضمنية¹.

¹ - عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 341.

ثالثاً: أهمية قانون الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني

بالرغم من كون أن مبدأ سلطان الإرادة المبدأ الأساسي وضابط الإسناد الرئيسي في العقود الدولية، وهو من ضرورات التجارة الدولية، إلا أنه يصعب التسليم المطلق به في عقود التجارة الإلكترونية لما يحمله من خطورة وتأثير على مصلحة المستهلك، بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، إذ من المعتاد أن المورد هو من يفرض شروطه العقدية المسبقة على المستهلك، وهو من يحدد القانون الواجب التطبيق بما يوافق مصالحه الخاصة وما على المستهلك إلا الإنصياع لهذا الشرط أو رفض التعاقد.

وإن الخضوع الواضح الإذعان من قبل المستهلك لرغبات المحترف في عقود الإستهلاك وهو ما دعا أغلب التشريعات الحديثة إلى النص على ضرورة خضوع العقد للقواعد الآمرة في قانون محل إقامة المستهلك، إذا كانت أكثر حماية له لاسيما أن هذا القانون الأخير يعرفه المستهلك أو يفترض ذلك فيه، على أنه حالة كون قانون الإرادة يحقق للمستهلك حماية أفضل مما يحققه قانون محل الإقامة المعتاد، فإنه يتعين الأخذ بقانون الإرادة.

ولهذا نجد الفقه والقضاء والتشريع يرى أن إختيار القانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يتبعه حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له القوانين الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته الإعتيادية¹.

وهذا لم يرد عاما وإنما استثنى منه العقود الإلكترونية فقط المبرمة بين المورد والمستهلك وأعطى المشرع العربي قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامة المستهلك وليس موطنه فحسب، هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ما لم يتفق طرفي النزاع على غير ذلك، حسب ماورد في المادة 41 من ذات القانون².

¹ نصت على ذلك المادة 5فقرة 2 من إتفاقية روما والمذكورة سابقا.

² المادة 41 فقرة 1 من قانون العربي الإسترشادي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية: "في حالة النزاع بشأن العقود الإلكترونية المبرمة بين المهنيين والمستهلك فإن قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامة المستهلك يكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع".

وعلى ذلك فإن أفضل حماية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي لإختيار قانون الإرادة هو الأخذ بضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك، وإذا وجد قانون آخر أكثر صلاحية له، يجب الأخذ به عن طريق منح القاضي سلطة إختيار القانون الأصلح للمستهلك¹.

الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب قانون الإرادة

وعليه سنتطرق إلى الضوابط الإسناد الجامدة للرابطة العقدية (أولاً)، كما سنتحدث عن ضوابط الإسناد المرنة للرابطة العقدية (معيار الأداء المميز) في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية.

أولاً: الضوابط الجامدة

ما يرى أغلبية فقهاء القانون أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة في إختيار القانون الواجب التطبيق، فإنه في تحديد القانون الواجب التطبيق لابد من الإستناد إلى الضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد، أو قانون دولة تنفيذه، أو قانون جنسية المتعاقدين أو قانون موطنها المشترك، بإعتبارها قواعد موضوعية معلومة مسبقاً لدى المتعاقدين وهذا ماتناوله المشرع الجزائري في نص المادة 18 من الفقرة الثانية² والثالثة³ من القانون المدني الجزائري.

¹ _ للمزيد حول موضوع ضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك، وضابط القانون الأصلح للمستهلك، أنظر موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 441 إلى ص 454.

² _ نصت الفقرة الثانية المادة 18 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر، على ما يلي: "... وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد".

³ _ نصت الفقرة الثالثة من المادة 18 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، والسالف الذكر، على ما يلي: " غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

01. قانون الموطن المشترك

المشرع الجزائري جعل من ضابط الموطن المشترك لأطراف العلاقة التعاقدية أول ضابط احتياطي يلجأ إليه في حال غياب قانون الإرادة في العقد، وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على مايلي: "... وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة".

كما إنتهجت العديد من التشريعات العربية هذا التوجيه، حيث اعتبرت من الموطن المشترك لأطراف العقد ضابط الإسناد الأول عند سكوت الأطراف عن تحديد قانون معين يطبق على العقد، وذلك ما نستشفه في الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون المدني الأردني¹، وما اخذ به المشرع المصري من خلال استقراء نص المادة 19 من القانون المدني المصري². ومع ذلك يصعب الإستناد على ضابط الموطن المشترك في العالم الافتراضي عبر المجال الإلكتروني، لأن المورد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لاتجرم تلك الأعمال الغير الشرعية، ةكما قد يكون مكان غير دائم، وبالتالي يصعب تحديد هذا المكان مايصعب معه تطبيق الموطن المشترك في مجال التجارة الإلكترونية، وهذا بإعتبار أن العناوين الإلكترونية لاتعطي دلالة على حقيقة العنوان الحقيقي لها.

02. الجنسية المشتركة

الجنسية هي الرابطة بين الشخص ودولة معينة تتعلق بالكيان والسيادة فهي عبارة عن رابطة بين الفرد والدولة، وعليه إتخذت جنسية أطراف العقد في عقود التجارة الإلكترونية

¹ _ نصت الفقرة الثالثة من المادة 18 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، والسالف الذكر، على ما يلي: " غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

² _ نصت المادة 19 من القانون رقم 131 لسنة 1948 والمتعلق بالقانون المدني المصري على مايلي: " يسري على الالتزامات التعاقدية إذا إتخذنا موطننا فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه".

وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم، فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدين يكون هو القانون الواجب التطبيق، فعلى الرغم من غالبية القوانين بما فيها القانون الجزائري جعلت من الجنسية المشتركة ضابط من الضوابط الإحتيالية المعتمدة عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الإلكتروني في حالة عدم تحديد القانون من قبل الطرفين¹، فعلى الرغم من إعتبار الجنسية كرابط يعتد به لتحديد القانون الواجب التطبيق إلا أنه يصعب التعويل على عنصر الجنسية المشتركة لتحديد قانون العقد في مجال المعاملات الإلكترونية، كونها لاتعد عنصر مؤثر في المعاملات الدولية، زيادة عن ذلك فإن الإعتداد بالجنسية يتطلب التحقق من هوية الأطراف وهو أمر قد لاتأبه به التجارة الإلكترونية.

03. محل إبرام العقد

يعتبر محل إبرام العقد من أهم المعايير الخاصة التي يكون تنفيذ العقد في نفس مكان إنعقاده، بحيث يخضع تكوين هذا العقد وصحته لقانون مكان إنعقاده، وكما يرى أصحاب هذا الإتجاه في الإسناد لقانون محل إبرام العقد بأنه يشكل أقوى الروابط بالعقد، فمحل الإبرام هو أول مكان نشأت وتجسدت فيه الإرادات وهو القانون الأنسب والأسهل للتعرف عليه وبالرجوع إليه، بالإضافة إلى أن هذا الإسناد يحقق وحده القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية إلى جانب أنه يكفل للمتعاقدین فرصة العلم المسبق بالقانون الذي سيطبق على عقدهم عند سكوت الإرادة تماما عن تحديده، وهو ما يحقق لهم الأمان القانوني الذي يشدونه كما يحقق الإستقرار المتطلب للتجارة الدولية²، وهذا ما أكدته المادة 18 من القانون المدني الجزائري كما سبق وأن أشرنا إليه.

¹ _ غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 59.

² _ المرجع نفسه، ص 60.

وقد عالج قانون اليونسترال النموذجي مسألة الإختصاص المكاني للعقد المبرم عبر الإنترنت من خلال نص المادة 15 فقرة 04، حيث تم إعتقاد على ما يسمى بمقر عمل المرسل إليه كمكان لإرسال الرسالة الإلكترونية، في حين يعد مقر عمل المرسل إليه هو مكان إستلامها، مالم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك، وفي حال ما 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، أما في الحالة التي لا يكون فيها للمنشئ أو المرسل إليه مكان عمل، فيشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد¹.

04. محل تنفيذ العقد:

يظهر أن إسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة التنفيذ يقوم على أساس أن مصالح المتعاقدين تتركز في هذه الدولة، وهو قانون الدولة التي يتم حصول كل طرف على حقوقه، كما أن هذا الضابط يرتبط أكثر بموضوع العقد عن محل ميلاده، كما يذهب البعض إلى التأكيد على محل التنفيذ بوصفه تعبيراً عن مركز الثقل والارتباط الإجتماعي والإقتصادي في الرابطة العقدية، ويسمح بتطبيق قانون البلد التي يتأثر إقتصادها بالعقد، وبإعتبارها القانون الأوثق صلة بالعقد والمكان الذي تتجسد فيه الإلتزامات التعاقدية، ففي هذا المكان سيجني الأطراف ثمار تعاقدهم وتتعدد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ إلتزاماتهم لهذا ذهبت بعض التشريعات إلى الإسناد المسبق للعقد للقانون محل تنفيذ عند سكوت إرادة المتعاقدين عن الإختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق عليه على أساس أن هذا القانون هو الأوثق صلة بالرابطة العقدية، ويرى أنصار هذا الإتجاه أن محل تنفيذ العقد هو المكان الذي

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 432.

تتجسد فيه إلتزامات المتعاقدين ومصالحهم، ومحل تنفيذ العقد لا يكون عرضياً، وإنما يمثل تطلعات المتعاقدين المتجهة إليه دون غيره بما يحقق غاية التعاقد¹.

والأمر يختلف في مجال العقود التجارية التقليدية عنه في العقود الإلكترونية فبالنسبة لمكان تنفيذ العقد فإنه يمكن في هذه الحالة التمييز بين الحالة التي يتم فيها تنفيذ العقد خارج شبكة الإنترنت حيث أن المكان في هذه الحالة غالباً ما يكون هو مكان تسليم الطلب أو الخدمة، ومع ذلك فإنه من غير المستبعد أن يتفق أطراف العقد الدولي عن تنفيذ إلتزاماتهم في أماكن مختلفة، مما يحول دون تحقيق الإنسجام بين القوانين بسبب إختلاف مفاهيم النظم القانونية حول محل تنفيذ العقد، أما الحالة الثانية فهي الأكثر تعقيداً على إعتبار أنها تأخذ شكل العقد الذي يتم تنفيذ بشكل مادي عبر شبكات الإتصال الإلكترونية، كما هو الشأن لبرامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة عبر شبكة الإنترنت، حيث يصعب تحديد مكان تنفيذ في هذه الحالة بين مكان موقع تحميل عبر الشبكة لحظة التنفيذ، ومكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع، ومكان تواجد الحاسب الآلي للمشتري وغيرها من الأماكن².

ثانياً: ضابط الإسناد المرن للرابطة العقدية (معيار الأداء المميز) في تحديد القانون

الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية:

جراء الإنتقادات التي وجهت إلى ضابط الإسناد الجامد والتي أكدت على عدم ملائمته وصعوبة تطبيقه على العقود الإلكترونية وعدم كفايتها في توفير الحماية الفعالة للمستهلك بصفته الطرف الضعيف في عقد الإستهلاك الإلكتروني³.

لذلك يرى أغلبية فقهاء التجارة الإلكترونية أن تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية

¹ _ غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، نفس المرجع، ص 61.

² _ المرجع نفسه، ص 61.

³ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 433.

يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد و التضحية بمصلحة الطرف الضعيف، فمثلا في عقود البيع التي تتم عبر شبكة الإنترنت، يعد إلتزام البائع فيها بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري أداءا مميزا، وكذا في عقود توريد الخدمات إلتزام المورد فيها بتوريد الخدمة يعد هو الآخر أداءا مميزا، على أساس أنها تعبر عن مركز ثقل الإقتصادي والإجتماعي في الرابطة العقدية، وبالتالي إسناد العقد لقانون دولة الطرف المقابل للمستهلك وهو قانون دولة المحترف.

وقد وجدت نظرية الأداء المميز تطبيقا لها في العديد من الأحكام القضائية في الدول نذكر منها على سبيل مثال: قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في 11 ماي 1966 الذي حكمت فيه بخضوع الروابط العقدية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن إختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة، وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد¹.

وكما قد وجدت نظرية الأداء المميز تطبيقا لها في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 02 منه والتي تنص على أنه: "يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري".

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بقانون الجنسية، أو قانون الإقامة، أو قانون موطن المشترك ليكون قانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري في مجال المعاملات الإلكترونية، ومع ذلك كان لابد من تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك على المنازعات التي تثور بصدد عقد الإستهلاك المبرم عبر المجال الإلكتروني في حالة غياب قانون الإرادة (الإتفاق الصريح أو الضمني) على تحديد القانون الواجب التطبيق.

¹ _ غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 62.

المطلب الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإلكترونية

لقد نجم عن سهولة إبرام العقود عبر المجال الإلكتروني، تزايد حجم التعاقدات الإلكترونية، وهو ما تولد عنه تزايد معدل الخلافات والمنازعات ما بين المتعاقدين، بسبب غياب المتعاقدين لحظة إبرام العقد، وخضوع موضوع النزاع بالنتيجة إلى إختصاصات قضائية مختلفة، وإلى جانب التنازع في تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وبالرغم من أنه أصدر قانون التجارة الإلكترونية 18-05، إلا أنه لم يشر لمنازعات التجارة الإلكترونية سواء في الشق التقليدي أو الحديث.

وهو الأمر الذي يستدعي بنا للبحث عن وسائل أكثر ملائمة لتسوية وفض المنازعات بطريقة تتماشى مع طبيعة المعاملات الإلكترونية من حيث السرعة، ولكونها تتم عبر شبكات الإتصال الحديثة، فاللجوء إلى القضاء أصبح غير مجد لفض منازعات التجارة الدولية الإلكترونية، ولهذا ظهرت وسائل غير قضائية أو بما تسمى بالوسائل البديلة لفض المنازعات¹، إذ يعد التحكيم أهم الوسائل البديلة لفض النزاعات.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنحدد في الفرع الأول معنى التحكيم الإلكتروني، أما الفرع الثاني سنبين فيه أهم القواعد الخاصة بالتحكيم الإلكتروني.

الفرع الأول: تحديد معنى التحكيم الإلكتروني

بإزدياد حجم العقود المبرمة عبر الإنترنت والإطراد في حجم الخلافات الناشئة عنها، ظهرت فكرة التحكيم الإلكتروني التي تتم بطريقة إلكترونية بإستخدام التقنيات الحديثة في مجال تبادل المعلومات والإتصالات، وللقوف على مفهوم نظام التحكيم الإلكتروني بشيء من التفصيل، سنحاول تحديد تعريف دقيق لهذا التحكيم، وخصائصه، وتحديد كيفية إبرام إتفاقية التحكيم.

¹ _ الوسائل البديلة لفض المنازعات، هي الطرق غير القضائية لحل النزاع، والتي يتم رفع النزاع والفصل فيه خارج المحكمة، وبعد إتفاق الأطراف على اللجوء لهذه الوسيلة فإنهما يفقدان حقهما في اللجوء للقضاء ما لم تخفف هذه الوسائل في حل النزاع، أنظر: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات- الوساطة والتوفيق- التحكيم- المفاوضات المباشرة)، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان(الأردن)، 2010، ص 17.

وعليه سنبين خلال هذا الفرع تعريف التحكيم الإلكتروني (أولاً)، فضلاً عن ذلك سنبين أهم خصائص التحكيم الإلكتروني (ثانياً).

أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني

في هذا الصدد سنميز بين التحكيم التقليدي والتحكيم الإلكتروني، وذلك بغية رفع أي غموض أو التباس قد يكتنف التحكيم الإلكتروني.

01- التحكيم التقليدي:

يقصد بالتحكيم في الإصطلاح القانوني، الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين وأشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الإلتجاء إلى القضاء مع إلزامهم بطرح النزاع على محكم ليفصل فيه بحكم ملزم للخصوم.

وكما عرفه أحد الفقهاء بأنه "نظام خاص للتقاضي"، ينشأ من الإتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجيته الأمر المقضي¹.

وعرفه البعض الآخر أنه إحالة النزاع أو الخلاف القائم بين شخصين على الأقل من أجل حسمه بعد سماع أطراف النزاع بوسيلة قضائية، وذلك بواسطة شخص أو أشخاص ليسوا من قضاة محاكم الدولة².

وبناء على ما إستقر عليه الإجتهد الفقهي والقضائي، فإننا يمكن أن نعرف التحكيم بأنه: "طريق إستثنائي رسمه القانون لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي

¹ _ جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2014، ص 32.31.

² _ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص ص 13 و12.

العادية عن طريق شخص أو أشخاص معينين بإرادة الخصوم، للفصل في النزاع المعروض أمامهم بحكم ملزم¹.

02- التحكيم الإلكتروني:

لا يختلف التحكيم الإلكتروني في جوهره عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم، فلا وجود للورق أو الكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم.

فإستند جانب من الفقه في تعريف التحكيم الإلكتروني إلى الصفة القضائية فعرفه بأنه: "نظام قضائي من نوع خاص يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع وبشكل إختياري إلى طرف ثالث محايد (مقدم خدمة التسوية الإلكترونية) لتعيين شخص أو عدة أشخاص (هيئة التحكيم الإلكتروني) لتسوية النزاع باستخدام وسائل الإتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع وأسلوب التسوية، وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف² ودون التواجد المادي لهم في مكان واحد".

وإذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم بأكمله أو في بعض مراحله إلكترونيا، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في التواجد المادي لأطراف العملية التحكيمية.

ولا يوجد في نظام التحكيم الإلكتروني مكان تحكيم حقيقي، بل يحدد هذا المكان مجازا أو إفتراضيا ولا يلتقي فيه الأطراف أو المحكمون إلا عبر الخط عبر شبكات الإنترنت³. وبناء على ما تقدم التحكيم سواء كان تقليديا أو إلكترونيا فهو طريق خاص لفض المنازعات بطرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين للقيام بالفصل في النزاع بإصدار حكم نهائي ملزم بدلا من المحكمة المختصة.

وبالتالي التحكيم الإلكتروني ما هو إلا خليط من القواعد القانونية والوسائل الإلكترونية، والتي تمتزج فيه القواعد القانونية والشروط الخاصة بجل المنازعات، والتي كانت

¹ _ جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، المرجع السابق، ص32.

² _ أشرف محمد رزق فايد، منازعات الإستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص ص 147 و148.

³ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 320.

مبنية على البنية التحكيمية التقليدية، مع الوسائل الإلكترونية، حيث يتم تطويع القواعد القانونية التقليدية لتتلاءم مع متطلبات التجارة الدولية الإلكترونية، بأن تجري جميع إجراءات التحكيم أو بعضها عبر الوسائل الإلكترونية بداية من الإتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم، وصولاً إلى إصدار القرار التحكيمي المنهي للنزاع.

وعليه التحكيم الإلكتروني طريق إستثنائي لفض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية قوامه الخروج عن طرق التقاضي الأصلية، مستند بذلك على إرادة الخصوم بطرح النزاع على شخص معين أو هيئة معينة للفصل فيه بحكم ملزم للخصوم، على أن تجرى مراحلها بشكل كامل أو جزئي عبر وسائل الإتصال الحديثة.

ثانياً: خصائص التحكيم الإلكتروني

يتضح لنا من خلال ما سبق أن التحكيم الإلكتروني يتميز بالعناصر التالية:

01- سرية قضاء التحكيم:

وهي ميزة من حيث وجوده ونتائجه وفي جميع المراحل إذ لا تكون جلساته علانية، مما يحول دون إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحكّمين، والواقع أن السرية التي يكفلها التحكيم الإلكتروني تبدو أكثر أهمية في مجال العلاقات التجارية الدولية التي تبرم بطريقة إلكترونية، حيث أن الإتصالات تمتاز بالسرعة، ومن ثم فإن إنتشار الأخبار التي تنطوي على أسرار تجارية أو صناعية أو مالية أو إقتصادية سيتم بسرعة كبيرة¹.

02- سرعة الإجراءات قضاء التحكيم:

وذلك راجع إلى سهولة وسرعة تقديم الأوراق والمستندات المطلوبة، وذلك باللجوء إلى وقت أطول²، حيث تتم إجراءاته دون التواجد المادي لأطرافه: تتم إجراءات المحاكمة عن بعد، حيث تقوم الهيئة بعقد الجلسات عبر شبكة الإنترنت دونما إتقاء مادي للهيئة والمحكّمين، لتوفر بذلك عناء ونفقات الإنتقال لمكان التحكيم، حيث يتم حضور جلسات

¹ _ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 252.

² _ بسمة فوغالي، فاعلية قرار التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 01، المجلد 07، 2020، ص 433.

المحاكمة من أي مكان في العالم عبر شاشة الحاسب المتصلة بالموقع الإلكتروني المعد مسبقاً لذلك¹.

علاوة على المزايا السابقة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني، فإننا نجد أن التحكيم الإلكتروني يتمتع بالإضافة إلى مزايا السابقة إلى مزايا أخرى جاءت بفضل الوسائل التي يمارس من خلالها وهي:

03- إلكترونية النزاع:

حيث يتم رفع النزاع من خلال شبكة الإنترنت، وإجراء الجلسات عن بعد، حيث تقوم الهيئة أو المحكم بعقد الجلسات عبر شبكة الإنترنت دون الحاجة إلى الالتقاء المادي لأطراف الخصومة.

إذ أن هذا الأمر يحقق إمكانية وسرعة إسترجاع البيانات المقدمة إلى الهيئة، وسرعة إجراء المفاوضات واللقاءات بين الأطراف والهيئة، هذا ويتم حفظ الوثائق والسجلات المقدمة من المحكّمين بشكل إلكتروني، فمن خلال هذه المميزات التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني والغير موجود في التحكيم التقليدي، برزت الحاجة إلى التحكيم الإلكتروني.

الفرع الثاني: قواعد التحكيم الإلكتروني

لقد شهد التحكيم إزدهارا ملحوظا في العصر الحديث في مجال المعاملات والتجارة الدولية أمام عودة النزعة الفردية وحرية التبادل التجاري وسلطان الإرادة²، واللجوء الأطراف إلى التحكيم كطريق لفض نزاعاتهم بعيدا عن القضاء وذلك بما يتلاءم والآلية التي نجمت عنها الخلافات بين الطرفين مع المحافظة على متطلبات المعاملات الإلكترونية في ذات الوقت والقائمة على السرعة والثقة بين اطرافها، لذلك كان من من نتيجة تلك الجهود الوصول إلى نظام قادر على نظر وفض المنازعات من خلال إبتكار نظام التحكيم الإلكتروني³.

¹ _ محمد إبراهيم أبو هيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات- الوساطة والتوفيق- التحكيم- المفاوضات المباشرة)، المرجع السابق، ص 60.

² _ محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 242.

³ _ أشرف محمد رزق فايد، منازعات الإستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 147.

وعليه سنبين خلال هذا الفرع كيفية إبرام اتفاقية التحكيم (أولاً)، كما سنبين إجراءات سير عوى التحكيم الإلكتروني (ثانياً).

أولاً: تحديد كيفية إبرام اتفاقية التحكيم

إن اتفاقية التحكيم هي الإتفاقية التي يتعهد بمقتضاها أطراف المنازعة الإلكترونية الإلكترونية باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عبر وسائل الإتصال الإلكترونية، وبالتالي تعد إتفاقية التحكيم أساس قيام التحكيم الإلكتروني¹.

01- الشروط اللازمة لصحة إتفاقية التحكيم:

تتمثل الشروط اللازمة لصحة إتفاقية التحكيم الإلكتروني في مجموعة من الشروط، والتي تنقسم إلى شروط موضوعية وشروط شكلية.

أ- الشروط الموضوعية لإتفاقية التحكيم الإلكتروني:

يشترط لإتفاقية التحكيم الإلكتروني كأي تصرف قانوني شرطين هما الأهلية والتراضي يجب أولاً التحقق من أهلية المتعاقدين لإبرام إتفاق التحكيم، حيث يذهب البعض إلى التثبت من أهلية الطرفين للتعاقد²، وإبرام الصفقات القانونية، وكما يشترط أيضاً أن يكون هناك محل وسبب لإتفاقية التحكيم³.

ب- الشروط الشكلية لإتفاقية التحكيم الإلكتروني:

تباينت مواقف الإتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المقارنة الخاصة بالتحكيم حول مدى إعتبار كتابة كشرط شكلي للإعتداد بصحته، وسنحاول عرض موقف أهم الإتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المقارنة الخاصة بالتحكيم من إقتضاء شرط الكتابة وأثره في صحة إتفاقية التحكيم.

¹ _ النحوي سليمان، لحرش أيوب التومي، بوفاتح أحمد، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات الإستهلاك الإلكتروني، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد 1، المجلد 5، 2021، ص 202.

² _ تنص المادة 9 من التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 على أنه: "لا يجوز الإتفاق على التحكيم على الشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه...".

³ _ أشرف محمد رزق فايد، منازعات الإستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الإنترنت، نفس المرجع، ص 164.

02- الإتفاقيات الدولية بشأن التحكيم:

تعددت الإتفاقيات والمعاهدات الخاصة بالتحكيم ولعل أبرزها:

أ- إتفاقية نيويورك بشأن الإعراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لسنة
:1958

تتطلب هذه الإتفاقية الكتابة كشرط حتى يكون إتفاق التحكيم صحيحا، وذلك في المادة الثانية منها والتي جاء فيها: "1_ تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا إلى التحكيم كافة أو أي خلافات نشأت أو يمكنها أن تنشأ بينهم، 2_ ويعبر إتفاق مكتوب أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي إتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة"¹.

قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 والتعديلات التي تم إقترحها بموجب المواد المنقحة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بالقرار رقم
:33-61

ورد بديباجة ضرورة توافق أحكام القانون النموذجي المتعلقة بشكل إتفاق التحكيم والتدابير المؤقتة مع الممارسات الحالية للتجارة الدولية ومع وسائل التعاقد الحديثة والتوصية لجميع الدول بالنظر بشكل إيجابي في تطبيق المواد المنقحة من ذلك القانون.

وقد ورد بنص الصيغة النهائية الأولى للمادة 7 فقرة 4 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والتي إعتمدتها لجنة الأمم للقانون التجاري الدولي في دورتها 39 لعام 2006 على أنه: "يستوي إشرط أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا بواسطة خطاب

¹ _ جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، المرجع السابق، ص96.

إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجه أحد الأطراف بواسطة رسالة بيانات¹.

تقر هذه المادة بشكل واضح صحة إتفاق التحكيم المبرم عبر الوسائل الإلكترونية والذي إصطلح عليه: "إتفاق التحكيم الإلكتروني"، وبالرغم من عدم إلزامية القانون النموذجي للتحكيم إلا إذا تم إدراجه بالتشريعات الداخلية للدول إلا أنه ذو أهمية كبيرة في استرشاد التشريعات ومحاكم الدول حول مسايرة التحكيم لتطورات التجارة الدولية².

ويستفاد من هذا النص أن الكتابة تعتبر ركناً أساسياً يجب توافره لإمكان القول بوجود إتفاق التحكيم، فالمادة الثانية من الإتفاقية تقرر قاعدة موحدة تقتضي الكتابة كشرط صحة وليس لمجرد الإثبات.

ومع ذلك لو تمعنى أكثر في هذا النص نجد أن المقصود بالكتابة وفق أحكام هذه الإتفاقية أن الكتابة هي شرط للإثبات وليس للإنعقاد، فالنص لا يرتب جزاء البطلان أو الإنعدام على تخلف الكتابة.

ب- إتفاقية جنيف الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961:

نصت المادة 2 فقرة 1 على إستلزام الكتابة لإتفاقية التحكيم، غير أن الإتفاقية عادت وسمحت بصحة إتفاق التحكيم حتى ولو لم يكن مكتوباً إذا تم بين مواطنين من الدول التي لا يفرض قانونها الشكل الكتابي لإتفاق التحكيم طالما أنه قد تم إبرامه وفقاً للأشكال التي نص عليها في هذه القوانين.

أما بالنسبة لمدى إشتراط الكتابة في لوائح التحكيم، فإن الهيئة الأمريكية للتحكيم نصت في المادة الأولى على أنه: "عندما يتفق الأطراف كتابة على إحالة نزاعاتهم إلى التحكيم،

¹ يقصد برسالة البيانات المعلومات المنشأة أو المرسله أو الملقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرقيات والتلكس والنسخ الورقية.

² أشرف رزق محمد فايد، منازعات الإستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 157.

بناء على هذا النظام للتحكيم التجاري الدولي، يتم التحكيم وفقا لهذا النظام كما هو مطبق في تاريخ بدء التحكيم مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الأطراف كتابة¹.

03- قوانين التحكيم المقارنة:

نصت المادة 2/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اونيستيرال)² على أن: "يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا".

ومن هذا النص يتبين أن اتفاق التحكيم يجب ان يكون مكتوبا، لكن الكتابة في اتفاق التحكيم، هي شرط إثبات لا شرط إنعقاد، غير أن صيغة النص على إشتراط الكتابة جاءت جازمة بأن مثل هذا الإتفاق لا يثبت إلا بالكتابة مما يعني أنه لا يجوز الإستعاضة عن الإثبات بالكتابة بأية وسيلة إثبات أخرى.

غير أن هناك بعض التشريعات تشترط فيما يتعلق بإتفاق التحكيم، أن يتم إفراغه في شكل كتابي كشرط لصحته، كقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 الذي نص في المادة 12 منه على أنه: "إتفاق التحكيم يعد مكتوبا إذا ضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة"³.

وهنا نلاحظ أن المشرع الأردني والمصري قد خففا من نوع الكتابة المطلوبة، فأصبح مجرد تبادل رسائل الفاكس أو التلكس أو البريد أو بأية وسيلة أخرى تترك أثرا مكتوبا يمكن أن ينعقد به إتفاق التحكيم.

04- مضمون إتفاقية التحكيم الإلكتروني:

يتمثل مضمون إتفاقية التحكيم الإلكترونية في تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، وتحديد هيئة التحكيم.

¹ _ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 97.

² _ قانون اونوستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل والمتمم بموجب الصيغة التي اعتمدها اللجنة في دورتها التاسعة والثلاثون لعام 2006.

³ _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 325.

أ- تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني:

من المتفق عليه أن إختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، يعني أنه يخضع لحرية أطراف النزاع في تحديده¹، ولا يوجد قيود على حرية إختيار المتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق إلا مراعاة قواعد النظام العام في الدولة.

وبالتالي يتمتع الأطراف بحرية واسعة وكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق سواء بالنسبة لتحديد حقوق الدفاع أو تنظيم المداوات التلفزيونية والإجتماعات الإلكترونية أو كيفية إجتماع الأطراف مع المحكم أو أفراد التحكيم عبر شبكة الإنترنت، وكيفية وصول الوثائق لأن من أهم صفات نظام التحكيم السرية كما سبق وأن وضحنا².

وكما يجب على المحكم أن يقف عند حدود إرادة أطراف النزاع وإحترامها في إختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم، وقد أشارت إلى ذلك المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه على هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع عملاً بالقانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه، وعليه فإن إصدار الحكم المنهي للخصومة من قبل هيئة التحكيم وفقاً لقانون آخر غير القانون الذي إتجهت إرادة الخصوم لإختياره يعد سبباً لبطلان هذا الحكم³.

ب- تحديد هيئة التحكيم:

عملية تحديد هيئة التحكيم تتوقف على إرادة أطراف النزاع من جهة وعلى قبول المحكمين من جهة أخرى، ذلك أن المحكم هو حر في قبول أو رفض المهمة فضلاً عن حرية الأطراف في إختيار المحكم ضمن التحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي، ولقد جرى

¹ _ النحوي سليمان، لحرش أيوب التومي، بوفاتح أحمد، ودوره التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات الإستهلاك الإلكتروني، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد الخامس، العدد1، 2021 ص 203.

² _ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 103 و102.

³ _ بسمة فوغالي، فعالية قرار التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 435.

العمل على أن يعين كل طرف في المنازعة محكما على أن يقوم المحكمان بإختيار المحكم الثالث¹.

وكما تعتبر تسمية المحكمين مسألة هامة وضرورية لسير إجراءات التحكيم، وبصدد هذه المسألة تميز غالبية قوانين التحكيم بين تسمية المحكمتين بإتفاق الأطراف، وبين حالة عدم وجود إتفاق بين الأطراف على التسمية.

ففي حالة تسمية المحكمين بإتفاق الأطراف فإن القاعدة العامة هي حرية الأطراف في إختيار هيئة التحكيم، وقد نص على هذه القاعدة العديد من قوانين التحكيم، فمثلا نصت المادة 14 فقرة 1 من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001 على أنه: "تشكل هيئة التحكيم بإتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاث"².

أما في حالة تسمية المحكمين في حالة عدم إتفاق الأطراف فإنه إذا لم يتفق الأطراف في إتفاق التحكيم على تسمية المحكمين، فإن الأسلوب الأكثر شيوعا الذي تتبعه غالبية "قوانين التحكيم"، فإذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد، يتم إختيار هذا الأخير بواسطة الأطراف، وفي حالة عدم إتفاق الأطراف على إختياره خلال المدة الزمنية التي يحددها المركز ويتولى المركز أمر تعيينه، أما إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين أو أكثر، يقوم كل طرف بإختيار محكم، على أن يقوم المحكمان المختاران من قبل الطرفين بتعيين المحكم الثالث، فإذا إنقضت الفترة الزمنية التي يحددها المركز، ولم يقم أحد الأطراف بتعيين محكمة، أو لم المحكمان المختاران بإختيار المحكم الثالث، تولى المركز تعيينه³.

¹ _ النحوي سليمان، لحرش أيوب التومي، بوفاتح أحمد، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات الإستهلاك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 203.

² _ وتقابلها المادة 15 من قانون التحكيم المصري، والمادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، وكذلك المواد 16، 17، 18، من قواعد التحكيم لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويو).

³ _ محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ص 262 و263.

أما عن هيئة التحكيم الإلكتروني فتتمثل من محكم واحد أو ثلاثة ما لم يتفق الأطراف صراحة على تحديد العدد، ويراعى في إختيار المحكمين بعض الإعتبارات جنسياتهم ومكان إقامتهم وما إن كان هناك أي صلة أو رابطة بين المحكمين وبين أطراف النزاع ويمنح لكل محكم دليل الدخول وكلمة المرور للدخول إلى موقع الدعوى، ولا يملك الأطراف الخاضعون لنظام تلك المحكمة سوى قبول الحكم الصادر، ويكون رد المحكم بإخطار يرسل إلكترونياً عبر الإنترنت، لابد من تحديد لغة التحكيم ومكانه¹.

ثانياً: إجراءات سير دعوى التحكيم الإلكتروني

إجراءات التحكيم هي جملة من الأعمال الإجرائية المتوالية والتي تهدف إلى الوصول إلى حكم يصدر عن هيئة التحكيم ويفصل في النزاع القائم بين طرفي التحكيم، أما التحكيم الإلكتروني فيتم بإتباع إجراءات أخرى خاصة بالتحكيم الإلكتروني ولعل أبرزها كيفية التواصل بين الخصوم والمحكمين عن بعد عبر شبكة الإنترنت، وكيفية تقديم المستندات إلكترونياً، على أنه يجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني ضمن إتفاق التحكيم.

ولهذا فإن إجراءات سير الدعوى لها دور فعال في إنجاح عملية التحكيم الإلكتروني، والتي تتمثل في تقديم طلب التحكيم إلى المركز، وعرض النزاع للتحكيم، ومن ثم صدور حكم التحكيم الإلكتروني.

01- تقديم طلب التحكيم إلى المركز

طلب التحكيم يسمح بإفتتاح إجراءات التحكيم ويتعين على المحتكم تعبئة نموذج التحكيم المعد مسبقاً على الموقع الإلكتروني التابع للمركز الذي يجب أن يتضمن عدة بيانات لاسيما أسماء طرفي النزاع وعناوينهم، الهاتف، الفاكس، البريد الإلكتروني، أو أية وسيلة إتصال أخرى ذات صلة بطرفي النزاع أو بمن يمثل الطرف مقدم طلب التحكيم، وبيان ملخص عن طبيعة النزاع وظروفه، وطرق وأساليب تسويته، وقائمة بالبيانات وأدلة الإثبات وعدد أعضاء هيئة التحكيم، أو أية ملاحظات يبيدها المحتكم يمكن الإستعانة بها عند تشكيل هيئة التحكيم.

¹ _ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص ص 120 و119.

وبعد ذلك يقوم المحكم بإرسال الطلب إلى المركز من خلال النقر على الأيقونة المخصصة للإرسال (Send to)، مع تزويد المحكم ضده بنسخة من الطلب، ودفع رسوم التسجيل المحددة وفق نظام دفع الرسوم المعمول به في المركز وقت إستلامه لطلب التحكيم والمنشور على الموقع الإلكتروني التابع للمركز¹.

وبعد أن يسلم مركز التحكيم طلب التحكيم يأتي دورها في قبول أو رفض نظر النزاع، فإذا قبل المركز نظر النزاع يتعين عليه إخطار الطرف الثاني بواسطة البريد الإلكتروني وتزويده بنموذج الرد، في هذه الحالة يتعين على المحكم ضده الرد في غضون 20 يوم من تاريخ إخطاره بالطلب، مبيناً فيه إسمه بالكامل وبيانات الإتصال به، بالإضافة إلى الرد على المعلومات الواردة في الإشعار بالتحكيم وأدلة الإثبات التي يستند إليها.

02- عرض النزاع للتحكيم

بعد إخطار المحكم ضده يقوم مركز التحكيم بإعداد صفحة عرض النزاع على الموقع الإلكتروني معد لذلك ويمنح الطرفين كلمة المرور التي تخول لهم دخول الموقع والإطلاع على صفحة النزاع، ومن ثم يقوم بإخطار المحكم ويعلمه بمهمته على ضوء إدعاءات وطلبات أطراف التحكيم والمستندات المقدمة من طرفهم، ويدعى ذلك بوثيقة مهمة التحكيم².

03- صدور حكم التحكيم الإلكتروني

حكم التحكيم الإلكتروني لا يصدر إلا بعد إنتهاء أطراف النزاع وإستنفاد كافة الفرص وقفل باب المرافعات وإحالة القضية على المداولة لتمكين المحكمين من تفحص ودراسة المستندات والأدلة الثبوتية وكل ما قدمه الأطراف أثناء سير عملية التحكيم.

¹ _ محمد أحمد علي محاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 260 و259.

² _ النحوي سليمان، لحرش أيوب التومي، بوفاتح أحمد، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات الإستهلاك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 260.

ويصدر حكم التحكيم الإلكتروني بأغلبية الأصوات ويجب أن يكون مكتوب ومسبب ويتضمن أسماء المحكمين وجنسياتهم وصفاتهم وتوقيعهم، تاريخ ومكان صدور الحكم التحكيمي¹، أسماء ومواطن أطراف النزاع، أقوالهم ومستندات، منطوق الحكم.

وبعدها تقوم مراكز التحكيم بتبليغ منطوق حكم التحكيم الإلكتروني للأطراف خلال 30 يوم من تاريخ صدوره بأية وسيلة من وسائل الإتصال عن بعد تسمح بإقامة الدليل على الإرسال وبالتالي تنتهي الخصومة التحكيمية بمجرد صدور الحكم التحكيمي الذي يكون له الأثر الملزم بأن ينفذ فور صدوره.

وكما يكون للمحتكمين في إطار تسوية النزاع وإنهاؤه طلب وقف سير عملية التحكيم وإنهاء النزاع القائم بينهم إذا ما تواصلوا قبل صدور التحكيم لتسوية ودية لحل الخلاف القائم بينهم، على أن يقدم هذا الطلب إلى الهيئة على النموذج الخاص والمعد على الموقع الإلكتروني التابع للمركز.

كما للهيئة أن تدعو المحتكمين للتوصل لتسوية ودية للنزاع، إذا ما تبين لها عدم جدوى الإستمرار في التحكيم، وفي حال أن حالف الفشل مساعي الهيئة في التوصل لتسوية ودية فلها الحق في إلغاء عملية التحكيم، ما لم يعترض المحتكمان على قرار الإلغاء وتقديم أسباب تبرر الإستمرار في نظر النزاع².

وتقوم مراكز التحكيم بتبليغ منطوق حكم التحكيم الإلكتروني للأطراف خلال 30 يوم من تاريخ صدوره بأية وسيلة من وسائل الإتصال عن بعد تسمح بإقامة الدليل على

¹ نصت المادة 20 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "1_ للطرفين حرية الإتفاق على مكان التحكيم، فإن لم يتفقا على ذلك، تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان، على أن يؤخذ في الإعتبار ظروف القضية بما في ذلك راحة الطرفين، 2_ إستثناء من أحكام الفقرة (1) من هذه المادة، يجوز لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للمداولة بين أعضائها وسماع أقوال الشهود والخبراء أو لمعاينة البضائع وغيرها من الممتلكات أو لفحص المستندات، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، وهذه المادة تقابلها 27 من قانون التحكيم الأردني.

² محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات- الوساطة والتوفيق- التحكيم- المفاوضات المباشرة)، المرجع السابق، ص ص 87 و86.

الإرسال، وبالتالي تنتهي الخصومة التحكيمية بمجرد صدور الحكم التحكيمي الذي يكون له الأثر الملزم بأذن ينفذ فور صدوره¹.

ويرى البعض في إلغاء التحكيم من قبل الهيئة إنتهاكا لحق المحكمن الذين لجؤوا للتحكيم لفض نزاعهم بعيدا عن ساحة القضاء، وحتى أنه لا يتصور أن تقوم الهيئة بإلغاء التحكيم على أساس عدم جدوى إستمرار السير في إجراءاته وقد قامت بدراسة طلب اللجوء للتحكيم سابقا ووافقت عليه بعد أن بدا لها قدرة محكميها ذوي الخبرة الواسعة في فض النزاع، وعليه فلا بد من حرمان الهيئة من هذا الحق، بل على العكس لزوم تعويض المحكمن لقاء الوقت والجهد المبذول في أثناء سير عملية التحكيم².

وفي ختام هذا الفصل يتبين أن حماية المستهلك الإلكتروني لم تقتصر على مرحلتي السابقة على التعاقد ومرحلة التعاقد، بل تمتد لتشمل حتى مرحلة التنفيذ، ومن مظاهر ذلك نجد الالتزامات التي فرضها المشرع على المورد ومن جهة أخرى حق العدول الذي أقره المشرع للمستهلك الإلكتروني.

حيث يقع على المورد عدة التزامات منها ما هو مرتبط بالمبيع ومنها ما يتعلق بالأمن والسلامة، بحيث يلتزم المورد بالتسليم الذي يعد من أهم خصوصيات التعاقد عبر المجال الإلكتروني، كما يقع على المورد الالتزام بالمطابقة الذي تزداد أهميته بالنظر إلى أوصاف المبيع المعروض على الانترنت، فإذا كان المبيع غير مطابق للأوصاف التي عرض عليها فإنه يجب على المورد إصلاح المنتج أو استبداله أو رد المبيع والمطالبة بالتعويض.

الالتزامات التي تقع على المورد والتي تتعلق أساسا بالأمان نجد الالتزام بالسلامة الذي يهدف إلى توفير الأمان للمستهلك في السلعة أو الخدمة وذلك بما قد تتطوي عليه من

¹ _ النحوي سليمان، لحرش أيوب، التومي، بوفاتح أحمد، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات الإستهلاك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 205.

² _ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات- الوساطة والتوفيق- التحكيم- المفاوضات المباشرة)، المرجع نفسه، ص 87.

خطورة، وكذا الالتزام بالضمان لاسيما ضمان العيوب الخفية التي قد تظهر في المبيع وضمان الخدمة ما بعد البيع.

هذا وقد أقر المشرع الجزائري وكذا بعض التشريعات المقارنة للمستهك حق العدول عن العقد الإلكتروني والذي يعد ضماناً أساسية قانونية للمستهك الإلكتروني، ففي حالة إعمال هذا الحق فإنه يجب على المورد رد الثمن للمستهك وكذا فسخ العقد.

الفصل الثاني: الآليات الحديثة لحماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التنفيذ

في ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة وما نجم عنها من تركيز قوى الإنتاج بشكل احتكاري بيد عدد محدود من الأشخاص فضلا عن تقدم والتعقيد في الطابع الفني للسلع والخدمات بحيث أصبح المستهلك يجهل كيفية استعمالها والمحافظة عليها فضلا عن إدراك مخاطرها.

وكذلك ظهور صيغ تعاقدية جديدة لم تكن مألوفة في التعامل التجاري كالعقود النموذجية¹ والتي أصبحت تبرم دون سبق مفاوضة أو مساومة وينفرد أحد الأفراد بصياغتها بعيدا عن أي نوع من الرقابة مما أدى إلى فرض الشروط التعسفية على الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وهو المستهلك، وتزداد هذه المشكلة في العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني (عقود التجارة الإلكترونية).

ولقد أضحت مسألة حماية المستهلك من الشروط التعسفية من المواضيع القانونية الهامة في وقتنا الراهن، وقد زادت أهمية مع بروز وتطور عقود التجارة الإلكترونية نموذجية، والتي ينفرد في صياغتها المورد الإلكتروني والتي يراها مناسبة ومتماشية مع مصالحه، ما يجعل المستهلك يقع ضحية تسرعه في إقتناء المنتج².

إذ أن حماية المستهلك في الإلكتروني لم تقتصر على الشروط التعسفية فحسب بل امتدت لتشمل حتى حمايته إزاء الوسائل الإلكترونية لاسيما فيما يتعلق بحماية البيانات الشخصية للمستهلك في المجال الإلكتروني.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى حماية المستهلك الإلكتروني إزاء الشروط التعسفية، أما المبحث الثاني سنتحدث عن حماية المستهلك الإلكتروني إزاء الوسائل الإلكترونية.

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 246.

² _ زوليخة بن طاية، الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة بسكرة، العدد 1، المجلد 7، 2020، ص 312.

المبحث الأول: حماية المستهلك إزاء الشروط التعسفية

إن العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني (عقود التجارة الإلكترونية)، بالرغم من تحققه من مزايا تصب في مصلحة المتعاقد، إلا أنها في نفس الوقت تنطوي على مخاطر ويتضح ذلك في الإختلال في التوازن العقدي بين أطرافها، فالمستهلك يذعن تماما للعقد بدون إمكانية مناقشة الشروط التي يضعها المورد الإلكتروني، فهذه الشروط تعتبر شروطا تعسفية تضعف من حقوق المستهلك أو تزيد من إلتزاماته، وخاصة أن المستهلك في هذا النوع من العقود يبرم عقدا مع تاجر يجهل تماما هويته ومكان تواجده، وعلى هذا الأساس لا بد من حماية المستهلك من الشروط التي تنطوي على تعسف وتضر بالمستهلك الإلكتروني المتعاقد الضعيف.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الشروط التعسفية، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن وسائل الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية.

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية

طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية فإن الأصل أنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنا عقدهما ما يشاءان من الشروط ما دامت غير ممنوعة قانونا سواء كان المنع بنص خاص أم لمخالفته النظام العام والآداب، بيد أن أحد الأطراف قد يضمن العقد شروط تعسفية¹.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الشروط التعسفية، أما الفرع الثاني سنبين فيه عناصر الشروط التعسفية.

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

إن كلمة شرط يقصد بها ما يدخله المتعاقدان من بنود في العقد لمجرد تنظيم علاقتهما العقدية، وكلمة تعسف تعني الجور أو التعدي²، إذ أن حماية المستهلك يتوقف

¹ _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 247.

² _ كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 512.

على تحديد المقصود بالشروط التعسفية، حيث يشكل تحديد تعريف هذه الأخيرة أهمية بالغة من حيث تمكين المستهلك من فهمها وبتفادي التعاقد بشأنها، الأمر الذي يستدعي منا الوقوف على التعريف الفقهي لشروط التعسفية (أولاً)، ثم نتعرض إلى تعريفها قانوناً (ثانياً).

أولاً: التعريف الفقهي للشروط التعسفية

تعرض الفقهاء لتعريف الشرط التعسفية، فعرّفه جانب من الفقهاء بالنظر إلى من يضع الشرط التعسفي والغرض من وضعه، فعرّفه بأنه الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الإقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة¹.

وكما عرّفه جانب آخر من الفقه: "شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الإقتصادي 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 فيه على القبول أو الرفض، وسواء كانت الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أو كانت أثراً من آثاره"².

واتجاه آخر في الفقه عرف الشرط التعسفي بالنظر إلى أنه يلحق ضرراً بالمستهلك، فعرّفه الشرط الذي يترتب عليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمرتبة على عقد الإستهلاك، فيكون تعسفي الشرط المفروض بواسطة الطرف الأقوى، وينشئ عدم توازن هام على حساب الطرف الضعيف.

ويمكننا القول إن مثل ذلك يترتب عليه عدم توازن تعاقدية لصالح الذي يفرضه على شخص لا خبرة له، وبالتالي عدم مساواة فنية أو قانونية أو إقتصادية في مواجهة الطرف

¹ _ السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 32.

² _ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 195.

الآخر، مما قد يعرض المستهلك للخطر، وهو الأمر الذي من شأنه أن يشكل إخلالاً بالمبدأ العام في العقود، وهو مبدأ التوازن في العلاقات العقدية¹.

ويمكننا تعريف الشروط التعسفية في إطار عقد الإستهلاك الإلكتروني بأنها "الشروط التي يدرجها التاجر أو مقدم الخدمة في العقد الإلكتروني المبرم مع المستهلك، والتي تؤدي إلى إختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، ضد مصلحة المستهلك"².

ومن هذه التعاريف يتضح أن الشروط التعسفية، تعني بالإشتراط المفروض في المراحل المختلفة للعلاقة العقدية من طرف المورد الإلكتروني من أجل الحصول على وضع مميز، بحيث تكون هذه الشروط غير مناسبة للمستهلك بسبب عدم التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين مما قد يترتب عليه الإضرار بالمستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الإقتصادية.

ثانياً: التعريف القانوني للشروط التعسفية

بالرغم من صدور القانون 05/18، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، إلا أنه لم يرد فيه أي تعريف للشروط التعسفية، وكما أن أغلب تشريعات القانون المدني لم تأت بتعريف للشرط التعسفي ولكن تولت ذلك البعض منها³، كالتشريع الفرنسي الذي عرف الشرط التعسفي في المادة 132 فقرة 01 من قانون الإستهلاك الفرنسي، التي نصت على أنه: "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية البنود التي تهدف أو يكون من شأنها إنشاء عدم توازن بليغ بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد على حساب غير الممتن أو المستهلك".

¹ _ محمود عبد الرحيم ديب، الحماية المدنية للمستهلك (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 35.

² _ كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 519 و518.

³ _ لقد تولى المشرع الألماني تعريف الشرط التعسفي في سياق حديثه عن الشروط العامة في العقد، وذلك من خلال المادة 9 من قانون 1976م الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن، إذ نص على إعتبار الشروط لاغية حينما تكون النصوص ضارة ومجحفة بالشريك بالعقد مع المشترط بطريقة غير معقولة، ويكون ذلك بطريقة تتنافى مع مقتضيات حسن النية.

أما التوجيه الأوروبي في المادة 3 منه فقرة 02: "الشرط الذي يرد في العقد، ينطوي على تفاوت جلي خلافا لما يقضي به مبدأ حسن النية، وضد مصلحة المستهلك، بين حقوق والتزامات الطرفين على حساب المستهلك"¹.

وبرجعنا إلى القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وبالتحديد المادة 06 منه، نجد أنها أحالت تعريف العقد الإلكتروني إلى أحكام القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، حيث تعرف المادة 04 منه العقد بأنه: "كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، ويفهم من نص هذه المادة أن الشروط التعسفية تظهر بشكل جلي من خلال تعريف العقد الإلكتروني.

وتأسيسا لما تقدم فقد عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي بموجب المادة الثالثة الفقرة 05 من قانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية على أنه: " كل بند أو شرط بمفرده ومشاركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، وبالتالي المشرع الجزائري ركز على الإخلال الظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد بالنظر للميزة القاصرة على المورد الإلكتروني²، وكما يتضح من خلال وضع هذا التعريف أن المشرع الجزائري حدد موضوع الحماية بشكل واضح ودقيق لأجل إرساء حماية المستهلك، بحيث أدرج تعريف الشرط التعسفي مباشرة ضمن أحكام القانون المطبق على الممارسات التجارية وهذا عكس التشريعات المقارنة³، كما تجدر الإشارة على أن التعريف بالشروط التعسفية ينطبق على ما قد يخضع له المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية من شروط، فالشرط التعسفي في

¹ _ علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، بيروت (لبنان)، 2017، ص 263.

² _ خلوي (عنان نصيرة)، الحماية المدنية للمستهلك عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 32.

³ _ زوليخة بن طاية، الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 316.

مختلف القوانين هو شرط يرد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك، ويهدف إلى منح المورد مزايا على حساب المستهلك.

الفرع الثاني: عناصر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الإلكتروني

يتحقق الشرط التعسفي في عقود الإستهلاك الإلكترونية من خلال توافر مجموعة من العناصر، بحيث يتعين أن يكون عقد الإستهلاك إلكتروني وأن يكون أحد أطرافه مستهلكا إلكترونيا (أولا)، وأن يكون العقد مكتوبا (ثانيا)، وأن يؤدي الشرط التعسفي الإلكتروني إلى الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات أطرافه (ثالثا).

أولا: أن يكون عقد الإستهلاك إلكتروني وأن يكون أحد أطرافه مستهلكا إلكترونيا

من باب أولى ولإعتبار الشرط تعسفيا، أن يكون عقد الإستهلاك قد تم بطريق إلكتروني، والعقد الإلكتروني يتميز بجملة من الخصائص والتي تميزه عن العقد التقليدي ومن بينها أن يتم إبرامه دون حضور مادي للمتعاقدين، وباستخدام إحدى الوسائل الإلكترونية، وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه رغم ما تميزه به العقود الإلكترونية من خصوصية ربما يقف حائلا دون تمسك المستهلك بقوام الشروط المعتبرة تعسفية و المعدة من طرف المشتركين، خاصة أنه من المحتمل أن يكون مثل هذا العقد عابرا للحدود لكون الطرفين متواجدين ومنتمين إلى دول مختلفة لكل منها قانونها الخاص وما قد يعد تعسفيا من الشروط بموجب أحد القوانين قد لا يعد كذلك بموجب قانون الدولة الأخرى، فضلا عن ذلك قد يختلف حكم الشرط التعسفي في القانونين كأن يعد أحد القانونين باطلا بطلانا مطلقا فيما يعده القانون الأخير باطلا بطلانا نسبيا، ومن أجل بسط حماية للمستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية، يقتضي الأمر وجود قواعد موحدة بين الدول¹.

وإلى جانب إبرام عقود الإستهلاك بطريق إلكتروني، يشترط أن يكون أحد أطرافها مستهلكا إلكترونيا، وهو المتعاقد الذي يقتني المنتج بغرض الإستهلاك، وقد تبنى المشرع الجزائري بموجب المادة 06 فقرة 03 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية مفهوما للمستهلك الإلكتروني، حيث نصت على ما يلي: " المستهلك هو كل شخص طبيعي

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 292.

أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الإتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الإستخدام النهائي"¹.

وما يمكن ملاحظته على هذا التعريف والذي نص عليه المشرع الجزائري، أنه يقتصر المستهلك على الشخص الذي يحصل على السلعة أو الخدمة بالتعاقد عبر شبكة الإنترنت ويستوي في ذلك أن يتعلق الأمر بمختلف العقود الإلكترونية من شراء وإيجار وقروض وانتفاع..

ثانيا: أن يكون العقد مكتوبا

وهذا ما قضت به المادة 03 الحالة 04 فقرة 02 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، حيث جاء فيها ما يلي: " يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات والمراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا"، وبالتالي المشرع الجزائري أوجب في العقود الإلكترونية التي تكون مجالا للشروط التعسفية أن تكون محررة مسبقا، وذلك من خلال عبارة -حرر مسبقا- والواردة في نص المادة 03 الحالة 04 من القانون 02/04 السالف الذكر، يستخلص أن الحماية من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري تقتصر على الشروط المكتوبة مسبقا دون تلك التي لم تكتب الكتابة المقصودة هنا ليس الكتابة الرسمية وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للمتعاقد والتي تصدر عن المورد في الوثائق المختلفة من فاتورة وسند ضمان وغيرها...

ثالثا: أن يؤدي الشرط التعسفي الإلكتروني إلى الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات

أطرافه

ينتج الشرط التعسفي إلى خلل في التوازن بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الأخير² فالشروط المقصودة هنا هي تلك التي يكون موضوعها أو من

¹ _ زوليخة بن طاية، الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 317.

² _ هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2014، ص 193.

نتيجتها أن تخلق عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف عقد الاستهلاك الإلكتروني، حيث يكون الاختلال في الالتزامات والحقوق ناشئاً عن تعسف المورد في استعمال نفوذه الاقتصادي الذي يملكه من جهة على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة مفرطة من جهة أخرى لصالح المورد¹.

المطلب الثاني: وسائل الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

عدم التوازن بين المستهلك (الطرف الضعيف) والمورد (المحترف)، هو ما جعل العقد ميدانا خصبا للشروط التعسفية والتي يفرضها التاجر المحترف لتحقيق مصالحه، هو ما أدى إلى قول بعض التشريعات أن عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان.

وفي سبيل تحقيق حماية للمستهلك الإلكتروني وللحد من الشروط التعسفية أوجد المشرع الجزائري في سبيل ذلك آليات قانونية من شأنها القضاء على هذه الممارسات التعسفية، بما أنها تعد أحد أهم التجاوزات القانونية والعقبات الشائعة في مجال المعاملات الاستهلاكية الإلكترونية.

وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين، سنحاول في الفرع الأول عرض الآليات التي قررها المشرع لحماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا من الشروط التعسفية، أما الفرع الثاني سيتم تبيان مدى نجاعتها في مسايرتها للتطورات التكنولوجية الراهنة في هذا المجال.

الفرع الأول: الآليات المقررة لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

إن البحث في الموضوع يقتضي منا توضيح نظام الحماية من الشروط التعسفية، والتي تتم من خلال الرقابة، وهذه الرقابة إما أن تكون سابقة للتعاقد وتسمى رقابة الحظر (أولا) أو تكون لاحقة للتعاقد وتسمى رقابة الإلغاء (ثانيا).

¹ _ زوليخة بن طاية، الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 318.

أولاً: رقابة الحظر

جاء القانون 10 كانون الثاني 1978¹ المعدل والمتمم، تحت عنوان "إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات"، يعالج الحماية من خلال خمسة فصول يهمنها منها الفصل والمعنون بـ "حماية المستهلكين من الشروط التعسفية، فعرف الشرط التعسفي في المادة 35 منه، ثم نص في المادة 36 على تشكيل لجنة الشروط التعسفية.

وبما أننا تناولنا تعريف الشرط التعسفي سابقاً فإن دراستنا تقتضي التطرق إلى دور لجنة في عملية حظر الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي، ثم التطرق إلى دورها في حظر الشروط التعسفية في التشريع الجزائري.

01- دور لجنة الشروط التعسفية في حظر الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي:

نشأت لجنة الشروط التعسفية² في فرنسا، نتيجة للانتقادات التي وجهت على مستوى البرلمان لمشروع قانون Scriener، بحيث كانت ترمي إلى إعطاء مهمة الرقابة على الشروط التعسفية إلى المحاكم لكنها قوبلت بالرفض وعهدت المهمة إلى الحكومة، على أن تساعد في ذلك لجنة ذات طابع استشاري سميت بلجنة الشروط التعسفية والتابعة للوزير المكلف بالإستهلاك³.

ومن مهام لجنة الشروط التعسفية دعم حماية المستهلكين في مواجهة تعسف المهني في إطار عقود الإستهلاك⁴، و أيضاً دراسة كل الوثائق المعدة من طرف المهنيين والموجهة أساساً إلى غير المهنيين أو إلى المستهلكين وتتضمن شروطاً يغلب عليها الطابع

¹-Loi n 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, JORF, 11 janvier 1978.

² بالرغم من تصريح جانب كبير من الفقهاء بعدم وجود تعريف قانوني محدد للجنة الشروط التعسفية، إلا أننا نجد د. حمد الله محمد حمد الله يعرفها بأنها: " عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي بالإضافة إلى الأنظمة القانونية الأخرى، لدعم الحماية المرجوة لصالح المستهلكين المعرضة للإعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأولين لعقود الإستهلاك، يغلب عليها طابع عقود الإذعان.

³ عيوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية المرجع السابق، ص 271.

⁴ Paisant Gilles, de l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives, D.S, 1986, Chron, P. 299.

التعسفي، كما يبقى من حق المحكمة عندما تعرض عليها دعوى إبطال الشرط التعسفي مراجعة هذه اللجنة لإعطاء رأيها الإستشاري في القضية، وتعتبر صلاحية لجنة الشروط التعسفية إما بمبادرة من الدولة في شخص الوزير المختص بالإستهلاك، أو جمعيات المستهلكين المعترف بها، أو من طرف المهنيين¹ أنفسهم، فتصدر هذه اللجان توصيات بحذف أو بتعديل الشروط ذات الطابع التعسفي، ويبقى معنى صلاحيات الوزير المكلف بالإستهلاك بصفة تلقائية أو بناء على طلب أحد المتدخلين الأمر بنشر هذه التوصيات دون أن يؤدي هذا النشر إلى الإضرار بسمعة الغير².

ومهمة لجنة الشروط التعسفية إدارية محضة، لا تشريعية ولا قضائية تقتصر فقط على تحريم البنود التعسفية في العقود ولا تقوم بإصدار مراسيم، وإنما من صلاحيات الحكومة والتي من شأنها تحديد وتنظيم الشروط التعسفية في العلاقات العقدية ما بين المهنيين والمستهلكين.

وهذه التوصيات بالرغم من طبيعتها القانونية غير الملزمة، غير أن بعض المهنيين قد أخذ بها سواء بصفة إنفرادية أو عن طريق جمعياتهم النقابية، وأحالوا عدم تضمين العقود التي يقترحونها على المستهلكين الشروط التي أوصت اللجنة بأنها تعسفية وذلك قبل أن يحكم عليها سواء من قبل المشرع أو القضاء، كما أنه تم الرجوع إليها بمناسبة وجود مفاوضات بين جمعيات المهنيين وجمعيات الدفاع عن المستهلكين.

أما بخصوص قانون الإستهلاك الفرنسي 78-23 بعد التعديل³، فإن لجنة الشروط التعسفية موضوعة تحت سلطة الوزير المكلف بالإستهلاك، وهي مكلفة بالمهام عديدة لاسيما فحص نماذج العقود المقترحة عادة من طرف المهنيين على غير المهنيين أو المستهلكين الذين يتعاقدون معهم.

¹ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 271.

² _ Auloy- Calal, droit de la consommation, précis, 3^{ème} édition, dalloz, Paris, 1992, P 142.

³ _ Article L. 534 du c. consom. F, créé par l'Art 62 de la loi n° 2010- 737 du juillet 2010.

وذلك بالبحث عما إذا كانت تتضمن شروطا تعسفية وإصدار التوصيات بهذا الشأن من أجل حذف أو تعديل الشروط التي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي في العلاقة الإستهلاكية، وفي هذا الصدد تصدر هذه اللجنة تقارير سنوية يتم نشرها بشكل موسع، تشمل جميع أنشطتها وأعمالها التي تراها مناسبة¹.

وعلاوة على الدور الوقائي الذي تقوم به لجنة الشروط التعسفية، فإنها تقوم بإبداء الآراء بشأن المراسيم التي تصدرها الحكومة في مجال الشروط التعسفية وهو ما نستشفه من خلال إخطار هذه اللجنة بالشروط التعسفية من قبل مندوبية الوزير المكلف بالإقتصاد والمالية الفرنسي رقم 78-2646، وقد تم عرض المشروع على اللجنة في جلستي 31 يناير و14 فيفري 1978، وبعدها تفحصها لمضمون ما جاء في المرسوم أبدت ما يلي:

بالنسبة للحالة المتعلقة بالشروط التي يكون محلها أو أثرها يحقق إذعان المستهلك لشروط تعاقدية لم ترد بالوثيقة التي وقعها فقد رأت اللجنة أن كل الشروط التي تتعلق بمفهوم أساسي خاص بالالتزام المهني بإعلام المستهلك، فإن القضاء الفرنسي عمل على حضرها في اجتهاداته السابقة على صدور المادة 35 من القانون السابق ذكره³.

02- دور لجنة الشروط التعسفية في حظر الشروط التعسفية في التشريع الجزائري

إعترف المشرع الجزائري للجنة الشروط التعسفية⁴ بمهمة البحث عن الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود الإستهلاكية منذ البداية، وهو ما كرسته، المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306: " تكلف اللجنة لاسيما بالمهام البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي.

¹ _ Art L 212-1 du c. consom. F (modifié par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016) - Art2.

² _ Décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de loi 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection de l'information des consommateurs de produits et services.

³ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 274 و273.

⁴ _ بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 06-306 تم إنشاء لجنة الشروط التعسفية، والسالف الذكر، بحيث نصت المادة 06 منه على أنه:

" تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات الطابع الإستشاري".

كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، يمكن أن تقوم بكل دراسة وخبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود باتجاه المستهلكين، يمكن مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال إختصاصها".

وما يمكننا قوله بشأن هذه اللجنة أنها مجرد خبر على ورق لن تتجسد وتطبق إلى يومنا هذا غير أن تشكيلة اللجنة جاءت تعكس الغاية من إنشائها حيث تتشكل هذه اللجنة حسب المادة 08 من ذات المرسوم والتي تنص على تشكيلة الأعضاء والتي تتمثل في:

- ممثل (01) عن الوزير المكلف بالتجارة ومختص في مجال الممارسات التجارية رئيسا.
- ممثل (01) عن الوزير المكلف بالتجارة ومختص في مجال الممارسات التجارية رئيسا.
- ممثل (01) عن وزير العدل مختص في قانون العقود.
- عضو (01) عن مجلس المنافسة، ومتعاملين اقتصاديين (02) عضوين في الغرفة التجارية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود، وممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين، ذات طابع وطني في مجال قانون الأعمال والعقود.

وهذه التشكيلة أعيد ضبطها بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44، والذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر¹، حيث أصبحت المادة 08 كما يلي:

" تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين، وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

- ممثلان (02) عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية رئيسا.
- ممثلان (02) عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود
- ممثلان (02) عن مجلس المنافسة.

¹ _ المرسوم التنفيذي رقم 08-44، مؤرخ في 03 فيفري 2008 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 07، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

- متعاملان إقتصاديان (02) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في قانون الأعمال والعقود.
- ممثلان (02) عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

يمكن للجنة الإستعانة بأي شخص آخر يمكن أن يفيدتها في أعمالها".

ويتمثل دور لجنة الشروط التعسفية في التشريع الجزائري باعتبارها وسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق التوازن في عقود الإستهلاك حسب ما هو وارد في المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06-306¹ السابق ذكره، في البحث عما إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية في البحث عما إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على المستهلكين والعقود التي تم إبرامها تتضمن شروطا ذات طابع تعسفي، وإذا تبين لها ذلك تصوغ توصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة.

كما أضافت المادة 12 من ذات المرسوم² أن لجنة الشروط التعسفية لها صلاحيات إعداد تقرير نشاط كل سنة، ويتضمن التقرير كل الدراسات والخبرات التي قامت بها، وكذلك كل التوصيات التي أرسلت إلى الوزير المكلف بالتجارة، وحتى المؤسسات المعنية جول الطابع التعسفي لبعض النقود. ولا بد من الإشارة لما سبق ذكره عن لجنة الشروط التعسفية أنها لا تتمتع بأية قوة إلزامية، فهي تعد جهاز ذو طابع استشاري لكن يبقى لها دور في توجيه السياسة التشريعية في الجزائر.

¹ _ تنص المادة 02/07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر، علأن: " لجنة البنود التعسفية، يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال إختصاصها".

² _ تنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية والمذكور أعلاه، علأن: " تنشر اللجنة آرائها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة على ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة والمتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة.

تقوم كل سنة بإعداد تقرير نشاط يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر كليا أو مستخرجات بكل وسيلة ملائمة".

ثانياً: رقابة الإلغاء

إذا كانت رقابة الحظر تقوم بها السلطة التنفيذية المختصة من خلال اللوائح التي تصدرها بهذا الخصوص فإن رقابة الإلغاء هي من مهمة القضاء، والسؤال الذي يثار بصدد هذا النوع من الرقابة يرتبط بمدى سلطة القاضي في عدم كون الشط تعسفياً وترتيب آثاره عليه وذلك في حالة عدم صدور مرسوم بذلك من السلطة التنفيذية المختصة.

01- إتياء التفسير الضيق للشروط التعسفي:

وبمقتضى هذا الإتياء فإن دور السلطة القضائية في إبطال الشروط التعسفية عند غياب نص أو مرسوم يسمح بذلك يكون منعماً، ذلك لأن المشرع الفرنسي أخرج سلطة تحديد الشروط التعسفية من يد القضاء بموجب قانون 10 كانون ثاني 1978 وأناط هذه المهمة للسلطة التنفيذية التي تستطيع أن تحدد الشروط التي تراها تعسفية مسترشدة في ذلك بالمعيار العام الوارد في المادة 35 من القانون المذكور، وتعد لائحة بها ليتسنى للقضاء إلغاء هذه الشروط عندما يثار بشأنها نزاع يعرض عليه ومن ثم أصبح القضاء لا يملك إلى الحكم بإبطال الشروط التعسفية المنصوص عليها ولكنه لا يملك الحكم بإبطال الشروط التي تظهر له أنها تعسفية في حالة غياب نص¹.

بتاريخ 1978/03/24 صدرت اللائحة التنفيذية رقم 78-464، والخاصة بتنفيذ المادة 35 المذكور أعلاه، والمادة 01 من هذه اللائحة تتعلق بالعقود المبرمة بين المحترف (المهني) وغير المهني (المستهلك)، فهي تحرم كل ما يشكل شرطاً تعسفياً، وهذه الرقابة استبعدت أخيراً خشية تحكم القضاء وأصبح لا يملك إلا الحكم بالبطلان وفي حدود ما ورد بشأنه النص، ولكن يمكن للقضاء أن يشغل سلطة التفسير للتعرف على النصوص الغامضة إذا تعلق الأمر بتفسير الشروط².

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 286.

² - عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 279.

يكون التدخل في مواجهة الشروط التعسفية المدرجة في بنود العقد الموحد في المعاملات التعاقدية والتي تتمثل في العقود النموذجية أو النمطية، والتي لا يسمح فيها بالتفاوض، أما الحالة الثانية فيسمح بالتدخل حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

02- إتياء التفسير الواسع للشروط التعسفي:

أثار مسلك المشرع الفرنسي سلطة القضاء في تحديد الشرط التعسفي، حيث ظهر الإتياء القضائي¹، وإستبعد التفسير الضيق لإرادة المشرع وفتح المجال أمام التفسير الموسع لنص المادة 35 السالفة الذكر. من أجل منح القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية التي لم ترد بموجب مرسوم تنفيذي، وقد استندوا في موقفهم هذا على دور القاضي فيما يخص الشرط الجزائي، وبما أنه يمكن التدخل بصدد الشرط الجزائي فلا مبرر منه منعه من التدخل في مجال الشروط التعسفية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن المادة 35 من قانون 23-78 سألقة الذكر يكتنفها الغموض لعدم تحديدها الشرط التعسفي تحديدا دقيقا، وعليه للقضاء أن يتدخل ويزيل هذا الغموض ويحدد مايراه شرطا تعسفيا طبقا لما تفرزه المعطيات الموضوعية التي يستنبطها من ظروف النزاع المعروض عليه²، ويأخذ هذا الإتياء الإعتبارات العلمية، فليس هناك ما يبرر رفض إعطاء القاضي دورا في الرقابة على الشرط التعسفي.

وهذا التوجه الجديد للقضاء الفرنسي يبين تراجع المشرع الفرنسي عن موقفه السابق المتعلق بمعايير الشرط التعسفي وذلك من خلال إعترافه الصريح بالتمرد الذي أحدثه القضاء على نص المادة 35 من القانون 23-78 وذلك من خلال عدم توقفه في تقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم يصدر بشأنها مرسوم وهذا بمناسبة إصداره لقانون الإستهلاك الجديد في 01 فيفري 1995³ بموجب الفقرة الثانية من المادة 1-132 L، والتي أعطى من خلالها للسلطة التنفيذية دورا ثانويا غير إلزامي في تحديد الشروط التعسفية، مع العلم أن

¹ _ Cour de cristion, chambre civile 1^{ere}, 16 juillet 1987, D. 1988, P 49, Jean calais-Auloy.

² _ Larroumet chistian, droit civil, les obligations, tam 3, economica, Paris, 1986, p 379.

³ _ Loi n-95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JORF n° 28 du 2 février 1995.

المشرع الفرنسي منح سلطة رقابة على الشروط التعسفية للقاضي من قبل صدور هذا القانون¹، وذلك من خلال نص المادة 09 من القانون رقم 92-60².

ويمكننا القول إنه في حالة ما إذا اعترف للقضاء بإمكانية التدخل لإلغاء الشرط التعسفي يجب التفرقة بين حالتين، الحالة التي يكون فيها قد صدر مرسوم يحدد الشروط التعسفية فإن دور المحاكم يتمثل في ضمان التطبيق لهذا المرسوم، وبالتالي فإنه على المحاكم في حالة النزاع بين المورد والمستهلك إعلان بطلان الشروط التعسفية التي صدر بشأنها مرسوم يعتبر كذلك³، وهذا هو الدور الطبيعي للقاضي في تطبيق القانون.

أما في حالة عدم إدراج الشرط في القائمة التي تضمنها المرسوم، للقاضي التدخل معتمدا في تحديد الشرط بأنه تعسفي على المعايير التي حددها المشرع مسبقا لاعتبار الشرط بأنه تعسفي.

وتبقى المسألة خاضعة للسلطة التقديرية لكل دولة بين تلك التي تمنح القاضي إمكانية التدخل لإلغاء الشرط التعسفي، وتلك التي تمنع القاضي من التدخل في النزاع المطروح أمامه بحيث يكفي فقط بتطبيق القانون وإعلان فقط ما اعتبره المشرع مسبقا بأنه شرطا تعسفيا⁴.

الفرع الثاني: الإتجاه الحديث لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

إن ما يتميز به عقد التجارة الإلكترونية من خصوصية ربما يقف حائلا دون تمسك المستهلك بقوائم الشروط المعتبرة تعسفية والتي يعدها المشرعون، إذ تتميز عقود التجارة الإلكترونية بناء على الوسيلة التي تتم بها بإبرامها بين طرفين لا يجمع المكان بينهما، ومن المحتمل أن يكون مثل هذا العقد عابرا للحدود لكون الطرفين في دولتين مختلفتين لكل منهما

¹ _ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 281.

² _ Loi n 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, JORF n 170017 du 21 janvier 1992 calais.

³ _ Jean calais-Auloy & Steinmetz Franck, op, cit, p210.

⁴ _ زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016/03/13، ص 131.

قانونهما الخاص وما قد يعد تعسفيا من الشروط بموجب أحد القوانين قد لا يعد 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.

وفي سبيل ذلك فإن حماية المستهلك في العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني من الشروط التعسفية تتطلب وجود قواعد موحدة بين الدول، وهذا ما لم يغفله التوجيه الأوروبي، حيث أصدر التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية رقم 1993/13 في 5 نيسان 1993¹، ولعل ما جاء به هذا التوجه 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 المحترف مزايا على حساب المستهلك.

فالتفاوض على الشرط وإن كان هذا التفاوض قد تم بخصوص الشرط ذاته، لا يعني تحقيق التوازن في العقد أو قدرة المستهلك على حماية مصالحه ذلك أن عدم التوازن في العقد يرجع إلى ما يشكوه المستهلك من نقص في الخبرة والمعرفة الفنية فهو غير قادر على أن يدير التفاوض لمصلحته خلافا للتاجر المحترف فهو خبير في مجال عرفته ويعرف ابتداء ما يترتب على العقد من آثار وما يحققه من مزايا بالنسبة له، فالعقد ليس بعقد إذعان ليكون عدم التوازن فيه مرده انتفاء التفاوض بالشكل الذي يتيح القول على وجود التفاوض يعيد التوازن، إلا أن التوجيه ترك للقضاء سلطة واسعة في استخلاص الصفة التعسفية في الشرط ويعد مثل هذا الحكم منسجما مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية، فهي عقود متنوعة وليس بالضرورة عقود لبيع السلع فلا يمكن والحالة هذه خصر ما يمكن أن يرد فيها من شروط تعسفية².

¹ _ Directive 39/13/CE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n° 35 du 21 avril 1993.

² _ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 293.

وإن كان للقضاء ليس له سلطة مطلقة في تحديد ما يعد تعسفياً من الشروط إذ يحدد التوجيه عدداً من المعايير التي يتعين على القضاء الأخذ بها¹، فعلى سبيل المثال ينتفي وصف التعسف في الحالة التي يبرم فيها عقد لبيع السلع أو تجهيز الخدمات بناءً على طلب خاص من المستهلك وعلى النقيض من ذلك إعداد شروط واحدة لا يكون للمستهلك خيار أمامها يثير احتمال التعسف في هذه الشروط.

المبحث الثاني: حماية المستهلك إزاء الوسائل الإلكترونية

في إطار إبرام العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني ومواصلة إجراءات تنفيذها، وأن يقوم المستهلك بإرسال بياناته الشخصية، أو بملء نموذج العقد الإلكتروني المخصص لذلك يثير هذه العملية تحديات كبيرة، خاصة في ظل غياب التشريعات الكافية لتوفير الحماية اللازمة، إذ تعددت طرق وأساليب الإعتداء على الحياة الخاصة للمستهلك عبر الوسائل التقنية الحديثة.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن حماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني، أما المطلب الثاني سنتكلم فيه عن حماية وسائل الدفع الإلكتروني المتعلقة بالمستهلك.

المطلب الأول: حماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني

إن التقدم الكبير في مجال الاتصالات والمعاملات ساهم في الانتشار الواسع في استخدام شبكة الإنترنت وفي تطور وازدهار حجم التجارة الإلكترونية، حيث مكن ذلك من لقيام بالمبادلات التجارية للسلع والخدمات ما بين المستهلكين والمحترفين في شكل عقود إلكترونية مختلفة، والتي من شأنها أن تثير عدة تحديات بشأن توفير الحماية القانونية للمستهلك، ولذلك كان المستهلك الإلكتروني في حاجة لتوفير الحماية له في هذا المجال.

¹ وهذا طبقاً لما نص عليه التوجيه الأوروبي المادة 30 فقرة 01 منه والخاص بالشروط التعسفية في عقود المستهلكين الصادر في 5 أبريل 1993.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنحدد في الفرع الأول معنى البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني، أما الفرع الثاني سنبين فيه وسائل حماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني.

الفرع الأول: مفهوم البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني

إن المعاملات التي يقوم بها المستهلك عبر شبكات الإنترنت قد تحمل معلومات تتعلق بحياته الخاصة كإسمه وكنيته ومقر إقامته وطبيعة عمله، وأرقام حساباته البنكية وغير ذلك مما يفضل ألا يطلع عليه غيره، وقد يسيء من يصل إلى هذه المعلومات عن طريق الإنترنت وظيفتها واستغلالها سواء بطريق شرعي أو بطريق غير مشروع، ما يجعل التشريعات الوضعية الحديثة تنظر بإهتمام بالغ وحذر إلى هذه الإشكالية.

إذ سنبين في هذا الفرع مدى إقرار حماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني (أولاً) كما سيتم أيضاً التطرق إلى التعريفات الفقهية والتشريعية للبيانات الشخصية للمستهلك (ثانياً).

أولاً: إقرار حماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني

لقد كان المشرع الجزائري واضحاً بهذا الشأن فقد أكد على حمايته للحق في الخصوصية عموماً والتي من ضمنها الحق في خصوصية المستهلك الإلكتروني على وجه الخصوص وهذا ما يفهم من عدة نصوص دستورية عديدة منها نص المادة 38 من الدستور والتي تنص على أن: " الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة...".

وكذلك نص المادة 43 الفقرة 3 التي جاء فيها: "... تكفل الدولة ضبط السوق ويحمي القانون حقوق المستهلكين"، وأيضاً ما جاء في نص المادة 46 التي تنص على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه، يحميها القانون.

وكما لا يجوز بأي شكل من الأشكال المساس بهذه الحقوق دون أمر معلن من السلطة القضائية، ويعاقب القانون على إنتهاك هذا الحكم.

حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه¹.

وتماشى هذا القول بما جاء في النصوص العقابية المواد 303 و303 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، والتي جعلت الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة جريمة يعاقب عليها القانون².

وبالتالي الاستئثار أو الخصوصية في مجال المعلومات التجارية الإلكترونية فيعني أن الدخول إلى هذه المعلومات أو الولوج إليها يكون مخصصا لمجموعة من الأفراد دون غيرهم، وقد يكون متاحا للمستهلك دون غيره بصفته صاحب سلطة التصرف في المعلومة والذي تهمه أمر السلعة أو الخدمة المعلن عنها.

وبالتالي تعرف الخصوصية في نطاق التجارة الإلكترونية بأنها ارتباط هذه البيانات بالمتعاقدين - المورد والمستهلك -، مما يستوجب عدم إطلاع الغير عليها³.

والبيانات والمعطيات الشخصية بالمستهلك الإلكتروني كان لها أثر خاصا على الحق في الحياة الخاصة، ما ساعد في ظهور مفهوم جديد للخصوصية وهو الخصوصية المعلوماتية، وارتبط ولادة مفهوم الخصوصية المعلوماتية بالخشية من مخاطر جمع، ومعالجة المعطيات المتعلقة بالأفراد لأغراض غير معلنة أو غير مشروعة، أو إساءة استعمالها أو تحويلها إلى جهات أخرى، وحقوق أصحاب المعطيات ومدى سيطرتهم عليها⁴.

¹ _ القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06/03/2016 المتضمن التعديل الدستوري، والصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 14، تاريخ 07/03/2016.

² _ قانون العقوبات الجزائري، المعدل بالقانون رقم 15-19، المؤرخ في 30/12/2015، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 71، بتاريخ 30/12/2015.

³ _ عبد الفتاح بيومي الحجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الثاني (الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية)، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص ص 282 و283.

⁴ _ صبرينة جدي، الحماية القانونية للحق في الخصوصية المعلوماتية، التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 02، المجلد 24، أوت 2018، ص 125.

ولطالما اعتبر الحق في الخصوصية أحد مطالب فقهاء القانون، فعرفها البعض منها: "المجال السري الذي يملك الفرد بشأنه سلطة استبعاد أي تدخل للغير، وهي حق الشخص في أن يترك هادئاً أي يستمتع بالهدوء، أو أنها الحق في إحترام الذاتية الشخصية، وعرفها البعض الآخر على أنها: "السرية وما تحمله من معان يمكن التعبير عنها بعدة ألفاظ منها العزلة والإنطواء، والخلوة وعدم تدخل الآخرين وغير ذلك من المرادفات.."¹.

ثانياً: تعريف البيانات الشخصية

في هذا الصدد سنتطرق إلى أهم التعاريف الفقهية التي أعطيت للبيانات الشخصية، وكذا بعض التعاريف التشريعية لاسيما التشريعات المقارنة.

01- التعريف الفقهي للبيانات الشخصية

ويشار لها أيضاً بالمعطيات ذات الطابع الشخصي، فعرفها الفقه بأنها: "البيانات الشخصية التي تتعلق بالحياة للمرء أو الفرد، كالبيانات الخاصة بحالته الصحية أو المالية أو الوظيفية أو المتداخلة أو العائلية، عندما تكون هذه البيانات محلاً للمعالجة الآلية"²، وكما يعرفها جانب آخر من الفقه بأنها: "مجموعة العمليات التي تتم آلياً وباستخدام الحاسب الآلي وتتعلق بالتجارة الإلكترونية، وكذلك مجموعة العمليات التي تتم آلياً بهدف استغلال المعلومات وعلى الأخص عمليات الربط والتقريب وانتقال المعلومات المتعلقة بهذه التجارة ودمجها مع بيانات أخرى أو تحليلها للحصول على ذات معلومة ذات دلالة خاصة"³.

02- التعريف التشريعي للبيانات الشخصية

من التشريعات المقارنة التي عرفت البيانات الشخصية، التوجيه الأوروبي رقم: 95/46/CE حيث عرفها في المادة الثانية منه: "البيانات التي تتعلق بشخص معروف

¹ _ دليلا لبطوش، الحماية القانونية للحق في الخصوصية الرقمية للمستهلك الإلكتروني، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 03، المجلد 30، ديسمبر 2019، ص 181.

² _ خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 141.

³ _ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، المرجع السابق، ص 281.

أو قابل للتعريف أو غير ذلك، ومن الميزات الشخصية والجسدية والعقلية والإقتصادية والثقافية أو الهوية الإجتماعية أو عبر البيانات المحفوظة لدى المراقب¹.

ونلاحظ على هذا التعريف أنه يدخل ضمن أي نوع من البيانات الشخصية التي يدخل ضمن تحديد هوية الشخص، كالإسم، رقم الضمان الإجتماعي، رقم تسجيل السيارة الخاصة به، رقم الهاتف محمول أو الثابت، رقم بطاقة الإئتمان والعنوان الإلكتروني²، وبناءا عليه فإن أي بيان يحذف عناصر التعريف بالشخصية يخرج عن مفهوم البيانات الشخصية وبالتالي يخرج عن دائرة الحماية القانونية.

ونجد المشرع التونسي قد عرفها في القانون الأساسي المتعلق بحماية المعطيات الشخصية في الفصل الرابع، بأنها: "كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها، والتي تجعل شخصا طبيعيا معرّفا أو قابلا للتعريف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بإستثناء المعلومات المتصلة بالحياة العامة، أو المعتبرة كذلك قانونا"³.

أما على صعيد التشريع الجزائري، وبعد الفراغ الذي عرفه في مجال حماية المعطيات الشخصية صدر أخيرا القانون رقم 18-07 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، والذي عرف في المادة 30 فقرة 01 منه، المعطيات ذات الطابع الشخصي، بأنها: كل معلومة بغض النظر دعامتها متعلقة بشخص معرف أو قابل للتعرف عليه والمشار إليه أدناه " الشخص المعني" بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لاسيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر

¹ _ Directive 95/46/CE du parlement européen et du conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données J.O n° L 821 du 23/11/1995 P. 0031-0050

² _ Cecile nlend, op- cit. p : 32.

³ _ القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في: 2004/07/27، والمتعلق بحماية المعطيات الشخصية، والصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، س:147، عدد 61، بتاريخ: 2004/07/30.

خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية أو الإقتصادية أو الثقافية، أو الإجتماعية¹.

وما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف، أنه يتميز بالعمومية بدليل عبارة "كل معلومة" ويعني أن مختلف المعطيات المتعلقة بالمستهلك كشخص طبيعي والتي تقدم للمورد الإلكتروني في إطار العقد التجاري تكون محلا للحماية، بما فيها المعطيات الإسمية مثل الإسم واللقب، والعنوان البريدي والإلكتروني، والصورة الشخصية، ومكان الإقامة والعمل، كذلك المعطيات المتعلقة برقم بطاقة التعريف، والبيانات المصرفية كرقم الحساب البنكي، وكلمات المرور السرية والمعطيات البيومترية، وغيرها من المعلومات ذات الصلة بالمستهلك².

وقد يسيء المورد الإلكتروني استخدام البيانات الشخصية، ويتعامل معها في الأغراض غير المخصصة لها، وفي هذا الصدد قد ألزم المشرع الجزائري من خلال القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية³ بحماية البيانات الشخصية ونص في المادة 26 منه على أنه: "ينبغي على المورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ويشكل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين، ألا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية، كما يجب عليه: الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل البدء في جمع البيانات، ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات، الإلتزام.. بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال"⁴.

¹ _ القانون رقم 07-18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين، في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية عدد 34، المؤرخ في 10 يونيو 2018، ص 11 وما بعدها.

² _ سهام قارون، إلتزام المورد الإلكتروني بحماية المعطيات الشخصية للمستهلك في القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سوق أهراس، العدد 02، المجلد 07، 2020، ص 1016.

³ _ القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.

⁴ _ جقريف الزهرة، شريط وسيلة، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في ظل القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الشريعة والإقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد 03، المجلد 11، (عدد خاص)، 2020، ص 194.

الفرع الثاني: وسائل حماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني

إن إبرام المعاملات الإلكترونية يؤدي في أغلب الأحيان، إلى إفضاء المستهلك إلى الكثير من البيانات الشخصية للمتعاقد معه (المورد)، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، مما يسهل التعرف على بياناته، فيتم استخدامها في غير الأغراض المخصصة لها، كظهور إعلانات عن سلعة أو خدمة تتعلق بالكلمة أو الموضوع الذي يبحث عنه الإتصال بالمستهلك المشترك بخدمة الإنترنت والبريد الإلكتروني بغرض التسويق، ويترتب عن ذلك إعاقة شبكة الإتصالات وتحميل المستهلك الكثير من النفقات زيادة عن المساس بحريته وحياته الخاصة¹.

ولذلك ظهر الإتجاه الحديث لحماية المستهلك في هذا المجال، سواء بإستخدام الوسائل الفنية اللازمة لمنع ذلك (أولاً)، أو لوسائل تشريعية من خلال أحقية المستهلك في الإعتراض وطلب التعويض (ثانياً).

أولاً: الوسائل الفنية لحماية البيانات الشخصية للمستهلك

وهي وسائل مقتصرة على الأشخاص الذين يتعاملون مع المواقع الإلكترونية بغرض إقتناء السلع والخدمات، والتي بإمكانها أن تحقق الحماية، البيانات الشخصية لمرتادي هذه المواقع من أهمها تقنية التشفير الإلكتروني، وسنركز على هذه الوسيلة كونها الوسيلة الأكثر أهمية في توفير الحماية التقنية لبيانات الشخصية من القرصنة..

هذا ويستخدم التشفير بهدف حماية الرسائل والبيانات السرية، ويعرف بأنه تحويل المعلومات إلى شفرات غير مفهومة (من غير معنى)، لمنع الأشخاص غير المرخص لهم من الإطلاع على المعلومات، فعملية التشفير تعمل على "تحويل النصوص العادية إلى نصوص مشفرة وذلك بإستخدام مفاتيح وهذه المفاتيح تستند إلى صيغ رياضية معقدة (خوارزميات) وتعتمد قوة وفعالية التشفير على أساسين: الخوارزمية، وطول المفتاح.

¹ _ جقريف الزهرة، شربط وسيلة، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في ظل القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري، المرجع السابق، ص 194.

أما فك التشفير (Decryption) "هو عملية إعادة تحويل البيانات إلى صيغتها الأصلية وذلك بإستخدام المفتاح المناسب لفك الشفرة".

وبالتالي تشفير هو الوسيلة الأكثر أهمية في توفير الحماية التقنية للبيانات الشخصية للمستهلك سواء من القرصنة والإطلاع غير المشروع من المورد أو من الغير، وذلك بتشفير البيانات المتبادلة بين المستهلك والمورد، والتثبت منها لدى فك التشفير، والتأكد أن الرسالة الإلكترونية لم تتعرض لأي نوع من التعديل أو التشفير.

ثانياً: الوسائل التشريعية لحماية البيانات الشخصية للمستهلك

اختلفت التشريعات في معالجتها لحماية البيانات الشخصية للأشخاص بصورة عامة وللمستهلك بصورة خاصة، سواء على الصعيد الدولي أو الإقليمي وبالتالي سنتولى دراسة الوسائل التشريعية في أوروبا، ثم الوسائل التشريعية في البلدان العربية.

01- الوسائل التشريعية الأوروبية لحماية البيانات الشخصية للمستهلك:

كان لأوروبا الفضل في إنشاء تنظيم إقليمي لحماية حقوق الإنسان، وتجسد ذلك بإقرار الدول الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية في تاريخ 4 نوفمبر 1950 وقد إهتمت بالحفاظ على الحقوق والحريات العامة والشخصية للمواطنين الأوروبيين، وكذا بتحريم المساس بحرمة الحياة الخاصة مع تقرير حق الأفراد في الخصوصية¹.

ومعنى الخصوصية يمتد ليشمل حماية الخصوصية كلها، وهذه الأخيرة محلا لموجة تشريعية انطلقت منذ سبعينات القرن الماضي، وسميت بتشريعات حماية البيانات أو حماية الخصوصية من مخاطر تقنية المعلومات².

¹ _ بارق منتظر عبد الوهاب لامي، جريمة انتهاك الخصوصية عبر الوسائل الإلكترونية في التشريع الأردني (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، آيار 2017، ص76.

² _ أول معالجة تشريعية في نطاق حماية البيانات التشريعية كانت عام 1970م في ولاية هيس الألمانية، إذ لم تكن قانوناً متكاملًا، وتبع ذلك صدور أول قانون وطني في السويد عام 1973م.

فوجد التشريع الفرنسي في المادة 9 من القانون المدني الفرنسي نص على أنه: " لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة"، وتماشيا مع موجة تشريعات حماية الخصوصية من مخاطر التقنية، أصدر المشرع الفرنسي قانونا خاصا لحماية البيانات الشخصية المعالجة أليا في عام 1978م والذي أصبح نافذا بتاريخ 1978/01/6م، ونص على أنه: " لا يجب أن تمس المعلوماتية لا بالهوية الإنسانية ولا بحقوق الإنسان ولا بالحياة الخاصة...".

كما يطبق هذا القانون على المعالجة الآلية وغير الآلية ذات الطابع الشخصي، بإستثناء المعالجات المستخدمة لأهداف شخصية حصرا، وكما اعتبرت من قبيل معالجة البيانات الشخصية، أعمال التتبع الذي يقوم لها مقدم الخدمة بحيث يستطيع معرفة المواقع التي زارها المستهلك، ووقت وتاريخ الزيارة، إضافة إلى تحديد شخصية المستهلك، ومن ثم يقوم بتخزين هذه البيانات لفترة من الزمن¹.

وكما يفرض قانون حماية البيانات الشخصية في المادة 34 منه، على كل شخص يقوم بمعالجة المعلومات الشخصية، وإتخاذ الإحتياطات اللازمة كافة لتوفير الحماية الأمن وسلامة المعلومات ويجب أيضا الحصول على موافقة الشخص المعني بالنسبة للمعالجة، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات عندما يكون المسؤول قد قام بالمعالجة بسبب إلتزام قانوني، أو من أجل الحفاظ على حياة الشخص المعني، أو من أجل تنفيذ مهمة ذات طابع عام أو من أجل تنفيذ عقد يكون الشخص المعني طرفا فيه أو من أجل تنفيذ مهمة ذات طابع عام².

02- الوسائل التشريعية العربية لحماية البيانات الشخصية:

وبالرغم من وجود مبادرات تقنية المعلومات والمخططات الرامية إلى تعميمها وتطبيقها في العالم العربي، وعلى الرغم من وجود خطط العمل الإدارية والتقنية والفنية في مجال التجارة الإلكترونية وإقرار العديد من القوانين في بعض الدول العربية كما في الأردن وتونس

¹ _ علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 304.

² _ المرجع نفسه، ص 306.

ودبي¹ غير أنه لا يوجد قانون واحد مخصص لحماية البيانات الشخصية في الوطن العربي ماعدا تونس وبصورة جزئية، إذ تضمّن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية التونسي بعض النصوص الخاصة بحماية البيانات الشخصية المتعلقة بأنشطة التجارة الإلكترونية².

أما على الصعيد الدستوري، فالحال لم يكن كما ينبغي عليه أن يكون، على الرغم من أن بعض الدساتير العربية قد نالها التعديل في التسعينيات، وفي حينها كانت أغلب الدساتير الأجنبية قد تضمنت نصوصا واضحة وصريحة أعدت خصيصا لحماية البيانات الشخصية والحق في الوصول إلى المعلومات، وهذه الدساتير أقرت صراحة حماية الحياة الشخصية ومنع التعديلات عليها بأية صورة من الصور والحق في خصوصية المعلومات وحماية البيانات الشخصية وتقييد أنشطة جمعها ومعالجتها ونقلها وإستخدامها، محققة بذلك حماية الأفراد من مخاطر تقنية المعلومات³.

أما على الصعيد الوطني فالمشعر الجزائري تناول البيانات الشخصية من خلال المواد السابق ذكرها وتحليلها عند تناولنا تعريف البيانات الشخصية تشريعيا⁴.

المطلب الثاني: حماية المستهلك أثناء الدفع الإلكتروني

تشكل وسائل الدفع الإلكتروني من وسائل الدفع الحديثة في التجارة الإلكترونية في عصرنا الراهن، ولها أهمية كبيرة في السوق التجارية إذ تسمح بالوفاء بقيمة السلع والخدمات

¹ _ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001م، والقانون التونسي الخاص بالمعاملات التجارية والإلكترونية رقم 53 لسنة 2000م، وقانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

² _ القانون التونسي الخاص بالمعاملات التجارية والإلكترونية رقم 83 لسنة 2000م (الفصول من 8-42) والسالف الذكر، بحيث نص في الفصل الثامن على استحداث مؤسسة عمومية لا تكتسب صبغة إدارية وتتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي أطلق عليها إسم (الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية) وتخضع في علاقاتها مع الغير إلى التشريع التجاري ومقرها تونس، وكما خصص المشعر التونسي الباب السادس لحماية المعطيات الشخصية التي تضمنت حماية خاصة للمعطيات الشخصية في مواجهة التطور الفني والتقني من الفصل 38 إلى الفصل 42، كما فرض الباب السابع (في المخالفات والعقوبات)، عقوبات أصلية وأخرى تكميلية على الأفعال التي تخالف ما نصت عليه تلك المواد.

³ _ علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 308.

⁴ _ قانون التجارة الإلكترونية 05/18، السالف الذكر.

عبر الإنترنت، مما أدى إلى تزايد إقبال الأفراد على إستخدامها، ونظرا للأهمية البالغة لوسائل الدفع بالنسبة للمستهلك المتعاقد عبر المجال الإلكتروني ما جعلها محل استخدامات عديدة غير مشروعة عبر شبكات الإنترنت سواء من طرف حاملها أو من طرف الغير، وهو ما يستدعي ضرورة توفير الحماية القانونية اللازمة للمستهلك الإلكتروني أثناء إستخدامه لهذه الوسائل.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم وسائل الدفع الإلكتروني، أما الفرع الثاني سنخصصه لقراءة أهم ما جاء به قانون التجارة الإلكترونية 05-18 عن وسائل الدفع الخاصة بالمستهلك.

الفرع الأول: مفهوم وسائل الدفع الإلكتروني

نظرا لأهمية وسائل الدفع الإلكتروني في الوفاء بقيمة هذه المبادلات التجارية، ويجدر بنا تحديد تعريف هذه الوسائل (أولا)، ثم بيان الخصائص التي تميزها في تسهيل المعاملات الإلكترونية (ثانيا)، مع تناول أنواعها (ثالثا)، هذا وسنبين أهمية وسائل الدفع الإلكتروني في ظل جائحة كورونا (رابعا).

أولا: تعريف وسائل الدفع الإلكتروني

إختلف الفقه والتشريع في إعطاء تعريف شامل لوسائل الدفع الإلكتروني، وهذا راجع لحداتها وتطورها المستمر، وعلى ضوء ذلك سنتناول تعريفها فقها ثم تشريعا.

01- التعريف الفقهي لوسائل الدفع الإلكترونية:

لم يعط كل من الفقه تعريف شامل وجامع لوسائل الدفع الإلكتروني وذلك راجع كما سبق وذكر إلى حداتها وتطورها السريع.

فقد عرفها البعض على أنها: " عملية تحويل الأموال التي هي في الأساس ثمن سلعة أو خدمة بطريقة رقمية أي باستخدام رقمية أي باستخدام أجهزة الكمبيوتر وإرسال البيانات عبر خط تلفوني أو شبكة ما أو أي طريقة لإرسال البيانات"¹.

كما عرفها البعض الآخر على أنها: " جملة الوسائل التي مهما كانت الدعامة المنتهجة والتقنية المستعملة، تسمح بتحويل الأموال لكل شخص مهما كان السند المستعمل (سند بنكي كالشيكات الخاصة، بطاقات الدفع، سند لأمر، تحويلات بنكية)، ودور البنك هنا هو دور المشرف، خصوصا في إصدار الشيكات وأيضا بإصدار وتحصيل الأوراق التجارية الأخرى بإسم ولحساب العميل، على هذا الأساس فإن وسيلة الدفع هي تلك الأداة المقبولة إجتماعيا من أجل تسهيل المعاملات الخاصة بتبادل السلع والخدمات وتسديد الديون، وتدخل في زمرة وسائل الدفع إلى جانب النقود القانونية، تلك السندات التجارية وسندات القرض التي يدخلها حاملوها في التداول عندما يؤدون أعمالهم"².

ومن خلال التعريفات الفقهية السابقة، يمكننا أن نعرف وسائل الدفع الإلكتروني، بأنها: " تلك الوسائل التي تصدرها المؤسسات المالية والبنوك والخدمات التي تقوم بطلبها في العالم الواقعي أو الافتراضي، وتشمل هذه الوسائل بطاقات الدفع الإلكتروني والنقود الإلكترونية وغيرها من وسائل الدفع الأخرى"³.

02- التعريف التشريعي لوسائل الدفع:

عرفت بعض التشريعات المقارنة وسائل الدفع الإلكترونية، بحيث عرفتها بعض التشريعات المقارنة وسائل الدفع الإلكترونية، بحيث عرفها القانون الكويتي في نص المادة

¹ _ مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2016-2017، ص 304.

² _ حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2016، ص ص 31 و30.

³ _ خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 167.

الأولى منه: "الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع الإلكتروني"¹ في هذه المادة أشار المشرع الكويتي إلى أن وسائل الدفع الإلكتروني هي الوسائل التي يتمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع الإلكتروني، وهذا دون ذكر بعض هذه الوسائل مثل ما فعله المشرع السوداني في الفصل الأول الفقرة 25 منه: "بالوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر، كلياً أو جزئياً عن بعد عبر الشبكات، وتشمل تلك الوسائل الشيك الإلكتروني وصورة الشيك أو بطاقات الدفع وغيرها من الوسائل"² وبهذا يكون المشرع السوداني فتح الباب لكل ما هو جديد في هذا الشأن مستقبلاً، وحسب رأي المشرع الكويتي أن أي وسيلة تسمح بالقيام بعمليات الدفع الإلكتروني تعتبر من وسائل الدفع، بغض النظر عن شكلها أو نوعها.

أما المشرع التونسي، فقد عرف وسائل الدفع الإلكترونية، بأنها: "الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات"³.

أما بخصوص المشرع الجزائري، فقد نص على تعريف وسائل الدفع الإلكترونية تبنى وسائل الدفع الإلكترونية، وكانت البداية مع نص المادة 69 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض⁴، والتي جاء فيها: "تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

ومن هذا النص يتضح أن وسائل الدفع الإلكترونية مشمولة بتعريف المشرع لكل وسائل الدفع سواء كانت التقليدية منها أو الحديثة وذلك إنطلاقاً من عبارة " مهما يكن الأسلوب التقني المعتمد"، وهنا يمكن القول بأنه "أسلوب التقنية الإلكترونية" طالما أنها تقوم بدور الوفاء لتسهيل المعاملات الخاصة بمستهلكي خدمات "التجارة الإلكترونية"، وهنا نجد نية واضحة في المشرع الجزائري في الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكي إلى وسائل دفع حديثة إلكترونية، ومن هذا المنطلق الإيجابي تناول وسائل الدفع الإلكتروني من خلال

¹ _ قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم 20 لسنة 2014، الصادر بتاريخ: 2014/02/11.

² _ قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007، الصادر بتاريخ: 2007/06/14.

³ _ الفصل الثاني من القانون رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/08/09، والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

⁴ _ المؤرخ في 2008/08/26 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 64.

القانون رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون التجاري الجزائري¹، بحيث عرف بطاقات الدفع من خلال نص المادة 543 مكرر 23 منه على أنها: " كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال"، وأصدر بخصوصها حكيمين:

أولهما أن الأمر بالدفع لارجوع فيه من قبل المستهلك صاحب البطاقة، وثانيهما أنه لا يمكن الإحتجاج من قبله على الدفع والإعتراض عليه إلا في حالة الضياع أو السرقة المصرح بها قانونا².

ولابد الإشارة هنا إلى أن بطاقة الدفع الإلكترونية ما هي إلا مجرد وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني، أو نوع من أنواعها.

وكما أضاف المشرع الجزائري في إطار تعريفه لوسائل الدفع الإلكتروني في الفقرة 03 من المادة 414 من القانون التجاري في وفاء السفتجة بما يلي: "... يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، كما تم إضافة نفس الفقرة إلى المادة 502 من ذات النص بمناسبة تقديم الشيك إلى الوفاء.

إضافة إلى ذلك إستعمل المشرع الجزائري عبارة صريحة " تعميم استعمال وسائل الدفع الإلكتروني"، إذ اعتبرها من التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب بموجب الأمر رقم 05-06 المادة الثالثة منه³، ومن هذا يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد تدرج في دقة توظيف المصطلحات بين نص المادة 69 من قانون النقد والقرض رقم 03-11 ونص المادة 03 من الأمر رقم 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب.

وبعدما صدر القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، تناول المشرع الجزائري من خلاله تعريف وسائل دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد منظومة إلكترونية"، وهذا النص يؤكد على الوسائل

¹ _ القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون التجاري الجزائري رقم 75-59، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 2005.

² _ المادة 543 مكرر 24 من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

³ _ الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 59 لسنة 2005.

السابق ذكرها والتي أقرها المشرع بموجب نص قانون النقد والقرض، والقانون التجاري وقانون مكافحة التهريب.

وكما خصص المشرع الجزائري الفصل السادس من القانون رقم 18-05 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية "للدفع في المعاملات الإلكترونية" يتضمن شروط استخدام الدفع الإلكتروني يخضع الدفع عن طريق هذا النظام لرقابة بنك الجزائر في إطار الرقابة على العمليات المصرفية، كما وضع شروط لضمان أمان العمليات المصرفية الإلكترونية.

ثانيا: خصائص وسائل الدفع الإلكتروني

وسائل الدفع الإلكتروني تتميز بعدة خصائص عن وسائل الدفع التقليدي والتي يمكن إجمالها فيما سيتم ذكره أدناه.

01-كلفتها منخفضة:

تتسم وسائل الدفع الإلكتروني بإنخفاض كلفة استعمالها، ما يجعلها أكثر جاذبية لعموم المستهلكين والتجار، وهذا بالمقارنة مع وسائل الدفع التقليدية.

02- سهولة الحمل:

تتميز وسائل الدفع الإلكتروني بسهولة حملها، ويرجع ذلك إلى خفة وزنها وكذا حجمها، فهي أكثر عملية من وسائل الدفع العادية، فهي تعفي مستعملها من حمل النقود معه من أجل شراء السلع والخدمات، مما توفر له الأمان من السرقة والإعتداء¹.

03- الطبيعة الدولية:

ونقصد بذلك أن وسائل الدفع مقبولة في أغلب دول العالم، حيث يتم استخدامها من أجل الوفاء بقيمة السلع والخدمات وتسوية حسابات المعاملات التجارية التي تتم عبر الإنترنت ما بين المستخدمين والتجار².

¹ _ نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني في القانون الجزائري، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008، ص 24.

² _ زواش زهير، دور نظام الدفع الإلكتروني في تحسين المعاملات المصرفية -دراسة حالة الجزائر- مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص التمويل الدول المؤسسات المالية والنقدية، شعبة العلوم الاقتصادية، مدرسة الدكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2010-2011، ص 18.

04- عدم إقتصارها على زمان ومكان معين:

يعني أن وسائل الدفع الإلكتروني لا تعرف قيودا زمانية أو مكانية، فهي تستعمل في أي وقت من اليوم، كما أنها لا تعرف الحدود الجغرافية، كما ذكرت سابقا مما يسمح للمستهلك أن يقوم بدفع قيمة السلع والخدمات التي يحتاجها، طالما توفرت له إمكانية الولوج إلى شبكة الإنترنت لإتمام ذلك¹.

ثالثا: أنواع وسائل الدفع الإلكتروني

تطور آليات الدفع بظهور الإنترنت من مجال التجارة الحقيقي إلى المجال الافتراضي، ومن هنا ظهرت التجارة الإلكترونية وتطورت وتعددت من خلالها وسائل الدفع لتلائم موجبات المجال الإلكتروني الأكثر إستعمالا في التجارة بشكلها الحديث، وإزاء التطور السريع لمعاملات التجارة الإلكترونية بفضل تقنية المعلومات، جعل البعض منها تقليديا مقارنة بحدثة الآخر، وهو الأمر الذي دفعنا إلى تناول وسائل الدفع الإلكتروني التقليدية، ثم وسائل الدفع الإلكتروني المستحدثة.

01- وسائل الدفع الإلكتروني التقليدية:

تعد بطاقات الدفع الإلكتروني والشيكات الإلكترونية، من الوسائل المألوفة التي ساهمت بشكل كبير في توسع استخدام التجارة الإلكترونية.

أ- بطاقات الدفع الإلكتروني:

هي إحدى أهم وسائل الدفع الإلكتروني التي إنتشرت على مستوى العالم انتشارا واسعا حيث أصبحت من أنشطة الخدمات المصرفية التي تقدمها الألوفا من البنوك، وتجنبي من وراء ذلك أرباحا طائلة، وتمكن مئات الملايين من العملاء من شراء حاجياتهم من السلع والخدمات، وسحب مبالغ نقدية بموجبها دون الحاجة إلى حمل النقود معهم من أجهزة

¹ - خميخم محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 168.

الصراف الآلي¹، والتي تعمل طوال 24 ساعة، كما أنها توفر لهم إمكانية التعامل من خلال شبكة الإنترنت، وحتى سداد الإلتزامات المالية المترتبة على هذا التعامل من خلالها².

وهناك العديد من المصطلحات التي تطلق على هذه البطاقات منها: بطاقات الإعتماد بطاقات الوفاء، وأكثرها شيوعا الإئتمان، ويعرفها بعض أساتذة القانون بأنها جهة ما بنكا كانت أو شركة استثمار تصدر هذه البطاقات من ورق أو بلاستيك أو مادة أخرى يصعب العبث في بياناتها أو تزويرها، ويذكر فيها اسم العميل الصادرة له وعنوانه ورقم حسابه لدى الجهة التي أصدرتها، وعندما يحصل هذا العميل على سلعة معينة أو خدمة فبدلا من دفعه للثمن فورا فإنه يقدم بطاقة الإعتماد إلى البائع مقابل التوقيع على إيصال بقيمة الشراء، ومن ثم يقوم البائع بدوره بتحصيل قيمة هذا الإيصال من البنك مصدر البطاقة³.

وتعتبر بطاقة الدفع الإلكتروني: "عقد تتعهد بمقتضاه الجهة المصدرة للبطاقة، وهي في الغالب أحد البنوك بفتح إعتماد في حدود مبلغ معين لمصلحة شخص يسمى حامل البطاقة (العميل)، الأمر الذي يمكنه من الوفاء وسداد قيمة مشترياته لدى المحال التجارية التي ترتبط في ذات الوقت بالجهة المصدرة للبطاقة بعقد يلزمها بقبول الوفاء بمقتضى هذه البطاقات لمبيعاتها أو خدماتها"⁴.

وبطاقة الدفع الإلكتروني بحسب التعريفات السابقة تقوم على ثلاثة أطراف وهم مصدر البطاقة والذي هو عبارة عن بنك أو مؤسسة مالية مجازة قانونا بإصدار هذه البطاقة، والتي دورها خلاف الإصدار في تسديد قيمة السلع والخدمات التي يطلبها العميل (المستهلك) للتاجر بناء على عقد سابق يربطها.

¹ _ الصراف الآلي جهاز حاسوب للإتصالات السلكية واللاسلكية التي توفر للعملاء من المؤسسات المالية والبنوك، من الحصول على المعاملات المالية في الأماكن العامة دون الحاجة إلى وجود حقوق أو كاتب البنك الصراف، على إحداث أجهزة الصراف الآلي، والتي يحددها الزبون بإدخال بطاقة الصراف الآلي من البلاستيك مع الشريط المغناطيسي أو البطاقة البلاستيكية ذات الرقاقة التي تحوي على رقم بطاقة فريدة من نوعها، مقالة منشورة على الموقع: www.marefa.org

² _ حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر، المرجع السابق، ص 119 و118.

³ _ خليفي مريم، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد الرابع، 2011، ص 106.

⁴ _ حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر، المرجع السابق، ص 128.

وحامل البطاقة (العميل) وهو الشخص الذي صدرت بطاقة الدفع الإلكتروني بإسمه ومنح له حق استعمالها من طرف مصدرها، والملتزم بالوفاء بالالتزامات القانونية الناتجة عن هذا الإستعمال، التاجر وهو الشخص الذي قبل الوفاء بواسطة بطاقة الدفع الإلكتروني، ويتم ذلك عن طريق عقد يلتزم فيه التاجر بتقديم السلع والخدمات إلى العميل عند تقديمه بطاقة الدفع الإلكتروني، ويلتزم فيه مصدر البطاقة بالوفاء بقيمة السلع والخدمات أو ضمان وفائها. وبما أننا بصدد بطاقات الدفع الإلكتروني، وهي الأكثر إستعمالاً من طرف المستهلك في الوفاء بقيمة السلع والخدمات التي يطلبها فقط الإنترنت، لا بد من الإشارة إلى البعض من أنواعها الأكثر إستعمالاً ومن بينها نجد:

• بطاقات الإئتمان:

"بطاقة الإئتمان" هو الإسم الشائع للتعبير عن كل أنواع بطاقات الدفع الإلكتروني، غير أن ذلك فيه نوع من التجاوز، كون أن بعض البطاقات لا تمنح تسهيل إئتماني بل تعد أداة للوفاء فقط، فبطاقات الإئتمان عبارة عن حساب جار مدين لحاملها، بحيث يستطيع العميل استعماله لشراء مستلزماته (حتى وإذا كان العميل غير راغب في تسديد جميع ما قام بإقتراضه من البنك حيث أن البنك يوفي نيابة عنه التاجر في أي فترة متفق عليها، فيسمح له بتدوير جزء أو كل المبلغ المدين به للبنك إلى الشهر الذي يليه).

وبالتالي بطاقة الإئتمان تتمثل في كونها وسيلة قانونية يستخدمها المدين للوفاء بما عليه من إلتزام محله مبلغ من النقود مقابل حصوله على خدمة أو سلعة أداها له التاجر (الدائن) عوضاً عن الدفع الفوري بالنقود¹.

• بطاقات ضمان الشيكات:

ويتعهد من خلالها البنك بسداد الشيكات التي يحررها العميل بشروط معينة، وتعرف على أنها بطاقة يتعهد بموجبها المصرف والجهة مصدرة البطاقة للحامل بأن يضمن سداد الشيكات المسحوبة من قبله، في حدود مبلغ معين ووفقاً لشروط محددة.

¹ _ كمييت طالب بغدادي، الإستخدام غير المشروع لبطاقة الإئتمان (المسؤولية الجزائية والمدنية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص ص 57 و55.

• بطاقة السحب الآلي

حيث يطلب منه إدخال رقمه السري وتحديد رقم المبلغ الذي يحتاجه عن طريق لوحة المفاتيح على الجهاز، وبعد عملية الصرف يسترد العميل بطاقة السحب آليا، ويسجل المبلغ المسحوب في الجانب المدين من حساب العميل مباشرة.

• البطاقة الذكية:

هي بطاقة بلاستيكية تحتوي على شريحة الكترونية مدمجة تخزن عليها المعلومات الإلكترونية الخاصة بحاملها كالإسم والعنوان وبنك الإصدار وأسلوب الصرف والمبلغ المصروف، إضافة إلى برامج الحماية المتطورة.

ويمكن للعميل (المستهلك) شحن هذه البطاقة بمبلغ معين من النقود من حسابه الإلكترونيما عن طريق الصراف الآلي أو من خلال الهاتف النقال أو من خلال البنوك الإلكترونية، فهي تعمل كأداة وفاء وإئتمان، إضافة إلى أنها محفظة الكترونية تغني عن حمل النقود¹ ومن الأمثلة عن البطاقات الذكية، بطاقة الموندكس (Modex card)، والتي ظهرت سنة 1999، والتي هي من إنتاج مؤسسة ماتركارد العالمية².

أما الشيك الإلكتروني فهو المكافئ الإلكتروني للشيك الورقي التقليدي، والشيك الإلكتروني هو وثيقة الكترونية موثقة ومؤمنة تحتوي على البيانات الآتية: رقم الصك وإسم الدافع ورقم حساب الدافع واسم المصرف واسم المستفيد والقيمة التي ستدفع، ووحدة العملة المستعملة وتاريخ الصلاحية والتوقيع الإلكتروني ولا يشترط أن يكون مكتوبا باليد وموقعا بواسطة الشخص الذي يصدره.

¹ - خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 171.

² - أدى التطور السريع في مجال تكنولوجيا الإتصال إلى ظهور بطاقة دفع إلكتروني فائقة الذكاء، تم ابتكارها من طرف مؤسسة فيزا العالمية بالتعاون مع شركة توشيبا للإلكترونيات، تحافظ على خصوصية حاملها وتمنع التزوير والإحتيال، لأن عملية الدفع عن طريقها تتم بطريقة مشفرة، للمزيد أنظر: زواش زهير، دور نظام الدفع الإلكتروني في تحسين المعاملات المصرفية -دراسة حالة الجزائر - المرجع السابق، ص 38.

ويعرف الشيك الإلكتروني بأنه: " التزام قانوني بتسديد مبلغ معين من النقود في تاريخ محدد لفائدة شخص أو جهة معينة، يحرر بواسطة وسيلة إلكترونية، مثل الحاسوب أو الهاتف الذكي وفق النموذج الإلكتروني المتعارف عليه، ويتم تذليله بالتوقيع الإلكتروني للساحبويتمتع الشيك الإلكتروني في الدول التي تعترف بصحة التوقيع الإلكتروني".

يتم استعمال الشيك الإلكتروني من طرف المستهلك من أجل شراء السلع والخدمات عبر شبكة الإنترنت، وعندما يتفق مع التاجر على ذلك يقوم بتحرير شيك مذيلا بتوقيعه الإلكتروني ويرسله له عن طريق البريد الإلكتروني، والذي يوقعه إلكترونيا كمستفيد ثم يرسله إلى البنك الذي يعمل على الإنترنت كوسيط بينهما، ليتولى مراجعته وفحصه، ويخطر الطرفين بتمام عملية الخصم لقيمة السلعة أو الخدمة من حساب المستهلك إلى حساب التاجر¹.

ونظرا لكثرة حدوث مشكلة الشيكات المزورة ومن أجل حماية الأطراف المعنية بعمليات الدفع بواسطة الشيكات الإلكترونية، إذ يحدث أن البنك أو المؤسسة المالية المصدرة للبطاقة تضمن الوفاء بالشيكات التي يصدرها حامل البطاقة وذلك في حدود سقف معين وتقوم الجريمة في هذا الغرض حيث يقوم الجاني بإصدار شيك للتاجر الذي اشترى منه البضاعة بقيمة تتجاوز السقف الذي يضمنه البنك المصدر للبطاقة أو يصدر شيكا مسحوبا من البنك بقيمة أعلى من تلك التي يضمنها البنك².

إضافة إلى ذلك تحمل الشيكات الإلكترونية شريط ممغنط مسجل عليه بيانات مشفرة وغير مرئية، من خلالها يمكن اكتشاف أي تزوير أو تعديل غير مصرح به في الشيك، وبذلك فإن هذا النوع من الشيكات الإلكترونية يوفر معايير الأمان عن التعامل به.

02- وسائل الدفع الإلكتروني الحديثة:

وسميت بوسائل دفع حديثة، نظرا لدخول أنظمة غير معروفة مسبقا في ظل أنظمة الدفع التقليدية، وتعتبر النقود الإلكترونية من نماذج الدفع الحديثة الأكثر تناسبا مع متطلبات التجارة الإلكترونية، فهي عبارة عن منتجات دفع متنوعة مخصصة للمستهلك تستخدم لدفع

¹ _ خليف مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية المرجع السابق، ص 109.

² _ عبد الفتاح بيومي الحجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، المرجع السابق، ص 334 و333.

المستحقات بطرق إلكترونية بدلا من استخدام الطرق التقليدية¹، وكما تعد قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي، وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة².

وعرفت بعض التشريعات المقارنة كالقانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، في المادة 1 الفقرة 15 من الفصل الأول بأنها: "وحدات نقد إلكتروني يمكن حفظها لمدة محددة وتصدر مقابل نقد يتم مبادلتها فوراً، بنفس القيمة ونفس العملة وتتيح للغير دون المصدر إتمام الدفع"³.

وأعطاه بعض الفقهاء مفهوما موسعا، بإعتبارها تلك النقود التي يتم تداولها عبر الوسائل الإلكترونية دون التمييز في ذلك بين وسائل الدفع الإلكتروني (الشيك والبطاقة البنكية) والنقود الإلكترونية⁴، بينما أعطاه جانب آخر مدلولاً ضيقاً واعتبرها قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة⁵، وتأخذ النقود الإلكترونية أحد الأسلوبين إما شكل "النقود الرقمية" أو "محفظة النقود الإلكترونية"

أ- النقود الرقمية:

تعد أحد طرق استخدام النقود الإلكترونية لإتمام عمليات الشراء عبر الإنترنت⁶، إذ تجدر الإشارة فيما يخص طبيعة هذه النقود، فلا يمكن إعتبارها مالا بالمعنى الحقيقي، وإنما

¹ _ جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 57.

² _ حزام فتيحة، عن النظام القانوني للنقود الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، العدد 02، المجلد 04، 2019، ص 1367.

³ _ اعتمد هذا القانون بقرار من وزارة العدل العرب رقم 812/د 25، بتاريخ: 2009/11/19.

⁴ _ هذا التعريف يطابق مع التعريف الذي وضعه البنك المركزي حيث اعتبرها " مخزونا إلكترونيا لقيمة نقدية على وسيلة تقنية تستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير الذي أصدرها دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة".

⁵ _ محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 63.

⁶ _ خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية المرجع السابق، ص 110.

يمكن القول إنها صورة تخيلية مفترضة لإكمال العملية المتكاملة المتكونة من إيداع النقود التقليدية وإصدار النقود الإلكترونية¹.

وتعمل هذه النقود وفقا لقواعد أو خطوات عديدة، حيث يقوم المشتري بإقتناء النقد الرقمي بتوقيع اتفاق مع البنك المصدر له، في صورة وحدات نقد صغيرة والحصول في نفس الوقت على برنامج خاص بإدارة النقد الإلكتروني، ليتم تشغيله على الحاسب الخاص به، كما للبائع أيضا أن يشترك في بنك يتعامل بالنقد الإلكتروني، ويحصل هو بدوره على برنامج خاص بإدارة النقد الإلكتروني وهو الشخص الذي قبل الوفاء بواسطة بطاقة الدفع الإلكتروني، ويتم ذلك عن طريق عقد يلتزم فيه التاجر بتقديم السلع والخدمات إلى العميل عند تقديمه بطاقة الدفع الإلكتروني، ويلتزم فيه مصدر البطاقة بالوفاء بقيمة السلع والخدمات أو ضمان وفائها.

وتبدأ الخطوات المتعلقة بتداول النقود الإلكترونية، عندما يقوم المشتري بتصفح موقع البائع للسلع والخدمات ويتم الشراء والدفع بواسطة النقود الإلكترونية، يقوم البرنامج الخاص بالدفع النقدي للمشتري بإختيار الرصيد، فيما إذا كان يسمح بالسداد واختيار وحدات النقد التي يسدد بها، ويعد كشف بذلك يرسل إلى البائع بالسداد عن طريق البنك².

ويتسلم البنك كشف الدفع من المشتري، ويتأكد من صحة أرقام النقد الإلكتروني وعدم تزيفها، ويقوم البنك بإرسال كشف وحدات النقد الإلكتروني بدوره إلى البائع، يتلقى برنامج إدارة النقد الإلكتروني للبائع، كشف العملات الإلكترونية الموقعة رقميا من البنك ويقوم بإضافة وحدات نقد جديدة إلى خزينة البائع الرقمية، كما يعمل برنامج إدارة النقد الإلكتروني للبائع على إخطار المشتري بتمام السداد، ويقوم عندئذ البرنامج الخاص بالنقد الرقمي بحذف الوحدات المخصصة بالكشف من خزينة المشتري الرقمية.

¹ _ النقود الإلكترونية أداة دفع نهائية، وتامة، إذ نظرنا إليها نظرة شاملة وكاملة بإعتبارها وسيلة من وسائل الدفع الإلكترونية.

² _ خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 111.

وتجدر الإشارة إلى التجربة الرائدة لدولة تونس على صعيد الدول العربية، والتي أدركت أهمية هذا التطور المعلوماتي فعملت على إصدار عملة إلكترونية هي الدينار الإلكتروني (E-dinar) على غرار (E-cash) الذي أصدرته شركة ديجي كاش (Digi-cash) الهولندية.

وفي الأخير يمكننا القول أن إنتشار النقود الإلكترونية سيؤدي في الأغلب الأعم إلى تقليل، أو قد تصل حتى إلى إختفاء دور البنوك المركزية في إصدار النقود إلى أنه مع كل ذلك ستبقى البنوك المركزية لها حق ممارسة السياسة النقدية، وتسوية الإلتزامات الناشئة عن المؤسسات المصدرة للنقود الإلكترونية¹.

ب- المحفظة الإلكترونية:

وسيلة دفع إفتراضية تستخدم في سداد المبالغ قليلة القيمة بشكل مباشر أو غير مباشر² وعند الرغبة في إستعمال البطاقة يقوم العميل بتحميل الكارت عددا من الوحدات الإلكترونية ويكون التحميل أو الشحن في ماكينات الصرف الآلي (ATM) العادية، وذلك بتخصيص مفتاح خاص بشحن مثل هذه الكروت ويحتاج الشحن دائما إلى إدخال رقم سري خاص بصاحب البطاقة كي تتعرف عليه الشركة مصدرة هذه الكروت، ويكون بالعملة التي يريدها.

وبإتمام عملية الشحن أو التحميل، يستطيع صاحب البطاقة أن يمررها في قارئ خاص لدى التاجر (آلة قارئة خاصة بهذه الكروت) مثلما يحدث في كروت الوفاء أو الإئتمان، ثم تخصم قيمة الخدمة أو السلعة مباشرة، وتنتقل القيمة في صورة وحدات إلكترونية إلى الكمبيوتر المثبت على كارت التاجر دون الحاجة إلى توقيع أو تصديق من أحد، وإذا كان صاحب الكارت يستعمله في الوفاء عبر شبكة الإنترنت، فإنه يجب أن يكون الكمبيوتر الشخصي لصاحب الكارت مزودا بقارئ هذا الكارت.

¹ _ جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 81.

² _ في الأصل تستخدم المحفظة من حيث الأصل للوفاء الذي يتم بعيدا عن شبكة الإنترنت Off line، إلا أنها من الممكن أن تستخدم أيضا في الوفاء عبر شبكة الإنترنت On line.

ويتضح من هذا التعريف أن محفظة النقود الإلكترونية تقوم على دعائم ثلاث وهي¹:

- الكارت الذكي:

كارت مزود بذاكرة إلكترونية تسمح بالتخزين والإستدعاء كتخزين الوحدات الإلكترونية التي تستخدم في الوفاء.

- الوحدات الإلكترونية:

يتم شحنها على الكارت وتسمى النقود الإلكترونية وتستخدم في الوفاء بثمن السلع أو الخدمات تماما مثل النقود التقليدية.

- الدفع المسبق:

يتم شحن الوحدات على الكارت بشكل مسبق على إستخدامها في عملية الدفع ويسمى الدفع المقدم أو الدفع المسبق "Prepayment" وهنا يقوم المستهلك بدفع مسبقا قيمة الوحدات الرقمية التي يستعملها بعد ذلك للوفاء وسداد ثمن المنتجات والخدمات.

رابعا: أهمية وسائل الدفع الإلكتروني في ظل جائحة كورونا

شهد العالم في الآونة الأخيرة حالة إستنفار قصوى سببها فيروس كورونا² وكان لهذه الجائحة آثار لم تكن على الأنظمة الصحية وحسب، بل إمتد لتشمل المجالات الاجتماعية والإقتصادية منها، حيث توقفت عجلة الإقتصاد وتم إعلان حالة الطوارئ في العديد من البلدان، لاسيما في ظل فرض إجراءات الحجر الصحي وما رافقه من وقف لمختلف النشاطات.

وفي ظل هذه الظروف وتقيدا بالإجراءات الإحترازية للحد من إنتشار هذا الفيروس، قامت معظم البنوك في الدول المتضررة من هذه الجائحة بتوصية معظم عملائها بإستخدام الدفع الإلكتروني بدلا من الدفع التقليدي، وتذكيرهم بمزايا وسائل الدفع الإلكتروني في ظل

¹ _ شريف محمد غنام، محفظة النقود الإلكترونية، (رؤية مستقبلية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 15.

² _ أعلنت منظمة الصحة العالمية (مارس 2020)، عن إنتشار فيروس كورونا في كافة أنحاء العالم.

هذه الجائحة، وأظهرت الإحصائيات الأولية أن لهذه الجائحة أثرا كبيرا على عمليات الدفع الإلكتروني بحيث ساهمت في إنتشار بشكل كبير وتزايد عدد مستخدمي بطاقات الدفع الإلكتروني¹.

وسنحاول أن نوضح فيما يلي مدى أهمية الدفع الإلكتروني في ظل وباء كورونا، وأين وصل الدفع الإلكتروني في الجزائر خلال جائحة كورونا.

01-أهمية الدفع الإلكتروني في ظل وباء جائحة كورونا:

بالرغم من المزايا العديدة لوسائل الدفع الإلكتروني، إلا أنه فليزال العديد من العملاء في الكثير من الدول -كما الحال في الجزائر- يفضلون الدفع النقدي والملموس بدلا من الدفع الإلكتروني، لكن في الظروف الغاضمة لهذه الجائحة، أثرت مخاوف غير مسبوقة بشأن إحتمال كبير من إنتقال فيروس كورونا Covid-19 عن طريق النقدية والعملات المعدنية، وبالتالي إزداد أهمية هذه المعاملات الإلكترونية أكثر في ظل هذه الظروف الراهنة، ونذكر منها:

- التقليل من التواجد في الأماكن والفضاءات المغلقة، وتجنب الطوابير والتجمعات قدر الإمكان.
- كما يقلل الدفع الإلكتروني من الخروج لدفع الفواتير وغيرها من الإلتزامات، وبالتالي التقليل من الإحتكاك والخضوع أكثر لإجراءات الحجر الصحي المنزلي.

02- الدفع الإلكتروني في الجزائر خلال جائحة كورونا:

منذ أن مست جائحة كورونا مختلف ربوع الوطن - مارس 2020- ومع الإرتفاع المستمر لعدد الحالات المؤكدة في الجزائر، إتخذت الحكومة الجزائرية مجموعة من الإجراءات والتدابير الوقائية للحد من إنتشار فيروس كورونا، وقد كانت خدمات الدفع الإلكتروني، التي إنتشرت بشكل كبير خلال السنوات الأخيرة في العالم نتيجة التطور التكنولوجي في مختلف المجالات وبالأخص الإقتصادية منها حلا سريعا لتعزيز هذه

¹ - كرعلي أسماء، بلوناس عبد الله، أثر جائحة كورونا على عمليات الدفع الإلكتروني -مع الإشارة إلى حالة الجزائر- مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 25، المجلد 17، مارس 2021، ص 366.

الإجراءات الوقائية، إذ من شأن اعتماد هذه الخدمات سواء عبر الإنترنت أو في المحلات التجارية الحد من إنتشار فيروس كورونا، وذلك من خلال تجنب التعامل بالأوراق النقدية والأوراق المعدنية التي قد تكون حاملة للفيروس¹.

فكان لهذه الأزمة الصحية تأثيرا إيجابيا في توعية المستهلكين بأهمية وسائل الدفع الإلكتروني، وفي هذا الشأن تم إطلاق العديد من الخدمات، كخدمة "بريد باي" والتي شكلت قفزة نوعية من حيث سرعة وسهولة عمليات الدفع الإلكتروني في الجزائر، وبهذا أصبح الدفع الإلكتروني خيارا إستراتيجي أساسي في المستقبل، في ضوء تطور إستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال وبالتالي التوسع أكثر في مجال التجارة الإلكترونية.

ولا يفوتنا أن نشير هنا، إلى أن المشرع الجزائري قد سعى من خلال نص المادة 111 من قانون المالية لسنة 2018، إلى ضرورة وضع المتعامل الإقتصادي لوسائل الدفع الإلكتروني تسمح للمستهلكين بدفع ثمن مشترياتهم بإستعمال بطاقات الدفع الإلكتروني، وأن كل إخلال بهذا الإلتزام يشكل مخالفة يعاقب عليها المتعامل الإقتصادي بغرامة قدرها (50.000دج) إلا أنه عمليا لم يتم مباشرة هذه العملية إلا مع ظهور جائحة كورونا²، وهنا يظهر لنا تأثير جائحة كورونا على عمليات الدفع الإلكتروني.

الفرع الثاني: قراءة لما جاء في القانون 05-18 عن وسائل الدفع الخاصة بالمستهلك

سنحاول من خلال ما يلي بيان المستجدات التي جاء بها القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بكل ما يتعلق بوسائل الدفع، بما فيها طرق الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية (أولا)، ومدى خضوع نظام الدفع الإلكتروني لرقابة بنك الجزائر (ثانيا)، ثم تقرير الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني عن الإستخدامات غير المشروعة التي تتعرض لها هذه الوسائل (ثالثا).

¹ _ طاهير نادية، الدفع الإلكتروني في ظل جائحة كورونا، مجلة المنهل الإقتصادي، العدد 02، المجلد 04، أكتوبر 2021، ص 217.

² _ رشا مقدم، أحلام مقدم، تحديات استخدام بطاقة الدفع الإلكتروني في ظل جائحة كوفيد-19، - البطاقة الذهبية أنموذجا-، مجلة العلوم الإنسانية والإجتماعية، العدد6، جوان 2021، ص 81.

أولاً: طرق الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية

جاء في نص المادة 27 فقرة 2 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية: " يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتج، عن طريق وسائل الدفع المرخص لها، وفقاً للتشريع المعمول به"¹.

بمقتضى هذه الفقرة فإن المشرع الجزائري قسم طرق الدفع في التجارة الإلكترونية إلى طريقتين، طريقة الدفع المباشر عند تسليم البضاعة، وطريقة الدفع عن بعد أو الدفع الإلكتروني، وسنتناول كل من طريقتين فيما يلي:

01- الدفع عند تسليم المنتج:

يتضح من نص الفقرة السابقة الذكر أن هذا النوع من الدفع في التجارة الإلكترونية يكون مباشراً وبدون استعمال وسائل الدفع الإلكتروني، وإنما يكون بإستعمال مختلف وسائل الدفع الإلكتروني، وفقاً للتشريع المعمول به، والتي منها الدفع نقداً أو الدفع بالشيك، أو التحويل المالي من حساب لآخر أو غيرها، ويكون هذا الدفع وقت استلام المنتج أو الخدمة محل التعاقد.

وبالعودة إلى وسائل الدفع هذه عند إستلام المنتج أو الخدمة السابقة الذكر، نجد أنها كلها طرقاً تقليدية أو غير إلكترونية بحيث أنها تتطلب حضور البائع أو مقدمة الخدمة أو ممثلها، وهذه الطرق لا تتماشى مع طبيعة وفلسفة التجارة الإلكترونية المبنية على أسس إلكترونية تقتضي بعدم تلاقي المورد والمستهلك، وذلك ربها للوقت والجهد والمال.

والسؤال المطروح في هذا المقام، هو سبب لجوء المشرع الجزائري لهذه التقليدية في الدفع في التجارة الإلكترونية، والتي لا تتماشى وطبيعة التجارة الإلكترونية التي تقتضي توفير السلع والخدمات بين المورد والمستهلك عن طريق الإتصالات الإلكترونية².

¹ _ القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر.

² _ بحسب تعريف التجارة الإلكترونية بموجب المادة 06 من القانون 05-18، السالف الذكر.

ويبدو أن المشرع الجزائري أراد الإزدواجية أو الجمع بين طرق الدفع الإلكترونية والتقليدية في التجارة الإلكترونية في آن واحد، وذلك نظرا للضعف الكبير في تطوير وإنتشار وسائل الدفع الإلكترونية من طرف البنوك الجزائرية وببريد الجزائر، وعزوف كثير من المستهلكين الجزائريين عنها، وعدم إنتشارها بين مختلف طبقات المستهلك الجزائري لحد الساعة، راجع لضعف الثقة في إستعمال هذه الوسائل في المجتمع الجزائري.

ويتضح هذا العزوف عن إستعمال وسائل الدفع الإلكترونية من طرف المستهلك الجزائري من خلال الإحصائيات الموضحة لمدى انتشار بطاقة الدفع الإلكترونية في الجزائر، من جهة ومدى استعمال هذه البطاقة فعليا من طرف المستهلكين الحاملين لها.

وفي هذا الإطار نؤكد عند الحديث عن طرق الدفع التقليدية، أو الدفع عند استلام المنتج أن هذه الطرق مسموح بها فقط عندما تكون عملية الدفع داخلية، عندما يكون المورد والمستهلك مقيمين معا في الجزائر، أما في التجارة الإلكترونية العابرة للحدود، وذلك عندما يكون أحد المتعاقدين خارج الجزائر، فإن عملية الدفع تكون حضريا بإستعمال وسائل الدفع الإلكترونية، وهذا ما حاولنا تحليله من خلال نص المادة 27 فقرة 2 السابقة الذكر.

02- الدفع عن بعد:

عملية الدفع عن بعد بإستعمال وسائل الدفع الإلكترونية هي الأصل في التجارة الإلكترونية، وذلك لأنها تتماشى وفلسفة التجارة الإلكترونية المبنية على البعد بين المورد والمستهلك، والقيام بكل المراحل والعمليات المطلوبة في هذه التجارة بطريقة إلكترونية، إلا ما لا يمكن القيام به مثل بعض المنتجات المادية التي تتطلب طبيعتها المادية شحن هذه المنتجات من المورد إلى المستهلك بإستعمال وسائل النقل العادية¹.

¹ _ صليح بونفلة، فارة سماح، دور البنوك الجزائرية في دفع التجارة الإلكترونية، مداخلة لمقابلة ضمن فعاليات الملتقى حول " الإطار القانوني لممارسة التجارة الإلكترونية على ضوء القانون 05/18، يوم 8 أكتوبر 2019، بجامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص 132.

ثانياً: خضوع نظام الدفع الإلكتروني لرقابة بنك الجزائر

بعد التطورات التي شهدتها تقنيات الحاسب الآلي شرعت البنوك في الإستفادة منها في تقديم الخدمات البنكية لعملائها بشكل مباشر، فاتجهت إلى تنمية خدماتها التي تقدم بالموازاة مع عملياتها الرئيسية وعمدت إلى تطوير بعض الخدمات التقليدية، واستحدثت خدمات جديدة تسمح للعميل بالوصول إلى حسابه وإصدار أوامر الوفاء سواء لحسابه أو لحساب غيره دون الحاجة إلى احتكاكه أو إتصاله اتصالاً مادياً مباشراً مع رجل المهنة البنكية¹.

وإستخدام الحاسب الآلي على صعيد العمليات البنكية أدى إلى تسيير وتسهيل وسرعة إجراء هذه المعاملات بما يتفق مع ما يتميز به الأعمال التجارية مع سرعة إجراء هذه المعاملات بما يتفق مع ما يتميز به الأعمال التجارية مع سرعة وثقة وإئتمان متميز يتعارض مع الطرق التقليدية المستندة للإتصالات الورقية والإجراءات الإدارية المعقدة والتي تتطلب وقتاً طويلاً، وتعتبر عمليات التحويل البنكي الإلكتروني إحدى الإستخدامات الإلكترونية المتعددة في مجال الأعمال البنكية.

وبعد ظهور الإنترنت وتطور التجارة الإلكترونية لخدماتها، قامت بإنشاء مواقع لها على شبكة الإنترنت تقدم من خلالها الخدمات التي تسمح طبيعتها بذلك، ما أدى لجذب شريحة واسعة من العملاء لإستخدام الإنترنت في تعاملهم مع البنوك².

وقد جاء في نص المادة 27 من القانون التجارة الإلكترونية والسابق ذكرها، أن وسائل الدفع الإلكتروني والمستعملة في المعاملات الإلكترونية، لا بد لها من منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، وتكون منشأة ومستغلة حصرياً من طرف البنوك المعتمدة من قبل

¹ _ عبد الرحيم صباح، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر، مداخلة ملقاة ضمن فعاليات الملتقى "الإطار القانوني لممارسة التجارة الإلكترونية على ضوء القانون 05/18، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، بجامعة 8ماي 1945 قالمة، يوم 8 أكتوبر 2019، ص 41.

² _ محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 23.

بنك الجزائر¹ وبنك الجزائر وتكون تحت رقابة بنك الجزائر لضمان سرّيتها وسلامتها²، فدور البنوك هنا يكمن في إحداث وتطوير استخدامات وسائل الدفع، وتوفير الوسائل الملائمة لتشغيل هذه البطاقات، وكذلك لها دور كبير في عملية رقابة تأمين الإستخدام الآمن لها. وإنطلاقاً من ذلك كان لابد للجزائر من تحديث الجهاز المصرفي، ومنه في سنة 1995 تأسست الشركة النقدية للعلاقات التلقائية ما بين البنوك (Staim)، والتي تتكفل بتطوير المعاملات البنكية من خلال تحديث وسائل الدفع، وهي شركة ذات أسهم تأسست بمساهمة 8 بنوك جزائرية، ومن بين أهم اختصاصاتها هو التحكيم الجيد في كافة الإجراءات التي تضمن التوظيف الجيد لنظام الدفع الإلكتروني، وكذا المشاركة في وضع القوانين البنكية لتسيير المنتجات الإلكترونية، لهذا تعتبر هذه الشركة عنصراً مهماً تضمن الإصلاح وعصرنة قطاع البنكي في الجزائر، وعملت على إدخال عملية الدفع الإلكتروني عملياً سنة 2002³.

ثالثاً: الحماية القانونية لوسائل الدفع الإلكتروني الخاصة بالمستهلك

إن الحماية القانونية لوسائل الدفع الإلكتروني الخاصة بالمستهلك تكمن أساساً في المسؤولية المترتبة عن التعامل غير المشروع بوسائل الدفع الإلكتروني، إذ أن تحديد

¹ _ البنوك الأكثر اعتماداً من طرف البنك المركزي الجزائري:

_ البنك الوطني الجزائري BNA

_ بنك الجزائر الخارجي BEA

_ بنك التنمية المحلية BDL

_ بنك الفلاحة والتنمية الريفية BADAR

_ القرض الشعبي الجزائري CPA

_ الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط CNEP

_ الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي CNMA، الذي أشار إليها الموقع: <https://ar.wikipedia.org/wiki>.

² _ المادة 28 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السالف الذكر: " يجب أن يكون وصل موقع الإنترنت الخاص بالمورد الإلكتروني بمنصة الدفع الإلكترونية مؤمناً بواسطة نظام تصديق إلكتروني.

³ _ عبد الرحيم صباح، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر، المرجع السابق، ص 42.

المسؤولية¹ عن الإستخدام غير المشروع لوسائل الدفع الإلكتروني من أهم المشاكل الناشئة عن نظام الدفع الإلكتروني، وهذا راجع لتزايد المستمر في استخدام وسائل الدفع الحديثة.

ويترتب عن التزايد المستمر في إستعمال وسائل الدفع الإلكتروني وتعدد أشكالها المنزاعات المدنية المترتبة عن الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العلاقات التي تربط بين أطرافها، مما تتعدد معه المسؤولية المدنية² عن الأضرار التي تصيب الأطراف الأخرى³.

وباعتبار أن نظام الدفع الإلكتروني ينشأ عنه علاقات قانونية تعاقدية بين أطراف ثلاثة حيث يرتبط المصدر بالحامل بعقد يسمى عقد الحامل، ويرتبط المصدر بالتاجر بعقد يسمى عقد التاجر، فإنه يترتب على عدم قيام أطراف هذه العلاقات القانونية بالإلتزامات التي يرتبها العقد في ذمته⁴، إعطاء الطرف الآخر الحق في فسخ العقد، فضلا عن حقه في تعويض الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذه للإلتزامه.

¹ _ تقوم المسؤولية بصفة عامة على أساس القاعدة المدنية التي تقضي بأن كل من تسبب في ضرر للغير يعد خطأ منه يستوجب التعويض، أنظر المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

² _ تقوم المسؤولية كقاعدة عامة عندما يرتكب الشخص خطأ يترتب عليه إلحاق ضرر بالغير يستوجب التعويض، وهي تنقسم بالنظر إلى مصدرها إلى نوعين مسؤولية عقدية وأخرى تقصيرية، فالنسبة للمسؤولية العقدية فهي تنشأ عن إخلال بالتزام تعاقدي، حيث تعد أهم نتائج مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث أن أركان المسؤولية العقدية ثلاثة زهي الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية بينهما، أما المسؤولية التقصيرية فهي تنشأ عن إخلال بالواجب العام الذي يفرض على الأشخاص عدم الإضرار بالغير، وهي أيضا تقوم على ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وتجدر الإشارة إلى أنه ورغم إشتراك هاتين المسؤوليتين في كثير من الأحكام، إلا أن بعضها تختلف بحسب ما إذا كانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية، وهذه هي الإختلافات تكمن في أنه إذا كانت المسؤولية العقدية تنشأ من الإخلال بالإلتزام عقدي، والعقد وليد إرادة المتعاقدين، وإن هذه الإرادة تظهر في أحكام المسؤولية العقدية، حيث يجوز أن يتفق في العقد على الإعفاء منها أو تعديل أحكامها وإذا تعدد المسؤولون كانوا غير متضامين ما لم يتفقوا على التضامن فيما بينهم، وذلك على خلاف المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بالإلتزام قانوني، فالقانون لا يجيز الإنفاق على الإعفاء منها، وإذا تعدد المسؤولون في المسؤولية التقصيرية كانوا متضامين فيما بينهم، للمزيد أنظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 224 إلى 227.

³ _ كميث البغدادي، الإستخدام غير المشروع لبطاقة الإئتمان، (المسؤولية الجزائية والمدنية)، المرجع السابق، ص 221.

⁴ _ يعرف العقد الملزم لجانبيين: " العقد الذي يترتب إلتزامات متقابلة في واحد كالبيع والمقايضة وغيرها "، للمزيد أنظر: أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 19.

وفي مجال المعمل المصرفي الإلكتروني، فإن هناك مسؤولية عقدية تترتب إذا حدث إخلال بالالتزامات التي يربتها العقد المبرم بين البنك والعميل، ومسؤولية تقصيرية تنشأ عند حدوث الإعتداء على البيانات الواردة على الإنترنت أو التلاعب أو الإلتلاف للبيانات المشفرة، عبر إقتحام الشبكات والأجهزة والدخول على نظم المعلومات والإعتداء عليها.

ومحل المسؤولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية يتمثل في إصلاح الضرر الناجم عن جراء الخطأ، وذلك بالحكم بالتعويض ضد الطرف المخطئ لصالح الطرف الذي أصابه ضرر، وفي الواقع المتسبب في إحداث الضرر قد يكون البنك أو الحامل أو التاجر أو أحد من الغير، لذلك تقتضي دراسة المسؤولية المدنية للأطراف المتعاملة بالدفع الإلكتروني التطرق إلى مسؤولية كل طرف على حدي¹، المسؤولية المدنية للتاجر والمسؤولية المدنية للغير المتعامل بوسيلة الدفع.

01- المسؤولية المدنية لحامل الوسيلة والمسؤولية للبنك المصدر:

وسنوضح فيما يلي المسؤولية المدنية لحامل الوسيلة، ثم المسؤولية المدنية للبنك مصدر وسيلة الدفع الإلكتروني.

أ- المسؤولية المدنية لحامل وسيلة الدفع الإلكتروني:

إن عقد الإنضمام إلى وسيلة الدفع الإلكتروني إلى وسيلة الدفع الإلكترونية كالبطاقات مثلاً يفرض مجموعة من الإلتزامات تقع على عاتق الحامل، وهي تقوم بتغطية دورة حياة وسيلة الدفع ابتداءً من إصدارها ومروراً بإستخدامها وحتى انتهاء صلاحيتها وردها للمصدر وتترب على إخلال الحامل بالإلتزاماته قيام المسؤولية المدنية، وهي المسؤولية العقدية.

¹ _ هداية بوعزة، النظام القانوني لوسيلة الدفع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018-2019، ص 462.

لذلك سنتناول المسؤولية المدنية للحامل في ثلاث نقاط، حيث سنتعرض إلى المسؤولية المدنية للحامل الناشئة عن إلتزامه بسداد المبالغ الناتجة عن استخدام وسيلة الدفع ونتكلم في النقطة الأخيرة عن مسؤولية الحامل في حالة سرقة أو فقد وسيلة الدفع.

• المسؤولية المدنية للحامل عن عدم إحترام الطابع الشخصي لوسيلة الدفع الإلكتروني:

هذا الإلتزام يجد مصدره من فكرة العقود القائمة على الإعتبار الشخصي في القانون المدني.

وفي عقد الإنظام لبطاقات الدفع الإلكترونية، تكون شخصية الحامل محل إعتبار، فهي تصدر لشخص محدد بالذات، والحامل الذي صدرت بإسمه ولصالحه، وبالتالي لا يجوز له التنازل عن الوسيلة الدفع الإلكترونية لغيره، والجهة المانحة لوسيلة الدفع لا تصدرها إلا وفق ضوابط، أهمها الملاءة المالية والقدرة على الدفع بالنسبة للديون التي تترتب على إستعمال البطاقة، ومن أهم نتائج هذه العلاقة إستعمالها من قبل من صدرت لمصلحته، وفي الحدود التي يسمح له بإستعمالها، وفي حالة ما إذا سمح الحامل للغير بإستعمال وسيلة الدفع الإلكترونية التي صدرت لصالحه، يكون مسؤولاً عن جميع النفقات المنفذة بواسطة هذا الغير، ويتعرض كذلك العقد المبرم بينه وبين المصدر للفسخ التلقائي¹.

• المسؤولية المدنية للحامل الناشئة عن إلتزامه بسداد المبالغ الناتجة عن استخدام وسيلة الدفع الإلكتروني:

وذلك في تاريخ المحدد في العقد، فإن إمتنع عن ذلك أو تجاوز المبلغ المسموح به إنعقدت مسؤوليته المدنية إتجاه المصدر، إذا كان هناك تصريح من الأخير بضمان الوفاء دون تحديد الحد الأقصى لهذا الضمان، أما إذا نص العقد على أن نص البطاقة لا يضمن الوفاء إلا في حدود المبلغ المسموح به، فإن مسؤولية الحامل تكون إتجاه التاجر بمقتضى العقد المبرم بينهما.

¹ _ هداية بوعزة، النظام القانوني لوسيلة الدفع الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 470.

وللبنك حق مطالبة حامل برد وسيلة الدفع الإلكتروني، نظرا لما يمثله إقدام الحامل على تخطي المبلغ المسموح به، فالمسؤولية المدنية للحامل هنا تكون بمقدار التجاوز في مواجهة البنك المصدر، إضافة إلى التعويض عن الأضرار المادية التي لحقت بالبنك المصدر.

• مسؤولية الحامل في حالة سرقة أو فقد وسيلة الدفع الإلكتروني:

يلتزم حامل البطاقة بإتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة على البطاقة ويتحمل كافة النتائج المترتبة على فقدها أو سرقتها، بحيث تقوم المسؤولية على أساس قرينة الخطأ من جانبه، وقد حكمت محكمة إستئناف الفرنسية في 19 نيسان 1985 بأنه: "يعد الحامل مرتكبا للخطأ المؤدي إلى قيام مسؤوليته لقيامه بترك بطاقته الزرقاء وأربعة دفاتر شيكات داخل سيارته المقفلة بالمفتاح والمتركة أمام مسكنه".

ولا يعفى من هذه المسؤولية إلا بإثبات إتخاذ الحيطة والحذر، كأن يثبت عدم الخطأ من جانبه أو يثبت خطأ التاجر، كأن يختلف التوقيع الموجود على الفاتورة مع التوقيع الموجود على البطاقة.

كما يجب الإشارة إلى إنعدام مسؤولية الحامل في حال تم إخبار مصدرها¹ وفي ذلك نصت المادة 27 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني: "لا يعتبر العميل مسؤولا عن أي قيد غير مشروع على حسابه بواسطة التحويلات الإلكترونية تم بعد تبليغه المؤسسة المالية عن إمكانية دخول الغير إلى حسابه أو فقدان بطاقته أو احتمال معرفة الغير برمز التعريف المتعلق به والطلب منها وقف العمل بوسيلة التحويل الإلكترونية".

لذلك يقع على الحامل إلترام إبلاغ مصدر البطاقة عن فقدان البطاقة أو سرقتها ووضع المصدر في كل ظروف وملابسات ضياع البطاقة، فجاء في نص المادة 8 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني: "يعتبر العميل مسؤولا عن أي استعمال غير مشروع لحسابه

¹ _ ورد في البند رقم 28 من بطاقة الفيزا الصادرة عن بنك الإسكان أنه: " يلتزم حامل البطاقة بإتخاذ كافة الإحتياطات اللازمة للمحافظة على البطاقة ويكون مسؤولا مسؤولية مطلقة عن استعمالها واستعمال الرقم السري الخاص بها وعن كافة النتائج المترتبة على فقدانها أو سرقتها أو إستعمالها بما يخالف هذه الشروط".

بواسطة تحويل إلكتروني، إذ ثبت أن إهماله قد ساهم في ذلك بصورة رئيسية وأن المؤسسة قد قامت بواجبها دون أي استعمال غير مشروع لذلك الحساب¹.

وكما تمنح بعض العقود الحرية للمصدر في أن يعتبر حامل البطاقة مسؤولاً حتى بعد التصريح عن فقدان البطاقة أو الرمز السري أو سرقتها وذلك في حالتي الخطأ والإهمال، فقد حملت محكمة فرنسية لحامل وسيلة الدفع بنسبة الربع بسبب تأخره في التصريح عن فقدانها ويتم الإعلام عن فقدان البطاقة أو سرقتها، والإعتراض لاحقاً برسالة بريدية²، وفي حالة المنازعة بهذا الشأن يعتبر الإعتراض حاصلًا من تاريخ إستلام مصدر البطاقة للرسالة، وقد أوجدت الشركات المصدرة لوسائل الدفع حلولاً عملية تتمثل بتزويد المعترض رقماً مرجعياً يعتبر إشعاراً منها بحصول الإعتراض³.

ب - المسؤولية المدنية للبنك مصدر وسيلة الدفع الإلكتروني:

ترتبط الجهة المصدرة للبطاقة بعقدين: أحدهما مع الحامل والآخر مع التاجر وهذا من شأنه أن يرتب عليه إلتزامات تجاه كل من الطرفين، لذلك يمكن القول كقاعدة إن إخلال البنك بأي إلتزام ملقى على عاتقه تجاه أي طرف ينجم عنه ضرر لهذا الطرف من شأن ذلك أن يعرضه للمسؤولية المدنية إتجاه الطرف المتضرر.

وبالتالي مسؤولية البنك المصدر تكون إتجاه كل من الحامل والتاجر كالتالي:

• المسؤولية المدنية للمصدر إتجاه الحامل:

إن إخلال البنك بأحد الإلتزامات الواردة بالعقد الذي يربطه بالعميل، وبما يحقق الإستقرار في المعاملات، يعد خطأ عقدي يرتب الإلتزام بتعويض المضرور عن الأضرار التي لحقت به نتيجة ذلك.

¹ _ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 97.

² _ المرجع نفسه، ص 99.

³ _ Chambre Civile 1^{ère}, P- 14 juin 1988, droit de l'informatique et des télécoms 1990/2,49, note hue.

وقد تكون مسؤولية البنك تقصيرية، إذا لم يوجد عقد يربط بالعميل المضرور كما لو توصل البنك إلى معلومات عن حساب العميل أو الرقم السري لبطاقة الإئتمان الخاصة به، وقام بإفشاء هذه السرية، وبذلك تتعدد المسؤولية المدنية للبنك المصدر تجاه الحامل بناء على الإخلال بالتزامه الوارد بالعقد المبرم مع الحامل، وهي كالاتي:

- تلتزم الجهة المصدرة (البنك) بإعلام العميل بكافة الشروط القانونية، والتعاقدية والتي تنظم وسيلة الدفع، كما يلتزم بتقديم وصف شامل عن الأداة وكيفية إستعمالها في الداخل والخارج إن لزم الأمر، وأهم المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها، خاصة وأن الدفع يتم عبر شبكة الإنترنت، حتى يكون الإيجاب صادر عن وعي تام، وإذا ما أخل المصدر بهذا الإلتزام، أصبح من حق الطرف الآخر (العميل)، إمكانية إبطال العقد وفقا للقواعد العامة في القانون المدني¹.
- كما تلتزم الجهة المصدرة بسداد فواتير والمبالغ والخدمات التي نفذها الحامل بواسطة وسيلة الدفع في حدود المبلغ المتفق عليه بينهما، وإذا أخلت الجهة المصدرة بهذا الإلتزام وترتب على ذلك ضرر للحامل والتاجر، كتعرض الحامل مثلا للحجز من التاجر، أو كفوات فرصة أو صفقة معينة للتاجر كان يعتمد في إبرامها على رصيده، ما أدى إلى قيام الدائن بالحجز عليه وإساءة سمعته التجارية، تتعدد المسؤولية المدنية للجهة المصدرة في مثل هذه الفروض السابقة على أساس تعاقدية طالما أن كلا من الحامل والتاجر قاما بتنفيذ الشروط العقدية معه².
- وتنتفي مسؤولية البنك إذا ما رفض التاجر السداد، عندما تكون قيمة المشتريات التي نفذها العميل الحامل تتجاوز الحد الأقصى المسموح به.
- وكما تتعدد المسؤولية المدنية لمصدر البطاقة متى قام بوفاء الفواتير التي تصل إليه بعد إعلامه بواقعة السرقة أو الضياع.

¹ _ هداية بوعزة، النظام القانوني لوسيلة الدفع الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 481.

² _ كميت طالب البغدادي، الإستخدام غير المشروع لبطاقة الإئتمان، (المسؤولية المدنية والجزائية)، المرجع السابق،

وباعتبار الوسيلة قائمة على اعتبار شخصي تتعقد المسؤولية المدنية للمصدر في حالة الوفاة بالعمليات التي تتم بعد تاريخ إعلامه بوفاة الحامل.

• **المسؤولية المدنية للبنك المصدر إتجاه التاجر:**

يخضع كل من البنك المصدر والتاجر المعتمد لأحكام العقد المبرم بينهما، ويترتب على إخلال البنك المصدر لإلتزاماته التعاقدية تجاه التاجر قيام مسؤوليته المدنية.

حيث يتعهد البنك المصدر ويلتزم بموجب العقد المحرر بينه وبين التاجر بسداد قيمة الفواتير المرسلة له من قبل¹، فإذا قام التاجر بالإلتزامات التي يترتبها عليه العقد مع الجهة المصدرة وقام بإرسال الفواتير للجهة المصدرة إلا أنها مع ذلك لم تقم بسداد قيمة الفواتير له مما ألحق به ضرراً.

كالقيام بالحجز عليه من قبل دائنيه أو تفويت صفقة معينة كان يعتمد على رصيده في إبرامها، فله مطالبة الجهة المصدرة على أساس المسؤولية العقدية.

كما أن الجهة المصدرة تبقى ملزمة بسداد الفواتير للتاجر حتى ولو ضاعت الوسيلة أو سرقت طالما أنها لم تعلم التاجر بذلك فلا تملك الجهة المصدرة أن تدفع مطالبة التاجر كون الوسيلة مفقودة أو مسروقة طالما أنها لم تخبر التاجر بوقف التعامل بالوسيلة لأن العقد يلزمها بذلك ولا يحق لها أن تدفع مطالبة التاجر بالوفاء له على أساس سرقة أو ضياع الوسيلة طالما لم تقم بإخطار التاجر بذلك².

02- المسؤولية المدنية للتاجر

تتعاقد الجهات المصدرة لوسائل الدفع الإلكتروني مع مجموعة من المحلات التجارية على قبول هذه الوسائل في الوفاء، فيقوم المصدر بالتعاقد مع التاجر وفق شروط معينة، ولذا يوجد عقدين يرتبط بينهما التاجر الأول مع المصدر، والثاني مع الحامل، عقدان

¹ _ يعد إلتزام البنك المصدر بالوفاء للتاجر إلتزاماً مشتركاً للبنك المصدر تجاه كل من الحامل والتاجر غير أن ذلك لا يعني إرتباط العقدي ببعضها البعض بل هناك إستقلالية تامة لكل منهما.

² _ كميث طالب البغدادي، الإستخدام غير المشروع لبطاقات، (المسؤولية الجزائية والمدنية)، المرجع السابق، ص 240.

مستقلان ويرتبان إلتزمات على عاتق التاجر، وأي إخلال بأحد هذه الإلتزمات سيؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية.

أ- مسؤولية التاجر عن رفضه قبول الوفاء بالوسائل الدفع الإلكتروني:

لا يملك التاجر حق رفض وسيلة الدفع الإلكتروني في حالة تقديمها له من الحامل ودون أي شرط، كشرط الوفاء الفوري، فإذا ثبت قيام التاجر بهكذا أفعال يكون بذلك قد عرض نفسه لجزاء فسخ العقد المبرم بينه وبين المصدر، حيث أن ما تعاقد عليه، وما نتج عنه من إلتزمات، ما هو إلا إشتراط لمصلحة غيره، الذي يعتبر في هذا المقام حامل وسيلة الدفع الإلكتروني¹.

ب- مسؤولية التاجر عن إهماله في المحافظة على الوسائل المسلمة له من قبل البنك المصدر:

إن التاجر يتعهد للجهة المصدرة بالمحافظة على الأدوات المسلمة له لغاية إتمام التعامل بالبطاقة وتكون تلك الأدوات لديه على سبيل الوديعة والأمانة، وعليه إذا أهمل التاجر بالمحافظة عليها أو ألحق ضرراً بها فإنه ملزم بتعويض الجهة المصدرة عن ذلك حيث نصت المادة 872 من القانون المدني الأردني: " الوديعة أمانة في يد المودع لديه وعليه ضمانها إذا هلكت بتعديه أو بتقصيره في حفظها ما لم يتفق على غير ذلك"².

ج- مسؤولية التاجر عن إخلاله بالتزامه بالتحقق من شخصية العميل:

ويتم ذلك عن طريق التأكد من مضاهاة التوقيع الذي يضعه العميل على فاتورة الشراء والنموذج الموضوع على وسيلة الدفع، فإذا أهمل التاجر إتخاذ الحيطة الكاملة والحذر في هذه المضاهاة، مما جعله يرسل إحدى الفواتير والتي تحمل توقيعاً مزوراً إلى البنك المصدر فإنه من حقه هذا الأخير رفض الوفاء للتاجر، كما تتعقد حينئذ مسؤوليته لعدم

¹ _ جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 236.

² _ كميث طالب البغدادي، الإستخدام غير المشروع لبطاقات الإئتمان، (المسؤولية الجزائية والمدنية)، المرجع السابق، ص 236.

إتخاذه الوسائل اللازمة لإكتشاف التوقيع المزور، وهي مسؤولية تقوم على أساس إفتراض الخطأ من جانب التاجر، ويتعرض التاجر في هذه الحالة، لعدم وفاء البنك المصدر لقيمة الفاتورة التي تحمل توقيع الحامل، وإعادة خصم قيمتها على حسابه في حالة إضافتها إليه بمعرفة بنك التاجر¹.

وكما تتعدد المسؤولية المدنية للتاجر في حال إرساله فاتورة الشركة إلى الجهة المصدرة وبدون توقيع الحامل عليها، إذ يعد التوقيع من أهم الشروط الشكلية للفاتورة، وبموجبه تكون الفاتورة بمثابة أمر صادر من الحامل إلى الجهة المصدرة بالوفاء للتاجر².

03- المسؤولية المدنية للغير:

في حالة إذا ما وقعت وسيلة الدفع في يد الغير، يعني في شخص غير حاملها الشرعي واستطاع هذا الغير بطريقة أو بأخرى استعمالها وتمكن من الحصول على خدمات ومشتريات وتحصيل المبلغ من رصيد مالكة الحقيقي، إما لدقة تزوير التوقيع أو لأي سبب آخر فهنا يستطيع الحامل أن يطالبه بقيمة الأضرار التي أصابته، ولكن هذه المسؤولية لا تقوم على أساس تعاقدية، لأن الغير لا تربطه بالحامل أية عقود، ولكنها تقوم على أساس المسؤولية التقصيرية³.

وعليه فإن مجرد إقدام الغير على استخدام البطاقة مع علمه أنها مملوكة لشخص آخر يشكل خطأ من قبله ولا يلزم الحامل هنا بإثبات هذا العنصر على إعتبار أن المسؤولية التقصيرية تستند إلى عنصر الضرر وليس الخطأ⁴.

والمسؤولية المدنية للغير تقتضي معرفته وإقامة الدليل على الإستخدام غير المشروع لوسيلة الدفع الإلكتروني من جانبه، وهو أمر صعب الإثبات، وقد يكون هذا الغير معسرا ولا

¹ _ هداية بوعزة، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 494.

² _ كميث طالب البغدادي، الإستخدام غير المشروع لبطاقة الإئتمان، (المسؤولية المدنية والجزائية)، المرجع السابق، ص 237.

³ _ المرجع نفسه، ص 239.

⁴ _ نص القانون المدني الأردني في المادة 656 منه: " كل ضرر بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

جدوى من الرجوع عليه، لذلك هناك من يرى أن نظام الدفع الإلكتروني يقوم على إلقاء تبعة المسؤولية المدنية على الإستعمال غير المشروع لوسيلة الدفع على أي من أطراف الدفع الإلكتروني الحامل أو المصدر أو التاجر¹.

04- تجربة الجزائر في الحماية القانونية لوسائل الدفع الإلكتروني:

تعد تجربة الجزائر في مجال الدفع الإلكتروني تجربة جديدة وفتية، حيث شهدت بعض المحاولات من خلال التأسيس القانوني، ووضع مشروع لتطوير نظام الدفع، وكما سبق وأن وضعنا.

فمن خلال قانون النقد والقرض 03/01، أما الإنطلاقة الفعلية فكانت سنة 2006 حيث كانت البداية الأولى لأول بطاقة سحب في الجزائر ليتم تعميمها في باقي التراب الوطني ابتداء من سنة 2007، وقد شرع المشرع الجزائري مجموعة من المواد القانونية سنة 2005 في القانون التجاري 05/02 المنظمة لعمل البطاقة البنكية وحدد الجهة المصدرة لها، والتي خصها للبنوك فقط، وقد لوحظ على هذا القانون التقصير في توضيح آليات التعامل بهذا النوع من الدفع، ولم يصدر المشرع الجزائري صراحة القوانين الخاصة بحماية وسائل الدفع الإلكتروني على حدى بل يطبق عليها بعض المواد القانونية في القانون المدني والقانون التجاري².

ومن الهيئات أو الجهات القضائية المتخصصة نصت المادة 39 فقرة 2 من أن تأمر بتعليق نفاذه على جميع منصات الدفع الإلكتروني لمدة لا تتجاوز ستة (06) أشهر".

أما الجهات القضائية الجزائرية المتخصصة: بموجب القانون 04-14 المؤرخ في 2004/11/10.

¹ _ عدلت المادة 124 من القانون المدني الجزائري، بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، حيث أصبحت تنص على أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، وبذلك أصبحت المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الخطأ بعد أن كانت تقوم على أساس الضرر فقط.

² _ فريد مشري، أمانة قاجة، الحماية القانونية لوسائل الدفع الإلكتروني، (الجزائر نموذجا) مداخلة ملقاة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك والإقتصاد الرقمي ضرورة الإنتقال وتحديات الحماية، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف، ميلة، يومي 23،24 أفريل. ص 11.

المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية تختص بالجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات طبقا للمواد 329، 37، 40، من قانون الإجراءات الجزائية، تتمتع إختصاص إقليمي موسع طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 348/06 المؤرخ في 2006/01/05، بحيث تنظر في القضايا المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال المرتكبة في الخارج حتى ولو كان مرتكبها أجنبيا إذا كانت تستهدف مؤسسات الدولة أو الدفاع الوطني المادة 15 من القانون رقم 109/04.¹

وفي ختام هذا الفصل يتبين أن المشرع الجزائري وكذا بعض التشريعات المقارنة قد أقروا آليات يمكن اعتبارها حديثة بغية حماية المستهلك الذي يتعاقد عبر المجال الإلكتروني، حيث تم حماية هذا الأخير من الشروط التعسفية لاسيما الشروط التي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي، حيث يظهر ذلك من خلال رقابتي الحظر والإلغاء واللذان تم تبينهما تفصيلا سلفا.

ولم تقتصر حماية المستهلك إزاء الشروط التعسفية، بل قد امتدت إلى حمايته إزاء الوسائل الإلكترونية لاسيما فيما يتعلق بحماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني، وكذا حماية وسائل الدفع الإلكتروني والتي تعد من أهم الوسائل الحديثة في التجارة الإلكترونية كبطاقات الدفع الإلكتروني وبطاقات الائتمان والنقود الرقمية.

¹ _ فريد مشري، آمنة قاجة، الحماية القانونية لوسائل الدفع الإلكتروني، (الجزائر نموذجا)، المرجع السابق، ص 12.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال ماتقدم نخلص إلى أن الحماية المدنية للمستهلك في المجال الإلكتروني هي ضرورة فرضها التوجه السريع للوسائل الإلكترونية الحديثة في إبرام المعاملات التجارية بين الأفراد عبر مختلف أنحاء العالم في أسرع الأوقات وبأقل التكاليف وهذه السرعة تجعل المستهلكين يسعون وراء الحصول على أجواء السلع والخدمات إنطلاقا مما يرونه من إعلانات ودعايا تفاعلية ذكية تتم بأساليب فنية تهدف للتأثير وجلب الإنتباه، وجعل المستهلك يسعى وراءها دون تركيز، لذلك تبنت كل التشريعات الدولية وبعض التشريعات الداخلية بما فيها التشريع الجزائري الحماية المدنية للمستهلك كوسيلة فعالة لتقوية الثقة والإئتمان في التعاقد عبر المجال الإلكتروني وبالتالي إزدهار التجارة الإلكترونية من جهة، وحماية حقوق المستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من جهة أخرى.

في هذه الدراسة تناولنا موضوعا جديدا يتسم بالحدثة والجدية يتعلق بالحماية المدنية للمستهلك في المجال الإلكتروني، ذلك لأن هذه الحماية تعد مداخلتها لضمان استقرار المعاملات التجارية بالإعتماد على وسائل تقنية، وبذلك فهي توفر عنصر الإعتماد والثقة في هذا النوع من المعاملات الإلكترونية على اختلافها خاصة ماتعلق بالإستهلاك للمنتجات والخدمات.

فاستخلصنا حماية المستهلك من خلال التوسع في جملة من الإلتزامات المقررة على عاتق المورد، والتطرق لأهم المستجدات التي جاء بها المشرع الجزائري من خلال القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والتي تخدم مصلحة المستهلك، خشية من قصور القواعد التقليدية المقررة في القواعد العامة كسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية وذلك إما لعدم كفاية هذه القواعد في حماية حقوق المستهلك، وإما لصعوبة تقريرها أو إعمالها، أو لما قد لاينتج عن إعمالها من تعويض مناسب للضرر اللاحق بالمستهلك.

وبالتالي كان هدفنا الأول والأساسي من هذه الدراسة هو حماية المستهلك المتعاقد عبر المجال الإلكتروني من خلال تفعيل آليات قانونية ملائمة تحميه في جميع مراحل التعاقد إنطلاقا من مرحلة إبرام العقد إلى غاية مرحلة تنفيذ العقد.

وقد خلصنا بذلك إلى جملة من النتائج نذكرها:

- إعطاء أغلب التشريعات المقارنة التي تناولت موضوع التجارة الإلكترونية تعريف تشريعي لها، وهذا بعكس الفقه الذي اختلف في ذلك، وهذا الاختلاف راجع إلى الزاوية التي ينظر منها كل من الفقه والتشريع.
- اتفق كل من الفقه والتشريع في مجال التجارة الإلكترونية على أن المستهلك هو من يقتني السلع والخدمات لإشباع حاجاته الشخصية، بغض النظر عن طبيعته القانونية والوسيلة المستعملة في حصوله على ذلك.
- معظم التشريعات المقارنة نصت أثناء تعريفها للإعلان التجاري الإلكتروني على الوسائل التي يمكن أن يعرض بها متناسية في ذلك الهدف من ورائه وهو التأثير على نفسية المستهلك لأجل إقناعه بتلك السلع والخدمات المعروضة عبر المواقع الإلكترونية، بعكس التعريفات الفقهية التي يبدو أنها أصابت في تعريفه، بإعتبار أنها تناولت الهدف منه، حيث إنعكس ذلك على الطبيعة القانونية له، فهناك من إعتبره إيجاباً للقبول، وهناك من إعتبره دعوة للتفاوض أو التعاقد، ولكل جانب فقهي مبرراته في ذلك.
- الإختلاف الفقهي والتشريعي للإعلان التجاري الكاذب عن الإعلان التجاري المضلل بإعتبار أن الأول الهدف منه هو مخالفة الحقيقة، ماينتج عن ذلك هو اعتبار كل إعلان تجاري إلكتروني كاذب هو إعلان تجاري إلكتروني مضلل، وهذا دون العكس.
- وعي المستهلك ومعرفته بالمنتج وطبيعته أو الخدمة المعلن عنها تعد العامل الأول في حمايته من الإعلان الإلكتروني الكاذب والمضلل، وبهذا لايمكن لدعوى تنفيذ العقد والمقامة بموجب أحكام القانون المدني أن توفر الحماية للمتضرر من الإعلان الإلكتروني الكاذب والمضلل في حالة وجود عقد إلكتروني بين المتعاقدين، حيث أن العقد من غير الممكن تنفيذه كما هو لأنه أبرم نتيجة إعلان كاذب أو مضلل، وكل مايمكن للمتضرر تحقيقه هو تنفيذ العقد على نفقة المعلن بدعوى التعويض.
- كما أن دعوى التدليس في مواجهة صاحب الإعلان الإلكتروني الكاذب والمضلل هي الأخرى توفر الحماية الكافية للمستهلك لأن أقصى مايمكن أن تحققه هو فسخ

العقد الإلكتروني المبرم، وبهذا لم يحقق شيء من هدفه من التعاقد سواء إقتضاء السلعة أو الإستفادة من الخدمة المعروضة، بالرغم من الوقت والجهد والمال الذي قد أنفقه.

- والمشرع الجزائري تناول الإعلان التجاري الإلكتروني دون تنظيم محكم له من خلال المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، كما عرفته المادة 3 فقرة 3 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وكما عرفته المادة 6 فقرة 06 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 على أن كل إشهار هو إعلان، ومن خلال هذه القوانين نجده تارة ينعته بالإشهار، وتارة ينعته بالإعلان، ولهذا وحدنا المصطلح من خلال الدراسة وإستخدمنا مصطلح الإعلان بدلا من الإشهار، هذا من جهة ومن جهة أخرى المشرع الجزائري لم يتناول الإعلان الكاذب وتناول المضلل فقط واعتبر الكذب جزء من التضليل وهو السبب في نظرنا عن عدم إعطاء المشرع تعريف خاص للإعلان الكاذب وإعتبر هذا الأخير يشمل الإشهار التضليلي.
- يمكن إقامة المسؤولية المدنية وتعويض المتضرر من هذا الإعلان بموجب قانون التجارة الإلكترونية 18-05، ومع ذلك في إعتقادنا أن هذا النص غير كافي لتوفير هذه الحماية في ظل الإنتشار الواسع والرهيب للإشهار الإلكتروني الكاذب والمضلل، وبذلك يمكننا القول أن المشرع الجزائري لم يوفر الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني من الإعلان المضلل.
- ولتوفير قدر كافي من الحماية للمستهلك المتعاقد عبر المجال الإلكتروني، ومن منطلق الحرص على الثقة والشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية الإلكترونية، ألزمت معظم التشريعات حماية المستهلك من خلال إلزام المورد بإعلامه وتبصيره بكافة البيانات الجوهرية للمنتج أو الخدمة، وبهذا يعد الإعلام الإلكتروني من الضمانات المستحدثة في عقود التجارة الإلكترونية ومن أهم مظاهر الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني خلال مرحلة إبرام العقد وهو الأمر الذي يترجم شفافية التعامل في المجال الإلكتروني.

- كما يتحقق هذا الإلتزام الواقع على عاتق المورد من خلال تحديد كل من شخصية المورد ووصف المنتج أو الخدمة محل التعاقد وبيان أهم السمات الأساسية لهما، بهدف تحقيق التوازن المعرفي بين الطرفين، بإعتبار أن الإلتزام بالإعلام من أهم الأساليب المستخدمة لإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية بين المستهلك بإعتباره الطرف الضعيف والمورد الذي يقدم السلع والخدمات بإعتباره الطرف القوي.
- وكما أن المشرع الجزائري قد أحسن بنصه على هذا الإلتزام في كل من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والقانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وبذلك يكون قد سائر غيره من التشريعات، وكما أحسن فعل المشرع الجزائري في ظل القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بالتأكيد على ذكر المعلومات المتعلقة بتحديد هوية المورد الإلكتروني، حتى يتسنى للمستهلك الإلكتروني التأكد من المورد الإلكتروني الحقيقي والمورد الإلكتروني الوهمي، وكما ألزم المشرع أن يتم ذلك بواسطة اللغة العربية لتمكين المستهلك من معرفة كل مكونات المنتج.
- الإخلال بالإلتزام بالإعلام رتب المشرع الجزائري كجزاء له الحق للمستهلك بالمطالبة بإبطال العقد كما له الحق في المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الحاصل للمستهلك الإلكتروني جراء إخلال المورد الإلكتروني بإلتزامه بالإعلام.
- إن إبرام العقد الإلكتروني تعد من أهم المراحل الأساسية التي تتطوي عليها عملية التعاقد الإلكتروني بإعتبارها تشهد عديد الإجراءات القانونية والتنظيمية ومن جانب آخر لاتخلو من الممارسات الغير مشروعة في حق المستهلك الإلكتروني.
- كما يعد العقد الإلكتروني هو عقد استهلاكي متداول بكثرة، يكتسب طابعه وخصوصيته الإلكترونية من خلال الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها، أين يتم إقتران الإيجاب بالقبول بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عن بعد إضافة إلى عدم الحضور الفعلي للطرفين وهو ماجعله عقد مبرم بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

- في العقود الإلكترونية يعد المستهلك الطرف الضعيف دائماً في العلاقة التعاقدية، التي يميزها الإحتكار والهيمنة، لذلك يتوجب حمايته بإعتبار أن هذه العقود يجب النظر إليها على أنها عقود إذعان وللمستهلك الحق في المطالبة بإبطالها أو حمايته من الشروط التعسفية التي تحتويها.
- أما بالنسبة لمسألة الإثبات والتي تعد من أهم المسائل المطروحة في عقود التجارة الإلكترونية سواء وفقاً لما هو مكرس في القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية أو وفقاً لما هو مكرس في القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المحدد لشروط المساواة في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني الذي يجب أن يكون موصوفاً ليحقق هذه المعادلة وبالتالي إبراز دور هذا التوقيع في تحقيق موثوقية المعاملات التجارية الإلكترونية، وبذلك يعد قانون التجارة الإلكترونية 05-18 بادرة أساسية وإيجابية كان لا بد منها لإرساء اللبنة الأولى لإستقبال التعامل بالتجارة الإلكترونية في الجزائر.
- وكما أقر المشرع الجزائري في إطار ضمان حماية المستهلك ويتجسد ذلك من خلال الإلتزام بالضمان في ضرورة تسليم منتج أو خدمة مطابقة للوصف المتفق عليه وضمان سلامة المستهلك الإلكتروني، ويجدر بالذكر أنه لا توجد خصوصية بشأن هذا الضمان الأخير، مما كان من الضروري الإستعانة بما هو وارد في القواعد العامة وتطبيقها على مثل هذه المعاملات.
- وزيادة عن ضمان حماية المستهلك فإن هناك جزاءات تترتب عن الإخلال بالضمانات السابقة، ويحق للمستهلك الإلكتروني نتيجة لذلك العدول عن العقد وإنهاء العقد بإرادته المنفردة خلال مدة محددة دون شرط تبريره لقراره هذا، ويتحمل مصاريف رد المبيع إلى المنتج، على أن يلتزم هذا الأخير برد المبلغ للمستهلك.
- أما في مجال الشروط التعسفية، فيمكننا القول أن التعاقد عن بعد هو أكثر العقود التي ينفرد فيها المورد بوضع شروط العقد مستندا في ذلك على مركزه الإقتصادي والمعريف فتتسم هذه العلاقة بعدم التوازن، وحماية للمستهلك بوصفه طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، فأحسن المشرع الجزائري هنا التدخل لحماية المستهلك الإلكتروني

بإنشاء لجنة الشروط التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 للبحث عن الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود الإستهلاكية، غير أن هذه لم يتم تنصيبها إلى يومنا هذا وبالتالي وللأسف منعدم في حماية المستهلك.

- كما سعى المشرع الجزائري لتأمين التعاملات الإلكترونية التي يقوم بها المستهلك من خلال حماية بياناته الشخصية والتي تعد بالنسبة إليه حرية شخصية لا ينبغي التعدي عليها أو إفشائها والإحتفاظ بها بكل شكل من الأشكال، فمجرد التطفل على تلك البيانات يعد بمثابة انتهاك حرمة الحياة الخاصة للمستهلك وبالتالي يوجب المسؤولية نحو المورد الإلكتروني، وكما سعى المشرع الجزائري إلى تأمين الدفع الإلكتروني له بهدف تسهيل عملية التعاقد وجذب المستهلكين لهذا النوع من المعاملات، حيث تشمل بيئة الدفع الإلكتروني على مجموعة من المخاطر منها ماينجم عن الإستخدام غير المشروع للبطاقة البنكية، وفي سبيل تأمين هذه البيئة توجب العمل على إيجاد الضمانات الكفيلة بذلك، وتوفير الحماية القانونية اللازمة لوسائل الدفع الإلكتروني الخاصة بالمستهلك، ومحل المسؤولية يكون في إصلاح الضرر الناجم عن جراء الخطأ، وذلك بالحكم بالتعويض ضد الطرف المخطئ لصالح الطرف الذي أصابه ضرر.

- وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ودوره في تكريس حماية المستهلك في المجال الإلكتروني، فيمكننا القول أنه لا توجد قاعدة إسناد صريحة تحدد القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود، ممايتوجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني بتطبيق ما هو وارد في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، وذلك بإعمال القانون المختار من قبل المتعاقدين، شرط أن يكون لهذا القانون صلة حقيقية بالعقد وسواء أن الإختيار كان صريح أم ضمني، أو الإستناد في حالة غياب إرادة الأطراف لضوابط جامدة تتجاهل والطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية، كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو بإستنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد من أهمها ضابط الأداء المميز.

- غير أن إعمال ضوابط الإسناد التقليدية من شأنه أن يثير عدة صعوبات، سواء كان إختيار القانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين، وسواء كان إختيار القانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين أو كان إختياره من قبل القاضي، ففي الحالة الأولى يصعب إثبات إرادة المتعاقدين لتطبيق قانون معين وإثبات أن التصرف صادر عن شخص حقيقي خاصة وأن المعاملات الإلكترونية تتم في عالم لامادي.
- أما إذا كان القانون المختار من قبل القاضي فإنه من الصعوبة الإستناد إلى ضابط محل الإقامة لتحديد القانون الواجب التطبيق، كون إعمال هذا الضابط في مجال المعاملات الإلكترونية يصعب تحديده، كما لا يمكن الإستناد إلى ضابط مكان تنفيذ العقد، ذلك لأنه يتم في مجال المعاملات الإلكترونية في أماكن متعددة، ما يجعل العقد خاضع لأكثر من قانون مما يصعب تحقيق الإنسجام المطلوب من القانون بسبب الإختلاف الأماكن القانونية لتنفيذ العقد.
- وكما يعد التحكيم الإلكتروني أنجع وسيلة لتسوية منازعات العقود الإلكترونية التي تقع بين المستهلك والمورد الذي يعرض السلع عبر وسائط إلكترونية، كما يساهم في إيجاد حلول مباشرة وسريعة لاسيما بالنسبة للمستهلك المتضرر.

وبناء على النتائج السالفة الذكر وفي سبيل سد الثغرات الموجودة نقترح مجموعة من التوصيات:

- تعديل أحكام قانون التجارة الإلكترونية 18-05 حتى تتماشى مع المستجدات ومتطلبات حماية المستهلك المتعاقد إلكترونياً.
- على المشرع توحيد المصطلحات القانونية بين النصوص التشريعية المختلفة حتى تؤدي نفس المفهوم، فنجد على سبيل المثال يطلق في قانون حماية المستهلك على المهني تسمية "المتدخل" بينما في قانون التجارة الإلكترونية تسمية "المورد الإلكتروني".
- تشديد المسؤولية المدنية على المعلن وعلى كل شخص له علاقة في إيراد إعلانات غير مشروعة.

- إعداد ورشات وندوات وطنية من طرف أهل الخبرة والإختصاص، لشرح حقوق المستهلك الإلكتروني وآليات حمايتها حتى لا يقع فريسة للإعلانات المضللة.
- تعميم الحماية سواء كان التعامل عبر الموقع الإلكتروني، أو عبر مواقع التواصل الاجتماعي، مع تكريس نفس الحماية مع مواقع أجنبية، وكذا حظر الإعلانات المزعجة سواء تمت عبر البريد الإلكتروني أو مختلف وسائل التواصل أو الهاتف النقال.
- نثمن جهود المشرع الجزائري في إقرار الإلتزام بالإعلام والإهتمام به أكثر بإعتباره أحد الضمانات حماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا، لما فيه أهمية للمستهلك في تكوين إرادته وتنويره بالمعلومات من أجل إقدامه على التعاقد من عدمه، وذلك من خلال إقرار الإلتزام بالإعلام في قانون التجارة الإلكترونية بدلا من الإكتفاء بما هو موجود في قانون حماية المستهلك.
- مسألة الخط بين مفهوم العقد الإلكتروني وعقد التجارة الإلكترونية وهنا لا بد من جهة من فتح المجال للعقود الإلكترونية وعدم حصره في فئة عقود الإذعان، ومن جهة أخرى لا بد من توجيه المفاهيم المستعملة لصياغة أحكام القانون رقم 18-05 نحو عقد التجارة الإلكترونية دون العقود الإلكترونية الأخرى.
- تأسيس جهات رسمية تشرف على عملية التحقق من هوية الأطراف والتأكد من التوافق الإلكتروني الخاصة بالأشخاص الطبيعيين كانوا أو معنويين.
- كما على المشرع الجزائري مراجعة النصوص القانونية المنظمة للتحكيم الإلكتروني وجعلها تتماشى وتطورات البيئة الإلكترونية، مع ضرورة النص على إنشاء مراكز للتحكيم الإلكتروني متخصصة في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية يشرف عليها باحثين وقضاة ومحامين يتم تكوينهم من خلال عقد دورات وندوات في مجال التجارة الإلكترونية حتى يتسنى وضع ضمانات حمائية أكثر للمستهلك.
- وبالرغم من ذلك يبقى القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية لا يوفر حماية كافية للمستهلك الإلكتروني خاصة وأنه يتعامل مع شخص من وراء الشاشة، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن نقص الوعي والثقافة الإلكترونية لدى عامة المستهلكين

والمستهلك الإلكتروني الجزائري خاصة هو أكبر عدو خاصة وأن الأغلبية لاتفرق بين العقد الإلكتروني وبين مختلف المعاملات التي تتم عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

• وفي الأخير ما علينا إلا القول إنه يتوجب على المشرع الجزائري الإجتهد أكثر لمواكبة الدول المتقدمة في مجال التشريع في التجارة الإلكترونية، حتى يتم تكريس الثقافة الإلكترونية بين جمهور المستهلكين.

تم بفضل الله

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

❖ المصادر:

• القرآن الكريم

1. سورة إبراهيم، الآية 38.
2. سورة النحل، الآية 19.
3. سورة النمل، الآية 19.

• القواميس:

1. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار الكتب المصري، مطبعة المعارف، (د.م.ن.)، (د.س.ن.).

• النصوص القانونية:

أولاً: النصوص القانونية الأجنبية

1. القانون الفرنسي رقم 706 الصادر في 12 جويلية 1985.
2. قانون أونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع لسنة 1996.
3. قانون المعاملات الإلكترونية السنغفوري رقم 25 سنة 1998.
4. القانون العدد 83 لسنة 2000، مؤرخ في 09 أوت 2000، يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 11 أوت 2000، العدد 64.
5. القانون التونسي الخاص بالمعاملات التجارية والإلكترونية رقم 53 لسنة 2000.
6. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 لسنة 2001.
7. قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.
8. قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.
9. القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في: 2004/07/27، والمتعلق بحماية المعطيات الشخصية، والصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 61 بتاريخ: 2004/07/30.

10. القانون الإتحادي رقم: 01 لسنة 2006، والمتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.
11. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007.
12. المرسوم التنفيذي رقم 2010/16، المتعلق بقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري، الصادر بتاريخ 2010 /08/19، الجريدة الرسمية، العدد 09.
13. قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم 20 لسنة 2014.
14. قانون رقم 51-162 المتضمن قانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية.

ثانيا: النصوص التشريعية الداخلية:

أ- الأوامر:

1. الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم .

ب- القوانين:

1. القانون الجزائري رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 والمتعلق بالصحة العمومية وترقيتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 8، بتاريخ 17 فيفري 1985.
2. القانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 15، المؤرخة في 08 مارس 2009.
3. القانون رقم 09-04 المؤرخ 14 شعبان 1430 الموافق 5 غشت 2009، المتضمن للقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، المؤرخة في 16 غشت 2009.
4. القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جويلية 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة رسمية للجمهورية الجزائرية عدد 41، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 10-06، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46، مؤرخ في 15 غشت 2010.

5. القانون رقم 04-15، المؤرخ في 01 فيفري 2015، والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 06، الصادر بتاريخ 10 فيفري 2015.
6. القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، والصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 14، تاريخ 07 مارس 2016.
7. القانون رقم 05-18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 28، بتاريخ 16 ماي 2018.
8. القانون 09-18 المؤرخ في 10 جوان 2018، المعدل والمتمم للقانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 35، الصادرة بتاريخ 13 جوان 2018.
9. القانون رقم 07-18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 34، المؤرخ في 10 يونيو 2018.

ج- المراسيم:

1. المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 1990 والمتعلق بوسم السلع الغذائية، جريدة رسمية عدد 50 الصادرة سنة 1990، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-484 المؤرخ في 22 ديسمبر 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 83، لسنة 2005، ملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 58.
2. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، الصادر بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

3. المرسوم التنفيذي رقم 08-44، مؤرخ في 03 فيفري 2008 الجريدة الرسمية عدد 07 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.
4. المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001، والمتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشيكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 37 الصادر في 07 يونيو 2007.
5. المرسوم التنفيذي رقم 13-327 صادر بتاريخ 26 سبتمبر 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية عدد 49 مؤرخ في 2013/10/02.
6. المرسوم التنفيذي رقم 15/144، المؤرخ في 12 ماي 2015، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 10، الصادر بتاريخ 13 ماي 2015.

❖ المراجع:

المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب

أ- المراجع العامة

1. أحمد عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (نظرية العقد)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
2. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، دار النهضة العربية، (د م ن)، 1981.

3. أشرف محمد مصطفى حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، القاهرة، 2008.
4. أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار المعارف، مصر، 1962.
5. تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، (د.م.ن)، 2009.
6. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر 2002.
7. جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2014.
8. جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
9. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول من مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
10. حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الإنترنت (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
11. حمدي أحمد سعد، الإلتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، الطبعة الأولى، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 1999.
12. حمدي القبيلات، قانون الإدارة العامة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان (الأردن)، 2019.
13. حوالم عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
14. خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دراسة مقارنة دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2013.

15. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي لإسكندرية، 2008.
16. خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء 4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، الجزائر، 2000.
17. زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
18. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
19. السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
20. شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008.
21. شريف محمد غنام، محفظة النقود الإلكترونية، (رؤية مستقبلية)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007.
22. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
23. عربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الجزء 1، التصرف القانوني للعقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
24. علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
25. عمر حسن المومني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.
26. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
27. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006.

28. كميّت طالب بغدادبي، الإستخدام غير المشروع لبطاقة الإنتمان (المسؤولية الجزائية والمدنية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
29. كيوّة حميد صالح المزوري، النظام القانوني لتوثيق المعاملات الإلكترونية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، العراق، 2018.
30. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات- الوساطة والتوفيق- التحكيم- المفاوضات المباشرة)، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان (الأردن)، 2010.
31. محمد إبراهيم الدسوقي، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، أسيوط، دار إيهاب، للنشر والتوزيع، 1985.
32. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2013.
33. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
34. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب، الجزائر، 2006.
35. محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقّه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
36. محمد علي البدوي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء 1، (مصادر الإلتزام)، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، (د س ن).
37. محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، عمان (الأردن)، 2009.
38. محمود عبد الرحيم ديب، الحماية المدنية للمستهلك (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
39. محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

40. هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2014.
- ب- المراجع المتخصصة**
1. أشرف محمد رزق فايد، منازعات الإستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، مصر، 2017.
 2. أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، (د م ن)، دار الفكر الجامعي، 2014.
 3. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
 4. بدر أسامة أحمد، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
 5. بلقاسم حامدي، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، (د م ن)، 2009.
 6. حسن مكي مشيري، خصوصيات التعاقد عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الأنترنت)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2019.
 7. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت (مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2012.
 8. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، القاهرة مصر، 2007.
 9. خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، القاهرة، 2008.
 10. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2005.
 11. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.

12. خالد ممدوح إبراهيم، لوجيستيات التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.
13. سلطان عبد الله محمود الجوّاري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، (دراسة قانونية مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 2010.
14. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية - دار النيل للطباعة القاهرة - مصر، 2006.
15. عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان (بيروت)، 2010.
16. عبد الفتاح بيومي الحجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الثاني، (الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية)، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
17. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
18. علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية منشورات الحلبي الحقوقية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، بيروت (لبنان)، 2017.
19. كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
20. لجنة القانون (لجنة الباحثين)، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2003.
21. ماجد محمد سليمان أبا خليل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية (الرياض)، 2009.
22. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.

23. نسرین عبد الحمید نبیه، الجانب الإلكتروني في القانون الجزائري، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008.
24. نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
25. الياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، (د م ن)، 2009.

ثانيا: الرسائل الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه:

1. أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
2. أمازوز لطيفة، إلتزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010-2011.
3. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية (تخصص قانون الأعمال)، كلية الحقوق والعلوم السياسية (قسم الحقوق)، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014-2015.
4. بن جبارة عباس، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس (سيدي بلعباس)، 2013-2014.
5. بوراس محمد، الإشهار على المنتجات والخدمات، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

6. **جامع مليكة**، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي الياوس سيدي بلعباس، 2011.
7. **حامق ذهبية**، الإلتزام بالإعلام في العقود، أطروحة دكتوراه دولة، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.
8. **حساني علي**، الإطار القانوني للإلتزام بالضمان في المنتجات، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2011-2012.
9. **خمخيم محمد**، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016-2017.
10. **زوبة سميرة**، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2016/03/13.
11. **سليمان مصطفى**، وسائل الإثبات وحجيتها في عقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية أدرار، 2019-2020.
12. **شايب بوزيان**، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2015-2016.
13. **عبوب زهيرة**، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 17 أبريل 2018.

14. **عجالي بخالد**، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 16 جوان 2014.
15. **فتحي بن جديد**، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2014.
16. **لموشية سامية**، الضمانات القانونية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018-2019.
17. **مالكي محمد**، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون المنافسة والإستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018.
18. **مصطفى هنشور وسيمية**، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2016-2017.
19. **معزوز دليلة**، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية (ضمان التعرض والإستحقاق والعيوب الخفية)، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.
20. **هداية بوعزة**، النظام القانوني لوسيلة الدفع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018-2019.

ب- مذكرات ماجستير:

1. **بارق منتظر عبد الوهاب لامي**، جريمة انتهاك الخصوصية عبر الوسائل الإلكترونية في التشريع الأردني (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، آيار 2017.
2. **بشار محمود دودين**، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، مذكرة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2006.
3. **بن غيدة إيناس**، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.
4. **بوزكري إنتصار**، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الباز02، سطيف، 2013.
5. **جرعود الياقوت**، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون جامعة الجزائر، 2002.
6. **جلول دواجي بلحول**، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015.
7. **حبيبة كالم**، حماية المستهلك، مذكرة ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية جامعة بن عكنون، الجزائر، 2004.
8. **زواش زهير**، دور نظام الدفع الإلكتروني في تحسين المعاملات المصرفية -دراسة حالة الجزائر- مذكرة ماجستير في العلوم الإقتصادية، تخصص التمويل الدول المؤسسات المالية والنقدية، شعبة العلوم الإقتصادية، مدرسة الدكتوراه، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، 2010-2011.
9. **شفارة عبد النور**، حماية المستهلك في الخدمات المصرفية الإلكترونية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015.

10. عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في الحقوق (فرع العقود والمسؤولية)، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2011-2012.
11. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.
12. عليان عدة، الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة ماجستير، فرع الحقوق تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009-2010.
13. يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

ثالثا: المقالات العلمية

1. أحمد بومدين، دور الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، عدد 1، جوان 2010.
2. أمال بوهنتالة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة باتنة، العدد 2، المجلد 5، ديسمبر 2020.
3. باهة فاطمة، شهادة التصديق الإلكتروني كآلية لضمان حجية المعاملات الإلكترونية في ضوء القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد 2، (د س ن).
4. بدر منشيف، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المجلة العربية للدراسات القانونية والإقتصادية والإجتماعية، مقالة منشورة ضمن مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، الطبعة الأولى، 2020.
5. براشمي مفتاح، الركن المادي لجنحة الإشهار التضليلي في التشريع الجزائري، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، العدد 06، جوان 2016.
6. بسمة فوغالي، فاعلية قرار التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 01، المجلد 07، 2020.

7. بشير سليم، بوزيد سليمة، الالتزام بالإعلام وطرق تنفيذه وفقا لأحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 4، مارس 2017.
8. بليمان نادية، الإشهار الكاذب أو المضلل، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، العدد 32، المجلد ب، ديسمبر 2009.
9. بوحفص جلاب نعاة، دور القضاء في تكييف ومعاينة الإعلان التجاري المضلل، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، العدد 02، المجلد 14، 2016.
10. بولمعالي زكية، خصوصية الإيجاب الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 2، المجلد 1، (د س ن).
11. بومسلة عبد القادر، خصوصية الإيجاب والقبول في المعاملات الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة سوسة، تونس، العدد 02، المجلد 4، جوان 2018.
12. جرعود الياقوت، دور الإعلام في حماية المستهلك، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، العدد 2، جانفي 2012.
13. جقريف الزهرة، شريط وسيلة، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في ظل القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الشريعة والإقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 25000 قسنطينة، العدد 03، المجلد 11، (عدد خاص)، 2020.
14. حزام فتيحة، عن النظام القانوني للنقود الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، العدد 02، المجلد 04، 2019.
15. حمداني محمد، سلاف عزوز، حماية المستهلك من الإشهارات الكاذبة والمضللة، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 14، أبريل 2017.

16. **خلاف فاتح**، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد طبقا لقانون الإستهلاك الفرنسي (أية فعالية في ظل جائحة كوفيد 19)، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 20، المجلد 07، جوان 2021.
17. **خلوي (عنان) نصيرة**، حق العدول عن عقد الإستهلاك الإلكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية، ديسمبر 2018.
18. **خليفة مريم**، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، مجلة دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 4، جانفي 2011.
19. **دليلة ليطوش**، الحماية القانونية للحق في الخصوصية الرقمية للمستهلك الإلكتروني، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 03، المجلد 30، ديسمبر 2019.
20. **دمانة محمد، يوسف نوردين**، الإشهار الإلكتروني التجاري والمستهلك، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 12، ماي 2018.
21. **دناي نور الدين**، الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، تندوف، العدد 2، ديسمبر 2017.
22. **رحمان يوسف**، الآليات القانونية للمسؤولية المدنية لمزود خدمات التصديق الإلكتروني في القانون المقارن، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد 8، (د س ن).
23. **رحمون شتوح**، حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الإلكترونية (الجوانب الوقائية للمتعاقد الإلكتروني)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 11، سبتمبر 2018.
24. **رشا مقدم، أحلام مقدم**، تحديات استخدام بطاقة الدفع الإلكتروني في ظل جائحة كوفيد-19، - البطاقة الذهبية أنموذجا-، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 6، جوان 2021.

25. رضوان قرواش، هيئات التصديق الإلكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين (المفهوم والإلتزامات)، مجلة العلوم الإجتماعية والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، العدد 24، جوان 2017.
26. زوليخة بن طاية، الحماية القانونية للمستهلك الرقمي من الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة بسكرة، العدد 1، المجلد 7، 2020.
27. سهام قارون، إلتزام المورد الإلكتروني بحماية المعطيات الشخصية للمستهلك في القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سوق أهراس، العدد 02، المجلد 07، 2020.
28. سي يوسف زاهية، حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 04، 2010.
29. شهيدة قادة، التجربة الجزائرية في حماية المستهلك: بين طموح وتطور النصوص وإفئقاد آليات تطبيقات، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، دار كنوز للإنتاج والنشر والتوزيع، تلمسان، الجزائر، العدد 01، 2014.
30. شيخ سناء، دور جهات التصديق الإلكتروني في تحقيق الأمن في المعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان (الجزائر)، العدد 1، المجلد 14، 2021.
31. صالحة العمري، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 25، جانفي 2021.
32. صبحي فوزية، قماري (بن ددوش) نضرة، تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني في القانون المقارن والقانون الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم (الجزائر)، العدد 18، جوان 2017.

33. **صبرينة جدي**، الحماية القانونية للحق في الخصوصية المعلوماتية، التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 02، المجلد 24، أوت 2018.
34. **صبيحي فوزية، قماري (بن ددوش) نظرة**، الإخلال بالالتزام بالإعلام كخطأ في المسؤولية الطبية على ضوء قانون الصحة الجديد، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، العدد 02، ديسمبر 2019.
35. **صلاح الدين بوحلمة**، خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة (الجزائر)، عدد 3، المجلد 30، ديسمبر 2019.
36. **صليح بونفلة**، المسؤولية المدنية عن الإشهار الإلكتروني، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور (الجلفة)، العدد 17، المجلد 05، سبتمبر 2019،
37. **ظاهير نادية**، الدفع الإلكتروني في ظل جائحة كورونا، مجلة المنهل الإقتصادي، العدد 02، المجلد 04، أكتوبر 2021.
38. **عادل عميرات**، إلتزام العون الإقتصادي بالإعلام، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، عدد 13، جوان 2016.
39. **عبد الحفيظ بوقندورة**، ضوابط تجريم الإشهار الكاذب في سوق الإعلانات التجارية، حوايات جامعة قالة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 24، جوان 2018.
40. **عبد الرحمان خلفي**، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة) مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، الجزء 01، المجلد 27، 2013.
41. **عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي**، الإلتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة أهل البيت، العدد 5، (د م ن)، (د.س.ن).
42. **علي السيد حسين أو دياب، وليد محمد بشر**، الجوانب القانونية للحماية المدنية للمستهلك من الإعلانات التجارية الكاذبة أو المضللة في القانون المصري والنظام

- السعودي، كلية العلوم والدراسات الإنسانية بالغاظ جامعة المجمعة، المملكة العربية السعودية، العدد 32، الجزء 2، (د.س.ن).
43. عمارة مسعودة، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني من خلال الإعلان التجاري الكاذب والحق في الإعلام، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية مجلة كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب (البليدة)، العدد 2، جانفي 2012.
44. غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية مجلة الباحث القانوني، العدد 1، المجلد 1، 2020.
45. فرشيحي هاجر، الحماية القانونية للمستهلك في العقود الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 2، 2019.
46. فلاح سفيان، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، العدد 2، جوان 2018.
47. قالية فيروز، إلتزامات المورد الإلكتروني في ظل قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، المجلد 8، 2020.
48. قلواز فاطمة الزهراء، رباحي أحمد، الوكيل الإلكتروني كآلية حديثة للتعبير عن الإرادة، مجلة الجراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 01، المجلد 6، 2020.
49. كالم حبيبة، حماية المستهلك من الإشهار المضلل، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، العدد 13، (د س ن).
50. كرجلي أسماء، بلوناس عبد الله، أثر جائحة كورونا على عمليات الدفع الإلكتروني -مع الإشارة إلى حالة الجزائر- مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 25، المجلد 17، مارس 2021.
51. لزعر وسيلة، القبول في التعاقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 9، (د س ن).

52. معزو دليّة، الإلتزام بتسليم منتج مطابق في البيع التقليدي والإلكتروني، (دراسة مقارنة) مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، العدد 01، المجلد 06، جوان 2021.
53. مها يوسف خصاونة، رشا محمد تيسير خطاب، الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضلل وفقا لأحكام القانون المدني الأردني ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني، (دراسة مقارنة)، كلية القانون، جامعة اليرموك، أربد (المملكة الأردنية الهاشمية)، عدد 9، فبراير 2012.
54. النحوي سليمان، لحرش أيوب التومي، بوفاتح أحمد، دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات الإستهلاك الإلكتروني، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد 1، المجلد 5، 2021.
55. نقاش حمزة، سايفي أسماء، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، العدد 7، ديسمبر 2019.
56. ياسر محمد إبراهيم درباله، أثر الغش في الإعلان التجاري في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، جمهورية مصر، العدد 10، جانفي 2018.

رابعاً: المداخلات

1. رفاوي شهيناز، أوجه الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع الإلكتروني نموذجاً)، مداخلات ملقاة ضمن فعالية الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك والإقتصاد الرقمي المعنون ب ضرورة الإنتقال وتحديات الحماية 23 و 24 أبريل 2018.
2. صليح بونفلة، فارة سماح، دور البنوك الجزائرية في دفع التجارة الإلكترونية، مداخلات ملقاة ضمن فعاليات الملتقى حول " الإطار القانوني لممارسة التجارة الإلكترونية على ضوء القانون 05/18، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة 8ماي 1945، قالمة، يوم 8 أكتوبر 2019.

3. عبد الرحيم صباح، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر، مداخلة ملقاة ضمن فعاليات الملتقى "الإطار القانوني لممارسة التجارة الإلكترونية على ضوء القانون 05/18، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، بجامعة 8ماي 1945 قالمة، يوم 8 أكتوبر 2019
4. عيساوي نبيلة، نورة جحايشية، الالتزام بالإعلام في مجال التجارة الإلكترونية، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني، المعنون بـ الإطار القانوني لممارسة التجارة على ضوء القانون 05-18، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 8 ماي 1985، قالمة.
5. فريد مشري، آمنة قاجة، الحماية القانونية لوسائل الدفع الإلكتروني، (الجزائر نموذجاً) مداخلة ملقاة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك والإقتصاد الرقمي ضرورة الانتقال وتحديات الحماية، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف، ميله، يومي 24، 23 أبريل.

خامسا: المواقع الإلكترونية:

1. أسماء بنت سيف بن محمد القاسمية (باحثة قانونية بالدائرة القانونية بالهيئة العامة لحماية المستهلك)، الإعلانات المضللة حقائق مخيفة، ومخاطر إقتصادية وصحية، مقال منشور على الموقع: <https://www.atheer.om>
2. زينب غريب، حجية البريد الإلكتروني، مجلة الفقه القانوني، كلية الحقوق، قانون خاص، مقالة منشورة على الموقع: <https://drive.google.com>
3. شيكي حمزة، بحث قانوني حول الحماية القانونية للمستهلك من الإعلانات الإلكترونية (أية حماية للمستهلك من الإعلانات الإلكترونية)، كلية الحقوق سلا، مقالة منشورة على الموقع: <https://www.mohamah.net>
4. قصار الليل عائشة، الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق للتعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة باتنة، مقالة منشورة على الموقع: www.asjp.cerist
5. ناجي معلا، أصول التسويق، مدخل تحليلي، كتاب منشور على الموقع: <http://mutanahas.xyz/download/1FPbxwEACAAJ>

المراجع باللغة الأجنبية:**Ouvrages :**

1. Auloy- calal-, droit de la consommation, précis, 3^{ème} édition, dalloz, Paris, 1992.
2. Bnsousan alain, le commerce électronique, Internet Aspecte juridique, 2^{ème} édition, paris, 1998.
3. Coste (L) aspects juridiques du commerce électronique, Aux Etas- unis, Rdai, n° 1, 1998.
4. Golds Chmidt (s), théorie de l'obligation de sécurité, thèse, Lyon 1947.
5. Larroumet Chistian, droit civil, les obligations, tam3, economica, Paris, 1986.
6. La semaine juridique, édition affaires et Entreprises n° 30, juillet 2001.
7. Lionel Castes: Aperçu: sur le droit du commerce électronique Etats nuis, droit et patrimoine, n° 55, décembre.
8. Paisant Gilles, de l'efficacité de la lutte contre les clauses abusive, D.S, 1986, Chron,
9. Public Law 106-229-June 30 : 2000 : The Electronic Signatures in Global and National commerce Act (E- Sign Act).

Textes juridiques français :**Texte Législatifs :**

1. Ordonnance n° 2016-131, du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, n°0035 du 11 février 2016.
 - a. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939>
2. Loi n 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, JORF, 11 janvier 1978.
3. Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, JOR n° 170017 du 21 janvier 1992.
4. Loi n 94- 665 du aout 1994, relative a l'emploi de langue française, J.O.F 5 Aout 1994 www.legisfrance.gouv.fr

5. Loi n-95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JORF n° 28 du 2 février 1995.
6. Loi n 2000-230 du 13 mars 2000, art 1316, J.O du 14 mars 2000, p 3968
7. Loi du c. consom. F créé par l'art 62 de la loi n 2010- 737 du juillet 2010.
8. Loi du c. consom.F (modifié par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)- art2.
9. Public Law 106-229-June 30 : 2000 : The Electronic Signatures in Global and National commerce Act (E- Sign Act).
10. Décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de loi 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection de l'information des consommateurs de produits et servies.
11. Directive 39/13/CE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE n° 35 du 21 avril 1993.
12. Directive 95/46/CE du parlement européen et du conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personne physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données J.O n L 821 du 23/11/1995 P 0031-0050.
13. CE, www.EUROPA.eudirective,n.97/CE,du20,mai1997
14. Cour de cassation, chambre civile 1^{ere}, 16 juillet 1987, D. 1988, P 49, Jean calais-Auloy.

Site Internet :

1. <https://www.legifrance.gouv.fr>
2. www.légisfrance.gouv.fr
3. www.EUROPA.eudirective,n.97

الفهرس

الشكر

الإهداء

قائمة بأهم المختصرات	
1.....	مقدمة
8.....	الباب الأول: الحماية المدنية للمستهك الإلكتروني في مرحلة تكوين العقد
9.....	الفصل الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في المرحلة السابقة للتعاقد
10.....	المبحث الأول: حماية المستهلك إزاء الإعلانات التجارية الإلكترونية
10.....	المطلب الأول: مفهوم الإعلان الإلكتروني الموجه إلى المستهلك
11.....	الفرع الأول: ضبط معنى الإعلان الإلكتروني
12.....	أولاً: تعريف الإعلان التجاري الإلكتروني
16.....	ثانياً: خصائص الإعلان التجاري الإلكتروني
17.....	ثالثاً: تمييز الإعلان التجاري عما يشابهه من مفاهيم
20.....	الفرع الثاني: أشكال الإعلان التجاري الإلكتروني
21.....	أولاً: اللافتات الإشهارية
22.....	ثانياً: البريد الإلكتروني
23.....	ثالثاً: المواقع الإلكترونية
27.....	المطلب الثاني: قواعد حماية المستهلك الإلكتروني من الإعلانات المضللة والكاذبة
27.....	الفرع الأول: تحديد معنى الإعلان التجاري الإلكتروني المضلل والكاذب
28.....	أولاً: الإعلان التجاري المضلل
34.....	ثانياً: تعريف الإعلان التجاري الإلكتروني الكاذب

- 37 ثالثا: تمييز الإعلان المضلل عن الإعلان الكاذب
- 38 الفرع الثاني: مقومات الحماية من الإعلانات التجارية الإلكترونية المضللة والكاذبة
- 39 أولا: اشتراط وضوح الإعلان
- 41 ثانيا: منع وحظر الإعلان التجاري الإلكتروني المضلل
- 44 المبحث الثاني: حماية المستهلك من خلال الإعلام الإلكتروني
- 45 المطلب الأول: مفهوم الإعلام الإلكتروني
- 46 الفرع الأول: تحديد معنى الالتزام بالإعلام الإلكتروني
- 46 أولا: تعريف الالتزام بالإعلام
- 54 ثانيا: خصائص الالتزام بالإعلام
- 57 ثالثا: تمييز الالتزام بالإعلام عن المفاهيم المشابهة له
- 59 رابعا: شروط الإلتزام بالإعلام الإلكتروني
- 62 خامسا: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام
- 66 الفرع الثاني: صور الالتزام بالإعلام
- 66 أولا: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد
- 72 ثانيا: الالتزام بالإعلام التعاقد
- 73 المطلب الثاني: الالتزام بالإعلام الإلكتروني بين التنفيذ والجزاء المترتب على الإخلال
- 74 الفرع الأول: تنفيذ الالتزام بالإعلام الإلكتروني
- 74 أولا: نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني
- 83 ثانيا: مضمون الالتزام بالإعلام
- 84 ثالثا: آليات تنفيذ الالتزام بالإعلام الإلكتروني
- 87 الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني

88	أولاً: المطالبة بإبطال العقد
93	ثانياً: المطالبة بالتعويض:
98	ثالثاً: مدى جوازية الجمع بين الإبطال والتعويض:
100	الفصل الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد
101	المبحث الأول: حماية المستهلك خلال عملية التعاقد الإلكتروني
101	المطلب الأول: ضبط معنى العقد الإلكتروني
102	الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني
102	أولاً: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني
104	ثانياً: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني
108	الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني
108	أولاً: التعاقد عن بعد
109	ثانياً: السرعة في إنجاز العمليات التجارية
110	ثالثاً: عقد دولي
111	رابعاً: عقد تجاري
112	المطلب الثاني: خصوصية أركان العقد الإلكتروني
112	الفرع الأول: التراضي في العقد الإلكتروني
113	أولاً: طرق التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني
119	ثانياً: تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني
140	ثالثاً: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني
151	رابعاً: تأثير الموت وعوارض الأهلية على التعاقد الإلكتروني
157	خامساً: التعبير عن الإرادة عبر الوكيل الإلكتروني

159	الفرع الثاني: ركني المحل والسبب في العقد الإلكتروني.....
160	أولاً: المحل في العقد المبرم عبر المجال الإلكتروني
167	ثانياً: السبب في العقد الإلكتروني
170	المبحث الثاني: إشكالية إثبات العقد المبرم عبر المجال الإلكتروني
170	المطلب الأول: الشكلية في العقود الإلكترونية.....
171	الفرع الأول: الكتابة في العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني
171	أولاً: ضبط معنى الكتابة الإلكترونية.....
174	ثانياً: مدى استيفاء الكتابة الإلكترونية لمتطلبات الشكلية في العقود
177	الفرع الثاني: التوقيع في العقود المبرمة عبر المجال الإلكتروني
178	أولاً: تحديد معنى التوقيع الإلكتروني.....
188	ثانياً: مدى استيفاء التوقيع لمتطلبات الشكلية في العقود
190	المطلب الثاني: التصديق كآلية لتحقيق الثقة والأمان في التوقيع الإلكتروني.....
190	الفرع الأول: تحديد معنى التصديق الإلكتروني.....
190	أولاً: التعريفات الفقهية لشهادة التصديق الإلكتروني.....
192	ثانياً: التعريفات التشريعية لشهادة التصديق الإلكتروني.....
193	ثالثاً: موقف المشرع الجزائري
194	الفرع الثاني: آليات الحماية المدنية لجهات التصديق الإلكتروني.....
194	أولاً: في التشريع الجزائري
199	ثانياً: في التشريعات المقارنة
201	الفرع الثالث: المسؤولية المدنية لجهات التصديق الإلكتروني.....
201	أولاً: الحالات التي تقوم فيها مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في التشريعات المقارنة... ..

- ثانيا: الحالات التي تقوم فيها مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري 203
- الباب الثاني: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقد..... 212
- الفصل الأول: الآليات التقليدية لحماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التنفيذ 213
- المبحث الأول: الوسائل القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني 214
- المطلب الأول: الإلتزامات الواقعة على المورد كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني..... 215
- الفرع الأول: الإلتزامات المتعلقة بالمبيع..... 215
- أولا: الإلتزام بالتسليم..... 216
- ثانيا: الإلتزام بالمطابقة..... 225
- الفرع الثاني: الإلتزامات المتعلقة بالأمان..... 234
- أولا: الإلتزام بالسلامة..... 234
- ثانيا: إلتزام المورد الإلكتروني بالضمان..... 240
- المطلب الثاني: حق العدول كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني..... 252
- الفرع الأول: تحديد معنى حق عدول المستهلك الإلكتروني عن العقد..... 252
- أولا: تعريف حق العدول..... 253
- ثانيا: الطبيعة القانونية لحق العدول..... 262
- الفرع الثاني: الآثار المترتبة على حق العدول..... 265
- أولا: آثار ممارسة حق العدول عن التعاقد بالنسبة للمستهلك..... 265
- ثانيا: آثار ممارسة حق العدول عن التعاقد بالنسبة للمورد..... 267
- المبحث الثاني: طرق تسوية المنازعات في العقود الإلكترونية..... 269
- المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني..... 270
- الفرع الأول: أثر الإلتفاق على تحديد القانون..... 271

- أولاً: مبررات خضوع العقد الإلكتروني لقانون الإرادة ومدى الإعراف به 271
- ثانياً: كيفية الإختيار الإرادي للقانون الذي يطبق على العقد الإلكتروني 276
- ثالثاً: أهمية قانون الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني 278
- الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب قانون الإرادة 279
- أولاً: الضوابط الجامعة 279
- ثانياً: ضابط الإسناد المرن للرابطة العقدية (معيار الأداء المميز) في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية: 283
- المطلب الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإلكترونية 285
- الفرع الأول: تحديد معنى التحكيم الإلكتروني 285
- أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني 286
- ثانياً: خصائص التحكيم الإلكتروني 288
- الفرع الثاني: قواعد التحكيم الإلكتروني 289
- أولاً: تحديد كيفية إبرام إتفاقية التحكيم 290
- ثانياً: إجراءات سير دعوى التحكيم الإلكتروني 296
- الفصل الثاني: الآليات الحديثة لحماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التنفيذ 301
- المبحث الأول: حماية المستهلك إزاء الشروط التعسفية 302
- المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية 302
- الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي 302
- أولاً: التعريف الفقهي للشروط التعسفية 303
- ثانياً: التعريف القانوني للشروط التعسفية 304
- الفرع الثاني: عناصر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الإلكتروني 306
- أولاً: أن يكون عقد الإستهلاك إلكتروني وأن يكون أحد أطرافه مستهلكاً إلكترونياً 306

- ثانيا: أن يكون العقد مكتوبا 307
- ثالثا: أن يؤدي الشرط التعسفي الإلكتروني إلى الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات أطرافه 307
- المطلب الثاني: وسائل الحماية المدنية للمستهك الإلكتروني من الشروط التعسفية 308
- الفرع الأول: الآليات المقررة لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية 308
- أولا: رقابة الحظر 309
- ثانيا: رقابة الإلغاء 314
- الفرع الثاني: الإتجاه الحديث لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية 316
- المبحث الثاني: حماية المستهلك إزاء الوسائل الإلكترونية 318
- المطلب الأول: حماية البيانات الشخصية للمستهك الإلكتروني 318
- الفرع الأول: مفهوم البيانات الشخصية للمستهك الإلكتروني 319
- أولا: إقرار حماية البيانات الشخصية للمستهك الإلكتروني 319
- ثانيا: تعريف البيانات الشخصية 321
- الفرع الثاني: وسائل حماية البيانات الشخصية للمستهك الإلكتروني 324
- أولا: الوسائل الفنية لحماية البيانات الشخصية للمستهك 324
- ثانيا: الوسائل التشريعية لحماية البيانات الشخصية للمستهك 325
- المطلب الثاني: حماية المستهلك أثناء الدفع الإلكتروني 327
- الفرع الأول: مفهوم وسائل الدفع الإلكتروني 328
- أولا: تعريف وسائل الدفع الإلكتروني 328
- ثانيا: خصائص وسائل الدفع الإلكتروني 332
- ثالثا: أنواع وسائل الدفع الإلكتروني 333
- رابعا: أهمية وسائل الدفع الإلكتروني في ظل جائحة كورونا 341

343	الفرع الثاني: قراءة لما جاء في القانون 18-05 عن وسائل الدفع الخاصة بالمستهك
344	أولاً: طرق الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية
346	ثانياً: خضوع نظام الدفع الإلكتروني لرقابة بنك الجزائر
347	ثالثاً: الحماية القانونية لوسائل الدفع الإلكتروني الخاصة بالمستهك
360	الخاتمة:
370	قائمة المصادر والمراجع:
402	الملخص

الملخص:

يُعتبر المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فإن حمايته اليوم أضحت ضرورة حتمية، ذلك لأن العصر الذي نعيشه اليوم هو عصر الإنتاج الكبير مع كل مغرباته، خاصة ونحن في ظل الإقتصاد المواكب للتجارة الإلكترونية، وهنا تم تنظيم العديد من التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية بما فيها التشريع الجزائري مواكبة للتطورات التكنولوجية الحديثة في مجال حماية المستهلك المتعاقد عبر المجال الإلكتروني، حيث تبنى المشرع الجزائري الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية عن طريق تكريسه الآليات القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني بموجب قانون التجارة الإلكترونية 05-18، والذي حظي المستهلك من خلاله بحماية مميزة وإهتمام كبير على غرار باقي التشريعات.

ما يدفعنا إلى البحث عن آليات الحماية المدنية في القانون الجزائري لهذا المستهلك الإلكتروني مع إسقاط على بعض التشريعات المقارنة في مجال التجارة الإلكترونية في مرحلتي إبرام وتنفيذ العقد.

الكلمات المفتاحية: التعاقد الإلكتروني، الحماية المدنية، المستهلك الإلكتروني، المورد، المجال الإلكتروني.

Résumé

Considérant que le consommateur est la partie faible de la relation contractuelle, sa protection aujourd'hui est un impératif car l'ère d'aujourd'hui est l'époque de la grande production avec tout son attrait, et dans ce domaine plusieurs textes législatifs réglementant les transactions électroniques ont été organisés, y compris la législation algérienne, en accord avec les développements technologiques récents dans le domaine de la protection des consommateurs contractés à travers le domaine électronique. Où le législateur algérien a approuvé le cadre juridique du commerce électronique en établissant des mécanismes juridiques pour la protection du consommateur électronique en vertu de la loi du commerce électronique 18-05, par laquelle les consommateurs ont reçu une protection distinguée et une attention particulière, à l'instar des autres lois. Cela nous incite à rechercher des mécanismes de protection civile en droit algérien pour ce consommateur électronique, avec une projection de quelques législations comparatives dans le domaine commerce électronique au stade de la conclusion et l'exécution du contrat.

Mots-clés : Le contrat électronique, La protection civile, Le consommateur électronique, fournisseur, Le domaine électronique.

Abstract :

Since the consumer is considered as the weakest part of treaty relation, it is imperative to provide his his protection because today's era is the mass production period with all its temptations especially we are in e-commerce economy , moreover in this field , several legislative texts regulatibg electronic transactions have been set ,including algerian legislations following recent technological development in consumer protection field through electronic domain where the algerian legislator adopted the legal framework for e-commerce by establishing legal mechanisms for the protection of the electronic consumer under the law of electronic commerce 18-05, by which consumers have earned a distinguished protection and special attention, rather than other laws.

This encourages us to seek civil protection mechanisms in Algerian law for this electronic consumer, with some legislations being projected in the field of e-commerce at the conclusion and execution stages of the contract.

Keywords : electronic contract, civil protection, electronic consumer, supplier, electronic domain.