

جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الحماية القانونية للمستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم
تخصص: القانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

سمار نصر الدين

إعداد الطالبة:

بلجودي أحلام

أعضاء لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د. سي يوسف كجار زاهية حورية	أستاذة	جامعة مولود معمري تيزي وزو	رئيسا
د. سمار نصر الدين	أستاذ	جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل	مشرفا ومقررا
د. يسعد حورية	أستاذة	جامعة مولود معمري تيزي وزو	ممتحنا
د. حمادوش أنيسة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة مولود معمري تيزي وزو	ممتحنا
د. حمودي ناصر	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أكلي محند أولحاج البويرة	ممتحنا
د. خليفة محمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة باجي مختار عنابة	ممتحنا

تاريخ المناقشة: 25 فيفري 2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بفضلہ تتم الصالحات، فما كان لشيء أن يجري في ملكه إلا بمشيئته
إنما إذا أراد شيئاً فيقول له كن فيكون، فالحمد لله في الأولى والحمد لله في الآخرة.
يشرفني أن أقدم بخلص شكرى وامتنانى للأستاذ المشرف الدكتور «**سمار نصر الدين**»
على ما قدمه من توجيه وعلى ما أبداه من تعاون ودعم وصبر

فله منى كل التقدير

كما أشكر الدكتور «**إبراهيم الكافّة**» على دعمها وتوجيهاتها وكرم عطائها

واهتمامها، فجزاها الله عني كل خير

وفي هذا المقام أتوجه بالشكر أيضاً إلى أعضاء لجنة المناقشة المحترمين على قبول قراءة هذا

البحث وتقويمه؛ كل باسمه

كل الشكر لزوجي الذي سهر على حسن إخراج هذه الأطروحة

شكري أيضاً لكل من ساهم في إنجازه هذا البحث سواء من قريب أو بعيد،

بالقليل أو الكثير

لكل هؤلاء خالص شكرى وجميل عرفانى وامتنانى.

بلجودي أمالام

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة الفرنسية

ACAM	Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles
ACP	Autorité de Contrôle Prudentiel
ACPR	l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution
AFNIC	Association Française pour le Nommage Internet en Coopération
AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
ATCI	Algérie Télé-Compensation Interbancaire
BOCCARF	Bulletin Officiel de la Commission des Conditions Abusives de La République Français
BOCCRF	Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
Bull Civ	Bulletin Civil
Bull Com	Bulletin Commerciale
Bull.Inf.Cass	Bulletin d'Information de la Cour de Cassation
C.R.I.D	Centre de Recherches Informatique et Droit
Cass.1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème}	Civ arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation, 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème} Chambre
Cass.Com	Cassation Commerciale
CCI	Chambre de Commerce International
CEA	Comité des Entreprises d'Assurance
CECEI	Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement
CJUE	Cour de Justice de L'unions Européenne
CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
CNUDCI	Commission Des Nations Unies Pour Le Droit Commercial International

Cons.Conc	Conseil de la Concurrence
Ed	Edition
GAZ.PAL	Gazette du Palais
Ibid	Abréviation du mot latin <i>ibidem</i> qui signifie : au même endroit.
JCPEG	Juris-classeur Périodique Edition Générale
SJEE	La Semaine Juridique, Edition Entreprises
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORPDA	Journal Officiel de République et Populaire, Démocratie Algérienne
JORF	Journal Officiel de République Français
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
JDE	Journal de Droit Européen
RTDC	Revue Thématique de Droit de Communication
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N°	Numéro
Op.cit	Ouvrage Précédemment Cité
OPUE	Office des Publications de l'Union Européenne
P	Page
PP	De Page Au Page
PUAM	Presses Universitaires D'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUR	Presses Universitaires de Rennes
RASJEP	Revue Algérienne des Sciences Juridiques et Politiques
RB Ed	Revue Banque Edition
RD	Recueil Dalloz
RDBF	Revue de Droit Bancaire et Financier
RDC	Revue Des Contrats
REF	Revue d'Economie Financière

Rép. com. Dalloz	Répertoire commercial, Dalloz
Rev. Com. Comm. Electr	Revue Communication Commerce Electronique
Rev. Conc-Consom	Revue Commerce Consommateur
Rev. Cont. Conc. Cons	Revue Contrats Concurrence Consommation
RGPD	Règlement Général sur la Protection des Données
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
RGDA	Revue Générale de Droit des Assurances
RJSEP	Revue Juridique des sciences Economiques Publiques
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RTD.Civ	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD.Com	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
RTDF	Revue Trimestrielle de Droit Financier
SMEA	Syndicat Mixte des Eaux de l'Allier
TAEG	Taux Annuel Effectif Global.
TGI	Tribunal de Grande Instance
TIC	Technologie des Informations et des communications
UFR	Unité de Formation et de Recherche

ثانيا: باللغة الإنجليزية

ARTS	Algeria Real Time Settlement
FTP	File Transfer Protocol
ICC	The International Chamber of Commerce
SET	Secure Electronic Transaction
SSL	Secure Socket Layers

مقدمة

إن التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل الذي شهدته البشرية في العصر الحديث ألقى بظلاله ونتائجه على كافة جوانب الحياة والعلاقات بين الأفراد والدول، وقد بدت ملامح تأثيره البالغ جلية على المراكز القانونية والحقوق والحريات، ومن بين أهم المجالات التي تنبؤ عن هذه القفزة في التقدم التكنولوجي، تطور التقنيات المستخدمة في الحاسب الآلي وظهور شبكة المعلومات العالمية، هذه الأخيرة كرسست نقلة نوعية في جل مجالات الحياة، حيث أدى هذا التطور غير المسبوق إلى إنشاء بيئة افتراضية تحاكي الواقع في أغلب مظاهره وصالحه لاستيعاب معظم الأنشطة الممارسة فيه عن بعد، وهذه الخاصية الأخيرة كانت دافعا أساسيا للاستفادة من شبكة الانترنت في كافة المجالات التي تتطلبها، فظهرت ما تسمى بالحكومات الإلكترونية لتسهيل المعاملات بين الدول ومواطنيها ولتقريب الإدارة من المواطن، من قبيل تقديم طلبات حصوله على الأوراق الرسمية كجواز السفر وإيداع التصريحات المختلفة كالتصريحات الضريبية، كما تم وضع تصاميم لمشروعات المدارس والجامعات الافتراضية في بعض الدول.

لعل أكثر المجالات تأثرا بظهور شبكة الإنترنت تلك المتعلقة بالمعاملات بين الأشخاص أو المؤسسات وبالأخص في إطار العلاقات التجارية، لأن تلك الشبكة استطاعت توفير إحدى أهم الخاصيات التي تقوم عليها التجارة من سرعة، فظهرت التجارة الإلكترونية، وتعرف هذه الأخيرة بأنها: "كافة الأنشطة التجارية للبضائع والخدمات التي تتم باستخدام تكنولوجيا المعلومات وعبر شبكة اتصال دولية وباستخدام التبادل الإلكتروني لتنفيذ العمليات التجارية سواء تمت بين الأفراد أو بين الأفراد والهيئات"⁽¹⁾.

لم تكن البنوك بعيدة عن هذه المستجدات بل على العكس من ذلك فقد كانت أولى المستفيدين لكونها مدعوة أكثر من غيرها للاستفادة منها، ولأن من أهم وظائف البنوك توفير وسائل الدفع المختلفة التي لم تكن بدورها بمنأى عن التطور نتيجة لتطور المعاملات، كما أن البوادر الأولى التي رافقت ظهور الإنترنت من ارتفاع عدد مستخدميها من مختلف الفئات الاجتماعية جعلت البنوك تفكر أكثر في تقديم خدماتها باعتماد وسائط إلكترونية، فظهر ما يعرف بالخدمات البنكية الإلكترونية.

(1) غازي بن فهد بن غازي المزيني، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، 2017، ص 37.

تعرف الخدمات البنكية الإلكترونية بأنها استعمال البنوك لتكنولوجيات الاتصال الإلكتروني لإتمام المعاملات البنكية، وهي مجموع الخدمات البنكية التي تجريها البنوك بطريقة إلكترونية، أي باستخدام تكنولوجيات الاتصال الحديثة، سواء تعلق الأمر بالسحب أو الدفع أو الائتمان أو بالتحويل، أو بالتعامل بالأوراق المالية وغير ذلك من أعمال البنوك⁽¹⁾.

تتعدد الخدمات البنكية التي تقدمها البنوك باستعمال وسائل الاتصال الإلكترونية وتختلف بحسب مدى تطور النظم الإلكترونية المعتمدة من قبل البنوك، ولكن أهم هذه الخدمات وأكثرها شيوعاً تتعلق بوسائل الدفع الإلكتروني، منها وسائل الدفع المطورة كالشيك الإلكتروني والذي يعرف بأنه وثيقة إلكترونية تحمل التزاماً قانونياً هو نفسه الالتزام في الشيكات التقليدية ويحمل نفس البيانات الأساسية، ولكن يتم كتابته والتوقيع عليه إلكترونياً⁽²⁾، وكذلك السفتجة الإلكترونية التي لا تختلف كثيراً عن مثيلتها المحررة على الدعائم الورقية، فهي عبارة عن محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج إلكترونياً بصورة كلية أو جزئية، يتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغاً من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الإطلاع أو بتاريخ معين⁽³⁾.

كما يعتبر الاعتماد المستندي الإلكتروني شكلاً مطوراً من الخدمات البنكية الإلكترونية، وهو لا يختلف عن الاعتماد المستندي التقليدي إلا في أن الوثائق والمستندات التي يتعامل بها أطراف العقد مجردة من أية دعامة ورقية، فهي تتخذ الشكل الإلكتروني، غير أنها لا تختلف في محتواها عن المستندات الورقية التقليدية المعتمدة في المعاملات التجارية الدولية، والتي تحتوي على توضيحات وبيانات ملائمة للتعامل بين المصدريين والمستوردين، ويسمى هذا السند الإلكتروني

(1) محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، "مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها"، المؤتمر الدولي حول الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد أيام 10-12 ماي 2003، ص 17.

(2) نبيل صلاح محمود العربي، "الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية (دراسة مقارنة)"، المؤتمر الدولي حول الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد أيام 10-12 ماي 2003، ص 67.

(3) مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 347.

بالسجل الإلكتروني، والذي يعني بيانات تم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية⁽¹⁾.

عرفت أيضا عمليات تحويل الأموال تطورا بعد استخدام البنوك للوسائل الإلكترونية في تنفيذها، فظهرت عمليات التحويل الإلكتروني للأموال، والتي أصبحت جزءا بالغ الأهمية من البنية التحتية لأعمال البنوك، حيث تتيح نقل التحويلات المالية من حساب إلى آخر آليا بطريقة آمنة وسهلة، هو عملية تبدأ وتنفذ من خلال وسيلة إلكترونية، بهدف أمر أو توجيه أو تفويض بنك بإجراء قيد دائن أو مدين في الحساب⁽²⁾.

بالإضافة إلى تطوير بعض الخدمات البنكية التقليدية عملت البنوك على استحداث أنظمة دفع جديدة، ويتعلق الأمر ببطاقة الدفع الإلكترونية، ويعرفها المشرع الجزائري بموجب المادة 543 مكرر 23 من القانون التجاري⁽³⁾ بأنها "كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة وتسمح لصاحبها بسحب وتحويل الأموال"، كما تعرف بأنها أداة مصرفية للوفاء بالالتزامات مقبولة على نطاق واسع محليا ودوليا لدى الأفراد والتجار والبنوك كبديل للنقد، لدفع قيمة السلع والخدمات المقدمة لحامل البطاقة، على أن يقوم التاجر بتحصيل القيمة من البنك المصدر للبطاقة⁽⁴⁾.

كما نجم عن التطور الرقمي والتكنولوجي ظهور شكل نقدي جديد غير مادي يعرف بالنقد الإلكتروني، وتُعرف بأنها كل قيمة نقدية مخزنة على دعائم أو وسائط إلكترونية مقبولة كوسيلة دفع

(1) عبد الله ليندة، "تبييض الأموال عن طريق الاعتماد المستندي الإلكتروني"، بحث مقدم في المؤتمر الدولي الرابع عشر حول الجرائم الإلكترونية، المنعقد يومي 24-25 مارس 2017، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، ص 177.

(2) سليمان ضيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 38.

(3) أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر ج ج ج عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم لا سيما بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فيفري 2005، ج ر ج ج ج عدد 11، الصادر في 9 فيفري 2005.

(4) محمد رأفت عثمان، "ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها، وطبيعتها القانونية، وتمييزها عن غيرها"، المؤتمر الدولي حول الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد أيام 10-12 ماي 2003، ص 619.

مثل البطاقة الذكية أو ذاكرة الحاسوب⁽¹⁾، والتي يتم إصدارها كبديل إلكتروني للعملات والأوراق البنكية، فهي إذا نقود يتم تخزينها بواسطة الخوارزميات في المعالجات وأجهزة الكمبيوتر⁽²⁾.

بالإضافة إلى وسائل الدفع الإلكتروني فإنه يجري العمل في بعض الدول من أجل ضم مفهوم القرض الإلكتروني ضمن أعمال البنوك، إذ تُمكن العديد من مؤسسات القرض إمكانية كتابة طلب الحصول على القرض عن بعد بواسطة الأنترنت، بحيث توفر عبر مواقعها الروابط التي تسمح بالتمويل، والتي من المفروض أن يتم الرد عليها خلال دقائق معدودة، ولكن في الواقع إبرام العقد النهائي ومنح القرض لا يزال يتم في الشكل التقليدي باستعمال الورق⁽³⁾.

إن تقديم البنوك لنوع جديد من الخدمات عبر الخط من خلال الاعتماد على الركائز الإلكترونية، وتوظيف التطورات الحديثة في مجال التكنولوجيا، أنشأ مفهوما جديدا في الوسط البنكي ألا وهو البنك الإلكتروني، غير أنه لا يمكن أن يكون كل موقع لبنك على شبكة الأنترنت بنكا إلكترونيا، وقد تباينت الآراء في تحديد ماهية البنك الإلكتروني، خاصة مع غياب الإطار القانوني الذي ينظمه في الجزائر وفي أغلب الدول العربية، ولكن اعتمادا على الدراسات يمكن أن نميز بين ثلاثة أنواع من المواقع الإلكترونية:

⁽¹⁾ BLANLUET Gauthier, « La monnaie électronique, définition et nature juridique, RDBF n°02, Mars/Avril 2001, Paris, p 129.

⁽²⁾ غير أن النقود الإلكترونية تختلف عن النقود الافتراضية مثل البيتكوين والتي ظهرت سنة 2009، وهي عملة إلكترونية يتم تداولها عبر الأنترنت دون وجود طبيعي لها، وتُنشأ بواسطة عملية تعرف "بالتعدين"، يتم شراؤها وتبادلها في البورصات المخصصة لها على منصات التبادل عبر الأنترنت، وتُستخدم في عمليات الشراء والمبيعات على الأنترنت أو لدى التجار الذين يقبلون هذه الطريقة في الدفع، فهي نقود لا غطاء معدني لها ولا تضمنها أي دولة أو هيئات ولا تخضع لرقابة البنوك المركزية.

- HERRY Valentine et PECASTAING Juliette, « les Bitcoins, nouvelle monnaie virtuelle : quels enjeux ? », Revue Sorbonne, Octobre 2014, Paris, p01.

بسبب المخاطر القانونية التي تكتنف هذا النوع من النقود خاصة فيما يتعلق بمكافحة جرمي تبويض الأموال وتمويل الإرهاب فقد رفضت العديد من الدول إضفاء الشرعية القانونية عليها، ومنها المشرع الجزائري الذي نص في المادة 117 من القانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر ج ج عدد 76، الصادر في 28 ديسمبر 2017: "يمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها.

العملة الافتراضية هي تلك يستعملها مستخدمو الأنترنت عبر شبكة الأنترنت، وهي تتميز بغياب الدعامة المالية كالقطع والأوراق النقدية وعمليات الدفع بالصك أو بالبطاقة البنكية".

⁽³⁾ DE LANENDER Marie-Hélène, « La conclusion du contrat du crédit en ligne », RDBF, n° 04, juillet/ aout 2004, Paris, p 288.

- الموقع المعلوماتي:

الموقع المعلوماتي هو المستوى الأساسي للبنوك الإلكترونية، أو ما يمكن تسميته بصورة الحد الأدنى من النشاط الإلكتروني المصرفي، ومن خلاله فإن البنك يقدم معلومات حول برامج ومنتجات وخدماته البنكية، دون أن يكون هناك أي معاملات تبادلية مع زبائنه⁽¹⁾.

- الموقع التفاعلي أو الاتصالي:

يقصد بالموقع الاتصالي قيام البنك التقليدي بالتواصل مع زبائنه بخصوص بعض الخدمات المصرفية التي يقدمها، وذلك من خلال موقعه على شبكة الأنترنت، كاستلام رسائل البريد الإلكتروني وتعبئة طلبات أو نماذج على الخط، أو تعديل معلومات القيود والحسابات، ولكن مع احتفاظ البنك بكيانه المادي⁽²⁾.

- الموقع التبادلي:

الموقع التبادلي هو المستوى الذي يقوم فيه البنك بممارسة خدماته أو أنشطته في بيئة إلكترونية، حيث تشمل الصورة السماح للزبون الوصول إلى حساباته وإدارتها وإجراء الدفعات النقدية والوفاء بقيمة الفواتير وإجراء كافة الخدمات الاستعلامية، وإجراء التحويلات بين حساباته داخل البنك أو مع جهات خارجية⁽³⁾ ويكون للبنك في هذه الحالة تقديم كل هذه الخدمات المصرفية دون أن يكون له أي وجود مادي.

بعد أن أصبح استخدام وسائل الاتصال الحديثة في المجال البنكي واقعا معاشا وليس مجرد رؤية مستقبلية، سارعت العديد من التشريعات إلى إصدار نصوص قانونية تهدف إلى تأطير وتنظيم مختلف الجوانب القانونية المتعلقة بالخدمات البنكية عن بعد، وهو ما عمل الاتحاد الأوروبي على تحقيقه من خلال إصدار التوجيه الأوروبي رقم 2002/65/CE المتعلق بالتسويق عن بعد للخدمات المالية للمستهلكين⁽⁴⁾، والذي نص على وجوب نقله إلى القوانين الداخلية للدول الأعضاء في 09 أكتوبر 2004 كأقصى تقدير، وتطبيقا لذلك بادر المشرع الفرنسي إلى إصدار

(1) علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 53.

(2) منير الجنبهي، ممدوح الجنبهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص 24.

(3) المرجع نفسه، ص 25.

(4) Directive européenne 2002/65/CE du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOUE L 271/16, du 09 octobre 2002.

القانون رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي⁽¹⁾، وقد أقرّ التوجيه الأوروبي مبدأ حرية تقديم الخدمات المالية عن بعد في نطاق الاتحاد الأوروبي، إلا أنه أورد مبادئ عديدة يتعين على مقدمي هذا النوع من الخدمات احترامها، تتعلق أساسا بشروط إبرام العقود ووجوب احترام حقوق المستهلك والتأمين والسرية وحماية المعطيات الشخصية للمستخدمين.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن استخدام وسائل الاتصال الإلكتروني في المعاملات التجارية كان من خلال تعديل القانون التجاري بموجب القانون رقم 05-02⁽²⁾، حيث تبني المشرع الجزائري تقنية البطاقات الإلكترونية بشكل صريح، فتم القانون التجاري بباب رابع تحت عنوان "في بعض وسائل وطرق الدفع" ويشمل المواد 543 مكرر 19 إلى المادة 543 مكرر 24، وجاء الفصل الرابع من هذا الباب بعنوان "في بطاقات الدفع والسحب"، وقبل ذلك تضمن الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والمعدل والمتمم⁽³⁾ ما يسمح باستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في وسائل الدفع، حيث نصت المادة 69 منه على أنه: "تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"، وهو ما يفيد ضمنا إمكانية اعتماد وسائل الدفع الإلكتروني، منها بطاقات الدفع والتحويل الإلكتروني للأموال، والذي جسده بنك الجزائر من خلال استحداث نظامين أساسيين يقوم عليهما الدفع الإلكتروني، هما نظام التسوية الإجمالية الفورية⁽⁴⁾ (ARTS)، ونظام المقاصة الإلكترونية⁽⁵⁾ (ATCI).

بصدور قانون التجارة الإلكترونية بموجب القانون رقم 18-05⁽⁶⁾ زادت الحاجة إلى اعتماد نظام الدفع الإلكتروني وتطويره بما يتلاءم ومتطلبات الأمن والأمان، باعتباره ركيزة أساسية تقوم

⁽¹⁾ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance en l'économie numérique, JORF n° 143, du 22 juin 2004, Paris, p 11168.

⁽²⁾ قانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج ر ج ج عدد 11، الصادر في 09 فيفري 2005.

⁽³⁾ أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم لا سيما بالأمر رقم 10-04 مؤرخ في 16 أوت 2010، ج ر ج ج عدد 50، الصادر في 01 سبتمبر 2010، والقانون رقم 17-10 مؤرخ في 11 أكتوبر 2017، ج ر ج ج عدد 57، الصادر في 12 أكتوبر 2017.

⁽⁴⁾ نظام رقم 05-04، مؤرخ في 13 أكتوبر 2005، يتضمن نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل، جريدة رسمية عدد 02، الصادر في 15 جانفي 2006.

⁽⁵⁾ نظام رقم 05-06، مؤرخ في 15 ديسمبر 2005، يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى، جريدة رسمية عدد 26، صادر في 23 أفريل 2006.

⁽⁶⁾ قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ج ج عدد 28، الصادر في 16 ماي 2018.

عليها التجارة الإلكترونية، حيث حددت المادة 27 من هذا القانون كليات الدفع في المعاملات الإلكترونية، واعتمدت نظام الدفع الإلكتروني خاصة في المعاملات التجارية العابرة للحدود.

تسعى البنوك العاملة في الجزائر إلى تطوير نظامها الخدماتي واعتماد التكنولوجيا في تقديم العديد من خدماتها عن بعد، من خلال تمكين الزبائن من الإطلاع على حساباتهم عن بعد وطلب دفتر الشيكات والبطاقات البنكية وإصدار التحويلات إلى الغير وكذلك التسديد الجبائي عبر الأنترنت⁽¹⁾.

يحقق استخدام وسائل الاتصال الحديثة في المجال البنكي العديد من المزايا لكل من البنك وزبائنه على حد سواء، حيث يمكن البنك من تقديم خدماته على مدار الساعة بدون ارتباط بأوقات عمل ومن أي مكان في العالم توجد به خدمة الأنترنت، ومن ثم يحصل الزبائن على الخدمات المطلوبة ببسر وسهولة، كما أنه يعد وسيلة منخفضة التكلفة لتوزيع الخدمات البنكية وترويج أعمال البنك من خلال الموقع الإلكتروني على شبكة الأنترنت، بالإضافة إلى إمكان توسيع أعمال البنك جغرافيا دون الحاجة إلى فتح عدد كبير من الفروع وما يصاحب ذلك من تكلفة.

بالرغم من هذه المزايا التي توفرها البنوك الإلكترونية من خلال أدائها للخدمات البنكية إلكترونيا على أن تقديم الخدمات البنكية والمالية عبر وسائل غير تقليدية تحمل العديد من المخاطر، ليست فقط تلك التي يمكن أن تحدث أضرارا بالبنك بل أن الزبون بدوره معرض للضرر الناتج عن انفتاح شبكة الأنترنت، إذ يمكن أن يكون موقع البنك وحسابات الزبائن في ظل هذا الانفتاح عرضة للتلاعب والاختراق، مما يؤدي إلى التعدي على الذمة المالية للزبائن خاصة إذا كانوا مجرد مستهلكين ليست لديهم أدنى فكرة عن التقنيات المستخدمة للحماية ومدى إمكانية تجاوزها.

إن إرادة المستهلكين في التعاقد في هذه الحالة قد يتم التعبير عنها على أساس من المعلومات التي توفرها مواقع الأنترنت الخاصة بالبنوك الإلكترونية، خاصة وأن هذه الأخيرة تلجأ عبر المواقع الإلكترونية إلى تقديم معلومات مفيدة بشكل عام، ولكنها لا توفر المعلومات الهامة المتعلقة بالعقد، وهو ما قد يؤدي إلى فقد الثقة لدى المستهلكين والتي تعد عامل ضروري لنجاح مثل هذه الخدمات البنكية الإلكترونية.

(1) أنظر الموقع الإلكتروني لبعض البنوك الجزائرية: - بنك التنمية المحلية: www.bdl.dz

البنك الوطني الجزائري: www.bna.dz

القرض الشعبي الجزائري: www.cpa-bank.dz

كما أن الخدمات البنكية في حد ذاتها تحمل مخاطر جمة تواجه المستهلكين تتعلق خاصة بطبيعة العمل المصرفي نظرا لخصوصية والدقة الفنية للكثير من العمليات، ضف إلى ذلك مخاطر التقنية الإلكترونية والمعلوماتية الناجمة عن العمليات الإلكترونية، والتي تستعمل وسائل متشابهة غاية في الدقة والتعقيد يصعب على المستهلك العادي الإحاطة بها والتيقن من سلامة استخدامها، خاصة في ظل هذا التهافت غير المسبوق على الشبكات العنكبوتية، ووجود مثل هذه التكتلات للشركات والبنوك الضخمة التي تستهدف بالدرجة الأولى المستهلك والتي تعمل على طرح وتقديم كل الإغراءات لجذب المستهلك.

تشكل المخاطر التشغيلية أهم الإشكالات التي يثرها تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، وهي تتعلق بتأمين النظم المعلوماتية وضمان سرية وأمن المعلومات المتداولة عن بعد، خاصة مع التطور السريع للتقنيات المعتمدة في الاختراق والتصنت والتقاط المعلومات، ومثل هذه المخاطر لم تعد مسألة تقنية بحثة بل أصبحت لها أبعاد قانونية متعددة تثير إشكالات حقيقية، متعلقة بالمسؤولية الناجمة عن عدم تأمين العمليات أو اختراقها والمساس بسرية المعلومات المتعلقة بالزبائن.

لذلك أصبح من الضروري تدخل المشرع بوضع الصيغ الملائمة للاستفادة من التقدم العلمي في القطاع البنكي دون المساس بالقيم والحقوق والحريات الأساسية للأفراد، ومن هنا كانت أهمية وجود الضوابط القانونية التي يعمل في إطارها التطور التكنولوجي خاصة فيما يتعلق بحماية حقوق ومصالح المستهلكين، باعتبارهم الفئة الأضعف في العلاقة القانونية.

بالرغم من صدور القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾ وما صاحبه من نصوص تطبيقية عديدة، إلا أنه ومن خلال قراءة سريعة لنصوصه يلاحظ عمومية الأحكام الواردة فيه، وهو في الحقيقة أمر لا يعاب عليه لأنه الإطار العام لحماية المستهلك، لكن بالرغم من الترسانة القانونية الصادرة بشأن نصوصه التنظيمية إلا أنها أهملت العديد من قطاعات النشاط التجاري وما يميزها من خصوصية تتطلب تنظيمها بموجب نصوص خاصة تراعي طبيعتها ومستلزماتها ومثالها القطاع المالي والبنكي.

أمام الإشكاليات والغموض الذي يطرحه موضوع الحماية القانونية للمستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية فإنه يُعد مجالا خصباً للدراسة والبحث، لذا ارتأينا أن يكون موضوع

(1) قانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج عدد 15، الصادر في 8 مارس 2009، المعدل والمتمم بموجب القانون 09-18 المؤرخ في 10 جويلية 2018، ج ر ج ج عدد 35، الصادر في 13 جويلية 2018 .

بحثنا في أطروحة الدكتوراه، خاصة مع قلة الدراسات التي تناولته باللغة العربية لا سيما في الجزائر، بل إن الخدمات البنكية الإلكترونية في حد ذاتها تقتصر إلى الدراسات القانونية.

بالإضافة إلى ذلك غياب رؤية واضحة لموضوع الحماية القانونية للمستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية والذي يطرح إشكاليات قانونية غاية في الأهمية، متعلقة في أغلبها بالمصالح المادية والمعنوية للزبون المستهلك والتي ترتبط بقطاع حيوي كالقطاع البنكي، تستوجب منا الدراسة والبحث عن الأنظمة القانونية الواجبة التطبيق في هذه الحالة.

كما أن عدم وجود نصوص تشريعية كافية في التشريع الجزائري تتناول الخدمات البنكية الإلكترونية ببعض من التفصيل والتدقيق الكافي لحل الإشكاليات المستحدثة التي تكتنفها، والمخاطر التي غالبا ما عجزت أحكام القانون البنكي وأحكام القواعد العامة عن حلها لاحتوائها على مفاهيم وتقنيات قانونية جديدة، يؤثر بشكل مباشر على الحماية التي يحتاجها المستهلك مع اتساع التعامل البنكي الإلكتروني ضمن شرائح متعددة في المجتمع، وهو ما يُشكل نقصا وفراغا تشريعيا يستدعي العمل والبحث الدقيق من أجل استدراكه، خاصة مع اتجاه أغلب التشريعات الحديثة إلى تقنين مثل هذه المسائل أو على الأقل تكييف قانون حماية المستهلك مع ما استجد في هذه الحالة.

تظهر أهمية دراسة موضوع حماية المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية من نواحي كثيرة عملية ونظرية، في أن استخدام الأنترنت في المجال البنكي؛ وإن كان الوسيلة الأمثل لاختصار الوقت والجهد والمال والاستفادة من الخدمات البنكية؛ إلا أنه توجد عوامل تؤثر سلبا على إقبال الجمهور، وأهمها تلك المتعلقة بدرجة وعي أفراد المجتمع بأهمية هذه الوسيلة وبالمزايا الناتجة عنها، ومن جهة أخرى الجهل بالمخاطر المحيطة بالخدمات البنكية الإلكترونية ومعالجتها، باعتبار أن فئة كبيرة من زبائن البنوك هم مستهلكين عاديين.

ضف إلى ذلك مساوئ التجارة الإلكترونية الناجمة عن بعض الممارسات الإجرامية، بسبب وجود اللصوص المتسللين إلى الشبكة بغرض الاستيلاء على أموال المستهلكين والذي يطلق عليهم عادة قرصنة الأنترنت، والذين استغلوا مواطن الضعف الفنية في شبكة الأنترنت واستخدموها لتحويل الأموال والتلاعب بحسابات البنوك، وتزوير بطاقات الائتمان والتجسس على البيانات الشخصية للزبائن وانتهاك الخصوصية، ومن تم فإنه من الضروري تحديد وسائل والآليات الكفيلة بردع مثل هذه الممارسات.

أما الأهمية العملية للموضوع محل الدراسة فتظهر من الناحية الاقتصادية، نظرا لما تشكله البنوك باعتبارها ركيزة هامة من ركائز الاقتصاد الوطني، حيث يساعد استخدام الأنترنت على تقديم خدمات بنكية أكبر عدد ممكن من الزبائن، إلا أن عدم الإحاطة الكاملة بالمخاطر الناتجة عنه أو عدم توفير الوسائل الملائمة والكفيلة لمواجهة تلك المخاطر لا يؤدي إلى الإضرار بالبنك نفسه فقط، بل قد يتعدى الأمر ذلك إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني برمته، ومن جهة ثانية فإن ممارسة بعض الخدمات البنكية قد تنجم عنه آثار اقتصادية سلبية إذا لم يتم بالشكل الملائم.

من الناحية القانونية إن استخدام الأنترنت في المجال البنكي ليس مجرد رؤية لمستقبل الخدمات البنكية، بل هو واقع نعيشه في الوقت الحالي حيث قامت أغلب البنوك بالدخول للشبكة العالمية للعمل من خلالها وعرض خدماتها في ظل غموض يكتنف النظام القانوني المطبق عليها، وأيضا عدم كفاية الأحكام القانونية المتوفرة لحماية المستهلك في هذه الخدمات، لذلك كان من المفيد القيام بدراسة لمحاولة استجلاء ذلك الغموض ومعرفة الأحكام القانونية التي تحكمها والوسائل القانونية الكفيلة بحماية الزبائن وخاصة المستهلكين منهم من مخاطر الولوج لشبكة الأنترنت، بالشكل الذي يضمن لكل طرف من الأطراف حقوقه، وبالتالي البحث عن الإطار القانوني الذي يؤطر حماية المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية.

إن الإشكالية العامة للموضوع محل الدراسة تنشأ من متغيرين متناقضين: الأول يتعلق بأهمية الخدمات البنكية الإلكترونية في حد ذاتها ودورها في تسريع وتيرة العمل البنكي وتطويره وبالتالي ازدهار القطاع وتنمية الاقتصاد الوطني، وما يستوجب ذلك من تحرير هذا العمل من القيود القانونية والشروط والإجراءات التي قد تعيق النشاط في حد ذاته، خاصة أن الجهود الأخيرة تتجه نحو تعميم استعمال وسائل الاتصال الإلكترونية، وتشجع على استخدامه في مختلف أوجه الحياة للاستفادة من مزاياها ومواكبة التطور العالمي الحاصل في هذا الشأن.

أما الثاني فيتعلق بحدثة التجارة الإلكترونية في الجزائر بصفة عامة والعمليات البنكية الإلكترونية بصفة خاصة، مع عدم تدخل المشرع لوضع تقنين خاص بها، يضع الحلول القانونية لمعظم الإشكالات التي تثيرها على غرار بعض التشريعات الأجنبية، إلى جانب ذلك المخاطر التي ترافق مثل هذه العمليات على الزبون المستهلك، والذي غالبا ما يكون شخص عادي غير متيقن من مخاطر العملية التي اندفع للدخول فيها أمام الإغراءات التي يحملها عالم الأنترنت، وهو ما يستوجب التدخل من ضرورة تقديم الضمانات القانونية والحماية الكاملة للمستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية، ووضع قيود كافية لعدم المساس بمصلحة المستهلك بالدرجة الأولى.

إن ضرورة مواكبة التطورات الاقتصادية والتكنولوجية تحتم على البنوك العاملة في الجزائر من أجل مواجهة المنافسة البقاء وخوض غمار العمل الإلكتروني للاستفادة من مزاياه الكثيرة، ومن جهة أخرى فإن أولوية حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة القانونية تستوجب وضع قيود على العمل البنكي الإلكتروني وفرض إجراءات إضافية للحد من مخاطر العملية البنكية والوصول إلى حماية كاملة للمستهلك.

وبالتالي فإن الإشكال الأساسي المطروح يتعلق: بالنظر للطبيعة الخاصة للمستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية ما هي الحماية القانونية المقررة للمستهلك ومدى فعاليتها؟

إن دراسة موضوع حماية المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية يقتضي توظيف أكثر من منهج، إذ يتوجب الاعتماد على المنهج الاستقرائي للوقوف على مختلف الأحكام القانونية المرتبطة بموضوع الدراسة وتحليل مضمونها، حيث يتم الاستعانة بالمنهج الوصفي عند عرض بعض المفاهيم المتعلقة بحماية المستهلك، أما المنهج التحليلي فيتم اعتماده عند مناقشة مدى ملائمة بعض النصوص القانونية للتطبيق، وأيضا تقدير مدى فعاليتها وكفايتها لتحقيق الحماية المرجوة للمستهلك مقارنة بما حققته التشريعات المقارنة خاصة الأوروبية منها.

إن الإجابة على الإشكالية العامة المطروحة أعلاه تكون من خلال مناقشة متطلبات حماية المستهلك بمناسبة تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية (باب أول)، والتي تتم على مرحلتين، المرحلة الأولى هي المرحلة السابقة على تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، وذلك بحماية إرادة المستهلك وضمان إقباله على التعاقد وهو على بيّنة، بتقديم المعلومات اللازمة والكافية لتحقيق إرادة مستنيرة وحمايته من أوجه التضليل والتغليب في المعلومات المعروضة على الجمهور عن طريق الإعلانات التجارية، في حين تأتي المرحلة الثانية عند تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، والتي تستوجب حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد المبرم مع البنك وتقرير حقه في العدول عن العقد.

تتضمن الحماية القانونية من الخدمات البنكية الإلكترونية جانب آخر يتعلق بالحماية من المخاطر التشغيلية والمخاطر الأمنية، لذلك يستوجب البحث عن الآليات القانونية الكفيلة بتأمين الخدمات البنكية الإلكترونية وضمان سلامتها لمصلحة المستهلك، وأيضا حماية حقه في الخصوصية بتوفير المتطلبات القانونية اللازمة لتحقيق أمن معطاته الشخصية (الباب الثاني).

الباب الأول

**حماية المستهلك بمناسبة تقديم
الخدمات البنكية الالكترونية**

يصاحب تقديم خدمات بنكية عبر وسائط إلكترونية غير تقليدية العديد من المخاطر، ولا تقتصر هذه المخاطر على تلك التي يمكن أن تحدث أضرارا بالبنك، بل أن المستهلك بدوره معرض للضرر الناتج عن انفتاح شبكة الأنترنت على العمل المصرفي، حيث قد يكون زبونا عاديا ليس لديه فكرة كافية حول التقنيات المستخدمة في تقديم هذا النوع من الخدمات ولا المخاطر التي قد تصاحبها، ولذلك فهو يحتاج إلى حماية حقيقية تعزز موقفه، خاصة وأنه يمثل الطرف الضعيف في علاقته مع البنك الذي يتمتع بالخبرة التقنية والدراية المصرفية.

إن المجال الطبيعي للبحث عن قواعد حمائية للزبون في مجال تقديم الخدمات البنكية الالكترونية يكون ضمن قواعد تنظيم النشاط المصرفي، إلا أن هذه الأخيرة لا تقيم أي تفرقة من حيث الأحكام المطبقة بين فئات الزبائن المختلفة، ولم تقم أي اعتبار لمركز المستهلك عند تنظيم العلاقة التعاقدية، وهو ما يفوّت على هذه الفئة من الزبائن الاستفادة من حقوق قد لا توفرها قواعد القانون المصرفي، وإنما نجد مصدرها ضمن القواعد العامة لحماية المستهلك.

لذلك يتطلب تحقيق الحماية الكاملة للزبون توسيع مجال البحث ليشمل قواعد حماية المستهلك في الحدود التي تتلاءم مع طبيعة الخدمة البنكية الالكترونية، وذلك متى حظي هذا الزبون بمركز المستهلك وفقا للتعريف التشريعي المقدم⁽¹⁾، وإن خصوصية العملية الاستهلاكية تستدعي إقرار حماية للمستهلك حتى قبل العملية التعاقدية تهدف لتتوير إرادة المستهلك، عن طريق تقرير حقه في الإعلام قبل التعاقد، وحماية إرادته من أساليب الإغراء غير المشروعة (الفصل الأول).

يستلزم لاستفادة المستهلك من الخدمات البنكية الالكترونية التي تعرضها البنوك الدخول في علاقات تعاقدية والتي تتعدد أنواعها وتختلف باختلاف الغرض منها، وهي تخضع في تنظيمها بالإضافة إلى قواعد التي تحكم النشاط البنكي إلى الكثير من القواعد العامة للعقود، غير أن كل هذه القواعد قد لا تكون كافية بل أنها غير ملائمة أحيانا، فغالبا ما تطرح إشكالات قانونية جدية فيما يتعلق بتمكين المستهلك من التخلص من الشروط التعاقدية غير الملائمة، والذي لا يتحقق له إلا من خلال نظام مواجهة الشروط التعسفية وتقرير الحق في العدول (الفصل الثاني).

(1) عرفت المادة 03 في فقرتها الأولى من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم، بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

الفصل الأول

**حماية المستهلك في المرحلة السابقة
على تقديم الخدمة**

غالبا ما يقبل المستهلك على التعاقد من أجل الحصول على الخدمات البنكية الالكترونية بهدف إشباع رغبة حقيقية لديه دون معرفة كيفية تحقيق ذلك على الوجه المأمول، خاصة عندما يكون في مواجهة محترف مثل البنك، ذو علم ودراية واسعة بفنيات وخبايا العمل المصرفي والمالي، الأمر الذي يتحقق معه وجود اختلال فادح في ميزان العلم والمعرفة بين هذين الطرفين المقبلين على التعاقد، على نحو لا يسمح إطلاقا بإشباع رغبة المستهلك بصورة موضوعية وعادلة.

لتحقيق الحماية الكاملة للزبون لا بد من إعادة المساواة في العلم بين هذين الطرفين، بحيث يستطيع معه تقدير مدى ملاءمة العقد المراد إبرامه لإشباع حاجياته، وذلك من خلال إعلامه وتعريفه بظروف هذا التعاقد بالقدر الذي ينير رضاه، حيث أن إعلام المستهلك وإمداده بالمعلومات والبيانات اللازمة عن الخدمات البنكية المقدمة، يعد أحد المكونات الرئيسية لتدعيم نظم الحماية المقررة للزبائن في مواجهة البنوك، وهو أيضا عنصر أساسي في الحماية المقررة للمستهلك بموجب قواعد قانون الاستهلاك (المبحث الأول).

كما يتأثر المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد بمختلف أشكال الدعاية والإعلانات التجارية، لأن هذه الإعلانات بوصفها وسيلة اتصال بين البنوك وزبائنهم قد تتجاوز أهدافها إذا ما خرجت عن إطارها المشروع، حيث تأثر سلبا على رضا المستهلك وتمس بحقه في الحصول على المعلومات الصادقة وعلى حقه في الاختيار، لذا يتعين تحديد ضوابط لمشروعية وقانونية الإعلان التجاري الموجه للجمهور، لتجنب توجيه إرادة المستهلك والتأثير عليها سلبا، حتى يتمكن من تحديد اختياراته بشكل يلبي رغباته من بين الخدمات البنكية المعروضة (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

الالتزام بالإعلام المصرفي

تأصل الالتزام بالإعلام كمبدأ عاما مرتبط بجميع أنواع عقود الاستهلاك، لأن المستهلك يُولي الطرف الآخر المحترف من الثقة ما يقتضي أن يتم الإدلاء بالمعلومات التي تدرأ عنه الأضرار الناجمة عن عدم خبرته، ومن جهة ثانية فإن وفاء المحترف بهذا الالتزام يعيد التوازن إلى العلاقة العقدية بتحقيق المساواة بينه وبين المستهلك.

إن كان الالتزام بالإعلام التزاما عاما يخص كل عقود الاستهلاك، إلا أنه يتسع نطاقه وتعظم أهميته في عقود الاستهلاك الإلكترونية، لأن التعاقد يتم عن بعد دون النقاء الحقيقي بين طرفيه، مما يولد شعور بعدم الثقة ما بين المستهلك والمهني، وبالتالي تلح ضرورة تنوير الإرادة بكافة الأبعاد المستقبلية للتعهدات المبرمة بالوسائط الإلكترونية بشكل أعمق وأدق فيما إذا تمت بالوسائل التقليدية.

حيث يعد الأنترنت بطبيعته وسيلة فعالة لنشر المعلومات، وإن القطاع البنكي والمالي ليس بمنأى عن ذلك، حيث يمكن للبنوك الاستفادة من مواقعها الإلكترونية لتزويد زبائنهم بمجموعة من المعلومات المتعلقة بالمعاملات البنكية، ويكون للزبون من جهة أخرى الاستفادة من تعدد وتنوع العروض المقدمة، لذلك فإن الإعلام يأخذ أهمية خاصة في القطاع البنكي، حيث يسمح بعرض مختلف الخدمات البنكية المقدمة وشروطها⁽¹⁾.

تأصل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام كمبدأ من المبادئ المقررة في العمل المصرفي والتي تحكم العلاقة بين البنوك وزبائنهم، فهو حق مقرر لكل زبائن البنك بغض النظر عن وصفه، وقد اجتهد الفقه والقضاء في إبراز الذاتية المستقلة لالتزام البنك بالإعلام، من خلال تكريسه كمبدأ يستند إلى قواعد خاصة، تختلف عن النظريات التي تقوم عليها أحكام العقود المقررة في القواعد العامة، كما ويختلف كثيرا عن الالتزامات الأخرى التي تنقل كاهل البنك في علاقته بالزبائن (المطلب الأول).

تفرض طبيعة الخدمة البنكية المقدمة إلكترونيا مسؤولية كبيرة على عاتق البنك بتزويد الطرف الآخر بالمعلومات اللازمة والكافية لتتوفر إرادته، بحيث تُقرر وسائل خاصة لتمكين المستهلك من حماية حقه في الإعلام في مواجهة البنك المخل بالتزامه (المطلب الثاني).

⁽¹⁾ BONNET Thierry, DRUMMOND France, Droit des marchés financiers, Economica, Paris, 2005, p 791.

المطلب الأول:

الإطار القانوني للالتزام بالإعلام المصرفي

يُعتبر الالتزام بالإعلام بصفة عامة التزاما عاما سابقا على التعاقد⁽¹⁾، يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر قبل تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله⁽²⁾.

كما يُكرّس هذا الحق كمبدأ من المبادئ التي تحكم العلاقة بين البنوك وزبائنها في إطار ما يعرف بالحق في الإعلام المصرفي، فهو حق مقرر لكل زبائن البنك بغض النظر عن صفة المستهلك، وقد اجتهد الفقه والقضاء في إبراز الذاتية المستقلة للالتزام بالبنك بالإعلام، من خلال تكريس كمبدأ يستند إلى قواعد خاصة تختلف عن النظريات التي تقوم عليها أحكام العقود المقررة في القواعد العامة، كما ويختلف كثيرا عن الالتزامات الأخرى التي تثقل كاهل البنك في علاقته بالزبائن (الفرع الأول).

إن التزام البنك بالإعلام بمناسبة تقديم خدمات بنكية إلكترونية مرتبط بشروط معينة تصاحبه، منها ما يشترط لقيام الالتزام في ذمة البنك، ومنها ما يتعين توفرها ليكون تنفيذ البنك للالتزام صحيحا ومبررا لزمته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الذاتية المستقلة للالتزام بالإعلام المصرفي

يتضمن الحق في الإعلام المصرفي حق المستهلكين في إحاطتهم بجميع البيانات والمعلومات اللازمة لتتوفر إرادتهم وضمان إقبالهم على الخدمات البنكية الإلكترونية برضا سليم وصحيح، وإن إعلام المستهلك بمناسبة تقديم خدمات بنكية إلكترونية قد يتم بوسائل تقليدية، أو بوسائل إلكترونية مستحدثة ويسمى حينها بالإعلام الإلكتروني، والذي لا يختلف عن الأول إلا من

(1) يطلق البعض على الإعلام مصطلح الواجب، وبرى الفقه أن هناك اختلاف من حيث المعنى والمضمون بين مصطلح الواجب والالتزام، فالإلتزام يعرف في اصطلاح القانون الخاص بأنه ينشأ عن رابطة في القانون على عاتق شخص أو عدة أشخاص (الطرف المدين)، لفائدة شخص أو اشخاص آخرين (الطرف الدائن)، بموجب عقد أو شبه عقد، أو بمقتضى نص في القانون، في حين أن الواجب يشير إلى عدد من قواعد السلوك أو التصرفات ذات الأصل الشرعي، والتي لها صبغة دائمة ومستمرة، تتمثل في قواعد السلوك ذات الطابع الأخلاقي، كواجبات الزواج وواجبات الأسرة.

(2) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،

حيث الوسيلة المستخدمة لنقل المعلومات للمستهلك، والذي يوفر مزايا عدة من حيث إمكانية نقل المعلومات بحجم كبير وسهولة الاطلاع عليها باستخدام الأنترنت، وكذلك إمكانية تحديث هذه المعلومات وتعديلها بما يتلاءم ومستجدات الخدمات المصرفية المقدمة.

بهذا المعنى السابق، اتجهت الدراسات الفقهية الحديثة إلى البحث في مفهوم الالتزام بالإعلام كمبدأ مستقل له ذاتيته الخاصة، من خلال شرح المقومات الأساسية التي تدعم هذه الاستقلالية، والتي تتجلى خاصة في الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الالتزام (الفرع الأول)، وتمييزه عن غيره من التزامات التي تحكم علاقة البنوك بزبائنها (الفرع الثاني).

أولاً: أساس قيام التزام البنك بالإعلام

إن قيام البنك بتزويد زبائنه بالمعلومات والبيانات اللازمة لتتوفر إرادته بخصوص الخدمات البنكية الالكترونية التي يقدمها، هو عبارة عن التزام يثقل كاهله وليس مجرد حق يملك حياله سلطة تقديرية، وهذا الالتزام لا يجد مصدره في العقد المصرفي لأنه التزام يقوم قبل إبرام العقد، لذا اجتهد الفقه في البحث عن مصدر آخر، منهم من يسند إلى بعض القواعد العامة وآخرون يبحثون له عن أساس ضمن بعض الأحكام الخاصة بحماية المستهلك والقانون البنكي.

1- القواعد العامة كأساس للالتزام بالإعلام :

اختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي يُوفر للمستهلك الحق في الإعلام الصادر عن المهني، منهم من يبني أساسه على تلك الحتمية في إضفاء التوازن بين أطراف العقد⁽¹⁾، ويؤكد البعض على أن نظرية عيوب الرضا تفسر لنا التزام البنك بالإعلام⁽²⁾، كما جعل جانب من الفقه مبدأ حسن النية هو الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالإعلام⁽³⁾.

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 202.

(2) CHENDEB Rabih, La formation du contrat de consommation, étude de droit comparé, thèse de doctorat en droit, faculté de droit, université PANTHON-ASSAS, Paris II, 2007, p. 193.

- خالد جمال أحمد، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 113.

(3) ساسان رشيد، "التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في مجال عقود الأعمال"، مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث، جوان 2011، المركز الجامعي الوادي، ص 269.

تطبيقاً لمبدأ حسن النية اعتبر القضاء الفرنسي أن البنوك الذين يعرفون أن وضع المدين ميؤوس منه ولا يمكن إصلاحه، ولم يقوموا بنقل هذه المعلومات إلى علم الكلاء، قد خالفوا التزامهم بمراعاة حسن النية وارتكبوا غشاً بإخفاءهم هذه المعلومات.

- Cass civ 1^{ère} chambre, 18 février 1997, Bull civ 1997, n° 61, p 39.

لكن فشلت كل هذه المحاولات الفقهية في رد الالتزام بالإعلام إلى أحد المبادئ المقررة في القواعد العامة للقانون المدني، كما رفضت فكرة اعتبار نظرية عيوب الإرادة مصدرا للالتزام بالإعلام، لأن هذه نظرية لا تتدخل إلا إذا كان المتعاقد يشكو من غلط أو إكراه أو تدليس تسبب فيه الطرف الآخر أو علم به أو كان بإمكانه أن يعلم به⁽¹⁾، وقد رفض القضاء الفرنسي في كثير من المناسبات إبطال العقد بسبب عدم الإعلام استنادا لأحكام عيوب الإرادة⁽²⁾.

كما لم يكون القضاة موافقين على النظر إلى مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام، حيث ترى محكمة النقض الفرنسية أنه يمكن أن يؤسس الانتهاك المتعمد للالتزام بحسن النية دون أن يكون هناك إخلال مسبق للالتزام بالإعلام⁽³⁾، فما يميز هذا المبدأ من غموض في دلالاته ومضمونه، يتعارض مع ما يفترض في القاعدة القانونية من دقة في الصياغة ووضوح في الدلالة والمضمون، وهو ما من شأنه أن يشكل عائقا أمام اعتماده من أجل تصحيح الوضعيات التعاقدية غير المتكافئة⁽⁴⁾.

2- البحث عن أساس الالتزام بالإعلام في النصوص القانونية الخاصة:

عمدت أغلبية التشريعات الإقليمية والدولية إلى تكريس حق المستهلك في الإعلام بشكل واضح وكامل بجميع المعلومات التي يكون المتعاقد الآخر بحاجة إليها لدفعه نحو التعاقد بشكل سليم، كما كرّست هذا الحق لمصلحة الزبائن النصوص المنظمة للنشاط البنكي وجعلت منه التزام مصرفيا في ذمة البنوك.

أ- تكريس الالتزام بالإعلام في بعض المواثيق الدولية:

تضمنت المادة 03 من التوجيه الأوروبي 2002/65/CE حول تسويق الخدمات المالية عن بعد⁽⁵⁾، وجوب إعلام المستهلك قبل إبرام أي عقد عن بعد، حيث يجب تزويده بمعلومات كثيرة، تتعلق أساسا بهوية مقدم الخدمة وعنوانه الجغرافي وطبيعة نشاطه، وجميع المعلومات المتعلقة بهذا

(1) CHENDEB Rabih, op.cit, p. 194.

(2) Cass Com, 28 juin 2005, bull Civ IV 2005, n° 140, p 151.

(3) JOURDAIN Patrice, La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport français, Journées Louisianaises, Litec, Paris, 1992, p 122.

(4) RANIERI Filippo, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », RIDC, n° 4, année 1998, Paris, p. 1066.

(5) نقل هذا النص إلى القانون الداخلي الفرنسي من خلال إصدار المرسوم رقم 2005-648، المؤرخ في 06 جوان 2005،

حيث تم إدماج نصوصه في قانون الاستهلاك الفرنسي:

- PRUM André, « La future directive sur les services à distance », RDBF, n° 3, mai/juin 2002, Paris, p. 111.

النشاط، كما يتعين على مقدم الخدمة إعلام المستهلك بالشروط المطبقة على الخدمات البنكية المقدمة عن بعد من حيث الأسعار والمخاطر.

ب- تكريس الالتزام بالإعلام في بعض القوانين الداخلية:

اهتمت أغلب التشريعات المقارنة بتوعية المستهلك وتنوير إرادته قبل أن يقدم على إبرام العقود بهدف حمايته في مواجهة المهني، وأول هذه القوانين كان القانون الفرنسي، لتحده حده معظم التشريعات العربية من بينها التشريع الجزائري.

ب1- تكريس الالتزام بالإعلام في التشريع الفرنسي:

لقد أضحى موضوع الالتزام بالإعلام موضوع اهتمام أغلب المشرعين بما في ذلك المشرع الفرنسي، الذي سارع إلى إصدار قوانين خاصة بحماية المستهلك، وأهمها القانون رقم 78-23 الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية مستهلكي المنتجات والخدمات⁽¹⁾، والذي تميز بتوسع كبير لسلطان القانون على حساب سلطان الإرادة، وضرورة التقليل من المزايا المتاحة لبعض الفئات المتعاقدة نتيجة لمركزهم القوي اقتصاديا ومعرفيا⁽²⁾، وهو ما تم تأكيده في التشريع الخاص رقم 2004-575 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي⁽³⁾، الذي فرض وعزز واجب الالتزام بالإعلام على عاتق المهني، ونفس الالتزام نجده أيضا ضمن نصوص المرسوم رقم 2005-648 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد⁽⁴⁾.

ب2- تكريس الالتزام بالإعلام في التشريع الجزائري:

أصدر المشرع الجزائري من النصوص القانونية ما يشكل إطارا عاما لحماية المستهلك، وكان أولى هذه النصوص القانون رقم 89-02 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك الملغى⁽⁵⁾، والذي أشار في المادة الرابعة منه على ضرورة إعلام المستهلك بجميع العناصر الأساسية المتعلقة بالمنتج أو الخدمة، وبإصدار القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على

⁽¹⁾ Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, Sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, JORF du 11 janvier 1978, abrogé

⁽²⁾ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, Droit de la consommation, 09^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2015, p 57.

⁽³⁾ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, Pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n° 143, du 22 juin 2004, modifiée et complétée.

⁽⁴⁾ Ordonnance 2005-648 du 6 juin 2005, Relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JORF n° 131, du 7 juin 2005.

⁽⁵⁾ قانون رقم 89-02، مؤرخ في 07 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر ج ج عدد 06، الصادر في 08 فيفري 1989، ملغى.

الممارسات التجارية المعدل والمتمم⁽¹⁾، برزت أكثر أهمية هذا المبدأ كالتزام أساسي على عاتق الأعوان الاقتصاديين، خاصة عندما أُعتبر إعلام المستهلك من بين الأهداف التي يسعى لتحقيقها هذا القانون.

لتفعيل الأحكام المتعلقة بالالتزام بالإعلام تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 09-65 المحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو السلع والخدمات المعينة⁽²⁾، الذي جاء تطبيقاً لأحكام المادة 05 الفقرة 04 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، وإن كان يخص بالذكر الإعلام حول الأسعار والتعريفات، والتي تشير نصوصه غالباً إلى الإعلام الإشهاري الذي يأخذ معنا خاصاً⁽³⁾.

كما أوجب المشرع الإعلام المسبق للمستهلك بشروط العقد من أجل تحقيق نزاهة وشفافية العمليات التجارية في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم، والمحدد للعناصر الأساسية في العقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁽⁴⁾، وذلك من خلال المادة 04 منه⁽⁵⁾.

(1) قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج عدد 41، الصادر في 27 جوان 2004، معدل ومتمم بالقانون 10-06، المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ج ج عدد 46 الصادر في 18 أوت 2010.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 09-65، مؤرخ في 07 فيفري 2009، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة، ج ر ج ج عدد 10، الصادر في 11 فيفري 2009.

(3) إن الدعاية والإعلان يهدف إلى محاولة جذب المستهلك، بينما الالتزام بالإعلام يتمثل في تنبيه المستهلك وإحاطته علماً بكل التفاصيل المتعلقة بالسلع والخدمات.

- زروق يوسف، "حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الالكتروني -دراسة مقارنة-"، دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، العدد 09، جوان 2013، ص 136.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر ج ج عدد 56، الصادر في 11 سبتمبر 2006، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 88-44 مؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر ج ج عدد 07، الصادر في 10 فيفري 2008.

(5) بالرغم من عمومية هذه النصوص فإنه لا يوجد ما يمنع أن تطبق الكثير من أحكامها في العلاقة بين الزبون والبنك، على اعتبار أن هذا الأخير يدخل في مفهوم العون الاقتصادي بالمعنى الوارد في المادة 03 البند 01 من القانون 04-02 المعدل والمتمم على أنه: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

عون اقتصادي: 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".

أعاد المشرع الجزائري تنظيم القواعد العامة لحماية المستهلك من خلال القانون 03-09 المعدل والمتمم والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، واكتفى من خلال المادة 17 منه⁽¹⁾ تكريس إلزامية إعلام المستهلك، وترك مجال تحديد شروط هذا الالتزام وكيفياته للتنظيم، وبالفعل صدر المرسوم التنفيذي رقم 13-387 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك⁽²⁾، ومن خلاله صرّح المشرع بالطبيعة قبل التعاقدية للالتزام بالإعلام، حيث تنص المادة 53 منه على أنه: "يجب على مقدم الخدمة، قبل إبرام العقد، إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة..."، كما تضمن قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 القواعد التي تكرس حق المستهلك الالكتروني في الإعلام⁽³⁾.

في سبيل تعزيز إلزامية الإعلام في قطاع النشاط البنكي عاد المشرع من خلال بعض نصوص القانون البنكي للتأكيد على هذا المبدأ كالالتزام مصرفي يقع على البنوك والمؤسسات المالية لمصلحة زبائنها، وكان ذلك بموجب النظام رقم 20-01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية⁽⁴⁾، حيث يتعين على البنوك والمؤسسات المالية، أن تبلغ زبائنها والجمهور عن طريق كل الوسائل بالشروط البنكية التي تطبقها على العمليات المصرفية التي تقوم بها، خاصة فيما يتعلق بشروط استعمال الحسابات المفتوحة وأسعار الخدمات المختلفة التي تسمح بها وكذا الالتزامات المتبادلة بين البنك والمستهلك، على أن يتم تحديد هذه الشروط في عقد فتح الحساب أو في المستندات المرسلة لهذا الغرض⁽⁵⁾.

إن النص المقرر بموجب المادة 09 من النظام رقم 20-01 كافٍ لتأصيل واجب الإعلام كالتزام مصرفي قبل تعاقدية، يُعبر عن جوهر نشاط البنوك والمؤسسات المالية بعيدا عن النظريات العامة في القانون المدني، بحيث تُبنى معالمه وتنظم أحكامه بما يتناسب وطبيعته المصرفية، وهو حق مكرس لكل زبون سواء حاز وصف المستهلك أم لا.

(1) تنص المادة 17 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم، على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى..."

(2) مرسوم تنفيذي رقم 13-378، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر ج ج عدد 58، الصادر في 18 نوفمبر 2013.

(3) المادة 10 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

(4) نظام رقم 20-01 مؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر ج ج عدد 16، الصادر في 24 مارس 2020.

(5) المادة 09 من النظام رقم 20-01، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

ثانيا: تمييز الالتزام بالإعلام المصرفي عن بعض المفاهيم المشابهة

إن خصوصية المهنة المصرفية تفرض على البنوك والمؤسسات المالية التزامات غير اعتيادية تختص بها مقارنة مع النشاطات التجارية الأخرى مثل الالتزام بالنصح وأيضا الالتزام بالتحذير، وإن الغرض من هذه الالتزامات هو تنوير إرادة المستهلك ومدّه بالمعلومات اللازمة التي تمكنه من بناء علاقة قانونية وتجارية صحيحة ومتينة مع البنك، بالطريقة التي لا تضر بمصالحه وتُمكنه من الاستفادة من خدمات البنوك بأقل الأضرار الممكنة، وهي بهذا المفهوم لا تختلف كثيرا عن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، إلا أن الفقه بذل جهودا في سبيل وضع فوارق واضحة بينهم⁽¹⁾، يمكن إجمالها فيما يلي:

1- تمييز الالتزام قبل التعاقد بالإعلام عن الالتزام التعاقدى بالإعلام:

تثور أوجه المقارنة بين كل من الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام التعاقدى بالإعلام في ضوء تماثل الهدف المنشود من تقريرهما، وهو العمل على تنوير وتبصير الطرف الذي يتم توجيه الإعلام إليه، والتي يصعب الإحاطة بها أو الإلمام بمضمونها إلا من خلال الطرف الآخر⁽²⁾.

إن كان بعض الفقه يقول بصعوبة التمييز بين هذين الالتزامين من الناحية العملية⁽³⁾، إلا أن الدراسات الحديثة عملت على وضع حدود فاصلة بينهما من خلال تبني معيار دقيق، فالالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو التزام لا يقوم ولا جدوى من تنفيذه إلا قبل إبرام العقد⁽⁴⁾، في حين ترتبط الجدوى من الاعلام التعاقدى بالمرحلة اللاحقة لإبرام العقد، وإن اعتماد هذا المعيار في التمييز يؤثر في تحديد الطبيعة القانونية لكل من هاذين الالتزامين، وبالضرورة اختلاف حقوق المستهلك في كل منهما.

يختلف مضمون الإعلام المصرفي بحسب ما إذا كان سابقا على التعاقد أو لاحقا له، فغالبا ما تتعلق المعلومات الواجب الإدلاء بها بالأمر المرتبطة بقبول المستهلك إبرام العقد أو عدم قبوله⁽⁵⁾، أما الإعلام الذي يكون في المرحلة التالية لإبرام العقد فيتم بحسب ما تم الاتفاق عليه بين

(1) LEGAIS Dominique, Les obligations d'information et de conseil du banquier, PUAM, Marseille, 2002, p 21.

(2) بومدين أحمد، "دور الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في حماية رضا المستهلك"، مجلة العلوم القانونية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، عدد 01، جوان 2010، ص 163.

(3) Calais-Auloy Jean, TEMPLE Henri, op.cit, p57.

(4) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 370.

(5) مصطفى أحمد أبو عمر، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 149.

المتعاقدين، أو بحسب نصوص القانون التي أوجبه وقد يكون تأكيداً للمعلومات المقدمة قبل إبرام العقد⁽¹⁾، أو معلومات جديدة لم يتم ذكرها وتتعلق غالباً بتنفيذ العقد⁽²⁾، وقد ميّز المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك صراحة بين هذين النوعين من المعلومات⁽³⁾، في حين لم يورد المشرع الجزائري نصاً مماثلاً يُقيم هذا التمييز.

كما تظهر فوارق أخرى بين هذين الالتزامين من حيث مصدرهما، فالإعلام قبل التعاقد بالتزام عام مقرر في جميع أنواع عقود الاستهلاك، في حين أن الإعلام التعاقدى ينشأ بمناسبة كل عقد على حدة⁽⁴⁾، وتبعاً لذلك تختلف طبيعة المسؤولية المدنية، فبينما يكون جزاء الإخلال البنك بالتزامه التعاقدى بالإعلام هو مسؤوليته العقدية، فإن الإخلال بالإعلام قبل التعاقد لا يكون إلا في إطار المسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾.

2- تمييز الالتزام بالإعلام المصرفي عن الالتزام بالنصح:

قرر الإجتهد القضائي الفرنسي في عدة مناسبات التزام البنك بتقديم النصيحة⁽⁶⁾، مما جعل منه مبدأً مستقر في العصر الحديث كالالتزام مستقل تماماً عن الالتزام بالإعلام⁽⁷⁾، إذ أن الإعلام

⁽¹⁾ بالرغم من أن المنظم البنكي لم يميز في نص المادة 09 من النظام رقم 20-01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، بين الإعلام قبل التعاقد والتعاقد، بل جاء نص المادة عاماً، لكن بالرجوع للنص العام الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، نجد أن المشرع الجزائري أورد في هذا النص المعلومات التي يتعين على مقدم الخدمة أن يعلم بها المستهلك، بحيث يمكن أن نقسم هذه المعلومات إلى قسمين:

- معلومات تم ذكرها في المادة 54 ويتعلق الأمر بالمعلومات الخاصة بمقدم الخدمة، والتي أعاد المشرع تفصيلها في البند الأول والثاني من المادة 55.

- معلومات أخرى لم يتم ذكرها من قبل مثل كفاءات التنفيذ والدفع، البنود المتعلقة بالضمان، وشروط فسخ العقد.

⁽²⁾ FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, LGDJ, Paris, 1992, p 232.

⁽³⁾ Ibid, p 230.

⁽⁴⁾ مصطفى أحمد أبو عمر، المرجع السابق، ص 108.

⁽⁵⁾ المرجع نفسه، ص 110.

⁽⁶⁾ Cass. Com, 14 décembre 2010, Bull IV 2010, n° 198, note DJOUDI Jamel, « Information sur l'adéquation du contrat à situation de l'emprunteur », RDBF, n°2, mars 2011, Paris, p 57.

- Cass. com, 10 janvier 2012, Bull IV 2012, n° 02, note: DJOUDI Jamel : « Obligation d'information et de conseil du banquier : souscription d'un plan d'épargne en action », RDBF, n°2, Mars 2012, p188.

⁽⁷⁾ شهد القضاء الفرنسي تطبيقات كثيرة للالتزام بالنصيحة وتمييزه عن الالتزام بالإعلام، ومن هذه التطبيقات:

- Versailles, 1^{ère} civ, 2^{ème} section, 12 septembre 1997, Bull.Inf.cass. 15 février 1998, n°466 : www.courdecassation.fr

- Cass com, 15 juin 2011, Bull com IV, 2011, n° 98.

- Cass com, 04 mars 2014, Bull com IV, 2014, n° 43.

يهدف إلى تقديم إخبار محايد وموضوعي، أما النصيحة فتهدف إلى إعطاء إعلام ملائم يتناسب وحاجات المتعاقد مع المحترف، وهو يفترض تقديرا يتماشى ومقتضيات الملاءمة بحيث يؤدي إلى توجيه المتعاقد في اتخاذ القرار المناسب⁽¹⁾.

يتضمن واجب النصيحة مثله مثل الالتزام بالإعلام تقديم معلومات معينة للزبون⁽²⁾، ولكن يختلف عن هذا الأخير في أنه يجب ضبط هذه المعلومات المقدمة لتتلاءم واحتياجات المستهلك⁽³⁾، ويجب على البنك في سبيل تنفيذ هذا الالتزام بالطريقة الصحيحة أن يطلب من زبونه تحديد ما يريده وأن يستفهم منه عن حقيقة حاجاته بخصوص العقد ومحل⁽⁴⁾، أو أن يبادر هو إلى إجراء سلسلة من التحقيقات والاستعلامات حتى يتمكن من تقديم النصيحة بما يتلاءم وحاجيات المستهلك⁽⁵⁾.

ازدادت أهمية التمييز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصيحة بعد استخدام البنوك للتكنولوجيات الحديثة في تقديم الخدمات المصرفية، حيث تفرض المعرفة المالية والتكنولوجية والمهارات الخاصة التي تحوزها البنوك واجبا يتعدى مجرد تقديم معلومات، بل يجب أن تُكيف هذه المعلومات حسب المعطيات الخاصة بكل زبون⁽⁶⁾ وبهذا المعنى جاء نص المادة 03 من التوجيه الأوروبي 2002/65/CE المتضمن تسويق الخدمات المالية عن بعد للمستهلكين.

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها على أهمية الالتزام بالنصح في العلاقة بين المتعاملين في المجال الإلكتروني والزبائن غير المتخصصين⁽⁷⁾، حيث أن الكفاءة التي

(1) بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 26.

(2) RIVERS- LANGE Jean-Louis et CONTAMIN-RAYNAUD Monique, Droit bancaire, 05^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 1995, p 159.

(3) LEGEAIS Dominique, op.cit, p 23.

(4) عدنان إبراهيم سرحان، "حق المستهلك في الحصول على الحقائق"، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، العدد 08، نوفمبر 2012، ص 18.

(5) Cass civ 1^{ère} chambre, 25 février 1997, Bull, n° 75, p49, obs JOURDAIN Patrice, « Renversement de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information, application à l'obligation du médecin », RTD Civ, 1997, p 434.

(6) MAISONNEUVE Jean-Henry, « L'impact des nouvelles technologies dans la distribution bancaire », Revue Banque, n° 765, Novembre 2013, Paris, p 34.

- DJOUDI Jamel, « Manquement à l'obligation de conseil et d'information », RDBF, n°2, Mars 2015, p 49.

(7) Cass civ 1^{ère} chambre, 2 juill. 2014, non publié au bulletin : www.legifrance.gouv.fr

يحوزها هؤلاء تقرر عليهم واجب تقديم النصيحة لزمائهم، من خلال الاستعلام المسبق عن حاجياتهم وإطلاعهم على المعوقات الفنية التي قد يتعرضون لها⁽¹⁾، وهذا يتعدى مجرد الإعلام.

3- تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتحذير:

نشأ الالتزام بالتحذير مصاحبا لإنتاج سلع أو تقديم خدمات تحتوي على عناصر لها طابع الخطورة سواء في ذاتها أو في طريقة استخدامها، ويُعد ذلك من النتائج الطبيعية لفعاليات مساهمة الفكر القانوني للتطورات العلمية والتكنولوجية⁽²⁾، ويُعرف هذا الالتزام بأنه التزام تبقي يقع على عاتق أحد الطرفين بأن يحذر الطرف الآخر أو يثير انتباهه إلى ظروف أو معلومات معينة، بحيث يحيطه علما بما يكتنف هذا العقد أو ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية⁽³⁾، وقد استقر واجب التحذير كالتزام مصرفي على إثر المخاطر الجمة المحيطة بعمل البنوك، حيث كرس القضاء الفرنسي الالتزام بالتحذير عند منح القروض المصرفية في عدة قرارات صادرة عنه⁽⁴⁾.

إذن فالالتزام بالتحذير يختلف عن واجب الإعلام الذي يتضمن تقديم معلومات بشكل موضوعي وعام، فنطاق هذا الالتزام يشمل كل ما من شأنه أن يؤثر على رضا المستهلك⁽⁵⁾، في حين أن واجب التحذير يستلزم تحديد الأخطار التي قد يتعرض لها المستهلك، بناء على استعراض الوضعية القانونية والمالية للمستفيد من هذا الالتزام وتحليلها للكشف عن المخاطر التي قد تحيط بها، وهو عمل فكري يتطلب تقييم ذاتي من قبل الملزم وفي هذا الجانب يقترب الالتزام بالتحذير من واجب تقدير النصيحة⁽⁶⁾.

الالتزام بالتحذير بهذا المعنى يأخذ مركزا وسطا بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصيحة، فيعتبر أشد من الالتزام بالإعلام، لأنه يحتاج إلى عناية خاصة في تنفيذه، فلا يكفي القول أو

(1) LOISEAU Grégoire, « La portée du devoir de conseil du prestataire spécialisé en matière informatique », **Revue Comm com électr**, n° 12, décembre 2015, Paris, p 98.

(2) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 218.

(3) نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود - دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 17.

(4) - Cass. civ 1^{ère} chambre, 21 février 2006, Bull civ 2006, n° 91, p 86.

- Cass. civ 1^{ère} chambre, 12 juillet 2006, non publié au bulletin: www.legifrance.gouv.fr

- Cass. Chambre mixte, 29 juin 2007, Bull mixte 2007, n° 7, obs, JOURDAIN Patrice, « Le devoir de mise en garde du banquier dispensateur d'un crédit excessif », **RTD. Civ**, n° 4, 14 décembre 2007, p 779.

(5) بورزق أحمد، "دور الالتزام قبل التعاقد في تنوير إرادة المستهلك"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي - الأغواط، العدد 03، جانفي 2016، ص 179.

(6) LEGAIS Dominique, op.cit, p p 24,25.

الكتابة⁽¹⁾، بل يجب التأكيد والتصميم على تنبيه المتعاقد الآخر بالخطورة الناشئة عن العقد⁽²⁾، ولكن في المقابل هو أضيّق نطاقاً من الالتزام بالنصح⁽³⁾.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالالتزام بالإعلام المصرفي

يقوم التزام البنك بالإعلام المصرفي بناء على نصوص قانونية خاصة في القانون البنكي بهدف إعادة التوازن بين المتعاقدين من حيث المعرفة، غير أن هذا الالتزام يقوم محاطاً بمجموعة من الشروط، منها ما هو لازم لقيام الالتزام على ذمة البنك باعتباره مديناً (الفرع الأول)، ومنها ما يمكن اعتباره من خصائص الالتزام، بحيث لا يكون تنفيذ البنك لهذا الالتزام صحيحاً ومغنياً له من المسؤولية إلا إذا استكمل هذه الشروط (الفرع الثاني).

أولاً: الشروط اللازمة لتقرير الالتزام بالإعلام المصرفي

يرتكز الحق في الإعلام المصرفي على فكرة مؤداها أن البنك بحكم خبرته يحوز كافة المعلومات المرتبطة بالخدمة المصرفية المزمع تقديمها، في حين أن المستهلك غالباً ما يوجد في مركز ضعف من جميع النواحي الاقتصادية والقانونية والمعرفية، وهو ما يؤدي إلى حدوث عدم تكافؤ بينهما في مستوى العلم والمعرفة، وبمفهوم المخالفة فإذا لم يكن هناك اختلاف في مستوى العلم بين الأطراف المقبلة على التعاقد فلا حاجة لتقرير الالتزام بالإعلام.

حددت المادة 09 من النظام رقم 20-01 التي كرست الالتزام بالإعلام المصرفي، المدين بهذا الالتزام في البنوك والمؤسسات المالية، أما الدائن فهو زبون البنك المزمع التعاقد معه، ولكنه لم يتضمن شروطاً إضافية خاصة بالبنك، كما لم تورد مثل هذه الشروط في القواعد المتعلقة بإعلام المستهلك، لكن الفقه والقضاء كرس شروطاً مرتبطة أساساً بعلم المدين (البنك) بالإعلام بالبيانات محل الإعلام وبأهميتها بالنسبة للمستهلك، وجهل الدائن (المستهلك) بهذه المعلومات جهلاً ومشروعاً.

1- علم البنك بالبيانات اللازمة لإبرام العقد وأهميتها بالنسبة للزبون:

اتجه القضاء الفرنسي في البداية إلى أن الشروط الأساسية لقيام الالتزام بالإعلام المصرفي تتعلق بجهل الزبون بالمعلومات والبيانات اللازمة لإبرام العقد، وتقييم افتراض مؤداه علم البنك

(1) Cass civ 1^{ère} chambre, 16 avril 1975, Bull I 1975, n° 71, p 53.

(2) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 220.

(3) GENEVIEVE Pignarre, Obligation d'information et de conseil: la responsabilité liée aux activités juridiques recueil des travaux du groupe de recherche européenne sur la responsabilité civile et l'assurance (GRERCA), édition Bruylant, Bruxelles, 2016, p 97.

بالإعلام بالمعلومات اللازمة لتمكين المستهلك من تكوين رضا كاف لإبرام عقد صحيح، هذا الافتراض غير قابل للدحض، حيث تقوم مسؤولية البنك على عدم توفر المستهلك على المعلومات المطلوبة دون حاجة إلى النظر في إذا ما كان يحوز مثل هذه المعلومات أم لا⁽¹⁾.

لكن تراجع القضاء عن الأخذ بقرينة العلم المطلقة-ويؤيده في ذلك بعض الفقه- والذي يرى أن استلزام هذا الشرط يعد أمرا منطقيا، إذ لا يعقل إلزام البنك بالإدلاء ببيانات أو معلومات هو أصلا لا يعلمها بل وليس في إمكانه العلم بها⁽²⁾.

غير أن تقرير مثل هذا الشرط على إطلاقه، قد يسمح للبنك التملص في كل مرة من التزامه بالإعلام بحجة جهله، وهذا ما يتنافى ومقتضيات حسن النية التي تقوم عليها العلاقات التعاقدية، وكذا واجب الحذر المفروض على البنك باعتباره مهني محترف، ولذلك فقد استقر القضاء الفرنسي على أن البنك الذي يجهل هذه المعلومات جهلا غير مشروع يعتبر كأنه يعلمها، فيبقى مسؤولا عن نقلها إلى المستهلك⁽³⁾، لأنه يتعين عليه الاستعلام عنها⁽⁴⁾، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على قرينة العلم المفترض بالنسبة للمهني المحترف⁽⁵⁾، فصفة الاحتراف بالنسبة للمدين بالإعلام من أهم القرائن التي يستفاد منها علمه بالمعلومات التي يتطلبها تكوين رضا مستتير للطرف الآخر في العقد⁽⁶⁾.

لا يكفي لقيام الالتزام بالإعلام علم البنك بالمعلومات المتعلقة بالعملية موضوع التعاقد، وإنما ينبغي علاوة على ذلك أن يكون على علم بالأهمية التي تمثلها هذه البيانات بالنسبة للزبون ومدى حاجته إليها لاتخاذ قراره في التعاقد⁽⁷⁾، ولتحقيق حماية حقيقية لرضا المستهلك الذي غالبا ما يصعب عليه إثبات علم البنك بأهمية الإعلام، يقيم الفقه قرينة افتراض علم المدين⁽⁸⁾، مع

⁽¹⁾ BENAYOUN André, « L'obligation d'information ou de conseil de la banque », **LEGI.COM**, n° 19, mars 1999, Paris, p 68.

⁽²⁾ نزيه محمد صادق المهدي، المرجع السابق، ص 252.

⁽³⁾ BOUCARD François, op.cit. p 100.

⁽⁴⁾ Ibid. P 102.

⁽⁵⁾ Cass civ 1^{ère} chambre, 7 mars 2006, Bull civ I, 2006, n° 132, p 123.

- Cass civ 1^{ère} chambre, 28 octobre 2010, Bull civ I, 2010, n° 215.

⁽⁶⁾ خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص ص 284-286.

⁽⁷⁾ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 260.

⁽⁸⁾ BOUCARD François, op.cit. p 103.

الوضع في الاعتبار كافة ما يصاحب العقد من ظروف ولما ينبغي التعامل به من اعتبارات حسن النية⁽¹⁾.

في المقابل يضع الفقه والقضاء الفرنسي بعض القيود على إعمال قرينة العلم بأهمية الإعلام عندما يتعلق الأمر بظروف استثنائية غير عادية، فمتى كانت العملية المزمع التعاقد حولها تتضمن ظروف استثنائية أو خاصة بالمستهلك تخرج عن العقود النموذجية المتعارف عليها، لم يعد من الممكن اعتبار البنك على بيّنة من أهمية تعرف الطرف الآخر عليها⁽²⁾.

لكن يكون شرط علم البنك بالبيانات اللازمة لإبرام العقد غير كاف لتقرير التزامه بالإعلام، إذا ما كانت هذه المعلومات المعروفة لديه غير متاحة بسبب أنها محمية بالسرية المصرفية، أو أنها تتعارض مع مبدأ عدم تدخل البنك في شؤون المستهلك⁽³⁾.

2- جهل المستهلك للبيانات اللازمة جهلاً مشروعاً:

على عكس ما هو مقرر في القواعد العامة المنظمة للالتزام بالإعلام، والتي حددت الدائن في الالتزام بالإعلام بالمستهلك⁽⁴⁾، فإن المادة 09 من النظام 01-20 السالفة الذكر حددت المستفيد من الإعلام المصرفي في الزبون والجمهور، بنصها "يتعين على البنوك إعلام زبائنها والجمهور..."، وبهذا التعميم فإن عبارة المادة تثير إشكالات في تحديد المستفيد من الإعلام المصرفي، الأول: يتعلق بمصطلح الزبون، وهو مصطلح له دلالة تقنية محددة في المجال البنكي، وينصرف إلى كل من جماعته معاملة سابقة بالبنك، سواء كانت بمناسبة علاقة مستمرة أو معاملة ظرفية عابرة⁽⁵⁾.

بهذا المعنى السالف الذكر فإنه لا يستقيم اعتبار الزبون مستفيد من الالتزام بالإعلام، الذي يفرض على البنك أدائه لصالح الطرف الآخر، قبل الدخول في أي علاقة تعاقدية، لذلك كان الأجدر بالمشروع أن يحدد معنى الزبون المستفيد من الإعلام بكل شخص سواء كان طبيعياً أو معنوياً دخل أو ينوي الدخول في علاقة تعاقدية مع البنك.

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 266.

(2) BOUCARD François, op.cit, p 105.

(3) علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 1203.

(4) تنص المادة 17 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج...".

(5) قريمس عبد الحق، المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011، ص 127.

من جهة أخرى، فإن الزبون المتعامل مع البنك قد يكون شخصا عاديا يفتح حسابا بنكيا، ويستفيد من خدمات الكترونية لأغراض شخصية واستهلاكية، كاستخدام بطاقة دفع لغرض اقتناء سلع أو الحصول على خدمات استهلاكية، وهو بذلك يأخذ معنى المستهلك⁽¹⁾، والذي جاء تعريفه في المادة 03 البند 1 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم⁽²⁾.

كما قد يكون الزبون شخص مهني يتعامل مع البنك لأغراض مهنية، فيصدر أمرا بتحويل الأموال الكترونيا لتسوية مستحقات ناجمة عن نشاطاتها المهنية، كأن يكون بنكا آخر أو شخص محترف ذو دراية وخبرة في المجال البنكي فيأخذ وصف المحترف.

وسّع المنظم البنكي من نطاق الإعلام المصرفي ليشمل إعلام المستهلك وغير المستهلك، متجاوزا بذلك معنى الإعلام في قوانين الاستهلاك، الذي كان الغرض الأساسي منه هو تنوير إرادة المستهلك قليل الخبرة والمعرفة، ولعلّ المبرر من وراء ذلك هو خصوصية العمليات المصرفية خاصة الالكترونية منها، بحيث يصعب على غير المصرفي المحترف في المجال التقني والالكتروني الإلمام بها.

أفرزت التطبيقات القضائية شروطا أخرى تتمثل في جهل الزبون بالمعلومات محل الإعلام، حيث اعتبر القضاء الفرنسي في قرارات صادرة عنه أن علم المستهلك بالبيانات من الأسباب الموجبة لإعفاء البنك من التزامه بالإعلام⁽³⁾، فالالتزام بالإعلام قصد به علاج حالات الاختلال الفادح في مستوى الدراية والمعرفة بين الطرفين، ولذلك ينبغي لوجوده أن يحوز أحدهما معلومات هامة فيكون على مستوى عال من الخبرة، ويكون الآخر في مستوى متدن إذ يجهل جميع أو معظم هذه المعلومات، فإذا انتفت هذه الفجوة وتوفرت لدى الطرفين معا وسائل العلم بالمعلومات المتعلقة بالعقد، فإنه حينئذ تنتفي الحكمة والعلة من فرض هذا الالتزام⁽⁴⁾.

(1) يُقرر الفقه بعض المعايير التي يمكن من خلالها التمييز بين المحترف والمستهلك، فيخرج من طائفة المستهلكين كل من كان قادرا للوصول إلى المعلومات المطلوبة بنفس الدرجة المتوفرة للمحترف، وهو ما يسمى بالمعيار الموضوعي، في حين يصر البعض على أن الغرض غير المهني للصفقة هو المعيار المناسب لتحديد وصف المستهلك.

- MORACHINI-ZEIDENBERG Stéphanie, « Consommateur ou professionnel : double qualification selon l'objet de l'opération », **La semaine juridique, entreprise affaires**, n° 49, 03 décembre 2015, p1560.

(2) تنص المادة 03 البند 01 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم على أنه: " المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

(3) Cass Com. 5 novembre 1991, Bull civ IV, 1991, n°327, p 227, not GUILLOT Jean-Louis, **RJDA**, n°68, janvier 1992, p 49.

(4) سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 14.

غير أنه لا يمكن للزبون أن يتذرع بأي نوع من أنواع الجهل إذ لا بد أن يكون جهلاً مشروعاً يستند لاستحالة العلم أو لاعتبارات الثقة المشروعة، واستحالة العلم بالبيانات المتعلقة بالخدمات البنكية المقدمة إلكترونياً قد ترجع لاعتبارات موضوعية، تتعلق بطبيعة البيانات بحد ذاتها فهي بيانات فنية دقيقة أو معقدة، وتطبيقاً لذلك فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى رفض الإعلام للمتعاقد الآخر عند التعاقد معه بسبب سهولة علمه بالمعلومة المطلوبة⁽¹⁾.

يمكن أن ترجع استحالة العلم لأسباب ذاتية تتعلق بقلة خبرة الزبون وعدم احترافه⁽²⁾، وفي هذا الصدد أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدة قرارات قضائية، أسقطت فيها مسؤولية البنك عن عدم إعلام الزبون المحترف⁽³⁾، وقد ذهب بعض الفقه إلى أبعد من ذلك، حيث لا يعتبرون جهلاً الدائن بالإعلام مشروعاً متى كان بإمكانه الحصول على البيانات والمعلومات اللازمة عن طريق الاستعلام سواء باللجوء لأهل الخبرة أو بالرجوع للمحترف نفسه⁽⁴⁾.

ثانياً: شروط صحة الالتزام بالإعلام المصرفي

لا يقتصر مضمون الالتزام بالإعلام المصرفي على مجرد نقل البنك لبيانات أو معلومات معينة للزبون، بل يجب أن يحقق هذا الإعلام الغرض الأساسي الذي قرر من أجله، وهو تنوير إرادة المستهلك، ولذلك حتى يكون تنفيذ البنك لالتزامه بالإعلام صحيحاً، يجب أن يتوافر على شروط خاصة، تتمثل فيما يلي:

1- أن يكون الإعلام بسيطاً ومفهوماً:

يشترط أن يُقدم الإعلام بعبارات وألفاظ بسيطة وسهلة وتجنب الأسلوب المركب والصياغة الفنية المعقدة، الذي يصعب معها على الدائن بالإعلام فهم مدلولاتها وإدراك مضامينها⁽⁵⁾، وإن

(1) سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 39.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 168.

(3) حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 18 فيفري 1997، برفض دعوى المسؤولية المرفوعة ضد البنك، من أحد العملاء وهو مدير شركة متخصصة في الاستثمار في البورصة، بسبب عدم تقديم البنك لمعلومات كافية حول السوق المالية، وهو ما ألحق بالشركة خسائر مالية، وقد أسست محكمة النقض رأيها هذا على اعتبار أن الزبون محترف في مجال البورصة، ويتضح من بعض المراسلات التي وجهها مجلس إدارة الشركة للبنك، أنه يحوز معلومات دقيقة ونادرة متعلقة بهذا المجال.

- Cass. Com. 18 février 1997, Bull n° 51, p 45.

(4) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 168.

(5) سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 290.

بساطة الألفاظ ووضوح العبارات تستلزم أن يتم الإعلام بطريقة مكتوبة بخط واضح سهل القراءة⁽¹⁾. بهذا المعنى جاء نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك⁽²⁾، حيث يمنع على المحترف استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك، كما تنص المادة 11 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على وجوب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة.

استنادا للنصوص السالفة الذكر يجب على البنك مراعاة الوضوح البساطة في تقديم وعرض المعلومات حول هذه الخدمات، وأن يتخلى عن الأسلوب المركب والألفاظ المعقدة التي يصعب على غير المتخصص فهم دلالتها واستيعاب معانيها⁽³⁾، خاصة وأن الخدمات المصرفية الإلكترونية ذاتها تتسم بالتعقيد وتحتاج إلى الدقة والتقنية في تنفيذها، مما يصعب على المستهلك فهم تفاصيل الخدمة المعروضة والمخاطر التي قد تحملها.

يتم تنفيذ شرط الوضوح من خلال عرض هذه المعلومات بصورة واضحة ومفصلة ومصاحبة لكل عقد على حدة، بحيث تأتي هذه الإرشادات ملائمة لنوع الخدمة البنكية وتفاصيلاتها الخاصة، والتي تختلف بحسب طبيعة الخدمة البنكية، وذلك من خلال شرح الخطوات بصورة مرتبة ومتسلسلة ومبسطة⁽⁴⁾.

2- أن يكون الإعلام كافيا:

يجب أن يتضمن الإعلام كل العناصر الأساسية المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، والتي تكون كافية لإقباله على التعاقد وهو على دراية تامة، وبناء على ذلك يتعين على البنك تزويد المستهلك

⁽¹⁾ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 291.

⁽²⁾ مرسوم تنفيذي رقم 13-378، المؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر ج ج عدد 58، الصادر في 18 نوفمبر 2013.

⁽³⁾ وقد أكد قانون الاستهلاك الفرنسي على فكرة وضوح البيانات محل الإعلام، حيث نصت المادة 111-7-2 منه على أن هذه المعلومات يجب أن يظهر طابعها التجاري دون غموض، ويجب الإدلاء بها للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة بكل الوسائل الملائمة لأداة الاتصال عن بعد المستخدمة في التعاقد.

⁽⁴⁾ التيممي علاء، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 354.

بكافة البيانات والإرشادات والنصائح التي تمكنه من الإلمام بتفاصيل الحصول على الخدمة المصرفية عن طريق الوسائط الإلكترونية⁽¹⁾.

يستقل قاضي الموضوع بتقدير مدى كفاية المعلومات المقدمة، والفقه من جانبه عمل على وضع بعض المعايير التي تساعد في تقدير مدى كفاية هذه المعلومات، حيث قرر شروطا يجب توافرها لاعتبار المعلومات المقدمة من البنك كافية، تتمثل في:

الشرط الأول: أن تُمكن هذه المعلومات المستهلك بالإعلام من اتخاذ قراره؛ فإذا لم يتمكن من خلال المعلومات المتحصل عليها من اتخاذ قراره، فيعتبر الإعلام غير مفيد وهو في حكم العدم⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن يكون لهذه المعلومات تأثير في تحديد قرار المستهلك، أي أن المعلومات لا تكون جوهرية إلا إذا كان لها تأثير مباشر في إرادة المستهلك بحيث توجهه نحو اتخاذ القرار الذي يناسبه⁽³⁾.

عملت العديد من التشريعات على حصر نطاق المعلومات التي تعد جوهرية، والتي يجب على البنك الإدلاء بها إلى الزبون⁽⁴⁾، أما في التشريع الجزائري فقد جاء نص الفقرة الأولى من المادة 09 من النظام 20-01 السابق الذكر عاما، حيث يجب أن يتضمن الإعلام بمفهوم هذا النص كل المعلومات المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، لكنه كان أكثر تحديدا فيما يتعلق بفتح الحسابات وذلك في الفقرة الثانية من نفس المادة، حيث حصر البيانات محل الإعلام في شروط استعمال الحسابات وأسعار الخدمات المختلفة، وكذا الالتزامات المتبادلة بين البنك والمستهلك⁽⁵⁾، متجاهلا بذلك توضيح مضمون هذا الالتزام في الخدمات الأخرى التي تقدمها البنوك بما فيها الخدمات الإلكترونية.

كان المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 13-378 أكثر تفصيلا في تحديد نطاق الالتزام بالإعلام، وبتطبيقها على الإعلام المصرفي فإن المعلومات التي يجب أن يشملها هذا الالتزام تتمثل فيما يلي:

(1) التيممي علاء، المرجع السابق، ص 350.

(2) BOUCARD François, op.cit, p 110.

(3) Ibid, p 111.

(4) من هذه التشريعات التوجيه الأوروبي 2000/31/CE المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

(5) إن كان المشرع الجزائري قد خص بالذكر عمليات فتح الحساب البنكي دون غيرها من العمليات الأخرى بالرغم من وجود عمليات أخرى أكثر تعقيدا وذات أهمية أكبر، يرجع إلى كون هذه العملية الأكثر طلبا بين الجمهور في مجال التعاملات البنكية في الجزائر، وهو وسيلة أساسية تمكن الزبائن من الاستفادة من خدمات الدفع الإلكتروني، كالتحويل الإلكتروني للأموال، وبطاقات الدفع، وأيضا الشيكات الإلكترونية...

أ- المعلومات المتعلقة بالبنك مقدم الخدمة:

يتعين على البنك في إطار التزامه بالإعلام أن يُمكن زبونه بجميع المعلومات اللازمة للتعريف به، إما عن طريق نشر هذه المعلومات على موقعه الإلكتروني وتمكين العامة من الإطلاع عليها، أو بإرسالها للزبون عن طريق البريد الإلكتروني، وحتى من خلال المستندات الورقية التي توضع تحت تصرف المستهلك.

وتطبقا لنص المادة 55 من المرسوم التنفيذي 13-378، فإنه يجب على البنك تمكين المستهلك من المعلومات التالية:

- اسم البنك وعنوان مقره الرئيسي، وإذا كان فرع بنك عنوان الفرع.
 - رقم القيد في السجل التجاري.
 - رقم وتاريخ صدور الترخيص من مجلس النقد والقرض، وأيضا رقم وتاريخ صدور الاعتماد.
- لكن عندما يتعلق الأمر بالثبوت من هوية البنك الإلكتروني الذي لا تكون له أية هياكل مادية، فإنه يتعين على المستهلك التأكد من صحة هذه البيانات لدى السلطات الرسمية المختصة، لذلك فإن المشرع الفرنسي في المادة 19 من القانون رقم 2004-575 المتعلقة بالثقة في الاقتصاد الرقمي أوجب على مقدم الخدمات عن بعد أن يوفر للمستهلكين عبر وسائل مفتوحة على مواقعها الإلكترونية جميع البيانات التي تمكنه من الثبوت من هوية المحترف، وهو ذات الأمر الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁽¹⁾.

ب- المعلومات المتعلقة بالخدمة المقدمة وحدود المسؤولية:

من أهم المعلومات التي تساعد على تنوير إرادة المستهلك تلك المتعلقة بالخدمات البنكية المزمع التعاقد حولها، لذلك نجد المشرع يلزم البنوك بإعلام المستهلك بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، والتي تختلف باختلاف طبيعة الخدمة البنكية المزمع الحصول عليها، ففي التحويل الإلكتروني للأموال مثلا يتعين على البنك إعلام المستهلك بكافة التفاصيل الخاصة بشروط العملية، كأنواع التحويلات الإلكترونية التي يمكن له القيام بها في ضوء رصيده أو في ضوء الائتمان الذي يمكن للبنك أن يمنحه له⁽²⁾، وتكاليف عملية التحويل الإلكتروني والعمولة التي

(1) تنص المادة 11 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه: "...ويجب أن يتضمن على الأقل، وليس على السبيل الحصر، المعلومات الآتية:- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني....".

(2) محمد عمر ذوابة، أكرم ياملكي، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني (دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص ص 29-30.

يستحقها البنك عن كل عملية تحويل، ونظرا لأهمية هذا العنصر بالنسبة للزبون فإنه يستلزم تقديم بيان تفصيلي لمشتملاته من ضرائب أو رسوم أو مصاريف أخرى قد تتطلبها الخدمة المقدمة⁽¹⁾.

كذلك يتعين على البنك إعلام المستهلك بالوسائل التي تمكنه من إخطار البنك في حالة حدوث تحويل لأمواله بطريقة غير مشروعة، والطرق التي من خلالها يستطيع المستهلك أن يتسلم رسائل البنك وإشعاراته، وكيف يسجل أي خطأ فيها والإجراءات الواجب اتباعها في حالة اكتشاف مثل هذا الخطأ، والمدة القانونية التي يمكن للزبون خلالها القيام بإخطار البنك⁽²⁾، كذلك التحذير من أي سوء استخدام قد يؤدي بالمستهلك إلى فقد أمواله أو السطو عليها إلكترونيا⁽³⁾، والمدة الدنيا للعقد المقترح وكذلك شروط فسخ العقد⁽⁴⁾.

من المعلومات أيضا التي توجب بعض القوانين المقارنة إبلاغها للزبون⁽⁵⁾، هي مدى إمكانية العدول عن العقد أو التراجع عنه، وفي حالة ثبوته قانونا، يجب إعلام المستهلك بوجود مثل هذا الحق وشروط وكيفية ممارسته⁽⁶⁾.

بالإضافة إلى المعلومات المتعلقة بشروط الخدمة البنكية المقدمة باستخدام وسيلة إلكترونية، يتعين على البنك بيان حدود المسؤولية المترتبة على تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، من خلال بيان حدود مسؤولية المستهلك عن العمليات غير المشروعة أو غير المرخص بها، كما لو أهمل المستهلك في المحافظة على أدوات الدخول لحسابه والتعامل فيه، أو ضيع بطاقة الدفع الخاصة به أو ضيع الرقم السري للبطاقة أو سمح للغير باستعمالها⁽⁷⁾، وكذلك حالات قيام مسؤولية البنك عن الأخطاء التي تنشأ من جانبه أو في حالة فشله في تحقيق ما طلبه المستهلك.

ج- المعلومات المتعلقة بالوسيلة المستخدمة:

نميز في هذا الشأن بين الوسيلة المستخدمة في إيصال المعلومات للزبون، والوسيلة المستخدمة في تقديم الخدمة البنكية، وبالنسبة للأولى فلم يصرح المنظم البنكي بوجوب أن تكون الوسيلة المستخدمة في إيصال المعلومات والبيانات للزبون في شكل مكتوب، واكتفى بالنص في

⁽¹⁾ MORENO Dominique, « Le droit français et le commerce électronique », **JCEP**, n° 4, 2002, p 13.

⁽²⁾ محمد عمر ذوابة، أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص 506.

⁽³⁾ كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 355.

⁽⁴⁾ المادة 55 البند 07 و 09 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378، المرجع السابق.

⁽⁵⁾ Article L121-19 de Code de la consommation français, op.cit

⁽⁶⁾ مصطفى أحمد أبو عمر، المرجع السابق، ص 153.

⁽⁷⁾ التميمي علاء، المرجع السابق، ص 505.

الفقرة الأخيرة من المادة 09 من النظام رقم 20-01 السالفة الذكر، على أنه: "يجب تحديد هذه الشروط في عقد فتح الحساب أو في المستندات المرسلة لهذا الغرض"⁽¹⁾.

أما المشرع الفرنسي فقد كان أكثر دقة بخصوص هذه المسألة وأوجب على البنوك من خلال المرسوم رقم 2005-648 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد للمستهلكين، أن يتم إبلاغ المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالشروط التعاقدية سواء بالكتابة التقليدية أو على دعامة إلكترونية ثابتة تتاح للمستهلك وتكون تحت تصرفه في الوقت المناسب⁽²⁾، وتتضمن الدعامة الثابتة الأقراص المرنة والأقراص المدمجة وأقراص الفيديو الرقمية والقرص الصلب لجهاز الكمبيوتر...⁽³⁾.

يشترط أيضا في الوسيلة المستخدمة في الإعلام أن تكون سهلة ومباشرة، تجعل المعلومات متاحة للزبون، بحيث يمكن له الوصول إليها بسهولة⁽⁴⁾، فلا يضطر المستهلك لشراء أو استعمال أي برنامج خاص للوصول إلى المعلومة المطلوبة⁽⁵⁾، كما يشترط فيها الأمان، أي عدم إمكانية تحريف مضمونها، بحيث يمكن الاطلاع على البيانات ونسخها ولكن لا يمكن تحريفها أو تعديلها⁽⁶⁾.

(1) أنظر: الملحق رقم 01.

(2) Article 121-20-11 de Code de la consommation français, op.cit.

(3) عرفت المادة 20 من التوجيه الأوروبي الصادر في 23 سبتمبر 2002 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد للمستهلكين الدعامة الثابتة بأنها كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات الموجهة إليه شخصيا بما يتيح له الرجوع إليها فيما بعد في فترة تتناسب مع الغرض منها.

- Article 05 de la directive n° 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, dispose: « Les «supports durables» incluent notamment les disquettes informatiques, les CD-ROM, les DVD et le disque dur de l'ordinateur du consommateur sur lequel le courrier électronique est stocké, mais ils ne comprennent pas les sites Internet, sauf ceux qui satisfont aux critères spécifiés dans la définition des supports durables ».

يعرف الفقه الدعامة الثابتة بأنها "كل وسيلة إلكترونية تتيح للمستهلك العلم بالبيانات التي أدلى بها المهني إلكترونيا تنفيذًا لالتزامه بالإعلام، أو استرجاعها وقتما يشاء بمناسبة إبرام أو تنفيذ العقد"

- مصطفى أحمد أبو عمر، المرجع السابق، ص 133.

(4) SHANDI Yousef, La formation du contrat à distance par voie électronique, thèse de Doctorat en Droit privé, Faculté de droit et de sciences politiques et de gestion, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2005, p101.

(5) Ibid, p 102.

(6) COUPEZ François, VERBIEST Thibault, « Commercialisation à distances financiers: bilan d'un nouveau cadre juridique », **Recueil Dalloz**, n° 44, 2006, p 3064.

إلى جانب التأكد من تقديم المعلومات بالوسيلة المناسبة، يتعين على البنك أيضا أن يحرص على تقديم البيانات الضرورية حول الوسيلة التقنية المستخدمة في تقديم الخدمة البنكية⁽¹⁾، ومن هذه المعلومات الخطوات الفنية الواجب اتباعها لإبرام العقد عن بعد، والوسائل التقنية المتاحة لتحديد الأخطاء المرتكبة عند إدخال البيانات، وكيفيات تصحيحها، وأيضا توضيح اللغات التي يمكن استعمالها في إبرام العقد، كما تجب الإشارة إلى كيفية حفظ العقد في الأرشيف وشروط الوصول إليه فيما بعد⁽²⁾.

كما تستلزم بعض التشريعات إعلام المستهلك بالقانون الواجب التطبيق على العلاقة السابقة على التعاقد، ووجود أي بند فيما يتعلق باختيار الاختصاص⁽³⁾، وكذا إعلامه بوجود أو عدم وجود طرق أخرى غير قضائية يمكنه اللجوء إليها من أجل تقديم الشكاوى أو حل النزاعات القائمة، وفي حالة توقّر هذه الوسائل غير القضائية لحل النزاعات، يجب توضيح الإجراءات التي يجب اتباعها في كل حالة⁽⁴⁾.

3- أن يكون الإعلام صحيحا وصادقا:

لا يكفي أن تكون العبارات المستعملة في الإعلام واضحة وسهلة القراءة وشاملة، بل يشترط إلى جانب ذلك أن تكون صادقة، لأن العبرة من الالتزام بالإعلام هو تنوير إرادة المستهلك، حتى يكون إقباله على التعاقد نابعا عن إرادة واعية حرة مستنيرة⁽⁵⁾، لذلك يتعين على البنك قبل توجيه الإعلام إلى زبائنه أن يراعي فيه جانب الصدق والدقة، حتى يحقق الغرض منه، وفي هذا الشأن تنص المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 على أنه: " تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنهما إحداث لبس في ذهن المستهلك".

لصعوبة التحكم في المعلومات المتدفقة عبر الأنترنت، فقد أوجب المشرع الفرنسي توافر شروط معينة في الحالة التي يتم فيها الإعلام عن طريق وسائل الاتصال عن بعد، وهي أن تكون

(1) Art L222-5 de code de la consommation français, op.cit.

(2) CACHARD Olivier, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », **RLDC**, n° 8, septembre 2004, Paris, p 08.

(3) Article 120-20-10 de Code de la consommation français, op.cit.

(4) MATHIEU Marie-Elisabeth, « Vers des nouvelles obligations d'information précontractuelles à la charge du prestataire de services de paiement en ligne », **RDBF** n°3, mai-juin 2010, Paris, p 54.

(5) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 303.

المعلومات التي يتم نشرها من قبل المحترفين صادقة ووضاحة وشفافة، وأوكل للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات مهمة تحديد مضمون ونماذج لهذه المعلومات⁽¹⁾.

4- أن يتم الإعلام باللغة الوطنية:

لا يمكن أن يتسنى للزبون المستهلك فهم الإعلام الموجه إليه من المحترف وإدراكه إلا إذا جاءت ألفاظه وعباراته باللغة التي يفهمها ويعرفها، ولذلك فقد حرص المشرع على أن يتم الإعلام باللغة الوطنية، وفي الحقيقة فإن المنظم البنكي لم يشر إلى مثل هذا الشرط، واكتفى بذكر المبدأ العام المتمثل في ضرورة إعلام المستهلك بالشروط البنكية، لذلك نستدل بالحكم الوارد في نص المادة 18 من القانون رقم 03-09 المعدل والمتمم والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: "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...".

عاد المشرع ليؤكد على نفس الحكم من خلال المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378⁽²⁾، وهذه الأحكام جاءت تماشيا مع المبدأ العام الذي كرسه القانون رقم 91-05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية⁽³⁾.

لكن المتفحص لبعض المواقع الالكترونية للبنوك العاملة في الجزائر، يلاحظ تجاهل مثل هذا المبدأ، واستعمال اللغة الفرنسية في عرض أغلب المعلومات حول العمليات البنكية التي تجريها

⁽¹⁾ Article L111-7-2 de code de la consommation français dispose : « toute personne physique ou morale dont l'activité consiste, à titre principal ou accessoire, à collecter, à modérer ou à diffuser des avis en ligne provenant de consommateurs est tenue de délivrer aux utilisateurs une information loyale, claire et transparente sur les modalités de publication et de traitement des avis mis en ligne..... Un décret, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités et le contenu de ces informations ».

⁽²⁾ تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378، على أنه: "يجب أن تحرر البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الاستيعاب لدى المستهلك....".

⁽³⁾ تنص المادة 21 من القانون رقم 91-05، المؤرخ في 16 جانفي 1991، يتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، ج ر ج عدد 03، الصادر في 16 جانفي 1991، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-30، المؤرخ في 21 ديسمبر 1996، ج ر ج ج عدد 81، الصادر في 22 ديسمبر 1996.

والخدمات التي تقدمها⁽¹⁾، بالرغم من أهمية هذه المواقع الالكترونية في إعلام الزبائن والجمهور، وهو ما يعيق وصول هذه المعلومات إلى شريحة كبيرة من المستهلكين قليلي الدراية بالمصطلحات البنكية أصلا.

لا يمكن أن ننفي أهمية استعمال لغات أجنبية في عرض هذه البيانات على المواقع الالكترونية للبنوك، لأن الإعلام عبر الشبكات الالكترونية يتسم بالطبيعة العالمية، ولكن يجب أن تكون اللغة الوطنية هي الأصل وعلى سبيل الإضافة تستعمل لغات أخرى أجنبية، ولهذا كان الأجدر بالمشروع ومن أجل منع تملص البنوك من هذا الالتزام إدراج هذا الشرط ضمن أحكام القانون البنكي، وتمكين جهة الرقابة البنكية ممثلة في اللجنة المصرفية من الحرص على مراقبة مدى التزام البنوك باستعمال اللغة العربية في الوثائق والمستندات المقدمة للزبائن، سواء على دعامات ورقية أو في المواقع الالكترونية والتي يكون الغرض منها إعلام المستهلك⁽²⁾.

إن اشتراط استعمال اللغة الوطنية في إعلام المستهلك بصفة عامة شرط تتقق فيه كل التشريعات المقارنة، إذ حرص المشرع الفرنسي على استعمال اللغة الفرنسية في جميع مراحل إبرام العقد، من خلال إصدار القانون رقم 96-665 والمسمى بقانون توبون⁽³⁾ والمتعلق باستخدام اللغة الفرنسية، ويترتب على هذا القانون أنه يتعين على الشركات الأجنبية التي تستهدف السوق الفرنسية؛ خاصة فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية؛ استعمال اللغة الفرنسية في تزويد زبائنها بالمعلومات الضرورية.

يرى بعض الفقه بصعوبة تطبيق هذا الحكم من الناحية العملية خاصة بالنسبة للشركات التابعة للاتحاد الأوروبي، لأن هذا الشرط يمكن أن يكون عائقا أمام مبدأ حرية حركة السلع داخل السوق المشتركة، ولهذا السبب قضت محكمة العدل الأوروبية بأن قانون توبون يتتافى مع قواعد الاتحاد الأوروبي التي تقضي بحرية الحركة⁽⁴⁾، كما أن بعض الفقه يشكك في فعالية استخدام اللغة

⁽¹⁾ من هذه المواقع الالكترونية، نجد موقع بنك الجزائر الخارجي: www.bea.dz، وموقع بنك التنمية المحلية: www.bdl.dz، أيضا القرض الشعبي الجزائري، ebanking.cpa-bank.dz

على عكس هذه البنوك نجد الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط يوفر المعلومات اللازمة لزبائنه باللغة العربية، على الموقع الالكتروني: www.cnepanque.dz، كما استعملت اللغة العربية ولو بشكل محدود عند عرض البيانات والمعلومات البنكية في الموقع الالكتروني لبنك الفلاحة والتنمية الريفية: www.badr-bank.dz

⁽²⁾ بالرغم من صعوبة الأمر من الناحية العملية، حيث أن المصطلحات المصرفية في الجزائر، خاصة الفنية منها أخذت من مصادر فرنسية، لذلك قد تجد البنوك صعوبة في إيجاد المصطلحات المرادفة باللغة العربية بالدقة المطلوبة.

⁽³⁾ Loi n° 94-665 du 4 août 1994, relative à l'emploi de la langue française : JORF du 5 août 1994.

⁽⁴⁾ FRISON-ROCHE Marie-Anne et GERMAI Michel, « Obligation de traduction française des documents d'information », **RDBF**, n° 2, mars-avril 2001, Paris, p 99.

الفرنسية في مجال الأنترنت، على أساس أن الشبكة العنكبوتية تستعمل اللغة الإنجليزية كلغة عالمية⁽¹⁾، ولذلك ذهب بعض الاجتهادات القضائية إلى ان استعمال اللغة الفرنسية في العقود الدولية المبرمة عن بعد اختياري بالنسبة للأطراف⁽²⁾.

المطلب الثاني:

حماية المستهلك ضد اخلال البنك بالتزامه بالإعلام

إن التكريس التشريعي لالتزام البنك بالإعلام ينشأ للزبون حقا قانونيا في الحصول على جميع المعلومات الضرورية حول العملية المزمع التعاقد حولها، ويبدو جليا تقطن المشرع لأهمية هذا الحق في حماية إرادة المستهلك، لكن الملاحظ ميل البنوك إلى إهمال احترام مثل هذا الحق بالنسبة للزبائن، فهي تهتم بالإعلام الإشهاري الذي يكون الغرض منه أصلا الترويج للخدمات الالكترونية التي تقدمها، فتتخير المعلومات التي تحسن من سمعة الخدمة وتهمل تلك التي قد تكشف عن مخاطرها، كما أن الإعلام الإشهاري في الغالب لا يتضمن البيانات التفصيلية التي يريد المستهلك العلم بها والتي يكون لها تأثير بالغ في إرادته.

لذلك فإن الحماية الفعالة للمستهلك لا تتحقق بمجرد الاعتراف بالحق في الإعلام ، بل يجب الحرص على ضمان احترام البنوك لهذا الحق بتحديد الأفعال التي تعتبر اخلالا بهذا الالتزام (الفرع الأول)، وتوفير الوسائل القانونية الكفيلة بجبر الأضرار التي تلحق المستهلك بسبب المساس بحقه في الإعلام، وردع البنوك عن مثل هذه الأفعال من خلال توقيع الجزاءات القانونية المناسبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اخلال البنك بالتزامه بالإعلام المصرفي

بالرغم من أهمية الإعلام في حماية إرادة المستهلك في مواجهة بنك محترف ذو خبرة وكفاءة عالية في المجال البنكي والمالي، إلا أن هذا الأخير قد يتجاهل في خضم سرعة وكثرة تعاملاته اليومية تنفيذ هذا الالتزام، وقد يكون عدم التنفيذ عن قصد ودراية منه، ولتطبيق الجزاءات القانونية المقررة على البنك في هذه الحالة، يستدعي الأمر تحديد الفعل الصادر من البنك والذي يعد اخلالا بالالتزام بالإعلام (أولا)، ومن جهة أخرى إثبات وقوع هذا الإخلال (ثانيا).

⁽¹⁾ CACHARD Olivier, op.cit, p 8.

⁽²⁾ Cass Com, 29 février 2000, Bull civ IV, n° 44, p 37.

أولاً: صور إخلال البنك بالتزامه بالإعلام

الإعلام المصرفي ليس مجرد عملية فنية تنتهي بنقل بيانات معينة للزبون، أو بذكر بعض المعلومات حول الخدمات البنكية الإلكترونية التي يوفرها البنك، إنما هو التزام قانوني مستقل يستقر كمبدأ أساسي في النظام الحمائي المقرر لزبائن البنوك، فقد أحاطه المشرع بمجموعة من الشروط والأوصاف، بحيث لا يعتبر تنفيذ البنك له صحيحاً إلا بتوافرها، فامتناع البنك التام عن الإعلام لا يعتبر الصورة الوحيدة لإخلاله، وإنما تتعدد صور هذا الإخلال بحسب طبيعة العيب الذي شاب الإعلام الذي قام به البنك.

إجمالاً يمكن القول أن فعل البنك الذي يشكل إخلالاً بالتزامه بالإعلام قد يأخذ مظهرًا سلبيًا، من خلال الامتناع التام عن الإدلاء بالمعلومات، أو مظهرًا إيجابيًا من خلال تقديم معلومات لا تتوافر على الشروط المطلوبة قانوناً، فيكون تنفيذ البنك لالتزامه هذا تنفيذاً معيباً.

1- امتناع البنك عن الإدلاء بالمعلومات المطلوبة:

قد لا يكون من مصلحة البنك الإفصاح عن بعض المعلومات المتعلقة بالشروط البنكية للعقود التي تبرمها والخدمات التي تقدمها والتي قد يرفضها المستهلك في حالة علمه بها، كما قد ينجم عن تنبيه المستهلك إلى المخاطر التي تصاحب الخدمة التي هو مقدم على التعاقد حولها إلى تراجع هذا الأخير عن إبرام العقد، فيؤدي الإعلام إلى لفت انتباه المستهلك إلى بعض الحقوق المقررة له قانوناً والذي يكون غافلاً عنها كحقه في العدول مثلاً، لذلك قد تتهرب البنوك في مثل هذه الحالات من تنفيذ التزامها بالإعلام.

هذه الأفعال تعد إخلالاً بالتزام قانوني من جهة، واعتداء على حق من حقوق المستهلك من جهة أخرى، يتعين ردعه بمختلف الوسائل القانونية المتاحة للمحافظة على مصالح زبائن البنوك في مواجهة محترف ذو قدرة مالية وفنية تمكنه من تحقيق مزايا غير مشروعة على حساب زبائنهم.

كما يعد إخلالاً من جانب البنك التأخر في تقديم الإعلام إلى ما بعد إبرام العقد، فإذا لم يقدم البنك بإمداد المستهلك بالبيانات والمعلومات المحددة قبل إبرام العقد كان مخالفاً بالتزامه، ويعتبر هذا الإعلام كأن لم يكن، وبالتالي يمكن للزبون المتضرر طلب توقيع الجزاءات المناسبة، فلا عبرة بأدائه بعد التعاقد لأن الحكمة منه انتقت⁽¹⁾، فلكي يستفيد المستهلك من البيانات والمعلومات المقدمة يجب أن يعلم بها قبل صدور قبوله ليكون قراره نابعا عن إرادة مستنيرة⁽²⁾.

(1) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 308.

(2) مصطفى أحمد أبو عمر، المرجع السابق، ص 130.

تنص المادة 09 من النظام رقم 20-01 على وجوب أن يتم تقديم البيانات المطلوبة عند إرسال المستندات اللازمة لإبرام العقد أو على الأقل عند إبرام العقد، ويبقى هذا النص غير واضح في تحديد الوقت الذي يجب أن يتم فيه الإعلام المصرفي، خاصة عندما ينص على أن يتم الإعلام وقت إبرام العقد، لأنه في هذه اللحظة غالبا ما لا يكون للمستهلك الوقت والفرصة للتفكير أو الاستفسار لدى ذوي الخبرة حول مدى ملاءمة هذه الشروط للمصالح التي يرجو تحقيقها من وراء إبرام العقد.

وفقا للتوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك عند تسويق الخدمات المالية عن بعد فإن الإعلام يجب أن يتم قبل إبرام العقد بفترة زمنية كافية⁽¹⁾، وهذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي من خلال المادة 111-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽²⁾، ومع ذلك فإن بعض الفقه يرى بأنه لا يكفي القول بأن الوقت هو المرحلة السابقة على التعاقد، بل من الضروري تحديد لحظة معينة توجب خلالها الإدلاء بالبيانات للزبون⁽³⁾.

2- الإعلام المعيب:

لا يتخلص البنك من التزامه بالإعلام بمجرد الإدلاء بمعلومات معينة حول الشروط البنكية المطبقة على الخدمات الالكترونية التي يقدمها، بل عليه أن يتحرى توافر الشروط القانونية اللازمة لصحة هذا الإعلام وإلا اعتبر هذا الإعلام معيبا، ومن أهم حالات الإعلام المعيب ما يلي:

أ- الإعلام التقريبي:

هو الإعلام الذي يفقر إلى شرط الوضوح والكفاية، فقد يكون الإعلام تقريبا بسبب عدم وضوح الأسلوب المستعمل في تقديم المعلومات فيكون معقد ومركب، بحيث يعجز غير المتخصصين عن فهم مدلولاتها وإدراك مضامينها، ويعتبر إعلاما تقريبا ذاك الذي يفرغ في عدد كبير من الصفحات، حيث يدرج البنك في سطور إحدى صفحاته معلومات جوهرية ذات تأثير

⁽¹⁾ L'article 10 de DIRECTIVE 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, op.cit.

⁽²⁾ L'article 111-1 de la code de consommation : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :... ».

⁽³⁾ BOUCARD François, op.cit, p 398.

كبير على إرادة المستهلك⁽¹⁾، أو كتابة شروط العقد بحروف صغيرة لا يمكن قراءتها، أو صياغة النصوص بطريقة لا يفهمها غير المتخصصين من رجال القانون⁽²⁾.

كما يعتبر الإعلام غير الكافي من صور الإعلام التقريبي، لأنه لا يحقق الهدف المنشود من الإعلام، وهو الذي لا يحيط بجميع المعلومات المتصلة بالعقد المراد إبرامه، ولكن في المقابل لا يجوز تقديم المعلومات بشكل مكثف، فكمثرية المعلومات أو الإرشادات تنتهي بعدم الانتباه إلى المعلومة بحيث يشتت المستهلك عن استيعاب هذا الكم الهائل من البيانات، لذلك يجب أن يتحرى البنك الدقة في الإعلام، فيكون بالقدر الذي يساعد المستهلك على اتخاذ القرار الصحيح بشأن العقد المراد إبرامه⁽³⁾.

ب - الإعلام المخطئ أو المغلوط فيه:

يعرف بأنه ذلك الإعلام الذي يتسم بعدم الدقة والنقص دون أن يكون لدى فاعله القصد أو العمد في ارتكابه، فهو إعلام معيب لكن سبب عدم صحته يرجع إلى الغلط أو الإهمال من جانب المدين به⁽⁴⁾، فالبنك عندما يقدم هذا النوع من الإعلام لم يقصد عدم الدقة وعدم الكفاية فيه، ومع ذلك يتحمل البنك مسؤولية مدنية كاملة عن الخطأ في المعلومات التي يقدمها، إذ يتعين عليه باعتباره مهني محترف بدل عناية فائقة في التأكد من صحة ودقة المعلومات المالية والمصرفية التي يقدمها للزبائن.

ج - الإعلام الكاذب أو المبالغ فيه:

يهدف الإعلام في مجال الخدمات البنكية الالكترونية إلى منح المستهلك إمكانية الاستفادة من هذا النوع من الخدمات وهو متبصر بمنافع هذه الخدمة والأخطار المحيطة بها، وهذا لا يتحقق إلا إذا كانت المعلومات المقدمة مطابقة للحقيقة، لذلك يتعين على البنك أن يتحرى الصدق في تقديم المعلومات وإلا اعتبر هذا الإعلام مزيف أو مزور⁽⁵⁾.

(1) سرور محمد شكري، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الصناعية الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 128.

(2) عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 31.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 304.

(4) خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 148.

(5) تؤكد النصوص العامة المنظمة للالتزام بالإعلام على عدم جواز تقديم معلومات كاذبة للمستهلك، إذ تنص المادة 56 من المرسوم التنفيذي 13-378 على أنه: "تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنهما إحداث لبس في ذهن المستهلك".

مقتضى الكذب هو الإعلام بنية التخليط والحصول على منفعة شخصية بإيراد معلومات غير صحيحة، أما المبالغة في الإعلام فمن شأنها أن تصور للزبون حصوله على منفعة كبيرة تفوق كثيرا ما يمكن أن يحققه في الواقع، غير أن البعض يرى أن الكذب البسيط لا يمكن تعديده ضمن حالات الكذب التي تجعل الإعلام معيباً⁽¹⁾، مثل تقديم البنك توقعات متفائلة حول ارتفاع قيمة عملة أجنبية في الأسواق العالمية فيقدم للزبون معلومات على أساس هذه التوقعات، في حين لا يكون هذا الارتفاع بحسب تطلعات البنك.

د - الإعلام المرجعي:

يعرف الإعلام المرجعي بأنه ذلك الإعلام الذي لا يعتمد في دقته وكفايته على ذاته، وإنما يرجع في ذلك إلى مصدر آخر يحيل إليه كمرجع له في البيان والإيضاح، فهو إعلام غير كاف وغير كامل وغير دقيق بالنظر إلى طبيعته نفسها، فهو يستدعي الرجوع إلى مصدر آخر يكمله ويوضحه⁽²⁾، ومثال الإعلام المرجعي هو أن يشير الموقع الإلكتروني للبنك أو وثيقة الإعلام إلى وجوب الرجوع فيما يخص المسؤولية المترتبة عن ضياع بطاقة الدفع إلى مذكرة صادرة عن البنك، حيث يجب أن تتضمن وثيقة الإعلام المقدمة من البنك؛ سواء على دعامة ورقية أو دعامة الكترونية؛ المعلومات الضرورية التي أوردتها النصوص القانونية بالإضافة إلى الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وإلا اعتبر هذا الإعلام غير دقيق وغير كاف.

ثانياً: إثبات إخلال البنك بالتزامه بالإعلام

إن إثبات إخلال البنك بالتزامه بالإعلام بمناسبة تقديم خدمات بنكية الكترونية يثير نوعين من المسائل القانونية، الأولى تتعلق بالأدلة القانونية التي يتعين تقديمها لإثبات الإخلال أو عدم وقوعه، والثانية تتمثل في تحديد الطرف الذي يتحمل عبء إثبات تنفيذ الالتزام أو عدم تنفيذه، وتجدر الإشارة إلى أن قواعد الإثبات المطبقة في هذه الحالة ترتبط ارتباطاً مباشراً بطبيعة الالتزام في حد ذاته، إذا ما كان التزم بتحقيق نتيجة أم التزم ببذل عناية.

1- ارتباط قواعد الإثبات بالطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام :

ينقسم الفقه بشأن الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام إلى فريقين، الأول يعتبره التزم بتحقيق نتيجة وآخر يذهب إلى أنه مجرد التزم ببذل عناية، وتظهر أهمية هذا التقسيم من حيث اختلاف

(1) ساسان رشيد: "المسؤولية عن الإعلام قبل التعاقد"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار - عنابة، عدد 39، سبتمبر 2014، ص 160.

(2) المرجع نفسه، ص 150.

طريقة الإثبات، فعندما يتحمل البنك التزاما ببذل عناية، فإنه يجب إثبات عدم الأداء بالمعنى القانوني، والذي يستلزم التدقيق في سلوكه وتقييمه فيما إذا كان قد بذل العناية المطلوبة أم لا، في حين إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فيتم تنفيذ الالتزام بتحقيق الأداء المادي وهو النتيجة المرجوة⁽¹⁾.

أ- الالتزام بالإعلام التزم ببذل عناية:

يرى اتجاه في الفقه بأن الالتزام بالإعلام المصرفي يستجمع الشروط المطلوبة في الالتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، وذلك أن البنك ليس مطالبا بأكثر من تنوير رضا المستهلك باستخدام كافة الوسائل المناسبة التي تجعله التزما ناجعا⁽²⁾، ولكنه لا يستطيع في المقابل أن يضمن اتباع المستهلك ما أبداه البنك من نصائح ومعلومات وتوجيهات وتقيده بها⁽³⁾.

تختلف درجة العناية المطلوبة من البنك بذلها في تنفيذه وأداءه لالتزامه بالإعلام بحسب طبيعة المعلومات التي يلتزم بإعلامها لزيائنه ونوعها، فعندما تكون هذه المعلومات جوهرية ومتصلة بموضوع التعاقد، يكون على البنك بذل عناية شديدة في إيصالها للزبون⁽⁴⁾، أما عندما تكون هذه المعلومات فنية غير جوهرية، فإن القضاء الفرنسي يقبل مجرد العناية البسيطة⁽⁵⁾، أي أن يبذل البنك عناية الرجل العادي.

ب- الالتزام بالإعلام التزم بتحقيق نتيجة:

يعتبر العديد من الفقهاء أن الالتزام بالإعلام هو التزم بتحقيق نتيجة، أي نقل المعلومات وتزويد الطرف الآخر بها⁽⁶⁾، حيث أن البنك ملزم بتحقيق نتيجة في تنفيذ هذا الالتزام، بغض النظر عن المسلك الذي يسلكه المستهلك بعد ذلك، سواء استمع إلى تحذيره واتبع نصيحته أم لا⁽⁷⁾، فالمتعاقد العادي إذا تعاقد مع شخص محترف تقوم قرينة لصالحه، أن المتعاقد المحترف يعلم بالبيانات المطلوبة وبتأثيرها على إرادة الطرف الآخر، وهي تلك القرينة التي يطلق عليها الفقه "قرينة تشبيه المتعاقد المحترف بالمتعاقد السيء النية"⁽⁸⁾.

⁽¹⁾ REMY Philippe: «La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept», **RTD.Civ**, 1997, p 232.

⁽²⁾ BOUCARD François, op.cit, p 112.

⁽³⁾ سعداوي سليم، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 30.

⁽⁴⁾ نزيه محمد صادق المهدي، المرجع السابق، ص 181.

⁽⁵⁾ Cass civ 2^{ème} chambre, 28 juin 2007, Bull civ II, n° 152, 2007, p 356.

⁽⁶⁾ LE TOURNEAU Philippe, CADIET Loïc, Droit de la responsabilité, DALLOZ, Paris, 1997, p 423.

⁽⁷⁾ BENAYOUN André, op.cit, p 67.

⁽⁸⁾ Ibid, p 69.

يترتب على هذا القول أنه يجب على البنك في صدد تنفيذه لالتزامه بالإعلام عند الضرورة أن يطلب من زبونه تحديد ما يريد، وأن يستفهم منه عن حقيقة حاجاته بخصوص العقد ومحلّه⁽¹⁾، وأن يبادر هو إلى الاستعلام والبحث والتقصي حتى يستطيع إعلام زبائنه بشكلٍ وافٍ⁽²⁾، حيث يوجد التزام على المحترف بأن يستعلم حتى يستطيع أن يُعلم غيره⁽³⁾.

في المقابل يبقى الكثير من الفقه متردداً حول الجزم في اعتبار الالتزام بالإعلام المصرفي التزام بتحقيق نتيجة، خاصة عندما تكون النتيجة المبتغاة من الالتزام بالإعلام المصرفي نتيجة احتمالية، لذلك يتعين افتراض أن نية الطرفين قد اتجهت إلى عدم ضمان البنك لهذه النتيجة، إذ أن اعتبارات العدالة تأبى أن يتحمل البنك نتيجة لا يمكنه السيطرة عليها أو التأكد من تحقيقها بسبب ما يكتنفها من احتمالات⁽⁴⁾، حيث يكون للزبون الدائن دور في تحقيق هذه النتيجة أو منعها⁽⁵⁾.

لذلك ظهر رأي آخر في الفقه يرى أن الالتزام بالإعلام يتخلله في الواقع التزامين من طبيعتين مختلفتين، أحدهما التزام بتحقيق نتيجة وهو التزام البنك بنقل المعلومات الكافية والصادقة والمتعلقة بالخدمة البنكية المقدمة وإخبار المستهلك بها، والثاني التزام ببذل عناية عند قيام البنك بالاستقصاء والتحري عن المعلومات الجيدة والنصائح المناسبة، وانتقاء الوسيلة الأكثر ملاءمة لتحقيق استيعاب المستهلك لهذه المعلومات⁽⁶⁾.

2- عبء الإثبات في التزام البنك بالإعلام:

تقضي القواعد العامة للإثبات في القانون المدني على أن يقع على الدائن إثبات الالتزام وأنه على المدين إثبات تنفيذ الالتزام، غير أن القضاء الفرنسي قد خرج عن هذه القاعدة استثناءً لاعتبارات معينة.

(1) عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 21.

(2) GAVARD-GILLES Anne Marie, «Celui qui accepte de donner des renseignements a lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause », **RTD Civ**, 1995, p 499.

(3) Cass civ 3^{eme} chambre, du 03 février 1981, Bull civ III, n° 18, D 1984, p 457.

(4) VINEY Geneviève, La responsabilité, LGDJ, Paris, 1988, p 522.

(5) Ibid, p 541.

(6) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 569.

أ- القاعدة العامة في الإثبات:

يخضع الإثبات في المواد المدنية لمبدأ "البينة على من يدعي"، وقد تبني المشرع الجزائري هذه القاعدة بنصه في المادة 323 من القانون المدني⁽¹⁾ على أنه: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، وهو المبدأ الذي أخذت به جل التشريعات المقارنة، حيث تناوله المشرع الفرنسي بصفة أدق في المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي، وذلك بتحميل من يطالب بتنفيذ الالتزام عبء إثبات وجود هذا الالتزام، وفي المقابل تحميل من يدعي تحرره منه أن يثبت تسديده له أو سبب انقضائه.

تطبيقا لهذا النص أورد المشرع الفرنسي -عكس نظيره الجزائري- حكما خاصا فيما يتعلق بعبء إثبات الالتزام بالإعلام، ولكن لم يخرج فيه عن المبدأ العام السالف الذكر، حيث نص في المادة 1112-1 الفقرة 04 من القانون المدني على أن يتحمل الشخص الذي يدعي أن المعلومات مستحقة له أن يثبت أن الطرف الآخر ملتزم بها، ويكون على الطرف الآخر إثبات أنه قام بتنفيذ الالتزام⁽²⁾.

يستنتج من هذا الحكم أنه لتحديد عبء الإثبات بالنسبة للالتزام بالإعلام، يجب التمييز بين مرحلتين:

في المرحلة الأولى: على الطرف الذي يثير مسألة الإخلال بالالتزام بالإعلام أن يثبت وجود هذا الالتزام، أي أن يثبت أنه دائن، كما وعليه أن يثبت أن الالتزام بتقديم المعلومات يقع على الطرف الآخر.

في المرحلة الثانية: بمجرد أن يثبت الدائن بنجاح وجود التزام بالإعلام على عاتق الطرف الآخر، يكون على هذا الأخير أن يثبت أنه قد أدى التزامه بشكل جيد، وبمعنى آخر يجب على المدين أن يثبت أنه قد أبلغ الدائن بالمعلومات المستحقة له⁽³⁾.

⁽¹⁾ أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن قانون المدني، ج ر ج ج عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم لا سيما بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر ج ج عدد 44، الصادر في 26 جوان 2005، والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر ج ج عدد 31، الصادر في 13 ماي 2007.

⁽²⁾ Article 1112-1 alinéa 04 de code civil dispose : « il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie ».

⁽³⁾ BANDE Aurélien, « Obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 C. civ) », article disponible sur le site : www.aurelienbamde.com

ب- خروج الاجتهاد القضائي عن المبدأ العام في الإثبات:

الملاحظ أن القضاء الفرنسي قد خرج عن هذا المبدأ العام في الإثبات، وقلب عبء الإثبات في الالتزام بالإعلام في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 فيفري 1997⁽¹⁾، قررت فيه بأنه على من يتحمل بحكم القانون أو العقد بالالتزام خاص بالإعلام أن يقدم الدليل على تنفيذه لهذا الالتزام، وإن كان هذا القرار صادر بشأن التزام الطبيب بالإعلام المريض إلا أن صياغته كانت بعبارات عامة، تفيد تقريره كقاعدة تشدد الإثبات ضد جميع المحترفين، إذ يجب على المحترفين أن يثبتوا أنهم كشفوا لمن يثقون بهم عن المعلومات والمخاطر التي قد يتعرضون لها بخصوص العمليات محل التعاقد⁽²⁾.

صدرت العديد من القرارات القضائية التي تؤيد هذه القاعدة بالنسبة للمحامين والموثقين...⁽³⁾، وفي الحقيقة لا يوجد ما يمنع أن يطبق هذا الحكم بالنسبة للبنوك فيما يتعلق بالالتزام بالإعلام المصرفي، فتتحمل في مواجهة زبائنها بمناسبة تقديم خدمات بنكية إلكترونية عبء إثبات أدائها لهذا الالتزام أو تحللها منه.

إن تقرير القضاء الفرنسي لمثل هذه السابقة القضائية يعد دعماً قانونياً لكفة المستهلك في مواجهة البنك المحترف، فيعفيه من إثبات وجود الالتزام ومن إثبات إخلال البنك بهذا الالتزام، والذي يلاقي في الواقع صعوبات جمة خاصة وأن المشرع البنكي لم يستلزم أن يتم الإعلام المصرفي في شكل محدد، كما أنه يصعب في الغالب على المستهلك مواجهة البنك المحترف بما يتوافر عليه من كفءات قانونية وتقنيات فنية، تسمح له بحجب ما يحتاجه المستهلك لإثبات إخلال البنك بالتزامه بالإعلام.

ذهب الفقه في تعليقه على خروج القضاء الفرنسي للقواعد العامة في الإثبات إلى القول بأن هذا الحكم قد يؤدي إلى ردة فعل عكسية من المحترفين، فيعمدون إلى تضمين العقود شروطاً مسبقة تفيد حصول المستهلكين على المعلومات اللازمة والضرورية، أو دفع زبائنهم إلى التوقيع على وثائق تثبت أن المعلومات بشأن المخاطر الكامنة وراء تدخلهم قد قدمت⁽⁴⁾، وهو ما يصعب على المستهلكين دحض ما تتضمنه هذه الوثائق الموقعة.

(1) Cass civ 1^{ère} chambre, 25 février 1997, Bull civ I, n° 75, p 49: « celui qui est ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ».

(2) MESTRE Jacques, « note sur cass civ 1^{ère} chambre, de 25 février 1997 », **RTD Civ**, 1997, p 924.

(3) Cass civ 1^{ère} chambre, 29 avril 1997, Bull civ IV, n° 132, 1997, p 88.

- Cass civ 1^{ère} chambre, 15 mai 2002, Bull civ n° 132, 2002, p 101.

(4) MESTRE Jacques, op.cit. p 924.

مع ذلك ينظر غالبية الفقه بعين الرضا لهذه القاعدة، إذ أن هذه الوثائق ليست قرينة قاطعة على تنفيذ الالتزام بالإعلام، ولا يمكن أن تكون ورقة الخلاص للبنوك من المسؤولية اتجاه زبائنهم، بل بالعكس قد يؤدي الزام البنك بإثبات تنفيذه للإعلام المصرفي إلى توجيه انتباه بوجوب الاهتمام بتقديم المعلومات المطلوبة للزبون، تقاديا للمسؤولية التي قد تترتب عليه لاحقا، كما يسمح له ذلك بالإعداد المسبق للأدلة التي تثبت أدائه للالتزام بالإعلام كتابيا⁽¹⁾.

ج- وسائل إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام:

يكون على البنك باعتباره مدينا بالالتزام بالإعلام أن يثبت أن المعلومات التي تم تبليغها تتفق مع ما ينبغي أن يقدمه من إعلام، كما يتعين عليه إثبات أنه قد أبلغ فعلا الدائن بهذه المعلومات، لا يطلب منه أن يثبت أن المدين قد تلقى هذه المعلومات بشكل جيد وفهمها، بل على العكس من ذلك فإن الدائن الذي يدعي أنه قد تلقى إعلاما سيئا أو معلومات خاطئة، أن يتحمل عبء إثبات سوء التنفيذ بإثبات أن المدين لم يتصرف باحترافية بإرساله معلومات غير دقيقة أو ناقصة أو غير مناسبة⁽²⁾.

الواضح أن المشرع الجزائري في نص المادة 09 من النظام رقم 20-01 لم يشترط على البنوك استخدام وسيلة معينة عند تبليغ المعلومات، ما عدا حالة فتح الحساب، أين أوجب أن يتم تحديد الشروط المرتبطة بعقد فتح الحساب أو في السندات المرسلة لهذا الغرض، وباستثناء هذه الحالة الأخيرة يكون للبنك اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة لتبليغ زبونه بالمعلومات اللازمة لتحقيق إعلام كاف وصحيح.

إن حرية اختيار الوسيلة المستخدمة في الإعلام تجعل أمر إثبات تنفيذه يسيرا على البنك، إذ يمكنه الاحتجاج بأي وسيلة لتجنب توقيع المسؤولية عليه، تطبيقا للمبدأ القضائي "إثبات الإعلام يمكن أن يتم بجميع الوسائل"⁽³⁾، وفي المقابل يصعب على المستهلك نفي ذلك، بإثبات عكس ما قدمه البنك من أدلة.

فقد يتم الإعلام شفاهة أو عن طريق تسليم كتيبات يصدرها البنك، يشرح فيها الشروط المطبقة على الخدمات البنكية التي يقدمها، أو عن طريق إرسال هذه البيانات عن طريق البريد العادي أو الإلكتروني، كما تلجأ الكثير من البنوك إلى نشر هذه المعلومات في المواقع الإلكترونية

(1) MISTRETTA Patrick, « L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive », **Petites Affiches**, n° 67, 05 juin 1998, Paris, p 8.

(2) MISTRETTA Patrick, op.cit, p 7.

(3) Cass civ 1^{ère} chambre, 14 octobre 1997, Bull, civ, I, n° 178, 1984, p 151: « La preuve de cette information peut être faite par tous moyens ».

الخاصة بها، وفي هذه الحالة الأخيرة يثور التساؤل حول مدى اعتماد هذا النشر كوسيلة لإثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام، خاصة وأن الغرض الأساسي منه هو الدعاية، وهل يمكن للزبون الادعاء بعدم إعلامه بالرغم من نشر البيانات المطلوبة على هذه المواقع الالكترونية؟

على العموم وبالرجوع إلى قواعد القانون المدني فإن للكتابة الالكترونية ذات الحجية القانونية للكتابة العادية إذا ما توفرت فيها الشروط المطلوبة قانوناً⁽¹⁾، وبالتالي فإذا كانت للمواقع الالكترونية ما يمكن من التأكد من هوية البنك الذي أصدرها، وكانت مؤمنة بالشكل الذي يضمن سلامتها فإنها تعتبر من قبيل الكتابة العادية ولها ذات الحجية القانونية في الإثبات.

لكن فيما يتعلق بتقدير مدى ملاءمة النشر في المواقع الالكترونية كوسيلة لإثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام، فعموم النص الوارد في النظام 20-01 بشأن الاعلام المصرفي لا يمكن من الوصول إلى إجابة وافية، إذ لم يناقش المشرع الحالات التي يتم فيها الإعلام الكترونياً، بما فيها استعمال المواقع الالكترونية، وعلى العكس من ذلك نجد المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 575-2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، يلزم كل من يقوم بنشاط يدخل في إطار التجارة الالكترونية، أن يضمن لمن توجه لهم السلع والخدمات دخول سهل مباشر ودائم عن طريق دعامة مفتوح، للوصول إلى معلومات معينة⁽²⁾، أما فيما يتعلق بقانون الاستهلاك الفرنسي، فإن المادة L 121-20-10، التي أضيفت بموجب القانون رقم 648-2005 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد، تنص على ما يفيد بوجوب أن يتم الإعلام بما يتناسب ووسيلة الاتصال المستخدمة في التعاقد، على أن تتوافر فيها شرط الثبات والديمومة والأمان⁽³⁾.

بمجرد أن يتمكن البنك من تقديم الدليل حول تنفيذه للالتزام بالإعلام (وهو أمر ميسر له في الغالب بسبب عدم تقيده بوسيلة محددة في الاعلام) ينقلب عبء الإثبات على المستهلك، الذي يتعين عليه نفي إدعاءات البنك ومزاعمه بشأن تنفيذه لالتزامه بالإعلام⁽⁴⁾، وهو أمر ليس باليسير، إذ يتعين عليه فضلاً عن إثبات عدم تقديم المعلومات اللازمة، أو القيام بإعلام معيب، أن يثبت توافر الشروط العامة لقيام الالتزام بالإعلام في الأصل، وهي جهله بالمعلومات موضوع الإعلام جهلاً مشروعاً، وإثبات علم البنك كمدین بهذه المعلومات وبأهميتها بالنسبة للدائن، وإن صفة

(1) تنص المادة 323 مكرر 01 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، على ما يلي: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامته".

(2) Article L 19 de la loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, op.cit.

(3) Article L 121-20-10 de code de consommation Français, op.cit.

(4) قريمس عبد الحق، المرجع السابق، ص 145.

الاحتراف في البنك، تعتبر من أهم القرائن التي يستفاد منها علمه بالمعلومات التي يتطلبها تكوين رضا مستتير للطرف الآخر في العقد⁽¹⁾، وهو ما يعفي المستهلك من عبء إثبات هذا العلم⁽²⁾.

الفرع الثاني: آليات حماية المستهلك ضد إخلال البنك بالتزامه بالإعلام

إن عدم وفاء البنك بالتزامه بالإعلام يجعل المستهلك في وضعية جهل تعاقدية، يهدد بإخلال ما يفترض في العقد من توازن في مركزي المتعاقدين والطابع التبادلي للعلاقات التعاقدية، الأمر الذي يمثل خروجاً عن جوهر العقد، باعتباره رابطة تجتمع بمقتضاها الإرادات المتعادلة والمتبصرة⁽³⁾، لذلك كان تدخل المشرع بفرض الالتزام بإعلام زبائن البنوك دعماً لمركز المستهلك الأضعف واقعياً بإقرار نظام حمائي سابق على التعاقد يضمن إقبال المستهلك على التعاقد بإرادة مستتيرة، تحقق له ما يصبو إليه من منافع وما يرجوه من مصالح مادية ومعنوية، وإن تنامي الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك نتيجة الأخطاء التي قد يرتكبها البنك في المرحلة قبل التعاقدية فيما يتعلق بالتزامه بالإعلام، جعل لزاماً التدخل بالجزاء المناسب بغرض جبر الأضرار عن المستهلك من جهة ولردع البنوك عن هذه الأفعال من جهة أخرى.

لم تتضمن قواعد القانون البنكي أي أحكام واضحة تُمكن المستهلك من استيفاء حقوقه مباشرة من البنك عند إخلاله بالتزامه بالإعلام، وبما أن هذا الالتزام له تأثير مباشر على إبرام العقد، فنبحث في مدى إمكانية الاستفادة من بعض الأحكام العامة المقررة في القانون المدني.

أولاً: اللجوء إلى وسائل القانون المدني لحماية حق المستهلك في الإعلام

اتجه الفقه والقضاء إلى تطوير الوسائل التقليدية في القانون المدني والمقررة لمواجهة الحالات المماثلة باكتشاف أبعاد أخرى لهذه النصوص القانونية⁽⁴⁾، واستخراج ما قد يتناسب مع الوضع عند وقوع إخلال بالالتزام بالإعلام، يمكّن من إعفاء الدائن به من الالتزامات والشروط التي تعاقد عليها وهو على جهل عن طريق دعوى البطلان، أو لجبر الأضرار التي قد تلحق به بسبب عدم حصوله على المعلومات اللازمة عن طريق دعوى المسؤولية المدنية.

1- البطلان والتعويض كجزاء عن الإخلال بالالتزام بالإعلام:

إن البطلان كجزاء يترتب على مخالفة الالتزام بالإعلام يجد أساسه في الهدف من الإعلام والغرض منه، والمتمثل في تنوير إرادة المستهلك لدى التعاقد، ومن ثم فإن الإخلال به يعد أمراً ذا

(1) GAVARD-GILLES Anne Marie, op.cit, p 501.

(2) Cass civ 1^{ère} chambre, 19 janvier 1977, Bull civ I, N° 40, p 30.

(3) ساسان رشيد: "المسؤولية عن الإعلام قبل التعاقد"، المرجع السابق، ص 160.

(4) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 267.

تأثير بالغ على رضا هذا المستهلك، لذا نادى الفقه والقضاء بصورة الجزاء المقرر لتعيب الإرادة عند التعاقد وهو قابلية العقد للبطلان، كما درسوا إمكانية تقرير المسؤولية المدنية كأثر لإخلال البنك بهذا الالتزام.

أ- بطلان العقد كأثر على عدم العلم:

لم توضح النصوص القانونية المقررة للالتزام بالإعلام الأثر المترتب على الإخلال بهذا الالتزام بالنسبة للعلاقة التعاقدية، لذلك تباينت الآراء بين من يدعو إلى بطلان العقد تلقائياً، ومن يقتصر الجزاء في البطلان النسبي المستند إلى عيب في الإرادة.

ذهب بعض الفقه إلى القول بأن المشرع أصبغ على الأحكام المتعلقة بالالتزام بالإعلام طابع النظام العام⁽¹⁾ بما أنه يترتب على مخالفته تقرير عقوبات جزائية⁽²⁾، إذ يعتبر مؤيدي هذه الفكرة أن القوانين الخاصة التي تفرض إدراج بيانات إلزامية لغرض حماية رضا أحد الطرفين في العقد من النظام العام، ولذلك يجب أن يعاقب على انتهاكها ببطلان العقد المبرم، ويدعم هذا الاتجاه بعض القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾.

غير أنه لتحديد نوع البطلان المقرر عن عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام، يذهب بعض الفقه إلى وجوب التمييز بين نوعين من القواعد القانونية، القواعد التي يقر المشرع بموجبها المبادئ الأساسية العامة لضبط الاقتصاد وتوجيهه بما يحقق المصلحة العامة للجماعة، وهو ما يسمى بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي⁽⁴⁾، والذي من بين تطبيقاته قانون المنافسة والذي يترتب على مخالفة قواعده البطلان المطلق⁽⁵⁾.

في حين يكون الغرض من بعض القواعد القانونية هو حماية المصلحة الخاصة لأحد المتعاقدين لوجوده في مركز تعاقدى أضعف في مقابل المتعاقد الآخر، وهو ما يطلق عليه بالنظام

(1) ساسان رشيد: "المسؤولية عن الإعلام قبل التعاقد"، المرجع السابق، ص 165.

(2) المادة 78 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم، والمواد 31 و32 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

(3) Cass civ 1^{ère} chambre, 07 octobre 1998, Bull civ I, n° 290, 1998, p 201: « la méconnaissance de cette disposition d'ordre public est sanctionnée non seulement pénalement, mais aussi par nullité du contrat ».

(4) FRISON-ROCHE Marie-Anne, Les régulations économiques, légitimité et efficacité : Définition du droit de la régulation économique, Dalloz, Paris, 2004, p 10.

(5) ساسان رشيد، "المسؤولية عن الإعلام قبل التعاقد"، المرجع السابق، ص 165.

العام الاقتصادي الحمائي⁽¹⁾، لذلك فلا يمكن تقرير البطلان إلا في الحالة التي يطلب فيها من قررت لمصلحته هذه القواعد إبطال هذا العقد بسبب تعيب إرادته، وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية بطلان العقد لعدم العلم، لأن مخالفة أحكام الالتزام بالإعلام ليس فيها مساس بالنظام العام، وإنما هي أحكام مقررة لحماية المصلحة الخاصة للمستهلك⁽²⁾.

تبنيّ المشرع الجزائري نظام البطلان النسبي كجزء عن الإخلال بالالتزام بالإعلام بموجب المادة 14 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والتي تقرر صراحة للمستهلك الإلكتروني الحق في إبطال العقد بسبب عدم تنفيذ المورد الإلكتروني لالتزامه بالإعلام، غير أن نطاق تطبيق هذا الحكم يبقى محصوراً في العقود التجارية الإلكترونية الذي يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الإلكتروني⁽³⁾.

على الرغم من حرص المشرع الجزائري في بعض النصوص القانونية الخاصة على حماية رضا المستهلك، من خلال منع أي ممارسات قد تؤدي إلى خلق لبس أو وهم في ذهن المتعاقد، ومن ذلك ما جاء في نص المادة 60 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك "يمنع استعمال كل بيان أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم... من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك"، إلا أن هذا النص غير كاف لتقرير إبطال العقد تلقائياً، لعدم تخصيص ذكر البطلان كجزء عن مخالفة هذه الأحكام.

من جهة أخرى فإن إخلال البنك بالتزامه بالإعلام يمكن أن يؤدي إلى التباس الأمر على المستهلك وبالتالي الاندفاع إلى إبرام العقد تحت تأثير الوهم فينشأ بذلك عيب الغلط⁽⁴⁾، إذ يرى بعض الفقه أن للالتزام بالإعلام دوراً في سد الفجوة الناشئة فيما يتعلق بحماية المستهلك من الغلط⁽⁵⁾، وهو ما يسمى بالدور الوقائي للالتزام بالإعلام⁽⁶⁾.

كما يمكن تأسيس بطلان العقد على أحكام التدليس إذا ما توفرت شروطه المقررة بموجب المادة 86 من القانون المدني، فإنه يجب لقيام التدليس كعيب من عيوب الإرادة توافر عنصران،

(1) FRISON-ROCHE Marie-Anne, Les régulations économiques, légitimité et efficacité : définition du droit de la régulation économique, Dalloz, Paris, 2004, p 13.

(2) Cass civ 1^{ère} chambre, 15 février 2000, Bull civ I, n° 46, 2000, 31.

- Cass civ 1^{ère} chambre, 22 janvier 2009, non publié au bulletin.

(3) المادة 06 البند 02 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

(4) عقيل فاضل أحمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، "الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني"، مجلة أهل البيت، العدد

الخامس، 05 ديسمبر 2007، العراق، ص 214.

(5) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 272.

(6) خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 451.

عنصر مادي يتمثل في استعمال وسائل احتيالية والآخر معنوي وهو نية التضليل، ويترتب على التدليس حق المتعاقد المدلس عليه في إبطال العقد متى توافر الشروط المقررة قانوناً، وهي أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد واتصاله بالمتعاقد الآخر.

ينبغي التمييز بين امتناع البنك عن الإدلاء بالمعلومات والذي يشكل ما يعرف بالكتمان التدليسي⁽¹⁾، وبين سوء تنفيذ الالتزام بالإعلام والذي مقتضاه أداء البنك للإعلام على غير الوجه الذي يتطلبه القانون، بهدف تضليل المستهلك ودفعه إلى التعاقد أو قبوله بشروط لم يكن ليقبل بها لولا الحيل التي لجأ إليها البنك وهو ما يشكل فعلاً تدليسياً⁽²⁾.

ب- دعوى التعويض:

لما كان الالتزام بالإعلام ثابتاً في ذمة البنك قانوناً قبل نشوء العلاقة التعاقدية، فإن عدم تنفيذه أو تنفيذه بطريقة معيبة لا يمكنه أن يرتب إلا مسؤوليته التقصيرية⁽³⁾، ومع ذلك ظهرت بعض الآراء التي تبرر لإمكانية إسناد مطالبة المستهلك بالتعويض لأحكام المسؤولية العقدية، والتي انقسمت بدورها إلى فريقين، الأول يقترح التمييز بين الالتزام بالإعلام الذي يحدث أثناء تكوين العقد وذلك الذي يتم عند تنفيذه، وبالتالي إخضاع الالتزام بالإعلام إلى نظام مزدوج من المسؤولية⁽⁴⁾ تبعاً للمرحلة التي يتم فيها.

في حين يؤكد الفريق الثاني على ضرورة إخضاع الالتزام بالإعلام إلى نظام المسؤولية العقدية بغض النظر عن اللحظة التي يتم فيها⁽⁵⁾، ففي النهاية يكون لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه بالإعلام أثراً مباشراً على العقد، حيث يكون احتمال عدم تنفيذه كبيراً لأنه أبرم بطريقة سيئة⁽⁶⁾، إذ أن آثار عدم العلم لا تظهر غالباً إلا بعد إبرام العقد، كما يذهب هذا الاتجاه إلى القول بوجود اتفاق ضمني مسبق يتم بين الطرفين في مرحلة المفاوضات⁽⁷⁾، بحيث يترتب على مخالفته المسؤولية العقدية للطرفين.

(1) CHATAIN Antoine, « Le silence d'une partie sur un élément du contrat est sanctionné », *l'USINE NOUVELLE*, n°3191, 06 mai 2010, p 16. Disponible sur le site: www.usinenouvelle.com.

(2) ساسان رشيد، "المسؤولية عن الإعلام ما قبل التعاقد"، المرجع السابق، ص 168.

(3) Cass civ 1^{ère} chambre, 22 janvier 2009, op.cit.

(4) GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, *La formation du contrat*, Tom 1, *Le contrat, le consentement*, 4^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2013, p125.

(5) MAHI-DISDET Djamila, *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*, Doctorat en droit, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, France, 2011, p 187.

(6) Ibid, p 191.

(7) COLLART DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2015, p 425.

غير أن هذا الاتجاه لم يصمد كثيرا، حيث يذهب الغالبية في الفقه إلى رفض الطبيعة العقدية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد، بسبب عدم وجود دليل على قيام اتفاق سابق على العقد، فالخطأ السابق على التعاقد ينفصل عن العقد، ولا يمكن توقيع الجزاء بشأنه إلا من خلال المسؤولية التقصيرية المبينة على أحكام الفعل الضار⁽¹⁾، فكل من سبب للغير ضررا بفعله يكون مسؤولا عن تعويض ذلك الضرر⁽²⁾.

لذلك يتعين على المستهلك من أجل الحصول على التعويض إثبات قيام أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ويتحقق ركن الخطأ من خلال إخلال البنك بالتزامه بالإعلام، والملاحظ بشأن ركن الخطأ أن الفقه يتجه إلى التمييز بين خطأ المهني وغير المهني، إذ يكفي بالنسبة للمهني مجرد الامتناع البسيط عن إعلام المستهلك لقيام مسؤوليته والزامه بالتعويض⁽³⁾، لأن احترافه قرينة على سوء نيته⁽⁴⁾.

إن إثبات وقوع خطأ من البنك غير كاف وحده للمطالبة بالتعويض، بل يجب أن يكون هذا الخطأ هو السبب في وقوع الضرر للزبون، والضرر عن عدم الإعلام غير عادي لذلك فهو الأكثر صعوبة في الإثبات⁽⁵⁾، واستنادا لنص المادة 19 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فإنه يجب ألا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية وأن لا تسبب له ضررا معنويا، ويأخذ الضرر صورا متعددة كتقويت المستهلك الغرض المقصود من وراء الحصول على الخدمة البنكية، أو تقويت الفرصة عليه في إبرام عقد آخر بشروط أفضل وبمزايا أكثر.

2- قصور أحكام البطلان والمسؤولية المدنية في حماية حق المستهلك في الإعلام:

الثابت قضائيا أنه يمكن للزبون من أجل التخلص من العقد الذي أبرمه وهو على غير دراية، إبطاله بسبب الغلط أو التدليس بحسب الشروط المقررة في القواعد العامة للقانون المدني، ولكن في الحقيقة يلاقي المستهلك عند إثباته هذه الشروط بعض الصعوبات، منها إثبات الغلط كونهم يصيب الإرادة باعتباره حالة نفسية يصعب إثباتها⁽⁶⁾.

(1) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 385.

(2) المادة 124 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(3) MAHI-DISDET Djamil, op.cit, p 196.

(4) خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 481.

(5) عبد الباقي عمر، المرجع السابق، ص 339.

(6) عقيل فاضل أحمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص 219.

أما بالنسبة لاستناد المستهلك للتدليس من أجل إبطال العقد، لا يزال الكثير من الفقه يرفض اعتبار مجرد السكوت قرينة على نية التضليل⁽¹⁾، إذ يكون على المستهلك أن يقدم الدليل على أن اخلال البنك بالتزامه بالإعلام كان عن قصد وبنية التضليل وليس مجرد سهو أو إهمال⁽²⁾، فعدم العلم يشكل الركن المادي فقط ويبقى على المستهلك إثبات الركن المعنوي⁽³⁾، فمجرد الافتقار للمعلومات أو الاحجام عن الإدلاء بها غير كاف لتحقيق الخداع المتعمد والتدليس⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإن مجرد التدليس العرضي الذي لا يؤثر في الرغبة في التعاقد، لا يمكنه من إبطال العقد⁽⁵⁾، وفي حالات معينة يتعذر على المستهلك التمسك بإبطال العقد، وذلك عندما تكون المعلومات غير المبلغ بها لا تؤثر على سلامة رضا المستهلك، ومثال ذلك في مجال التحويل الإلكتروني للأموال، إذ يتعين على البنك إبلاغ المستهلك ببعض المعلومات الالزامية، مثل الوقت اللازم لتنفيذ عملية النقل والإجراءات المتبعة في تقديم الاعتراضات وسبل الطعن القانونية المعمول بها، غير أن مثل هذه المعلومات لا تؤثر على شروط التعاقد، فالغرض منها هو فقط تمكين المستهلك من تجنب الأضرار ومراقبة عمليات التحويل⁽⁶⁾.

الجدير بالذكر أن الحق في الإبطال ليس أثرا مباشرا على إخلال البنك بالتزامه بالإعلام، فما يجعل العقد قابلا للإبطال هو الغلط أو التدليس⁽⁷⁾، فإذا لم تتأثر إرادة المستهلك بامتناع البنك عن الإدلاء بالبيانات، فلا مبرر لإبطال العقد، فليس صحيحا القول بأن الإخلال بالالتزام بالإعلام وحده هو ما يجعل العقد باطلا، لذلك لا يمكن الربط بين البطلان وعدم الإعلام المسبق⁽⁸⁾.

كما ويظهر قصور أحكام عيوب الإرادة في حماية المستهلك ضد إخلال البنك بالتزامه بالإعلام المسبق، عندما لا يكون من مصلحته إبطال العقد، فهو يريد الإبقاء عليه لما يوفره له من مزايا مع تصحيحه بما يتناسب ومصلحته، وهذا ما لا تحققه أحكام القواعد العامة.

بالنسبة لدعوى المسؤولية التقصيرية فبالإضافة إلى الصعوبات التي قد تواجه المستهلك عند إثباته ركن الضرر وعلاقة السببية، فإنه يتوفر للبنك بعض الحلول التي تمكنه من التخلص

(1) Cass civ 1^{ère} chambre, 28 mai 2008, Bull civI, 2008, n° 154.

(2) MAHI-DISDET Djamila, op.cit, p198.

(3) BANDE Aurélien, op.cit, p 18.

(4) CARTIER-FRENOIS Marion, « Le défaut d'information, une faute non dolosive », **Recueil Dalloz**, 2011, p 2579.

(5) CARTIER-FRENOIS Marion, op.cit, p 2580.

(6) LEGAIS Dominique, op.cit, p 519.

(7) ساسان رشيد، "المسؤولية عن الإعلام ما قبل التعاقد"، المرجع السابق، ص 167.

(8) Cass Com, 27 janvier 2009, non publié au bulletin.

من آثارها، ومنها إدراج شرط الإعفاء من المسؤولية في العقود التي تبرمها مع المستهلكين، وهو شرط صحيح من الناحية القانونية مالم يكن خطأ البنك عن غش أو خطأ جسيم⁽¹⁾، كما يمكن للبنك تجنب الحكم عليه بالتعويض عن طريق إثبات السبب الأجنبي⁽²⁾، كخطأ المستهلك وعدم قراءته للمعلومات بشكل صحيح، أو أن الوسيط في شبكة الأنترنت لم يعرض تلك المعلومات بسبب خطأه أو قصور البرنامج الإلكتروني⁽³⁾، وغير ذلك من الأسباب التي تبرر إعفائه من المسؤولية.

كما قد لا تكون الأحكام العامة للمسؤولية المدنية فعالة في حصول الزبون المتضرر على التعويض الكامل، فبالرغم من ثبوت الخطأ من جانب البنك في تنفيذ التزامه بالإعلام، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قررت حدودا لمسؤولية البنك عن الأضرار التي لحقت المستهلك من جراء عدم تبليغه بالمخاطر المتعلقة بتسيير حسابه⁽⁴⁾، وذلك في قرار صادر عن الغرفة التجارية، بتاريخ 04 نوفمبر 2014⁽⁵⁾، حيث قضت بالإبقاء على المسؤولية الجزئية لصاحب الحساب، معللة ذلك بأن خبرته المهنية تمكنه من توقع المخاطر الناجمة عن موقفه من الاستثمار الضخم في سوق الأوراق المالية، إذ يتعين على المستهلك الاهتمام بمصالحه والاستفسار من تلقاء نفسه، دون أن يكون ذلك سببا في استبعاد التزام البنك بالإعلام إذ أنهما التزامان يكملان بعضهما البعض⁽⁶⁾.

ثانيا: البحث عن وسائل خاصة لحماية المستهلك ضد إخلال البنك بالتزامه بالإعلام

أمام قصور وسائل القانون المدني في حالات عديدة عن حماية المستهلك ضد إخلال البنك بالتزامه بالإعلام، نبحث عن حلول أخرى في بعض النصوص الخاصة، والتي يمكن أن تكون أكثر ملاءمة مع طبيعة الالتزام في حد ذاته والغرض من تقريره.

1- وقف الأعمال المخالفة للالتزام بالإعلام:

قد يكون إخلال البنك بالتزامه بالإعلام بتقديم معلومات مغلوطة وغير صحيحة للزبون، وفي هذه الحالة يشير البعض إلى إمكانية تطبيق ما يعرف بإجراء وقف الأعمال غير

(1) المادة 178 الفقرة 02 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(2) تنص المادة 176 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(3) عقيل فاضل أحمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص 219.

(4) ETIENNE Nicolas, « L'obligation d'information de la banque est pas sans limite » : www.net-iris.fr/veille-juridique.

(5) Cass civ 3^{ème} chambre. 4 novembre 2014, non publié au bulletin.

(6) BENAYOUN André, op,cit, p 70.

المشروعة⁽¹⁾، والمقرر بموجب المادة 6-421 L من قانون الاستهلاك الفرنسي، ويتضمن هذا الحكم مبدأ عاماً، يمكن تطبيقه في كل حالة يثبت فيها وقوع مخالفة لإحدى القواعد المقررة لحماية المستهلك ضمن قانون الاستهلاك، وإن هذا الإجراء محاط بمجموعة من الشروط هي :

- يقتصر الحق في طلب اتخاذ إجراء وقف الأعمال المخالفة إلى هيئات محددة ومؤهلة قانوناً⁽²⁾.
- هو إجراء يمكن اتخاذه من قبل جمعيات حماية المستهلك، بغض النظر عن الإجراءات الفردية التي يرفعها المستهلك المتضرر بغرض طلب التعويض⁽³⁾.
- يشكل هذا الإجراء مبدأً عام يتخذ في كل حالة يثبت فيها وقوع أعمال غير قانونية صادرة من المحترف⁽⁴⁾، تضر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين، بما في ذلك تقديم البنك معلومة غير صحيحة عند عرض خدمات بنكية إلكترونية للجمهور على مواقعها الإلكترونية،
- يطبق الإجراء بغض النظر إذا ما كانت هذه الأفعال تشكل جريمة أم لا⁽⁵⁾، وحتى قبل صدور الحكم الجزائي بشأنها.
- يقدم طلب وقف الاعتداء أمام القاضي المدني⁽⁶⁾، إذ أن جمعيات حماية المستهلك لا يمكنها التدخل في الدعوى الجماعية إلا كطرف مدني⁽⁷⁾.

لا يوجد ما يقابل هذا النص في التشريع الجزائري، لكن الملاحظ أن المشرع قرر بعض التدابير التحفظية ضمن الفصل الأول من الباب الرابع "قمع الغش" من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ولكنها تختلف عن مضمون إجراء وقف الأعمال غير القانونية⁽⁸⁾، من حيث الشكل

(1) MAHI-DISDET Djamila, op.cit, p 3

(2) هذه الهيئات حددتها المادة 03 من التوجيه الأوروبي CE/27/98 الصادر في 19 ديسمبر 1998 المتعلق بوقف الأعمال في مجال حماية مصالح المستهلكين، في أنه كل هيئة ومنظمة منشأ وفقاً للقانون، لها مصلحة خاصة في تطبيق الأحكام المتعلقة بحماية المستهلك، ويمكن أن تكون هيئات عامة مستقلة، مكلفة تحديداً بحماية المصالح الجماعية للمستهلكين، أو الجمعيات التي تهدف إلى حماية هذه المصالح، وتنتشر قائمة بالهيئات التي تأهلها الدول الأعضاء للعمل. - Directive 98/27CE du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JOCE n° L 166, 11 juin 1998.

(3) MAHI-DISDET Djamila, op.cit, p 362.

(4) Cass civ 1^{ère} chambre, 04 mai 1999, Bull civ I, n° 141, p 93.

(5) MAHI-DISDET Djamila, op.cit, p 362.

(6) Ibid, p 363.

(7) أنظر المادة 23 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم.

(8) إذ يكتف المشرع مثلاً في المادة 56 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم السالف الذكر، بالنص على أنه "يعذر المخالف المعني في حالة عدم مطابقة المنتج باتخاذ التدابير الملائمة من أجل إزالة سبب المطابقة أو إزالة ما يتعلق بعدم احترام القواعد والأعراف المعمول بها في عملية العرض للاستهلاك".

والمضمون فهذه الإجراءات تعتبر تحفظية تتخذ من قبل الأعوان المكلفين بالرقابة، وهي خاصة بحالة محددة بدقة على سبيل الحصر لذلك فهي لا تشكل مبدأ عاما.

تظهر أهمية هذا الإجراء في أنه يعطي للمحكمة الحق في أن تأمر المحترف بوقف أعماله غير المشروعة فوراً، وبالتالي وضع حد للممارسات غير المشروعة التي تضر بالمصالح الجماعية للمستهلكين في الوقت المناسب، والذي كثيراً ما تعجز عن تحقيقه الآليات العقابية التقليدية.

2- توقيع الجزاءات الجنائية:

لم يحدد قانون النقد والقرض ولا النظام رقم 20-01 أي عقوبات جزائية تُوقع في حالة مخالفة البنك لواجب الإعلام، وبالتالي لا يخضع البنك عند مخالفته لهذا الالتزام إلا للجزاءات التأديبية التي توقعها اللجنة المصرفية، والمقررة بموجب المادة 114 من الأمر 03-11 المعدل والمتمم، والتي يكون للجنة المصرفية توقيعها على البنوك في حالة مخالفتها للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنشاطها.

على العكس من ذلك يترتب على مخالفة الالتزام بالإعلام المقرر في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، عقوبات جزائية توقع على المتدخل المخالف، حددتها المادة 78 من هذا القانون، لكن يثور الإشكال حول إمكانية تطبيق هذه الجزاءات على البنك في حالة مخالفته لالتزامه بالإعلام، وللإجابة عن هذا السؤال نبحت عن نطاق تطبيق القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم، وبموجب المادة 02 من هذا القانون فإنه يطبق على كل خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجاناً وعلى كل متدخل وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك، والواضح أن البنك يحوز وصف المتدخل عند تقديمات خدمات بنكية إلكترونية لأغراض استهلاكية.

بمعنى آخر فإن البنك لا يكون خاضعاً لقانون حماية المستهلك وقمع الغش ولا للعقوبات الواردة فيه، إلا إذا كان الطرف الآخر (المستهلك) يحوز وصف المستهلك⁽¹⁾، أي أن يكون الغرض من الخدمة البنكية الإلكترونية المقدمة هو للاستهلاك الشخصي، كاستعمال بطاقات الدفع لتسوية المستحقات الناجمة عن أغراض استهلاكية...

(1) حسب المادة 02 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم، البند 01، فإن المستهلك هو "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

3- إدراج المعلومات غير المدلى بها ضمن شروط العقد:

أساس هذا الإجراء يُوجد في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلك والبنود التي تعتبر تعسفية، والتي تحدد شروط معينة تعتبرها جوهرية، حيث يتعين على العون الاقتصادي إدراجها في العقود المبرمة مع المستهلك، بما فيها تلك المتعلقة بالإعلام المسبق للمستهلك، وحددت المادة 03 من هذا المرسوم التنفيذي⁽¹⁾ بعض العناصر التي تعتبرها أساسية والتي يجب إدراجها في بنود العقد.

استنادا إلى هذه النصوص فإن مخالفة البنك لالتزامه بالإعلام والذي يترتب عليه عدم إدراج إحدى هذه الشروط في العقد المبرم مع المستهلك، يُمكن هذا الأخير من طلب إعادة صياغة العقد بالشكل الذي يضمن توافر كل الشروط المطلوبة قانونا بإدراج المعلومات غير المدلى بها، مما يؤدي إلى تصحيح العقد بالطريقة التي تكفل حماية مصالح المستهلك، ويمكن أن يوصف الطلب الذي يقدمه المستهلك في هذا الشأن، بأنه طلب تنفيذ البنك لالتزاماته المقررة تنفيذا عينيا، باعتباره التزاما قانونيا بتحقيق نتيجة، وبالتالي يُمكن للزبون المستهلك طلب تنفيذه تطبيقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني بشأن التنفيذ العيني⁽²⁾.

إن التزام البنك بالإعلام المسبق وإن تأصل كالتزام مستقل في ذمة البنوك لمصلحة زبائنها المقبلين على التعاقد، إلا أنه يثير اشكالات عديدة من الناحية القانونية والعملية، خاصة عندما يتعلق الأمر بتقديم خدمات بنكية إلكترونية، ذات تقنية عالية ومخاطر جديدة لا يعرفها غالبية المستهلكين، مما يبرر الدعوة إلى تدخل المشرع بنصوص أكثر تفصيلا تحدد طبيعة الالتزام وحدوده وطريقة تنفيذه، وتقرر وسائل أكثر نجاعة من تلك المعروفة في القواعد العامة تُمكن المستهلك من تحصيل حقوقه في مواجهة البنك المخل بالتزامه بالإعلام.

(1) تنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم على أنه: "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه، أساسا بما يأتي:

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، الأسعار والتعريفات، كفاءات الدفع...، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد".

(2) المواد 164 وما بعدها من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

المبحث الثاني:

الالتزام باحترام ضوابط الاعلانات التجارية

يُعتبر الإعلان التجاري أداة فعالة في يد المنتجين والموزعين لزيادة قدرتهم التنافسية وتوسيع دائرتهم التسويقية، فهو يساهم بالنسبة للمستهلك في تحقيق معرفة أفضل وأدق وأشمل بأنواع المنتجات والخدمات وظروف السوق، ويتيح له قدرا من البيانات والمعلومات التي تسمح له بحسن الاختيار بين المنتجات والخدمات المعروضة، كما وتزوده بمهارات جديدة ومفيدة تساعد على تلبية حاجته بسرعة ودون جهد كبير⁽¹⁾، وتعرف محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها الإعلانات بالنظر إلى الغرض منها، بأنها كل وسيلة إعلام تمكن المستهلك المحتمل من تكوين فكرة عن النتائج المنتظرة والمتوقعة من السلعة أو الخدمة المقدمة⁽²⁾.

أما القانون الجزائري وإن لم يورد تشريعا خاصا بالإعلانات التجارية إلا أنه تعرض لتعريف الإعلان في أكثر من موضع، من ذلك نص المادة 03 البند 03 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، والتي تعرف الإشهار بأنه "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة"⁽³⁾، ولا يخرج الإشهار الإلكتروني عن هذا المعنى إذ تعرفه المادة 06 الفقرة 06 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

غالبا ما يركز المعلنون في الإعلانات التجارية على وظيفيتها الترويجية من خلال استعمال كل الوسائل المتاحة لإغراء واستمالة المتلقين، متجاهلين بذلك الوظيفة الأساسية

(1) أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد، دراسة تحليلية شاملة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 41.

(2) Cass crim, 12 novembre 1986, Bull criminel 1986, n° 335, p 861.

(3) كما يُعرف الإعلان في التوجيه الأوروبي المتعلق بالإعلانات المضللة بأنه كل شكل من أشكال الاتصال الذي يتم في سياق النشاط التجاري، الصناعي والحرفي أو المهني من أجل تشجيع توريد السلع والخدمات، بما فيها السلع العقارية، والحقوق والواجبات:

-Article 02-a de Directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, JOUE n° 176, du 27 décembre 2006.

للإعلان، وهي إعلام المستهلك وضمان إقباله على التعاقد بإرادة مستتيرة، وهو ما جعل الكثير من الباحثين والمشرعين يربطون بين حماية المستهلك والإعلان التجاري⁽¹⁾.

يسعى المعلنون إلى الاستفادة من مختلف الوسائل لتوسيع الدائرة الإعلانية بما في ذلك الوسائل الالكترونية، حيث يسميها البعض بوسائل الإعلان الغنية⁽²⁾، لما توفره من سرعة فائقة في نشر الإعلانات وتطور في التقنيات المستخدمة في عرض الرسالة الإعلانية، وإن البنوك في الحقيقة ليست بمنأى عن هذا النظام الترويجي، فهي مجبرة في سبيل تعزيز مكانتها في السوق وضمان استمراريتها، أن تستفيد من هذه الأداة التجارية للتعريف بالخدمات البنكية والمالية التي تقدمها وبالمزايا والتسهيلات التي توفرها لزبائنها، ولكن هي في المقابل ملزمة بأن تراعي الضوابط القانونية اللازمة لتجنب الإضرار بمصالح زبائنها (المطلب الأول).

قد يحصل أن يخرج الإعلان في مجال الخدمات البنكية الالكترونية عن إطاره المشروع، بحيث يؤثر سلبا على إرادة المستهلك عند إقباله على التعاقد، مما يستدعي تحديد القواعد الكفيلة بحماية المستهلك ضد هذا النوع من الإعلانات (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الضوابط القانونية للإعلانات التجارية

لا يزال سوق الإعلانات على الأنترنت في تزايد مستمر، وهذا النوع من الدعاية يمكن أن يكون أكثر عدوانية بالنسبة للمتلقين مقارنة بالإعلانات التي تتم على الورق أو التلفزيون، خاصة بلجوء المعلنين إلى استخدام ما يعرف بالبريد المززعج⁽³⁾، حيث أصبحت تستخدم تقنيات وبرامج الكترونية متطورة لجعل الإعلانات أكثر فعالية، من خلال تتبع مستخدمي الأنترنت ومحاولة التعرف على احتياجاتهم ورغباتهم، وتوجيه الرسائل الإعلانية بما يتلاءم وميول المستخدم حتى يكون لها أكبر تأثير على إرادته.

⁽¹⁾ يخلو القانون رقم 03-09 المعدل والمتمم والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش من أي نصوص واضحة تشير إلى ضبط الإعلانات التجارية بما يتناسب وقواعد حماية المستهلك، وعلى العكس من ذلك نجد أن المشرع الفرنسي قد تضمن قانون الاستهلاك الفرنسي مواد تتعلق بحماية المستهلك من الإعلانات التجارية:

Articles L 121-1 à L122-7 de code de la consommation.

⁽²⁾ COTTIER Bertil, « Le droit de la publicité en ligne pour les services financiers : règles traditionnelles, règles nouvelles et règles en devenir », un article publié dans : les activités bancaires en ligne et le commerce des valeurs mobilières sur le net, édition **centre du droit de l'entreprise**, Université de Lausanne, France, 2007, p 51.

⁽³⁾ VERBIEST Thibault, La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, Pris, 2002, p 18.

لذلك فقد تحمل الإعلانات التجارية تهديدات حقيقية على مصالح المستهلك المستهلك بسبب أساليب الإغراء والتضليل التي قد تستعملها البنوك، إذ ظهرت وكالات متخصصة في مجال الإعلان، تستند في عملها إلى دراسات فنية ونفسية وعلمية، وتستعمل تقنيات وبرامج جد متطورة في سبيل إظهار المنتج أو الخدمة في صورة ممتازة تبهر كل متلقي.

بادرت العديد من التشريعات إلى تحديد تقرير مجموعة من الضوابط القانونية التي يتعين على المعلن مراعاتها، وذلك لمعرفة المخاطر التي قد تحملها الإعلانات سواء تلك المتعلقة بممارسة نشاط الإعلان التجاري (الفرع الأول)، أو تلك المتعلقة بمضمونه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بممارسة نشاط الإعلانات التجارية

الملاحظ بشأن الإعلانات التجارية تباطؤ المشرع الجزائري لتنظيم هذا النشاط الحساس، بالرغم من أن تأثيراته لا تكون على المستهلكين فقط إذ تمتد إلى العلاقات فيما بين الأعوان الاقتصاديين أنفسهم، باستثناء ما جاء في بعض النصوص المتفرقة والقليلة الخاصة بالإعلان عبر الصحف المكتوبة وأيضا الإعلان في التلفزيون والراديو، كما أورد المشرع من خلال قانون التجارة الإلكترونية أحكاما أكثر تفصيلا فيما يتعلق بالإشهار الإلكتروني، وبالرغم من أن هذه النصوص جاءت متفرقة ولا تسمح بتشكيل نظام متكامل لضبط نشاطات الإشهار، ولكنها تبقى قواعد مهمة يمكن الاستناد إليها لضبط نشاط الإشهار في الجزائر، وتعتبر بؤادر مهمة تُظهر توجه الاهتمام إلى هذا النشاط في انتظار صدور أحكام أكثر تفصيلا ووضوحا.

إن أهم الجوانب المتعلقة بتنظيم الإعلانات التجارية تتعلق بتحديد ضوابط ممارسة نشاطات الإعلانات والتي تظهر من حيث شروط ممارسة الإعلان التجاري (أولا)، ومن حيث الوسيلة المستخدمة في الإعلان من جهة أخرى (ثانيا).

أولا: من حيث شروط ممارسة الإعلان التجاري

لم يتضمن القانون الجزائري نصوصا واضحة تحدد الطبيعة القانونية لنشاطات الإعلان أو الإشهار، إذ لم يتم إدراجها ضمن قائمة الأعمال التجارية بحسب الموضوع، وبالرغم من ذلك فلا يوجد شك في تجارية هذه النشاطات باعتبار أن الهدف الرئيسي منها هو تحقيق الربح، وهي

تختلف بهذه الخاصية عن غيرها من أنواع الدعاية التي تصدر عن بعض المنظمات والجمعيات⁽¹⁾.

إن الإعلان التجاري بهذا المعنى ولوقت طويل كان محتكر من قبل الوكالة الوطنية للنشر والإشهار⁽²⁾، وبالرغم من صدور قانون الإعلام الجديد لسنة 2012⁽³⁾، والذي جاء لتكريس حرية الإعلام⁽⁴⁾، ومع ذلك لا تزال هذه الوكالة تحتكر جانب مهم من النشاطات الإشهارية، وهي الإعلانات التي تتم لمصلحة المؤسسات العمومية التابعة للدولة.

في غير حالات الاحتكار السالفة الذكر، تكون نشاطات الإعلان التجاري مفتوحة أمام المنافسة الحرة للوكالات الإعلان، هذه الأخيرة معالمها مفقودة في القانون الجزائري مع تماطل المشرع في إصدار نصوص قانونية واضحة لتنظيم نشاط الإعلان⁽⁵⁾، تبقى الوكالات الإعلان العاملة في الجزائر بدون معالم قانونية، وبالتالي فهي لا تخضع من حيث شروط ممارسة النشاط التجاري إلا للالتزامات العادية المقررة في القانون التجاري، وهي القيد في السجل والتجاري، ومسك الدفاتر التجارية⁽⁶⁾، فبالرغم من القانون يقرر لوزير الاتصال الاختصاص لتنظيم وضبط شروط

(1) تعرف الدعاية بأنها النشاط الذي يستهدف نشر أفكار وآراء معينة من خلال التأثير في عقيدة الجمهور، سواء لجعله يؤمن بفكرة أو مبدأ أو عقيدة، أو من أجل صرفه عن فكرة أو مبدأ يؤمن بهما، والغالب أن تكون الدعاية مجانية فهي لا تهدف إلى تحقيق كسب مادي، بل إلى ضم الناس إلى إيديولوجية سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو دينية.
- أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد، دراسة تحليلية شاملة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 18.

(2) المادة 04 من المرسوم رقم 86-283، المؤرخ في 02 ديسمبر 1986، والمتضمن إعادة تنظيم الوكالة الوطنية للنشر والإشهار، ج ر ج ج عدد 49، الصادر في 03 ديسمبر 1986.

(3) قانون رقم 12-05، مؤرخ في 12 جانفي سنة 2012، يتعلق بالإعلام، ج ر ج ج عدد 02، الصادر في 15 جانفي 2012.

(4) تنص المادة الأولى من القانون رقم 12-05 المتعلق بالإعلام على أنه: "يهدف هذا القانون العضوي إلى تحديد المبادئ والقواعد التي تحكم ممارسة الحق في الإعلام وحرية الصحافة".

(5) حيث عرف قطاع الإشهار في الجزائر فراغا قانونيا كبير، بالرغم من المحاولات العديدة لتقنيه، بدءا بمشروع قانون الإشهار لسنة 1999، والذي نال موافقة المجلس الشعبي الوطني ولكن تم رفضه أمام مجلس الأمة، ونفس المصير لقاها مشروع قانون الإشهار لسنة 2008، وكذلك مشروع قانون النشاطات الإشهارية لسنة 2015.

- بليدي سميرة، "القواعد المنظمة للرسالة الإشهارية في الجزائر"، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل للبحث العلمي، عدد 07، أكتوبر 2016، ص 57.

(6) المواد 09 و 19 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم..

ممارسة نشاط الإشهار⁽¹⁾، إلا أنه لم تصدر أي نصوص تنظيمية تتعلق بممارسة مثل هذا الاختصاص⁽²⁾.

ثانيا: من حيث الوسائل المستخدمة في الإعلان

في تقرير له عن الأنترنت والشبكات الرقمية لسنة 1999⁽³⁾، حاول مجلس الدولة الفرنسي وضع تعريف للإعلان الإلكتروني، وما يميز هذا التعريف أنه يحدد معيارين أساسيين لتكييف الإعلانات الإلكترونية، الأول هو أن تكون الرسالة الإعلانية بهدف الترويج للإعلان، والمعيار الثاني هو أن تكون موجهة إلى الجمهور عامة⁽⁴⁾.

الملاحظ أن الإعلان الإلكتروني لا يختلف عن الإعلان العادي كالتلفزيوني أو المقروء أو عن طريق اللافتات إلا من حيث الوسيلة المستخدمة فيه، إذ يتم نقل الرسالة الإعلانية إلى المستهلكين عن طريق الوسائط الإلكترونية والتي تعتمد أساسا على الشبكة العنكبوتية العالمية، هذه الأخيرة تقدم في مجال الإعلانات ميزتين أساسيتين الملاحظة عبر الأنترنت عن طريق الارتباط التشعبي، والميزة الثانية هي إمكانية إدراج محتويات بوسائط متعددة، وهو ما يسمح بإطلاق حملات إعلانية بأشكال متعددة غالبا ما تكون أكثر تأثيرا واقناعا مقارنة بالإعلانات التي تتم في وسائل الإعلام التقليدية كالصحافة المكتوبة والتلفزيون⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 11-216، المؤرخ في 12 جوان 2011، يحدد صلاحيات وزير الاتصال، ج ر ج ج عدد 33، الصادر في 12 جوان 2011، على أنه: " يتولى وزير الاتصال المهام الآتية: في مجال ترقية الديمقراطية وحرية التعبير ودعمهما:....

- يضبط شروط ممارسة نشاطات الإشهار وسير الآراء وتوزيع الصحافة المكتوبة".

(2) ما يؤكد على اختصاص وزارة الاتصال في هذا الإطار هو إن إنشاء مديرية فرعية لنشاطات الإشهار والاستشارة والاتصال على مستوى الإدارة المركزية لوزارة الاتصال، ومنحها اختصاصات مهمة في مجال مراقبة نشاطات وكالات الإشهار، يوحي بأن هذه الأخيرة تخضع لتنظيم خاص، خاصة وأن المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 11-217، المؤرخ في 12 جوان 2011، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الاتصال، ج ر ج ج عدد 33، الصادر في 12 جوان 2011. جعلت من مهام هذه المديرية الفرعية مايلي:

- دراسة طلبات الاعتماد لممارسة الأنشطة المقننة.

- إعداد ومسك دليل وكالات الإشهار والاستشارة في الاتصال.

- جمع وتحليل المعطيات المتعلقة بالإشهار السمعي البصري، والإشهار في الصحافة المكتوبة الوطنية بدعائها الورقية والإلكترونية.

- إعداد إحصائيات حول سوق الإشهار في الجزائر بصفة منتظمة.

(3) Le rapport du Conseil d'Etat Français sur internet et les réseaux numériques, actualité du 01 octobre 1998, www.conseil-etat.fr

(4) VERBIEST Thibault, La protection juridique du cyber-consommateur, op.cit, p 09.

(5) Ibid, op.cit, p 10.

تختلف طريق عرض الإعلانات على صفحات الشبكة العنكبوتية، إذ يمكن أن تتم في مواقع الكترونية مخصصة للإعلان، أو بواسطة الشرائط الإعلانية، أو الإحالة بأدوات البحث وأخير عن طريق الرسائل المتخللة.

1- المواقع الإلكترونية:

إن أول من اعتبر الموقع الإلكتروني أداة إعلانية هو القضاء الألماني⁽¹⁾، وتبعه بعد ذلك القضاء الفرنسي في قرار متعلق بموقع الكتروني لبنك⁽²⁾، حيث قررت محكمة الاستئناف أن عدم إمكان الرجوع إلى الموقع واستشارته إلا بعد الاشتراك واختيار الموقع بواسطة المستعمل للأنترنت لا يغير شيئاً في الطابع الإعلاني للإعلانات التي تتم عليه، ويكون الموقع مماثلاً لمشتري صحيفة تشمل إعلانات، ومنذ صدور هذا القرار كمبدأ أصبحت مختلف اللوائح المنظمة للإعلان تطبق على المواقع الإلكترونية ولو كانت الاجتهادات القضائية بشأنه شحيحة⁽³⁾.

وفقاً للمادة 07 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31/CE المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁴ فإنه تعد البيانات والمعلومات التي تتضمنها المواقع إعلانات تجارية إذا تعلق بسلع وخدمات أو أنشطة تقدم بمقابل من جانب مالكي هذه المواقع، ويترتب على ذلك أنه بالنسبة للمواقع التي تتضمن إعلانات يتوافر فيها هذان الشرطان، فتوصف بأنها إعلانات تجارية، أما المواقع التي تقدم من خلالها المؤسسات أو الجهات الحكومية بيانات أو معلومات عن الأنشطة التي تقدمها الدولة أو الجهات الرسمية لها، فلا تعد إعلانات تجارية لأنها لا تتضمن بيانات عن السلع والخدمات ولا تهدف إلى حث الجمهور على شرائها⁽⁵⁾.

تتخذ الإعلانات ضمن المواقع الإلكترونية أشكال متعددة، أهمها:

(1) EICHENRODE Hertz, « Question juridiques du droit Allemand relatives à la publicité sur internet », **GAZ. PAL**, 02 octobre 1997, p 1511.

(2) GALLOUX Jean-Christophe, « Publicité pour un crédit : un site internet est un support publicitaire », **com com électr** n° 6, juin 2000, p 220.

(3) VERBIEST Thibault, « La protection juridique du cyber-consommateur », op.cit, p 11.

(4) Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOUE n° L.78, 17 juillet 2000.

(5) VERBIEST Thibault, « Les nouvelles obligations en matière de publicité et de marketing réalisées par le biais des nouvelles technologies », **RDNT**, 15 juillet 2003, p11. www.droit-tecnologie.org

أ- الشرائط الإعلانية:

إن استعمال الشرائط في المواقع الالكترونية كوسيلة للإعلان عرفت الكثير من التطور، وذلك بعد استخدام المعلنون للطرق الحديثة والتقنيات العالية لمضاعفة أثر الشريط الإعلاني على المستهلك.

ب- نظام الرعاية:

تعرف الرعاية بأنها كل مساهمة من طرف شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون العام أو القانون الخاص، في تمويل خدمات وسائل الإعلام السمعية البصرية أو برامج بهدف ترقية اسمه أو علامته أو صورته أو نشاطاته أو منتجاته⁽¹⁾.

ج- الرسائل البينية:

يقصد بها تلك الرسائل الإعلانية التي تظهر بين صفحتين أو أكثر من صفحات الأنترنت، عندما ينتقل المستخدم بين هذه الصفحات وتحتل الشاشة بأكملها، ولا تستمر هذه الصفحات لمدة طويلة وإنما تبقى لفترة وجيزة تتراوح بين خمس وعشر ثوان⁽²⁾، ويستخدمها المعلنون للإشارة إلى مواقعهم أو إلى السلع التي يقدمونها أو إلى البريد الإلكتروني الذي يمكن المستخدم من الاتصال بهم، وإذا أراد المستخدم الدخول إلى الموقع أو الاستعلام عن هذه السلع والخدمات فما عليه سوى الضغط على هذه الرسالة⁽³⁾.

د- الإحالة بمحركات البحث:

يستخدم المعلنون أدوات البحث في الإعلان عن سلعهم وخدماتهم، وأداة البحث هو برنامج يسمح بزيارة المواقع الالكترونية والفهارس بطريقة آلية، على أساس المعلومات طبقا لكلمات المفاتيح التي يتضمنه، تكون عبارة عن قائمة مرتبة بنظام معين، تسمح بتزويد المستخدم بقائمة المواقع التي بها كلمات المفاتيح⁽⁴⁾.

(1) المادة 07 الفقرة 27 من القانون رقم 14-04، المؤرخ في 24 فيفري 2014، يتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج ر ج ج عدد 16، الصادر في 23 مارس 2014.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 116.

(3) شريف محمد غانم، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 40.

(4) DEPREZ Pierre et FAUCHOUX Vincent, Lois, Contrats et usages, édition DIXIT, 1997, Paris, p105.

هـ - الارتباط التشعبي:

الارتباط التشعبي عبارة عن برنامج يسمح بالانتقال من صفحة إلى أخرى من صفحات الأنترنت بسهولة ويسر، فإذا أراد المستخدم الانتقال من موقع إلى آخر، فإن هذا البرنامج يسمح له بهذا الانتقال والعودة مرة أخرى إلى الموقع الأصلي⁽¹⁾، ولا يعتبر الارتباط التشعبي إعلانا تجاريا متى كان يشير إلى البريد الإلكتروني لشخص أو مؤسسة، أو كان يشير إلى موقع تعرض فيه منتجات وخدمات تقدم للجمهور دون مقابل⁽²⁾، ويترتب على ذلك أن وجود أيقونة الارتباط التشعبي في حد ذاتها لا تعد إعلانا تجاريا، ولكنها تكتسب هذه الصفة من طبيعة الموقع الذي تشير إليه⁽³⁾.

2- البريد الإلكتروني:

استفاد المعلنون من مجانية البريد الإلكتروني واستخدموا هذا البريد في الترويج عن السلع والخدمات، فتغيرت وظيفة البريد الإلكتروني من مجرد وسيلة اتصال تستخدم في نقل الرسائل، إلى وسيلة إعلانية وترويجية عبر الشبكة الافتراضية⁽⁴⁾.

يعرف البريد الإلكتروني بموجب ملحق المرسوم التنفيذي رقم 15-320⁽⁵⁾ على أنه: "تبادل وقراءة وتخزين معلومات في شكل رسائل معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة، ويمكن المرسل إليه (أو المرسل إليهم) قراءة الرسالة المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل"، أما المشرع الفرنسي فيعرفه في المادة 02 القانون رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي بأنه "كل رسالة أيا كان شكلها، نصية أو صوتية، أو مصحوبة بصور أو أصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها"، ويشمل هذا التعريف الدردشة عبر الأنترنت، المهاتفة الصوتية على الشبكة، وكذلك نظام الرسائل القصيرة (SMS)، والرسائل التي تترك على البريد الصوتي أو أجهزة الرد على المكالمات⁽⁶⁾.

(1) DEPRez Pierre et FAUCHOUX Vincent, op.cit, p 66.

(2) Article 2/F de la directive 2000/31/CE, op.cit.

(3) شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 54.

(4) المرجع نفسه، ص 56.

(5) مرسوم تنفيذي رقم 15-320 مؤرخ في 13 ديسمبر 2015، يحدد نظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج ج عدد 68، الصادر في 27 ديسمبر 2015.

(6) J. MAXWELL Winston et ZEGGANE Thomas et JACQUIER Sarah : « Publicité ciblée et protection du consommateur en France, en Europe et Etats-Unis », **Revue cont conc cons**, n° 06 juin 2008, p 05.

الأصل أنه حتى توصف الرسالة الإلكترونية بأنها إعلانا تجاريا يجب أن تكون موجهة إلى أشخاص غير محددين، أي أن توجه إلى الجمهور بصفة عامة، فإذا كانت موجهة إلى شخص بعينه أو أشخاص بذواتهم فلا تكتسب هذا الوصف⁽¹⁾ ولا تعد إعلانا تجاريا، ولكن يمكن وصفها بالمراسلة الخاصة⁽²⁾.

من هنا ثار الإشكال حول مدى اعتبار الرسائل الالكترونية إعلانا تجاريا بالمعنى الدقيق؟

يرفض بعض الفقه الفرنسي إقامة هذه التفرقة فيما يخص الرسائل الالكترونية، وإن هذا التمييز بين الرسائل الالكترونية ليس إلا تمييز تقني لا تكون له أبعاد قانونية، إذ أن التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الالكترونية لم يعم مثل هذه التفرقة بالنسبة للرسائل الالكترونية، فمن غير المنطقي استبعاد العدد الهائل من الرسائل الالكترونية التي ترسل لأغراض الدعاية، من التكيف القانوني للإعلان التجاري وبالتالي إفلاتها من الضوابط القانونية المتعلقة بهذه الأخيرة⁽³⁾.

يتماشي هذا الرأي مع موقف محكمة النقض الفرنسية التي اعتبرت فيه أن الخطاب الدوري الذي يصدر من مؤسسة إلى مختلف عملائها، يعد إعلانا تجاريا يخضع لما تخضع له هذه الإعلانات من تنظيم⁽⁴⁾، وقد تبنى هذا الرأي المجلس الأعلى للسمعيات والبصريات الفرنسي، إذ يعتبر الإرسال الجماعي للرسائل الإعلانية عن طريق البريد الإلكتروني إعلانا تجاريا بالمفهوم القانوني⁽⁵⁾، كما أن مواد قانون الاستهلاك الفرنسي التي تنظم الإعلانات الالكترونية، لم تقم مثل هذا التمييز⁽⁶⁾، ويبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الرأي الأخير عند تعريفه للإشهار الإلكتروني، إذ لم يعم أي اعتبار إذا ما كانت الرسالة الإعلانية موجهة للجمهور أو لشخص بذاته⁽⁷⁾.

3- منتديات المناقشة والمحادثة:

منتدى المناقشة هو مكان افتراضي لتبادل المعلومات والأفكار حول مسألة معينة بين أكثر من شخصين، حيث يتم الحوار بين الجميع بشكل مكتوب أو شفهي من خلال برنامج يربط بينهم،

(1) شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 47.

(2) Article 01 de la circulaire du 17 février 1988 prise en application de l'article 43 de la loi n° 88-1087 du 30 septembre 1988 relative à la liberté de communication, concernant le régime déclaratif applicable à certains services de communication audiovisuelle, JORF n° 0058, du 9 mars 1988.

(3) VERBIEST Thibault, La protection juridique du cyber-consommateur, op.cit, p 18.

(4) Cass crim, 05 mai 1981, Bull criminel 1981, n° 142, p 410.

(5) DEPREZ Pierre et FAUCHOUX Vincent, op.cit, p. 102.

(6) Article L112-9 de code de consommation Français, op.cit.

(7) المادة 30 من القانون رقم 05-18، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

ويكون الدخول في هذه المنتديات مجانا دون اشتراكات أو أية مصاريف⁽¹⁾، أما المحادثة عبر الأنترنت فتتم في الوقت الحقيقي، فهي لا تختلف عن المحادثة الهاتفية، إلا في أنها تتم بواسطة لوحة المفاتيح بدلا من استخدام صوت الهاتف⁽²⁾، ويستخدم المعلنون هذه المنتديات للترويج لمنتجاتهم، إما عن طريق إدارة هذه المنتديات بأنفسهم أو من خلال رعايتها أو عن طريق المشاركة مباشرة في هذه المنتديات⁽³⁾.

يضيف التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية برنامج آخر يتم استعماله كمساحة إعلانية، يتمثل في بروتوكول نقل الملفات (FTP)⁽⁴⁾، وهو برنامج يسمح بتحميل الملفات بسرعة إلى جهاز المستضيف، ويمكن للمعلن بسهولة دمج علامته التجارية في البرنامج وبالتالي ضمان الترويج لها بشكل دائم⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بمضمون الإعلانات التجارية

اهتمت التشريعات الوطنية والدولية بوضع ضوابط معينة للإعلانات التجارية، في سبيل الحد من الممارسات غير النزيهة في مجال الإعلانات، والتي تؤثر بصفة مباشرة على المصالح المادية والمعنوية للمستهلك.

وفي انتظار أن يلتفت المشرع الجزائري لمسألة تنظيم الإعلانات التجارية بنصوص أكثر تفصيلا ووضوحا، فإنه ستنتم مناقشة الضوابط التي يجب مراعاتها في الإعلانات التجارية بناء على ما توصلت إليه بعض التشريعات المقارنة السابقة في هذا المجال خاصة التشريع الفرنسي، وأيضا بعض القوانين والمبادئ الدولية⁽⁶⁾، وكذلك ما تضمنه قانون التجارة الإلكترونية من أحكام منظمة للإشهار الإلكتروني.

يخضع الإعلان التجاري في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية إلى مجموعة من الضوابط القانونية والتي تطبق على الإعلانات التجارية بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في

(1) شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 49.

(2) VERBIEST Thibault, Les nouvelles obligations en matière de publicité, op.cit, p 15.

(3) شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 50.

(4) VERBIEST Thibault, Les nouvelles obligations en matière de publicité, op.cit, p 27.

(5) Ibid. p 27.

(6) وضعت غرفة التجارة الدولية عام 1998 المبادئ التوجيهية للمحكمة الجنائية الدولية، المتعلقة بالإعلان والتسويق عبر الأنترنت، وتستند هذه المبادئ إلى وجوب أن تخضع الإعلانات الإلكترونية لمدونة قواعد السلوك الصارمة المحددة بموجب المدونة الدولية للممارسات النزيهة في مجال الإعلان:

- Lignes directrices de la Chambre de commerce internationale en matière de publicité et de marketing sur Internet,, Document n° 240/394 Rev.4, 1998 : www.icc-france.fr

الإعلان (أولاً)، وفي حالات معينة تتفرد بعض الصور الخاصة للإعلانات التجارية ببعض الأحكام الخاصة (ثانياً).

أولاً: الشروط العامة للإعلانات التجارية

إذا كان الإعلان التجاري بالنسبة للبنك هو وسيلة لجذب المستهلكين وحثهم على التعاقد، فإنه بالنسبة للزبون هو مصدر مهم للمعلومات حول الخدمات البنكية الالكترونية، للتعرف على نوع الخدمات المقدمة وخصائصها، حتى يتمكن من التوصل إلى قرار سليم حول الخدمات التي تلائم احتياجاته ومصلحه، لذلك من الضروري أن يستوفي الإعلان الالكتروني شروط عامة تضمن تحقيق إرادة مستتيرة وصحيحة، ويتعلق الأمر أساساً بشرط التحديد والوضوح وشرط الشفافية والصدق.

1- شرط التحديد والوضوح:

يعد شرط التحديد والوضوح من المبادئ الأساسية التي يجب أن يراعيها المعلنون في إعلاناتهم، مهما كان نوعها أو الوسيلة المستخدمة في عرضها للجمهور، وبالنظر لأهميته فقد حرصت العديد من التشريعات الداخلية والدولية على تكريسها، وهو مبدأ لا يقوم إلا إذا توافر الإعلان على مجموعة من الخصائص.

أ- تكريس مبدأ التحديد والوضوح في التشريعات الداخلية والدولية:

لم تعلن المادة 28 من القانون 02-04 المعدل والمتمم صراحة على وجوب تحديد الإعلان ووضوحه، إلا أنه يستفاد من الإطار العام الذي جاءت فيه، حيث تؤكد على ضرورة ابتعاد الإعلان التجاري عن التضليل، باشتراطها وضوح بيانات الإعلان التجاري والحرص على عدم إحداثها لبسا في ذهن المستهلك⁽¹⁾.

كما تنص المادة 60 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 على أنه: "يمنع استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم أو رسم وكل أسلوب للإشهار أو العرض أو الوسم أو البيع من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك، لا سيما حول الطبيعة والتركيب والنوعية الأساسية وطريقة التنازل..."، وفي ذلك إشارة واضحة إلى وجوب أن يكون الإعلان صريحا وواضحا، غير أن المشرع كان أكثر صراحة في تقرير مثل هذا الشرط بشأن الإعلان الإلكتروني،

(1) حيث تنص المادة 28 من القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم، على أنه: "...يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعاً، كل إشهار تضليلي، لا سيما إذا كان: 2.... يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته".

حيث جاء في المادة 30 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وجوب أن يتضمن الإعلان تحديدا واضحا لطبيعته ومضمونه.

أما المشرع الفرنسي فقد كان أكثر دقة إذ نص على وجوب أن تكون العمليات التجارية والدعاية المصاحبة لها واضحة بشكل يمنع الغموض لدى المستهلك، وإعطاء المستهلك معلومات واضحة ومحددة على المنتج أو الخدمة⁽¹⁾، وهو ما تضمنته المادة L 121-20-5 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽²⁾.

أما على المستوى الدولي فقد أبدى البرلمان الأوروبي اهتمامه بحماية المستهلك في مجال تسويق الخدمات المالية عن بعد، وهذا ما يظهر من خلال التوجيه الأوروبي رقم 2002/65/CE، إذ يلزم الدول الأعضاء في السوق الداخلية أن يوفر للمستهلكين ما يمكنهم من الوصول دون تمييز وعلى أوسع نطاق إلى الخدمات المالية المتاحة، بالشكل الذي يوفر لهم حق اختيار الخدمات التي تحقق ملاءمة أكثر لاحتياجاتهم⁽³⁾، وكذلك جاء التوجيه الأوروبي 2000/31/CE ليؤكد على وضوح الإعلانات الإلكترونية⁽⁴⁾.

قد استرعت أهمية الإعلان وخطورته اهتمام المحترفين أنفسهم، حيث قامت غرفة التجارة الدولية من خلال إصدارها للمدونة الدولية للممارسات المشروعة في مجال الإعلان، إلى تحديد المبادئ الأساسية التي يجب أن يحترمها الإعلان⁽⁵⁾، والتي تنص على ضرورة أن يكون الإعلان محددا بشكل لا لبس فيه أيا كان شكله وأيا كانت الدعاية الإعلانانية المستخدمة⁽⁶⁾.

ب- مضمون شرط التحديد والوضوح:

لتحقق شرط التحديد والوضوح يجب أن يتوفر الإعلان التجاري على مجموعة من العناصر تتمثل فيما يلي:

⁽¹⁾ MATHIEU Marie-Elisabeth, Les services bancaires et financiers en ligne, Editeur Revue Banque, Paris, France, 2005, p 87.

⁽²⁾ Article L121-20-5 de code de la consommation qui été inséré par l'article 21 de la loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique, op.cit.

⁽³⁾ MATHIEU Marie-Elisabeth, Les services bancaires et financiers en ligne, op.cit, p 89.

⁽⁴⁾ Article 06 de la directive 2000/31/CE sur la commerce électronique, dispose: « ... la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle... ».

⁽⁵⁾ بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006، ص 167.

⁽⁶⁾ Article 09 de code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commercial, chambre de commerce internationale, document n° 240-46/660, année 2011. Disponible sur le site : www.iccwbo.org

ب1- تحديد البيانات الواردة في الإعلان بوضوح:

لا يوجد نموذج ثابت أو صيغة محددة يجب أن يتقيد بها الإعلان في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية، غير أنه يتعين أن تبين الوسائل المستعملة في الإعلان ما تحتويه الرسالة الإعلانية بشكل مقروء وواضح وملفت للانتباه⁽¹⁾، وذلك باستخدام عبارات سهلة وبسيطة، مع مراعاة فئة المستهلكين الذين يخاطبهم الإعلان، والابتعاد عن العبارات الغامضة أو المبهمة أو التي تحتمل أكثر من معنى⁽²⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإنه يجب إعلام المتلقي بالطبيعة الإعلانية للرسالة الموجهة له⁽³⁾، تطبيقاً لذلك قررت التشريعات مبدأً أساسياً يتعلق بحق المتلقي في قبول الرسالة الإعلانية أو رفضها⁽⁴⁾، لذا يجب أن يتمكن من التعرف على طبيعة الرسالة بمجرد تلقيها دون حاجة إلى فتحها⁽⁵⁾، بحيث يتمتع عن المعلن حجب الغرض التجاري للرسالة، إذ لا ينبغي تقديم رسالة إعلانية على أنها دراسة للسوق أو استقصاء موجه للمستهلكين⁽⁶⁾.

في ذات السياق جاء نص المادة 57 من المرسوم التنفيذي 16-122، إذ يستلزم المشرع الجزائري أن تكون الرسالة الإشهارية متميزة بوضوح عن الإعلام مهما يكن شكل الدعائم المستعملة، وأن تكون مسبقة بملاحظة "إشهار"، وبطريقة تبرز طابعها الإشهاري على الفور⁽⁷⁾، كما استوجبت المادة 30 من القانون رقم 18-05 أن تكون الرسالة الإعلانية التي تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية.

(1) شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 61.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 145.

(3) MATHIEU Marie- Elisabeth, Les services bancaires et financiers en ligne. op.cit, p 87.

(4) تنص المادة 32 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه: "يجب على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الإلكترونية...".

(5) MATHIEU Marie- Elisabeth, Les services bancaires et financiers en ligne, op.cit, p 87.

(6) Article 09 alinéa 02 de de Code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication: www.icc-france.fr

(7) مرسوم تنفيذي رقم 16-122، مؤرخ في 11 أوت 2016، يتضمن دفتر الشروط العادة الذي يحدد القواعد المفروضة على خدمة البث التلفزيوني أو البث الإذاعي، ج ر ج ج عدد 48، الصادر في 17 أوت 2016.

ب2- تحديد هوية الشخص الذي يتم الإعلان لحسابه:

إذ لا يجوز إخفاء هوية الشخص الذي تم تصميم الإعلان لحسابه⁽¹⁾، حيث يتعين أن تتضمن الرسالة الإعلانية التي تشيد بمزايا منتج أو خدمة معينة المعلومات المتعلقة بالشخص مقدم هذه الخدمة أو المنتج بوضوح⁽²⁾، لتمكين المستهلك من التعرف على الطرف الآخر الذي من المحتمل أن يتعاقد معه، أو الذي يمكنه له الرجوع عليه في المستقبل إذا ما نشأ له أي حق في التعويض بسبب هذا الإعلان⁽³⁾، بحيث يجب أن تتوفر للمستهلك جميع المعلومات التي تسمح له بالاتصال به دون صعوبة⁽⁴⁾.

ب3- الإعلان باللغة العربية:

يستلزم المشرع الجزائري استعمال اللغة العربية في الإعلانات المنشورة في الجزائر، من خلال نصوص المرسوم التنفيذي رقم 74-70⁽⁵⁾ في المادة الأولى منه، التي جاء فيها: "الإشهار التجاري المنتج والمبث في كافة التراب الوطني، يجب أن يكون باللغة العربية مع إمكانية استعمال اللغة الأجنبية شريطة ترجمة الرسائل الأصلية واستكمالها بدبلجتها".

جاء هذا النص موافقا لمضمون المادة 19 من القانون رقم 91-05 المعدل والمتمم والمتعلق بتعميم استعمال اللغة العربية، والتي تقضي بوجوب أن يتم الإشهار بجميع أنواعه باللغة العربية، ومع ذلك أجاز المشرع في الفقرة الثانية من هذه المادة استعمال لغات أجنبية أخرى عند الضرورة بعد استئذان الجهات المختصة⁽⁶⁾، لكن بشرط أن يكون إلى جانب النص باللغة العربية وليس انفرادا، غير أنه يصعب تطبيق هذان الشرطان من الناحية العملية بسبب عدم وضوح المعيار فيما يتعلق بتوافر حالة الضرورة، وعدم تحديد الجهة المختصة بمنح الإذن ولا الإجراءات

(1) الفقرة الثانية من المادة 30 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

(2) MATHIEU Marie- Elisabeth, « Les services bancaires et financiers en ligne », op.cit, p 87.

(3) VERBIEST Thibault, « Les nouvelles obligations en matière de publicité », op.cit, p 17.

(4) Article 10 de Code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale : « L'identité du professionnel de la communication doit être apparente. Le cas échéant, la communication commerciale doit mentionner des coordonnées afin de permettre au consommateur de contacter le professionnel de la communication sans difficulté... ». : www.icc-france.fr

(5) مرسوم تنفيذي رقم 74-70، مؤرخ في 03 أبريل 1974، المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية في الإشهار التجاري، ج ر ج ج عدد 29، الصادر في 9 أبريل 1974.

(6) أما المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 16-122، المتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على خدمة البث التلفزيوني أو البث الإذاعي، فقد أوجبت أن يتم بث الرسائل الإشهارية باللغتين العربية و/أو الأمازيغية.

المتبعة⁽¹⁾، كما أن تطبيق هذا النص يصادف عوائق أخرى عندما يتعلق الأمر بالإعلان الذي يتم عبر الأنترنت، إذ يصعب مراقبة هذه الإعلانات لأنها لا تعترف بالحدود بسبب الطبيعة الدولية لهذه الشبكة وصعوبة تحديد البلد المقصود بالرسالة الإعلانية⁽²⁾.

بالنسبة للتشريع الفرنسي أوجب قانون (Toubon)⁽³⁾ استعمال اللغة الفرنسية بالنسبة للإعلان المكتوب المنطوق والمسموع⁽⁴⁾، ومع ذلك فقد رفض القضاء الفرنسي الدعوى التي رفعتها جمعية الدفاع عن اللغة الفرنسية ضد معهد جورجيا، لأن موقعها الإلكتروني عرض محاضرات باللغة الإنجليزية⁽⁵⁾.

كما قضت محكمة العدل الأوروبية في 12 ديسمبر 2000 بأن فرض التنظيم الوطني استعمال لغة محددة دون الأخذ بإمكان استعمال لغة أخرى سهلة الفهم، يتعارض مع المادة 10 من المعاهدة الأوروبية المتعلقة بحقوق الإنسان والتي تنص على ضمان حرية التعبير⁽⁶⁾، لذلك يدعو بعض الفقه الفرنسي إلى وجوب تعديل قانون توبون مع ما يتماشى وخصوصية التجارة الإلكترونية⁽⁷⁾، إذ أن تعدد اللغات المستعملة من شأنه أن يزيد في الميزة التنافسية ويسمح بتقديم معلومات واضحة للمستهلكين على قدم المساواة⁽⁸⁾.

2- شرط الشفافة والصدق:

إن الشفافية في مجال الإعلانات التجارية تقتضي تحديد مجموعة من المعلومات الأساسية المتعلقة بالمعلن في حد ذاته أو بالسلعة أو الخدمة موضوع الإعلان، على أن تكون هذه المعلومات كافية وصحيحة⁽⁹⁾، إذ يتعين أن يتضمن الإعلان المقدم من البنك المعلومات الكافية

(1) حددت المادة 56 الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 16-122 الجهة المختصة بمنح الإذن في سلطة ضبط السمعي البصري سلطة، والتي تختص بمنح ترخيص باستخدام لغات أجنبية في الإشهار التلفزيوني والإذاعي.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 150.

(3) Loi n° 94-665 du 4 août 1994, relative à l'emploi de la langue française, op.cit.

(4) FRISON-ROCHE Marie-Anne et GERMAI Michel, op.cit, p 99.

(5) BOCHURBERG Lionel, Internet et commerce électronique, 2^{ème} édition, DELMAS, Paris, 2001, p 143.

(6) VERBIEST Thibault, La protection juridique du cyber-consommateur, op.cit, p 34.

(7) Ibid, p 34.

(8) DUMESTE (M-H.) Marie-Hélène, « Langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique », **Rev Conc Consom**, n° 101, janvier-février 1998, p 44.

(9) غانم محمد شريف، المرجع السابق، ص 66.

التي تمكن المستهلك من تقييم سليم للخدمات البنكية المعروضة عليه، كما يجب على المعلن أن يشير صراحة إلى المدة التي يسري فيها العرض دون تغيير⁽¹⁾.

من متطلبات الشفافية أيضا عدم استعمال الإعلان نتائج بحث أو مقطع مستمد من مصنف تقني أو علمي دون حق، أو تقديم احصائيات بطريقة مبالغ فيها، كما لا يجب استعمال مصطلحات علمية لمنح قيمة علمية غير صحيحة للإعلان⁽²⁾.

كما تستلزم الشفافية التصريح بالتكلفة التي يتحملها المستهلك للوصول إلى الرسالة الإعلانية أو التواصل مع البنك مقدم الخدمة، إذا كانت هذه التكلفة أكبر من تلك المطبقة في الحالات العادية للاتصالات السلكية أو اللاسلكية أو عن طريق البريد⁽³⁾.

بالإضافة إلى الشفافية يتعين على البنك أن يتحرى الصدق في المعلومات التي يقدمها عبر الإعلان التجاري، إذ يتعين عليه التعريف بالخدمة المقدمة بصدق وجدية، وإن كان هدفه التأثير على المستهلك لاجتذابه⁽⁴⁾، وقد كرّس المشرع الجزائري هذا الشرط في بعض أنواع الإعلانات التي تعرض لها بالتنظيم وهي الإعلانات التي تبث عبر التلفزيون والإذاعات، حيث يشترط أن يكون مضمون الرسالة الإشهارية حقيقيا ونزيها⁽⁵⁾، كما يستوجب قانون التجارة الإلكترونية ألا تكون مضللة⁽⁶⁾.

3- شرط المشروعية:

يكون الإعلان الإلكتروني مشروعاً إذا كان غير مخالف للأداب العامة والأخلاق⁽⁷⁾، وأن يحترم القيم الوطنية والإنسانية، وألا يتعلق بخدمات ممنوعة أو محظورة بموجب القانون⁽⁸⁾، ومن الخدمات البنكية الإلكترونية التي يمنع الترويج لها عن طريق الإعلان، هو التعامل بالعملة

(1) Article 21 de directive 2002/65/CE, op.cit.

(2) BOCHURBERG Lionel, op.cit, p 144.

(3) Article 20 de Code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale, op.cit.

(4) بليدي سميرة، المرجع السابق، ص 59.

(5) المادة 60 الفقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 16-122، يتضمن دفتر الشروط العادة الذي يحدد القواعد المفروضة على خدمة البث التلفزيوني أو البث الإذاعي.

(6) الفقرة 05 من المادة 30 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

(7) الفقرة 04 من المادة 30 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

(8) المادة 67 من المرسوم التنفيذي رقم 16-122، يتضمن دفتر الشروط العادة الذي يحدد القواعد المفروضة على خدمة البث التلفزيوني أو البث الإذاعي.

الافتراضية سواء بشرائها أو بيعها أو استعمالها أو حيازتها، بسبب حظرها بموجب المادة 117 من القانون رقم 17-11 المتضمن قانون المالية لسنة 2018.

يكون الإعلان غير مشروعاً إذا كان يستغل ثقة الجمهور أو يستغل نقص الخبرة لدى المستهلك أو جهله، إذ يجب أن لا تؤدي الرسالة الإعلانية إلى المساس بالثقة التي ينبغي أن تكون موجودة لدى الجمهور في الإعلان⁽¹⁾.

ثانياً: الشروط الخاصة بالإعلانات التجارية في المجال البنكي

إلى جانب التنظيم في إطار القواعد المشتركة المطبقة على جميع أنواع الإعلانات، تخضع بعض الإعلانات لضوابط والشروط خاصة لا تطبق على غيرها، ليس بسبب الوسيلة المستخدمة وإنما بالنظر لموضوع الإعلان في حد ذاته، وذلك عندما يتعلق الأمر بالترويج لخدمات أو منتجات ذات مخاطر خاصة غير اعتيادية قد تكون لها آثار سلبية على مصالح المستهلكين.

لم يورد المشرع الجزائري أي نص خاص فيما يتعلق بالإعلانات في المجال البنكي تراعي الخصوصية التي الترويج لبعض العمليات والخدمات البنكية، والتي تكون فيها مخاطر أكثر بالنسبة لجمهور المستهلكين، في حين نجد بعض التشريعات ومنها القانون الفرنسي يقرر ضوابط خاصة تتعلق ببعض العمليات البنكية ممثلة في القروض الاستهلاكية، لذلك فسنبحث عن هذه الشروط الخاصة في إطار هذه التشريعات الأخيرة.

الملاحظ أن مثل هذه القواعد الخاصة قررت بهدف حماية نوع معين من المستهلكين، وهم الزبائن ذوي الدخل المنخفض الذين يميلون إلى الإفراط في الانفاق، وبالتالي يكونون أكثر تعرضاً للمديونية المفرطة⁽²⁾، إن الإعلان عن القروض الاستهلاكية ليس محظوراً، ولكنه أكثر تقييداً مقارنة بالإعلانات العادية⁽³⁾، ولقد حددت المادة L311-4 من قانون الإستهلاك الفرنسي جملة من الشروط القانونية التي يجب أن يحترمها العرض الإعلاني المتضمن الإعلان عن القروض الاستهلاكية، ويمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي:

1 - إدراج معلومات إجبارية:

تشمل هذه المعلومات في مايلي:

- توضيح هوية المؤسسة المقرضة، وطبيعة وغرض ومدة العملية المقترحة.

(1) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 145.

(2) COTTIER Bertil, op.cit, p 54.

(3) Ibid, p 55.

- معدل الاقتراض وطبيعته الثابتة أو المتغير أو القابلة للتعديل.
- معدل الفائدة السنوي (TAEG)⁽¹⁾، باستثناء عمليات الشراء أو عقود التأجير التمويلي مع خيار الشراء، ويتم تحديد هذا المعدل وفقا للمادة L313-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽²⁾.
- المبلغ الإجمالي المستحق من المقترض.
- المبلغ الإجمالي للقرض ومبلغ الأقساط.
- مدة عملية القرض إذا كانت قابلة للتحديد.
- تحديد مدى الحاجة إلى التعاقد حول خدمة فرعية بوضوح، كالتأمين من أجل ضمان القرض⁽³⁾.
- تحديد السعر النقدي ومبلغ الدفعة الأولى، إذا كان القرض مقدم في شكل سداد لسلعة أو خدمة معينة⁽⁴⁾.
- تضمين الإعلان صيغة إيجابية مفادها تنبيه المستهلكين إلى جدية الإعلان وإلى مسؤوليتهم عن القرض، وذلك من خلال إدراج عبارة معينة في الإعلان⁽⁵⁾، فلا يجب أن يركز الإعلان على توضيح المزايا التي يقدمها الإعلان، دون تنبيه المستهلك إلى الأعباء الإضافية التي ستترتب عليه بسبب هذا القرض⁽⁶⁾.

2- الشروط المتعلقة بحجم البيانات وطريقة عرضها:

من أجل استقاء المتطلبات التي حددتها الفقرة الأولى من المادة L 311-5 من قانون الاستهلاك الفرنسي، يتعين أن تظهر المعلومات التي تعتبر ضرورية للفهم الجيد وتلك التي تشير إلى مخاطر القرض، في حجم خط أكبر من تلك المستخدمة في الإشارة لخصائص القرض الأخرى، كما يجب أن تكون جميع المعلومات الإلزامية السالفة الذكر مدرجة في النص الرئيسي للإعلان، بحيث تكون مرئية بسهولة ومقروءة لتلفت انتباه المستهلك على الفور⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ TAEG: Taux Annuel Effectif Global.

Le TAEG est le taux d'intérêt annuel fixé par les banques et les établissements de crédit dans le cadre d'un contrat de prêt et qui inclut, en plus du taux nominatif, l'ensemble des frais applicables, tels que les frais de dossier, les frais fiscaux, les frais d'inscription ou les commissions, cette définition disponible sur le site : www.droit-finances.commentcamarche.net

⁽²⁾ Article L 313-1 de code de la consommation, op.cit.

⁽³⁾ Note d'information n° 2011-73, de 22 juillet 2011, sur la publicité en matière de crédit au consommateur, le ministère de L'Economie des Finances et de L'industrie, France, p 06.

⁽⁴⁾ FENOUILLET Dominique, « Le législateur entre illusions et contradiction », **Revue des contrats**, n°3, 01 juillet 2005, p 717.

⁽⁵⁾ COTTIER Bertil, op.cit, p 55.

⁽⁶⁾ Ibid, p 57.

⁽⁷⁾ MATHIEU Marie-Elisabeth, « Les services bancaires et financiers en ligne », op.cit, p 95.

3- عدم تضمين الإعلان عروض قرض محظورة قانونا:

يجب ألا تتضمن الرسالة الإعلانية عروضاً لقرض بشروط مخالفة للقانون، كأن تتم الإشارة إلى منح القرض دون حاجة إلى تقييم مالي للمقترض أو بدون وثائق، أو أن ينص الإعلان على أن القرض يحسن الوضع المالي للمقترض أو يؤدي إلى زيادة موارده، أو اقتراح أن يكون القرض بديلاً عن المدخرات، كما يمنع إظهار القروض المتجددة كاحتياطي تلقائي من النقد، يقدم للمقترض دون أي اعتبار لوضعه المالي⁽¹⁾.

المطلب الثاني:

قواعد حماية المستهلك من الإعلانات التجارية غير المشروعة

إن السعي الحثيث من المعلنين لاجتذاب أكبر عدد من المستهلكين قد يدفع بهم إلى الاستعانة بكل الوسائل إلى تحقيق هذا الغرض دون اكتراث بمصالح المستهلكين، وهو ما قد يشكل خطراً حقيقياً على حرية الاختيار لديهم، لذلك فقد عملت العديد من التشريعات على تنظيم الإعلانات من خلال تحديد ضوابط معينة يجب أن يتم الإعلان في إطارها.

لتحقيق انضباط حقيقي في قطاع الاعلانات التجارية بصفة عامة والإعلانات في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية بصفة خاصة، فإنه لا يكفي الجانب التنظيمي للإعلان، إذ ناذر ما يلتفت المعلنون لهذا الجانب، لأن اهتمامهم مُنصب حول المعايير الأخرى التي تجعل من الإعلان أكثر إغراء واقناعاً، لذلك لم تقتصر التشريعات على تحديد شروط الإعلان، وإنما حصرت الممارسات التي تخرج بالإعلان عن الطابع المشروع، وتجعله إعلاناً محظوراً من الناحية القانونية، وبصفة عامة فإن خرق ضوابط الإعلان الإلكتروني يجعله يصنف ضمن أربع حالات: إعلان مضلل، إعلان كاذب، إعلان مقارن، إعلان مزعج (الفرع الأول).

إن تصنيف هذه الإعلانات غير المشروعة ليس إلا تمهيداً لتقرير الآليات الكفيلة بمواجهتها في سبيل تحقيق الحماية اللازمة للمستهلك، وهو هدف تصبو إليه كل التشريعات المنظمة للإعلانات التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع الإعلانات التجارية غير المشروعة

كما سبق وتمت الإشارة إليه، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض في القواعد العامة لحماية المستهلك إلى تحديد شروط أو ضوابط معينة للإعلان، ولكنه قرر في المادة 28 من القانون

⁽¹⁾ RAYMOND Guy, « Code de la consommation », Modification (L, n° 2010-737, 1 juillet 2010), Rev Cont Conc. Cons, n° 8-9, Aout- Septembre 2010, p 35.

02-04 المعدل والمتمم إلى حظر بعض الممارسات في الإعلانات، والتي يدرجها ضمن أنواع الممارسات التجارية غير النزيهة⁽¹⁾، ويسميتها بالإشهار التضليلي، كما جاء قانون التجارة الالكترونية ليحظر أنواع أخرى من الممارسات الترويجية عبر الاتصالات الالكترونية، ويخضعها لشروط مسبقة في إطار ما يعرف بمنع الإعلان المزعج (البريد المزعج).

أولاً: الإعلان المضلل

قد يخرج الإعلان التجاري عن إطاره القانوني المشروع، فيحيد عن الموضوعية في عرض الإعلان والتعريف بالخدمات المقدمة، باستعمال وسائل أخرى تعتمد على التهويل والمبالغة في إبراز مزايا الخدمة البنكية والعمل على إخفاء مخاطرها بطريقة قد تخدع المستهلك وتوقعه في غلط، وفي هذه الحالة يوصف الإعلان بالمضلل، والإعلان المضلل ليس مجرد تسمية خاصة وإنما هو مفهوم قانوني، يحتاج إلى توضيح جميع جوانبه، سواء من حيث تعريفه أو عناصره، وأخيراً صورته.

1- تعريف الإعلان المضلل:

لم يورد المشرع الجزائري تعريفاً دقيقاً للإعلان المضلل، وإنما عمل على تحديد ممارسات معينة اعتبرها من قبيل التضليل، وذلك على سبيل المثال لا الحصر، إذ استعملت عبارة "لا سيما إذا كان"، ويبدو أنه اعتمد ذات المنهج الذي أخذ به المشرع الفرنسي، في المادة L 121-2 من قانون الاستهلاك⁽²⁾، مع وجود اختلافات في مضمون التعريف وفي حصر الحالات المذكورة.

أما التوجيه الأوروبي رقم 2006/144/CE المتعلق بالإعلانات المضللة والإعلانات المقارنة، فيعرف الإعلان المضلل بأنه كل إعلان في أي شكل كان بما في ذلك طريقة العرض، تؤدي إلى إيقاع الأشخاص الموجهة لهم أو التي تمسهم في غلط أو احتمال إيقاعهم في غلط، أو إذا كانت صفة التضليل سبباً في الإضرار أو احتمال الإضرار بالطرف المنافس⁽³⁾.

(1) جاءت المادة 28 من القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم في الفصل الرابع تحت عنوان الممارسات التجارية غير النزيهة.

(2) Article L 121-2 de code de la consommation français, op.cit

(3) يرى بعض الفقه في هذا الصدد أن الدفاع عن المستهلك وتحقيق منافسة سليمة مسألتان متكاملتان، إذ يظهر من الأعمال التحضيرية أن المشرع الأوروبي من خلال هذا التوجيه كان يهدف إلى حماية المستهلك من الإعلانات المضللة والحفاظ على مصالح المنافسين لا سيما ضد الإعلانات غير المشروعة، وإن كان لزاماً التمييز بين قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة، إذ لا ينبغي المبالغة في الفصل بينهما.

- HEIDSIECK Gilles, « Publicité mensongère - éléments constitutifs », *Revue SMEA*, n° 46, 17 novembre 1988, Paris, p 140.

إن هذا المفهوم العام للتضليل في الإعلانات التجارية ينطبق بلا أدنى شك على الإعلانات التي تتم بوسائط الكترونية، ومع ذلك فقد نص قانون التجارة الإلكترونية على وجوب التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة.

يتحقق التضليل في الإعلان بفعل إيجابي من المعلن أو بفعل سلبي كالامتناع عن ذكر البيانات الجوهرية للخدمة المعلن عنها⁽¹⁾، ويكون الإعلان مضللاً بطريق الترك، بأن يغفل البنك عمداً أو سهواً عن الإشارة إلى بيانات جوهرية في التعاقد الذي يريد حث الجمهور على إبرامه، بشكل يبرز مزاياه ويتجاهل فيه بعض المعلومات والالتزامات، والتضليل بطريق الترك هو كذب ولكنه كذب سلبي، على خلاف الكذب الإيجابي الذي تمثل في ذكر معلومات أو بيانات أو أوصاف أو خصائص أو وقائع غير صحيحة⁽²⁾.

2- عناصر التضليل في الإعلان التجاري:

حدد المشرع الجزائري بعض الأمثلة عن العناصر التي قد يرد عليها التضليل، تتمثل في التعريف بالمنتج أو الخدمة أو كميته أو وفرته أو مميزاته، وكان المشرع الفرنسي أكثر تفصيلاً في سرد هذه العناصر، فيكون التضليل حول السعر أو طريقة حسابه، ونطاق التزامات المعلن وطبيعة وسبب البيع أو تقديم الخدمة، كذلك هوية ومؤهلات وحقوق المتدخلين ومعالجة الشكاوى وحقوق المستهلكين... وعلى العموم يمكن إجمال هذه العناصر فيما يلي:

أ- التضليل في الخصائص الأساسية للخدمة وشروط التعاقد:

يقع التضليل في الخصائص الأساسية للخدمة البنكية المعلن عنها إذا كان هناك تغيير جسيم في هذه الخصائص، من شأنه أن يغير من طبيعة هذه الخدمة فتحويل إلى خدمة أخرى⁽³⁾، كأن يعلن البنك عن توفير بطاقات ائتمان لزبائنها، في حين يتبين بعد ذلك أن هذه البطاقات لا تستعمل إلا في حدود المبلغ المتوفر في الحساب، وإن مثل هذا الشرط من شأنه أن يغير من طبيعة هذه البطاقة لتصبح بطاقة دفع، ومن باب التضليل الإعلان على إمكانية استخدام البطاقة لجميع الأغراض، في حين يتبين أنه لا يمكن استعمالها إلا بالنسبة لعدد محدود من المحلات التجارية المتعاملة مع البنك والتي توفر هذه الخدمة.

(1) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 93.

(2) بليمان بيمين، "الإشهار الكاذب أو المضلل"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 32، ديسمبر 2009، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، ص 297.

(3) عبد الشافي إسماعيل محمد، الإعلانات التجارية الخادعة ومدى الحماية التي يكفلها المشرع الجنائي للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 101.

المعيار في تقدير الخصائص الجوهرية للخدمة في مجال الإعلان المضلل معيار شخصي، فتعتبر جوهرية تلك الصفة التي يضعها الجمهور في اعتباره لدى الحصول على الخدمة، لكن دون أن نلغي تلك التي تعتبر أساسية بالنظر إلى طبيعة الخدمة المعلن عنها⁽¹⁾.

كما قد يقع التضليل حول شروط التعاقد وأساليبه، بأن يقع التضليل حول العمولة التي يستحقها البنك عن الخدمة البنكية المقدمة، بحيث يصرح في الإعلان على أن خدمات بطاقات الدفع توفر مجاناً للزبائن، في حين يتبين أن البطاقة هي التي تُوفر مجاناً، أما بالنسبة للعمليات على الحساب التي تتم باستعمال بطاقة الدفع فتكون مقابل عمولة.

يقع التضليل في الإعلان حول أساليب التعاقد في الحالة التي يدعي فيها البنك أنه يوفر إمكانية التعاقد عن بعد من خلال روابط على موقعه الإلكتروني، في حين أن هذه الروابط لا تمكن إلا من تقديم طلب الحصول على الخدمة، أما العقد النهائي فلا يتم إلا كتابياً على الورق.

ب - التضليل في النتائج المتوقعة:

المقصود بالنتائج المتوقعة عن الخدمة المعلن عنها هي الغاية أو الأثر الذي ينتظره المستهلك من وراء الحصول على هذه الخدمة، وهي الفائدة المرجوة والفعالية والأثر الممكن تحقيقه من الخدمة محل الإعلان⁽²⁾، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة مساندة أقوال المعلن ببراهين علمية واضحة واختبارات صادقة⁽³⁾.

ج - التضليل في تحديد طبيعة الرسالة الإعلانية وهوية المعلن:

تطبيقاً لذلك صدر قرار عن القضاء الفرنسي بمناسبة قضية تتعلق بموقع الكتروني يقدم مقارنة بين الأسعار لمختلف السلع والخدمات، دون أن يبين بوضوح الطابع الإعلاني للموقع، فاعتبرته محكمة النقض الفرنسية إعلاناً مضللاً، تطبيقاً لنص المادة 1-121 L من قانون الاستهلاك الفرنسي، والمادة 20 من القانون رقم 575-2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي⁽⁴⁾.

كما قضت محكمة الاستئناف في قرار آخر أنه يتعين أن يلفت الموقع الإلكتروني الإعلاني انتباه المستخدمين إلى طبيعته هذه، دون حاجة إلى تنفيذ أي إجراء كالنقر على روابط أخرى⁽⁵⁾.

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 146.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 190.

(3) C.A. Paris, 4^{ème} chambre, 05 décembre 1997 : www.doctrine.fr/d/CA/Paris/1997/INPIB19970202.

(4) Cass com, 04 décembre 2012, Bull 2012, IV, n° 221.

(5) Cass com, 29 novembre 2011, Bull 2011, IV, n° 195.

يعتبر من قبيل التضليل في هوية المعلن إخفاء هوية المعلن أو استخدام صفات أخرى من شأنها التأثير على قرار المستهلك، فإذا كانت هذه الصفات غير حقيقية اعتبر الإعلان تضليلاً وبالتالي غير مشروع، وتطبيقاً لذلك صدرت عدة قرارات قضائية عن محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾.

د - التضليل من خلال طريقة العرض:

يشير التوجيه الأوروبي رقم 2006/144/CE في تعريفه للإعلان المضلل من خلال المادة 02 منه، إلى أن التضليل قد يقع من خلال طريقة العرض، ومثال ذلك أن يتضمن الموقع الإلكتروني الإعلان على روابط للنص التشعبي، تجعل المستخدم ينتقل من الصفحة الافتتاحية إلى صفحات أخرى معتقداً بأنها مرتبطة بالإعلان، ولكن في الواقع هو ينقله إلى الموقع الإلكتروني لمقدم الخدمة، فيجد المستهلك نفسه مع عروض لا علاقة لها بمحتوى الموقع الأساسي الذي كان يزوره⁽²⁾.

3- صور الإعلان المضلل:

إن المشرع الجزائري من خلال المادة 28 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم أورد ثلاث حالات يعتبر فيها الإعلان تضليلاً، وهذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر، وبناءً على ذلك يكون للقاضي - بحسب سلطته التقديرية - اعتبار إعلان معين تضليلاً، ولو خرج عن هذه الصور الثلاث، ولهذا التحديد أهمية بالغة، فمن خلالها يمكن تحديد الركن المادي في جريمة الإعلان التضليلي، وتطبيقاً لما ورد في هذا النص يمكن أن نميز بين ثلاث صور في الإعلان المضلل:

أ - الإعلان المفضي إلى التضليل:

بحسب الفقرة الأولى من المادة 28 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، فإنه يعتبر إعلاناً تضليلاً الإعلان الذي "يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل، بتعريف منتج أو خدمة أو كميته أو وفرته أو مميزاته"، ونلاحظ استعمال المشرع لمصطلح "يمكن أن تؤدي"، بمعنى أن صفة التضليل تلحق بالإعلان بغض النظر عن نتائج الإعلان الفعلية، أي حتى ولو وقع التضليل في المستقبل، ويذهب الفقه إلى وجوب تفسير عبارة

⁽¹⁾ Cass crim, 23 février 1989, Bull criminel 1989, n° 91, P 242.

- Cass crim, 20 mars 2007, Bull criminel 2007, n°86, p 426.

⁽²⁾ COTTIER Bertil, op.cit, p 62.

"يمكن أن تؤدي إلى التضليل" تفسيراً واسعاً، إذ يشمل الإعلان المضلل ليس فقط الحالات المختلفة التي يكون فيها الخداع فعالاً، بل كذلك التي يكون فيها ثمة احتمال وجود خداع أو تضليل⁽¹⁾.

ب- الإعلان المفضي إلى اللبس:

الإعلان المفضي إلى اللبس هو الذي يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى التباس مع محترف آخر أو منتوجاته أو خدماته أو نشاطاته، واللبس يتجلى في توليد الشك والأوهام في ذهن المستهلك، فيتقدم إلى اقتناء ما لم يقصد اقتناؤه فعلاً من سلع وخدمات، وإما يتعاقد مع شخص لم ينوي التعاقد معه⁽²⁾، وبالتالي حتى وإن كانت البيانات التي وردت في الإعلان صادقة وتدل على حقيقة الخدمة محل الإعلان، فإنه يعتبر مضللاً متى كان من شأنه أن يجعل المستهلك يتعاقد مع بنك لم يكن يقصده، وعلى خدمة لم يقصد الحصول عليها حتى وإن كانت هذه الخدمة تلبي رغبته⁽³⁾.

ج- الإعلان المضخم:

يعتبر إعلاناً غير شرعي ومضلل كل إعلان يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن المتدخل لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع، أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإعلان، إذ يتصدى المشرع الجزائري للمتدخلين الذين يعرضون إعلاناً يفوق قدراتهم الحقيقية، فالإعلان المضخم يكون نتيجة سوء تقدير المتدخل لقدراته.

ثانياً: الإعلان الكاذب

لم يشر المشرع الجزائري إلى الإعلان الكاذب كنوع منفصل من الإعلانات غير المشروعة، واكتفى بالنص على الإعلان المضلل في دلالة على أنه لا يقيم أي تمييز من حيث المضمون ولا الجزء بين هاذين الصورتين من الإعلان غير الشرعي، ولا يقيم القانون الفرنسي بدوره هذا التمييز، إذ أن نص المادة L121-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي لم يُمَيِّز بين الإعلان الكاذب والمضلل، لا من حيث العناصر التي يرد عليها ولا من حيث الجزء المترتب⁽⁴⁾، لكنه في مواضع أخرى ميّز

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 161.

(2) قاشي علال: "الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضللة"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب -بليدة، العدد 02، جانفي 2012، ص 343.

(3) BOUTROS Mickael, Le droit du commerce électronique : une approche de la protection du cyber consommateur, thèse de doctorat en droit, spécialité droit privé, université de GRENOBLE, France, 2014, p 44.

(4) بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك (دراسة قانونية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 65.

بالنسبة لشروط الإعلان بين شرط الوضوح والتحديد، وبين شرط الشفافية والصدق، فبالنسبة للشرط الأول يترتب على عدم تحققه اعتبار الإعلان مضلل، بينما غياب الشفافية والصدق في الإعلان يجعل منه كاذب، ومن أجل استوضح هذه المسألة سنتطرق تعريف الإعلان الكاذب وتمييزه عن المبالغة في الإعلان، وأخيرا المعيار المعتمد في تقدير الكذب.

1- تعريف الإعلان الكاذب:

إن الكذب من الوجهة القانونية هو كل ادعاء أو زعم مخالف للحقيقة، الهدف منه خداع المتلقي عن طريق تزيف الحقيقة أو بث تأكيدات غير صحيحة وغير مطابقة للواقع، أو لا يمكن الوفاء به عملا، كما يُعرّف أيضا بأنه تأكيدات غير حقيقية تهدف إلى الخداع⁽¹⁾، ويكون الإعلان كاذبا عندما تتضمن الرسالة الإعلانية معلومات غير صحيحة تؤثر في قرار أو حكم المستهلك، بحيث تدفعه إلى قرار لم يكن ليتخذه لو علم حقيقة هذه المعلومات⁽²⁾، والإعلان الكاذب بهذا المعنى يختلف عن التضليل في أن هذا الأخير لا يتضمن بالضرورة بيانات كاذبة، ولكنه يصاغ في عبارات تعطي انطبعا زائفا وتؤدي إلى خداع الجمهور، فهو لا يقوم إلا متى كان في شأنه خداع المستهلك⁽³⁾.

اختلف الفقه في تحديد المعيار المعتمد في تقدير الكذب في الإعلان، فمهم من اعتمد المعيار الشخصي، حيث يكون تقدير الكذب مستندا إلى نوعية الجمهور الذي يوجه إليه⁽⁴⁾، في حين اعتمد جانب آخر من الفقه على المعيار الموضوعي الذي يذهب إلى تجريد متلقي الإعلان من ظروفه الشخصية، حيث يضع في الاعتبار المستهلك العادي، وهو شخص لا خارق الذكاء ولا شديد الفطنة ولا محدودها⁽⁵⁾، وتتجه أغلبية الأحكام القضائية في فرنسا إلى تبني هذا المعيار⁽⁶⁾، حيث يضع القاضي نفسه مكان المستهلك متوسط الذكاء عند تحديد الإعلان الكاذب.

(1) عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء، المنصورة، 1991، ص 173.

(2) DEPREZ Pierre et FAUCHOUX Vincent, op.cit, p 78.

(3) عبد الله ليندة، "حماية المستهلك من الإعلانات الالكترونية الكاذبة والمضللة"، مجلة الندوة للدراسات القانونية، مجلة إلكترونية، عدد 02، 2014، ص 21. revuenadwa.jimdo.com

(4) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 162.

(5) بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 73.

(6) -Cass crim, 17 octobre 2000, pourvoi n°99-86916, Bull criminel 2000, n° 299, p 879.

- Cass crim, 22 décembre 1986, Bull criminel 1986, n° 383, p 1007.

2- التمييز بين الإعلان الكاذب والإعلان المبالغ فيه:

تجدر الإشارة إلى أنه من الصعب وجود إعلان صادق بالمعنى الدقيق للكلمة⁽¹⁾، إذ أن الإعلان التجاري في طبيعته يميل إلى إظهار الخدمة أو السلعة في أفضل صورة، من خلال التركيز على الجانب الإيجابي لهذه الخدمة، فمن غير المتصور عملاً أن يقدم المعلن على إظهار عيوب السلعة أو الخدمة⁽²⁾، لذلك فإنه لا يطلب من المعلن الحقيقة الكاملة، فيكفي أن يكون الإعلان صادقاً بخصوص العناصر التي يتحدث عنها وألا يضلل المستهلك⁽³⁾.

يرى جانب من الفقه الفرنسي بجواز اللجوء إلى المبالغة في الإعلان، إذ لا يحظر القانون من حيث المبدأ ما يعرف بالإعلان المبالغ فيه، مادام المستهلك قادر على تبين وفهم المبالغة الواردة في الرسالة الإعلانية⁽⁴⁾، ومن جهته يسمح القضاء الفرنسي بجواز المبالغة في الإعلان بشرط ألا يؤدي إلى خداع وتضليل المستهلك⁽⁵⁾.

غير أن تجاوز الإعلان حد المبالغة المسموح به لدرجة خداع المستهلك وتضليله يُعد أمراً يستوجب مساءلة المعلن، وفي هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 24 جوان 2008⁽⁶⁾، بأن استعمال البنك في العروض المقدمة التي تقترح على زبائنها الاكتتاب في صناديق الاستثمار المشتركة، عبارة "لا داعي للقلق بشأن التطورات في الأسواق المالية" إعلاناً كاذباً، إذ تبين أن قيمة الأسهم وقت الاستحقاق كانت أقل من قيمتها وقت الاكتتاب⁽⁷⁾.

ثالثاً: الإعلان المقارن

يلجأ المعلنون في سبيل إظهار تميز المنتجات والخدمات المعلن عنها إلى مقارنتها بمثيلاتها من المنتجات والخدمات، وتُعد وسائل المقارنة سلاحاً أساسياً للدعاية، إذ يتم التأكيد على

(1) بليمان يمينه، المرجع السابق، ص 294.

(2) GREFFE François, GREFFE Pierre-Baptiste, La publicité et la loi, Droit Français- Union Européenne- Suisse, 11^{ème} éditions, Litec, Paris, 2009, p 328.

(3) بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 69.

(4) GREFFE François, GREFFE Pierre-Baptiste, op.cit, p 307.

(5) Cass crim, 21 mai 1984, Bull criminel 1984, IV, n° 185.

- Cass crim, 13 mai 1979, Bull criminel 1979, n° 104, p 292.

(6) Cass com, 24 juin 2008, Bull 2008, IV, n° 129: « La publicité délivrée par la personne qui propose à son client de souscrire des parts de fonds commun de placement doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés ... ». www.legifrance.gouv.fr

(7) DE VAUPLANE Hubert, DAIGRE Jean-Jacques, DE SAIN MARS Bertrand, BORNET Jean-Pierre, « Responsabilité du banquier- commercialisation de produits financiers du public- publicité », **Banque et Droit**, n° 124, mars-avril 2009, p 33.

أفضلية السلع والخدمات من خلال مقارنة مع تلك المنافسة في السوق، وتسمى هذه التقنية في الترويج بالإعلان المقارن، ويترتب على الإعلانات المقارنة آثار سلبية تمتد لتشمل نوعين العلاقات، الأولى تتمثل في العلاقة فيما بين المهنيين أنفسهم، من خلال المساس بالمنافسة غير المشروعة، والثانية في العلاقة بين المهنيين والمستهلكين من خلال تضليل المستهلكين وخداعهم.

في سبيل الحد من هذه الآثار يتعين التعرف بوضوح على الإعلانات المقارنة وبيان أحكامها، لتحديد المجال الذي تعتبر فيه إعلانا غير مشروع يضر بمصالح المستهلكين.

1- تعريف الإعلان المقارن:

في ظل غياب تشريع خاص بالإعلانات التجارية لا يمكن توقع وجود تنظيم للإعلان المقارن في التشريع الجزائري ولا تعريفا له، وعلى العكس من ذلك حرصت تشريعات أخرى على وضع تعاريف لهذا النوع من الإعلان خاصة تلك التي تعتبره إعلانا غير مشروع ومحظور، فيعرفه التوجيه الأوروبي رقم 2006/144/CE بشأن الإعلانات المضللة والمقارنة بموجب المادة 02 منه بأنه "كل إعلان يشير صراحة أو ضمنا لمنافس، أو لسلعة أو لخدمة يقدمها أحد المنافسين"⁽¹⁾.

تضمنت المادة L122-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي نفس التعريف الوارد في التوجيه الأوروبي 97/55/CE⁽²⁾، عند إشارتها إلى الحالات التي يكون فيها هذا الإعلان مشروعا، من خلال نصها على أنه "كل إعلان يتضمن مقارنة بين السلع أو الخدمات، من خلال تحديد المنافس صراحة أو ضمنا، أو تحديد سلع أو خدمات يقدمها منافس..."⁽³⁾.

أما الفقه فيعرف الإعلان المقارن بأنه كل تقنية بموجبها يضع المعلن بالموازاة نوعيات منتجاته أو خدماته ونوعيات الأموال أو الخدمات، مع ما يقدمه المنافس⁽⁴⁾، إذ أن هدف من الإعلان المقارن هو تعزيز المنتجات والخدمات ورفع قيمتها من خلال مقارنتها مع تلك الموجودة في السوق⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Article 02 de directive 2006/144/CE, op.cit.

⁽²⁾ وتم نقل أحكام التوجيه الأوروبي 97/55/CE ضمن التشريع الفرنسي، بموجب المرسوم رقم 2001-741:

- Directive 97/55/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, JOUE n° L 290 du 23 octobre 1997, abrogée.

- Ordonnance 2001-741 de 23 août 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation JORF n° 196 du 25 août 2001.

⁽³⁾ Article L 122-1 de code de la consommation.

⁽⁴⁾ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 158.

⁽⁵⁾ BELIMANE Yamina, Le droit et la publicité commerciale, Thèses de doctorat, option : droit des affaires, faculté de droit et des sciences politiques, université Mentouri- Constantine, 2011, p 291.

لكن لا يُعد إعلانا مقارنا ما تقوم به مؤسسات ومنظمات حماية المستهلك من اختبارات لبعض المنتجات بهدف معرفة الأفضل منها للمستهلك⁽¹⁾، فلو قامت بعض المجالات المتخصصة وجمعيات حماية المستهلك بنشر نتائج هذه المقارنة على المواقع الالكترونية فلا يعد ذلك إعلانا مقارنا⁽²⁾، لأن الإعلانات المقارنة هي تلك التي تتم من المنتجين أو الموزعين أو مقدمي الخدمات الذي يتطلعون لجذب الزبائن، بتحسين وتجميل منتجاتهم وخدماتهم وإظهار المنتجات والخدمات المشابهة بطريقة سيئة⁽³⁾.

2- حكم الإعلان المقارن:

تباينت مواقف التشريعات بشأن الإعلان المقارن، فمنها من ارتأت إجازته واعتبرته مفيدا للمستهلك، كونه يمثل جانبا من جوانب حماية المستهلك إذا ما تعلق بحقه في الحصول على معلومات بطريقة موضوعية، ومنها ما اتجهت إلى تقييد الإعلان المقارن بشروط معينة.

أ- مشروعية الإعلان المقارن:

لا يعتبر الإعلان المقارن غير مشروع في حد ذاته في الولايات المتحدة والدول الأنجلوسكسونية، وهي ممارسة واسعة الانتشار في هذه الدول⁽⁴⁾، ويتأكد ذلك من خلال الأرقام، حيث تقدر الإعلانات المقارنة في الولايات المتحدة 10% من إجمالي الاستثمار الإعلان لسنة 2010، ويعد النظام الأمريكي من أكثر الأنظمة تساهلا في مجال الإعلانات المقارنة⁽⁵⁾، كما ويعتبر التشريع السويسري من التشريعات التي تقر بمشروعية الإعلانات المقارنة، استنادا لما توفره من معلومات موضوعية للمستهلكين سواء المتصلة بالتاجر المنافس أو منتوجاته⁽⁶⁾.

كما ذهب بعض الفقه التجاري في فرنسا - قبل تنظيم الإعلانات المقارنة من قبل المشرع سنة 2001- إلى إجازة الإعلانات المقارنة⁽⁷⁾، انطلاقا من دورها في زيادة المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، حيث تدفعهم إلى تحسين المنتجات والخدمات المقدمة من حيث الجودة والسعر، كما وتحقق الإعلانات المقارنة الصادقة مصلحة المستهلكين، بتزويدهم بالمعلومات الضرورية التي تساعد على الاختيار⁽⁸⁾.

(1) BELIMANE Yamina, op.cit, p 292.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 160.

(3) BELIMANE Yamina, op.cit, p 292.

(4) BOUTROS Mickael, op.cit, p 42.

(5) BELIMANE Yamina, op.cit, p 292.

(6) GREFFE François, GREFFE Pierre-Baptiste, op.cit, p 251.

(7) BOUTROS Mickael, op.cit, p 46.

(8) بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 79.

ب- الإعلان المقارن بين الحظر والتقييد:

لم تتضمن المادة 28 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم بشأن الإعلانات غير المشروعة أي إشارة إلى الإعلان المقارن، لكن المادة 63 من المرسوم التنفيذي رقم 16-122 نصت صراحة على عدم مشروعية الإعلان المقارن، من خلال النهي عن بث أي إشهار مقارن⁽¹⁾، وهو حكم يتعلق بالإعلان الذي يتم بثه عبر التلفزيون، غير أنه قابل للتطبيق على جميع أنواع الإعلانات مهما كانت الدعامة المستعملة.

يمكن الاستناد أيضا إلى نص المادة 60 الفقرة 02 من المرسوم رقم 13-378 لحظر الإعلانات المقارنة، والتي تنص على منع كل بيان يرمي إلى التمييز المفرط على حساب منتج آخر، وذلك بالنسبة للإشهارات أو العروض أو في الموسم....

كما اتجهت العديد من الدول الأوروبية قبل صدور التوجيه الأوروبي 97/55/CE إلى حظر الإعلانات المقارنة مطلقا، ومنها القانون الإيطالي والنمساوي والإسباني⁽²⁾، أما في فرنسا فبالرغم من أنه لم يكن هناك قبل سنة 1992 أي نص قانوني ينظم الإعلانات المقارنة⁽³⁾، إذ لم يحظر هذا الإعلان صراحة، غير أن السوابق القضائية هي التي لم تقبل أن يقوم المعلن بالترويج للسلع والخدمات على أساس مقارنة مع سلع وخدمات مماثلة⁽⁴⁾، وقد كانت تستند المحاكم في ذلك إلى نظرية المنافسة غير المشروعة على أساس المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁾.

غير أن المشرع الأوروبي ومعه المشرع الفرنسي أعادا تنظيم الإعلانات المقارنة على أساس مبدأ التقييد منها، إذ لم يجيز الإعلان المقارن على إطلاقه ولم يحظره بتاتا، وإنما سمح باستخدام المقارنة في الإعلانات ولكن بشروط معينة، تتمثل في: فيما يلي:

- أن ترد المقارنة على سلع وخدمات متماثلة.
- أن ترد على عناصر موضوعية حقيقية قابلة للتقدير.

(1) تنص المادة 63 من المرسوم التنفيذي رقم 16-122 المتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبث التلفزيوني والبث الإذاعي، على أنه: " يلتزم مسؤولو خدمات الاتصال السمعي البصري بعدم بث الإشهار الكاذب والمقارن والخفي واللاشعوري".

(2) GREFFE François, GREFFE Pierre-Baptiste, op.cit, p 252.

(3) المشرع الفرنسي لم ينظم الإعلانات المقارنة إلا بصور القانون رقم 92-60 بشأن حماية المستهلك، في المادة 10 منه، والذي أدرج فيما بعد في قانون الإستهلاك، المواد من L121-8 إلى L121-14.

-Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, renforçant la protection des consommateurs, JORF n°170017 du 21 janvier 1992.

(4) BOUTROS Mickael, op.cit, p 42.

(5) Cass com, 22 Novembre 1971, Bull com 1971, n° 280, p 262.

- ألا تؤدي إلى تضليل الجمهور وإصابتهم بضرر من جراء المقارنة، بأن توقع الجمهور في خلط بين الشخص المعلن ومنافسيه، وبين علاماته التجارية أو اسمه التجاري.
 - يجب ألا يؤدي الإعلان إلى المساس بمبدأ المنافسة المشروعة، سواء بالاستفادة بطريقة غير مشروعة من السمعة التي تتمتع بها علامة تجارية، أو الإساءة لسمعة منافس أو علامة تجارية أو اسم تجاري، أو الخلط بين المعلن ومنافس آخر، وكذلك الاستفادة من علامة تجارية محمية⁽¹⁾.
 - أن يتمكن المعلن من إثبات صحة المعلومات الواردة في الإعلان خلال فترة قصيرة⁽²⁾.
- يضيف الفقه شرطاً آخر يتمثل في وجوب أن يقوم المعلن بإبلاغ المنافس المعني بالمقارنة قبل نشر الإعلان، وذلك لتمكينهم من اتخاذ الإجراءات المناسبة، كالرد على الإعلان أو اللجوء إلى القضاء، إذا ما تثبت وجود خرق لشروط الإعلان المقارن⁽³⁾.

رابعاً: البريد المزعج (le spam)

البريد الإلكتروني يعتبر من أهم تطبيقات الإنترنت والأكثر انتشاراً واستخداماً، لما يمتاز به من سهولة استخدام وسرعة فائقة وتكلفة زهيدة، إذا ما تم بمقارنته بوسائل الاتصال الأخرى⁽⁴⁾، غير أن البريد الإلكتروني قد يستخدم لتحقيق أغراض أخرى، مثل التسويق للمنتجات التجارية من قبل أصحاب العمل والشركات، ويحقق هذا النوع من الإعلان مصلحة المستهلك في التعرف على تفاصيل السلع والخدمات.

إلا أنه قد يصبح وسيلة للضغط على المستهلك لدفعه إلى التعاقد وإغرائه على اقتناء السلع والخدمات، وهذا عن طريق إغراقه بوابل من الرسائل الإلكترونية المزعجة، وسيل كبير من الإعلانات التجارية عبر بريده الإلكتروني، مما يجعل هذا الأخير يحيد عن مهامه الأساسية التي وجد من أجلها، ويتحول إلى وسيلة لإزعاج مستعمل البريد بهذه الرسائل⁽⁵⁾، التي لا يرغب غالباً في استقبالها أو الاطلاع عليها⁽⁶⁾.

(1) Article L 122-2 de code de la consommation Français.

(2) Article L 122-5 de code de la consommation Français.

(3) BELIMANE Yamina, op.cit, p 300.

(4) خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 6-7.

(5) الزوي ما شاء الله، "المواجهة الجنائية للبريد الإلكتروني الدعائي المزعج أو المضلل"، أعمال المؤتمر الدولي الرابع عشر: الجرائم الإلكترونية، المنعقد يومي 24-25 مارس 2017، طرابلس، ص 08.

(6) بن عزة محمد حمزة، لزرقي مباركي جمال الدين، "حماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر البريد الدعائي - دراسة مقارنة"، مجلة منازعات الأعمال، ص 02. مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.frssiwa.blogspot.com

إن الأرقام الموهولة التي أعلنت عنها الاحصائيات فيما يتعلق بعدد الرسائل الدعائية عبر البريد الإلكتروني⁽¹⁾، تدل على وجود مشكلة حقيقية استدعت التدخل من أجل وجود الحلول التقنية وأيضا القانونية لمواجهتها، وهذا ما عكفت العديد من التشريعات على تحقيقه.

1- تعريف البريد المزعج (le spamming):

تستعمل عدة مصطلحات لوصف هذا السلوك، فهناك من يسميها بالرسائل غير المرغوب فيها أو البريد المتعدد، أيضا يطلق عليها البريد المزعج، وكذلك التسويق الفيروسي، ومهما تعددت التسميات فهي مفاهيم تدل كلها على الإساءة والإزعاج⁽²⁾.

تدخلت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات بفرنسا في تقرير لها صادر في 04 أكتوبر 1999 لتقديم تعريف للبريد المزعج، والذي يطلق عليه تسمية « le spamming »، بأنه إرسال كمية كبيرة من البريد بشكل متكرر وغير مرغوب فيه وله محتوى غير مشروع، إلى أشخاص ليس بينهم وبين المرسل أية علاقة تعاقدية، ويكون قد تم اختيار بريدهم الإلكتروني بشكل عشوائي غير منظم⁽³⁾.

2- خصائص البريد الدعائي المزعج أو غير المرغوب فيه:

انطلاقا من تعريف البريد المزعج الوارد في التقرير السنوي للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات، فإنه يمكن أن نستخلص مجموعة من الخصائص يجب أن تتوافر مجتمعة في الرسائل حتى تكتسي الطابع المزعج وغير المرغوب فيه:

أ- الإرسال المكثف والمتكرر للرسائل:

يتم استعمال تقنيات وتطبيقات تكنولوجية معدة خصيصا لإرسال عدد كبير من الرسائل الإعلانية إلى البريد الإلكتروني للمرسل إليهم، ولكن هذا المعيار يؤدي إلى القول أن إرسال أي

⁽¹⁾ تكشف الدراسات الحديثة أن الرسائل الإلكترونية غير المرغوب فيها تشكل ما يقرب 85% من مجموع رسائل البريد الإلكتروني عبر أنحاء العالم، وأفاد تقرير صادر سنة 1999 على أن عدد الرسائل غير المرغوب فيها التي ترسل كل يوم عن طريق البريد الإلكتروني تقدر ما بين 1.8 مليون رسالة.

- Rapport annuel 20-1999 de la CNIL : rapport d'activité 1999 : Le publipostage électronique et la protection des données personnelles, adopté le 14 octobre, 1999, p 110. disponible sur le site : www.ladocumentationfrancaise.fr

- RENAUDIN Klervi, Le spamming et le droit, thèse de doctorat en droit, spécialité sciences juridique- droit privé, Université Grenoble, France, 2011, p 28.

⁽²⁾ VARET Vincent, « Le cadre juridique du spam: état des lieux », **Com com électr**, septembre 2002, p14.

⁽³⁾ Rapport 20-1999 de la CNIL, op.cit, p 108.

بريد جماعي سيعتبر رسائل غير مرغوب فيها وهذا غير صحيح⁽¹⁾، إذ يحدث أن تقوم بعض الدوريات الإخبارية بإرسال مطبوعات توزع بشكل مجاني ودوري عن طريق البريد الإلكتروني، وترسل إلى جمهور معين اشترك فيها عن طريق استمارة اشتراك⁽²⁾، ضف إلى ذلك أنه في معظم حالات البريد المزعج لأغراض دعائية، يتم إرسال كل رسالة إلى مستلم مختلف، فخاصية التكرار في البريد المزعج تظهر عندما يكون الغرض منه هو تقجير البريد الإلكتروني، بمعنى إرسال عدد كبير من الرسائل الإلكترونية لنفس العنوان الإلكتروني لأغراض غير مشروعة⁽³⁾.

ب- عدم الرغبة في استقبال البريد الدعائي:

هذه الخاصية تمكن من التمييز بين البريد المزعج والرسالة الاخبارية، إذ تُرسل هذه الأخيرة من موقع سبق للمستخدم التسجيل فيه، بمعنى أن المتلقي قد أعطى موافقته على تلقي هذا النوع من الرسائل في المستقبل، ولذلك يتطلب هذا المعيار سلوك إيجابي من المتلقي يتمثل في إعطاء موافقته المسبقة⁽⁴⁾، وقد استلزم المشرع من خلال قانون التجارة الإلكترونية على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية تسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الإلكترونية دون مصاريف أو مبررات⁽⁵⁾، ولذلك يكون المورد الإلكتروني ملزماً بأن يثبت أن إرسال الإعلانات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرّة⁽⁶⁾.

ج- انعدام العلاقة المسبقة بين المرسل والمستقبل:

إن الوضع الغالب بالنسبة للبريد المزعج هو عدم وجود أي صلة بين المرسل والمستقبل، لأن المعلنين يقومون بتجميع عناوين البريد الإلكتروني بطريقة عشوائية وغير منتظمة ودون سبق معرفة بهم⁽⁷⁾، إذ يتم ذلك بعدة طرق منها شراء قوائم عناوين البريد الإلكتروني من قبل بعض الشركات المتخصصة، أو البحث عن هذه العناوين في الفضاء العام لشبكة الأنترنت⁽⁸⁾، وتعتبر مثل هذه الطرق في الحصول على البريد الإلكتروني للمستخدمين غير مشروعة، أما إذا تم

(1) بن عزة محمد حمزة ، لزرق مباركي جمال الدين، المرجع السابق، ص 05.

(2) RENAUDI NKlervi , op.cit, p 32.

(3) VARET Vincent, « Le cadre juridique du spam : état des lieux », op.cit, p 14.

(4) RENAUDI NKlervi , op.cit, p 33.

(5) المادة 32 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

(6) المادة 33 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

(7) كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص 212.

(8) ويتم استخدام برامج جد متطورة لتجميع عناوين البريد الإلكتروني من الغرف الإخبارية أو مواقع الدردشة أو مجموعات الأخبار، وتمسح هذه البرامج ملايين الصفحات، وتبني قواعد بيانات بعناوين البريد الإلكتروني.

- BORTZMEYER Stéphane, « Généralités sur le spam », AFNIC, 22 janvier 2004, p02. disponible sur le site : www.afnic.fr

تحصيل هذه العناوين من قاعدة بيانات تسويقية بطريقة مشروعة، واستخدامها وفقا للمتطلبات القانونية، فلا تكون من قبيل البريد المزعج⁽¹⁾.

د- اشتراط الطابع التجاري للرسائل:

يشترط المشرع الجزائري أن تتخذ الرسائل الإعلانية طابعا تجاريا، وهو ما يستفاد من نص المادة 30 من القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية: "... كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات التالية..."، واشتراط الهدف التجاري من الرسالة الإعلانية يمكن أيضا أن نستنتجه من تعريف الإشهار الإلكتروني المتضمن في نص المادة 02 من القانون ذاته والسالفة الذكر، إذ حدد هذا التعريف الهدف من الإعلان في ترويج بيع سلع أو خدمات.

يشترط القانون المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي رقم 2004-575 في المادة 22 منه الطابع التجاري للرسائل، غير أن تقرير اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات لم يشترط ذلك واكتفى بالقول أن الرسائل تكون "في الغالب ذات طابع تجاري"⁽²⁾، ويعتبر الفقه الفرنسي موقف اللجنة الأكثر توفيقا، إذ أن العبرة ليس في مضمون الرسالة، وإنما في الأضرار الناجمة عنها التي قد تلحق بمستخدمي الأنترنت، سواء كانت تجارية أو سياسية أو دينية⁽³⁾.

3- موقف التشريعات المقارنة من البريد المزعج:

إن مشكلة البريد المزعج مطروحة أيضا في الجزائر بسبب تزايد عدد مستخدمي البريد الإلكتروني، ونظرا لكون شبكة الأنترنت شبكة مفتوحة على العالم، وبصدور قانون التجارة الإلكترونية تعرض المشرع الجزائري في بعض نصوصه لتنظيم الإشهار الإلكتروني، وإن لم يتم استعمال مصطلح "البريد المزعج" ضمن نصوصه، إلا أنها تتضمن أحكاما تقضي بمنع الاستبيان المباشر دون موافقة مسبقة للمعني⁽⁴⁾.

بالنظر إلى الأضرار والخسائر التي تسبب بها البريد المزعج، فقد عكف المشرع الأوروبي إلى وضع تدابير وجزاءات في سبيل الحماية منه، وذلك من خلال التوجيه الأوروبي المتعلق

⁽¹⁾ RENAUDI NKlervi, op.cit, p 34.

⁽²⁾ Rapport annuel 20-1999 de la CNIL, op.cit, p 118.

⁽³⁾ RENAUDI NKlervi, op.cit, p 34.

⁽⁴⁾ المواد 32 و 33 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

بالخصوصية والاتصالات الالكترونية رقم 2002/58/CE⁽¹⁾، كما وكرس هذه الحماية التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE المتعلق بحماية المستهلك في مجال العقود المبرمة عن بعد⁽²⁾، وقد نقلت أغلب دول الاتحاد الأوروبي هذه الأحكام إلى تشريعاتها الداخلية، فنجد القانون البلجيكي المتعلق بالتجارة الالكترونية لسنة 2003، فيحظر استخدام البريد الالكتروني لأغراض الدعاية دون موافقة مسبقة وحرّة ومحددة ومستنيرة من متلقي الرسائل⁽³⁾، أما المشرع الفرنسي فقد تبنى أحكام التوجيه الأوروبي رقم 2002/58/CE من خلال إصدار القانون رقم 575-2002 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي.

الفرع الثاني: آليات الحماية المقررة من الإعلانات التجارية غير المشروعة

إن عدم احترام الإعلانات التجارية للضوابط والشروط القانونية المقررة يجعل منه إعلانا غير مشروع ومخالف للقانون، يتعين مواجهته بمختلف الوسائل القانونية المناسبة، وفي هذا الإطار تضمنت التشريعات المقارنة بعض الآليات التي تسمح بمواجهة هذا النوع من الإعلانات، تختلف طبيعة هذه الآليات ولكن كلها تهدف لتحقيق غرض واحد يصب في مكافحة مختلف صور الإعلانات غير المشروعة، وتتخذ هذه الآليات صورا عدة، فيتم اعتماد نظام الرقابة الذي تعتمد بعض الأجهزة المتخصصة التي تنشأ لهذا الغرض (أولا).

كما اعتمدت بعض التشريعات على تطوير بروتوكولات تقنية تسمح بمواجهة بعض أنواع الإعلانات الإلكترونية غير المشروعة (ثانيا)، بالإضافة إلى الجزاءات الردعية المتمثلة في مختلف الجزاءات والعقوبات المقررة في حالة عدم استجابة الإعلان للضوابط القانونية ومخالفته للنصوص القانونية المقررة.

أولا: الرقابة على الإعلانات التجارية غير المشروعة

تتجسد الرقابة على الإعلان من خلال ما تقوم به بعض الأجهزة المتخصصة من مهام عديدة، هدفها الأساسي مراقبة الإعلانات والحيلولة دون خروجها عن الضوابط القانونية المقررة لها، في المنظومة القانونية الجزائرية لا توجد هيئة متخصصة في مجال الرقابة على الإعلان كما هو الحال بالنسبة لبعض التشريعات المقارنة، وربما يرجع ذلك لغياب قانون خاص بالإعلان،

⁽¹⁾ Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOUE n° L 201 du 31 juillet 2002.

⁽²⁾ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOUE n° L 144, du 04 juin 1997.

⁽³⁾ COTTIER Bertil, op.cit, p 63.

وبالتالي لا يمكن تشكيل هيئة ليس لها مرجعية قانونية تستسقي الأحكام منها لتطبيقها، ولكن منح المشرع الجزائري لهيئات معينة بعض الاختصاصات في مجال مراقبة الإعلان، والملاحظ أن الرقابة على الإعلانات تتخذ أحد صورتين:

1- الرقابة القبلية:

يقصد بالرقابة القبلية الرقابة السابقة على نشر الإعلان، ويكون ذلك بالتدقيق فيما هو وارد في الإعلانات من معلومات وبيانات، للتأكد إذا ما كانت هذه البيانات تتوافق والضوابط القانونية المقررة⁽¹⁾، وتجدر الإشارة إلى أن أهم الأهداف التي قررت الرقابة القبلية لتحقيقها هو التأكد من صحة البيانات الواردة في الإعلان، من خلال إلزام المعلن بتقديم الدليل على صحة ما هو وارد في إعلانه، وتتم ممارسة الرقابة القبلية من الناحية العملية من خلال استلزام تصريح مسبق من الجهات المحددة قانوناً قبل نشر الإعلان.

في القانون الجزائري نجد مجال الرقابة القبلية على الإعلانات واسعاً في مجال المواد الطبية والصيدلانية⁽²⁾، أما بالنسبة للإعلانات في المجالات الأخرى ومنها الخدمات البنكية فليس لها دور فعال لأن مجال تطبيقها ضيق، خاصة مع عدم وجود هيئة أو سلطة خاصة مكلفة بتنظيم قطاع الإعلان ومراقبته⁽³⁾، كما نص المشرع الجزائري على وجوب إخضاع الإعلانات للرقابة

(1) بقول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 142.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 92-286، مؤرخ في 06 جويلية 1992، يتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج ر ج ج عدد 53، الصادر في 12 جويلية 1992.

(3) في القانون الفرنسي يعرف التنظيم الرقابي للإعلام مستوى متطوراً بخلاف ما هو عليه الحال في الجزائر، حيث أنشأ مكتب لمراقبة الإعلان سنة 1953، ويهدف إلى الارتقاء بالنشاط الإعلاني ويسعى لضمان صدق محتوى الإعلان، وألغي هذا المكتب ليحل محله مكتب فحص الإعلان والذي يشار إليه باختصار Bureau de Vérification de la Publicité (B.V.P)، والذي حوّل بدوره إلى سلطة الضبط المهني للإشهار Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité، وبالإضافة إلى هذه الهيئة هناك أجهزة أخرى لها دور مهم في مجال الإعلان في فرنسا تتمثل في المجلس الوطني للإعلان (Conseil national de la publicité)، وجمعية وكالات ومستشاري في مجال الاتصال (Association des Agences et conseil en communication) واتحاد المعلنين (Union des Annonceurs).

- ARCELIN-LÉCUYER Linda, Le droit de la publicité, 10^{ème} édition, Presses Universitaires de Rennes (P.U.R), 2011, France, 2011, pp 46-48.

القبلية في الحالة التي يتم فيها استعمال لغات أجنبية في الإعلان، حيث توجب المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 16-122 الحصول على موافقة مسبقة من سلطة ضبط السمعي البصري⁽¹⁾.

كما منح القانون لوزارة الاتصال بعض الاختصاصات في مجال مراقبة الإعلانات التجارية، حيث يضطلع الوزير المكلف بالاتصال بمهام يمكن أن تدخل في إطار الرقابة السابقة على الإعلام، من خلال اختصاصه بمنح رخص لأنشطة الإعلانات المقننة⁽²⁾، أما فيما يتعلق بدراسة طلبات الاعتماد فإنها من صلاحيات المديرية الفرعية لنشاطات الإشهار والاستشارة في الاتصال، على مستوى مديرية وسائل الإعلام بالإدارة المركزية لوزارة الاتصال⁽³⁾.

2- الرقابة البعدية:

تنصب الرقابة البعدية على فحص الإعلان من جميع جوانبه، للتأكد من توافقها مع القواعد المنظمة للإعلان⁽⁴⁾، وخولت سلطات الضبط في مجال الصحافة المكتوبة وفي مجال السمعي البصري بصلاحيات ممارسة الرقابة اللاحقة على نشر الإعلان بواسطة الإعلام الإلكتروني، وفي هذا الإطار تتولى سلطة ضبط الصحافة المكتوبة السهر على احترام المقاييس في مجال الإشهار ومراقبة هدفه ومضمونه، وهذا طبقا لما جاء في المادة 40 من القانون رقم 12-05 المتعلق بالإعلام، أما المادة 55 من القانون رقم 14-04 فجعلت من مهام سلطة السمعي البصري ممارسة الرقابة بكل الوسائل المناسبة على موضوع ومضمون وكيفيات برمجة الحصص الإشهارية.

الملاحظ أن هاتين السلطتين باعتبارهما سلطات إدارية مستقلة لها صلاحيات واسعة في مجال الرقابة على الإعلانات بما فيها الإلكترونية، وهي خطوة جد مهمة في مجال إخضاع نشاطات الإشهار إلى الضبط والرقابة، غير أن ممارسة هذه الصلاحيات قد تلاقي بعض العوائق القانونية إذ لم تحدد النصوص القانونية كيفية ممارسة هذه الرقابة، وإذا ما كانت تتم بناء على شكوى أم يمكن للسلطة التدخل التلقائي.

(1) تم إنشاء سلطة الضبط للسمعي البصري بموجب المادة 64 من القانون 12-05 المتعلق بالإعلام، ومن اختصاصاتها في مجال الإشهار تحديد الشروط التي تسمح لبرامج الاتصال السمعي البصري باستخدام الإشهار المقنع، وذلك حسب ما جاء في المادة 55 الفقرة 01 البند الخامس من القانون رقم 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري.

(2) المادة 02 الفقرة 01 من المرسوم التنفيذي 11-216 الذي يحدد صلاحيات وزير الاتصال، المرجع السابق.

(3) لكن في غياب تحديد واضح لمفهوم نشاطات الإشهار المقننة، وعدم تحديد المعايير التي يستند إليها وزير الاتصال لمنح الترخيص أو رفض ذلك ولا كيفية منح الترخيص، يصعب ممارسة هذا النوع من الرقابة من الناحية العملية.

(4) بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 143.

ثانيا: الوسائل التقنية لمواجهة الإعلانات التجارية غير المرغوب فيها

تتعلق الوسائل الفنية والتقنية غالبا بمواجهة نوع خاص من الإعلانات الالكترونية، وهي ما يعرف بالبريد المزعج أو غير المرغوب فيه، إذ انصبت الجهود على وضع الحلول الفنية التي تمكن من مواجهة خطر هذا النوع من الرسائل، من خلال استحداث برامج خاصة لمنع وصولها للبريد الالكتروني للمستخدم، للتدخل بعد ذلك التشريعات وتقرر أنظمة خاصة تُمكن المتلقي من رفض هذه الرسائل أو قبولها.

1- الوسائل التقنية الفنية:

شغلت مسألة القضاء على البريد المرغوب فيه ومواجهته العديد من الفنيين والمتخصصين في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، والشركات المتخصصة في ميدان المعلوماتية⁽¹⁾، وتوصلت إلى إيجاد العديد من الحلول الفنية والتطبيقات المعلوماتية في سبيل تحقيق هذه الغاية، ويعتبر برنامج تصفية الرسائل (le filtrage) نظام يسمح بالتعرف على الرسائل الموصوفة بغير المرحب بها، مانعا دخولها إلى البريد الالكتروني الخاص بالمستهلك، دون أن يتطلب الأمر أدنى تدخل منه⁽²⁾، وذلك من خلال تحديد الكلمات المفاتيح في البرنامج المثبت على الخادم، وكلما وجد البرنامج رسالة تتضمن كلمة أو أكثر من الكلمات المحددة لا يسمح للرسالة بالمرور ويحجزها في سلة مهملات لديه يتم تفرغها في كل فترة⁽³⁾.

كما صممت العديد من المواقع الدفاعية التي تمنع وصول البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه إلى المستهلك، فبعض المواقع أنشأت ما يسمى بالقوائم السوداء التي تتضمن عناوين البريد الإلكتروني لمرسلي البريد المزعج وتثبيتها في الخادم، مما يسمح له بالتعرف على أية رسائل جديدة من هذه العناوين ورفضها⁽⁴⁾، أما بعض المواقع الدفاعية الأخرى فتستعمل القوائم البيضاء والتي تسمح بحجب البريد الإلكتروني غير المعروف، حيث تتضمن هذه القائمة عناوين المرسلين الموثوق بهم، ويعمل البرنامج بمنع وصول أي بريد خارج هذه القائمة⁽⁵⁾، أما القائمة الرمادية فهي تقنية تسمح بحجب مؤقت لرسائل البريد الإلكتروني، إلى حين التأكد من بيانات ثلاثية تتعلق بخادم المرسل وعنوانه وهويته، فإذا تم التحقق من صحة هذه البيانات يتم إدراجها في القائمة البيضاء⁽⁶⁾.

(1) بن عزة محمد حمزة، مباركي جمال الدين لزرق، المرجع السابق، ص 05.

(2) VERBIEST Thibault, La protection juridique de cyber-consommateur, op.cit, p 68.

(3) شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 104.

(4) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 215.

(5) RENAUDI NKlervi, op.cit, p 68.

(6) Ibid, p 69.

كما أن هناك من الوسائل الفنية ما يسمح بعرقلة محاولات الشركات الإشهارية في مساعيها لتصيد العناوين الالكترونية لمستعملي الأنترنت، من خلال برامج تعمل على تضليل هذه الشركات وتزويدها بعناوين الكترونية خاطئة⁽¹⁾، ويعتبر برنامج ANTI-SPAM من أهم هذه البرامج⁽²⁾.

2- الوسائل التقنية المقررة بنصوص قانونية:

بالرغم من تعدد الوسائل الفنية المستخدمة في مواجهة البريد المزعج، إلا أنها في كل مرة تثبت عجزها عن التصدي لهذه الظاهرة، إذ أن القائمين على هذا السلوك في كل مرة يطورون من تقنياتهم لتجاوز برامج الحماية التكنولوجية الموضوعة، فبات من الضروري تدخل التشريعات لتنظيم استخدام البريد الالكتروني في الإعلانات التجارية، ووضع أنظمة خاصة للحماية من البريد المزعج والتصدي له، وفي هذا الإطار عمدت بعض الهيئات الرسمية والتشريعات إلى تقرير بعض التقنيات للحماية من البريد المزعج ومكافحته.

أ- تقنية التبليغ عن الرسائل المزعجة:

أنشأت اللجنة الوطنية الفرنسية للمعلوماتية (CNIL) بريد الكتروني (spam@cnil.fr) سمي (Boit à spam)⁽³⁾، يسمح لمستخدمي الأنترنت بنقل الرسائل الالكترونية غير المرغوب فيها التي يتلقونها، إذ تعمل على استقبال شكاوى وتبليغات مستخدمي الأنترنت وتجميعها ودراستها، من أجل اتخاذ الإجراءات القانونية الضرورية في مواجهة الشركة صاحبة الرسائل⁽⁴⁾، وتم إلغاء هذه التقنية في نوفمبر من نفس السنة وتعويضها بنظام آخر يعرف بنظام (Halte au spam)، وهو برنامج يسمح بالتصدي للرسائل غير المرغوب فيها وإيقافها، إذ يمكن لمستخدمي الأنترنت تحميله من موقع اللجنة على حاسوبه الخاص⁽⁵⁾.

ب- الحل التعاقدي:

يلجأ بعض مزودي خدمات الوصول إلى الأنترنت إلا أن يضمنوا العقود التي يبرموها، شرط يقضي بحظر الرسائل غير المرغوب فيها، وهو ما يعرف في الفقه الفرنسي بالحل

⁽¹⁾ RENAUDI Nklervi, op.cit, p 168.

⁽²⁾ يؤيد القضاء الفرنسي استعمال مثل هذه البرامج، ففي حكم صادر عن محكمة باريس بتاريخ 26 ماي 2003، قضت بالزام الشركة المرسله بتعويض المتلقي عن شرائه برامج لمكافحة البريد المزعج.

-TGI Paris, Ordonnance de référé du 26 mai 2003, disponible au site: www.legalis.net

⁽³⁾ Rapport 23-2002 de la CNIL, Rapport d'activité 2002, adopté le juin 2003, p 45, disponible sur le site : www.ladocumentationfrancaise.fr

⁽⁴⁾ RENAUDI Nklervi, op.ct, p 156.

⁽⁵⁾ Rapport 23-2002 de la CNIL, op.cit, p 56.

التعاقدية⁽¹⁾، ويقبل القضاء الفرنسي مثل هذه الشروط، حيث قرر في حكمين منفصلين صادرين عن محكمة باريس، بأن إرسال البريد المزعج عمل غير مشروع، ومن تمّ يكون للمورد إنهاء اتفاقية النفاذ على أساس مخالفته للشروط التعاقدية⁽²⁾.

إن قرار مزودي خدمات الأنترنت المضيفين للمواقع بإغلاق مواقع معينة يعتبر حلاً فعالاً، وهي تقنية سريعة لوقف الإعلانات غير المشروعة⁽³⁾، ومع ذلك فهي تحتاج إلى تأكيد من القاضي، ولكن العائق الرئيسي لهذه التقنية يكمن في حال إذا كان مرسل البريد المزعج لديه مزود خاص به⁽⁴⁾، لذلك من الأفضل إيجاد قانون يقدم حلاً عملية لمشكلة البريد المزعج⁽⁵⁾.

ج- نظام الموافقة المسبقة للمستخدم (opt-in):

يسمى نظام الموافقة المسبقة بنظام الرضا الصريح المسبق، ويعرف نظام op-in بأنه الحصول على إذن أو السماح بالتسويق قبل إرسال الإعلانات، ويتطلب للحصول على هذا الإذن عمل إيجابي من المعلن، حيث يلتزم قبل إرسال أية إعلانات إلى المستهلك أن يحصل على رضائه المسبق، فإذا لم يرغب المستهلك في تلقي هذه الإعلانات لا يستطيع المعلن أن يرسل إليه إعلاناته⁽⁶⁾، ومن هذا المنطلق فإن أية رسالة إعلانية يتم إرسالها دون الحصول على الموافقة المسبقة من المتلقي تعتبر تلقائياً غير قانونية⁽⁷⁾.

يتطلب هذا النظام أن يكون رضا المستهلك أو صاحب البريد صحيحاً، وتم التعبير عنه بطريقة شخصية ومسبقة قبل تلقي الرسائل الإشهارية، كما يجب أن يكون محدداً، أي يرد على بيانات ومعطيات محددة بدقة⁽⁸⁾، ويتم تطبيقها النظام من الناحية العملية من خلال لصق خانة بالرسالة الإعلانية تسمح له بالاختيار عند استلام أية رسالة إلكترونية⁽⁹⁾.

(1) MANARA Cédric, « Courriers électroniques publicitaires et responsabilités », (note sous T.G.I. Paris, 15 janvier 2002, **Dalloz**, n° 13, p 1138.

(2) TGI Paris, Ordonnance de référé du 15 janvier 2002, disponible au site: www.juriscom.net
TGI Paris, 3^{ème} chambre, du 28 février 2001. www.legalis.net

(3) VARET Vincent, « Pour lutter contre le spam : l'outil contractuel ou législatif ? », **Expertises** n° 258, juillet 2002, p 188.

(4) Ibid, p 189.

(5) MANARA Cédric, op.cit, p 1139.

(6) بن عزة محمد حمزة، مباركي جمال الدين لزرق، المرجع السابق، ص 05.

(7) RENAUDI NKlervi , op.cit, p 223.

(8) شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 110.

(9) Rapport 20-1999 de CNIL, p 111.

لضمان حماية حقيقية للمستهلك الإلكتروني طور نظام (opt-in) وظهر نظام آخر أكثر حماية يسمى double opt-in⁽¹⁾، ويقوم هذا النظام الجديد على تأكيد الموافقة على تلقي الرسائل الإعلانية، فقد تأتي الموافقة الأولى من المستهلك سريعة أو دون قراءة كاملة⁽²⁾، لذلك فنظام الموافقة المزدوج يسمح بمراجعة موافقته الأولى والغائها أو بتأكيد لها لتصبح نهائية.

كما يشترط المشرع من خلال قانون التجارة الإلكترونية الحصول على الموافقة المسبقة للمعني بالنسبة لعمليات الاستبيان المباشر الذي يعتمد على إرسال رسائل عن طريق الاتصالات الإلكترونية، ويقع على المدين إثبات أن إرسال الإشهارات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرّة للمستهلك⁽³⁾.

أما عن القانون الفرنسي فقد كان سبّاقا في تبني نظام الموافقة المسبقة، وذلك من خلال المادة 22 من القانون رقم 575-2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، والتي تم بمقتضاها إضافة المادة L 33-4-1 من تقنين البريد والاتصالات، من خلال النص على عدم جواز استخدام أية وسيلة اتصال بالمستهلكين أيّا كان نوعها، بما فيها إرسال الإعلانات التجارية وتسويق المنتجات والخدمات إلا بعد الرضا المسبق للمستهلك.

د - نظام الاعتراض (opt-out):

هذا النظام لا يتطلب الموافقة المسبقة من قبل المتلقي على الرسالة الإعلانية، وإنما يكون للمعلن الحرية في إرسال إعلاناته عبر البريد الإلكتروني للمستهلك، فإذا لم يرغب هذا الأخير في تلقي المزيد من الإعلانات عليه أن يقدم اعتراضا إلى المرسل، ويقع على المرسل التزام باحترام هذه الرغبة وإلا تعرّض إلى المسؤولية⁽⁴⁾.

اعتمد المشرع الجزائري هذا النظام من خلال المادة 33 من قانون التجارة الإلكترونية، حيث ألزم المورد الإلكتروني بوضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الإلكترونية دون مصاريف أو مبررات، وفي هذه الحالة يلزم المورد الإلكتروني بأن يقوم بتسليم وصل استلام عن طريق الاتصالات الإلكترونية يؤكد من خلاله للشخص المعني تسجيل طلبه، واتخاذ التدابير اللازمة لتلبية رغبته في عدم تلقي هذه الرسائل خلال مدة أقصاها 24 ساعة.

⁽¹⁾ RENAUDI NKlervi ,op.cit, p 239.

⁽²⁾ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 217.

⁽³⁾ المادة 33 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

⁽⁴⁾ شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 125.

أما التشريعات الأوروبية فتستلزم إنشاء قوائم بالمنع أو الاعتراض وطنية أو دولية يتم فيها قيد الأشخاص غير الراغبين في استلام الرسائل الإعلانية، ويكون على كل معن الاطلاع على هذه القوائم قبل أن يوجه عرضه الإعلان⁽¹⁾.

من أهم التشريعات المقارنة التي تبنت أيضا نظام الاعتراض أو الحظر الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أقرت بموجب قانون الفدرالي لمكافحة البريد الإلكتروني (Le can- spam) أن بعث الرسائل الإعلانية للمستهلك الإلكتروني لا يُعد عملا غير مشروع في حد ذاته، طالما أن هذا الأخير لم يعبر عن رفضه لها أو اعتراضه على استلام المزيد منها في المستقبل، فإذا عبّر عن رفضه صراحة اكتسب هذا الإعلان وصف البريد غير المرغوب فيها وأصبح غير مشروعا⁽²⁾.

انتقد الفقه بشدة نظام الاعتراض أو الحظر (opt-out)، فمن جهة يثير الشك حول التشغيل العملي لسجلات المعارضة، وهي لن تكون فعالة إذا اقتصر على إقليم دولة واحدة، إذ يتعين إنشاء سجل على المستوى الأوروبي، لأنه سيكون من الصعب على المعن الرجوع لعدة سجلات مختلفة⁽³⁾، لذلك يعتبر نظام الموافقة المسبقة الأفضل بالنسبة لحماية المستهلك الإلكتروني من البريد المزعج، لأنه يمكنه من منع وصول الرسائل غير المرغوب فيها لبريده الإلكتروني.

ثالثا: الجزاءات المقررة عن الإعلانات التجارية غير المشروعة

إن الغرض الذي تسعى التشريعات المختلفة الوصول إليه من وراء ضبطها للإعلانات التجارية يتعلق بمصلحتين أساسيتين، مصلحة عامة تتمثل في ضمان توازن السوق وحفظ النظام العام والآداب العامة، ومصلحة خاصة تتعلق بحماية المستهلك المتلقي من التعرض للخداع الإعلان، وإن حماية هذه المصالح لا يتحقق إلا بضمان الامتثال للنصوص القانونية المطبقة، والذي لن يتأتى إلا بفرضه على المعنيين من خلال جزاءات متنوعة تتلاءم وتتماشى مع خطورة الانتهاكات الواقعة، وتتنوع هذه الجزاءات بين مدنية وأخرى جنائية.

1- الجزاءات المدنية:

الجزاءات المدنية هي تلك الجزاءات التي تترتب في حالة مخالفة إحدى القواعد المقررة في القانون الخاص، وغالبا ما يكون الغرض من توقيعه هو جبر الضرر عن المتضرر وحماية مصالحه الخاصة، وفيما يتعلق بالإعلانات غير المشروعة فإنه يمكن أن توقع جزاءات مدنية

(1) Article 07 alinéa 02 de directive 2000/31/CE, op.cit.

(2) RENAUDI NKlervi, op.cit, p 257.

(3) Ibid, p 224.

متنوعة، منها ما هو مستند إلى القواعد العامة للقانون المدني، ومنها ما هو مقرر بصفة خاصة لتصحيح الوضع الذي يترتب على بث إعلانات غير مشروعة.

أ- البطلان النسبي للعقد:

يمكن حماية المستهلك من الإعلان الإلكتروني المضلل أو الكاذب استناداً إلى القواعد العامة التي تجيز إبطال العقد للتدليس، إذا توفرت شروطه حسب ما هو مقرر في نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري، وبناء على ذلك يستلزم توفر ثلاث شروط أساسية حتى يمثل الإعلان المضلل أو الكاذب تدليسا، فيشترط استعمال طرق احتيالية تؤدي إلى تضليل المستهلك المتعاقد، كما يجب أن تكون الحيل المستعملة مصحوبة بنية التضليل والخداع للوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا انتفت نية التضليل فلا يقوم التدليس⁽¹⁾، وأخيرا يجب أن يكون التدليس دافعا للتعاقد، ويقدر القاضي مدى توافر هذا الشرط الأخير بالنظر إلى أثر الإعلان الكاذب أو المضلل في نفس المستهلك⁽²⁾.

خلافاً لما يبدو عليه الوضع فإن دعوى التدليس قد لا تحقق للمستهلك الحماية التي كان يرجوها، لأنه قد يصعب أحيانا على المستهلك إثبات توافر شروط التدليس، خاصة بالنسبة لوقوع التدليس على عناصر جوهرية في العقد، إذ قد يقع التضليل أو الكذب في الإعلان على عناصر أخرى خارج العقد ولكنها مؤثرة بالنسبة للمستهلك⁽³⁾، كما أن هذه الدعوى يترتب عليها البطلان، وهو جزاء سلبي قد لا يكون مناسباً للمستهلك ولا يصلح لجبر الضرر الذي أصابه⁽⁴⁾، لذلك ذهب بعض الفقه إلى البحث عن حلول أخرى تكون أكثر استجابة لتطلعات المستهلكين.

ب- تنفيذ العقد طبقاً لما ورد في الإعلان:

يكون على البنك المعلن تنفيذ الخدمة الإلكترونية بحسب الشروط المحددة في الإعلان في الحالة التي يكون فيها الإعلان ذو قيمة تعاقدية، ويكون كذلك إذا ما تضمن الإعلان وصفاً دقيقاً ومفصلاً للخدمة محل الإعلان على نحو يسمح بتحديد مضمون العقد الذي سيتم بناء عليه، بحيث

(1) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 2002، ص 101.

(2) عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص 258.

(3) عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 63.

(4) عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص 260.

يؤثر على رضا المستهلك ويدفعه للتعاقد⁽¹⁾، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في العديد من القرارات الصادرة عنه⁽²⁾.

بناء على ذلك يكون للزبون المستهلك رفع دعوى التنفيذ العيني بحسب ما هو مقرر في القواعد العامة (المادة 164 من القانون المدني الجزائري)، إذا ما امتنع البنك عن تنفيذ الخدمات البنكية بحسب الشروط المقررة في الإعلان، خاصة فيما يتعلق بالعمولات المقررة عن تقديم هذه الخدمات، فإذا أعلن البنك عن توفير خدمة الدفع الإلكتروني للزبائن بمجرد فتح الحساب البنكي دون دفع عمولات جديدة، فيكون للزبون إجبار البنك على تقديم هذه الخدمة مجانا بمجرد فتح الحساب البنكي.

ج- التعويض:

إن قيام البنك المعلن بنشر إعلان مخالف للشروط القانونية المقررة يعد خطأ منه، يستلزم مسؤوليته التقصيرية وفقا للمادة 124 من القانون المدني إذا ما توفرت الشروط الأخرى الممثلة في الضرر وعلاقة السببية، والتي تستوجب منه دفع التعويض الملائم لجبر الضرر اللاحق بالمستهلك، وقد أقرّ المشرع الجزائري حق المستهلك في التعويض بسبب مخالفة الإعلان الإلكتروني للقواعد القانونية المنظمة، كما تُقر المادة 40 من القانون رقم 04-15 حق المستهلك الإلكتروني في التعويض المدني بغض النظر عن العقوبة الجزائية المطبقة.

تساعد دعوى المسؤولية التقصيرية المستهلك في تحصيل حقوقه مع غياب عقد يربطه مع المعلن، فقد يؤدي تغليب المستهلك بإعلانات كاذبة أو مضللة تقويت الفرصة عليه للتعاقد مع أطراف أخرى، وهنا يمكن له الرجوع على المعلن بالتعويض عن تقويت الفرصة⁽³⁾.

بالإضافة لدعوى المسؤولية التقصيرية يمكن للزبون أن يبني مطالبته بالتعويض بموجب أحكام المسؤولية العقدية، متى أثبت أن الضرر الي لحق به كان بسبب عدم تنفيذ التزام تعاقدى بعد إبرام العقد، فالغالب من الفقه يتفق إلى أن الإعلان متى توفرت فيه شروط الإيجاب بوصفه عرضا بتات بنية الارتباط بالعقد اعتبر إيجابا⁽⁴⁾، فمتى اقترن بقبول انبرم العقد، وكان البنك مسؤولا عن تنفيذه بحسب الشروط المعلن عنها.

(1) أحمد سعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 219.

(2) TGI Paris, 3^{ème} chambre, du 03 mai 1967. www.legalis.net

(3) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 136.

(4) أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 219.

د - تصحيح الإعلان أو وقفه:

يقصد بتصحيح الإعلان قيام المعلن بتعديل مضمون الإعلان بصورة تتفق مع أحكام القانون، ويجب أن يذكر في التصحيح مضمون الرسالة الإعلانية السابقة وكونها تحتوي على معلومات غير صحيحة وذكر التصحيح في الإعلان الجديد⁽¹⁾، ويعتبر الإعلان التصحيحي إعلاناً مضاداً للإعلان الأول، بحيث يتم نشره بنفس الوسائل التي نشر بها الإعلان المضلل أو الكاذب⁽²⁾.

يتم تصحيح الإعلان بناء على طلب من جمعيات حماية المستهلك⁽³⁾، أو الجهة الإدارية المختصة على مستوى وزارة الاتصال، كما يكون لسلطة ضبط السمعي البصري إصدار مثل هذا الأمر، ويكون للقاضي أيضاً إصدار أحكام توجب على المعلن تعديل إعلانه إذا مع خرج عن قواعد الصدق والموضوعية والنزاهة⁽⁴⁾، ويمكن للقاضي أن يتخذ تدابير أخرى أكثر صرامة تؤدي إلى وقف الإعلان ومنع بثه أو نشره⁽⁵⁾.

2- العقوبات الجزائية:

في غياب نصوص قانونية خاصة تجرم صراحة الأفعال التي تُعد ممارسات إعلانية غير مشروعة في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية، لا يكون أمام القاضي إلا الاستعانة ببعض القواعد الجزائية سواء في قانون العقوبات أو بعض القوانين الخاصة، لعلها تسعفه؛ في إطار احترام مبدأ الشرعية؛ لتجريم بعض السلوكات التي تكتسي طابع الاعلان غير المشروع، كما يستوجب الأمر بدء البحث في الأطراف المسؤولة جزائياً عن الإعلان غير المشروع.

(1) بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 144.

(2) المرجع نفسه، ص 144.

(3) إن الطلب الذي تقدمه جمعيات حماية المستهلك ليس إلزامي للمعلن، ولكن غالباً ما ينصاع المعلنون لطلبات الجمعيات باعتبارها ممثلة لجمهور المستهلكين والحريصة على مصالحهم، ومن جهة أخرى يكون هذا الانصياع بداعي الخشية من لجوء الجمعية للقضاء، وتغريمها بتعويضات باهظة وأحكام قد تصل إلى حد العقوبات الجزائية، إذ تقرر المادة 23 من القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لجمعيات حماية المستهلك الحق في التأسيس كطرف مدني في دعاوى التعويض عن الأضرار الجماعية التي يتسبب فيها نفس المتدخل.

(4) أحمد السعيد الزقرد، مرجع ساق، ص 199.

(5) المرجع نفسه، ص 295.

أ- الأطراف المسؤولة جزائيا عن الإعلان غير المشروع:

تُثير مسألة تحديد الأطراف المسؤولة جزائيا عن الإعلانات التجارية غير المشروعة خاصة الإلكترونية منها جدلا فقهيًا واسعًا، بسبب تعدد الأطراف المتدخلة في هذا النوع من الإعلانات التجارية، فبالإضافة إلى البنك المعلن ووكالة الإعلان، هناك مورد الخدمة ومتعهد الإيواء ومورد المحتوى، فصعوبة تحديد الدور الفني الذي يؤديه كل واحد منهم، يجعل من الصعب تحديد مسؤولية كل منهم⁽¹⁾.

حاول الفقه والقضاء إجلاء هذا الغموض من خلال توضيح مسؤولية كل طرف على حدى، بناءً على النصوص الخاصة المطبقة عليهم، بالإضافة إلى تلك المقررة في القواعد المنظمة للإعلانات، ويمكن إجمال النتائج المتوصل إليها بالنسبة لهذه المسألة في النقاط التالية:

- يكون الشخص المسؤول أساساً عن الإعلان غير المشروع هو المعلن، بمعنى البنك، لأنه هو الذي يعرض على الجمهور الخدمات البنكية الإلكترونية، لذلك يكون ملزماً بإجراء عمليات التحقيق اللازمة للتأكد من مطابقة الإعلان للضوابط المفروضة قانوناً⁽²⁾، أما بالنسبة لوكالة الإعلان فتجوز ملاحقتها باعتبارها شريكاً في الجريمة⁽³⁾.

- يعتبر أيضاً مورد المحتوى مسؤولاً مباشر عن مشروعية البيانات والإعلانات التي تتم عبر الموقع⁽⁴⁾، وبالنسبة للإعلان بالبريد الإلكتروني يعتبر مورد المحتوى هو الشخص الذي يمتلك هذا البريد ويقوم باستخدامه في إرسال الإعلانات⁽⁵⁾، وبالنسبة للإعلانات التي يتم بثها عبر وسائل الإعلام الإلكترونية، يكون صاحب القناة أو الصحيفة هو المسؤول جزائياً عن عدم مشروعية الإعلانات التي يقوم بعرضها أو نشرها إذا ما كانت فيها مخالفة للنظام العام أو الآداب.

- أما بالنسبة لمزود أو مقدم الخدمة فلا تقوم مسؤوليته عن عدم مشروعية محتوى المواقع الإلكترونية، إلا إذا كان البنك عالماً بأن هذه المواقع والوثائق الإلكترونية تستعمل للقيام بنشاط

(1) عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص 10.

(2) AULOY Jean-Calais, STEINMETZ Frank, Droit de la consommation, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2003, p 157.

(3) VERBIEST Thibault, La protection juridique de cyber-consommateur, op.cit, p 39.

(4) TRUDEL Pierre, « La responsabilité des médias en ligne », Centre de recherche en droit public, Laboratoire cyberjustice, Faculté de droit, Université de Montréal, avril 2010, p 14.

disponible sur le site : www.cyberjustice.ca

(5) شريف محمد غانم، المرجع السابق، 142.

غير قانوني، فإن لم يتصرف فوراً لمنع الوصول إلى هذه الوثائق بمنع استمرار بث هذه الإعلانات غير المشروعة، يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق الغير⁽¹⁾.

ب- العقوبات الجزائية المقررة عن الجرائم المرتبطة بالإعلان:

تدخل الكثير من الممارسات الإعلانية غير المشروعة في نطاق التجريم، فتُعد أفعال مجرمة تلك الممارسات التي تخرج عن الضوابط القانونية المقررة للإعلان، وتستدعي مثل هذه الأفعال الردع من خلال توقيع مجموعة من العقوبات، وفي مجال الإعلانات الالكترونية تختلف العقوبة باختلاف النص المعتمد عليه في التجريم، فقد تستند إلى بعض الجرائم المقررة في قانون العقوبات مثل جريمة النصب، وتلك المقررة في القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم مثل جريمة الإعلان التضليلي.

ب1- العقوبات المقررة في قانون العقوبات:

تشير الدراسات الفقهية وبعض التطبيقات القضائية إلى إمكانية الاستعانة بالعقوبات المقررة لبعض الجرائم في قانون العقوبات لردع الممارسات الإعلانية غير المشروعة، ويتعلق الأمر أساساً بجريمة النصب، التي كانت محل تطبيق في القضاء الفرنسي⁽²⁾ قبل صدور قانون المالية رقم 63-628⁽³⁾ الذي أنشأ جريمة الإشهار الكاذب والمضلل.

لتطبيق العقوبات المقررة لجريمة النصب على الإعلان الكاذب والمضلل يجب توافر أركان النصب كما تتطلبها نصوص قانون العقوبات، خاصة الركن المادي والمعنوي، وبحسب المادة 372 من قانون العقوبات⁽⁴⁾ يستلزم لقيام الركن المادي لجريمة النصب استعمال الطرق الاحتيالية

⁽¹⁾ TRUDEL Pierre, op.cit, p 17.

⁽²⁾ Cass Crim 28 avril 1964, bull criminel 1964, n°130.

- Cass Crim 11 juin 1974, Bull criminel 1974, n° 211, p 593.

- Cass Crim 28 novembre 1968, Bull criminel 1968, n° 321.

⁽³⁾ Loi de finance n° 63-628, du 02 juillet 1963, rectification pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, JORF du 03 juillet 1963, abrogée. www.legifrance.gouv.fr

⁽⁴⁾ أمر رقم 66-156، مؤرخ في 1 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج عدد 102، الصادر في 4 جوان 1966، المعدل والمتمم لا سيما بموجب القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، ج ر ج ج عدد 71، الصادر في 10 نوفمبر 2004، والقانون رقم 20-06 مؤرخ في 28 أبريل 2020، ج ر ج ج عدد 25، الصادر في 29 أبريل 2020.

المحددة على سبيل الحصر في نص المادة السالفة الذكر⁽¹⁾، أو اتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة.

كما يتطلب لقيام هذه الجريمة توافر الركن المعنوي، إذ أن جريمة النصب من الجرائم العمدية، أي يشترط لقيامها توفر القصد الخاص بأن تتصرف إرادة المعلن إلى الاحتيال، فلا يكفي مجرد الإهمال أو الرعونة أو عدم الاحتياط مهما بلغت درجته⁽²⁾.

بتوافر هذه الأركان يخضع المعلن لعقوبة تتمثل في الحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج، وباعتبار أن المعلن في مجال الخدمات البنكية الالكترونية هو البنك كشخص معنوي، فتوقع عليه العقوبات المالية، في حين أن عقوبة الحبس يتعرض لها الموظف التابع للبنك إذا ما ثبتت مسؤوليته عن الإعلانات غير المشروعة.

على الرغم من أهمية استعمال النص القانوني المتعلق بجريمة النصب لمكافحة الإعلان الكاذب أو المضلل، فإن هذا النص غير كاف لتحقيق الردع الكامل لهذه الجريمة، لما يتطلبه من شروط دقيقة لا تتوفر في الإعلان الكاذب أو المضلل، إذ يشترط لقيام هذه الجريمة أن يتخذ المعلن نشاطا إيجابيا بغرض تحقيق أهداف محددة على سبيل الحصر، كما يشترط أن يرقى الكذب في الإعلان إلى مستوى الاحتيال⁽³⁾، ولا يكفي مجرد الكتمان لوقوع النصب، بالإضافة إلى ذلك فإن النصب يفترض وجود عملية وهمية في الأساس فلا يقدم الجاني مقابلا لما يستولي عليه، والحال ليس كذلك بالنسبة للإعلانات المضللة أو الكاذبة⁽⁴⁾.

ب2- العقوبات المقررة في بعض النصوص القانونية الخاصة:

يجرم المشرع الجزائري الإعلان المضلل بموجب القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، كما يجرم بعض الممارسات الإعلان في قطاع السمعي البصري في القانون

(1) لا يعتبر الإعلان التجاري نصبا إلا إذا كانت غاية الجاني الوصول إلى غرض يدخل ضمن إحدى الأمور الواردة في المادة 372 من قانون العقوبات على سبيل الحصر، والمتمثلة في:

- الإيهام بوجود مؤسسة أو مشروع كاذب.

- الإيهام بسلطة كاذبة.

- إحداث الأمل أو الخوف بحصول ربح وهمي، أو حادثة أو أية واقعة وهمية أخرى .

بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي المرجع السابق، ص 194.

(2) MIREILLE Delmas-Marry, GENEVIEVE Giudicelli- Delage, Droit pénal des affaires, 4^{ème} édition, PUF, Paris, 2000, p 10.

(3) AULOY Jean-Calais, STEINMETZ Frank, op.cit, p 251.

(4) بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 200.

المتعلق بالسمعي البصري، أما الإعلان الإلكتروني فقد وردت نصوص تجريبية لبعض الممارسات المتعلقة به في قانون التجارة الإلكترونية.

- العقوبات المقررة لجريمة الإعلان الكاذب والمضل:

تسمى أيضا بجريمة التضليل الإعلان، ويعرفها الفقه بأنها مجموع الممارسات والأفعال التي يقوم بها المعلن على نحو من شأنه تضليل الجمهور فيما يعتبر محل اعتبار شخصي يؤثر في اختياراتهم⁽¹⁾، أما المادة 28 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم المجرمة للإعلان التضليلي، لم تورد تعريفا لهذا النوع من الإعلان، ولكن حددت الأفعال التي تشكل الركن المادي للجريمة، والملاحظ بشأن الصياغة الواردة في النص "لا سيما إذا كان" أن هذه الأفعال واردة على سبيل المثال، إذ يمكن أن يتخذ الإشهار التضليلي أفعالا أخرى، ولكن هذا القول يتنافى مع مبدأ شرعية الجريمة، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص⁽²⁾.

لقيام جريمة الإعلان أو الإشهار التضليلي يجب توافر أركان الجريمة، الشرعي والمادي والمعنوي، وبالنسبة للركن الشرعي لهذه الجريمة فهو قائم بنص المادة 28 السالف الذكر، أما بالنسبة للركن المادي لجريمة الإعلان التضليلي فلا يتحقق إلى بتوافر ثلاث شروط لا غنى عنها، وهي أن يكون هناك إعلان، وأن تكون هذه الإعلانات كاذبة أو مضللة بحسب الحالات المحددة في القانون، وأخيرا يجب أن تتضمن عناصر محددة⁽³⁾.

بخصوص الركن المعنوي يتفق الفقه والقضاء الفرنسي مع ما جاء به القانون رقم 73-1193⁽⁴⁾ الذي أضاف المادة L120-1 من قانون الاستهلاك والتي عدلت فيما بعد، والذي تخلص عن شرط سوء النية⁽⁵⁾، وقد فسر القضاء هذا الأمر على أن صمت القانون يعني استبعاد سوء النية كعنصر من عناصر الجريمة⁽⁶⁾، وأصبحت جريمة مادية غير عمدية⁽⁷⁾، إذ تقوم مسؤولية المعلن على أساس الخطأ المفترض في المعلن، وهو إهماله وتقصيره في مراقبة الإعلان

(1) بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 217.

(2) المادة 01 من الأمر رقم 66-156، تتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

(3) BELIMANE Yamina, op.cit, p 255.

(4) Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973, D'orientation du commerce et de l'artisanat, JORF de 30décembre 1973, modifiée.

(5) DELPECH Xavier, « Publicité de nature à induire en erreur: élément morale de l'infraction », **Dalooz Actualité**, 14 janvier 2010, p 01.

(6) Cass crim 05 mai 1977, Bull criminel 1977, n° 157, P 388. www.legifrance.gouv.fr

Cass crim 14 décembre 1994, Bull criminel 1994, n° 415, p 1010. www.legifrance.gouv.fr

(7) BELIMANE Yamina, op.cit, p 267.

والتحقق من المعلومات الواردة فيه قبل نشره⁽¹⁾، حيث أدانت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها مدير شركة للاتصالات لأنه لم يتخذ جميع الاحتياطات لضمان صحة الرسائل الإعلانية⁽²⁾.

يعاقب المشرع الجزائري على جريمة الإعلان التضليلي بموجب المادة 38 من القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم، بغرامة من 50.000 دج إلى 5.000.000 دج، والملاحظ بشأن هذه العقوبة أنها اقتصررت على العقوبات المالية، وجاءت عقوبة واحدة لعدة جرائم مختلفة، منها الممارسات التعاقدية التعسفية، بالرغم من الاختلاف الواضح بين الجريمتين سواء من حيث طبيعة الجريمة في حد ذاتها ومدى خطورتها، وأيضا فيما يتعلق بالأثر المترتب عليها، وكان الأجدر بالمشرع أن يفرد لها عقوبات خاصة تتلاءم والفوائد المتحصلة من الجريمة، بالنظر إلى المبالغ الضخمة التي تصرف في مجال الإعلانات التجارية بصفة عامة، وهو المنهج الذي أخذ به المشرع الفرنسي في نص المادة 2-132 L من قانون الاستهلاك⁽³⁾.

- العقوبات المقررة عن مخالفة قواعد تنظيم الإعلان الإلكتروني:

فقد خصّ المشرع الجزائري الإعلان الإلكتروني بتنظيم خاص من خلال مجموعة من النصوص القانونية المتضمنة في قانون التجارة الإلكترونية، وبالرجوع إلى نص المادة 40 فإنه قد حدد عقوبة مالية عن مخالفة هذه القواعد تقدر بغرامة مالية تتراوح ما بين 50.000 دج إلى 500.000 دج، ويضاعف مبلغ الغرامة إذا في حالة تكرار نفس المخالفة في مدة لا تتجاوز (12) اثني عشر شهرا من تاريخ توقيع العقوبة الأولى⁽⁴⁾، حيث يُبلغ المعني خلال مدة لا تتجاوز سبعة (7) أيام ابتداء من تاريخ تحرير المحضر، فإذا لم يتم دفع الغرامة خلال 45 يوما يرسل المحضر إلى الجهة القضائية المختصة⁽⁵⁾.

(1) DELPECH Xavier, op.cit, p 01.

(2) Cass crim 15 décembre 2009, Bull criminel 2009, n° 212 : « Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que le prévenu n'a pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires, ».

(3) يعاقب القانون الفرنسي على جريمة الإعلان التضليلي بموجب المادة 2-132 L من قانون الاستهلاك، بالسجن مدة سنتين وبغرامة قدرها 300.000 أورو، ويجوز زيادة مبلغ الغرامة بما يتناسب مع الفوائد المستمدة من الجريمة إلى 10% من المتوسط السنوي لرقم الأعمال، أو 50% من المصاريف التي تكبدها المعلن لتنفيذ الإعلان.

(4) المادة 48 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

(5) المادة 47 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

الفصل الثاني

**حماية المستهلك أثناء الحصول على
الخدمة**

إن دخول المستهلك في علاقة تعاقدية مع البنك بغرض الحصول على خدمات بنكية إلكترونية، يجعله مقيدا بما ينتج عن هذا العقد من آثار قانونية، فهو مجبر على تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، في المقابل فإن حقوقه أيضا لا تتعدى ما يتضمنه هذا العقد، إذ يخضع في هذه العلاقة لمبدأ القوة الملزمة للعقد⁽¹⁾، والذي بمقتضاه لا يجوز له أن يستقل بنقض العقد أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو ينص عليه القانون.

إلا أنه نظرا إلى السرعة التي قد تتم فيها المعاملات وقلة خبرة المستهلك في مواجهة البنك المحترف، وتعرضه للعديد من وسائل الحث على التعاقد، فإنه غالبا ما تكون تعاقداته خالية من عناصر التمهّل والتدبر والتفكير، فيجد نفسه أحيانا مرتبط بعقد لا تتوافق شروطه وبنوده مع المصالح والأهداف التي كان يربوها من وراء هذا الارتباط، إذ قد تستغل البنوك الضعف الذي يعتري المستهلك من الناحية المعرفية والاقتصادية وحتى التعاقدية، لفرض شروط تحقق لها أكبر قدر من المصالح والفوائد التجارية دون اكتراث بمدى ملاءمة هذه الشروط لرغبات المستهلك وخيارته.

فلا جدوى من إحاطة المستهلك علما بالبيانات عن الخدمة البنكية محل التعاقد، أي عند تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية إذا كان تقديم هذه المعلومات من البنك يتم بالشكل الذي يدفع بالمستهلك إلى قبول العقد، بسبب المزايا الذي قد تظهر له من وراء الحصول على هذه الخدمة، دون تنبّه لما قد تتجم عنها من مخاطر مالية بسبب التغير في سلوكاته الاستهلاكية وتقادم أعبائه المالية، أو مخاطر قانونية تتمثل في الملاحقة القانونية التي قد يتعرض لها في حالة عدم احترامه أو تنفيذه للشروط التعاقدية.

لذلك فإنه من الضروري مرافقة المستهلك إلى مرحلة ما بعد إبرام العقد، أي عند تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، بإعمال استثناءات عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لتمكينه من التخلص من الشروط التعاقدية غير الملائمة، والتي غالبا ما ترجع لعدم تروّي المستهلك واندفاعه نحو التعاقد على غير بينة، لذلك أجمعت العديد من التشريعات على منحه مكنه التراجع عن العقد بإرادة منفردة من خلال ما يعرف بالحق في العدول (المبحث الثاني).

كما يكون للمستهلك التخلص من الشروط التعسفية من خلال التمسك بحقه في إعادة التوازن للعقد، بناء على قواعد نظرية الشروط التعسفية في عقود الإذعان المقررة في القانون المدني، أو بناء على قواعد مكافحة الشروط التعسفية في قوانين حماية المستهلك (المبحث الأول).

(1) المادة 105 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

المبحث الثاني:

حق المستهلك في العدول عن العقد

عادة ما يندفع المستهلك إلى إبرام العقود في مناخ تسويقي يعتمد على أكثر الوسائل الترويجية والإعلانية إغراء، كما أن القدرات الإقناعية التي يتمتع بها البنك كمحترف له خبرة غير عادية في مجال الخدمة البنكية المتعاقد حولها، ثمكته من التحكم في نفسية المستهلك وتدفعه إلى التعاقد بسبب حاجته إلى الخدمة البنكية دون دراسة متأنية وتروٍ كافٍ⁽¹⁾، إضافة لضعفه من الناحية القانونية والمعرفية والاقتصادية وعدم توفر الوقت الكافي للتفكير، مما يجعل هذه العلاقة غير متوازنة تقتضي التدخل لتقرير حماية خاصة للطرف الضعيف فيها، من خلال تقرير حقه في العدول عن العقد الذي أبرمه بمحض إرادته إذا ما تبين له عدم ملاءمته لرغباته.

يعتبر الحق في العدول من الآليات القانونية الحمائية التي تمكن المستهلك من مراجعة اختياراته وإعادة النظر في قبوله ومن تمّ تعاقد، وذلك حتى يتجنب النتائج التي يمكن أن تنجر عن القبول المتسرع والرعونة التي قد تنتابه أثناء إبرام العقد، لذلك فهو يعد وسيلة فعّالة تمكن المستهلك من التخلص من الارتباطات التعاقدية غير المناسبة له.

يعد تقرير الحق في العدول انتهاكا صارخا لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يعتبر الأساس الذي تبنى عليه العلاقات التعاقدية، لذلك يتعين البحث عن إطار قانوني واضح يبرر تقرير هذا الحق للمستهلك في مواجهة البنك، ويحدد الطبيعة القانونية له كمفهوم قانوني دخیل على القواعد المنظمة للعقود في القانون المدني (المطلب الأول).

من جهة أخرى قد ينجر عن المبالغة في استعمال هذا الحق حالة عدم استقرار في المعاملات، لذلك يستوجب ممارسته في النطاق المحدد له قانونا وبتوافر شروط معينة، لتجنب الخروج به عن الهدف الذي وضع من أجل تحقيقه، بسبب خطورة الآثار التي يمكن أن تترتب على ممارسته والتي تصل إلى حد التملص من العقد عن طريق إلغائه (المطلب الثاني).

(1) محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2001-2002، ص 60.

المطلب الأول:

التأثير المفاهيمي للحق في العدول

يُعرف الحق في العدول قبولاً لدى المدافعين عن قوانين حماية المستهلك، بسبب ما يقرره من مزايا خاصة لا تحققها له القواعد العامة للتعاقد، إذ يعتبرونه خطوة فعّالة في سبيل تعزيز الوسائل القانونية المقررة لحماية المستهلك الذي يكتشف أن الخدمة أو المنتج المتعاقد حوله لا يتوافق ورغباته، أو الذي يشعر بالندم بسبب تسرعه في الإقبال على التعاقد، فيعطيهِ المشرع الحق في إعادة النظر في موافقته، بحيث يؤثر هذا التراجع على فعالية العقد وآثاره⁽¹⁾.

الحق في العدول هو سلطة أحد المتعاقدين بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر⁽²⁾، ودون أن تترتب على ذلك أية مسؤولية بتعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب العدول⁽³⁾، كما يُعرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه الإعلان عن إرادة مضادة يقرر بموجبها المتعاقد وإرادة منفردة العدول عن إرادته وسحبها⁽⁴⁾، ومهما اختلفت التعريفات المقدمة للحق في العدول فهي تتفق على أن هذا الحق يقرر لصاحبه القدرة على التحلل من العقد بتقدير كامل من إرادته، وهي نتيجة خطيرة تشكل انتهاكا صارخا لقوة العقد الملزمة، لذلك يجب أن يسند الحق في العدول إلى أساس قانوني واضح، يبرر جواز التمسك به على وجه مخالف لما هو مقرر في القواعد العامة المنظمة للعقد (الفرع الأول).

بالرغم من أهمية الحق في الرجوع كمبدأ أساسي مكمل لحماية رضا المستهلك المتعاقد، يعمل على التأكد من مدى رغبته في الاستمرار في العقد ومن عدمه، إلا أن التشريعات المقررة له لم تجيزه على إطلاقه لأنه يشكل تهديدا حقيقيا على استقرار المعاملات وثبات العقود، لذلك يتعين التوفيق بين مصلحة المستهلك في إبرام عقود بشروط ملائمة، ومصلحة البنك المحترف في توسيع نشاطاته للحفاظ على مكانته داخل السوق التنافسية، لذلك يخضع ممارسة الحق في العدول للتنظيم من حيث شروط ممارسته وأيضاً آثاره، بالقدر الذي يسمح بتحقيق الغاية من وراء تقريره (الفرع الثاني).

⁽¹⁾ A. MAIGA Souleymane, Le contrat conclu par internet et la protection des consommateurs, Thèse de doctorat en droit, université Panthéon-Assas, (Paris II), 2008, p 75.

⁽²⁾ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 768.

⁽³⁾ دايع سليمان براك، "الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد 8، العدد 14، 2005، ص 168.

⁽⁴⁾ COUPEZ François, VERBIEST Thibault, op.cit, p 3066.

الفرع الأول: الأساس القانوني للحق في العدول

تعد مسألة تحديد الأساس القانوني للحق في العدول من أولى الاهتمامات في الدراسات القانونية التي تناولته، إذ يجب أن يستند هذا الحق إلى أسباب قوية تبرر وجوده وإعماله، وتتناسب أهميتها مع جدوى هذا الاستثناء الذي يتخلل فيه العقد عن قوته الملزمة، خلافا للأصل الذي يحول دون انفراد أحد المتعاقدين بنقضه أو الرجوع فيه⁽¹⁾، خاصة مع الانتقادات التي وجهت له من قبل بعض أنصار مبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾، بسبب استبعاده للمبادئ العامة المعروفة في المجال التعاقدية.

تعددت الآراء حول الأساس القانوني للحق في العدول، فذهبت بعضها إلى البحث في المفاهيم التقليدية المعروفة في مجال القواعد العامة للعقود لإسقاط أحكامها على الحق في العدول وتبريره (أولا)، ولكن بالنظر إلى مصدر هذا الحق والغاية منه، فقد قررت العديد من التشريعات تكريسه كحق متأصل في قوانين خاصة يخرج عن الإطار التقليدي المنظم للعقود (ثانيا).

أولا: تحوير القواعد العامة للعقد لتبرير الحق في العدول

إن تكريس الحق في العدول في بعض الممارسات التعاقدية جعل من اللازم تحديد غطاء قانوني يستند إليه ويبرر ما قد يترتب عنه من آثار غير عادية، ومن المنطقي أن نبحث عن هذا الغطاء ضمن القواعد التي تحكم العقود في حد ذاتها، ولكن من الواضح أنها لم تسعف في تفسير الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، لذلك عمدت بعض الآراء إلى تحوير بعض المفاهيم وتعديلها لتتلاءم مع ما يقتضيه الحق في العدول عن العقد.

1- الشرط كأساس قانوني للحق في العدول:

يذهب بعض الفقه إلى طرح فكرة الشرط كأساس قانوني للعدول عن العقد، من خلال اعتبار أن العقد المصحوب بهذا الحق معلقا على شرط⁽³⁾، ويختلف أنصار هذا الرأي في اعتباره شرطا فاسخا أم واقفا، فإذا كان واقفا توقف آثار العقد إلى حين انقضاء المدة المقررة للعدول، وإذا كان فاسخا ترتبت هذه الآثار لكن تكون قابلة للزوال إذا ما قرر المستهلك العدول عن العقد⁽⁴⁾.

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 764.

(2) ROUHETTE Georges, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Dalloz, Paris, 1981, p 255.

(3) RZEPECKI Nathalie, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses universitaires DAIX-MARSEILLE, Marseille, 2002, p 112.

(4) دايج سليمان براك، المرجع السابق، ص 180.

غير أن الشرط لا يصح كأساس قانوني للحق في العدول لاختلاف الآثار القانونية التي تترتب عن الشرط عن تلك التي تترتب عن العدول⁽¹⁾، فضلا عن أن الشرط ليس إلا وصفا للعقد فلا يرد إلا على عنصر خارجي، ولا يرد على عنصر أساسي في العقد لا سيما ركن الرضا⁽²⁾.

2- فكرة التكوين التدريجي للعقد:

وفقا لهذا الرأي لا يكون تبادل الرضا بين طرفي التعاقد قادرا بمفرده على إتمام العقد، بل يحتاج إلى رضا آخر يعضده ويقويه ويجعله قادرا على إبرام العقد⁽³⁾، إذ أن العقد الذي يكون للمتعاقد الحق في العدول عنه يتطلب رضا مزدوجا يتم على مرحلتين، في المرحلة الأولى يكون الرضا مؤقتا ولا يكون العقد نهائيا إلا بعد انقضاء المدة المقررة للحق في العدول⁽⁴⁾، وعدم استعمال المتعاقد لحقه في العدول هو ما يمكن اعتباره رضا ضمني ينبرم به العقد النهائي، فلا يحتاج إلى إعادة تأكيده أو تعزيزه من خلال رضا جديد⁽⁵⁾.

تُبرر فكرة التكوين المتدرج للعقد على أساس أن عقود الاستهلاك لا تبرم في لحظة زمنية واحدة، وإنما لا بد من مرور مدة زمنية قبل أن يرجع المستهلك عن عقده، فإذا لم يشأ تأكيد رضائه الذي أصدره وعمد إلى سحب هذا الرضا خلال مدة العدول، فإنه يحول دون إبرام العقد ومن ثم ينسحب من عقد غير تام⁽⁶⁾.

يعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن هذه الفكرة لا تتناقض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، مادام العدول يحدث في وقت لم يكن فيه العقد قد أبرم بعد، إذ يقع الشك في الرضا الأول لاندفاع المستهلك في قبول الإيجاب المعروض عليه دون أن يمنح نفسه لدراسة مدى ملاءمة العرض المقدم لحاجاته⁽⁷⁾.

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، لجنة التأليف والتعليق والنشر، جامعة الكويت، 1985، الكويت ص 98.

(2) MOUSSERON Jean-Marc, La durée dans la formation des contrats, édition Aix-Marseille, faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, France, 1974, p 521.

(3) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 773.

(4) RZEPECKI Nathalie, op.cit, p 106.

(5) Ipid, p 107.

(6) MOUSSERON Jean-Marc, p 522.

(7) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، "العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل - العراق، المجلد الرابع، العدد 02، سنة 2012، ص 57.

غير أن هذا الرأي يؤخذ عليه إنكاره انبرام العقد بمقتضى الرضا الأول، وهو أمر يناقض واقع التعاقد وحقيقة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين⁽¹⁾، فالمشرع لم يشترط لقيام العقد إلا موافقة واحدة، فالعقد ينبرم من خلال الرضا الذي قدمه المستهلك منذ البداية⁽²⁾، فالعدول الممنوح للمستهلك من قبل المشرع لا يؤثر في وجود العلاقة التعاقدية، فالعقد يكتمل بمجرد توافر شروطه وأركانه⁽³⁾، وفي ذلك صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية يشير إلى أن العقد يتم إبرامه من تاريخ تقديم الطلب، وفترة سبعة (07) أيام ليست لتأخير إبرام العقد⁽⁴⁾، وفي ذلك دحض لفكرة التكوين التدريجي للعقد.

3- فكرة عدم لزوم العقد:

يذهب رأي فقهي إلى أن أساس العدول عن العقد هو عدم لزوم العقد، فالعقد الذي يتضمن الحق في العدول خلال مدة معينة يكون عقدا غير لازم، ومن تم جاز للمتعاقدين أن يرجع عنه بإرادته المنفردة⁽⁵⁾، إذ أن القوة الملزمة للعقد لا تثبت إلا للعقود اللازمة، وعقود المتضمنة الحق في العدول لا تكون لازمة للمستهلك خلال مدة العدول⁽⁶⁾، فلا يصير العقد باتا إلا بعد فوات مدة العدول⁽⁷⁾، ويميل الكثير من الفقه لقبول هذه الفكرة ويعتبرها ناجحة في التوفيق بين القوة الملزمة للعقد والعدول عنه⁽⁸⁾.

لكن هذا الرأي أيضا لم يسلم من النقض، إذ أن فكرة عدم لزوم العقد لا يعني أن إمكانية إنهائه مطلقة وإنما مقيدة بعدم إلحاق الضرر بالغير، فإن تعلق حق الغير بالعقد جاز للمتعاقدين أن ينهيه على الرغم من كونه غير لازم⁽⁹⁾، في حين أن الحق في العدول مطلق وإعماله يتوقف على إرادة ومشئئة المتعاقدين فلا يخضع للتسبب أو الرقابة.

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 94.

(2) LUDOVIC Bernardeau, « Le droit de rétractation du consommateur un pas vers une doctrine d'ensemble, - À propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999 », **La semaine juridique édition générale**, n° 40, 02 octobre 2002, p 26.

(3) MOUSSERON Jean-Marc, op.cit, p 61.

(4) Cass civ 1^{ère} chambre, 10 juin 1992, Bull civil I 1992, n° 178, p 121 : « Alors que le contrat était formé dès la commande et que la faculté de renonciation était limitée à 7 jours à compter de celle-ci ».

(5) SHANDI Yousef, op.cit, p 169.

(6) SERIAUX Alain, L'engagement unilatéral de volonté en droit positif français actuel, édition Economica, Paris, 1999, p. 11.

(7) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 775.

(8) المرجع نفسه، ص 775.

(9) دايج سليمان براك، المرجع السابق، ص 76.

إن الحق في العدول لا يتوافق البتة مع المبادئ العادية التي تبنى عليها العقود في القانون المدني، لا من حيث مضمونه ولا من حيث الآثار المترتبة على ممارسته، وهو ما يفسر فشل أغلب النظريات التي تستند إلى المبادئ العامة لتأسيس الحق في العدول، فلا جدوى من تشويه المفاهيم المقررة في القواعد العامة أو توسيع نطاقها لاستيعاب تقنيات قانونية جديدة مثل الحق في العدول، بل يجب أن نبني نظام أصلي خاص بالحق في العدول، لأنه قرر أصلاً كاستثناء عن القواعد العامة بسبب عدم كفايتها لحماية بعض الأوضاع الخاصة بفئات معينة.

ثانياً: تأصيل الحق في العدول ضمن القواعد الخاصة

يرتبط الحق في العدول بالتشريعات التي تهدف إلى حماية المستهلك، إذ يرجع الهدف من تقريره إلى حماية رضا المستهلك وتنقيته مما قد يعلق به من عوامل المجازفة، بإعطائه فرصة أخرى للتراجع عن العقد الذي أبرمه تقادياً للأخطار التي قد تلحق به لتسريعه في التعاقد دون حاجة لتقديم أي تبرير⁽¹⁾.

إن هذا الحق لم يقرر إلا لاستكمال متطلبات حماية المستهلك، بسبب ما قد يتعرض له من عوامل الإغراء وال جذب التي يمارسها المحترفون، والذي يستغل ضعف المستهلك العادي ليورطه في تعاقدات ما كان ليقبل عليها في الحالات العادية، إذ أصبح جزء من الحماية القانونية التي قررها المشرع ضد الهيمنة الاقتصادية والتقنية للمحترفين، من خلال تحريره من القيود التعاقدية التي قد تفرض عليه⁽²⁾، لذلك فقد أصبح الحق في العدول فكرة متأصلة في قوانين الاستهلاك للعديد من الدول، وترسخ كمبدأ أساسي في العديد من القوانين، مع وجود اختلاف بين مختلف التشريعات من حيث نطاق إعمال هذا الحق بين مؤسّع ومُضيق.

1- تكريس الحق في العدول في التشريعات المقارنة:

اتجهت أغلب التشريعات الأوروبية إلى تكريس الحق في العدول عن العقد لمصلحة المستهلك، خاصة بعد تبنيه من قبل الجماعة الأوروبية، كما وكرسته بعض التشريعات العربية في مجال العقود المتعلقة بالتجارة الالكترونية، مثل القانون اللبناني والقانون التونسي، أما في التشريع الجزائري فقد أدرج الحق في العدول ضمن مبادئ قانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش كقاعدة عامة لحماية المستهلك، كما أنه قرر بصدد تنظيم القرض الاستهلاكي.

(1) A. MAIGA Souleymane, op.cit, p 75.

(2) Ipid, p 76.

أ- الحق في العدول في إطار التوجيهات الأوروبية:

كُرس إن الحق في العدول عن العقد في إطار قانون الجماعة الأوروبية لأول مرة بموجب المادة 06 من التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد، والتي نصت على أنه "يكون للمستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للعدول دون جزاءات ودون بيان السبب"⁽¹⁾.

نظّم هذا التوجيه الأوروبي الحق في العدول باعتباره من المتطلبات الأساسية لحماية المستهلك الإلكتروني ضمن قوانين الجماعة الأوروبية⁽²⁾، ولكن منح هذا الحق لم يتم على إطلاقه، إذ استبعدت الفقرة 03 من المادة 06 من هذا التوجيه بعض الحالات من ممارسة الحق في العدول، فالمشرع الأوروبي إن كان قد اعترف للمستهلك الإلكتروني هذا الحق كضرورة حتمية لحماية ضعفه في مواجهة المحترف، إلا أنه استثنى بعض المنتجات والخدمات من حق العدول بسبب طبيعتها اللامادية أو بسبب تخصيصها للمستهلك ذاته.

إن الملاحظة الأساسية بخصوص هذا التوجيه أنه قرّر الحق في العدول لحماية المستهلك عند إبرامه عقودا عن بعد، والذي يعرف بأنه كل عقد يبرم حول سلع أو خدمات بين المورد والمستهلك في إطار نظام لبيع السلع أو تقديمات الخدمات عن بعد ينظمه المورد، وفي هذا العقد يتم استخدام واحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد إلى غاية الوصول إلى إبرام العقد نفسه⁽³⁾، وبهذا المعنى فهو يشمل أيضا العقود التي تبرمها البنوك عن بعد عن طريق الأنترنت، كعقد فتح الحساب البنكية عن بعد.

⁽¹⁾ Article 06 alinéa 01 de directive 97/7/CE, dispose : « Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises... ».

⁽²⁾ A. MAIGA Souleymane, op.cit, p 75.

⁽³⁾ Article 02 paragraphe 1 du directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, dispose : «contrat à distance»: tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même ».

كما جاء التوجيه الأوروبي رقم 2002/65/CE المتعلق بالتسويق عن بعد للخدمات المالية للمستهلكين، ليقرر حق المستهلك في العدول عن العقد في مجال الخدمات المالية التي تبرمها البنوك عن بعد خلال أربعة عشر يوماً⁽¹⁾.

ب- الحق في العدول في القانون الفرنسي:

إن مفهوم الحق في العدول ليس دخيلاً على التشريع الفرنسي، وإنما هو مكرس بموجب قوانين عديدة حتى قبل صدور التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE، حيث تضمن القانون رقم 06-72 الخاص بالتمويل الائتماني حق المقترض في العدول⁽²⁾، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون رقم 1137-72 في شأن البيوع التي تتم في المنازل⁽³⁾، حيث ينص في المادة 03 منه على حق المشتري في التراجع عن العقد في غضون سبعة أيام⁽⁴⁾.

كما قرر هذا الحق لكل شخص طبيعي وقّع على طلب تأمين أو على بوليصة تأمين⁽⁵⁾، وبالنسبة للبيوع التي تتم عن بعد نصّت المادة الأولى من القانون رقم 88-21⁽⁶⁾ على أنه في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عن بعد، يكون للمشتري فترة سبعة أيام من تاريخ تسلم طلبه، الحق في إرجاع المنتج إلى البائع إما لاستبداله بآخر أو لردّه واسترداد ثمنه دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد⁽⁷⁾.

كما صدر الأمر رقم 2001-741⁽⁸⁾ والذي بموجبه تم تقرير الحق في العدول كمبدأ أساسي لحماية المستهلك في التعاقد عن بعد ضمن أحكام قانون الاستهلاك، من خلال إدراج المادة

(1) Article 06 de directive n° 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, op.cit.

(2) Articles 21 et 31 loi n° 72-6 du 3 janvier 1972, relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance, JORF du 05 janvier 1972. Modifiée.

(3) Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972, relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, JORF du 23 décembre 1972, modifiée.

(4) Article 03 de la loi n°72-1137, Ibid.

(5) Articles L132-5-1 et L132-5-2 qui inséré par l'article 22 et 23 de la loi n° 81-5 du 7 janvier 1981 relative au contrat d'assurance et opérations de capitalisation, JORF du 31 mars 1981.

(6) Loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de "télé-achat", JORF du 7 janvier 1988, Modifiée.

(7) Article 01 de la loi n° 88-21, dispose : « Pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement, sans pénalités à l'exception des frais de retour ».

(8) Ordonnance n° 2001-741 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

121-20 يضمن أحكام قانون الاستهلاك الفرنسي⁽¹⁾، والتي أصبحت فيما بعد المادة 18-221L⁽²⁾.

كما أدرج ذات الحكم في المادة 16-341L من القانون النقدي والمالي⁽³⁾، بموجب القانون رقم 2003-706⁽⁴⁾، والتي قررت حق المستهلك في العدول عن بعض أنواع العقود المصرفية وكيفيات ممارسة هذا الحق والمدة المقررة له.

يعتبر القانون الفرنسي من التشريعات السبّاقة في مجال تقرير الحق في العدول، فهو مفهوم ليس بالجديد على المشرع الفرنسي، فقد سبق وقرره في البيع بالمراسلة وعقود التعلم عن بعد وأيضا في البيع عن بعد من خلال التلفزيون⁽⁵⁾ وذلك قبل صدور التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE، ولهذا ذهب بعض الفقه الفرنسي للقول بأن هذا التوجيه لم يضيف جديدا للتشريع الفرنسي، والاستفادة التي حصل عليها المستهلك الفرنسي بصدور هذا التوجيه هو توسيع نطاق حماية المستهلك في مواجهة الموردين المقيمين في الدول الأعضاء في الجماعة الأوروبية⁽⁶⁾.

ج- الحق في العدول في بعض التشريعات العربية:

إن ارتباط الحق في العدول بالتشريعات المتعلقة بحماية المستهلك يظهر جليا في العديد من التشريعات العربية، إذ كرسته بعض القوانين المتعلقة بحماية المستهلك، منها القانون اللبناني والقانون الأردني، أما في مجال المعاملات الالكترونية فبالرغم من أن العديد من الدول العربية نظمت هذا النشاط تماشيا مع المستجدات في مجال التجارة الالكترونية إلا أنها لم تكرر الحق في العدول، كما هو الحال بالنسبة لقانون التجارة الإلكترونية في الجزائر الصادر مؤخرا بموجب القانون رقم 18-05، إذ جاء خاليا من أي نص يقرّر الحق في العدول للمستهلك الإلكتروني، وهو

(1) Article L121-20 de code de la consommation Français, dispose : « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour ».

(2) أدرجت هذه المادة بموجب الأمر رقم 301-2016:

- Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JORF n°0064, du 16 mars 2016.

(3) Article L341-16 de code monétaire et financier, dispose : « La personne démarchée dispose, à compter de la conclusion du contrat, d'un délai de quatorze jours pour se rétracter, sans pénalité et sans être tenue d'indiquer les motifs de sa décision. Ce délai de rétractation court à compter de la date de réception par la personne démarchée du contrat signé par les deux parties ». www.legifrance.gouv.fr

(4) Loi n° 2003-706 du 1 août 2003, de sécurité financière, JORF n° 177 du 2 août 2003, modifiée.

(5) TROCHU Michel, « Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive n° 97-7 CE du 20 mai 1997 », **Recueil Dalloz** n° 17, 1999, p 181.

(6) Ibid, p 181.

ما يناقض ما تضمنه قانون حماية المستهلك وقمع الغش الذي يعترف بالحق في العدول كمبدأ عام، لذلك سنبحث عن مدى تكريس هذا الحق في نصوص حماية المستهلك وقوانين أخرى.

حيث منح المشرع التونسي في الفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية⁽¹⁾ للمستهلك الحق في العدول عن الشراء خلال عشرة أيام تبدأ من استلام المنتجات أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمات، ولكن الفصل 32 من نفس القانون منعت المستهلك من ممارسة حقه في العدول عن العقد في حالات معينة أوردتها على سبيل الحصر⁽²⁾، والمتمعن في هذا النص يجد أن المشرع التونسي قد تبنى نفس المسلك الذي اعتمدته التوجيه الأوروبي رقم 97/7CE السالف الذكر فيما يتعلق بالحالات المستثناة من ممارسة الحق في العدول.

أما المتصفح للقانون المغربي رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك⁽³⁾، يلاحظ اقتصار حق المستهلك في العدول على العقود المبرمة عن بعد، حيث يكون للمستهلك سبعة أيام كاملة لممارسة حقه هذا دون حاجة إلى تبرير أو دفع غرامة، وتمدد المدة إلى ثلاثين يوما إذا لم يف المورد بالتزامه بتأكيد المعلومات⁽⁴⁾، كما ويقرر هذا القانون للمقترض الحق في العدول عن عقد القرض الاستهلاكي⁽⁵⁾.

كما كرّس المشرع اللبناني الحق في العدول ضمن أحكام القانون حماية المستهلك⁽⁶⁾، من خلال نص المادة 55 من هذا القانون، حيث تنص على أنه يجوز للمستهلك العدول عن قراره

⁽¹⁾ قانون رقم 83 لسنة 2000 مؤرخ في 09 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 64، مؤرخ في 11 أوت 2000، منشور في البوابة الوطنية للإعلام القانوني: www.legislation.tn

⁽²⁾ ينص الفصل 32 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، على أنه : "مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية..." www.legislation.tn

⁽³⁾ ظهير شريف رقم 03.11.1 صادر في 18 فيفري 2011، بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5932 الصادر بتاريخ 07 أفريل 2011، ص 1072. منشور على الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة المغربية. www.sgg.gov.ma

⁽⁴⁾ المادة 36 من القانون المغربي رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

⁽⁵⁾ فحسب نص المادة 85 من القانون المغربي رقم 31.08 يكون للمقترض أن يتراجع عن التزامه في أجل سبعة أيام من تاريخ قبوله للعرض، على أن يلزم في حالة التراجع بإيداع الاستمارة المرفقة مع العرض المسبق مقابل وصل يحمل طابع وتوقيع المقرض.

⁽⁶⁾ قانون رقم 659 صادر في 04 شباط (فيفري) 2005، المتضمن قانون حماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية رقم 6، صادر بتاريخ 10 شباط (فيفري) 2005، المعدل، المنشور على الموقع الإلكتروني لرئاسة مجلس الوزراء اللبناني، الجريدة الرسمية: www.pcm.gov.lb

بشراء السلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة، وذلك خلال مهلة عشرة ايام اعتبارا من تاريخ التعاقد بالنسبة للخدمات، ومن تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة، في حين حددت الفقرة الثانية من نفس المادة الحالات التي يفقد فيها المستهلك الحق في العدول عن العقد.

الملاحظ بشأن هذا الحكم أن المشرع اللبناني قد اعتبر الحق في العدول من المبادئ العامة المطبقة في جميع أنواع عقود الاستهلاك مهما كان موضوعها أو طريقة إبرامها، وإن القيود الواردة على هذا الحق لا تعدو أن تكون حالات خاصة، ترجع إما لخطأ المستهلك أو لطبيعة السلعة أو الخدمة المقدمة.

2- الحق في العدول في التشريع الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري على الحق في العدول عن العقد في التعاقد بالعربون ضمن أحكام القانون المدني، حيث يعطي دفع العربون أثناء التعاقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد، فإذا عدل من دفعه خسره، وإذا عدل من قبضه رده ومثله⁽¹⁾، لكن العدول في مفهوم القانون المدني يختلف تماما عن العدول في مفهوم قوانين حماية المستهلك، إذ أن هذا الأخير يمارسه المقرر لمصلحته في أجل محدد قانونا دون مبرر ودون تبعات مالية.

بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك وقمع الغش فإنه يلاحظ تدارك المشرع الجزائري للنقص الذي يعتريه فيما يتعلق بتقرير الحق في العدول، حيث أدخلت المادة 02 من القانون 09-18 المعدل والمتمم للقانون 03-09 تعديلات على نص المادة 19 من هذا الأخير، بإضافة ثلاث فقرات جديدة على هذا النص⁽²⁾، الملاحظ بخصوص هذا النص الأخير أن المشرع فوض للسلطات التنفيذية المختصة إصدار نصوص تنظيمية لتفعيل هذا النص وتحديد نطاق إعماله.

قبل ذلك تضمن قانون النقد والقرض نصوصا خاصا يمكن كل شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية أيام من تاريخ التوقيع على العقد⁽³⁾، كما منح الحق في العدول للمقترض في عقود القرض الاستهلاكي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات

(1) المادة 72 مكرر من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(2) تنص المادة 19 من القانون رقم 03-09 المعدل والمتمم على أنه: "..... العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب.

للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفع مصاريف إضافية.

تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتجات المعنية عن طريق التنظيم."

(3) المادة 119 مكرر 1 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

العروض في مجال القرض الاستهلاكي⁽¹⁾، والملاحظ أن المشرع منح الحق في العدول في عقود القرض الممنوحة للأفراد بما فيها القروض الاستهلاكية، وهو بذلك يستثني باقي العقود التي تبرمها البنوك ويحرم زبائنها في غير هذه العمليات من استعمال الحق في العدول.

لا يُؤخذ على المشرع الجزائري تمكين المستهلك من العدول عن العقد في القروض الموجهة للأفراد، فهو بذلك يتماشى مع تطلعات حماية المقترض من مخاطر المديونية الفائقة أو ما يعرف بالإفراط في المديونية، والتي تعتبر من أهم المخاطر التي قد يتعرض لها المقترض لما يترتب عليها من آثار سلبية ذات أبعاد اقتصادية واجتماعية⁽²⁾، فهو يحدو بذلك حدو التشريعات المقارنة منها القانون الفرنسي الذي أفرد للقروض الاستهلاكية أحكاما خاصة بها ضمن قانون حماية المستهلك⁽³⁾، ولكن يُعاب على المشرع أنه لم يُوسع نطاق أعمال هذا الحق ليشمل غيرها من العروض البنكية الموجهة للمستهلكين بما فيها تلك المقدمة عن بعد.

في مجال التأمينات أيضا قُدر الحق في العدول بموجب تعديل قانون التأمين لسنة 2006⁽⁴⁾، حيث أضيفت المادة 90 مكرر لقانون التأمينات⁽⁵⁾، والتي تُقرر لمكتتب عقد التأمين على الأشخاص الحق في العدول عن العقد في غضون ثلاثين يوما ابتداء من دفع القسط الأول.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحق في العدول عن العقد

إن إمكانية العدول عن العقد أصبح من المستلزمات الأساسية لحماية المستهلك بالشكل الذي يضمن إعادة المساواة والتوازن في العلاقة بين المستهلك والمحترف، من خلال التأكد من كمال وسلامة رضا المستهلك وحرية، فيتدخل المشرع ليحميه من مغبة الجزاءات التي قد تترتب عليه بسبب عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، لكن يُعد العدول عن العقد خروجاً صارخاً عن مبدأ

(1) المواد 11 و 14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفية العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

(2) OUIRINI Hanane, Essai sur l'eupéanisation droit de la consommation, thèse de doctorat en droit, discipline: droit des contrats, faculté de Droit, d'Economie et de Gestion, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, France, 2016, p 288.

(3) Les articles L312-1 et qui suit de code de la consommation Français. www.legifrance.gouv.fr

(4) قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي سنة 195 والمتعلق بالتأمينات، ج ر ج ج عدد 15، الصادر في 12 مارس 2006.

(5) تنص الفقرة الأولى من المادة 90 مكرر من الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر ج ج عدد 13، الصادر في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم، على أنه: "باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال ثلاثين (30) يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط".

سلطان الإرادة ومبدأ إلزامية العقود، والتي تقضي بعدم الرجوع عن العقد من قبل أحد طرفيه بإرادة منفردة إذا نشأ صحيحا مكتمل الأركان.

لذلك يتعين البحث في الطبيعة القانونية لهذا الحق مادام قد تأصل كمفهوم قانوني جديد يطبق في مجال العلاقات التعاقدية ولا يجد له مصدرا في القانون المدني، وذلك من خلال تحديد تكييف قانوني خاص به (أولا)، والبحث في الجوانب التي تبرز خصوصيته وتميزه عن غيره من المفاهيم الأخرى المشابهة (ثانيا).

أولا: التكييف القانوني للحق في العدول

لقد تعددت الآراء الفقهية في تحديد التكييف القانوني للحق في العدول عن العقد، فهناك من يكيّفه بأنه حق شخصي، وآخرون يعتبرونه حق عيني، في حين ذهب البعض إلى القول بأنه رخصة منحها المشرع لأحد الأطراف تسمح له بالرجوع عن العقد، ويشكك غالبية الفقه في مدى إمكانية تكييف العدول بالأوصاف السالف ذكرها، واعتبروه مكنة قانونية ممنوحة للمستهلك في حالات معينة، تسمح له بإنهاء العقد بإرادة منفردة، ولنا تفصيل في هذه الآراء فيما يلي:

1- مدى اعتبار العدول حقا:

إن القول بأن الحق في العدول حقا يستتبع اعتباره إما حقا عينيا أو شخصيا، لأن الحق في إطار المعاملات المدنية إما يكون عينيا أو شخصيا، ولكن الحق العيني هو سلطة شخص على شيء معين، تمكن صاحبه من والتمتع به والاحتجاج بحقه هذا اتجاه الكافة⁽¹⁾، وكل هذا لا يجد له نظيرا في العدول عن العقد، إذ لا يقدم الحق في العدول لصاحبه أي سلطة بل يمنحه القدرة على هدم العقد بعد إبرامه، ومن تمّ فهو ليس حقا عينيا⁽²⁾.

كما يصعب تكييف العدول عن العقد على أنه حق شخصي، إذ أن هذا الأخير يتميز بكونه يمثل علاقة بين الدائن والمدين، تقرر له سلطة اقتضاء يكون بموجبها للدائن مطالبة مدينه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء⁽³⁾، والدائن عندما يمارس هذه السلطة إنما يمارسها اتجاه شخص محدد وهو المدين، كما أن تدخل المدين شخصا أمر ضروري لاستقاء

(1) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص 467.

(2) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 770.

(3) حسن كيرة، المرجع السابق، ص 467.

الدائن حقه، وهذا ما لا نجده في العدول، فلا يملك المستهلك أية سلطة في مواجهة المحترف ولا يستطيع أن يطالبه بأي دور إيجابي أو سلبي، وكل ما يُثبت له هو تنفيذ العقد أو نقضه⁽¹⁾.

2- مدى اعتبار الحق في العدول رخصة:

تعرف الرخصة بأنها مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة⁽²⁾، لذلك فإن الرخصة لا يتمتع بها الشخص على سبيل الاستثناء بل يشاركه في ذلك كافة فهي تثبت لجميع الناس على حد سواء⁽³⁾، وبهذا المعنى لا يمكن تكييف الحق في العدول بأنه رخصة، إذ أنه مقرر لشخص معين نظرا لصفة خاصة فيه وفي حالات محددة بنص القانون.

3- الحق في العدول مكنة قانونية:

إن العدول ليس حقا شخصيا وليس حقا عينيا ولا يمكن اعتباره رخصة ولا حرية، إذ أنه يحتل منزلة وسطى بين الحق بمعناه الدقيق وبين الرخصة، فهو أعلى مرتبة من هذه الأخيرة ولكن لا يصل إلى حد الاقتضاء أو التسلط⁽⁴⁾، بل يعد مكنة قانونية تخول لصاحبها إنهاء مركز قانوني بإرادة منفردة، ويتوقف استعمال أو ممارسة هذه المكنة على إرادة ومشئئة صاحبها، دون أن تتوقف على إرادة من تمارس هذه المكنة في مواجهته⁽⁵⁾.

الحق في العدول حق إرادي محض يختلف مضمونه عن مضمون الحقوق العادية، لما تتميز به هذه المكنة بقدرة صاحبها على إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة، فهي مكنة جوهرها سلطة التحكم في مصير العقد الذي تقرر هذا الحق بشأنه، على أن هذه المكنة لا يقابلها واجب أو التزام على من يستعمل هذا الحق في مواجهته⁽⁶⁾.

ثانيا: خصوصية الحق في العدول عن العقد

إن تقرير الحق في العدول عن العقد ليس الغرض منه فقط حماية المستهلك ضد المحترف، وإنما يسعى أكثر لحماية المستهلك ضد نفسه من خلال إعطائه فرصة للعدول عن العقد الذي أبرمه لتوه، فلم يعد يمارس الحق في العدول كرد فعل عن سلوك المحترف أو عدم رضا

(1) دايح سليمان براك، المرجع السابق، ص 184.

(2) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 771.

(3) المرجع نفسه، ص 771.

(4) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 56.

(5) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 184.

(6) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 56.

المستهلك، ولكنه يميل ليصبح حقا عاديا متميزا⁽¹⁾، لا يستند في تقريره لأي مفاهيم قانونية معروفة سابقا سواء في القواعد العامة أو في قوانين حماية المستهلك، ويظهر ذلك جليا من خلال الأحكام المنظمة له، والتي تضيف عليه طابعا خاصا يُميزه عن العديد من المفاهيم الأخرى.

1- الخصائص المميزة للحق في العدول عن العقد:

يمكن إجمال خصائص الحق في العدول بوصفه مكنة قانونية يمنحها المشرع للمستهلك، تمكنه من إنهاء العقد بإرادة منفردة دون حاجة إلى رضا الطرف الآخر، فيما يلي:

أ- الطابع التقديري للحق في العدول:

إن الحق في العدول حق مطلق يخضع للتقدير الكامل لصاحبه، بحيث تكون له السلطة التقديرية في استعمال هذا الحق من دونه، فهو غير ملزم بتقديم سبب يبرر عدوله عن العقد⁽²⁾، ويكون له ممارسة هذه المكنة بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء ودون اشتراط موافقة الطرف الآخر، كما لا تشترط ثبوت وقوع خطأ من المحترف أو إخلال بالتزاماته⁽³⁾.

لذلك فهو لا يمارس فقط عندما يغير المستهلك رأيه أو عندما يكون قراره في التعاقد مبني على غير دراية؛ وإن كان هو السبب الرئيسي الذي يرجع إليه الفقه في تبرير الحق في العدول⁽⁴⁾، وإنما يمكن للمستهلك أن يستعين به للتخلص من العقد الذي أبرمه وهو تحت تأثير عيب من عيوب الإرادة اكتشفه خلال المدة المقررة في العدول، أو إذا اكتشف عيب من العيوب الخفية، أو عندما يتعرض لظروف جديدة تجعل من هذا التعاقد غير مناسب له أو تجعل من المرهق له تنفيذ العقد، وهو ما من شأنه أن يمكن المستهلك من التخلص من الشروط التعاقدية غير الملائمة، وينأى به عن إجراءات التقاضي الطويلة، فيقلل من عدد المنازعات المعروضة أمام القضاء⁽⁵⁾.

ب- الحق في العدول حق مجاني:

لم يلزم المشرع صاحب الحق في العدول بدفع إي مبلغ مقابل ممارسة مكنة العدول، كما ولا تترتب عليه أي مسؤولية في تعويض المتعاقد الآخر لجبر ما قد يصيبه من ضرر من جراء

(1) RZEPECKI Nathalie, op.cit, p 112.

(2) CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, op.cit, p 106.

(3) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، المرجع السابق، ص 58.

(4) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 628.

(5) PASSA Jérôme, « Commerce électronique et protection du consommateur », **Revue DALLOZ**, n° 6, 07 février 2002, Paris, p 560.

هذا العدول، وإنما يتعين على هذا الأخير اتقاء ضرره بنفسه، إذ عليه أن يحتاط للأمر مسبقاً مادام يعلم أن من حق الطرف الآخر العدول عن العقد خلال المدة التي حددها المشرع⁽¹⁾.

لقد أحسن المشرع عندما عفى المستهلك من دفع أي مبالغ مالية مقابل العدول عن العقد، لأن الزامه بدفع مبلغ نقدي لقاء العدول عن العقد أمر ينطوي على تقييد ممارسة مكنة العدول⁽²⁾، ويُفوت عليه فرصة التخلص من العقد والذي أبرمه عن غير دراية أو ترو، خاصة إذا وجد أن المبلغ الذي يلزم بدفعه مسبقاً يفوق قدرته المالية، لذلك جعل المشرع القيد الوحيد على مكنة العدول هو ممارستها خلال مدة زمنية محددة.

لا يغير من مجانية الحق في العدول ما نصت عليه بعض التشريعات بالزام المستهلك عند ممارسته لحقه في العدول بإعادة البضائع التي تسلمها على نفقته الخاصة في حالات معينة، لأن التكاليف التي يتحملها المستهلك في هذه الحالة ليس مقابل للحق في العدول، لأن المقابل يدفع بمجرد ممارسة الحق بغض النظر إذا ما تم البدء في تنفيذ العقد أم لا، وليس بتعويض لأن هذا الأخير يفترض توافر أركان المسؤولية التقصيرية ويقدر بحسب الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر، ولكنه واجب يقرر على عاتق المستهلك في إطار ما يترتب على إنهاء العقد بإرادة منفردة من آثار، وهو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد⁽³⁾.

ج- الطابع المؤقت للحق في العدول:

إن الحق في العدول محدد المدة وينقضي باستعماله أو بفوات المدة المحددة له، وذلك حفاظاً على استقرار المعاملات والمراكز القانونية للأطراف، فمن غير المنطقي أن يبقى العقد مهدد بالزوال على الدوام⁽⁴⁾، كم أنه ليس من العدل أن يبقى الطرف الآخر ملتزم بعقد لا يعرف مصيره مدة طويلة من الزمن، والمدة المحددة للعدول تعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم لأنها قصيرة ولا تتفق مع أحكام التقادم، ومن ثم لا يرد عليها لا الوقف ولا الانقطاع⁽⁵⁾.

(1) دايع سليمان براك، المرجع السابق، ص 169.

(2) المرجع نفسه، ص 169.

(3) الملاحظ بشأن التزام المستهلك بتحمل تكاليف إعادة السلع أو البضائع التي تسلمها أن حالاته محددة ومقيدة بشروط عدة أهمها إعلامه بالتزامه هذا عند إبرام العقد، كما أن مجاله ضيق إذ يسقط عن المستهلك في حالات عديدة، ولنا تفصيل في ذلك عند دراسة موضوع آثار ممارسة الحق في العدول في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(4) خلفي عبد الرحمان، "حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)"، مجلة النجاح للأبحاث، المجلد 27، العدد 01، جانفي 2013، نابلس، ص 15.

(5) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 124.

فأغلب التشريعات التي تُقر للمستهلك مكنة العدول عن العقد تميل لتحديد مدة قصيرة ناذرا ما تتجاوز الخمسة عشرة (15) يوما، وفي ذلك مراعاة لمصلحة الطرف الآخر الذي يمارس ضده الحق في العدول، فبالرغم من أن العبرة بمنح مكنة العدول عن العقد هو حماية المستهلك باعتباره طرف ضعيف في العقد، إلا أن ذلك لا يعني بتاتا إلغاء حقوق الطرف الآخر، بحيث يكون مصيره مرتبط بأهواء ورغبات المستهلكين، وإنما يجب الموازنة بين مصلحة الطرفين، فيمكن المستهلك من التخلص من الشروط العقدية غير الملائمة التي تشكل التزامات تثقل كاهله، ولكن خلال مدة معقولة تختلف من عقد إلى آخر بالنظر لاعتبارات معينة، منها المحل الذي يرد عليه العقد وطريقة إبرامه وطبيعته....

د - الحق في العدول من النظام العام:

إن مكنة العدول عن العقد تقرر بإرادة المشرع، فهي إذا لا تُسلب ولا تُقيد إلا بموجب تلك الإرادة التي قررتها، ذلك أن المستهلك في غالب الأحيان لا يقوى على الوقوف موقف الندم المتعاقدين الآخر، لذا فهو لا يستطيع أن ينشئ مثل هذه الميزة لنفسه بموجب الاتفاق، لذلك تدخل المشرع لمنحه مكنة العدول، ومنع أن تسلب منه أو تُقيد مسبقا بغير ما قيدها به المشرع نفسه⁽¹⁾.

اتجهت معظم التشريعات التي أقرت الحق في العدول إلى اعتبار هذا الحق من النظام العام⁽²⁾، ومن تم يقع باطلا أي شرط يقضي بحرمان المتعاقد من ممارسة هذا الحق أو التقييد منه باشتراط دفع مبلغ معين مقابل العدول أو تقصير المدة المحددة للعدول، وفي نفس الاتجاه ذهب محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾، حيث استبعدت إمكانية التنازل عن الحق في العدول اعتمادا على نص المادة L 221-18 وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي، على أساس أن هذه الأحكام من النظام العام، وبالتالي يكون المحترف ملزما باحترامها مالم يتنازل عنه المستهلك صراحة بعد إبرام العقد⁽⁴⁾.

(1) دايح سليمان براك، المرجع السابق، ص 168.

(2) حيث تنص المادة 06 من التوجيه الأوروبي رقم 85/577/CEE المتعلق بحماية المستهلكين في العقود التي يتم التفاوض بشأنها بعيدا عن المنشآت التجارية، على أنه لا يمكن للمستهلك التنازل عن الحقوق الممنوحة له بموجب هذا التوجيه، ونشير إلى أنه قد قرر الحق في العدول عن العقد للمستهلك بموجب المادة 05 من هذا التوجيه:

-Article 06 de directive européenne 85/577/CEE du 20 décembre 1988, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JOUE n° L372, du 31 janvier 1985.

(3) Cass civ 2^{ème} chambre, 07 mars 2007, non publié au bulletin.

(4) OUIRINI Hanane, op.cit, p 266.

2- تمييز الحق في العدول عن بعض المفاهيم المشابهة:

في إطار البحث عن أساس قانوني يمكن أن يسند إليه الحق في العدول، حاول بعض الفقه إسناد هذه الفكرة لبعض المفاهيم المقررة في القواعد العامة، ولكن ظهر جليا عدم ملاءمتها للتطبيق على الحق في العدول (كما سبق بيانه)، واستقر الرأي على اعتباره حقا مستقلا قُرر استثناء عن القواعد المطبقة في مجال العلاقات التعاقدية، ومع ذلك يحدث أن يشتبه الحق في العدول في جانب منه مع بعض المفاهيم القانونية الأخرى، من ذلك إنهاء العقد بإرادة منفردة ومهلة التفكير.

أ- تمييز الحق في العدول عن إلغاء العقد بإرادة منفردة:

إن مُكنة العدول حقا إراديا محضا يمارسه من تقرر له في الأحوال المحددة قانونا بإرادة منفردة ودون تدخل الطرف الآخر، وفي ذلك يتفق مع إنهاء العقد بإرادة منفردة المقرر ضمن قواعد القانون المدني، والذي يعرف بأنه تصرف قانوني منفرد الإرادة يؤدي إلى حل الرابطة التعاقدية بالنسبة للمستقبل دون أن ينسحب على الماضي⁽¹⁾، ولذلك تظهر الحاجة إلى وجوب التمييز بين كلا النظامين بإظهار مواطن الاختلاف بينهما، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

- إن الاختلاف الأول يتعلق بالمجال الذي يتم فيه أعمال كلا النظامين، حيث يمارس الحق في إنهاء العقد بإرادة منفردة في العقود الزمنية التي لم يعين لها مدة محددة، مثل عقد العارية (المادة 547 من القانون المدني)، أو العقود الفورية التي تتفق طبيعتها وإمكانية إنهاؤها بإرادة منفردة⁽²⁾ مثل عقد الوكالة، المقاولة، وعقد الشركة⁽³⁾.

في حين يتحدد المجال الذي يمارس فيه الحق في العدول بموجب النصوص الخاصة التي أوردته، ويتعلق أساسا بالعقود التي يبرمها المستهلك والتي تنطوي على خطورة من نوع خاص أو في ظروف تعاقد غير عادية، مثل القرض الاستهلاكي.

- يختلف إلغاء العقد بإرادة منفردة عن الحق في العدول من حيث الآثار المترتبة عن كليهما، وذلك بالنظر إلى مدى انسحاب أثر هذا الإلغاء أو الزوال على الماضي، ففي إنهاء العقد بإرادة منفردة يكون أثر الإلغاء بالنسبة للمستقبل فقط⁽⁴⁾، ولا يؤثر على الأوضاع القانونية التي نشأت في

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 797.

(2) المرجع نفسه، ص 797.

(3) أنظر المواد 587 و 547 و 566 و 440 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(4) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، 797.

الماضي، في حين أن ممارسة الحق في العدول يترتب عليه زوال العقد بأثر رجعي، حيث يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد⁽¹⁾.

ب- تمييز الحق في العدول عن مهلة التفكير:

تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد اعتمد وسيلتين مختلفتين لحماية المستهلك من تسرعه في إبرام العقود والتحمل بالالتزامات على غير بصيرة أو دون تمهل، غيرت من النمط التقليدي في التعاقد، فأحيانا يعطي فترة محددة لإنهاء عقد سبق إبرامه، وهو ما يسمى بالحق في العدول، وتارة أخرى يُؤجل إبرام العقد إلى حين انقضاء فترة معينة تسمى مهلة التفكير⁽²⁾، هذه الأخيرة وإن كانت تتفق مع الحق في العدول من حيث الغرض منه، إذ تهدف حماية المستهلك من الاقبال على العقد دون تفكير ودون تمهل بسبب الإغراءات التي قد يمارسها المحترف، إلا أنه نظام مستقل من حيث أحكامه وشروطه يختلف عن مُكنة العدول.

تعتبر مهلة التفكير من المبادئ المهمة في مجال حماية المستهلك والتي اعتمدتها أغلب التشريعات المقارنة بما فيها التشريع الجزائري، وإن كان هذا الأخير لم يورد نصا صريحا في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، إلا أنه نص في المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم على التزام المحترف بمنح المستهلك مدة كافية لفحص العقد وإبرامه، بحيث يجبر العون الاقتصادي على إمهال المستهلك فترة كافية للتفكير قبل إبرام العقد النهائي، وهي تختلف من حيث طبيعتها وشروط ممارستها عن مدة العدول.

الملاحظ بشأن هذا النص أنه تضمن حكم عام، بحيث لم يحدد شروطا أو نطاقا معيناً تطبق فيه مهلة التفكير، مما يستفاد أن منح مهلة للتفكير التزام عام على المحترف في علاقته بالمستهلك، مهما كانت طبيعة العقد المبرم أو الوسيلة المستخدمة في ذلك، فهو قابل للتطبيق حتى بشأن العقود التي تبرمها البنوك لمصلحة المستهلك، بالرغم من عدم وجود نص خاص بشأنه في القانون البنكي.

(1) حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 90 مكرر من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات والمعدل والمتمم على التزام المؤمن برد القسط الذي تقاضاها بعد عدول المؤمن له، وفي حالات أخرى يشترط المشرع الامتناع عن تنفيذ العقد إلى حين انقضاء مدة العدول، ومن ذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، حيث يمنع إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة.

(2) SINAY-CYTERMANN Anne, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit Français », article publiée dans le livre : la protection de la partie faible dans les relations contractuels, comparaisons Franco-Belges, le centre de droit des obligations de l'université Paris I et le centre de droit des obligations de l'université Catholique de LOUVAIN, LGDJ, Paris, 1996, p 253.

غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 04 السالفة الذكر⁽¹⁾ والتي تمثل الإطار الذي جاء فيه هذا الحكم المتعلق بمدة التفكير⁽²⁾، أنه متعلق أساسا بالالتزام بالإعلام، كما أن النص على منح مدة لفحص العقد اكتفى المشرع باستعمال حرف العطف (الواو) وليس علامة وقف، وكأنه مجرد التزام تابع للالتزام بالإعلام وغير منفصل عنه، كما أن عدم تحديد المدة الممنوحة للمستهلك للتفكير قبل إبرام العقد، يسمح للمحترف بالتملص من هذا الالتزام بتقليل المدة أو حتى بإثبات تخلي المستهلك نفسه عن حقه هذا، وهو ما من شأنه أن يحول دون تحقيق الغاية المرجوة من تقرير مهلة التفكير.

على العكس من ذلك كان المشرع الفرنسي أكثر تحديدا وأكثر وضوحا بشأن مهلة التفكير، وجاء النص صريحا في القانون النقدي والمالي الفرنسي، على منح المستهلك في حالات محددة مهلة للتفكير تقدر عادة بأربعة وعشرون (24) ساعة يبدأ حسابها من اليوم التالي لثبوت وصول العرض للمستهلك، وتطبق مهلة التفكير عادة في الحالات التي لا يمكن أن يمارس فيها الحق في العدول⁽³⁾. وإذا ما ظل المستهلك المتلقي للعرض صامتا إلى نهاية هذه الفترة فلا يعني سكوته هذا قبوله إبرام العقد⁽⁴⁾، وإن مهلة التفكير بالمعنى الوارد في التشريع الفرنسي تختلف اختلاف كبيرا عن الحق في العدول، وأهم الفوارق التي يمكن ملاحظتها بين هاذين المفهومين هي:

- إن مُكنة العدول تعطي لمن قررت لمصلحته الحق في إنهاء العقد الذي سبق إبرامه واكتملت أركانه استثناءا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، في حين أن مهلة التفكير فتقضي بوجوب تأخير إبرام

(1) تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم والمحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، على أنه: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه".
(2) لم يتضمن نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم مصطلح "مدة" أو "مهلة التفكير"، ولكن أشار إلى عبارة "مدة لفحص العقد وإبرامه".

(3) Article L 341-16 alinéa IV de code monétaire et financier Français, dispose: « En cas de démarchage effectué selon les modalités prévues au huitième alinéa de l'article L. 341-1, les personnes mentionnées aux articles L. 341-3 et L. 341-4 ne peuvent recueillir ni ordres ni fonds de la part des personnes démarchées en vue de la fourniture de services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers mentionnés à l'article L. 321-1 ou d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1, avant l'expiration d'un délai de réflexion de quarante-huit heures.

Ce délai de réflexion court à compter du lendemain de la remise d'un récépissé établissant la communication à la personne démarchée, par écrit sur support papier, des informations et documents prévus à l'article L.341-12 ».

(4) AUBRY Hélène, « Démarchage bancaire ou financier », **Rép. com. Dalloz**, septembre 2009, p 106.

العقد على سبيل الثاني لمنح المستهلك فرصة للتفكير فيه، ولا تمس بمبدأ القوة الملزمة للعقد وإنما تُعد تأخيراً لتبادل الإيجاب والقبول⁽¹⁾.

- الحق في العدول مُكنة تهدف لحماية موافقة المتعاقد بعد إبرام عقود معينة، بالنظر إلى خصوصية هذه العقود والمخاطر التي قد يتعرض لها المستهلك نتيجة التعاقد في ظل ظروف معينة، أما مهلة التفكير فتقرر متى تعذر أعمال الحق في العدول بسبب عدم وجود اعتراف عام ومطلق بهذه المُكنة⁽²⁾، وإن أعمال هذا التمييز يتم انطلاقاً من نصوص القانون الفرنسي، أما بالرجوع للقانون الجزائري فإنه إذا كان الحق في العدول خاص بطائفة من العقود وهي القرض الاستهلاكي والتأمين على الأشخاص، فإن منح المستهلك مهلة للتفكير التزام عام يقع على المحترفين في جميع أنواع العقود.

- ومن ناحية أخرى، عندما ينص القانون على فترة للتفكير، حيث يحظر إبرام العقد قبل انتهاء هذه الفترة، وتبقى إرادة الأطراف سلبية بحيث لا تستطيع وقف أو قطع هذه المدة، فالوقت في مدة التفكير يؤدي دوراً مستقلاً عن إرادة المستهلك⁽³⁾، وعلى العكس من ذلك، فإن العنصر الزمني للحق في العدول يكون رهناً بالإرادة المنفردة للمستهلك، والذي يكون له إنهاؤه بالعدول عن العقد.

كذلك منح المشرع الجزائري للمستهلك الحق في إرجاع السلعة والمنتجات في حالات معينة محددة على سبيل الحصر، واستبدالها بسلع أخرى أو إعادتها مع رد ثمنها⁽⁴⁾، ولكن هذه الخيارات مقيدة بشرط أن تكون السلع أو المنتجات يشوبها عيب أو غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها أو المعمول بها أو للغرض الذي أعدت لأجله⁽⁵⁾، وإن مثل هذه الحالات في الحقيقة لا تعد ممارسة للحق في العدول بالمعنى القانوني له المقرر في التشريعات المقارنة.

المطلب الثاني:

ممارسة الحق في العدول

يجد العدول عن التعاقد مصدره في نص القانون، فهو الذي ينظم ممارسة هذه المكنة، وحيث أنها تقرر استثناءً عن القواعد العامة ولخطورة ما تنطوي عليها من آثار، فإنه يستأثر

(1) OUIRINI Hanane, op.cit, p 275.

(2) Ibid, p 261.

(3) SHANDI Youssef, op.cit, p 169.

(4) المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 26 سبتمبر 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج ر ج ج عدد 49، الصادر في 02 أكتوبر 2013.

(5) المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

المشرع وحده بتحديد الأحكام المطبقة على هذا الحق، والتي تُعد من النظام العام فيمنع الاتفاق على أحكام منظمة أو معدلة للآثار التي نص عليها المشرع في القوانين المقررة لهذا الحق.

بالنسبة لممارسة الحق في العدول بالنسبة للمستهلك في مواجهة البنك فهناك تفاوت في الأحكام فيما بين مختلف التشريعات، وحتى بالنسبة لدول الاتحاد الأوروبي في حد ذاتها، وهو ما يشكل عقبات حقيقية نحو تعزيز الثقة لدى المستهلك خاصة في مجال التعاقد عن بعد⁽¹⁾، حيث لا يكون المستهلك متأكدا بخصوص ممارسته لهذا الحق ولا الأحكام التي تطبق عليه في حالة عدوله عن عقد يتعدى مجاله إقليم الدولة الواحدة⁽²⁾.

يخضع ممارسة الحق في العدول لضوابط وشروط قانونية يجب احترامها عند ممارسته، فلا تُعد مُكنة العدول حقا مطلقا للمستهلك يتصرف فيه وفقا لأهوائه ورغباته ودون أي قيود قانونية (الفرع الأول)، كما يخضع هذا الحق للتنظيم من حيث الآثار المترتبة على ممارسته، إذ يستلزم إعمالها وجود نص صريح يعترف بهذا الخروج عن الأصل العام ويحدد نطاقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط ممارسة الحق في العدول

إن الغاية من إقرار مُكنة العدول عن العقد هي إعادة التوازن إلى العلاقة بين المستهلك والمحترف، وليس من المقبول أن يترتب على ذلك خلق نوع جديد من عدم التوازن يكون هذه المرة على حساب المحترف، لذلك فإن إعطاء المستهلك الحق في العدول ينبغي أن يكون ضمن ضوابط معينة تحفظ للعقد توازنه⁽³⁾، وهذا ما لم تغفله النصوص القانونية الخاصة التي أقرت مثل هذا الحق، حيث استلزمت توافر شروط معينة يجب على المستهلك مراعاتها عند ممارسة حقه في العدول.

إن شرط ممارسة الحق في العدول خلال مدة محددة يكاد يكون الشرط الوحيد المشترك بين جميع القوانين التي أقرت العدول (ثانيا)، أما فيما يتعلق بمجال إعمال الحق في العدول فهو يتسع

⁽¹⁾ OUIRINI Hanane, op.cit, p 281.

⁽²⁾ يلاحظ وجود فوارق عديدة بين مختلف التشريعات فيما يتعلق بالأحكام المنظمة للحق في العدول، حتى أن المشرع الجزائري وفي الحالات التي قرر فيها هذا الحق هناك اختلاف من حيث الأحكام المطبقة في كل حالة، وهذا ما سيتم بيانه لاحقا، ولكن بسبب ضيق إعمال هذا الحق في القانون الجزائري فإن دراستنا لأحكام ممارسته ستتعدى نصوص التشريع الجزائري لتشمل التشريع الأوروبي والفرنسي على سبيل المقارنة، خاصة وأنها سباقة فيما يتعلق بتنظيم الحق في العدول.

⁽³⁾ آلاء يعقوب يوسف النعيمي، "الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 14، العدد 8، 2005، ص 96.

ويضيق بحسب اختلاف التشريعات والقوانين (أولاً)، وكذلك الأمر بالنسبة للإجراءات الواجب اتباعها عند ممارسة هذا الحق (ثالثاً).

أولاً: نطاق ممارسة الحق في العدول

تميل أغلب التشريعات في مجال حماية المستهلك إلى تبني نظام الحماية الوقائية للمستهلك، والذي تقوم على تقرير القواعد التي تكفل تجنب تعرض المستهلك للإضرار في مصالحه المادية والمعنوية، وقد تمّ تقرير الحق في العدول كجزء من هذا النظام الوقائي ليسمح له بالتخلص من الشروط التعاقدية غير الملائمة التي وافق عليها دون روية وبتسرع.

لكن الاعتراف بهذا الحق للمستهلك لم يتم على إطلاقه ولا يشكل مبدأ عاماً من مبادئ حماية المستهلك، وإنما يتعلق بنوع معين من العقود التي ترى التشريعات أن فيها من الخطورة ما تستلزم تمكين المستهلك من العدول، وحتى في هذا النطاق المحدد لممارسة الحق في العدول استبعدت حالات معينة من إمكانية تمسك المستهلك بالعدول عن العقد.

1- نحو توسيع نطاق ممارسة الحق في العدول:

لا يوجد شك في أهمية تقرير هذه المكنة في سبيل إعادة التوازن في العلاقة بين المستهلك الضعيف قليل الخبرة والبنك المحترف الذي تتوفر له الوسائل الفنية والمادية التي تمكنه للوصول إلى علاقة تعاقدية غير متكافئة، لذلك تميل العديد من التشريعات خاصة الأوروبية إلى توسيع نطاق إعماله، وهو الأمر الذي بدأ المشرع الجزائري على العمل عليه إذ قرر لأول مرة الحق في العدول في مجال القرض الاستهلاكي في انتظار تعميمه على عقود أخرى.

أ- عقود الاستهلاك عن بعد:

يعرف القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني بموجب المادة 06 منه، واستناداً إلى هذا التعريف فإن عقد الاستهلاك عن بعد يُعرف استناداً إلى ثلاث معايير:

- ينبغي إبرام العقد دون وجود مادي وفي وقت واحد للطرفين المتعاقدين.
- يجب أن ينطوي العقد على استخدام حصري لواحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد، ويتعلق الأمر بالوسائل الإلكترونية مثل الأنترنت والبريد الإلكتروني والرسائل النصية القصيرة، سواء باستخدام أجهزة كمبيوتر ثابتة أو أجهزة متنقلة.

لكن بالرجوع للتوجيه الأوروبي 2011/83/UE⁽¹⁾ فإنه يضيف معيار آخر يتمثل في إبرام العقد في إطار نظام مضبوط لبيع أو تقديم الخدمات عن بعد، وبالتالي فهو يستبعد من نطاق العلاقات عن بعد بين المستهلك والمحترف التي تتم باستخدام هذا النوع من تقنيات الاتصال بشكل استثنائي⁽²⁾.

جاء القانون رقم 18-05 خاليا من أي نص يقرّ الحق في العدول في العقود الإلكترونية، وبالتالي فلا مجال لإعماله إلا إذا أدرج كشرط تعاقد في العقد الإلكتروني المبرم، إلا أن الفقه يبرر لضرورة إقرار الحق في العدول على العقود التي تبرمها البنوك باستعمال هذا النوع من التعاقد، بسبب الخصوصية التي تميزه، بحيث يتم في عالم افتراضي يعتمد على عوامل اقناع متعددة وطرق عرض مثيرة، يتم بثها في مناخ ساحر باستخدام تقنيات فنية عالية، تؤدي إلى وقوع المتلقي تحت ضغط نفسي يدفعه إما إلى التعاقد دون قناعة كاملة، وإما إلى التعاقد على ما هو ليس في حاجة إليه أصلا⁽³⁾.

ب- عقود القرض:

يكون للمقترض بناء على نص المادة 119 مكرر 1 من قانون النقد القرض إذا كان شخصا طبيعيا أن يعدل عنه في أجل 08 أيام من إبرام العقد، والملاحظ بشأن هذا النص أنه ضيق من نطاق إعمال الحق في العدول فلا يكون إلا في القروض الممنوحة للأفراد، لم يحدد المشرع طبيعة هذه القروض ولا الغرض منها، ولكنه أورد مصطلح "كل شخص" ويقابله باللغة الفرنسية كلمة "Particulier"⁽⁴⁾ والتي يقصد بها الفرد أو الشخص الطبيعي.

ج- العقود التي تبرم بناء على عروض بنكية مقدمة مسبقا:

قد تقضي العروض المقدمة من البنوك⁽⁵⁾ إلى المستهلكين إلى الموافقة على العقد بشكل متسرع وبدون تفكير وفي بعض الحالات تحت الضغط، لذلك فقد أتاح المشرع الفرنسي للمستهلك

(1) Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE L304/64, du 22 novembre 2011.

(2) Article 02 de directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, op.cit.

(3) OUIRINI Hanane, op.cit, p 292.

(4) Alenia 04 de l'article 13 de l'ordonnance n° 10-04 du 26 aout 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-11 du 26 aout 2003 relative à la monnaie et au crédit, JORA n° 50, du 01 septembre 2010.

(5) وتعرف العروض البنكية « le démarchage bancaire » بأنها اتصال غير مرغوب فيه بأي وسيلة كانت، مع شخص طبيعي أو اعتباري محدد لغرض الوصول معه إلى اتفاق بشأن إحدى العمليات المنصوص عليها في المادة L341-1 من قانون النقدي والمالي.

- AUBRY Hélène, op.cit, p 107.

الحق في إعادة النظر في الإرادة التي أعرب عنها، وإلغاء أي أثر قد يترتب عن طريق ممارسة الحق في العدول خلال أربعة عشرة يوما من تاريخ إبرام العقد، أو من تاريخ تسلم المتعاقد المعلومات حول الشروط العقدية إذا كان ذلك في وقت لاحق على إبرام العقد⁽¹⁾.

العبرة في تقدير إذا ما كان العقد قد تم بناء على عروض بنكية بالمعنى المقرر في المادة L341-1 من القانون النقدي والمالي الفرنسي، هو أن يكون العرض موجهاً إلى شخص معين بالذات، بغض النظر عن الشخص الذي قام بتقديم العرض، وسواء تم ذلك من خلال التواجد المادي في منازل الأشخاص أو في أماكن عملهم أو في أماكن أخرى غير مخصصة لتسويق المنتجات، أو حتى عن طريق إرسال هذه العروض بالبريد الإلكتروني للشخص المعني⁽²⁾.

2- حالات استبعاد ممارسة الحق في العدول:

إن الحديث عن حالات استبعاد الحق في العدول يفترض أن هذا الحق مقرر كمبدأ عام لحماية المستهلك في العمليات البنكية، ولا اعتبارات معينة تستثنى حالات لا يمكن فيها تطبيق الحق في العدول، وهذا ما لا يتوافق وأحكام الحق في قانون النقد والقرض، إذ لم يُقرر إلا في نطاق ضيق يتعلق بالقروض الموجهة للأفراد والقروض الاستهلاكية ولم يورد أي نص يستثني حالات معينة من ممارسة الحق في العدول، وحتى بالنسبة للعدول في عقود الاستهلاك وبالرغم من تقرير الحق في العدول كمبدأ عام إلا أنه لم تصدر أي نصوص تطبيقية بشأنه، وبالتالي فالنص مجمد ويحرم المستهلك من الاستفادة منه.

أما بالرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والتونسي وبعض التوجيهات الأوروبية، والتي تميل إلى توسيع مجال أعمال الحق في العدول، فإنها تقوم باستثناء بعض الحالات من ممارسة هذا الحق وذلك لاعتبارات معينة تتعلق أساساً بالطبيعة الخاصة لبعض أنواع المعاملات، والتي يكون من غير الملائم أو من غير الممكن العدول عن التعاقد حولها، وذلك حفاظاً على التوازن العقدي وعدم الاضرار بمصالح الطرف الآخر، إذ يصبح العدول عن العقد فيها من قبيل التعسف⁽³⁾، ويتعلق الأمر أساساً بـ:

- عقود تقديم الخدمات التي يتم إعدادها طبقاً لمواصفات شخصية حددها المستهلك أو وفقاً لخصائصه⁽⁴⁾، كالاستشارات في مجال الاستثمارات المالية التي يحصل عليها المستهلك من البنك من خلال المواقع الإلكترونية عبر الشبكة.

(1) AUBRY Hélène, op.cit, p 107.

(2) Article L341-1 alinéa de code monétaire et financier Français, op.cit.

(3) آلاء يعقوب يوسف النعيمي، المرجع السابق، ص 105.

(4) Article L 341-16 alinéa 3 de code monétaire et financier Français.

- Article L221-27 alinéa 3 de code de la consommation Français.

- عقد تقديم الخدمات التي يعتمد سعرها على تقلبات السوق التي من المحتمل أن تحدث خلال فترة العدول، والتي لا يكون للمورد أي تأثير عليها (مثل العملات الأجنبية أو الأوراق المالية القابلة للتداول...) ⁽¹⁾، وهذا النوع من العقود تقوم على المجازفة على نحور يتناقض معه تقرير مكنة العدول ⁽²⁾.

- للعقود المنفذة بالكامل من قبل الطرفين بناء على طلب صريح من المستهلك قبل أن يمارس حقه في العدول ⁽³⁾، وهو ما يعتبره بعض الفقه نزولا ضمنيا من المستهلك عن حقه في العدول بعد ثبوته له ⁽⁴⁾، ولكن لا يكفي لإلغاء هذا الحق مجرد عدم استعماله وإنما يجب أن يبدأ المستهلك في أداء التزاماته، ولا يتصور ذلك إلا في العقود ذات التنفيذ الفوري ⁽⁵⁾، ويثور الشك حول أن تقرير مثل هذا الحكم هدر لحق المستهلك في الحماية بموجب مكنة العدول، إذا ما تمكن المحترف مع إلحاحه من إقناع المستهلك بتنفيذ العقد، مما يفقد هذا الأخير حقه في الحماية التي كان يتمتع بها ⁽⁶⁾، خاصة وأنه غالبا ما لا يستطيع المستهلك من الحكم على مدى توافر خصائص الخدمة المؤداة إليه إلا عند البدء في تلقي منافعها ⁽⁷⁾.

على الرغم من هذه الاستثناءات التي أوردها المشرع، إلا أنه يجوز الاتفاق بين المحترف والمستهلك على توسيع الحق في العدول ليشمل تلك العقود التي تدخل ضمن الاستثناءات المنصوص عليها، طالما أن هذا الاتفاق في مصلحة المستهلك ⁽⁸⁾.

ثانيا: المدة المقررة للعدول

إن منح التشريعات مكنة العدول مقيد بمدة معينة يتم خلالها ممارسة هذه المكنة، بحيث يسقط الحق في العدول بمرورها وذلك حفاظا على استقرار التعامل، فليس من العدالة أن يبقى المركز القانوني للطرف الآخر مضطربا مدة من الزمن، بحيث يمكن أن يفاجأ بطلب نقض عقد

⁽¹⁾ Article L221-27 alinéa 2 de code de la consommation Français.

⁽²⁾ محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دراسة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة إلى قواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 61.

⁽³⁾ Article 06 alinéa 2 de directive 2002/65/CE, op.cit.

⁽⁴⁾ آلاء يعقوب يوسف النعيمي، المرجع السابق، ص 105.

⁽⁵⁾ AUBRY Hélène, op.cit, p 110.

⁽⁶⁾ Ipid, p 110.

⁽⁷⁾ زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2016، ص 63.

⁽⁸⁾ المرجع نفسه، ص 64.

مضت على إبرامه مدة طويلة⁽¹⁾، لذلك غالبا ما تكون المدة قصيرة لا تتعدى الأيام، وتتحدد المدة التي يمكن للمستهلك العدول خلالها بحسب التاريخ الذي تبدأ حسابها منه وكيفية احتسابها.

1- احتساب مدة العدول:

إن تحديد التاريخ الذي يبدأ منه احتساب مدة العدول أمر مهم لتحديد الفترة التي يكون فيها مسموحا للمستهلك العدول عن العقد، وأيضا الوقت الذي يسقط فيه هذا الحق، خاصة وأن هذا التاريخ يختلف من عقد إلى آخر ومن تشريع لآخر، كما يغير من مدة العدول الطريقة التي تحتسب فيها المدة، فقد تكون على أساس أيام العمل أو دون تقييدها بأيام العمل.

أ- بداية احتساب مدة العدول:

يختلف التاريخ الذي يبدأ منه احتساب مدة العدول باختلاف التشريعات، وفي هذه المسألة يصعب تبني معيار موحد على أساسه يتم تعيين تاريخ بداية احتساب مدة العدول، حتى بالنسبة للتشريع الواحد، ففي القانون الجزائري تبدأ المدة بالنسبة للقروض الاستهلاكية من تاريخ إمضاء العقد طبقا للإجراءات المعمول بها⁽²⁾، في حين تسري بالنسبة لعقود التأمين على الأشخاص ابتداء من الدفع الأول للقسط⁽³⁾، إذ لم يعتمد المشرع الجزائري معيارا موحدا لبداية احتساب مدة العدول، ففي الحالة الأولى منذ إبرام العقد وفي الحالة الثانية في بداية تنفيذ الالتزام.

أما التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE فيُميز بالنسبة لبداية سريان مدة العدول بين العقود الواردة على السلع وتلك الواردة على الخدمات، ففي الحالة الأولى تحتسب المدة من تاريخ استلام السلعة من قبل المستهلك، أما بالنسبة للخدمات فمن يوم إبرام العقد، ويؤجل احتساب هذه المدة إذا لم يوفي المحترف بالتزامه بتأكيد الإعلام حول الحق في العدول من تاريخ الوفاء بهذا الالتزام إذا تم خلال ثلاثة أشهر⁽⁴⁾، والملاحظ أن تأجيل المشرع الأوروبي لتاريخ بداية سريان مدة العدول فيه تشديد على المحترف بوجوب إعلام المستهلك حول حقه في العدول لتوفير حماية حقيقية له⁽⁵⁾.

(1) زوبة سميرة، المرجع السابق، ص 96.

(2) المادة 11 من المرسوم رقم 15-114، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

(3) المادة 90 مكرر من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم.

(4) Article 06 de directive 97/7/CE, op.cit.

(5) OUIRINI Hanane, op.cit, p 281.

نفس المعيار ذاته الذي تباه المشرع في الفرنسي في المادة L221-18 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽¹⁾، وتُأجل بداية سريان مدة العدول بسبب عدم إعلام المستهلك بحقه في العدول أو عدم تسلمه تأكيداً للمعلومات إلى 12 شهر من تاريخ انتهاء المهلة الأولى، وإذا تم تقديم هذه المعلومات خلال هذا التمديد فيبدأ سريان مدة العدول الأصلية من اليوم الذي تلقى فيه المستهلك هذه المعلومات⁽²⁾، وهو نفس الحكم الوارد في القانون النقدي والمالي بالنسبة للعروض البنكية⁽³⁾.

ب- كيفية احتساب مدة العدول:

تباينت مواقف التشريعات في كيفية احتساب مدة العدول، فمنها ما تقضي بأنها تحتسب على أساس أيام العمل فقط، ومن ذلك التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE الذي نص في المادة 06 منه بسبعة أيام عمل، وكذلك القانون التونسي المتعلق بالمعاملات الالكترونية والذي نص على أن مهلة استعمال الحق في العدول هي عشرة أيام عمل، فإذا تخلل هذه الفترة أيام عطل فإنها لا تحتسب، وتطلق بعض القوانين تحديد المدة فلا تقيد بها بكونها أيام عمل فهي تشمل أيام العمل مثلما تشمل أيام العطل، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في تحديده لمدة العدول في العقود التي تبرم عن بعد أو خارج المنشآت، وكذلك الأمر في العدول عن بعض أنواع العقود في المجال البنكي والمالي حيث تحدد المدة بأربعة عشرة (14) يوماً تقويمياً.

وتخفيفاً من تداعيات هذا الحكم عاد المشرع الفرنسي وشرح في المادة L221-19 من قانون الاستهلاك كيفية احتساب هذه المدة، حيث تبدأ في بداية أول ساعة من اليوم الأول وتنتهي في نهاية الساعة الأخيرة من اليوم الأخير من هذه الفترة، وإذا انتهت هذه الفترة يوم السبت أو الأحد أو يوم عطلة يتم تمديدتها حتى يوم العمل التالي.

2- المدة المقررة للعدول:

تتفق العديد من التشريعات على أحقية المستهلك في العدول في العديد من عقود الاستهلاك خاصة تلك التي تبرم عن بعد، ولكن ممارسة هذا الحق يقترن بمدة معينة، هذه المدة اختلفت هذه التشريعات في تقديرها، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت المدة المقررة للعدول من النظام العام بحيث لا يجوز إلغاؤها أو التخليص منها، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على زيادة هذه

(1) الملاحظ أن المشرع التونسي اعتمد نفس المعيار في بداية احتساب مدة العدول عن العقد، حسب الفصل 30 من القانون عدد 83 لسنة 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، المرجع السابق.

(2) Article L 221-20 de code de la consommation Français.

(3) Article L341-16 de code monétaire et financier Français.

المدة، ويكون اتفاقهم صحيحا لأنه ينسجم مع الأساس القانوني الذي تقرر بموجبه الحق وهو حماية مصلحة المستهلك⁽¹⁾.

أما في التشريع الجزائري فقد حُدِدت المدة بـ 08 أيام عمل بالنسبة للقرض الاستهلاكي، وتخفض هذه المدة إلى 07 أيام إذا ما تم بيع المنتج على مستوى المنزل⁽²⁾، وترتفع مدة العدول إلى ثلاثين (30) يوما عندما يتم العدول عن عقد التأمين على الأشخاص.

يأخذ التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE بمدة 07 أيام، وتمدد هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا لم يسلم المحترف تأكيدا للمعلومات، أما التوجيه الأوروبي رقم 2002/65/CE المتعلق بالتسويق عن بعد للخدمات المالية للمستهلكين، فيقرر حق المستهلك في العدول عن العقد خلال أربعة عشر يوما، وترتفع هذه المدة إلى ثلاثين يوما بالنسبة لعقود التأمين على الحياة⁽³⁾.

يأخذ المشرع الفرنسي بمدة أطول من تلك التي اعتمدها المشرع الأوروبي حيث يقرر للمستهلك مدة أربعة عشرة (14) يوما للعدول عن العقد، وهي نفس المدة للعدول في العقود المصرفية وأيضا القرض الاستهلاكي، غير أنه يمدد هذه الفترة إلى 12 عشرة شهرا إذا لم يتسلم المستهلك تأكيدا للإعلام⁽⁴⁾.

هذه الفرضية الأخيرة لها ما يبررها، لأن تقرير الحق في العدول للمستهلك خلال مدة معينة يفترض أن هذا الأخير قد أقبل على العقد بإرادة مستنيرة، وطالما أنه لم يتلقى المعلومات التعاقدية، فإنه يتعذر عليه الوصول إلى قرار سليم فيما يتعلق بمدى حاجته للعدول عن العقد من عدمه⁽⁵⁾.

يذهب بعض الفقه إلى أن تنسيق المواعيد النهائية للعدول عن العقد في حالة إبرام العقد عن طريق الأنترنت يتم منطقيا حسب القطاع (إذا ما كان تمويلا أم لا) وليس بسبب الوسيلة نفسها، حيث أن الحق في العدول ليس حقا خاص بالأنترنت بل هو مجرد أسلوب تجاري، فوجود معاملة غير متكافئة بين المستهلك الإلكتروني والمحترف لا تبررها التقنية المستخدمة وإنما خطورة

(1) عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2014، ص 240.

(2) تنص المادة 14 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 على أنه: "عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة (7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة".

(3) Article 06 de directive 2002/65/CE, op.cit.

(4) Article 221-20 de code de la consommation français.

(5) AUBRY Hélène, op.cit, p 107.

العقد المبرم، وتبعا لتفاوت هذه الخطورة من معاملة لأخرى تختلف المواعيد النهائية المقررة لممارسة الحق في العدول⁽¹⁾.

يصعب الوصول إلى معيار واضح يمكن اعتماده لتبرير اختلاف مدة العدول في كل حالة، ولعل الأمر يتعلق بمدى خطورة العقد المبرم ومدى أهميته، فكلما زادت خطورة العقد زادت المدة الممنوحة للمتعاقد للتفكير في العقد والاستفسار حوله، ليتمكن من الوصول إلى قراره بخصوص الإبقاء على العقد أو العدول عنه عن بينة.

ثالثا: ممارسة الحق في العدول بين الحرية والقيود الإجرائية

اختلفت التشريعات وحتى النصوص القانونية داخل التشريع الواحد في مدى تقييد المستهلك عند ممارسة الحق في العدول من حيث كيفية ممارسة هذا الحق، فمنها من تركت المجال مفتوحا للمستهلك لاختيار الطريق الذي يراه مناسباً عند عدوله من خلال عدم تقييده باتخاذ إجراءات معينة، في حين ذهبت أخرى إلى إجبار المستهلك على اعتماد وسائل إلزامية واستيفاء إجراءات لممارسة مكنة العدول.

إن خضوع ممارسة الحق في العدول لقيود إجرائية من عدمه يؤثر في الطريقة التي يتعين فيها إثبات ممارسة هذا الحق، فإذا كان مقيدا بإجراء معين فعليه إثبات احترام هذه الإجراءات، وإن كان غير مقيد فتكون له الحرية في الإثبات بجميع الطرق بحسب قواعد الإثبات المقررة في القواعد العامة، أما فيما يتعلق بعبء الإثبات، فالملاحظ هو غياب حكم خاص يقرر عبء إثبات ممارسة أو عدم ممارسة الحق في العدول، لذلك يستوجب الرجوع للقواعد العامة في الإثبات والتي تلقي عبأه على المدعي⁽²⁾، والغالب أن يكون المستهلك في سبيل إبرائه من الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد الإدعاء بالعدول، فيقع عليه إثبات عدوله، والملاحظ أن المشرع الفرنسي قد أخذ بهذا الوضع الغالب وقرر أن عبء إثبات ممارسة الحق في العدول يكون على المستهلك⁽³⁾.

1- مبدأ حرية ممارسة الحق في العدول:

إن الغاية من ثبوت الحق في العدول هي التأكد من رضا المستهلك فيما يتعلق بالتمهل في إبرام العقد، وهو ما يجب معه إطلاق إرادة التعبير في العدول من أي قيود اتفاقا مع هذه الغاية، فالأصل ألا تخضع ممارسة هذا الحق لأي إجراءات خاصة، لذلك لا ينبغي أن يتفق المتعاقدين

(1) ABI-RIZK Georges Daladier, L'internet au service des opérations bancaires et financières, Thèse de doctorat en droit, l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2006, p p 330-331.

(2) المادة 323 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(3) Article L221-22 de code de la consommation Français, op.cit.

على تحديد طريقة معينة لممارسة مكنة العدول، استنادا إلى قاعدة أن من يملك الأكثر يملك الأقل⁽¹⁾، ويبقى الشرط الوحيد لممارسة الحق في العدول هو ضرورة استعماله خلال الفترة المحددة.

لم يقيد المشرع الجزائري المستهلك عند العدول عن العقد في البيع التي تتم بموجب قرض استهلاكي بضرورة اتباع أي إجراءات خاصة، إذ يكفي أن يعبر عن إرادته في العدول سواء تم ذلك بطريقة صريحة أو ضمنية، وهو نفس المنهج الذي أخذ به المشرع الأوروبي في التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE المتعلق بحماية المستهلك في مجال العقود عن بعد، إذ لم يشترط اتباع إجراء معين، مما يفيد بحرية المستهلك في التعبير عن عدوله واختيار الوسيلة التي يراها مناسبة للممارسة هذا الحق.

غير أنه عمليا يكون من مصلحته عند ممارسة هذا الحق أن يعبر عن عدوله من خلال وسيلة تمكنه من إثباته، وذلك عند منازعته من طرف المحترف إذا أنكر تبليغه بالعدول خلال الفترة المقررة⁽²⁾، لذلك تميل بعض التشريعات إلى اشتراط إجراءات معينة يجب على المستهلك اتباعها عند ممارسة مكنة العدول، تختلف باختلاف النصوص القانونية المعمول بها.

2- إجراءات ممارسة الحق في العدول:

خلافا للحكم الوارد بشأن القرض الاستهلاكي والذي يقر بمبدأ عدم تقييد المستهلك في ممارسته للحق في العدول، اشترط نص المادة 90 مكرر من قانون التأمينات أن يتم العدول عن عقود التأمين على الأشخاص برسالة مضمونة مع وصل استلام، وإن استلزم مثل هذا الطريق في العدول ليس من باب التضييق على المستهلك، وإنما لتمكينه في المستقبل من الدليل الذي يثبت به عدوله عن العقد ويقطع على المحترف أي طريق في سبيل إنكار ذلك، لذلك كان الأفضل لو أخذ المشرع بذات الحكم للعدول في العقود الأخرى.

كان المشرع الفرنسي أكثر دقة فيما يتعلق بممارسة الحق في العدول في العقود المبرمة عن بعد، حيث استلزم أن يتم العدول عن طريق نموذج محدد قانونا⁽³⁾، يتم تسليمه للمستهلك عند إبرام العقد⁽⁴⁾، ويلتزم المستهلك عند العدول بملء النموذج وإرساله عبر الموقع الإلكتروني للمحترف أو

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 779.

(2) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 66.

(3) Annexe à l'article R221-1 de code de la consommation Français.

(4) حيث تستلزم المادة L221-5 الفقرة 02 من قانون الاستهلاك الفرنسي على المحترف في إطار تنفيذه لالتزامه بالإعلام بتسليم المستهلك استمارة للعدول تسلّم عند إبرام العقد.

إلى بريده الإلكتروني، وفي هذه الحالة يتعين على المحترف أن يرسل للمستهلك دون تأخير وصل استلام ثابت في دعامة دائمة⁽¹⁾، بغرض تمكينه من إثبات عدوله في المدة المحددة قانونا.

لممارسة الحق في العدول عن عقد القرض الاستهلاكي فإنه يتعين على المقترض تسليم الاستمارة التي تم إرفاقها بالعرض المقدم له⁽²⁾، ولكن يجوز للمستهلك استخدام أي وسيلة أخرى، ويتم إعداد هذه الاستمارة وفقا لمقاييس محددة، وحسب الفقرة 02 من المادة R311-7 من القانون الاستهلاكي الفرنسي لا يمكن أن تحتوي على أي بيان آخر غير اسم وعنوان المقترض⁽³⁾، وكان القضاء الفرنسي بداية يحرم المستهلك من حقه في العدول بمجرد عدم توافر هذه البيانات⁽⁴⁾، ولكنه تراجع عن هذا الموقف وقرر أن وجوب عدم ذكر أي بيان على الاستمارة من غير اسم وعنوان المقترض لا يتطلب أن تظهر هذه البيانات على استمارة العدول⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: آثار ممارسة الحق في العدول

لضمان تحقق النتائج التي يريها المشرع من وراء تقرير الحق في العدول لأحد المتعاقدين فإنه يتعين القيام بالإجراءات القانونية اللازمة لتمكين المستهلك من التخلص من التزاماته المترتبة عن العقد، بإنهاء الوجود القانوني للعقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه بالنسبة لكل الطرفين، وبالنظر إلى خطورة هذه الآثار فقد عمدت العديد من التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى تحديد هذه الآثار بدقة سواء فيما يتعلق بوجود العقد (أولا) أو تنفيذه (ثانيا).

أولا: أثر ممارسة الحق في العدول على وجود العقد

إذا انتهت المدة القانونية المحددة للمستهلك من أجل العدول عن العقد ولم يمارس حقه هذا، بقي العقد صحيحا مرتبا لآثاره، وفي حالة وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، أصبح العقد ساري المفعول ومنتجا لآثاره بمجرد إنتهاء فترة العدول، وفي المقابل يترتب على العدول إنهاء أي وجود قانوني للعقد، وهذا الإنهاء يتم بإرادة منفردة من جانب المستهلك فقط دون حاجة لرضا البنك أو لموافقته، فيكفي تبليغه بقرار العدول بحسب الأشكال المحددة قانونا والتي سبق بيانها، وفي هذا الصدد نشير إلى أن العقد يتم إلغاؤه بأثر رجعي من يوم إبرامه أي يعتبر كأن لم يكن.

(1) Article L221-21 de code de la consommation Français.

(2) Article 312-21 de code de la consommation Français.

(3) PIEDELIÈVRE Stéphane, «La réforme du crédit à la consommation », **Recueil Dalloz**, septembre 2010, p 1952.

(4) Cass civ 1^{ère} chambre, du 08 juillet 1997, non publié au bulletin.

(5) Cass civ 1^{ère} chambre, du 17 juillet 2011, Bull civil I 2001, n° 233, p 146.

إن إلغاء وجود العقد الذي يتم نتيجة ممارسة الحق في العدول خلال الفترة المحددة قانوناً يتم تلقائياً بمجرد العدول، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء أو استصدار حكم بذلك ولا الحصول على موافقة الطرف الآخر، ويترتب على ذلك أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد العدول دون حاجة إلى استصدار حكم بإنهاء العقد أو فسخه، وإذا أصدر القاضي حكماً بناءً على طلب أحد الأطراف بإنهاء العقد وإعادة الحالة إلى ما كان عليه، كان هذا الحكم كاشفاً ومقررراً لا منشئاً⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن الحق في العدول هو حق غير قابل للانقسام، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن للمستهلك أن يعدل عن شق في العقد دون الباقي ولو كان هذا العقد قابل للانقسام⁽²⁾، بمعنى أن العدول يؤدي إلى إنهاء العقد بأكمله بما يشمل من آثار، كما أنه إذا اختار المستهلك العدول عن العقد كان عدوله هذا نهائياً فليس له بعد ذلك التمسك بهذا العقد⁽³⁾.

ثانياً: أثر ممارسة الحق في العدول على تنفيذ العقد

يترتب على اختيار طريق العدول عن العقد إلى جانب إزالة العقد وانقضاؤه، أن يتم إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، ولتحقيق هذه النتيجة يتعين على كلا الطرفين إعادة ما تحصل عليه تنفيذاً للعقد للطرف الآخر، وبسبب الإشكالات التي يمكن أن تثار عند إعمال الأثر الرجعي للعدول فقد اختارت بعض التشريعات تجميد مفعول العقد ومنع تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه إلى حين انتهاء مدة العدول.

أخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم الأخير بالنسبة للقرض الاستهلاكي، وأوقف تنفيذ العقد خلال فترة العدول سواء بالنسبة لعقد القرض⁽⁴⁾ أو بالنسبة لعقد البيع التابع له⁽⁵⁾، ويترتب على ذلك عدم تمكن البائع من تحصيل مبلغ القرض من البنك، والغرض من هذا الحكم وقائي يتمثل في منع

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 792.

(2) زوبة سمية، المرجع السابق، ص 53.

(3) المرجع نفسه، ص 54.

(4) تنص المادة 14 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 على أنه: "لا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة".

(5) تنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 على أنه: "لا تسري آثار عقد البيع إذا: ... مارس المقترض حقه في العدول ضمن الآجال المحددة".

حدوث الحالات المثيرة للنزاع مستقبلا إذا ما عدل المستهلك عن العقد⁽¹⁾، وتجنب وقوع أي ضغط على المستهلك يمنعه من العدول لاحتمال تأثير وفائه بالتزاماته على قراره⁽²⁾.

في غير الحالات التي ينص فيها المشرع على وقف أعمال العقد ومنع تنفيذ آثاره، يكون على كل من الطرفين العمل من أجل إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وذلك بتوضيح كيفية تحقيق هذه النتيجة ببيان أثر العدول بالنسبة للمستهلك وبالنسبة للبنك.

1- آثار العدول بالنسبة للبنك:

يلتزم البنك بتحقيق الأثر الرجعي للعدول، فيسدد للمستهلك جميع المبالغ التي تلقاها هذا الأخير وفقا للعقد، وتشتط المادة L341-16 من القانون النقدي والمالي الفرنسي أن يتم ذلك خلال ثلاثين يوما كأبعد تقدير، على أن يبدأ احتساب هذه الفترة من اليوم الذي يرسل فيه المستهلك استمارة العدول برسالة موصى عليها، وليس من اللحظة التي يصبح فيها البنك عالما بهذه الرغبة⁽³⁾، على أن يتم إعادة هذه المبالغ بنفس وسائل الدفع المستخدمة في المعاملات الأولية، ما لم يقبل المستهلك صراحة الاسترداد بوسيلة أخرى لا تسبب له أي تكلفة إضافية⁽⁴⁾.

إذا ما سمح البنك بانقضاء هذه المدة دون إرجاع المبلغ المطلوب تسديده للمستهلك، تترتب عليه فوائد قانونية عن كل يوم تأخير، ناهيك على أن فعل الامتناع عن الرد يشكل جريمة في مواجهة البنك، بحيث يعاقب على عدم استجابته للحكم السالف الذكر بعقوبة جزائية ممثلة في الغرامة⁽⁵⁾، والملاحظ أن المشرع الفرنسي يتشدد مع البنك والمحترف لصالح المستهلك إلى درجة

⁽¹⁾ بالنسبة لهذا الحكم يتوافق التشريع الجزائري مع نظيره الفرنسي، ولكن هذا الأخير منع الدفع خلال سبعة الأيام الأولى من إبرام العقد، أي نصف مدة العدول المحددة بأربعة عشر يوما، وبالفعل تبنت محكمة النقض الفرنسي هذا الحكم في قرارات صادرة عنها، وجرمت الفعل الصادر من المحترف بتلقي أوامر الدفع للمستهلك خلافا لنص المادة L312-25 من قانون الاستهلاك.

- Cass crim, 10 Janvier 2012, Bull criminel 2012 n° 06.

على خلاف ذلك يتم تأجيل تنفيذ العقود الخاصة بحفظ أو إدارة الأدوات المالية وإدارة المحافظ لمصلحة الغير طوال مدة العدول، بسبب الإشكالات التي تصاحب أعمال الأثر الرجعي للعدول (المادة L341-16 من القانون النقدي والمالي الفرنسي).

⁽²⁾ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 783.

⁽³⁾ الملاحظ أن هذا الحكم الوارد في القانون النقدي والمالي الفرنسي قد جاء في إطار تكييف القانون الفرنسي مع المتطلبات الواردة في التوجيه الأوروبي رقم 2002/65/CE وبالضبط المادة 07 منه، وذلك بموجب القانون رقم 2005-648 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد للمستهلكين.

⁽⁴⁾ OUIRINI Hanane, op.cit, p 304.

⁽⁵⁾ PASSA Jérôme, op.cit, p 560.

تجريم فعل عدم إرجاع المبالغ التي تلقاها منه، حتى يمنع أي مجال للتماطل أو أي رغبة في عدم الوفاء بالتزاماته المترتبة على ممارسة الحق في العدول من قبل المستهلك⁽¹⁾.

يؤخذ المشرع الجزائري بذات الحكم في حالة العدول عن عقد التأمين على الأشخاص، بحيث يلزم شركة التأمين بأن تعيد لمكتب التأمين القسط الذي تقاضاه بعد خصم تكلفة عقد التأمين، خلال ثلاثين يوما الموالية لاستلام الرسالة الموجهة من قبل المكتب إلى مؤمنه والتي موضوعها التراجع عن العقد⁽²⁾، إذ يبدأ احتساب المدة التي يتعين فيها إعادة المبالغ من يوم استلام الرسالة المتضمنة العدول عن العقد، في حين تبدأ المدة في القانون الفرنسي من يوم إرسال هذه الرسالة، ولا نعلم إذا ما كان هذا الاختلاف نتيجة هفوة من المشرع، أم أنه قصد منح مهلة أطول لشركة التأمين من أجل رد هذه المبالغ، ولربما وضع المشرع الجزائري في اعتباره المشاكل العملية التي يمكن أن تحول دون وصول الرسالة في الوقت المناسب، وبالتالي فوات الفرصة على الشركة من أجل إعادة ترتيب أمورها المالية حتى تتمكن من رد هذه المبالغ.

باستثناء هذه المبالغ فإنه لا يجوز للبنك أن يحمل المستهلك أية مصاريف أخرى، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن المستهلك ليس ملزما إلا بمصاريف الرد مع استبعاد أي مبلغ آخر، لذلك استبعدت مصاريف الاختبار أو التصحيح لمنتج تقني يضيفه المحترف⁽³⁾.

يعتبر الحق في العدول من النظام العام لذلك لا يجوز الاتفاق مسبقا على منع المستهلك من العدول وكل اتفاق على ذلك يعد باطلا، كما يعتبر باطلا كل اتفاق من شأنه انقاص مدة العدول أو تقليص نطاق استعماله، ويعد اخلال بالحق في العدول منع المستهلك من ممارسة هذا الحق أو رفضه من قبل البنك، ويُجرّم المشرع الجزائري أي فعل من شأنه الإخلال بالحق في العدول المقرر للمستهلك، ويقرر بشأنه عقوبة تقدر بغرامة من خمسون ألف دينار جزائري إلى خمسة ألف دينار⁽⁴⁾.

2- آثار العدول بالنسبة للمستهلك:

مجانية ممارسة الحق في العدول من الخصائص الأساسية التي تميز هذا الحق، والتي تصر القوانين على التأكيد عليها في كل مرة تجيز فيها للمستهلك العدول عن العقد، فلا يتحمل

(1) عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

(2) المادة 90 مكرر الفقرة 02 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم.

(3) Cass civ 1^{ère}, 23 juin 1993, Bull civil I 1993, n° 232, p 160.

(4) المادة 78 مكرر من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم.

المستهلك بأي تعويضات مالية أو جزاءات تعيق ممارسته لهذا الحق، وذلك من أجل جعله أكثر فعالية، وبالتالي يقع باطلا كل اتفاق يفرض مقابلا ماليا له⁽¹⁾.

لا يغير من هذه الخاصية التزامه برد ما تحصل عليه من منافع (خدمات أو مبالغ مالية) بسبب تنفيذ العقد، لأنه نتيجة حتمية لإلغاء العقد بأثر رجعي، فمن المنطقي أن يرد المستهلك مقابل استفادته من المنتج أو حصوله على الخدمة، وتطبيقا لأحكام التوجيه الأوروبي رقم 2002/65/CE يجب على المستهلك أن يعيد للمحترف وفي أقرب وقت ممكن، يكون على أبعد تقدير في غضون ثلاثين يوما تقويميا تبدأ من اليوم الذي يرسل فيه إشعار العدول، أي مبلغ أو أي ملكية تحصل عليها من هذا الأخير.

كما جاء نص المادة L341-16 من القانون النقدي والمالي الفرنسي، والتي تمكن البنك من إلزام المستهلك في حالة عدوله عن العقد دفع مقابل الاستخدام الفعلي للمنتج أو الخدمة المالية المقدمة بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ ممارسة الحق في العدول عنه، ولكن بشرط أن يثبت أن المستهلك قد تم إبلاغه بالمبلغ المستحق وفقا للفقرة 05 من المادة L341-12 من القانون النقدي والمالي الفرنسي.

إجمالا يكون المستهلك ملزما بدفع مقابل الخدمات المقدمة له بالفعل قبل ممارسة حقه في العدول، دون أن يتم تفسير هذا المبلغ على أنه عقوبة، إذا توافرت الشروط التالية:

- لا يمكن أن يكون المبلغ المستحق من جانب المستهلك غير متناسب مع أهمية الخدمة المقدمة بالفعل⁽²⁾.
- يجب أن يكون قد تم إبلاغ المستهلك قبل إبرام العقد بالتزامه بدفع مقابل الخدمات المقدمة فعلا قبل العدول.
- يجب أن يكون المستهلك قد طلب من قبل تنفيذ العقد جزئيا قبل انتهاء فترة العدول⁽³⁾.

إن إلزام المستهلك برد المبالغ التي تحصل عليها أو التعويض عن الخدمات التي سبق واستفاد منها يعتبر حلا عادلا، فالبنك المحترف لم يصدر منه أي خطأ أو إخلال بتنفيذ التزاماته، لذلك فليس من العدل تحميله الخسائر نتيجة عدول المستهلك، ولكن تكمن صعوبة أعمال هذا الحكم في تقييم هذا التعويض، إذ يخشى أن يكون مبلغا كبيرا، فيضطر المستهلك إلى التخلي عن

⁽¹⁾ زوية سميرة، المرجع السابق، ص 55.

⁽²⁾ ABI-RIZK Georges Daladier, op.cit, pp 333-334.

⁽³⁾ Article L341-16 alinéa 2 de code monétaire et financière Français.

حقه في العدول تجنباً للمضاعفات التي قد تنجم عن هذا التعويض المالي⁽¹⁾، وبالتالي يفقد العدول الحكمة التي قرر من أجلها وهي التخلص من العقود غير الملائمة له.

ثالثاً: مدى مسؤولية المستهلك عند العدول عن العقد

يثير العدول عن التعاقد إشكالا مهما لا ينبغي إغفاله، يتعلق بمدى إمكانية مساءلة المستهلك عن عدوله إذا ما ترتب عليه إلحاق ضرر بالمحترف، بمعنى هل يمكن اعتبار العدول مصدرا لمسؤولية المستهلك؟

المعيار الذي يعتمد به بعض الفقه في الإجابة على هذا التساؤل هو النظر في مدى تقييد المشرع ممارسة الحق في العدول بتوافر بواعث وأسباب محددة، وفي هذه الحالة يكون استعمال مكنة العدول في غير ما قيد به المشرع أو لأسباب لم ينص عليها، فإن من شأن هذا الاستعمال أن يخضع لرقابة القاضي⁽²⁾، أما إذا أطلق استعمال هذا الحق دون باعث أو قيد، فإنه لا يمكن أن تثار مسؤولية المستهلك عن تمسكه بالحق في العدول وإن ترتب على هذا الاستعمال ضررا للمحترف⁽³⁾.

إن أغلب التشريعات التي تعترف للمستهلك بحقه في العدول عن بعض أنواع العقود لم تقيده بسبب بل أخضعت لإرادة ومشئئة المستهلك وحده، بحيث تكون له السلطة التقديرية الكاملة في ممارسته، فلا يلزم بتقديم تبرير لعدوله ولا إثبات تضرره من التعاقد لإنهائه، ولذلك لا يمكن أن يخضع للمساءلة على أساس المعيار الذي أخذ به الفقه، ومع ذلك لا يزال البعض يطرح إشكالية مدى مسؤولية المستهلك عن عدوله تأسيسا على نظرية التعسف في استعمال الحق⁽⁴⁾.

إن مسألة تطبيق أحكام نظرية التعسف في الحق تتوقف على تحديد طبيعة العدول في حد ذاته، إذ أن هذه النظرية تنبسط على ممارسة الحقوق التي اكتمل إنشاؤها بالمعنى الدقيق لمصطلح الحق، سواء كان شخصيا أو عينيا، وهو ما لا يتوافق مع الوصف الذي قرره الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للحق، إذ يرفض اعتباره حقا بمعنى اقتضاء أداء معين من المدين أو سلطة للدائن على شيء، وإنما وصف بأنه مكنة قانونية منحها المشرع للمستهلك يستطيع من خلالها إنهاء العقد بإرادة منفردة دون حاجة إلى تدخل الطرف الآخر، مما ذهب ببعض الفقه إلى تصنيفها

⁽¹⁾ AUBRY Hélène, op.cit, p 108.

⁽²⁾ سليمان دايج براك، المرجع السابق، ص 183.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص 183.

⁽⁴⁾ AUBRY Hélène, op.cit, p 109.

ضمن الحقوق التقديرية أو المطلقة غير المسببة، والتي تخرج من رقابة القضاء فيما يتعلق باستعمالها⁽¹⁾.

اتجه القضاء الفرنسي في -حالات نادرة- إلى أن الحق في العدول ليس مطلقا لا يخضع لرقابة أو تقدير، لأنه إذا تم بسوء نية فلا يعتد به ولا تترتب عليه أية آثار⁽²⁾، والملاحظ على هذا الحكم أنه لم يجعل للعدول آثارا بسبب سوء نية مستعمله فأبقى العقد صحيحا وناظرا، ولكن يكون على المحترف عبء إثبات سوء نية المستهلك عند العدول أي نية الإضرار بالمحترف وهو ليس بالأمر اليسير⁽³⁾.

لكن ينبغي عدم التوسع في مفهوم فكرة التعسف في استعمال الحق ومد نطاقها إلى العدول عن العقد، لأن من شأن ذلك إفراغه من مضمونه، ومن تم تقويت الحماية التي قصدها المشرع، ومع ذلك كان الأجدر أن يعمل المشرع أكثر على ضبط أعمال هذا الحق بما يضمن استقرار المعاملات وإضفاء الجدية على ممارسته⁽⁴⁾.

يبدو جليا أهمية الحق في العدول كوسيلة حمائية تمكن المستهلك من حماية حقوقه في مواجهة البنك المحترف في علاقات تعاقدية قد تكون غير متكافئة، خاصة وأنه حق مجاني تقديري لا يحتاج لأسباب خاصة تبرر ممارسته، لذلك اتجهت العديد من التشريعات إلى توسيع مجال إعماله سعيا منها إلى تعزيز مكانة المستهلك في ظل نظام تعاقدى غير اعتيادي يعتمد على وسائل وتقنيات جديدة غير مألوفة، ومع ذلك نلاحظ تأخر المشرع الجزائري في الاعتراف بهذا الحق لزبائن البنوك، وفي الحالات القليلة التي قرّر فيها الحق في العدول كانت الأحكام قليلة ومقتضبة، لذلك نتطلع أن يعيد المشرع الجزائري النظر في تنظيم المعاملات البنكية بحيث يراعي الخصوصية التي تتميز بها عندما يتعلق الأمر بظروف خاصة للتعاقد تشمل المستهلك.

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 114.

(2) Cass civ, 11 juin 1976, Bull civ 1976, n° 366, p 304.

(3) سليمان دايح براك، المرجع السابق، ص 183.

(4) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 781.

المبحث الثاني:

مكافحة الشروط التعسفية في عقود تقديم الخدمات البنكية الالكترونية

قد تزداد الهوة بين المتعاقدين في مجال تقديم الخدمات البنكية الالكترونية بين المستهلك والبنك المحترف، يمكن تصل إلى درجة انعدام المساواة تماما بين المتعاقدين لصالح البنك مقدم الخدمة، فيجد المستهلك نفسه منصاعا وراء الشروط التي يحددها البنك ويفرضها، دون أن تمنح له إمكانية المشاركة في وضع هذه الشروط أو مناقشتها، فلا يشعر بأنه قد وقع تحت ضغط البنك إلا بعد فوات الأوان، إذ تعتمد أغلب البنوك العاملة في الجزائر في إبرامها للعقود المصرفية بما فيها العقود المتعلقة بالخدمات البنكية الالكترونية على نماذج محددة مسبقا، لا يبرم العقد إلا بملئها والتوقيع عليها، فتظهر هذه النماذج للكثير من الزبائن العاديين على أنها إجراءات قانونية الزامية للحصول على الخدمة، في حين أنها قد تتضمن شروطا إجحافيه لا تتلاءم البتة مع حاجيات ورغبات المستهلك.

في غياب نصوص خاصة في القانون المصرفي تعالج مسألة عدم التوازن في العلاقات التعاقدية المصرفية، فإنه لا مناص من الرجوع للقواعد العامة للتعاقد وحماية المستهلك لإعادة التوازن المفقود بين المستهلك والبنك من حيث الحقوق والالتزامات، متى توافرت الشروط القانونية اللازمة لإعمال هذه التقنيات، ويتعلق الأمر أساسا بنظام مكافحة الشروط التعسفية.

بالنظر للطابع العام الذي يصيب الأحكام المقررة لقواعد الحماية من الشروط التعسفية فإن إمكانية تطبيقها على المجال المصرفي بصفة عامة والخدمات البنكية الالكترونية بصفة خاصة أمر وارد، غير أن وصف العقد الذي يبرمه الزبون بالمصرفي غير كاف وحده لتأهيله ضمن مجال إعمال هذه الحماية، بل يجب التحقق من مدى توافر الشروط القانونية المطلوبة، من خلال تطبيق مجموعة من المعايير سواء تلك المتعلقة بذاتية العقد من حيث طريقة إبرامه وطبيعته، أو التي ترجع للشروط المتضمنة في العقد من حيث مدى تحقق وصف "التعسفية" (المطلب الأول).

بناء عليه يكون للمستهلك المستفيد من الخدمات البنكية الالكترونية الاستعانة بالوسائل القانونية المعتمدة لمواجهة هذه الشروط التعسفية، في سبيل التخلص منها وإعادة التوازن للعقد، وتختلف هذه الوسائل بين ما هو مقرر في القواعد العامة للقانون المدني أو الخاصة بمكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

نطاق إعمال الحماية القانونية من الشروط التعسفية

استدعت متطلبات حماية المستهلك وضع حدود لمبدأ سلطان الإرادة والتضييق منه، فليس من الملائم تطبيق النظرية الكلاسيكية لمبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد على علاقات تعاقدية لم تقم على أساس التكافؤ والمساواة بين الأطراف، فلا يمكن ترك إرادة الطرف القوي تسيطر على العقد إذا لم يكن للطرف الآخر إرادة واعية مدركة بمضمون ومخاطر العقد وقادرة على التفاوض والمشاركة في وضع بنوده، وهو ما استجابت له أغلب التشريعات المقارنة من خلال تكريس الحماية القانونية من الشروط التعسفية كجزء من النظام الحمائي المقرر للمستهلك.

فلم يكتف المشرع الجزائري بما أوردته أحكام المادة 110 من القانون المدني من حماية للطرف الضعيف في عقد الإذعان، من خلال منح القاضي سلطة لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه بما يعيد التوازن للعقد، وإنما مددت هذه الحماية لعقود الاستهلاك بنص صريح في المادتين 29 و 30 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم من خلال منع العمل بما أسمته بالممارسات التعاقدية التعسفية في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين⁽¹⁾.

لا شك أن النصوص جاءت صريحة في الدلالة على تكريس نظام حمائي خاص ضد الشروط التعسفية، ولكن إعمال هذا النظام في مجال المعاملات المصرفية لا يتم تلقائيا بمجرد ثبوت وصف المستهلك على زبون البنك، وإنما هو مقتصر على طائفة معينة من العقود يرى المشرع أنها بطبيعتها تقتض وجود عدم تكافؤ بين الأطراف (الفرع الأول)، على أن يستغل فيها البنك ضعف المستهلك وفرض شروط لمصلحته بطريقة تعسفية دون مراعاة لمصالح هذا الأخير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: من حيث طبيعة العلاقة التعاقدية

إن تمكين زبون البنك من التخلص من بعض الشروط التعاقدية التعسفية والاستفادة من الأحكام المقررة في قوانين حماية المستهلك، يستدعي أن تتخذ العلاقة التعاقدية التي تربطه بالبنك

⁽¹⁾ تنص المادة 30 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، على أنه: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، وتطبيقا لنص هذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنوك التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

شكلا معينا، يتوافق وطبيعة العقود التي خصها المشرع بالذكر والمتمثلة في عقود الإذعان وعقود الاستهلاك.

لكن تختلف التشريعات نفسها في تحديد النطاق الموضوعي لإعمال الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية بين مقيد وموسع، فمنهم من يتجه لحصر هذه الحماية في مجال عقود الإذعان فقط بالنظر للظروف المحيطة بإبرام العقد، والتي تُمكن من فرض مثل هذه الشروط (أولا)، ومنها من يمد هذه الحماية لتشمل عقود الاستهلاك (ثانيا).

أولا: ارتباط الحماية القانونية من الشروط التعسفية بعقود الإذعان

تعد عقود الإذعان بطبيعتها مجالا خصبا لظهور الشروط التعسفية بالنظر لظروف التعاقد والطريقة التي يتم بها، والتي تتميز بهيمنة أحد الأطراف على الطرف الآخر بخصوص تحديد بنود العقد دون إمكانية مناقشتها، فتأتي هذه البنود بالشكل الذي يحقق مصالح واضعه على حساب الطرف الآخر، فهو يعمل إما على الانقاص من التزاماته أو الزيادة في التزامات الطرف الآخر، لذلك تتفق أغلب التقنيات المدنية على أن الحماية من الشروط التعسفية تتعلق بعقود الإذعان دون سواها، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال نص المادة 110، والتي تنص صراحة على وجوب أن يتم العقد بطريق الإذعان حتى يكون للقاضي التدخل من أجل تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها⁽¹⁾.

بناء عليه يكون للمستهلك المتعاقد بشأن الحصول على خدمات بنكية إلكترونية الاستفادة من أحكام المادة 110 من القانون المدني السالفة الذكر، على أن يتم التعاقد عن طريق الإذعان، لذلك يستدعي الأمر تحديد المفهوم القانوني لعقود الإذعان، والبحث عن الحالات التي يمكن فيها اعتبار العلاقات التعاقدية التي تربط الزبون المستفيد من الخدمة البنكية الإلكترونية بالبنك مقدم الخدمة ضمن هذه الطائفة من العقود.

1- المفهوم القانوني لعقود الإذعان:

لتحديد نطاق العقود التي يمكن أن تشملها الحماية القانونية المقررة للطرف المذعن في عقود الإذعان، يتطلب الأمر تحديد المفهوم القانوني لهذا النوع من العقود، من خلال تعريف وبيان

(1) تنص المادة 110 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وقد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

طبيعته، وأيضا توضيح الخصائص الأساسية التي توافرها حتى يمكن إطلاق وصف الإذعان على عقد معين.

أ- تعريف عقد الإذعان:

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا لعقود الإذعان في القانون المدني، ولكنه اكتفى في نص المادة 70 منه ببيان الطريقة التي يتم فيها القبول، بنصه على أنه: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"، أما المشرع الفرنسي أورد تعريفا لعقد الإذعان⁽¹⁾ في إطار التمييز بينه وبين العقود الرضائية، في المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية⁽²⁾، على أنه العقد الذي يتم فيه تحديد الشروط العامة له دون تفاوض من قبل أحد أطرافه مسبقا قبل إبرام العقد، إلا أنه اكتفى ببيان الطريقة التي يتم فيها تحديد شروطه، دون إشارة إلى الخصائص الأخرى لهذا النوع من العقود.

جاءت العديد من التعريفات الفقهية معتمدة على ذات المنهج في تحديد عقود الإذعان، حيث يعرف بأنه العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد، حيث يسلم الطرف الآخر بقبولها دون أي نقاش⁽³⁾، كما يعرفه الفقيه الفرنسي جاك جيسستان بأنه عقد يتم صياغته من جانب واحد بحيث يلتزم به الآخر دون إمكانية حقيقية لتعديله⁽⁴⁾.

أما الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فيعرف عقد الإذعان تعريفا أكثر شمولاً، يتعرض فيه لجميع خصائص هذا العقد، على أنه العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها⁽⁵⁾،

(1) تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لا يطلق على عقود الإذعان نفس التسمية وإنما يسميها "contrat d'adhésion"، أي عقود الانضمام، ويذكر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة أن صاحب تسمية "عقود الإذعان" والتي تأخذ بها أغلب القوانين العربية هو الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، والإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول، بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان وغيرها من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة.

- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، درا النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 135.

(2) Article 1110 alènia 02 de code civil Français, dispose : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

(3) سولام سفيان، "الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل للبحث العلمي، العدد 04، جوان 2016، بيروت، ص 128.

(4) GHESTIN Jacques, LOISEAU Gregoire, SERINET Yues-Marie, op.cit, p 97.

(5) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 120.

ب- الطبيعة القانونية لعقد الإذعان:

شكك جانب من الفقه في الطبيعة العقدية للتصرفات التي تتم عن طريق الإذعان⁽¹⁾، حيث ذهبوا إلى القول أنه ليس بعقد بل هو مركز قانوني منظم ينشأ بإرادة منفردة، ويميل لكونه قانونا أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها⁽²⁾، على أساس أن التعبير عن الإرادة الصادر من الطرف الآخر يأتي ضعيفا وشكليا، بحيث لا يؤثر على مضمون العقد ولا يكون له دور في تحديد مدى التزامات الأطراف⁽³⁾.

لكن الرأي الغالب في الفقه يرى أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين⁽⁴⁾، ولا يمنع التفاوت الاقتصادي بين أطراف العقد من تكييفه بأنه عقد وخضوعه للقواعد العامة التي تحكم العقود⁽⁵⁾، إذ أن حماية الطرف الضعيف في هذه العقود لا يكون بإنكار صفة العقد، بل أن العلاج الناجح هو تقوية الطرف الضعيف حتى لا يستغله الطرف القوي⁽⁶⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإن صياغة بنود العقد من جانب واحد مسبقا من طرف مقدم العرض، وغياب المفاوضات السابقة على التعاقد لا تؤثر أبدا على طبيعة التصرف، لأن التفاوض لم يكن أبدا شرطا لإبرام العقود⁽⁷⁾، ولا نستطيع إهمال إرادة القابل لكونها تساهم مساهمة فعالة؛ لا في

(1) تسمى هذه النظرية بالنظرية غير التعاقدية أو اللائحية، أنظر في ذلك: بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 15.

(2) السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 29.

(3) DUGUIT Léon, L'état, le droit objectif et la loi positive, 10^{ème} édition, DALLOZ, 2003, p 35.

(4) CARBONNIER Jean, op.cit, p 32.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام: العقد-العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968 ص 193.

(6) السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 30.

(7) Cass civ 1^{ère} chambre, du 01 janvier 1982, Bull civ I 1982, n° 29 : « les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont nulles d'une nullité d'ordre public dans les contrats d'adhésion ou elles sont prohibées ».

تحديد شروط العقد؛ وإنما في إعطائه الفعالية القانونية⁽¹⁾، حتى أن محكمة النقض الفرنسية كانت دائماً تعامل عقود الإذعان وفقاً للقواعد العامة للقانون المدني⁽²⁾، بتطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد.

ج- خصائص عقد الإذعان:

إن وصف الإذعان لا يلحق العقد لمجرد أن القبول فيه قد تم بالتسليم للشروط التي وضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وإنما يجب أن يستجمع شروطاً أخرى أجمع عليها الفقه، تتمثل في:

- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية بحيث لا يتصور الاستغناء عنها، وذلك بالنسبة لجمهور الناس وليس إلى شخص بعينه⁽³⁾.

- أن يكون الموجب محتكراً احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل مسيطر سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق⁽⁴⁾، وهذا الفرض يقل تصوره عندما تسود المنافسة الحرة، أين يتنافس أصحاب الشركات على جذب أكبر عدد من الزبائن من خلال تقديم أفضل العروض بالشروط التي تناسب الزبائن⁽⁵⁾، وفي المقابل تنتشر عقود الإذعان كلما تقلصت المنافسة سواء من خلال سيطرة الشركات العملاقة على السوق، أو احتكار بعض المؤسسات لبعض النشاطات المرتبطة بالسلع والخدمات الضرورية كشركات الكهرباء والغاز والنقل بالسكك الحديدية...⁽⁶⁾.

- أن يصدر الإيجاب إلى كافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة وغير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة⁽⁷⁾.

- إن الإيجاب في عقود الإذعان من عمل الطرف القوي وحده، فهو الذي يضع شروط العقد ولا يشاركه في وضعها المتعاقد الآخر، كما أنه لا يقبل مناقشة فيها، فلا يكون أمام الطرف الآخر إلا

(1) لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 27.

(2) CHAZAL Jean-Pascal, De la puissance économique en droit des obligations, thèse de doctorat en droit, faculté de droit- U.F.R- GRENOBLE II, Université Pierre Mendès France, 1996, p 185.

(3) لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 59.

(4) المرجع نفسه، ص 59.

(5) بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص 25.

(6) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 196.

(7) المرجع نفسه، ص 61.

أن يقبل العقد بأكمله أو يرفضه تماما⁽¹⁾، وفي هذا يختلف عقد الإذعان عن عقد المساومة، هذا الأخير يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد وبنوده، إذ يساهم كل متعاقد في صنع الاتفاق وله الحق في تقديم عروض تكون قابلة للنقاش من قبل المتعاقد الثاني⁽²⁾.

2- مدى اعتبار عقود تقديم الخدمات البنكية الالكترونية عقود إذعان:

يكون البنك بصدد توفيره لمختلف الخدمات البنكية بما فيها الالكترونية، حرا في تحديد نوعية الخدمة التي يعرضها على الجمهور، والتي تندرج بطبيعة الحال ضمن العمليات البنكية التي يتخذها كمهنة معتادة له⁽³⁾، كما تكون له الحرية في تحديد العمولات والمكافآت التي يفرضها على زبائنه⁽⁴⁾، لذلك غالبا ما ينفرد البنك بتحديد شروط التعاقد عن طريق عقود نموذجية، لا يكون للمستهلك مناقشتها أو التعديل فيها⁽⁵⁾.

لكن مع التطور التكنولوجي في مجال المعلوماتية والاتصالات الالكترونية، وإقبال الجمهور على الاستفادة من الخدمات الالكترونية التي توفرها البنوك خاصة فيما يتعلق بوسائل الدفع الالكتروني، قد يجعل بعض البنوك يستغلون الحرية الممنوحة لهم من أجل إبرام عقود بطريقة قد تضر بالعملاء، عن طريق وضع شروط تعاقدية مسبقة من جانب واحد بدعوى الحرية في التعاقد في المجال المصرفي⁽⁶⁾، لذلك كان الواجب البحث في الطبيعة القانونية للعقود المصرفية، ومناقشة مدى إمكانية إطلاق وصف الإذعان عليها.

(1) بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 57.

(2) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 123.

(3) تدرست كريمة، "الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، المجلد 15، العدد 01، سنة 2017، ص 242.

(4) تنص المادة 13 من النظام رقم 20-01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، على أنه: "يتم تحديد نسب الفائدة الدائنة والمدينة من قبل البنوك والمؤسسات المالية بكل حرية...".

كما تنص المادة 16 الفقرة 01 من نفس النظام على أنه: "تحدد البنوك والمؤسسات المالية، باستثناء الخدمات المصرفية المجانية والعمولات المنصوص عليها في المادة 14 أعلاه، والعمولات المذكورة في المادة 15 من هذا النظام، بكل حرية، المعدلات ومستويات العمولات الأخرى".

(5) أنظر: الملحق رقم 02.

(6) HAMMOUD May, La protection du consommateur des services bancaire et des services d'assurance, thèse de doctorat en droit, école doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2012, p 141.

أ- الطبيعة القانونية للعقود المصرفية:

إن البحث في الطبيعة القانونية للعقود المصرفية سيكون بالنظر إلى الطريقة التي تبرم فيها هذه العقود، ومع غياب نصوص خاصة تحدد شروط إبرام أغلب العقود المصرفية فإنه يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة للعقد، والتي تعتبر الرضائية هي الأصل في التعاقد، غير أن واقع التعامل المصرفي أفرز طريقة خاصة للتعاقد تتم عن طريق نماذج محددة مسبقا من قبل البنك، الأمر الذي يثير إشكال عن مدى اعتبارها عقود إذعان.

أ1- العقود المصرفية عقود رضائية:

مثل كل العقود الرضائية تتم العقود المصرفية بتوافق الإيجاب والقبول، أي أن إبرام العقد يخضع لتبادل إرادتي المتعاقدين⁽¹⁾، وهذا التبادل مستقل عن كتابة العقد التي تتم غالبا لإثبات وجود العقد، فالقانون البنكي في تنظيمه للنشاط المصرفي ترك المجال واسعا للحرية التعاقدية، من أجل إنشاء عقود غير مسماة تخضع للقواعد العامة للالتزام، وذلك في سبيل تمكين البنوك لمواجهة التغيرات في السوق المالية والنقدية وتلبية احتياجات زبائنها المتزايدة والمتطورة، حيث لا توجد نصوص قانونية خاصة تنظم عقد الحساب الجاري أو عقد القرض البنكي، كما لا تستوجب النصوص البنكية شروطا خاصة لإبرام عقود تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية.

أ2- العقود المصرفية عقود نموذجية:

تعتمد البنوك في معاملاتها اليومية على نماذج مطبوعة تقدم إلى العميل لإمضاءها وتكون متماثلة بالنسبة للعمليات التي على نفس النمط وتُسير وفقا لتصميم متماثل، فالعميل يتقدم إلى البنك وهو راضخ لكل الإجراءات المحددة⁽²⁾، وتطبق عليه مبادئ من خلق هذه البنوك كمبدأ عدم تجزئة الحساب والحجز على الحساب الجاري، ولذلك فإن المستهلك وهو يتعاقد مع البنك يستسلم

⁽¹⁾ HAMMOUD May, op.cit, p 139.

⁽²⁾ إن لجوء البنك إلى الاعتماد على العقود النموذجية في علاقاتها التعاقدية مع الزبائن فرضها واقع تنظيم النشاط المصرفي، فحين يلزم المشرع البنك بتحديد الشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية التي يقوم بها بوضوح وإعلام الزبائن والجمهور بها، والالتزام باحترامها (حسب المادتين 09 والمادة 16 الفقرة 02 من النظام رقم 20-01)، فوجد البنك أن العقود النموذجية هو السبيل الأمثل لتنفيذ كل هذه الالتزامات بما يخدم مصالحه، ويسهل عليه إجراء المعاملات المصرفية اليومية، حيث تبرم العقود بمجرد ملء النموذج المحدد مسبقا والامضاء عليه من قبل المستهلك، فلا يضطر إلى التفاوض أو المناقشة مع الزبائن إلا في الحالات التي تستدعي ملاءمة العقد مع الحاجات الشخصية للزبون.

لأنظمة غالبا ما يكون جاهلا بها ولا يمكنه مناقشتها، فهي من صنع البنوك التي تفوقه قوة من الناحية الاقتصادية والفنية⁽¹⁾.

يجمع الفقه على أن أغلب المعاملات المصرفية تتم بناء على عقود نموذجية⁽²⁾، هذه الأخيرة تتميز بثلاث خصائص أساسية، فهي عقد موجه للجمهور أي لعدد غير محدد من الأشخاص، وهي عقد معد مسبقا من قبل البنك والذي يتمتع بمقدرة نافذة في التعاقد، ويكون للمستهلك الراغب في الحصول على خدمة بنكية أن يقبل الإيجاب كما هو وارد في العقد النموذجي دون أن يفاوض أو يناقش أي من بنوده⁽³⁾.

العقود النموذجية تحتوي على شروط عامة ومجردة وما على المستهلك إلا أن ينضم إليها، لذلك فهي تتضمن نوعا من عدم التوازن، واستعمالها من قبل الطرف القوي يجعله في مركز ممتازا بسبب انفراده بوضع تلك الشروط التعاقدية وتحديد⁽⁴⁾، حيث توكل مهمة صياغتها إلى اختصاصيين وفنيين يعملون على مراعاة مصلحة الجهة الذي كلفتهم بإعدادها.

ب- شروط إضفاء وصف الإذعان على العقود المصرفية:

يذهب البعض إلى أن العقود النموذجية تعد من قبيل عقود الإذعان، بل أنها الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الإذعان، نظرا لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب ومعد مسبقا⁽⁵⁾، فهي تلغي حرية الطرف الذي ينضم إليها في التعبير عن إرادته أو في التفاوض، فالمعروف أن هذه العقود لا تنتشر ولا توزع على الطرف الآخر إلا في اللحظة التي يبرم فيها العقد، بما لا يتيح له فرصة للاطلاع عليها أو التعرف على شروطها.

بالرغم من ثبوت اعتماد البنوك في أغلب تعاملاتها المصرفية على نماذج العقود، والتي تعد دليلا واضحا على انفرادها بتحديد بنود العقد، إلا أن ذلك غير كاف لتعميم وصف الإذعان على العقود المصرفية، وذلك للأسباب التالية:

(1) لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 142.

(2) تعرف العقود النموذجية بأنها مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مهنية، هذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد.

- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص 208.

(3) المرجع نفسه، ص 208.

(4) لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 104.

(5) حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

- أن بعض الشروط التي تتضمنها العقود النموذجية شروط تفرضها بعض القواعد التنظيمية للنشاط المصرفي، والبنوك ملزمة باحترامها وإدراجها ضمن العقود التي تبرمها، فلا يمكن أن تكون مثل هذه الشروط محلاً للمناقشة من قبل المستهلك لأنها قواعد قانونية آمرة، ولا يمكن وصف العقد المبرم على أنه عقد إذعان بسبب فرض مثل هذه الشروط⁽¹⁾.

- إن البنوك ملزمة بإعلام زبائنهم والجمهور مسبقاً بالشروط البنكية التي تطبقها على العمليات المصرفية، وهي ملزمة أيضاً بالاحترام الصارم لهذه الشروط المعلن عنها في تعاملاتها⁽²⁾، بما يفرض عليها توحيد هذه الشروط في العقود التي تبرمها فتظهر في شكل عقود نموذجية.

- إن عقود الإذعان -كما سبق بيانه- ليست مجرد التسليم بالشروط التي حددها الطرف القوي في العقد، بل هو يستلزم توافر خصائص أخرى يجب مراعاتها، خاصة بالنسبة لوجود احتكار قانوني أو فعلي وكون الخدمة ضرورية لا غنى عنها.

إن كانت البنوك والمؤسسات المالية تختص وحدها بالقيام بالعمليات المصرفية⁽³⁾، إلا أن هذا لا يعني بالضرورة وجود احتكار قانوني أو فعلي، لأن هذا الأخير يفترض انعدام المنافسة في القطاع المصرفي واحتكاره من قبل مؤسسة واحدة، وهذا الفرض غير وارد بالنسبة للقطاع المصرفي، لأن المشرع الجزائري يمكّن أي شخص معنوي من طلب الحصول على ترخيص من مجلس النقد والقرض لإنشاء بنك أو مؤسسة مالية بما أنه يستوفي الشروط المحددة قانوناً⁽⁴⁾، وبناء عليه حدد المقرر رقم 01-18⁽⁵⁾ قائمة للبنوك والمؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر، والتي تضم العديد من البنوك والمؤسسات المالية، تعمل كلها في إطار احترام مبدأ المنافسة الحرة.

أما عن الاحتكار الفعلي فلا يمكن تصوره مع انتشار فروع البنوك والوكالات التابعة لها في جميع أرجاء الوطن، ومن هنا يصعب الإقرار بتوافر شرط الاحتكار بالنظر إلى طبيعة النظام المطبق على القطاع البنكي في الجزائر.

(1) مثال ذلك اشتراط أن يخصص القرض الاستهلاكي لتمويل عمليات شراء خاصة فقط بالسلع المنتجة محلياً، والذي نص عليه المشرع صراحة في نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

(2) تنص المادة 16 الفقرة 02 من النظام رقم 20-01 على أنه: "يتعين على البنوك والمؤسسات المالية الاحترام الصارم للشروط المطبقة على العمليات المصرفية التي حددتها".

(3) المادة 70 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

(4) تحدد المواد من 82 إلى 94 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

(5) مقرر رقم 01-18 مؤرخ في 02 جانفي 2018، يتضمن نشر قائمة البنوك وقائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر، ج ر ج ج عدد 04، الصادر في 28 فيفري 2018.

يبقى الشرط الأخير المتعلق بمدى اعتبار الخدمات البنكية الالكترونية ضرورة لا غنى عنها، فهي مسألة لا يمكن الجزم بها إلا بالنظر لنوع الخدمة في حد ذاتها، وإن أغلب الخدمات الالكترونية التي تقدمها البنوك الجزائرية تتعلق بتوفير وسائل الدفع الالكتروني كالتحويل الالكتروني للأموال وبطاقات الدفع، وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-153⁽¹⁾ فإن أي عملية دفع تتعدى قيمتها حدا معيناً يجب أن تتم بواسطة وسائل الدفع الكتابية، ويقصد بوسائل الدفع الكتابية بحسب المادة 04 من هذا المرسوم كل وسائل الدفع التي تسمح بتحويل الأموال عن طريق القنوات البنكية والمالية منها بطاقة الدفع والتحويل.

تطبيقاً لهذه الأحكام يعتبر حصول المستهلك على وسائل الدفع من البنوك أمراً ضرورياً لتسوية مدفوعاته التي تفوق قيمتها تلك المحددة في المرسوم التنفيذي السابق الذكر⁽²⁾، ومع ذلك هو ليس مجبر على استعمال وسائل دفع الكترونية، وإنما يمكنه استعمال أي وسيلة أخرى تقليدية كالشيك والسفتجة عن طريق حساب بنكي أو حساب بريدي.

ضف إلى ذلك أنه مع الأهمية التي تتمتع بها وسائل الدفع الالكترونية في تسوية المعاملات خاصة الالكترونية منها، إلا أنها لا تمثل إلا نسبة قليلة من مجموع وسائل الدفع المستعملة في تسوية المدفوعات التجارية، خاصة مع ضيق مجال المعاملات الالكترونية، وبناء عليه لا يمكن اعتبار الخدمات البنكية الالكترونية ضرورة لا غنى عنها بالنسبة لجمهور الناس، ولكن يمكن أن تفرض بعض الظروف المصاحبة لمعاملة معينة استعمال بطاقة الدفع دون غيرها، فتصبح بالنسبة للشخص المعني ضرورة لا غنى عنها، ويبقى للقاضي تقدير مدى توافر هذا الشرط، وهي من أسائل الواقع التي لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

خلاصة القول أنه اعتماداً على المفهوم التقليدي الضيق لعقود الإذعان في القانون المدني، فإنه يصعب إطلاق هذا الوصف عموماً على العقود المصرفية، لصعوبة تحقق جميع الشروط التي يتطلبها الفقه ومعه القضاء لقيام عقود الإذعان، ولكن واقع المعاملات المصرفية يظهر جلياً هيمنة البنوك على العقود التي تبرمها مع زبائنهم بشكل يؤدي إلى عدم توازن واضح في التزامات الأطراف، ومع صعوبة أعمال القواعد العامة للحماية المقررة للطرف الضعيف في عقود الإذعان لضيق مجالها، كان على المشرع أن يفرض أحكاماً خاصة لحماية الطرف الضعيف في العقود

(1) مرسوم تنفيذي رقم 15-153 مؤرخ في 16 جوان 2015، يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع الكتابية عن طريق القنوات البنكية والمالية، ج ر ج ج عدد 33، الصادر في 22 جوان 2015.

(2) حددت هذه المبالغ بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 15-153 يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع الكتابية عن طريق القنوات البنكية والمالية.

المصرفية وهو المستهلك، أو على الأقل توسيع مجال عقود الإذعان لتشمل العقود البنكية النموذجية، وبالتالي تمكين القاضي من أعمال قواعد الحماية المقررة في القواعد العامة.

ثانيا: توسيع مجال أعمال الحماية القانونية من الشروط التعسفية إلى عقود الاستهلاك

يتمتع المحترف في عقود الاستهلاك بمركز متفوق يمكنه من وضع الشروط التعاقدية بما يخدم مصالحه⁽¹⁾، وأكثر من ذلك يعمل المحترفون على وضع لائحة يتم فيها تحديد شروط عقود الإذعان، ثم يعملون على صياغة عقود فردية يتهربون من خلالها من تطبيق التشريعات المتعلقة بعقود الإذعان⁽²⁾، لذلك فقد أظهر الواقع العملي فشل نظرية عقود الإذعان في الإحاطة بكل أنواع الشروط التعسفية التي قد تصيب الطرف الضعيف في العقد⁽³⁾، لذلك ظهرت الحاجة إلى توسيع مفهوم عقود الإذعان ليشمل العلاقات التعاقدية بين المستهلك والمحترف.

1- دور الفقه في توسيع مفهوم عقود الإذعان:

لقد حاول الفقه وضع معايير معينة سعى من خلالها إلى توسيع مفهوم عقود الإذعان، في محاولة لمد الحماية المقررة في القانون المدني من الشروط التعسفية لتشمل العلاقات بين المحترفين والمستهلكين، وتمخض عن ذلك ظهور معيارين مختلفين:

أ- معيار عدم المساواة بين الأطراف (التفاوت الاقتصادي):

يميل اتجاه في الفقه إلى اعتبار عدم المساواة في القوة الاقتصادية معيارا مميزا لعقود الإذعان⁽⁴⁾، إذ يذهب هذا الاتجاه إلى ضرورة هجر المفهوم الضيق لعقد الإذعان والعمل على توسيع هذا المفهوم بالشكل الذي يخدم مصلحة الطرف الضعيف ويعيد التوازن بين أطراف العقد⁽⁵⁾.

(1) PEGLION-ZIKA Claire-Marie, La notion de clause abusive au sens de l'article L132-1 de code de la consommation, thèse de doctorat en droit privé, école doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2013, p 21.

(2) CHAZAL jean-pascal, op.cit, p

(3) إن إبرام عقد الإذعان لا يعني بالضرورة وجود الشروط التعسفية في العقد، كما أن التعسف في العقد لا ينشأ مباشرة وبصفة تلقائية عن عقد الإذعان، وإنما يعتبر عاملا يساعد على فرض مثل هذه الشروط، مما يعني أن إبرام العقد عن طريق الإذعان يزيد من احتمالية ورود الشروط التعسفية أكثر من أي عقد آخر، لذلك فإن ربط الحماية القانونية من الشروط التعسفية بعقود الإذعان فقط لا يبدو مناسباً، إذ أن ورود شرط في عقد إذعان لا يكفي لجعله تعسفياً، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بخصوص عقد التأمين:

- Cass 1^{ère} chambre civil, 16 janvier 2001, Bull civil I 2001, n°1, p 01.

(4) CARBONNIER Jean, Droit civil, tom 4 : Les obligations, 22 éditions, PUF, Paris, 2000, p 32.

(5) زهرة محمد المرسى، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 147.

يرى الفقه أنه من غير الملائم تحديد وصف معين لفئة من العقود باستخدام معيار اقتصادي وواقعي بحث خارج عن العقد، لأنه عادة ما يتم تحديد طبيعة العقود وخصائصها وفقا لطبيعة الالتزامات الناشئة عنها، فلا يمكن أن تؤثر مراكز الأطراف أو وجود اختلافات في القوة الاقتصادية بينهما على تكييف العقود⁽¹⁾.

ب- معيار التحديد الانفرادي لبنود العقد:

لجأ الفقه القانوني لضرورة تبني معيار واحد ذو طابع قانوني كفيل بالعمل على تحديد مفهوم عقود الإذعان، وهو معيار رفض التفاوض حول بنود العقد، أي انفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد⁽²⁾، وبناء على هذا المعيار يكون مجرد إملاء الطرف القوي لشروط لا يقبل نقاشا فيها كافٍ لإضفاء وصف الإذعان على عقد ما، ومع ذلك تعرض هذا الرأي للنقض من جانبين:

- أن مناقشة بنود العقد بين طرفيه ليست ضمانات حقيقية لحماية الطرف الضعيف، فالواقع العملي يؤكد أن المهني له من الوسائل ما يمكنه من فرض إرادته، حتى في ظل توافر إمكانية لمناقشة شروط العقد مع المستهلك، ويتحقق هذا الفرض في الحالة التي تكون فيها المفاوضة صورية⁽³⁾، كما أن المستهلك قد يكون ضحية القوة التفاوضية للطرف الآخر المتعاقد معه⁽⁴⁾.

- إن وجود تفاوض على العقد لا ينفي صفة الإذعان عن العقد، لأنه إذا كانت مخاطر عدم التوازن بين التزامات الأطراف هي دائما أقل في عقد يتم التفاوض عليه بحرية فهي ليست مستبعدة تماما، لأن التفاوض ليس أداة فعالة لمنع الشروط التعسفية⁽⁵⁾، ولكنه في المقابل عنصر يضعه القاضي في الاعتبار عند تقييم مدى تعسف الشروط العقدية، إذ أن كون شرط ما محل تفاوض مسبق يجعل القاضي أقل حدة وأقل استعدادا لاعتباره تعسفيا⁽⁶⁾.

بالرغم من المحاولات الفقهية لتوسيع مفهوم عقود الإذعان بالشكل الذي يجعله يستوعب عقود الاستهلاك، إلا أنه من الواضح فشل مثل هذه المحاولات، لأن عقود الإذعان لا تعتمد في تحديدها على معيار واحد، وإنما هو وصف يلحق العقد بالنظر لمجموعة من العوامل والخصائص

(1) CHAZAL jean-pascal, op.cit, p 186.

(2) خليفة كرفة محمد، "ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مخبر القانون الخاص والمقارن وبمساهمة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف، العدد الرابع، نوفمبر 2017، ص 57.

(3) خليفة كرفة محمد، المرجع السابق، ص 57.

(4) CHAZAL jean-pascal, op.cit, p 190.

(5) PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op.cit, p120.

(6) Ibid, p 120.

كما سبق بيانه، لذلك من أجل توفير حماية حقيقية للطرف الضعيف في العقد لا بد من تبني المفهوم الحديث للإذعان والذي يعني خضوع أحد الطرفين لعقد محرر سلفاً من جانب المتعاقد الآخر دون أن يستطيع مناقشته أو تعديله، حيث تبطل الشروط التعسفية بمجرد توفر تنظيم منفرد للعقد وعدم المناقشة والتفاوض، واستبعاد فكرة الاحتكار والقوة الاقتصادية واعتماد القوة المعلوماتية والفنية كمعيار أساسي لتقدير التفاوت بين طرفي العقد.

2- التدخل التشريعي لمد الحماية القانونية من الشروط التعسفية إلى عقود الاستهلاك:

اتجهت بعض التشريعات إلى عدم حصر نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان⁽¹⁾، وذلك عن طريق توسيع مجال الحماية من هذه الشروط لتشمل عقود الاستهلاك، بسبب قصور هذه النظرية على استيعاب جميع حالات عدم التوازن العقدي، فإلى جانب الضعف الاقتصادي الناجم عن استغلال النفوذ الاقتصادي من قبل المحترف، هناك مظاهر وصور للضعف مثل الضعف المعرفي الناجم عن جهل المستهلك أو نقص خبرته⁽²⁾.

لم يستعمل المشرع الجزائري في الحقيقة مصطلح عقود الاستهلاك في نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، وإنما اكتفى بالإشارة إلى أطراف العقد، فقد جاء نص المادة عبارة "العقود بين المستهلك والبائع"⁽³⁾، غير أن المشرع الجزائري أورد تعريفاً في نص المادة 03 الفقرة 04 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، يحدد فيه المقصود بالعقد في مفهوم هذا القانون، وهو كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف

(1) ذهب المشرع الفرنسي إلى توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية لتشمل جميع العقود مهما كان نوعها أو شكلها أو أساسها، إذ كان موقفه صريحاً اتجاه توسيع مجال الحماية لتشمل جميع أنواع العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، وهذا ما بدى واضحاً من خلال الفقرة الأخيرة من المادة L212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي تنص على أن أحكام المادة تطبق مهما كان شكل أو دعامة العقد، وتكون أساساً على شكل أوامر شراء أو فواتير تتضمن اشتراطات تم التفاوض بشأنها بحرية أم لا، أو بالإحالة على شروط عامة مقررّة سلفاً.

(2) إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 130.

(3) إن عقد الاستهلاك ليس عقداً مسمّياً، ولا ينتمي لطائفة معينة من العقود، بل أنه مفهوم جديد بالنسبة للقانونيين، فهو يمثل الحلقة الأخيرة في السلسلة الاقتصادية التي تنتهي بالارتباط مع المستهلك، لذلك لا يتم تعريف العقد الاستهلاك ولا استخدامه في النصوص القانونية، كما أنه لا يمكن تحديده من خلال التزامات الأطراف لأن هذه العقود لها أوجه متعددة فهو من طبيعة هجينة، وإنما تتحدد طبيعة العقد بالنظر إلى أطرافه، فهو العقد المبرم بين محترف ومستهلك.

- CHENDEB Rabih, Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative (droit français, libanais, et égyptien), 02^{ème} édition, édition LGDJ ET Alpha, Paris, 2010, pp 16-17.

الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه⁽¹⁾، وبهذا التعريف يكون المشرع الجزائري قد ربط حماية المستهلك من الشروط التعسفية بوجود إذعان في العقد، وهو ما لا يتوافق والاتجاهات الحديثة في الفقه التي تدعو إلى ضرورة توسيع مجال الشروط التعسفية لتشمل عقود الاستهلاك⁽²⁾.

للتخفيف من وطأة الحكم السابق الذكر ذهب البعض إلى أن كلمة إذعان الوارد في تعريف العقد لا تعني تلك العقود المنطوية على احتكار المحترف للخدمة أو السلعة، وإنما كرس المشرع مفهوما عاما للإذعان يقصد به حرمان المتعاقد من المشاركة في وضع العقد أو مناقشتها⁽³⁾.

مع ذلك كان ينبغي على المشرع الجزائري مد نطاق تطبيق المادة 29 من القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم لتشمل عقود المساومة، مما يسمح بتوسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية بالنسبة لعقود الاستهلاك مهما كانت طريقة إبرامها، لأنه من الناحية القانونية والمنطقية فإن النظام القانوني الذي يهدف إلى حماية شاملة للمستهلك يجب ألا يُعلق تطبيق قواعده الحمائية على حتمية توافر أسباب معينة بشكل حصري.

3- تقدير الطابع الاستهلاكي في العقود المصرفية:

المسلم به أن العقود البنكية ليست كلها عقود استهلاك، واعتبارها كذلك يتوقف على صفة أطراف العلاقة التعاقدية، بحيث يجب أن تتم بين محترف ومستهلك، ولاعتبار العقود المصرفية عقود استهلاك يتعين البحث في المركز القانوني لأطرافها وهما البنك والمستهلك.

أ- المركز القانوني للبنك في مجال العقود المصرفية:

يحترف البنك ممارسة الأعمال المصرفية، ويندرج هذا الاحتراف في صميم التعريف التشريعي للبنك الوارد في المادة 70 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والمعدل والمتمم، حيث ركز المشرع الجزائري في تعريفه للبنوك على تحديد مجال نشاطها، مع تأكيده على

(1) يتفق هذا التعريف مع ذلك الذي ورد في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، والذي جاء تطبيقا لنص المادة 30 من القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

(2) CHENDEB Rabih, op.cit, p 309.

(3) كراش ليلي، "حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك"، **حوليات جامعة الجزائر 1**، جامعة الجزائر 1، المجلد 4، العدد 31، جوان 2017، ص 112.

أنها الوحيدة المخول لها ممارسة هذا النشاط باعتباره مهنة عادية، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن إضفاء وصف بنك على من يمارس العمليات المصرفية بصفة عرضية أو منفردة أو مشتتة⁽¹⁾.

بالإضافة إلى الشروط الشكلية لإنشاء بنك يتعين توافر شروط أخرى موضوعية ترتبط بطبيعة نشاطها، ويتعلق الأمر بشرطين أساسيين، أولهما يتمثل في القيام بالعمليات المصرفية بطريقة مهنية محترفة، على أساس منتظم ووفقا للمبادئ المقبولة في هذا المجال⁽²⁾، والثاني أن يتم تنفيذ هذه العمليات لحسابها الشخصي، بمعنى ألا تتعامل على أساس وسيط أو وكيل بعمولة، فبالرغم من أهمية رأسمال البنك⁽³⁾ إلا أن المساهم الرئيسي نشاطات البنوك هي الأموال المتلقاة من الجمهور ولا سيما في شكل ودائع، ولكن يكون توظيف هذه الأموال من قبل البنك لمصلحته الشخصية وليس لحساب المودع⁽⁴⁾.

البنك بهذه الشروط ينطبق عليه وصف العون الاقتصادي بالمفهوم الذي حدده القانون 02-04 المعدل والمتمم⁽⁵⁾، وبالتالي فهو يخضع في علاقته بزبائنه لقواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية بما فيها منع الممارسات التعاقدية التعسفية حسب ما هو مقرر في نصوص هذا القانون، كما يخضع البنك لأحكام القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بوصفه مت دخلا، على أساس أنه يتدخل في عرض منتج للاستهلاك ممثلا في الخدمات البنكية⁽⁶⁾.

ب- المستهلك في مجال العقود المصرفية:

حتى يحظى زبون البنك بمركز المستهلك ينبغي بأن يشمل تعريف المقدم من قبل المشرع، وهو ما يؤهله للاستفادة من القواعد الحمائية المقررة للمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف

(1) تدريست كريمة، المرجع السابق، ص 241.

(2) HAMMOUD May, op.cit, p 34.

(3) يُقدر الحد الأدنى لرأسمال البنوك بعشرين مليار دينار جزائري بحسب المادة 02 من النظام رقم 03-18 مؤرخ في 04 نوفمبر 2018، يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر ج ج عدد 73، الصادر في 09 ديسمبر 2018.

(4) HAMMOUD May, op.cit, p 35.

(5) تنص المادة 03 الفقرة 01 من القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم على أنه: " 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".

(6) تعرف المادة 03 الفقرة 07 من الأمر رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المتدخل بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك"، وتعرف ذات المادة في فقرتها العاشرة المنتج على أنه كل "سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا".

في عقود الاستهلاك، فضلا عن استقاداته كزبون للبنك من الحماية المقررة بموجب النصوص البنكية التي لم تُقم تمييزا بين فئات الزبائن المختلفة⁽¹⁾، حتى أنها لم يوردا تعريفا محددا للزبون⁽²⁾.

أما عن مفهوم المستهلك فالملاحظ أن المشرع الجزائري حرص على تقديم تعريف له في كل من القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وأيضا القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حيث عرفت المادة 03 في فقرتها الأولى من هذا القانون المستهلك بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به⁽³⁾، والملاحظ أن المشرع اشترط لإطلاق وصف المستهلك أن يكون الغرض من اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة للاستعمال النهائي بقصد الاستهلاك الشخصي له أو لعائلته، وهو بذلك يتبنى المفهوم الضيق للمستهلك ويخرج من مفهوم المستهلك المهني الذي يتعامل في غير تخصصه⁽⁴⁾.

وفقا لهذا المفهوم يعتبر زبون البنك مستهلكا إذا كان زبونا عاديا غير محترف، والزبون العادي هو الذي تضطره الحاجة إلى التعاقد مع البنك من أجل الحصول على الخدمة البنكية لسد حاجياته الشخصية لا المهنية⁽⁵⁾، وهو ما يجعله في مركز ضعيف اتجاه البنك الذي يستقل بوضع

(1) تدرست كريمة، المرجع السابق، ص 240.

(2) اختلف الفقه في تحديد مفهوم زبون البنك بين موسع ومقيد، فمنهم من يشترط وجود علاقة دائمة تربطه بالبنك من خلال فتح حساب لديه، في حين يرى آخرون أن هذا الموقف صارم للغاية، ويعتقدون أن المستهلك هو الشخص الذي تربطه علاقة بالبنك ولو دون وجود حساب له كما أنه لا حاجة لأن تخضع علاقته هذه للدوام، أما القضاء الفرنسي فمذ صدور قرار عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض تنازلت عن نظرية دوام واستمرارية العلاقات، واعترفت بأن فتح حساب في الظروف العادية كاف لإضفاء وصف الزبون (Cass com, 07 février 1962, Bulletin 1962, n° 83)، وأصبح هذا الموقف راسخا في القانون الفرنسي ليومنا هذا، حيث يأخذ بفكرة أوسع لمفهوم الزبون ولكن بشرط أن يكون مرتبطا دائما بوجود حساب.

- CABRILLAC Henry, CABRILLAC Michel, Le chèque et le virement, 5^{ème} édition, Librairies techniques, Paris, 1980, p 223.

(3) غير بعيد عن هذا التعريف عرف قانون التجارة الالكترونية المستهلك الالكتروني في المادة 06 منه الفقرة 03 بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي.

نشير إلى أن المشرع الجزائري كان أكثر تحديدا في هذا النص حين تعريفه للمستهلك مقارنة بالتعريف الوارد في نص المادة 03 الفقرة 02 من القانون 04-02 المعدل والمتمم، والتي نص على أن: "المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

(4) للتفصيل في مختلف الآراء الفقهية والقضائية بشأن مفهوم المستهلك، راجع: عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 41-20.

(5) تدرست كريمة، المرجع السابق، ص 240.

شرط التعاقد ولا يقبل مناقشتها، فيضطر إلى قبولها وهو غير قادر على فهمها بسبب طبيعتها الفنية والمعقدة، وهو بذلك في حاجة إلى الحماية بقواعد خاصة أمرة لإعادة التوازن للعقود التي يكون طرفا فيها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: من حيث طبيعة الشروط التعاقدية

إن تطبيق قواعد الحماية ضد اختلال التوازن في عقود الاذعان أو عقود الاستهلاك تستلزم أن يكون هذا الاختلال في التوازن العقدي راجع لتضمين العقد شروطا مجحفة بالنسبة للطرف الضعيف في العقد (الطرف المذعن أو المستهلك)، يسميها المشرع الجزائري بالشروط التعسفية، فهي شرط جوهري لإعمال الحماية القانونية.

إن التعامل القانوني مع فكرة الشروط التعسفية يتطلب تحديد هذه الفكرة عن طريق توضيح المعايير التي يمكن الرجوع إليها لتحديد مفهوم الشروط التعسفية (أولا)، كما يستدعي الأمر البحث المنهجية التي اعتمدها المشرع الجزائري لتحديد مدى تعسف الشروط التعاقدية (ثانيا).

أولاً: معايير تحديد الشروط التعسفية

يعرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي بأنه كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد⁽²⁾، وإن هذا التعريف يغني عن البحث في مختلف التعاريف الفقهية للشروط التعسفية⁽³⁾.

الملاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد في تحديده لمفهوم الشرط التعسفي على أكثر من عنصر، فيحدد الوضع الذي يمكن أن يتخذه الشرط التعسفي، وأيضا الأثر الذي يترتب عليه وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف، ولكن يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يوضح الطرف الذي يقع على حسابه الإخلال، وكأنه يمكن أن يكون الشرط التعسفي من وضع المستهلك وهو ما لا يستقيم مع الواقع العملي⁽⁴⁾.

(1) تدريست كريمة، المرجع السابق، ص 241.

(2) المادة 03 الفقرة 05 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

(3) في التعريفات الفقهية المقدمة للشرط التعسفي، أنظر: زردازي عبد العزيز، "مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك"، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 04، أفريل 2017، ص ص 73-74.

(4) زرارة صالح الواسعة، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر - الوادي، العدد الخامس، جوان 2012، ص 200.

يستعمل المشرع مصطلح اختلال التوازن الظاهر والذي يقابله باللغة الفرنسية « déséquilibre manifeste » والذي يعني أيضا "اختلال توازن واضح"، ويستعمل المشرع الفرنسي مصطلحا آخر وهو "اختلال توازن كبير" « déséquilibre significatif » وهو الأنسب في وصف الإختلال الذي يجعل الشرط تعسفيا، وفي هذا الشأن نشير إلى أن المشرع الفرنسي يُعرف الشرط التعسفي بأنه كل شرط يؤدي إلى خلق اختلال كبير بين حقوق وواجبات الأطراف في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين⁽¹⁾، أما في التوجيه الأوروبي رقم 93/13/CEE المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة من طرف المستهلكين⁽²⁾ فيعتبر الشرط تعسفيا متى كان ضمن عقد غير خاضع لأي مفاوضة فردية بين طرفيه، يؤدي إلى إنشاء عدم توازن كبير بين حقوق والتزامات طرفي العقد⁽³⁾.

تختلف المعايير المعتمدة في تحديد الشروط التعسفية باختلاف التشريعات، ولكن الفقه استقر على توافر معيارين من أجل تحديد الشرط التعسفي⁽⁴⁾، هما معيار التدخل الانفرادي في تحديد الشروط، ومعيار الاختلال الكبير بين التزامات وحقوق الأطراف.

1- معيار التدخل الانفرادي في تحديد الشروط:

إن حقيقة أن المستهلك في وضع غير متساو يمنعه من التفاوض على العقد لم يعد يؤخذ بعين الاعتبار في التعريف الوارد في المادة L212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، بالرغم من النص عليه في التوجيه الأوروبي رقم 93/13/CEE، أما عن التشريع الجزائري فبالرغم من عدم وجود إشارة إلى هذا المعيار في نص تعريف الشرط التعسفي، إلا أنه يمكن استخلاصه بطريق غير مباشر من تعريف العقد في المادة 03 الفقرة 04 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، إذ يعرف بأنه اتفاق حرر مسبقا من أحد الأطراف مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا

⁽¹⁾ Article L212-1 alinéa 01 de code de la consommation Français, dispose : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». www.legifrance.gouv.fr

كان المشرع الفرنسي قبل تعديل قانون الاستهلاك يُعرف الشرط التعسفي بأنه كل شرط يفرضه المحترف على المستهلك أو على غير المحترف وتقوم على التعسف استخدام النفوذ الاقتصادي تؤدي إلى استفادة المحترف بمزايا مفرطة أو مبالغ فيها:

- Article 35 de la loi n° 78-23, op.cit.

⁽²⁾ Directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOUE n° 95, du 21 avril 1993, p 29.

⁽³⁾ Article 03 alinéa 01 de directive 93/13/CEE, op.cit.

⁽⁴⁾ SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Clause abusive dans les contrats de consommation : critères de l'abus », **contrats .conc.consom**, n° 06, juin 2008, p 132.

الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، وهو ما يدل على غياب التفاوض عند وضع شروط العقد وانفراد الطرف القوي بوضع هذه الشروط مسبقاً.

يحتفظ العديد من الفقهاء بالصلاحيات الانفرادية للمهني كمعيار لتقدير تعسف الشروط التعاقدية، حيث يرى البعض أن إعادة التوازن للعقد تشترط بالضرورة مكافحة أي بند يمنح المحترف سلطة أحادية الجانب⁽¹⁾، حيث أن السيطرة الأحادية على العقد مؤشر واضح على اختلال التوازن وبالتالي وجود بنود تعسفية⁽²⁾، وإن الكثير من البنود المحددة من قبل المشرع الجزائري وصفت بأنها تعسفية لمجرد أنها تحتفظ للمحترف بسلطات انفرادية، والتي تتعلق بتعديل العقد أو إنهائه من جانب واحد، ومن الأمثلة عن هذه الشروط:

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة دون تعويض للمستهلك⁽³⁾.
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة.
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود⁽⁴⁾.

2- معيار الاختلال الكبير بين حقوق والتزامات الأطراف:

لتكييف الشرط التعاقدي على أنه تعسفي يجب أن يكون الاختلال الذي ينشأ بين حقوق والتزامات الأطراف كبيراً، وبالتالي فإن مجرد عدم تناسب الضرر الذي يصيب المستهلك مع المنفعة التي يحصل عليها البنك غير كاف لوصف الشرط بالتعسفي⁽⁵⁾، وهو ما يطلق عليه الفقه الفرنسي "بالميزة المفرطة" أو "عدم التوازن الكبير"⁽⁶⁾، ويعبر عنه المشرع الجزائري بمصطلح "الإخلال الظاهر"، وقد اعتمد المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون الاستهلاك بموجب القانون رقم

⁽¹⁾ GILLOTOT Annelieke, Relevé d'offre du juge et droit de la consommation, thèse de doctorat en droit privé, spécialité droit des contrats, faculté de droit, économie, gestion, Université D'avignon et des Pays de Vaucluse, France, 2014, p 211.

⁽²⁾ STOFFEL-MUNK Philippe, L'abus du contrat, essai d'une théorie, LGDJ, Paris, 2000, p 424.

⁽³⁾ المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والمحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

⁽⁴⁾ المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

⁽⁵⁾ HAMOUD May, op.cit, p 147.

⁽⁶⁾ Ipid, p 143.

95-96⁽¹⁾ بهذا المعيار كمعيار وحيد لتحديد الشرط التعسفي، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب القانون 04-02 المعدل والمتمم.

تطبيقا لهذا المعيار فإنه لوصف شرط ما بالتعسفي يجب أن يكون الخل الذي ينشأ بين حقوق والتزامات الأطراف كبيرا، وبالتالي فإن مجرد عدم التناسب مع الضرر الحاصل للمستهلك لا يكفي لوصفه بالتعسفي، وهذا ما ذهبت إليه بعض السوابق القضائية⁽²⁾ حينما استدعت وصف "المفرطة" في الميزة الممنوحة للمحترف حتى يعتبر الشرط تعسفيا⁽³⁾.

لا يشترط أن يتحقق الإختلال الكبير فعليا ولكن يكفي أن تهدف إلى خلق هذا الاختلال ولو لم يتحقق، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بخصوص بند تم إدراجه في العقد يشير إلى تبرئة المحترف من جميع المسؤوليات⁽⁴⁾، حيث أيدت فيه توصيات صادرة عن لجنة البنود التعسفية⁽⁵⁾، إذ تعتبر أن أي شرط من شأنه أن يخلق اختلالا كبيرا في التوازن لصالح المحترف هو تعسفي ولو لم يتحقق ذلك فعلا⁽⁶⁾.

حرص المشرع الفرنسي عند تقييم مدى تعسف الشروط التعاقدية ألا يتعلق الأمر بالشروط الأساسية للعقد أو كفاية السعر أو المكافأة عن الممتلكات المباعة أو الخدمة المقدمة⁽⁷⁾، بمعنى آخر أن التعسف في العقد البنكي لا يمكن أن يتعلق بالشروط التي تحدد جوهر الخدمة البنكية، إذ يتم تقدير الشرط التعسفي بناء على الاختلالات الجزئية في العقد، أي تلك التي تتعلق ببنود تعاقدية ثانوية⁽⁸⁾.

(1) 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, abrogé.

(2) Cass civ 1^{ère} chambre, 07 juillet 1998, Bulletin civil I 1998, n° 240, p 167.

(3) Cass civ 1^{ère} chambre, 10 avril 1996, Bulletin civil I 1996, n° 177, p 123.

(4) Cass civ 1^{ère} chambre, 14 novembre 2006, Bulletin civil 2006 I, n° 488, p 420.

(5) Recommandation de commission des clauses abusives n° 04-02 du 06 septembre 2004, achat de véhicule automobiles de tourisme. disponible sur le site : www.clauses-abusives.fr

(6) Cass civ 1^{ère} chambre, 14 novembre 2006, Bull civ I 2006, n° 482, p 414: «Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, ... il en résultait que la clause litigieuse,...., créant ainsi un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, comme l'a aussi énoncé la commission des clauses abusives dans ses recommandations n° 91-02 et 04-02, en ce qu'elle sanctionne plus lourdement l'inexécution du consommateur que celle du professionnel, devait être regardée comme abusive... ».

(7) Article L 212-1 alinéa 03 de code de la consommation Français, op.cit.

(8) CHAZAL Jean-Pascal, op.cit, p 515.

ينتقد بعض الفقه معيار عدم التوازن الكبير بسبب أنه معيار عام يقوم على تقدير شامل، كما أنه مفهوم متغير يثير مشكلات كثيرة في التطبيق العملي، بسبب اختلاف الشروط من حالة إلى أخرى⁽¹⁾، وهو ما قد يستغله البنك لمصلحته لتجنب حرمانه من الامتيازات التي حصل عليه بموجب العقد الذي أبرمه، من خلال الحرص على صياغة بنود العقد بشكل يخفي به وجود اختلال في التوازن، لذلك يدعو الفقه إلى وجوب الاستعانة بمعايير أخرى للتدليل على وجود هذا الاختلال⁽²⁾، ومع ذلك يبقى هذا المعيار هو الأكثر تكريسا في التشريعات إذ يقوم على تقدير موضوعي، أي أن نظرة القاضي تركز على الشرط التعسفي نفسه وليس على المتعاقدين⁽³⁾.

ثانيا: طرق تحديد الشروط التعسفية

لم يعتمد المشرع الجزائري منهجا موحدا في مسألة تحديد الشرط التعسفي، فبعدما منح للقاضي في مجال عقود الإذعان السلطة في تقدير مدى تعسف الشروط التعاقدية، عاد بموجب قانون 02-04 المعدل والمتمم والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم إلى تحديد قائمتين بالشروط التي تعتبر تعسفية.

1- سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية:

لم يتضمن القانون المدني أي تعريف للشروط التعسفية أو تحديد لها، واكتفى بمنح القاضي سلطة تعديل هذه الشروط أو إلغائها بموجب المادة 110 منه، وبذلك ترك المشرع للقاضي كامل الحق في تقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، ولا رقابة للمحكمة العليا على تقديره، ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به⁽⁴⁾، فإذا بدى للقاضي بأن الشرط تعسفي كان له أن يعدله أو يلغيه، وهو غير مقيد في ذلك سوى بما تقتضيه قواعد العدالة⁽⁵⁾،

اعترفت محكمة النقض الفرنسية للقاضي بسلطة تقدير مدى تعسف الشروط التعاقدية وذلك في قرار صادر عنها بتاريخ 14 ماي 1991، أيدت فيه حكم صادر عن محكمة الاستئناف،

(1) SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, op.cit, p 132.

(2) GILLOTOT Annelieke, op.cit, p 209.

(3) إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 114.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 250.

(5) بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 59.

اعتبرت فيه الشرط الذي يعفي الشركة من المسؤولية بندا تعسفيا، على أساس أنه يمنح لأحد المتعاقدين ميزة مفرطة جعلته يفرضه على عميله بفضل وضعيته الاقتصادية⁽¹⁾.

خوفا من تباين الأحكام القضائية وتعسف القضاة عمدت محكمة النقض الفرنسية إلى بسط رقابتها على تقدير المحاكم للطابع التعسفي للشروط التعاقدية بوصفها مسألة قانون لا واقع⁽²⁾، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى نوع من التوحيد لمعايير التقدير وبالتالي استقرار المعاملات⁽³⁾.

لكن بصدور القانون الفرنسي رقم 95-96 بشأن الشروط غير العادلة تمّ التقليل من سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية بسبب اعتماد أسلوب القائمة، حيث تنعدم أي سلطة للقاضي إزاء البنود الواردة فيها، فلا يكون له أي خيار سوى أن يقر بتعسف البند المعروض عليه، أما إذا كان البند لا يظهر في أي قائمة فإنه يستعيد القاضي كامل التقدير، ويوصف البند بالتعسفي بمجرد التأكد من وجود اختلال كبير بين حقوق والتزامات الأطراف⁽⁴⁾.

2- تحديد الشروط التعسفية بواسطة التشريع:

سعيًا منه لإضفاء مزيد من الحماية للطرف الضعيف في عقود الاستهلاك عمد المشرع الجزائري إلى وضع قوائم تتضمن مجموعة من الشروط التي اعتبرها تعسفية، غير أن هذه الشروط غير نهائية، إذ يمكن إطلاق وصف الشرط التعسفي على بنود أخرى غير مذكورة في هذه القوائم.

أ- اعتماد نظام القوائم في تحديد الشروط التعسفية:

اعتمد المشرع الجزائري لحماية المستهلك من الشروط التعسفية أسلوب القائمة البيانية غير الحصرية⁽⁵⁾، حيث ذهب في نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم إلى ذكر ثمانية أنواع من الشروط التي اعتبرها تعسفية، ويعتبر هذا الأسلوب أفضل ضمانا لتحقيق الاستقرار والأمن القانوني، إذ تمد القاضي بعلامات إرشادية تساعد عند تقدير وصف التعسفي

(1) Cass civ 1^{ère} chambre, 14 mai 1991, Bulletin civ I 1991, n° 153, p 101 : « tendu, ensuite, qu'ayant relevé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, le jugement attaqué, dont il ressort qu'une telle clause procurait un avantage excessif à la société Minit France et que celle-ci, du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle, a décidé à bon droit que cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite ; d'où il suit que le moyen ne peut être retenu en aucune de ses deux branches ».

(2) Cass civ 01^{ère} chambre, 26 mai 1993, Bulletin civil 1992 I, n° 192, p 132.

(3) بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 40.

(4) HAMMOUD May, op.cit, p 175.

(5) وهو نفس المنهج الذي اتبعه المشرع الأوروبي في التوجيه الأوروبي رقم 93/13/CEE.

في الشروط التعاقدية⁽¹⁾، كما أن لها دور وقائي تمكن المستهلك من تجنب مثل هذه الشروط عند إبرام العقد، وهو ما يغنيه عن خوض أي منازعة قضائية في المستقبل.

تتعدد أشكال نظام القائمة المعتمد من قبل التشريعات، فمنها من اعتمد على نظام القائمة السوداء في حين أخذت أخرى نظام القائمة الرمادية، فالقائمة السوداء تحتوي على شروط يفترض فيها أنها تعسفية، وهي قرينة قاطعة لا يمكن اثبات عكسها، وبذلك يكون الشرط باطلا بمجرد ادراجه في هذه القائمة ولا يمكن للمحترف إثبات عكس ذلك⁽²⁾، وهو الأسلوب الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال قائمة غير حصرية⁽³⁾.

أما القائمة الرمادية فتتضمن البنود التي يفترض أنها تعسفية بالنسبة للاختلال الذي تنطوي عليه بين حقوق والتزامات الأطراف، غير أن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس، وفيما يتعلق بالبنود المتضمنة في القائمة الرمادية لن يكون المستهلك مضطرا لإثبات الطبيعة التعسفية لهذه القواعد، بل يكون على المحترف تقديم الدليل على الطبيعة غير التعسفية للبنود⁽⁴⁾، وقد اعتمد المشرع الفرنسي على هذا النظام من خلال المادة R212-1 من قانون الاستهلاك، وأيضا القائمة المرفقة بالتوجيه الأوروبي رقم 93/13/CEE.

ب- أنواع الشروط التعسفية المحددة في التشريع الجزائري:

تضمنت نصوص التشريع الجزائري قائمتين للشروط التعسفية يتضمنان ما بين (08) ثمانية وأثنى عشر (12) بندا، وعلى العموم يمكن إجمال هذه الشروط ضمن الفئات التالية:

ب1- الشروط التي تقضي بمنح سلطات انفرادية للمحترف:

يندرج ضمن هذه الفئة البنود التالية:

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك⁽⁵⁾.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد⁽⁶⁾.

(1) إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 100.

(2) GILLOTOT Annelieke, op.cit, p 463.

(3) تعتمد العديد من الدول الأوروبية نظام القائمة السوداء الحصرية مثل ألمانيا والبرتغال وهولندا.

- PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op.cit, p 264.

(4) HAMMOUD May, op.cit, p 150.

(5) المادة 05 البند 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والمحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

(6) المادة 05 البند 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والمحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد، أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة⁽¹⁾.

ب2- الشروط التي تؤدي إلى إحداث اختلال في الالتزامات والحقوق:

تضمنت القائمتين المقررتين بشأن البنود التعسفية مجموعة من البنود التي من شأنها إحداث اختلال في التوازن بين الأطراف، ويحدث هذا الاختلال إما من خلال الزيادة في التزامات المستهلك أو الانتقاص من حقوقه، وفي المقابل الزيادة في حقوق المحترف أو الانتقاص من التزاماته، ومن البنود التي تدخل في هذه الفئة ما يلي:

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

- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

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

- إعفاء المحترف نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته⁽²⁾.

- أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

(1) البنود 03، 04، 07 من المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

(2) البنود 08، 09، 10، 11، 12 على التوالي، من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والمحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة⁽¹⁾.

ب3- شروط الحد أو الإعفاء من المسؤولية:

قد يرمي الشرط الاتفاقي إلى الإعفاء من المسؤولية مطلقا وقد يكون الغرض منه الحد منها، وحسب القواعد العامة للقانون المدني تكون مثل هذه الشروط صحيحة في مجال المسؤولية العقدية⁽²⁾، على أن لا يكون الغرض من هذا الشرط الإعفاء مما قد ينشأ عن الغش وما يلحق من خطأ جسيم⁽³⁾، بمعنى آخر فإن شرط الإعفاء أو الحد من المسؤولية ينصب على الأخطاء التعاقدية اليسيرة فقط⁽⁴⁾، حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 178 من القانون المدني على بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي⁽⁵⁾، على أساس أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام.

غير أن المشرع الجزائري بموجب قوانين حماية المستهلك اعتبر مثل هذه الشروط تعسفية في حالة اشتراطه من قبل المحترف في العلاقة التعاقدية التي تربطه مع المستهلك، وقد تضمنت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم وصفت عدة بنود تتضمن الحد أو الاعفاء من المسؤولية بأنها شروط تعسفية، ويتعلق الأمر بالبنود التالية:

- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- عدم إعطاء الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه⁽⁶⁾.

(1) البنود 01 و 02 و 05 و 06 و 08 على التوالي، من القانون رقم 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

(2) تنص الفقرة 02 من المادة 178 من القانون المدني على أنه: "وكذلك يجوز الاتفاق على الاعفاء من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية..."

(3) يكمل المشرع صياغة الفقرة 02 من المادة 178 من القانون المدني السابقة الذكر بـ: "إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم....".

(4) بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 72.

(5) تنص الفقرة 03 من المادة 178 من القانون المدني على: "يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

(6) البنود 04 و 06 على التوالي من المرسوم التنفيذي رقم 03-306 والمحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

يترتب على وجود نص يقضي باعتبار هذه الشروط تعسفية أن لا يكون لمثل هذا الشرط أي أثر ولا يكلف المستهلك بإثبات الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من المحترف⁽¹⁾، وذلك على خلاف ما تقضي به القواعد العامة للقانون المدني التي تتطلب لإبطال مثل هذا الشرط اثبات غش المتعاقد الآخر أو خطئه الجسيم.

إن القضاء الفرنسي منذ البداية كان صارما للغاية بشأن قبول شرط الإعفاء أو الحد من المسؤولية⁽²⁾، وقد أتيحت لمحكمة النقض الفرنسية الفرصة في تطبيق هذا الحظر المتعلق بشرط الإعفاء من المسؤولية في المجال المصرفي في قرار لها صادر بتاريخ 23 جانفي 2013 بشأن عقد حساب مصرفي⁽³⁾، حيث تضمن العقد بند يفيد تحمل المستهلك المسؤولية عن فحص الشيكات المصرفية وسلامتها عند تسليمها، وهو ما اعتبرته من قبيل الحد أو الإعفاء من المسؤولية المحظور بنص المادة R212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽⁴⁾.

بالرغم من وجود نص صريح في القانون الفرنسي باعتبار شرط الحد من المسؤولية تعسفيا وفي ذات الوقت غير مكتوب، إلا أن جانب من الفقه يرى أن هذا التوسع الكبير في حظر الشروط التي تحد من مسؤولية المحترفة ليس له ما يبرره، فتحديد المسؤولية لا يؤدي بذاته إلى خلق اختلال كبير بين حقوق والتزامات الأطراف، لأن الحق في التعويض لم يلغى تماما وإنما خُفض، فهي مجرد تعديل للقواعد التكميلية المنظمة للمسؤولية العقدية⁽⁵⁾.

تؤيد لجنة البنود التعسفية هذا الرأي الأخير، إذ وجدت أنه "من غير المناسب اعتبار من حيث المبدأ - جميع البنود التي تحد من المسؤولية تعسفية في جميع عقود الاستهلاك"⁽⁶⁾، فاللجنة تُقيد سوى الشروط التي تحد من مسؤولية المحترف "في ظل ظروف لا تسمح للمستهلك بتحديد نطاق هذا القيد بدقة"⁽⁷⁾.

(1) بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 74.

(2) Cass com, 14 avril 1992, Bulletin IV 1992, n° 160, p 112.

- Cass com, 06 avril 1993, Bulletin IV 1993, n° 138, p 94.

- Cass com, 07 juin 1994, Bulletin civ IV 1994, n° 201, p 161.

- Cass com, 10 janvier 1995, Bulletin IV 1995, n° 134, p 105.

(3) Cass civ 1^{ère} chambre, 23 janvier 2013, non publiée au bulletin.

(4) PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op.cit, p 377.

(5) HAMMOUD May, op.cit, p 156.

(6) PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op.cit, p 378.

(7) Recommandation de la commission des clauses abusives n° 97-01, pour la télésurveillance, BOCCRF du 11/06/1997, p 16. Disponible sur le site :

www.clauses-abusives.fr/recommandation/telesurveillance

بما أن المشرع الجزائري قد وضع قائمة بالشروط التعسفية في كل من القانون 04-02 المعدل والمتمم⁽¹⁾ والمرسوم التنفيذي 06-306 المعدل والمتمم⁽²⁾، فإن القاضي ملزم باحترام هذه القائمة من خلال وصف أي شرط وارد ضمنها بالتعسفي، ومع ذلك فهي قائمة غير نهائية مما يسمح للقاضي بإعمال سلطته التقديرية في حالات أخرى غير المذكورة بموجب نص.

المطلب الثاني:

الوسائل القانونية لمواجهة الشروط التعسفية

تتفق أغلب التشريعات على وجوب التدخل من أجل مواجهة الشروط التعسفية وحماية الطرف الضعيف منها، ولكنها تختلف من حيث الأساليب المتبعة في مكافحة هذه الشروط، فمنها من يأخذ بالأسلوب القضائي الذي يكتفي من خلاله المشرع بإعطاء سلطة تقديرية للقاضي لتحديد هذه الشروط وإلغائها، ومنها ما يعتمد على الأسلوب التشريعي والذي يتدخل من خلاله المشرع بتحديد قائمة للشروط التعسفية، ومنها ما يأخذ بالأسلوب الإداري أو التنظيمي، ويترك للسلطة التنظيمية أو لهيئة إدارية معينة التقدير العملي للشروط التعسفية حالة بحالة.

المشرع الجزائري لم يخرج في مكافحته للشروط التعسفية عن إحدى هذه الحالات، حيث اقتصر في بادئ الأمر على ما هو مقرر في القانون المدني من قواعد حمائية لاسيما نص المادة 110 منه، وهو ما يعرف بالأسلوب القضائي، ثم عزز المشرع هذه الحماية من خلال القواعد الخاصة بحماية المستهلك حيث حدد من خلال قائمتين مختلفتين الشروط التي تعتبر تعسفية (الأسلوب التشريعي)، ومن جهة أخرى أقرّ بإنشاء لجنة البنود التعسفية واعترف لها باختصاصات معينة في مجال مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

فقد تطورت الوسائل القانونية المعتمدة في التشريع الجزائري لمواجهة الشروط التعسفية، فبعدما كانت الحماية تنحصر في مجال أحكام القانون المدني (الفرع الأول)، تعززت بأحكام خاصة تتعلق أساسا بحماية المستهلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مكافحة الشروط التعسفية في نطاق أحكام القانون المدني

قد يبدو من غير المنطقي البحث عن قواعد حمائية للطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك في ظل وجود نصوص خاصة، خاصة وأن هذه القواعد لا تولي أي اعتبار لخصوصية

(1) المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتضمن بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

(2) المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والمحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

العلاقة التي تجمع المستهلك بالبنك، ولكن بالرغم مما يبدو ظاهرياً من اختلاف بين قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية والقواعد العامة للقانون المدني، سواء من حيث أساليب الحماية الخاصة أو من حيث طبيعة العلاقة التي تنشأ بين اللاعبين الرئيسيين في الحياة الاقتصادية وهم المحترفين والمستهلكين، فإن القواعد العامة في إطار الأحكام الفقهية⁽¹⁾ تتنافس بشكل جدي مع قواعد حماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية، سواء من خلال الأنظمة التقليدية المعروفة في القانون المدني مثل نظام البطلان والسبب ونظرية التعسف في استعمال الحق (أولاً)، أو من خلال السلطات المخولة صراحة للقاضي لمعالجة عدم التوازن الذي قد يلحق عقود الإذعان بسبب تضمينه شروطاً تعسفية (ثانياً).

أولاً: مدى إمكانية الاستعانة بقواعد القانون المدني لمواجهة الشروط التعسفية

بالرغم من أن القواعد العامة للتعاقد في مجال القانون المدني مبنية على احترام مبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد، إلا أنه يمكن الاستفادة من بعض أحكامه لمواجهة الشروط التعسفية في عقود تقديم الخدمات البنكية الالكترونية، خاصة وأن إبرام العقود البنكية تخضع في الكثير من جوانبها للقواعد العامة، سواء تلك المتعلقة بالقواعد الآمرة التي يترتب على مخالفتها البطلان، أو تلك القواعد المقررة لحماية أحد الأطراف في العقد.

1- إبطال الشرط الإرادي المحض:

تعاقب القواعد العامة للعقود على الشرط الإرادي المحض عندما يتم اشتراطه لصالح المدين الملتزم⁽²⁾، ويقصد بالشرط الإرادي ذلك الشرط الذي يجعل تنفيذ العقد مرهوناً بالإرادة الأحادية الجانب للملتزم، ويترتب على هذا الشرط بطلان الالتزام وليس الشرط فقط، ويذهب الفقه إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً على اعتبار أن الالتزام جوهرى لا يقوم العقد بدونه⁽³⁾، ولذلك يمكن استخدام هذه الأحكام المقررة في القواعد العامة لمكافحة الشروط التعسفية التي يحتفظ بموجبها المحترف بحقه في تحديد شروط يحققها متى أراد⁽⁴⁾ أو تعديل العقد بصفة انفرادية⁽⁵⁾ من خلال إلغاء التزامات كانت مترتبة على عاتقه أو التخفيف منها أو تعديلها.

(1) PIZZO Jean-Pierre, Code de la consommation, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris 1996, p 210.

(2) تنص المادة 205 من الأمر رقم 58-75 المعدل والمتمم، والمتضمن القانون المدني على أنه: "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم".

(3) CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, op.cit, p 224.

(4) البند 02 المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتضمن بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

(5) الفقرة 02 المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والمحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

اعتمدت السوابق القضائية الفرنسية هذا الحل لا سيما بالنسبة للحالات التي يحتفظ فيها المحترف بانفراده بتحديد السعر أو المقابل لفترة غير محددة⁽¹⁾، وبشكل مماثل قضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار صادر في 02 ماي 1990 بعدم فعالية الشرط الذي يمنح للبنك حرية تحديد سعر الفائدة إلى ما بعد إبرام العقد⁽²⁾.

إنه ذات المبدأ الذي أخذت به أيضا لجنة الشروط التعسفية الفرنسية في توصية صادرة عنها بشأن عقود بطاقات الائتمان، والتي تنص على أنه: "حيث أن بعض جهات إصدار البطاقات تحتفظ بالحق في سحب البطاقة الصادرة للمستهلك في أي وقت، حسب تقديرها الخاص ودون إبداء الأسباب، وإن مثل هذا البند يمنح الجهة المصدر السلطة التقديرية في عدم ضمان أداء التزامها الرئيسي الذي يتمثل في توفير وسيلة للدفع، ولذلك فإن مثل هذا الشرط يعتبر تعسفيا"⁽³⁾.

2- ركن السبب ودوره في إعادة التوازن للعقد:

يمكن التخلص من بعض الشروط التعسفية في عقود تقديم الخدمات البنكية الالكترونية من خلال تطبيق أحكام السبب كركن في الالتزام، إذ تقرر القواعد العامة وجوب أن يكون للالتزام سببا مشروعاً، وعدم وجود السبب يترتب عليه بطلان الالتزام والعقد لتخلف ركن من أركانه، وبالتالي فإن الشرط الذي يعفي المحترف من المسؤولية يمكن إبطاله إذا ما تعلق بالالتزام أساسي في العقد⁽⁴⁾ لأنه لم يعد للالتزام الطرف الأول سبب، وقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية في أحكام صادرة عنها على فكرة غياب السبب أو عدم صحته لإلغاء بعض الالتزامات المفروضة على الطرف الضعيف في العقد⁽⁵⁾.

3- الأحكام المتعلقة بصحة العقد:

وفقا للمادة 81 من القانون المدني الجزائري فإنه لقيام العقد صحيحا وملزما يتعين أن تكون إرادة الأطراف مستتيرة وحرّة وصحيح أي خالية من أي عيب يشوب الإرادة، وهذه الأحكام وإن

(1) Cass civ 1^{ère} chambre, 14 décembre 2004, Bulletin civ I 2004, n° 327, p 272.

- Cass civ 1^{ère} chambre, 15 décembre 2005, Bulletin civ I 2005, n° 489, p 411.

(2) Cass com, 02 mai 1990, n° de pourvoi: 88-14161, non publié au bulletin.

(3) Recommandation n° 94-02, BOCCRF du 27 septembre 1994, portant contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit : "considérant que certains émetteurs de carte se réservent la faculté de retirer la carte délivrée au consommateur à tout moment, à leur seule discrétion et sans avoir à fournir de motif ; qu'une telle clause confère à l'émetteur le pouvoir discrétionnaire de ne pas garantir l'exécution de sa principale obligation qui consiste en la mise à disposition d'un moyen de paiement ; qu'une telle condition potestative est abusive ». www.clauses-abusives.fr

(4) HAMMOUD May, op.cit, p 161.

(5) Cass civ 1^{ère} chambre, 03 Juillet 1996, Bulletin civ 1996 I, n° 286, p 200.

قررت في الأصل كشرط لصحة العقد فإن بعض الفقه يذهب إلى بإمكانية اعتمادها كوسيلة لحماية المستهلك كطرف ضعيف في العقد⁽¹⁾.

إذ يمكن للمستهلك أن يتخلص من العقد الذي أبرمه مع البنك والذي يتضمن شرط عمولة مرتفعة غير معتادة في مجال المعاملات البنكية المعتادة، على أساس أنه وقع في غلط جوهري في طبيعة ونوعية الخدمة المقدمة، كما يمكنه الاستعانة بأحكام التدليس في الحالة التي يستعمل فيها البنك وسائل احتيالية لإيقاع المستهلك في غلط، خاصة وأن الفقرة الثانية من المادة 86 من القانون المدني تنص على أن السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة يعد تدليسا إذا ما كان هو الدافع إلى التعاقد.

كما تتم مواجهة الشروط التعسفية على أساس أحكام عيب الإكراه، فإذا ما تعاقد المستهلك تحت سلطة رهبة بينة بعثها في نفسه المتعاقد الآخر دون حق، وقد يتولد الإكراه عن الظروف الاقتصادية والاجتماعية، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها استغلال المتعاقد للتبعية الاقتصادية كسبب معيب للعقد⁽²⁾ مادام المتعاقد الآخر هو الذي مارس هذا الإكراه أو كان عالما به⁽³⁾.

4- مواجهة الشروط التعسفية على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق:

يعتبر استعمال الحق تعسفيا إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، أو إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، وكذلك إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة⁽⁴⁾، ويترتب على الاستعمال التعسفي للحق تعويض الطرف المتضرر عم الأضرار التي لحقته، ويذهب تيار في الفقه الفرنسي إلى أن هذه النظرية هي أساس اعتماد أحكام خاصة بالشروط التعسفية بالنظر إلى تشابه المصطلحات والمناقشات البرلمانية التي تمت حول النصوص المتضمنة هذه الأحكام⁽⁵⁾، إذ يمكن لهذه النظرية أن تحقق نتائج في مجال مواجهة الشروط التعسفية والاختلالات العقدية الناتجة عنها إذا ما توفرت حالاتها.

(1) AULOY Jean-Calais, STEINMETZ Frank , op.cit, p 224.

(2) Cass com du 07 janvier 2004, Bulletin civ 2004 IV, n° 4, p 04 : «... la dépendance économique est définie comme étant la relation dans laquelle l'un des partenaires n'a pas de solution alternative s'il souhaite refuser de contracter dans les conditions que lui impose son client ou son fournisseur... ».

(3) المادة 89 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(4) المادة 124 مكرر من المر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(5) HAMMOUD May, op.cit, p 163.

لكن معالجة الشروط التعسفية عن طريق نظرية التعسف في استعمال الحق يقتصر على تقرير الحق للمتعاقد المتضرر في التعويض إذا ما أثبت توفر إحدى الحالات المقررة في هذه النظرية، لكنه غالبا ما تخرج الشروط التعسفية في العقد عن تلك الحالات التي تطبق فيها نظرية التعسف في استعمال الحق، بالنظر لمحدودية مجال تطبيقها.

بالرغم من نجاح بعض التطبيقات القضائية في الاستفادة من نظريات المعروفة في القانون المدني للتخلص من بعض الشروط التعسفية وحماية الطرف الضعيف منها، إلا أنها قد تكون غير مجدية في بعض الحالات، بالإضافة إلى أن تطبيقها يكون متوقفا على تقدير القضاة وهو أمر غير مستقر، لذلك يبقى من الضروري البحث عن أحكام خاصة لمواجهة الشروط التعسفية تمكن القاضي من إعادة التوازن للعقد بشكل مباشرة، خاصة مع تعدد الصور التي يمكن أن تتخذها الشروط التعسفية والتي لا يمكن إلغاؤها بمجرد تطبيق القواعد العامة للتعاقد.

ثانيا: المعالجة القضائية لعقود الإذعان المتضمنة شروطا تعسفية

خروجا عن المبادئ العامة التي تقضي بأن دور القاضي يقتصر بالنسبة للعقود على مجرد تفسيرها، وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان، اعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني تجيز له إلغاء الشروط التعسفية أو تعديلها بغية إعادة التوازن فيما بين المتعاقدين، والذي يُعد تفويضا ممنوح للقضاة للسيطرة القضائية على الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

لكن يتعين مراعاة شرط أساسي عند تطبيق هذه الحلول في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية، هو أن يحوز العقد المبرم بين المستهلك والبنك وصف الإذعان، لأن هذه الأحكام الحمائية مرتبطة بشكل حصري بهذا النوع من العقود.

1- تفسير عقود الإذعان:

تختلف سلطة القاضي في تفسير عقود الإذعان عن سلطته في العقود الأخرى بصفة عامة، لأن طريقة إبرامها تختلف عن غيرها من العقود العادية، إذ يتم التراضي فيها بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، مما يدل على غياب الإرادة الحقيقية المشتركة، فإذا كان الأصل أن يفسر الشك لمصلحة المدين، فإنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن⁽¹⁾، على أساس أنه إذا كان فيه لبس

(1) المادة 112 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

أو إبهام فمن العدل أن يتحمل هذا الأخير تبعة تقصيره في إيضاح شروط العقد، وأن لا يستفيد من غموض الشروط التي أملاها وفرضها على المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

فالبنك في عقود الإذعان هو الذي وضع شروط التعاقد وكان في استطاعته أن يفرض على الطرف المذعن شروطا واضحة لا غموض فيها، فإذا لم يفعل يؤخذ بخطئه وتقصيره، ويتحمل هو تبعة الغموض الذي تسبب فيه⁽²⁾.

فإذا تضمن عقد الإذعان المبرم بين المستهلك والبنك حول تقديم خدمة إلكترونية شرطا غامضا، ولم يستطع القاضي تبديد هذا الغموض بوسائل التفسير المتاحة والممكنة⁽³⁾ بل ظل الشك قائما حول ما أراده المتعاقدان من العبارة المستعملة، فهنا يجب على القاضي تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن وهو المستهلك، حتى ولو كانت القواعد العامة للتفسير تقضي بتفسير الشك لمصلحة الطرف الآخر.

إن هذه القاعدة في التفسير تطبق على جميع شروط عقد الإذعان سواء كانت مطبوعة أو غير مطبوعة، وإن كانت في الحالة الأولى أكثر بروزا ووضوحا⁽⁴⁾، كما لا يستلزم لتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن البحث في وجود الصفة التعسفية للشرط، لأن المشرع لم يستلزمها في النص الذي أورد هذا الحكم (المادة 112 من القانون المدني)، فالصفة التعسفية يتطلبها القانون في حالة اتجاه القاضي نحو تعديل أو إلغاء الشرط.

2- معالجة الشروط التعسفية في عقود الإذعان:

يعترف المشرع للقاضي بسلطة التدخل لمعالجة الاختلال في التوازن بين التزامات الأطراف الذي ينتج عن تضمين عقد الإذعان شروطا تعسفية، من خلال تقرير سلطات استثنائية للقاضي تؤدي إلى المساس بمبدأ الحرية التعاقدية وتستبعد تطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد، وتُمكن هذه

(1) بودالي محمد، المرجع السابق، ص 63.

(2) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 221.

(3) تنص المادة 111 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، والمتضمن القانون المدني: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

(4) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 225.

السلطات القاضي من تعديل الشروط التي تكيّف على أنها تعسفية، بل يُمكنه أن يذهب إلى أبعد من ذلك فيعفي المستهلك منها.

أ- مدى سلطة القاضي في التدخل التلقائي:

عرف القضاء الفرنسي تطورا كبيرا في مسألة إثارة القاضي من تلقاء نفسه الطابع التعسفي للبند دون وجود طلب مسبق⁽¹⁾، حيث تغير موقف محكمة النقض الفرنسية بدعوة من محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي، فبعدما رفضت في قرار لها صدر في 15 فيفري 2000 منح القاضي مكنة إثارة مسألة تعسف الشرط التعاقدي من تلقاء نفسه⁽²⁾، عادت لتوافق على قيام القاضي بإزالة الشروط التعسفية تلقائيا⁽³⁾، خاصة بعد صدور قرار من محكمة العدل الأوروبية تطلب فيها من القضاة التدخل التلقائي لإزالة الشروط التعسفية⁽⁴⁾.

تُشدد محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي في اعتبار أن الكشف عن وجود بند تعسفي في العقد ليس مجرد مكنة وإنما هو التزام على عاتق القاضي الوطني، بالنظر إلى طبيعة وأهمية المصلحة التي تستند إليها حماية المستهلك بموجب التوجيه رقم 93/13/CEE المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة من طرف المستهلكين، ويكون قضاة الموضوع مطالبين بحكم وظيفتهم بتقييم الطبيعة التعسفية لبند تعاقدى لإعادة التوازن المفقود بين المحترف والمستهلك⁽⁵⁾.

تشتترط محكمة النقض الفرنسية في حالة التدخل التلقائي لإلغاء البند التعسفي أن يقوم القاضي بإخطار الأطراف وأن يدعوهم لتقديم ملاحظاتهم⁽⁶⁾.

تطبيقا لأحكام القانون المدني الجزائري يجوز للمستهلك باعتباره الطرف المذعن اللجوء للقاضي للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو الإعفاء منها كلية على نحو ما تقضي به قواعد العدالة، ولكنه لم تشر هذه الأحكام إلى إمكانية التدخل التلقائي من

(1) PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op.cit, p 176.

(2) Cass civ 1^{ère} chambre, 15 février 2000, Bulletin 2000 IV, n° 49, p 34 : «Attendu que la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger». www.legifrance.gouv.fr

(3) Cass civ 1^{ère} chambre, 01 octobre 2014, Bulletin civ 2014 I, n° 158 : « ... que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif des clauses contractuelles invoquées par une partie dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet... ». www.legifrance.gouv.fr

(4) Arrêt de CJUE, 1^{ère} chambre du 26 octobre 2006, affaire C-168/05 : « La nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient, en outre, que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel ».

(5) NOURISSAT Cyril, « Stipulation d'une clause compromissive et droit communautaire : un nouvel horizon », **RLDA** n° 14, mars 2007, p 57.

(6) Cass civ 1^{ère} chambre, 30 mai 2012, N° de pourvoi: 11-12242, non publié au bulletin.

القاضي للمعالجة الشروط التعسفية، وتطبيقاً لمبدأ عدم جواز حكم القاضي بغير ما طلب منه⁽¹⁾، فإنه لا يجوز له التصدي من تلقاء نفسه لمسألة تعسف شروط العقد ما لم يثيرها الطرف المذعن.

في سبيل تعزيز مركز المستهلك باعتباره المتعاقد الضعيف في العقد الذي قد يكون جاهلاً بحقوقه في مواجهة المحترف، فإنه من الضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة إثارة التعديل أو الإغفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى تنفيذ أو فسخ العقد الأصلي حتى دون وجود طلب من المستهلك، على غرار ما استقر عليه القضاء الفرنسي.

ب- سلطة القاضي في تعديل أو الإغفاء من الشروط التعسفية في عقود الإذعان:

إن الاعتراف للقاضي بسلطة التدخل من أجل مواجهة الشروط التعسفية مقيد باستعمال وسيلتين محددتين، إما تعديل الشروط التعسفية أو الإغفاء منها، فلا يمكن للقاضي الخروج عن هذا النطاق والحكم ببطالان العقد، لأن هذا الإجراء غير مقرر كجزاء عن وجود الشروط التعسفية.

ب1- تعديل الشروط التعسفية:

تعديل العقد يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف عن الشروط التعاقدية التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها القاضي ملائمة⁽²⁾، ويلجأ القاضي إلى تعديل الشروط التعسفية في الحالات التي يكون فيها تعديل الشرط كاف لإعادة التوازن للعقد ورفع وصف التعسفي عنه، كما قد يكون بسبب عدم إمكانية إعفاء الطرف المذعن منه تماماً، لأن إلغائه من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على العقد برمته⁽³⁾.

تتعدد أوجه تعديل الشروط التعسفية بحسب ما يتضمنه عقد الإذعان من بنود وشروط، ومن أوجه التعديل التي يمكن للقاضي الحكم بها في المجال البنكي:

- قد تكون هذه الشروط متعلقة بالمقابل الذي يفرض على المستهلك نظير الخدمة التي سيقدمها البنك، مما يجعله شرطاً جوهرياً في العقد يصعب الإغفاء منه دون المساس بالعملية التعاقدية نفسها، وبالتالي يكون للقاضي تعديل المقابل لرفع الاجحاف عن المستهلك، ومثال ذلك إذا فرض

(1) تنص المادة 25 من القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008، على أنه: "يحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد.

غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية..."

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 286.

(3) بحماوي الشريف، "سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، العدد الثاني، جوان 2014، ص 108.

البنك في عقد بطاقة الدفع الالكتروني عمولة تفوق تلك التي تم الإعلان عنها للجمهور، يمكن للقاضي التدخل لتعديل المقابل ليتوافق ما تم الإعلان عنه من قبل البنك، لأن هذا الأخير ملتزم بالاحترام الصارم للشروط البنكية التي يحددها مسبقاً⁽¹⁾.

- قد تكون الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته، فيكون التعديل إما بالزيادة أو النقصان بالشكل الذي يتحقق معه إزالة المظهر التعسفي للشرط وإعادة التوازن بين الأداءات المتقابلة⁽²⁾.

- قد يرد الشرط موضوع الطعن في صورة شرط جزائي مبالغ فيه، وهنا يتدخل القاضي للانقاص منه لإزالة هذه المبالغة على أساس اعتباره شرطا تعسفيا.

تختلف أوجه تعديل الشرط التعسفي بين الزيادة في مقدار الشرط أو الانقاص منه أو تمديد المدة أو التخفيض منها، وللقاضي السلطة الكاملة في اختيار الوسيلة التي يعتمدها في تعديل الشرط بما يتلاءم وطبيعة الشرط في حد ذاته من جهة، ومن جهة أخرى بما يحقق الغرض الذي من أجل تدخل القاضي بالتعديل وهو إعادة التوازن بين التزامات الأطراف.

ب2- الإغفاء من الشروط التعسفية:

يكون للقاضي الإغفاء من الشرط التعسفي إذا رأى بأن تعديله لا يفي بالغرض ولا يحقق الحماية الكافية للطرف المذعن، وبموجب هذه السلطة الممنوحة للقاضي يمكن له أن يعطل الشرط التعسفي فيعفي الطرف الضعيف من تنفيذه بغية إعادة التوازن للعقد، ويلجأ القاضي للإغفاء من الشرط في الحالة التي يكون هذا الشرط غير قابل للتصحيح، بحث لا يمكن إزالة الصفة التعسفية بمجرد تعديله.

إن الإغفاء من الشرط في اصطلاح بعض الفقه⁽³⁾ لا يعني إلغائه أو حذفه من العقد، وإنما يتضمن إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه، ويترتب على ذلك أن يبقى الشرط صحيحا وقائما في العقد ولكن لا يلزم المدين بتنفيذه، بمعنى أن حماية الطرف المذعن بموجب نص المادة 110 من القانون المدني تتعلق فقط بمرحلة تنفيذ العقد، ويحرم بذلك الطرف الضعيف من أي حماية مقرر له أثناء إبرام العقد، إذ لا يمكن له طلب أي حماية تذكر إلا بعد وضع العقد موضع التنفيذ أي بعد البدء في تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد.

(1) تنص المادة 16 الفقرة الثانية من النظام رقم 20-01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 286.

(3) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 243.

أما المشرع الفرنسي فقد كان أكثر صرامة ووضوحا بالنسبة للجزاء المترتب على وجود أي بند يخلق اختلالا كبيرا بين حقوق والتزامات الأطراف في عقد الإذعان، إذ اعتبره هذا البند غير مكتوب⁽¹⁾ أي في حكم العدم، ويكون للحكم الصادر عن القاضي بشأن إلغاء الشرط أثرا رجعيا من يوم إبرام العقد.

بالرغم من السلطات الواسعة الممنوحة للقاضي لمعالجة عدم التوازن الذي قد يلحق عقد الإذعان بسبب وجود بنود تعسفية، إلا أنه لا يملك إبطال الشرط التعسفي أو إنهاء العقد مادام متققا مع النظام العام والآداب، وإنما تنحصر سلطته في تعديله أو الإعفاء منه بما يعيد للعقد توازنه الاقتصادي ويحقق العدالة.

يجوز للمستهلك كطرف مدعن أن يتقدم طلبه بتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها بتعديل إلى القاضي في أي حالة كانت عليها الدعوى، ولكن لا يجوز تقديم هذا الطلب لأول مرة أمام المحكمة العليا، إعمالا لقاعدة عدم جواز تقديم طلبات جديدة عند الطعن بالنقض⁽²⁾.

ج- المعيار الذي يسترشد به القاضي في أعمال سلطته الحمائية من الشروط التعسفية:

نص المشرع الجزائري في المادة 110 السالفة الذكر على "العدالة" كمعيار يتم على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، ولم يرسم له أنماطا معينة ليتم على أساسها هذا التعديل أو الإعفاء، بل ترك للقاضي سلطة تقدير ذلك.

تطبيقا لذلك تكون سلطة القاضي في التدخل لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان المصرفية جوازية، فله أن يعدل أو يعفي منها بحسب ما يراه مناسبا، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه⁽³⁾، فلا ضابط يقيد إلا ضرورة مراعاة مقتضيات العدالة، وإن مرونة المعيار الذي اعتمده المشرع يمنح للقاضي سلطات واسعة ما بين التعديل والإعفاء، ولا يجوز للمتعاقد أن يتقاعا على سلب القاضي هذه السلطة، فمثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته النظام العام، وإلا تعطلت الحماية التي قصدها المشرع من وراء تقرير مثل هذا الحكم⁽⁴⁾.

إن العدالة مصطلح يحيط به الكثير من الغموض والإبهام بسبب تغيّره باختلاف الأزمنة والأمكنة، وكذلك اختلاف الإحساس به من شخص إلى آخر، إذ يمنح للقاضي سلطات واسعة غير

⁽¹⁾ Article 1171 alinéa 01 de code civil Français.

⁽²⁾ تنص المادة 359 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا تقبل أوجه جديدة للطعن بالنقض باستثناء الأوجه القانونية المحضة أو تلك الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه".

⁽³⁾ بجاوي الشريف، المرجع السابق، ص 109.

⁽⁴⁾ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 86.

محدودة⁽¹⁾ تمكنه من معاملة هذه الشروط بحسب اقتناعه الشخصي، وهو ما قد يؤدي إلى اختلاف في الأحكام القضائية ويؤثر على موضوعيتها، كما يمكن أن يكون مخرجا يستتجد به القضاة لتسبيب أحكامهم التي لم يجدوا لها مبررا.

إلا أن الاتجاه الغالب يقبل به كمبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما بينهم⁽²⁾، فهو مبدأ يسيطر على العقد في كل مراحله سواء في المفاوضات السابقة على العقد أو عند إبرامه أو تنفيذه فتخفف بذلك من جمود القانون⁽³⁾، لذلك يمكن أن يتحرك على أساسه القاضي عند تقدير الحل المناسب لإعادة التوازن للعقد⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: مكافحة الشروط التعسفية في نطاق النصوص الخاصة

تنبثق خصوصية العلاقة التي تربط البنك باعتباره محترفا بالمستهلك من اختلاف المركز القانوني لكل من الطرفين، إذ يعتبر المستهلك في مركز ضعيف من الناحية الفنية والمعرفية والاقتصادية، وفي المقابل يتمتع البنك بمركز متفوق يسمح له بالسيطرة على العملية المصرفية من مختلف جوانبها، بما فيها العلاقة التعاقدية التي تنشأ بمناسبة هذه العملية، من خلال التحديد المسبق لنماذج العقود وأسعار الخدمات والتي لا يقبل غالبا أي مناقشة فيها.

من المؤكد أنه لا يوجد مانع من لجوء القاضي لأحكام القانون المدني في استجابة لطلب المستهلك بتعديل الشروط التعسفية التي تتضمنها عقد تقديم الخدمات البنكية الالكترونية أو الإعفاء منها، خاصة وأن للقاضي بموجب هذه القواعد مساحة واسعة لإعمال سلطته التقديرية، ولكن بشرط أن تكيف العلاقة التعاقدية التي تربط المستهلك بالبنك على أنها عقد إذعان، وهو أمر ليس باليسير خاصة مع الاتجاه نحو تبني المفهوم الضيق لعقود الإذعان في إطار أحكام القانون المدني، والذي يؤدي إلى استبعاد العديد من العقود من الحماية بالرغم من ثبوت وجود اختلال في التوازن بين التزامات الأطراف، بسبب عدم استجابتها للخصائص التي يقوم عليها عقد الإذعان⁽⁵⁾.

لذلك يجب البحث عن أحكام أخرى قد تكون أكثر فعالية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود المبرمة بغرض الحصول على خدمات بنكية إلكترونية، والملاحظ أن أغلب

(1) بجماي الشريف، المرجع السابق، ص 106.

(2) سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص 15.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 288.

(4) سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 17.

(5) أنظر هذه الأطروحة، ص 157.

التشريعات تبنت نظام خاص للحماية من الشروط التعسفية في إطار أحكام قوانين الاستهلاك، بحيث أصبح جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني لحماية المستهلك، ووجه مهم من أوجه الحماية المقررة له، وأهم ما يميز هذه الأحكام هو وجود نصوص صريحة تستهدف الشروط التعسفية بشكل مباشرة باستخدام وسائل متعددة، وهي قابلة للتطبيق على العلاقات التعاقدية التي تربط البنك بالزبون متى كان هذا الأخير مستهلكاً (أولاً).

كما سنعمل على استقراء نصوص القانون البنكي بغية الوقوف على بعض أحكامه والتي يمكن الاستفادة منها لمكافحة الشروط التعسفية، وإن لم تتقرر بحسب الأصل لهذا الغرض (ثانياً).

أولاً: مكافحة الشروط التعسفية في إطار قواعد حماية المستهلك

بالرغم من خلو القانون 03-09 المعدل والمتمم من أية أحكام متعلقة بمكافحة الشروط التعسفية، إلا أن المشرع الجزائري اعتمد نصوصاً خاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية بموجب القانون 02-04 المعدل والمتمم في المادتين 29 و 30 منه، وتطبيقاً لهذه النصوص أصدر المشرع المرسوم التنفيذي 06-306، والملاحظ بشأن الأحكام الواردة في هذه النصوص القانونية أن المشرع اتجه فيها إلى توفير وسائل جديدة ومختلفة لمواجهة الشروط التعسفية، والتي تتنوع بين وسائل قضائية (أولاً) ووسائل إدارية (ثانياً).

1- تعدد الوسائل القضائية لمواجهة الشروط التعسفية:

تضمن القانون 02-04 المعدل والمتمم نصوصاً خاصة الغرض منها مواجهة الشروط التعسفية، ولكن باستخدام وسائل خاصة تختلف عن تلك المقررة في القانون المدني، حتى أنه لم تتضمن نصوصه أي إحالة إلى قواعد القانون المدني، بالرغم من أنه عرف عقد الاستهلاك على أنه عقد إذعان، إذ اعتمد منهجاً مغايراً في محاولة لتحقيق حماية فعالة للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، وللقاضي دور كبير في تحقيق هذه الحماية من خلال توقيع الجزاءات الجنائية وأيضاً المدنية، ويمكن للمستهلك الاستفادة من هذه الوسائل في مسعاه نحو مواجهة مثل هذه الشروط في العقود التي يبرمها مع البنك من الحصول على خدمات بنكية إلكترونية.

أ- الدعوى الجزائية:

اعتمد المشرع في سبيل ضمان تطبيق مختلف القواعد القانونية المتعلقة بحماية المستهلك على الجانب الردعي، من خلال تجريم الأفعال التي يرتكبها الأعوان الاقتصاديون (المحترفون) وتوقيع عقوبات جزائية على مرتكبيها، على أساس أن هذه القواعد الحمائية خاصة تلك التي تضمنها القانون 02-04 المعدل والمتمم جاءت في إطار ضبط السوق، وبالتالي يغلب عليها

الطابع الردعي، بالرغم من الرفض الذي أبداه بعض الفقه حول قبول توقيع الجزاء الجنائي في المجال التعاقدية على أساس أنه غريب عن العلاقة التعاقدية ولا يمكنه أن يتفاعل معها⁽¹⁾.

نلاحظ فيما يتعلق بقواعد حماية المستهلك تفضيل المشرع الجزائي الجزاء الجنائي على الجزاء المدني، لأن الجزاء الجنائي أكثر تأثيرا على المحترف الذي لا يأبه بالجزاء المدني، لذلك يجرم المشرع من خلال نص المادة 38 من القانون 02-04 المعدل والمتمم الممارسات التعاقدية التعسفية ويوقع عليه عقوبة جزائية.

يحدد المشرع من خلال المادة 38 السالفة الذكر العقوبة الموقعة على المحترف إذا ما خالف المنع الوارد في المادة 30 من القانون 02-04 المعدل والمتمم، ومارس شروطا تعسفية في العقود التي يبرمها مع المستهلكين، بغرامة مالية تقدر من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)، إذ تقتصر العقوبة الجزائية على الغرامة دون غيرها من العقوبات السالبة للحرية، على أساس أن الجريمة تتعلق بممارسات تجارية فتكون العقوبة من جنس العمل⁽²⁾.

يختص القضاء الجزائي بشكل أصيل في الفصل في قضايا الممارسات التجارية التعسفية⁽³⁾، ويكون للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بعد إرسال المحاضر من الموظفين المؤهلين قانونا، أو بتقديم شكوى ضد المحترف من طرف جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، مع إمكانية قبول المصالحة من قبل الوزير المكلف بالتجارة استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين والمرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إذا كانت الغرامة تفوق مليون دينار وتقل أو تساوي ثلاثة ملايين دينار⁽⁴⁾، ويترتب على قبول المصالحة إنهاء المتابعة القضائية.

بالرغم من النتيجة التي تتأتى من توقيع العقوبات الجزائية على البنوك بسبب الممارسات التعسفية التعاقدية بالنظر إلى حجم العقوبة المالية التي يمكن أن يتعرض لها والتي قد تصل إلى

⁽¹⁾ NOURISSAT Cyril, op.cit. p 58.

⁽²⁾ يؤكد المشرع هذه العقوبة في المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم والتي تحيل فيما يتعلق بالعقوبات إلى أحكام القانون 02-04، والتي تنص على أن: "تتم المراقبة والمعاينة وكذا العقوبات المترتبة على مخالفات أحكام المادة 05 من هذا المرسوم طبقا لأحكام القانون رقم 02-04....".

⁽³⁾ تنص المادة 60 الفقرة 01 من القانون رقم 02-04 المعدل والمتمم على أنه: "تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية".

⁽⁴⁾ المادة 60 الفقرة 02 من القانون رقم 02-04 المتضمن تحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

05 ملايين دينار جزائري، ومع ذلك تبقى الحماية التي يوفرها الجزاء الجنائي للمستهلك غير مباشرة، من خلال الردع الذي تحققه، لذلك يبقى بحاجة إلى حماية مباشرة لمصالحه الخاصة المشروعة والتي لا تتأتى إلا من خلال الجزاء المدني.

ب- الدعوى المدنية:

يتقرر للمستهلك من أجل الدفاع عن مصالحه رفع دعوى أمام الجهات القضائية المدنية منفردا للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية، كما له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب تضمين العقد بنودا تعسفية، كما يكون لجمعيات حماية المستهلك مباشرة الدعوى المدنية لما تتمتع به من حق التقاضي ممثلة عن جماعة المستهلكين.

ب1- الدعوى الفردية:

لم تتضمن نصوص القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم أي إشارة إلى إمكانية رفع دعوى لإلغاء الشروط التعسفية سواء في نماذج العقود الموجهة للمستهلكين أو حتى بعد إبرام العقد، بالرغم من أنه لا يمكن الحديث عن حماية حقيقية للمستهلك إلا من خلال إلغاء هذه الشروط وإعادة التوازن للعقد، وإن كان من الممكن الاستعانة بنص المادة 110 من القانون المدني متى توافرت شروطها، إلا أننا بحاجة لنص خاص في قانون الاستهلاك يغني القاضي عن البحث في القواعد العامة، ويقرر للقاضي صراحة سلطة إلغاء الشرط التعسفي في أي عقد استهلاك حتى قبل دخول العقد مرحلة التنفيذ، أي في نماذج العقود الموجهة للمستهلكين.

كان المشرع الفرنسي أكثر وضوحا في هذا الشأن، حيث اعتبر الشروط التعسفية كأنها غير مكتوبة⁽¹⁾ أي تعتبر كأن لم تكن⁽²⁾، فيتم إلغاء الشرط التعسفي مع الإبقاء على العقد قائما وصحيحا بالنسبة لباقي الشروط إذا كان من الممكن أن يبقى دون الشروط التعسفية⁽³⁾، أما إذا كان

⁽¹⁾ Article L 241-1 alinéa 01 de code de la consommation Français : « Les clauses abusives sont réputées non écrites ».

⁽²⁾ تختلف آلية البطلان عن آلية اعتبار البند غير مكتوب، فهذا الأخير يعتبر بندا لا وجود له أصلا، بينما البند الباطل فلا ينكر المشرع وجوده ولكن يقرر جزاء معين له وهو البطلان الجزئي، كما أن البند غير المكتوب فلا يوجد توفيق رضا حوله أي أنه لم يدخل ضمن اتفاقهم، بخلاف البطلان الذي يفترض أن البند تم بشأنه توافق إرادتي المتعاقدين، والبطلان قرر كجزء لبند موجود فعلا، لذلك ففي البند غير المكتوب يقتصر دور القاضي على تقرير عدم وجود البند والذي يترتب عليه الحذف المادي له، في حين أنه عندما يصدر حكما بالبطلان فهو ينشأ وضعاً جديداً خلافاً للواقع يتمثل في إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

- زوبة سميرة، المرجع السابق، ص 143.

⁽³⁾ Article L241-1 alinéa 02 de code de la consommation Français: « Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses ».

هذا الشرط هو الدافع للتعاقد فيبطل العقد بأكمله لعدم إمكانية استمرار العقد بعد إلغاء الشروط التعسفية، وبالتالي يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد⁽¹⁾.

بالرغم من عدم وجود إشارة واضحة في نصوص القانون 04-02 المعدل والمتمم لسلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك، يمكن تأسيس قيام القاضي بإلغاء الشرط التعسفي على أنه تصحيح للوضع الذي جاء مخالفا لنص المادة 30 من هذا القانون المدني والتي تقضي بمنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية⁽²⁾، حيث أن تضمين العقد شروطا تعسفيا يعتبر مخالفة للمنع الوارد في هذا النص، ولا يستقيم الوضع إلا بوقف هذه الأعمال المخالفة أي إلغاء الشروط التعسفية من عقود الاستهلاك.

يفقد القاضي أي سلطة تقديرية عند إلغاء الشرط التعسفي عندما يتعلق الأمر بأحد الشروط المذكورة في القائمتين المحددتين من قبل المشرع في المادة 29 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم، فلا يكون أمامه إلا إلغاء هذه الشروط وإلا اعتبر حكمه معيبا لعدم تطبيقه نصوص القانون، أما إذا تضمن العقد شروطا غير تلك المنصوص عليها، فهنا يكون للقاضي أعمال سلطته التقديرية لتكييف الشرط على أنه تعسفي باستعمال المعايير المقررة في المادة 03 الفقرة 05 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، وفي هذه الحالة الأخيرة يتميز حكم القاضي بالطابع الإنفرادي، أي أنه لا يمتد إلى العقود الأخرى ولو توفرت نفس الشروط⁽³⁾.

بناء على ما سبق فإنه في حالة وجود شروط تعسفية في عقد تقديم الخدمات البنكية الالكترونية والتي يكون فيها مستهلكا، يجوز للقاضي بناء على طلب المستهلك إلغاء هذه الشروط والإبقاء على العقد صحيحا، استنادا لنص المادة 30 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، إذ يمكن تمديد الحماية المقررة في قانون الاستهلاك إلى العقود البنكية ما دامت تستجيب للشروط القانونية المنصوص عليها خاصة فيما يتعلق بوصفها عقود استهلاك.

(1) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 535.

(2) الملاحظ على نص المادة 30 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم أنه المشرع استعمل عبارة "منع العمل في مختلف أنواع العقد ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، وإن الأخذ بظاهر هذه العبارة يعني أن المنع لا يقع على كل الشروط التعسفية وإنما البعض منها فقط، وهو حكم لا يتوافق مع الغرض الذي قرر من أجله هذا النص، خاصة وأنه جاء بعد المادة 29 التي حددت قائمة بالشروط التعسفية، وبالتالي منع العمل بأي شرط وارد في هذه القائمة وإن كانت غير حصرية، وحتى يستقيم المعنى يجب حذف كلمة "ببعض" فتصبح العبارة "منع العمل في مختلف أنواع العقود بالشروط التي تعتبر تعسفية".

(3) زوبة سميرة، المرجع السابق، ص 143.

بالإضافة إلى دعوى إلغاء الشروط التعسفية يكون للمستهلك رفع دعوى تعويض على البنك إذا ما لحقه ضرر من جراء إدراج شروط تعسفية في العقد، ولكن بناء على أحكام المسؤولية المدنية المقررة في القواعد العامة، إذ تمنح المادة 65 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم في فقرتها الأخيرة لكل شخص طبيعي أو معنوي ذو مصلحة التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم.

ب2- الدعوى الجماعية:

تخضع جمعيات حماية المستهلك للقانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات⁽¹⁾، وتعرف بأنها كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك وإعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله⁽²⁾، إذ تتعدد المهام التي تؤديها هذه الجمعيات، فمنها ما هو وقائي أو ما يسمى "بالحماية القبلية للمستهلك" من خلال تحسيس وتوعية المستهلكين وإعلامهم⁽³⁾، ومنها ما هو دفاعي أو ما يعرف "الحماية البعدية للمستهلك"⁽⁴⁾، من خلال منحها الاختصاص في رفع الدعاوى القضائية المتعلقة بالدفاع عن حقوق المستهلكين.

- دعوى التعويض الجماعي:

إضافة إلى الدور الذي تقوم به جمعيات حماية المستهلك من خلال حملات التوعية وتحسيس المستهلك لتقادي المخاطر التي قد تلحقه جراء إقدامه على الانضمام إلى علاقة تعاقدية غير متوازنة، فلها وسيلة أخرى أيضا للدفاع عن مصالح المستهلكين، والتي تتمثل في اللجوء إلى القضاء من أجل رفع دعوى قضائية، وهو حق استثنائي خوله لها المشرع، فالأصل أن يتولى المستهلك بنفسه القيام بذلك كونه صاحب الصفة والمصلحة.

اعترف المشرع الجزائري لجمعيات حماية المستهلك بالدور التمثيلي أمام القضاء من خلال المادة 65 الفقرة الثانية من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم بنصه على أنه: "كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على التعويض الذي لحقهم"، كما جاء في نص المادة 23 من الأمر رقم 09-03 المعدل والمتمم أنه: "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين

(1) قانون رقم 12-06 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، ج ر ج ج عدد 02، الصادر في 25 جانفي 2012.

(2) المادة 21 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم.

(3) أنظر: سي يوسف زاهية حورية، "دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك"، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية- أدرار، العدد 34، الصادر في 31 ديسمبر 2015، ص ص 289-294.

(4) سي يوسف زاهية حورية، "دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك"، المرجع السابق، ص 295.

لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلك التأسيس كطرف مدني".

إن اعتراف المشرع الجزائري لجمعيات حماية المستهلك في رفع دعوى تعويض جماعي (الدعوى الجماعية) مقيد بشرطين أساسيين هما تعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل، وذات أصل مشترك⁽¹⁾.

- حق جمعيات حماية المستهلك في رفع دعوى إلغاء الشروط التعسفية:

بالرغم من عدم وجود نص صريح يقرر لهذه الجمعيات الحق في المطالبة القضائية لمكافحة الشروط التعسفية إلا أنه يمكن الرجوع للحكم الوارد في المادة 65 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، والذي يقرر لجمعيات حماية المستهلك الحق في القيام برفع دعوى أمام القاضي ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، ولما كانت المادة 30 من هذا القانون تمنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية، فإن مخالفة مثل هذا المنع يعد مخالفة لأحكام القانون يسمح بحسب النص السابق لجمعيات حماية المستهلك اللجوء للقضاء للمطالبة بإلغاء هذه الشروط.

مع ذلك كان الأجدر بالمشرع أن يواكب التطور الذي عرفته التشريعات المقارنة⁽²⁾ فيما يتعلق بإرساء الحق في رفع الدعوى الجماعية للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود المقترحة من قبل المهنيين والموجهة إلى المستهلكين، خاصة وأن محكمة العدل الأوروبية أقرت لجمعيات حماية المستهلك الحق في رفع دعوى إلغاء الشروط التعسفية ضد المهنيين الذين يستعملون هذه الشروط وأيضا ضد المنظمات المهنية أو المهنيين الآخرين الذين يأمرهم أو يوصون باستعمالها، وليس من الضروري انتظار أن تكون الشروط العامة قد تم استعمالها في عقود فردية⁽³⁾.

كما استجاب القضاء الفرنسي في عدة أحكام صادرة لطلبات جمعيات المستهلكين في الدعاوى الجماعية التي رفعتها بشأن إلغاء الشروط التعسفية المتضمنة في عقود نموذجية

⁽¹⁾ المادة 23 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

⁽²⁾ Article L621-08 alinéa 02 de code de la consommation Français (créé par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JORF n° 0064 du 16 mars 2016), dispose : « Les associations et les organismes mentionnés à l'article L. 621-7 peuvent également demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés ».

⁽³⁾ SINAY-CYTERMANN Anne, op.cit, p 289.

معروضة من قبل بعض المحترفين على جمهور المستهلكين⁽¹⁾، وذلك تطبيقاً لنص المادة 06 من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 05 جانفي 1988⁽²⁾، قبل أن يعترف بهذا الحق صراحة لجمعيات حماية المستهلك من خلال المادة 2-621L من قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث يجوز لجمعيات حماية المستهلك التي تعمل وفق الشروط المحددة قانوناً أن تطلب أمام المحاكم المدنية أو الجزائية وتحت طائلة العقوبة الجزائية، اتخاذ أي إجراء يهدف إلى إلغاء أي بند غير قانوني في العقود المقدمة للمستهلكين وأي عقد قيد التنفيذ، كما يكون لها طلب إلغاء البنود التعسفية في جميع العقود المتطابقة التي أبرمها المدعى عليه مع المستهلكين.

إن الاعتراف بهذا الحق لجمعيات حماية المستهلك سيعزز الطابع الوقائي والهدف الردعي لدعوى إلغاء الشروط التعسفية، وهو ما يزيد من فعاليتها في مكافحة هذه الشروط لأنها عامة ووقائية وتنصب على العقود النموذجية التي وضعها المهنيون⁽³⁾.

2- دور الجهات الإدارية في مكافحة الشروط التعسفية:

يحدد القانون 04-02 المعدل والمتمم الجهات الإدارية المخولة بمراقبة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها في هذا القانون، منها المصالح التابعة لوزارة التجارة التي يُخَوَّل لها الاختصاص في مجال مكافحة الشروط التعسفية، كما استحدثت المشرع لجنة خاصة في إطار مكافحة الشروط التعسفية تسمى لجنة البنود التعسفية.

أ- دور المصالح التابعة لوزارة التجارة:

يرجع الاختصاص الرقابي فيما يتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية للأعوان المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة، وهم موظفون يتمتعون ببعض مهام الضبط القضائي، ومؤهلين للمراقبة والتفتيش والبحث وإجراء التحقيقات ومعاينة المخالفات التجارية بما فيما الممارسات التعاقدية التعسفية.

يعتبر الأعوان المكلفون بالرقابة التابعين لمصالح وزارة التجارة من المساعدين القضائيين، لذلك فهم ملزمون قبل مباشرة مهامهم بأداء اليمين أمام محكمة إقامتهم الإدارية والتي تسلم إشهاد

(1) TGI Paris, 3^{ème} chambre, du 16 avril 1991, disponible sur le site : www.doctrine.fr/d/TGI/Paris

- Cass civ 1^{ère} chambre, 06 janvier 1994, bulletin civ I 1994, n° 8, p 6.

(2) Article 06 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988, relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et l'information des consommateurs, JORF du 6 janvier 1988.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 533.

بذلك، يوضع هذا الأخير على بطاقة التفويض بالعمل⁽¹⁾.

بناءً على الاختصاصات المخوّل لهم قانوناً⁽²⁾، فإن الأعوان المكلفون بالرقابة يمكنهم إجراء أي معاینات للبنوك أو المؤسسة المالية في إطار مكافحة الشروط التعسفية، ويرخص لهم فحص كل المستندات اللازمة وكذلك أية وسائل مغناطيسية أو معلوماتية دون أن يحتج في مواجهتهم بالسر المصرفي⁽³⁾، كما يمكنهم أن يطلبوا استلامها حيثما وجدت والقيام بحجزها، وأي رفض من البنك يعتبر كمعارضة يعاقب عليها بموجب المادة 53 من القانون 04-02 المعدل والمتمم⁴.

ب- دور لجنة البنود التعسفية:

أنشأ المشرع الجزائري لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم، والذي حدد سير اللجنة واختصاصاتها فيما يتعلق بمكافحة الشروط التعسفية.

ب1- الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية:

تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص "لجنة"⁽⁵⁾، وهي جهاز إداري استشاري تابع لدى الوزير المكلف بالتجارة، وبالرغم من أن هذه اللجنة تنشط في المجال الاقتصادي إلا أنه لا يمكن اعتبارها سلطة ضبط مستقلة، لأنه لا تتوفر فيها المعايير المتعلقة بالاستقلالية، إذ يتم تعيين أعضائها بقرار من الوزير المكلف بالتجارة⁽⁶⁾، وهي تابعة لمصالح وزارة التجارة من حيث التسيير، كما أن النظام الداخلي الذي تعدّه

(1) قرار مؤرخ في 15 أوت 2012، يحدد نموذج بطاقة التفويض بالعمل وكيفية إصدارها وسحبها للموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتجارة، ج ر ج ج عدد 13، الصادر في 06 مارس 2013.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 11-09 مؤرخ في 20 جانفي 2011، يتضمن تنظيم المصالح الخارجية لوزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، ج ر ج ج عدد 04، الصادر في 23 جانفي 2011.

(3) المادة 50 من القانون رقم 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم.

(4) تنص المادة 53 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم على أنه: "تعتبر مخالفة وتوصف كمعارضة للمراقبة، كل عرقلة وكل فعل من شأنه منع تأدية مهام التحقيق من طرف الموظفين المذكورين في المادة 49 أعلاه، ويعاقب عليها بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2)، وبغرامة من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج)، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

(5) المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

(6) المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

اللجنة يحتاج إلى مصادقة الوزير المكلف بالتجارة، وبالتالي فإن اللجنة غير مستقلة عضويا عن السلطة التنفيذية بل تتبعها تبعية مطلقة، كما أنها لا تتمتع بالاستقلالية المالية ولا الوظيفية، فاختصاصاتها استشارية لا تتعدى مجرد تقديم توصيات واقتراحات غير إلزامية.

تتكون لجنة البنود التعسفية من خمسة أعضاء وخمسة مستخلفين ممثلين عن وزارة التجارة ومثلها عن وزير العدل وكذا عن مجلس المنافسة وعن جمعيات حماية المستهلك، وأيضا متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود⁽¹⁾، وبالنظر إلى هذه التشكيلة فيلاحظ أنها تتكون من جميع الفئات ذات العلاقة من الوزارات المعنية والمستهلكين والمحترفين وأيضا مجلس المنافسة مع وجود تكافؤ بين المستهلكين والمهنيين، وهو ما ينم عن أهمية الدور الذي يمكن أن تؤديه اللجنة في مجال مكافحة الشروط التعسفية، ويعطي مصداقية أكبر للقرارات الصادرة عنها.

ب2- اختصاصات لجنة البنود التعسفية:

تطلع لجنة البنود التعسفية بمهام استشارية متعلقة بمكافحة البنود التعسفية، وهي في سبيل ذلك تقوم بما يلي:

- تبحث في كل العقود المطبقة من قبل الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، والملاحظ بشأن هذا الاختصاص أنه يتعلق بالعقود المقدمة من قبل المحترفين والجاري العمل بها، بمعنى أنه لا يمكنها النظر في العقود وهي في مرحلة الإعداد عندما تكون مجرد مشروع، على العكس من ذلك فقد بادرت لجنة البنود التعسفية في فرنسا بإصدار عددا من الآراء بشأن مشاريع عقود⁽²⁾، إلا أنها تخلت عن هذه الممارسة بسبب أنه يمكن للقاضي أن يلغي بعض الشروط المتضمنة في عقود صادقت عليها اللجنة مسبقا، وما لذلك من آثار سلبية قد تمس بمصداقية آراء اللجنة في حد ذاتها⁽³⁾.

في إطار إنجاز هذه المهمة تُصدر اللجنة توصيات تُبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، وعادة ما تكون هذه التوصيات إيجابية من خلال اقتراح إدخال تعديلات على العقود المقدمة أو إدراج شروط جديدة في العقد، كما يمكن أن تلجأ اللجنة أيضا إلى تقنية

(1) المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

(2) Rapport d'activités pour l'année 1981 de la commission des clauses abusives, BOCCARF du 20 septembre 1982, p 23. www.clauses-abusives.fr

(3) PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op.cit, p 288.

تسمى "حجز التفسير" حين تتحدد الطبيعة التعسفية للشرط على تفسير معين⁽¹⁾، حينها تقترح اللجنة استبعاد هذا التفسير.

- كما يمكن للجنة البنود التعسفية أن تقوم بأي دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين، حيث يمكن للقاضي أن يستعين باللجنة لتقديم الخبرة بشأن قضية معروضة أمامه، إلا أن هذه الخبرة غير ملزمة للقاضي، وتبقى له السلطة التقديرية كاملة في الأخذ برأي اللجنة من عدمه، ففوة الخبرة التي تقدمها اللجنة مرتبطة بقوة التبريرات التي تستند عليها عند تقديم التوصية⁽²⁾، لذلك فإن تأثير لجنة البنود التعسفية على القضاء محدود، فلا يمكن للقاضي أن يكتفي عند تسبيب حكمه بالإشارة إلى الخبرة التي قدمتها اللجنة⁽³⁾.

- تعد لجنة البنود التعسفية تقريراً سنوياً عن نشاطاتها، والذي يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، على أن ينشر كلياً أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة⁽⁴⁾.

إن مهمة هذه اللجنة لا قضائية ولا تشريعية وإنما هي إدارية محضة، تقتصر على تحريم البنود التعسفية في العقود ولا تقوم بإصدار مراسيم، إذ أن توصياتها لا تكون لها صفة إلزامية إلا إذا غطتها دعاية واسعة⁽⁵⁾.

اتبع المشرع الجزائري عند إنشاء لجنة البنود التعسفية منهج المشرع الفرنسي، فاكتفى بمنحها الاختصاص الاستشاري وجردها من أية سلطة رقابية أو ضبطية، بل أن المشرع لم يقرر لها الحق في تقديمات توصياتها للوزارة المعنية بشأن النصوص التنظيمية المزمع إصدارها كما هو الشأن في القانون الفرنسي⁽⁶⁾، وهذا في الحقيقة يُعد أي جدوى من إنشائها، فهي أقل من أي مصلحة إدارية تابعة لوزارة التجارة، على الأقل يكون لهذه الأخيرة إصدار قرارات إدارية ملزمة، فدورها لا يتلاءم أبداً مع تنوع وأهمية تشكيلتها المتكونة من قضاة ومهنيين ومتخصصين وممثلين عن المستهلك.

(1) PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op.cit, p 290.

(2) CECILE Pérès, « Le juge administratif et les recommandations de la commission de clauses abusives », RDC n°3, du juillet 2006, p 670.

(3) PEGLION-ZIKA Claire-Marie, op.cit, p 291.

(4) المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم.

(5) سي يوسف زاهية حورية، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية - دراسة مقارنة"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف - المسيلة، العدد 18، جوان 2008، ص 206.

(6) Article L212-1 de code de la consommation Français, op.cit.

ثانيا: مدى إمكانية مواجهة الشروط التعسفية من خلال قواعد القانون البنكي

لا تتضمن نصوص البنكي أي إشارة إلى الشروط التعسفية في العقود المصرفية، حتى أنه لا توجد أي نصوص تشير بشكل مباشر إلى إعادة التوازن في العلاقة بين المستهلك والبنك، بالرغم من الهيمنة المطلقة للبنوك على العقود المصرفية، ولكن يمكن الاستعانة ببعض النصوص التنظيم المقررة النشاط البنكي أو تلك المتعلقة بالشروط المطبقة على العمليات المصرفية للتخلص من هذه الشروط، ولكن ليس بصفقتها شروط تعسفية بالمفهوم المقرر في قانون الاستهلاك، ولكن باعتبارها مخالفة لنصوص التشريع البنكي.

1- القواعد المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية:

بصدد تنظيمه للعمليات المصرفية أورد المشرع مجموعة من الأحكام الإلزامية التي يجب على البنك مراعاتها، بموجب النظام رقم 01-20 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، فأي بند في العقد يخالف مقتضى هذه الأحكام يعد لاغيا، ومثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري فيما يتعلق بتسقيف العملات المتعلقة بعمليات التجارة الخارجية⁽¹⁾، ويترتب على ذلك أن كل عمولة يفرضها البنك بمناسبة هذه العمليات تفوق تلك القيمة المحددة يمكن تعديلها وتخفيضها إلى الحد القانوني، وهو ما من شأنه معالجة الاختلال الذي قد يتسبب فيه فرض عمولات مجحفة في حق المستهلك.

كما يكون لاغيا الشرط الذي يفرض على المستهلك عمولات عن الخدمات المصرفية القاعدية، والتي اشترط المشرع أن تقدم مجانا للزبائن كمنح بطاقات بنكية والإطلاع على الحساب عن بعد، كذلك عمليات التحويل ما بين الخواص على مستوى نفس البنك، لأن هذا الشرط مخالفا لنص المادة 14 من النظام رقم 01-20.

تفرض المادة 12 من النظام السالف الذكر على أن البنك يتحمل المسؤولية ويلتزم بدفع تعويض عن كل تأخر يحدث في تنفيذ عملية مصرفية بعد مضي تاريخ تحديد القيمة، لذلك فإن أي شرط مسبق يدرجه البنك في العقد المبرم مع المستهلك يعفيه من هذه المسؤولية يكون باطلا، ويمكن للمستهلك طلب إلغائه لمخالفته لهذا النص القانوني.

2- القواعد المتعلقة بتنظيم النشاط البنكي:

كما يمكن إلغاء البند الذي يتحلل بموجبه البنك من مسؤوليته عن ضمان سرية وصحة المعلومات التي تمر عبر أنظمة الدفع، باعتباره شرطا مخالفا لنص المادة 10 من النظام 05-07

(1) المادة 15 من النظام رقم 01-20 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

المتضمن أمن أنظمة الدفع⁽¹⁾، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي الاستعانة بنظرية إنقاص العقد لإلغاء الشروط غير المشروعة والإبقاء على العقد صحيحاً⁽²⁾، كما يكون باطلاً الشرط الذي يقضي بإعفاء البنك من التزامه بالسر المصرفي المقرر بموجب المادة 117 من الأمر 03-11 المعدل والمتمم، باعتباره التزاماً قانونياً على البنوك والمؤسسات المالية مرتبط بتتظيم النشاط البنكي.

في غياب نصوص في القانوني البنكي تقرر للمستهلك الحماية التي يحتاجها في مرحلة ما بعد إبرام عقد تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية في مواجهة البنك المحترف، فلا يكون له إلا الاستعانة بالقواعد العامة لحماية المستهلك، إذ يمكنه استعمال الدعاوى المقررة للمستهلك لمواجهة الشروط التعسفية، كالدعوى الجزائية والدعوى التي تتضمن طلب إلغاء الشرط التعسفي في الحدود المقررة بموجب هذه النصوص، لكن هذه القواعد لا تسعف المستهلك أحياناً لتحصيل حقوقه من البنك، إذ لا يمكنه أن يستعمل الحق في العدول عن العقد استناداً إلى النص العام الوارد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، لأن تطبيق هذا النص متوقف على صدور نصوص تنظيمية تحدد نطاق تطبيقه ومدته، لذلك فهو يُحرم من المزايا الكبيرة التي يحققها استعمال الحق في العدول، والتي تسمح للمستهلك بالتخلص من العقد دون مبرر أو مصاريف إضافية، لذلك يتعين على المنظم البنكي التدخل بنصوص خاصة لتقرير الحق في العدول في النطاق الذي يراه مناسباً وضرورياً لحماية المستهلك من العقود التي تتضمن مخاطر خاصة.

يستفيد المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية في علاقته مع البنك بحماية خاصة في جميع مراحل العلاقة التعاقدية، ففي المرحلة السابقة للعقد تقرر له مجموعة من الحقوق التي تمكنه من الإقبال على التعاقد بإرادة مستتيرة وصحيحة، وهي حماية استباقية ووقائية تهدف إلى منع دخول المستهلك في علاقات تعاقدية غير مناسبة له أو تمس بمصالح المادية أو المعنوية، وذلك بإلزام البنك بإعلامه بالمعلومات الكافية والصحيحة حول جميع عناصر العقد المزمع إبرامه، وامتناعه عن القيام بالممارسات الإعلانية والترويجية غير المشروعة التي تتضمن تضليل أو تغليب للمستهلك، كما تمتد هذه الحماية إلى إبرام العقد، فيكون للمستهلك التخلص من العقد وإلغائه بممارسة حقه في العدول خلال المدة المحددة في النصوص الخاصة التي تقرر، كما يمكن له الاحتفاظ بالعقد وإلغاء بعض شروطه إذا ما وصفت بالتعسفية.

(1) نظام رقم 05-07 مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتضمن أمن أنظمة الدفع، ج ر ج ج عدد 37، الصادر في 04 جوان 2006.

(2) المادة 104 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

كل هذه الأشكال من الحماية تُقرر لفئة الزبائن المستهلكين لأنهم الفئة الأضعف في العقود البنكية، بهدف حمايتهم من مخاطر الناشئة عن عدم التكافؤ في العلاقة التعاقدية، إلا أن هناك نوع آخر من المخاطر قد يتعرض لها الزبائن غير متعلقة بضعف المستهلك وعدم قدرته على مجابهة البنك، وإنما هي تتعلق بطبيعة الخدمات البنكية الإلكترونية في حد ذاتها التي تتطلب استخدام تكنولوجيات الاتصال الحديثة في تقديمها، والتي تستوجب تقرير قواعد خاصة لحماية المستهلك.

الباب الثاني

**خصوصية حماية المستهلك بالنظر
للطبيعة الإلكترونية للخدمة البنكية**

إن اعتماد البنوك عند تقديمها للخدمات البنكية على وسائل الاتصال الحديثة وتكنولوجيا المعلومات أدى إلى إحداث تغيير في بنية مخاطر البنك وخلقت تحديات جديدة في التحكم بها⁽¹⁾، إذ تعتبر المخاطر التقنية من أكثر المخاطر التي تشغل بال الزبون عند إقدامه على طلب هذا النوع من الخدمات، وهو ما يتطلب من البنك معرفة مسبقة ووعيا كافيا يُمكنه من مراقبتها والحيطة منها، إذ يحتاج الاعتماد على التكنولوجيات الحديثة للاتصال في تقديم الخدمات إلى تأمين النظام البنكي والشبكات الإلكترونية البنكية، فيجب العمل على جميع المستويات (على مستوى البنوك وأيضاً النصوص التشريعية) على خلق بيئة من الثقة والأمن في مجال التعامل البنكي الإلكتروني، كما هي تلك السائدة في العمليات البنكية التقليدية الذي يعتمد على الدعامة المادية في تنفيذها⁽²⁾.

(1) تسمى هذه المخاطر بالمخاطر التقنية أو مخاطر التشغيل، وهي تلك المرتبطة باستعمال الوسائل التقنية في تقديم الخدمات البنكية، إذ تتم باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكتروني، ومن أمثلة هذه المخاطر ما يلي:

- عدم التأمين الكافي للنظم: ويتمثل في إمكانية الاختراق غير المسموح به بالدخول إلى نظم حسابات البنوك بهدف التعرف على المعلومات الخاصة بالزبائن واستغلالها أو سرقة أرقام البطاقات...
- عدم ملائمة النظم التقنية المستعملة أو الخطأ عند استخدامها: وينتج هذا الخطر نتيجة إخفاق النظم أو عدم كفاءتها لمواجهة متطلبات المستخدمين وعدم السرعة في حل المشاكل المتعلقة بها وصيانتها أو عدم توفر النظم الحماية الفعالة لقواعد البيانات لحسابات الزبائن...
- إساءة الاستخدام من قبل الزبائن: وينتج هذا الخطر من عدم إحاطة الزبائن بإجراءات التأمين الوقائية، ويتمكن العناصر الإجرامية بالدخول إلى حسابات زبائن آخرين أو القيام بعمليات غسيل الأموال....
- خطر المساس بسلامة البيانات: وهي الخطر الناجم عن عدم ملائمة نظم تأمين المعلومات أو عدم كفايتها، مما يمكن من اختراق البيانات عن طريق قرصنتها أو تعديلها أو محوها.

- Livre Blanc : « Internet, quelles conséquences prudentielles ? », décembre 2000, Commission Bancaire, Banque de France, pp 19-20. Disponible sur le site : [www. banque-France.fr](http://www.banque-France.fr)
 - DUCHATEAU Alain, « Les conséquences prudentielles de l'internet bancaire et financier », REF, n° 69, 2002, pp 227, 228.

(2) تجدر الإشارة إلى أن إشكالية تحقيق الثقة والأمن هي غير مرتبطة فقط بالخدمات البنكية الإلكترونية، وإنما هي من إفرازات التجارة الإلكترونية، ومن الأولويات التي تم العمل عليها منذ ظهور المعاملات الإلكترونية عن بعد، حيث ظهر مصطلح الأمن المعلوماتي كعنصر أساسي في تنظيم التجارة الإلكترونية، هذا الأخير يعرف بأنه "مجموعة من التدابير الوقائية المستخدمة في المجالين الإداري والفني لحماية مصادر البيانات من التجاوزات أو التدخلات غير المشروعة التي تقع عن طريق الصدفة أو عمدا عن طريق التسلل أو الإجراءات الخاطئة المستخدمة من قبل إدارة المصادر المعلوماتية، فضلا عن إجراءات مواجهة الأخطار الناتجة عن الكوارث الطبيعية المحتملة التي تؤدي إلى التأثير في نوع ومستوى الخدمة المقدمة"، أما من الناحية القانونية فتعرف بأنها مجموع التدابير القانونية لحماية سرية وسلامة محتوى المعلومات وتوفرها، ومكافحة أنشطة الاعتداء عليها أو استغلال نظمها في ارتكاب الجريمة.

- عمرو أحمد حسبو، حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص98.

يحتاج المستهلك باعتباره زبوناً للبنك عند تقديم الخدمات البنكية إلى حماية خاصة من المخاطر الناجمة عن استخدام التكنولوجيا، وفي هذا الإطار تلزم البنوك والمؤسسات المالية بتحديد مستوى الأمن الذي تراه مناسباً في ميدان المعلوماتية بالنسبة لمتطلبات مهنتها، وتتأكد بأن أنظمة المعلومات الخاصة بها تحتوي باستمرار على هذا الحد الأدنى من الأمن المتخذ⁽¹⁾، كما أنها من جهة أخرى ملزمة بالحفاظ على سرية ونزاهة المعلومات.

لذلك فإن حماية المستهلك من المخاطر الناجمة عن استخدام التكنولوجيا في تقديم الخدمات البنكية تظهر على مستويين، فمن جهة يتعين تأمين العملية من خلال تقديم الضمانات الكافية لحماية تدفق البيانات المصرفية والمالية التي يتم نقلها عبر الشبكة، إذ يجب أن يقدم النظام حلولاً تسمح من التحقق من هوية الزبون والبنك والتأكد من أنهما طرفا العملية المنجزة، وتأمين محتوى الرسالة المرسلة بحيث لا يمكن تعديلها، كما يجب أن يضمن عدم إمكانية العدول عن العملية أو إلغائها من طرف واحد ولا حتى إنكار وجودها، كما يتعين على البنك ضمان استمرارية النشاط من خلال توفير إجراءات النجدة الخاصة بالمعلوماتية وإجراء التصحيحات الخاصة بأنظمة المعلومات (الفصل الأول).

من جهة أخرى يتعين توفير أمن المعطيات ذات الطابع الشخصي، والذي يقصد به حماية سرية وسلامة محتوى المعلومات ومكافحة أنشطة الاعتداء عليها أو استغلال نظمها في ارتكاب الجريمة، وهذا هو هدف وغرض تشريعات حماية المعلومات من الأنشطة غير المشروعة وغير القانونية التي تستهدف المعلومات ونظمها، ويعتبر موضوع أمن المعطيات الشخصية أولى المسائل التي لاقت اهتمام المنظمين والمطورين للمعاملات التجارية الإلكترونية، وأكبر هاجس للمستهلك الإلكتروني، بسبب الخوف من سوء استعمال هذه المعطيات أو التعدي عليها، لذلك فإن بعث الثقة في الاقتصاد الرقمي لن يتحقق إلا بتوفير الأمن الكامل للمعطيات ذات الطابع الشخصي، والذي أصبحت تعتبره أغلب التشريعات الدولية والوطنية من المتطلبات الأساسية لبناء اقتصاد رقمي فعال وناجح (الفصل الثاني).

(1) المادة 35 من النظام رقم 11-08 مؤرخ في 28 نوفمبر 2011، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج ر ج ج عدد 47، صادر في 29 أوت 2012.

الفصل الأول

تأمين الخدمات البنكية الإلكترونية

تعتبر نظم المعلومات في الوقت المعاصر جزء لا يتجزأ من عمل البنوك، ولكن التحدي الأساسي الذي يواجه البنوك هو بعث الثقة لدى عملائها في استخدام التكنولوجيا خاصة في وسائل الدفع، فالمبالغ التي تديرها البنوك بواسطة نظم المعلومات هي محل أطماع الكثيرين، لذلك تواجه البنوك تهديدات عديدة قد تؤثر على سرية المعلومات أو سلامتها وحتى في موثوقية هذه المعلومات ومصدرها، لذلك فهي أمام تحدٍ كبير يتعلق بتأمين منظومتها المعلوماتية بصفة عامة، والخدمات البنكية الإلكترونية على وجه الخصوص، خاصة لمصلحة الزبون العادي قليل الخبرة.

غالبا ما يكون الزبون المستهلك جاهلا بالتفاصيل التقنية التي يتم الاعتماد عليها في تنفيذ العملية البنكية باعتبار أنها من تخصص البنك، ونتيجة لذلك يكون غير عالم بالمخاطر المصاحبة لاستعمال هذه التقنية، سواء كانت هذه المخاطر داخلية متعلقة بالبنك أو بسبب تدخل أطراف خارجية، والتي نظمها المشرع الجزائري ضمن ما يعبر عنه بالخطر العملياتي⁽¹⁾، ويكون البنك ملزما في مواجهة هذه المخاطر بتقديم الضمانات التقنية والقانونية التي تمكن من إتمام العملية بنجاح بالشروط المتفق عليها في العقد (المبحث الأول).

توسعت المخاطر المحيطة بالعمل البنكي الإلكتروني، وأصبح الإضرار بمصالح الزبون المستهلك أكثر ورودا مما كانت عليه في ظل الخدمات التقليدية، كل ذلك أدى إلى توسيع دائرة مسؤولية البنك في مواجهة الأضرار التي تحدث نتيجة للخطأ في استخدام النظام الرقمي من طرف البنك أو الزبون، لنقص في المعلومات أو الخبرة لديهم أو نتيجة لتدخل الغير، باعتباره المسؤول الأول عن تأمين المعاملات المصرفية اتجاه زبائنه (المبحث الثاني).

(1) تعرف المادة 02 البند (ط) من النظام رقم 08-11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، الخطر العملياتي بأنه "خطر ناجم عن عدم التأقلم أو خلل قد ينسب إلى الإجراءات والمستخدمين وإلى أنظمة داخلية أو إلى عوامل خارجية، ويدرج في هذا الإطار مخاطر الغش الداخلي والخارجي".

المبحث الأول:

التزامات البنوك المتعلقة بتأمين الخدمات البنكية الإلكترونية

إن سعي البنوك نحو تعزيز مكانتها في السوق وزيادة قدرتها التنافسية من خلال تنويع خدماتها واستقطاب الزبائن بتوفير خدمات أكثر يسر وأقل تكلفة، لا يجب أن يكون على حساب مصالح الزبائن ومتانة السوق المصرفية، لذلك تحتل مسألة تأمين العمليات البنكية الأولية بالنسبة للمهتمين بتطوير القطاع البنكي، والتحدي الأكبر نحو ضمان استقرار المعاملات وحماية مصالح الزبائن في ظل التطور التكنولوجي، والأمر لا يعد مجرد عملية فنية بحثية وإنما أخذ أبعادا قانونية، بعدما تدخل المشرعين لرسم الحدود القانونية التي تتطوي عليها هذه العملية.

لم تغب عن المشرع الجزائري والمنظم البنكي -على وجه التحديد- أهمية تنظيم مسألة التأمين المعلوماتي من الناحية القانونية من خلال إصدار مجموعة من النصوص القانونية، فقد تضمن النظام رقم 08-11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية مجموعة من الأحكام التي تفرض على البنوك تأمين نظامها المعلوماتي وتعيين موظفين مختصين لاتخاذ مجموعة من الإجراءات الوقائية وأيضا العلاجية، والبنوك في تنفيذها لهذه الإلتزامات تكون مسؤولة في مواجهة بنك الجزائر واللجنة المصرفية باعتبارهما جهة رقابة، لذلك فإن معاينة أي تقصير من جانبها فيما يتعلق بهذه الإلتزامات قد يعرضها للتدابير العقابية المقررة في قانون النقد والقرض (المطلب الأول).

لا يتحقق التأمين الكامل للخدمات البنكية الإلكترونية إلا إذا قدم البنك الضمانات الكافية حول موثوقية العلاقات القانونية الناشئة، بأن يكون بالإمكان التأكد من هوية الأطراف وإثبات وجود العلاقة القانونية بحيث لا يمكن إنكارها أو تعديلها، ولن يتأتى ذلك إلا باعتماد نظام التوقيع الإلكتروني والتصديق عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الالتزام بتأمين النظم المعلوماتية المستعملة

تلعب النظم المعلوماتية دورا إستراتيجيا في البنوك، إذ أصبحت تكنولوجيا المعلومات أداة أساسية لا يمكن للبنوك الاستغناء عنها حتى في تنفيذ عملياتها التقليدية، حيث تستعمل في تخزين القيم النقدية والقيم غير المادية ونقلها وتقييمها، فأى خلل يصيب هذه النظم يمس بشكل مباشر بأداة انتاجها الرئيسية وذاكرتها، لذلك فإن ضمان تأمين النظم المعلوماتية المستعملة من قبل البنوك بات أمرا ضروريا لتجنب الصدمات التي سيكون لها تأثير سريع وخطير تتعدى تداعيته البنك

المعني لتؤثر في الأطراف الأخرى من متعاملين وزبائن وأيضا البنوك، وبالتالي على النظام البنكي بأكمله، فضمان نظم المعلومات المستعملة وصيانتها وتطويرها أمر حتمي في قطاع حساس مثل قطاع البنوك، تتشابه فيه العلاقات وتعتمد فيه الأطراف على بعضها البعض.

بسبب كل هذه المخاطر المرتبطة باستعمال النظم المعلوماتية في عمل البنوك، لم يعد تأمين النظم مجرد تنظيم داخلي أو إداري متعلق بالبنك وحده، وإنما أصبح واجب قانوني فرضه المنظم البنكي، لما له من تداعيات قد تمس بالذمة المالية للزبائن، لذلك اتجهت التشريعات إلى وضع نصوص قانونية تركز بشكل مباشر التزامات على البنوك في هذا الشأن (الفرع الأول).

تلجأ البنوك من أجل تنفيذ التزاماتها المتعلقة بتأمين النظم المعلوماتية إلى استخدام مختلف التقنيات المستعملة في هذا المجال، والتي نتجت عن تطور التكنولوجيات المستعملة في الأمن باستعمال برامج الحماية الكفيلة بتأمين المعاملات المالية والبنكية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون الالتزام بتأمين نظم المعلومات

إن إدخال النظم التكنولوجية في العمل المصرفي يتطلب من البنوك زيادة اليقظة بشأن أمن النظم المستخدمة وموثوقيتها، وتجنب جميع أنواع التهديدات سواء الداخلية أو الخارجية، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال اعتماد نظام صارم للرقابة الداخلية كإجراء وقائي يهدف إلى متابعة عمل النظام المعلوماتي داخل البنك، والتأكد من تحقق المستوى المطلوب من الأمن المعلوماتي الذي يحمي البنك من أي اختراق أو وقوع خلل في النظام (أولاً).

من جهة أخرى يجب الاستعداد لمواجهة أي طارئ قد يصيب النظام من خلال إعداد خطط عمل مسبقة بغرض التحكم في مثل هذا النوع من المخاطر في حال وقوعها، بالشكل الذي يسمح بإعادة تشغيل النظام وتقادي الآثار الناجمة عن توقفه أو اختراقه أو على الأقل التخفيف منها (ثانياً).

أولاً: أنواع المخاطر المرتبطة بالنظم المعلوماتية

إن تصنيف المنظم البنكي للمخاطر البنكية لم يتضمن مصطلح المخاطر المعلوماتية، ولكن يمكن إدراجها ضمن الخطر العملياتي الذي ورد تعريفه في البند "ط" من المادة 02 من النظام رقم 08-11، والذي يشمل أي خلل قد ينسب إلى الإجراءات والمستخدمين وإلى أنظمة داخلية أو إلى عوامل خارجية، وبهذا المعنى يشمل الخطر العملياتي أي خلل في النظم المعلوماتية والأجهزة الإلكترونية المستخدمة من قبل البنوك.

يعرف "الخطر المعلوماتي" أو "خطر تكنولوجيا المعلومات والاتصالات" أيضا بأنه الخطر الخسارة الناجم عن عدم كفاية التنظيم أو خلل في النظم المعلوماتية، وعلى هذا النحو فهو يشمل جميع المخاطر المرتبطة بالنظم والشبكات والمعدات والموارد البشرية الموجهة لغرض المعالجة الآلية للمعلومات داخل البنك⁽¹⁾.

المخاطر المعلوماتية في نظام عمل البنوك من أهم صور المخاطر التي تستدعي اهتمام جهات الرقابة، بالنظر إلى مكانة البنوك في حد ذاتها باعتبارها المسؤولة على النشاط المصرفي، ومن جهة أخرى بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للخدمات الإلكترونية التي تؤديها، وتنشأ هذه المخاطر نتيجة عدم توفر وسائل التأمين الكافية للنظم أو عدم تصميمها أو إنجازها، أو نتيجة خطأ معلومات أو خطأ في تشغيل البرمجيات، ويمكن تصنيف هذه المخاطر كما يلي:

1- الأخطار المرتبطة بالتقنية المستخدمة:

تحدث هذه الأخطاء عادة أثناء إدخال البيانات وكذلك أثناء تطوير برامج المعلوماتية المستخدمة أو تعديلها، كما يمكن أن تحدث هذه الأخطاء أثناء تصميم النظام أو حتى أثناء الاستعمال اليومي الروتيني للنظام⁽²⁾، وهي كلها مخاطر ناجمة عن عمل النظم التكنولوجية في حالة إساءة اختيارها أو إساءة تشغيلها من قبل القائمين على تشغيل البنك⁽³⁾، بالنظر إلى الاعتماد الكبير على الأجهزة الإلكترونية والبرامج المعلوماتية المستعملة لتشغيل وإدارة البنك، سواء داخليا بين وحدات البنك أو خارجيا بين البنك ومختلف المؤسسات الأخرى⁽⁴⁾.

كما قد تحدث هذه الأخطاء بسبب إساءة الاستخدام من قبل الزبائن، نتيجة عدم إحاطتهم بإجراءات التأمين الوقائية الواجب القيام بها، أو السماح لعناصر غير مرخصة بالدخول على الشبكة باستخدام معلومات الزبائن الشخصية⁽⁵⁾.

2- الخطر الخارجي:

يظهر هذا الخطر عندما يتم إسناد بعض الأعمال الداخلية المتعلقة بالبنك إلى جهات خارجية، كالاعتماد الكبير على مقدمي الخدمات الإلكترونية لتنفيذ العمليات عن بعد لمصلحة

(1) ANDRIES Marc et autre, «Le risque informatique», ACPR, Banque de France, mars 2018, p 09.

(2) Ibid, op.cit, p 13.

(3) خويزي مريم: "واقع استخدام وسائل الدفع الإلكترونية في الجهاز المصرفي الجزائري وكيفية إدارة المخاطر الناتجة عنها وفقا لنموذج لجنة بازل الدولية للرقابة المصرفية"، مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، العدد 04، ديسمبر 2015، ص 53.

(4) ANDRIES Marc et autre, op.cit, p 14.

(5) خويزي مريم، المرجع السابق، ص 53.

الزبائن، وهو ما ينذر بخطر خارجي ينشأ عن قلة التأهيل الفني لديهم أو عدم حصولهم على التراخيص اللازمة لممارسة عملهم، وكذا عدم التزامهم بالسرية والخصوصية⁽¹⁾، فالاعتماد الكبير للبنوك على عدد من مزودي الخدمات قد ينعكس سلباً على نشاط البنوك في حال حدوث خلل ما لدى واحد أو أكثر من هؤلاء المزودين⁽²⁾.

3- خطر نقص الكفاءة والخبرة في مجال المعلوماتية:

نقص الخبرة اللازمة لدى العاملين في البنك فيما يتعلق بالتعامل مع هذه الأجهزة الإلكترونية والبرامج، والذين يعتبرون مصرفيين متخصصين في العمل المحاسبي والمصرفي فقط⁽³⁾.

4- خطر الاحتيال والغش:

يُعد الاحتيال أو الغش من أكثر المخاطر التي تلاحق تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، والتي تتسبب بخسائر مادية كبيرة للبنوك، نتيجة تطور الوسائل التكنولوجية التي تمكن من الوصول إلى حسابات الزبائن أو اعتراض المراسلات، وهناك العديد من الممارسات التي تشكل عملية احتيال منها:

- الدخول أو التعديل غير المصرح به في النظام المعلوماتي للبنوك.
- استخدام برامج خاصة لتعديل المستندات المخزنة في الحواسيب دون إذن، عن طريق التحايل على أجهزة التحكم العادية وممرات التدقيق المدمجة في الحاسوب.
- استخراج الملفات فعلياً من الجهاز وتعديلها في مكان آخر، عن طريق إدخال معاملات أو أرصدة احتيالية قبل إعادتها إلى الجهاز.
- اعتراض المراسلات التي تعبر شبكة الاتصالات بغية تعديل المعاملات.
- كما قد يحدث الغش أو الاحتيال من قبل الأشخاص الذين لهم إمكانية الوصول إلى ملفات الحاسوب أو الذين لهم تصريح بالدخول بسبب وظيفتهم داخل البنك⁽⁴⁾، وهذه أخطر أنواع الاحتيال التي قد يتعرض لها البنك.

(1) منير الجنبهي وممدوح الجنبهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2005، ص 19.

(2) أحمد سفر، العمل المصرفي الإلكتروني في البلدان العربية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2006، ص 228.

(3) خوبيزي مريم، المرجع السابق، ص 54.

(4) Comité de Bâle pour la supervision bancaire (1989), « Note sur les risques liés aux systèmes informatiques et de télécommunications », p 02, disponible sur le site : www.bis.org

بالإضافة إلى ذلك يبقى البنك معرضا لبعض المخاطر الأخرى المتعلقة بالسمعة والخطر القانوني والتشريعي، في الحالة التي يتعدى فيه نشاط البنوك الحدود الإقليمية للدولة نتيجة جهله بالنصوص القانونية المطبقة في دولة ما، كما يدخل تحت هذا النوع من المخاطر تلك الناجمة عن عدم التحديد الواضح للحقوق والالتزامات القانونية الناشئة عن تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية⁽¹⁾، خاصة أن هذه الأخيرة لا تزال في مرحلة التطوير ولم تستكمل بنيتها القانونية.

ثانيا: مراقبة المخاطر المرتبطة بالنظم المعلوماتية

تعتبر الرقابة الداخلية في البنوك من أبرز أدوات الإدارة للعمل على مدى سلامة الأنظمة والعمليات وكفاءة أداء العاملين والتزامهم بالسياسات والإجراءات الإدارية الموضوعية، فهي مجموعة العمليات التي تنفذ بواسطة مجلس الإدارة والإدارة العليا وجميع الموظفين، لتحقيق أهداف معينة متمثلة في التقليل من الأخطار وتقليص حجم الخسائر المتوقعة⁽²⁾.

إن التزام البنوك بالمراقبة يسمح برقابة مدى الأمن الذي تتوفر عليه النظم المعلوماتية من خلال اكتشاف أوجه القصور والخلل الذي يعترى النظام المعلوماتي⁽³⁾، وهو التزام ذو طبيعة وقائية يجد تبريره في واجب الحذر الملقى على عاتق البنوك باعتبارها الطرف المهني المحترف المسؤول عن استقرار القطاع المصرفي، وهو التزام عام كرسته المواد 97 مكرر و 97 مكرر 1 من قانون النقد والقرض⁽⁴⁾ والتي جاء النظام 11-08 تطبقا لها.

يتيح التقييم المنتظم للأمن الفعلي لنظام المعلومات اكتشاف نقاط الضعف المحتملة ووضع خطة عمل للقضاء عليها، لذلك جعل المنظم البنكي تنفيذ عملية الرقابة الأمنية من بين أوجه

(1) أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 28.

(2) بركان إيمان، بوداح عبد الجليل، "أهمية أنظمة الرقابة الداخلية في حوكمة المؤسسات المصرفية في الجزائر"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، عدد 43، جوان 2015، ص 28.

(3) تنص المادة 06 من النظام رقم 11-08 على أنه: "يهدف نظام رقابة العمليات والإجراءات الداخلية في أحسن ظروف الأمن والموثوقية والتقصي، خصوصا إلى ما يأتي:...

- التأكد من نوعية أنظمة الإعلام والاتصال...".

(4) تنص المادة 97 مكرر من الأمر رقم 11-03 المعدل والمتمم، على أنه: "تلزم البنوك والمؤسسات المالية ضمن الشروط المحددة بموجب نظام يصدره المجلس، بوضع جهاز رقابة داخلي ناجع يهدف إلى التأكد على الخصوص من:

- التحكم في نشاطاتها والاستعمال الفعال لمواردها؛

- السير الحسن للمسارات الداخلية، ولا سيما تلك التي تساعد على المحافظة على مبالغها وتضمن شفافية العمليات المصرفية ومصادرها وتتبعها؛

- صحة المعلومات المالية؛

- الأخذ بعين الاعتبار بصفة ملائمة، مجمل المخاطر بما في ذلك المخاطر العملية".

الالتزامات المفروضة على البنوك، ويعتبر الأمن المعلوماتي عنصر مهم وأساسي في عملية الرقابة على المخاطر المعلوماتية، ولكنه يشكل جزء من هذه العملية وليس كلها.

1- أمن النظام المعلوماتي:

يعرف الأمن المعلوماتي⁽¹⁾ بأنه مجموعة الضوابط والتدابير التنظيمية وكذلك مختلف الوسائل البشرية والتقنية المستخدمة لحماية عناصر نظم المعلومات وشبكات الاتصال ضد كل أنواع الهجمات مهما كان نوعها، سواء في شكل خروقات أمنية مادية أو منطقية⁽²⁾، وتشمل هذه الضوابط والتدابير عمليات الوقاية والكشف ومواجهة أي نشاط خبيث يستهدف عناصر نظم المعلوماتية داخل البنك، يحتمل أن يؤثر على سرية أو سلامة أو تَوَقُّر الأنظمة والبيانات⁽³⁾.

في هذا الإطار يلزم المنظم البنكي البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر بتحديد مستوى الأمن الذي تراه مناسباً في ميدان المعلوماتية بالنسبة لمتطلبات مهنتها، وتتأكد بأن أنظمة المعلومات الخاصة بها تحتوي باستمرار على هذا الحد الأدنى من الأمن المتخذ⁽⁴⁾، هذا النص في الحقيقة كاف لوحده لتأصيل واجب أساسي على عاتق البنوك والمؤسسات المالية بتحقيق الأمن المعلوماتي، والذي يقدر بحسب العناصر التالية:

- تحديد مستوى الأمن المناسب في ميدان المعلوماتية بالنظر لمتطلبات مهنتها، فيكون على البنوك أن تحدد معايير الأمن التي تراها مناسبة بما يتلاءم وطبيعة نشاطاتها، ولم يقدر المشرع معايير مضبوطة وموحدة على جميع البنوك، لأن هذه المعايير تختلف باختلاف طبيعة نشاط البنوك في حد ذاتها، فكلما تطورت الخدمات البنكية وزاد اعتماد البنوك على الوسائل التكنولوجية

(1) تسميته باللغة الفرنسية « le cyber sécurité » ومنها اشتق مصطلح الأمن السيبراني، والذي تعرفه المادة 10 من القانون رقم 04-18 المؤرخ في 10 ماي 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر ج ج عدد 27 مؤرخ في 13 ماي 2018، بأنه: "...مجموع الأدوات والسياسات ومفاهيم الأمن والآليات الأمنية والمبادئ التوجيهية وطرق تسيير المخاطر والأعمال والتكوين والممارسات الجيدة والضمانات والتكنولوجيات التي يمكن استخدامها في حماية الاتصالات الإلكترونية ضد أي حدث من شأنه المساس بتوفر وسلامة وسرية البيانات المخزنة أو المعالجة أو المرسلّة"، ولا يوجد من الناحية التقنية تعميم استعمال هذا التعريف في المجال البنكي، بالرغم من بعض الغموض الذي يعتريه بسبب عمومية بعض المصطلحات مثل مصطلح مفاهيم الأمن والآليات الأمنية".

(2) Autorité Bancaire Européenne, Orientations sur les procédures et les méthodologies communes à appliquer dans le cadre du processus de contrôle et d'évaluation prudentiels, ABE/GL/2014/13, 19 décembre 2014, disponible sur le site: www.eba.europa.eu

(3) ANDRIES Marc et autre, op.cit, p 10.

(4) المادة 35 من النظام 08-11، المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

ونظم المعلومات، كلما تعيّن رفع مستوى الأمن المتخذ من قبلها، فالشرط الأساسي هو أن تكون مستويات الأمن مناسبة وكافية.

- استمرارية توافر الحد الأدنى من مستوى الأمن، إذ يتعين على البنوك مراقبة مدى توفر الأمن بالمستوى المحدد على الدوام، بحيث لا يشوبه أي ضعف أو نقص في جميع مراحل تنفيذ العمليات وفي كل الظروف، فمع التطور المستمر في مجال المعلوماتية تتطور وسائل الاختراق والقرصنة المعلوماتية، والتي يستوجب معها رفع مستوى الأمن المطلوب في البنوك.

كما حدد المنظم البنكي مجموعة من العناصر التي يجب أن تشملها الرقابة المرتبطة بأمن نظم المعلومات لتحقيق الفعالية المرجوة منها، ويتعلق الأمر ب:

- تقييم دوري يمكن من التحقق من مستوى أمن أنظمة المعلومات المستخدمة، بما يسمح باتخاذ التصحيحات والتعديلات اللازمة لهذه الأنظمة في الوقت المناسب.

- توفر إجراءات النجدة الخاصة بالمعلوماتية في إطار مخطط استمرارية النشاط قصد ضمان متابعة الاستغلال.

- الحفاظ على سرية ونزاهة المعلومات.

- الحفاظ على المعلومات والوثائق الخاصة بالتحاليل والبرمجة وبتنفيذ المعالجات⁽¹⁾.

2- أمن أنظمة الدفع:

يؤكد المنظم البنكي على أهمية أمن أنظمة الدفع، ويتعدى ذلك مجرد الأمن المادي ليشمل توفر الأنظمة، صحة المعطيات المتبادلة، رسم مخطط المعطيات المتبادلة، السرية والقابلية للمراجعة، كذلك تعيين موظفين مؤهلين وأكفاء للقيام بعمليات الدفع⁽²⁾، بالإضافة إلى كل هذه العناصر يعتبر وضع أنظمة النجدة وتوفير الموارد البشرية الملائمة لضمان استمرارية الاستغلال لمواجهة الكوارث الكبيرة جزء فعال لاستكمال البنية الأساسية لتأمين أنظمة الدفع⁽³⁾.

يرفع المشرع من خلال النظام رقم 05-07 من مستوى الأمن الذي يجب أن يتخذ من قبل المسيرين والمشاركين في نظم الدفع، بحيث يجب أن تكون مطابقة للمقاييس الدولية المعمول بها

(1) المادة 36 من النظام رقم 11-08، المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

(2) المادة 05 من النظام رقم 05-07، المتضمن أمن أنظمة الدفع.

(3) المادة 06 من النظام رقم 05-07، المتضمن أمن أنظمة الدفع.

في هذا الميدان⁽¹⁾، على عكس ما جاء في المادة 35 من النظام رقم 11-08 السالفة الذكر، والذي أوعز فيها للبنوك تحديد مستوى الأمن الذي تراه مناسباً.

انسجاماً مع هذه الأحكام جاء نص المادة 29 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والتي تخضع منصات الدفع المنشأة لغرض تسوية المدفوعات الناشئة عن المعاملات التجارية الإلكترونية لرقابة بنك الجزائر، بهدف ضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل البيئي وسرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها.

لذلك يشترط المشرع الجزائري من أجل تعزيز أمن الدفع الإلكتروني أن تنشأ محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية⁽²⁾ باعتبارها من جهة شركة ذات أسهم برؤوس أموال عمومية، ومن جهة أخرى المتعامل المحتكر لنشاط الاتصالات الإلكترونية الثابتة في الجزائر، لبعث الثقة أكبر في موثوقية منصات الدفع وتأمين شبكات الاتصال التي تتم عبرها.

يضطلع بنك الجزائر بدور أساسي فيما يتعلق بتوفير الأمن المادي والمنطقي للبنية الأساسية الخاصة بأنظمة الدفع، كما يتأكد من توفير أمن وسائل الدفع من غير العملة النقدية وباحترام المعايير المطبقة في هذا المجال، وهو بذلك يختص بالتأكد من أمن بطاقات الدفع ومتابعة إجراءات توفير شروط الأمن التي قامت بها الجهات التي تصدرها وكذا التجار، ومتابعة إحصاءات التدليس والتطورات في ميادين التكنولوجيا التي تؤثر على أمن بطاقات الدفع⁽³⁾.

(1) من المعايير المعروفة على المستوى الدولي في مجال أمن أنظمة الدفع ما يلي:

ITSEC10 : Information Technology Security Evaluation Criteria (Critères d'évaluation de la sécurité des technologies de l'information)

BS: British Standards (Normes Britanniques)

GMITS: Guidelines for the Management of Information Technology Security (Lignes directrices pour la gestion de la sécurité des technologies de l'information)

- BEAU Denis, MARTIN Carlos, « La sécurité des moyens de paiement sur internet », Bulletin de la Banque de France n° 98, février 2002, p 44.

(2) غيّر المشرع من إصطلاح المتعامل العمومي الذي يقصد به اتصالات الجزائر بمصطلح جديد وهو " المتعامل التاريخي" بموجب القانون الجديد للاتصالات الإلكترونية القانون رقم 18-04، ويعرفه في البند 31 من المادة كما يلي: "المتعامل التاريخي: اتصالات الجزائر، متعامل صاحب رخصة إقامة واستغلال شبكة اتصالات الكترونية ثابتة مفتوحة للجمهور".

(3) الفقرتين 01 و 03 من المادة 12 من النظام رقم 05-07، المتضمن أمن أنظمة الدفع.

يتعين على بنك الجزائر في إطار الوقاية من المخاطر الناجمة عن استخدام النظام المعلوماتي، متابعة وتحليل التهديدات المتوقعة مواجهتها، وتحديد الحد الأدنى من الأهداف التي يجب أن تلتزم بها البنوك، وأيضا متابعة مدى كفاية الوسائل المطبقة من البنوك.

إن دور بنك الجزائر في مجال أمن أنظمة الدفع يتعدى مجرد التنظيم، فهو عمل رقابي لا يقل أهمية عن ما هو مقرر للجنة المصرفية ولجنة مراقبة عمليات البورصة، وله اتخاذ مجموعة من التدابير في حال إذا ما تبين لديه عدم توافر إحدى وسائل الدفع على الضمانات الأمنية الكافية⁽¹⁾، تتمثل في ما يلي:

- إصدار توصيات للجهة المصدرة لوسيلة الدفع من أجل اتخاذ الإجراءات الملائمة لتحقيق الأمن المطلوب.

- في حالة عدم استجابة الجهة المعنية للتوصيات المقدمة من بنك الجزائر يمكن لهذا الأخير وبعد استشارة السلطة المكلفة بالرقابة⁽²⁾ يكون لبنك الجزائر اتخاذ قرار بوقف إدخال وسيلة الدفع المعنية في النظام.

إن منح الاختصاص لبنك الجزائر باتخاذ مثل هذا الإجراء الأخير أمر منطقي، بما أنه هو المختص أصلا بمنح التراخيص للبنوك بشأن إدخال وسائل دفع جديدة، إذ يمكنه رفض إدخال أي وسيلة دفع إذا كانت لا تتوافر على ضمانات السلامة الكافية⁽³⁾، وهو بهذه الصلاحيات لا يمس باختصاصات اللجنة المصرفية، فلهذه الأخيرة اتخاذ تدابير أخرى حددها قانون النقد والقرض⁽⁴⁾ بسبب عدم احترام البنوك للنصوص القانونية المطبقة.

(1) الفقرة 02 من المادة 03 من النظام رقم 05-07، المتضمن أمن أنظمة الدفع.

(2) يقصد بالسلطات المكلفة بالرقابة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها واللجنة المصرفية، ونشير إلى أن المشرع الفرنسي لا يلزم بنك فرنسا باستشارة الهيئات الرقابية وقرر له صلاحية تقرير رأي سلمي بشأن وسيلة الدفع ينشر في الجريدة الرسمية.

Article L141-4 alinéa 04 de code monétaire et financier Français, op.cit.

(3) تنص المادة 56 مكرر من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم على مايلي: "يتأكد بنك الجزائر من سلامة وسائل الدفع غير العملة الإئتمانية، وكذا إعداد المعايير المطبقة في هذا المجال وملاءمتها.

ويمكنه رفض إدخال أي وسيلة دفع، لا سيما إذا كانت تقدم ضمانات سلامة غير كافية، كما يمكن أن يطلب من مقدم طلب إدخال هذه الوسيلة اتخاذ كل التدابير لتدارك ذلك".

يبلغ بنك الجزائر لممارسة مهامه، من قبل أي شخص معني، بالمعلومات المفيدة التي تخص وسائل الدفع والأجهزة التقنية المتعلقة بها".

(4) المادة 105 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

بالرغم من أهمية ودقة المهام المرتبطة بأمن أنظمة الدفع، إلا أن المشرع الجزائري لم يخصص هيئات مستقلة تساعد بنك الجزائر في تولي هذه المهمة، مثلما هو الحال في القانون الفرنسي، والذي استحدث مثلاً مرصد أمن بطاقات الدفع يجمع فيه كل الأطراف المعنيين بعمليات الدفع بما فيهم المشرعين، لرصد التدابير الأمنية التي يتخذها المصدرين والتجار والشركات، وإجراء الإحصاءات المتعلقة بالاحتيال بهدف اقتراح وسائل لمكافحة الهجمات على أمن وسائل الدفع⁽¹⁾.

ثالثاً: التحكم في مخاطر النظم المعلوماتية

تقوم الرقابة الداخلية للبنوك على بعدين، بعد وقائي من خلال آليات قياس المخاطر والتنبؤ بها واكتشافها، وبعد آخر علاجي من خلال التحكم في المخاطر ومعالجتها وتصحيحها، فلن يكون لمخطط التنبؤ بالمخاطر أي جدوى إذا لم يتوفر البنك على الوسائل الدفاعية التي تمكنه من تجنب الخسائر الناجمة عن هذه المخاطر.

تخلص بعض الدراسات⁽²⁾ إلى أن البنك يمكنه تحقيق تأمين كاف وفعال ضد الاحتيال الإلكتروني من خلال ثلاث خطوات أساسية:

- تأمين مسارات العملاء من أجل ضمان تنفيذ العمليات الحساسة من خلال أعمال الحلول المعتمدة في الحماية وتوعية الزبون.
- توفير الوسائل والبرامج الكفيلة بكشف الاحتيال في وقت مبكر أثناء تنفيذه.
- وضع خطط فعّالة كرد فعل تلقائي للحد من الاحتيال، والتنبيه والتحقيق والتفاعل بسرعة في حال وقوعه⁽³⁾.

1- إجراءات التحكم في المخاطر:

إن إنشاء نظام داخلي فعال للتحكم في المخاطر المتعلقة بالنظام المعلوماتي داخل البنك، يتطلب تحديد جميع نقاط الضعف في الأجهزة الإلكترونية والأنظمة المعلوماتية المستعملة، كما يجب أن تكون البرامج والسجلات الحساسة محمية بشكل خاص ضد التغييرات غير المصرح بها،

⁽¹⁾ Article L141-4 alinéa 06 de code monétaire et financier Français, Ibid.

⁽²⁾ من بين هذه الدراسات دراسة صادرة في 2017 عن Wavestone، وهي من أهم الشركات الاستشارية المستقلة في أوروبا، تهتم بتطوير وتوجيه عملائها في قراراتها الاستراتيجية عن طريق تقديم الخبرة الفنية والتكنولوجية والقطاعية في قطاعات التجزئة والسلع الاستهلاكية:

DESCAZEUX Martin, COUTURIER Mathieu, EL HIMDI Yasmine, « les nouvelles méthodes de lutte contre la fraude bancaire en ligne », 2017, p 01. Article disponible sur le site : www.wavestone.com

⁽³⁾ Ibid, p 02.

وفي هذا الصدد تلتزم البنوك بوضع مخططات استمرار النشاط وتختبرها بصفة دورية، ومن التدابير التي تعتمد عليها البنوك للتحكم في المخاطر المعلوماتية ما يلي:

- الاعتماد على التشغيل الآلي للتدابير المضادة الذي تسمح باكتشاف أي حالة اختراق أو احتيال، والرد التلقائي والفوري لصد الهجوم أو وقف الاختراق، من خلال إعداد برامج وأجهزة عالية الحساسية والدقة⁽¹⁾، فالتحدي بالنسبة للبنوك مزدوج، من جهة التدخل السريع في حال الاشتباه بوقوع احتيال، ومن جهة أخرى منع إتمام المعاملة التي تتطوي على احتيال.

- إعداد الخطط المناسبة التي تتضمن الاستجابة للحوادث الطارئة وغير المتوقعة والحد منها، وخفض المشكلات الناشئة عنها، بما في ذلك أنواع الهجوم الداخلي والخارجي⁽²⁾.

- إجراء التدريب التقني المستمر للأشخاص المسؤولين على إدارة المخاطر والتعامل منها، واستقطاب الخبرات الأجنبية لمواكبة التطورات والمستجدات الحاصلة في الأسواق العالمية والتكنولوجيات الحديثة⁽³⁾، إذ يتعين على البنوك أن تدرك حاجتها إلى توافر أشخاص لديهم الخبرة والمهارات التقنية الملائمة، لضمان التأكد من قدرتهم على التعامل مع المخاطر التي تصاحب تقديم الخدمات البنكية الكترونياً⁽⁴⁾.

يشترط المنظم البنكي لزيادة فعالية أجهزة الرقابة الداخلية أن يتولى هذه المهمة أعوان يتمتعون بكفاءة عالية وينتمون لأعلى مستوى من التسلسل الهرمي⁽⁵⁾، لتمكينهم من أداء مهامهم بشكل مستقل اتجاه الهيئات التي يراقبونهم، كما يمكن ضمان هذه الاستقلالية عن طريق الفصل الواضح بين الوظائف⁽⁶⁾.

حدد المشرع في مجال أمن أنظمة الدفع مجموعة من التدابير والإجراءات التي يتعين على البنوك اتخاذها من أجل التحكم في المخاطر الناجمة عن عدم تأمين النظام، تتمثل في:

- وضع أنظمة نجدة (BAK-UP) بغرض ضمان استمرارية الاستغلال لمواجهة كوارث كبيرة تعرقل الاشتغال العادي للمنشآت الأساسية⁽⁷⁾، من خلال الاحتفاظ بنسخ احتياطية مطابقة على

⁽¹⁾ DESCAZEUX Martin, COUTURIER Mathieu, EL HIMDI Yasmine, op.cit, p 03.

⁽²⁾ أحمد سفر، العمل المصرفي الإلكتروني في البلدان العربية، المرجع السابق، ص 229.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص 231.

⁽⁴⁾ DESCAZEUX Martin, COUTURIER Mathieu, EL HIMDI Yasmine, op.cit, p 03.

⁽⁵⁾ المادة 17 من النظام رقم 11-08، المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

⁽⁶⁾ المادة 16 من النظام رقم 11-08، المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

⁽⁷⁾ المادة 06 من النظام رقم 05-07، المتضمن أمن أنظمة الدفع.

الأقل بالنسبة للمعلومات الاستراتيجية والحساسة، للتمكن من إستعادة التشغيل بعد تعرض النظام للتلف أو الاختراق.

- وضع حلول متناسقة بالاشتراك مع كل الأطراف المشاركين في أنظمة الدفع تتعلق بالأمن المادي والمنطقي ومتابعة المعطيات من البداية إلى النهاية، قصد ضمان سلامة وعدم تلف المكونات التقنية لأنظمة الدفع، كما يتعين على المشاركين المعنيين اعتماد ميثاق الأمن الذي يعده مسيرو أنظمة الدفع⁽¹⁾.

2- ضمان استمرارية النشاط:

يجب على البنوك أن تتزود بمختلف الوسائل اللازمة والملائمة للتحكم في مخاطر النظم المعلوماتية⁽²⁾، بإعداد مخططات تسمح بإعادة عمل النظام المعلوماتي في حال وقوع أي خلل في النظام لضمان استمرارية النشاط.

فقد يتعذر على البنك الوفاء بالتزاماته كليا أو جزئيا بسبب تعرضه لحوادث خطيرة خارجة عن إرادته، خاصة عندما تتعرض بنيته التحتية المادية أو نظم الاتصالات أو النظم المعلوماتية للضرر أو تعذر الوصول إليها، فضلا عن تعطل النظام المالي عموما بسبب تأثر نظم المدفوعات، ومثل هذا الاحتمال يتطلب من البنوك وضع برامج تسمح باستعادة واستمرارية النشاط بما يتناسب مع حجمها وتعقيد أنشطتها مع الأخذ بعين الاعتبار كل السيناريوهات المحتملة التي قد يتعرض لها البنك⁽³⁾.

تكون الجهات المكلفة بالرقابة ملزمة بإعداد تقرير مرة واحدة في السنة، يتضمن وصف التعديلات الهامة التي تم إجراؤها في إطار الرقابة الداخلية وجزء التحقيقات المنجزة عن الرقابة الدورية وأهم الاستنتاجات والإجراءات التصحيحية المتخذة⁽⁴⁾، بالإضافة إلى تقرير آخر خاص عن قياس ومراقبة المخاطر التي تتعرض لها، ويتم إرسال هذين التقريرين إلى هيئة التداول وعند الاقتضاء إلى لجنة التدقيق، ويرسلان أيضا إلى اللجنة المصرفية⁽⁵⁾.

تجدر الإشارة إلى أهمية دور شركة "ساتيم" وهي هيئة مستقلة غير ربحية يضم مجلس إدارتها بنك الجزائر و 21 بنكاً عمومياً وخصوصاً ينشطون في الجزائر، حيث تعمل هذه المجموعة

(1) المادة 07 من النظام رقم 05-07، المتضمن أمن أنظمة الدفع.

(2) المادة 59 الفقرة 01 من النظام رقم 11-08، المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

(3) BEAU Denis, MARTIN Carlos, op.cit, p 45.

(4) المادة 71 من النظام رقم 11-08، المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

(5) المادتين 72 و 73 من النظام رقم 11-08، المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

على الإشراف على استراتيجية تطوير النظام النقدي قصد تعميم استعمال وسائل الدفع الإلكترونية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الوسائل التقنية المستخدمة في تأمين النظم المعلوماتية البنكية

تستعين البنوك في سبيل تأمين نظامها المعلوماتي وتأمين العمليات الإلكترونية التي تؤديها لحساب زبائنها استعمال مجموعة من الوسائل التقنية المخصصة لهذا الغرض، وهي بحسب المبدأ حرة في اختيار التقنيات التي تراها مناسبة وكافية لتحقيق مستويات الأمن التي حددتها، وفي مجال المعاملات المصرفية تتسارع الجهود نحو تطوير وابتكار التقنيات المناسبة في مقابل تطور تقنيات الاختراق، فالهدف هو بناء نظام معلوماتي متين غير قابل للاختراق، والبنوك الجزائرية ليست بمنأى عن هذا التطور فهي ملزمة باعتماد المعايير الدولية المعمولة بها في مجال أنظمة الدفع، وهي تخضع في ذلك لرقابة بنك الجزائر الذي يسهر على مدى احترام البنوك لهذه المعايير⁽²⁾.

إن التقنيات والبرامج المستخدمة في التأمين المعلوماتي تتعدد وتختلف بحسب طبيعة المعاملة في حد ذاتها وبحسب الغرض الذي يرجى تحقيقه من عملية التأمين، فإن كانت الأولوية هي التركيز على تأمين العلاقات التي تنشأ مع الزبائن بمناسبة تقديم خدمات بنكية إلكترونية، من خلال استخدام تقنيات التشفير والبصمة الوراثية وأيضاً الجدار الناري كوسيلة لتأمين البيانات المالية للبنك وزبائنه، بالإضافة إلى بعض البرامج الخاصة لتأمين المعاملات المالية عن بعد (أولاً)، فإن هناك علاقات أخرى تنشأ من جراء تقديم هذه الخدمات في علاقة البنوك فيما بينها وعلاقتها ببنك الجزائر، بمناسبة تسوية المدفوعات الناجمة عن تنفيذ أوامر الدفع الصادرة عن زبائنها (ثانياً).

أولاً: تقنيات التأمين المعلوماتي في علاقة البنوك بزبائنها

تستخدم البنوك بهدف تأمين العلاقات التي تنشأ مع زبائنها بسبب وسائل الاتصال الإلكترونية على بعض التقنيات والأنظمة المتطورة التي توصلت إليها البحوث والدراسات في مجال المعلوماتية، ومنها ما يستخدم لتأمين البيانات المالية وهي مخزنة، في حين طورت تقنيات وبرامج أخرى لتأمين البيانات عند نقلها وتبادلها بواسطة رسائل إلكترونية.

(1) عباسة سمية "وسائل الدفع الإلكترونية في النظام البنكي الجزائري -الواقع والمعوقات والآفاق المستقبلية"، مجلة العلوم

الإنسانية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة- وهران، العدد 06، ديسمبر 2016، ص 358.

(2) أنظر المواد 03 و 12 الفقرة الأولى من النظام رقم 05-07،

1- التقنيات المستخدمة في تأمين البيانات الرقمية:

يعتمد الأمن المعلوماتي للخدمات البنكية الإلكترونية على استخدام وسائل تقنية لأغراض معينة، إذ يتم اعتماد نظام التشفير لتأمين البيانات المالية من أي اختراق أو تسريب، في حين تسمح البصمة الإلكترونية بضمان سلامة الرسالة الإلكترونية من العبث بها، أما الجدار الناري فله دور أساسي في صد أي هجوم داخلي على البيانات الرقمية.

أ- استعمال تقنية التشفير في القطاع البنكي:

بالرغم من أهمية التشفير كتقنية فعّالة لتحقيق الأمن المعلوماتي سواء في مجال أعمال الحكومة الإلكترونية أو على مستوى معاملات التجارة الإلكترونية، لم يتضمن التشريع الجزائري نصوصا خاصة لتنظيم عملية التشفير، باستثناء بعض الأحكام المنظمة لقطاع الاتصالات الإلكترونية، حيث سمح لاتصالات الجزائر بتقديم خدمة التشفير لزبائنهم بشرط احترام الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها، على أن يودع لدى سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية، طرق ووسائل شفرة الإشارات وترميزها قبل التشغيل⁽¹⁾.

كما ورد في نصوص القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين⁽²⁾، ما يفيد الاعتراف القانوني بعملية التشفير واستعمالها لإنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه، من خلال تعريفه لمفتاح التشفير الخاص ومفتاح التشفير العمومي.

(1) المادة 25 من ملحق المرسوم التنفيذي رقم 05-460 المؤرخ في 30 نوفمبر 2005، يتضمن الموافقة، على سبيل التسوية، على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات السلكية واللاسلكية واستغلالها وتوفير خدمات هاتفية ثابتة دولية وما بين المدن وفي الحلقة المحلية للجمهور، ج ر ج ج عدد 78، الصادر في 04 ديسمبر 2005.

كما جاء المرسوم التنفيذي رقم 09-410 المؤرخ في 10 ديسمبر 2009، يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة، ج ر ج ج ج عدد 73، الصادر في 13 ديسمبر 2009، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 16-61 المؤرخ في 11 فيفري 2016، ج ر ج ج ج عدد 09، الصادر في 17 فيفري 2016. صنف الملحق الأول منه التجهيزات والبرامج المعلوماتية للتشفير من بين التجهيزات الحساسة التي تشملها أحكام المرسوم التنفيذي، والذي أخضع عملية استرداد وتركيب وصيانة هذه التجهيزات إلى وجوب الحصول على رخصة مسبقة من وزارة البريد والمواصلات اللاسلكية (المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09-410 المعدل والمتمم)، كما أخضع كل عملية اقتناء لهذه الأجهزة لرخصة من الوالي (المادة 13 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر).

(2) قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر ج ج ج عدد 06، الصادر في 10 فيفري 2015.

يُعرف الفقه التشفير بأنه منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونياً، بحيث لا يستطيع أي شخص الحصول أو الوصول إلى تلك المعلومات والبيانات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح تلك الشفرة⁽¹⁾.

كما يُعرف بأنه: "عملية الحفاظ على سرية المعلومات الثابت منها والمتحرك، باستخدام برنامج له القدرة على تحويل وترجمة تلك المعلومات إلى رموز بحيث إذا تم الوصول إليها من قبل أشخاص غير مخول لهم بذلك لا يستطيعون فهم أي شيء، لأن ما يظهر لهم هو خيط من الرموز والأرقام والحروف غير المفهومة"⁽²⁾.

أما المشرع الفرنسي فيُعرف خدمة التشفير بأنها كل خدمة تهدف إلى تحويل معلومات وإشارات واضحة إلى معلومة وإشارات غير واضحة بالنسبة للغير، أو إجراء العملية العكسية، باستخدام أجهزة أو برامج مصممة لهذا الغرض⁽³⁾.

يقوم التشفير على نظامين أساسيين هما التشفير المتماثل والتشفير غير المتماثل، ويعتمد مفتاح التشفير المتماثل على مفتاح التشفير ومفتاح فك التشفير، ويسمى التشفير المتماثل أيضاً "تشفير المفتاح السري"، لأن هذا المفتاح لا يجب أن يكون معروفاً إلا من قبل الأشخاص الذين لديهم الحق في التشفير وفك تشفير الرسالة، وفي هذا النوع من أنواع التشفير يستخدم كل من مرسل البيانات ومستقبلها المفتاح الخاص الذي تم إعداده بين طرفي العلاقة⁽⁴⁾.

يسميه المشرع الجزائري بمفتاح التشفير الخاص، وفي مجال التوقيع الإلكتروني يعرف بأنه عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصرياً الموقع وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح التشفير العمومي⁽⁵⁾، ويستعمل هذا النوع من التشفير على نطاق واسع في القطاع المصرفي، وهي وسيلة فعالة بشكل خاص في الشبكات المغلقة لغرض تحقيق السرية⁽⁶⁾، وهو في الحقيقة غير مناسب في حالة الشبكات المفتوحة لأنه معرض لخطر الاختراق والاعتراض

(1) أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2008، ص 52.

(2) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2004، ص ص 31، 32.

(3) Article 28 de la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990, sur la réglementation des télécommunications, JORF n°303 du 30 décembre 1990, p 16439, modifiée et complétée.

(4) HUBIN Joël, POULLET Yves, La sécurité informatique, entre technique et droit », **Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit**, volume 14, édition Story-Scientia, Bruxelles, 1998, p 70.

(5) المادة 02 البند 08 من القانون رقم 15-04، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(6) ABI-RISK Georges Daladier, op.cit, p 85.

أثناء الإرسال، كما أن تقاسم نفس المفتاح بين المرسل والمتلقي يزيد من احتمالات تسريب المفتاح للغير⁽¹⁾، لذلك جاء التشفير غير المتماثل ليوفر حلول لهذه المشكلات.

هذا النوع الأخير من التشفير يسمى كذلك تشفير المفتاح العام⁽²⁾، ويستخدم في هذه الطريقة مفتاحين أحدهما عام والآخر خاص وكلاهما له علاقات رياضية معقدة لا يعرفها سوى صاحب المفتاح نفسه ولا يمكن لآخر معرفته، أما المفتاح العام فقد يكون معلوما لبعض الجهات ومع ذلك يبقى سرا على الجمهور⁽³⁾.

فالمفتاح الأول يستخدم لتشفير الرسائل إلى أن تنتقل إلى المرسل إليه، أما المفتاح الثاني فيستخدم لفك التشفير وهو مفتاح خاص ولا يملكه إلا شخص واحد، ويسمح هذا النوع من التشفير بإرسال رسائل سرية في ظروف أمنية أفضل، لأن عملية فك التشفير من الناحية العملية لا يمكن أن تتم إلا بمفتاحه الخاص الإضافي، والذي يتم إبلاغه للمتلقي في شهادة رقمية صادرة عن طرف ثالث موثوق به يسمى مؤدي خدمة التصديق والذي يضمن أن المفتاح العام خاص به⁽⁴⁾.

لتحقيق درجة تأمين عالية في أقل وقت ممكن، ظهرت طريقة أخرى تقوم على المزج بين نظامي التشفير، وذلك بإتباع الخطوات التالية:

- الرسالة الأصلية من المرسل إلى المرسل إليه تُشفّر بالطريقة السيميتريّة أو المفتاح الخاص⁽⁵⁾.
- المفتاح المتماثل -السيميتري- يشفر بدوره عن طريق المفتاح العام للمرسل إليه، ثم إرسال الرسالة المشفرة باستخدام المفتاح المتماثل، والمرسل إليه حين يتلقى المفتاح المتماثل المشفر بالمفتاح العام (الخاص به) يقوم بفك شفرة المفتاح المتماثل المشفر باستخدام المفتاح الخاص به، وبذلك يحصل على المفتاح المتماثل الذي شفرت به الرسالة الأصلية⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ HUBIN Joël, POULLET Yves, op.cit, p 71.

⁽²⁾ يعرف المشرع الجزائري مفتاح التشفير العمومي بموجب المادة 02 البنذ 09 من القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، بأنه: "هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني".

⁽³⁾ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي بمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 2007، ص 281.

⁽⁴⁾ ABI-RISK Georges Daladier, op.cit, p 86.

⁽⁵⁾ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي بمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، المرجع السابق، ص 283.

⁽⁶⁾ المرجع نفسه، ص 281.

- يقوم المرسل إليه وبعد فك شفرة المفتاح المتماثل باستخدام هذا المفتاح الأخير في فك الرسالة المشفرة حتى يحصل على الرسالة الأصلية⁽¹⁾.

إن استخدام التشفير لضمان سرية الرسائل المتعلقة بأمر الدفع وغيرها من البيانات المصرفية لا يزال مستخدم على نطاق واسع، ولكن العيب الرئيسي بالنسبة لهذه التقنية يتعلق ببطء تنفيذ عمليات التشفير وفك التشفير، ولتحقيق أمان أكثر فإن تقنيات التشفير ناذراً ما تستخدم وحدها بل تستكمل باستخدام أدوات إضافية أخرى⁽²⁾.

ب- دور البصمة الإلكترونية في التأمين المعلوماتي:

رغم أن التشفير يمنع المتطفلين من الإطلاع على محتويات الرسالة إلا أنه لا يمنع المخربين من العبث بها، أي أن التشفير لا يضمن سلامة الرسالة، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى البصمة الإلكترونية⁽³⁾، وهي بصمة رقمية يتم اشتقاقها وفقاً لخوارزميات معينة تدعى بدوال التموية، إذ تطبق هذه الخوارزميات حسابات رياضية على الرسالة لتوليد بصمة⁽⁴⁾.

تتكون البصمة الإلكترونية من بيانات لها طول ثابت، وتستطيع هذه البصمة تمييز الرسالة الأصلية والتعرف عليها بدقة، حتى أن أي تغيير في الرسالة سيفضي إلى بصمة مختلفة تماماً⁽⁵⁾.

ج- أهمية الجدار الناري لتأمين البنوك في البيئة المفتوحة على الأنترنت:

عندما تقوم البنوك بممارسة نشاطها فإنها تضطر إلى الدخول إلى شبكة الأنترنت وذلك من خلال ربط شبكتها الخاصة بالأنترنت، مما يؤدي إلى جعل موقع البنك عرضة للمقتحمين، الشيء الذي دفعها إلى استخدام أنظمة خاصة لحماية الشبكة الداخلية، ومن بين هذه الأنظمة الجدار الناري أو جدار الحماية⁽⁶⁾.

الجدار الناري هو مجموعة أنظمة تُوفر سياسات أمنية بين الأنترنت وشبكة البنك، لتجبر جميع عمليات العبور إلى الشبكة أو الخروج منها أن تمر من خلال الجدار الناري الذي يصد أي

⁽¹⁾ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي بمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، المرجع السابق، ص 282.

⁽²⁾ ABI-RISK Georges Daladier, op.cit, p 87.

⁽³⁾ ANDRIES Marc et autre, op.cit, p 40.

⁽⁴⁾ إبراهيم بختي، المرجع السابق، ص 78.

⁽⁵⁾ ANDRIES Marc et autre, op.cit, p 41.

⁽⁶⁾ محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 93.

تطفل، فالجدار الناري يعمل على تأمين الدخول والخروج وتشفير المعلومات للحماية من الفيروسات⁽¹⁾، وينقسم الجدار الناري إلى عدة أنواع بحسب الغرض منه:

ج1- جدار الحماية المادي أو الصلب:

هو عبارة عن جدار قائم بذاته يعمل بسرعات متفاوتة في معالجة البيانات، فهو تركيبة من الأجهزة والبرامج التي توفر نظام آمن، تُستخدم عادةً لمنع الوصول غير المصرح به من الخارج إلى شبكة اتصال داخلية أو أنترنت⁽²⁾، كما يمكن أن يكون على هيئة جهاز متكامل أو برنامج يتم تحميله إلى الحاسب الآلي بمواصفات جيدة، وظيفته حماية شبكات الحاسب الآلي من الاختراقات الخارجية، أي أنه يكون كالجدار الحاجز بين شبكة الحاسب الآلي الداخلية وشبكة الأنترنت، وظيفته الرئيسية مراقبة كل البيانات الداخلة والخارجة من الشبكة⁽³⁾.

ج2- جدار حماية الأجهزة الشخصية:

هو عبارة عن برنامج يكون مدمج مع نظام التشغيل أو برنامج لشركات خارجية، يتم تثبيته على جهاز الحاسوب ويقوم بمعالجة حركة البيانات على الحاسوب الشخصي⁽⁴⁾.

يراقب جدار الحماية كافة أوجه الاتصالات التي تعبر مساره ويختبر عنوان الوجهة والمصدر لكل رسالة يعالجها، لمنع حركة المرور غير المطلوبة من الطرف العام للاتصال، يحتفظ بجدول لكافة الاتصالات التي تم إجراؤها من الحاسوب في حالة الحاسوب المفرد، ويتتبع حركة المرور الخاصة بالحاسوب⁽⁵⁾، تتم مقارنة حركة المرور الواردة من إنترنت مع الإدخالات في الجدول، ويتم السماح لحركة مرور الأنترنت الواردة بالوصول إلى أجهزة الحاسوب الموجودة على

(1) إسماعيل عبد النبي شاهين، "أمن المعلومات في الأنترنت بين الشريعة والقانون"، مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد أيام 10-13 ماي 2000، ص ص 976.

(2) المرجع نفسه، ص 977.

(3) بوعزة هداية، يوسف فتيحة: "الحماية التقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدفع الإلكتروني"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف- المسيلة، المجلد 03، العدد 04، ديسمبر 2018.

(4) MATHIEU Marie-Elisabeth, Les Services bancaire et financier en ligne, op.cit, p 98.

(5) بورغدة نريمان مسعود: "المسؤولية عن فعل الأنظمة الإلكترونية الذكية"، حوليات جامعة الجزائر 01، جامعة يوسف بن الخدة- الجزائر 01، المجلد 31، العدد 01، 01 جوان 2017، ص 141.

شبكة الاتصال، عند وجود إدخال مطابق في الجدول الذي يظهر بدء تبادل الاتصال من ضمن الحاسوب أو شبكة الاتصال الخاصة⁽¹⁾.

يقوم الجدار الناري بصمت بتجاهل الاتصالات غير المطلوبة، مع إيقاف المحاولات الشائعة للقرصنة مثل مسح المنفذ⁽²⁾، إذ يقوم الجدار الناري بإنشاء سجل أمان لعرض النشاط المتتبع من قبل جدار الحماية، حيث يمكن تكوين الخدمات للسماح بإعادة توجيه حركة المرور غير المطلوبة من إنترنت من قبل حاسوب إلى شبكة الاتصال الخاصة⁽³⁾.

يمثل تركيب الجدار الناري الخطوة الأولى فقط في طريق تحقيق أمن الشبكة، ولا تستطيع غالباً العديد من الجدران النارية منع البرمجيات الخطرة المرسلة في البريد الإلكتروني، إذ أنها تحتاج إلى تكلفة إضافية أو إلى مستويات إضافية من الخدمات الخارجية للقيام بذلك، وتحتاج لتحقيق الأمان إلى دراسة شاملة للمواضيع المعرضة للهجوم في أنظمة التشغيل والتطبيقات، وكلمات المرور التي تقع خلف الجدار الناري كالشغرات الأمنية فيها، بالإضافة إلى الشغرات الكامنة في منافذ الشبكة التي يحميها الجدار الناري ذاته⁽⁴⁾.

هناك أيضاً ما يُعرف بنظام الكشف عن الاختراق أو المتطفلين، تقوم هذه الأنظمة بالكشف عن أشخاص يعتدون على الشبكة بمهام أخرى، بما فيها تتبع نشاطات المستخدم منذ دخوله إلى خروجه وحراسة الشبكة ضد أنواع معروفة من الهجمات، والكشف عن حدوث مخالفات لسياسة الشبكة ومتابعة أنشطتها العادية، مما يسهل تحديد أي سلوك غير طبيعي⁽⁵⁾.

2- التقنيات المستخدمة في الدفع الإلكتروني:

لقد عملت الكثير من الشركات العالمية على تطوير البرامج المعلوماتية التي تهدف إلى حماية وتأمين العلاقات الناشئة عن الدفع الإلكتروني، ومن أهم هذه البرامج وأكثرها استعمالاً بروتوكول الحركات المالية الآمنة بالاشتراك مع فيزا وماستر كارد ومايكروسوفت ونتسكيك،

(1) مسعودي عبد الهادي: "المواقع الإلكترونية ومتطلبات تطويرها في الخدمات البنكية: دراسة مسحية"، مجلة دراسات، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة عمار ثلجي- الأغواط، المجلد 11، العدد 01، جوان 2014، ص 185.

(2) أزرو محمد رضا: "التوقيع الإلكتروني ومقتضيات الأمان القانوني -دراسة مقارنة"، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور-الجلفة، المجلد 01 العدد 01، 15 سبتمبر 2009، ص 56.

(3) بورغدة نريمان مسعود، المرجع السابق، ص 141.

(4) Marie-Elisabeth Mathieu, Les Services bancaire et financier en ligne, op.cit, p 98.

(5) Ibid, p 99.

والغاية من هذا البروتوكول ضمان الحفاظ على أمن البيانات أثناء إجراء الحركات المالية عبر شبكة مفتوحة مثل الأنترنت⁽¹⁾، كما يستخدم لتأمين الدفع الإلكتروني بروتوكول الطبقات الأمنية.

أ- بروتوكول الطبقات الأمنية (SSL):

هو برنامج له بروتوكول تشفير متخصص لنقل البيانات والمعلومات المشفرة من جهازين عبر شبكة الأنترنت بطريقة آمنة، بحيث لا يمكن لأي شخص قراءتها من غير المرسل والمستقبل، وفي نفس الوقت تكون قوة التشفير فيها قوية ويصعب فكها، ويقوم هذا البرنامج بربط المتصفح الموجود على حاسوب المستخدم بالحاسوب المزود (الخادم) الخاص بالمواقع المراد الشراء منها، وهذا طبعا إذا كان الحاسوب مزود بهذا النظام⁽²⁾.

يضمن نظام بروتوكول الطبقات الأمنية مستوى كامل للإرسال الآمن، مثل المراسلات الخاصة برقم بطاقة الدفع على الخط، حيث لا يعمل فقط على تأمين المعلومات حين إرسالها على الخط، وإنما يضمن هذه المعلومات طوال مدة صلاحية المعلومة، فهو يُحوّل بيانات الدفع والمعلومات الحساسة الأخرى بأمان بين التجار والعملاء⁽³⁾، ومع ذلك فإن هذا البرنامج لا يضمن مصادقة الطرفين، ولا سلامة البيانات المرسلّة إلى التاجر⁽⁴⁾.

ب- بروتوكول الحركات المالية الآمنة (SET):

وُضع بروتوكول الحركات المالية الآمنة بالاشتراك مع فيزا وماستر كارد ومايكروسوفت- ونتسكاب (Netscap⁽⁵⁾)، وهو يمثل تقنية تهدف إلى تأمين أدنى معاملات بطاقات الدفع البنكية على شبكة مفتوحة مثل الأنترنت⁽⁶⁾.

الغاية من هذا البروتوكول ضمان الحفاظ على أمن البيانات أثناء إجراء الحركات المالية عبر شبكة مفتوحة، يستخدم بروتوكول الحركات المالية الآمنة برمجيات تدعى برمجيات المحفظة الإلكترونية، وتحتوي المحفظة الإلكترونية على رقم حامل البطاقة والشهادة الرقمية التابعة لها، أما

⁽¹⁾ LECLERCQ Pierre, KHALIL Lionel, « La confiance est-elle enfin possible dans les moyens de paiement en ligne ? », **Revue Com.Com. Elec**, n°12, décembre 2004, paris, p 12.

⁽²⁾ إبراهيم بختي، المرجع السابق، ص 78، 79.

⁽³⁾ بوعزة هداية، يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 35.

⁽⁴⁾ MONTBEYRE Richard, La banque en ligne et le protocole TLS : exemple, p 03.

Article disponible sur le site : www.montbeyre.free.fr

⁽⁵⁾ Netscape : هي شركة خدمات حاسوب أمريكية اشتهرت على خلفية مستعرض الريب الذي طورته تحت اسم نتسكاب نافيجيتور، والذي سيطر لفترة من الزمن ثم فقد معظم حصته.

⁽⁶⁾ LECLERCQ Pierre, KHALIL Lionel, op.cit, p 13.

التاجر فتكون له شهادة رقمية صادرة من أحد البنوك المعتمدة⁽¹⁾، بحيث لا يمكن لكل من التاجر والمشتري (المستهلك) معرفة رقم البطاقة أو رقم الحساب، فقط البنك هو الوحيد الذي يمكنه رؤية ذلك⁽²⁾، ويتميز بروتكول الحركات المالية الآمنة بمجموعة من الخصائص تتمثل في:

- يجمع بين التكنولوجيا المستخدمة في أمن المعلومات مع نظام التشفير بمفتاح عام، وذلك من خلال استخدامه للشهادات الرقمية والتي تخص حاملي البطاقات الائتمانية وكذا التجار⁽³⁾.
- المعاملات الإلكترونية المنجزة عبر الأنترنت من خلال هذا النظام تتميز بعدم إمكانية الرجوع فيها، فالزبائن الذين نفذوا الدفع بواسطة هذا النظام قاموا بتوقيع إلكتروني، والذي لا يمكن أن يكون مزوراً⁽⁴⁾.

- استخدام الشهادات الرقمية في هذا النظام يسمح بإظهار أن حامل البطاقة هو المستخدم الشرعي لها، كما أن استخدام التصديق يُفيد في تعريف هوية التاجر لدى البنك.

ثانياً: الأنظمة المستخدمة في علاقة البنوك فيما بينها

تحتاج البنوك لتأدية خدمات الدفع الإلكتروني إلى وجود أنظمة إلكترونية تضمن وجود اتصالات إلكترونية مؤمنة على المستوى الداخلي أو الدولي.

دولياً توفر شبكة سويفت (وهي شبكة اتصالات عالمية إلكترونية بين البنوك)، خدمات في غاية من الدقة بفضل البرامج المعلوماتية المعتمدة في السلامة والسرية والتعريف والتوثيق والحفظ⁽⁵⁾، وداخلياً قد استحدث بنك الجزائر نظامين أساسيين يقوم عليهما الدفع الإلكتروني، هما نظام التسوية الإجمالية الفورية⁽⁶⁾ (ARTS)، ونظام المقاصة الإلكترونية⁽⁷⁾ (ATCI).

1- نظام التسوية الإجمالية الفورية (ARTS):

يتطلب تطوير البنوك الإلكترونية في الجزائر توفير عناصر مرتبطة بالبيئة المناسبة من جهة وبالنظام البنكي من جهة أخرى، وذلك من خلال إقامة أنظمة الدفع، باعتماد بطاقة الدفع

(1) منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 55.

(2) LECLERCQ Pierre, KHALIL Lionel, op.cit, p 14.

(3) مصطفى يوسف كافي، النقود والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة، دار رسلان للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2011، ص 213.

(4) LECLERCQ Pierre, KHALIL Lionel, op.cit, p 14.

(5) أحمد سفر، العمل المصرفي الإلكتروني في البلدان العربية، المرجع السابق، ص 157.

(6) نظام رقم 04-05، يتضمن نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل.

(7) نظام رقم 06-05، يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى.

وتطوير شبكة الاتصالات والبريد، وفي هذا الإطار بادر بنك الجزائر بالتعاون مع وزارة المالية وبمساعدة البنك العالمي في انجاز نظام دفع إلكتروني متطور يعرف بنظام التسوية الإجمالية الفورية.

أ- مفهوم نظام التسوية الإجمالية الفورية:

إن تحديد مفهوم نظام التسوية الإجمالية الفورية يتأتى من خلال تعريفه وبيان خصائصه:

أ1- تعريف نظام التسوية الإجمالية الفورية:

حسب المادة 02 من النظام رقم 04-05 يعتبر نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل، الذي وضعه بنك الجزائر نظاما للتسوية بين البنوك لأوامر ARTS أرتس الدفع عن طريق التحويلات المصرفية أو البريدية للمبالغ الكبيرة أو الدفع المستعجل التي يقوم بها المشاركون في هذا النظام.

كما يمكن تعريف هذا النظام على أنه تقنية مصرفية تسمح بتسوية أوامر الدفع الضخمة بين البنوك عن طريق التحويل البنكي أو البريدي، كما يُعرف كذلك على أنه نظام تسوية المبالغ الضخمة الاستيعابية التي تفوق واحد مليون د.ج، ومن أهداف النظام إنقاص التكاليف الإجمالية للمدفوعات، وبناء شبكة علاقات قوية بين البنوك، وريح الوقت في إتمام العمليات البنكية⁽¹⁾.

تتم عمليات الدفع بين البنوك في نظام أرتس على أساس إجمالي دون الخضوع للمقاصة، وفي الوقت الحقيقي على حسابات التسوية المفتوحة في هذا النظام لصالح المشاركين، ويخضع فتح حسابات التسوية الاتفاقية بين بنك الجزائر والمشاركين المعنيين⁽²⁾.

أ2- خصائص النظام:

يتميز نظام التسوية الإجمالية الفورية بالخصائص التالية :

- عملية تسوية أوامر الدفع يتم إنجازها في وقتها الحقيقي بصورة مستمرة على أساس القيمة الإجمالية لها خلال فترة يوم التبادل، ويقلل من زمن تسوية أوامر الدفع ما بين البنوك⁽³⁾.
- التحقق من وجود رصيد كاف على مستوى حساب التسوية.

(1) مسيردي سيد أحمد، النظام القانوني للمقاصة في المعاملات البنكية -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2018، ص 149.

(2) المادة 3 من النظام رقم 04-05، يتضمن نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل.

(3) حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2015، ص 78.

- يعمل على زيادة الثقة والسرعة في المبادلات البنكية⁽¹⁾.
- تنفذ كل عملية بجعل الحساب الذي يقطع منه قيمتها مدينا ثم جعل الحساب الآخر دائئا، وذلك بمجرد كون الرصيد كاف لإتمام العملية.
- يقلل من التكلفة الإجمالية لعمليات الدفع بين البنوك ويزيد في تحصين النظام البنكي من مخاطر السيولة⁽²⁾.

ب- أسس عمل النظام:

ب1- شروط الانخراط في نظام التسوية الإجمالية الفورية:

يمكن الانخراط في نظام الأرتس لكل من البنوك والمؤسسات المالية والخزينة العمومية ووبريد الجزائر، بالإضافة إلى المتعاملون المكلفون بأنظمة الدفع فضلا عن بنك الجزائر⁽³⁾، ويستلزم لذلك تقديم طلب الانخراط وموافقة من طرف بنك الجزائر، وعند حصول طالب الانخراط على الموافقة فإنه يتحصل على الرموز السرية التي تمكنه من إجراء عمليات الدفع.

كما يُفوض كل مشارك شخص واحد أو عدة أشخاص بصفته المخابطين الوحيدين في نظام "أرتس" مع بنك الجزائر متعامل للنظام⁽⁴⁾، وحسب المادة 16 من النظام رقم 04-05 فإنه: "يجب على المشاركين في نظام "أرتس" أن يتقيدوا بشروط الأمن الذي يحددها بنك الجزائر".

ب2- العمليات المنجزة:

لقد حدد النظام رقم 04-05 السالف الذكر العمليات المقبولة التي يتم تنفيذها بواسطة نظام التسوية الإجمالية الفورية، هذه العمليات تندرج ضمن مجموعتين:

- العمليات بين المشاركين في النظام:

- التحويلات المالية من بنك إلى بنك آخر.
- التحويلات إلى حسابات الزبائن.
- أمر استعادة الأموال⁽⁵⁾.

(1) مسيردي سيد أحمد، المرجع السابق، ص 151.

(2) المرجع نفسه، ص 152.

(3) المادة 09 من النظام رقم 04-05، يتضمن نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل.

(4) المادة 15 من النظام رقم 04-05، يتضمن نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل.

(5) لعلاوي عيسى، خنفوسي عبد العزيز: "وسائل الدفع الإلكتروني المستحدثة في إطار تسهيل خدمات المعاملات الرقمية"،

مجلة منازعات الأعمال، العدد 19 ديسمبر 2016، ص 130. منشور في الموقع الإلكتروني: revues.imist.ma

- العمليات بين بنك الجزائر والمشاركين في النظام:

- العمليات الائتمانية لدى أكشاك بنك الجزائر.
- تسوية أرصدة المقاصة.
- اقتطاع الفوائد والعمولات.
- تسديد فواتير بنك الجزائر.

ب3- عمل النظام:

- حسابات التسوية:

على المشتركين في النظام سواء كانوا مباشرين أو غير مباشرين القيام بفتح حساب للتسوية لدى البنك المركزي وكل مشترك يحق له فتح حساب واحد.

- تتم معالجة كل التحويلات ضمن ترتيب إرسالها من قبل FIFO.

- تطبيق قاعدة المؤسسة المحررة للشيك أو الكمبيالة طبقا لقاعدة FIFO.⁽¹⁾

- التحقق من الرصيد:

يتم تنفيذ العمليات في الوقت الحقيقي لها في حالة ما إذا كان هذا الرصيد يسمح بهذا الاقتطاع.

- تسير خطوط الانتظار:

إذا لم يكن رصيد حساب التسوية كاف لإتمام العملية المطلوبة يقوم النظام بتسجيلها ضمن خطوط الانتظار، ويأشر النظام معالجتها طبقا لمستوى أولويتها وترتيبها الزمني⁽²⁾.

2- نظام المقاصة البنكية الإلكترونية (ATCI):

نتج عن الإصلاحات المعتمدة في الجزائر إنشاء نظام متطور لإتمام عمليات المقاصة بين البنوك الجزائرية، حيث تمثلت دوافع هذا النظام في تغيير وضعية النظام المتبع في استخدام الشيكات والسفاحات وتبادلها المادي بين المتعاملين وغرف المقاصة المحلية، مما يجعلها عرضة للضياع أو السرقة والتلف، ولقد أطلق على هذا النظام المتطور اسم نظام المقاصة عن بعد بين البنوك.

⁽¹⁾ المادة 37 من النظام رقم 04-05، يتضمن نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل.

⁽²⁾ المادة 38 من النظام رقم 04-05، يتضمن نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل.

أ- تعريف نظام المقاصة البنكية الإلكترونية:

عرف المشرع الجزائري نظام المقاصة البنكية الإلكترونية من خلال المادة 02 من النظام رقم 05-06 التي تنص على ما يلي: "ينجز بنك الجزائر نظام المقاصة الإلكترونية الذي يدعى نظام الجزائر للمقاصة المسافية ما بين البنوك أتكى ATCI، ويتعلق الأمر بنظام ما بيت البنوك للمقاصة الإلكترونية للصكوك والسندات والتحويلات والاقتطاعات الأوتوماتيكية السحب والدفع باستعمال البطاقة المصرفية".

يختص هذا النظام بالمعالجة الآلية لوسائل الدفع العام، من صكوك وتحويل وقتطاع وعمليات السحب والدفع بالبطاقات البنكية، وذلك باستعمال وسائل متطورة مثل الماسحات الضوئية والبرمجيات المختلفة، ويمثل هذا النظام القسم الثاني من أنظمة الدفع المتطورة وفق المعايير الدولية، بهدف التحسين النهائي للخدمات البنكية المقدمة للزبائن⁽¹⁾.

لا يقبل هذا النظام إلا التحويلات التي تقل قيمتها الاسمية عن مليون دينار، ويجب أن تتفد أوامر التحويل التي تفوق أو تساوي قيمتها الاسمية هذا المبلغ ضمن نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل، ويشغل نظام أتكى وفقا لمبدأ المقاصة المتعددة الأطراف لأوامر الدفع التي يقدمها المشاركون في هذا النظام⁽²⁾.

تشارك البنوك التجارية بنظام المقاصة الإلكترونية بصفة إجبارية باعتبارها تقوم بتحويل وسائل الدفع وتسييرها، كما يمكن الانخراط في هذا النظام فضلا عن بنك الجزائر كل من الخزينة وبنك الجزائر⁽³⁾، وتتم المشاركة بنظام ATCI حسب المادة 20 من النظام رقم 05-06 التي تنص على ما يلي: "يختار المشاركون المذكورون في المادة 17 أعلاه، في طلبهم الانخراط في نظام ATCI وضعية مشارك مباشر أو مشارك غير مباشر"، ويتحمل هذان النوعان المسؤولية الكاملة فيما يتعلق بعملياتهم لدى النظام والحساب لدى بنك الجزائر، وتخص هذه العمليات التدفقات المتعلقة بالتحويل من بنك إلى آخر ومن حساب عميل إلى آخر⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ «Normes interbancaires de gestion automatiser des instruments de paiement », document interne de la Banque d'Algérie, février 2005, p 5.

⁽²⁾ المادة 2 من النظام رقم 05-06، يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى.

⁽³⁾ المادة 17 من النظام رقم 05-06، يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى.

⁽⁴⁾ عبد الرحيم هيبه: "وسائل الدفع التقليدية في الجزائر-الوضعية والآفاق-"، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة، عدد 09، 2011، ص 08.

ب- كيفية عمل نظام أتكى (ATCI):

إن العمل بنظام المقاصة الإلكترونية بين البنوك يستدعي القيام بتجريد وسائل الدفع المستخدمة من طابعها المادي، بمعنى أنه يتم تحويلها من شكلها الورقي إلى شكل رقمي يتناسب مع طبيعة هذا النظام، ويمر النظام بعدة مراحل تتمثل في:

ب1- معالجة البيانات:

بمجرد تحويل الشيكات من طابعها المادي إلى الطابع الرقمي وقبولها من النظام، توجه إلى المسحوب عليه "البنك" للتحقق منها، بعد إثبات صحتها يقوم نظام المقاصة الإلكترونية بحساب الأرصدة الصافية لأطرافها المتعدين، ويحمل البنك المودع للشيك أن ينظم انتقال الصور الرقمية إلى البنك المسحوب عليه لتوثيقها⁽¹⁾.

ب2- حساب أرصدة المقاصة:

بعد إجراء المقاصة المتعددة الأطراف، يرسل النظام معلومة للمشاركين حول أرصدتهم وفقاً للكيفيات الواردة في "المرشد المستعمل"، ويعلن بعد ذلك مركز المقاصة المسبقة المصرفية عن نهاية يوم التبادل، ثم يقوم النظام خلال يوم التبادل بعملية حساب الأرصدة الثنائية المدينة لكل مشترك ويقوم بتبليغها لكل المشاركين، فإن لم يكن الرصيد مطابق لما هو متوقع يمكن للطرف المعني المشترك الاعتراض، فيقوم النظام حينئذ بإجراء المراجعة الضرورية⁽²⁾، هذه المتابعة للتغيرات الطارئة على الرصيد تجنب التصادم عند الإعلان عن الرصيد الفعلي الذي سيسدد.

المطلب الثاني:

الالتزام بضمان موثوقية المعاملات البنكية الإلكترونية

لا يتحقق التأمين الكامل للخدمات البنكية الإلكترونية بمجرد تأمين النظام المعلوماتي من خلال الحماية المادية والمنطقية، لأن هناك مشكلات أخرى تتضمنها تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية بالإضافة إلى المشكلات الفنية، ويتعلق الأمر بإشكالية ضمان الأصل وسلامة الرسائل المرسلة، بعبارة أخرى يجب البحث عن الوسائل التي يتأكد بواسطتها جميع الأطراف من أن الرسائل المتبادلة إلكترونياً لم يتم تعديلها عند نقلها على الشبكة، وأن هذه الرسائل صادرة من الطرف الآخر، ويتم ذلك عن طريق التثبيت من صحة الرسالة وهوية الأطراف عند التعامل.

(1) المادة 32 من النظام رقم 05-06، يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى.

(2) المواد 33 و 34 من النظام رقم 05-06، يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى.

حيث يتعين توفير الضمانات التي تجعل الزبون المستهلك قادرا على الثقة في عدم تزوير الموافقة التي أصدرها، ويتعلق الأمر بتوفير الحماية القانونية التي تمكن من الإثبات والتعرف على هوية الأطراف، وإن الحل القانوني الذي اعتمدته التشريعات في هذه المسألة هو استخدام التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، في حين يتطلب التثبت من سلامة التوقيع ونسبته إلى صاحبه استخراج شهادة إلكترونية من جهات معتمدة تسمى شهادة التصديق الإلكتروني، (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التوقيع الإلكتروني كوسيلة لتحديد الهوية والإثبات

ظهر التوقيع الإلكتروني كتقنية يستطيع من خلالها الأطراف المتعاملون بنظام التبادل الإلكتروني للبيانات والرسائل الإلكترونية توثيق تعاملاتهم، إذ يستخدم للتأكد من أن الرسالة قد جاءت من مصدرها دون تعرضها لأي تغيير أثناء عملية النقل، وكان أول اعتراف من المشرع الجزائري بهذه التقنية في الإثبات من خلال المادة 327 الفقرة الثانية من القانون المدني، بنصها على أنه: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 232 مكرر 01 أعلاه"، ولم ترد أي نصوص أخرى بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني حتى سنة 2015 حين صدر القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين لينظم مختلف الجوانب القانونية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني كوسيلة للتوثيق في المعاملات الإلكترونية.

إن الخدمات البنكية التي تقدمها البنوك خاصة ما يتعلق منها بالدفع الإلكتروني تستخدم تقنية التوقيع الإلكتروني في إصدار أوامر الدفع لتحديد هوية الأمر والتأكد من أنه صاحب الحساب (ثانيا)، وهو بهذه الوظيفة تطبق عليه ذات القواعد المقررة في القانون رقم 04-15 والذي يُنظم مختلف الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني (أولا).

أولا: الإقرار القانوني بالتوقيع الإلكتروني

توّج المشرع الجزائري بعد عدة سنوات من اعترافه بالتوقيع الإلكتروني بموجب المادة 327 مكرر 01 من القانون المدني، بإصدار قانون خاص به ينظم مختلف الجوانب القانونية والفنية المتعلقة به، وذلك تماشيا مع التوجهات الحديثة نحو استخدام وسائل الاتصال الحديثة في الممارسات التعاقدية والتجارية.

1- التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني:

حظي التوقيع الإلكتروني بتعريف من طرف العديد من التشريعات، سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الداخلي، حيث عرّف التوقيع الإلكتروني في قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2001 في المادة الثانية منه بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة

برسالة مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، بحيث يمكن أن تستخدم لبيان هوية الموقع بالنسبة إلى هذه الرسالة، ولبيان موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات⁽¹⁾.

أما التوجيه الأوروبي رقم 1999/93/CE الخاص بالتوقيع الإلكتروني⁽²⁾، فقد عرّفه في نص المادة الثانية منه على أنه: "عبارة عن معلومات في شكل إلكتروني، ترتبط أو تتصل منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها"، ويميز التوجيه الأوروبي بشأن التوقيع الإلكتروني بين التوقيع الإلكتروني البسيط والتوقيع الإلكتروني المتقدم⁽³⁾.

بصدور القانون رقم 04-15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حدد المشرع تعريفا للتوقيع الإلكتروني في الفقرة الأولى من المادة 02 منه التي جاء فيها: "التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق..."، والواضح أن هذا التعريف منقول حرفيا عن التعريف المقرر في التوجيه الأوروبي المتعلق بالتوقيع الإلكتروني السالف الذكر⁽⁴⁾.

الملاحظ أن تعريف المشرع الجزائري قد اعتمد في تعريفه للتوقيع الإلكتروني على بيان العناصر الفنية للتوقيع باعتبارها وسيلة توثيق، في حين كان يفترض بالتعريف التشريعي أن يركز على العناصر القانونية للتوقيع الإلكتروني.

على العكس من ذلك جاء تعريف المشرع الفرنسي للتوقيع الإلكتروني الذي يركز على الشروط التي يجب أن تتوافر فيه والوظائف التي يؤديها، فعرفه في المادة 4-1316 من القانون المدني الفرنسي بأنه ذلك التوقيع الذي يتمثل في استخدام وسيلة أمنية لتحديد هوية صاحبه، بحيث تضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه، ويفترض أمان هذه الوسيلة ما لم يثبت عكس ذلك، وذلك

⁽¹⁾ Article 02 de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, du 05 juillet 2001, NATION UNIES, New York : « Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue... ». disponible sur le site : www.uncitral.un.org/fr

⁽²⁾ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOUE n° L 013 du 19 janvier 2000, pp 12 – 20.

⁽³⁾ ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني (ماهية، مخاطر وكيفية مواجهتها مدى حجتيه في الإثبات)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 49.

⁽⁴⁾ Article 02-1 de directive n° 1999/93/CE : « une donnée sous forme électronique jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification ».

بمجرد وضع التوقيع الإلكتروني الذي بموجبه تتحدد هوية الموقع وتضمن سلامة التصرف، وفق شروط تحدد بمرسوم من مجلس الدولة⁽¹⁾.

أورد المشرع الجزائري في القانون رقم 15-04 في المادة نصوصا للتمييز من حيث الشروط بين التوقيع الإلكتروني الموصوف والتوقيع الإلكتروني العادي، حيث يحدد هذا النص الأخير شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف، وهو ذلك التوقيع الذي يشهد بصحته مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، الذي يكون معتمد من السلطة الاقتصادية المكلفة باعتماد ومراقبة التصديق الإلكتروني⁽²⁾، على أن يكون وحده المماثل للتوقيع المكتوب⁽³⁾.

في حين لم يضع تعريف صريح وواضح للتوقيع الإلكتروني العادي، وما يستنتج من ذلك أن التوقيع الإلكتروني العادي هو ذلك التوقيع الإلكتروني الذي يتم إنشائه دون أن يتضمن أحد المتطلبات القانونية المنصوص عليها في المادة 7 أعلاه⁽⁴⁾، ومع ذلك يؤكد المشرع على عدم جواز استبعاد القاضي للتوقيع الإلكتروني بسبب عدم استجماعه لبعض الشروط المقررة في المادة 07 السالفة الذكر⁽⁵⁾، وهنا يثور الإشكال حول مدى حجية التوقيع الإلكتروني العادي، وسلطات القاضي في تقدير مدى قبوله كدليل للإثبات؟

الغرض من هذا التمييز بين نوعي التوقيع الإلكتروني غير واضح، وهو مستوحى من قانون اليونسترال، وقد اعتمده أيضا التوجيه الأوروبي رقم 1999/93/CE بشأن التوقيع الإلكتروني⁽⁶⁾، ولربما أريد من هذا التمييز لفت الانتباه إلى وجود العديد من التقنيات في التوقيع

⁽¹⁾ Article 1316-4 de code civil Français, créé par l'article 04 de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n° 62 du 14 mars 2000.

⁽²⁾ علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص145.

⁽³⁾ المادة 07 من القانون رقم 15-04، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

⁽⁴⁾ مناني فراح، العقد الإلكتروني، وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2009، ص198.

⁽⁵⁾ تنص المادة 09 من القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، على أنه: " بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

1- شكله الإلكتروني، أو،

2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو ..

3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

⁽⁶⁾ Article 01 alinéa 02 de la directive européenne n° 1999/93/CE, op.cit.

الإلكتروني، فهي صحيحة طالما تؤدي المهام المنوطة بالتوقيع الإلكتروني، وتتوافر فيه الشروط الفنية التي تركز وظائف تحديد الهوية.⁽¹⁾

كرّس المشرع الجزائري من خلال المادة 09 من القانون رقم 15-04 مبدأ قبول التوقيع الإلكتروني وعدم التمييز فيما بينها على أساس لشروط المنصوص عليها في المادة 07 من نفس القانون، ويعتبر هذا المبدأ خطوة كبيرة نحو تطوير مبادئ الإثبات والخروج عن الأحكام التقليدية لقواعد الإثبات، غير أنه يجب في هذا الصدد التمييز بين المقبولية والقوة الثبوتية، حيث يقصد بالمقبولية قبول الوثيقة الموقعة إلكترونياً كدليل للإثبات، إذ لا يمكن للقاضي استبعادها بالنظر لطبيعتها الإلكترونية، غير أنها لا تحوز القوة الثبوتية للتوقيع بخط اليد، إذ يتعين لصاحب التوقيع الإلكتروني العادي إثبات موثوقية هذا النوع من الأدلة وقدرته على أداء الوظائف التقليدية للتوقيع التقليدي⁽²⁾، وبالتالي يتوقف قبول التوقيع الإلكتروني غير المعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني أمام القاضي، على مدى قدرة صاحبه في إقناع القاضي بقيمته الثبوتية⁽³⁾.

لكن من المؤكد أن هذه التوقيعات ليست في نفس المستوى الأمني المطلوب قانوناً، لذلك يتم قبوله أمام القاضي دون الاعتراف به كقيمة قانونية مماثلة لتلك المقررة للكتابة الورقية الموقعة باليد، فبغض النظر عن الأمان التقني يكون التوقيع الإلكتروني الموصوف هو وحده القادر على ضمان الأمان القانوني للخدمات البنكية الإلكترونية⁽⁴⁾.

2- شروط الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني:

إن اعتراف المشرع الجزائري بحجية المحرر الموقع إلكترونياً، حيث أقر المشرع بموجب المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على مبدأ التعادل أو التكافؤ الوظيفي بينه وبين المحرر الكتابي الموقع تقليدياً، والذي يقصد به المساواة بين الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، والكتابة والتوقيع التقليديين في القوة الثبوتية، وعدم التفرقة بينهما بسبب طبيعة الدعامات المحمولة عليها، سواء أكانا مثبتين على دعامات ورقية مادية أو دعامات إلكترونية غير ملموسة⁽⁵⁾.

(1) GOBERT Didier et ANTOINE Mireille : « La directive européenne sur la signature électronique: vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? », JTDE, n° 68, avril 2000, p 74.

(2) Ibid, p 96.

(3) Ibid, p 76.

(4) ABI-RIZK Georges Daladier, op.cit, p 265.

(5) قصار الليل عائشة، حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات -دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة، 2018، ص152.

إن موثوقية التوقيع الإلكتروني وكفاءته من حيث القوة الثبوتية للتوقيع بخط اليد تعتمد على توافر الشروط المقررة قانوناً، والتي حددتها المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص التي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامته"، ومن خلال هذا النص يمكن إجمال شروط التوقيع الإلكتروني فيما يلي:

أ- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره:

يتطلب هذا الشرط أن يكون التوقيع الإلكتروني مميزاً لصاحبه عن غيره مثله مثل التوقيع التقليدي، على اعتبار أن التوقيع روح الورقة المحررة⁽¹⁾، فالتوقيع الإلكتروني باعتباره علامة تميز الموقع عن غيره فلا يتصور وجود مجموعة من النسخ عنه، حيث أنه إذا تم إصدار التوقيع فلا يمكن إصدار نفس التوقيع لشخص آخر، وإلا أدى ذلك إلى ضياع حقوق الغير، بالتالي محو السمة الأساسية التي يتمتع بها التوقيع الإلكتروني ألا وهي الأمان.

لكن ليس مطلوباً أن يظهر في التوقيع اسم الموقع، فلا يشترط على الموقع استخدام اسمه كما هو مسجل في الحالة المدنية، فالشرط الأساسي ألا يكون هناك شك في هويته ولو لم تظهر هذه الهوية في التوقيع، وهو ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية بعد جدل واختلاف كان بين الكثير من الاجتهادات القضائية، حيث جاء في قرار صادر عنها بشأن التوقيع التقليدي بخط اليد، أن "التوقيع هو العلامة المكتوبة بخط اليد التي يكشف بها عادة عن شخصية الموقع لأطراف الثالثة"⁽²⁾، ولا مانع من تطبيق هذا الحكم على التوقيع الإلكتروني.

فالتوقيع الإلكتروني يعمل على تحديد شخص الموقع والبيانات الأساسية عنه، وبهذا يتميز الموقع عن غيره من الموقعين وتتحدد هويته، لا سيما وأن أدوات إنشاء التوقيع الإلكتروني سواء كانت رموز أو أرقام سرية أو خصائص بيولوجية، فإنها تؤدي إلى توفير خاصية التمييز والافراد للشخص صاحب العلاقة، وذلك لعدم إمكانية إنشاء مثل هذا التوقيع من قبل أي شخص آخر⁽³⁾ وهذا من شأنه توفير حماية وخصوصية للبيانات الموجودة على المحرر الموقع.

(1) لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 129.

(2) Cass civ 1^{ère} chambre, 17 janvier 1955, Bulletin Civ I 1955, n° 24, p 21.

(3) عبير ميخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 56.

ب- سيطرة صاحب التوقيع على منظومة التوقيع:

إن هذا الشرط يتطلب أن يكون صاحب التوقيع الإلكتروني منفردا به، بحيث لا يستطيع أي شخص معرفة فك رموز التوقيع الخاص به أو الدخول عليه، سواء عند استعماله لهذا التوقيع أو عند إنشائه، وبالتالي فإن التوقيع الإلكتروني يجب أن يتم عبر وسائل تخضع خضوع كامل للسيطرة المباشرة لصاحب التوقيع⁽¹⁾، وذلك حفاظا على سلامة البيانات الموقعة إلكترونيا وحتى لا يتم التنصل من الاعتراف بها من قبل الشخص الموقع⁽²⁾.

لتحقيق هذا الغرض اشترطت المادة 07 من القانون رقم 15-04 في الفقرة 04 أن يكون التوقيع الإلكتروني مصمما بآلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويعرف ذات القانون في المادة 11 منه الآلية المؤمنة على أنها: "... آلية إنشاء توقيع إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات التالية: 1- يجب أن تضمن بوسائط الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة على الأقل/ ما يأتي:

- ألا يُمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد،
- ألا يُمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد،
- أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.
- يجب أن لا تُعدّل البيانات محل التوقيع، وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع".

استعمل المشرع الجزائري مصطلح "التوقيع الإلكتروني المؤمن" لدلالة على التوقيع الخاضع لصحابه والواقع تحت سيطرته، والذي عرّفه في المادة 03 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المعدل والمتمم بأنه التوقيع الإلكتروني الذي يفى بالمتطلبات الآتية:

- يكون خاصا بالموقع؛
- يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية؛
- يرتبط مع الفعل المرتبط به، صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

(1) سليمان مأمون محمد، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 232.

(2) عبير ميخائيل الصفدي الطوال، المرجع السابق، ص 57.

إن مثل هذه الشروط تظهر أكثر وضوحاً في التوقيع الرقمي، والذي ينشأ على آلية التوقيع المشفر المكون من حروف وأرقام لا يعرفها سوى الموقع، والتي تقوم على تحويلها إلى رموز مشفرة تخصه وحده، وتقع تحت سيطرته فلا يمكن لسواه الوصول إليها⁽¹⁾.

ج- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر ارتباطاً وثيقاً:

بمعنى أن يتصل التوقيع الإلكتروني بالمحرر الكتابي اتصالاً مباشراً⁽²⁾، بحيث لا يمكن الفصل بينهما، وهذا الارتباط يحقق كفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين البيانات الموجودة على المحرر الإلكتروني ومنها مفاتيح التشفير العام والخاص، أو الخواص البيولوجية للإنسان التي من المستحيل أن تتشابه مع شخص آخر، وبهذا فإن أية محاولة من قبل الغير للاطلاع على المحرر وإحداث أي تغيير أو تعديل عليه سيكون قابلاً للكشف، كونه سيؤدي إلى إحداث تعديل على التوقيع الموضوع على المحرر⁽³⁾.

إن الارتباط المادي والمباشر للتوقيع بالمحرر المتعلق به يضمن سلامة المحرر والمعلومات المدونة بداخله من أية محاولات للتلاعب أو التزوير أو التعديل أو التحريف.

ثانياً: صور استخدام التوقيع الإلكتروني في المعاملات البنكية

إن دخول البنوك العاملة في الجزائر غمار العمل المصرفي الإلكتروني عن طريق إطلاق وسائل الدفع الإلكترونية من بطاقات دفع وتحويل الكتروني للأموال، جعلها في حاجة لإطار قانوني لتأمين معاملاتها وبعث الثقة لدى زبائنها في موثوقية العملية، وتوفر التطورات التشريعية في مجال التوقيع الإلكتروني الإطار القانوني الذي يمكن أن تستفيد منه البنوك عند تقديمها لهذا النوع من الخدمات.

تستخدم البنوك التوقيع الإلكتروني في جميع الخدمات البنكية الإلكترونية التي تقدمها، خاصة فيما يتعلق بوسائل الدفع الإلكتروني والتي تعد أكثر الخدمات انتشاراً، كالأوراق التجارية الإلكترونية والتحويل الإلكتروني للأموال والبطاقة البنكية والنقود الإلكترونية.

تتعدد صور وأشكال التوقيع الإلكتروني وتختلف فيما بينها من حيث درجة الثقة والائتمان التي تقدمها، وكذلك من حيث الإجراءات والشروط المتبعة في إنشائها وإصدارها ومن بينها التوقيع الرقمي، التوقيع بالقلم الإلكتروني، التوقيع باستخدام الخواص الذاتية، التوقيع بالرقم السري، غير أن

(1) قصار الليل عائشة، المرجع السابق، ص 172.

(2) الحموري فتحي ناهد، الأوراق التجارية الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 87.

(3) DUCOULOUX-FAVARD Cloude, « Deux récentes législations sur signature électronique », **Petite affiche** n° 193, 27 septembre 200, p 08.

البنوك غالبا ما تعتمد على بعض الانواع دون غيرها، ومن أهم استخدامات التوقيع الإلكتروني في المجال البنكي ما يلي:

1- التوقيع بالرقم السري في البطاقات البنكية:

يستخدم نظام البطاقات المصرفية شكلا معينا من أشكال التوقيع الإلكتروني وهو الرقم السري، وهو عبارة عن رمز سري خاص بالشخص صاحب البطاقة، إن هذه الصورة للتوقيع في الشكل الإلكتروني هي الأكثر شيوعا لدى الجمهور، ولا يتطلب استخدامها الكثير من العناء أو خبرة معينة، بل يمكن لأي شخص أن يستخدمها، كما أنها لا تستلزم أن يمتلك الشخص جهاز حاسب آلي أو أن يكون الجهاز متصل بالإنترنت⁽¹⁾.

إن دقة هذا النظام تكمن في أنه يشتمل على رقم سري متميز وفريد يستأثر به صاحبه، وبالتالي لو عُثر على البطاقة فلا يستطيع أي شخص استخدامها ما لم يكن على علم بالرقم السري، وهذا نادرا ما يحدث إلا بإهمال من قبل حامل البطاقة، الذي يُمكنه تفادي ذلك عن طريق مخاطبة البنك بوقف العمل بهذه البطاقة، لذلك فإن هذه البطاقة والرقم السري قد يُحقق وظائف التوقيع بكفاءة عالية أكثر من الإمضاء والختم والبصمة⁽²⁾.

تتميز هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني بالإضافة إلى سهولتها وبساطتها بقدر كبير من الأمان والثقة⁽³⁾، ومع ذلك يرى بعض الفقه أنها لا يمكن اعتبار الرقم السري في البطاقات المصرفية توقيع الكتروني بالمعنى الدقيق، لأنها لا تحقق وظائف هذا الأخير، فهي لا تعدو إلا مجرد آلية ترخيص تسمح لصاحب البطاقة بالوصول إلى نظام رقمي يمكنه من إجراء التحويلات والمدفوعات سواء في الشبكات المفتوحة أو المغلقة⁽⁴⁾.

2- التوقيع الرقمي:

يعتبر التوقيع الرقمي من أهم صور التوقيع الإلكتروني نظرا لما يتمتع به من قدرة فائقة على تحديد هوية أطراف العقد تحديدا دقيقا ومميزا، إضافة لما يتمتع به أيضا من درجة عالية من الثقة والأمان في استخدامه وتطبيقه⁽⁵⁾.

(1) ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 56.

(2) محمد علاء نصيرات، المرجع السابق، ص 36.

(3) GOBERT Didier et MONTERO Etienne, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », **Cahiers du CRID**, n° 17, Avril 2000, p 58.

(4) BUYLE Jean-Pierre, La carte de paiement électronique, in La banque dans la vie quotidienne, Ed Jeune Barreau, Bruxelles, 1986, p. 471.

(5) لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 144.

يقوم هذا التوقيع على وسائل التشفير الرقمي الذي يعتمد على خوارزميات أو معدلات حسابية رياضية لضمان سرية البيانات والاتصالات بطريقة آمنة، عبر تحويله إلى شكل غير مفهوم إلا من صاحب العلاقة، حيث يتم التوقيع الإلكتروني باستعمال مفتاح معين لتشفير الرسالة الإلكترونية، ثم يعتمد مستقبل تلك الرسالة إلى فك التشفير بمفتاح آخر للحصول على المعلومات المرسل، فإذا ظهرت الرسالة بعد فك التشفير بصورة واضحة ومقروءة، كان توقيع المرسل صحيحاً⁽¹⁾، وتتمثل مهمة التشفير هنا في الحفاظ على أمن وسرية البيانات الموجودة على المحرر الموقع، ويضمن التوقيع الرقمي سرية المحرر حيث لا يمكن الاطلاع عليه إلا ممن أرسل إليه وباستخدام المفتاح العام للمرسل⁽²⁾.

يعتمد هذه النوع من التوقيع الرقمي خاصة في النقود الإلكترونية، إذ تحمل أعلى درجات الأمان وتعتبر أفضل وسيلة لحماية المعلومات المالية، بالإضافة إلى استخدام الكلمة السرية لحماية مسحوبات الزبون من حسابه البنكي⁽³⁾.

بالرغم من المزايا التي يحملها التوقيع الرقمي، وما يحققه من ثقة وأمان لمحتوى المحرر، بحيث يجعله بمنأى من عمليات الاحتيال والقرصنة والاختراق، إلا أنه التقدم العلمي والتكنولوجي جعل بالإمكان القيام بعمليات احتيال وتزوير، عن طريق كسر المفتاح الخاص برسالة البيانات⁽⁴⁾ والتوصل إلى اكتشاف المفاتيح الخاصة مصدر الموثوقية والأمان وتغيير مضمون رسالة البيانات⁽⁵⁾.

في سبيل تحقيق أقصى درجة من الأمان وتأمين رسالة البيانات من خطر الاختراق والصوصية، يقترح البعض ضرورة أن يملك الشخص زوج من المفاتيح الخاصة، عندما يريد أن يقوم بتوقيع رسالة بيانات وتشفيرها⁽⁶⁾.

(1) مناني فراح، المرجع السابق، ص 152.

(2) سليمان إيمان مأمون أحمد، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 27.

(3) GOBERT Didier et MONTERO Etienne, op.cit, p 60.

(4) سليمان إيمان مأمون أحمد، مرجع السابق، ص 64.

(5) عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 261.

(6) ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 4 و 65.

3- التوقيع بالقلم الإلكتروني:

تقوم هذه الطريقة على استخدام قلم إلكتروني حساس يمكنه الكتابة على الحاسوب عن طريق برنامج يسيطر على هذه العملية⁽¹⁾، فهي طريقة مشابهة لما يعرف بالماسح الضوئي، والذي يتم عن طريق تصوير ونقل التوقيع اليدوي إلى المحرر المراد استخدامه، ويقوم هذا النوع من التوقيع بأداء وظيفتين:

- التقاط إمضاء العميل الذي يتم كتابته بقلم إلكتروني حساس في مرجع مخصص لذلك، على شاشة الحاسب أو أي مكان يخصص له⁽²⁾.

- التعرف على دقة التوقيع وصحته، من خلال نظام برمجي يقارن التوقيع الموجود مع التوقيع المخزن، ويتم تحديد الدقة المطلوبة للتوقيع تبعا لأهمية نوع المعاملة⁽³⁾، ويستعمل هذا التوقيع خاصة في حالة الشيك الإلكتروني، فهو ينتقل بالبريد الإلكتروني من الطرف الذي أصدره إلى المستفيد بعد توقيعه إلكترونيا، فيسترجعه المستفيد ويوقعه إلكترونيا ويرسله بالبريد الإلكتروني مع إشعار إيداع إلكتروني في حسابه البنكي⁽⁴⁾.

يتم التحقق من صحة التوقيع بالإستناد إلى حركة القلم الإلكتروني والأشكال التي يتخذها أو الالتواءات، وغير ذلك من السمات الخاصة بالتوقيع، وفي حالة سرقة البطاقة والرقم السري في هذا النوع من التوقيعات فإنه ليس من السهل على السارق القيام بعملية التوقيع، وذلك لأن البرنامج المخصص لذلك يكشف ذلك من خلال التحقق من صحة التوقيع⁽⁵⁾.

4- التوقيع باستخدام الخواص الذاتية (البيومتري):

يتم التوقيع في هذه الصورة عن طريق استعمال إحدى الخواص الذاتية للشخص⁽⁶⁾، والتي تعتمد على التطور العلمي القائم على دراسة بصمات اليد أو قرنية العين أو نبضات الصوت أو

(1) نضال إسماعيل برهم، غازي أبو عرابي، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص175.

(2) علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص34.

(3) نضال إسماعيل برهم، غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص175.

(4) غزالي نزيهة، "الآليات القانونية لحماية وسائل الدفع الإلكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة زيان عاشور - الجلفة، العدد 10، الصادر في جوان 2014، ص 290.

(5) مسعودي زكرياء، جعفر زهرة، "التوقيع الإلكتروني وحمايته لعملية الدفع الإلكتروني"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة حمة لخضر - الوادي، المجلد 01، العدد 03، الصادر في 31 ديسمبر 2017، ص 164.

(6) علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص32.

أبعاد الوجه، وذلك من خلال الخصائص الفزيائية والطبيعية والسلوكية التي يتميز بها الأشخاص عن بعضهم البعض⁽¹⁾.

تعتمد هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني على حجية علمية، هي أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به تختلف من شخص إلى آخر، تتميز بالثبات النسبي مما يؤدي إلى توافر الثقة في أن التوقيع بأحد تلك الخواص قد تم عن طريق الموقع ذاته.

يتم التوقيع بالخواص الذاتية بالنقاط صورة دقيقة لصفة جسدية للشخص الذي يريد استعمال الإمضاء البيومتري، ثم يتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي، حيث تتم برمجته على أساس ألا يصدر أوامر بفتح القفل المغلق، إلا بعد أن يطابق هذه البصمة المبرمجة في ذاكرته⁽²⁾، وذلك بهدف توفير الاستخدام القانوني فقط للأشخاص المصرح لهم بذلك، وبالتالي منع أي استخدام غير قانوني أو غير مرخص لأي معلومات أو بيانات سرية أو شخصية موجودة في نظم المعلومات الخاصة بزيائن البنوك⁽³⁾.

بالرغم من الدقة والأمان والثقة المتوفرة في هذا النوع من التوقيع إلا أنه ليس بعيد عن التزوير⁽⁴⁾، فيمكن أن تأثر مميزات الشخص بإدخال أي من المؤثرات أو التعديلات عليها، مما يؤدي لافتقادها الأمان والسرية⁽⁵⁾.

غير أن هذه المآخذ لا تقلل من الثقة الواجب إعطاؤها لهذا النوع من التوقيع الإلكتروني، فكما أن التزوير وارد في هذه الصورة فهو وارد أيضا في التوقيع التقليدي، هذا بالإضافة إلى أن هذه الصورة مثل جميع أنواع التوقيع الإلكتروني تبقى في حاجة لتكنولوجيا تؤمن استخدامها عبر الشبكة وتحول دون التلاعب بإعادة النسخ والاستعمال⁽⁶⁾.

ثالثا: وظائف التوقيع الإلكتروني في المجال البنكي

اعترف المشرع الجزائري بأهمية التوقيع الإلكتروني ومعادلته للتوقيع التقليدي بخط اليد من حيث الوظائف التي يؤديها هذا الأخير، ومن هذا المنطلق تبرز لنا وظيفتين أساسيتين للتوقيع

(1) عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 256.

(2) سليمان إيمان مأمون أحمد، المرجع السابق، ص 256-257.

(3) بشار محمود دودين، محمد يحي المحاسنة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 253.

(4) سليمان إيمان مأمون أحمد، المرجع السابق، ص 257.

(5) GOBERT Didier et MONTERO Etienne, op.cit, p 60.

(6) سليمان إيمان مأمون أحمد، المرجع السابق، ص 257.

الإلكتروني، فهو يحدد هوية الموقع ويعبر عن موافقته على محتوى الرسالة الإلكترونية، إلا أن هناك وظائف أخرى للتوقيع الإلكتروني تتمثل في دوره في تحديد مضمون العقد، وأيضا دوره في الحفاظ على سلامة محتوى الرسالة، كما يمنح الفقه دورا آخر للتوقيع الإلكتروني وإن كان أقل أهمية عن سابقه يتمثل في التأكد من مطابقة الرسالة أو المستند المرسل للمستند الأصلي.

1- تحديد هوية الموقع:

الوظيفة الأساسية للتوقيع الإلكتروني هو التمكن من تحديد هوية موقع المستند⁽¹⁾، هو علامة شخصية بمعنى أن يتولى الشخص بنفسه وضع التوقيع، فهو شكل مميز لصاحبه، فلا يمكن أن تتوافر مجموعة نسخ للتوقيع الإلكتروني، ذلك أنه عندما تصدر بيانات إنشاء توقيع لشخص ما فلا يمكن أن يتم إصدار نفس التوقيع لشخص آخر⁽²⁾، فالتوقيع الإلكتروني يعمل على تحديد شخص الموقع والبيانات الأساسية عنه، لذلك فهو يُميز الموقع عن غيره ويحدد هويته.

لكن لا يشترط أن يظهر اسم الموقع عند التوقيع، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بشأن التوقيع التقليدي إلى أن التوقيع هو العلامة المكتوبة بخط اليد التي يكشف فيها الموقع عن شخصيته لأطراف ثالثة⁽³⁾، ولا جدال في إمكانية تطبيق هذا الحكم على التوقيع الإلكتروني، ولذلك ليس مطلوبا أن يبدو ظاهر اسم المستفيد كاملا في هذا التوقيع شريطة ألا يكون هناك شك في هوية صاحبه⁽⁴⁾.

يقوم التوقيع الإلكتروني في الخدمات البنكية الإلكترونية بتمييز الموقع من غيره، وهو نفس الدور الذي يؤديه التوقيع الكتابي بخط اليد الموجود على المحرر التقليدي، بجعل الورقة الموقعة منسوبة للموقع، حيث يلعب التوقيع الإلكتروني دورا كبيرا في تحديد هوية الأطراف المتعاملة بوسائل الدفع الإلكتروني⁽⁵⁾، وتحديد هوية زبائن البنك في حالة الدفع عبر شبكة الأنترنت وإثبات صحة أوامر الدفع الصادرة عنهم⁽⁶⁾.

(1) GOBERT Didier et MONTERO Etienne, p 62.

(2) مسعودي زكرياء، جبريف الزهرة، المرجع السابق، ص 166.

(3) Cass 1^{ere} civ, 17 janvier 1955, op.cit.

(4) GOBERT Didier et MONTERO Etienne, op.cit, p 62.

(5) غزالي نزيهة، المرجع السابق، ص 290.

(6) علاء التميمي، المرجع السابق، ص 646.

2- التعبير عن إرادة الموقع:

التوقيع الإلكتروني قادر على التعبير عن إرادة صاحبه في الموافقة على مضمون السند، ومن تم الرضا بالتعاقد والالتزام به، وهو يشكل أداة لصحة التصرف، أي أنه يعطي التصرف قيمة قانونية أكبر⁽¹⁾، ونظرا لأن المشرع الجزائري لم يحصر التعبير عن الإرادة في المادة 60 من القانون المدني⁽²⁾ بوسيلة معينة بل فتح المجال لاستعمال أي وسيلة في ذلك، وبتطور عمل البنوك واستخدامها للوسائل التكنولوجية في تقديم الخدمات البنكية، فإنه يجب أن تكون الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة مواكبة وملائمة للتكنولوجيات المستعملة.

يستعمل التوقيع الإلكتروني في التأكد من رضا صاحب التوقيع وقبوله مضمون الالتزام، ففي البطاقات الإلكترونية بمجرد إدخال البطاقة من جانب حاملها في الفتحة المخصصة لذلك في جهاز الصراف الآلي، ثم القيام بإدخال الرقم السري الذي يحتفظ به صاحبه على وجه الانفراد، يُعبر هذا الأخير عن موافقته الصريحة على سحب المبلغ المطلوب والمبين أمامه على شاشة الجهاز⁽³⁾.

يصلح التوقيع الإلكتروني للتأكد من عملية الدفع مهما كانت وسيلة الدفع المستعملة سواء كنا بصدد وسيلة دفع مطورة أو مستحدثة، لأنه بمجرد استخدام الزبون للبطاقة يطلب منه الجهاز الخاص لدى التاجر إدخال الرقم السري ثم يقوم بتسجيله، وهو ما يثبت هوية الأمر بالدفع لأنه يترتب عليه القابلية للقراءة وبالتالي ميلاد الأمر بالدفع، وإذا كان التوقيع رقمي فإنه يستعان بنظام التشفير الذي يضمن سلامة محتويات الرسالة، حيث لا يتم إرسال الرقم الذي أدخله حامل البطاقة إلى الطرف الآخر وإنما إلى جهة التصديق، والتي تتولى الإرسال إلى الطرف الآخر الذي يملك المفتاح العام لفك الشفرة وهذا تجنباً لإنكار الرسالة⁽⁴⁾.

3- توثيق مضمون العقد:

تتجلى الوظيفة الثالثة للتوقيع الإلكتروني في توثيق مضمون العقد، حيث أن خاصية التوقيع الإلكتروني تضيف على المحررات الإلكترونية طابع السرية⁽⁵⁾، لأن ما يُدون داخلها خاضع

(1) مسعودي زكرياء، جقريف الزهرة، المرجع السابق، ص 167.

(2) تنص المادة 06 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف بل يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه..."

(3) غزالي نزيهة، المرجع السابق، ص 290.

(4) المرجع نفسه، ص 291.

(5) GOBERT Didier et MONTERO Etienne, op.cit, p 64.

لتقنيات التشفير التي تجعل النص سرياً ومضموناً لا يمكن الإطلاع عليه إلا من أطراف التعامل، ومع ذلك يمكن من خلال هذا التوقيع التعرف على الشخص صاحب التوقيع والتأكد من أنها صادرة بإرادته، ولا يُمكنه بذلك إنكار ما صدر عنه⁽¹⁾.

من أجل ذلك حدد القانون رقم 15-04 ضوابط لأطراف التعاقد الإلكتروني في استخدام التوقيع الإلكتروني، فمن حيث الموقع فإنه يتعين عليه أن يستخدم توقيعه في الحدود المسموح بها قانوناً⁽²⁾، وفي حالة تعرض بيانات إنشاء توقيعه لما يثير الشبهة عليه أن يقوم بالإخطار عن ذلك لدى البنك، أما من جانب الطرف الآخر المرسل إليه فعليه أن يتأكد من صحة وموثوقية التوقيع الإلكتروني والتأكد من مصدر الرسالة وصلاحيّة شهادة التصديق وأنها سارية المفعول، وأن يبذل جهده في التأكد من هوية مرسل الرسالة، وإذا ثبت تقصيره فإنه يتحمل تبعه الأضرار الناجمة عن ذلك⁽³⁾.

4- التحقق من سلامة المستند أو الرسالة الإلكترونية:

يعمل التوقيع الإلكتروني على الحفاظ على سلامة محتوى الرسالة أو المستند، وهذه الوظيفة يختص بها التوقيع الإلكتروني وليس التوقيع بخط اليد، لأن في هذا الأخيرة تتحقق هذه الوظيفة عن طريق الوسيط الورقي باعتبارها وسيلة غير قابلة للتغيير وليس التوقيع، إذ يصعب في الوسيط الورقي إخفاء الاحتيال أو التعديل عن طريق المحو أو الإضافة⁽⁴⁾.

في حين أن تحقيق الأمان في المستند الإلكتروني لا يكون عن طريق المستند ذاته وإنما عن طريق توقيعه، ففي التوقيع الرقمي الذي يتم فيه تشفير الرسالة مباشرة باستخدام مفتاح خاص، يكون للمستلم بمجرد أن يتم فك تشفير ملف التوقيع قادر على مقارنة الرسائل، وبالتالي التحقق من سلامة الرسالة⁽⁵⁾.

يسمح تشفير الرسالة ذاتها من قبل المصدر باستخدام مفتاحه الخاص باكتشاف أي تغيير أو تعديل في الرسالة المستلمة بمجرد فك تشفير ملف التوقيع، عن طريق مقارنة الرسالة التي تم إنشاؤها مع تلك المستلمة، فإذا لوحظ وجود اختلاف بينهما فهو دليل على أن الرسالة قد تم العبث

(1) حليّتم سراح: "خصوصية التوقيع الإلكتروني في توثيق العقود الإلكترونية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، العدد 13، جويلية 2018، ص 747.

(2) المادة 62 من القانون رقم 15-04، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(3) حليّتم سراح، المرجع السابق، ص 748.

(4) GOBERT Didier et MONTERO Etienne, op.cit, p 66.

(5) Ibid, p 67.

بها أثناء الإرسال⁽¹⁾، لذلك فإن تقنية التوقيع الرقمي تتيح بلا شك تحقيق وظائف التعريف والنزاهة في آن واحد، ولكن هذه الميزة لا تتحقق دائما في التوقيع البيوميترى والتوقيع الرقمي المكتوب بخط اليد، لأنها لا تضمن سلامة الرسالة الإلكترونية ما لم تقترن بآلية تشفير⁽²⁾.

الفرع الثاني: التصديق الإلكتروني

يلعب التوقيع الإلكتروني دورا مهما في ضمان الثقة والأمان في المعاملات البنكية التي تتم بوسائل الكترونية، لكن لتحقيق أكبر ثقة لدى الأطراف فإنه يستلزم وجود طرف ثالث محايد، مهمته حماية التوقيع الإلكتروني من تلاعب الغير به، وهذا الطرف هو جهة التصديق الإلكتروني، والتي تمنح شهادة تسمى شهادة التصديق الإلكتروني وفق الشروط القانونية المقررة.

يعد التصديق الإلكتروني من أهم الوسائل والعمليات المستخدمة في تأمين التوقيع الإلكتروني وحمايته من مخاطر القرصنة، وإساءة استخدام البيانات الشخصية المتعلقة بالغير في أنشطة غير مشروعة عبر شبكة الأنترنت، وكذا التحقق من صحة التوقيع ونسبته للموقع، من خلال إصدار شهادة خاصة بالموقع تسمى شهادة التصديق الإلكتروني (أولا)، ويتولى عملية التصديق الإلكتروني طرف محايد ومستقل مرخص من قبل الدولة، ويخضع لمراقبة جهات مختصة حددها القانون (ثانيا)، وذلك بغرض تحقيق الموثوقية الفنية والقانونية في الخدمات البنكية المقدمة إلكترونيا (ثالثا).

أولا: شهادة التصديق الإلكتروني

يعرف التصديق الإلكتروني بأنه آلية تهدف إلى بناء الثقة في نظام الشهادات الرقمية وتشجيع المعاملات الإلكترونية بإضفاء المصادقية عليها⁽³⁾، فالتصديق الإلكتروني هو عبارة عن عملية تسمح بإثبات هوية الشخص المرسل عن طريق توقيعته الإلكتروني، بحيث يتم إثبات هذا التوقيع الإلكتروني عن طريق شهادة رقمية، ويمكن تشبيه هذه الشهادة الإلكترونية ببطاقة التعريف، فهي تقدم ضمانات هامة لأطراف العلاقة خاصة فيما يتعلق بإثبات عدم صورية البيانات المتعلقة

⁽¹⁾ LINANT DE BELLEFONDS Xavier, « L'internet et la preuve des actes juridiques », Expertises des Systèmes D'information n° 203, juin-juillet 1997, Paris, p 226.

⁽²⁾ GOBERT Didier et MONTERO Etienne, op.cit, p 67.

⁽³⁾ غزالي نزيهة، المرجع السابق، ص 291.

بالبهوية، مما يدعم الثقة والأمان بينهما⁽¹⁾، كما وتعتبر من أهم الضمانات القانونية التي تعمل على إثبات مضمون البيانات الإلكترونية وإصدار مفاتيح التشفير⁽²⁾.

1- تعريف شهادة التصديق الإلكتروني:

عُرِّفت شهادة التصديق الإلكتروني بموجب المادة 2 فقرة 7 من القانون رقم 04-15 بأنها "وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع"، وقد حدد المشرع من خلال هذا التعريف الغاية والهدف من وراء إصدار هذه الشهادة، والمتمثلة في إثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين، وبالتالي تحديد شخصية الموقع وتأكيد موافقته على مضمون المحرر، بالإضافة إلى التحقق من صحة البيانات التي تحتويها الشهادة.

أما قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية فقد عرفها في المادة 2 منه بأنها "رسالة بيانات أو سجل آخر يؤكد الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"⁽³⁾، واعتبر هذا التعريف أن الشهادة وثيقة يؤكد بها شخص وقائع معينة، والغرض منها بيان وجود صلة ما بين شخصية الموقع وبيانات إنشاء التوقيع، والمعبر عنها بالمفتاح الخاص⁽⁴⁾.

يعرف التوجه الأوروبي رقم 1999/93 شهادة التصديق الإلكترونية في مادته الثانية الفقرة 09، بأنها "تلك التي تربط بين التوقيع وبين شخص معين وتؤكد شخصية الموقع"⁽⁵⁾.

كما وتعرف بأنها "وثيقة أو مستند إلكتروني يؤكد الارتباط بين البيانات المدلى بها ونسبتها إلى الموقع، وتصدر هذه الوثيقة عن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني معتمد"⁽⁶⁾.

(1) قرواش رضوان، "هيئات التصديق الإلكتروني في ظل القانون رقم 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين (المفهوم والالتزامات)"، مجلة العلوم الإجتماعية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، العدد 24 جوان، 2007، ص 414.

(2) عقوني محمد، بلمهدي براهيم، "الآليات التقنية والقانونية لحماية التوقيع الإلكتروني"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، بسكرة، المجلد 14 العدد 1، فيفري 2019، ص 307.

(3) Article 02 alinéa (b) de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, dispose: « Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signature », disponible sur le site : www.uncitral.un.org/fr

(4) عيبر ميخائيل الصفدي الطوال، المرجع السابق، ص 99.

(5) Article 02 alinéa 09 de directive européennes 1999/93/CE, dispose: « Certificat », une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne ».

(6) رحمان يوسف، "سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري طبقا لقانون رقم 04-15، دراسة مقارنة"، مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية الحقوق السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، المجلد 02 العدد 01، 10 سبتمبر 2017، ص 187.

2- أنواع شهادة التصديق الإلكتروني:

تختلف أنواع شهادات التصديق الإلكتروني بحسب مستويات الأمن في اختيار التكنولوجيا المناسبة في التصديق الإلكتروني لمنحها فعالية قانونية أكثر، حيث ميّز المشرع الجزائري في القانون رقم 04-15 بين شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة والعادية، من خلال توضيح المتطلبات القانونية التي يستوجب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، كما أشار إلى شهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية ومدى حجيتها القانونية.

أ- شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة:

تتميز شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة بمتطلبات خاصة حددتها المادة 15 من القانون رقم 04-15 تتمثل في:

- أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها.
- أن تمنح للموقع دون سواه، ويتم منح هذه البطاقة بصفة شخصية لصاحبها دون غيره.
- يجب أن تتضمن أيضا وعلى وجه الخصوص إشارة واضحة، تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، يتبين من خلالها أن هذه الشهادة صادرة بصفقتها شهادة موصوفة.
- تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق، أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له لشهادة التصديق الإلكتروني، وكذا البلد الذي يقيم فيه، حيث يتم تحديد هوية صاحبها واسمه وصحة بياناته، كما يتم ذكر اسم وعنوان الجهة التي أصدرت الشهادة ومكانها وخصوصية البطاقة باشتمالها على رمز تعريف لصاحبها⁽¹⁾.
- التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني.
- بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، لا سيما مفاتيح التشفير العمومي والخاص، وبيانات متعلقة بالتحقق من التوقيع الإلكتروني التي تتوافق مع بيانات إنشاء التوقيع، والتوقيع الرقمي للجهة المصدرة للشهادة على التوقيع الإلكتروني لتأكيد صحة كل من التوقيع والهوية والرسالة، كما يجب أن تتضمن هذه الشهادة الموقع الإلكتروني الذي تُعرض فيه قائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة⁽²⁾.

(1) عبير ميخائيل الصفدي الطوال، المرجع السابق، ص 105.

(2) حليتم سراح، المرجع السابق، ص 745.

ب- شهادة التصديق الإلكتروني العادية:

حسب المادة 2 الفقرة 07 من القانون رقم 15-04 فإن شهادة التصديق الإلكتروني العادية هي "وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع"، ومن خلال هذا التعريف يؤكد المشرع على الطابع الإلكتروني الذي يجب أن تصدر فيه الشهادة⁽¹⁾.

ج- شهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية:

عالجت المادة 12 من قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني⁽²⁾ مسألة الشهادات والتوقيعات الأجنبية، وقد تضمن القانون المذكور مجموعة من القواعد في هذا الخصوص، تتمثل في:

- وفقا للقاعدة الأولى فإنه لا اعتبار للمكان الجغرافي الذي صدرت منه شهادة التصديق الإلكتروني أو تم فيه التوقيع الإلكتروني، طالما أن كل منهما ساري المفعول لم يوقف أو يلغى، لأن الشهادة أو الموقع في التوقيع الإلكتروني سوف يتم الاعتراف به من الجهة الأجنبية، والهدف من ذلك تيسير المعاملات الدولية، لا سيما التجارة الإلكترونية الدولية⁽³⁾.

- أما القاعدة الثانية فتعني مساواة الأثر القانوني للشهادة في الدولة التي صدرت فيها مع الشهادة الأجنبية التي صدرت من دولة أخرى، بمعنى أن الشهادة الأجنبية تتعادل مع الشهادة الوطنية مرتبة ذات الأثر القانوني، أي المعاملة بالمثل⁽⁴⁾.

- جاءت القاعدة الثالثة لتكرس مساواة الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني في الدولة التي صدر فيها، في داخل الدولة الأخرى الوطنية، متى كان التوقيع الأجنبي يعادل ذات الثقة للتوقيع في الدولة المطلوب استخدام التوقيع فيها⁽⁵⁾.

- القاعدة الرابعة، إذا كانت شهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية لها قوة إثبات تعادل المعمول بها في الدولة الأجنبية، فإنه يتم مراعاة المعايير الدولية المعمول بها.

(1) عرّف المشرع الجزائري شهادة التصديق الإلكتروني في المادة 03 مكرر الفقرة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 09 ماي 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج ج عدد 27، الصادر في 13 ماي 2001، الملغى، على أنه: "الشهادة الإلكترونية: وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع".

(2) Article 12 de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, op.cit.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 305.

(4) المرجع نفسه، ص 307.

(5) عيبر ميخائيل الصفدي الطوال، المرجع السابق، ص 105.

- والقاعدة الأخيرة أن أطراف المعاملة الإلكترونية قد يتفقون على استخدام شهادات تصديق بغض النظر عما هو منصوص عليه في القاعدة (1، 2، 3)، وفي هذه الحالة اتفاق الأطراف هو المطبق عبر الحدود، ولا يعطل الاتفاق إلا إذا كان غير صحيح قانونا، أو متعارض مع قانون الدولة المطلوب إعماله فيها⁽¹⁾.

نص المشرع الجزائري على شهادة التصديق الأجنبية في المادة 63 من القانون رقم 04-15 حيث تكون لشهادات التصديق الإلكتروني التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في البلد الأجنبي، نفس قيمة الشهادات الممنوحة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في الجزائر، بشرط أن يكون مؤدي الخدمات الأجنبي هذا قد تصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة⁽²⁾.

يُساوي المشرع الجزائري من حيث القيمة القانونية بين شهادات التصديق الوطنية التي تقوم بإصدارها جهات تصديق جزائرية، وبين تلك الشهادات التي يقوم بإصدارها مقدمي خدمات أجنبية. إن هذا الاعتراف بالتعادل بين الشهادة الوطنية والشهادة الأجنبية ضروري لتأكيد موثوقية العقود المبرمة عن بعد في إطار التجارة الإلكترونية والتي كثيرا ما تأخذ بعدا دوليا، بل إن هذا المبدأ يعدّ من أهم المبادئ التي كرّسها قانون الينوسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية⁽³⁾.

ثانيا: الجهة المختصة بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني

إن استحداث جهات التصديق الإلكتروني لم يكن فقط بغرض تسهيل ومراقبة التعاملات الإلكترونية، بل يعتبر من أولوياتها ضمان الأمن القانوني وحماية التعاملات الإلكترونية من الأخطار التي قد تواجهها بسبب طبيعة هذه المعاملات التي تتم عبر وسائط إلكترونية، وبين أشخاص ومتعاملين يجمعهم مجلس عقد افتراضي.

(1) مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2012، ص ص 241-242.

(2) ترجع سلطة إبرام إتفاقيات الاعتراف المتبادل على المستوى الدولي إلى السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، وذلك حسب نص المادة 18 الفقرة 03 من القانون رقم 04-15، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(3) Article 12 alinéa 02 de la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, op.cit : « un certificat émis en dehors de l'Etat adoptant a les mêmes effets juridiques dans l'Etat adoptant qu'un certificat émis dans l'Etat adoptant à condition qu'il offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent ».

1- تعريف الجهة المختصة بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني:

عرّف المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في الفقرة 12 من المادة 2 من القانون رقم 04-15 على أنه " شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

يلاحظ أن المشرع لم يميز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي في ممارسة خدمات التصديق الإلكتروني، وعليه يمكن أن يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شخصا معنويا كما يمكن أن يكون شخصا طبيعيا.

لتقديم خدمات التصديق الإلكتروني يشترط القانون مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية، تتمثل أساسا في الحصول على الترخيص من الهيئة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، على أن يتمتع بقدرة مالية كافية، وبمؤهلات وخبرة في مجال تكنولوجيات الإعلام والاتصال⁽¹⁾.

2- التزامات مقدم خدمات التصديق الإلكتروني:

يقع على عاتق مقدم خدمات التصديق الإلكتروني مجموعة من الالتزامات تتعلق بمزاولة النشاط، حيث يتعين عليهم الحصول على ترخيص مسبق بمزاولة النشاط المهني من السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني⁽²⁾، قبل الشروع في أي عمل يدخل في حدود الترخيص.

كما يتعين أن يتمتع مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بمؤهلات مالية وبشرية وتقنية تمكّنهم من أداء مهامهم⁽³⁾، وهو ما يبعث الثقة لدى الأشخاص في الشهادات الصادرة عنهم⁽⁴⁾.

(1) أنظر المادة 34 من القانون رقم 04-15، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(2) المادة 33 من القانون رقم 04-15، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(3) تنص المادة 34 من القانون رقم 04-15 على أنه: "يجب على كل طال ترخيص لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني أن يستوفي الشروط الآتية:

- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي.

- أن يتمتع بقدرة مالية كافية.

- أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام والاتصال، للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي.

- ألا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني".

(4) مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 232.

يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ملتزماً بالحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكترونية الممنوحة⁽¹⁾، وبالتالي فإن بيانات التوقيع الإلكتروني وكل المعلومات التي يقدمها ذوي الشأن لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني تبقى سرية، ولا يجوز للأعوان الذين قدمت إليهم بحكم عملهم أن يقوموا بإفشاءها للغير أو استخدامها لغير الغرض المخصص لها.

يتحمل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالتزاماتهم في مواجهة صاحب التوقيع، وذلك فيما يتعلق بموثوقية الشهادات الممنوحة وتأمين التوقيع الإلكتروني والالتزام بالسرية وحماية البيانات الشخصية، ويقيم المشرع افتراضاً بسيطاً مفاده مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في حالة ثبوت عدم صحة البيانات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني أو عدم موثوقيتها، وهو ما يعني المتضرر -سواء كان صاحب التوقيع الإلكتروني أو من تعاقد معه- من إثبات صدور خطأ عن مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني، لكن هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، بإثبات عدم صدور إهمال من جانبها عند إصدار شهادة التصديق الإلكتروني⁽²⁾.

ثالثاً: دور التصديق الإلكتروني في تأمين الخدمات البنكية الإلكترونية

نظراً لأهمية شهادة التصديق الإلكتروني وخطورة المعلومات التي تتضمنها والتي يعتمد عليها الغير لإتمام تعاملاتهم، فإن دور التصديق الإلكتروني جد مهم في مجال تأمين الخدمات البنكية الإلكترونية لا سيما وسائل الدفع الإلكتروني، بحيث يوفر الثقة للزائن في استعمال هذه الوسائل، وتظهر أهمية التصديق الإلكتروني في تأمين الخدمات البنكية الإلكترونية، من خلال النقاط التالية:

1- التحقق والتأكد من صحة البيانات:

يلتزم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني قبل منح شهادة التصديق الإلكتروني بالتحقق من تطابق بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع، وذلك بعد التحقق من هوية طالب الشهادة سواء كان بصفة شخصية بالنسبة للشخص الطبيعي أو بالنسبة للممثل القانوني، فيقوم مؤدي

(1) المادة 42 من القانون رقم 04-15، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(2) المواد 53 و 54 ومن القانون رقم 04-15، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

خدمات التصديق الإلكتروني بحفظ البيانات في سجل خاص، يدون فيه هوية وصفة الممثل القانوني وحدود استعمال صلاحياته⁽¹⁾.

2- حماية البيانات:

وضع المشرع التزاما على عاتق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يتمثل في وضع متطلبات فنية وتقنية مؤمنة تتفق مع حماية التوقيع الإلكتروني، وتتمثل هذه المتطلبات الفنية في الأجهزة المستعملة التي تكون مهيأة لإنشاء توقيع إلكتروني موصوف، ومن هذه المتطلبات تشغيل عاملين متخصصين، والعمل وفق منظومة متكاملة لعناصر التوقيع الإلكتروني⁽²⁾.

كما يعتبر من الالتزامات الرئيسية لهذه الجهات، قيامها بالتحقق من هوية الشخص الموقع حيث تقوم بإصدار شهادة توثيق إلكترونية تقيد التصديق على التوقيع الإلكتروني في تعاقد معين تشهد بموجبها بصحته ونسبته إلى من صدر عنه، ويجب على مقدم خدمة التصديق ممارسة عناية معقولة لضمان صحة كل البيانات ذات الصلة بالشهادة، كما يجب تحديد الأهلية القانونية للمتعاقد، وكذلك التحقق من سلطات هذا الشخص واختصاصاته الوظيفية⁽³⁾.

3- حفظ بيانات شهادة التصديق الإلكتروني:

على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الالتزام بتحويل كل المعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة إلى السلطة الاقتصادية من أجل حفظها بعد انتهاء صلاحيتها⁽⁴⁾ حيث أن المستند الذي يحمل توقيعاً رقمياً يتحول إلى نسخة بمجرد إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني أو إنتهاء صلاحيتها، ومع ذلك فإن هذا المستند يحتفظ بذات القيمة القانونية التي كان يتمتع بها المستند الأصلي، إذ يتم الاحتفاظ به من قبل شخص ثالث مستقل يتمثل في السلطة الاقتصادية، داخل نظام أرشيف إلكتروني آمن يعتمد على تثبيت تواريخ المستندات بحسب التسلسل الزمني⁽⁵⁾، وذلك بغرض تقديمها إلى السلطات القضائية المختصة في حال وقوع نزاع⁽⁶⁾

(1) المادة 44 من القانون رقم 15-04، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(2) مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 239.

(3) سليمان إيمان مأمون أحمد، المرجع السابق، ص 314.

(4) المادة 47 من القانون رقم 15-04، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(5) تتولى مديرية الأنظمة المعلوماتية عملية حفظ الشهادات الإلكترونية المنتهية صلاحيتها والبيانات المرتبطة بإصدارها على مستوى السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني (المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 16-135 مؤرخ في 25 أفريل 2016، يحدد طبيعة السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها، ج ر ج عدد 26، الصادر في 25 أفريل 2016).

(6) المادة 30 الفقرة 04 من القانون رقم 15-04، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

وهو ما يسمح بالحفاظ على النسخ الأصلية للمستندات لفترة أطول بكثير من مدة صلاحية شهادة التصديق نفسها، ويمكن هذا الإجراء الأطراف المتعاقدة من حماية نفسها ضد أي دعاوى محتملة تتعلق بموثوقية الوثيقة، لا سيما فيما يتعلق بسلامة التوقيع الإلكتروني الملصق بها⁽¹⁾.

في حين لا يحق لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني حفظ أو نسخ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني⁽²⁾ كما أنه ملزم بالحفاظ على البيانات والمعلومات ذات الطابع الشخصي التي تم جمعها وعدم نقلها إلى الخارج، إلا في حالة وجود اتفاق يقضي بذلك⁽³⁾.

4- إصدار المفاتيح الإلكترونية:

تتولى هذه الجهات إصدار المفاتيح الإلكترونية، سواء المفتاح الخاص الذي من خلاله يتم تشفير المعاملة الإلكترونية، أو المفتاح العام الذي يتم بواسطة فك هذا التشفير، وبالتالي تضمن هذه الجهات أن المفتاح العام هو المناظر، حيث تتحقق من تطابقه وصلاحيته⁽⁴⁾.

كما تقوم هذه الجهة بإصدار التوقيع الرقمي، حيث يقوم طالب التوثيق بتقديم البيانات اللازمة إلى جهة التوثيق، ثم يتم إصدار المفتاح الخاص بصاحب التوقيع، ولا يمكن استخدامه إلا من جهاز حاسب آلي واحد فقط، وذلك حتى يتم التأكد من أن التوقيع الرقمي صادر من صاحبه لذا يتعين على الموقع بالمفتاح الخاص ألا يُطلع أحدا عليه، أما المفتاح العام فتحفظ به عادة جهة تصديق، حيث تقوم بإرساله بالبريد الإلكتروني إلى كل من يرغب في التعامل مع صاحب التوقيع الإلكتروني، ويجب على جهة التصديق أن تنقل التوقيع الإلكتروني بمفتاحه الخاص بطريقة آمنة موثوق بها، دون الاحتفاظ بصورة من التوقيع بمفتاحه الخاص⁽⁵⁾.

(1) KHALIL Lionel Jean, «Signature électronique: certificats qualifiés « publics » ou certificats qualifiés « privés » ? », **Rev.Com.comm.électr**, n° 4, avril 2003, p 13.

(2) المادة 48 من القانون رقم 04-15، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(3) المادة 05 من القانون رقم 04-15، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(4) KHALIL Lionel Jean, op.cit, p 13.

(5) مأمون محمد سليمان، المرجع السابق، ص 253.

المبحث الثاني:

المسؤولية الناشئة عن المساس بأمن الخدمات البنكية الإلكترونية

تستعين البنوك من أجل تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية بما فيها وسائل الدفع الإلكترونية، كبطاقات الدفع أو التحويل الإلكتروني للأموال، بجهات أخرى غير مصرفية من خلال التعاقد مع شركات رائدة في مجال التكنولوجيا، تلتزم بتزويد البنوك بالبرامج والنظم المعلوماتية اللازمة للتشغيل، تكون مسؤولة عن دقة هذه البرامج ومدى كفايتها وصيانتها، كما تتولى شركات أخرى تصنيع البطاقات الممغنطة والتزويد بالأرقام السرية وتصنيع المنافذ والأجهزة المناسبة لها ويزداد الأمر تعقيدا عندما يتعلق الأمر بتقديم خدمات عبر شبكات مفتوحة كالإنترنت، أو القيام بعمليات تتجاوز حدود الدولة كعمليات التحويل الإلكتروني العابر للحدود.

إن تتعدد الأطراف المتدخلة في عملية تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية يزيد من فرص وقوع الخطأ، ويزيد أيضا من صعوبة تحديد السبب الحقيقي لوقوع الضرر، وهو ما يجعل للبنوك أسبابا كثيرة للتملص من المسؤولية في مواجهة الزبون، فيتملص من المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها هؤلاء المتدخلين باعتبارهم أطرافا غير تابعة للبنك ولا تعمل تحت رقابته، وإنما ما يربطها بالبنك هو العقد المبرم بينهما، لذلك فإنه بات من الضروري تحديد القواعد القانونية المطبقة على مسؤولية البنوك المدنية من حيث طبيعتها وحدودها بسبب الأخطاء التقنية المرتكبة عند تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية (المطلب الأول).

إن استعمال وسائل الاتصال الإلكترونية في تقديم الخدمات البنكية جعل هذه الأخيرة عرضة لاعتداءات عدة تمس بأمنها، منها ما يتعرض له البنك نفسه في نظامه المعلوماتي الداخلي أو موقعه الإلكتروني، ومنها ما يشكل اعتداء على وسيلة الدفع المستخدمة من قبل الزبون كبطاقات الدفع، ويترتب على مثل هذه الاعتداءات المسؤولية الجنائية لمرتكبيها في الحالة التي توصف فيها بأنها أفعال مجرمة، ويترتب عليها توقيع العقوبات الجزائية المقررة قانونا (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مسؤولية البنك المدنية عن الأخطاء التقنية

تتعدد الأخطاء التقنية التي يمكن أن ترتكب عند تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، فقد يقع الخطأ في إدخال البيانات المالية أو نقلها أو استخدامها، كما قد يكون الخطأ تشغيلي كالمسح غير المقصود للملفات أو النسخ الاحتياطية أو تحميل نسخة غير صحيحة أو تشغيل برنامج غير مناسب، وقد يرجع الخطأ إلى وجود خلل في البرامج المعلوماتية المستخدمة من قبل البنوك وأنظمة الحماية مما يسهل عمليات الاختراق أو القرصنة أو المراقبة غير المشروعة، كل هذه الأخطاء قد تلحق أضراراً وخيمة بالزبون، مما يثير مسؤولية البنك عن تعويض هذه الأضرار بسبب الأخطاء المرتكبة عند استعمال الوسائل التقنية.

في ظل غياب نظام قانوني واضح يحدد بدقة طبيعة المسؤولية المدنية للبنك عن الأضرار التي قد تصيب الزبون والناجمة عن الأخطاء التقنية، فإنه لا سبيل لتحديد القواعد الواجبة التطبيق إلا بالرجوع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، والتي تنقسم إلى مسؤولية عقدية ناجمة عن عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي أو التأخر في تنفيذه، ومسؤولية تقصيرية بسبب الإخلال بواجب عام يلحق ضرراً بالغير، فعندما يؤدي الخطأ التقني المرتكب إلى إخلال البنك بالالتزام ناشئ عن العقد المبرم مع الزبون حينها تثار مسؤوليته العقدية (الفرع الأول)، أما في الحالات التي لا يمكن فيها إيعاز الخطأ إلى الإخلال بالالتزام تعاقدية فتقوم مسؤولية البنك التقصيرية سواء عن فعله الشخصي أو عن فعل أشخاص آخرين تابعين له، أو بسبب أشياء تحت حراسته (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مسؤولية البنك العقدية عن الأخطاء التقنية

تُقدم البنوك خدماتها إلى الزبائن من خلال إبرام عقود تحدد طبيعة العلاقة بينهما وترسم حدودها وتبين حقوق والتزامات الطرفين، فتتمكن الزبون من البطاقة البنكية وإجراء التحويلات الإلكترونية وخصم الأوراق التجارية إلكترونياً كلها خدمات مصرفية تتم بعقد تبرم بين البنك والمستفيدين، يسمّى هذا العقد بعقد تقديم خدمة النقل الإلكتروني للأموال، وهو كل اتفاق يضع البنك بمقتضاه في مكنة الزبون وسائل تسمح له بنقل النقود من حسابه بطريق إلكتروني⁽¹⁾، واستناداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد يكون البنك ملزماً في مواجهة الزبون بتنفيذ العقد بحسب الشروط الواردة فيه، وأي إخلال من جانبه يترتب مسؤوليته التعاقدية.

(1) THUNIS Xavier, Responsabilité du banquier et automatisation des paiements, responsabilité de banquier et automatisation des paiements, 1^{ère} édition, Presses universitaires de Namur 2006, Belgique, p 109.

لم تتضمن قواعد القانون البنكي أحكاماً خاصة تنظم مسؤولية البنك عن الإخلال بالتزاماته التعاقدية فيما يتعلق بتنفيذ عقود تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، وبالرجوع إلى القواعد العامة ضمن نصوص القانون المدني فإنه لقيام المسؤولية العقدية يجب توافر شروطاً معينة⁽¹⁾، تتمثل في: صدور خطأ عقدي من جانب البنك يتمثل في عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه بشكل سيئ؛ وقوع ضرر بالزبون، وأخيراً أن يكون الضرر الذي لحق بالزبون نتيجة للخطأ العقدي الصادر عن البنك (أولاً).

تقوم مسؤولية البنك العقدية عن عدم تنفيذ التزاماته الناشئة بموجب العقد، وفي مجال خدمات الدفع الإلكتروني فإن الالتزام الأساسي للبنك يتمثل في تنفيذ أوامر الدفع، والتي تتأثر بشكل مباشر بوجود خلل أو خطأ تقني، فيتيسر للزبون إقامة دعواه على أساس عدم تنفيذ أوامر الدفع الصادرة عنه، وفي حالات أخرى يناقش الفقه مدى إمكانية تأسيس دعوى المسؤولية العقدية بسبب إخلال البنك بواجب الحيلة والحذر (ثانياً).

أولاً: شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك عن الأخطاء التقنية

يخضع البنك كغيره من المهنيين للالتزامات التعاقدية التي تفرضها العقود التي تربطه بزبائنه، وأي خرق لهذه الالتزامات يجعله عرضة لتحمل مسؤوليته التعاقدية وفق ما تقرره القواعد العامة في القانون المدني، حيث تقوم مسؤولية البنك في هذا الصدد وفق ما نصت عليه المادة 176 من القانون المدني: "إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

إن الغرض من فرض مسؤولية البنك العقدية في مواجهة المستهلك هو إصلاح الضرر الذي لحق بهذا الأخير نتيجة عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية أو التنفيذ السيئ، ويشترط لقيام المسؤولية العقدية للبنك توافر أركان ثلاثة أساسية تتمثل في الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

1- الخطأ العقدي:

الخطأ العقدي هو ذلك الفعل الذي ينسب للبنك والمتمثل في عدم تنفيذ الالتزام التعاقدية أو التأخر في تنفيذه أو التنفيذ المعيب، ويقع الخطأ العقدي متى انحرف البنك في تنفيذ التزامه عن عناية الأب الصالح، غير أنه مع تطور أحكام المسؤولية المهنية تطور هذا المفهوم المجرد بحيث

(1) المادة 176 وما بعدها من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

حل محله مفهوم المحترف الجيد، الذي يمارس نشاطه بتبصر ضمن إطار الوسائل التي يمتلكها أو التي يفترض به امتلاكها، وبذلك يكون تقدير تصرف البنك عند اخلاله بالتزاماته التعاقدية وفقا لهذا المعيار⁽¹⁾، ولذلك يحدد الخطأ العقدي للبنك بعدم تنفيذه بالواجبات الخاصة بالصرامة والاستقامة التي يفرضها العقد المبرم بينه وبين عميله، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الخطأ ناشئا عن عمد أو إهمال أو عن فعل دون عمد أو إهمال⁽²⁾.

من صور إخلال البنك بالتزاماته التعاقدية بسبب التعامل بالنظام الرقمي القيام بإدخال معلومات غير دقيقة أو تمكين الغير من الاطلاع على حسابات زبائنه، أو قد يتأخر في تشغيل أجهزته الإلكترونية مما يسبب خسائر جسيمة للزبائن. لكن الذي يثير الشك في مساءلة البنك على أساس عقدي هو حالة العيب في النظام الرقمي الذي يؤدي إلى ضرر للزبائن دون تدخل مباشر من البنك، حيث نجم عن تعقيدات فنية مثل الخطأ في تصميم البرامج أو الخطأ في تركيب نظام التشغيل في البنك، أيضا عدم كفاءة البرنامج لتلقي أوامر الدفع، وجود فيروس في أجهزة الكمبيوتر أو في الشبكة التي تربط بين البنك والبنوك الأخرى⁽³⁾، وقد يقع الضرر نتيجة لخلل بشبكة الأنترنت.

تجاذب هذه المسألة اتجاهاين في الفقه والقضاء، فمنهم من يفصل العقد عن الأجهزة التقنية المستخدمة في تنفيذه، بحيث لا يمكن تأسيس مسؤولية البنك عن الأخطاء المرتكبة بسبب خلل تقني على أساسا عقدي إذا كان الضرر الناتج عن هذه الأجهزة لا يضمنه البنك⁽⁴⁾، وإنما تقوم في حق البنك مسؤولية تقصيرية بسبب تدخل الأشياء غير الحية باعتباره حارسا على الأشياء التي يستعملها في أدائه لنشاطه⁽⁵⁾، وقد سار في هذا السياق القضاء الفرنسي في كثير من قراراته، إذ رفض مساءلة المصرف بالتزام عقدي بحجة أنه بذل العناية المطلوبة⁽⁶⁾.

(1) لبنى عمر مستقوي، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 259-260.

(2) عبد الفتاح سليمان، المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة 1986، ص 50.

(3) محمد شريف غانم، المرجع السابق، ص 05.

(4) نوري حمد خاطر، "مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، بين المسؤولية المدنية وفعل المباشرة والتسبب، دراسة نقدية في القانون المدني الفرنسي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي"، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، وغرفة تجارة وصناعة دبي، 2003، ص 1811.

(5) المرجع نفسه، ص 1811.

(6) Cass com, 1 mars 1994, Bull 1994, IV n° 88, p 76.

- Cass com, 08 octobre 1991, Bull 1991, IV n° 278, p 193.

في حين يذهب رأي آخر إلى أن الأخطاء التقنية التي تقع من البنك عند تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية تكون غالبا بسبب الإخلال بالتزامه بالسلامة أو التأمين، حيث يتعين على البنك أن يعمل على تطوير نظامه المعلوماتي وصيانتته لضمان حسن تنفيذ العقد، لأن البنك لا يمكنه تقديم الخدمة البنكية الإلكترونية المتعاقد حولها دون استعمال الأنظمة المعلوماتية والأجهزة الآلية⁽¹⁾.

يلتزم البنك بتعويض الزبون عن أية أضرار تنتج عن استخدام أدوات وأجهزة أثناء تنفيذ العقد، وكأن الخطأ قد صدر من البنك ذاته، لأنه ليس من المعقول أن يتخفى البنك وراء أخطاء نظامه المعلوماتي لإبعاد المسؤولية عنه⁽²⁾، وقد أكدت الاجتهادات القضائية على أن التزام البنك بالتأمين هو التزام بتحقيق نتيجة، فيقع الإخلال من جانب البنك بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة، ويؤكد القضاء الفرنسي في بعض أحكامه الصادرة على أن لجوء البنك إلى المعلوماتية واستخدام الكمبيوتر من المفترض أن يؤدي إلى تحسين الخدمة المقدمة إلى الزبائن وليس العكس⁽³⁾، لذلك يُتوقع أن نشهد تعزيزا للمسؤولية التعاقدية عن استخدام البنوك للأدوات التكنولوجية⁽⁴⁾.

من التطبيقات القضائية عن الإخلال بالالتزام بضمان التأمين ما جاء في حكم صادر عن محكمة استئناف باريس عام 1980، حيث أسست المحكمة مسؤولية البنك عن المبالغ التي تمت سرقتها من حساب أحد العملاء على أساس الإخلال بالالتزام بالسلامة المفروض على البنك وتتلخص وقائع القضية في رفع دعوى من قبل أحد الزبائن لاسترداد المبالغ التي فقدها من حسابه البنكي باستعمال البطاقة التي سرقت منه من طرف شخص أجنبي، ودفع البنك بأن الزبون قد أهمل في حراسه بطاقته مما مكن الغير من استعمالها، غير أن المحكمة رفضت حجة البنك بقولها: "إن تشغيل الصراف الآلي تم بسبب وجود عيب في نظام الأمان ونظام السلامة الذي يوفره البنك لزبونه، حيث أن جهاز الصراف الآلي قد عمل بإدخال البطاقة دون إدخال الرقم السري، ولولا وجود نقص في تنفيذ البنك لالتزامه بالسلامة لما تمكّن السارق من تشغيل الآلة والوصول إلى حساب الزبون وسرقته"⁽⁵⁾.

(1) عبد الفتاح سليمان، المرجع السابق، ص 56.

(2) محمد شريف غانم، المرجع السابق، ص 026.

(3) Trib.com de Nanterre, 27 septembre 1983.

<https://www.justice.fr/annuaire/tribunal-judiciaire-nanterre>

(4) THUNIS Xavier, op.cit, p 260.

(5) C.A de Paris, 1 Décembre 1982. www.cours-appel.justice.fr/paris

إن مقدار العناية التي يستوجب على البنك أن يبذلها في تنفيذ التزاماته التعاقدية المتعلقة بواجب تأمين الخدمات البنكية الإلكترونية هو نفسه المقدار الذي يبذله بنك مماثل، إلا أن هذا القدر من العناية قد يزيد أو ينقص تبعاً لما نص عليه العقد أو القانون أو لما يقضي به العرف⁽¹⁾ لكن غالباً ما يحدد العقد المبرم بين الطرفين نطاق مسؤولية البنك، حيث يتضمن الشروط التي تنظم العلاقة بينهما بشكل يوسع أو يضيق أو يغير من طبيعة التزاماتهما⁽²⁾.

الملاحظ بشأن ركن الخطأ، أن الفقه يتجه إلى التمييز بين خطأ المهني وخطأ غير المهني، إذ يكفي بالنسبة للمهني مجرد الامتناع البسيط عن تنفيذ الالتزام لقيام مسؤوليته والزامه بالتعويض⁽³⁾، لأن احترافه قرينة على سوء نيته⁽⁴⁾، إذ يتجه الفقه إلى التشديد فيما يتعلق بمسؤولية البنك على أساس أنه محترف، فلا يكفي أن يبدي عناية الأب الصالح في تنفيذ العقد، وإنما يجب أن يرتقي أدائه بما يلي رغبات زبائنه والثقة التي يوليها له الجمهور، لذلك يؤخذ في الاعتبار عن تقدير مدى تنفيذ البنك لالتزاماته التعاقدية معيار "عناية المحترف الجيد"⁽⁵⁾.

2- الضرر:

يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص بسبب المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو شرفه⁽⁶⁾، والضرر نوعان:

ضرر مادي: وهو الضرر الذي يمكن تقويمه بالنقود، يصيب المضرور بانقصاص حقوقه المالية، أو تقويت مصلحة مشروعة تسبب له خسارة مادية⁽⁷⁾.

ضرر أدبي (معنوي): يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة⁽⁸⁾، ومن تطبيقاته في المجال البنكي عدم قيام البنك بتنفيذ تعليمات الزبون بتحويل مبلغ من حسابه لحساب المستفيد مما أدى إلى الإساءة بسمعة الزبون⁽⁹⁾.

(1) عبد الفتاح سليمان، المرجع السابق، ص 49.

(2) محمد شريف غانم، المرجع السابق، ص 49.

(3) MAHI-DISDET Djamila, op.cit, p 196.

(4) خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص 481.

(5) THUNIS Xavier, op.cit, p 260.

(6) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، الجزء 2: النظرية العامة للالتزام- المسؤولية التقصيرية (الفعل المستحق للتعويض)، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 81.

(7) المرجع نفسه، ص 82.

(8) المادة 182 مكر من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(9) عبد الفتاح سليمان، المرجع السابق، ص 57.

يشمل التعويض الذي يلتزم البنك بدفعه للزبون على أساس مسؤولية العقدية الضرر الحال والمستقبل، والضرر الحال هو ذلك الضرر الذي يكون قد تحقق فعلاً، أما الضرر المستقبل فهو الضرر الذي قامت أسبابه، ولكن تراخت نتائجه إلى المستقبل كلها أو بعضها بشرط أن يكون محقق الوقوع⁽¹⁾، إذ لا يكفي أن يكون محتملاً فقط بل لا بد من التأكد من تحقق وقوعه⁽²⁾، وإذا تعذر على القاضي تحديد التقدير النهائي للتعويض عن الضرر المستقبل جاز له الحكم بتعويض مؤقت، بحيث يكون للمضروور خلال مدة معينة طلب إعادة النظر في مبلغ التعويض⁽³⁾.

3- علاقة السببية:

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يقع الخطأ ويتحقق الضرر، بل لا بد أن يكون بينهما ترابط سببي، إذ لا تقوم المسؤولية المدنية للبنك اتجاه زبونه إلا بتوافر ركن السببية، بأن يكون خطأ البنك هو سبب الضرر اللاحق بالزبون⁽⁴⁾، ويتعين على الزبون إثبات وجود علاقة بين خطأ البنك وبين الضرر الذي مسه، وبأن هذا الأخير ليس سوى نتيجة منطقية مباشرة ومتوقعة للسلوك الخاطئ الصادر من البنك⁽⁵⁾.

إن العبرة في علاقة السببية بالسبب المنتج، وهو ذلك السبب الذي يكون النتيجة المنطقية لإحداث الضرر للزبون بحيث لم يكن في استطاعة الزبون أن يتوقاه ببذل جهد معقول⁽⁶⁾، فإذا اشتركت عدة أسباب في إحداث الضرر فالأكيد أنها ليست جميعها متساوية، لذا يجب التمييز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة، ولا يعتد في إحداث الضرر إلا بالأسباب المنتجة⁽⁷⁾.

تنتفي رابطة السببية إذا استطاع البنك إثبات أن الضرر الذي أصاب الزبون لم يكن نتيجة عدم الوفاء بالتزاماته اتجاهه أو خطئه، بل تعود لأسباب خارجة عن إرادة البنك (السبب الأجنبي) أو بسبب خطأ الزبون نفسه⁽⁸⁾.

(1) أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 885 وما بعدها.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 112.

(3) المادة 131 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(4) عبد الفتاح سليمان، المرجع السابق، ص 61.

(5) بوقطة فاطمة الزهراء: "تأسيس المسؤولية العقدية للبنك عن أخطاء الكمبيوتر على الإخلال بالسلامة (عمليات التحويل الإلكتروني نموذجاً)"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد صديق بن يحيى - جيجل، العدد السادس، جوان 2018، ص 190.

(6) المادة 182 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(7) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 906.

(8) المادة 127 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

ثانيا: حالات قيام مسؤولية البنك العقدية عن الأخطاء التقنية

يسأل البنك في مواجهة الزبون عن تعويض الأضرار الناجمة عن الأخطاء التقنية، في الحالات التي تؤدي فيها هذه الأخطاء إلى عدم تنفيذ البنك لأحد التزاماته الواردة في العقد، وفي نطاق الخدمات البنكية الإلكترونية فإنه يمكن أن نتصور قيام المسؤولية العقدية للبنك في حالة إخلاله بالتزامه بتنفيذ أوامر الدفع الصادر عن الزبون عند استخدامه وسائل دفع إلكترونية، كما أنه واستنادا إلى التزام البنك بتقديم خدمات آمنة ومراقبة أي خطر من شأنه المساس بأمن هذه الخدمات، فإن فشله في تنفيذ هذه الالتزامات يمكن أن يؤدي إلى مسؤوليته العقدية على أساس التزامه بواجب الحيلة والحذر.

1- مسؤولية البنك العقدية بمناسبة تنفيذ أوامر الدفع الإلكتروني:

أخذت علاقة البنك بالزبون في الخدمات البنكية الإلكترونية صورة خاصة متميزة عن تلك العلاقة التقليدية التي تقتض تنقل الزبون إلى مقر البنك والاتصال المباشر مع موظفيه، حيث تأثرت هذه العلاقة من جوانب عدة سواء على مستوى إصدار الأوامر من الزبون إلى البنك أو في طريقة تنفيذ هذه الأوامر أو حتى في التأكد من تنفيذها، حيث تحولت الأوامر الصادرة من الزبون من الشكل المادي إلى الشكل غير المادي، في صورة بيانات ومعلومات مخزنة في أجهزة مغلقة، أما بالنسبة لطريقة تنفيذ الأوامر الصادرة عن الزبون فإن البنوك استحدثت وسائل جديدة تسمح بالتنفيذ الآلي والدقيق والسريع لهذه الأوامر⁽¹⁾.

إن تنفيذ البنك لأوامر الدفع الصادرة عن زبونه هو التزام يجد مصدره في العقد المبرم بينهما والذي يتضمن تقديم خدمات الدفع الإلكتروني مهما كان نوعها، كعقد تقديم خدمة بطاقات الدفع وعقد تقديم خدمة التحويل البنكي الإلكتروني... وبالتالي فإن أي إخلال يصدر من جانب البنك فيما يتعلق بتنفيذ أمر الدفع الصادر عن الزبون يترتب مسؤوليته العقدية، والتي تقرر عن عدم تنفيذ الأمر أصلا، أو عن الخطأ في تنفيذ الأمر.

أ- مسؤولية البنك عن عدم تنفيذ أوامر الدفع الإلكتروني:

تتحمل البنوك التزاما صارما بتنفيذ أوامر الدفع الصادرة عن زبائنها وذلك بالمبلغ الصحيح وفي الوقت المناسب، بشرط أن تكون التعليمات الصادرة من الزبون صحيحة وأن يكون رصيده كاف عند صدور أمر الدفع، ولا يكون مضطرا إلى إثبات خطأ البنك في حالة عدم التنفيذ، لكنه

(1) محمد شريف غانم، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2006، ص 07.

في المقابل يقع عليه اتخاذ الحذر فيما يتعلق باستخدام بطاقته وتحديد هويته وكذلك في التحقق من عمليات النقل التي تتم في حسابه⁽¹⁾.

غير أن الزبون له أن يحتفظ بحقه في المطالبة بالتنفيذ العيني، عن طريق استصدار حكم قضائي يلزم البنك بالتنفيذ كلما رفض بدون وجه حق تنفيذ الأمر بالدفع باستخدام وسائل الكترونية⁽²⁾.

ب- مسؤولية البنك عن التنفيذ المعيب لأوامر الدفع الإلكتروني:

قد يحدث أن يقوم البنك بتنفيذ أوامر الدفع الصادرة عن زبونه، إلا أن وقوع خطأ تقني يجعل من هذا التنفيذ معيب أو سيئ، ويقصد بالتنفيذ المعيب عدم احترام البنك للشروط المتفق عليها في العقد أو في الأمر الصادر عن الزبون، وكذلك التأخير في التنفيذ.

ب1- مسؤولية البنك بسبب التأخر في التنفيذ:

يتعين على البنك تنفيذ أمر الدفع أو التحويل بصورة كاملة بحيث يكون مطابقاً لمضمونه وبالعكس ذلك يكون مسؤولاً عن كل تأخير غير عادي يتسبب بإلحاق الضرر بالأمر، وعليه فإنه باستثناء الحالات التي تفرضها قوانين الوقاية من تبييض الأموال ومكافحتها، ليس من مسؤولية البنك التحقق من سبب إصدار أمر التحويل أو الدفع، إذ أن صحة أمر الدفع لا تعتمد على صحة العملية القانونية التي يتم التحويل تنفيذاً لها⁽³⁾، فما على البنك سوى تنفيذ أمر الدفع الصادر من زبونه والذي توافرت فيه الشروط القانونية، وبهذا يكون البنك مكلفاً بتعويض الأمر عن أية أضرار لحقت به نتيجة التأخير غير مبرر في تنفيذ أمر الدفع، ويترك للمحكمة تقدير ما إذا كان ذلك التأخير مرتباً للمسؤولية أم لا⁽⁴⁾.

ب2- مسؤولية البنك عن الخطأ في التنفيذ:

إن إجراء تحويلات غير مشروعة من حساب الزبون يعتبر من قبيل الإخلال العقدي بالتزامات البنك، لأن الالتزام بالحفاظ على ودائع الزبون هو التزام بنتيجة، وبمجرد قيام الزبون بتقديم أمر التحويل بنفسه إلى البنك فما على هذا الأخير سوى التحقق من شخصية الأمر وصحة

⁽¹⁾ L'HEUREUX Nicole, « Les effets de la technologie et la protection des droits des consommateurs dans le paiement bancaire », *Les cahiers de droit*, volume 24, n°02, juin 1983, p 272.

⁽²⁾ Ibid, p 274.

⁽³⁾ علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 193.

⁽⁴⁾ عيسى لافي حسن الصمادي، المرجع السابق، ص 299.

التوقيع، وبعبارة ذلك فإن عدم قيام البنك ببذل العناية والحيطه والحذر عند التأكد من شخصية الأمر أو المستفيد يكون قد أخل بواجبه ويتحمل وحده دون غيره تبعة المسؤولية⁽¹⁾.

من صور الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها البنك عند تنفيذ أوامر الدفع قيامه بتحويل المبلغ من حساب الأمر من غير أن تصدر إليه أية تعليمات، أو أن يقوم بتحويل مبلغ زائد عما هو مطلوب تحويله، أو أن يخطئ في التحويل إلى حساب شخص غير المستفيد، أو إذا قام البنك بتنفيذها دون الاستيضاح من الأمر، ففي هذه الحالة البنك وحده يتحمل المبلغ المحول دون أن يتحمل الزبون أية مسؤولية، غير أن البنك لا يكون مسؤولاً عن الخطأ في التنفيذ بسبب الأعمال الاحتيالية الصادرة من الغير والتي لا يمكن اكتشافها⁽²⁾.

يواجه الزبون الذي يلاحظ خطأ في حسابه عقبات كثيرة في سبيل استرداد حسابه، وذلك في مواجهة البنك وهو مؤسسة قوية لا مجال لمجابهتها لوحده، فهو غير قادر على تأكيد حقوقه بسهولة، لذلك سوف يتخلى عن مطالبته في أول عقبة، كما أنه لا يستطيع تحمل مواجهة طويلة ومعقدة مع البنك. في المقابل قد يكبد هذا الخطأ الزبون خسائر كبيرة بسبب عدم وجود المبلغ وبالتالي حرمانه من المبالغ التي يتوقع أن يفي بها مدفوعاته، لذلك فإن اعتماد إجراء بسيط وسريع لتصحيح الأخطاء أمر ضروري يتسم بأهمية قصوى لحماية حقوق الزبون في مواجهة البنك⁽³⁾، كإجبار البنك على رد المبلغ المفقود بمجرد أن يقدم الزبون إدعاء موثقاً بأنه تم ارتكاب خطأ في حسابه، ويعمل البنك على التحقيق في فترة وجيزة مع تقديم قرار مسبب ويجب أن يوفر للزبون بناء على طلبه المستند الذي استند عليه البنك في قراره.

تعتمد بعض التشريعات المقارنة نظاماً آخر مختلفاً عند ارتكاب البنوك خطأ في تنفيذ أوامر الدفع بوسائل الكترونية يتمثل في تصحيح الأخطاء، ويهدف إلى تسوية سريعة للأخطاء المحتمل ارتكابها، من خلال تقديم رصيد مؤقت للزبون بمقدار الخطأ الذي يدعيه، ويسمح هذا الإجراء بتوفير تصحيح سريع وودي للأخطاء الصادرة عن البنك تغني عن الإجراءات القضائية المرهقة⁽⁴⁾ أو على الأقل تنفيذ هذه التسوية إلى حين استكمال الإجراءات القضائية، غير أن تطبيق هذا

(1) حازم نعيم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 290.

(2) Cass crim, 14 novembre 2007, Bull criminel 2007, n°277 : « L'utilisation frauduleuse d'un code d'accès bancaire ayant permis à l'auteur de l'escroquerie d'obtenir de la banque la remise de sommes indûment prélevées sur le compte d'un tiers porte directement préjudice à l'établissement bancaire, dépossédé des fonds qu'il détient et qu'il est tenu de représenter à son client ». www.légifrance.gouv.fr

(3) L'HEUREUX Nicole, op.cit, p 273.

(4) Rapport du groupe de travail sur les aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement, conseil national du crédit, Direction du Journaux officiels, mars 1986, p 84.

الإجراء قد تعثر به بعض الصعوبات ترجع أساسا إلى تعدد الأطراف المتدخلة في تنفيذ أوامر الدفع (بنك الأمر، بنك المستفيد، شبكات التحويل...) ⁽¹⁾، مما يطرح إشكال حول الجهة التي يتعين على الزبون الرجوع إليها لتقديم طلب المراجعة والتصحيح.

يجب أن يتحمل البنك وحده عبء إثبات أن التحويل قد تم التصريح به وأن تنفيذ العملية كان بشكل دقيق، فإذا عجز عن ذلك اعتبر مسؤولا والتزم بتصحيح الخطأ، وذلك لتخفيف العبء على الزبون الذي قد يصعب عليه تحصيل الأدلة التي تمكنه من إثبات إدعائه والتي غالبا ما تكون في يد البنك، إذ يعد عدم وجود المستندات من أكثر الجوانب المميزة للدفع الإلكتروني، ولا يكون في متناول الزبون المستهلك أية وثيقة لتتبع مدفوعاته التي أجراها باستخدام وسائل دفع إلكترونية، وبالرغم من أن البنوك تُوفر لزبائنها كشوف حسابات شهرية، إلا أنها قد لا تقبل كدليل إثبات، إذ لم تثبت قيمتها القانونية لأنها لا تتضمن وصفا كافيا لنوع المعاملة والتاريخ والوقت والموقع واسم المصدر والغرض من الدفع ⁽²⁾.

يمكن تفادي الإشكالات المتعلقة بالإثبات من خلال تمكين المستهلك من وثيقة تشير إلى التاريخ والمبلغ صادرة عن الجهاز الذي يستعمله أثناء إصدار أمر الدفع الإلكتروني، وفي جميع الأحوال يكون الإجراء غير الرسمي الأفضل في تصحيح الأوضاع الناتجة عن وقوع أخطاء من جانب البنك في تنفيذ أوامر الدفع، لأنها تعزز ثقة المستهلك في البنك، كقبول الإخطار الذي يتم عن طريق الهاتف أو البريد الإلكتروني.

2- مسؤولية البنك عن الإخلال بواجب الحيلة والحذر:

يجعل استخدام التكنولوجيا في تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية النظام المعلوماتي البنكي عرضة للتلاعب والقرصنة، من خلال محاولات إجرامية تتضمن إساءة استخدام النظام، يتم ذلك إما عن طريق الاستخدام غير المصرح به لتحديد هوية الزبون أو عن طريق الوصول غير المشروع إلى النظم المعلوماتية للبنوك، وبسبب تعقيد النظم المستخدمة فإنه يصعب اكتشاف جميع الجرائم وتحديد مصدرها في الوقت المناسب، لذلك غالبا ما تقدم التبليغات عن عمليات الاحتيال والاختلاس متأخرة.

علاوة على الخطر الخارجي فإن الخطأ البشري أو عدم الكفاءة في النقل الدقيق للمعلومات يشكل تهديدا كبيرا لأموال المودعين، فبينما يمكن اكتشاف الأخطاء الفنية أثناء الإرسال من خلال

⁽¹⁾ BOURGOIGNIE Thierry, GOYENS Monique, Droit et consommation, transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Story scientia, Paris 1990, p 30.

⁽²⁾ L'HEUREUX Nicole, op.cit, p 275.

طرق تحكم مختلفة، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للخطأ البشري أو الخطأ الفني عند نقطة الإرسال، إذ أن تتبع مصدر الخطأ أمر صعب ومكلف للغاية، وغالبا ما يكون المستهلك في وضع لا يسمح له بتحمل هذا العبء ولا المخاطر الكامنة في النظام وحالات القوة القاهرة، فهو غير مضطر لتحمل أية خسارة ناجمة عن نظام لا يخضع لسيطرته ولا يمكن له أن يضمن سلامته أو يتحكم فيه، وتبقى البنوك وحدها المسؤولة بسبب المخاطر المترتبة عن الأجهزة الخاضعة لسيطرتها والنظام الذي تساعد في صيانته، فهي تمتلك من الوسائل ما تمكنها من تحمل هذا النوع من المخاطر عن طريق توزيعها على النفقات العامة، كما أن تحميل البنوك المسؤولية عن هذا النوع من المخاطر يحفزها على الزيادة والتشديد في الإجراءات الأمنية المطبقة⁽¹⁾.

في المقابل يعفى البنك تماما من المسؤولية إذا ما أثبت أن الأضرار المترتبة ناتجة عن خطأه عند إصدار الأمر أو ناتجة عن فعل آخر بالتنسيق معه بقصد احتيالي، وبالتالي فعندما يسلم المستهلك مثلا البطاقة لطرف ثالث بشكل يتيح له الوصول إلى حسابه، فسيكون مسؤولا عن أي اختلاس⁽²⁾، غير أن مسؤوليته تكون محدودة في حالة فقدان البطاقة أو السرقة أو الاستخدام غير المصرح به، حيث يكون على حامل البطاقة توخي الحذر عند الاحتفاظ بالبطاقة والتعامل بها والاهتمام الشديد بإخطار البنك عند الفقد أو السرقة⁽³⁾، إذ يسهل تتبع الخطأ عند اكتشافه في وقت قصير من حدوثه، وهنا يكون واجبا على الزبون فحص حسابه والإبلاغ عن الخطأ خلال فترة معقولة وإلا فقد بعدها حقه في الاعتراض⁽⁴⁾.

إن تحمل الزبون المهمل جزءا من الخسارة الناجمة عن ضياع البطاقة أو سرقتها أمر منطقي⁽⁵⁾، إلا أن نص المادة L518-1 من القانون النقدي والمالي الفرنسي يفترض استخدام الوسيط (البطاقة البنكية) ووجوده المادي عندما يتعلق الأمر بالدفع عن بعد، لذلك فإن القانون الفرنسي رقم 1062-2001 المتعلق بالتأمين اليومي⁽⁶⁾ ينص على إعفاء حامل البطاقة من الدفع

(1) L'EUREUX Nicole, op.cit, p 271.

(2) Ibid, p 272.

(3) STOUFFLET Jean, Instruments de paiement et de crédit (Effets de commerces- chèque- carte de paiement- transfert de fonds), 8^{ème} édition, Litec, Paris, 2010, p p 660-462).

(4) يلزم القانون الفرنسي مستعمل خدمات الدفع أن يخطر مقدم الخدمة فورا بالمدفوعات غير المصرح بها أو تنفيذها بشكل غير صحيح، وفي موعد لا يتجاوز 13 شهرا من تاريخ الخصم، إلا إذا كان مقدم الخدمة لم يوفر له المعلومات المتعلقة بالعملية بحسب ما هو منصوص عليه في القانون.

- Article L133-24 de code monétaire et financier Français. www.legifrance.gouv.fr

(5) HAMMOUD May, op.cit, p 264.

(6) Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne, JORF n° 266 du 16 novembre 2001, modifiée.

المتنازع عليه بسبب الاستخدام الاحتيالي عن بعد، ما لم يتم الاستخدام المادي للبطاقة، إذ يتعين على البنك إعادة المبالغ المتنازع عليها إلى حساب الزبون⁽¹⁾.

كما يضيف المشرع الفرنسي معايير أخرى عند تقدير مدى مسؤولية البنك، ومثاله ما نص عليه قانون النقدي والمالي الفرنسي بشأن التحويل الإلكتروني للأموال، من خلال تحديد الجهات المتدخلة في عمليات التحويل الإلكتروني للأموال العابر للحدود وطبيعة العلاقة الناشئة بين مختلف هذه الجهات⁽²⁾، ووضع معايير لتحديد مسؤولية كل متدخل فيما يتعلق بضمان أمن النظام المعلوماتي، وتقرض هذه المعايير على البنوك التزامات مختلفة.

تقوم هذه الالتزامات على افتراض وجود تدخل من جانبه، إذ لا يمكن أن يكون البنك مسؤولاً عن الالتزام بالحذر أو اليقظة إلا إذا تدخل بالفعل في إتمام العملية، فإذا كانت وسائل الاتصال المستعملة تسمح للزبون بإدخال أمر نقل بمفرده بحيث يتم تنفيذه تلقائياً، فإن هذا ينفي شرط تدخل البنك وبالتالي لا يمكن القول بمسؤوليته⁽³⁾، وهو ما يسمح للبنك في كل مرة بالتهرب من المسؤولية على أساس أن الأمر الصادر من الزبون يُنفذ تلقائياً دون تدخل مباشر من البنك⁽⁴⁾.

غالباً ما تلجأ البنوك إلى التهرب من مسؤوليتها العقدية عن طريق إدراج بعض الشروط التعاقدية التي تحميها من المسؤولية في حالة وقوع أي خلل أو سريان غير عادي للخدمة البنكية وهو ما يطلق عليه بشرط الإعفاء من المسؤولية⁽⁵⁾، وهو شرط صحيح من الناحية القانونية إلا إذا انطوى على غش أو خطأ جسيم من جانب البنك⁽⁶⁾، ومثل هذا الشرط يضاف إلى العوائق الأخرى التي تعترض الزبون في دعواه المتعلقة بالمسؤولية العقدية للبنك عن الأخطاء التقنية⁽⁷⁾.

(1) JOUDI Jamel, «Le règlement des risques de transfert de fonds», **RDBF**, juillet-août 2005, p 57.

(2) L330-1 de code monétaire et financier Français, op.cit.

(3) KILGUS Nicolas, «Virement en ligne et responsabilité du banquier», **RDBF** n°2, Mars - Avril 2014, p 21.

(4) Ibid, p 22.

(5) محمد شريف غانم، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقد، المرجع السابق، ص 60.

(6) الفقرة 02 من المادة 182 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(7) بسبب خطورة النتائج المترتبة على شرط الإعفاء من المسؤولية فقد أصدرت لجنة البنود التعسفية في فرنسا توصية إلى

البنوك تقضي بعدم إدراج الشرط الذي يقضي بعدم مسؤولية البنك عن استخدام الوسائل التقنية التي تخضع لسيطرتها. CCA, recommandation n° 2005-02, 14 avril 2005, relative aux conventions de compte de dépôt, BOCCRF du 20/09/2005, p^t n° 1 : « – Considérant que plusieurs clauses exonèrent l'établissement de crédit de toute responsabilité, soit pour défaut d'information, soit en raison de l'utilisation des moyens de paiement, soit en cas d'utilisation de moyens de communication à distance dont l'établissement de crédit peut maîtriser les dysfonctionnements, soit en cas de fraude commise par un tiers dans l'hypothèse où la loi a prévu la responsabilité de l'établissement (L. 132-4 C. mon. fin.) ; que de telles clauses, qui laissent croire au consommateur qu'il ne peut rechercher la responsabilité du professionnel, créent un déséquilibre significatif à son détriment ». www.clause-abusives.fr

الفرع الثاني: مسؤولية البنك التقصيرية عن الأخطاء التقنية

قد تلحق الزبون المستهلك أضرار نتيجة استخدام البنوك للنظام الرقمي في تقديم الخدمات البنكية لسبب غير الإخلال بالعقد المبرم بينهما، وفي هذه الحالة لن تسعفه أحكام المسؤولية العقدية للحصول على التعويض المدني، وهو ما يجعل الزبون يتحمل أضرارا لم يكن سببا في حصولها، غير أن القواعد العامة للمسؤولية المدنية لا تقتضي في جميع الأحوال وقوع خطأ عقدي، حيث يمكن تأسيس المسؤولية المدنية على الخطأ التقصيري الذي يقع نتيجة الإخلال بالتزام قانوني وواجب عام بعدم الإضرار بالغير.

تتيح أحكام المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) المقرر في القواعد العامة للزبون طرقا مختلفة للحصول على التعويض، فبالإضافة إلى المسؤولية عن الفعل الشخصي والتي تستلزم إثبات الخطأ الشخصي، يمكن الرجوع على البنك على أساس أحكام المسؤولية عن فعل الغير، خاصة أن البنك يستعين في تقديم خدماته للزبائن بأطراف عدة (مثل الموظفين والمستخدمين والوسطاء) وهو ما يجعلنا نبحت في مدى إمكانية الرجوع عليه بناء على هذه الأحكام في حالة نسب الخطأ التقني إلى أحد هذه الأطراف (أولا).

إن اعتماد البنك في تنفيذ عملياته وتقديم خدماته للزبائن على أجهزة إلكترونية وتقنيات فنية يفتح المجال للبحث في مدى اعتباره حارسا للشيء وحدود مسؤوليته في مواجهة المضرور على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء (ثانيا)، كما أن المركز الحساس للبنك وخصوصية العلاقة التي تربطه بالزبائن، وفي سبيل تعزيز الآليات القانونية لحماية المستهلك يبحث الفقه عن إمكانية مساءلة البنك دون خطأ ومناقشة نظرية المسؤولية الموضوعية (ثالثا).

أولا: مسؤولية البنك عن فعل الغير:

تأخذ البنوك شكل شركة مساهمة تتمتع بالشخصية المعنوية⁽¹⁾، وهي تستعين في أدائها لنشاطها بمديرين ومجلس إدارة وموظفين، وقد تثار مسؤوليتها عن الأفعال الصادرة عن مستخدميها بمناسبة أدائهم لمهامهم والذي ينتج عنه ضرر للزبون، وتعتبر هذه المسؤولية إحدى صور مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع التي تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 136 من القانون المدني⁽²⁾، وعليه يطرح السؤال حول الحالات التي تتحمل فيها البنوك المسؤولية عن فعل

(1) المادة 83 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

(2) تنص المادة 136 من الأمر رقم 75-58 المتعلق بالقانون المدني، المعدل والمتمم على أنه: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لصالح المتبوع".

مستخدميها، وهل تتحمل المسؤولية عن الأخطاء الصادرة أن أعضاء مجلس الإدارة باعتبارهم يعملون لحساب البنك ؟

إن البنك في إطار الخدمات البنكية الإلكترونية لا يقوم بتقديم بعض الخدمات بنفسه بشكل مستقل بل يقوم بذلك معتمداً على مجموعة من الأطراف (الوسطاء والمبرمجون)، نظراً لما يتوفرون عليه من خبرة في مجال عملهم، وهو بذلك يرتبط معهم بمقتضى عقود⁽¹⁾، فإذا ما حدث ونتج الضرر للزبون نتيجة فعل أحد هؤلاء الوسطاء الذين يتعامل معهم البنك يثار التساؤل حول إمكانية مساءلة البنك على أساس فعل المتبوع عن أعمال تابعة؟ لأن الزبون في تعامله بالخدمات البنكية الإلكترونية لا يكون مرتبطاً بعلاقة تعاقدية إلا مع البنك، وهذا الأخير يستعين بالوسطاء لتقديم خدمات للزبون.

إن تقدير مدى مسؤولية البنك عن الأخطاء الصادرة من الغير مرتبط بمدى توافر الشروط القانونية لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بحسب ما هو مقرر في القواعد العامة للقانون المدني، والتي تستوجب توافر ثلاث شروط خاصة تتمثل في:

1- وجود علاقة التبعية:

يتعين لقيام مسؤولية المتبوع أن توجد علاقة تبعية بحيث يكون أحدهما خاضعاً للآخر⁽²⁾ وقد اشترط المشرع الجزائري في تحديد طبيعة العلاقة بين التابع والمتبوع وجود سلطة فعلية في رقابة وتوجيه التابع، ويقصد بالسلطة الفعلية صلاحية إصدار أوامر وتعليمات لتابعه فيما يتعلق بكيفية تنفيذ العمل الذي استخدم من أجله⁽³⁾، وأن يكون هذا الأخير ملزماً بالخضوع لهذه الأوامر والتعليمات⁽⁴⁾.

لم يحدد نص المادة 136 من القانون المدني مصدر السلطة الفعلية التي تكون للمتبوع على التابع، غير أن هذه السلطة تقوم سواء وجد عقد أم لم يوجد، وسواء كانت هذه السلطة شرعية أو غير شرعية، وسواء استعملها فعلاً أو لم يستعملها مادام في استطاعته ذلك⁽⁵⁾، ولا يشترط لقيام

(1) محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 166.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 114.

(3) محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص 140.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 116.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص 1016.

رابطة التبعية أن يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه، وهو ما ذهب إليه الفقه الحديث الذي رفض جعل قيام علاقة التبعية مرتبطة بحرية اختيار المتبوع لتابعه⁽¹⁾.

بناءً على معيار وجود علاقة التبعية يمكن تحديد مدى مسؤولية البنك عن الأخطاء الصادرة عن مختلف الجهات المتدخلة أو المساعدة في أداء البنك لنشاطه، وفي هذا السياق نشير إلى موظفي ومستخدمي البنك فتتحقق في شأنهم صفة التبعية بالمعنى السالف بيانه، لأنهم يخضعون لسلطة البنك في الرقابة والتوجيه، وبذلك يكون متبوعاً مسؤولاً عن أخطاء الموظفين التابعين له طبقاً لما جاء في المادة 136 من القانون المدني، ويستوي في ذلك أن يكون الخطأ عمدياً أو غير عمدي مادام الخطأ قد صدر من المستخدم بمناسبة أدائه لعمله، غير أنه يكون للبنك الرجوع على التابع بما أداه للزبون في حالة ارتكابه خطأ جسيماً⁽²⁾.

إن قيام مسؤولية البنك كتابع عن أخطاء موظفيه لا ينفي حق الزبون المضرور في الرجوع على التابع مباشرة، ولكن على أساس المسؤولية عن الأعمال الشخصية بصفته مسؤولاً أصلياً تطبيقاً للمادة 124 من القانون المدني، وفي هذه الحالة يسقط حقه في الرجوع على البنك المتبوع، لعدم جواز اقتضاء تعويضين عن ضرر واحد⁽³⁾.

يُخَوِّل القانون لأعضاء مجلس إدارة البنك كل السلطات للتصرف في كل الظروف باسم البنك في نطاق نشاطه⁽⁴⁾، ولأنهم يعبرون عن إرادة البنك ويكون لهم اتخاذ القرارات باسمه، فإنهم لا يعتبرون تابعين للبنك وإنما ممثلين له، ولذلك يكون البنك ملزماً بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بالزبائن عن الخطأ الصادر عن أعضاء مجلس الإدارة باعتباره شخص معنوي له أعضاء يباشرون الأعمال عنه⁽⁵⁾، قد يحدث أن يكون خطأ الأعضاء خطأ شخصياً، في هذه الحالة يسألون منفرداً أو بالتضامن اتجاه الزبائن⁽⁶⁾، والحكم نفسه بشأن مدير البنك، فهو يعتبر ممثلاً عن البنك

(1) WEILL Alex et TERRE François, Droit civil, Les obligations, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1975, p711.

(2) تنص المادة 137 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم على أنه: "للمتبع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً".

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 214.

(4) المادة 622 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

(5) عبد الفتاح سليمان، المرجع السابق، ص 122.

(6) باعتبار البنك يأخذ شكل شركة مساهمة فإن هذا الحكم جاء تطبيقاً لنص المادة 715 مكرر 23 من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، التي تنص على أنه: "يعد القائمون بالإدارة مسؤولون على وجه الانفراد أو بالتضامن حسب الحالة اتجاه الشركة أو الغير، إما عن المخالفات الماسة بالأحكام التشريعية أو التنظيمية المطبقة على شركات المساهمة وإما عن خرق القانون الأساسي أو عن الأخطاء المرتكبة أثناء تسييرهم".

إذا شارك عدد كبير من القائمين بالإدارة في نفس الأفعال، فإن المحكمة تحدد حصة كل واحد في تعويض الضرر".

وينسب إلى هذا الأخير الأخطاء الصادرة عنه في مواجهة الزبون.

كما يستعين البنك في سبيل توفير الخدمات البنكية الإلكترونية بمجموعة من الوسطاء والمبرمجين نظرا لما يتوفرون عليه من خبرة في مجال التكنولوجيا الحديثة، ويرتبط معهم بموجب عقود، فإذا حدث ولحق الزبون ضررا من فعل هؤلاء الوسطاء فإنه لا يمكن مساءلة البنك على أساس نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، لأنهم يعتبرون بمثابة مساعدين لا تابعين له، فالبنك لا يملك سلطة الرقابة والتوجيه عليهم أثناء تنفيذهم لأعمالهم⁽¹⁾، ومع ذلك يمكن الرجوع على البنك على أساس أحكام المسؤولية العقدية في إذا ما أدى هذا التقصير من الوسطاء إلى الإخلال بالعقد الذي يربطه بالزبون، في حين يمكن للزبون الرجوع بالتعويض مباشرة على هؤلاء الوسطاء استنادا لأحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي⁽²⁾.

2- وقوع الفعل الضار من التابع في حال تأديته لوظيفته أو بسببها أو بمناسبتها:

يسأل البنك عن الأفعال التي ارتكبها موظفه أثناء ممارسته لوظيفته، أي عن الأفعال التي يرتكبها الموظف وهو يؤدي عملا من أعمال الوظيفة⁽³⁾، ويستوي الأمر إذا ما وقع الفعل بناء على أمر صادر من المتبوع أو بغير أمر منه، بعلمه أو دون علمه، وسواء ارتكب الموظف هذا الفعل لأغراض مصلحته الشخصية أو رغبة منه في خدمة المتبوع⁽⁴⁾، كخطأ الموظف في إدخال رقم حساب المستفيد من التحويل فيتم تحويل الأموال من حساب شخص آخر غير الذي حدده الزبون في أمر التحويل.

أما الفعل الذي يرتكبه الموظف بسبب الوظيفة فهو ذلك الفعل الذي يرتبط بالوظيفة بعلاقة سببية مباشرة، حيث أن الوظيفة هي السبب المباشر والرئيسي في إحداث الضرر⁽⁵⁾، ويكون كذلك إذا كان الموظف لم يكن يستطيع ارتكاب الفعل لولا الوظيفة، أو إذا لم يكن ليفكر في ارتكاب

(1) محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 166.

(2) في المسؤولية المدنية للوسطاء في مجال الأنترنت أنظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 138 وما بعدها.

(3) قجالي مراد، "مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري"، مجلة معارف، جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة، المجلد 4، العدد 6، الصادر في جوان 2009، ص 98.

(4) عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية: المسؤولية الناشئة عن استخدام أجهزة الحاسوب والأنترنت (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 279.

(5) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 72.

الفعل المسبب للضرر لولا الوظيفة⁽¹⁾، كقيام الموظف بالدخول إلى قاعدة بيانات البنك وإجراء سحبات من حساب الزبون.

يعتبر الفعل قد ارتكب بمناسبة الوظيفة عندما تقتصر الوظيفة على تيسير ارتكابه أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الضرر⁽²⁾، كأن يقوم الموظف بسرقة بطاقة الدفع التي سقطت سهوا من الزبون عند زيارته للبنك.

3- ارتكاب فعل من التابع يضر بالغير:

لا يمكن للزبون أن يرجع على البنك بالتعويض بصفته مسؤولاً عن فعل الموظف التابع له ما لم يثبت أن هذا الموظف قد ارتكب خطأ سبب ضرراً للزبون، حيث يشترط لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه صدور خطأ من التابع، وهو ما يعبر عنه المشرع الجزائري بمصطلح "الفعل الضار" أي العمل غير المشروع، والذي يُعرف بأنه إخلال بواجب قانوني وهو في حالة إدراك وتمييز، فإذا ارتكب الموظف الفعل الضار في ظروف لا تجعله مسؤولاً كأن يكون فاقدا للتمييز والإدراك فلا محل لمسؤولية التابع ولا لمسؤولية المتبوع⁽³⁾.

بناء على ما تقدم فإنه يمكن للزبون أن يبني دعواه ضد البنك عن الأضرار التي لحقت به بسبب الأخطاء التقنية المرتكبة في تنفيذ الخدمة البنكية على أساس مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع، فيكون البنك مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي لحقت بالزبون إذا أُوْعز الخطأ التقني إلى فعل الموظف أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها، وإن كان الفقه قد اختلف في تقدير الأساس القانوني لهذه المسؤولية فانقسم بين نظرية الخطأ المفترض ونظرية الضمان، بالإضافة إلى نظرية تحمل التبعية⁽⁴⁾، ومهما تعددت الآراء فالواضح من خلال نص المادة 136 من القانون المدني أن المشرع الجزائري اتجه إلى اعتبار مسؤولية المتبوع بكونها مقررة بقريضة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، أي أن المتبوع لا يستطيع درء المسؤولية عن نفسه عن طريق إقامة الدليل على أنه قام بواجب الإشراف والرقابة على أحسن وجه.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 206.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 150.

(3) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 278.

(4) قجالي مراد، المرجع السابق، ص ص 103، 109.

ثانيا: مسؤولية البنك عن فعل الأشياء

في إطار ممارسة البنوك للخدمات الإلكترونية فإن احتمال تعطل أنظمتها المعلوماتية والأجهزة الإلكترونية وارد وغير مستبعد، حيث أن ما يتم تخزينه في ذاكرة الحاسب الآلي يسهل الإطلاع عليه من قبل الموظفين والعاملين لدى البنك، وعليه فإن الإخلال بالالتزام العقدي قد لا يكون سببه راجعا إلى فعل البنك الشخصي بصورة دائمة وإنما إلى فعل الأجهزة⁽¹⁾، وهنا تنشأ مسؤولية البنك باعتباره حارسا لهذه الأجهزة.

تقوم المسؤولية المدنية عن الأشياء في القانون المدني الجزائري على فكرة الحراسة، لذلك فإنه لا يمكن القول بمسؤولية البنك بسبب الأجهزة التقنية المستخدمة في تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية عن الأضرار التي تسببها للزبون إلا إذا توافرت عناصر وشروط مسؤولية حارس الشيء وفق ما نصت عليه المادة 138 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

تقوم مسؤولية البنك كحارس للشيء على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس يقوم على فكرة العناية الخاصة التي تتطلبها حراسة الشيء⁽³⁾، حيث أنه بمجرد وقوع ضرر للزبون يقوم الفرض بأنه فقد السيطرة الفعلية على الشيء⁽⁴⁾، فالأخذ بفكرة الحراسة كأساس لمسؤولية البنك عن الخطأ التقني يجعل الخطأ مفترضا من جانبه، وهذه القرينة تقلب عبء الإثبات، فيعفى الزبون من إثبات خطأ البنك، في حين لا يمكن للبنك نفي خطأه بإثبات أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغي من العناية⁽⁵⁾، مما يسمح بتجاوز المشكلات المتعلقة بإثبات الخطأ في المسؤولية العقدية.

تقوم المسؤولية التقصيرية للبنك عن فعل الأشياء بحسب ما هو مقرر في القواعد العامة على ثلاث عناصر أساسية تتمثل في:

(1) محمد شريف غانم، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، المرجع السابق، ص 24.

(2) تنص المادة 138 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم على أنه: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا اثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة".

(3) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص. ص 1098-1100.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 217.

(5) عايد رجا الخاليلة، المرجع السابق، ص 248.

1- الحراسة:

تطور مفهوم الحراسة كعنصر أساسي في المسؤولية عن الأشياء، حيث طبقت في البداية الحراسة القانونية والتي تقتضي أن يكون للحارس سلطة قانونية على الشيء أيا كان مصدر هذه السلطة⁽¹⁾، يستمدّها من حق عيني على الشيء أو من حق شخصي متعلق به⁽²⁾، وتتيح له الحق في الاستعمال والرقابة والتوجيه، ويترتب على تطبيق نظرية الحراسة القانونية أن يسأل المالك عن الأضرار التي يسببها الشيء المسروق، وفي المقابل لا يكون التابع حارسا للشيء الذي يستخدمه في أداء عمله لحساب المتبوع⁽³⁾.

بسبب الانتقادات التي وجهت لنظرية الحراسة القانونية اتجه الفقه والقضاء ومعه التشريعات إلى اعتماد نظرية الحراسة الفعلية والتي تستوجب أن تكون للحارس سلطة فعلية على الشيء وقت وقوع الضرر سواء تحققت لديه الحراسة القانونية أم لا، ويتحدد مضمون الحراسة الفعلية في ثلاث سلطات فرعية تتمثل في الاستعمال والتوجيه والرقابة⁽⁴⁾، ويقصد بالاستعمال استخدام الشيء في غرض من الأغراض المخصصة له حتى لم يتم الاستخدام فعلا فيكفي توافر القدرة على الاستخدام ولو لم تتحقق، أما التوجيه فيقصد به سلطة إصدار الأوامر عند استعمال الشيء، ويقصد بالرقابة سلطة فحص الشيء وتعهده بالصيانة والإصلاح لضمان صلاحية للاستعمال الذي أعد له⁽⁵⁾.

تتوفر في البنك شروط وعناصر الحراسة الفعلية للأجهزة المستخدمة كأجهزة الكمبيوتر وأجهزة الصراف الآلي، حيث أن البنك وبالرغم من أنه لا يملك بالفعل القدرة على صنع هذه الأجهزة وتزويدها بالبرامج اللازمة لتشغيلها حيث يتعاقد من أجل ذلك مع شركات متخصصة، إلا أنه يملك وحده سلطة استخدام أجهزة الكمبيوتر وتوجيهه بإصدار أوامر التحويل أو الخصم أو الإيداع، ولا يُفقد البنك صفة الحارس إيعاز عمليات فحص وصيانة الأجهزة إلى شركات متخصصة إذا كانت هذه العمليات تتم بتوجيه وإشراف منه⁽⁶⁾.

(1) محمد شريف غانم، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للأموال، المرجع السابق، ص 74.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوي، المرجع السابق، ص 1087.

(3) محمد شريف غانم، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقد، المرجع السابق، ص 75.

(4) الملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 138 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم قد أخذ بنظرية الحراسة الفعلية، إذ اعتمد على تحديد مضمون الحراسة على توافر سلطاتها الثلاث "الاستعمال والتسيير والرقابة".

(5) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 217.

(6) محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 109.

2- محل الحراسة:

لم تتضمن المادة 138 من القانون المدني الجزائري أي تحديد لطبيعة الأشياء محل الحراسة، في حين يشير المشرع المصري من خلال المادة 178 قانون مدني إلى الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب عناية خاصة، ويقصد بالآلات الميكانيكية تلك الأشياء التي تدار بمحرك ذاتي أيا كان نوعها وأيا كان مصدر الطاقة التي تحركها كالكهرباء أو الماء أو البخار أو الهواء أو البترول أو الطاقة الشمسية⁽¹⁾، في حين يقصد بالأشياء التي تحتاج عناية خاصة تلك الأشياء الخطرة بطبيعتها (الخطر يكون في تكوينها أو تركيبها)⁽²⁾ أو بحسب ظروف وملابسات محيطتها⁽³⁾.

بتطبيق مفهوم الأشياء محل الحراسة على الكمبيوتر ومختلف الأجهزة الأخرى التي يستعملها البنك في تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية فإنه لا يمكن اعتبار هذه الأجهزة من الآلات الميكانيكية لأنها جامدة ولا تولد أي قوة دافعة ولا تشكل خطرا في ذاتها، فهي تختلف عن الآلات والأجهزة التي تسبب أثناء حركتها ضررا للغير⁽⁴⁾، في حين يمكن اعتبارها من قبيل الأشياء التي تحتاج عناية خاصة بالنظر إلى أنها آلات دقيقة تحتاج إلى خبرة عالية ومهارة من الشخص الذي يستعملها حتى تعمل بشكل دقيق، فهي تحتاج إلى حرص في إدخال البيانات وتشغيل البرامج المناسبة، ومتابعة الأوامر باستمرار وبشكل دقيق لتفادي وقوع الأخطاء، وإجراء الصيانة الدورية لضمان انتظام عمله⁽⁵⁾.

3- رابطة السببية بين أجهزة الكمبيوتر والضرر:

يثور الشك حول طبيعة المسؤولية التي يتحملها البنك عن الأضرار التي تلحق زبائنه نتيجة الخطأ التقني في الحالة التي يقع فيها الضرر نتيجة لفعل الإنسان والأجهزة التقنية المستخدمة معا أي أثناء استخدام الإنسان لهذا الجهاز، فهل يعد الخطأ واقعا بفعل الجهاز ويسأل البنك على أساس أنه حارس للجهاز، أو يعد واقعا من الموظف ويسأل عنه على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه؟

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1089.

(2) المرجع نفسه، ص 1096.

(3) محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 219.

(4) محمد شريف غانم، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، المرجع السابق، ص 72.

(5) المرجع نفسه، ص 73.

اعتمد الفقه والقضاء في البداية على معيار يتعلق بالتدخل الإيجابي أو السلبي للجهاز، فإذا وقع الضرر بسبب خلل ذاتي في الجهاز وعيب فيه تقوم المسؤولية عن الشيء، أما إذا كان مجرد وسيلة سلبية يستعين بها المستخدم لتنفيذ العمليات فإن الفعل ينسب للمستخدم⁽¹⁾.

غير أن جهاز الكمبيوتر لا يشتغل من تلقاء نفسه، حيث يقوم الموظف أو المستخدم بالنقر على المفاتيح وإدخال بيانات والتعليمات المتعلقة بالعمليات التي ينفذها الجهاز، حيث أن الجهاز لا يعمل دون تدخل من الإنسان، فقد هجر الفقه المعيار السابق واعتمد معياراً آخر يقوم على فرضين:

- عندما يتعمد مستخدم الجهاز الإضرار بمصلحة الزبون كأن يدخل بعض البيانات الخاطئة للكمبيوتر، أو يتعمد غلق بعض البرامج التي تؤثر على العمليات التي يجريها مما يجعله يخطئ في تنفيذها⁽²⁾، ففي مثل هذا الفرض تثار المسؤولية الشخصية للمستخدم على أساس المادة 124 من القانون المدني الجزائري، وتنتفي مسؤولية البنك كحارس للشيء.

- أما عندما لا يتعمد المستخدم إحداث ضرر للزبون، حيث أدخل المعلومات والبيانات صحيحة وأتم جميع الخطوات والإجراءات المطلوبة بدقة، إلا أنه وقع ضرر للزبون جرّاء خطأ منسوب إلى الأجهزة أو برامج تشغيلها، فتقوم مسؤولية البنك على أساس أنه حارس للشيء⁽³⁾.

تُوفر نظرية المسؤولية عن الأشياء مزايا عديدة للزبون المتضرر من جرّاء وقوع الأخطاء التقنية في تنفيذ الخدمات البنكية الإلكترونية، خاصة فيما يتعلق بتخفيف عبء إثبات الخطأ، إذ تُقيم المادة 138 من القانون المدني قرينة مفادها افتراض الخطأ من جانب الحارس على تقصيره في بدل العناية اللازمة في حراسة الشيء، وهي قرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها إلا بإثبات سبب لم يكن من الممكن توقعه كعمل المضرور أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة.

ثالثاً: المسؤولية على أساس مخاطر المهنة (المسؤولية الموضوعية)

ألقي الضوء على فكرة المسؤولية على أساس مخاطر المهنة أو المسؤولية الموضوعية عام 1897 على يد الفقيهين سالي وجوسران⁽⁴⁾، ومضمونها أن أي نشاط يحتمل أن ينشأ عنه خطر

(1) محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء: دراسة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1957، ص 157.

(2) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 245.

(3) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 200.

(4) JOSSERAND Louis, La responsabilité du fait de choses inanimées, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1897, p 87.

يجعل صاحبه مسؤولاً عن الضرر الذي يسببه للغير، دون البحث فيما إذا صاحبه خطأ أم لا⁽¹⁾ فكل من يباشر نشاطاً خطيراً يجب أن يتحمل تبعته ويلتزم بالتعويض إذا ترتب عليه ضرر⁽²⁾، إذ لم تعد فكرة الخطأ هي أساس المسؤولية، وإنما يكفي وجود خطر عند ممارسة النشاط، فلم تعد هناك حاجة لأن يبحث القاضي في علاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽³⁾، لأن المسؤولية تقوم حتى في غياب الخطأ مادام الضرر نشأ عن طريق ممارسة النشاط المدعى به، لكن يجب أن يكون الضرر ناشئاً فعلاً عن نشاط الشخص حتى يمكن أن يتحملة⁽⁴⁾.

إن النشاط البنكي بطبيعته مصدر للمخاطر نتيجة ارتباطه بعنصر المال، وتأثيره وتأثره بالعوامل الاقتصادية المختلفة، ونتيجة للتطورات العلمية الخاصة في تكنولوجيا البنوك، واتجاه هذه الأخيرة إلى استخدام الأجهزة الدقيقة والحساسة على نطاق واسع، وبما أن البنوك تجني أرباحاً من نشاطها وتتمتع بمراكز اقتصادية متميزة، وتمتلك إمكانيات ضخمة تمكنها من مواجهة أية متطلبات، فقد نادى بعض الفقهاء الفرنسيين بوجوب اعتماد نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية البنكية⁽⁵⁾، بحيث تتحمل البنوك مسؤولية أي ضرر يحدث للزبائن أو للغير، نتيجة ممارستها نشاطها وذلك دون أن تكون بالضرورة قد ارتكبت خطأ أثناء قيامها بهذا النشاط⁽⁶⁾.

إن فكرة مخاطر المهنة تُحمل البنك كافة الأضرار التي تصيب الزبون، على الرغم من عدم وجود أية أخطاء صادرة من جانبه أو وجود فعل يرتبط بعلاقة سببية مع هذا الضرر، والسبب في ذلك أن هذه المخاطر مهما بلغت أعباؤها فإنها تبقى أقل بكثير مما يعود من مزايا على البنك نتيجة ما يتمتع به من ثقة عند الزبائن، ومن أهم مبررات اعتماد المسؤولية المصرفية دون خطأ:

(1) لم تبق نظرية المسؤولية الموضوعية حبيسة الدراسات الفقهية وإنما وجدت تركيزاً لها في التشريع الفرنسي بموجب المادة L15 من القانون رقم 2004-575 المعدل والمتمم والمتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي.

- Article L15 de loi n°2004-575 modifiée : « Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci... ».

(2) سعداني نورة، المسؤولية المدنية للبنك عن أخطائه المهنية في مجال الإعتماد المالي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2001، ص 173.

(3) JOSSERAND Louis, op.cit, p 103.

(4) سعداني نورة، المرجع السابق، ص 174.

(5) NEAU-LEDUC Philippe, « Les nouvelles perspectives du droit de la responsabilité bancaire », in La Banque entre Droit et Economie, LGDJ, Paris, 2006, p 113.

(6) سعداني نورة، المرجع السابق، ص 176.

1- العوائق القانونية والمادية التي تعترض الزبون في مسعاه لإثبات الخطأ، إذ يجد صعوبة في إثبات خطأ البنك خاصة في الحالة التي يكون فيها التزامه ببذل عناية⁽¹⁾.

2- إن تحمل البنك الأضرار الناشئة عن نشاطه يُعزز موقفه لدى جمهور المتعاملين مما يساعد بالتالي على إقدامهم على الاستفادة مما يؤمنه البنك من تقنيات وأجهزة إلكترونية حديثة.

3- يتمتع البنك مقارنة مع الأفراد المتعاملين معه بملاءة مالية أكبر، الأمر الذي يمكن البنك من تعويض الضرر الذي يحدثه في حق الغير والتأمين ضد الأخطار⁽²⁾، كما أن من يمارس نشاطا يجني من ورائه ربحا يجب عليه أن يتحمل نتائج هذا النشاط مهما كانت هذه النتائج تطبيقا لقاعدة "الغرم بالغنم" وهو أساس المسؤولية الموضوعية⁽³⁾.

4- تعدد المتدخلين في مجال النشاط البنكي الإلكتروني؛ فالى جانب موظفي البنك توفّر جهات مستقلة عن البنك المساعدة الفنية والتقنية اللازمة لتقديم الخدمات البنكية الكترونيا كمصممي البرامج والمنصات الإلكترونية عبر الأنترنت، والشركات الإلكترونية المختصة بتصميم البطاقات الذكية وموردي خدمات الأنترنت... مما يصعب في غالب الأحيان تحديد الطرف المسؤول عن الضرر الذي لحق الزبون بسبب الخطأ أو الفشل في تنفيذ العملية، أضف إلى ذلك الأضرار الناجمة عن عمل الفيروسات والاختراقات التي يصعب تعقبها وتحديد مصدرها، وفي كل هذه الحالات يضيع حق الزبون في التعويض بناء على القواعد العامة للمسؤولية.

استنادا إلى نظرية المسؤولية الموضوعية، فإن البنك لا يمكن له أن يدفع عن نفسه المسؤولية في مواجهة الزبون بحجة أنه لم يتم بتنفيذ التزامه بسبب وجود أحد العيوب أو حدوث خلل معين في البرمجيات العاملة في أجهزة الحاسوب، أو حدوث أعطال فنية أدت إلى عدم إتمام الخدمات البنكية المطلوبة في الوقت المحدد، حتى ولو كان ذلك العيب خفياً غير ظاهر بالأجهزة المستخدمة، فمسؤولية البنك هنا لا تتأثر بكفاءة الأجهزة التي يتم استخدامها.

بالرغم من المزايا التي توفرها نظرية المسؤولية الموضوعية لزبائن البنوك، إلا أن بعض الفقه يرى أن الغلو في الأخذ بهذه النظرية سيؤدي إلى إثراء الزبون على حساب البنك⁽⁴⁾، فيتهاون الزبون في أخذ الحيطة عند استخدام الأدوات الإلكترونية التي يُوفرها له البنك كالبطاقة الإلكترونية والمنصات الإلكترونية عبر الأنترنت، فقد تكون الأضرار التي لحقت بالزبون نتيجة خطئه أثناء

(1) لبنى عمر مستقاوي، المرجع السابق، ص 216.

(2) عيسى لافي حسن الصمادي، المرجع السابق، ص 283.

(3) بن الزوبر عمر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، فرع القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1- سعيد حمدين، 2017، ص 20.

(4) محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 117.

استخدام شبكة الأنترنت وعدم اتباع التعليمات الصحيحة التي يقوم البنك بتزويده بها أو بسبب تسرب كلمة السر.

يثير بعض الفقه إشكالا يتعلق بمدى إمكان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الموضوعية كليا أو جزئيا، أو الاحتجاج ببعض أسباب الإعفاء من المسؤولية لا سيما فعل الغير⁽¹⁾، حيث يلاحظ تدخل عدة أطراف خاصة فيما يتعلق بتقديم الخدمات عن بعد، بحيث لا يمكن للزبون المستهلك التعرف عليهم، وهنا يبقى مقدم الخدمة هو المسؤول في مواجهة الزبون، على أن يكون له الرجوع على الوسطاء الذين صدر الخطأ عنهم بناء على العقد المبرم فيما بينهم⁽²⁾.

المطلب الثاني:

المسؤولية الجزائية عن المساس بأمن

الخدمات البنكية الإلكترونية

تعد البنوك من أكثر المؤسسات استهدافا من حيث الجرائم الإلكترونية⁽³⁾، إذ غالبا ما تتعرض لمحاولات إجرامية تستهدف الوصول إلى حسابات الزبائن عن بعد لسلب الأموال أو سرقة بطاقات الدفع أو تزوير أرقامها، فقد لا تقلح الإجراءات المتخذة من قبل البنوك في حماية البنك من هذه الأنواع من الهجمات مع التطور المستمر لتقنيات الاحتيال، حيث أن خصوصية الجريمة باعتبارها جريمة تتم عبر الفضاء الإلكتروني، فغالبا ما لا تخلف أي آثار مادية تمكن من اكتشافها في الوقت المناسب أو تعقبها.

إن مثل هذه الأفعال لا تمس بالبنك المعني وزبائنه فقط، وإنما تمتد آثارها إلى غيرها من البنوك الأخرى العاملة في القطاع، وهو ما يؤثر على القطاع برمته ويهدد استقراره ويمس بسمعته ويهدر الثقة التي يوليها له زبائن البنوك، خاصة أن القطاع البنكي يمثل عمود الاقتصاد الوطني والممول الأساسي له، لذلك أصبح تجريم الأفعال الماسة بأمن البنك وبسلامة الخدمات البنكية المقدمة إلكترونيا أصبح أكثر من ضرورة.

⁽¹⁾ ROJINSKY Cyril, « Qu'en est-il de la responsabilité de plein droit des éditeurs en ligne (art. 15 de la LCEN) ? la délicate assimilation au commerce électronique », *Revue LEGICOM*, n° 35, Janvier 2006, p 72.

⁽²⁾ Ibid, p76.

⁽³⁾ وفقا لبنك فرنسا لوحظ وجود 4.7 مليون حالة احتيال في عام 2015 بشأن وسائل الدفع، مما أدى إلى خسار تقدر بنحو مليار يورو، كما عرفت نهاية 2016 هجوم على 40 ألف حساب لزبائن في بنك (Tesco Bank) البريطاني حيث تم رصد تحركات احتيالية على 9 آلاف حساب، مما أدى إلى حجب نظام المعاملات عبر الأنترنت لمدة 48 ساعة وتعويض جميع العملاء المتأثرين بهذا الهجوم.

DESCAZEUX Martin, COUTURIER Mathieu, EL HIMDI Yasmine, op.cit, p 01.

تتعدد صور الاعتداء على أمن الخدمات البنكية الإلكترونية، فمنها ما يستهدف النظام المعلوماتي للبنوك من خلال تزويرها أو الدخول غير المصرح به إليها أو عن طريق تخريبها (الفرع الأول)، كما قد تمس الجريمة المرتكبة الخدمة البنكية في حد ذاتها من خلال التزوير أو الاحتيال أو أي فعل آخر غير مشروع متعلق باستعمال وسائل الدفع الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجرائم الواقعة على البنك

تتعدد الجرائم التي تستهدف أمن النظام المعلوماتي للبنوك، وتزداد خطورة هذه الجرائم أكثر في الحالات التي يستخدم في تقديم الخدمات البنكية نظام الشبكات المفتوحة مثل الأنترنت، فالبرغم من سعي البنوك الحثيث نحو الاستفادة من التطورات الحاصلة في مجال التأمين المعلوماتي، لحماية مواقعها الإلكترونية ونظمها الداخلية تنفيذاً لالتزاماتها القانونية المتعلقة بالتأمين المعلوماتي، إلا أن خطر تعرضها للاعتداء يبقى قائماً، فقد تتفوق الأدوات التكنولوجية للمعتدين (الهاكرز) على تكنولوجيات البنك.

بالرغم من خطورة هذا النوع من الجرائم بالنظر لما يترتب عليها من خسائر مالية كبيرة تمس العديد من الأطراف منها البنوك والزبائن وحتى الغير الذين يتعرضون لعدم استقاء مستحقاتهم بسبب الخلل في عمل البنوك، إلا أن المشرع الجزائري لم يخص هذه الأفعال بتجريم خاص، لذلك هي تخضع للتكييف القانوني للجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات خاصة تلك المتعلقة بالمساس بالمعالجة الآلية للمعطيات.

تتعدد صور الاعتداء المرتكبة ضد البنك، إذ غالباً ما يتم استهداف مواقع البنوك الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت عن طريق تقليدها أو الدخول غير المشروع للنظام المعلوماتي للبنك، كما قد يؤدي هذا الاعتداء إلى تعطيل نظام عملها (أولاً).

يتحمل الجاني المسؤولية الجزائية عن الأفعال التي يرتكبها في مواجهة البنك بصفته صاحب الموقع الإلكتروني ومالك للنظام المعلوماتي، كما يسأل في مواجهة الزبون على أساس نوع آخر من الجرائم (ثانياً).

أولاً: صور الاعتداء على النظام المعلوماتي للبنوك

يتعرض النظام المعلوماتي للبنوك لصور مختلفة من الاعتداءات، فمنها ما يهدف إلى تقليد الموقع الإلكتروني للبنك عبر الشبكة، وفي حالات أخرى يسعى المعتدين إلى تعطيل عمل موقع البنك لحرمان زبائنه من الوصول إليه عبر الشبكة والاستفادة من خدماته، ويحدث أن يتم اختراق

النظام المعلوماتي للبنك وهو أخطر انتهاك قد يتعرض له البنك لأنه يمهد لارتكاب جرائم أخرى فهو حلقة أولى لسلسلة من الانتهاكات.

1- تقليد المواقع الإلكترونية للبنوك:

يتم تقليد الموقع الإلكتروني للبنك عن طريق إنشاء مواقع بتصميم مشابه يحمل ذات الشعارات وعدد الصفحات، وأن ينشئ به ذات الروابط، وذلك على نحو يظهر معه الموقع المقلد وكأنه الموقع الحقيقي للبنك⁽¹⁾، ولا يشترط أن يكون الموقع المقلد مطابقاً للموقع الأصلي بل يكفي أن يحدث لبساً أو خلط لدى الزبائن.

يسعى المعتدون من خلال تقليد المواقع الإلكترونية إلى مراقبة التعاملات والرسائل التي يقوم الزبون بإرسالها إلى البنك عن طريق موقعه، أو من أجل استغلال البيانات المتبادلة بين الزبون والبنك، فقد ينخدع الزبون بالموقع الوهمي ويتعامل معه كأنه الموقع الحقيقي للبنك، فيحاول الدخول إلى حسابه عن طريق كلمات السر أو رقم البطاقة أو بيانات أخرى، فيتم التقاطها واستخدامها للوصول إلى حساب الزبون والتعامل فيه بما يحقق مصلحة المعتدي⁽²⁾.

2- تعطيل نظام عمل الموقع الإلكتروني للبنك:

يتم تعطيل نظام عمل الموقع الإلكتروني عن طريق إغراقه أو تعطيله بكثرة الطلبات، على نحو يتسبب في إغراق الموقع لمنع أو تعطيل التواصل بين الطرفين، عن طريق إحداث ازدحام في خطوط الاتصال فيما بينهم، بإرسال عدد كبير من الرسائل الإلكترونية تكون أكبر من قدرة تحمل البنك⁽³⁾، أو حذف روابط الاتصال بين الصفحة الرئيسية والصفحات الفرعية الخاصة بالخدمات البنكية التي يقدمها البنك، كما يمكن تعطيل نظام عمل الموقع الإلكتروني عن طريق إرسال فيروسات لتخريب خادم التطبيقات المصرفية الملحق بالموقع الإلكتروني، وهو بذلك يعطل الخادم عن القيام بوظيفته لاستقبال طلبات زبائن البنك⁽⁴⁾.

نظراً لخطورة مثل هذه الأفعال الإجرامية فإنه يتعين على البنك أن يبدي عناية فائقة ويقظة تامة في تأمين موقعه عن طريق القيام بمجموعة من الإجراءات الاحترازية، فيجب على البنك أن يراقب باستمرار أداء العمل على موقعه الإلكتروني، من خلال الاستعانة بأجهزة إنذار وتبنيه بحيث

(1) علاء التميمي، المرجع السابق، ص 550.

(2) المرجع نفسه، ص 551.

(3) حسين عبده الماحي، "تطورات قانونية في التجارة الإلكترونية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد 31 أبريل 2002، ص 290.

(4) المرجع نفسه، ص 291.

تعطي إشارات في حالة وجود ضغط عمل بشكل غريب، أو وجود تلاعب بأحد مكونات الموقع على شبكة الأنترنت، كما يكون عليه القيام بفحص دوري ومنتظم لمستوى الأداء وإنشاء معايير معينة لقياس مستوى هذا الأداء⁽¹⁾، وإعداد خطة طوارئ لضمان استمرارية العمل في حالة وقوع أي عطل في الأجهزة.

3- الدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي للبنك:

يعد الدخول غير المشروع لنظام البنك من أشد الاعتداءات خطورة، كونه يمهد لسلسلة أخرى من الانتهاكات، حيث غالبا ما يتبع هذا الدخول أفعال أخرى كانتهاك سرية البيانات من خلال الاطلاع عليها أو المساس بسلامة البيانات المخزنة.

يقصد بالدخول غير المشروع في نظام البنك الدخول إلى المعطيات المخزنة داخل نظام الكمبيوتر دون رضا البنك المسؤول عن هذا النظام⁽²⁾، كما يُعرّف بأنه نشاط ذهني يقوم به الجاني من دون وجه حق للولوج إلى نظام معلوماتي ما لأجل الإحاطة والسيطرة على البيانات الموجودة فيه أو الخدمات التي يقدمها⁽³⁾، ويتحقق فعل الدخول غير المشروع أيضا في الحالات التي يكون فيها للجاني الحق في الدخول إلى جزء من النظام ويتجاوزته إلى جزء آخر غير مصرح له الدخول إليه⁽⁴⁾. وعليه فإن مناط عدم مشروعية الدخول يرجع إلى انعدام سلطة الفاعل في الدخول مع علمه بذلك، سواء تم دون تصريح أو تجاوز حدود التصريح الممنوح له⁽⁵⁾.

لا تتطلب المادة 394 مكرر من قانون العقوبات تحقق نتيجة معينة حتى تقوم هذه الجريمة، لذلك فهي تقوم بمجرد توافر السلوك الإجرامي، لكن إذا ترتب على الدخول نتائج محددة فإن المشرع رتب على ذلك تشديد العقوبة⁽⁶⁾.

(1) علاء التميمي، المرجع السابق، ص 571.

(2) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص 29.

(3) نائلة عادل محمد، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 332.

(4) خليف مريم، "الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، - الوادي، المجلد 02 عدد 01، الصادر في جانفي 2011، ص 174.

(5) المرجع نفسه، ص 173.

(6) خليفة محمد، "خصوصية الجريمة الإلكترونية وجهود المشرع الجزائري في مواجهتها"، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 01 العدد 01، 15 سبتمبر 2009، جامعة زيان عاشور-الجلفة، ص 379.

يتم الدخول أو النفاذ غير المشروع إلى نظام البنك عن طريق إدخال برنامج فيروس أو باستخدام الرقم السري لشخص آخر أو تجاوز نظام الحماية إذا كان ضعيفا، أو باستعمال كلمة السر الحقيقية متى كان الجاني غير مخول له في استخدامها، أو الدخول من خلال شخص غير مسموح له بالدخول، أو عن طريق تجاوز نظام الحماية⁽¹⁾، ويستوي أن يتم الدخول مباشرة أو بطريق غير مباشرة كما هو الحال في الدخول عن بعد عن طريق شبكات الاتصال التلفونية⁽²⁾.

4- جريمة التلاعب في المعطيات:

يتم التلاعب في المعطيات بإدخال معطيات جديدة على الدعامة سواء كانت خالية أم كان يوجد بها معطيات من قبل، وقد يتم إدخال هذه المعطيات بقصد التشويش على صحة المعطيات القائمة، عن طريق إضافة معطيات جديدة غير مصرح بها⁽³⁾، ولعل اصطناع المعلومات هو الأكثر سهولة في التنفيذ ولاسيما المؤسسات ذات الأموال⁽⁴⁾، كما يتحقق فعل الإدخال بإدخال برنامج غريب كفيروس أو قنبلة معلوماتية يضيف معلومات جديدة⁽⁵⁾، حتى أنه قد يسعى المخترق إلى السيطرة على نظام البنك من خلال تغيير كلمة المرور بحيث لا يستطيع القائمين على إدارة البنك من الدخول إليه، كما قد يسمح لهم بزرع برامج للتجسس لالتقاط كل المعلومات التي المتداولة عبر النظام⁽⁶⁾.

أما فعل المحو فيقصد به إزالة جزء من المعطيات المسجلة على دعامة والموجودة داخل النظام أو تحطيم تلك الدعامة أو نقل وتخزين جزء من المعطيات إلى المنطقة الخاصة بالذاكرة بما ينجم عنه إتلاف البيانات⁽⁷⁾.

يتحقق الركن المعنوي لجريمة التلاعب بالمعطيات باتجاه إرادة الجاني إلى فعل الإدخال أو المحو أو التعديل، مع علمه بأن هذا الفعل غير مشروع، ورغم أن إرادة صاحب الحق في المعطيات أو من له السيطرة عليها⁽⁸⁾.

(1) عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1999 ص 29.

(2) GASSIN Raymond, «La protection pénale d'une nouvelle « universalité de fait » en droit français : le système de traitement automatisé des données », **Revue Actualité législative Dalloz**, n° 2, du 02 février 1989, 4ème cahier, p. 16.

(3) خليفة محمد، المرجع السابق، ص 382.

(4) RABAGNY-LAGOA Agnès, droit du commerce électronique, Edition Ellipses, Paris, 2011, p 30.

(5) عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 144.

(6) علاء التميمي، المرجع السابق، ص 581.

(7) خليفي مريم، المرجع السابق، ص 176.

(8) المرجع نفسه، ص 170.

ثانيا: المسؤولية الجزائية عن الاعتداء على النظام المعلوماتي للبنك

حرصت أغلبت التشريعات المقارنة على تجريم الأفعال الماسة بالنظام المعلوماتي، منها ما أصدرت نصوص خاصة بتجريم الاعتداءات على النظام المعلوماتي⁽¹⁾، في حين اكتفت تشريعات أخرى بإدراج الجريمة المعلوماتية ضمن القواعد العامة لقانون العقوبات، دون تخصيص فيما يتعلق بالقطاع أو المجال المعني بالاعتداء، وهو المنهج الذي اعتمده المشرع الجزائري الذي أدرج هذا النوع من الجرائم ضمن نصوص قانون العقوبات تحت مسمى "جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات"، فكلما تطابق الفعل المرتكب مع الركن المادي للجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات قامت المسؤولية الجزائية للمعتدي وطبقت عليه العقوبات المقررة.

إن تعدد الآثار والنتائج المترتبة على أعمال الاعتداء على النظام المعلوماتي للبنك والتي تشمل البنك والزبون وحتى الغير في بعض الحالات، جعل من الممكن الرجوع بالمسؤولية الجزائية للمرتكب الفعل عن عدة جرائم تختلف باختلاف النتيجة المترتبة على الفعل والجهة المستهدفة.

1- المسؤولية الجزائية الناشئة في مواجهة البنك:

تشكل مختلف الاعتداءات الواقعة على النظام المعلوماتي للبنك انتهاكات لحقوق البنك المحمية بموجب القانون، وبالنظر لمختلف الأفعال التي تعد مساسا بنظام البنك فإنه تنشأ في مواجهة المعتدي المسؤولية الجنائية عن الجرائم التالية:

أ- جريمة التقليد:

يتم تقليد الموقع الإلكتروني للبنك عن طريق إنشاء موقعا جديدا يشبه مع الموقع الأصلي في عناصره الأساسية، خاصة من حيث التصميم وعدد الصفحات وكذلك تقليد العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني، على نحو يندفع به الزبائن فيقدمون على التعامل مع الموقع المقلد على أنه الموقع الحقيقي.

إن تقليد الموقع الإلكتروني للبنك فيه اعتداء على حق البنك في العلامة التجارية وكذلك اعتداء على حقوق المؤلف فيما يتعلق بتصميم الموقع، ويعد فعل التقليد جريمة معاقب عليها

(1) مرسوم بقانون 05 لسنة 2012 بتاريخ 13 أوت 2012، في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة عدد 540 الصادر بتاريخ 26 أوت 2012، المعدل بموجب القانون الاتحادي رقم 12 بتاريخ 23 ماي 2016، الجريدة الرسمية ملحق العدد 597 الصادر في 31 ماي 2016، والمرسوم بقانون اتحادي رقم 02 بتاريخ 24 جويلية 2018. منشور في الموقع الإلكتروني: www.elaws.moj.gov.ae

بموجب الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة⁽¹⁾، والذي حدد الأفعال التي تشكل الركن المادي لجريمة التقليد في المادة 151 منه، والتي من بينها استتساخ مصنف أو أداء بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة، والتي يعاقب عليها بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج)، كما يمكن أن يتابع الجاني عن جريمة تقليد العلامة⁽²⁾ المعاقب عليها بموجب المادة 32 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات بعقوبة تقدر بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين وبغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دينار إلى عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين.

بالإضافة إلى العقوبة الجزائية فإنه يتقرر على الجهات المعنية (ممثلة في مقدمي خدمات الأنترنت) غلق الموقع الإلكتروني المقلد، فهي ملتزمة بالتدخل الفوري لسحب المحتويات التي يتيحون الاطلاع عليها، بمجرد العلم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بمخالفتها للقوانين وتخزينها أو جعل الدخول إليها غير ممكن⁽³⁾.

ب- جريمة إعاقة وتعطيل عمل النظام المعلوماتي:

لم يتضمن قانون العقوبات الجزائي من أي إشارة إلى جريمة تعطيل النظام المعلوماتي أو تخريبها كجريمة مستقلة، حيث لا يعاقب على تعطيل النظام أو تخريبه كفعل مستقل بذاته، وإنما يعاقب على فعل التخريب كأثر مترتب على جريمة الدخول غير المشروع باعتباره ظرفا مشددا، حيث تشدد العقوبة على جريمة الدخول غير المشروع إذا ترتب عليها تخريب نظام اشتغال المنظومة المعلوماتية، فتكون العقوبة من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.00 دج إلى 150.000 دج⁽⁴⁾.

على العكس من ذلك أورد قانون العقوبات الفرنسي نصا خاصا يجرم فعل التخريب من خلال المادة L323-31، حيث تنص على أنه: "يعاقب على عرقلة أو تشويه تشغيل نظام المعالجة

(1) أمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ج ج عدد 44، الصادر في 23 جويلية 2003.

(2) تعرف المادة 02 الفقرة 01 من الأمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالعلامات، ج ر ج ج عدد 44 الصادر في 23 جويلية 2003.

(3) المادة 12 من القانون رقم 04-09 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر ج ج عدد 47، الصادر في 16 أوت 2009.

(4) الفقرة 03 من المادة 394 مكرر من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

الآلية للمعلومات بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة تقدر بـ 150 ألف يورو⁽¹⁾، وتطبيقا لهذا النص قضت محكمة استئناف باريس بالإدانة في حق متهم قام بإرسال رسائل كثيرة إلى أحد الأجهزة الخاصة بإحدى الشركات المنافسة، وكان هدف المتهم أن يشغل هذه الأجهزة بطلبات شراء وهمية حتى تكون عاجزة عن تلقي طلبات جديدة⁽²⁾.

تتعلق هذه الجريمة بتجريم كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى توقيف تشغيل نظام المعالجة، ويقصد به إحداث عطب أو خلل بالشئ بما يجعله لا يقوم بعمله بصورة طبيعية، وقد يكون ذلك بالحد من سرعة النظام المعلوماتي وجعله بطيئا أو يعطي نتائج غير مطلوبة⁽³⁾، ولا يشترط وقوع التوقف على كل عناصر النظام جملة، بل يكفي أن يكون جزئيا على أحد هذه العناصر سواء المادية أو المعنوية⁽⁴⁾.

لا يشترط وسيلة معينة للتوقيف أو التعطيل، فقد يكون بوسيلة مادية أو معنوية، وتكون وسيلة التعطيل مادية إذا وقعت على الأجهزة المادية للنظام مثل تخريبها أو قطع شبكات الاتصال، وتكون وسيلة التعطيل معنوية إذا وقعت على الكيانات المعنوية مثل البرامج والمعطيات كاستخدام القنبلة المعلوماتية، حيث يتم من خلالها تسريب برنامج يحتوى على تعليمات لإفساد سير النظام في وقت وتاريخ معين أوفي صورة وقوع حدث معين، أو بإدخال فيروس⁽⁵⁾.

ج- الدخول والبقاء غير المشروعين في النظام المعلوماتي:

لم يشترط المشرع الجزائري في نص المادة 394 مكرر من قانون العقوبات لتوافر جريمة الاعتداء على نظام المعالجة الآلية على ضرورة توافر الحماية الفنية لهذا النظام، إلا أن هناك جانب من الفقه يرى ضرورة وجود نظام أمني لقيام الجريمة خاصة، وأن توفر هذه الحماية الفنية والدخول

⁽¹⁾ Article L323-2 de code pénal Français : « Le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende ». www.legifrance.gouv.fr

⁽²⁾ CA Paris, Juris-Data, n° 020128, 14 Janvier 1997.

⁽³⁾ محمد أمين محمد الشوابكة، جرائم الحاسب والأنترنت (الجريمة المعلوماتية)، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2011، ص. ص 223-224.

⁽⁴⁾ GASSIN Raymond, op.cit, p 34.

⁽⁵⁾ شيماء عبد الغني محمد عطاء الله، الحماية الجنائية للمعاملات الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007 ص130.

بالرغم من ذلك إلى نظام المعالجة الآلية من شأنه أن يكون دليلاً قاطعاً على توفر القصد لدى الجاني، الذي لا يمكن أن يدخل صدفة بل باستعمال طرق تقنية لخرق الحماية⁽¹⁾.

غير أن هذا الاتجاه لم يتم تبنيه في التشريعين الفرنسي والجزائري، وقد تدعم ذلك بموقف القضاء الفرنسي من خلال القرار الصادر عن محكمة باريس في 5 أبريل 1994 الذي جاء به أنه: "لا يشترط لقيام الجريمة وجود وسائل حماية لنظام المعالجة الآلية"⁽²⁾، وبالتالي فلا يشترط إذا لقيام هذه الجريمة أن يقع اختراق لنظام حماية بل يكفي أن يكون النفاذ غير مشروع، وتحقق عدم المشروعية متى كان الدخول مخالفاً لإرادة صاحب النظام أو من له حق السيطرة عليه.

إن الركن المادي لجريمة الدخول غير المشروع يتحقق بمجرد شروع أي شخص في الدخول أو الدخول بالفعل إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات بأي طريقة، وتقع هذه الجريمة بالدخول إلى كل النظام أو جزء منه، كما تقع الجريمة بمجرد الدخول دون اشتراط تحقق النتيجة، فلا يشترط لقيامها مثلاً النقاط متدخل المعلومات أو البرامج التي يحتويها النظام فهي من جرائم السلوك المحض، فالفاعل مجرم في حد ذاته بغض النظر عن النتيجة⁽³⁾.

أما البقاء غير المشروع فيقصد به التواجد داخل نظام المعلوماتي ضد إرادة من له الحق في السيطرة على هذا النظام، وقد يتحقق البقاء المعاقب عليه مستقلاً عن الدخول إلى النظام إذا تحقق بالصدفة أو عن طريق الخطأ⁽⁴⁾، فالدخول نتيجة الخطأ أو الصدفة لا يعاقب عليه إذا لم تتبعه أفعالا تمس بالنظام⁽⁵⁾، لكن إذا لم ينسحب المتدخل وبقي رغم ذلك فيعاقب في هذه الحالة على جريمة البقاء غير المشروع إذا توافر ركنها المعنوي⁽⁶⁾، ويعتبر البقاء أيضاً جريمة في الحالة التي يستمر فيها الجاني داخل النظام بعد المدة المحددة له للبقاء داخله، أو في الحالة التي يطبع فيها نسخة من المعلومات في الوقت الذي كان مسموحاً له فيها برؤيتها والاطلاع عليها فقط⁽⁷⁾.

(1) مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 ص 52.

(2) CA Paris, 5 Avril 1994. Note : ALVARER Valérie, HYET Jérôme, **Petite Affiche** 1995, n° 80, du 05 juillet 1995, p13.

(3) عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 133.

(4) RABAGNY-LAGO Agnès, op.cit, p 75.

(5) Pereira Brigitte, «La lutte contre la cybercriminalité: de l'abondance de la norme a sa perfectibilité », **RIDE**, n°3, mars 2016, p 403.

(6) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 29.

(7) عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 133.

قد يجتمع الدخول مع البقاء غير المشروعين وذلك في الحالة التي لا يكون فيها للجاني الحق في الدخول إلى النظام ويدخل إليه فعلا ضد إرادة من له حق السيطرة عليه ثم يبقى داخل النظام بعد ذلك، وقد ثار تساؤل بين الفقه فيما إذا كان فعل الدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي أو البقاء فيه بدون إذن يشكل تعدد مادي للجرائم أم أنه جريمة واحدة⁽¹⁾.

ذهب البعض إلى القول بأننا أمام جريمة واحدة ذلك أن الجاني قصد بالدخول البقاء داخل النظام، بينما ذهب البعض الآخر إلى تحقق الاجتماع المادي بين الجريمتين وهو الراجح في الفقه⁽²⁾ غير أن المشرع الجزائري استعمل في نص المادة 394 مكرر من قانون العقوبات عبارة "كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش" للدلالة على أن الجريمة المعاقب عليها بموجب هذه المادة تقع بأحد هاذين الفعلين أو كلاهما، فهو تعدد مادي لجريمة واحدة.

جريمة الدخول أو البقاء داخل النظم المعلوماتي للبنك جريمة عمدية لا بد فيها من توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، فيلزم أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الدخول أو البقاء في النظام المعلوماتي، وأن يعلم أنه ليس له الحق في الدخول إلى الموقع أو البقاء فيه⁽³⁾، ومن ثمة فلا يتوافر القصد الجنائي إذا كان دخول الجاني داخل النظام مسموح به أي مشروع أو إذا وقع في خطأ كأن يجهل وجود حظر للدخول أو البقاء⁽⁴⁾، ويكفي فيها توافر القصد الجنائي العام، ولا يشترط أيضا توافر قصد جنائي خاص.

كما لا يشترط أن يترتب على دخول الجاني إلى نظام المعلومات تحقق نتيجة معينة، ولا عبء بالبائع الذي يجعل الجاني يبقى على اتصال بالنظام المعلوماتي غير المسموح له البقاء فيه، فقد يكون باعته هو الفضول أو المزح أو الحصول على المعلومات أو غير ذلك، وبالتالي لقيام جريمة الدخول غير المرخص به يجب أن يتوافر بجانب الركن المادي نية الغش، ويقصد بالغش أن يباشر الفاعل سلوكه عن سوء نية وبغرض خداع الغير⁽⁵⁾.

د - جريمة التلاعب في المعطيات:

يتحقق الركن المادي لجريمة التلاعب في المعطيات بإضافة معطيات جديدة على الدعامة سواء كانت خالية أم كان يوجد بها معطيات من قبل، وقد يتم إدخال هذه المعطيات بقصد التشويش

(1) مدحت عبد الحليم رمضان، المرجع السابق، ص 52.

(2) المرجع نفسه، ص 53.

(3) شيماء عبد الغني محمد عطاء الله، المرجع السابق، ص 126.

(4) مدحت رمضان عبد الحليم، المرجع السابق، ص 52.

(5) شيماء عبد الغني محمد عطاء الله، المرجع السابق، ص 126.

على صحة المعطيات القائمة، ولعل اصطناع المعلومات هو الأكثر سهولة في التنفيذ ولاسيما المؤسسات ذات الأموال⁽¹⁾، ويتحقق هذا الفعل في كل حالة يتم فيها الاستخدام التعسفي لبطاقات السحب والائتمان سواء من حاملها الشرعي أو من غيره في حالات السرقة أو الفقد أو التزوير، كما يتحقق فعل الإدخال بإدخال برنامج غريب كفيروس، أو قنبلة معلوماتية⁽²⁾.

يتكون الركن المادي لجريمة التلاعب بالمعطيات وفق المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات⁽³⁾ بإدخال معطيات جديدة عن طريق الغش في نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وكذلك بإزالتها أو تعديلها، كما يستلزم لوقوع هذه الجريمة القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة.

جريمة التلاعب في المعطيات جريمة عمدية يتخذ فيها الكن المعنوي صورة القصد الجنائي العام، الذي يقوم على علم الجاني بأنه يقوم بإحدى الأفعال التي جرمها النص القانوني، وهذه الجريمة لا تتطلب أي قصد خاص⁽⁴⁾.

2- المسؤولية الجزائية الناشئة في مواجهة الزبون:

قد تؤدي الأفعال المرتكبة ضد البنك إلى الاعتداء على حق من حقوق الزبائن، حين يترتب على الجرائم المرتكبة ضد النظام المعلوماتي للبنك نتائج تمس بالزبائن، إذ يمكن أن يتوفر فعل تقليد المواقع الإلكترونية على الركن المادي لجريمة النصب، حيث تنص المادة 372 من قانون العقوبات على أن: "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو خالصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو عتاد مالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع أي شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج".

حدد المشرع من خلال النص السالف الذكر الأفعال المكونة للركن المادي لجريمة النصب على سبيل المثال لا الحصر باستعماله عبارة "أو أية واقعة أخرى وهمية"، ومن الأفعال التي

⁽¹⁾ RABAGNY-LAGOA Agnès, op.cit, p. 30.

⁽²⁾ عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 144.

⁽³⁾ تنص المادة 394 مكرر 1 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 150.000 دج".

⁽⁴⁾ حمودي ناصر، "الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 07، العدد 02، ديسمبر 2016، ص ص 84-85.

توصف بأنها نصب استعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية، لذلك فإن قيام المعتدي بإنشاء موقع إلكتروني مقلد يدعي فيه بأنه موقع البنك الحقيقي فيه استعمال لصفات كاذبة، لذلك فإذا تحققت النتيجة المرجوة، كتمكن المعتدي من التقاط الأرقام السرية للزبائن وإجراء تحويلات مالية لصالحهم، فإذا استكملت الجريمة ركنها المعنوي المتمثل في القصد الجنائي أمكن متابعتهم على أساس جريمة النصب وتوقيع العقوبة الجزائية المقررة لهذه الجريمة.

كما يمكن متابعة كل معدي على النظام المعلوماتي للبنك تمكن من النقاط بيانات ومعلومات خاصة بالزبون وحساباته وتعاملاته مع البنك ونشرها للغير على أساس جريمة إفشاء الأسرار المهنية إذا كان المعتدي موظفا في البنك ودخل النظام المعلوماتي متجاوزا بذلك حدود التصريح الممنوح له⁽¹⁾.

كما يمكن أن تثار المسؤولية الجنائية للمعتدي بناء على نص المادة 303 من قانون العقوبات⁽²⁾ إذا تسبب في اعتراض الرسائل المتبادلة بين البنك والزبون ومنع وصولها، وإن كان نص المادة السالفة الذكر لم يخص بالذكر الرسائل الإلكترونية، إلا أن هذه الأخيرة لا تختلف عن الرسائل البريدية التقليدية إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في نقلها من المصدر إلى المتلقي، لذلك لا يوجد من الناحية القانونية ما يمنع استفادتها من الحماية الجزائية المقررة للرسائل التقليدية، ومع ذلك فإن المراسلات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية تحتاج إلى حماية خاصة ونص خاص يجرم جميع أفعال التي تستهدف هذا النوع من الرسائل كاللتنصت والتسجيل لما لها من أبعاد أخرى تتجاوز مجرد الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد، فقد يكون الغرض منها هو الاطلاع على الأسرار المالية والتجارية للبنوك وبيعها لهيئات منافسة⁽³⁾.

الفرع الثاني: الجرائم الواقعة على الخدمات البنكية الإلكترونية

اهتمت العديد من الدول بحماية المعاملات الإلكترونية من الأفعال الإجرامية، كالمشرع الفرنسي الذي أصدر القانون رقم 91-1382 المتعلق بأمن الشيكات وبطاقات الوفاء⁽⁴⁾، كما تضمن القانون رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي المعدل والمتمم في القسمين

(1) المادة 301 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

(2) تنص المادة 303 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم على أنه: "كل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير وذلك بسوء نية وفي غير الحالات المنصوص عليها في المادة 137 يعاقب بالحبس من شهر (1) إلى سنة (1) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

(3) شيماء عبد الغني محمد عطا الله، المرجع السابق، 148.

(4) Loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991, relative à la sécurité des chèques et cartes de paiement, JORF n°1 du 1 janvier 1992.

الرابع والسابع منه أحكام جزائية تجرّم العديد من الاعتداءات على أمن المعلومات وأمن التعاملات الإلكترونية⁽¹⁾، في المقابل لم يصدر المشرع الجزائري أي نصوص خاصة تتعلق بتجريم الأفعال الماسة بالمعاملات الإلكترونية بما فيها البنكية، حيث جاء القانون رقم 18-05 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية خالياً من أي نص تجريمي في هذا الخصوص، لذلك فأى فعل يصدر من الغير يمس بأمن الخدمات البنكية لا يخضع سوى للتجريم المقرر في قانون العقوبات بخصوص جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

إذا كانت الطبيعة المادية للمال المعلوماتي كالأقراص الممغنطة والمعدات لا تطرح أي إشكال فيما يتعلق باعتبارها موضوع لفعل الأخذ والاختلاس، فإن الأمر يختلف بالنسبة لسرقة المعلومات دون الدعامة المادية، فإلى أي مدى يمكن اعتبار المعلومات والبرامج الإلكترونية مالا ؟

يعرف المال بأنه كل شيء يصلح لأن يكون محلاً لحق من الحقوق المالية، ما لم يكن خارجاً عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون⁽²⁾، ويرى الفقه أن المعيار في اعتبار الشيء مالا يكون على أساس قيمته الاقتصادية⁽³⁾، وعلى هذا الأساس يمكن اعتبار أن البرامج أو المعلومات من الأموال المعنوية التي يمكن الانتفاع باستغلالها مالياً بإبرام عقود استثمار عليها كالإيجار والبيع وكذلك يمكن حيازتها معنوياً.

تعد الجرائم الواقعة على الخدمات البنكية الإلكترونية جرائم واقعة على الأموال، وهي مثلها مثل الأموال المادية يمكن أن تكون محلاً للسرقة والنصب وخيانة الأمانة، إذ أن السداد في التجارة الإلكترونية يعتمد على التحويل المالي الإلكتروني، أو استخدام بطاقات الدفع الإلكترونية أو النقود الإلكترونية، ومن أهم صور الجرائم المرتبطة بالخدمات البنكية الإلكترونية، الاستخدام الغير مشروع لبطاقة الدفع (أولاً)، وجريمة التحويل الإلكتروني غير مشروع للأموال (ثانياً).

أولاً: جرائم الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع

تعتبر بطاقات الدفع من أكثر وسائل الدفع الإلكتروني المستعملة حديثاً، والتي من خلالها تسعى البنوك لترقية مستقبل الخدمات البنكية الإلكترونية، ونظراً لأهميتها يطرح العديد من المشاكل من الناحية القانونية، فقد رافق حجم التعامل بها نمو مطرد للجرائم المصاحبة لاستخدامها، فأصبح

⁽¹⁾ Les articles 41 à 46 et l'article 56 du la loi n° 2004-545 pour la confiance dans l'économie numérique, modifiées et complétées.

⁽²⁾ القهوجي علي، المرجع السابق، ص 08.

⁽³⁾ قارة أمال، الحماية الجزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 127.

المجرمون يتخذون من استخدامها غير المشروع حرفة للاستيلاء على مال الغير، لم يتضمن التشريع الجزائري أي تجريم خاص متعلق بالاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع. غير أ المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 14-252 المتضمن المصادقة على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات⁽¹⁾، تولت تحديد الجرائم المتعلقة بالاستخدام غير المشروع لأدوات الدفع الإلكترونية⁽²⁾، والمتمثلة فيما يلي:

- كل من زور أو اصطنع أو وضع أي أجهزة أو مواد تساعد على تزوير أو تقليد أي أداة من أدوات الدفع الإلكترونية بأي وسيلة كانت.
- كل من استولى على بيانات أي أداة من أدوات الدفع واستعمالها أو قدمها للغير أو سهل للغير الحصول عليها.
- كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في الوصول بدون وجه حق إلى أرقام أو بيانات أي أداة من أدوات الدفع.
- كل من قبل أداة من أدوات الدفع المزورة مع العلم بذلك.

1- جريمة تزوير أو استخدام بطاقة دفع مزورة:

أ- جريمة تزوير بطاقة الدفع:

يتم تزوير بطاقة الدفع في نطاق شبكة الانترنت من خلال تزوير أرقام البطاقة وتغيير البيانات والمعلومات الشخصية الخاصة لحاملها، وتعرف جريمة التزوير بحسب نص المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 14-252 المتضمن المصادقة على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات على أنها: "استخدام وسائل تقنية المعلومات من أجل تغيير الحقيقة في البيانات تغييرا من شأنه إحداث ضرر وبنية استعمالها كبيانات صحيحة".

إن تزوير بطاقة الدفع لا يختلف في مضمونه عن هذا التعريف، والذي قد يكون كلياً كما قد يكون جزئياً، ويتم التزوير الكلي باصطناع البطاقة بالكامل وتقليد ما عليها من كتابات وحروف

(1) مرسوم رئاسي رقم 14-252 مؤرخ في 08 سبتمبر 2014، يتضمن التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، المحررة بالقاهرة بتاريخ 21 ديسمبر 2010، ج ر ج ج عدد 57، الصادر في 28 سبتمبر 2014.

(2) تضمنت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات تجريم 16 فعلا باستخدام تقنية المعلومات، ويتحدد مجال تطبيقها في الحالات التي يتعدى نطاقها الإجرامي سواء من حيث ارتكابها أو آثارها أكثر من دولة، وبالرغم من أن المادة 05 منها نصت على التزام كل دولة طرف في الاتفاقية بتجريم الأفعال المبينة فيها وفقا لتشريعاتها وأنظمتها الداخلية، إلا أنه لم يتم إصدار أي تشريع خاص في هذا الشأن واكتفى المشرع بما جاء به القانون 04-15 المتمم والمعدل لقانون العقوبات، لذلك فإنه لا يمكن للقاضي الجزائري الاستناد إلى هذه النصوص في تجريمه للأفعال المرتكبة ما لم تصدر نصوص تشريعية تحدد العقوبات المقررة عن كل جريمة.

وعلامات وأشرطة أو من خلال بيانات بطاقة صحيحة يتم الحصول عليها بتصويرها فوتوغرافيا بعيدا عن أعين الزبون، أما التزوير الجزئي فيكون بتغيير بعض بيانات البطاقة كنزع الشريط الممغنط الأصلي ووضع الشريط الخاص بالفاعل القائم بعملية التزوير⁽¹⁾.

عالج المشرع الجزائري جريم تزوير المحررات العرفية أو التجارية أو المصرفية في نص المادة 219 من قانون العقوبات غير أنه لم يخص بالذكر تزوير بطاقات الدفع، وجريمة التزوير كغيرها من الجرائم يجب أن تتوفر على الركن المادي والمعنوي، ويتحقق الركن المادي للتزوير بتغيير الحقيقة الموجودة في المحرر المصرفي بطريقة من الطرق التي نص عليها القانون، من شأنه أن يؤدي هذا التغيير إلى الإضرار بالآخرين وفق ما هو منصوص عليه في المادة 219 من قانون العقوبات، أما بالنسبة للركن المعنوي لجريمة التزوير فيتطلب وجود قصد جنائي، أي انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة، واتجاه نيته إلى تحقيق غاية معينة هي استعمال المحرر فيما زُور من أجله⁽²⁾.

بالرغم من أن النص السالف الذكر وارد تحت القسم الرابع الذي جاء بعنوان "التزوير في المحررات العرفية أو التجارية أو المصرفية"، وبالرغم من أن البطاقات البنكية تعتبر من قبيل الأدوات المصرفية، إلا أن الشك يثور حول طبيعتها الإلكترونية، إذ يتعلق النص بالمحررات المكتوبة ولا توجد إشارة في النص إلى المحررات الإلكترونية، لذلك ثار تساؤل في الفقه عن مدى إمكانية تطبيق هذا النص التجريمي على تزوير بطاقة الدفع.

خلص الفقه بعد دراسات وإسقاطات إلى عدم إمكانية تطبيق النصوص التجريبية التقليدية المتعلقة بتزوير المحررات المصرفية على بطاقات الدفع⁽³⁾، لأن هذه النصوص تقتض إمكانية القراءة البصرية لمحتويات المحرر المدونة فيه، وهذا غير محقق بالنسبة للمعطيات الإلكترونية المخزنة على الشريط الممغنط⁽⁴⁾، مما يجعل جريمة تزوير بطاقات الدفع جريمة مستقلة تستدعي تدخل المشرع بنصوص ملائمة تراعي خصوصية الوسيلة المستعملة في ارتكاب الجريمة⁽⁵⁾.

(1) إيهاب فوزي السقا، جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 188.

(2) المرجع نفسه، ص 68.

(3) STOUFFLET Jean, op.cit, p 457.

(4) GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, Droit du crédit, Tom 2 : Effets de commerce chèques carte de paiement et de crédit, 2^{ème} édition, Litec, Paris, 1991, p 480.

(5) في المقابل استجاب المشرع الفرنسي للدعوات الفقهية والاجتهادات القضائية بخصوص ضرورة إصدار تجريم خاص يستهدف عمليات التزوير المتزايدة المرتكبة في مجال بطاقات الدفع، وذلك من خلال إصدار.

ب- جريمة استخدام بطاقة دفع مزورة:

تختلف جريمة استخدام بطاقة الدفع المزورة عن جريمة التزوير سواء تم هذا الاستخدام من مُزوّر البطاقة نفسه أو من الغير، وقد أجمع الفقه والقضاء على المسؤولية الجزائية لاستعمال بطاقة الدفع المزورة⁽¹⁾، إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم حول نوع الجريمة المرتكبة، فمنهم من ذهب إلى اعتبارها جريمة سرقة مشددة⁽²⁾، واستدلوا على ذلك بأن المال خرج من حيازة صاحب الحساب دون رضاه، خاصة وأن البطاقة هي مجرد أداة للوصول إلى سحب الأموال من الحساب، والجهاز يعتبر خزانة نقود والرقم السري لبطاقة الدفع هو المفتاح الذي تفتح به هذه الخزانة⁽³⁾.

إلا أن هذا الرأي لاقى رفضاً كبيراً لدى غالبية الفقه⁽⁴⁾، إذ لا يمكن بأي شكل من الشكال وصف الرقم السري بالمفتاح، كما أن المبادئ العامة للقانون الجنائي تمنع القياس في النصوص القانونية التجريبية⁽⁵⁾.

ذهب فريق آخر في تكييف جريمة استخدام بطاقة الدفع المزورة إلى اعتبارها جريمة نصب، لأن الجاني يقدم البطاقة المزورة للتاجر يوهمه بصحتها وذلك باستعمال أسماء كاذبة أو اعتماد مالي خيالي، فيعتقد التاجر بوجود رصيد وهمي لهذا الحامل غير شرعي للبطاقة المزورة⁽⁶⁾.

أما عندما يتم استخدام بطاقة الدفع في سحب الأموال من جهاز السحب الآلي فيرفض بعض الفقه قبول تكييف الجريمة على أنها نصب⁽⁷⁾، فمن الصعب قبول أن الشخص يعد مرتكباً لجريمة النصب باستخدام طرق احتيالية عند استخدامه لبطاقة مزورة في سحب الأموال من

(1) حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 557.

(2) أنظر: هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ص 134.

(3) المرجع نفسه، ص 136.

(4) أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، "المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان"، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الخامس، كلية الشريعة والقانون، وغرفة تجارة وصناعة دبي 2003، ص 2098.

(5) حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 558.

(6) جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (الكتاب الأول: الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012، ص 111.

(7) المرجع نفسه، ص 108.

الجهاز⁽¹⁾، ويستندون في ذلك إلى أن الطرق الاحتمالية يجب أن تربط بين شخصين، فجريمة النصب تتطلب أن يكون المجني عليه قد سلم ماله إلى الجاني بإرادته بعد أن مارس عليه وسائل الغش والخداع، وفي هذه الحالة فإن العلاقة تكون بين الجاني وجهاز الصراف الآلي، ومهما بلغ هذا الأخير من الدقة والقدرة على استيعاب البرامج إلا أنه يبقى مجرد آلة لا عقل ولا إرادة لها، فلا يمكن مساواتها بالعقل البشري لما يتمتع به من قدرة على التفكير والتحليل والابتكار⁽²⁾.

كما أن تكييف جريمة استخدام بطاقة دفع على أنها جريمة استعمال محرر مزور المنصوص عليها في المادة 221 من قانون العقوبات⁽³⁾ غير مقبول لنفس الأسباب التي رفض فيها الفقه تكييف تزوير البطاقة على أنها جريمة تزوير محرر مصرفية، والمتمثلة في عدم توفر شرط المحرر المكتوب وعدم إمكان إجراء قياس في المادة الجنائية.

2- جريمة استخدام بطاقة مفقودة أو مسروقة:

تعد سرقة البطاقة أو ضياعها من العوائق القانونية التي يثيرها نظام التعامل بمقتضى بطاقات الدفع، ذلك أن السارق أو من يعثر على البطاقة المفقودة قد يستخدمها في سحب الأموال من أجهزة الصراف الآلي، وقد يستخدمها في الحصول على السلع والخدمات⁽⁴⁾، ولأن بطاقة الدفع تتميز بمكوناتها المادية والمتمثلة في الكيان المادي للبطاقة والأشرطة المغنطة أو الشرائح الرقائعية المتكونة منها⁽⁵⁾، فإنه يمكن أن تخضع الجرائم الواقعة على المال خاصة جريمة السرقة⁽⁶⁾، إذ لا يثير الاستلاء عليها أية مشاكل قانونية سواء بثبوت صفة المال لها أو في نطاق صلاحيتها لفعل الاختلاس، فجميع الأشياء المادية التي يمكن أن تنتقل من يد إلى يد يمكن أن تكون محلاً لجريمة

(1) محمد حامد مرهج الهيتمي، "عدم ملاءمة نصوص قانون العقوبات وضرورة النص الخاص لتجريم استعمال البطاقة المصرفية المزورة في السحب الإلكتروني للنقود من أجهزة الصرف الآلي"، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 12-14 نوفمبر 2007، ص 24.

(2) المرجع نفسه، ص 25.

(3) تنص المادة 221 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، على أنه: "في الحالات المشار إليها في هذا القسم يعاقب كل من استعمل المحرر الذي يعلم أنه مزور أو شرع في ذلك بالعقوبات المقررة للتزوير وفقاً للتقسيم المنصوص عليه في المادتين 219 و220".

(4) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، المرجع السابق، ص 643.

(5) البطاقات البلاستيكية عبارة عن شريط من البلاستيك المغطاة من أحد جانبيه بمادة أوكسيد الحديد المغنط، والذي يستخدم عند الإدخال والإخراج في الأجهزة الإلكترونية.

- جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 442.

(6) المادة 350 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

السرقه⁽¹⁾، وتبقى جريمة السرقه قائمه حتى ولو تمت سرقه البطاقه بدون رقمها السري، وحتى ولو لم يتمكن الجاني من استعمالها، فهذا لا ينفي كون الواقعة سرقه، لأن للبطاقه قيمه ماديه في ذاتها.

أما إذا قام الحامل غير الشرعي باستخدام بطاقه الدفع المسروقه أو المفقوده في الوفاء للتجار بالسلع والخدمات، فيكون مسؤولاً عن جريمة النصب، لأنه بذلك استعمل وصفا كاذبا على أنه صاحب البطاقه للاستيلاء على مال الغير⁽²⁾، أما إذا تم استخدام هذه البطاقه من شخص آخر تسلمها من السارق، فإن هذا الأخير يسأل عن جريمة السرقه التي تحققت بفعل الاختلاس، كما يسأل باعتباره شريكا بالمساعدة في جريمة النصب بتقديمه البطاقه المسروقه، أما الشخص الذي آلت إليه البطاقه واستخدمها لدى التجار فإنه يعد مرتكبا لعدة جرائم مرتبطة فيما بينها ارتباطا لا يقبل التجزئة، وتتمثل هذه الجرائم في إخفاء أشياء متحصلة من جريمة السرقه والنصب باستخدام اسم كاذب وصفه غير صحيحه⁽³⁾.

ثانيا: جرائم التحويل الإلكتروني غير مشروع للأموال

أدى انتشار استخدام التكنولوجيا في كافة القطاعات والمجالات ومنها البنوك إلى ظهور جريمة التحويل غير مشروع للأموال، حيث يتم هذا النوع من الجرائم بإجراء تحويلات إلكترونية للأموال من أي مكان، وتكمن الخطورة في إمكانية تلاعب الجاني في البيانات المخزنة في ذاكرة الكمبيوتر أو في برامجه بهدف إجراء التحويلات على بعض أرصده الغير أو فوائدها، وإدخالها لصالح حساب الجاني دون علم صاحب الحساب أو البنك.

تتجسد جريمة السرقه عن طريق التحويل المالي الإلكتروني باستخدام الحاسب الآلي للدخول إلى شبكة الانترنت والوصول غير المشروع إلى البنوك والمؤسسات المالية، وتحويل الأموال من تلك الحسابات الخاصة بالزبائن إلى حسابات أخرى، وذلك بإدخال بيانات غير حقيقية أو تعديل أو مسح البيانات الموجودة بقصد اختلاس الأموال أو نقلها أو إتلافها⁽⁴⁾، وتقوم هذه التقنية باستيلاء على الأموال بكميات صغيرة من الحسابات الكبيرة حتى لا يتم ملاحظة ذلك.

(1) حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 538.

(2) أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، المرجع السابق، ص 2094.

(3) المرجع نفسه، ص 2097.

(4) عبد المؤمن شجاع الدين، "قراءة في جريمة التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال"، ص02، مقال منشور في

الموقع الإلكتروني: www.mohamah.net/law

نظراً لخطورة هذه الجريمة من الضروري البحث عن تكييف قانوني لهذه الأفعال يمكننا من تجريمها، وفي ظل غياب نصوص صريحة بشأن جريمة التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال يمكن القول بأن الجريمة تتأرجح بين جريمتين، فبعض الفقه يكتف على أنها جريمة سرقة وفي حالات أخرى ينظر إليها كنصب، وذلك تبعاً للظروف التي تحيط بارتكابها.

1- تكييف جريمة التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال على أنها جريمة سرقة:

تعرف السرقة على أنها اختلاس شيء منقول مملوك للغير بدون رضاه بنية امتلاكه، وتتم سرقة المال المعلوماتي عن طريق اختلاس البيانات والمعلومات والإفادة منها باستخدام السارق للمعلومات الشخصية مثل الاسم، العنوان، الأرقام السرية الخاصة بالمجني عليهم، والاستخدام غير الشرعي لشخصية المجني عليه، ليبدأ بها عملية السرقة المتخفية عبر الانترنت، بحيث تؤدي بالغير إلى نقل الأموال إلى ملكية الجاني عن طريق التحويل البنكي⁽¹⁾.

2- تكييف جريمة التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال بأنها جريمة نصب:

إن تطبيق العقوبات المقررة لجريمة النصب على جريمة التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال مرتبط بمدى توفر أركان جريمة النصب حسب المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري فجنحة النصب كما سبق بيانه تتمثل في أن يقوم الشخص باستلام أو تلقي أموالاً أو قيما منقولة أو منقولات سواء باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو استعمال وسائل احتيالية، أي يجب:

- أن تكون هناك وسيلة مستعملة لإيقاع الغير في الخطأ، كأن يقوم التاجر بتزوير فواتير الشراء التي سيقدمها للبنك من أجل استيفاء مبلغها بأكثر من قيمتها، فيتم تحويل المال من حساب الزبون (المستهلك) إلى حساب التاجر ولكن في الحقيقة الثمن أقل مما صرح به، أو أن يقوم الجاني باستعمال جهاز الحاسوب بإدخال بيانات مغلوطة.

- أن يتحصل الجاني على مبالغ مالية بواسطة تلك الوسيلة.

- أن يسبب تسلم الشيء (المال) ضرراً لمالك الشيء.

- أن يتحقق قصد الغش.⁽²⁾

أما الركن والمعنوي في الجريمة فهو اتجاه نية الجاني إلى إجراء التحويل الإلكتروني لغير المشروع للأموال من حساب الغير إلى حسابه.

(1) محمد أمين أحمد الشوابكة، المرجع السابق، ص38.

(2) المرجع نفسه، ص40.

غير أن تكييف جريمة التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال على أنها جريمة نصب تكتنفها بعض العراقيل، ومنها أن جريمة النصب يكون المجني عليه شخصا طبيعيا، غير أن في الجريمة محل الدراسة ينصب فيها فعل الاحتيال على جهاز أو نظام معلوماتي، كما تظهر الصعوبة أيضا في مدى اشتراط تسلم الجاني ماديا الأموال التي تم الاستلاء عليها، حيث أن الملاحظ أن جريمة التحويل الإلكتروني للأموال تتحقق بمجرد أن يتم تحويل المبلغ إلى حساب الجاني، ويرى الفقه بأن فعل الاستيلاء يتحقق بمجرد تغيير الأرصدة، ولا يشترط أن يستولي الجاني بالفعل على الأموال الموجودة في الحساب، فتحويل الأرصدة إلى حساب الجاني يعد من قبيل التسلم المعنوي⁽¹⁾.

(1) عبد المؤمن شجاع الدين، المرجع السابق، ص 02.

الفصل الثاني

**حماية المعطيات الشخصية
للمستهلك**

بفعل الكفاءة العالية للوسائل التقنية وإمكانياتها غير المحدودة في مجال حفظ واسترجاع وتحليل ونقل البيانات اتجهت أغلب المؤسسات والهيئات عبر دول العالم إلى إنشاء قواعد بيانات لتنظيم عملها، واتسعت على نحو كبير عمليات جمع وتخزين واسترجاع ومعالجة البيانات الشخصية لأغراض متعددة، بإنشاء ما يعرف ببنوك المعلومات.

أصبح استخدام جهاز الكمبيوتر كبنك للمعلومات من ضرورات حسن التنظيم الإداري، كما أدى ظهور الأنترنت وشيوع استخدامها في كافة مجالات الحياة إلى نماء التوجه نحو جمع البيانات المتوفرة في العالم الحقيقي، لأنها تصبح أكثر سهولة من حيث قدرة الوصول إليها وأكثر ملاءمة للتبويب بسبب تقنيات الحوسبة، وتصبح أسهل للتبادل في ضوء وسائل تبادل المعلومات بكل أشكالها كبرمجيات التصفح والتبادل والنقل⁽¹⁾.

ازداد اعتماد البنوك فقد على الوسائل التقنية وهو ما أثر بشكل مباشر في تزايد عمليات معالجة البيانات، لما لها من قدرة فائقة على جمع وتخزين واسترجاع ومقارنة ونقل البيانات الخاصة بالزبائن، مما يهدد الحياة الخاصة للأفراد وحياتهم ويؤدي إلى ازدياد الحاجة إلى السرية كي يتسنى حماية الحياة الخاصة من خطر العلانية⁽²⁾، وتزداد خطورة هذه البيانات إذا تمت معالجتها من أجل استخلاص حكم أو تقييم للنشاط المالي للمستهلك، والتوصل إلى نتائج انطلاقاً من البيانات المتفرقة من دون دراسة واقعية، مما يُهدد باستخلاص نتائج غير دقيقة.

بسبب كل هذه المخاطر زاد الاهتمام أكثر بضرورة تحقيق الأمن المعلوماتي، هذا الأخير يشمل جانبين أحدهما تنظيمي يتعلق بوضع الآليات والتدابير اللازمة لمكافحة تسريب المعلومات أو الدخول غير الآمن لها، من خلال التدابير الأمنية والبرامج المعلوماتية⁽³⁾، والجانب الآخر قانوني يتعلق بالقواعد والآليات القانونية المطبقة في مجال حماية المعطيات الشخصية والتي تستهدف منع أي اعتداء على هذه المعطيات لما يشكله من انتهاك للحياة الخاصة للأفراد.

(1) من بين التقنيات المستحدثة والمستخدمه فيجمع المعطيات الشخصية المتداولة عبر الأنترنت هي "ملفات الكوكيز" « Cookies » وهي كلمة إنجليزية تعني ملفات تعريف الارتباط، وهي معلومات يتم تخزينها من قبل متصفح الويب الخاص بك عن الإجراءات التي أنجزت سابقاً موقع ما على الأنترنت، مثل معلومات تسجيل الدخول الخاصة بالمتصفح، والصفحات التي تمت زيارتها، الأزرار التي تم النقر عليها...

- مروة زين العابدين صالح، الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية الأنترنت: بين القانون الدولي الاتفاقي والقانون الوطني، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، 2015، ص 333.

(2) أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 56.

(3) أنظر هذه المذكرة، ص ص 220-226.

تعتبر المعطيات ذات الطابع الشخصي جزء لا يتجزأ من الحق في الحياة الخاصة، وقد كفله المشرع دستوريا في خلال المادة 46 من دستور الجزائر لسنة 2016⁽¹⁾، وتكريسا لهذا المبدأ أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي⁽²⁾، والذي جاء كاستجابة؛ متأخرة؛ للدعوات الدولية بضرورة مواءمة القوانين الداخلية للدول بحسب المبادئ المستجدة في مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي⁽³⁾.

بإصدار القانون رقم 07-18 توضّح الإطار القانوني المعتمد لحماية المعطيات الشخصية للأفراد، بعدما كان نظام حماية المعطيات الشخصية مجرد نصوص منفردة في قوانين متفرقة⁽⁴⁾، وجاء هذا النص ليكرس أهم المبادئ المقررة في مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي والمتمثل

(1) تنص المادة 46 الفقرة 03 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل دستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج ر ج ج عدد 76، الصادر في 08 ديسمبر 1996، المعدل لا سيما بالقانون رقم 01-16، مؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر عدد 14، الصادر في 7 مارس 2016، على أنه: "حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه".

(2) قانون رقم 07-18 مؤرخ في 08 جويلية 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر ج ج عدد 34، الصادر في 10 جويلية 2018.

(3) فرض المشرع الأوروبي من خلال المادة 45 من اللائحة الأوروبية 2016/679/UE على الدول الأعضاء في الاتحاد أن تجري تقييما شاملا فيما يتعلق بمدى كفاية مستوى الحماية المعتمد في الدولة التي يسمح التعامل معها فيما يتعلق بتبادل المعلومات ذات الطابع الشخصي، بحيث يُمنع التعامل مع الدول التي لا تتوفر تشريعاتها على الضمانات القانونية. - Règlement européen (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE L.127 du 23 mai 2018.

(4) تضمن نصوص متفرقة أحكاما تقضي بحماية المعطيات الشخصية للأفراد، منها قانون المنظومة الإحصائية في المادة 24 من المرسوم التشريعي رقم 94-01 مؤرخ في 15 جانفي 1994، المتعلق بالمنظومة الإحصائية، ج ر ج ج عدد 03، الصادر في 16 جانفي 1994.

كما نصت المادة 25 من هذا القانون على أن المعلومات الفردية التي تحصل عليها أجهزة المنظومة الإحصائية بواسطة تطبيق هذا المرسوم التشريعي لا يمكن بأي حال من الأحوال استعمالها في أغراض الرقابة الاقتصادية والمالية خصوصا الجبائية أو القمع الاقتصادي.

كما يتضمن أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فيفري 1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج ر عدد 21 صادر في 27 فيفري 1970، معدل ومتمم بالقانون 14-08 مؤرخ في 09 أوت 2014، ج ر عدد 49 صادر في 20 أوت 2014، مواد تحمي البيانات الشخصية للأفراد، حيث تنص المادة 22 من هذا القانون على أنه: "يمنع الإطلاع المباشر على السجلات والجداول السنوية والعشرية من قبل الأشخاص غير أعوان الدولة المؤهلين لهذا الغرض".

في مبدأ مشروعية المعالجة⁽¹⁾، بأن لا يتم معالجة البيانات الشخصية (بتجميعها أو تخزينها أو نقلها) بوسائل أو لأغراض غير مشروعة، ولتحقيق هذا المبدأ قرر المشرع مجموعة من القواعد المطبقة فيما يتعلق بمعالجة هذه البيانات، والتي تتجلى أساساً في الحقوق الممنوحة للمعني صاحب المعطيات الشخصية في مواجهة المسؤول عن المعالجة، مقابل التزامات تفرض على هذا الأخير يتعين عليه احترامها لتجنب الإضرار أو المساس بحقوق المعني ومعطياته الشخصية (المبحث الأول).

تعتمد فعالية القواعد القانونية المقررة في مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي على وجود الآليات المناسبة لضمان احترامها، من خلال تكريس مجموعة من الوسائل القانونية والعملية الفعالة التي تمكن الأشخاص المعنيين من ممارستها، فلا أهمية إلى تزويد المستهلك صاحب المعطيات الشخصية بالحقوق، إذا لم يتوفر على آليات الطعن التي يمكن أن يباشرونها في حالة وقوع انتهاكات لحقوقهم، من أجل إقامة المسؤولية والمطالبة بالتعويض وتطبيق العقوبات الردعية، من خلال وضع السبل القضائية التي يمكن اللجوء إليها في حال الإخلال بأحد القواعد المقررة في مجال حماية المعطيات الشخصية (المبحث الثاني).

(1) حزام فتيحة، "الضمانات القانونية لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، دراسة على ضوء القانون رقم 18-07"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 08، العدد 04، جوان 2019، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تمنراست، ص 284.

المبحث الأول:

قواعد حماية المعطيات الشخصية للمستهلك

يحتفظ البنك بحكم الضرورة القانونية والتقنية بقدر كبير من المعلومات المتعلقة بكل مستهلك، كالمعلومات المتعلقة بالهوية (الاسم واللقب)، والمعلومات الفنية المتمثلة في أرقام حسابات الزبائن وبطاقات الدفع الخاصة بهم وأرقامها السرية، أيضا المبالغ المودعة ومبلغ الرصيد في الحساب الجاري وتاريخ استحقاق القروض، وكذلك البيانات المتعلقة بتاريخ المعاملات المنجزة مع الزبائن، بالإضافة إلى المعلومات الأخرى التي تجمعها البنوك في إطار الوقاية من جريمة تبييض الأموال عند تنفيذ التزامها بالاستعلام عن مصادر الأموال ووجهتها⁽¹⁾، وإن هذا الكم الهائل من المعطيات الشخصية والمالية لا يوجد في أي قطاع آخر من قطاعات النشاط، بحيث لا يمكن لأي قطاع أن يستجمع مثل هذه الكتلة المتنوعة من المعطيات.

لا تتضمن نصوص القانون البنكي نظاما خاصا بحماية المعطيات الشخصية لزبائن البنوك والمؤسسات المالية، باستثناء إجراءات الرقابة الداخلية⁽²⁾ التي تستهدف رقابة أنظمة المعلومات على وجه العموم⁽³⁾، إلا أن المخاطر التي تعتري أمن المعطيات الشخصية للمستهلك تستدعي البحث عن قواعد أكثر فعالية، ولأن القانون رقم 07-18 يعتبر الإطار العام في مجال حماية المعطيات الشخصية فإنه سنناقش مدى إمكانية تطبيق أحكامه فيما يتعلق بحقوق المستهلك.

صدر القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية وحدد مجال تطبيقه في نطاق معين، لذلك فإن تمتع المستهلك بالحقوق المقررة بموجب هذا القانون في مواجهة البنك متوقف على الحالات التي تدخل في مجال تطبيق هذا القانون، وقد حدد القانون ذاته مجال تطبيقه في المادة الأولى منه بنصها على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي"، بناء عليه نميز بين النطاق

(1) أنظر: النظام رقم 03-12 مؤرخ في 28 نوفمبر 2012، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، ج ر ج ج عدد 12، مؤرخ في 27 فيفري 2013.

(2) المادة 36 من النظام رقم 08-11 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، المرجع السابق.

(3) على عكس المشرع الجزائري أصدر المشرع الفرنسي أحكاما خاصة بحماية الزبون في خدمات الدفع من خلال تقرير قواعد لحماية بيانات الدفع الحساسة « les données de paiement sensibles » وبيانات الأمن الشخصية

« les données de sécurité personnalisées »، من خلال الأمر رقم 1252-2017.

- Ordonnance n°2017-1252 du 09 aout 2017, portant transposition de la directive 2015/2366 conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, JORF n° 0186 du 10 aout 2017.

الشخصي والذي يتعلق بأطراف الحماية (صاحب الحق والملتزم في مواجهته)، والنطاق الموضوعي الذي يتحدد بالمعطيات التي تشملها الحماية وطبيعة المعالجة التي تستوجب التدخل بتطبيق قواعد الحماية (المطلب الأول).

وضع المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 07-18 مجموعة من الضوابط يتعين احترامها ومراعاتها عند القيام بمعالجة المعطيات الشخصية، الهدف منها حماية المعني الذي ترتبط به هذه المعطيات، من خلال تمكينه من بعض الحقوق التي يمارسها في مواجهة المسؤول عن المعالجة، حتى يتسنى له إدارة هذه المعطيات ومراقبتها من عمليات المعالجة التي يمكن أن تنصب عليها، في المقابل يكون على البنك باعتباره مسؤول عن المعالجة باحترام الإلتزامات المفروضة قانونا في إطار حماية المعطيات الشخصية للمستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

نطاق الحماية المقررة في مجال المعطيات الشخصية

يقصد بنطاق الحماية المجال الذي يمكن فيه إعمال قواعد الحماية المتعلقة بالمعطيات، فالمعروف أن المشرع يتدخل بمنح حقوق إضافية في الحالات التي تتضمن مخاطر من نوع خاص، أو التي تمس بفئة هشة وضعيفة والتي غالبا ما تتعرض للاعتداء والإضرار بمصالحها، وهو المنطق ذاته الذي اعتمده المشرع من خلال القانون رقم 07-18، حيث حدد النطاق الشخصي والموضوعي الذي تشمله الحماية المقررة بموجب نصوصه، لا سيما فيما يخص الحقوق المكفولة لصاحب المعطيات الشخصية.

يشمل النطاق الشخصي الأطراف التي تسري في مواجهتهم قواعد القانون، سواء بالنسبة لصاحب الحق والذي يطلق عليه المشرع اسم المعني بالمعالجة، أو الطرف المقابل الذي يمارس الحق في مواجهته وهو المسؤول عن المعالجة (الفرع الأول).

كما يستدعي إقرار الحقوق للمعني تحديد طبيعة المعطيات المقصودة من الحماية، وكذلك أنواع المعالجة التي تخضع لها هذه المعطيات والتي تستدعي التدخل بقواعد الحماية، وهاذين العنصرين هما الذين يشكلان النطاق الموضوعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النطاق الشخصي للحماية المقررة في مجال المعطيات الشخصية

إن إفادة المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية في علاقته بالبنك من الحقوق المقررة بموجب القانون رقم 07-18 متوقف على استجماع الطرفين لوصفي "المعني بالمعالجة" و"المسؤول عن المعالجة" بالمعنى الذي جاء به هذا القانون.

أولاً: المعني بالمعالجة

عرّفه المشرع بموجب قانون حماية المعطيات الشخصية بأنه كل شخص طبيعي تكون المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به موضوع المعالجة⁽¹⁾، وفي ذلك استبعاد صريح من قبل المشرع للشخص المعنوي⁽²⁾، فلا تتمتع الشركات ولا الجمعيات مهما كانت طبيعتها ونوع النشاط الذي تمارسه من الحقوق المقررة في حالة معالجة المعطيات الخاصة بها، لذلك فهذه الحماية لا تشمل زبائن البنك من غير الأشخاص الطبيعيين.

اعتمد المشرع الجزائري في تعريفه للشخص المعني بالمعالجة على صفتين أساسيتين، أولهما أن يكون شخصا طبيعيا، وهذه الصفة تشكل معيارا أساسيا اعتمده المشرع في إصدار القانون رقم 07-18، حيث اعتمده في تحديده لموضوع النص "يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين"، واستبعاده الأشخاص الاعتبارية من نطاق الحماية يرجع إلى أن مفهوم المعطيات الشخصية - كما سوف يتم بيانه لاحقا - أغلبها مرتبط بصفات تتعلق بالأشخاص الطبيعية دون الاعتبارية، كالهوية البدنية والفيزيولوجية...

يتم التعرف على الشخص المعني بشكل مباشر أو غير مباشر، إذ يمكن أن يظهر اسمه مباشرة على الملف، كما يمكن التعرف عليه من خلال معلومات تسمح بتحديد هويته كرقم الهاتف والصورة كذلك بصمة الأصبع، أو أي معلومة أخرى تتيح التحقق من المعني بحيث لا يشترك فيها مع شخص آخر⁽³⁾.

(1) المادة 03 الفقرة 02 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات الشخصية.

(2) تُعرف المادة 49 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، والمعدل والمتمم، الشخص الاعتباري كما يلي:

"الأشخاص الاعتباري هي:

- الدولة، الولاية، البلدية،
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،
- الشركات المدنية والتجارية،
- الجمعيات والمؤسسات،

- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".

(3) "Les données à caractère personnel", les fiches pratiques TIC, CCI Alps, article disponible sur le site : www.digne.cci.fr

الشخص المعني بالمعالجة هو وحده الذي تثبت له الحقوق المقررة بموجب القانون في مواجهة المسؤول عن المعالجة، أما إذا كان المعني عديم أو ناقص الأهلية فينبوب عنه ممثله الشرعي وفق الأحكام المطبقة في القواعد العامة⁽¹⁾.

ثانياً: المسؤول عن المعالجة

يعرف القانون رقم 18-07 الشخص المسؤول عن المعالجة بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص أو أي كيان آخر يقوم بمفرده أو بالاشتراك مع الغير بتحديد الغايات من معالجة المعطيات ووسائلها، وهذا التعريف مستمد حرفياً من نص المادة 04 من التنظيم العام لحماية المعطيات الصادرة عن المجلس الأوروبي رقم 2016/67 (UE)⁽²⁾، هذه الأخيرة تضيف أنه عندما يتم تعيين هذه الأغراض أو تحديد المسؤول بموجب قانون اتحادي أو قانون دولة عضو فإنه يتم تطبيق هذا النص.

بصدور التنظيم 2016/67 (UE) تمّ تعديل المادة 03 من القانون رقم 17-78 المتعلق بالمعلوماتية والحريات بموجب القانون رقم 2004-801⁽³⁾، حيث جاء النص على أن: "المسؤول عن معالجة البيانات الشخصية؛ ما لم يتم تحديده صراحة من خلال الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بهذه المعالجة صراحة، هو الشخص أو السلطة العامة أو الخدمة أو الهيئة التي تحدد أغراض المعالجة ووسائلها"، حيث يعطي المشرع الفرنسي الأولوية في تحديد المسؤول عن المعالجة إلى تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بموضوع المعالجة، فإن لم يوجد نص يطبق القاضي المعيار المحدد في التعريف السالف الذكر.

إن ارتباط المسؤول بالمعالجة بمجموعة من الالتزامات التي يترتب على الإخلال بها ومخالفتها مسؤوليته المدنية وحتى الجزائية، يجعل الأفضلية للنص الأوروبي والفرنسي الذي يقرر

⁽¹⁾ تحدد أحكام النيابة الشرعية المواد من 81 إلى 125 من القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24، الصادر في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج عدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005.

⁽²⁾ L'article 04 alinéa 07 de règlement (UE) 2016/679 dispose: « Responsable du traitement: la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement... ».

⁽³⁾ Loi n° 78-17 du 06 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF DU 07 JANVIER 1978, modifiée par Loi n° 2004-801 du 6 août 2004, relative à protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, JORF n° 182 du 07 août 2004. Et la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018, relative à la protection des données personnelles, JORF n° 0141 du 21 juin 2018.

تحديد المسؤول بحسب ما تتضمنه النصوص القانونية المطبقة، وكان الأجدد بالمشروع الجزائري أن يستكمل التعريف الوارد بنفس النهج المقرر في النصوص التي اعتمد عليها في وضع التعريف.

يشير المشروع في تعريفه للمسؤول عن المعالجة إلى إمكانية قيام المسؤولية المشتركة التي تقوم في حالة قيام اثنان أو أكثر من المتحكمين بشكل مشترك بتعيين أغراض ووسائل المعالجة، ويحدد التقرير التوضيحي بشأن اللائحة الأوروبية الملغاة رقم 95/46/CE⁽¹⁾ على أن المسؤولية المشتركة يمكن أن تتخذ أشكالاً مختلفة، فإذا كانت هذه الجهات تتحكم في أنشطة المعالجة بشكل غير متكافئ فإن على المسؤولين المشتركين تحديد نطاق مسؤولية كل واحد منهم في تنفيذ الالتزامات الواردة في التوجيه الأوروبي في اتفاق خاص⁽²⁾، فإذا كان المسؤولين مشتركين في تنفيذ المعالجة تقوم مسؤوليتهم التضامنية، أي أنّ كل معالج مسؤول عن كامل الضرر الناجم عن المعالجة، ومثل هذا الحكم من شأنه ضمان تعويض كاف وفعال للمعني بالمعالجة⁽³⁾.

قد يستعين المسؤول عن المعالجة بطرف آخر يتولى تنفيذ هذه المعالجة لحسابه ويسمى المعالج من الباطن، وقد تضمنت المادة 03 من القانون رقم 07-18 تعريفاً يحدد مفهوم المعالج من الباطن وهو "كل شخص طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص أو أي كيان آخر يعالج معطيات ذات طابع شخصي لحساب المسؤول عن المعالجة"⁽⁴⁾، ويرتبط المعالج من الباطن مع

(1) Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, op.cit.

(2) Groupe de travail « Article 29 » (2010), Avis 1/2010 sur les notions de « Responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, Bruxelles, 16 février 2010, p19. Disponible sur le site : ec.europa.eu › documentation › files › 2010 › wp169_fr

(3) في قضية مماثلة تتعلق بشركة «SWIFT» استخدمت البنوك الأوروبية هذه الشركة معالج من الباطن لإجراء عمليات نقل البيانات فيما يتعلق بالمعاملات المصرفية، وكشفت «SWIFT» هذه البيانات المصرفية المحفوظة في قاعدة البيانات المركزية المتواجدة في الولايات المتحدة إلى الخزينة الأمريكية دون تلقي تعليمات صريحة من المؤسسات المصرفية الأوروبية، وعند فحص مدى شرعية هذا الوضع توصل فريق العمل على المادة 29 من التوجيه الأوروبي 95/46/CE إلى أن البنوك وشركة «SWIFT» يجب اعتبارهما مسؤولين عن المعالجة مشتركين، لأجل ذلك فهوم مسؤولين في مواجهة العملاء عن الكشف على بياناتهم للسلطات الأمريكية.

- Groupe de travail « Article 29 » (2006), Avis 10/2006 sur « Le traitement des données à caractère personnel par la société de télécommunications interbancaires mondiales (SWIFT) », WP 128, Bruxelles, 22 novembre 2006. Disponible sur le site : ec.europa.eu › documentation › files › 2006 › wp128_fr

(4) هذا التعريف أوردته أيضاً المادة 04 الفقرة 08 من التنظيم الأوروبي المتعلق بحماية المعطيات (UE) 2016/679 (RGPD2).

المسؤول عن المعالجة بموجب علاقة قانونية مصدرها العقد أو أي سند قانوني آخر⁽¹⁾، والذي يحدد موضوع المعالجة وطبيعتها ومدتها والغرض منها، وكذلك نوع المعطيات وفئات الأشخاص المعنيين بهذه المعطيات، بالإضافة إلى حقوق والتزامات المسؤول عن المعالجة⁽²⁾، وإن تنظيم العلاقة القانونية بين المسؤول عن المعالجة والمعالج من الباطن بموجب عقد أو سند آخر؛ يعتبر التزام قانوني على عاتق المسؤول يعاقب على عدم احترامه بموجب المادة 65 من القانون رقم 07-18⁽³⁾.

قد لا يتضمن العقد المبرم بين المسؤول عن المعالجة والطرف الآخر الذي يساعده في تنفيذها ما يدل بوضوح على صفة هذا الطرف، هل هو مسؤول مشترك أم مجرد معالج من الباطن؟ والمعيار المعتمد لتقدير ذلك هو أن المعالج من الباطن لا يمكنه معالجة المعطيات الشخصية إلا بناء على تعليمات من المسؤول، وحتى في الحالات التي يتم فيها تفويض سلطة تحديد وسائل المعالجة إلى المعالج من الباطن، فإنه يتعين أن يكون المسؤول عن المعالجة قادراً على التأثير بشكل مباشر على قرارات المعالج من الباطن المتعلقة بطرق المعالجة⁽⁴⁾، فإذا كان المعالج قادراً على اتخاذ قراره فيما تعلق بمباشرة عمليات المعالجة فيعتبر معالج مشترك، ويُعامل على أنه مسؤول عن المعالج.

يعتبر مزود خدمات الإنترنت الذي يقدم خدمة استضافة البيانات من حيث المبدأ متعاقد من الباطن بالنسبة لتعامله في المعطيات الشخصية التي ينشرها زبائنه على الأنترنت، والذي يلجؤون إلى خدماته كمضيف وكمسؤول عن صيانة مواقعهم⁽⁵⁾، لكن الأمر يختلف في حالة قيام مزود الخدمات بمعالجة المعطيات الشخصية لأغراض خاصة به يحددها هو، وفي هذه الحالة يتخلف شرط الخاص بأن يعمل المعالج من الباطن لمصلحة المعني ووفق تعليماته.

(1) المادة 39 الفقرة 02 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) L'article 28 de (UE) 2016/679 (RGPD2), op.cit.

(3) تنص المادة 65 الفقرة 01 من القانون 07-18 على أنه: "دون الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، يعاقب بغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج المسؤول عن المعالجة الذي يخرق الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 38 و 39 من هذا القانون".

(4) GIAKOUMPOPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, Manuel de droit européen en matière de protection des données, OPUe, Luxembourg, 2019, p 124.

(5) منى الأشقر جبور، محمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية: الهم الأمني وحقوق الأفراد، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، بيروت، 2018، ص 116.

طبيعة العلاقة بين المسؤول عن المعالجة والمعالج من الباطن لا تتأثر بالقوة الاقتصادية لهذا الأخير، فحتى ولو كان المعالج من الباطن شركة كبيرة لها القدرة على فرض شروط خدماتها، إلا أنه يجب الحفاظ -من خلال العقد المبرم بينهما- على فكرة سيطرة المسؤول على عملية المعالجة التي تتم بناء على تعليماته⁽¹⁾.

يكون المسؤول عن المعالجة وحده المسؤول في مواجهة المعني عن الأضرار التي تلحقه المعني بالمعالجة، كما يقع على عاتقه مسؤولية مراقبة المعالج من الباطن فيما يتعلق باحترام هذا الأخير لإجراءات السلامة، غير أن هذا لا ينفي المسؤولية المدنية للمعالج من الباطن في مواجهة المسؤول بناء على العقد المبرم بينهما⁽²⁾.

الفرع الثاني: النطاق الموضوعي للحماية المقررة للمعطيات الشخصية

تُعد معالجة المعطيات الشخصية من أكثر العمليات التي تهدد أمنها، لذا تشكل هذه العملية مسألة محورية بالنسبة للتشريعات المعنية بحماية هذه المعطيات، لذلك فقبل الوقوف على أوجه الحماية المقررة لهذه المعطيات لا بد من تحديد طبيعة البيانات المشمولة بالحماية، وأوجه المعالجة التي تستدعي التدخل بالقواعد القانونية اللازمة.

أولاً: من حيث طبيعة المعطيات محل المعالجة

تقتصر الحماية المقررة بموجب القانون رقم 07-18 على البيانات ذات الطابع الشخصي، والتي تعرفها المادة 03 منه في فقرتها الأولى: "المعطيات ذات الطابع الشخصي: كل معلومة بغض النظر عن دعامتها متعلقة بشخص معرف أو قابل للتعرف عليه مشار إليه أدناه "الشخص المعني" بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لا سيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية"، وهو ذاته التعريف الذي اعتمدته التنظيم الأوروبي رقم (UE) 2016/679⁽³⁾.

(1) GIAKOU MOPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, op.cit, p 125.

(2) FENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre et HASS Gérard, Internet et protection des données personnelles, édition Litec, Paris, 2000, p 24.

(3) Article 04 alinéa 01 de (UE) 2016/679, dispose: « données à caractère personnel », toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée »); est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

أما المشرع الفرنسي فقد عرف المعطيات ذات الطابع الشخصي في المادة 02 الفقرة 02 من القانون رقم 78-17⁽¹⁾ بأنها "كل معلومة تتعلق بشخص طبيعي هويته محددة أو من الممكن تحديد هويته بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بالرجوع إلى رقم التعريف الشخصي أو إلى عنصر أو أكثر خاص به"⁽²⁾، والملاحظ أن المشرع الفرنسي كان أكثر إيجازاً في تحديد العناصر التي تمكن من التعرف على الشخص المعني، بحيث تكون المعطيات الشخصية مرتبطة به.

لم تتضمن التعريفات التشريعية المقدمة للمعطيات الشخصية تحديداً واضحاً لأنواع المعطيات التي تعتبر شخصية، واعتمد معياراً أساسياً هو الفاصل في اعتبار المعطيات شخصية يتمثل في ارتباطها بشخص معرف أو قابل للتعريف بحيث يمكن تمييزه عن الآخرين، فهي التي يمكن عن طريقها الاستدلال على هوية الشخص، سواء صرحت تلك المعطيات بهويته (كاسمه مثلاً)، أو احتوت على بيانات يمكن عن طريقها تحديد هوية الشخص بطريق غير مباشر كرقم الهاتف أو رقم الضمان الاجتماعي أو رقم تسجيل السيارة، كما يمكن أيضاً استخدام المعرفات كملفات الكمبيوتر وملفات تعريف الارتباط لاستهداف الأفراد من خلال تحديد سلوكهم وعاداتهم⁽³⁾، فتعتبر المعطيات شخصية بغض النظر عن الوسيط المعتمد في تخزينها أو استخدامها، فقد تكون مخزنة في قاعدة بيانات مكتوبة أو كتاب أو وسيط إلكتروني⁽⁴⁾.

إن اعتماد معيار اتصال المعطيات بالشخص المعني أثار جدلاً فقهيًا حول مدى إمكانية تقرير حق ملكية المعني للمعطيات الشخصية؟

في الواقع لا يوجد تكريس قانوني لحق الملكية على المعطيات الشخصية، بالرغم من أنه قد تم في هذا الشأن تقديم اقتراح تنظيم أوروبي متعلق بالتدفق الحر للمعطيات غير الشخصية والذي قدم إلى المفوضية الأوروبية في سبتمبر 2017⁽⁵⁾، غير أن المشرع الأوروبي لم يصدر نصاً صريحاً يقضي بملكية المعطيات الشخصية لصاحبها، وبالرغم من بعض الدراسات الفقهية

⁽¹⁾ Article 02 alinéa 02 de la loi 78-17 modifiée, dispose : « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres ».

⁽²⁾ ألغى المشرع الفرنسي التعريف الوارد في المادة 02 من القانون رقم 78-17 بموجب المرسوم رقم 1125-18، المرجع السابق.

⁽³⁾ Groupe de travail « Article 29 », Avis 4/2007 sur « Le concept de données à caractère personnel », WP 136, 20 juin 2007, p 15.

⁽⁴⁾ مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 76.

⁽⁵⁾ GRIGUER Merav, « La propriété des données à caractère personnel », **Banque et Droit**, hors-série, septembre 2018, p 27.

التي حاولت البناء لهذه الفكرة من خلال بعض النظريات، منها نظرية الأصول غير المادية حيث يمكن بيعها واستغلالها كما هو الحال بالنسبة للأصول المادية⁽¹⁾.

إلا أن نظام الملكية في القانون المدني لا يتلاءم البتة مع الخصائص الفنية للمعطيات الشخصية المعالجة بطريقة آلية (غير مادية، سهولة النقل والتعديل وحتى التحريف...)، وهو ما يجعل من الصعب ممارسة حق الملكية بكل عناصره، ضف إلى ذلك الحالات الكثيرة التي يسمح فيها باستغلال المعطيات الشخصية دون حاجة لموافقة المعني (كحالات مكافحة الجرائم)⁽²⁾، لذلك يستوجب البحث على نظام آخر يُمكن من رسم حدود سيطرة المعني على معطياته الشخصية ويُبرر الحقوق الممنوحة له في هذا الإطار.

اعتمد المشرع الجزائري المفهوم الواسع في تعريفه للمعطيات الشخصية، فهي لا تتضمن بيانات التعريف من اسم ولقب فقط، بل تمتد إلى أي معلومة يمكن من خلالها الاستدلال على هوية صاحبها وتمييزه عن غيره، فتعتبر من قبيل المعطيات الشخصية تاريخ ميلاد الشخص ووظيفته أو مهنته وعنوان البريد العادي الخاص به، وكذلك رقم الفاكس الخاص به ورقم بطاقة الدفع، وهويات الشخص وما يتعلق بسلوكه وبوضعه المعالي وعلاقاته الأسرية⁽³⁾.

بهذا المعنى يمكن تصنيف "معرف الدفع الفريد" على أنه من قبيل المعطيات الشخصية، والذي تعرفه المادة 3 في الفقرة 33 منها من التوجيه الأوروبي 2015/2366 (UE) بأنه مجموعة الأحرف أو الأرقام أو الرموز المقدمة لمستخدم الدفع بواسطة مزود خدمة الدفع، والتي يجب على مستخدم الدفع توفيرها للتمكن من تحديد هوية المستخدم بشكل مؤكد، بحيث يمكن تمييزه عن مستخدم آخر وحساب الدفع الخاص به⁽⁴⁾، ويلتزم مقدم خدمات الدفع بتوفيره للمستخدم لتمكينه من بدء وتنفيذ أوامر الدفع بشكل صحيح⁽⁵⁾.

بروتوكول الأنترنت (IP address) وهو رقم التعريف بالجهاز المتصل بشبكة ما، ويستطيع مقدم خدمة الأنترنت (ISP) تحديد عنوان بروتوكول الأنترنت عن طريق اسم التعريف الخاص بكل مستخدم، ويعتبر من البيانات الشخصية وذلك إذا ارتبطت بشخص معرف أو قابل للتعريف، لكن

⁽¹⁾ GRIGUER Merav, op.cit, p 28.

⁽²⁾ EYNARD Jessica, Les données personnelles, quelle définition pour régime de protection efficace ?, Michalon éditeur, Paris, 2013, p 43.

⁽³⁾ سامح عبد الواحد التهامي، "ضوابط معالجة البيانات الشخصية (دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الكويتي)"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد 09، مارس 2015، ص 403.

⁽⁴⁾ أورد المشرع الفرنسي هذا التعريف بموجب المادة L133-4 الفقرة "b" من القانون النقدي والمالي الفرنسي.

⁽⁵⁾ Article 45 de directive (UE) 2015/2366, op.cit.

يمكن أن يكون عنوان بروتوكول الأنترنت بيانا شخصيا لأكثر من شخص في الوقت، ذاته إذا كان الجهاز صاحب العنوان يستخدم بواسطة أكثر من شخص⁽¹⁾.

كما أشار القانون النقدي والمالي الفرنسي إلى فئتين جديدتين من المعطيات التي تعتبر شخصية بطبيعتها، تتعلق الفئة الأولى "بيانات الأمان الشخصية" وتعرف بأنها البيانات الشخصية المقدمة لمستخدم خدمة الدفع من قبل مزود خدمة الدفع لأغراض المصادقة⁽²⁾، حيث يلتزم مقدم خدمة الدفع المتمثل في البنك بتأمين وضمان سلامات هذه البيانات.

أما الفئة الثانية فتتمثل في "بيانات الدفع الحساسة"، وهي وفق المادة 04 البند 33 من التوجيه الأوروبي 2015/2366 (UE) المتعلقة بخدمات الدفع في السوق الداخلية، "تلك البيانات التي يمكن استخدامها لارتكاب الاحتيال، والمتعلقة بنشاط مزودي خدمات بدء الدفع ومقدمي خدمات معلومات الحساب، غير أنه تخرج من نطاق المعطيات الحساسة اسم صاحب الحساب ورقم الحساب"⁽³⁾.

تعامل بيانات الدفع الحساسة معاملة خاصة حيث تلتزم البنوك بتزويد سلطة الرقابة الاحترازية⁽⁴⁾ بتقرير حول عمليات تسجيل ومراقبة وتقييد الوصول إلى بيانات الدفع الحساسة وتتبعها، بالإضافة إلى تقرير حول تدابير التحكم في المخاطر الأمنية والتخفيف منها بما في ذلك الاستخدام غير المشروع للبيانات الحساسة⁽⁵⁾، وجعل المشرع الأوروبي من توفر هذه الإجراءات الأمنية شرطا أساسيا لحصول هذه المؤسسات على الترخيص من قبل السلطة لممارسة نشاطها⁽⁶⁾،

(1) ماروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 99.

(2) Article 04 alinéa 31 de directive (UE) 2015/2366 du 25 novembre 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant le directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE, JOUE L.337/35 du 23 décembre 2015.

(3) BANCK Aurélie, «Données personnelles : difficile articulation des dispositions de la directive sur les services de paiement 2 et du règlement général sur la protection des données », RDBF n°1, Janvier-février 2018, p 16,

(4) سلطة الرقابة الاحترازية (ACP) هي سلطة إدارية مستقلة تابعة لبنك فرنسا، أنشأت في أعقاب الأزمة المالية الأخيرة بموجب الأمر رقم 2010-76:

- Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, JORF n°0018 du 22 janvier 2010.

نتجت هذه السلطة عن دمج بين لجنة شركات التأمين CEA ولجنة مؤسسات القرض وشركات الاستثمار CECEI ولجنة البنوك وهيئة رقابة التأمين والصناديق المشتركة ACAM، وتتمثل مهمتها وفقا للمادة (L612-1, II.3) من القانون النقدي والمالي الفرنسي في ضمان الحفاظ على الاستقرار المالي وحماية زبائن البنوك والمستفيدين من عقود التأمين، فهي تسهر على ضمان احترام الأطراف الخاضعة لرقابتها للقواعد المقررة لحماية الزبائن وقواعد حسن سير المهنة.

(5) LLP Kramer Levin, op.cit, p 64.

نشاطها⁽¹⁾، كما يمنع أن يُطلب من المستهلك بيانات دفع حساسة مرتبطة بحسابات الدفع، وكذلك العمليات التي يكون الهدف منها حفظه هذه البيانات⁽²⁾.

أشار القانون 07-18 إلى فئة المعطيات الحساسة باعتبارها معطيات ذات طابع شخصي تبين الأصل العرقي أو الإثني أو الآراء السياسية أو القناعات الدينية أو الفلسفية أو الانتماء النقابي للشخص المعني أو تكون متعلقة بصحته بما فيها معطياته الجينية⁽³⁾، ومنع معالجتها بأي صورة كانت إلا في حالات استثنائية بترخيص من السلطة الوطنية أو موافقة من المعني⁽⁴⁾.

ثانيا: من حيث نوع المعالجة

إن قواعد حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات الشخصية مرتبطة بمعالجة هذه المعطيات في جميع مراحلها، ويقصد بالمعالجة كل عملية أو مجموعة عمليات منجزة بطرق أو بوسائل آلية أو بدونها على معطيات ذات طابع شخصي، مثل الجمع أو التسجيل أو التنظيم أو الحفظ أو الملاءمة أو التغيير أو الاستخراج أو الاطلاع أو الاستعمال، أو الإيصال عن طريق الإرسال أو النشر أو أي شكل آخر من أشكال الاتاحة أو التقريب أو الربط البيئي، وكذا الإغلاق أو التشفير أو المسح أو الاتلاف⁽⁵⁾.

تجدر الإشارة إلى أن العمليات الواردة في التعريف السابق لا يعتبر حصرا لعمليات المعالجة وإنما هي أمثلة لأشهر الإجراءات التي تتعلق بالمعطيات الشخصية، فالمعالجة تتضمن أي إجراء يتعلق بهذه المعطيات أيا كانت الطريقة التي استخدمت فيه⁽⁶⁾، كما أنه ليس من الضروري أن يترتب عن المعالجة تحويل أو تغيير في شكل المعلومة، فالمعالجة تعتبر متحققة ولو احتفظت المعلومة التي خضعت للمعالجة بشكلها الأصلي، ويتضح ذلك من خلال اعتبار التجميع أو الحفظ من بين العمليات التي تعد معالجة للمعطيات ذات الطابع الشخصي، وأمام هذا

⁽¹⁾ Article D314-2 para 07 de code monétaire et financière Français, op.cit.

⁽²⁾ Article L133-40, II, 5° Ne du code monétaire et financière Français.

⁽³⁾ المادة 03 الفقرة 06 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

⁽⁴⁾ المادة 18 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

⁽⁵⁾ المادة 03 الفقرة 03 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

⁽⁶⁾ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 10.

الاتساع في تحديد عمليات المعالجة نستنتج أن المعالجة هي كل عملية تجري على المعطيات الشخصية لها سبب وغاية محددة، ويمكن أن تحمل اعتداء على حقوق وحریات الأشخاص⁽¹⁾.

تمتد الحماية المقررة بموجب القانون رقم 07-18 مهما كانت الوسيلة المستخدمة في المعالجة، وهي بذلك تشمل المعالجة اليدوية والمعالجة الآلية، وتتمثل المعالجة اليدوية في كل نظام أرشفة يدوي أو ملف ورقي منظم بشكل خاص، ونظام الأرشفة المنظم هو نظام يصنف مجموعة من البيانات الشخصية ويسهل الوصول إليها وفقا لمعايير معينة⁽²⁾، كما تعرف بأنها عملية تنظيم وحفظ المعطيات الشخصية في ملفات عادية أو أوعية ورقية⁽³⁾.

تكون المعالجة آلية إذا تمت العمليات المنجزة كليا أو جزئيا بواسطة طرق آلية مثل تسجيل المعطيات كليا أو جزئيا آليا، مثل تسجيل المعطيات وتطبيق عمليات منطقية و/أو حسابية على هذه المعطيات أو تغييرها أو مسحها أو استخراجها أو نشرها⁽⁴⁾.

ثار التساؤل حول مدى اعتبار البريد الإلكتروني من قبيل المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية؟ حيث يتم من خلال البريد الإلكتروني تبادل الرسائل الإلكترونية والملفات والرسوم والصور والبرامج وغيرها، التي يقوم صاحبها بإرسالها إلى شخص أو أكثر وذلك باستعمال عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه بدلا من عنوان البريد التقليدي⁽⁵⁾، إذ تحتوي رسائل البريد الإلكتروني الإلكتروني على العديد من المعلومات، فبالإضافة إلى المعلومات الشخصية المتعلقة بالاسم واللقب وعنوان البريد الإلكتروني، هناك معلومات أخرى متعلقة بمحتوى الرسالة، غير أن الفقه يرى أنه من غير المناسبة اعتبار جميع رسائل البريد الإلكتروني ضمن مجال الحماية المقررة بموجب القانون المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، واقتصار المعالجة عن طريق البريد الإلكتروني الموجه لأغراض مهنية أو تجارية⁽⁶⁾.

(1) جدي صبرينة، "حماية المعطيات الشخصية في قانون 07-18، تعزيز للثقة بالإدارة الإلكترونية وضمان لفعاليتها"، مداخلة ملقاة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول النظام العام القانوني للمرفق العام الإلكتروني: واقع-تحديات-أفاق، المنعقد يومي 26 و 27 نوفمبر 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف- المسيلة، ص 03.

(2) جدي صبرينة، المرجع السابق، ص 03.

(3) GIAKOUMOPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, op.cit, p 113.

(4) المادة 03 الفقرة 05 من القانون رقم 07-18،

(5) مصطفى محمد موسى، المراقبة الإلكترونية عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص 212.

(6) ANDRIEU Eric, « Internet et la protection des données personnelles », LEGI.COM, n° 21-22, Janvier, février 2000, p162.

تُستثنى من نطاق الحماية المقررة بموجب القانون رقم 18-07 بعض عمليات المعالجة تتمثل في عمليات التخزين أو التنظيم أو الاسترجاع لغايات وأغراض شخصية أو عائلية، وكذلك عمليات المعالجة التي تتم لفائدة الدفاع الوطني والأمن الداخلي أو الخارجي للدولة⁽¹⁾، فلا تشكل المعالجة التي يجريها الفرد لممارسة أنشطة شخصية أو منزلية أية خطورة مادامت مخصصة للاستعمال الشخصي، فمجال استخدامها محدد وعدد المطلعين عليها محدود، ما دعى إلى استثنائها في أغلب التشريعات⁽²⁾.

تُستثنى كذلك عمليات المعالجة التي تتم لفائدة الدفاع الوطني، والأمن الداخلي أو الخارجي للدولة والمتعلق بمعطيات شخصية يكون الحصول عليها ومعالجتها يرتبطان بالمصالح العليا للدولة؛ وكذا تلك المعطيات التي تم الحصول عليه أو تمت معالجتها لأغراض الوقاية من الجريمة أو بمناسبة متابعة مرتكبي الجريمة والتحقيق فيها، والمعطيات أو البيانات القضائية المتعلقة بالجرائم، والعقوبات وتدابير الأمن الواردة في قواعد المعطيات القضائية، والتي لا يمكن أن تخضع للمعالجة إلا من قبل السلطة القضائية والسلطات العمومية المختصة، وفي هذه الحالة يغلب المشرع المصلحة العامة على المصلحة الخاصة⁽³⁾.

المطلب الثاني:

ضوابط معالجة المعطيات الشخصية للمستهلك

إن المعطيات الشخصية للمستهلك المتعامل مع البنك محمية بواجب السرية المصرفية المفروضة على موظفي البنك⁽⁴⁾، إلا أن حساسية البيانات المعالجة من قبل البنوك والمتعلقة بالأفراد تفرض إحاطتها بقدر أكبر من الحماية يتعدى مجرد الالتزام بحفظ السر المهني، بحيث يمكن أن تستفيد من الحماية المقررة بموجب القانون رقم 18-07 السالف الذكر في النطاق الذي صدر فيه، والذي تضمنت مجموعة من المبادئ التي تقضي بأن تتم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي مهما كان مصدرها أو شكلها في إطار احترام الكرامة الانسانية والحياة الخاصة

(1) المادة 06 من القانون رقم 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) LUCAS André, DEVEZE Jean et FRAYSSINET Jean, Droit de l'informatique et l'internet, PUF, Paris, 2001, p 92.

(3) جدي صبرينة، المرجع السابق، ص 04.

(4) المادة 117 من الأمر رقم 03-11، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم.

والحريات العامة وألا تمس بحقوق الأشخاص وشرفهم وسمعتهم⁽¹⁾، ولتحقيق هذه الغاية أقر المشرع للشخص لطبيعي المعني بالمعالجة مجموعة من الحقوق تمنح له الفرصة لمراقبة عملية المعالجة المتعلقة بمعطياته الشخصية في جميع مراحلها (الفرع الأول).

كما أن تحقيق الأمن التام للمستهلك فيما يتعلق باستخدام معطياتهم الشخصية يتطلب إلى جانب الحقوق الممنوحة لهم، أن يخضع البنك كمسؤول عن المعالجة للامتثال للعديد من الالتزامات تحت طائلة العقوبات الجزائية، بهدف إضفاء الطابع الأخلاقي على عمليات معالجات المعطيات الشخصية، خاصة في الحالات التي تتم بطريقة آلية عبر الأنترنت لأنه يسمح بتدفق عدد كبير من البيانات وبسرعة فائقة، وهو ما يجعل المسؤول عن المعالجة ملتزم بمراعاة الشفافية والنزاهة في معالجة هذه المعطيات، كما يتعين عليه في حالات معينة الحصول على الموافقة المسبقة للمعني، أو الحصول على تصريح أو ترخيص بحسب الأحوال من سلطة الضبط التي أنشأت لغرض حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحقوق المقررة للمستهلك المعني بالمعالجة

يتجلى الهدف من إقرار حقوق للمعني بالمعالجة في تمكينه من السيطرة على معطياته الشخصية ومراقبة عمليات معالجة المعطيات في جميع مراحلها، وذلك بغرض تقليص الاختلال في ميزان القوة بين المسؤول عن المعالجة والذي يملك القدرة على معالجتها والسيطرة عليها وصاحب المعطيات، وبالرجوع للقانون رقم 07-18 فإنه يتقرر للشخص المعني الحق في الإعلام المسبق قبل البدء في تجميع معطياته الشخصية، بإعلامه بجميع المعلومات الضرورية للتعرف على طبيعة المعالجة والغرض منها والمسؤول عنها...، ويمتد هذا الحق إلى الفترة التي تلي معالجة المعطيات الشخصية ويأخذ شكل الحق في الولوج، كما يكون للمعني بالمعالجة الحق في التصحيح والاعتراض ومنع الاستكشاف المباشر (أولاً).

كما يستفيد للمعني في مرحلة المعالجة من أنواع أخرى من الحقوق التي تضمن له مراقبة عملية المعالجة في جميع مراحلها، وذلك من خلال تمكينه من الولوج من خلال الحصول على معلومات معينة حول المعالجة والمعطيات التي خضعت لها، مع إمكانية تصحيح هذه المعطيات أو مسحها أو إغلاقها مؤقتاً إذا تمت المعالجة بشكل غير قانوني، كما تتضمن هذه

(1) المادة 02 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

المرحلة حق المعني في الاعتراض على معالجة معطياته الشخصية لأسباب مشروعة أو بسبب استخدام هذه المعطيات لأغراض تجارية (ثانياً).

أولاً: الحقوق المقررة للمعني في المرحلة السابقة على المعالجة

يقتضي مبدأ الشفافية أن تكون أي معالجة للمعطيات الشخصية شفافة فيما يتعلق بالأشخاص الطبيعيين المعنيين، حيث يقرر لهم الحق في الإعلام المسبق بجميع المعلومات المتعلقة بالمعالجة والمعطيات التي تنصب عليها وأي معلومة أخرى إضافية، وكرس المشرع الجزائري الحق في الإعلام في نص المادة 32 من القانون رقم 07-18، كما كرسه التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE) بشأن حماية المعطيات الشخصية من خلال المادتين 10 و 11 منه، وتحدد هذه النصوص القانونية مضمون هذا الحق وكيفيات تنفيذه وكذلك الشروط المرتبطة به.

1- مضمون الحق في الإعلام:

يقتضي الحق في الإعلام أن يتولى المسؤول عن المعالجة إعلام المعني مسبقاً بالمعلومات الضرورية حول المعطيات الشخصية التي يتم جمعها أو استخدامها أو معالجتها بطريقة أخرى، وإبلاغهم بالمخاطر والضمانات والحقوق المرتبطة بالمعالجة، ولا يخضع هذا الحق لشرط تقديم طلب مسبق من المعني، حيث يكون على المسؤول الامتنثال بشكل استباقي إلى إعلام المعني سواء أظهر هذا الأخير اهتماماً بهذه المعلومات أم لا⁽¹⁾، غير أن هذا الحق مرتبط بشرط أساسي تتطلبه المادة 32 من القانون رقم 07-18 يتمثل في جهل المعني بالمعلومات المطلوبة، فإذا كان على علم مسبق بها انتقت الحكمة من تقرير هذا الحق وسقط من ذمة المسؤول عن المعالجة.

كما يسقط الحق في الإعلام في حالات محددة حصراً تتمثل في:

- إذا تعذر إعلام الشخص المعني، ولا سيما في حالة معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي لأغراض إحصائية أو تاريخية أو علمية، ومع ذلك يبقى المسؤول عن المعالجة ملزماً بإشعار السلطة الوطنية باستحالة إعلام الشخص المعني مع تقديم تبرير بسبب الاستحالة.
- إذا تمت المعالجة تطبيقاً لنص قانوني.
- إذا تمت المعالجة حصرياً لأغراض صحفية أو فنية أو أدبية⁽²⁾.

⁽¹⁾ GIAKOUMOPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, op.cit, p 231.

⁽²⁾ المادة 33 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

ليحقق الإعلام الغرض من تقريره وهو ضمان معالجة شفافة ومشروعة للمعطيات الشخصية، فإنه يجب أن يتضمن المعلومات الكافية، والتي تتمثل في:

- هوية المسؤول عن المعالجة، وعند الاقتضاء هوية ممثله،
- أغراض المعالجة،
- كل معلومة إضافية مفيدة، لا سيما المرسل إليه ومدى إلزامية الرد والآثار المترتبة عن ذلك وحقوقه ونقل المعطيات إلى بلد أجنبي.
- أما إذا تمت عملية جمع المعطيات في شبكات مفتوحة فإنه يجب إعلام الشخص المعني بأن المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به يمكن أن تتداول في الشبكات دون ضمانات السلامة، وأنها قد تتعرض للقراءة والاستعمال غير المرخص من طرف الغير⁽¹⁾.

تضيف المادة 10 من التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE) معلومات أخرى تتمثل في:

- فئات المعطيات المعنية؛
- وجود الحق في الوصول إلى المعطيات الشخصية وتصحيحها؛
- معرفة إذا ما كان الإجابة على الأسئلة إلزامية أو اختيارية وكذلك العواقب المحتملة لعدم الإجابة.

في المجال البنكي تُلزم المادة 12 من النظام رقم 01-12⁽²⁾ البنوك والمؤسسات المالية التي أن تعلم زبائنهم بالتصريح والتسجيل على مستوى مركزية المخاطر للقروض التي منحت لهم، ويجب عليها أن توضح على الخصوص الغاية من معالجة هذه البيانات من طرف مركزية المخاطر، وكذا آجال الاحتفاظ بهذه المعطيات.

2- الشروط المتعلقة بالحق في الإعلام:

يُحاط الحق بالإعلام بمجموعة من الشروط التي يجب أن تتحقق عند ممارسته من قبل المستهلك المعني بالمعالجة، يجب توفرها وإلا اعتبر هذا الحق ناقصا وكان البنك المسؤول عن المعالجة مسؤولا عن التنفيذ المعيب لالتزامه بتوفير المعلومات، ومن أبرز هذه الشروط أن يكون مسبقا على عملية المعالجة، بالإضافة إلى شرط الوضوح والكفاية.

⁽¹⁾ المادة 32 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

⁽²⁾ نظام رقم 01-12 مؤرخ في 20 فيفري 2012، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها، ج رج ج عدد 36، الصادر في 13 جوان 2012.

أ- أن يكون الإعلام مسبقا:

إن ممارسة الحق في الإعلام مرتبط زمنيا بالمرحلة السابقة على المعالجة، ويعتبر شرط أن يتم الإعلام مسبقا إلزاميا مهما كانت ظروف المعالجة وكيفياتها، سواء تم تجميع المعطيات لدى المعني أو في شبكات مفتوحة، فإذا لم يتم جمع المعطيات لدى الشخص المعني وتعدّر إعلامه قبل عملية التجميع وجب أن يزود بالمعلومات المنصوص عليها قانونا قبل تسجيل هذه المعطيات أو إرسالها للغير⁽¹⁾.

أما التنظيم الأوروبي العام بشأن حماية المعطيات اعتبر هذه الحالة الأخيرة من المبررات التي تسمح بتأخير الإعلام إلى ما بعد المعالجة، على أن تتم في غضون فترة زمنية معقولة بعد الحصول على المعطيات الشخصية بشرط ألا تزيد عن شهر واحد، وإذا كان من المزمع نقل هذه المعطيات إلى الغير يجب أن يتم الإعلام قبل أن تتم عملية الإرسال⁽²⁾، ويشير التقرير التوضيحي المتعلق باتفاقية 108 على أنه عندما لا يكون الإعلام ممكنا في المرحلة السابقة لمعالجة المعطيات يمكن القيام بذلك في مرحلة لاحقة⁽³⁾.

ب- أن يكون الإعلام واضحا وكافيا:

يتعين على المسؤول عن المعالجة توفير معلومات موجزة وواضحة ومفهومة ويمكن الوصول إليها بسهولة⁽⁴⁾، يجب أن يتم توصيلها كتابيا أو بوسائل أخرى بما في ذلك الطريق الإلكتروني، باستخدام مصطلحات واضحة وبسيطة وسهلة الفهم، كما ويعد الوصول السهل إلى المعطيات أمرا ضروريا من أجل تمكين المعني من ممارسة حقوقه المقررة قانونا، ولا يوجد مانع من تقديم هذه المعلومات شفاهيا إذا طلب ذلك صاحب المعطيات⁽⁵⁾، حيث لا يهم الطريقة التي يتم بها الإعلام ولا الوسيلة المستخدمة، فقط يجب أن يكون بعبارات صريحة وواضحة.

يعتبر استخدام اللغة المستعملة من قبل المستلمين من متطلبات شرط الوضوح، وذهبت مجموعة العمل حول المادة 29 من التنظيم 2016/679 (UE) في رأي صادر عنها بتاريخ

(1) المادة 32 الفقرتين 02 و 03 من القانون رقم 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) Article 14 de règlement (UE) 2016/679, op.cit.

(3) Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel », (convention 108+), décision du comité des ministres, conseil de l'Europe, session 128, du 18 mai 2018. Disponible sur le site : www.rm.coe.int/convention-108-convention-pour-la-protection-des-personnes-a-l-egard-d/16808b3726

(4) GIAKOUMPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, op.cit, p 237.

(5) Article 12 para 08 du règlement (UE) 2015/236, op.cit.

25 نوفمبر 2004⁽¹⁾، إلى فكرة تقديم المعلومات على مستويات متعددة بحسب الفئات المخاطبة، حيث يختلف مستوى ونوع اللغة المستخدمة اعتمادا على ما إذا ما كان المعني بالغاً أو طفلاً، وإذا ما كان من عامة الناس أو خبيراً أكاديمياً، مع السماح للشخص المعني بتحديد مستوى التفصيل الذي يفضل، كل ذلك في سبيل تحقيق نتيجة أساسية وهي تقديم معلومة مفهومة⁽²⁾.

أما شرط كفاية المعلومات فيتطلب أن يتم تقديم المعلومات بمحتوى مناسب لطبيعة المعالجة التي تخضع لها المعطيات وظروفها⁽³⁾، وإن كان المشرع الجزائري وتمثلاً بالمشرع الأوروبي يُميز بوضوح بين المعلومات الأساسية والمعلومات الإضافية التي تختلف بحسب ظروف كل المعالجة، غير أن هذا التمييز لا يمكن تفسيره بأي حال من الأحوال بشكل يبرر التغاضي عن تقديم المعلومات الإضافية بسبب محدودية الوقت أو المكان⁽⁴⁾.

ثانياً: الحقوق المقررة للمعني في المرحلة اللاحقة على المعالجة

يتقرر للمعني بالمعالجة حقوقاً استثنائية وغير تقليدية لم يعرفها نظام قانوني حمائي آخر، تتمثل أساساً في الحق في الولوج، والذي يترتب عليه حقوق أخرى للمعني تتعلق على الخصوص بالحق في التصحيح والحق في الاعتراض.

1- الحق في الولوج:

يعتبر الحق في الولوج امتداداً طبيعياً للحق في الإعلام المسبق، يسمح للمعني بالإطلاع على ما يحدث من إجراءات معالجة تخص معطياته الشخصية، وبالتالي مراقبة مدى احترام المسؤول عن المعالجة للقواعد القانونية المتعلقة بمعالجة البيانات⁽⁵⁾.

يقصد بالحق في الولوج أو الدخول إلى المعطيات هو أن يحصل المعني من المسؤول عن المعالجة تأكيداً بأن معطياته الشخصية قيد المعالجة أم لا، وأغراض المعالجة وفئات المعطيات محل المعالجة، والمرسل إليهم، وكذلك إفادته وفق شكل مفهوم بالمعطيات الخاصة به التي تخضع للمعالجة، وكذا بكل معلومة متاحة حول مصدر المعطيات⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Groupe de travail « Article 29 » (2004), Avis 10/2004 sur les « Dispositions davantage harmonisée en matière d'informations », WP 100, Bruxelles, 25 novembre 2004, p 04.

⁽²⁾ ANDRIEU Eric, op.cit , p 163.

⁽³⁾ BANCK Aurélie, op.cit, p 19.

⁽⁴⁾ Groupe de travail « Article 29 » (2004), Avis 10/2004, op.cit, p 04.

⁽⁵⁾ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 430.

⁽⁶⁾ المادة 34 الفقرة 01 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

يحق للمسؤول عن المعالجة أن يطلب من السلطة الوطنية تحديد آجال الإجابة على طلبات الولوج المشروعة، ويمكنه الاعتراض لدى السلطة الوطنية على الطلبات التعسفية لا سيما من حيث عددها وطابعها المتكرر، على أن يقع على عاتقه إثبات الطابع التعسفي لهذا الطلب⁽¹⁾، ويترتب على ذلك أنه يمكن للبنك أن يرفض طلبات الولوج المقدمة من مستهلكه المعني إذا استطاع إثبات طابعها التعسفي، لذلك فإن ممارسة الحق في الولوج لا يتقرر تلقائيا للمعني إنما يستلزم تقديم طلب من جانبه، وإن الاستجابة لهذا الطلب تتوقف على مدى مشروعيته، هذه الأخيرة تتحقق بمجرد فشل البنك المسؤول عن المعالجة في نفي هذه المشروعية.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع البنكي قد اعترف للزبون المقترض الحق في الإطلاع وبدون تكاليف على المعطيات المسجلة التي تخصه، ويمكنه أيضا ممارسة حق الإطلاع لدى مصالح بنك الجزائر المتواجد في ولاية إقامته، وذلك بموجب المادة 15 الفقرتين 01 و 02 من النظام رقم 01-12 المتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها، أي قبل صدور القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، وتكلف مركزية المخاطر بجمع ومعالجة وحفظ المعلومات حول القروض البنكية وإعادتها إلى المؤسسات المصرحة بعد كل عملية مركزة⁽²⁾.

حدد التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE) كليات تنفيذ طلبات الولوج، حيث يتعين على المسؤول عن المعالجة تزويد المعني بنسخة من المعطيات الشخصية التي تمت معالجتها، على أن يتم إبلاغ المعني بهذه المعلومات بشكل مفهوم⁽³⁾، إذ لا يكفي أن يتضمن الرد على طلبات الولوج الاختصارات التقنية أو المصطلحات المشفرة خاصة في الحالات التي يكون فيها الرد آليا، بل يجب أن يكون مرفقا بشرح لما يتضمنه⁽⁴⁾.

تشير القرارات القضائية الصادرة عن محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي إلى أن قيام المسؤول عن المعالجة بإتلاف أو محو المعلومات المتعلقة بالمعالجة التي أجراها بخصوص المعطيات الشخصية للمعني، لا يمكن أن تكون سببا لإعفائه من المسؤولية عن الاستجابة لطلبات الولوج، إذ لا يمكن تقييد حق الولوج إلى المعطيات الشخصية في حدود فترة زمنية معينة⁽⁵⁾، ومع

(1) المادة 34 الفقرة 02 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) المادة 04 من النظام رقم 01-12، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها.

(3) Article 15 de (UE) 2016/679, op.cit.

(4) LUCAS André, DEVEZE Jean et FRAYSSINET Jean, op.cit, p 102.

(5) CJUE, 3^{ème} chambre, Arrêt du 07 mai 2009, JOUE n° c153/10, du 04 juillet 2009.

ذلك يجب الموازنة بين مصالح المعني بالمعالجة في الاحتفاظ بالمعلومات المتعلقة بالمعالجة لأطول فترة لتمكينه من الحق في الولوج، ومصلحة المسؤول عن المعالج الذي قد يتحمل عبئا ثقيلا ومكلفا بسبب الاحتفاظ بهذه المعلومات لفترة أطول⁽¹⁾.

2- الحق في التصحيح:

يعتبر الحق في التصحيح من الحقوق المترتبة على ممارسة الحق في الولوج وهي مكملة له، فعند إطلاع المعني على أنواع المعالجة التي تمت على معطياته الشخصية وطبيعة المعطيات التي خضعت لهذه المعالجة، قد يكتشف وجود أخطاء في هذه المعطيات، وفي هذه الحالة يُقرر له المشرع الحق في تقديم طلب تصحيح للمسؤول عن المعالجة.

أ- مضمون الحق في التصحيح:

يرتبط الحق في التصحيح ارتباطا مباشرا بالحق في الولوج، إذ أن الهدف الأساسي من تقرير الحق في الولوج هو التأكد من صحة المعطيات محل المعالجة ومدى مشروعية المعالجة في حد ذاتها، فإذا تبين عدم صحة هذه المعطيات بسبب خطأ أو نقص أو غموض، جاز للمعني تقديم طلب تصحيحها، أما إذا كان سبب عدم دقة المعطيات يرجع إلى قدمها في هذه الحالة يقدم طلب بتحيينها، في حين يؤدي عدم مشروعية عملية جمع المعطيات الشخصية إلى إمكانية تقديم طلب بمسحها أو إغلاقها، وقد أقر المشرع الجزائري الحق في التصحيح من خلال المادة 35 من القانون رقم 07-18، وبموجب هذا النص يشمل الحق في التصحيح أربع عمليات تتمثل في التحيين أو التصحيح أو المسح أو الإغلاق⁽²⁾.

أقر المشرع البنكي للزبون المقترض الحق في طلب تصحيح المعطيات المغلوطة المصرح بها لدى مركزية المخاطر، ويتعين على البنوك في حالة تصحيح المعطيات، إرسالها مصححة إلى مركزية المخاطر التي تقوم بدورها بإعلام المؤسسات التي اطلعت على تقرير القرض الخاص بالزبون المعني⁽³⁾.

⁽¹⁾ LUCAS André, DEVEZE Jean et FRAYSSINET Jean, op.cit, p 103.

⁽²⁾ تنص المادة 35 من القانون رقم 07-18 على ما يلي: "يحق للشخص المعني أن يحصل مجانا من المسؤول عن المعالجة على:

أ- تحيين أو تصحيح أو مسح أو إغلاق المعطيات الشخصية التي تكون معالجتها غير مطابقة لهذا القانون بسبب الطابع غير المكتمل أو غير الصحيح لتلك المعطيات على الخصوص، أو لكون معالجتها ممنوعة قانونا....".

⁽³⁾ المادة 15 الفقرتين 02 و 03 من النظام رقم 01-12، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها.

يتضمن إجراء إغلاق المعطيات وقف تشغيلها عن طريق تقييد عمليات المعالجة التي ترد عليها، بحيث يمنع إجراء أي معالجة على هذه المعطيات باستثناء عمليات التخزين، ويمكن إغلاق المعطيات عن طريق نقلها إلى نظام معالجة آخر لحجبها أو منع الوصول إليها⁽¹⁾، ويطبق هذا الإجراء بشكل مؤقت في الفترة اللازمة للتحقق من دقة المعطيات، وأيضا في الحالات التي تكون المعالجة غير مشروعة ولكن يختار المعني عدم محوها وإنما إغلاقها، كما يمكن تقديم طلب بإغلاق المعطيات ذات الطابع الشخصي في الحالة التي لم يعد فيها المسؤول عن المعالجة في حاجة إليها، ولكنها ضرورية بالنسبة للمعني من أجل إقامة الدعاوى أو الدفاع عن الحقوق أمام القضاء⁽²⁾.

يعتبر المحو أكثر تعقيدا من التصحيح لأنه يتضمن مسح لجميع المعطيات محل المعالجة، لذلك فإن المشرع الأوروبي يعامله معاملة خاصة من حيث تقييده بوجوب تقديم تبرير يشرح فيه المعني سبب رغبته في هذا المحو، على أن يستند هذا التبرير لإحدى الأسباب المقررة بموجب المادة 17 من التنظيم الأوروبي 2016/676 (UE)، والتي تضمنت في الفقرة 03 منها الحالات التي يسقط فيها الحق في المحو⁽³⁾.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يميز من حيث الأحكام بين طلبات التصحيح والإقفال والمحو وأدرجها جميعا ضمن حق التصحيح، لذلك لم يتضمن القانون رقم 07-18 تفصيلا لنطاق إعمال كل إجراء على حدة، وهو بذلك يتبع المنهج الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 40 من القانون رقم 78-17 المعدل والمتمم، وهذا على عكس المنهج الذي اعتمده المشرع الأوروبي بموجب التنظيم 2016/679 (UE).

(1) GIAKOUMOPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, op.cit, p 254.

(2) Article 18 de règlement (UE) 2016/679, op.cit.

(3) Article 17 de règlement (UE) 2016/679 dispose : « Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas dans la mesure où ce traitement est nécessaire:

- a) à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information;
- b) pour respecter une obligation légale qui requiert le traitement prévue par le droit de l'Union ou par le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis, ou pour exécuter une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement;
- c) pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, conformément à l'article 9, paragraphe 2, points h) et i), ainsi qu'à l'article 9, paragraphe 3;
- d) à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques conformément à l'article 89, paragraphe 1, dans la mesure où le droit visé au paragraphe 1 est susceptible de rendre impossible ou de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement; ou
- e) à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice ».

ب- الإجراءات المتبعة للممارسة الحق في التصحيح:

يُمنح المسؤول عن المعالجة مهلة عشرة (10) أيام من يوم تلقي الإخطار للقيام بالتصحيحات المطلوبة، ويبدو جليا أن المشرع الجزائري إنما أراد تقييد المسؤول عن المعالجة بمدة محددة لا يمكن تجاوزها لتحقيق حماية فعّالة للمعني، من خلال منع أي تماطل أو تقاعص من جانب المعالج في تنفيذ التصحيحات المطلوبة.

على العكس من ذلك لم يحدد التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE) مهلة معينة يتعين على المسؤول عن المعالجة مراعاتها، واكتفى بإلزامه بتصحيح المعطيات الشخصية غير الدقيقة في أقرب وقت ممكن ودون تأخير غير مبرر⁽¹⁾، ويميل بعض الفقه إلى عدم تقييد المسؤول بالمعالجة بمهلة محددة والاكتفاء بمراقبة مدى استجابته لطلب التصحيح في مدة معقولة⁽²⁾.

يرجع ذلك إلى أن بعض طلبات التصحيح قد تكون بسيطة لا تتعدى مجرد التصحيح الهجائي للاسم واللقب وتصحيح الأخطاء المطبعية المتعلقة بأرقام الهواتف⁽³⁾، وفي هذه الحالة لا يحتاج المسؤول عن المعالجة إلى اتخاذ إجراءات معقدة وبالتالي لا يتطلب التصحيح مدة زمنية طويلة، لكن هناك طلبات تصحيح تتعلق بمسائل قانونية معقدة وذات أهمية، ويكون على المسؤول عن المعالجة التثبت من صحة هذه الطلبات عن طريق القيام بالتحقيقات اللازمة، وفي هذه الحالة قد تكون المهلة المحددة قانونا غير كافية ومقيدة للمسؤول عن المعالجة مما يضطره إلى رفض الطلب لعدم موثوقيته في صحة إدعاءات المعني.

إن عدم استجابة المسؤول عن المعالجة لطلبات المعني عن طريق رفض الطلب أو عدم الرد عليه، يعطي الحق للمعني في اللجوء إلى السلطة الوطنية، وإن كان المعتاد أن تتلقى سلطة الضبط طعوننا في حالات مماثلة، إلا أنه في هذه الحالة مكن المشرع المعني من اللجوء إلى هذه السلطة من أجل تقديم طلبات التصحيح⁽⁴⁾، بحيث تتولى بنفسها إجراء التصحيحات اللازمة في أقرب الآجال بعد إجراء التحقيقات الضرورية إن لزم الأمر.

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يقرر نفس المعاملة بين المسؤول عن المعالجة والسلطة الوطنية بشأن مهلة الاستجابة لطلبات التصحيح، حيث لم يُقيد السلطة الوطنية بمهلة معينة

(1) Article 16 de (UE) 2016/679, op.cit.

(2) LUCAS André, DEVEZE Jean et FRAYSSINET Jean, op.cit, p 105.

(3) GIAKOUMOPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, op.cit, p 246.

(4) المادة 35 الفقرة "أ" من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

واستعمل معيارا فضفاضاً لتحديد هذه المهلة "أقرب الآجال"، بالرغم من أن هذه الأخيرة لها من الإمكانات والسلطات التي تمكنها من إجراء التحقيقات والقيام بالتصحيات في مهلة أقل مما يمكن أن يستغرقها مسؤول عن معالجة عادي، لذلك كان الأجدر بالمشروع اعتماد معيار موحد في تحديد مهلة التصحيح.

استكمالا لإجراءات التصحيح يتعين على المسؤول عن المعالجة إبلاغ الغير الذي أوصلت إليه المعطيات الشخصية بكل تحيين أو تصحيح أو مسح أو إغلاق للمعطيات ذات الطابع الشخصي⁽¹⁾.

تأكيدا منه على تفعيل الحق في التصحيح فقد أعطى المشرع الفرنسي للمعني الحق في التثبت من أنه قد تم تعديل معطياته بطريقة صحيحة أو أنه قد تم مسحها، إذ يكون له أن يطلب من المسؤول عن المعالجة تقديم دليلا بذلك⁽²⁾، وفي غالب الأحيان يتم تقديم نسخة من المعطيات للمعني بعد تعديلها وذلك للإطلاع عليها والتأكد من صحة التعديل⁽³⁾.

3- الحق في الاعتراض:

يمكن للمعني الاعتراض على معالجة معطياته الشخصية لأسباب مشروعة، كما يمكن له رفض استخدام هذه المعطيات لأغراض تجارية دون أن يكون مجبرا في هذه الحالة على تقديم أي مبرر⁽⁴⁾، ويمكنه ممارسة هذا الحق في جميع مراحل المعالجة سواء أثناء مرحلة جمع المعطيات أو في مرحلة لاحقة، وينطلق الحق في الاعتراض من مبدأ أن للمعني حق تقرير طريقة استخدام معطياته، فيكون له رفض إدراجها ضمن ملفات معينة أو نقلها إلى جهات أخرى⁽⁵⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه في غير الحالات التي يتم فيها استخدام المعطيات لأغراض تجارية فإن الحق في الاعتراض مُقيد بوجوب تقديم مبرر مشروع، ولم يُحدد المشرع الجزائري المقصود بالمبرر المشروع، لذلك قد يفهم أن سلطة تقدير مدى مشروعية المبرر تكون للمسؤول عن

(1) المادة 35 الفقرة "ب" من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) Article 40 de la loi n° 78-17 modifiée et complétée, op.cit.

(3) سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 432.

(4) المادة 36 الفقرة 01 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(5) منى الأشقر جبور، محمود جبور، المرجع السابق، ص 148.

المعالجة⁽¹⁾، لكن إذا ثار نزاع بين الطرفين حول مدى مشروعية المبرر فإن الأمر يصبح خاضعا لتقدير قاضي الموضوع بحسب كل حالة على حدة⁽²⁾.

تتم ممارسة الحق في الاعتراض عن طريق رفض المستهلك المعني الإجابة عن الأسئلة التي تطرح عليه بخصوص معطياته الشخصية خلال مرحلة الجمع، أو رفض تقديم الموافقة الخطية في الحالات التي تكون فيها إلزامية، كما يمكن ممارسته عن طريق تقديم طلب بمحو بياناته من الملفات ذات الأهداف التجارية⁽³⁾.

كما منح المشرع للمعني بالمعالجة الحق في الاعتراض على عمليات الاستكشاف المباشر⁽⁴⁾، مع أنه بحسب الأصل تمنع عمليات المعالجة المتعلقة بالاستكشاف المباشر⁽⁵⁾، واستثناءً أجاز المشرع القيام بالاستكشاف المباشر عن طريق البريد الإلكتروني إذا ما طلبت مباشرة من المرسل إليه بمناسبة بيع أو تقديم خدمات، إذا كان الاستكشاف المباشر يخص منتجات أو خدمات مشابهة يقدمها نفس الشخص الطبيعي أو المعنوي، على أن يُبين للمرسل إليه إمكانية الاعتراض بشكل صريح لا يشوبه لبس دون مصاريف باستثناء التكلفة المرتبطة بإرسال الرفض⁽⁶⁾.

يسقط الحق في الاعتراض في الحالات التي تتم فيها المعالجة استنادا لالتزام قانوني للمسؤول عن المعالجة، أو إذا تنازل عنه المعني عن طريق استبعاده بموجب إجراء صريح في المحرر الذي يرخص بالمعالجة⁽⁷⁾، غير أن هذا الحق يبقى قائما حتى ولو سبق أن عبّر المعني

(1) بلعيساوي محمد الطاهر، "حقوق الشخص المعني والتزامات المسؤول عن المعالجة وفقا للقانون 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي"، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي - برلين (ألمانيا)، المجلد 3 العدد 05، الصادر في ماي 2019، ص 52.

(2) سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 429.

(3) منى الأشقر جبور، محمود جبور، المرجع السابق، ص 148.

(4) يعرف الاستكشاف المباشر بأنه إرسال أي رسالة مهما كانت دعائها وطبيعتها موجهة للترويج المباشر أو غير المباشر لسلع أو خدمات أو لسمعة شخص يبيع سلعاً أو يقدم خدمات، المادة 03 الفقرة 20 من القانون رقم 07-18، المرجع السابق.

(5) المادة 37 الفقرة 01 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(6) المادة 37 الفقرة 02 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(7) المادة 36 الفقرة 03 من القانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

عن قبوله القيام بهذا الإجراء، فالقبول المسبق للقيام بأي معالجة لا يعني التنازل عن الحق في الاعتراض على هذه المعالجة بعد ذلك⁽¹⁾.

من التطبيقات القضائية للحق في الاعتراض ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر بتاريخ 14 مارس 2006 على عدم مشروعية عمليات المعالجة التي تتم إخلالا بحق الاعتراض عن طريق تجميع عناوين البريد الإلكتروني للأفراد على الرغم من اعتراضهم⁽²⁾، كما أيدت المحكمة نفسها الحكم بالغرامة على إحدى مستشفيات الأمراض النفسية لقيامها بمعالجة البيانات الصحية لبعض المرضى على الرغم من اعتراضهم على ذلك⁽³⁾.

الفرع الثاني: التزامات البنك المسؤول عن المعالجة

إن تقديم الخدمات البنكية إلكترونيا تجعل البنوك تواجه تحديا أساسيا يتعلق بالمفاضلة بين تعزيز أمن المعطيات الشخصية والتكاليف المنخفضة، إذ غالبا ما تسعى البنوك إلى توسيع أسواقها لاستهداف فئات أكبر من الزبائن، إن التعامل مع الفئات المتوسطة والمنخفضة الدخل تتطلب منها تقديم خدمات بنكية أقل تكلفة، لذلك قد تسعى لاستعمال تقنيات أقل سلامة وأكثر سهولة في الاستخدام باعتبارها الأقل تكلفة، وهو ما يؤثر بشكل مباشر على مدى توفر البنك لمتطلبات حماية المعطيات الشخصية للزبائن، لذلك تدخلت التشريعات من أجل تقرير مجموعة من الضوابط التي يتعين على المسؤول عن المعالجة احترامها بخصوص معالجة المعطيات الشخصية لزيائنه.

من أجل ذلك يجب أن تستجيب عمليات المعالجة التي يقوم بها البنك والتي تنصب على المعطيات الشخصية لزيائنه، للمعايير الوطنية والدولية التي تدخل في إطار حسن تسيير المعطيات الشخصية، وترجمت هذه المعايير في مجموعة من المبادئ القانونية التي كرستها العديد من التشريعات الوطنية والدولية، فيكون البنك المسؤول عن المعالجة ملزما باحترامها عند قيامه بمختلف عمليات المعالجة (أولا).

كما تستلزم الضوابط المقررة لحماية المعطيات الشخصية احترام المسؤول عن المعالجة لمختلف الالتزامات الملقاة على عاتقه في المرحلة السابقة على المعالجة في بعض الظروف الخاصة، والتي تتمثل في اتخاذ بعض الإجراءات المسبقة التي تهدف إلى الحصول على إذن من المعني في شكل موافقة، أو من السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية في شكل تصريح أو ترخيص بحسب كل حالة (ثانيا).

(1) سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 428.

(2) Cass crim, 14 mars 2006, Bulletin criminel 2006, n° 69, p 267.

(3) Cass crim, 28 septembre 2004, Bulletin criminel 2004, n° 224, p 801.

أولاً: التزام البنك المسؤول عن المعالجة باحترام الشروط القانونية للمعالجة

أسفرت الجهود الدولية والوطنية في مجال حماية المعطيات الشخصية على تقرير بعض الشروط القانونية، التي يجب أن تستجيب لها كل عملية معالجة ترد على معطيات ذات طابع شخصي، والتي وردت في شكل مبادئ عامة كرستها أغلب القوانين الصادرة في مجال حماية المعطيات الشخصية، منها القانون رقم 18-07 في المادة 09 منه، والمادة 05 من التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE)، وأيضا المادة 04 من القانون الفرنسي رقم 17/78 المعدل والمتمم.

تطبيقا لهذه النصوص يتعين على المسؤول عن المعالجة الامتثال للمبادئ الأساسية المقررة لتحقيق حماية فعّالة للمعطيات ذات الطابع الشخصي، فيجب أن تكون المعطيات الشخصية مجمعة بطريقة مشروعة ونزيهة وملائمة، وتُشكل هذه المبادئ الشروط الأساسية للمعالجة (أولاً)، كما يلتزم البنك باحترام الشروط المتعلقة بالمعطيات في حد ذاتها وهي أن تكون صحيحة وكاملة ومُحيّنة (ثانياً)، كذلك يتعين على المسؤول عن المعالجة الالتزام بضمان سرية والسلامة (ثالثاً).

1- الالتزام باحترام الشروط المتعلقة بالمعالجة

تتضمن متطلبات حماية المعطيات الشخصية أن يراعي المسؤول عن المعالجة مبادئ المشروعية والنزاهة والملائمة في عمليات المعالجة التي يتولاها، وتقوم هذه المبادئ مكملّة لبعضها البعض، إذ أن غياب إحداها يجعل من المعالجة غير قانونية وتشكل اعتداء على المعطيات الشخصية للأفراد، ونتيجة لذلك يتعين على المسؤول عن المعالجة اتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق معالجة مشروعة ونزيهة وملائمة، وإن تقصيره في تحقيق إحدى هذه المبادئ يجعل من عمليات المعالجة غير قانونية وتشكل اعتداء على المعطيات الشخصية للأفراد، وهو ما يثير مسؤولية المعالج عن الإخلال بالقواعد الحمائية المقررة في مجال المعطيات الشخصية.

أ- شرط المشروعية:

يقتضي مبدأ المشروعية أن تستند عملية معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلى أساس مشروع، ولم يحدد المشرع الجزائري مفهوم مبدأ المشروعية في نطاق معالجة المعطيات الشخصية، غير أن التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE) فقد حدد الشروط التي يجب استقائها؛ على الأقل؛ لاعتبار المعالجة مشروعة وتتمثل في:

- موافقة صاحب المعطيات على معالجة معطياته لغرض واحد أو أكثر محدد، فإذا تمت المعالجة لغرض آخر غير الذي وافق عليه المعني فإنه يتعين أن يكون هذا الغرض الجديد متوافقا مع

الغرض الذي تم جمع المعطيات من أجله⁽¹⁾، حيث تنص المادة 09 البند "ب" من القانون رقم 07-18 على أنه: " يجب أن تكون المعطيات الشخصية:....

ب- مجمعة لغايات محددة، وواضحة ومشروعة وألا تعالج لاحقا بطريقة تتنافى مع هذه الغايات".

- أن تكون المعالجة ضرورية لأداء عقد يكون المعني طرفا فيه، أو لاتخاذ تدابير ما قبل التعاقد بناء على طلب المعني⁽²⁾.

- أن تكون المعالجة ضرورية لامتثال المسؤول عن المعالجة للالتزام قانوني، ومثال ذلك قيام البنك بجمع المعطيات الخاص بالزبائن تنفيذا لالتزامها بالاستعلام عن هوية الزبون ووجهة الأموال، في إطار الوقاية من جرائم تبييض الأموال⁽³⁾.

- أن تكون المعالجة ضرورية لحماية مصالح حيوية للمعني أو لشخص طبيعي آخر.

- أن تكون المعالجة ضرورية لأداء مهمة للمصلحة العامة أو تندرج ضمن ممارسة السلطة الرسمية للمسؤول عن المعالجة⁽⁴⁾.

- أن تكون المعالجة ضرورية لأغراض المصالح المشروعة التي يسعى إليها المسؤول عن المعالجة أو طرف ثالث⁽⁵⁾، فنتوقف مدى مشروعية المعالجة على مشروعية الغرض منها، فقد تتم عملية جمع المعطيات بوسائل مشروعة، كأن تتم عملية جمع المعطيات بناء على التصريحات التي قدمها المستهلك وبموافقته، فإن استعمال هذه المعطيات لأغراض أخرى غير تلك المتفق عليها أو لأغراض غير مشروعة، يجعل من عملية المعالجة غير شرعية وتترتب عليها مسؤولية البنك، وفي حالات معينة مسؤولية الموظف الذي استعمل هذه المعطيات في عمليات الاحتيال كالتحويلات المالية غير المشروعة.

كما قد تتعارض المصالح المشروعة للمسؤول عن المعالجة مع الحقوق والحريات الأساسية للمعني، وفي هذه الحالة يجب تحقيق التوازن فيما بينهما، فلا يُؤخذ بالمصالح المشروعة للمسؤول

⁽¹⁾ Article 06 alinéa 4 de règlement (UE) 2016/679, op.cit.

⁽²⁾ L'article 03, alinéa 04, point b) de recommandation CM/Rec (2010)13, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur « la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel dans le cadre du profilage », 23 novembre 2010, p 11.

⁽³⁾ Lignes directrices relative aux virements électroniques, du 23 décembre 2015, disponible sur le site: www.bank-of-algeria.dz

- Lignes directrices sur les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle, du 08 février 2015. disponible sur le site: www.bank-of-algeria.dz

⁽⁴⁾ Article 06 alinéa 1 point e) de règlement (UE) 2016/679, op.cit.

⁽⁵⁾ Article 03, alinéa 4, point b) de recommandation CM/Rec (2010)13, op.cit.

بما يفوق المصالح والحقوق الأساسية للمعني، وفي هذه الحالة يتعين على المسؤول اتخاذ التدابير اللازمة لضمان أن تقتصر عملية معالجة المعطيات الشخصية على الحد الأدنى، إذا كان فيها مساس بحقوق المعني⁽¹⁾.

ب - شرط النزاهة:

تعتبر عملية المعالجة غير نزيهة إذا تمت بوسائل احتيالية أو غير نزيهة، أو عندما تكون هناك معالجة آلية لمعلومات اسمية تتعلق بشخص طبيعي على الرغم من معارضته عندما تستند هذه المعارضة لأسباب مشروعة⁽²⁾، ومثال ذلك ممارسة البريد المزعج⁽³⁾ (Le spamming)، وهي عملية تعتمد على الجمع العشوائي للبريد الإلكتروني في الشبكة المفتوحة للإنترنت، كمنتديات المناقشة والمواقع الإلكترونية والقوائم البريدية دون علم أصحابها،

كما يدخل في إطار النزاهة أن تتم المعالجة في إطار احترام الكرامة الإنسانية والحريات العامة، وفي هذا الشأن تنص المادة 02 من القانون رقم 08-17 على أنه: "يجب أن تتم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، مهما كان مصدرها أو شكلها، في إطار احترام الكرامة الإنسانية والحياة الخاصة والحريات العامة وألاّ تمس بحقوق الأشخاص وشرفهم"، وفي هذا الصدد يجب ألا تتم المعالجة على أي تمييز من حيث الجنس أو العرق أو الدين لما فيها من مساس بالكرامة الإنسانية وخرق للمبادئ الدستورية الواردة ضمن المادة 32 من دستور الجزائر، كما يجب ألا يتم جمع المعطيات الإلكترونية عن طريق اعتراض الرسائل أو المراسلات أو المكالمات الهاتفية لما فيها من مساس بحرمة المراسلات والحياة الخاصة للأفراد⁽⁴⁾.

كم أن هذا المبدأ يفترض حسن نية المسؤول عن المعالجة، لأنه في غياب أي تحديد قانوني لمبدأ النزاهة فإنه تحكمه الاعتبارات الأخلاقية وحسن التعامل أكثر منه الاعتبارات القانونية، مما يجعل للقاضي سلطة تقديرية في تحديد مدى مشروعية الحصول على المعطيات من عدمه في المسؤول عن المعالجة⁽⁵⁾.

(1) GIAKOUMOPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, op.cit, p 173.

(2) ETIEN-GNOAN N'Da Brigitte, L'encadrement juridique de la gestion électronique des données médicales, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, l'Université Lille2- Droit et Santé, France, 2014, p 84.

(3) أنظر هذه المذكرة، ص ص 91-95.

(4) المادة 303 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

(5) بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص 75.

يقتضي مبدأ المشروعية ألا تتم المعالجة خلافا للمنع الوارد في النصوص القانونية، وفي هذا الإطار يمنع معالجة المعطيات الحساسة إلا في حالات استثنائية محددة⁽¹⁾، كما تمنع عمليات المعالجة المتعلقة بالاستكشاف المباشر إلا تلك التي تتم عبر البريد الإلكتروني والتي تطلب مباشرة من المعني⁽²⁾، كذلك منع المشرع معالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالجرائم وتدابير الأمن إلا من قبل الجهات المحددة قانونا⁽³⁾.

ج- شرط الملاءمة:

يقتضي شرط الملاءمة أن يتم استبعاد المعطيات التي لا تتلاءم بطبيعتها مع الغرض المحدد والمقصود من المعالجة⁽⁴⁾، والهدف من تقرير هذا الشرط هو تقييد معالجة هذه المعطيات بالغرض من جمعها، فتظل جميع الإجراءات التي يقوم بها المسؤول عن المعالجة مقيدة بهذا الغرض⁽⁵⁾، لذلك يُمنع عليه استخدامها استخداما غير مبرر، ويكون كذلك إذا كان هذا الاستخدام غير متوافق مع الغرض من جمع المعطيات⁽⁶⁾.

من الأحكام التي تتوافق مع مبدأ المواءمة ما جاء في نص المادة 09 من النظام رقم 01-12 المتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها، إذ أن نتائج عمليات المركز التي تقوم بها مركزية المخاطر والتي ترسلها شهريا إلى المؤسسات المصرحة (البنوك أو المؤسسات المالية)، يجب أن تستعمل من قبل هذه الأخيرة في إطار منح وتسيير قروض زبائنهم، ولا يمكن بأي حال من الأحوال استخدام هذه المعلومات لأغراض أخرى، ولا سيما البحث عن الأسواق التجارية أو لغرض التسويق.

كما يقتضي مبدأ الملاءمة أيضا أن يتم جمع المعطيات الشخصية بالقدر اللازم فقط للقيام بعملية المعالجة دون مبالغة⁽⁷⁾، فإذا كان البنك بصدد جمع معطيات خاصة بزبائنهم في إطار

(1) المادة 18 من القانون 07-18، المتعلق بجماعة الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) المادة 37 من القانون رقم 07-18، المتعلق بجماعة الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(3) المادة 10 من القانون رقم 07-18، المتعلق بجماعة الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(4) Article 03 alinéa « A » de recommandation CM/Rec (2010)13, op.cit.

(5) سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 411.

(6) المرجع نفسه، ص 412.

(7) EYNARD Jessica, op.cit, p104.

الوقاية من جرائم تبييض الأموال، فإنه ليس من الملائم البحث عن النمط الاستهلاكي للزبون ولا شهاداته الأكاديمية، كما أنه يعتبر من غير الملائم جمع معلومات عن الحياة العائلية الخاصة للزبون عند الاستعلام عن الزبون بمناسبة تسليم أدوات الدفع الإلكتروني، لأن هذه المعلومات لا تتناسب مع الغرض الذي من أجله تمت المعالجة⁽¹⁾.

يدخل ضمن شرط الملاءمة ألا يتم الاحتفاظ بالمعطيات ذات الطابع الشخصي إلا في حدود المدة اللازمة لإنجاز الأغراض التي من أجلها تم جمعها ومعالجتها⁽²⁾، وهذه المدة تتوقف على طبيعة الغرض من جمع المعطيات، ولذلك يتعين على المسؤول عن المعالجة أن يقوم بشكل دوري بمراجعة هذه المعطيات التي تم تخزينها بحيث يقوم بإلغاء تلك التي تم تحقيق الغاية من جمعها⁽³⁾.

تناول التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE) الالتزام بالمواءمة كحق من حقوق المعني ويعبر عنه "بالحق في النسيان"، ومضمون هذا الحق أن للمعني أن يطلب من المسؤول عن المعالجة محو المعطيات الشخصية المتعلقة به في أقرب وقت ممكن، ومن الحالات التي يكون فيها للمعني ممارسة الحق في النسيان هي عندما تصبح غير ضرورية للأغراض التي تم جمعها أو معالجتها من أجلها⁽⁴⁾.

تجيز المادة 09 من القانون رقم 07-18 أنه يكون للمسؤول عن المعالجة في حالة وجود مصلحة مشروعة، أن يطلب من السلطة الوطنية أن تأذن له بحفظ المعطيات الشخصية لأغراض تاريخية أو إحصائية أو علمية حتى بعد إنجاز الغرض من المعالجة، ويُعتبر هذا الإذن استثناء عن الحظر التام لحفظ المعطيات ذات الطابع الشخصي لفترة تتجاوز الفترة اللازمة لتحقيق الغرض من المعالجة.

(1) سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 411.

(2) تنص المادة 09 البند هـ من القانون رقم 07-18 على أن: " يجب أن تكون المعطيات الشخصية:

هـ - محفوظة بشكل يسمح بالتعرف على الأشخاص المعنيين من خلال مدة لا تتجاوز المدة اللازمة لإنجاز الأغراض التي من أجلها تم جمعها ومعالجتها...".

(3) سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 408.

(4) Article 17 de règlement (UE) 2016/679, op.cit.

د- الالتزام بضمان سلامة المعالجة:

يرتبط الإلتزام بضمان سلامة المعطيات الشخصية بشكل أساسي بالالتزام بالسرية، فالإلتزام بالسرية يدخل ضمن متطلبات الإلتزام بالسلامة، ومع ذلك ينظمهما المشرع بشكل منفصل من خلال المادتين 39 و 40 من القانون رقم 18-07.

د1- الإلتزام بضمان سلامة المعطيات الشخصية:

يعتبر الإلتزام بضمان سلامة المعطيات الشخصية من أهم المحاور الرئيسية التي تقوم عليها الحماية القانونية لهذه المعطيات، وهو التزام ذو طبيعة وقائية لأن المسؤول عن المعالجة ملزم بأدائه لمنع وقوع مساس بالمعطيات الشخصية أو اختراقها.

يقتضي الإلتزام بضمان سلامة المعالجة أن يقوم المسؤول عن المعالجة بوضع التدابير التقنية والتنظيمية الملائمة، لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي من الإلتفاف العرضي أو غير المشروع أو الضياع العرضي أو التلف أو النشر أو الولوج غير المرخصين، خصوصا عندما تستوجب المعالجة إرسال معطيات عبر شبكة معينة، وكذا حمايتها من أي شكل من أشكال المعالجة غير المشروعة، ويجب أن تضمن هذه التدابير مستوى ملائم من السلامة بالنظر إلى المخاطر التي تمثلها المعالجة وطبيعة المعطيات الواجب حمايتها⁽¹⁾.

من التدابير التي يتعين على المسؤول عن المعالجة اتخاذها لتنفيذه التزامه هذا مايلي:

- استخدام الأسماء المستعارة وتشفير المعطيات الشخصية، وكذلك استخدام كلمات أو رموز سرية لفتح الأبواب المغلقة الخاصة بآماكن تخزين المعلومات، بحيث لا يسمح بالدخول إلى هذه القواعد إلا لبعض الأشخاص المأذون لهم بذلك والمسؤولون عن معالجة المعطيات⁽²⁾.
- وسائل استعادة توافر المعطيات الشخصية والوصول إليها في وقت مناسب في حالة وقوع حادث مادي أو تقني.
- اختبار وتقييم وتحليل دوري لفعالية التدابير المتخذة لضمان سلامة المعالجة.
- بالإضافة إلى التدابير التنظيمية الداخلية، منها تحديد المسؤوليات وتدريب الموظفين حول المستجدات القانونية والعلمية المتعلقة بحماية المعطيات الشخصية.

⁽¹⁾ المادة 38 من القانون رقم 18-07، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

⁽²⁾ CHASSIGNWUX Cynthia, « La protection des données personnelles en France », **Lex Electronica**, vol 06, n° 2, 2001, p 17. Disponible sur le site : www.lex-electronica.org/s/1091.

- حماية الوصول إلى المواقع والأجهزة والبرامج الخاصة بوحدة التحكم، بما في ذلك التحكم في تصاريح الوصول.

- إن ضمان سلامة المعطيات لا يتوقف على تأمينها من دخول الغير للإطلاع عليها، وإنما يمتد أيضا إلى تأمينها من أي خطر يهدد وجودها، كتدميرها نتيجة لحادث فني أو فقدها أو العبث بها أو تغييرها⁽¹⁾.

تطبيقا لمتطلبات تأمين سلامة المعطيات الشخصية رفضت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات الترخيص لأربعة أنظمة لمعالجة المعطيات البيومترية، هذه الأنظمة خاصة بضبط حضور موظفي عدة شركات على أساس بصمة اليد، لعدم توفر أنظمة تأمين مناسبة للمعطيات الشخصية⁽²⁾.

يبقى المسؤول عن المعالجة ملتزما في مواجهة المعني بضمان سلامة معطياته الشخصية حتى في الحالات التي يعهد فيها إلى شخص ثالث معالجة هذه المعطيات من الباطن، إذ يتعين عليه اختيار معالج من الباطن يقدم الضمانات الكافية المتعلقة بإجراءات السلامة التقنية والتنظيمية للمعالجات الواجب القيام بها ويسهر على احترامها⁽³⁾.

د- الالتزام بالسرية:

يُعرّف الالتزام بالسرية بأنه واجب أخلاقي خاص ينطوي على التزام قانوني متأصل في بعض المهن والوظائف على أساس الثقة، حيث يطلب من الأشخاص والمؤسسات التي تؤدي هذه الوظائف عدم الكشف عن المعلومات السرية التي يتلقونها أثناء عملهم⁽⁴⁾، وبالرغم من أن السرية المهنية ليست من الحقوق الأساسية للأشخاص، إلا أنها محمية قانونا كشكل من أشكال الحق في احترام الحياة الخاصة المنصوص عليها في المادة 08 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽⁵⁾، واعتبر إفشاء السر المهني من الجرائم المعاقب عليها جنائيا في جل التشريعات المقارنة منها التشريع الجزائري من خلال المادة 301 من قانون العقوبات.

(1) سوز حميد مجيد، "الحماية القانونية للحق في خصوصية البيانات الشخصية في العراق: دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية القانون، جامعة السليمانية- العراق، السنة السادسة، العدد 11، أبريل 2018، ص 193.

(2) CHASSIGNWUX Cynthia, op.cit, p 20.

(3) المادة 39 الفقرة 01 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(4) GIAKOUMPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, op.cit, p 78.

(5) « Convention européenne des droits de l'homme », Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Rome, 1950 : <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=fre>

اعتبر المشرع الجزائري حفظ سرية المعطيات الشخصية من العناصر الأساسية التي يتضمنها النظام الحمائي المقرر بموجب القانون رقم 07-18، وكوّسته المادة 40 من هذا القانون كالالتزام أساسي على عاتق عدد من الجهات المتدخلة في مجال معالجة المعطيات الشخصية، والأشخاص الذين يكونون ملزمون بحفظ السرية هم:

- المسؤول عن المعالجة؛ وبذلك يكون البنك ملتزما بعدم إفشاء المعطيات الشخصية لزبائنهم التي تمت معالجتها بمناسبة تقديم خدمات بنكية إلكترونية، وإن كان ملزما بحسب الأصل بحفظ السر المصرفي بناء على المادة 117 من الأمر رقم 03-11 المعدل والمتمم المتعلق بالنقد والقرض.
- الأشخاص الذين اطلعوا أثناء ممارسة مهامهم على معطيات ذات طابع شخصي: كموظفي البنك، وكذا أعضاء السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية، وإن أورد المشرع بشأنهم نصا خاصا في المادة 26 من القانون رقم 07-18.

كما يمكن الزام المعالج من الباطن بحفظ سرية المعطيات الشخصية باعتباره يدخل ضمن هذه الفئة من الأشخاص الذين اطلعوا أثناء ممارسة مهامهم على معطيات ذات طابع شخصي.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أقر واجب السرية على العديد من الأطراف المتدخلة والتي تتولى معالجة معطيات زبائن البنوك بمناسبة أداء مهامها، منها خلية الاستعلام المالي والتي تتولى استلام تصريحات الاشتباه المتعلقة بكل عمليات تمويل الإرهاب أو تبييض الأموال التي ترسلها إليها الهيئات والأشخاص الذين يعينهم القانون من بينهم البنوك⁽¹⁾، كما تعالج تصريحات الاشتباه بكل الوسائل أو الطرق المناسبة، وهي تتلقى بذلك معطيات متعلقة بزبائن البنوك وتتولى معالجتها.

ألزم المشرع أعضاء خلية الاستعلام المالي بالسر المهني بما في ذلك اتجاه إدارتهم الأصلية⁽²⁾، وإن مثل هذا الالتزام من شأنهم تعزيز الحماية للمعطيات الشخصية لزبائن البنوك،

(1) المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 02-127، مؤرخ في 07 أبريل 2002، يتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، ج ر ج ج عدد 23، الصادر في 07 أبريل 2002، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-275، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، ج ر ج ج عدد 50 الصادر في 07 سبتمبر 2008، والرسوم التنفيذية رقم 10-237، المؤرخ في 10 أكتوبر 2010، ج ر ج ج عدد 59، الصادر في 13 أكتوبر 2010، وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 13_157، المؤرخ في 15 أبريل 2013، ج ر ج ج عدد 23، الصادر في 28 أبريل 2013.

(2) المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 02-127، يتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، المعدل والمتمم.

خاصة وأنها تتعلق بشبهة ارتكاب جرائم منظمة خطيرة يؤدي إفشاءها إلى إلحاق أضرار كبيرة بالحياة الخاصة للأشخاص.

كما يؤكد المشرع البنكي على الطابع السري للمعطيات التي تبلغها مركزية المخاطر، حيث تكون مخصصة للمؤسسة المصرحة المرسل إليها، ويكون على هذه الأخيرة اتخاذ التدابير اللازمة لضمان طابعها السري⁽¹⁾.

2- الالتزام باحترام الشروط المتعلقة بالمعطيات

يكون البنك المسؤول عن المعالجة ملتزماً في مواجهة زبائنه بمراعاة الشروط القانونية المتعلقة بمعطياتهم الشخصية، وفي هذا الصدد فهو ملزم بأن يتحرى الدقة في هذه المعطيات للتأكد من صحتها وكفايتها، كما يتعين عليه أن يحافظ على حداثة هذه المعطيات من خلال تحيينها كلما طرأ تغيير عليها، وهو واجب قانوني كرسه المادة 09 في الفقرة 01 البند "د" من القانون رقم 07-18 بنصها على أنه: "يجب أن تكون المعطيات الشخصية: د...د- صحيحة وكاملة ومُحيّنة إذا اقتضى الأمر".

أ- أن تكون المعطيات الشخصية صحيحة وكاملة:

من الشروط الأساسية التي يتعين على المسؤول عن المعالجة مراعاتها بالنسبة للمعطيات الشخصية محل المعالجة هي أن تكون صحيحة وكاملة، ويكون على المسؤول عن المعالجة مراقبة دقة المعطيات التي يجمعها خاصة المجهولة المصدر ويتحرى عن مدى صحتها⁽²⁾، إذ لا يجوز للمسؤول عن المعالجة الذي يحتفظ بالمعطيات الشخصية استخدامها دون اتخاذ الإجراءات اللازمة للتأكد من صحتها، لأن عدم صحة المعطيات الشخصية غالباً ما يتسبب في إلحاق أضرار بالغة بالمعني يصعب أحياناً إصلاحها.

مثال ذلك تكون البنوك مسؤولة عن دقة ووضوح وتناسق المعطيات التي ترسلها إلى مركزية المخاطر⁽³⁾، وتظهر أهمية هذا الشرط بالنسبة للزبون في أنه لا يمكن منح قروض لزبون جديد إلا بعد استشارة مركزية المخاطر⁽⁴⁾، إذ يتعين التحقق من الجدارة الائتمانية لمقدم طلب القرض عن طريق الرجوع لقاعدة البيانات التي تعالجها مركزية المخاطر للتعرف على التاريخ الائتماني للزبون المحتمل، فإذا كانت هذه المعلومات غير صحيحة أو غير دقيقة فقد يواجه

(1) المادة 14 من النظام رقم 01-12، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها.

(2) Article 3 alinéa « B » de recommandation CM/Rec (2010)13, op.cit, p 54.

(3) المادة 11 من النظام رقم 01-12، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها.

(4) المادة 13 من النظام رقم 01-12، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها.

المعني مشاكل خطيرة وأضرار كبيرة، كحرمانه من القرض الذي يرغب في الحصول عليه، لذلك يتعين على البنوك أن يبذل عناية خاصة لاحترام مبدأ الدقة عند تنفيذ التزامها بالتصريح لدى مركزية المخاطر.

كما تلتزم البنوك في إطار الوقاية من جرائم تبييض الأموال وتمويل الإرهاب بتحري الدقة بخصوص المعطيات التي تتولى تجميعها حول زبائنها والعمليات التي يجرونها، وفي هذا الشأن تنص الفقرة الثانية من المادة 06 من النظام رقم 03-12 على أنه "...إذا تبين للبنك أو مؤسسة مالية أو المصالح المالية لبريد الجزائر بأن المعلومات المتوفرة لديها بخصوص زبون غير كافية، يتعين عليها اتخاذ الإجراءات اللازمة للحصول في أقرب الآجال على جميع المعلومات المفيدة"، وهنا تبرز خطورة عدم صحة المعطيات أو عدم كفايتها على مصالح الزبون المعني، لأن نقص المعلومات أو عدم صحتها في هذه الحالة قد يُوقع الزبون في شبهة تبييض الأموال، وقد يتعرض لإجراءات تحفظية يتخذها البنك كتأجيل تنفيذ العمليات التي يجريها على حساباته البنكية⁽¹⁾، كما قد يتعرض لمتابعات قضائية.

ب- أن تكون المعطيات الشخصية مُحَيَّنة:

يتعين على مسؤول المعالجة أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة للتأكد من أن المعطيات المعالجة صحيحة وحديثة وإلا وجب تصحيحها أو محوها بالكامل، وفي الحالات التي يتعذر فيها التصحيح أو المحو فإنه يكفي إضافة ملاحظات على المعطيات القديمة، شرط أن يتم تقديمها بوضوح على أنها إضافات حدثت في وقت لاحق⁽²⁾.

تنص المادة 06 من التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE) في فقرتها الأولى على أنه: "...يجب اتخاذ جميع التدابير المعقولة لضمان أن المعطيات الشخصية غير الدقيقة؛ بالنظر للأهداف التي تتم المعالجة من أجلها، يتم محوها أو تصحيحها دون تأخير"، وهي العبارة نفسها التي تضمنتها المادة 04 من القانون الفرنسي رقم 78-17 المعدل والمتمم⁽³⁾، ويعيب الفقه على هذه النصوص استعمال عبارة "المعقولة" « raisonnables » فهو مصطلح فضفاض يقوم تقديره

(1) المادة 12 الفقرة 02 من النظام رقم 03-12، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها.

(2) GIAKOUMPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, op.cit, p143.

(3) Article 04 alinéa 04 de la loi n° 78-17 modifiée et complétée, dispose : « ...tenues à jour. Toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données à caractère personnel qui sont inexactes, eu égard aux finalités pour lesquelles elles sont traitées, soient effacées ou rectifiées sans tarder ».

على معيار ذاتي، وهو ما يفتح المجال أمام مسؤولي المعالجة للتهاون فما يتعلق بتحديث ملفاتهم⁽¹⁾.

يقترح الفقه استعمال مصطلح "الضرورة" « nécessaire » لأنها أكثر تقييدا لمسؤولي المعالجة⁽²⁾، وهي العبارة التي استعملها المشرع الجزائري في نص المادة 09 البند "د" من القانون رقم 07-18: "... وعند الضرورة مُحْيَية"⁽³⁾، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تجاوز الانتقادات التي وجهت للتشريعين الأوروبي والفرنسي في هذه المسألة، ويبقى للقاضي تقدير الحالات التي تعتبر ضرورة لتدخل المسؤول عن المعالجة من أجل تحيين المعطيات الشخصية للأفراد.

عملت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات (CNIL) في فرنسا إلى تجاوز مثل هذا القصور، وفي تقرير صادر عنها بتاريخ 20 جانفي 2009⁽⁴⁾ تمكنت اللجنة من ملاحظة أن تحديثات الملفات في نظام (STIC)⁽⁵⁾ لم تكن منتظمة وهو ما قد يؤدي إلى عواقب وخيمة، وفي نهاية تقريرها صاغت اللجنة الوطنية إحدى عشرة مقترحا يهدف إلى التذكير بمتطلبات القانون والعمل على ضمان احترامها من قبل الجهات المعنية، وحددت الإجراءات الواجب اتخاذها لضمان تحديث المعطيات⁽⁶⁾.

من تطبيقات الالتزام بتحيين المعطيات الشخصية في المجال البنكي K التزام البنوك المصرحة بتحيين المعطيات المصرح بها لمركزية المخاطر والمتعلقة بالقروض الممنوحة لربائنها، وذلك عن طريق تبليغها بكل معلومة طرأت على وضعية المقترض كتعديل القانون الأساسي للشركة أو تغيير العنوان أو أي معلومة أخرى قد تؤثر على ملاءته⁽⁷⁾.

(1) ETIEN-GNOAN N'Da Brigitte, op.cit, p 86.

(2) Ibid, p 85.

(3) Article 09 point "d" de la loi n°18-07 du 10 juin 2018, relative à la protection des personnes physique dans le traitement des données à caractère personnel, JORA n °34, du 10 juin 2018, dispose : « ...si nécessaire, mise à jour ».

(4) CNIL : «Conclusions du contrôle du système de traitement des infractions constatées (STIC) », Rapport remis au Premier ministre le 20 janvier 2009. p p 29-30. www.cnil.fr

(5) « STIC » : « Système de traitement des infractions constatées »

نظام معالجة الجرائم المرصودة: وهو ملف شرطة رقمي تابع لوزارة الداخلية يجمع المعلومات عن مرتكبي الجرائم الذين تم القبض عليهم من قبل أجهزة الشرطة الوطنية، كما يتضمن بيانات تتعلق بضحايا هذه الجرائم وكذلك تحديد الأشياء المسروقة أو المختلسة، ونظام موضوع تحت مسؤولية المدير العام للشرطة الوطنية.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Syst%C3%A8me_de_traitement_des_infractions_constat%C3%A9es

(6) CNIL : «Conclusions du contrôle du système de traitement des infractions constatées (STIC) », op.cit, p 30.

(7) المادة 10 من النظام رقم 01-12، يتضمن تنظيم مركزيو المخاطر والأسر وعملها.

كما يتعين على البنوك في إطار التزاماتها المتعلقة بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، بتحيين المعطيات الخاصة بالزبائن سنوياً، وعلى الأقل عند كل معاملة مهمة تتطلب القيام بتعديل جوهري للمعايير الخاصة بالتزويد بالوثائق المتعلقة بالزبائن⁽¹⁾.

ثانياً: التزام المسؤول عن المعالجة باتخاذ التدابير المسبقة

بالإضافة إلى التزام المسؤول عن المعالجة باحترام الشروط القانونية المرتبطة بالمعالجة والشروط المتعلقة المعطيات الشخصية ذاتها، يكون ملزماً باتخاذ تدابير مسبقة تتمثل في مجموعة من الإجراءات قبل الشروع في أي معالجة للمعطيات الشخصية مهما كانت طبيعة العملية التي تتم بها المعالجة (جمع أو تخزين أو نقل أو استرجاع المعطيات)، من هذه الإجراءات ما يستلزم اتخاذها في مواجهة المعني بالمعالجة، وتتمثل في ضرورة الحصول على موافقته المسبقة.

في حين يتعين اتخاذ إجراءات أخرى في مواجهة السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية باعتبارها الهيئة المخولة بالسهر على مطابقة معالجة المعطيات الشخصية للأحكام القانونية المطبقة، حيث يكون على المسؤول عن المعالجة تقديم تصريح مسبق يتضمن التعهد بإجراء المعالجة وفقاً لأحكام القانون، في حين يتعين في حالات أخرى تقررها السلطة الوطنية ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من قبلها.

1- الإجراءات المتخذة لمصلحة المعني:

إن شرط الحصول على الموافقة المسبقة للمعني قبل القيام بأية عملية تتضمن معالجة معطيات ذات طابع شخصي يعتبر من أهم المبادئ الحمائية التي كرسها القانون رقم 07-18، ويشترط الحصول على موافقة المعني بالنظر إلى ارتباط المعطيات الشخصية به، فله الحق في مراقبة عمليات المعالجة التي تخضع لها، وأفضل طريقة لممارسة هذه الرقابة هي طلب موافقته على هذه المعالجة.

الملاحظ أن هذا الإجراء اعتبره التنظيم الأوروبي العام بشأن حماية المعطيات الشخصية (UE) 2016/679 من المتطلبات الأساسية لتحقيق مبدأ مشروعية المعالجة، بل هو أول شرط ضمن متطلبات المشروعية⁽²⁾، في حين تناوله المشرع الجزائري في القانون رقم 07-18 في

⁽¹⁾ المادة 06 الفقرة 01 من النظام رقم 03-12، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها.

⁽²⁾ Article 6 alinéa 01 de (UE) 2016/679, dispose: « 1. Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie:

a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques ».

نصوص مستقلة (المادتين 07 و 08)، وتتضمن هذه النصوص أحكاما تقرر شرط الحصول على موافقة المعني كأصل عام قبل أي معالجة للمعطيات الشخصية، وكاستثناء يسقط هذا الشرط في حالات خاصة محددة على سبيل الحصر.

أ- الحصول على الموافقة المسبقة للمعني:

لا يمكن للمسؤول عن المعالجة أن يتحصل على معطيات ذات طابع شخصي أو يستعملها بغير الموافقة الصريحة لصاحبها باعتبارها لصيقة بشخصه، ونظرا لما قد تمثله من قيمة سواء بالنسبة للشخص المعني أو بالنسبة للغير الذي يريد استعمالها⁽¹⁾، وقد كرس المشرع الجزائري إلزامية الحصول على موافقة المعني كمبدأ عام بغض النظر عن نوع المعطيات الشخصية محل المعالجة ومهما كانت طبيعة المعالجة أو الغرض منها⁽²⁾.

أ1- خصائص الموافقة المسبقة للمعني:

إن الموافقة التي يعتد بها كشرط مسبق لصحة وقانونية معالجة المعطيات الشخصية هي الموافقة الصريحة، حيث يتعين أن تتم الموافقة بشكل لا لبس في دلالاته على رضا المعني، ولا يشترط أن تتم الموافقة كتابة، فقد تتم بكل وسائل التعبير الصريح عن الإرادة، سواء لفظا أو كتابة أو باتخاذ أي موقف لا يدع شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه⁽³⁾، لذلك فإن اتخاذ موقف سلبي من قبل المعني لا يشكل موافقة يعتد بها، أما إذا تم تقديم الموافقة كتابيا في إطار العقد فإن الفقه يشترط أن تكون الموافقة على معالجة المعطيات الشخصية فردية، بمعنى أن يتضمن العقد بندا مستقلا يشير إلى موافقة المعني على المعالجة بشكل مستقل عن بنود العقد الأخرى.

كما لا يمكن أن تكون الموافقة المسبقة صحيحة إلا إذا كان الشخص المعني قادرا حقا على ممارسة الاختيار، ويكون كذلك إذا لم تشب إرادته أي عيب من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال⁽⁴⁾، وفي هذا الصدد يشير التقرير التوضيحي للاتفاقية المحدثه رقم 108 أنه لا يجوز ممارسة أي تأثير أو ضغط (ذو طبيعة اقتصادية أو غير ذلك...) مباشر أو غير مباشر على

(1) بلعيساوي محمد الطاهر، المرجع السابق، ص 47.

(2) تنص المادة 07 الفقرة 01 من القانون رقم 07-18 على أنه: "لا يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلا بالموافقة الصريحة للشخص المعني".

(3) المادة 60 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(4) المواد من 81 إلى 90 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

الشخص المعني، فلا يمكن اعتبار موافقة المعني حرة إذا لم يكن لديه خيار حقيقي أو لا يمكنه الرفض أو سحب موافقته دون تعرضه للتمييز⁽¹⁾.

يجب أيضا أن تستند موافقة المعني على فهم وتقدير للحقائق والنتائج المترتبة على موافقته على المعالجة، وفي سبيل ذلك يتعين أن يتلقى بطريقة واضحة ومفهومة معلومات دقيقة عن جميع العناصر ذات الصلة بالمعالجة المتوقعة، مثل طبيعة المعطيات التي ستتم معالجتها، وأغراض المعالجة والمستلمين، كما يجب أن يكون المعني على دراية بعواقب رفض المعالجة⁽²⁾، وذلك من أجل أن يتخذ المعني قراره وهو على بينة بالآثار والعواقب المترتبة عليه.

يشترط كذلك لصحة الموافقة أن تكون محددة، حيث تصدر موافقة المعني بشأن معالجة معينة ولغرض محددة، لذلك يتعين طلب موافقة جديدة في حالة إضافة عمليات معالجة جديدة أو تغييرها بشكل لا يمكن توقعه عند منح الموافقة الأولى، فإذا كانت المعالجة تتم لعدة أغراض وجب الحصول على موافقة لكل منها، إلا إذا كانت هذه الأغراض مرتبطة ببعضها البعض وتمت المعالجة من قبل المسؤول ذاته⁽³⁾.

اعتبر المشرع الفرنسي شرط الحصول على الموافقة الصريحة للمستهلك شرطا الزاميا حتى يتسنى للبنوك الوصول أو معالجة أو تخزين المعطيات الشخصية للزبائن واللازمة لتنفيذ خدمات الدفع الخاصة بهم⁽⁴⁾، وإن مثل هذا الإجراء يعتبر بمثابة إذن قانوني يسمح بالوقاية من جرائم الاحتيال⁽⁵⁾.

إن إخضاع الموافقة المسبقة للإرادة الحرة والكاملة للمعني لا يعني أنه يظل مقيدا وملتزمًا بها للأبد، فقد قرر له القانون إمكانية العدول عنها في أي وقت عن طريق سحبها⁽⁶⁾، وهو يمارس هذا الحق وفق تقديره فلا يكون مقيدا باتخاذ إجراء معين أو بمدة محددة، كما لا يكون المعني ملزما بتقديم مبرر للعدول عن موافقته، ولا يجوز للمسؤول عن المعالجة أن يُرتب على العدول أي عواقب ضارة كحرمان المعني من بعض الفوائد أو الامتيازات⁽⁷⁾، فالعدول يخضع لنفس الخصائص المطبقة على الموافقة من حيث حرية اتخاذ القرار.

(1) Paragraphe 42 de rapport explicatif de la convention 108+, op.cit.

(2) BANCK Aurélie, op.cit, p 17.

(3) Règlement (UE) 2016/679, considérant 32.

(4) Article L 521-5 de code monétaire et financière français, op.cit.

(5) LLP Kramer Levin, « les données de paiement entre DSP2 et RGPD », RTDF, n° 1- 2018, p 64.

(6) المادة 07 الفقرة 03 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(7) Règlement (UE) 2016/679, considérant 42, op.cit

أ2- الأحكام المطبقة على الموافقة المسبقة لديم أو ناقص الأهلية والطفل:

إذا كان الشخص المعني عديم أو ناقص الأهلية فإن موافقته تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون العام⁽¹⁾، وتتمثل هذه القواعد في الأحكام المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة ضمن نصوص قانون الأسرة، حيث ينوب عن عديم وناقص الأهلية ممثله الشرعي وفق السلطات الممنوحة بموجب الأحكام السابقة.

أما الطفل فقد ورد بشأنه نص خاص يتمثل في المادة 08 من القانون رقم 07-18، حيث يمكن الاستغناء عن موافقة الممثل الشرعي بالحصول على ترخيص من القاضي المختص، إذ يمكن لهذا الأخير أن يأمر بالمعالجة إذا استدعت المصلحة الفضلى للطفل ذلك، كما يمكن أن يعدل في أي وقت عن ترخيصه، متى وجد أن هذه المعالجة تتضمن مساسا بمصلحة الطفل ومعطياته الشخصية.

يربط المشرع معالجة المعطيات الشخصية للطفل بالحصول على موافقة ممثله الشخصي أو ترخيص من القاضي، ولم يفتح المشرع الجزائري أي مجال لإمكانية معالجة معطيات الطفل الشخصية في غير هاذين الشرطين خوفا من هدر حقوقه، أما المشرع الأوروبي فقد اتخذ موقفا مخالفا، إذ أجاز أن تتم المعالجة في سياق خدمات الوقاية والاستشارة المقدمة للطفل دون حاجة للحصول على موافقة الولي، مع تقديم ضمانات كافية أن تتم كتابة المعطيات بعبارات واضحة وبسيطة ويمكن للطفل فهمها بسهولة⁽²⁾.

إن تطبيق هذا النص يتوقف على تحديد مفهوم "الطفل"، لكن لم يتضمن نص المادة 08 من القانون رقم 07-18 أي تحديد للسن القانونية التي يعتبر فيها المعني طفلا، كما لا تتضمن القواعد العامة في القانون المدني ولا قانون الأسرة أي تحديد للسن القانوني للطفل، وإنما تستعمل

(1) المادة 07 الفقرة 02 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) Article 06 alinéa 1 de règlement (UE) 2016/679, dispose : « Lorsque l'article 6, paragraphe 1, point a), s'applique, en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information aux enfants, le traitement des données à caractère personnel relatives à un enfant est licite lorsque l'enfant est âgé d'au moins 16 ans. Lorsque l'enfant est âgé de moins de 16 ans, ce traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant ».

مصطلح "القاصر" وهو حسب المادتين 42 و 43 من القانون المدني الجزائري كل من بلغ سن التمييز (13 سنة) ولم يبلغ سن الرشد (19 سنة)⁽¹⁾.

أما المادة 08 من التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE) فقد حددت السن التي يعتبر فيها المعني طفلا، وهو كل ما لم يبلغ سن 16 سنة، عل أنه يمكن للدول الأعضاء تحديد سن منخفض لا يقل عن 13 سنة.

ب- حالات الإعفاء من الحصول على الموافقة المسبقة للمعني:

كإستثناء من القاعدة العامة يجوز الحصول على البيانات الشخصية أو الإفصاح عنها أو توفيرها أو معالجتها وبدون الحصول على الموافقة الصريحة لذوي الشأن، وذلك في حالات محددة على سبيل الحصر حددتها الفقرة 04 من المادة 07 من القانون 07-18 وهي:

- احترام التزام قانوني يخضع له الشخص المعني أو المسؤول عن المعالجة، ومثال الالتزامات القانونية التي تعفي البنك من شرط الحصول على الموافقة المسبقة للمعني القيام بالإخطار بالشبهة، حيث لا يعفى البنك فقط من الحصول على موافقة المعني، بل هو ملزم بعدم إطلاع المستهلك على هذا النوع من المعالجة⁽²⁾.

- لاحترام حياة الشخص المعني.

- لتنفيذ عقد يكون الشخص المعني طرفا فيه أو لتنفيذ إجراءات سابقة للعقد اتخذت بناء على طلبه، حيث يعتبر معالجة البيانات اللازمة لتنفيذ العقد مبررا شرعيا للقيام بمعالجة المعطيات الشخصية دون حاجة للحصول على موافقة الشخص المعني، لأنه في كل الأحوال لا يمكن لهذا الأخير رفض المعالجة لأنه مرتبط بالتزام تعاقدية ملزم له.

- للحفاظ على المصالح الحيوية للشخص المعني، إذا كان من الناحية البدنية أو القانونية غير قادر على التعبير على رضاه، حيث يستثنى في هذه الحالة تطبيق موافقة ممثله الشرعي، لأن الأمر يتعلق بمصالح حيوية غير قابلة للتأخير، ويكون للقاضي في حالة اعتراض الممثل الشرعي تقدير مدى ضرورة المعالجة لحماية المعني.

(1) إن النص الوحيد الذي أورد تعريفا بشأن الطفل هو القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 جوان 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج ر ج ج عدد 39، الصادر في 19 جويلية 2015، حيث يعتبر طفلا بحسب المادة 02 منه "كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر (18) سنة كاملة"، ويبدو هذا النص غير ملائما للتطبيق في مجال حماية المعطيات الشخصية، لأن تحديد هذا السن جاء مرتبط بالمسؤولية الجزائية للأحداث والتي تحدد فيها الأهلية القانونية لتحمل المسؤولية الجزائية ببلوغ 18 سنة كاملة (المادة 49 من الأمر رقم 66-156 المعدل والمتمم، والمتضمن قانون العقوبات).

(2) المادة 14 من النظام رقم 12-03، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها.

- لتنفيذ مهمة تدخل ضمن مهام الصالح العام أو ضمن ممارسة مهام السلطة العمومية التي يتولاها المسؤول عن المعالجة، أو الغير الذي يتم إطلاعه على المعطيات.
- لتحقيق مصلحة مشروعة من قبل المسؤول عن المعالجة أو المرسل إليه مع مراعاة مصلحة الشخص المعني و/أو حقوقه وحرياته الأساسية.

2- الإجراءات المتخذة أمام السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية

منح المشرع للمعني صلاحيات كاملة لمراقبة عمليات المعالجة التي تستهدف معطياته الشخصية، وذلك باشتراط موافقته المسبقة على المعالجة، فإذا أراد استعمال حقوقه ومنع معالجة معطياته الشخصية، وإلا سمح بالمعالجة وأعطى موافقته متى رأى أنه لا يوجد مساس بحقوقه أو تنازل عن هذه الحقوق، ومع ذلك عزز المشرع هذه الحماية المقررة للمعني من خلال استلزام اتخاذ إجراءات إضافية أمام السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية.

يكون المسؤول عن المعالجة ملزماً في مواجهة السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية بتقديم تصريح مسبق، الغرض منه هو تقديم تعهد من المسؤول عن المعالجة بإجراء المعالجة وفقاً لمقتضيات الأحكام المقررة في القانون رقم 07-18، ويتضمن هذا التصريح جميع المعلومات المرتبطة بالمعالجة لتمكين السلطة الوطنية من مراقبة مدى شرعية وقانونية المعالجة، وفي حالات خاصة لا يكفي مجرد التصريح ولكن يستلزم الأمر الحصول على ترخيص من السلطة الوطنية.

أ- التصريح لدى السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية:

يعتبر التصريح لدى السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية من التدابير الأساسية التي يتعين على المسؤول عن المعالجة الالتزام بها كإجراء مسبق، كما يقع هذا الالتزام على عاتق المتنازل له في حالة التنازل عن ملف المعطيات⁽¹⁾.

أ1- مضمون التصريح:

لم يحدد المشرع شروط خاصة من حيث شكل التصريح، حيث يمكن تقديمه بالطريق الإلكتروني، على أن تتولى السلطة الوطنية تسليم وصل إيداع يُرسل في أجل أقصاه 48 ساعة⁽²⁾،

(1) المادة 14 الفقرة 03 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) المادة 13 الفقرة 02 و 03 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

هذا الوصل هو الدليل الذي يُمكن المسؤول عن المعالجة من إثبات وفائه بالالتزام بالتصريح المسبق.

ينتهي الالتزام بالتصريح بمجرد تقديم المعلومات المطلوبة للسلطة الوطنية واستلام الوصل، من تلك اللحظة يكون للمسؤول عن المعالجة أن يباشر عمليات المعالجة، غير أن تقديم التصريح لا يعفيه من المسؤولية عن عدم قانونية أو عدم شرعية المعالجة⁽¹⁾، لأن الغرض من التصريح هو إخطار السلطة الوطنية بالشروع في معالجة معطيات ذات طابع شخصي لتمكينها من مراقبة مدى مطابقة العملية موضوع المعالجة للنصوص القانونية، ومن أجل تحقيق هذا الغرض فإنه يجب أن يتضمن التصريح مجموعة من البيانات الإلزامية حددتها المادة 14 من القانون رقم 07-18 تتمثل في:- اسم وعنوان المسؤول عن المعالجة، وعند الاقتضاء اسم وعنوان ممثله.

- طبيعة المعالجة وخصائصها والغرض أو الأغراض المقصودة منها.

- وصف فئة أو فئات الأشخاص المعنيين والمعطيات أو فئات المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة بهم.

- المرسل إليهم أو فئات المرسل إليهم الذين قد توصل إليهم المعطيات.

- طبيعة المعطيات المعترزم إرسالها إلى دول أجنبية.

- مدة حفظ المعطيات.

- المصلحة التي يمكن الشخص المعني عند الاقتضاء، أن يمارس لديها الحقوق المخولة له بمقتضى أحكام هذا القانون وكذا الإجراءات المتخذة لتسهيل ممارسة هذه الحقوق.

- وصف عام يمكن من تقييم أولي لمدى ملائمة التدابير المتخذة من أجل ضمان سرية وأمن المعالجة.

- الربط البيني أو جميع أشكال التقريب الأخرى بين المعطيات، وكذا التنازل عنها للغير أو معالجتها من الباطن، تحت أي شكل من الأشكال سواء مجانا أو بمقابل.

يُعفى المسؤول عن المعالجة من تقديم المعلومات المحددة في البنود الثلاثة الأخيرة، إذا كانت هذه المعالجة ضمن قائمة الأصناف المحددة من قبل السلطة الوطنية، باعتبارها عمليات

(1) المادة 13 الفقرة 04 من القانون رقم 17-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

معالجة ليس من شأنها الإضرار بحقوق وحرّيات الأشخاص المعنيين وحياتهم الخاصة، إذ يكفي في هذه الحالة تقديم تصريح مبسط⁽¹⁾.

أ2- الإعفاء من إلزامية التصريح المسبق:

قاعدة إلزامية التصريح المسبق هي قاعدة عامة تطبق بحسب الأصل على جميع حالات معالجة المعطيات الشخصية مهما كانت طبيعتها والغرض من المعالجة، غير أنه يمكن الإعفاء من تطبيق هذا الإجراء في حالة خاصة وبشروط معينة، يرى المشرع فيها عدم وجود ضرورة تستدعي تقديم التصريح، ويطبق مبدأ عدم إلزامية التصريح المسبق عندما يكون الغرض من المعالجة مسك سجل مفتوح ليطلع عليه الجمهور أو كل شخص يُثبت أن له مصلحة مشروعة في ذلك⁽²⁾، لكن يجب توافر شروط خاصة لتطبيق هذا الاستثناء تتمثل في:

- تعيين مسؤول عن المعالج تُكشف هويته للجمهور وتُبلغ إلى السلطة الوطنية، بحيث يكون مسؤولاً عن تطبيق واحترام القواعد الحمائية الخاصة بالمعطيات الشخصية⁽³⁾.
- إعلام كل شخص قدم طلب ذلك بجميع المعلومات المتعلقة بالغاية من المعالجة وهوية المسؤول عنها وعنوانه والمعطيات المعالجة والمرسلة إليهم⁽⁴⁾.

ب- الحصول على الترخيص المسبق:

إلزامية الترخيص ليس مبدأ عام يطبق على جميع عمليات معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، بل على العكس من ذلك، هو إجراء استثنائي لا يطبق إلا بناء على قرار من السلطة الوطنية أو بناء على نص خاص في القانون:

ب1- إلزامية الترخيص المسبق بناء على قرار من السلطة الوطنية:

مدى إلزامية الحصول على الترخيص المسبق يخضع لتقدير السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية، فيكون لهذه الأخير أن تقرر إخضاع معالجة معينة لنظام الترخيص المسبق

(1) المادة 15 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) المادة 16 الفقرة 01 من القانون 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(3) المادة 16 الفقرة 02 من القانون 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(4) المادة 16 الفقرة 03 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

بعد دراسة التصريح المقدم من قبل البنك المسؤول عن المعالجة، وذلك في حالات المعالجة التي تتضمن أخطارا ظاهرة على احترام وحماية الحياة الخاصة والحريات والحقوق الأساسية للأشخاص⁽¹⁾.

لا يستلزم الحصول على الترخيص تقديم معلومات إضافية، فهي نفس المعلومات المقدمة في التصريح، وتتخذ السلطة الوطنية قرارها في أجل شهرين من تاريخ إخطارها، ويمكن تمديد هذا الأجل لنفس المدة بناء على قرار مسبب لرئيسها، يشرح فيه وجود أسباب تستدعي وقتا إضافيا لدراسة الطلب وإجراء التحقيقات.

تصدر السلطة الوطنية قرارها بالترخيص إذا ما قدرت أن عمليات المعالجة المزمع إجراؤها تستجيب للمعايير المقررة بموجب نصوص القانون رقم 07-18، كما يمكن لها إصدار قرار برفض الترخيص⁽²⁾.

بالرغم من أهمية الآثار الناجمة عن قرار رفض الترخيص فإن المشرع لم يحدد طبيعة هذه الآثار، غير أن المنطق يستدعي أن يترتب على رفض الترخيص الامتناع عن المعالجة إذا لم يتم مباشرتها، في حين يتعين محوها وإلغاؤها إذا شرع المسؤول عن القيام بهذه العمليات بعد تقديم التصريح.

لم يثر المشرع إمكانية الطعن في هذا القرار كما لم يلغي هذه الإمكانية، مما يجعل مسألة الطعن أمرا مبهما خاصة مع عدم وجود مظاهر واضحة تفصل في هذه المسألة، غير أنه بالنظر إلى الطبيعة الإدارية للقرار الصادر عن السلطة الوطنية، فالأصل أنه يمكن الطعن فيه أمام مجلس الدولة تطبيقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾، وإذا أراد المشرع جعل قرار رفض الترخيص نهائيا غير قابل للطعن مراعاة منه لمصلحة المعني، فإنه يتعين عليه النص على هذا الحكم صراحة بموجب نص خاص.

(1) المادة 17 الفقرة 01 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) يعتبر رفضا للترخيص انقضاء الأجل المحدد قانونا لإصدار القرار من قبل السلطة الوطنية، حيث تنص المادة 20 في فقرتها الثالثة من القانون 07-18 على أنه: "يعتبر عدم رد السلطة الوطنية في الأجل المذكور في هذه المادة، رفضا للطلب".

(3) المادة 901 وما بعدها من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب2- إلزامية الترخيص المسبق بناء على نص القانون:

حدد المشرع الجزائري حالات خاصة يستوجب فيها الحصول على الترخيص المسبق من السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية، حيث يكون المسؤول عن المعالجة ملزماً قانوناً بالحصول على الترخيص المسبق قبل مباشرة عمليات المعالجة، لأن الأصل هو منع المعالجة في هذه الحالات، والاستثناء إمكانية القيام بالمعالجة بترخيص من السلطة الوطنية، وتتعلق هذه الحالات بمعالجة المعطيات الحساسة⁽¹⁾، والمعالجة المتعلقة بالربط البيني للملفات⁽²⁾، وأخيراً المعالجة التي تتضمن نقل المعطيات ذات طابع شخصي إلى دولة أجنبية⁽³⁾.

(1) تعرف المادة 03 الفقرة 06 من القانون رقم 07-18 المعطيات الحساسة على أنها: "معطيات ذات طابع شخصي تبين الأصل العرقي أو الإثني أو الآراء السياسية أو القناعات الدينية أو الفلسفية أو الانتماء النقابي للشخص المعني أو تكون متعلقة بصحته بما فيها معطياته الجينية".

(2) المادة 19 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(3) المادة 44 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

المبحث الثاني:

آليات حماية المعطيات الشخصية للمستهلك

يكون زبائن البنوك ملزمون في العديد من الحالات بتقديم المعلومات التي تحتاجها البنوك لتنفيذ إجراءات الاستعلام المطلوبة قانوناً، كما هو الحال عند طلب فتح الحساب البنكي وتوفير خدمات الدفع الإلكتروني وأيضاً بالنسبة لطلبات القروض البنكية، كما قد تلجأ البنوك في سبيل تحصيل المعلومات التي تحتاجها إلى مصادر أخرى موثوقة، منها ما هي رسمية كبنك الجزائر، عن طريق مركزية المخاطر ومركزية عوارض الدفع، ومنها جهات غير رسمية كالبنوك الأخرى، مما يوفر للبنك معطيات جد مهمة عن زبائنهم، وتعتمد البنوك في سبيل تسهيل وتسريع عملية التعامل مع هذه المعطيات باستخدام البرامج المعلوماتية والتكنولوجيا الحديثة، وهو ما يجعل هذه المعطيات مجمعة ومتوافرة وسهلة المنال بعدما كانت فيما قبل منعزلة ومتفرقة وصعبة المنال.

يستفيد زبائن البنوك الأشخاص الطبيعيين من القواعد الحمائية التي تضمنها القانون رقم 07-18، سواء بالنسبة للحقوق المقررة للمعني أو من حيث الالتزامات المترتبة على عاتق المسؤول عن المعالجة، غير أن الجدوى من تقرير هذه القواعد لا تتأتى دون تكريس فعلي لها، عن طريق تحديد الآليات القانونية التي تضمن ممارسة الحقوق والتحمل بالالتزامات، ففعالية القواعد القانونية تتوقف على توفير الآليات المناسبة لتكريسها من الناحية العملية.

تضمن القانون رقم 07-18 مجموعة من الأحكام التي تحدد آليات تطبيق نصوصه، تتنوع هذه الآليات بين الإدارية والقضائية، وتتجلى الآليات الإدارية في إنشاء السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية باعتبارها هيئة إدارية مستقلة تُكلف بمهمة السهر على مطابقة معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي لأحكام هذا القانون، وضمان عدم انطواء استعمال تكنولوجيات الإعلام والاتصال على أي أخطار اتجاه حقوق الأشخاص والحريات العامة والحياة الخاصة (المطلب الأول).

تتجلى الآليات القضائية في مجال حماية المعطيات الشخصية في الدعاوى التي يمكن للمستهلك المعني من استعمالها في سبيل المطالبة بحقوقه المقررة قانوناً، والمتمثلة في دعوى المسؤولية المدنية للتعويض عن الأضرار التي لحقته بسبب المساس بحقوقه أو عدم وفاء المسؤول عن المعالجة بالتزاماته القانونية، وكذلك دعوى المسؤولية الجزائية لتوقيع العقوبات في الحالات التي تشكل فيها الانتهاكات الواقعة على المعطيات الشخصية جريمة يعاقب عليها القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

دور السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية

إن إنشاء سلطة وطنية لتنظيم وضبط الحق في الخصوصية وحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي كسلطة إدارية مستقلة في مجال الحقوق والحريات العامة، من شأنه تكريس القواعد والحقوق المتضمن في القانون رقم 18-07، حيث تتولى الهيئة مهمة السهر على ضمان احترام هذه القواعد باعتبارها بديلا عن السلطات الإدارية التقليدية في الدولة، التي لم تعد تلعب دورا فعالا في مجال تطبيق النصوص القانونية المستجدة، وغير ملائمة لتسيير متطلبات الدور الجديد للدولة في إطار ما يسمى بالدولة الضابطة، وظهور السلطات الإدارية المستقلة كوجه جديد من أوجه الدولة والذي تجسده السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي (الفرع الأول).

تتمتع السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية في إطار أدائها الدور المناط بها بصلاحيات متعددة، فهي تتمتع بصلاحيات تنظيمية، كما تتمتع بصلاحيات استشارية، كما قرر القانون رقم 18-07 للسلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي الاختصاص التنازعي من خلال إصدار التدابير الاحترازية والعقوبات بأنواعها الإدارية والمالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التكيف القانوني للسلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية

إن التصنيف التقليدي لأشخاص القانون العام لا يخرج عن ثلاث فئات: الإدارة المركزية، الإدارة اللامركزية والمؤسسات العمومية، والحقيقة أن الاعتراف بفئة قانونية غير هاته الفئات الثلاثة لم يكن سهلا، ويتعلق الأمر هنا بالسلطات الإدارية المستقلة التي ظهرت⁽¹⁾ في فرنسا سنة

(1) ظهرت السلطات الإدارية المستقلة بداية في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال ما يعرف بـ "الوكالات المستقلة" "Independents Agences" أو لجان الضبط المستقلة «Independent Regulatory Commission» سنة 1889، بإنشاء الكونغرس لأول هيئة وهي: «Interstate Commerce Commission» ليتوالى بعد ذلك ظهور مجموعة من الهيئات، نذكر منها:

- اللجنة الفيدرالية للتجارة «Federal Trade Commission».
- لجنة ضبط الطاقة النووية «Nuclear Regulatory Commission».
- اللجنة الفيدرالية للاتصالات «Federal Communications Commission».
- اللجنة الفيدرالية للطاقة «Federal Power Commission».
- وكالة حماية البيئة «Environmental Protection Agency».
- لجنة الامن والصرف «Security and Exchange Commission».

أنظر في ذلك:

- GUEDON Marie-José, Les autorités administratives indépendantes, LGDJ, Paris, 1991.

1976 بإنشاء اللجنة العليا للمعلوماتية والحريات⁽¹⁾، والتي تلتها العديد من هذه السلطات باعتبارها فئة قانونية جديدة ليست خاضعة لسلطة وصائية، على عكس الآليات الإدارية التقليدية المعروفة، كما تعمل على تنظيم قطاعات حيوية حاولت السلطة العامة تجنب التدخل المباشر فيها.

السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي سلطة إدارية مستقلة بصريح نص المادة 22 من قانون رقم 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي: " تنشأ، لدى رئيس الجمهورية، سلطة إدارية مستقلة لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي....."، وبهذا الوصف فإنها تتوفر على الخصائص الثلاثة التي تتميز بها السلطات الإدارية المستقلة والمتمثلة في الطابع السلطوي، الطابع الإداري، والاستقلالية.

أولاً: الطابع السلطوي للهيئة المكلفة بحماية المعطيات الشخصية

إن الطابع السلطوي من أهم عناصر الهيئات الإدارية المستقلة سواء استعمل المشرع هذه العبارة صراحة أو لم يستعملها، ولذلك عمد الفقه إلى التوضيح مبدئياً أن السلطة المخولة لسلطات الضبط، ليست سلطة بالمعنى التقليدي التي تتمتع بها السلطات التقليدية للدولة، إنما هي سلطة تقوم على إعطاء هذه الهيئات القدرة على اتخاذ القرارات ومباشرة الاختصاصات المخولة لها قانوناً مما يميزها عن الهيئات الاستشارية، كما أن هذه القرارات مقتطعة من اختصاصات وصلاحيات كلا من السلطتين التنفيذية والقضائية كالرقابة والإشراف، ووضع القواعد التنظيمية المساهمة في تنفيذها، إضافة إلى صلاحية توقيع العقاب.

وَصَّح الكثير من الفقهاء مفهوم الطابع السلطوي للسلطات الإدارية المستقلة، من بينهم الأستاذ SABOURIN Paul الذي يرى أن اعتبار جهاز ما سلطة يتوقف على قدرته على اتخاذ قرارات قابلة للتنفيذ والطعن فيها بالإلغاء⁽²⁾.

⁽¹⁾ التي تم انشاؤها بواسطة القانون رقم 78-17 المؤرخ في 06 جانفي 1978 المتعلق بالمعلوماتية والحريات، فيما يتعلق بهذه اللجنة (CNIL) ومختلف السلطات الاخرى والصلاحيات المخولة لها راجع:

- CHEROT Jean- Yves, Droit public économique, Corpus droit public, éd Economica, Paris, 2002, pp 245- 275.

⁽²⁾ SABOURIN Paul, "Les autorités administratives indépendantes : une catégorie nouvelle", **AJDA** n° 5, mai 1983, p 275.

أما الأستاذ CHEVALLIER Jacques فيؤكد بأن الهيئات الإدارية المستقلة بمثابة سلطات، لأنها تقوم بمهمة الضبط عن طريق تأطير وتطوير قطاع معين، وأنها تتمتع في هذا الشأن باختصاص اتخاذ قرارات بموجبها يمكن أن تحدث تغييرا في نظام قانوني معين⁽¹⁾.

أما بالنسبة للأستاذ "زوايمية رشيد"، فيعتبر أن هيئات الضبط تعتبر بمثابة "سلطات" بما أنها ليست أجهزة استشارية بسيطة، وأن سلطتها في اتخاذ القرار كانت من اختصاص السلطة التنفيذية، فالطابع السلطوي يتميز أساسا بغاية اتخاذ قرارات والعمل على احترامها عند الحاجة باستخدام القوة العمومية، وإذا غابت الصلاحيات التي تُعبر عن هذا الطابع مثل السلطة التنظيمية وسلطة اتخاذ قرارات فردية، فإن هذا الجهاز أو الهيئة لا يمكن أن تُكيف بأنها سلطة إدارية مستقلة⁽²⁾.

من أجل تكيف أي هيئة على أنها تتمتع بالطابع السلطوي، ينبغي الاستناد إلى مجموعة من المعايير التي تبين لنا أن هذه الهيئة تعتبر سلطة لها صلاحية اتخاذ القرار بعيدا عن الهيئات الإدارية الكلاسيكية، من خلال مختلف الصلاحيات المخولة لها قانونا، إضافة إلى تمتعها بامتيازات السلطة العامة.

1- الصلاحيات المتنوعة:

إن إصدار القرارات من طرف السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي يندرج ضمن تمتعها بامتيازات السلطة العامة التي خولها لها القانون رقم 07-18، كتوجيه إغذارات أو أوامر تنبيه وقرارات السحب المؤقت أو النهائي لوصل التصريح أو الترخيص الممنوح للمسؤول عن المعالجة المخالف لأحكام هذا القانون.

إن مفهوم السلطة بالنسبة للسلطات الإدارية المستقلة يقوم على وظيفة الضبط المنوطة بها وليس مجرد التسيير أو تقديم خدمات أو استشارات، بل إنها تتمتع بصلاحيات إصدار القرارات التي تسمح لها بتعديل المراكز القانونية والوضعيات الفردية، وحتى المساهمة في إعداد اللوائح التنظيمية⁽³⁾.

(1) CHEVALIER Jacques, « Autorités administratives indépendantes et état de droit, **Civita Europa** n° 37, février 2016, p 144.

(2) ZOUAÏMIA Rachid, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique **Revue IDARA**, n°28, Numéro spécial, 2004, p 25.

(3) CHEVALIER Jacques, op.cit, p 147.

أسس بعض الفقه الطابع السلطوي للهيئات الإدارية المستقلة على ما يعرف بالإدارة الفعالة التي تتمتع بالقدرة على اتخاذ القرار، تمييزاً لها عن الأجهزة الاستشارية التي تبقى آراؤها ذات طبيعة معنوية لا أكثر⁽¹⁾.

في حين يؤكد جانب آخر من الفقه على أن مفهوم السلطة يبرز الطابع المؤسسي للسلطات الإدارية المستقلة، وليس مجرد عون أو جهاز تابع للسلطة التنفيذية، وبالتالي التمتع بصلاحيات خاصة بها تتجلى من خلال صلاحية إصدار القرار، إضافة إلى القدرة على التأثير في ضبط قطاع معين، وحماية المتعاملين من تعسف السلطة السياسية وتأثيرات الإدارة العامة⁽²⁾.

2- التمتع بامتيازات السلطة العامة:

من بين أهم الخصائص المشتركة للسلطات الإدارية المستقلة تمتعها بامتيازات السلطة العامة⁽³⁾، مما يبرر مختلف الصلاحيات التي تتمتع بها هذه الهيئات في ضبط النشاطات المشرفة عليها، وهي بذلك عما يعرف بالدولة الضابطة.

إذ لا يقوم المفهوم الصحيح للسلطات الإدارية المستقلة من دون مصطلح السلطة، الذي يعبر عن امكانية استخدام وممارسة امتيازات القانون العام، التي لطالما كانت حكراً على السلطة التنفيذية أو الإدارة التقليدية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ CHAPUS René, Droit administratif général, tom1, 15^{ème} édition, Montchrestien, Pris, 2001, p 225.

⁽²⁾ خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة مقدمة لنسب شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2015، ص 93.

⁽³⁾ لقد كان القانون الإداري الفرنسي خلال القرن 19 مبنياً على فكرة السلطة العامة ومرتبطة بها، على أنها مجموعة الأساليب الفنية ومجموعة القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة، مما يجعلها في مركز أسمى ولا تتساوى مع مراكز الأفراد، وبالتالي تحتم وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة، ولقد حاول الفقيه بالمير تحديد أعمال السلطة على أنها التصرفات التي تأتيناها الإدارة بموجب سلطة الأمر والقيادة والتي تخرجها من نطاق القانون الخاص حيث لا يجوز للأفراد القيام بتلك الأعمال كإصدار القرارات الفردية، التنفيذ الجبري، نزع الملكية....

راجع في ذلك: - عوايدي عمار، القانون الإداري (الجزء 1)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص 146، 147.

⁽⁴⁾ يتفاوت ويختلف حجم هذه الصلاحيات من سلطة إدارية إلى أخرى، إذ هناك سلطات إدارية مستقلة تتمتع بجميع هذه السلطات، كما هو الحال بالنسبة لـ "لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة"، وتعتبر السلطة الوحيدة التي تجمع بين الصلاحيات التنظيمية، الرقابية والعقابية في آن واحد، أما البعض الآخر فلا يتمتع إلا بسلطة أو سلطتين دون الأخرى كـ "وكالتي المناجم"، "مجلس النقد والقرض"، "اللجنة المصرفية"، "سلطة ضبط سوق التبغ"، "لجنة الاشراف على التأمينات"، "لجنة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية".....

إضافة إلى الصلاحيات المخولة قانونا للسلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي التي تعبر عن طابعها السلطوي، أنه يمكن للسلطة الوطنية أن تستعين بأي شخص مؤهل من شأنه مساعدتها في أشغالها⁽¹⁾، كما لا يعتد أمامها بالسّر المهني⁽²⁾.

ثانيا: الطابع الإداري للسلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية

إن الاعتراف بالطابع الإداري للسلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي بصريح النص يبرز الطبيعة الإدارية لهذه السلطة، ومع ذلك يمكن تدعيم هذا الطابع الإداري بمجموعة من المعايير المتعلقة إما بطبيعة القرارات الصادرة عنها، وإما بطبيعة المنازعات المعروضة أمامها للفصل فيها.

1- طبيعة قرارات السلطة الوطنية:

تتميز القرارات الصادرة عن السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية بأنها عمل قانوني ينتج آثار قانونية، وذلك بخلق مراكز قانونية عامة أو خاصة لم تكن موجودة، أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية وهو يمس بحقوق المخاطبين به، بالإضافة إلى ذلك فإن القرار الإداري عمل قانوني من جانب واحد، أي يصدر بالإرادة المنفردة للسلطة الوطنية، ويخضع للتنفيذ المباشر بمجرد صدوره.

2- طبيعة منازعات السلطة الوطنية:

منازعات السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي منازعات تخضع للقاضي الإداري، ونستنتج هذه الخاصية من خضوع القرارات الصادرة عنها للطعن أمام مجلس الدولة، وذلك تطبيقا لنص المادة 46 من القانون رقم 07-18 على أن تخضع قرارات السلطة، وهو ما يدعم الطابع الإداري لهذه السلطة مثلها مثل الأعمال الإدارية العادية.

ثالثا: استقلالية السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية

يقصد بالاستقلالية بالمفهوم القانوني عدم الخضوع لأية رقابة سلمية كانت أم وصائية سواء كانت الهيئة المعنية تتمتع بالشخصية المعنوية أم لا، على أساس أن الشخصية المعنوية لا تعد

(1) المادة 23 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) المادة 49 الفقرة 02 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

بمثابة معيار نهائي لتحديد أو قياس درجة الاستقلالية، بل الأهم عدم التبعية لأي سلطة سياسية بهدف تعزيز مشروعيتها ومصادقيتها⁽¹⁾.

إن انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي وتحولها من دولة متدخلة لدولة ضابطة من أهم أسباب ظهور السلطات الادارية المستقلة، كآليات أكثر فعالية وأكثر مرونة لضبط بعض القطاعات الحساسة بعيدا عن الإدارة بمفهومها التقليدي، كما هو الحال بالنسبة لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، واستحداث السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

من أجل ذلك كان لزاما تدعيم هاته السلطة بعنصر الاستقلالية وعدم خضوعها لأية تبعية أو وصاية، من جانبيها العضوي والوظيفي.

1- الاستقلالية العضوية:

تعتبر الاستقلالية من أهم الخصائص التي تميز السلطات الإدارية كوجه من أوجه الدولة الضابطة وتمييزها عن الإدارة التقليدية، وعليه يتعين تعزيز الاستقلالية الممنوحة للسلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي من الجانب العضوي من خلال تشكيلتها الجماعية وتنوع تركيبتها، نظام العهدة ونظام الحياد.

أ- التشكيلة الجماعية:

على غرار مجموع السلطات الإدارية المستقلة التي تبناها المشرع الجزائري، تمّ الاعتماد بالنسبة لهذه السلطة الوطنية التركيبية الجماعية، إذ تعتبر التشكيلة الجماعية من الخصائص المشتركة بين السلطات الادارية المستقلة في التشريع الجزائري كنظيره الفرنسي⁽²⁾، وإن اعتبرت متميزة في عدد أعضائها، على أن يتم تعيين معظمهم بموجب مرسوم رئاسي كأصل عام، وإن اختلفوا في الجهات المقترحة لهم.

يتم اختيار أعضاء السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي حسب اختصاصهم القانوني و/ أو التقني في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، وتتشكل هذه السلطة من:

⁽¹⁾ ZOUAIMIA Rachid, op.cit, p 30.

⁽²⁾ في التشريع الفرنسي هناك بعض السلطات ذات التشكيلة الفردية كوسيط الجمهورية أو حامي الاطفال، اما اغلبية السلطات الادارية المستقلة فيغلب عليها الطابع الجماعي، راجع في ذلك:

- GENTOT Michel, Les autorité administratives indépendantes, 2^{ème} édition, Montchrestien, Paris 1994, p 53.

- ثلاث (3) شخصيات من بينهم الرئيس يختارهم رئيس الجمهورية من بين ذوي الاختصاص في مجال عمل السلطة الوطنية.
 - ثلاثة (3) قضاة يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء من بين قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة،
 - عضو عن كل غرفة من البرلمان يتم اختياره من قبل رئيس كل غرفة، بعد التشاور مع رؤساء المجموعات البرلمانية.
 - ممثل (1) عن المجلس الوطني لحقوق الانسان،
 - ممثل (1) عن وزير الدفاع الوطني،
 - ممثل (1) عن وزير الشؤون الخارجية،
 - ممثل (1) عن الوزير المكلف بالداخلية،
 - ممثل (1) عن وزير العدل حافظ الأختام،
 - ممثل (1) عن الوزير المكلف بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والتكنولوجيات والرقمنة،
 - ممثل (1) عن الوزير المكلف بالصحة،
 - ممثل (1) عن وزير العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي،
- ب- عهدة التشكيلة الجماعية:

لا يقتصر ضمان استقلالية أعضاء السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي في مواجهة السلطة التنفيذية على شرطي التخصص والتعدد، وإنما يتطلب الأمر تطبيق نظام عهدة يسمح بضمان هذه الاستقلالية، ويتعلق الأمر بالعناصر الأساسية المميزة لهذه العهدة كالمدة وإمكانية التجديد⁽¹⁾.

إذ يعتبر تحديد عهدة رئيس سلطة ضبط ما وأعضائها حجر الزاوية في إبراز مدى استقلاليته، كما يعتبر بمثابة مؤشر يجسد استقلالية سلطة الضبط من الناحية العضوية، وشرطا جوهريا لضمان فعالية واستمرارية القيام بوظائفها⁽²⁾.

(1) تنص المادة 23 الفقرة من القانون رقم 07-18 على أنه: يعين رئيس وأعضاء السلطة الوطنية، بموجب مرسوم رئاسي لهدة مدتها خمس (5) سنوات، قابلة للتجديد".

(2) خرشي إلهام، المرجع السابق، ص 123.

يعين رئيس وأعضاء السلطة الوطنية بموجب مرسوم رئاسي، لعهد مدتها خمس (5) سنوات، قابلة للتجديد.

ج- حياد التشكيلة الجماعية:

يستفيد رئيس وأعضاء السلطة الوطنية من حماية الدولة ضد التهديدات أو الإهانات أو الاعتداءات من أي طبيعة كانت، التي قد يتعرضون لها بسبب أو خلال تأديتهم مهامهم أو بمناسبة، كما يحدد النظام التعويضي لأعضاء السلطة الوطنية وشروط وكيفيات منحه عن طريق التنظيم، إلا أنهم في المقابل يلتزمون بحالات التنافي المنصوص عليها قانوناً، إضافة إلى الالتزام بالسر المهني.

كما يخضع رئيس وأعضاء السلطة الوطنية لحالات التنافي المنصوص عليها في المادة 26 من القانون رقم 07-18، إذ لا يجوز لهم أن يمتلكوا بصفة مباشرة أو غير مباشرة مصالح في أي مؤسسة تمارس نشاطاتها في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

لضمان أن تقوم السلطة الوطنية بأداء مهامها بكل حياد ونزاهة ألزم المشرع أعضاء السلطة بأداء اليمين أمام مجلس قضاء الجزائر قبل التنصيب في وظائفهم⁽¹⁾، كما يجب على رئيس وأعضاء السلطة الوطنية المحافظة على الطابع السري للمعطيات ذات الطابع الشخصي والمعلومات التي اطلعوا عليها بهذه الصفة ولو بعد انتهاء مهامهم، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك⁽²⁾.

2- الاستقلالية الوظيفية للسلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية:

تظهر الاستقلالية الوظيفية للسلطة الوطنية من خلال تمتعها بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، بالإضافة إلى تمكينها من إعداد نظامها الداخلي.

⁽¹⁾ يؤدي أعضاء السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، قبل التنصيب في وظائفهم اليمين في الصيغة الآتية: "أقسم بالله العظيم أن أؤدي مهمتي كعضو في السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي بكل استقلالية وحياد وشرف ونزاهة، وأن أحافظ على سرية المداولات".

أنظر: المادة 24 من قانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

⁽²⁾ المادة 26 من قانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

أ- التمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري:

إن المفهوم الأصيل للسلطات الإدارية المستقلة لا يعتمد على تمتعها بالشخصية المعنوية، إذ أن التشريعات التي بادرت بإنشاء هذه الهيئات لم تؤصل فكرة الشخصية المعنوية كمظهر من مظاهر استقلاليتها، على خلاف المشرع الجزائري الذي عمل منذ البداية على إضفاء الشخصية القانونية على أولى السلطات الإدارية المستقلة متمثلة في المجلس الأعلى للإعلام⁽¹⁾، إلا أن ذلك في الوقت الحاضر لا يشكل ميزة خاصة ينفرد بها التشريع الجزائري.

فالأصل العام أن السلطات الإدارية المستقلة - في التشريع الفرنسي - لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ويترتب عن ذلك مسؤولية الدولة عن أعمالها، إذ ركز الاجتهاد القضائي الفرنسي بداية عند استعماله لمصطلح السلطات الإدارية المستقلة على كونها إدارات تابعة للدولة تخضع لرقابة الشرعية، ولا تتمتع بالشخصية المعنوية⁽²⁾، ولهذا غالبا ما تمّ الاعتماد على ذلك في تمييزها عن المؤسسات العمومية⁽³⁾، وما يترتب عن ذلك من عدم خضوع السلطات الإدارية المستقلة لأية رقابة وصائية أو سلمية، إضافة إلى عدم قيامها بمهام المرفق العام⁽⁴⁾.

تعني الاستقلالية الوظيفية للسلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي ممارسة مهامها دون الرجوع لسلطة أخرى، كما أن أعمالها لا يمكن إلغاؤها ولا تعديلها من طرف سلطة عليا، وتتمتع السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري⁽⁵⁾، بينما تُقيد ميزانية السلطة الوطنية في ميزانية الدولة وتخضع للمراقبة المالية طبقا للتشريع المعمول به⁽⁶⁾.

(1) تمّ استحداث المجلس الأعلى للإعلام بموجب المادة 59 من القانون 90-07 المؤرخ في 03 أفريل 1990، المتعلق بالإعلام، ج ر ج ج عدد 14، الصادر في 04 أفريل 1990، وتمّ حله بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-13 المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، يخص بعض أحكام قانون رقم 90-07 متعلق بالإعلام، ج ر ج ج عدد 69، الصادر في 27 أكتوبر 1993.

(2) LOMBARD Martine, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », **RJEP** n° 619, avril 2005, p 127.

(3) GENTOT Michel, op.cit, p 102.

(4) CALANDRI Laurence, Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, Extensio Editions, LGDJ, 2008, Paris, p p 442, 443.

(5) المادة 22 الفقرة 02 من قانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(6) المادة 22 الفقرة 03 من قانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

ب- إعداد النظام الداخلي:

تعدّ السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي نظامها الداخلي الذي يحدد كفاءات تنظيمها وسيرها وتصادق عليه، وذلك حسبما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 22 من قانون رقم 07-18، إن تمكين السلطة الوطنية من إعداد نظامها الداخلي يمنحها الصلاحية في إدارة شؤونها الداخلية وتنظيم كيفية سير عملها وتوزيع اختصاصاتها على مختلف المديريات التابعة لها، وهو ما يمنحها الاستقلالية عن أي جهة أخرى فيما يتعلق بالتسيير الإداري الداخلي.

الفرع الثاني: اختصاصات السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية

إن تحقيق حماية فعّالة للمعطيات الشخصية تتطلب إلى جانب تقرير الحقوق والالتزامات اعتماد الآليات التي تسمح بمراقبة مدى الامتثال للقواعد المقررة بموجب القانون، وتسمح لأصحاب الحقوق بالإبلاغ عن الانتهاكات الحاصلة، وذلك عن طريق إنشاء هيئة رقابية مستقلة تتمتع بالصلاحيات التي تحتاجها من أجل فرض احترام نصوص القانون، وقد أكد التنظيم الأوروبي العام بشأن حماية المعطيات الشخصية على ضرورة أن تقوم كل دولة عضو بإنشاء هيئة رقابية مستقلة، تتكفل بالسهر على احترام القواعد المقررة بموجب هذا التنظيم⁽¹⁾.

تكلف السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي بالسهر على مطابقة عمليات معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي لأحكام قانون رقم 07-18، وضمان عدم انطواء استعمال تكنولوجيات الإعلام والاتصال على أي أخطار تجاه حقوق الأشخاص والحريات العامة والحياة الخاصة، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية منح لها المشرع جملة من الصلاحيات، من بينها الصلاحيات التنظيمية (أولاً)، وأخرى استشارية (ثانياً)، كما تتولى السلطة الوطنية صلاحيات أخرى ذات طبيعة تنازعية (ثالثاً).

أولاً: الاختصاصات التنظيمية

يظهر الاختصاص التنظيمي للسلطة الوطنية من خلال سلطة إصدار الأنظمة وأيضاً اختصاصاتها المتعلقة بمنح التراخيص.

1- إصدار الأنظمة:

خوّل المشرع الجزائري السلطة التنظيمية لبعض الهيئات الإدارية المستقلة لغرض تحقيق الضبط الاقتصادي عن طريق إصدار الأنظمة، وتتجلى هذه السلطة في وضع مجموعة من

⁽¹⁾ L'article 51 de règlement (UE) 2016/679, op.cit.

القواعد التي تأتي لتطبيق نصوص تشريعية وتنظيمية سابقة، لذا يسميها البعض بالسلطة التنظيمية التطبيقية.

الملاحظ أن المشرع الجزائري خوّل السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي؛ عن طريق إصدار الأنظمة؛ تحديد الشروط والضمانات المرتبطة بحقوق الشخص المعني، في المجالات المتعلقة بحرية التعبير والصحة والشغل والبحث التاريخي والإحصائي والعلمي والمراقبة عن بعد واستعمال تكنولوجيات الإعلام والاتصال، بالتنسيق مع القطاعات المعنية⁽¹⁾.

كما يمكن للسلطة الوطنية في إطار اختصاصها التنظيمي وضع معايير في مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، وكذلك وضع قواعد السلوك والأخلاقيات التي تخضع لها معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي⁽²⁾.

تتولى السلطة الوطنية بموجب هذه الأنظمة تحديد تطبيقات للقواعد المقررة بموجب هذا القانون على مختلف قطاعات النشاط التي تتضمن معالجة للمعطيات الشخصية، وتتضمن هذه الأنظمة قواعد إلزامية يتعين على جميع الجهات المعنية احترامها، فهي بمثابة نصوص تنظيمية واجبة التطبيق.

كما يمكن للسلطة الوطنية أن تُقرر تأمين الإرسال، لا سيما عن طريق تشفيره في حالة ما إذا كان سير المعطيات ذات الطابع الشخصي في الشبكة، ويمكن أن يحتوي على مخاطر على حقوق الأشخاص المعنيين وحياتهم والضمانات الممنوحة لهم⁽³⁾.

2- منح التراخيص:

تخضع أي معالجة تتضمن أخطارا ظاهرة على ضرورة احترام وحماية الحياة الخاصة، وبعد دراسة التصريح المودع لدى السلطة الوطنية لترخيص مسبق صادر عنها بواسطة قرار مسبب يبلغ إلى المسؤول عن المعالجة في أجل 10 أيام من تاريخ إيداع التصريح، ولا يمكن بأي

(1) المادة 29 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) المادة 25 الفقرة 02 البندين 12 و 13 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(3) المادة 30 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

حال من الأحوال الترخيص لمعالجة المعطيات الحساسة إلا فيما يتعلق بالمصلحة العامة، وتكون ضرورية لضمان ممارسة المهام القانونية للمسؤول عن المعالجة أو بعد موافقة الشخص المعني.

تقرر السلطة الوطنية وجوب إخضاع معالجة معينة للترخيص بإصدار قرار مسبب بذلك، يُبلّغ إلى المسؤول عن المعالجة في أجل 10 أيام التي تلي تاريخ إيداع التصريح⁽¹⁾، ومن تلك اللحظة ينشأ الالتزام بالحصول على الترخيص المسبق.

يقوم المسؤول عن المعالجة بتنفيذ التزامه بالحصول على ترخيص عن طريق تقديم طلب بذلك إلى السلطة الوطنية، لكن لم يحدد المشرع الآثار المترتبة على هذا القرار بالنسبة لعمليات المعالجة التي أجراها المسؤول عن المعالجة بعد تقديم تصريحه، خاصة وأن المادة 13 من القانون رقم 07-18 تحيز له الشروع في المعالجة بمجرد تقديم التصريح، والمنطق يفرض أن يقوم المسؤول عن المعالجة على الأقل بوقف العمليات التي يجريها بخصوص هذه المعطيات الشخصية.

كما حدد المشرع حالات أخرى يكون فيها حصول المسؤول عن المعالجة على ترخيص من السلطة الوطنية شرطاً إلزامياً للقيام بالمعالجة، وتتمثل هذه الحالات في:

- معالجة المعطيات الحساسة حيث تخضع هذه المعطيات لمبدأ المنع من المعالجة⁽²⁾، غير أنه استثناء يمكن للسلطة الوطنية الترخيص بمعالجة هذه المعطيات في حالات حددتها المادة 18 من القانون رقم 07-18، تتمثل في:

❖ إذا كانت المعالجة ضرورية لضمان ممارسة المهام القانونية أو النظامية للمسؤول عن المعالجة.

❖ إذا كانت المعالجة ضرورية لحماية المصالح الحيوية للشخص المعني أو لشخص آخر، وفي حالة وجود الشخص المعني في حالة عجز بدني أو قانوني عن الإدلاء بموافقه.

❖ تنفيذ المعالجة بناء على موافقة الشخص المعني من طرف مؤسسة أو جمعية غير نفعية ذات طابع سياسي أو فلسفي أو ديني أو نقابي، في إطار نشاطاتها الشرعية، شرط أن تخص المعالجة فقط أعضاء هذه المنظمة أو الأشخاص الذين تربطهم بها اتصالات منتظمة تتعلق بغايتها، وألا ترسل المعطيات إلى الغير دون موافقة الأشخاص المعنيين.

(1) المادة 17 الفقرة 02 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) المادة 08 الفقرة 01 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

❖ إذا كانت المعالجة تخص معطيات صرّح بها الشخص المعني علنا عندما يمكن استنتاج موافقته على معالجة المعطيات من تصريحاته.

❖ أن المعالجة ضرورية للاعتراف بحق أو ممارسته أو الدفاع عنه أمام القضاء، وأن تكون قد تمت حصريا لهذه الغاية.

- المعالجة المتعلقة بالربط البيني لملفات تابعة لشخص أو عدة أشخاص معنويين يسيرون مرفقا عموميا لأغراض مختلفة مرتبطة بالمنفعة العامة، بشرط أن يسمح هذا الربط البيني ببلوغ أهداف مشروعة بالنسبة للمسؤول عن المعالجة، مع احترام الحقوق والحريات الممنوحة للأشخاص الطبيعيين (المادة 19 من القانون رقم 07-18)⁽¹⁾.

- المعالجة التي تتضمن نقل المعطيات ذات طابع شخصي إلى دولة أجنبية، بشرط أن تضمن هذه الدولة مستوى حماية كاف للحياة الخاصة والحريات والحقوق الأساسية للأشخاص، ويخضع تقدير مدى توفر مستوى الحماية الكافي للسلطة الوطنية، ومع ذلك يبقى شرط المنع من المعالجة قائما إذا كان نقل المعطيات إلى هذه الدولة فيه مساس بالأمن العمومي أو المصالح الحيوية للدولة.

ثانيا: الاختصاصات الاستشارية

تتولى السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية بعض الصلاحيات الاستشارية، غير أن ذلك لا يعني أن السلطة الوطنية هي هيئة استشارية وإنما فقط يُخول إليها تقديم المشورة، وتعرف الاستشارة بأنها تقديم آراء وتبادل أفكار من أصحاب التخصص، تتميز الاستشارة بأنها

⁽¹⁾ كما نص المشرع على استثناء آخر يتعلق بالمجال الصحي بموجب المادة 21 من القانون رقم 07-18، وهي معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة للبحث والدراسة أو التقييم في مجال الصحة، لكن يغيب عن هذا النص العلة من منع معالجة المعطيات الشخصية لهذه الأغراض وإخضاعها لإلزامية الترخيص المسبق، بالإضافة إلى ذلك فإن هذا النوع من المعالجة تتعلق بمعطيات صحية وجينية والتي تصنف ضمن المعطيات الحساسة، كما أنه وبالرجوع إلى التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE) الذي استمد منه المشرع الجزائري الكثير من الأحكام المقررة في القانون 07-18 فإنه وبالرغم من عدم استعماله لمصطلح المعطيات الحساسة فقد منع معالجة فئات المعطيات التي صنفها المشرع الجزائري بأنها حساسة، وأورد استثناءات على هذا المنع من خلال المادة 09 الفقرة 02 من هذا التنظيم، وهي تتلاءم مع الاستثناءات التي أوردتها المشرع في المادة 21 السالفة الذكر.

- L'article 09 alinéa 02 point de règlement (UE) 2016/679, dispose : « Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'une des conditions suivantes est remplie: ...

j) le traitement est nécessaire à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques, conformément à l'article 89, paragraphe 1, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée... ».

غير ملزمة، فلا تكون الهيئة الموجهة إليها ملزمة بالأخذ بالاستشارة المقدمة من قبل السلطة الوطنية، فيكون لطالب الاستشارة الأخذ بها خاصة وأنها صادرة عن سلطة متخصصة، كما يكون له عدم الاستعانة بها طالما لا يوجد أي نص يلزمه بالأخذ بها.

تُقسم الاستشارة إلى إجبارية واختيارية، وتعتبر الاستشارة اختيارية في حال وجود نص قانوني يلزم الإدارة أن تستشير جهة معينة قبل اتخاذ القرار، دون أن تكون تلك الاستشارة ملزمة لها، فلها مطلق الحرية في الأخذ بالرأي من عدمه، أما في الاستشارة الاختيارية فلا تكون الإدارة ملزمة بأخذ رأي الجهة المستشارة.

يظهر الدور الاستشاري للسلطة الوطنية في مشاركتها في عمليات إعداد النصوص القانونية عن طريق تقديم آراء وتوصيات لدى السلطة التشريعية عند إعداد مشاريع القوانين فيما يتعلق بمجال ضبطها⁽¹⁾.

لا يتوقف الدور الاستشاري للسلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية على مجرد تقديم آراء وتوصيات، بل لها حق تقديم أي اقتراح من شأنه تبسيط وتحسين الإطار التشريعي والتنظيمي لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي⁽²⁾.

رغم فعالية الدور الاستشاري الذي يمكن أن تمارسه هذه السلطة الوطنية بحكم درايته ومعرفتها الفنية للمسائل المتعلقة بحماية المعطيات الشخصية، إلا أنها تبقى مجرد استشارة اختيارية لا تلزم السلطة التشريعية بطلبها أو الأخذ بها، لذلك فإن المعول عليه في هذه النقطة هو أن تبرز السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي بعد تنصيبها كهيئة فعالة في مجال حماية المعطيات الشخصية، وتقوم بالدور المناط لها باستقلالية واحترافية، فتفرض نفسها كسلطة ضابطة مستقلة تعطي لآرائها وتوصياتها قيمة أكبر لدى مختلف الهيئات والجهات.

كما يكون للجنة تقديم الاستشارات للأشخاص والكيانات التي تلجأ لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، أو التي تقوم بتجارب أو خبرات من طبيعتها أن تؤدي إلى مثل هذه المعالجة⁽³⁾، والذي يمكن أن يساعدها على تحسين أدائها في مجال حماية المعطيات الشخصية، وتجنب الوقوع في الانتهاكات التي يمكن أن تؤدي إلى متابعتها جزائياً.

⁽¹⁾ GENTOT Michel, op.cit, p 85.

⁽²⁾ المادة 25 الفقرة 02 البند 8 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

⁽³⁾ المادة 25 الفقرة 02 البند 03 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

ثالثا: الاختصاصات التنازعية

إن ضبط المجالات الاقتصادية غرضه هو إيجاد حلول غير مألوفة في القانون التقليدي، بالاعتماد على سلطة التحكيم وفض المنازعات، فالسلطات الإدارية المستقلة تتصدى مباشرة لكل خرق لقواعد القطاع المراد ضبطه بواسطة توقيع العقوبات.

إن اعتراف المشرع للسلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية بسلطة فض النزاعات القائمة بين المعني والمسؤول عن المعالجة، يُشكل خروجاً عن المفهوم الكلاسيكي للمنازعات القضائية، فيمكن للمنازعات القائمة بين هذه الأطراف أن تُحل وتُسوى عن طريق إجراءات غير قضائية، عن طريق الفصل في الطعون والشكاوى المقدمة لديها من قبل المعنيين بالمعالجة، وتوقيع العقوبات المقررة بموجب القانون رقم 07-18.

1- تلقي الطعون والشكاوى:

تتولى السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي مجموعة من المهام تتضح من خلالها صلاحياتها في الصلح والوساطة، حسبما تضمنته المادة 25 من قانون رقم 07-18: "تلقّي الاحتجاجات والطعون والشكاوى بخصوص تنفيذ معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي وإعلام أصحابها بمآلها".

أ- تلقي الطعون:

باستثناء ما تضمنته المادة 25 السالفة الذكر لم يُوضح المشرع الجزائري طبيعة الطعون التي يمكن أن تتلقاها ولا موضوعها أو الحالات التي يجوز فيها الطعن أمام السلطة الوطنية، غير أنه ومن سياق نصوص القانون رقم 07-18 فإن الحالات التي يكون فيها للمعني تقديم طعون لدى السلطة الوطنية، تتمثل في الردود السلبية التي يمكن أن يتلقاها المعني بالمعالجة عند تقديم طلبات الولوج أو التصحيح أو الاعتراض، المحددة بموجب المواد 34 و 35 و 36 على التوالي.

تُقرر المادة 35 الفقرة الثانية من القانون رقم 07-18 على أنه تختص السلطة الوطنية بتلقي الطعون الصادرة عن المعني بالمعالجة، بسبب الردود السلبية التي يمكن أن يتلقاها من المسؤول عن المعالجة عند تقديم طلبه المتعلق بممارسة حقوقه المقررة بموجب القانون، حيث يتقرر للمعني في حالة رفض طلبه المتعلق بالتصحيح أو عدم تلقيه الرد خلال عشرة أيام أن يقدم طعناً لدى السلطة الوطنية، لتتولى هذه الأخيرة إجراء التصحيحات اللازمة في أقرب الآجال، وبالرغم من عدم وجود نص صريح يحدد طبيعة الإجراء الذي يتخذه المعني في هذه الحالة، إذا ما

كان طعنا أم مجرد طلب تصحيح، والأغلب أنه طعن في الردود السلبية التي تلقاها المعني من المسؤول عن المعالجة.

ب- تلقي السلطة الوطنية للشكاوى:

تختص السلطة الوطنية بتلقي الشكاوي من الأشخاص المعنيين بالمعالجة والمتعلقة بالانتهاكات المحتملة على معطياتهم الشخصية، لم يحدد القانون رقم 07-18 الإجراءات الواجب اتباعها أمام السلطة الوطنية عند تقديم الشكاوى، كما لم تحدد المدة القصوى التي يجب على السلطة أن تتقيد بها للرد على الشكاوي التي تتلقاها.

يؤكد التنظيم الأوروبي العام بشأن حماية المعطيات 2016/679 (UE) على وجوب اعتماد السلطات الرقابية المختصة على تدابير من شأنها تبسيط إجراءات تقديم الشكاوى من قبل المعني، مثل تقديم استمارة شكوى يتم ملؤها وإرسالها إلكترونياً⁽¹⁾، وتضمن القوانين مجانية الخدمات التي تقدمها السلطة الرقابية للمعني في مجال حماية المعطيات الشخصية، بما فيها تلقي الشكاوي ومعالجتها والرد عليها، غير أن المشرع الأوروبي ينص على إمكانية فرض رسوما معقولة على التكاليف الإدارية عندما تقدم طلبات من المعني بشكل مفرط وغير مؤسس⁽²⁾، ويكون على السلطة الإشرافية إبلاغ صاحب الشكاوى بالتقدم الذي أرزته في معالجة شكواه، أو بالنتائج المتوصل إليها⁽³⁾.

2- الاختصاصات العقابية:

أظهرت السلطة القضائية عجزها عن مواكبة النشاط الاقتصادي مما أدى إلى ما يعرف بـ "مبدأ إزالة التجريم"، والاعتراف لسلطات الضبط الاقتصادي بصلاحيات عقابية متفاوتة، وممارسة السلطة الوطنية لاختصاص فرض الجزاءات يُعبر عن امتيازات السلطة العامة، إذ خوّلها المشرع الحق في فرض العقوبات عن طريق اتخاذ التدابير الاحترازية أو فرض العقوبات الإدارية والمالية.

⁽¹⁾ Article 57 alinéa 02 de règlement (UE) 2016/679, dispose: «Chaque autorité de contrôle facilite l'introduction des réclamations visées au paragraphe 1, point f), par des mesures telles que la fourniture d'un formulaire de réclamation qui peut aussi être rempli par voie électronique, sans que d'autres moyens de communication ne soient exclus».

⁽²⁾ Article 57 alinéa 04 de règlement (UE) 2016/679, Ibid.

⁽³⁾ المادة 77 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

أ- التدابير الاحترازية:

إن المخالفات المرتكبة من طرف المسؤول عن المعالجة قد تتطلب اتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية تتميز بطابعها المعنوي، بهدف الوقاية من وضعية لا يمكن الرجوع عنها، أو الحيلولة دون الاستمرار في المخالفة، أو التصحيح عن طريق بعث نوع من التحذير لدى المسؤول عن المعالج.

تتميز التدابير الاحترازية بأنها تدابير مؤقتة تحدد بفترة زمنية محددة حسب السلطة التقديرية للسلطة الوطنية، ومن الإجراءات التي يمكن للسلطة الوطنية اتخاذها ما يلي:

- الأمر بالتغييرات اللازمة لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي المعالجة.

- الأمر بإغلاق معطيات أو سحبها أو ائلافها⁽¹⁾.

- أمر المسؤول عن المعالجة بالامتثال للطلبات المقدمة من المعني والمتعلقة بممارسة حقوقهم المقررة قانوناً.

- فرض قيود مؤقتة أو دائمة كحظر المعالجة.

- الأمر بتعليق تدفق المعطيات الشخصية الموجهة إلى مستلم متواجد في دولة أجنبية⁽²⁾.

إلى جانب هذه التدابير تُخول السلطة الوطنية للقيام بالتحريات المطلوبة ومعاينة المحلات والأماكن التي تتم فيها المعالجة باستثناء محلات السكن، ويمكنها للقيام بمهامها الولوج إلى المعطيات المعالجة وجمع المعلومات والوثائق أيًا كانت دعامتها⁽³⁾.

يكون للسلطة الوطنية الاستعانة بأعوان رقابة تلجأ إليهم للقيام ببحث ومعاينة الجرائم المنصوص عليها في أحكام القانون رقم 07-18، تحت إشراف وكيل الجمهورية⁽⁴⁾، وتتم معاينة الجرائم بواسطة محاضر توجه فوراً إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً⁽⁵⁾، ويكون على السلطة

(1) المادة 25 الفقرة 02 البنذ 06 و 07 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) L'article 58 alinéa 02 de règlement (UE) 2016/679, op.cit.

(3) المادة 49 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(4) المادة 50 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(5) المادة 51 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

الوطنية في إطار ممارستها لمهامها إعلام النائب العام المختص فوراً في حالة معاينة وقائع تحتل الوصف الجنائي⁽¹⁾.

ب- العقوبات الصادرة عن السلطة الوطنية:

بخصوص القرارات العقابية التي تصدرها السلطات الادارية المستقلة، فإنها بحسب الاصل قرارات قضائية من صميم اختصاص القاضي الجزائي، إلا أنها عرفت تحولاً في طابعها القضائي بمجرد تحويل الاختصاص بالنطق بها الى السلطات الإدارية المستقلة، وتصبح هي الأخرى من مظاهر التمتع بامتيازات السلطة العامة كالقرارات الإدارية.

تتباين الصلاحيات العقابية المعترف بها لبعض السلطات الادارية المستقلة، ما بين عقوبات سالبة للحقوق تتراوح ما بين الانذار، التوبيخ، وسحب الترخيص، وعقوبات جزائية مالية، دون أن تتعداها إلى عقوبات سالبة للحرية، والتي تبقى اختصاصاً أصيلاً للقاضي الجزائي.

تصدر السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي مجموعة من العقوبات⁽²⁾، تتدرج ما بين السحب سواء المؤقت أو النهائي، والغرامة المالية.

ب1- العقوبات ذات الطابع الإداري:

دون الإخلال بالعقوبات والجزاءات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم الساري المفعول، يعرض انتهاك أي حكم من أحكام القانون المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي لعقوبات إدارية صادرة عن السلطة الوطنية.

تتمثل العقوبات ذات الطابع الإداري المخولة قانوناً للسلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، في سحب وصل التصريح أو الترخيص إما بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للسلطة الوطنية حسب الحالة ودون أجل سحب وصل التصريح أو الترخيص إذا تبين بعد إجراء المعالجة موضوع التصريح أو الترخيص، أنها تمس بالأمن الوطني أو أنها منافية للأخلاق أو الآداب العامة⁽³⁾.

(1) المادة 25 الفقرة 04 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) المادة 25 من القانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(3) المادة 48 من قانون رقم 07-18، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

- السحب المؤقت لوصل التصريح أو الترخيص:

يمكن أن تتخذ السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي في حق المسؤول عن المعالجة في حال خرقه لأحكام هذا القانون، السحب المؤقت لوصل التصريح أو سحب الترخيص لمدة لا تتجاوز سنة⁽¹⁾، ويترتب على السحب المؤقت توقيف عمليات المعالجة التي تم التصريح بها أو التي مُنح من أجلها الترخيص إلى حين انقضاء المدة المقررة في قرار السحب المؤقت.

- السحب النهائي لوصل التصريح أو الترخيص:

يمكن كذلك للسلطة الوطنية في مواجهة أي خرق أو انتهاك للأحكام المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي السحب النهائي لوصل التصريح أو الترخيص كأقصى عقوبة يمكن أن يتعرض لها المسؤول عن المعالجة، ولم يحدد المشرع الحالات التي تستدعي السحب النهائي للتصريح، إذ ترجع السلطة التقديرية للسلطة الوطنية لتحديد إذا ما كان السحب مؤقت أو نهائي بحسب جسامة الانتهاكات الواقعة من قبل المسؤول عن المعالجة.

ب2- العقوبات ذات الطابع المالي:

العقوبات المالية هي تلك العقوبات التي تمس الذمة المالية للشخص مرتكب المخالفة، وهي عبارة عن غرامات مالية توقع على المؤسسة المخالفة، فإذا كانت الأرباح المالية تعتبر السبب الذي يؤدي بالمشاريع الاقتصادية إلى مخالفة النصوص القانونية المعمول بها، فالعقوبة المالية تعد الوسيلة الفعالة لمواجهة بعض أنواع الجرائم، خاصة المرتكبة في قطاع الأعمال.

أقر المشرع للسلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي صلاحية تقرير عقوبات ذات طابع مالي تتمثل في الغرامة، إذ تصدر السلطة الوطنية غرامة قدرها 500.000 د.ج ضد كل مسؤول عن المعالجة:

- يرفض دون سبب شرعي حقوق الإعلام والولوج أو التصحيح أو الاعتراض المنصوص عليها في قانون رقم 18-07⁽²⁾.

(1) المادة 46 من القانون رقم 18-07، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(2) أما في حالة العود فيعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2) وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل مسؤول عن المعالجة يرفض دون سبب مشروع، حقوق الإعلام أو الولوج أو التصحيح أو الاعتراض المنصوص عليها في قانون رقم 18-07، حسبما تنص عليه المادة 64 من القانون نفسه.

- لا يقوم بالتبليغ المنصوص عليه في المادة 04 من القانون رقم 18-07، وهي الحالة التي يكون المسؤول عن المعالجة غير مقيم على التراب الوطني ويلجأ بغرض معالجة معطيات ذات طابع شخصي إلى وسائل آلية أو غير آلية توجد فوق التراب الوطني، فيلزم في هذه الحالة على المسؤول عن المعالجة؛ دون الإخلال بمسؤوليته الشخصية؛ أن يبلغ السلطة الوطنية بهوية ممثله المقيم بالجزائر الذي يحل محله في جميع حقوقه والتزاماته الناتجة عن أحكام هذا القانون ونصوصه التطبيقية، وفي حالة عدم القيام بالتبليغ المنصوص عليه في هذه المادة يعاقب المسؤول عن المعالجة بغرامة قدرها 500,000 دج.

أما التبليغ الذي ألزمته المادة 14 من القانون رقم 18-07 فيتعلق بالمعلومات والبيانات إلى يتضمنها التصريح والتي حددتها المادة 14 من هذا القانون، ففي حالة تغييرها أو أي حذف يطل المعالجة يلزم على المسؤول عن المعالجة بإخطار وتبليغ السلطة الوطنية بهذه التغييرات، وفي حالة عدم التبليغ تفرض عليها عقوبة الغرامة وقدرها 500,000 دج.

أما التبليغ المنصوص عليه في المادة 16 من هذا القانون فيتعلق بحالة معالجة البيانات الشخصية التي يكون الغرض منها فقط مسك سجل مفتوح ليطلع عليه الجمهور أو كل شخص يثبت أن له مصلحة مشروعة في ذلك، فلا يشترط في هذه الحالة إلزامية التصريح، في المقابل يجب تعيين مسؤول عن معالجة المعطيات يكشف عن هويته للعموم وتبلغ إلى السلطة الوطنية، وفي حالة عدم تبليغ السلطة الوطنية يعاقب بغرامة 500,000 دج.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد حدد غرامة موحدة تطبق على كل مسؤول عن المعالجة يرفض الحقوق المقررة للمعني، ولم يُميز بين صفة هذا المسؤول عند تحديد هذه الغرامة، وعلى العكس من ذلك يُميز المشرع الأوروبي من خلال التنظيم الأوروبي العام المتعلق بحماية المعطيات 2016/679 (UE) عند تحديد مبلغ الغرامة الموقعة على المخالف، بين المسؤول عن المعالجة إذا كان شخص طبيعي وتطبق عليه غرامة معينة، أما إذا كان المسؤول عن المعالجة مؤسسة فإن العقوبة المطبقة تكون المبلغ الأكبر بين مبلغ الغرامة أو نسبة مئوية من رقم الأعمال السنوي⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Article 83 de règlement (UE) 2016/679, op.cit.

تأخذ السلطة الوطنية عند تحديد نوع ومقدار الغرامة المطبقة طبيعة الانتهاكات الحاصلة وخطورتها ومدتها وفئات البيانات الشخصية المعنية، وإذا ما كان الانتهاك قد ارتكب عن قصد أو بسبب الإهمال، ويُؤخذ في الاعتبار أيضا مدى التعاون الذي أبداه مع السلطة الوطنية⁽¹⁾.

المطلب الثاني:

الآليات القضائية لحماية المعطيات الشخصية

تتجلى المخاطر المحيطة بمعالجة المعطيات الشخصية في المجال البنكي في عدم قدرة البنوك على توفير الضمانات القانونية الكافية، والامتثال التام للنصوص القانونية المقررة في هذا الشأن، وبالرغم من أهمية الدور الذي أنيط بالسلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية، فإنه يبقى للآليات القضائية ممثلة في الدعاوى أهميتها الخاصة بسبب ما تُوفره من حقوق وضمانات.

عندما يكون الغرض من الدعوى هو جبر الأضرار التي لحقت بالمستهلك المعني بسبب الاعتداء على معطياته الشخصية فإن الوسيلة التي تستعمل هي دعوى المسؤولية المدنية، فإذا توافرت أركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية حكم القاضي بالتعويض للمعني، كما يكون للمعني طلب وقف أعمال الاعتداء (الفرع الأول)، أما إذا كان الغرض من الدعوى هو توقيع العقوبات الجزائية بسبب ارتكاب أفعال مجرمة فإن الدعوى المرفوعة تتعلق بالمسؤولية الجزائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدعوى المدنية كوسيلة لحماية المعطيات الشخصية

من بين أهم العناصر التي يجب أن يقوم عليها النظام القانوني الحمائي للمعطيات الشخصية هي الدعوى المدنية، الملاحظ غياب أي نص خاص يحدد أنواع الدعاوى المدنية التي يمكن للمعني أن يرفعها بسبب عدم احترام البنك المسؤول عن المعالجة للقواعد القانونية المتعلقة بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات الشخصية، باستثناء النص العام الوارد في المادة 52 من القانون رقم 07-18 التي جاء فيها: "يمكن لكل شخص يدّعي أنه تم المساس بحق من حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون، أن يطلب من الجهة القضائية المختصة اتخاذ أي إجراءات تحفظية لوضع حد لهذا التعدي أو للحصول على تعويض"، تبعا لذلك يكون للمعني طلب وقف أعمال التعدي من خلال رفع دعوى استعجالية أمام الجهات القضائية المختصة (أولا).

⁽¹⁾ Groupe de travail « Article 29 », « Lignes directrices sur l'application et la fixation des amendes administratives aux fins du règlement (UE) 2016/679 », WP 253, 3 octobre 2017.

كما يُقرر النص السالف الذكر الحق في التعويض للمعني، وتبقى القواعد العامة هي المصدر الوحيد الذي يُؤقّر للمعني أساسا قانونيا يقيم عليه دعواه المتعلقة بالمسؤولية المدنية، فإذا وقع المساس بالمعطيات الشخصية بسبب خطأ ناجم عن الإخلال بالتزام عقدي كان للمستهلك المعني رفع دعوى مسؤولية عقدية على البنك، أما إذا وقع الإعتداء على المعطيات الشخصية بسبب الإخلال بالتزام خارج عن العقد (التزام قانوني) فإنه يمكن الرجوع على البنك بدعوى المسؤولية التقصيرية (ثانيا).

أولا: دعوى طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية

يكون للمعني أن يطلب أمام قاضي الاستعجال اتخاذ الإجراءات أو التدابير التحفظية اللازمة لوقف التعدي على معطياته الشخصية، وتعرف التدابير التحفظية بأنها كل إجراء من شأنه أن يحافظ على الحق أو المال دون المساس بحقوق الغير⁽¹⁾، ووردت في نص المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت مسمى "تدابير تحفظية غير منظمة بإجراءات خاصة"⁽²⁾، ويتعذر حصر هذه التدابير في مجالات معينة لأن حقيقتها وطبيعتها تتصل بظروف خاصة من حيث الوقائع المادية أو القانونية التي تدفع المعني بالأمر إلى طلب اتخاذها⁽³⁾، والغرض من هذه التدابير هو وقف الأفعال التي تشكل اعتداء أو مساسا بحقوق المعني.

1- طبيعة الإجراءات التحفظية:

تهدف الإجراءات التحفظية التي يحق للمعني طلبها إلى وضع حد للاعتداء الواقع على المعطيات الشخصية، وهو ما من شأنه يحقق مزايا عديدة للمعني، إذ يُجنبه العديد من الأضرار لا سيما تلك غير القابلة للإصلاح، أو على الأقل التقليل من الأضرار الواقعة في حال استمرار الاعتداء إلى حين الفصل نهائيا في موضوع النزاع.

تتعدد الإجراءات التحفظية التي يمكن اتخاذها ضد البنك وتختلف باختلاف الفعل الذي يُشكل اعتداءً، ويكون لقاضي الاستعجال تقدير الإجراء الذي يراه مناسبا، فقد يتعلق بوقف عمليات المعالجة غير المشروعة التي تتم بالرغم من اعتراض المعني أو دون الحصول على الترخيص

(1) بن ملحّة الغوثي، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000، ص 30.

(2) تنص المادة 299 من القانون رقم 08-09 على أنه: "في جميع أحوال الاستعجال، أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادي عليها في أقرب جلسة...".

(3) زيدان محمد، الإجراءات الاستعجالية في ظل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة الجزائر 01، 2017، ص 53.

اللازم، كما قد يتمثل هذا الإجراء التحفظي في وقف عمليات نقل المعطيات الشخصية إلى الخارج التي تتم دون احترام الشروط القانونية المطلوبة، أيضا يمكن أن يأمر قاضي الاستعجال بحجز الدعائم التي تستعمل لتخزين المعطيات الشخصية للمستهلك بعد قطع العلاقة التعاقدية بما يزيد عن فترة الاحتفاظ المتفق عليها، إلى حين الفصل في النزاع.

تتميز التدابير التحفظية بمجموعة من الخصائص أهمها:

- أنها تدابير مؤقتة فهي تطبق في فترة زمنية محددة تمتد من تاريخ نفاذ الأمر الصادر عن القاضي الاستعجالي إلى تاريخ الفصل في دعوى الموضوع.
- التدابير التحفظية معجلة النفاذ لأنها تتخذ بناء على ضرورة ملحة ومستعجلة، لذلك فإن الأوامر الصادرة بشأنها تكون معجلة النفاذ بالرغم طرق الطعن⁽¹⁾، أي أنها قابلة للتنفيذ حتى قبل صدور الحكم النهائي في موضوع النزاع، وحتى ولو تم الطعن فيها بالاستئناف أو المعارضة، فالإجراءات التحفظية إذا لم تُنفذ تنفيذا معجلا تفقد قيمتها والغرض من الحكم بها⁽²⁾.
- إن الأوامر الصادرة عن القضاء الاستعجالي باتخاذ تدابير مؤقتة لا تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، وهي غير ملزمة لقاضي الموضوع، حيث يمكن لهذا الأخير العمل بها أو تغييرها أو إلغائها⁽³⁾.

2- شروط اللجوء إلى الإجراءات التحفظية:

يلزم لإصدار التدابير التحفظية توفر شرطين هما عنصر الاستعجال، وأن يكون التدبير التحفظي وقتيا لا تمس بأصل الحق.

أ- توافر عنصر الاستعجال:

يُعرف الاستعجال بأنه الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا، أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في اتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد⁽⁴⁾، ويتحقق عنصر الاستعجال كلما توافر أمر يتضمن خطرا داهما أو يتضمن ضررا لا يمكن تلافيه إذا لجأ الخصوم إلى القضاء العادي، أما محكمة النقض المصرية فتعرفه بقولها: "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة

(1) المادة 303 من القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) زيدان محمد، المرجع السابق، ص 70.

(3) بن ملحة الغوثي، المرجع السابق، ص 42.

(4) بلغربي سهيلة، "الاستعجال في مجال الحريات"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي - تبسة،

المجلد 02، العدد 02، سبتمبر 2017، ص 12.

على توافر الخطر والاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقي يرد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق، ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استعجاله إذا ما فات الوقت⁽¹⁾.

كما أبرزت الغرفة الاستعجالية لمجلس قضاء الجزائر عناصر الاستعجال في أحد قراراتها فجاء فيه: "إن تدخل قاضي الاستعجال يكون متى توافر عنصر الاستعجال لإضفاء الحماية الوقتية من أي ضرر وذلك باتخاذ تدبير تحفظي مؤقت، تبرره حالة ضرورة أو الخطر المحدق أو الضرورة القصوى..."⁽²⁾.

يعتبر عنصر الاستعجال شرطا أساسيا لقبول طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية، حيث تنص المادة 924 الفقرة 01 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب"، ويقع على المدعي عبء إثبات وجود عنصر الاستعجال، ويكون للقاضي تقدير مدى توفره وفق ما يراه من ظروف وملابسات الدعوى.

ب- أن تكون التدابير التحفظية وقتية لا تمس بأصل الحق:

عدم المساس بأصل الحق يعني عدم جواز أن يقضي قاضي الاستعجال بكل ما يتعلق بالحق وجودا وعدما، ويقصد بأصل الحق الذي يتمتع على القاضي المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كلا الطرفين قبل لآخر، ولا يجوز النزاع القانوني بينهما، كما ليس له أن يعدل أو يغير من مراكز أحد الطرفين القانوني أو يعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع، أو أن يؤسس قضاؤه في طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية على أسباب تمس الحق، أو أن يتعرض إلى قيمة السندات المقدمة من أحد الطرفين وأن يقضي فيها بالصحة والبطلان، أو يأمر باتخاذ إجراء تمهيدي كالإحالة على التحقيق أو ندب خبير أو استجواب الخصوم أو سماع الشهود أو توجيه اليمين الحاسمة أو المتممة لإثبات أصل الحق، حيث يتعين عليه ترك جوهر النزاع ليفصل فيه قاضي الموضوع⁽³⁾.

(1) بلغربي سهيلة، المرجع السابق، ص 12.

(2) الغرفة الاستعجالية لمجلس قضاء الجزائر، قرار رقم 13/7425، الصادر في 24 فيفري 2014، قرار غير منشور.

(3) الدناصوري عز الدين، عكاز حامد، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء يتضمن أحداث أحكام النقض والدستورية العليا وفقا لأحداث التعديلات، دار الكتب والدراسات العربية، 2017، الاسكندرية، ص 155.

ثانياً: دعوى التعويض

يكون للمعني الحق في اللجوء للقضاء لطلب التعويض عن الأضرار التي لحقته بسبب الإعتداء على معطياته الشخصية، وهذا الحق كرّسه المشرع في نص المادة 52 من القانون رقم 07-18 السالفة الذكر، غير أن هذا النص لم يحدد الأساس الذي يقوم عليه طلب التعويض ولا أحكامه، لذلك تبقى القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية هي المصدر الوحيد للبحث عن الأساس القانوني الذي يمكن أن يقوم عليه طلب التعويض، بالرجوع لأحكام المسؤولية المدنية فإنه يتقرر الحق في التعويض على أساس خطأ عقدي وهنا تقوم مسؤولية المدين العقدي، كما قد تقوم نتيجة خطأ تقصيري (الاخلال بالتزام قانوني) وتعتبر المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية.

1- نطاق إعمال دعوى المسؤولية العقدية:

لا تقرر المسؤولية العقدية للبنك في مواجهة المعني إلا في حالة وجود عقد صحيح يربطهما، لذلك لا يمكن للمعني الرجوع على البنك بدعوى المسؤولية العقدية إلا إذا كان مستهلكا دخل مع البنك في علاقة تعاقدية، كما لا يتحقق للمعني الحق في التعويض إلا إذا توافرت أركان المسؤولية العقدية من خطأ عقدي وضرر وعلاقة سببية.

قد يحدث أن يتضمن العقد المبرم بين البنك والمستهلك بعض الالتزامات الخاصة فيما يتعلق بشروط معالجة المعطيات الشخصية للمستهلك أو حفظها أو نقلها، كما يمكن أن يعترض المستهلك من خلال العقد على أنواع معينة للمعالجة، بحيث يدرج شرط يمنع بموجبه أن تخضع معطياته الشخصية لأنواع معينة من عمليات المعالجة، وفي هذه الحالة يمكن للمستهلك الرجوع على البنك بالتعويض إذا ما خالف إحدى هذه الشروط على أساس مسؤوليته التعاقدية.

في المقابل قد يتضمن العقد بعض الشروط التي تمنح البنك الحق في القيام ببعض أنواع المعالجة المتعلقة بمعطياته الشخصية، ويعتبر هذا العقد بمثابة موافقة مسبقة يمنحها المعني للبنك تمكنه من القيام بعمليات المعالجة التي تتطلب الحصول على هذه الموافقة، كمعالجة المعطيات الحساسة ونقل المعطيات إلى الخارج.

غير أن الملاحظ بالنسبة للعقود البنكية أنها غالباً ما تخضع في كتابتها وتحديد شروطها لسيطرة البنك، لذلك من الغير المتوقع أن تتضمن التزامات إضافية فيما يتعلق بحماية المعطيات الشخصية لمصلحة زبائنه، لذلك فإن الحالات التي يمكن أن يؤسس فيها المستهلك دعوى التعويض التي يرفعها على المسؤولية العقدية نادرة جداً⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ABI-RIZK George Daladier, op.cit, p 394.

2- نطاق إعمال دعوى المسؤولية التقصيرية:

ينشأ الحق في التعويض لكل شخص تعرض لضرر مادي أو معنوي نتيجة الإخلال بالنصوص الحمائية المقررة للمعطيات الشخصية من طرف المسؤول عن المعالجة أو المعالج من الباطن، ويكون كل مسؤول عن المعالجة شارك في المعالجة ملتزماً بالتعويض عن الضرر الناجم عن عمليات المعالجة المخالفة للنصوص القانونية.

إذا تعدد المسؤولون عن المعالجة كان كل واحد منهم مسؤولاً عن كل الضرر⁽¹⁾، إذ يكون المسؤولون عن المعالجة متضامنين فيما يتعلق بدفع التعويض للمعني المتضرر تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بوجود التضامن بين المدينين في المسؤولية التقصيرية⁽²⁾، فإذا قام أحد المسؤولين بدفع التعويض كاملاً للمعني المتضرر، جاز له الرجوع على باقي المسؤولين الذين شاركوا في المعالجة كل بقدر نصيبه.

يكون المعالج من الباطن مسؤولاً في مواجهة المعني عن الأضرار التي لحقته، إذا لم يمثل للالتزامات المقررة بموجب القانون، أو تصرف خارج تعليمات المسؤول عن المعالجة أو بشكل يتعارض معها⁽³⁾.

خطأ البنك الذي يُشكل اعتداء على المعطيات الشخصية للمستهلك المعني هو كل إخلال بقواعد الحماية المقررة بموجب القانون 07-18، فيقع الخطأ بإخلال البنك بإحدى التزاماته القانونية باعتباره مسؤولاً عن المعالجة أو عدم احترامه لحقوق المعني، فمتى ترتب على هذا الخطأ ضرراً مباشراً متوقعاً يصيب المعني، وجب على البنك التعويض طبقاً لنص المادة 124 من القانون المدني، وتتعدد الأفعال التي يرتكبها البنك والتي تعتبر خطأً تقصيري موجباً للتعويض ومن أمثلتها ما يلي: - نقل المعطيات الحساسة إلى الخارج دون مراعاة للشروط القانونية المطلوبة خاصة تلك المتعلقة بالحصول على ترخيص من السلطة الوطنية أو الحصول على موافقة المعني.

⁽¹⁾ L'article 82 de règlement (UE) 2016/679, op.cit.

⁽²⁾ تنص المادة 126 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، على أنه: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

⁽³⁾ تنص المادة 41 من القانون رقم 07-18 على أنه: "لا يجوز لأي شخص يعمل تحت سلطة المسؤول عن المعالجة أو سلطة المعالج من الباطن الذي يلج إلى معطيات ذات طابع شخصي، أن يعالج هذه المعطيات دون تعليمات المسؤول عن المعالجة، باستثناء تنفيذ التزام قانوني".

- إساءة جمع المعطيات الشخصية واستخدامها في غير الغرض المخصص لها، وهي من أكثر الأخطار التي تهدد حقوق المعني، حيث يتم جمع المعطيات عن الأشخاص مع عدم معرفة أوجه استخدامها في المستقبل، خاصة عندما يتعلق الأمر بقواعد البيانات الخاصة التي تنشؤها البنوك، إذ تقوم بجمع معطيات تتعلق بزبائنهم سواء عن حياتهم الشخصية أو حجم معاملاتهم ومنافسهم وزبائنهم، مما يهدد سرية حياتهم الخاصة⁽¹⁾.

يعد انتهاكاً لحقوق المعني استخدام المعطيات التي تم جمعها عن الأفراد في غير الغرض المخصص لها أو استخدامها في غير ما يلائم صاحبها أو يوافق عليه أو دون رضاه، بالإضافة إلى جمع بيانات دون سبب مشروع، وهو هي تشكل خطأ تقصيري موجب للمسؤولية⁽²⁾.

- إحتواء قواعد البيانات التي تعدها البنوك على معطيات غير دقيقة، إن من أكبر معالم خطر بنوك المعلومات على الحياة الخاصة، ما يمكن أن تحويه من معطيات غير دقيقة أو غير صحيحة، أو معلومات غير كاملة لم يجر تعديلها بما يكفل إكمالها وتصويبها، فلم تقتصر خطورة الأجهزة الالكترونية المستخدمة على ما يمكن أن تحويه أو تحلله من معطيات صحيحة، بل تظهر أيضاً في حالة الخطأ أو التحويل في المعطيات التي تسجل عن المستهلك⁽³⁾، مما قد يعطي صورة غير حقيقية عن حالة الزبائن.

قد يرجع عدم الدقة في المعطيات الشخصية أو عدم صحتها إلى أخطاء تقنية أو بشرية، والأخطاء التقنية هي التي قد تحدث من جهاز الحاسب الآلي ذاته، والتي يكون مرجعها إلى عيب فني في الجهاز أو اختلال الضغط الكهربائي، الذي يترتب عليه دمج البيانات المختلفة واختلال في تصنيفها أو تنظيمها أو محوها أو تسجيلها، مما ينتج عنه نسبة معلومات معينة لأشخاص لا تتعلق بهم، ويعطي صورة غير حقيقية عن وضعهم المالي أو المهني⁽⁴⁾، وبالتالي إعطاء معلومات غير صحيحة عن العمليات التحليلية التي يقوم بها، وما يترتب على ذلك من أضرار جسيمة بالأفراد، يكون البنك مسؤولاً عن تعويضها على أساس مسؤولية حارس الشيء⁽⁵⁾.

أما الخطأ البشري فهو الذي يقع عادة من الأشخاص القائمين بعمليات التجميع أو الحفظ للمعطيات أو ترتيبها أو تصنيفها أو توزيعها، فقد يحدث خطأ في مرحلة من المراحل السابقة، مما ينتج عنه دمج بيانات مختلفة عن أشخاص مختلفين، وخروج معلومات غير صحيحة عن كل منهم

(1) FERAL-SCHUHL Christiane, Cyber droit, 2^e édition, Dalloz, France, 2012, p.63.

(2) Ibid, p 64.

(3) ABI-RIZK George Daladier, op.cit, p 381.

(4) مصطفى محمد موسى، المرجع السابق، ص 210.

(5) أنظر هذه الأطروحة، ص ص 274-277.

لا سيما أن أصحاب هذه المعطيات في أغلب الأحيان لا يكونون حاضرين في وقت إجراء هذه العمليات والتأكد من صحة هذه المعطيات⁽¹⁾.

نتيجة لذلك يكون البنك ملزماً بالتعويض في مواجهة المستهلك عن الأضرار التي تلحق هذا الأخير بسبب الأخطاء التي يرتكبها والمتعلقة بمعالجة معطياته الشخصية، فيكون ملزماً بالتعويض عن إساءة استخدام المعطيات في غير الغرض المخصص لها أو جمعها بغير سبب مشروع، أو دون علم المعني أو جمعها من مصادر مزورة، أو أن تكون بطبيعتها لا يجب جمعها عن الأفراد لتعلقها بحياتهم الخاصة.

تعترض المعني عند رجوعه على البنك المسؤول عن المعالجة بالتعويض صعوبات متعلقة بإثبات الخطأ، فقد لا يتمكن المعني من الحصول على الأدلة المادية التي تمكنه من إثبات وقوع خطأ من جانب البنك، لذلك كان الأجدر بالمشروع من أجل تحقيق فعالية أكبر للقواعد الحمائية المقررة بموجب القانون رقم 07-18 أن ينقل عبء الإثبات على المسؤول عن المعالجة، بأن يُثبت امتثال عمليات المعالجة التي يجريها للأحكام القانونية المقررة⁽²⁾.

الفرع الثاني: دعوى المسؤولية الجزائية

تقتضي أهمية القواعد القانونية المتعلقة بحماية المعطيات الشخصية ضرورة تكريس آليات جزائية ردعية لضمان تطبيقها واحترامها، وبالفعل فقد خصص المشرع الجزائري في القانون رقم 07-18 الفصل الثالث من الباب السابع لتقرير الأحكام الجزائية المطبقة في حال مخالفة نصوص القانون، إن استحداث نصوص تجزيمية خاصة من خلال هذا القانون لا تعني بالضرورة استبعاد تطبيق العقوبات المقررة في القواعد العامة والمنصوص عليها في قانون العقوبات، فقد جاء في نص المادة 54 من القانون رقم 07-18 عبارة "دون الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول..."، وبالتالي فإنه يكون للقاضي إسناد الفعل إلى إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات مادام تتضمن عقوبة أشد من تلك المنصوص عليها في القانون رقم 07-18.

(1) أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 59.

(2) Considérant 74 de règlement (UE) 2016/679 dispose : « Il importe, en particulier, que le responsable du traitement soit tenu de mettre en œuvre des mesures appropriées et effectives et soit à même de démontrer la conformité des activités de traitement avec le présent règlement, y compris l'efficacité des mesures. Ces mesures devraient tenir compte de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que du risque que celui-ci présente pour les droits et libertés des personnes physiques ».

من الجرائم التي يمكن أن تقع بسبب المساس بالمعطيات الشخصية جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة⁽¹⁾، وكذا جريمة الاعتداء على حرمة المراسلات⁽²⁾، كما يمكن أن يُسأل البنك عن جريمة إفشاء الأسرار المهنية تطبيقاً للمواد 301 و 303 مكرر من قانون العقوبات.

بالإضافة إلى نصوص قانون العقوبات، باعتبار المجال العادي لتجريم الأفعال وتوقيع العقوبات، أورد المشرع الجزائري نصوص خاصة يمكن أن تطبق في مجال الحماية الجزائية للبيانات الشخصية، ويمكن تصنيف هذه الجرائم ضمن طائفتين، الجرائم الماسة بالقواعد الإجرائية للمعالجة (أولاً)، والجرائم الماسة بالقواعد الموضوعية للمعالجة (ثانياً).

أولاً: الجرائم الماسة بالقواعد الإجرائية للمعالجة

يقتضي القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ضرورة احترام مجموعة من القواعد الإجرائية التي نص عليها المشرع بهدف حماية الأشخاص الطبيعيين، حيث يلزم المسؤول عن المعالجة ضرورة القيام ببعض الشكليات المسبقة، ومخالفة هذه الشكليات يعد جريمة معاقب عليها قانوناً، كما يدخل في نطاق هذه الجرائم عدم الامتثال للالتزامات المقررة في مواجهة السلطة الوطنية.

1- جرائم عدم استيفاء الإجراءات المسبقة للمعالجة:

يتعين على المسؤول عن المعالجة استيفاء بعض الإجراءات والشروط قبل معالجة المعطيات الشخصية، والمتمثلة في الحصول على الموافقة المسبقة للمعني، كما يلتزم بالقيام بالتصريح لدى السلطة الوطنية وفي حالات معينة الحصول على الترخيص، وإن القيام بمعالجة المعطيات الشخصية دون استيفاء هذه الإجراءات يعتبرها المشرع جريمة معاقب عليها.

أ- جريمة معالجة المعطيات الشخصية دون موافقة المعني أو بالرغم من اعتراضه:

جرّم المشرع القيام بمعالجة المعطيات الشخصية دون الحصول على الموافقة الصريحة للمعني في الحالات التي يستوجب القانون الحصول على موافقته، وكذا في حالة ما عبّر بشكل صريح عن اعتراضه على المعالجة، وتقع هذه الجريمة بالمخالفة لأحكام المادة 07 والمادة 36 من

(1) المواد من 303 إلى 303 مكرر 1 من الأمر رقم 66-156، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

(2) اكتفى المشرع لقيام جريمة الاعتداء على حرمة المراسلات، القيام بعملتي فض واتلاف الرسائل أو المراسلات الموجهة إلى الغير، فهذه الجريمة تتحقق في صورتين تتمثل بفض أو فتح الرسائل أو المراسلات وإفشاء ما تحتويه من أسرار للغير، كما يشترط لقيام هذه الجريمة نية الإضرار بالغير بفعل الفتح أو اتلاف رسائل أو مراسلات الغير، مما يستبعد مسؤولية الشخص الذي يفتح رسالة ويطلع على محتواها ظناً منه أنها موجهة إليه، إلا أنه ملزم بإثبات حسن نيته، (المادة 303 من الأمر رقم 66-156 المعدل والمتمم، المرجع السابق).

القانون رقم 07-18، حيث تنص المادة 55 من هذا القانون على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج كل من قام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي خرقاً لأحكام المادة 07 من هذا القانون.

ويعاقب بنفس العقوبة كل من يقوم بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي رغم اعتراض الشخص المعني، عندما تستهدف هذه المعالجة لا سيما الإشهار التجاري أو عندما يكون الاعتراض مبنياً على أسباب شرعية".

حتى تقع جريمة القيام بمعالجة المعطيات الشخصية بالرغم من اعتراض المعني فإنه يتعين أن يستجيب هذا الاعتراض للشروط القانونية المحددة في المادة 55 من القانون رقم 07-18 خاصة فيما يتعلق بشرط أن يكون الاعتراض مبنياً على أسباب مشروعة⁽¹⁾، وتعتبر رسائل الإشهار التجاري من الأسباب المشروعة للإعتراض، منها رسائل الكوكينز التي تنتقل إلى نظام المستخدم بمجرد دخوله للموقع وتتمكن من تسجيل معطيات تخص المستخدم⁽²⁾.

يُميز المشرع بين هذه الجريمة وجريمة عدم احترام حقوق المعني بما فيها الحق في الاعتراض، غير أن هذا التمييز لا يبدو في محله، لأن رفض اعتراض المعني يتم من خلال معالجة المعطيات الشخصية بالرغم من اعتراضه⁽³⁾، وهو ما سيضع القاضي في حرج عند الحكم بالعقوبة لأنه سيكون أمام عقوبتين مختلفتين لنفس الفعل.

ب- جرائم عدم الامتثال للإجراءات المقررة في مواجهة السلطة الوطنية:

ب1- جريمة معالجة معطيات شخصية دون تصريح أو من غير ترخيص:

إن قيام البنك بأي معالجة للمعطيات الشخصية دون تصريح بذلك أو من غير الحصول على الترخيص اللازم من السلطة الوطنية⁽⁴⁾ يعد جريمة يعاقب عليها بموجب المادة 56 من

(1) أنظر هذه الأطروحة، ص 326.

(2) مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص ص 335-336.

(3) طبّاش عز الدين، "الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري، دراسة في ظل قانون 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، العدد 02، 2018، ص 38.

(4) من تطبيقات هذه الجريمة في القضاء الفرنسي الحكم الصادر بإدانة مسؤول عن موقع إلكتروني أدرج اسم شخص في محتوى الموقع، وقد اعتبرت المحكمة أن العملية تعتبر معالجة آلية للمعطيات الشخصية تستوجب أن تخضع لتصريح مسبق.

- DROURD Etienne, « Libertés publiques. TGI. Villefranche-sur-Saône, 18 février 2003 », *Gazette du Palais*, n°130, du 10 mai 2003, p 12.

القانون رقم 07-18⁽¹⁾، كما يخضع لنفس العقوبة المسؤول عن المعالجة الذي يقوم بتقديم تصريحات كاذبة عند التصريح لدى السلطة الوطنية أو في طلب الترخيص، ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة أيضا في حالة مواصلة عمليات المعالجة بالرغم من سحب وصل التصريح أو الترخيص الممنوح من السلطة الوطنية.

ب2- جريمة عدم إعلام السلطة الوطنية بالانتهاكات الواقعة على المعطيات الشخصية:

تقع هذه الجريمة خلافا للالتزام المقرر على المسؤول عن المعالجة بموجب المادة 43 من القانون رقم 07-18، حيث يلتزم المسؤول عن المعالجة بالإبلاغ عن أي انتهاك للمعطيات الشخصية المعالجة في شبكات الاتصالات الإلكترونية المفتوحة للجمهور إذا أدت إلى المساس بحياته الخاصة، ولم يحدد المشرع المدة التي يجب أن يتم خلالها هذا الإخطار، في حين حددته المادة 33 من التنظيم الأوروبي 2016/679 (UE) بـ 72 ساعة من اكتشاف الانتهاك للتمكن من الحد من مدى هذا الانتهاك قدر الإمكان، فإذا لم يتم إخطار السلطة الرقابية خلال المدة المحددة وجب إرفاق هذا الإخطار بأسباب التأخير، ويُعفى المسؤول عن المعالجة الذي يتخذ إجراءات الأمانة اللازمة من هذا الالتزام⁽²⁾، لأن استعمال تقنيات التشفير مثلا لحماية المعطيات الشخصية للزبائن تحول هذه المعطيات إلى رموز غير مفهومة لا يمكن لأي شخص غير مصرح له قراءتها. بمقتضى نص المادة 56 السالفة الذكر فإن المشرع يعاقب كل من أمر بإجراء المعالجة بذات العقوبة المقررة لمن يقوم بالمعالجة، وذلك كفاعلين أصليين للجريمة، وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المادية التي يفترض توافر القصد الجنائي فيها بمجرد ارتكاب الفعل⁽³⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة 56 من القانون رقم 07-18 على أنه: "يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج كل من ينجز أو يأمر بإنجاز معالجة معطيات ذات طابع شخصي دون احترام الشروط المنصوص عليها في المادة 12 من هذا القانون.

ويعاقب بنفس العقوبات كل من قام بتصريحات كاذبة أو واصل نشاط معالجة المعطيات رغم سحب وصل

التصريح أو الترخيص الممنوح له".

⁽²⁾ L'article 33 alinéa 01 de la règlement (UE) 2016/679, dispose : « 1. En cas de violation de données à caractère personnel, le responsable du traitement en notifie la violation en question à l'autorité de contrôle compétente conformément à l'article 55, dans les meilleurs délais et, si possible, 72 heures au plus tard après en avoir pris connaissance, à moins que la violation en question ne soit pas susceptible d'engendrer un risque pour les droits et libertés des personnes physiques. Lorsque la notification à l'autorité de contrôle n'a pas lieu dans les 72 heures, elle est accompagnée des motifs du retard ».

⁽³⁾ محمد أمين الشوابكة، المرجع السابق، ص 89.

2- جريمة عرقلة عمل السلطة الوطنية:

يتحقق الركن المادي لجريمة عرقلة عمل السلطة الوطنية المنصوص عليه في المادة 61 من القانون رقم 07-18 بالقيام بأحد الأفعال التالية:

- الإعتراض على إجراء عملية التحقق في عين المكان.
- رفض تزويد أعضائها أو الأعوان الذين وضوعوا تحت تصرفها بالمعلومات والوثائق الضرورية لتنفيذ المهمة الموكلة لهم من طرف السلطة الوطنية، أو إخفاء أو إزالة الوثائق أو المعلومات المذكورة، أو عن طريق إرسال معلومات غير مطابقة لمحتوى التسجيلات وقت تقديم الطلب أو عدم تقديمها بشكل مباشر وواضح.
- إرسال معلومات غير مطابقة لمحتوى التسجيلات وقت تقديم الطلب أو عدم تقديمها بشكل مباشر وواضح.

يعاقب على هذه الجريمة حسب المادة 61 السالفة الذكر بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 60.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ثانيا: الجرائم الماسة بالقواعد الموضوعية للمعالجة

استحدثت المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 07-18 مجموعة من الأفعال المجرمة التي تقع مخالفة للقواعد الحمائية المقررة بموجب هذا القانون، وحدد العقوبات الجزائية التي تُوقع على المسؤول عن المعالجة في حال ارتكاب أي فعل من هذه الأفعال، من هذه الجرائم ما جاء مخالفة للقواعد الموضوعية المقررة لحماية المعطيات الشخصية، وتتمثل في:

1- الجرائم المتعلقة بجمع المعطيات الشخصية:

قد يرتكب البنك المسؤول عن المعالجة مخالفات عند جمع المعطيات الشخصية، منها ما يتعلق بعدم قانونية عملية الجمع لأنها جاءت مخالف للمنح الوارد في نص القانون، ومنها ما يتعلق بعدم مشروعية الأساليب المستعملة في جمع المعطيات.

أ- جمع معطيات شخصية ممنوع جمعها قانونا:

تتميز هذه الجريمة بأنها تتعلق بنوع خاص من المعطيات الشخصية، وهي تلك المعطيات المتعلقة بالماضي الجزائي للشخص المعني، حيث تنص المادة 68 من القانون رقم 07-18 على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 60.000 دج إلى

300.000 دج كل من قام في غير الحالات المنصوص عليها قانوناً، بوضع أو حفظ في الذاكرة الآلية، المعطيات ذات الطابع الشخصي بخصوص جرائم وإدانات أو تدابير أمن".

يقصد بعملية وضع المعطيات الشخصية إدراج هذه المعطيات في سجلات معلوماتية مهما كانت طبيعتها ولو لم تكن مخصصة لهذا الغرض كالسجلات المتعلقة بتسيير المستخدمين⁽¹⁾، أما الحفظ فيعني الإبقاء على هذا النوع من المعطيات داخل الذاكرة الآلية عن طريق تسجيلها، لذلك فإن هذه الجريمة تعتبر من الجرائم المستمرة بدءاً من عملية الجمع إلى حين انتهاء مدة الحفظ⁽²⁾.

ب- استعمال الأساليب غير المشروعة في جمع المعطيات الشخصية:

ورد النص على هذه الجريمة في المادة 59 من القانون 07-18 التي تُعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج، كل من قام بجمع معطيات ذات طابع شخصي بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة، ويشترط لقيام هذه الجريمة استعمال طرق تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة، وتعتبر هذه العبارات فضفاضة تفتقر للدقة والوضوح الذي يقتضيه مبدأ الشرعية، لذا فهي تمنح سلطة واسعة للقاضي الجزائي من أجل تفسيرها⁽³⁾.

يقصد بالطريقة التدليسية استعمال وسائل الخداع والاحتتيال بما في ذلك الكذب على الشخص المعني للتأثير على إرادته، أما الطريقة غير النزيهة فتعني مخالفة الجاني لواجباته الأخلاقية أثناء ممارسة مهنته أو وظيفته أو في تعامله مع الجمهور أثناء جمعه المعطيات ذات الطابع الشخصي⁽⁴⁾، وكان الأجدر بالمشروع الاكتفاء بعبارة "غير مشروعة" لأنها تتضمن الوسائل التدليسية والوسائل غير النزيهة.

2- الجرائم المتعلقة بتسيير المعطيات الشخصية:

يتعلق هذا النوع من الجرائم بمختلف الأفعال المرتكبة أثناء معالجة المعطيات الشخصية خلافاً للنصوص القانونية المنظمة، ويمكن تقسيم هذه الجرائم إلى:

(1) طبّاش عز الدين، المرجع السابق، ص 33.

(2) المرجع نفسه، ص 33.

(3) GASSIN Raymond, « Informatique et liberté », *Encyclopédie juridique Dalloz*, répertoire de droit pénal et procédure pénale, tome 3, janvier 1989, p 06.

(4) طبّاش عز الدين، المرجع السابق، ص 32.

- جريمة معالجة المعطيات الشخصية دون احترام الكرامة الإنسانية والحياة الخاصة والحريات العامة، والتي عوقب عليها بموجب المادة 54 من القانون 07-18 بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج.

- جريمة معالجة المعطيات الشخصية لأغراض أخرى غير تلك التي صرح بها أو حصل من أجلها على الترخيص، حيث تنص المادة 58 من القانون رقم 07-18 على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وبغرامة من 60000 دج إلى 100000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من قام بإنجاز أو باستعمال معالجة معطيات لأغراض أخرى غير تلك المصرح بها أو المرخص بها"، ويقع الفعل المادي لهذه الجريمة بتغيير هدف وغاية المعالجة كأن يوسع من نطاق المعالجة فتشمل أهدافا أخرى⁽¹⁾، ويستوي أن يكون هذا الغرض الجديد مشروعاً أو غير مشروع، فالجريمة تقع بسبب الخروج عن الغرض المحدد وليس عن عدم مشروعية الغرض.

الملاحظ بساطة العقوبة المطبقة على هذه الجريمة مقارنة بالجريمة المنصوص عليها في المادة 56 من القانون رقم 07-18 والمتعلقة بمعالجة معطيات شخصية دون تصريح أو ترخيص، على الرغم من خطورة الآثار التي قد تترتب عليها، إذ تستغل بعض الجهات أجهزة الحاسوب وإمكاناتها التخزينية التي تستخدمها بعض منظمات ومؤسسات الخدمات المعلوماتية للتعرف على تحركات الأفراد ومعظم خصوصياتهم مما يجعل الشخص أسيراً للمعلومات التي جمعت عنه وخزنت في هذه الآلة⁽²⁾.

- جريمة الاحتفاظ بالمعطيات خارج المدة المحددة (المادة 65 الفقرة 02 من القانون رقم 07-18)، ويقع السلوك الإجرامي في هذه الجريمة بمجرد الإبقاء أو الاحتفاظ بالمعطيات الشخصية بالرغم من انتهاء المدة المقررة للمعالجة في التصريح أو الترخيص الممنوح⁽³⁾ أو بنص القانون، ويعاقب على هذه الجريمة بغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج.

⁽¹⁾ GASSIN Raymond, op.cit, p 08.

⁽²⁾ مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 474.

⁽³⁾ ألزمت المادة 14 من القانون رقم 07-18 أن يتم تحديد مدة المعالجة من خلال التصريح أو الترخيص الممنوح، وتشترط المادة 09 من نفس القانون ألا تتجاوز هذه المدة تلك اللازمة لإنجاز الأغراض التي من أجلها تم جمعها ومعالجتها.

- جريمة عدم الالتزام بالسلامة، وتقع هذه الجريمة بعدم احترام الالتزامات المقررة بموجب المادتين 38 و 39 من القانون رقم 07-18، ويقع الركن المادي للجريمة نتيجة أي تقاعس في اتخاذ الترتيبات التقنية والتنظيمية الكافية التي تؤثر على سلامة المعطيات الشخصية⁽¹⁾.

- جريمة الإفشاء غير المشروع للمعطيات الشخصية، إذ يمكن أن يعاقب المسؤول عن المعالجة عن إفشاء المعطيات الشخصية التي تحصل عليها عند أدائه لوظيفته أو مهامه لشخص ليس من حقه الإطلاع عليها تطبيقا لنص المادة 301 من قانون العقوبات، ويطبق ذات الحكم على أعضاء اللجنة الوطنية والأمين التنفيذي وكل مستخدمي الأمانة العامة⁽²⁾.

كما قد يقع فعل إفشاء السر عن طريق السماح لأشخاص غير مؤهلين بالولوج لمعطيات شخصية، غير أن هذا السلوك يشكل الركن المادي لجريمة مختلفة تم النص عليها في المادة 60 من القانون رقم 07-18، والمعاقب عليها بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج، ويقع فعل السماح المكون للفعل المادي للجريمة بعدة أساليب، كمنح كلمة المرور للدخول إلى النظام المعلوماتي أو بترك النظام مفتوحا لتسهيل الإطلاع، أو بعدم الاعتراض على الدخول إلى المعطيات بالرغم من العلم بذلك⁽³⁾، أما الشرط الثاني لقيام الجريمة فيتمثل أن يتم الولوج من أشخاص غير مؤهلين، ويكون الشخص مؤهلا إذا كانت وظيفته تسمح له بالولوج إلى المعطيات الشخصية، كما يكون مؤهلا المرسل إليه المحدد بموجب التصريح أو الترخيص.

من الجرائم المرتبطة بجريمة عدم الالتزام بالسرية جريمة التسبب في الاستعمال التعسفي أو التدليسي للمعطيات الشخصية أو المستلمة أو إيصالها إلى غير المؤهلين، المنصوص عليها في المادة 69 من القانون رقم 07-18⁽⁴⁾، وتقع هذه الجريمة الأخيرة من أشخاص معينين (المسؤول

(1) تنص المادة 65 الفقرة 01 من القانون رقم 07-18 على أنه: "دون الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، يعاقب بغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج المسؤول عن المعالجة الذي يخرق الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 38 و 39 من هذا القانون".

(2) المادة 62 من القانون رقم 07-18، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(3) طباش عز الدين، المرجع السابق، ص 56.

(4) تنص المادة 69 من القانون رقم 07-18 على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل مسؤول عن معالجة وكل معالج من الباطن وكل شخص مكلف، بالنظر إلى مهامه، بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي، يتسبب أو يسهل، ولو عن إهمال، الاستعمال التعسفي أو التدليسي للمعطيات المعالجة أو المستلمة أو يوصلها إلى غير المؤهلين لذلك".

عن المعالجة، المعالج، كل شخص مكلف)، كما تقع هذه الجريمة سواء وقع الفعل المادي للجريمة عن قصد أو عن إهمال، حيث توقع في كلا الحالتين العقوبة ذاتها، بالرغم من أن منطق التجريم يقتضي التمييز بين القصد والإهمال عند تحديد العقوبة الموقعة، كما أن هذه المسألة يشوبها اللبس عند تحديد الركن المعنوي للجريمة، لأن صورة الفعل العمد تتحقق بتوافر القصد الجنائي العام والذي يقوم بتوافر عنصرى العلم والإرادة، أما صورة الفعل الخطأ إذا كان الفعل قد وقع نتيجة إهمال أو رعونة أو عدم انتباه⁽¹⁾.

تختلف هذه الجريمة الأخيرة عن جريمة السماح للغير بالولوج في أن هذه الأخيرة قد تقع بطريق سلبي، كما أن الشخص غير المؤهل للإطلاع على المعطيات في هذه الجريمة يستقبل فقط تلك المعطيات، وبالتالي يبقى دوره سلبيا عكس دوره في جريمة السماح بالولوج، فإن الشخص غير المؤهل يلعب دورا إيجابيا باعتباره يقوم هو نفسه بالولوج لمعطيات لا يحق له أن يطلع عليها⁽²⁾.

3- الجرائم المتعلقة بالمساح بحقوق المعني:

يعتبر رفض المسؤول عن المعالجة دون سبب مشروع حقوق الإعلام أو الولوج أو التصحيح أو الاعتراض، جريمة يعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽³⁾، ولا تطبق هذه العقوبة إلا في حالة العود⁽⁴⁾، ويقع السلوك المادي لهذه الجريمة عند عدم قبول المسؤول عن المعالجة طلبات ممارسة المعني لحقوقه، ولم يحدد المشرع شكل هذا الرفض سواء صدر شفويا أو كتابيا أو ضمنا أو صريحا، كما لم يتم تجريم الرفض مطلقا، إذ يجوز رفض الاعتراف بتلك الحقوق إذا كان يحمل طابعا تعسفيا⁽⁵⁾.

يسأل البنك جنائيا عن الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم 18-07 باعتباره شخص معنوي، وتنص المادة 70 من هذا القانون على أن تقرير العقوبة للأشخاص المعنوية المسؤولة عن المعالجة يتم وفقا لقواعد قانون العقوبات، وطبقا للمادة 18 مكرر من هذا القانون فإن العقوبات

(1) محمد أمين الشوابكة، المرجع السابق، ص 104.

(2) طبّاش عز الدين، المرجع السابق، ص 58.

(3) المادة 64 من القانون رقم 18-07، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

(4) تنص المادة 47 الفقرة الثانية من القانون رقم 18-07 على أنه: "في حالة العود، تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 64 من هذا القانون".

(5) طبّاش عز الدين، المرجع السابق، ص 45.

التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجرح والجنايات هي الغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة، كما يمكن أن يتعرض للعقوبات التكميلية المحددة في الفقرة 02 من نفس المادة⁽¹⁾، ويكون للقاضي أن يأمر بمسح كل أو جزء من المعطيات ذات الطابع الشخصي التي هي محل معالجة والتي نتج عنها ارتكاب الجريمة، على أن يكون لمستخدمي السلطة الوطنية معايينة عملية المسح⁽²⁾.

منح القانون رقم 18-07 للمستهلك الأدوات القانونية الكافية لحماية معطياته الشخصية في مواجهة البنك، سواء من حيث الحقوق الممنوحة له أو الالتزامات المفروض عليه، غير أن المشكلة الأساسية التي تعيق تفعيل هذه الحماية الممنوحة بموجب النصوص القانونية هي مراقبة مدى امتثال البنوك لالتزاماتها القانونية، فمن المستحيل من الناحية العملية للمستهلك أن يعرف بدقة جميع عمليات المعالجة التي مست معطياته الشخصية، وإن كانت قد تمت للأغراض المحددة لها أم لا، لذلك فإن تحقيق الفعالية في مجال حماية المعطيات الشخصية في القطاع البنكي متوقف على تفعيل دور السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية، باعتبارها الهيئة الوحيدة المخولة القادرة على التحقق من امتثال البنوك للنصوص القانونية المطبقة، كما أنه قد أصبح من الضروري اعتبار مبدأ حماية المعطيات الشخصية للزبائن من أخلاقيات المهنة البنكية واعتبارها عنصرا بارزا في تقييم أداء البنوك وتعزيز الثقة الممنوحة لهم.

(1) تنص المادة 18 مكرر الفقرة 02 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، على أنه: " 2 -

واحد أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية: - حل الشخص المعنوي،

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات،

- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات،

- المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات،

- المنع من مزاوله نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات،

- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها،

- نشر وتعليق الحكم بالإدانة،

- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو أدى إلى ارتكاب الجريمة بمناسبتها".

(2) الفقرة المادة 70 الفقرتين 02 و 03 من القانون 18-07، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

حماية المستهلك من المخاطر الناجمة عن استعمال التكنولوجيا عند تقديم الخدمات البنكية تقتضي البحث في ميكانيزمات العمل البنكي الإلكتروني ومتطلباته لتحديد القواعد القانونية المنظمة، وقد تعرض المشرع الجزائري في بعض نصوص القانون البنكي لبعض الميكانيزمات القانونية والتنظيمية لمواجهة مخاطر المعلوماتية من خلال نظام الرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، والأنظمة المعلوماتية المتعلقة بالدفع، كما تُوفر قواعد التوقيع الإلكتروني ضمانات أخرى تتعلق بموثوقية المعاملة البنكية عن بعد عن طريق شهادة التصديق الإلكتروني، كذلك جاء القانون رقم 07-18 بضمانات جد مهمة متعلقة بحماية المعطيات الشخصية للأشخاص الطبيعيين، ومع ذلك تبقى العديد من الإشكالات القانونية عالقة، خاصة أن النصوص المتضمنة في القانون البنكي لا تركز حقوق مباشرة للمستهلك وإنما هي قواعد تنظيمية داخلية متعلقة بالبنوك، الأمر الذي يستدعي التدخل بنصوص مباشرة خاصة تحدد قواعد الحماية الملائمة التي يحتاجها المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية.

خاتمة

لم يعد بالإمكان تجاهل مسألة الانخراط في نظام التجارة الإلكترونية باعتباره نظام عالمي فرض نفسه كواقع مُعاش، لذلك وبعد التردد الطويل من المشرع الجزائري فيما يتعلق بتأطير هذا المجال صدر القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والذي سبقه القانون الجديد المتعلق بالبريد والاتصالات الإلكترونية، وفي فترة وجيزة تم إصدار قانون آخر يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال حماية المعطيات الشخصية، إن التسلسل في إصدار هذه القوانين لم يكن صدفة وإنما بسبب الترابط الكبير بينها، هذه النصوص القانونية ما هي إلا خطوة نحو التوجه إلى بناء اقتصاد رقمي في محاولة لمواكبة الدول الأخرى السبابة في هذا المجال، من بينها دول مغربية مثل تونس والمغرب.

إن بناء الاقتصاد الرقمي ونجاحه يتوقف على توفر العديد من الدعام والمقومات الأخرى التي لا يمكن أن يقوم بدونها، كالأجهزة التكنولوجية والبرامج المعلوماتية والوسائل التنظيمية الأخرى المختلفة، ولكن يأتي في مقدمة هذه الدعام القطاع المصرفي باعتباره الممول الأول للاقتصاد الرقمي، والوسيط الحقيقي لانتقال وتبادل الأموال بين الأشخاص والمؤسسات، لذلك تسعى البنوك لتطوير نظمها وآلياتها للانخراط في عالم التجارة الإلكترونية، فأصبحت توفر خدمات بنكية ذات طبيعة الكترونية كخدمة الدفع الإلكتروني لتتلاءم مع النمط الجديد للتبادلات التجارية.

إن انفتاح القطاع المصرفي على التكنولوجيات الحديثة والعالم الافتراضي يواجه تحديات قانونية متعددة، لكن أهم هذه التحديات والتي تسعى معظم الدول إلى تحقيقها من خلال إصدار العديد من النصوص القانونية هو الوصول إلى بعث الثقة الكاملة لدى المستهلكين، وهو ما عبرت عنه العديد من التشريعات الأوروبية صراحة في بعض النصوص القانونية، كالقانون الفرنسي المتعلق "بالثقة في الاقتصاد الرقمي"، ولا يمكن تحقيق هذه الثقة إلا من خلال توفير الضمانات القانونية الكفيلة بجعل المستهلك يطمئن للدخول في تعاملات جديدة تتم في عالم افتراضي، فلا سبيل لتعزيز الاقتصاد الرقمي وتطويره إلا من خلال تلافي المخاطر التي تصاحبه، خاصة بالنسبة للمستهلكين الذين يشكلون من جهة العنصر النشط لتوسيع نطاق التجارة الإلكترونية، ومن جهة أخرى الحلقة الأضعف بالنسبة للمخاطر التي تحيط بمصالحهم، لأن تعزيز الحماية للمستهلك يعني التشديد في التزامات المحترف كطرف مقابل.

إن بحث مسألة حماية المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية تقوم على جمع ثلاثة عناصر أساسية هي: 1- حماية المستهلك 2- النظام البنكي 3- استخدام التكنولوجيات الحديثة، وفي غياب نظام قانوني خاص بحماية المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية فإنه لا يمكن تحديد القواعد الحمائية المطلوبة إلا من خلال البحث في النصوص المختلفة ذات العلاقة بهذه العناصر الثلاثة.

يوفر القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم والمتعلق بالمستهلك وقمع الغش والنصوص الأخرى التطبيقية العديد من القواعد الحمائية للمستهلك في مجال اقتناء السلع والحصول على الخدمات، لذلك يُعد هذا القانون الإطار العام لحماية المستهلك في التشريع الجزائري، حيث يتضمن العديد من المبادئ القابلة للتطبيق على المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية في النطاق المقرر لها، كالالتزام بالإعلام والذي يجد تطبيقات له في القانون المصرفي، وكذلك الحماية من الإعلانات التجارية غير المشروعة، بالإضافة إلى القواعد المتعلقة بإعادة التوازن إلى العقد عن طريق محاربة الشروط التعسفية، وأيضا تقرير الحق في العدول عن العقد، وقد كرس قانون التجارة الإلكترونية بدوره البعض من هذه المبادئ مع تحديثها بما يتلاءم مع متطلبات التعاملات التجارية الإلكترونية، كالالتزام بالإعلام والإعلان الإلكتروني.....

إلى جانب هذه المسائل المتعارف عليها في نطاق قوانين الاستهلاك تواجه المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية إشكالات جديدة مرتبطة أساسا بالمخاطر المصاحبة لاستخدام البنوك للوسائل التكنولوجية في نشاطها، هذه المخاطر الجديدة لا تستوعبها قوانين الاستهلاك التقليدية، لذلك يتعين البحث عن قواعد جديدة كفيلة بتحقيق الحماية المطلوبة.

بعد دراسة مختلف الجوانب المتعلقة بحماية المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية تم التوصل إلى مجموعة من النتائج تتمثل في:

- يتمتع المستهلك في المرحلة السابقة على الحصول على الخدمات البنكية الإلكترونية بمجموعة من الحقوق والتي تهدف أساسا إلى تنوير إرادته وتضمن له الدخول في علاقة تعاقدية وهو على بينة لما هو مقدم عليه.

- تكريس المنظم البنكي للحق في الإعلام المصرفي كمبدأ أساسي لحماية لزيائن البنوك في مختلف أنواع العمليات البنكية المقدمة.

- تقرير إلزامية الإعلام المسبق في نطاق التجارة الإلكترونية، وتحديد الشروط المتعلقة به والمعلومات الضرورية التي يجب أن يتضمنها، حيث تطبق هذه الأحكام على جميع العروض التجارية المقدمة إلكترونياً بما فيها العروض البنكية.

- الاعتراف بالحق في العدول من خلال تعديل القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والذي يعد عنصراً مهماً ضمن متطلبات حماية المستهلك، باعتباره حق مجاني لا يستلزم لممارسته تقديم مبررات أو أسباب.

- إن استعمال البنوك للإعلانات التجارية كوسيلة ترويجية للخدمات البنكية الإلكترونية التي تقدمها لزبائنها والجمهور، يجعلها ملزمة باحترام حقوق الزبائن في الحصول على إعلان مشروع تتوافر فيه الضوابط والشروط القانونية المطلوبة مثل الوضوح والصحة والصدق والمشروعية.

- يُعد نظام مكافحة الشروط التعسفية من أهم مكونات البنية القانونية لحماية المستهلك بوجه عام، وهي كذلك بالنسبة لحماية المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية، بل أن أهميتها تبرز أكثر بالنسبة له الأخيرة، بالنظر إلى خصوصية العقود المصرفية وطريقة إبرامها، فغالبا ما تتم في شكل عقود نموذجية محددة مسبقاً لا يقبل البنك أي مناقشة فيها، فتبرز سيطرة البنك التامة على هذه العقود لما يحوزه من قوة اقتصادية وفنية وقانونية تجعل المستهلك يستسلم للشروط التي يفرضها البنك عليه.

- إمكانية استفادة المستهلك من الحماية المقررة في القواعد العامة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية إذا ما توفرت الشروط القانونية المطلوبة، وقد تضمنت هذه الأخيرة نظام خاص لمكافحة هذا النوع من الشروط يتضمن تجريم الممارسات التعاقدية التعسفية، كما يكون للمستهلك إلغائها، بالإضافة إلى دور لجنة البنود التعسفية والصلاحيات المخولة لها في هذا المجال.

- اهتمام المشرع الجزائري بتأمين أنظمة الدفع الإلكتروني من خلال نصوص القانون البنكي، حيث يقرر النظام المتعلق بأنظمة الدفع التزامات خاصة على البنوك بوجوب تقديم الضمانات الكافية في هذا المجال تحت رقابة بنك الجزائر.

- تتطوي مسألة تأمين الخدمات البنكية الإلكترونية على بعدين، أحدهما تنظيمي والآخر قانوني:

❖ من الناحية التنظيمية يتعين على البنوك اتخاذ جميع التدابير الاحترازية المتعلقة بالتحكم في مخاطر التشغيل خاصة تلك المتعلقة بالخطر الناجم عن استعمال التكنولوجيا الإلكترونية أو ما يسمى بالخطر المعلوماتي، وقد اعتبر المشرع تنفيذ التدابير المتعلقة

بإجراءات التأمين واجبا قانونيا عاما مرتبطا بأعمال الرقابة الداخلية للبنوك، على أن تستجيب هذه التدابير للمعايير الدولية المعمول بها في هذا الشأن.

❖ من الناحية القانونية فإن القانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين يُحدد الآليات القانونية لموثوقية المعاملات البنكية الإلكترونية، بتطبيق آلية التصديق الإلكتروني عن طريق إصدار شهادة التصديق الإلكتروني.

- صدور القانون المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات الشخصية، والذي يعتبر مكسبا هاما في مجال حماية المستهلك بصفة عامة وإن لم يكن موجها مباشرة لفئة المستهلكين، غير أن هذه الفئة الأخير هي الأكثر تضررا خاصة مع اتساع نطاق التعاملات التجارية الإلكترونية.

- إنشاء سلطة وطنية لحماية المعطيات الشخصية كهيئة رقابية مستقلة تكلف بالسهر على ضمان احترام نصوصه من خلال اتخاذ التدابير الإدارية وتوقيع الجزاءات على المخالفين.

- استحداث جرائم خاصة بالاعتداء على المعطيات الشخصية تغني عن البحث عن التكيف القانوني للأفعال الماسة بحقوق الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات الشخصية، وتحقيق الردع للحد من هذا النوع من الاعتداءات والتي عرفت تزايدا كبيرا خاصة بالنسبة لعمليات المعالجة الآلية للمعطيات.

- أسبقية المنظم البنكي في تقرير بعض الحقوق المتعلقة بحماية المعطيات الشخصية، منها الحق في الإعلام والولوج والتصحيح والاعتراض، من خلال النظام رقم 01-12 المتعلق بتنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها، غير أن تقرير هذه الحقوق جاء في نطاق محدد يتعلق بمعالجة معطيات المقترضين في إطار عمل هذه المركزية.

بالرغم من أهمية القواعد القانونية المنظمة لمختلف الجوانب المرتبطة بحماية المستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية، والتي تقرر ضمانات حقيقية للمستهلك في جميع مراحل العقد، إلا أن عمومية بعض هذه الأحكام وتشتتها في نصوص متفرقة، بالإضافة إلى حداثة بعض النصوص أظهر العديد من النقائص والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- عمومية النص المتعلق بالالتزام بالإعلام المصرفي، حيث لم يورد تفصيل لشروطه وكيفيات تنفيذه والآثار المترتبة على تخلفه بالنسبة لصحة العقد.

- غياب نصوص خاصة في القانون البنكي تنظم الإعلانات التجارية في القطاع البنكي، لذلك فإن زبائن البنوك لا تخضع لأي حماية من الإعلانات التجارية إلا في نطاق قانون الاستهلاك، هذه الأخيرة تعاني أصلا من غياب نظام قانوني متكامل يحدد ضوابطها باستثناء نص وحيد في القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، لذلك فالبنك فيما يتعلق بمدى احترام ضوابط الإعلان التجارية لا يخضع لرقابة اللجنة المصرفية باعتبارها جهة الرقابة المخولة بتوقيع مختلف أنواع الجزاءات على البنوك، لغياب أحكام بنكية تنظم الإعلانات المتعلقة بالنشاط البنكي، وإنما تخضع قانونا لرقابة المصالح التابعة لوزارة التجارة، وهو أمر يصعب تطبيقه من الناحية العملية.

- يتلقى المستهلك مشقة كبيرة عند لجوئه إلى القضاء من أجل طلب إنصافه وإعادة التوازن للعقد، تتعلق أساسا بإثبات الشروط المتطلبة قانونا والمتمثلة في ثبوت صفته كمستهلك بالمفهوم الوارد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وكذلك إثبات خاصية الإذعان في العقد المصرفي، وأخيرا إثبات أن العقد يتضمن شروطا تعسفية، وتزيد صعوبة الإثبات بالنسبة لهذا الشرط الأخير عندما لا تكون هذه البنود ضمن القوائم المحددة من قبل المشرع، ولعدم تحديد معايير تشريعية واضحة يمكن اعتمادها لوصف بند ما على أنه تعسفي، فالأمر متروك لسلطة كل قاض لاعتماد المعيار الذي يراه مناسب، وهو ما قد يؤدي إلى صدور أحكام قضائية متباينة حول عقود تتضمن نفس الشروط.

كل هذه الأسباب قد تؤدي إلى عكوف الزبائن عن اللجوء إلى القضاء، ضف إلى ذلك طول إجراءات التقاضي والأعباء المالية التي يتحملها المستهلك والتي تكون كبيرة مقابل الفائدة التي سوف يحصل عليها من وراء ذلك، وبالرغم من أهمية الدور المناط لجمعيات حماية المستهلك في تمثيل جماعة المستهلكين أمام القضاء إلا أنها حديثة النشأة في الجزائر، ويصعب عليها تمثيل جميع القضايا المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود.

- لا تخضع البنوك في مواجهة زبائنها لالتزامات دقيقة وواضحة فيما يتعلق بتأمين النظام المعلوماتي المستخدم في تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية، وهو ما يعيق تحديد مدى المسؤولية المترتبة على البنك بسبب أي خلل تقني، وإن كان الفقه والقضاء يستجدا في كل مرة بالقواعد العامة للمسؤولية المدنية في محاولة لتأسيس مسؤولية البنك وتوضيح حدودها، إلا أنها لا تغطي كل الإشكالات القانونية المستجدة، وتسعى البنوك لسد هذا الفراغ القانوني من خلال اتفاقاتها التعاقدية بفرض بنود غالبا ما تخفف من مسؤوليتها المدنية اتجاه زبائنهم، وهو ما يحمل المستهلك وحده ما ينجم من مخاطر مالية وقانونية عن استخدام تكنولوجيا لا يحوزها ولا يسيطر عليها.

- من جانب آخر قد لا تكون نظريات المسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن الأشياء كافية لجبر الضرر اللاحق بالمستهلك، وبالتالي تحقيق الجدوى من تقريرها، فقد تعتمد البنوك باعتبارها الطرف القوي في العقد إلى إدراج شرط يقضي بإعفاء البنك من المسؤولية، أو يُحمّل المستهلك تبعة استخدام الغير لكلمة السر أو فقدان بطاقة الدفع وسرقتها، خاصة في ظل غياب أي نصوص قانونية تحدد التزامات البنك في هذا الشأن.

- عدم وجود نص تجريمي يخص مختلف الأفعال المرتكبة والتي تشكل إعتداء على أمن الخدمات البنكية الإلكترونية ويحدد أركانها الخاصة والعقوبات المقررة لها، يعد في الحقيقة أهم العوائق التي تحيل دون مكافحة هذه الجرائم وتحقيق الردع الكافي لها، إذ أن ترك مسألة التجريم والعقاب لاجتهاد الفقهاء لا يتلاءم ومنطق القانون الجزائي الذي يقوم على مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فبالرغم من جهود الفقه والقضاء في محاولتهم لإيجاد تكييف قانوني لهذه الأفعال، لمنع إفلات الجاني من العقوبة بالنظر إلى خطورة الأفعال المرتكبة، إلا أنها غير حاسمة وتكتنفها اختلافات وتباين في الآراء.

- اعتماد المشرع في تحديد آليات الحماية المقررة للمستهلك على الجزاء الجنائي متجاهلا في أغلب الحالات توضيح الجزاء المدني، بالرغم أن هذا الأخير هو ما يهم المستهلك.

- تعطيل العمل بالقانون المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات الشخصية بسبب عدم تنصيب السلطة الوطنية، إذ أن تطبيق هذا القانون مرهون بتنصيب هذه السلطة.

إن تجاوز النقائص الملاحظة فيما يتعلق بالحماية المقررة للمستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية يستدعي تقديم مجموعة من الإقتراحات والمتمثلة في:

- ضرورة التمييز فيما يتعلق بالمبادئ الحمائية المتضمنة في القانون البنكي، بين المستهلك وغيره من الزبائن المتعاقدين مع البنك لأغراض مهنية (المحترفين).

- ضرورة تقرير أحكام مفصلة للالتزام بالإعلام المصرفي خاصة في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية تراعي خصوصية هذه الخدمة من حيث طبيعتها والوسائل المستخدمة في تقديمها وكذلك المخاطر المرتبطة بها، مع منح الأولوية لإعلام المستهلكين بقواعد الحماية الواجب احترامها عند استخدام وسائل الدفع الإلكتروني المتاحة لهم، على أن تكون هذه القواعد واضحة ومبسطة ومعقولة، بحيث يتييسر للمستخدمين اتباعها في الممارسة.

- وضع نظام قانوني خاص بالحماية من الشروط التعسفية في العقود المصرفية، يقوم على تخفيف عبء الإثبات على المستهلك بإقامة قرينة بسيطة على أن العقود المصرفية عقود إذعان،

ممّا ينقل عبء الإثبات على البنك الذي يتعين عليه إثبات عكس ذلك، أي أن العقد ليس من عقود الإذعان.

- استحداث قائمة بالشروط البنكية التعسفية مستنبطة من تلك المقررة في القواعد العامة يقرها مجلس النقد والقرض باعتباره المنظم في المجال البنكي والأدرى بمصطلحات وتقنيات العمل البنكي، للتسهيل على القضاة عملية تكييف هذه الشروط، خاصة أن الاختصاص في دعوى إلغاء الشروط التعسفية يرجع للقاضي المدني غير المتخصص في المجال البنكي والذي قد يصعب عليه تفسير العقود المصرفية.

- تعزيز دور لجنة البنود التعسفية في مجال رقابة العقود النموذجية الموجهة للمستهلكين بما فيها العقود البنكية، وتقرير إلزامية الخضوع هذه العقود لتقييم اللجنة، كما يستدعي الأمر توسيع صلاحياتها الاستشارية وتمكينها من اتخاذ قرارات إلزامية، أو على الأقل تقديم الاعتراضات والملاحظات الإلزامية.

- تكريس الحق في العدول في مجال العقود المصرفية الموجهة للمستهلكين، خاصة في بعض أنواع المعاملات البنكية التي تكتسي نوع من الخطورة على مصالح المستهلك، كالمعاملات البنكية عن بعد والقروض الاستهلاكية.

- لذلك بات من الضروري على المشرع أن يبادر إلى تحديد نطاق مسؤولية البنك وأنواعها، لتخفيف العبء عن القضاء الذي يحاول في كل قضية تعرض عليه تطويع قواعد قانونية وضعت لتنظيم أوضاع مختلفة عما يعرض عليه، وتبني نظام المسؤولية الموضوعية التي تقوم على أساس مخاطر المهنة في الحالات التي تستدعي ذلك، خاصة فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن عن وجود عطب أو خلل في عمل الأجهزة الإلكترونية على أساس نظرية تحمل المخاطر.

- العمل على تطوير الاجتهاد القضائي في مجال حماية المستهلك المتعاقد مع البنك من خلال الاستفادة من القواعد الحماية المقررة للمتعاقدين في القواعد العامة لتغطية النقص الملحوظ على مستوى الأحكام الخاصة، ولما لا خلق سوابق قضائية جديدة قد يكون لها دور في توجيه المشرع نحو تعزيز واستكمال البناء التشريعي للقواعد القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وحماية المستهلك في هذا المجال، فالقاضي هو الأقرب إلى الواقع العملي، والأكثر دراية بالإشكالات التفصيلية التي يمكن أن تثار في مجال المعاملات اليومية، فاقترح الحلول المناسبة عن طريق السوابق القضائية يمكن أن يغطي النقص الذي يعاني منه التشريع في مجال التجارة الإلكترونية

باعتباره قانون جديد يحتاج فترة من الزمن حتى يمكن تغطية جميع الجوانب التطبيقية له في مختلف القطاعات منها القطاع البنكي.

- إلزام البنوك بتوفير البرامج والأجهزة اللازمة لإجراءات التعاملات البنكية عن بعد بالشكل الذي يضمن توفير الأمان والموثوقية اللازمة، بحيث تسمح باستعادة البيانات في حالة وقوع الحوادث، وتكون مبرمجة على التعامل مع الأخطاء وقابلة للاستخدام فقط بموافقة المستخدمين، مع دمج الوسائل الآمنة لحفظ المعلومات الحساسة مثل مفاتيح التشفير وكلمات المرور.

- إنشاء هيئة متخصصة على مستوى بنك الجزائري تُنَاط بمهمة المراقبة الدورية والمستمرة لمدى متانة نظام الحماية والتأمين المعلوماتي الذي يعتمد عليه كل بنك، لاكتشاف الثغرات وتدارك النقص في الوقت المناسب.

- في المقابل يتعين على البنك عند تقديم الخدمات البنكية الالكترونية للجمهور عدم الغلو في تعقيد الإجراءات الفنية المعتمدة لاستعمال الخدمة وتبسيطها قدر المستطاع بما يتلاءم والمهارات التقنية البسيطة لدى عموم الزبائن، لتجنب العكوف عن طلب هذا النوع من الخدمات بسبب الصعوبات الفنية المرتبطة بها، لذلك يجب على البنوك أن توازن بين واجب تأمين الخدمة البنكية من جهة وضرورة تبسيط الإجراءات الفنية المعتمدة لضمان أفضل تسويق لهذه الخدمات من جهة أخرى، مع احترام الشروط القانونية المتعلقة باستعمال التوقيع الالكتروني، لإعطاء المعاملات البنكية التي تتم عن بعد نفس الموثوقية القانونية التي تتمتع بها التعاقدات التقليدية التي تعتمد على السندات الورقية.

- تخصيص جرائم الإعتداء على المنظومة المعلوماتية للبنوك بأحكام خاصة من حيث تحديد أركان الجريمة والعقوبات المقررة لها، بالنظر إلى النتائج الخطيرة المترتبة عليها بالنسبة للبنوك وزبائنها والقطاع ككل، أو على الأقل اعتبارها حالة مشددة للجرائم المتعلقة بالمعالجة الآلية للمعطيات تستدعي تطبيق عقوبات أشد.

- استحداث نصوص قانونية خاصة لتقرير أنواع الجرائم المتعلقة بالخدمات البنكية الإلكترونية بجميع صورها، كجريمة الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع والتحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال، تكون مستقلة تقوم بذاتها بركنيها المادي والمعنوي، وتخضع لعقوبة تتلاءم وجسامة الخطأ المرتكب من الفاعل.

- التعجيل في تنصيب السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية وتزويدها بالموارد المالية والبشرية التي تمكنها من أداء وظيفتها الرقابية على أكمل وجه، بالنظر إلى الكم الهائل من المعطيات الشخصية المتداولة وحجم عمليات المعالجة التي تخضع لها في جميع القطاعات بما في ذلك القطاع البنكي.

- توفير الآليات والوسائل التي تُمكن المستهلك من تقديم الشكاوى، مع تبسيط الإجراءات وتحديد الجهات المختصة بتلقي هذه الشكاوى، وإعطاء الأولوية لإصلاح الضرر ورد الحقوق كبداية للجوء إلى القضاء، بسبب تعقيد وبطء الإجراءات المعتمدة أمام الجهات القضائية.

إن تعزيز الحماية القانونية المقررة للمستهلك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية يكون من خلال إنشاء نظام قانوني خاص بالخدمات البنكية المقدمة إلكترونياً، ينظم مختلف الجوانب القانونية والفنية والإجرائية المتعلقة بضبط هذا المجال المستحدث من نشاط البنوك، فكفاية النصوص القانونية ووضوحها فيما يتعلق بتنظيم هذا النشاط يبعث الثقة لدى المستهلكين في جودة الخدمة التي يريدون الحصول عليها، لكنه غير كاف وحده، إذ يستلزم الأمر توفير الآليات الرقابية الكفيلة بضمان احترامه وتطبيقه.

الملاحق

الملحق رقم 01

DEMANDE D'OUVERTURE D'UN COMPTE DE DEPOT

Je soussigné :

☐

PERSONNE PHYSIQUE (particulier ou ménage)

M./Mme/Mlle :
 Né(e) le/...../..... à
 Fils (fille) de.....et de
 N° de l'acte de naissance.....
 Pièce d'identité présentée N°.....délivrée le...../...../.....par.....
 Profession.....
 Adresse.....
 N° Tél :.....N° Mobile.....E-mail.....

☐

PERSONNE PHYSIQUE (Profession libérale)

M./Mme/Mlle :
 Né(e) le/...../..... à
 Fils (fille) de.....et de
 N° de l'acte de naissance.....
 Pièce d'identité présentée N°.....délivrée le...../...../.....par.....
 Adresse personnelle
 Nature d'activité exacte.....
 Agrément / Autorisation N° délivré le/...../.....par.....
 Adresse professionnelle.....
 N° Tél :.....N° Mobile.....E-mail.....

☐

PERSONNE MORALE NON COMMERÇANTE

Nom ou Raison Sociale
 Représentée par M./Mme/Mlle agissant en qualité de.....
 Né(e) le/...../..... à
 Fils (fille) de.....et de
 N° de l'acte de naissance.....
 Pièce d'identité présentée N°.....délivrée le...../...../.....par.....
 Adresse personnelle
 Agrément / Autorisation N° délivré le/...../.....par.....
 Siège social.....
 N.L.S N° N.L.F N°.....
 N° Tél :.....N° Mobile.....E-mail.....

Certifie exacte les informations indiquées ci-dessus.

A JIJEL le...../...../.....

Signature du demandeur



القرض الشعبي الجزائري

N° de compte

Entreprise
Publique
Economique,
Société par Actions
au Capital de
48.000.000.000 DA
Siège Social:
2, Bd Amirouche
Alger 16 000

LETTRE D'ENGAGEMENT DE LA RELATION

(A remplir par le client)

Nom ou Raison sociale: _____

Date de naissance / de création: _____

Adresse complète: _____

Déclare, après avoir pris connaissance des dispositions applicables à la prévention et la lutte contre l'émission de chèque sans provision, reconnaît que mon attention a été attirée sur l'interdiction faite par la Loi d'émettre des chèques sans provision et sur les sanctions auxquelles je m'exposerais dans le cas où moi, ou l'un de mes mandataires, ne respecterait pas cette interdiction.

Sanctions en cas d'émission de chèques sans provision

En application du règlement B.A n°03/92, il est stipulé que l'émission de chèques sans provision, ou insuffisamment provisionnés, expose le titulaire du compte sur lequel le chèque est tiré aux sanctions suivantes:

- 1 - **Interdiction d'émettre des chèques autres que ceux de retrait** (chèque guichet, chèque de banque) auprès de tous les établissements bancaires pour une période de 12 mois à compter de la date de non paiement du chèque sans provision, et ce dans les cas suivants:
 - défaut de régularisation de l'incident dans les vingt (20) jours suivant la date d'envoi par la banque d'une injonction de régularisation,
 - récidive dans l'année qui suit le premier incident, même si celui-ci a été régularisé dans les délais requis,
 - condamnation judiciaire équivalente à l'interdiction d'émettre des chèques (vol, escroquerie, détournement, abus de confiance, banqueroute...).
- 2 - **Interdiction d'émettre des chèques pour une période de 24 mois** en cas d'émission d'un second chèque sans provision ou insuffisamment provisionné sur le même compte au cours d'une période d'interdiction de 12 mois.
- 3 - **Obligation de restituer les formules de chèques** en possession du titulaire du compte ou de son ou ses mandataires.

Par ailleurs, si l'interdiction d'émettre des chèques frappe un compte collectif, tous les co-titulaires deviendront interdits de chèquiers tant sur ce compte collectif que sur leurs comptes personnels et sur tous les autres comptes collectifs dont ils seraient, par ailleurs, ensemble co-titulaires.

Réciproquement, lorsque des titulaires de comptes sont individuellement interdits de chèquiers, le compte collectif dont ils seraient, par ailleurs, ensemble co-titulaires, est également frappé d'interdiction.

Date _____

Signature(s) *

*Signature du titulaire (et éventuellement du ou des co-titulaires) à compléter par la mention "Lu et approuvé"

تعهد كتابي للزبون

تملأ هذه الإستمارة من طرف صاحب الحساب.

الإسم أو اسم الشركة :

تاريخ الميلاد / نشأ :

العنوان الكامل :

أصرح بعد الإطلاع على جميع النصوص التطبيقية المتعلقة بالوقاية و محاربة إصدار الصكوك بدون رصيد أقر إن انتهاهي قدشد للمنع المنصوص عليه في القانون بخصوص إصدار صكوك بدون رصيد و العقوبات التي أتعرض لها أنا أو أحد وكلائي إذا لم يحترم هذا المنع.

العقوبات في حالة اصدار صكوك بدون رصيد

تطبيقا لنظام بنك الجزائر رقم 92/03 المؤرخ في 22 مارس 1992 والمتعلق بالمكافحة ضد إصدار صكوك بدون رصيد وتعليمة بنك الجزائر رقم 92/71 المؤرخة يوم 1992/11/24 المحددة للنصوص التطبيقية لهذا النظام، فإن إصدار الصكوك بدون رصيد أو برصيد غير كافى يعرض صاحب الحساب والذي أصدر الصك للعقوبات التالية :

1 - منع إصدار الصكوك ماعدا تلك المخصصة للسحب (صك الشيك) لدى جميع المؤسسات البنكية لمدة اثني عشر (12) شهرا ابتداء من تاريخ تقديم الصك بدون رصيد وهذا في الحالات التالية :

- في حالة عدم تسوية الحادث خلال عشرون (20) يوما التي تلي تاريخ إرسال الأمر بتسوية الحادث من طرف القرض الشعبي الجزائري.

- إصدار صك ثاني بدون رصيد غير كاف على نفس الحساب خلال فترة اثني عشر (12) شهرا المتعلقة بالمنع حتى ولو تمت تسوية الحادث الأول.

- إن الإدانة القضائية المتضمنة عناصر عقابية معادلة لإجراءات منع إصدار الصكوك الصادرة في حق صاحب الحساب المتعلقة ب (السرقة، الاحتيال، الاختلاس، خيانة الأمانة، الإقلاس ...) تعرض صاحبها لنفس العقوبة.

2 - إن خالف صاحب الحساب الواقع تحت طائلة المنع من إصدار الصكوك هذا التدبير وذلك بإصدار صكا ولو كان الرصيد كافيا يطبق عليه من جديد منع لمدة جديدة بأربعة وعشرون (24) شهرا وذلك ابتداء من تاريخ تقديم الصك الصادر بطريقة غير قانونية.

3 - الالتزام باسترجاع ما تبقى من استمارات الصكوك الموجودة في حيازة صاحب الحساب أو في حيازة وكيله أو وكلائه.

- عندما يكون منع إصدار الصكوك يتعلق بحساب جماعي، فإن هذا المنع يمتد إلى كافة شركاء هذا الحساب وأيضا إلى حساباتهم الشخصية وغيرها من الحسابات الجماعية التي قد يكونوا فيها شركاء في المقابل عندها يكون أصحاب الحساب ممنوعون بغية شخصية على الحصول على دفتر الصكوك فإن هذا المنع يمتد من جهة أخرى إلى الحساب الجماعي الذي قد يكونون فيه شركاء.

إمضاء (x)

(x) امتناع صاحب الحساب وكذلك الشريك أو الشركاء وتكمل بعبارة
* قرأت وصادقت *

الملحق رقم 02



B.A.D.R.
بنك الفلاحة و التنمية الريفية
Banque de l'Agriculture et du Développement Rural



CONTRAT CARTE INTERBANCAIRE DE PAIEMENT

G.R.E : _____ AGENCE : _____ CODE : _____

N° du contrat _____ Date _____

Titulaire du compte

Je soussigné(e) Mr, Mme, Melle (1) : Nom _____ et prénoms _____

Raison sociale : _____

Adresse du domicile : _____

Code postal : _____ Ville _____ Tel _____

Compte n° _____

Nature du compte : Particulier ☐ Société ☐

Date d'ouverture : _____

Date d'expiration : _____

Sollicite de la banque la délivrance d'une carte interbancaire de paiement et reconnais avoir pris connaissance des conditions générales de fonctionnement de la carte de paiement et y adhère sans réserve

à mon nom ☐

au nom du porteur ci-après désigné ☐

Titulaire de la carte

Mr, Mme, Melle (1) : Nom _____ et prénoms _____

Date et lieu de naissance : _____ à _____ Wilaya _____

Profession : _____

Adresse : _____

Plafond hebdomadaire de retrait : _____ DA)

Plafond mensuel de paiement : _____ DA) à la date de signature du contrat

N° de la carte : _____

(1) Rayer la mention inutile

LES PARTIES ONT CONVENU DE CE QUI SUIT :

Article 1er : Objet du contrat

Le présent contrat a pour objet de fixer l'ensemble des conditions de délivrance, d'utilisation, de renouvellement, de mise en opposition et de retrait de la carte « CIB ».

Article 2 : Délivrance de la carte

La carte CIB est délivrée par la banque, dont elle reste la propriété, à la demande et sous réserve d'acceptation de cette demande, à ses clients titulaires d'un compte et/ou à leurs mandataires dûment habilités.

Le titulaire de la carte s'engage à utiliser la carte et/ou son numéro, exclusivement dans le cadre du Réseau Monétique Interbancaire (RMI) et des réseaux agréés.

La carte est rigoureusement personnelle, son titulaire devant y apposer obligatoirement sa signature dès réception. Il est strictement interdit au titulaire de la carte de la prêter ou de s'en déposséder. Son usage est strictement limité aux opérations suivantes :

- retrait d'espèces dans les Distributeurs Automatiques de Billets (DAB) et les Guichets Automatiques de Banque (GAB),
- ordre de paiement pour régler l'achat d'un bien ou d'un service réellement effectué, au moyen des Terminaux de Paiement Electroniques (TPE),
- d'effectuer des opérations de paiement en ligne (achat sur internet) et de régler ses achats à distance.

En cas de changement d'adresse, le porteur de la carte, qu'il soit ou non le titulaire du compte sur lequel fonctionne celle-ci, doit en informer la banque.

Article 3 : Code confidentiel

Un code personnel communiqué confidentiellement par la banque au titulaire de la carte et uniquement à celui-ci. Le titulaire de la carte doit prendre toutes les mesures propres à assurer la sécurité de sa carte, du code confidentiel. Il doit donc tenir absolument secret son code et ne pas les communiquer à qui que ce soit.

Le nombre d'essais successifs de composition du code confidentiel est limité à cinq (5) sur les appareils automatiques, avec le risque notamment de confiscation ou d'invalidation de la carte au 5ème essai infructueux.

La composition du code secret au niveau du DAB/GAB ou du TPE équivaut à une signature emportant reconnaissance de l'opération effectuée par le titulaire de la carte au moyen de celle-ci.

Article 4 : Procédure d'authentification

Les procédures d'authentification seront précisées par la banque au moyen d'un mot de passe.

Le mot de passe communiqué par la banque est destiné au paiement sur internet. Il lui permet d'accéder aux sites des Web marchand, de garantir l'authenticité de ses opérations à distance et qu'il est l'auteur des ordres de paiement.

L'authentification du porteur est assurée par la saisie du mot de passe, du numéro de carte, de la date d'expiration de la carte et des 3 derniers chiffres figurant au verso de la carte (CVV2).

Ce mot de passe est soumis aux mêmes règles et procédures énoncées au niveau de l'article 3 pour le code confidentiel, à savoir :

Le mot de passe remis pour le paiement en ligne est strictement personnel. A compter de la réception de ce code, le porteur de la carte est entièrement responsable de son usage et de sa confidentialité, ainsi que des conséquences de sa divulgation, même involontaire, à quiconque.

Article 4 : Modalités d'utilisation de la carte pour des retraits d'espèces dans les DAB/GAB et auprès des agences bancaires

4.1 - Les retraits d'espèces sont possibles dans les limites des montants plafonds hebdomadaires de retrait fixés dans les conditions de banque.

Les montants plafonds de retrait peuvent être différents selon que les transactions sont effectuées :

sur les DAB/GAB de la banque ou sur ceux des autres banques et établissements financiers, auprès des guichets de la banque ou auprès de ceux des autres banques et établissements financiers.

4.2 - Les retraits d'espèces auprès des guichets sont possibles dans les limites des disponibilités du guichet payeur et sur présentation d'une pièce d'identité.

4.3 - Les montants enregistrés de ces retraits, ainsi que les commissions éventuelles, sont portés dans les délais habituels propres aux retraits d'espèces au débit du compte concerné sans aucune obligation d'indiquer le numéro ou le titulaire de la carte utilisée, notamment lorsque plusieurs cartes fonctionnent sur le même compte.

4.4 - Le titulaire du compte doit, préalablement à chaque retrait et sous sa responsabilité, s'assurer de l'existence au compte d'un solde suffisant et disponible et le maintenir jusqu'au débit correspondant.

Article 5 : Modalités d'utilisation de la carte pour le règlement d'achats de biens et de prestations de services

5.1 - La carte est également un moyen de paiement qui peut être utilisé pour régler des achats de biens et des prestations de services.

5.2 - Ces paiements sont possibles dans les limites des montants plafonds mensuels de paiement fixés par la banque dans les conditions de banque.

5.3 - Les paiements par carte sont effectués selon les conditions et procédures en vigueur chez les Commerçants adhérant au Réseau Monétique Interbancaire et affichant le logo « CIB ».

5.4 - La banque a la faculté de débiter immédiatement le compte du montant des dépenses effectuées à l'aide de la carte en cas de décès, d'incapacité juridique du titulaire de la carte et/ou du titulaire du compte, d'incidents de paiement ou de fonctionnement du compte, de clôture du compte ou du retrait de la carte par la banque, décision qui serait notifiée au titulaire de la carte et/ou du compte par simple lettre.

5.5 - Le titulaire du compte autorise la banque à débiter son compte sur le vu des enregistrements ou des relevés transmis par le Commerçant, pour le règlement des achats de biens ou des prestations de services.

Les réclamations concernant ces opérations sont traitées dans les conditions prévues à l'article 16 « réclamations - conservation des documents et informations » ci-dessous.

5.6 - Le titulaire du compte doit s'assurer que le compte présente un solde suffisant et disponible, pour faire face à ses transactions de paiement.

5.7 - Le montant détaillé des paiements par carte passés au débit du compte figure sur un relevé des opérations envoyé périodiquement au titulaire du compte, conformément aux conditions prévues par la convention d'ouverture de compte et/ou les conditions générales de banque.

5.8 - La banque reste étrangère à tout différend de nature commerciale, c'est à dire ne portant pas sur l'opération de paiement proprement dite, pouvant survenir entre le titulaire de la carte et le Commerçant.

L'existence d'un tel différend ne peut en aucun cas justifier le refus du titulaire de la carte et/ou du titulaire du compte sur lequel elle fonctionne, d'honorer les règlements par carte des achats de biens et des prestations de services.

5.9 - La restitution d'un bien ou d'un service réglé par carte bancaire ne peut faire l'objet d'une demande de remboursement auprès du Commerçant que s'il y a eu préalablement une transaction débitée d'un montant supérieur ou égal. Ce remboursement ne peut être qu'à l'initiative du Commerçant.

Article 6 : Modalités d'utilisation de la carte pour le paiement en ligne (achat sur internet) et d'achats à distance

Le service de paiement en ligne permet au titulaire de la carte interbancaire d'effectuer des opérations de paiement en ligne (achat sur internet) et de régler ces achats à distance, dans un environnement lui garantissant la sécurité du paiement lors de ces transactions.

Contrat porteur CIB

L'adhésion à service de paiement en ligne permet au titulaire de la carte de paiement de bénéficier du droit de la mise en œuvre des procédures sécurisées d'identification du porteur, qui recevra par notification un code personnel (mot de passe) garantissant l'authenticité de ses opérations à distance et garantissant en particulier que ce dernier est l'auteur des ordres de paiement.

- 6.1- Le service, ayant pour objet le paiement en ligne des biens ou des services, est exclusivement autorisé auprès des commerçants ou prestataires de services adhérents au système de « 3D Secure » et mentionnés sur les sites par le logo « Vérifié par SATIM ».
- 6.2- « 3D Secure » a été développé par Visa et Mastercard pour permettre aux web-marchands de limiter les risques de fraude sur internet, liés aux tentatives d'usurpation d'identité. Il consiste à s'assurer, lors de chaque paiement en ligne, que la carte est bien utilisée par son titulaire.
- 6.3- Pour accéder au service, le porteur doit disposer d'un accès à internet et d'un navigateur. Le porteur de la carte est responsable de son matériel informatique.
- 6.4- Les transactions passées sur internet sont comptabilisées sur le même compte que celles réglées par paiement de proximité ou retrait.

Article 6 : Limitation et cessation de l'usage électronique de la carte

La banque, le titulaire du compte et le titulaire de la carte peuvent mettre fin à l'utilisation de celle-ci sans préavis ni justification.

De même, ils peuvent exclure du champ d'utilisation de la carte un ou plusieurs service(s) lié(s) à celle-ci ou supprimer l'accès à certaines fonctions du Réseau Monétique Interbancaire.

Toute limitation ou cessation de l'usage électronique d'une carte, à l'initiative de son titulaire ou du titulaire du compte sur lequel elle fonctionne, doit être notifiée par écrit à la banque qui s'efforcera d'en tenir compte dès réception.

La cessation de l'utilisation de la carte n'est opposable à la banque que si la carte lui a été restituée contre accusé de réception.

Article 7 : Preuve des opérations

Les opérations effectuées au moyen de la carte sont enregistrées automatiquement sur un support électronique. Ces enregistrements constituent la preuve des opérations effectuées au moyen de la carte et la justification de leur imputation au compte sur lequel cette carte fonctionne.

La banque, le titulaire du compte et le titulaire de la carte reconnaissent force probante au support informatique, sur lequel sont enregistrées les données relatives à toutes les opérations du Distributeur Automatique de Billets, du Guichet Automatique de Banque ou du Terminal de Paiement Electronique.

Article 8 : Responsabilité de la banque

La banque n'est responsable des pertes directes encourues par le titulaire de la carte dues au dysfonctionnement du système que lorsque ce dernier incombent directement à la banque et n'est pas indépendant de sa volonté. De même, la responsabilité de la banque est dérogée si le défaut est signalé au titulaire de la carte par un message sur l'appareil ou d'une autre manière visible.

Article 9 : Indisponibilité du système

La banque n'est nullement responsable des conséquences directes ou indirectes de l'inutilisation de la carte en cas d'indisponibilité technique du système.

L'indisponibilité du système est signalée par les DAB/GAB, les TPE et les sites Web marchand.

Article 10 : Recevabilité des oppositions

L'ordre de paiement donné au moyen de la carte est irrévocable. Seules sont recevables par la banque les oppositions, émanant du titulaire du compte et/ou de la carte, expressément motivées par la perte ou le vol de la carte, l'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, le redressement ou la liquidation judiciaire du bénéficiaire du paiement.

L'opposition pour utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation peut être effectuée dans le cas où le titulaire de la carte est toujours en possession de sa carte au moment de l'opération contestée uniquement dans les cas suivants :

- si la carte a été contrefaite,

- si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de la carte, avec son seul numéro et d'autres données y figurant.

Article 11 : Modalités de blocage et d'opposition de la carte

- 11.1 - Le titulaire de la carte et/ou du compte doit déclarer immédiatement la perte ou le vol de la carte.

Cette déclaration doit être faite, pour le blocage de la carte, au Centre d'appel ouvert sept (7) jours par semaine, en appelant l'un des numéros de téléphone réservés à cet effet.

Un numéro d'enregistrement de ce blocage est communiqué au titulaire de la carte et/ou du compte.

- 11.2 - La banque ne saurait être tenue pour responsable des conséquences du blocage de la carte par téléphone qui n'émanerait pas du titulaire du compte.

- 11.3 - Toute opposition doit être notifiée par le titulaire du compte ou le titulaire de la carte à la banque par lettre remise ou expédiée sous pli recommandé, à l'agence tenant le compte sur lequel fonctionne la carte, contre accusé de réception.

En cas de contestation sur l'opposition, celle-ci sera réputée avoir été effectuée à la date de la réception de ladite lettre par la banque.

- 11.4 - En cas d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, le titulaire de la carte et/ou du compte doit faire opposition pour ce motif et la déclarer dans le délai prévu à l'article 16 « réclamations - conservation des documents et informations » ci-dessous.

- 11.5 - En cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, la banque peut demander un récépissé ou une copie d'un dépôt de plainte ou de déclaration de perte faite aux autorités judiciaires.

Article 12 : Responsabilité du titulaire du compte

12.1 - Principe

Le titulaire de la carte est responsable de l'utilisation et de la conservation de celle-ci, de son code confidentiel.

Le porteur de la carte est responsable de la bonne utilisation du service. Le mot de passe qui lui est transmis pour le paiement en ligne est strictement personnel. A compter de la réception de ce code, le porteur de la carte est entièrement responsable de son usage et de sa confidentialité, ainsi que des conséquences de sa divulgation, même involontaire, à quiconque.

En conséquence, le porteur de la carte s'engage à prendre toutes les mesures propres pour assurer la sécurité et la confidentialité de son mot de passe.

Il assume, comme indiqué à l'article 12.2 « Opérations effectuées avant opposition » ci-dessous, les conséquences de l'utilisation de la carte tant qu'il n'a pas fait opposition dans les conditions prévues aux articles 10 « recevabilité des oppositions » et 11 « modalités de blocage et d'opposition de la carte » ci-dessus.

12.2 - Opérations effectuées avant opposition

Les opérations effectuées avant opposition sont à la charge du titulaire du compte, en cas de perte ou de vol de celle-ci.

12.3 - Opérations effectuées après opposition

Les opérations effectuées après opposition, dûment notifiée dans les conditions prévues à l'article 11 « Modalités de blocage et d'opposition de la carte » ci-dessus sont à la charge de la banque, à l'exception des opérations effectuées par le titulaire de la carte.

12.4 - Frais d'opposition

Les frais pour la mise en opposition de la carte bancaire sont supportés par le titulaire du compte suivant les conditions de banque en vigueur et les modalités fixées par la banque.

Article 13 : Responsabilité solidaire du ou des titulaires du compte et des cartes

En cas de compte joint, les titulaires du compte, lorsqu'ils ne sont pas titulaires de la carte, sont solidairement et indivisiblement tenus

des conséquences financières résultant de la responsabilité du titulaire de la carte au titre de la conservation et de l'utilisation de la carte et du code confidentiel.

Cette responsabilité pèse sur les titulaires du compte jusqu'à :

- la restitution de la carte à la banque et, au plus tard, jusqu'à la date de fin de validité, en cas de révocation, par le titulaire du compte, du mandat donné au titulaire de la carte ou la date de clôture du compte,
- ou la dénonciation de la convention de compte joint, à la condition que celle-ci ait été notifiée à tous les intéressés.

Les titulaires du compte doivent veiller à ce que leur compte présente un solde suffisant et disponible.

Article 14 : Durée de validité – Renouvellement - Retrait - Restitution de la carte

- 14.1 - La carte comporte une durée de validité dont l'échéance est inscrite sur la carte elle-même.
- 14.2 - A la date d'échéance, la carte fait l'objet d'un renouvellement automatique du support, sauf avis contraire exprimé par écrit avec accusé de réception par son titulaire ou le titulaire du compte concerné, au moins deux mois avant cette date.
- 14.3 - La banque a le droit de retirer, de faire retirer ou de bloquer l'usage de la carte à tout moment ou de ne pas la renouveler. La décision de retrait est notifiée dans tous les cas au titulaire de la carte et/ou du compte.

Le titulaire de la carte s'oblige, en conséquence, à la restituer à la première demande et s'expose à des sanctions si après notification du retrait de la carte, par simple lettre, il continue à en faire usage.

- 14.4 - La carte peut faire l'objet d'un retrait par un Commerçant ou par un établissement financier tiers, sur demande de la banque émettrice. Dans ce cas, la décision de restitution de la carte à son titulaire appartient à la banque.
- 14.5 - La clôture du compte sur lequel fonctionne une ou plusieurs cartes entraîne l'obligation de les restituer. Il en va de même en cas de dénonciation de la convention de compte collectif. L'arrêt définitif du compte ne pourra intervenir au plus tôt qu'un (1) mois après restitution des cartes.

Article 15 : Capture de la carte

Une carte capturée par un DAB/GAB peut être récupérée par son titulaire au plus tard deux (2) jours après sa capture au guichet où est situé l'appareil, après accord du Centre d'autorisation de la banque. Passé ce délai, la carte est retournée à l'agence de la banque tenant le compte sur lequel fonctionne la carte.

Article 16 : Réclamations - Conservation des documents et informations

Le titulaire du compte et/ou de la carte a la possibilité de déposer une réclamation auprès de son agence, en présentant le ticket de l'opération litigieuse et l'extrait de compte, et cela dans un délai de quatre-vingt-dix (90) jours au maximum, à compter de la date de l'opération contestée.

Le ticket émis par le commerçant doit être conservé par le titulaire de la carte jusqu'à expiration du délai de réclamation.

Les informations ou documents ou leur reproduction que la banque détient, relatifs aux opérations visées dans le présent contrat et qui font l'objet de réclamation, doivent être produits par la banque quarante-cinq (45) jours au plus après la réclamation du titulaire de la carte et/ou du compte.

La banque a l'obligation de faire diligence auprès de tout correspondant afin que celui-ci lui communique les pièces qu'il pourrait détenir et qui ont trait à l'opération contestée.

Les parties conviennent d'apporter les meilleurs soins à leur information réciproque sur les conditions d'exécution de l'opération. Le cas échéant, et notamment en cas de fraude ou de suspicion de fraude commise par un tiers identifié ou non, la banque peut demander au titulaire de carte un récépissé ou une copie d'un dépôt de plainte auprès des autorités judiciaires.

Article 17 : Remboursement en cas de réclamation

Les réclamations qui s'avèrent fondées conformément aux clauses de la présente convention donneront lieu au remboursement de tous les débits non justifiés, y compris la totalité des frais bancaires supportés le cas échéant par le titulaire du compte.

Le remboursement intervient au plus tard soixante (60) jours à compter de la réception de la réclamation.

Article 18 : Communication de renseignements à des tiers

18.1 - De convention expresse, la banque est autorisée à diffuser les informations recueillies dans le cadre du présent contrat, les informations figurant sur la carte et celles relatives aux opérations effectuées au moyen de celle-ci aux banques et aux établissements financiers, aux organismes intervenant dans le cadre de la fabrication et du fonctionnement de la carte et éventuellement à des sous-traitants, aux commerçants acceptant le paiement par carte et paiement sur internet, ainsi qu'à la Banque d'Algérie et au Réseau Monétique Interbancaire.

Ces informations feront ou non l'objet de traitements automatisés, afin de permettre la fabrication de la carte, la gestion de son fonctionnement et d'assurer la sécurité des paiements notamment lorsque la carte est mise en opposition.

- 18.2 - Une inscription au fichier de la centrale des impayés, géré par la Banque d'Algérie, est réalisée lorsqu'une utilisation abusive de la carte par son titulaire ou le(s) titulaire(s) du compte est notifiée à ce(s) dernier(s).
- 18.3 - Le titulaire d'une carte peut exercer son droit d'accès aux données personnelles le concernant et demander à la banque la rectification de ces données, en cas d'erreur.

Article 19 : Conditions tarifaires

19.1 - La carte est délivrée moyennant le paiement d'une cotisation annuelle dont le montant est fixé dans les conditions de banque. Cette cotisation est prélevée d'office sur le compte concerné.

Dans le cas du renouvellement de la carte, tel que prévu à l'article 14 « durée de validité – renouvellement - retrait - restitution de la carte » ci-dessus, la cotisation est prélevée dans les mêmes conditions que lors de la délivrance de celle-ci.

19.2 - Une commission à l'opération est appliquée, notamment aux retraits d'espèces, aux mises en opposition pour perte ou vol de la carte, aux demandes de documentation et aux réclamations si ces dernières se révèlent non justifiées.

19.3 - Les autres conditions tarifaires sont précisées dans le tableau des conditions de banque.

19.4 - Le titulaire du compte ou le titulaire de la carte peuvent obtenir auprès de toutes les agences de la banque la communication des tarifs pratiqués sur tous les types de services.

19.5 - Le titulaire du compte autorise la banque à débiter son compte des cotisations et commissions visées ci-dessus.

19.6 - L'inscription de la carte du porteur au service e-paiement donne lieu à une commission dont le montant est fixé dans les conditions de banque.

19.7 - Le renouvellement de ladite carte donne également lieu à une commission de nouvelle inscription e-paiement, fixée par la même voie. Il en est de même pour la demande de renouvellement à cause de vol ou de perte de la carte (reconfection de la carte).

19.8 - L'impression du mot de passe (code confidentiel) permettant l'utilisation de la carte pour le service e-paiement est soumise à une commission fixée dans les conditions de banque.

19.9 - Les transactions de paiement effectuées sur le réseau internet sont aussi soumises à des commissions payables à la banque.

19.10 - Le client désirant souscrire à ce service est mis au courant de ces tarifs, par son agence. Il pourra les obtenir auprès de toute autre agence de la Banque.

19.11 - Les commissions relatives aux transactions effectuées sur internet sont fixées dans les conditions de banque.

19.12 - Le client autorise la banque à prélever d'office toutes les commissions qui s'engendrent de la souscription et l'utilisation du service e-paiement.

Article 20 : Modification des conditions du contrat

La banque se réserve le droit d'apporter des modifications des tarifs, des plafonds hebdomadaires de retrait et des plafonds

mensuels de paiement, qui seront portées à la connaissance du titulaire du compte.

Ces modifications sont applicables un mois après leur notification lorsqu'elles sont acceptées par le titulaire du compte.

En cas de non acceptation de ces modifications par le titulaire du compte, le présent contrat est résilié dans un délai d'un (1) mois à compter de la notification écrite du refus par le titulaire du compte ou de la carte.

Article 21 : Sanctions

Tout usage abusif ou frauduleux, toute falsification de la carte, ainsi que toute fausse déclaration est passible des sanctions pénales prévues par la loi.

Toute fausse déclaration ou usage abusif de la carte entraînent la résiliation du présent contrat.

Tous les frais et les dépenses réels engagés pour le recouvrement forcé des opérations résultant de l'utilisation de la carte sont à la charge solidairement du titulaire de la carte et du titulaire du compte concernés.

En cas d'indisponibilité de provision, la banque applique des pénalités, selon les conditions de banque en vigueur et les modalités fixées par la banque.

Article 22 : Règlement des différends

22.1 - Hormis les litiges commerciaux, objet de la clause de l'article 5, alinéa 8 « modalités d'utilisation de la carte pour le règlement d'achats de biens et de prestations de services » ci-dessus et le service paiement en ligne, tous les litiges qui naissent à l'occasion de l'exécution ou de l'interprétation du présent contrat seront réglés à l'amiable.

22.2 - A défaut de règlement amiable, les litiges seront soumis au tribunal compétent.

Article 23 : Résiliation du contrat

23.1- La résiliation du présent contrat intervient en cas de non-exécution des obligations contractuelles par la banque, le titulaire du compte ou le titulaire de la carte.

Toutefois, le titulaire de la carte ou du compte, d'une part, et la banque, d'autre part, peuvent, à tout moment, sans justificatif ni préavis, sous réserve du dénouement des opérations en cours, mettre fin au présent contrat, sans qu'il soit nécessaire d'accomplir aucune autre formalité hormis l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception.

Lorsque cette résiliation fait suite à un désaccord sur les modifications des conditions du présent contrat, elle ne peut intervenir qu'au-delà du délai prévu dans l'article 20 « modification des conditions du contrat » pour l'entrée en vigueur de ces modifications.

23.2 - Tout décès et toute incapacité juridique du titulaire du compte ou de la carte entraînent la résiliation immédiate de plein droit du présent contrat, sous réserve du dénouement des opérations en cours.

Dans le cas où, après résiliation du contrat, il se révélerait des impayés, ceux-ci seront à la charge du titulaire du compte.

23.3 - La résiliation prend effet au lendemain de la réception de la lettre recommandée ou avec accusé de réception.

23.4 - Les transactions antérieures à la résiliation seront traitées conformément aux conditions du présent contrat.

23.5 - La résiliation du présent contrat entraîne la restitution la carte à la banque par le titulaire du compte, contre accusé de réception.

Article 24 : Entrée en vigueur

Le présent contrat est établi en trois (3) exemplaires. Il entre en vigueur à compter de la date de sa signature par les parties.

Fait à _____, le _____

Signatures

P / la banque (écrire la mention manuscrite)	Le titulaire du compte (écrire les mentions manuscrites « lu et approuvé »)	Le titulaire de la carte « lu et approuvé » et « bon pour acceptation de pouvoir »)

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I- الكتب:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، لجنة التأليف والتعليق والنشر، الكويت، 1985.
2. إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
3. أحمد سعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
4. أحمد سفر، العمل المصرفي الإلكتروني في البلدان العربية، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2006.
5. -----، أنظمة الدفع الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
6. أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
7. إسماعيل محمد عبد الشافي، الإعلانات التجارية الخادعة ومدى الحماية التي يكفلها المشرع الجنائي للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
8. أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2008.
9. أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد، دراسة تحليلية شاملة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.
10. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 2002.
11. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
12. إيهاب فوزي السقا، جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

13. بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري واثره على المستهلك (دراسة قانونية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
14. بشار محمود دودين، محمد يحي المحاسنة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
15. بن ملحة الغوثي، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.
16. بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
17. -----، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
18. -----، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006.
19. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (الكتاب الأول: الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012.
20. حازم نعيم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
21. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
22. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.
23. حسين محمد عبد الظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2001-2002.
24. -----، المسؤولية القانونية في مجال الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
25. -----، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998.
26. خالد جمال أحمد، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

27. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.
28. -----، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
29. خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
30. زهرة محمد المرسى، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
31. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
32. سرور محمد، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الصناعية الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1998.
33. سعادوي سليم، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
34. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالافصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
35. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998.
36. شريف محمد غانم، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
37. -----، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.
38. شيماء عبد الغني محمد عطاء الله، الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
39. ضيف الله الزين سليمان، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
40. عايد رجا الخاليلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية: المسؤولية الناشئة عن استخدام أجهزة الحاسوب والأنترنت (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

41. عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني (ماهية، مخاطر وكيفية مواجهتها مدى حجيته في الإثبات)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
42. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام: العقد-العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
43. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي بمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 2007.
44. -----، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
45. عبد الفتاح سليمان، المسؤولية المدنية والجنائية في العمل المصرفي في الدول العربية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1986.
46. عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء، المنصورة، 1991.
47. عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1999.
48. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
49. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
50. عبير ميخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
51. عزالدين الدناصوري، حامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء يتضمن أحداث أحكام النقض والدستورية العليا وفقا لأحداث التعديلات، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2017.
52. علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

53. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
54. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
55. عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
56. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
57. عمرو أحمد حسبو، حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998.
58. غازي بن فهد بن غازي المزيني، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، 2017.
59. فتحي ناهد الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
60. قارة أمال، الحماية الجزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
61. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
62. لبنى عمر مستقاوي، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
63. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
64. مأمون محمد سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.
65. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2004.
66. محمد أمين محمد الشوابكة، جائم الحاسب والانترنت (الجريمة المعلوماتية)، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

67. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دراسة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة إلى قواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
68. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.
69. -----، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2003.
70. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، الجزء 2: النظرية العامة للالتزام - المسؤولية التقصيرية (الفعل المستحق للتعويض)، دار الهدى، الجزائر، 2011.
71. محمد عمر ذوابة، أكرم ياملكي، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني (دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
72. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء: دراسة في القانون المدني المصري مقارنا بالقانون الفرنسي، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1957.
73. محمد موسى مصطفى، المراقبة الإلكترونية عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005.
74. محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
75. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
76. مروة زين العابدين صالح، الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية الأنترنت: بين القانون الدولي الاتفاقي والقانون الوطني، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، 2015.
77. مصطفى أحمد أبو عمر، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
78. مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.
79. مصطفى يوسف كافي، النقود والبنوك الإلكترونية في ظل التقنيات الحديثة، دار رسلان للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2011.
80. مناني فراح، العقد الإلكتروني، وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2009.

81. منى الأشقر جبور، محمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية: الهم الأمني وحقوق الأفراد، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، بيروت، 2018.
82. منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.
83. -----، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
84. نائلة عادل محمد، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
85. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، وتطبيقاته على بعض أنواع العقود - دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
86. نضال إسماعيل برهم، غازي أبو عرابي، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
87. هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

II - الرسائل الجامعية:

1. بن الزوثير عمر، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 - سعيد حمدين، 2017.
2. حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2015.
3. خرشي إلهام، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2015.
4. زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2016.

5. زيدان محمد، الإجراءات الاستعجالية في ظل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09-08، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة الجزائر 01، 2017.
6. سعداني نورة، المسؤولية المدنية للبنك عن أخطائه المهنية في مجال الإعتماد المالي، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2001.
7. عبد الله ليندة، مواجهة تبييض الأموال عن طريق وسائل الدفع، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي، 2019.
8. عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2014.
9. قريمس عبد الحق، المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011.
10. قصار الليل عائشة، حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات -دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة، 2018.
11. مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2012.
12. مسيردي سيد أحمد، النظام القانوني للمقاصة في المعاملات البنكية -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2018.

III- المقالات:

1. -----، "المسؤولية عن الإعلام قبل التعاقدي، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار، عنابة، عدد 39، سبتمبر 2014، ص ص 159 - 173.

2. -----، "دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك"، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية- أدرار، ص ص 282-304.
3. أزرو محمد رضا، "التوقيع الالكتروني ومقتضيات الأمان القانوني -دراسة مقارنة-"، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 01 العدد 01، 15 سبتمبر 2009، جامعة زيان عاشور-الجلفة، ص ص 53-70.
4. آلاء يعقوب يوسف النعيمي، "الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 14، العدد 8، 2005، ص ص 61-112.
5. بحماوي الشريف، "سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، العدد الثاني، جوان 2014، ص ص 98-112.
6. بركان إيمان، بوداح عبد الجليل، "أهمية أنظمة الرقابة الداخلية في حوكمة المؤسسات المصرفية في الجزائر"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، عدد 43، جوان 2015، ص ص 07-44.
7. بلعيساوي محمد الطاهر، "حقوق الشخص المعني والتزامات المسؤول عن المعالجة وفقا للقانون 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي"، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي- برلين (ألمانيا)، المجلد 3 العدد 05، الصادر في ماي 2019، ص ص 46-63.
8. بلغربي سهيلة، "الاستعجال في مجال الحريات"، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي- تبسة، المجلد 02، العدد 02، سبتمبر 2017، ص ص 11-24.
9. بليدي سميرة، "القواعد المنظمة للرسالة الإشهارية في الجزائر"، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل للبحث العلمي- بيروت، عدد 07، أكتوبر 2016، ص ص 55-71.
10. بليمان يمين، "الإشهار الكاذب أو المضلل"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، عدد 32، ديسمبر 2009، ص ص 289-313.
11. بورزق أحمد، "دور الالتزام قبل التعاقدي في تنوير إرادة المستهلك"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 03، جانفي 2016، ص ص 171-185.

12. بورعدة نريمان مسعود، "المسؤولية عن فعل الأنظمة الإلكترونية الذكية"، *حوليات جامعة الجزائر 01*، جامعة يوسف بن الخدة- الجزائر 01، المجلد 31 العدد 01، 01 جوان 2017، ص ص 134-157.
13. بوعزة هداية، يوسف فتيحة، "الحماية التقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدفع الإلكتروني"، *مجلة الدراسات والبحوث القانونية*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف- المسيلة، المجلد 03، العدد 04، ديسمبر 2018، ص ص 20-45.
14. بوقطة فاطمة الزهراء، "تأسيس المسؤولية العقدية للبنك عن أخطاء الكمبيوتر على الإخلال بالسلامة (عمليات التحويل الإلكتروني نموذجاً)"، *مجلة أبحاث قانونية وسياسية*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد صديق بن يحي -جيجل، العدد السادس، جوان 2018، ص ص 182-197.
15. بومدين أحمد، "دور الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في حماية رضا المستهلك"، *مجلة العلوم القانونية*، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، عدد 01، جوان 2010، ص ص 163-190.
16. تدريست كريمة، "الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، المجلد 15، العدد 01، سنة 2017، ص ص 237-253.
17. حسين عبده الماحي، "نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية"، *مجلة البحوث القانونية والاقتصادية*، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد 31 أبريل 2002، ص ص 274-320.
18. حليتم سراح، "خصوصية التوقيع الإلكتروني في توثيق العقود الإلكترونية"، *مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة، العدد 13، جويلية 2018، ص ص 737-752.
19. حمودي ناصر، "الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات في التشريع الجزائري"، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، المجلد 07، العدد 02، ديسمبر 2016، ص ص 67-91.
20. خلفي عبد الرحمان، "حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)"، *مجلة النجاح للأبحاث*، نابلس، المجلد 27، العدد 01، جانفي 2013، ص ص 1-24.

21. خليفة كرفة محمد، "ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك"، **مجلة الدراسات القانونية المقارنة**، مخبر القانون الخاص المقارن وبمساهمة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف، العدد 04، نوفمبر 2017، ص ص 53-64.
22. خليفة محمد، "خصوصية الجريمة الالكترونية وجهود المشرع الجزائري في مواجهتها"، **مجلة دراسات وأبحاث**، المجلد 01 العدد 01، 15 سبتمبر 2009، جامعة زيان عاشور-الجلفة، ص ص 370-389.
23. خليفي مريم، "الحماية الجنائية لمواقع التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت"، **مجلة العلوم القانونية والسياسية**، جامعة الشهيد حمة لحضر - الوادي، المجلد 02، عدد 01، الصادر في جانفي 2011، ص ص 169-188.
24. خوبيزي مريم، "واقع استخدام وسائل الدفع الالكترونية في الجهاز المصرفي الجزائري وكيفية إدارة المخاطر الناتجة عنها وفقا لنموذج لجنة بازل الدولية للرقابة المصرفية"، **مجلة الدراسات المالية والمحاسبية والإدارية**، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، العدد 04، ديسمبر 2015، ص ص 34-59.
25. رحمان يوسف، "سلطات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري طبقا لقانون 04-15، دراسة مقارنة"، **مجلة دراسات قانونية وسياسية**، كلية الحقوق السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، المجلد 02 العدد 01، 10 سبتمبر 2017، ص ص 164-209.
26. زام فتيحة، "الضمانات القانونية لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، دراسة على ضوء القانون رقم 07-18"، **مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية**، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تمنراست، المجلد 08، العدد 04، جوان 2019، ص ص 281-299.
27. زارة صالح الواسعة، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري"، **مجلة العلوم القانونية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر - الوادي، العدد الخامس، جوان 2012، ص ص 183-206.
28. زردازي عبد العزيز، "مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك"، **مجلة الحقوق والحريات**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، العدد 04، أفريل 2017، ص ص 71-90.

29. زروق يوسف، "حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الالكتروني -دراسة مقارنة-"، **دفا تر السياسة والقانون**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، العدد 09، جوان 2013، ص ص 133-144.
30. ساسان رشيد، "التأسيس القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في مجال عقود الأعمال"، **مجلة العلوم القانونية**، العدد 03، جوان 2011، المركز الجامعي الوادي، ص ص 167-286.
31. سامح عبد الواحد التهامي، "ضوابط معالجة البيانات الشخصية (دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانون الكويتي)"، **مجلة كلية القانون الكويتية العالمية**، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، العدد 09، مارس 2015، ص ص 395-444.
32. سرحان عدنان إبراهيم، "حق المستهلك في الحصول على الحقائق"، **مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة محمد خيضر - بسكرة، العدد 08، نوفمبر 2012، ص ص 12-39.
33. سليمان براك دايع، "الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك"، **مجلة كلية الحقوق**، جامعة النهرين، المجلد 8، العدد 14، 2005، ص ص 164-187.
34. سوالم سفيان، "الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري"، **مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة**، مركز جيل للبحث العلمي، بيروت، العدد 04، جوان 2016، ص ص 121-140.
35. سوز حميد مجيد، "الحماية القانونية للحق في خصوصية البيانات الشخصية في العراق: دراسة تحليلية مقارنة"، **مجلة دراسات قانونية وسياسية**، كلية القانون، جامعة السليمانية-العراق، السنة السادسة، العدد 11، أفريل 2018، ص ص 168-208.
36. سي يوسف زاهية حورية، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية - دراسة مقارنة"، **مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية**، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف-باتنة، العدد 18، جوان 2008، ص ص 187-216.
37. طبّاش عز الدين، "الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري، دراسة في ظل قانون 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي"، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، العدد 02، فيفري 2018، ص ص 26-60.

38. عبابسة سمية، "وسائل الدفع الإلكترونية في النظام البنكي الجزائري -الواقع والمعوقات والآفاق المستقبلية"، **مجلة العلوم الإنسانية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة- وهران، العدد 06، ديسمبر 2016، ص ص 345- 360.**
39. عبد الرحيم هيبة، "وسائل الدفع التقليدية في الجزائر-الوضع والآفاق-"، **مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة، عدد 09، جوان 2011، ص ص 37-48.**
40. عبد الله ليندة، "حماية المستهلك من الإعلانات الالكترونية الكاذبة والمضللة"، **مجلة الندوة للدراسات القانونية، مجلة إلكترونية، عدد 02، 2014، ص ص 17-30، revuenadwa.jimdo.com.**
41. عقوني محمد، بلمهدي براهيم: "الآليات التقنية والقانونية لحماية التوقيع الإلكتروني"، **مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، بسكرة، المجلد 14 العدد 1، فيفري 2019، ص ص 300-313.**
42. عقيل فاضل أحمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، "الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني"، **مجلة أهل البيت، العدد الخامس، 05 ديسمبر 2007، العراق، ص ص 204-226.**
43. غزالي نزيهة، "الآليات القانونية لحماية وسائل الدفع الإلكتروني في التشريع الجزائري"، **مجلة البحوث السياسية والإدارية، جامعة زيان عاشور- الجلفة، العدد 10، جوان 2014، ص ص 287-294.**
44. قاشي علال، "الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضللة"، **مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب -بليدة، العدد 02، جانفي 2012، ص ص 335-354.**
45. قجالي مراد: "مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري"، **مجلة معارف، جامعة أكلي محند أولحاج -البويرة، المجلد 4، العدد 6، جوان 2009، ص ص 91-117.**
46. قرواش رضوان: "هيئات التصديق الإلكتروني في ظل القانون 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين (المفهوم والالتزامات)"، **مجلة العلوم الإجتماعية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، العدد 24، جوان 2007، ص ص 410-425.**
47. كراش ليلي، "حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك"، **حوليات الجزائر 01، جامعة الجزائر 1، المجلد 4، العدد 31، جوان 2017، ص ص 95- 122.**

48. لعلاوي عيسى، خنفوسي عبد العزيز: "وسائل الدفع الإلكتروني المستحدثة في إطار تسهيل خدمات المعاملات الرقمية"، مجلة منازعات الأعمال، العدد 19 ديسمبر 2016، ص ص 118-155. <https://revues.imist.ma/index.php/Contentieux-Affaires>
49. محمد حمزة بن عزة، مبارك جمال الدين لزرق، "حماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر البريد الدعائي -دراسة مقارنة"، مجلة منازعات الأعمال، ص 02، مجلة إلكترونية: <https://revues.imist.ma/index.php/Contentieux-Affaires>
50. مسعودي زكرياء، جعفر زهرة، "التوقيع الإلكتروني وحمايته لعملية الدفع الإلكتروني"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة حمة لخضر - الوادي، المجلد 01، العدد 03، ديسمبر 2017، ص ص 155-169.
51. مسعودي عبد الهادي، "المواقع الإلكترونية ومتطلبات تطويرها في الخدمات البنكية"، مجلة دراسات، المجلد 11، العدد 01، جوان 2014، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة عمار ثلجي - الأغواط، ص ص 175-193.
52. منصور حاتم محسن، إسرائ خضير مظلوم، "العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل - العراق، المجلد الرابع، العدد 02، سنة 2012، ص ص 48-85.

IV - المداخلات:

1. ما شاء الله الزوي، "المواجهة الجنائية للبريد الإلكتروني الدعائي المزعج أو المضلل"، أعمال المؤتمر الدولي الرابع عشر: الجرائم الإلكترونية، المنعقد يومي 24-25 مارس 2017، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس.
2. عبد الله ليندة، "تبييض الأموال عن طريق الاعتماد المستندي الإلكتروني"، المؤتمر الدولي الرابع عشر حول الجرائم الإلكترونية، المنعقد يومي 24-25 مارس 2017، مركز جيل للبحث العلمي، طرابلس - لبنان.
3. محمد أبو الوفا إبراهيم أبو الوفا، "المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان"، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد أيام من 10-12 ماي 2003.
4. محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، "مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها"، المؤتمر الدولي حول الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة

- والقانون، المجلد الأول، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد أيام من 10-12 ماي 2003.
5. نبيل صلاح محمود العربي، "الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية (دراسة مقارنة)"، المؤتمر الدولي حول الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد أيام من 10-12 ماي 2003.
6. محمد حامد مرهج الهيتي، "عدم ملاءمة نصوص قانون العقوبات وضرورة النص الخاص لتجريم استعمال البطاقة المصرفية المزورة في السحب الإلكتروني للنقود من أجهزة الصرف الآلي"، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، المنعقد أيام من 12-14 نوفمبر 2007.
7. إسماعيل عبد النبي شاهين، "أمن المعلومات في الانترنت بين الشريعة والقانون"، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، المنعقد أيام من 01-03 ماي 2000.
8. عثمان محمد رأفت، "ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها، وطبيعتها القانونية، وتمييزها عن غيرها"، المؤتمر الدولي حول الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد أيام 10-12 ماي 2003.
9. حمد خاطر نوري، "مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الرقمي (الإلكتروني) في العمليات المصرفية، بين المسؤولية المدنية وفعل المباشرة والتسبب، دراسة نقدية في القانون المدني الفرنسي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي"، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد أيام 10-12 ماي 2003.
10. جدي صبرينة، "حماية المعطيات الشخصية في قانون 07-18، تعزيز للثقة بالإدارة الإلكترونية وضمان لفعاليتها"، الملتقى الوطني حول النظام العام القانوني للمرفق العام الإلكتروني: واقع-تحديات-أفاق، المنعقد يومي 26 و 27 نوفمبر 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف- المسيلة.

V- النصوص القانونية:

V-1- النصوص القانونية الجزائرية:

أ- الاتفاقيات الدولية:

- الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، المحررة بالقاهرة بتاريخ 21 ديسمبر 2010، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14-252 مؤرخ في 08 سبتمبر 2014، الصادر في 28 سبتمبر 2014.

ب- الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل دستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، ج ر ج ج عدد 76، الصادر في 08 ديسمبر 1996، المعدل لا سيما بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر ج ج عدد 14، الصادر في 7 مارس 2016.

ج- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-155 مؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج ج عدد 48، الصادر في 10 جوان 1966، المعدل والمتمم لا سيما بموجب القانون رقم 17-07 مؤرخ في 27 مارس 2017، ج ر ج ج عدد 20، الصادر في 29 مارس 2017، والأمر رقم 20-04 مؤرخ في 30 أوت 2020، ج ر ج ج عدد 51، صادر في 31 أوت 2020.

2. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 1 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج عدد 102، الصادر في 4 جوان 1966، المعدل والمتمم لا سيما بموجب القانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، ج ر ج ج عدد 71، الصادر في 10 نوفمبر 2004، وقانون رقم 20-06 مؤرخ في 28 أفريل 2020، ج ر ج ج عدد 25، الصادر في 29 أفريل 2020.

3. أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19 فيفري 1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج ر ج ج عدد 21 الصادر في 27 فيفري 1970، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 09 أوت 2014، ج ر ج ج عدد 49، الصادر في 20 أوت 2014.

4. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن قانون المدني، ج ر ج ج عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم لا سيما بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر ج ج عدد 44، الصادر في 26 جوان 2005.
5. أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر ج ج عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم لا سيما بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فيفري 2005، ج ر ج ج عدد 11، الصادر في 9 فيفري 2005.
6. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد 24، الصادر في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج عدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005.
7. قانون رقم 89-02 مؤرخ في 07 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر ج ج عدد 06، الصادر في 08 فيفري 1989، ملغى.
8. قانون 90-07 المؤرخ في 03 أبريل 1990، المتعلق بالإعلام، ج ر ج ج عدد 14، الصادر في 04 أبريل 1990، المعدل بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-13 المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، يخص بعض أحكام قانون رقم 90-07 متعلق بالإعلام، ج ر ج ج عدد 69، الصادر في 27 أكتوبر 1993.
9. مرسوم تشريعي رقم 94-01 مؤرخ في 15 جانفي 1994، المتعلق بالمنظومة الإحصائية، ج ر ج ج عدد 03، الصادر في 16 جانفي 1994.
10. أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر ج ج عدد 13، الصادر في 08 مارس 1995، المعدل والمتمم بموجب القانون 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر ج ج عدد 15، الصادر في 12 مارس 2006.
11. أمر رقم 03-05 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ج ج عدد 44، الصادر في 23 جويلية 2003.
12. أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالعلامات، ج ر ج ج عدد 44، الصادر في 23 جويلية 2003.
13. أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم لا سيما بالأمر رقم 10-04 مؤرخ في 16 أوت 2010، ج ر

- ج ج عدد 50، الصادر في 01 سبتمبر 2010، والقانون رقم 17-10 مؤرخ في 11 أكتوبر 2017، ج ر ج ج عدد 57، الصادر في 12 أكتوبر 2017.
14. قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج عدد 41، الصادر في 27 جوان 2004، معدل ومتم بموجب القانون 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ج ج عدد 46، الصادر في 18 أوت 2010.
15. القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.
16. قانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج عدد 15، الصادر في 8 مارس 2009، المعدل والمتم بموجب القانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 جويلية 2018، ج ر ج ج عدد 35، الصادر في 13 جويلية 2018.
17. قانون رقم 04-09 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، ج ر ج ج عدد 47، الصادر في 16 أوت 2009.
18. قانون رقم 05-12 مؤرخ في 12 جانفي سنة 2012، يتعلق بالإعلام، ج ر ج ج عدد 02، الصادر في 15 جانفي 2012.
19. قانون رقم 06-12 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، ج ر ج ج عدد 02، الصادر في 25 جانفي 2012.
20. قانون رقم 04-14 مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج ر ج ج عدد 16، الصادر في 23 مارس 2014.
21. قانون رقم 04-15 مؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر ج ج عدد 06، الصادر في 10 فيفري 2015.
22. قانون رقم 12-15 المؤرخ في 15 جوان 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج ر ج ج عدد 39، الصادر في 19 جويلية 2015.
23. قانون رقم 11-17 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر ج ج عدد 76، الصادر في 28 ديسمبر 2017.

24. قانون رقم 18-04 مؤرخ في 10 ماي 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر ج ج عدد 27 الصادر في 13 ماي 2018.
25. قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ج ج عدد 28، الصادر في 16 ماي 2018.
26. قانون رقم 18-07 مؤرخ في 08 جويلية 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر ج ج عدد 34، الصادر في 10 جويلية 2018.

د- النصوص التنظيمية:

د-1- مراسيم تنفيذية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 74-70 مؤرخ في 03 أفريل 1974، المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية في الإشهار التجاري، ج ر ج ج عدد 29، الصادر في 9 أفريل 1974.
2. مرسوم رقم 86-283 مؤرخ في 02 ديسمبر 1986، والمتضمن إعادة تنظيم الوكالة الوطنية للنشر والإشهار، ج ر ج ج عدد 49، الصادر في 03 ديسمبر 1986.
3. مرسوم تنفيذي رقم 92-286 مؤرخ في 06 جويلية 1992، يتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج ر ج ج عدد 53، الصادر في 12 جويلية 1992.
4. مرسوم تنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 09 ماي 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج ج عدد 27، الصادر في 13 ماي 2001، الملغى.
5. مرسوم تنفيذي رقم 02-127، مؤرخ في 07 أفريل 2002، يتضمن إنشاء خلية معالجة الاستعلام المالي وتنظيمها وعملها، ج ر ج ج عدد 23، الصادر في 07 أفريل 2002، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-275، المؤرخ في 06 سبتمبر 2008، ج ر ج ج عدد 50 الصادر في 07 سبتمبر 2008، والمرسوم التنفيذي رقم 10-237، المؤرخ في 10 أكتوبر 2010، ج ر ج ج عدد 59، الصادر في 13 أكتوبر 2010، والمرسوم التنفيذي رقم 13-157، المؤرخ في 15 أفريل 2013، ج ر ج ج عدد 23، الصادر في 28 أفريل 2013.

6. مرسوم تنفيذي رقم 05-460 المؤرخ في 30 نوفمبر 2005، يتضمن الموافقة، على سبيل التسوية، على رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات السلكية واللاسلكية واستغلالها وتوفير خدمات هاتفية ثابتة دولية وما بين المدن وفي الحلقة المحلية للجمهور، ج ر ج ج عدد 78، الصادر في 04 ديسمبر 2005.
7. مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر ج ج عدد 56، الصادر في 11 سبتمبر 2006، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 88-44 مؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر ج ج عدد 07، الصادر في 10 فيفري 2008.
8. مرسوم تنفيذي رقم 09-65 مؤرخ في 07 فيفري 2009، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعينة، ج ر ج ج عدد 10، الصادر في 11 فيفري 2009.
9. مرسوم تنفيذي رقم 09-410 المؤرخ في 10 ديسمبر 2009، يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة، ج ر ج ج عدد 73، الصادر في 13 ديسمبر 2009، المعدل والمتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 16-61 المؤرخ في 11 فيفري 2016، ج ر ج ج عدد 09، الصادر في 17 فيفري 2016.
10. مرسوم تنفيذي رقم 11-09 مؤرخ في 20 جانفي 2011، يتضمن تنظيم المصالح الخارجية لوزارة التجارة وصلاحياتها وعملها، ج ر ج ج عدد 04، الصادر في 23 جانفي 2011.
11. مرسوم تنفيذي رقم 11-216 مؤرخ في 12 جوان 2011، يحدد صلاحيات وزير الاتصال، ج ر ج ج عدد 33، الصادر في 12 جوان 2011.
12. مرسوم تنفيذي رقم 11-217 مؤرخ في 12 يونيو 2011، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الاتصال، ج ر ج ج عدد 33، الصادر في 12 جوان 2011.
13. مرسوم تنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 26 سبتمبر 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج ر ج ج عدد 49، الصادر في 02 أكتوبر 2013.
14. مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر ج ج عدد 58، الصادر في 18 نوفمبر 2013.
15. مرسوم تنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 ماي 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر ج ج عدد 24، الصادر في 13 ماي 2015.

16. مرسوم تنفيذي رقم 15-153 مؤرخ في 16 جوان 2015، يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع الكتابية عن طريق القنوات البنكية والمالية، ج ر ج ج عدد 33، الصادر في 22 جوان 2015.

17. مرسوم تنفيذي رقم 15-320 مؤرخ في 13 ديسمبر 2015، يحدد نظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج ج عدد 68، الصادر في 27 ديسمبر 2015.

18. مرسوم تنفيذي رقم 16-122 مؤرخ في 11 أوت 2016، يتضمن دفتر الشروط العادة الذي يحدد القواعد المفروضة على خدمة البث التلفزيوني أو البث الإذاعي، ج ر ج ج عدد 48، الصادر في 17 أوت 2016.

19. مرسوم تنفيذي رقم 16-135 مؤرخ في 25 أبريل 2016، يحدد طبيعة السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها، ج ر ج ج عدد 26، الصادر في 25 أبريل 2016.

د-2- قرارات وزارية:

- قرار مؤرخ في 15 أوت 2012، يحدد نموذج بطاقة التفويض بالعمل وكيفية إصدارها وسحبها للموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتجارة، ج ر ج ج عدد 13، الصادر في 06 مارس 2013.

د-3- أنظمة بنك الجزائر:

1. نظام رقم 05-04 مؤرخ في 13 أكتوبر 2005، يتضمن نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل، ج ر ج ج عدد 02، الصادر في 15 جانفي 2006.

2. نظام رقم 05-06 مؤرخ في 15 ديسمبر 2005، يتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض الأخرى، ج ر ج ج عدد 26، الصادر في 23 أبريل 2006.

3. نظام رقم 05-07 مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتضمن أمن أنظمة الدفع، ج ر ج ج عدد 37، الصادر في 04 جوان 2006.

4. نظام رقم 11-08 مؤرخ في 28 نوفمبر 2011، يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية، ج ر ج ج عدد 47، الصادر في 29 أوت 2012.

5. نظام رقم 01-12 مؤرخ في 20 فيفري 2012، يتضمن تنظيم مركزية مخاطر المؤسسات والأسر وعملها، ج ر ج ج عدد 36، الصادر في 13 جوان 2012.
6. نظام رقم 03-12 مؤرخ في 28 نوفمبر 2012، يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، ج ر ج ج ج عدد 12، الصادر في 27 فيفري 2013.
7. مقرر رقم 01-18 مؤرخ في 02 جانفي 2018، يتضمن نشر قائمة البنوك وقائمة المؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر، ج ر ج ج ج عدد 04، الصادر في 28 فيفري 2018.
8. نظام رقم 03-18 مؤرخ في 04 نوفمبر 2018، يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر ج ج ج عدد 73، الصادر في 09 ديسمبر 2018.
9. نظام رقم 01-20 مؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر ج ج ج عدد 16، الصادر في 24 مارس 2020.

2-2- النصوص القانونية العربية:

1. قانون رقم 83 لسنة 2000 مؤرخ في 09 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 64، مؤرخ في 11 أوت 2000. منشور في البوابة الوطنية للإعلام القانوني، على الموقع: www.legislation.tn
2. قانون رقم 659 صادر في 04 شباط (فيفري) 2005، المتضمن قانون حماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية رقم 6، صادر بتاريخ 10 شباط (فيفري) 2005، المعدل، المنشور على الموقع الالكتروني لرئاسة مجلس الوزراء اللبناني، الجريدة الرسمية: www.pcm.gov.lb
3. ظهير شريف رقم 03.11.1 صادر في 18 فيفري 2011، بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 5932 الصادر بتاريخ 07 أفريل 2011، ص 1072. منشور على الموقع الالكتروني للأمانة العامة للحكومة المغربية، الجريدة الرسمية: www.sgg.gov.ma
4. مرسوم بقانون 05 لسنة 2012 بتاريخ 13 أوت 2012، في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة عدد 540 الصادر بتاريخ 26

أوت 2012، المعدل بموجب القانون الاتحادي رقم 12 بتاريخ 23 ماي 2016، الجريدة الرسمية ملحق العدد 597 الصادر في 31 ماي 2016، والمرسوم بقانون اتحادي رقم 02 بتاريخ 24 جويلية 2018. منشور في الموقع الالكتروني: www.elaws.moj.gov.ae.

IV- القرارات القضائية:

- الغرفة الاستعجالية لمجلس قضاء الجزائر، قرار رقم 13/7425، الصادر في 24 فيفري 2014، قرار غير منشور.

ثانيا: باللغة الأجنبية

I- Les Ouvrages :

1. ARCELIN-LÉCUYER Linda, Le droit de la publicité, 10^{ème} édition, Presses Universitaires de Rennes - P.U.R, 2011, France, 2011.
2. AULOY Jean-Calais, STEINMETZ Frank, Droit de la consommation, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2003.
3. BOCHURBERG Lionel, Internet et commerce électronique, 2^{ème} édition, DELMAS, Paris, 2001.
4. BONNET Thierry, DRUMMOND France, Droit des marchés financiers, Economica, Paris, 2005.
5. BOURGOIGNIE Thierry, GOYENS Monique, Droit et consommation, transfert électronique de fonds et protection du consommateur, Story scientia, Paris 1990.
6. BUYLE Jean-Pierre, La carte de paiement électronique, in La banque dans la vie quotidienne, Ed Jeune Barreau, Bruxelles, 1986.
7. CABRILLAC Henry, CABRILLAC Michel, Le chèque et le virement, 5^{ème} édition, Librairies techniques, Paris, 1980.
8. CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, Droit de la consommation, 09^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2015.
9. CALANDRI Laurence, Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français, Extensio Editions, LGDJ, Paris, 2008.
10. CARBONNIER Jean, Droit civil, tom 4 : Les obligations, 22 éditions, PUF, Paris, 2000.
11. CHAPUS René, Droit administratif général, tom1, 15^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2001.

12. CHENDEB Rabih, Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative (droit français, libanais, et égyptien), 02^{ème} édition, édition LGDJ ET Alpha, Paris, 2010.
13. CHEROT Jean- Yves, Droit public économique, Corpus droit public, éd Economica, Paris, 2002.
14. COLLART DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 10^{ème} édition, Dalloz, paris, 2015.
15. DEPREZ Pierre et FAUCHOUUX Vincent, Lois, Contrats et usages, édition DIXIT, France, 1997.
16. DUGUIT Léon, L'état, Le droit objectif et la loi positive, 10^{ème} édition, DALLOZ, 2003.
17. ENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre et HASS Gérard, Internet et protection des données personnelles, édition Litec, Paris, 2000.
18. EYNARD Jessica, Les données personnelles, quelle définition pour régime de protection efficace, Michalon éditeur, Paris, 2013.
19. FABRE-MAGNAN Muriel, De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, L.G.D.J. Paris, 1992.
20. FENOLL-TROUSSEAU Marie-Pierre et HASS Gérard, Internet et protection des données personnelles, édition Litec, Paris, 2000.
21. FERAL-SCHUHL Christiane, Cyber droit, 2^oédition, Dalloz, France.
22. FRISON-ROCHE Marie-Anne, Les régulations économiques, légitimité et efficacité: Définition du droit de la régulation économique, Dalloz, Paris, 2004.
23. GAVALDA Christian, STOUFFLET Jean, Droit du crédit, Tom 2 : Effets de commerce chèques carte de paiement et de crédit, 2^{ème} édition, Litec, Paris, 1991.
24. GENEVIEVE Pignarre, Obligation d'information et de conseil: la responsabilité liée aux activités juridiques recueil des travaux du groupe de recherche européenne sur la responsabilité civile et l'assurance (GRERCA), édition Bruylant, Bruxelles, 2016.
25. GENTOT Michel, L'autorité administrative indépendante, 2^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 1994.

26. GHESTIN Jacques, LOISEAU Gregoire, SERINET Yues-Marie, La formation du contrat, Tom1, Le contrat, le consentement, 04^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2013.
27. GREFFE François, GREFFE Pierre-Baptiste, La publicité et la loi, Droit Français- Union Européenne- Suisse, 11^{ème} édition, Litec, Paris, 2009.
28. GUEDON Marie-José, « Les autorités administratives indépendantes », LGDJ, Paris, 1991
29. HUBIN Joël, POULLET Yves, La sécurité informatique, entre technique et droit, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, volume 14, édition Story-Scientia, Bruxelles, 1998.
30. JOSSERAND Louis, La responsabilité du fait des choses inanimés, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1897.
31. JOURDAIN Patrice, La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport français, Journées louisianaises, Litec, Paris, 1992.
32. LE TOURNEAU Philippe, CADIET Loïc, Droit de la responsabilité, DALLOZ, Paris, 1997
33. LEGEAIS Dominique, Les obligations d'information et de conseil du banquier, PUAM, Marseille, 2002.
34. LUCAS André, DEVEZE Jean et FRAYSSINET Jean, Droit de l'informatique et l'internet, PUF, Paris, 2001.
35. MATHIEU Marie-Elisabeth, Les services bancaires et financiers en ligne, Editeur Revue Banque, Paris, 2005.
36. MIREILLE Delmas-Marry, GENEVIEVE Giudicelli- Delage, Droit pénal des affaires, 4^{ème} édition, PUF, Pris, 2000.
37. MOUSSERON Jean-Marc, La durée dans la formation des contrats, édition Aix Marseille, Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, France, 1974.
38. PIZZO Jean-Pierre, Code de la consommation, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris 1996.
39. RABAGNY-LAGOA Agnés, Droit du commerce électronique, Edition Ellipses, Paris, 2011.
40. RIVERS- LANGE Jean-Louis et CONTAMIN-RAYNAUD Monique, Droit bancaire, 05^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 1995.

41. ROUHETTE Georges, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Dalloz, Paris, 1981.
42. RZEPECKI Nathalie, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses universitaires DAIX-MARSEILLE, Marseille, 2002.
43. SERIAUX Alain, L'engagement unilatéral de volonté en droit positif français actuel, édition Economica, Paris, 1999.
44. STOFFEL-MUNK Philippe, L'abus du contrat, essai d'une théorie, L.G.D.J, Paris, 2000.
45. STOUFFLET Jean, Instruments de paiement et de crédit (Effets de commerces- chèque- carte de paiement- transfert de fonds), 8^{ème} édition, Litec, Paris, 2010.
46. THUNIS Xavier, Responsabilité du banquier et automatisation des paiements, responsabilité de banquier et automatisation des paiements, 1^{ère} édition, Presses universitaire de Namur, Bruxelles, 2006.
47. VERBIEST Thibault, La protection juridique du cyber-consommateur, litec, Pris, 2002.
48. VINEY Geneviève, La responsabilité, LGDJ, Paris, 1988.
49. WEILL Alex et TERRE François, Droit civil, les obligations, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1975.

II- Les Thèses

1. A. MAIGA Souleymane, Le contrat conclu par internet et la protection des consommateurs, Thèse de doctorat en droit, université PAUTHEON-ASSAS, (PARIS II), 2008.
2. ABI-RIZK Georges Daladier, L'internet au service des opérations bancaires et financières, Thèse de doctorat en droit, l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 2006.
3. BELIMANE Yamina, Le droit et la publicité commerciale, Thèse de doctorat en droit, option : droit des affaires, faculté de droit et des sciences politiques, université Mentouri- Constantine, 2011.
4. BOUCARD François, Les obligations d'information et de conseil du banquier, thèse de doctorat en droit, faculté de droit et de science politique, université de droit d'économie et des sciences, Marseille, 2002.

5. BOUTROS Mickael, Le droit du commerce électronique : une approche de la protection du cyber consommateur, thèse de doctorat en droit, spécialité droit privé, université de GRENOBLE, France, 2014.
6. CHAZAL Jean-Pascal, De la puissance économique en droit des obligations, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, faculté de droit-U.F.R- GRENOBLE II, Université Pierre Mendès France, 1996.
7. CHENDEB Rabih, La formation du contrat de consommation, étude de droit comparé, thèse de doctorat en droit, faculté de droit, université PANTHON-ASSAS, Paris II, 2007.
8. ETIEN-GNOAN N'Da Brigitte, L'encadrement juridique de la gestion électronique des données médicales, Thèse de doctorat en droit en droit, l'Université Lille2- Droit et Santé, France, 2014.
9. GILLOTOT Annelieke, Relevé d'offre du juge et droit de la consommation, thèse de doctorat en droit privé, spécialité droit des contrats, faculté de droit, économie, gestion, Université D'avignon et des Pays de Vaucluse, France, 2014.
10. HAMMOUD May, La protection du consommateur des services bancaire et des services d'assurance, thèse de doctorat en droit, école doctorale de droit privé, université Panthéon-Assas, 2012.
11. MAHI-DISDET Djamila, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, Thèse de doctorat en droit, université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, France, 2011.
12. OUIRINI Hanane, Essai sur l'eupéanisation droit de la consommation, thèse de doctorat en droit, discipline: droit des contrats, faculté de Droit, d'Economie et de Gestion, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, France, 2016.
13. PEGLION-ZIKA Claire-Marie, La notion de clause abusive au sens de l'article L132-1 de code de la consommation, thèse de doctorat en droit privé, école doctorale de droit privé, Université Panthéon-Assas, 2013.
14. RENAUDIN Klervi, Le spamming et le droit, thèse de doctorat en droit, spécialité sciences juridique- doit privé, Université Grenoble, France, 2011.
15. SHANDI Yousef, La formation du contrat à distance par voie électronique, thèse de Doctorat en Droit privé, Faculté de droit et de sciences politiques et de gestion, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2005.

III- Les articles

1. ALVARER Valérie, HYET Jérôme, note sur « CA Paris, 5 Avril 1994 », **Petite Affiche** n° 80, du 05 juillet 1995, p13.
2. ANDRIES Marc et autre, « Le risque informatique », **ACPR**, Banque de France, mars 2018, pp 1-48.
3. ANDRIEU Eric, « Internet et la protection des données personnelles », **RTD**, n° 21-22, Janvier, février 2000, pp 155-166.
4. AUBRY Hélène, « Démarchage bancaire ou financier », **Rép. com. Dalloz**, septembre 2009.
5. BANCK Aurélie, « Données personnelles : difficile articulation des dispositions de la directive sur les services de paiement 2 et du règlement général sur la protection des données », **RDBF** n°1, Janvier- février 2018, p p 16-21.
6. BEAU Denis, MARTIN Carlos, « la sécurité des moyens de paiement sur internet », **Bulletin de la Banque de France** n° 98, février 2002, pp 36-49.
7. BENAYOUN André, « L'obligation d'information ou de conseil de la banque », **RTDC.COM**, n° 19, mars 1999, pp 67-70.
8. BLANLUET Gauthier, « La monnaie électronique, définition et nature juridique, **RDBF** n°02, Mars/Avril 2001, p p 128-137.
9. BORTZMEYER Stéphane, « Généralités sur le spam », **AFNIC**, 22 janvier 2004, p 02.
10. CACHARD Olivier, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », **RLDC**, n° 8, septembre 2004, paris, p 08.
11. CARTIER-FRENOIS Marion, « Le défaut d'information, une faute non dolosive », **Recueil Dalloz**, 2011, pp 2579-2583.
12. CECILE Pérès, « Le juge administratif et les recommandations de la commission de clauses abusives », **RDC** n°3, du juillet 2006, p 670.
13. CHASSIGNWUX Cynthia, « La protection des données personnelles en France », **Lex Electronica**, vol 06, n° 2, 2001, p p1-25.
14. CHATAIN Antoine, « Le silence d'une partie sur un élément du contrat est sanctionné », **l'usine nouvelle**, n°3191, 06 mai 2010, p 16.
15. CHEVALIER Jacques, « Autorités administratives indépendantes et état de droit, **Civita Europa** n° 37, février 2016, pp 143-154.

16. COTTIER Bertil, « Le droit de la publicité en ligne pour les services financiers : règles traditionnelles, règles nouvelles et règles en devenir », publiée dans : les activités bancaires en ligne et le commerce des valeurs mobilières sur le net, édition Centre du droit de l'entreprise, Université de Lausanne, 2007, pp 47-73.
17. COUPEZ François, VERBIEST Thibault, « Commercialisation à distances financiers: bilan d'un nouveau cadre juridique », **Recueil Dalloz**, n° 44, 2006, pp 3057-3068.
18. DE LANENDER Marie-Hélène, « La conclusion du contrat du crédit en ligne », **RDBF**, n° 04, juillet/ août 2004, pp 288-291.
19. DE VAUPLANE Hubert, DAIGRE Jean-Jacques, DE SAIN MARS Bertrand, BORNET Jean-Pierre, « Responsabilité du banquier commercialisation de produits financiers du public- publicité », **Banque et Droit** n° 124, mars-avril 2009, pp 33-35.
20. DELPECH Xavier, « Publicité de nature à induire en erreur : élément morale de l'infraction », **Dalloz Actualité**, 14 janvier 2010, p 01.
21. DJOUDI Jamel, « Information sur l'adéquation du contrat à situation de l'emprunteur », **RDBF**, n°2, mars 2011, paris, pp 56-58.
22. DJOUDI Jamel, « Manquement à l'obligation de conseil et d'information », **RDBF**, n° 2, mars 2015, pp 46-49.
23. DJOUDI Jamel, « Obligation d'information et de conseil du banquier : souscription d'un plan d'épargne en action », **RDBF**, n°2, mars 2012, pp 186-190.
24. DROURD Etienne, « Libertés publiques. TGI. Villefranche-sur-Saône, 18 février 2003 », **Gazette du Palais**, n°130, du 10 mai 2003, p12.
25. DUCHATEAU Alain, « les conséquences prudentielles de l'internet bancaire et financier », **REF**, n° 69, 2002, pp 227-232.
26. DUCOULOUX-FAVARD Claude, « Deux récentes législations sur signature électronique », **Petite Affiche** n° 193, 27 septembre 2000, pp 4-14.
27. DUMESTE (M-H.) Marie-Hélène, « Langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique », **Rev Conc Consom.**, n° 101, janvier-février 1998, pp 44-50.
28. EICHENRODE Hertz, « Question juridiques du droit Allemand relatives à la publicité sur internet », **GAZ. PAL**, 02 octobre 1997, pp 1511-1520.

29. FENOUILLET Dominique, « Le législateur entre illusions et contradiction », **Revue des contrats**, n° 3, 01 juillet 2005, pp 715-718.
30. FRISON-ROCHE Marie-Anne et GERMAI Michel, « Obligation de traduction française des documents d'information », **RDBF**, n° 2, Paris, mars-avril 2001, p99.
31. GALLOUX Jean-Christophe, « Publicité pour un crédit : un site internet est un support publicitaire », **Com. Com.Electr** n° 6, juin 2000, pp 219-223.
32. GASSIN Raymond, « Informatique et liberté », **Encyclopédie Juridique Dalloz**, répertoire de droit pénal et procédure pénale, tome 3, janvier 1987, pp 6-66.
33. GASSIN Raymond, « la protection pénale d'une nouvelle « universalité de fait » en droit français : le système de traitement automatisé des données », **Revue Actualité législative Dalloz**, n° 2, du 02 février 1989, 4ème cahier, pp13-28.
34. GAVARD-GILLES Anne Marie, note sur « Celui qui accepte de donner des renseignements a lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause », **RTD Civ**, 1995, pp 499-506.
35. GIAKOUMOPOULOS Christos, BUTTARELLI Giovanni, O'FLAHERTY Michael, Manuel de droit européen en matière de protection des données, **OPUE**, Luxembourg, 2019, p124.
36. GOBERT Didier et ANTOINE Mireille : « La directive européenne sur la signature électronique: vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? », **JTDE**, n° 68, avril 2000, pp73-78.
37. GOBERT Didier et MONTERO Etienne, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », **Cahiers du CRID**, n° 17, Avril 2000, p p53-97.
38. GRIGUER Merav, « La propriété des données à caractère personnel », **Banque et Droit**, hors-série, septembre 2018, p p 26-28.
39. HEIDSIECK Gilles, « Publicité mensongère - éléments constitutifs », la **Revue SMEA**, n° 46, 17 novembre 1988, pp 139-145.
40. HERRY Valentine et PECASTAING Juliette, « Les Bitcoins, nouvelle monnaie virtuelle : quels enjeux ? », **Revue Sorbonne**, Octobre 2014, pp1-4.

41. J. MAXWELL Winston et ZEGGANE Thomas et JACQUIER Sarah, « Publicité ciblée et protection du consommateur en France, en Europe et Etats-Unis », **Revue cont conc cons**, n° 06 juin 2008, pp 1-10.
42. JOUDI Jamel, «Le règlement des risques de transfert de fonds », **RDBF**, juillet-août 2005, p 57-60.
43. JOURDAIN Patrice, « Renversement de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information, application à l'obligation du médecin », **RTD Civ**, 1997, p 434.
44. JOURDAIN Patrice, « Le devoir de mise en garde du banquier dispensateur d'un crédit excessif », **RTD. Civ**, n° 4, 14 décembre 2007, pp 779-780.
45. KHALIL Lionel Jean, « Signature électronique : certificats qualifiés « publics » ou certificats qualifiés « privés » ? », **Rev.Com.comm.électr**, n° 4, avril 2003, pp11-14.
46. KILGUS Nicolas, « virement en ligne et responsabilité du banquier », **RDBF** n°2, Mars - Avril 2014, pp 20-24.
47. L'HEUREUX Nicole, « les effets de la technologie et la protection des droits des consommateurs dans le paiement bancaire », **les cahiers de droit**, volume 24, n°02, juin 1983, pp 253-278.
48. LECLERCQ Pierre, KHALIL Lionel, « La confiance est-elle enfin possible dans les moyens de paiement en ligne ? », **Revue Com.Com. Elec**, n°12, décembre 2004, paris, pp 10-14.
49. LINANT DE BELLEFONDS Xavier, « l'internet et la preuve des actes juridiques », **Expertises des Systèmes D'information** n° 203, juin-juillet 1997, pp 224-226.
50. LLP Kramer Levin, « les données de paiement entre DSP2 et RGPD », **RTDF**, n° 1- 2018, p p 46-65.
51. LOISEAU Grégoire, « La portée du devoir de conseil du prestataire spécialisé en matière informatique », **Revue Comm. com. électr**, n° 12, décembre 2015, Paris, pp 98-101.
52. LOMBARD Martine, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », **RJSEP** n° 619, avril 2005, p p 125-138.

53. LUDOVIC Bernardeau, « Le droit de rétractation du consommateur un pas vers une doctrine d'ensemble, À propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999 », **la semaine juridique édition générale**, n° 40, 02 octobre 2002, pp 24-30.
54. MAISONNEUVE Jean-Henry, « L'impact des nouvelles technologies dans la distribution bancaire », **Revue Banque**, n° 765, novembre 2013, Paris, pp31-34.
55. MANARA Cédric, « Courriers électroniques publicitaires et responsabilités » (note sous T.G.I. Paris, 15 janvier 2002), **Dalloz**, n° 13, pp 1138-1139.
56. MATHIEU Marie-Elisabeth, « Vers du nouvelles obligations d'information précontractuelles à la charge du prestataire de services de paiement en ligne », **RDBF**, n°3, Paris, mai-juin 2010, p 54.
57. MISTRETTA Patrick, « L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive », **Petites affiches**, n° 67, 05 juin 1998, paris, pp 4-8.
58. MORACHINI-ZEIDENBERG Stéphanie, « Consommateur ou professionnel : double qualification selon l'objet de l'opération », **La semaine juridique, entreprise affaires**, n° 49, 03 décembre 2015, pp 1599-1561.
59. MORENO Dominique, « Le droit français et le commerce électronique », **JC**, n° 4, 2002, pp 11-25.
60. NEAU-LEDUC Philippe, « Les nouvelles perspectives du droit de la responsabilité bancaire », in La Banque entre Droit et Economie, **LGDJ**, Paris, 2006, p 113.
61. NOURISSAT Cyril, « Stipulation d'une clause compromissoire et droit communautaire : un nouvel horizon », **RLDA** n°14, mars 2007, pp 55-58.
62. PASSA Jérôme, «Commerce électronique et protection du consommateur», **Revue Dalloz**, n° 6, 07 février 2002, Paris, pp 555-564.
63. PEREIRA Brigitte, «La lutte contre la cybercriminalité: de l'abondance de la norme a sa perfectibilité », **RIDE**, n°3, mars 2016, pp387-409.
64. PIEDELIÈVRE Stéphane, « La réforme du crédit à la consommation », **Recueil Dalloz**, septembre 2010, pp 1952-1953.
65. PRUM André, « La future directive sur les services à distance », **RDBF**, n° 3, mai/juin 2002, Paris, pp 111-113.

66. RANIERI Filippo, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », **RIDC**, n° 4, année 1998, paris, pp 1055-1092.
67. RAYMOND Guy, « Code de la consommation », Modification (L, n° 2010-737, 1 juillet 2010), **Rev. Cont. Conc. Cons**, n° 8-9, Aout-Septembre 2010, pp 34-47.
68. REMY Philippe, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », **RTD.Civ**, 1997, pp 230-232.
69. ROJINSKY Cyril, « Qu'en est-il de la responsabilité de plein droit des éditeurs en ligne (art. 15 de la LCEN) ? la délicate assimilation au commerce électronique », **Revue RTDC**, n° 35, Janvier 2006, p p71-77.
70. SABOURIN Paul, « Les autorités administratives indépendantes: une catégorie nouvelle », **AJDA** n° 5, mai 1983, pp 275-295.
71. SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Clause abusive dans les contrats de consommation : critères de l'abus », **contrats conc.consom**, n° 06, juin 2008, p p 131-134.
72. SINAY-CYTERMANN Anne, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit Français », article publiée dans le livre : la protection de la partie faible dans les relations contractuels, comparaisons Franco-Belges, le centre de droit des obligations de l'université Paris I et le centre de droit des obligations de l'université Catholique de LOUVAIN, **LGDJ**, Paris, 1996, pp 240-267.
73. TROCHU Michel, « Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n° 97-7 CE du 20 mai 1997 », **Recueil Dalloz** n° 17, 1999, pp179-183.
74. TRUDEL Pierre, « La responsabilité des médias en ligne », **Centre de recherche en droit public**, Laboratoire cyberjustice, Faculté de droit, Université de Montréal, avril 2010, disponible sur le site : www.cyberjustice.ca.
75. VARET Vincent, « Le cadre juridique du spam : état des lieux », **Com. com. élect**, septembre 2002, pp 14-17.
76. VARET Vincent, « Pour lutter contre le spam: l'outil contractuel ou législatif ? », **Expertises** n° 258, juillet 2002, p 188-189.
77. VERBIEST Thibault, « Les nouvelles obligations en matière de publicité et de marketing réalisées par le biais des nouvelles technologies », **RDNT**, 15 juillet 2003, pp1-45.

78. ZOUAIMIA Rachid, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique **Revue IDARA**, n°28, Numéro spécial, 2004, pp 23-68.

IV- Les articles sur internet :

1. BANDE Aurélien, « Obligation précontractuelle d'information (art. 1112-1 C. civ), »: www.aurelienbande.com
2. Claire CONSTANCIAS, Laureen MALAULT, Anne-Charlotte PONIN, la publicité sur internet, www.constancias.eu
3. DESCAZEAUX Martin, COUTURIER Mathieu, EL HIMDI Yasmine, « les nouvelles méthodes de lutte contre la fraude bancaire en ligne », 2017, p 01. Article disponible sur le site : www.wavestone.com
4. ETIENNE Nicolas, « L'obligation d'information de la banque est pas sans limité »: www.net-iris.fr/veille-juridique.
5. MONTBEYRE Richard, La banque en ligne et le protocole TLS : exemple, p 03. www.montbeyre.free.fr

V- Les textes juridiques :

A. Les textes juridiques européens :

A.1. Les conventions :

1. « Convention européenne des droits de l'homme », Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Rome, 1950.
2. Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel », (convention 108+), décision du comité des ministres, conseil de l'Europe, session 128, du 18 mai 2018.

A.2. Les directives et les règlements :

1. Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1988, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JOPE n° L372 du 31 janvier 1985.
2. Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOUE n° 95, du 21 avril 1993.
3. Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE n° L 281, du 23 octobre 1995. Abrogée.

4. Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 Concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOUE n° L 144 du 04 juin 1997.
5. Directive 97/55/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, JOUE n° L 290 du 23 octobre 1997, abrogée.
6. Directive 98/27/CE du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JOCE n° L 166, 11 juin 1998.
7. Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOUE n° L 013, du 19 janvier 2000.
8. Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178, 17 juillet 2000.
9. Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOUE n° L 201 du 31 juillet 2002.
10. Directive 2002/65/CE du 23 Septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOUE L 271 du 09 octobre 2002.
11. Directive n°2006/114/CE, du 12 décembre 2006, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, JOUE n° 176, du 27 décembre 2006.
12. Directive du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE L304/64, du 22 novembre 2011.
13. Directive (UE) 2015/2366 du 25 novembre 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE, JOUE L.337/35 du 23 décembre 2015.

14. Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE L.127 du 23 mai 2018.

B. Les textes juridiques français :

B.1. Les textes législatifs :

1. Loi de finance n° 63-628, du 02 juillet 1963, Rectification pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière, JORF du 03 juillet 1963, abrogée.
2. Loi n° 72-6 du 3 janvier 1972, relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance, JORF du 05 janvier 1972, modifiée.
3. Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, JORF du 23 décembre 1972, modifiée.
4. Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973, D'orientation du commerce et de l'artisanat, JORF de 30décembre 1973, modifiée.
5. Loi n° 78-17 du 06 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF du 07 Janvier 1978, modifiée par loi n° 2004-801 du 6 août 2004, relative à protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, et la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018, relative à la protection des données personnelles, JORF n° 0141 du 21 juin 2018.
6. Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, JORF du 11 janvier 1978, abrogée.
7. Loi n° 81-5 du 7 janvier 1981 relative au contrat d'assurance et opérations de capitalisation, JORF du 31 mars 1981.
8. Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988, relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et l'information des consommateurs, JORF du 6 janvier 1988.
9. Loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de "télé-achat", JORF du 7 janvier 1988, modifié.

10. Loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990, sur la réglementation des télécommunications, JORF n°303, du 30 décembre 1990, modifiée et complétée.
11. Loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991, relative à la sécurité des chèques et cartes de paiement, JORF n°1 du 1 janvier 1992.
12. Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, Renforçant la protection des consommateurs, JORF n°170017 du 21 janvier 1992.
13. Loi n° 94-665 du 4 août 1994, Relative à l'emploi de la langue française, JORF du 5 août 1994.
14. 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. Abrogée.
15. loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n° 62 du 14 mars 2000.
16. Ordonnance n° 2001-741 de 23 août 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JORF n° 196, du 25 août 2001.
17. Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne, JORF n° 266 du 16 novembre 2001, modifiée.
18. Loi n° 2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière, JORF n° 177 du 2 août 2003, modifiée.
19. Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, JORF N° 143, du 22 juin 2004.
20. Ordonnance 2005-648 du 6 juin 2005, relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JORF n° 131, du 7 juin 2005.
21. Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, JORF n°0018 du 22 janvier 2010.
22. Ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-11 du 26 aout 2003 relative à la monnaie et au crédit, JORPDA n° 50, du 01 septembre 2010.
23. Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JORF n°0064, du 16 mars 2016.

24. Ordonnance n° 2017-1252 du 09 aout 2017, portant transposition de la directive 2015/2366 conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, JORF n° 0186 du 10 aout 2017.
25. Loi n°18-07 du 10 juin 2018, relative à la protection des personnes physique dans le traitement des données à caractère personnel, JORPDA n°34, du 10 juin 2018.

B.2. Les textes règlementaires :

1. Circulaire du 17 février 1988 prise en application de l'article 43 de la loi n° 88-1087 du 30 septembre 1988 relative à la liberté de communication, concernant le régime déclaratif applicable à certains services de communication audiovisuelle, JORF n° 0058, du 9 mars 1988.
2. Note d'information n° 2011-73, de 22 juillet 2011, sur la publicité en matière de crédit à la consommateur, le ministère de L'Economie des Finances et de L'industrie, France.

VI- La jurisprudence:

1. Cass civ 1^{ère} chambre, 17 janvier 1955, Bull Civ I 1955, n° 24.
2. Cass com, 07 février 1962, Bulletin 1962, n° 83.
3. Cass Crim 28 avril 1964, bull criminel 1964, n°130.
4. TGI Paris, 3^{ème} chambre, du 03 mai 1967.
5. Cass Crim 28 novembre 1968, Bul criminel 1968, n° 321.
6. Cass com, 22 Novembre 1971, Bull com 1971, n° 280.
7. Cass Crim 11 juin 1974, Bull criminel 1974, n° 211.
8. Cass civ 1^{ère} chambre, 16 avril 1975, Bull I 1975, n° 71.
9. Cass civ 1^{ère} chambre, 11 juin 1976, Bull civ 1976, n° 366.
10. Cass civ 1^{ère} chambre, 19 janvier 1977, Bull civ I, N° 40.
11. Cass crim 05 mai 1977, Bull criminel 1977, n° 157.
12. Cass crim, 13 mai 1979, Bull criminel 1979, n° 104.
13. Cass civ 3^{ème} chambre, du 03 février 1981, Bull civ III, n° 18, D 1984, Jur.
14. Cass. crim, 05 mai 1981, Bull crim 1981, n° 142.
15. Cass civ 1^{ère} chambre, du 01 janvier 1982, Bull civ I 1982, n° 29.
16. C.A de Paris, 1 Décembre 1982.
17. Trib.com de Nanterre, 27 septembre 1983.

18. Cass crim, 21 mai 1984, Bull criminel 1984, IV, n° 185.
19. Cass crim, 12 novembre 1986, Bull crim 1986, n° 335.
20. Cass crim 22 décembre 1986, Bull criminel 1986, n° 383.
21. Cass crim, 23 février 1989, Bull criminel 1989, n° 91.
22. Cass com, 02 mai 1990, n° de pourvoi: 88-14161, non publié au bulletin.
23. TGI Paris, 3^{ème} chambre, du 16 avril 1991.
24. Cass civ 1^{ère} chambre, 14 mai 1991, Bulletin civ I 1991, n° 153.
25. Cass Com. 5 novembre 1991, Bull civ IV, 1991, n°327.
26. Cass com, 14 avril 1992, Bulletin IV 1992, n° 160, p112.
27. Cass civ 1^{ère} chambre, 10 juin 1992, Bull civil I 1992, n° 178.
28. Cass com, 06 avril 1993, Bulletin IV 1993, n° 138, p 94.
29. Cass civ 01^{ère} chambre, 26 mai 1993, Bulletin civ I 1992, n° 192, p132.
30. Cass civ 1^{ère} chambre, 23 juin 1993, Bulletin civ I 1993, n° 232.
31. Cass civ 1^{ère} chambre, 06 janvier 1994, bulletin civ I 1994, n° 8, p 6.
32. Cass com, 1 mars 1994, Bulletin 1994, IV n° 88.
33. Cass com, 07 juin 1994, Bulletin civ IV 1994, n° 201, p161.
34. Cass crim 14 décembre 1994, Bull criminel 1994, n° 415.
35. Cass com 10 janvier 1995, Bulletin IV 1995, n° 134, p105.
36. Cass civ 1^{ère} chambre, 10 avril 1996, Bulletin civil I 1996, n° 177.
37. Cass civ 1^{ère} chambre, 03 Juillet 1996, Bulletin civ 1996 I, n° 286, p 200.
38. CA Paris, Juris-Data, n° 020128, 14 Janvier 1997.
39. Cass civ 1^{ère} chambre, 18 février 1997, Bull civ 1997, n° 61, p 39.
40. Cass. Com. 18 février 1997, Bull n° 51.
41. Cass civ 1^{ère} chambre, 25 février 1997, Bull civ I, n° 75.
42. Cass civ 1^{ère} chambre, 29 avril 1997, Bull. civ, IV, n° 132, 1997.
43. Cass civ 1^{ère} chambre, du 08 juillet 1997, non publié au bulletin.
44. CA Versailles, 1^{ère} civ, 2^{ème} section, 12 septembre 1997, Bull.Inf.cass. 15 février 1998, n°466.
45. Cass civ 1^{ère} chambre, 14 octobre 1997, Bull, civ, I, n° 178, 1984.
46. Cass civ 1^{ère} chambre, 07 juillet 1998, Bulletin civil I 1998, n° 240.

47. Cass civ 1^{ère} chambre, 07 octobre 1998, Bull. civ. I, n° 290, 1998.
48. Cass civ 1^{ère} chambre, 04 mai 1999, Bull civ I, n° 141.
49. Cass civ 1^{ère} chambre, 15 février 2000, Bull civ I, n° 46, 2000, 31.
50. Cass civ 1^{ère} chambre, 15 février 2000, Bulletin 2000 IV, n° 49.
51. Cass Com, 29 février 2000, Bull civ IV, n° 44.
52. Cass. Crim, 17 octobre 2000, Bull criminel 2000, n° 299.
53. Cass 1^{ère} chambre civil, 16 janvier 2001, Bull civil I 2001, n°1.
54. TGI Paris, 3^{ème} chambre, du 28 février 2001
55. TGI Paris, Ordonnance de référé du 15 janvier 2002.
56. Cass civ 1^{ère} cambre, 15 mai 2002, Bull civ n° 132, 2002.
57. TGI Paris, Ordonnance de référé du 26 mai 2003.
58. Cass com du 07 janvier 2004, Bull civ IV 2004, n° 4.
59. Cass civ 1^{ère} chambre, 14 décembre 2004, Bulletin civ I 2004, n° 327.
60. Cass Com, 28 juin 2005, bull Civ IV 2005, n° 140.
61. Cass civ 1^{ère} chambre, 15 décembre 2005, Bull civ I 2005, n° 489.
62. Cass civ 1^{ère} chambre, 21 février 2006, Bull civ 2006, n° 91.
63. Cass civ 1^{ère} chambre. 7 mars 2006, Bull civ I 2006, n° 132.
64. Cass. 1^{ère} Civ, 12 juillet 2006, non publié au bulletin.
65. Arrêt de CJUE, 1^{ère} chambre du 26 octobre 2006, affaire C-168/05.
66. Cass civ 1^{ère} chambre. 14 novembre 2006, Bull civ I 2006, n° 488.
67. Cass civ 2^{ème} chambre, 07 mars 2007, non publié au bulletin.
68. Cass crim, 20 mars 2007, Bull criminel 2007, n°86.
69. Cass civ 2^{ème} chambre, 28 juin 2007, Bull. civ. II, n° 152, 2007.
70. Cass. Chambre mixte, 29 juin 2007, Bull mixte 2007, n° 7.
71. Cass crim, 14 novembre 2007, Bull criminel 2007, n°277
72. Cass civ 1^{ère} chambre, 28 mai 2008, Bull civ I, 2008, n° 154.
73. Cass com, 24 juin 2008, Bull 2008, IV, n° 129
74. Cass civ 1^{ère} chambre, 22 janvier 2009, non publié au bulletin.
75. Cass. Com, 27 janvier 2009, non publié au bulletin.

76. CJUE, 3^{ème} chambre, Arrêt du 07 mai 2009, JOUE n° c153/10, du 04 juillet 2009
77. Cass crim, 15 décembre 2009, Bull criminel 2009, n° 212.
78. Cass. Com, 14 décembre 2010, Bull IV 2010, n° 19.
79. Cass. 1^{ère} Civ. 28 octobre 2010, Bull I, 2010, n° 215.
80. Cass com, 15 juin 2011, Bull com IV, 2011, n° 98.
81. Cass civ 1^{ère} chambre, du 17 juillet 2011, Bull civil I 2001, n° 233.
82. Cass com, 29 Novembre 2011, Bull 2011, IV, n° 195.
83. - Cass com, 10 janvier 2012, Bull IV 2012, n° 02.
84. Cass crim, 10 Janvier 2012, Bull criminel 2012 n° 06.
85. Cass civ 1^{ère} chambre, 30 mai 2012, N° de pourvoi: 11-12242, non publié au bulletin.
86. Cass com, 04 décembre 2012, Bull 2012, IV, n° 221.
87. Cass civ 1^{ère} chambre, 23 janvier 2013, non publiée au bulletin.
88. Cass com, 04 mars 2014, Bull com IV, 2014, n° 43.
89. Cass civ 1^{ère} chambre, 2 juillet 2014, non publié au bulletin.
90. Cass civ 1^{ère} chambre, 01 octobre 2014, Bulletin civ 2014 I, n° 158.
91. Cass civ 3^{ème} chambre, 4 novembre 2014.

VII- Les documents :

A. Les documents de CNIL :

1. Rapport annuel 20-1999 de la CNIL : rapport d'activité 1999 :Leb publipostage électronique et la protection des données personnelles, adopté le 14 octobre, 1999, p 110, disponible sur le site : www.ladocumentationfrancaise.fr
2. Rapport 23-2002 de la CNIL, rapport d'activité 2002, adopté le juin 2003, p 45, disponible sur le site : www.ladocumentationfrancaise.fr
3. «Conclusions du contrôle du système de traitement des infractions constatées (STIC) », Rapport remis au Premier ministre le 20 janvier 2009. disponible sur le site : www.cnil.fr

B. Les documents de la commission des clauses abusives Française :

Disponible sur le site : www.clauses-abusives.fr

1. Rapport d'activités pour l'année 1981 de la commission des clauses abusives, BOCCARF du 20 septembre 1982.
2. Recommandation n° 94-02 du 17 décembre 1991, portant contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit. BOCCRF du 27 septembre 1994.
3. Recommandation n° 97-01 du 24 avril 1997, pour la télésurveillance, BOCCRF du 11/06/1997.
4. Recommandation n° 04-02 du 24 janvier 2004, du 06 septembre 2004, sur l'achat de véhicule automobiles de tourisme, BOCCRF du 06/09/2004.
5. Recommandation n° 2005-02, du 14 avril 2005, relative aux conventions de compte de dépôt, BOCCRF du 20/09/2005.
6. Recommandation CM/Rec (2010)13, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur « la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel dans le cadre du profilage », 23 novembre 2010.

C. Les documents de conseil d'Etat Français :

- Le rapport de Conseil d'Etat Français sur internet et les réseaux numériques, actualité du 01 octobre 1998, disponible sur le site : www.conseil-etat.fr.

D. Les documents de la Banque d'Algérie :

Disponible sur le site : www.bank-of-algeria.dz

1. « Normes interbancaires de gestion automatiser des instrument de paiement », document interne de la Banque d'Algérie, février 2005.
2. Lignes directrices sur les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle, du 08 février 2015.
3. Lignes directrices relative aux virements électroniques, du 23 décembre 2015.

E. Les documents de la Banque de France :

Disponible sur le site : www.banque-France.fr.

1. Livre Blanc : « Internet, quelles conséquence prudentielles ? », décembre 2000, Commission Bancaire, Banque de France,
2. Rapport du groupe de travail sur les aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement, conseil national du crédit, Direction du Journaux officiels, mars 1986.

F. Autorité bancaire européenne :

- Autorité bancaire européenne, « Orientations sur les procédures et les méthodologies communes à appliquer dans le cadre du processus de contrôle et d'évaluation prudentiels », ABE/GL/2014/13, 19 décembre 2014, Disponible sur le site : www.eba.europa.eu.

G. Les documents de la Chambre de commerce internationale :

1. Lignes directrices de la Chambre de commerce internationale en matière de publicité et de marketing sur Internet, Document n° 240/394, Rev.4, 1998.
Disponible sur le site : www.icc-france.fr.
2. "Les données à caractère personnel", les fiches pratiques TIC, CCI Alps.
Disponible sur le site : www.icc-france.fr.
3. code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale, chambre de commerce internationale, document n° 240-46/660, année 2011. Disponible sur le site : www.iccwbo.org

H. Les documents de comité de Bâle :

- Comité de Bâle pour la supervision bancaire (1989), « Note sur les risques liés aux systèmes informatiques et de télécommunications », p p 1-6, disponible sur le site : www.bis.org

I. Les documents de groupe de travail « Article 29 » de la convention 108 :

Disponible sur le site : www.ec.europa.eu

1. Avis 10/2004 sur les « Dispositions davantage harmonisée en matière d'informations », WP 100, Bruxelles, 25 novembre 2004.
2. Avis 10/2006 sur « Le traitement des données à caractère personnel par la société de télécommunications interbancaires mondiales (SWIFT) », WP 128, Bruxelles, 22 novembre 2006.
3. Avis 4/2007 sur « Le concept de données à caractère personnel », WP 136, 20 juin 2007
4. Avis 1/2010 sur les notions de « Responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, Bruxelles, 16 février 2010.
5. « Lignes directrices sur l'application et la fixation des amendes administratives aux fins du règlement (UE) 2016/679 », WP 253, 3 octobre 2017.

ثالثا: المواقع الإلكترونية

1. ebanking.cpa-bank.dz
2. www.badr-bank.dz
3. www.bdl.dz
4. www.bea.dz
5. www.courdecassation.fr
6. www.cyberjustice.ca
7. www.dalloz-actualite.fr
8. www.doctrine.fr/d/CA/Paris/1997/INPIB19970202
9. www.droit-finances.commentcamarche.net
10. www.eur-lex.europa.eu
11. www.icc-france.fr
12. www.juriscom.net
13. www.ladocumentationfrancaise.fr
14. www.legalis.net
15. www.france.gouv.fr
16. www.net-iris.fr/veille-juridique
17. www.usinenouvelle.com

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

شكر وعران

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة 1

الباب الأول: حماية المستهلك بمناسبة تقديم الخدمات البنكية الإلكترونية .. 13

الفصل الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة على تقديم الخدمة 15

المبحث الأول: الالتزام بالإعلام المصرفي 17

المطلب الأول: الإطار القانوني للالتزام بالإعلام المصرفي 18

الفرع الأول: الذاتية المستقلة للالتزام بالإعلام المصرفي 18

أولاً: أساس قيام التزام البنك بالإعلام 19

1- القواعد العامة كأساس للالتزام بالإعلام 19

2- البحث عن أساس الالتزام بالإعلام المصرفي في النصوص القانونية الخاصة . 20

أ- تكريس الالتزام بالإعلام في بعض المواثيق الدولية 20

ب- تكريس الالتزام بالإعلام في بعض القوانين الداخلية 21

ب1- تكريس الالتزام بالإعلام في التشريع الفرنسي 21

ب2- تكريس الالتزام بالإعلام في التشريع الجزائري 21

ثانياً: تمييز الالتزام بالإعلام المصرفي عن بعض المفاهيم المشابهة 24

1- تمييز الالتزام قبل التعاقد بالإعلام عن الالتزام التعاقدى بالإعلام 24

2- تمييز الالتزام بالإعلام المصرفي عن الالتزام بالنصح 25

3- تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتحذير 27

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالالتزام بالإعلام المصرفي 28

أولاً: الشروط اللازمة لقيام الالتزام بالإعلام المصرفي 28

1- علم البنك بالبيانات اللازمة لإبرام العقد وأهميتها بالنسبة للزبون 28

2- جهل المستهلك للبيانات اللازمة جهلاً مشروعاً 30

ثانياً: شروط صحة الالتزام بالإعلام المصرفي 32

1- أن يكون الإعلام بسيطاً ومفهوماً 32

- 2- أن يكون الإعلام كافيا..... 33
- أ- المعلومات المتعلقة بالبنك مقدم الخدمة..... 35
- ب- المعلومات المتعلقة بالخدمة المقدمة وحدود المسؤولية..... 35
- ج- المعلومات المتعلقة بالوسيلة المستخدمة..... 36
- 3- أن يكون الإعلام صحيحا وصادقا..... 38
- 4- أن يتم الإعلام باللغة الوطنية..... 39
- المطلب الثاني: حماية المستهلك ضد إخلال البنك بالتزامه بالإعلام..... 41
- الفرع الأول: إخلال البنك بالتزامه بالإعلام المصرفي..... 41
- أولا: صور إخلال البنك بالتزامه بالإعلام..... 42
- 1- امتناع البنك عن الإدلاء بالمعلومات المطلوبة..... 42
- 2- الإعلام المعيب..... 43
- أ- الإعلام التقريبي..... 43
- ب- الإعلام المخطئ أو المغلوط فيه..... 44
- ج- الإعلام الكاذب أو المبالغ فيه..... 44
- د- الإعلام المرجعي..... 45
- ثانيا: إثبات إخلال البنك بالتزامه بالإعلام..... 45
- 1- ارتباط قواعد الإثبات بالطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام..... 45
- أ- الالتزام بالإعلام التزم ببدل عناية..... 46
- ب- الالتزام بالإعلام التزم بتحقيق نتيجة..... 46
- 2- عبء الإثبات في التزام البنك بالإعلام..... 47
- أ- القاعدة العامة في الإثبات..... 48
- ب- خروج الاجتهاد القضائي عن المبدأ العام في الإثبات..... 49
- ج- وسائل إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام..... 50
- الفرع الثاني: آليات حماية المستهلك ضد إخلال البنك بالتزامه بالإعلام..... 52
- أولا: اللجوء إلى وسائل القانون المدني لحماية حق المستهلك في الإعلام..... 52
- 1- البطلان والتعويض كجزاء عن الإخلال بالالتزام بالإعلام..... 52
- أ- بطلان العقد كأثر على عدم العلم..... 53
- ب- دعوى التعويض..... 55
- 2- قصور أحكام البطلان والمسؤولية المدنية في حماية حق المستهلك في الإعلام..... 56

ثانيا: البحث عن وسائل خاصة لحماية المستهلك ضد إخلال البنك بالتزامه بالإعلام..58	
1- وقف الأعمال المخالفة للالتزام بالإعلام 58	
2- توقيع الجزاءات الجنائية 60	
3- إدراج المعلومات غير المدلى بها ضمن شروط العقد 61	
المبحث الثاني: الالتزام باحترام ضوابط الإعلانات التجارية 62	
المطلب الأول: الضوابط القانونية للإعلانات التجارية 63	
الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بممارسة نشاط الإعلانات التجارية.....64	
أولاً: من حيث شروط ممارسة الإعلان التجاري 64	
ثانياً: من حيث الوسائل المستخدمة في الإعلان 66	
1- المواقع الإلكترونية 67	
أ- الشرائط الإعلانانية 68	
ب- نظام الرعاية 68	
ج- الرسائل البينية 68	
د- الإحالة بمحرركات البحث 68	
هـ- الارتباط التشعبي.....69	
2- البريد الإلكتروني 69	
3- منتديات المناقشة والمحادثة 70	
الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بمضمون الإعلانات التجارية 71	
أولاً: الشروط العامة للإعلانات التجارية 72	
1- شرط التحديد والوضوح 72	
أ- تكريس مبدأ التحديد والوضوح في التشريعات الداخلية والدولية 72	
ب- مضمون شرط التحديد والوضوح 73	
ب1- تحديد البيانات الواردة في الإعلان بوضوح 74	
ب2- تحديد هوية الشخص الذي يتم الإعلان لحسابه 75	
ب3- الإعلان باللغة العربية.....75	
2- شرط الشفافة والصدق 76	
3- شرط المشروعية 77	
ثانيا: الشروط الخاصة بالإعلانات التجارية في المجال البنكي 78	
1 - إدراج معلومات إجبارية.....78	

79.....	2- الشروط المتعلقة بحجم البيانات وطريقة عرضها.....
80.....	3- عدم تضمين الإعلان عروض قرض محظورة قانونا.....
80.....	المطلب الثاني: قواعد حماية المستهلك من الاعلانات التجارية غير المشروعة
80.....	الفرع الأول: أنواع الاعلانات التجارية غير المشروعة
81.....	أولاً: الاعلان المضلل
81.....	1- تعريف الإعلان المضلل.....
82	2- عناصر التضليل في الإعلان التجاري
82	أ- التضليل في الخصائص الأساسية للخدمة وشروط التعاقد
83	ب- التضليل في النتائج المتوقعة
83	ج- التضليل في تحديد طبيعة الرسالة الإعلانية وهوية المعلن
84	د- التضليل من خلال طريقة العرض
84.....	3- صور الإعلان المضلل.....
84.....	أ- الإعلان المفضي إلى التضليل.....
85.....	ب- الإعلان المفضي إلى اللبس
85.....	ج- الإعلان المضخم
85.....	ثانياً: الاعلان الكاذب
86.....	1- تعريف الإعلان الكاذب.....
87.....	2- التمييز بين الإعلان الكاذب والإعلان المبالغ فيه
87.....	ثالثاً: الاعلان المقارن
88.....	1- تعريف الإعلان المقارن
89.....	2- حكم الإعلان المقارن.....
89.....	أ- مشروعية الاعلان المقارن
90.....	ب- الإعلان المقارن بين الحظر والتقييد
91.....	رابعاً: البريد المزعج (le spam)
92.....	1- تعريف البريد المزعج (le spamming)
92.....	2- خصائص البريد الدعائي المزعج أو غير المرغوب فيه
92.....	أ- الإرسال المكثف والمتكرر للرسائل
93.....	ب- عدم الرغبة في استقبال البريد الدعائي
93.....	ج- انعدام العلاقة المسبقة بين المرسل والمستقبل

94.....	د- اشتراط الطابع التجاري للرسائل
94.....	3- موقف التشريعات المقارنة من البريد المزعج
95.....	الفرع الثاني: آليات الحماية المقررة من الإعلانات التجارية غير المشروعة
95.....	أولاً: الرقابة على الإعلانات التجارية غير المشروعة
96.....	1- الرقابة القبلية
97.....	2- الرقابة البعدية
98.....	ثانياً: الوسائل التقنية لمواجهة الإعلانات التجارية غير المرغوب فيها
98.....	1- الوسائل التقنية الفنية
99.....	2- الوسائل التقنية المقررة بنصوص قانونية
99.....	أ- تقنية التبليغ عن الرسائل المزعجة
99.....	ب- الحل التعاقدي
100.....	ج- نظام الموافقة المسبقة للمستخدم (opt-in)
101.....	د- نظام الاعتراض (opt-out)
102.....	ثالثاً: الجزاءات المقررة عن الإعلانات التجارية غير المشروعة
102.....	1- الجزاءات المدنية
103.....	أ- البطلان النسبي للعقد
103.....	ب- تنفيذ العقد طبقاً لما ورد في الإعلان
104.....	ج- التعويض
105.....	د- تصحيح الإعلان أو وقفه
105.....	2- العقوبات الجزائية
106.....	أ- الأطراف المسؤولة جزائياً عن الإعلان غير المشروع
107.....	ب- العقوبات الجزائية المقررة عن الجرائم المرتبطة بالإعلان
107.....	ب1- العقوبات المقررة في قانون العقوبات
108.....	ب2- العقوبات المقررة في بعض النصوص القانونية الخاصة

111..... الفصل الثاني: حماية المستهلك أثناء الحصول على الخدمة

113.....	المبحث الثاني: حق المستهلك في العدول عن العقد
114.....	المطلب الأول: التأطير المفاهيمي للحق في العدول

الفرع الأول: الأساس القانوني للحق في العدول	115
أولاً: تحويل القواعد العامة للعقد لتبرير الحق في العدول	115
1- الشرط كأساس قانوني للحق في العدول	115
2- فكرة التكوين التدريجي للعقد	116
3- فكرة عدم لزوم العقد	117
ثانياً: تأصيل الحق في العدول ضمن القواعد الخاصة	118
1- تكريس الحق في العدول في التشريعات المقارنة	118
أ- الحق في العدول في إطار التوجيهات الأوروبية	119
ب- الحق في العدول في القانون الفرنسي	120
ج- الحق في العدول في بعض التشريعات العربية	121
2- الحق في العدول في التشريع الجزائري	123
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحق في العدول عن العقد	124
أولاً: التكييف القانوني للحق في العدول	125
1- مدى اعتبار العدول حقا	125
2- مدى اعتبار الحق في العدول رخصة	126
3- الحق في العدول مكنة قانونية	126
ثانياً: خصوصية الحق في العدول عن العقد	126
1- الخصائص المميزة للحق في العدول عن العقد	127
أ- الطابع التقديري للحق في العدول	127
ب- الحق في العدول حق مجاني	127
ج- الطابع المؤقت للحق في العدول	128
د- الحق في العدول من النظام العام	129
2- تمييز الحق في العدول عن بعض المفاهيم المشابهة	130
أ- تمييز الحق في العدول عن إلغاء العقد بإرادة منفردة	130
ب- تمييز الحق في العدول عن مهلة التفكير	131
المطلب الثاني: ممارسة الحق في العدول	133
الفرع الأول: ضوابط ممارسة الحق في العدول	134
أولاً: نطاق ممارسة الحق في العدول	135
1- نحو توسيع نطاق ممارسة الحق في العدول	135

أ- عقود الاستهلاك عن بعد	135
ب- عقود القرض	136
ج- العقود التي تبرم بناء على عروض بنكية مقدمة مسبقا	136
2- حالات استبعاد ممارسة الحق في العدول	137
ثانيا: المدة المقررة للعدول	138
1- احتساب مدة العدول	139
أ- بداية احتساب مدة العدول	139
ب- كيفية احتساب مدة العدول	140
2- المدة المقررة للعدول	140
ثالثا: ممارسة الحق في العدول بين الحرية والقيود الإجرائية	142
1- مبدأ حرية ممارسة الحق في العدول	142
2- إجراءات ممارسة الحق في العدول	143
الفرع الثاني: آثار ممارسة الحق في العدول	144
أولا: أثر ممارسة الحق في العدول على وجود العقد	144
ثانيا: أثر ممارسة الحق في العدول على تنفيذ العقد	145
1- آثار العدول بالنسبة للبنك	146
2- آثار العدول بالنسبة للزبون المستهلك	147
ثالثا: مدى مسؤولية المستهلك عند العدول عن العقد	149
المبحث الثاني: مكافحة الشروط التعسفية في عقود تقديم الخدمات البنكية الالكترونية	151
المطلب الأول: نطاق إعمال الحماية القانونية من الشروط التعسفية	152
الفرع الأول: من حيث طبيعة العلاقة التعاقدية	152
أولا: ارتباط الحماية القانونية من الشروط التعسفية بعقود الإذعان	153
1- المفهوم القانوني لعقود الإذعان	153
أ- تعريف عقد الإذعان	154
ب- الطبيعة القانونية لعقد الإذعان	155
ج- خصائص عقد الإذعان	156
2- مدى اعتبار عقود تقديم الخدمات البنكية الالكترونية عقود إذعان	157
أ- الطبيعة القانونية للعقود المصرفية	158
1- العقود المصرفية عقود رضائية	158

أ2- العقود المصرفية عقود نموذجية	158
ب- شروط إضفاء وصف الإذعان على العقود المصرفية	159
ثانيا: توسيع مجال أعمال الحماية القانونية من الشروط التعسفية إلى عقود	
الاستهلاك	162
1- دور الفقه في توسيع مفهوم عقود الإذعان	162
أ- معيار عدم المساواة بين الأطراف (التفاوت الاقتصادي)	162
ب- معيار التحديد الانفرادي لبنود العقد	163
2- التدخل التشريعي لمد الحماية القانونية من الشروط التعسفية إلى عقود	
الاستهلاك	164
3- تقدير الطابع الاستهلاكي في العقود المصرفية	165
أ- المركز القانوني للبنك في مجال العقود المصرفية	165
ب- المستهلك في مجال العقود المصرفية	166
الفرع الثاني: من حيث طبيعة الشروط التعاقدية	168
أولا: معايير تحديد الشروط التعسفية	168
1- معيار التدخل الانفرادي في تحديد الشروط	169
2- معيار الاختلال الكبير بين حقوق والتزامات الأطراف	170
ثانيا: طرق تحديد الشروط التعسفية	172
1- سلطة القاضي في تحديد الشروط التعسفية	172
2- تحديد الشروط التعسفية بواسطة التشريع	173
أ- اعتماد نظام القوائم في تحديد الشروط التعسفية	173
ب- أنواع الشروط التعسفية المحددة في التشريع الجزائري	174
ب1- الشروط التي تقضي بمنح سلطات انفرادية للمحترف	174
ب2- الشروط التي تؤدي إلى إحداث اختلال في الالتزامات والحقوق	175
ب3- شروط الحد أو الإعفاء من المسؤولية	176
المطلب الثاني: الوسائل القانونية لمواجهة الشروط التعسفية	178
الفرع الأول: مكافحة الشروط التعسفية في نطاق أحكام القانون المدني	178
أولا: مدى إمكانية الاستعانة بالقواعد العامة للقانون المدني لمواجهة الشروط	
التعسفية	179
1- إبطال الشرط الإرادي المحض	179

2- ركن السبب ودوره في إعادة التوازن للعقد	180
3- الأحكام المتعلقة بصحة العقد	180
4- مواجهة الشروط التعسفية على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق	181
ثانيا: المعالجة القضائية لعقود الإذعان المتضمنة شروطا تعسفية.....	182
1- تفسير عقود الإذعان	182
2- معالجة الشروط التعسفية في عقود الإذعان.....	183
أ- مدى سلطة القاضي في التدخل التلقائي	184
ب- سلطة القاضي في تعديل أو الإغفاء من الشروط التعسفية في عقود الإذعان.....	185
ب1- تعديل الشروط التعسفية	185
ب2- الإغفاء من الشروط التعسفية	186
ج- المعيار الذي يسترشد به القاضي في أعمال سلطته الحمائية من الشروط التعسفية	187
الفرع الثاني: مكافحة الشروط التعسفية في نطاق النصوص الخاصة	188
أولا: مكافحة الشروط التعسفية في إطار قواعد حماية المستهلك	189
1- تعدد الوسائل القضائية لمواجهة الشروط التعسفية	189
أ- الدعوى الجزائية	189
ب- الدعوى المدنية	191
ب1- الدعوى الفردية	191
ب2- الدعوى الجماعية	193
2- دور الجهات الإدارية في مكافحة الشروط التعسفية.....	195
أ- دور المصالح التابعة لوزارة التجارة	195
ب- دور لجنة البنود التعسفية.....	196
ب1- الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية.....	196
ب2- اختصاصات لجنة البنود التعسفية.....	197
ثانيا: مدى إمكانية مواجهة الشروط التعسفية من خلال قواعد القانون البنكي.....	199
1- القواعد المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية	199
2- القواعد المتعلقة بتنظيم النشاط البنكي	199

الباب الثاني: خصوصية حماية المستهلك بالنظر للطبيعة الإلكترونية

للخدمة البنكية 202

الفصل الأول: تأمين الخدمات البنكية الإلكترونية 205

المبحث الأول: التزامات البنوك المتعلقة بتأمين الخدمات البنكية الإلكترونية 207

المطلب الأول: الالتزام بتأمين النظم المعلوماتية المستعملة 207

الفرع الأول: مضمون الالتزام بتأمين نظم المعلومات 208

أولاً: أنواع المخاطر المرتبطة بالنظم المعلوماتية 208

1- الأخطار المرتبطة بالتقنية المستخدمة 209

2- الخطر الخارجي 209

3- خطر نقص الكفاءة والخبرة في مجال المعلوماتية 210

4- خطر الاحتيال والغش 210

ثانياً: مراقبة المخاطر المرتبطة بالنظم المعلوماتية 211

1- أمن النظام المعلوماتي 212

2- أمن أنظمة الدفع 213

ثالثاً: التحكم في مخاطر النظم المعلوماتية 216

1- إجراءات التحكم في المخاطر 216

2- ضمان استمرارية النشاط 218

الفرع الثاني: الوسائل التقنية المستخدمة في تأمين النظم المعلوماتية البنكية 219

أولاً: تقنيات التأمين المعلوماتي في علاقة البنوك بزيائنها 219

1- التقنيات المستخدمة في تأمين البيانات الرقمية 220

أ- استعمال تقنية التشفير في القطاع البنكي 220

ب- دور البصمة الإلكترونية في التأمين المعلوماتي 223

ج- أهمية الجدار الناري لتأمين البنوك في البيئة المفتوحة على الأنترنت 223

ج1- جدار الحماية المادي أو الصلب 224

ج2- جدار حماية الأجهزة الشخصية 224

2- التقنيات المستخدمة في الدفع الإلكتروني 225

أ- بروتوكول الطبقات الأمنية (SSL) 226

226	ب- بروتوكول الحركات المالية الآمنة (SET)
227	ثانيا: الأنظمة المستخدمة في علاقة البنوك فيما بينها
227	1- نظام التسوية الإجمالية الفورية (ARTS)
228	أ- مفهوم نظام التسوية الإجمالية الفورية
228	أ1- تعريف نظام التسوية الإجمالية الفورية
228	أ2- خصائص النظام
229	ب- أسس عمل النظام
229	ب1- شروط الانخراط في نظام التسوية الإجمالية الفورية
229	ب2- العمليات المنجزة
230	ب3- عمل النظام
230	2- نظام المقاصة البنكية الإلكترونية (ATCI)
231	أ- تعريف نظام المقاصة البنكية الإلكترونية
232	ب- كيفية عمل نظام أتكي (ATCI)
232	ب1- معالجة البيانات
232	ب2- حساب أرصدة المقاصة
232	المطلب الثاني: الالتزام بضمان موثوقية المعاملات البنكية الإلكترونية
233	الفرع الأول: التوقيع الإلكتروني كوسيلة لتحديد الهوية والإثبات
233	أولا: الإعراف القانوني بالتوقيع الإلكتروني
233	1- التعريف التشريعي التوقيع الإلكتروني
236	2- شروط الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني
237	أ- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره
238	ب- سيطرة صاحب التوقيع على منظومة التوقيع
239	ج- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر ارتباطا وثيقا
239	ثانيا: صور استخدام التوقيع الإلكتروني في المعاملات البنكية
240	1- التوقيع بالرقم السري في البطاقات البنكية
240	2- التوقيع الرقمي
242	3- التوقيع بالقلم الإلكتروني
242	4- التوقيع باستخدام الخواص الذاتية (البيومتري)
243	ثالثا: وظائف التوقيع الإلكتروني في المجال البنكي

1- تحديد هوية الموقع	244
2- التعبير عن إرادة الموقع	245
3- توثيق مضمون العقد	245
4- التحقق من سلامة المستند أو الرسالة الإلكترونية	246
الفرع الثاني: التصديق الإلكتروني	247
أولاً: شهادة التصديق الإلكتروني	247
1- تعريف شهادة التصديق الإلكتروني	248
2- أنواع شهادة التصديق الإلكتروني	249
أ- شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة	249
ب- شهادة التصديق الإلكتروني العادية	250
ج- شهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية	250
ثانياً: الجهة المختصة بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني	251
1- تعريف الجهة المختصة بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني	252
2- التزامات مقدم خدمات التصديق الإلكتروني	252
ثالثاً: دور التصديق الإلكتروني في تأمين الخدمات البنكية الإلكترونية	253
1- التحقق والتأكد من صحة البيانات	253
2- حماية البيانات	254
3- حفظ بيانات شهادة التصديق الإلكتروني	254
4- إصدار المفاتيح الإلكترونية	255
المبحث الثاني: المسؤولية الناشئة عن المساس بأمن الخدمات البنكية الإلكترونية ..	256
المطلب الأول: مسؤولية البنك المدنية عن الأخطاء التقنية	257
الفرع الأول: مسؤولية البنك العقدية عن الأخطاء التقنية	257
أولاً: شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك عن الأخطاء التقنية	258
1- الخطأ العقدي	258
2- الضرر	261
3- علاقة السببية	262
ثانياً: حالات قيام مسؤولية البنك العقدية عن الأخطاء التقنية	263
1- مسؤولية البنك العقدية بمناسبة تنفيذ أوامر الدفع الإلكتروني	263

أ- مسؤولية البنك عن عدم تنفيذ أوامر الدفع الإلكتروني	263
ب- مسؤولية البنك عن التنفيذ المعيب لأوامر الدفع الإلكتروني	264
ب1- مسؤولية البنك بسبب التأخر في التنفيذ	264
ب2- مسؤولية البنك عن الخطأ في التنفيذ	264
2- مسؤولية البنك عن الإخلال بواجب الحيلة والحذر	266
الفرع الثاني: مسؤولية البنك التقصيرية عن الأخطاء التقنية	269
أولاً: مسؤولية البنك عن فعل الغير	269
1- وجود علاقة التبعية	270
2- وقوع الفعل الضار من التابع في حال تأديته لوظيفته أو بسببها أو بمناسبةها	272
3- ارتكاب فعل من التابع يضر بالغير	273
ثانياً: مسؤولية البنك عن فعل الأشياء	274
1- الحراسة	275
2- محل الحراسة	276
3- رابطة السببية بين أجهزة الكمبيوتر والضرر	276
ثالثاً: المسؤولية على أساس مخاطر المهنة (المسؤولية الموضوعية)	277
المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية المترتبة على المساس بأمن الخدمات البنكية الإلكترونية	280
الفرع الأول: الجرائم الواقعة على البنك	281
أولاً: صور الاعتداء على النظام المعلوماتي للبنوك	281
1- تقليد المواقع الإلكترونية للبنوك	282
2- تعطيل نظام عمل الموقع الإلكتروني للبنك	282
3- الدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي للبنك	283
4- جريمة التلاعب في المعطيات	284
ثانياً: المسؤولية الجزائية عن الاعتداء على النظام المعلوماتي للبنك	285
1- المسؤولية الجزائية الناشئة في مواجهة البنك	285
أ- جريمة التقليد	285
ب- جريمة إعاقة وتعطيل عمل النظام المعلوماتي	286
ج- الدخول والبقاء غير المشروعين في النظام المعلوماتي	287
د- جريمة التلاعب في المعطيات	289

290	2- المسؤولية الجزائية الناشئة في مواجهة الزبون
291	الفرع الثاني: الجرائم الواقعة على الخدمات البنكية الالكترونية
292	أولاً: جرائم الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع
293	1- جريمة تزوير أو استخدام بطاقة دفع مزورة
293	أ- جريمة تزوير بطاقة الدفع
295	ب- جريمة استخدام بطاقة دفع مزورة
296	2- جريمة استخدام بطاقة مفقودة أو مسروقة
297	ثانياً: جرائم التحويل الإلكتروني غير مشروع للأموال
	1- تكييف جريمة التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال على أنها جريمة
298	سرقة
298	2- تكييف جريمة التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال بأنها جريمة نصب

300..... الفصل الثاني: حماية المعطيات الشخصية للمستهلك

304	المبحث الأول: قواعد حماية المعطيات الشخصية للمستهلك
305	المطلب الأول: نطاق الحماية المقررة في مجال المعطيات الشخصية
306	الفرع الأول: النطاق الشخصي للحماية المقررة في مجال المعطيات الشخصية
306	أولاً: المعني بالمعالجة
307	ثانياً: المسؤول عن المعالجة
310	الفرع الثاني: النطاق الموضوعي للحماية المقررة للمعطيات الشخصية
310	أولاً: من حيث طبيعة المعطيات محل المعالجة
314	ثانياً: من حيث نوع المعالجة
316	المطلب الثاني: ضوابط معالجة المعطيات الشخصية للمستهلك
317	الفرع الأول: الحقوق المقررة للمستهلك المعني بالمعالجة
318	أولاً: الحقوق المقررة للمعني في المرحلة السابقة على المعالجة
318	1- مضمون الحق في الإعلام
319	2- الشروط المتعلقة بالحق في الإعلام
320	أ- أن يكون الإعلام مسبقاً
320	ب- أن يكون الإعلام واضحاً وكافياً

ثانيا: الحقوق المقررة للمعني في المرحلة اللاحقة على المعالجة	321
1- الحق في الولوج	321
2- الحق في التصحيح	323
أ- مضمون الحق في التصحيح	323
ب- الإجراءات المتبعة للممارسة الحق في التصحيح	325
3- الحق في الاعتراض	326
الفرع الثاني: التزامات البنك المسؤول عن المعالجة	328
أولا: التزام البنك المسؤول عن المعالجة باحترام الشروط القانونية للمعالجة	329
1- الالتزام باحترام الشروط المتعلقة بالمعالجة	329
أ- شرط المشروعية	329
ب- شرط النزاهة	331
ج- شرط الملاءمة	332
د- الالتزام بضمان سلامة المعالجة	334
د1- الالتزام بضمان سلامة المعالجة	334
د2- الالتزام بالسرية	335
2- الالتزام باحترام الشروط المتعلقة بالمعطيات	337
أ- أن تكون المعطيات الشخصية صحيحة وكاملة	337
ب- أن تكون المعطيات الشخصية مُحَيَّة	338
ثانيا: التزام المسؤول عن المعالجة باتخاذ التدابير المسبقة	340
1- الإجراءات المتخذة لمصلحة المعني	340
أ- الحصول على الموافقة المسبقة للمعني	341
أ1- خصائص الموافقة المسبقة للمعني	341
أ2- الأحكام المطبقة على الموافقة المسبقة لعديم أو ناقص الأهلية والطفل	343
ب- حالات الإعفاء من الحصول على الموافقة المسبقة للمعني	344
2- الإجراءات المتخذة أمام السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية	345
أ- التصريح لدى السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية	345
أ1- مضمون التصريح	345
أ2- الإعفاء من إلزامية التصريح المسبق	347
ب- الحصول على الترخيص المسبق	347

- ب1- إلزامية الترخيص المسبق بناء على قرار من السلطة الوطنية 347
- ب2- إلزامية الترخيص المسبق بناء على نص القانون 349
- المبحث الثاني: آليات حماية المعطيات الشخصية للمستهلك 350
- المطلب الأول: دور السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية 351
- الفرع الأول: التكييف القانوني للسلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية 351
- أولاً: الطابع السلطوي للهيئة المكلفة بحماية المعطيات الشخصية 352
- 1- الصلاحيات المتنوعة 353
- 2- التمتع بامتيازات السلطة العامة 354
- ثانياً: الطابع الإداري للسلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية 355
- 1- طبيعة قرارات السلطة الوطنية 355
- 2- طبيعة منازعات السلطة الوطنية 355
- ثالثاً: استقلالية السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية 355
- 1- الاستقلالية العضوية 356
- أ- التشكيلة الجماعية 356
- ب- عهدة التشكيلة الجماعية 357
- ج- حياد التشكيلة الجماعية 358
- 2- الاستقلالية الوظيفية للسلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية 358
- أ- التمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري 359
- ب- إعداد النظام الداخلي 360
- الفرع الثاني: اختصاصات السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية 360
- أولاً: الاختصاصات التنظيمية 360
- 1- إصدار الأنظمة 360
- 2- منح التراخيص 361
- ثانياً: الاختصاصات الاستشارية 363
- ثالثاً: الاختصاصات التنازعية 365
- 1- تلقي الطعون والشكاوى 365
- أ- تلقي الطعون 365
- ب- تلقي السلطة الوطنية للشكاوى 366
- 2- الاختصاصات العقابية 366

- أ- التدابير الاحترازية..... 367
- ب- العقوبات الصادرة عن السلطة الوطنية..... 368
- ب1- العقوبات ذات الطابع الإداري..... 368
- ب2- العقوبات ذات الطابع المالي..... 369
- المطلب الثاني: الآليات القضائية لحماية المعطيات الشخصية..... 371
- الفرع الأول: الدعوى المدنية كوسيلة لحماية المعطيات الشخصية..... 371
- أولاً: دعوى طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية..... 372
- 1- طبيعة الإجراءات التحفظية..... 372
- 2- شروط اللجوء إلى الإجراءات التحفظية..... 373
- أ- توافر عنصر الاستعجال..... 373
- ب- أن تكون التدابير التحفظية وقتية لا تمس بأصل الحق..... 374
- ثانياً: دعوى التعويض..... 375
- 1- نطاق إعمال دعوى المسؤولية العقدية..... 375
- 2- نطاق إعمال دعوى المسؤولية التقصيرية..... 376
- الفرع الثاني: دعوى المسؤولية الجزائية..... 378
- أولاً: الجرائم الماسة بالقواعد الإجرائية للمعالجة..... 379
- 1- جرائم عدم استقاء الإجراءات المسبقة للمعالجة..... 379
- أ- جريمة معالجة المعطيات الشخصية دون موافقة المعني أو بالرغم من
اعتراضه..... 379
- ب- جرائم عدم الامتثال للإجراءات المقررة في مواجهة السلطة الوطنية..... 380
- ب1- جريمة معالجة معطيات شخصية دون تصريح أو من غير تربص.. 380
- ب2- جريمة عدم إعلام السلطة الوطنية بالانتهاكات الواقعة على
المعطيات الشخصية..... 381
- 2- جريمة عرقلة عمل السلطة الوطنية..... 382
- ثانياً: الجرائم الماسة بالقواعد الموضوعية للمعالجة..... 382
- 1- الجرائم المتعلقة بجمع المعطيات الشخصية..... 382
- أ- جمع معطيات شخصية ممنوع جمعها قانوناً..... 382
- ب- استعمال الأساليب غير المشروعة في جمع المعطيات الشخصية..... 383
- 2- الجرائم المتعلقة بتسيير المعطيات الشخصية..... 383

386	3- الجرائم المتعلقة بالمساس بحقوق المعني
389	الخاتمة
399	الملاحق
410	قائمة المراجع
455	فهرس الموضوعات
	الملخص

الملخص

إن حداثة الخدمات البنكية الإلكترونية تستدعي تدخل المشرع لوضع الحلول القانونية للإشكالات التي تثيرها، بالنظر للمخاطر التي ترافق مثل هذه العمليات على القطاع في حد ذاته وأيضاً على الزبون المستهلك والذي غالباً ما يكون شخص عادي غير متيقن من مخاطر العملية التي يندفع للدخول فيها أمام الإغراءات التي يحملها عالم الأنترنت، لذلك فإن أولوية حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة القانونية تستوجب وضع ضوابط على نشاط البنوك للحد من المخاطر الناجمة عن تقديم الخدمات البنكية الكترونياً.

إلى جانب الحقوق المقررة للزبون المستهلك بموجب القواعد العامة لقانون الاستهلاك يتعين على البنوك في مجال الخدمات البنكية الإلكترونية تقديم ضمانات أخرى تتعلق بالحماية من مخاطر استخدام التكنولوجيا، من خلال تأمين الخدمات البنكية الإلكترونية، والالتزام بالقواعد المتعلقة بحماية المعطيات الشخصية للزبون.

Résumé

La modernité des services bancaires électroniques est perçue comme vitale pour retenir les clients consommateurs et maintenir un avantage compétitif. L'intégration de ces services impose nécessairement l'intervention du législateur en matière de l'activité bancaire, pour assurer certain niveau de sécurité contre les risques associés à cette activité, et fixer des normes de protection du consommateur, qui est la partie faible dans les rapports contractuels, et qui a souvent moins de connaissance que le professionnel.

Outre les droits reconnus au client consommateur en vertu des règles générales de la loi sur la consommation, il est, par conséquent, nécessaire de fournir par la banque, d'autres garanties liées à la protection contre les risques d'utilisation de la technologie. En fournissant la sécurité des services bancaires électroniques, et en assujettissant aux règles relatives à la protection des données personnelles du client.