



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



# الحماية المدنية للمستهلك عبر الأنترنت (دراسة مقارنة)

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم

تخصص: قانون

تحت إشراف

أ/دسي يوسف (كجار) زاهية حورية

من إعداد الطالبة

خلوي (عنان) نصيرة

لجنة المناقشة:

- أ/د. معاشو فطة، أستاذة، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ..... رئيسا.  
أ/د. سي يوسف (كجار) زاهية حورية، أستاذة، جامعة مولود معمري تيزي وزو، مشرفا ومقررا.  
أ/د. لمطاعي نور الدين، أستاذ، جامعة الجزائر، ..... ممتحنا.  
د. حساين سامية، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة بومرداس، ..... ممتحنا.  
د. معزوز دليلة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة البويرة، ..... ممتحنا.  
د. سعد الدين أمحمد، أستاذ محاضر (أ)، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ..... ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2018/07/02

## شكر وتقدير

الحمد لله الذي لا يبلغ مدحه القائلون.

الحمد لله رب العالمين الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم.

ووتد بالصخور ميدان أرضه. أحمده استتماما لنعمته. واستسلاما لعزته. واستعصاما من

معصيته. وأستعين فاقاة إلى كفايته. إنه لا يضل من هداه.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحد لا شريك له. شهادة ممتحنا إخلاصها. نتمسك بها أبدا ما أبقانا.

وأشهد أن محمد عبد الله ورسوله. أرسله بالدين المشهور. والعلم المأثور. والكتاب المسطور.

والضياء اللامع.

أما بعد:

فإنني لا أملك إلا أن أبوح بكلمة شكر لمن يستحق الشكر بعد الله عز وجل.

أتقدم بالشكر الجزيل ووافر الاحترام والتقدير إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة "سي يوسف

زاهية" لتفضلها الإشراف على هذه الرسالة، ولما بذلته من جهد مخلص. فقد كان لصبرها

وسعة صدرها وتدقيقها وإبداء ملاحظاتها السديدة الأثر الواضح في توجيه البحث نحو

الاتجاه الصحيح، وفقها الله وجزاها عني خير الجزاء.

والشكر الجزيل، للسادة الأساتذة الأفاضل، أعضاء لجنة المناقشة، على قبولهم مناقشة هذا

البحث..

إلى كل أساتذة الذين رافقوني في الدراسة، وإلى كل موظفي كلية العلوم القانونية والإدارية

بتيزي وزو، أخص بالذكر صديقتي المخلصة "نبيلة" والأستاذ بوخرص بلعيد.

# إهداء

إلى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرة عن مكنون ذاتها، إلى من علمني  
الصمود مهما تبدلت الظروف...أبي الغالي.  
إلى النبع الذي أستمد منه أسما مبادئ حياتي...أمي الحنون رعاها المولى  
إلى من اشتاقت العين أن تراها، إلى من أفتقد لدعواتها...جدتي رحمها الله  
وأسكنها فسيح جناتها.  
إلى من احتارت الكلمات ماذا تقول له، وبأي طريقة تشكره وبأي اسم  
تناديه، إلى من تقاسم معي جهد هذا البحث...زوجي الغالي.  
إلى فلذات كبدي أبنائي الأحباء: إيمان، أمين، نسيم، اللهم اجعلهم في  
حفظك وكنفك و أمانك و عيادك وجوارك وحزبك ولطفك وسترك.  
إلى كل عائلتي وعائلة زوجي .

## أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج ر: جريدة رسمية

د ب ن: دون بلد النشر

د س ن: دون سنة النشر

د ت م: دون تاريخ المناقشة

ص: صفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

ق ع ج: قانون عقوبات جزائري

ق م ج: قانون مدني جزائري

ق م م: قانون مدني مصري

ثانياً: باللغة الفرنسية

P : page

PP : de page a la page

J .O : Journal officiel

Op-cit : Œuvre précitée

R .S.J .A : Revue des Sciences Juridiques et administratives

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

Cass.cvil : cassation civile

Cass.crim : cassation criminelle

T.G.I : Tribunal grande instance

ثالثاً: باللغة الإنجليزية

CICA : Canadian Institute of Chartered Accountants

AICPA : American Institute CPAS

OECD : Organisation for Economic Co-operation and Development

CASCO : Committee on conformity assessment

ISO: International Organization for Standardization

EDI : Electronic Data Interchange

VAN: Value Added Network



مقدمة

مع تطور شبكات الاتصالات في مجال المعلومات، لم تعد الحدود السياسية ولا الجغرافية تشكل عائقا أمام انتشار المعاملات التجارية الإلكترونية<sup>(1)</sup>؛ ونظرا للدور الذي تلعبه هذه المعاملات في عصرنا الحاضر لا سيما في مجال التجارة، فإن الجهود الدولية و الوطنية لا تزال مستمرة من أجل تطويرها وترسيخ الثقة على كافة الأصعدة التجارية والمالية و الإدارية.

فظهر التجارة الإلكترونية أثر تأثيرا كبيرا على النظام القانوني للعقود التقليدية فظهر ما يسمى بالتسوق<sup>(2)</sup> عبر الانترنت<sup>(3)</sup>، وما تبعه من إجراءات للوصول إلى التعاقد الإلكتروني الذي يكون فيه المستهلك أحد أطرافه الأساسية في كثير من الأحيان. فعقد الاستهلاك عبر الانترنت هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق دون الحاجة إلى الالتقاء المادي لأطراف العقد في مكان معين، بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها.

عقد الاستهلاك المبرم عبر الانترنت، يتفق مع العقد التقليدي، في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن التعاقد التقليدي يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان؛ حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس

---

(1) ظهرت فكرة التجارة الإلكترونية عبر الانترنت في الثمانينات، وسميت آنذاك بـ: (تبادل المعطيات المعلوماتية) الذي يعني البرمجة الأوتوماتكية للعمليات التجارية والصناعية دون أي تدخل بشري، ثم استخدمت من بعده الأمم المتحدة مصطلحا أكثر تطورا وهو ( EDIFACT ) بمعنى:

Echanges de Données Informatisées pour l'Administrations, le Commerce et le Transport  
(2) التسوق عبر الانترنت: " أسلوب تجاري حديث للبحث في الحاجة التي يشعر بها المستهلكين للحصول على سلع ذات جودة وفي نفس الوقت لخفض التكاليف وزيادة سرعة تقديم الخدمة." ويعتبر التسوق عبر الانترنت من إحدى صيغ ووسائل التسوق الإلكتروني

(3) الانترنت ( Internet ) كلمة إنجليزية الأصل تتكون من مقطعين هما Inter ويعني الاتصال، و net يعني الشبكة أي شبكة الاتصال، وعرفت كلمة انترنت بأنها: "مجموعة من أجهزة الحساب الآلي مرتبطة ببعضها البعض بطريقة تمكن من تبادل المعلومات باستخدام التكنولوجيا الحديثة.

العقد في المواجهة، وهو ما يقتضي التواجد المادي لكل من طرفي التعاقد في مكان واحد ولا يتحقق ذلك في التعاقد عبر الانترنت، فالمفترض في هذا التعاقد أن يوجد المتعاقدان في مكانين منفصلين، بل قد يفصل بينهما مئات أو آلاف الأميال، ومن ثم فإن التعاقد التقليدي هو تعاقد بين حاضرين، بينما الانفصال المكاني في التعاقد عبر الانترنت يجعل منه تعاقدًا من طبيعة خاصة والراجح أنه تعاقد بين غائبين.<sup>(1)</sup>

انتشار ظاهرة التسوق عبر شبكة الانترنت من جهة، وظهور التكتلات الاقتصادية الكبيرة من جهة أخرى، أدى بلعديد من الدول للإسراع في وضع تشريعات، تنظم مثل هذه المعاملات مجسدة في ذلك حماية للمستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في التعاقد. فجد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ( الأونستيرال، UNICITRAL)<sup>(2)</sup>، كذلك جهود الاتحاد الأوروبي

<sup>(1)</sup> قد اختلف الفقهاء في اعتبار التعاقد الإلكتروني في حال الاتصال المباشر، أهو تعاقد بين حاضرين أم أنه تعاقد بين غائبين؟.

وجاء اختلافهم على قولين هما:

القول الأول: انعقاد العقد بطريق إلكتروني، في حال الاتصال المباشر انعقاد بين حاضرين. ودليلهم الوحدة الزمنية هي المعتمدة في اتحاد مجلس العقد، فالعقد ينعقد من خلال سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر مباشرة، دون فاصل زمني بين الإيجاب والقبول كما لو كانا في مجلس واحد. (انظر في ذلك عبد الهادي جابر، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2001. وفي نفس المعنى، الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر المعاصر، دمشق، 2005.

القول الثاني: انعقاد العقد بطريق إلكتروني في حال الاتصال المباشر انعقاد بين حاضرين من حيث الزمان، غائبين من حيث المكان. ودليلهم أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث أن القابل يسمع إيجاب الموجب والموجب يسمع قبول القابل مباشرة، فهو انعقاد بين حاضرين من حيث الزمان، لكن مكان التعاقد مختلف، فهو يكون تعاقد بين غائبين من حيث المكان. ( أنظر في ذلك الأبراهيم محمد عقله، حكم إجراء العقود بالوسائل الحديثة في ضوء الشريعة والقانون، دار الضياء عمان، 1986، ص 105. وفي نفس السياق. عبد الهادي جابر، المرجع السابق ص 105.

فحسب التكييف الفقهي في حال الاتصال المباشر يكون الوصف الشرعي للتعامل بأنه تعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا، وفي حال الاتصال غير المباشر يكون الوصف الشرعي للتعامل بأنه تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا.

<sup>(2)</sup> اليونسسترال: هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة وتضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية، وغرضها الرئيس تحقيق الانسجام والتوائم بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيا في التعامل مع مسائل التجارة العالمية، وقد حققت اليونسسترال العديد من الانجازات في هذا الميدان أبرزها إبرام عدد من الاتفاقيات الدولية أشهرها اتفاقية فينا للبيوع الدولية لعام 1980 والاتفاقيات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وغيرها. وفي عام 1996 أطلقت اليونسسترال القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، وذلك بغية مساعدة الدول لتحديد المواد الواجب تضمينها لمثل هذا التشريع إلى جانب رغبتها وأملها أن يعتمد القانون النموذجي المذكور من سائر الدول لما سيحققه من انسجام وتوافق، للإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، راجع الموقع التالي:

من خلال مختلف التوجيهات، التي نجد على رأسها التوجيه رقم 97-07 الصادرة في 1997/05/20، عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلك في هذا المجال<sup>(1)</sup>.

انتشار ظاهرة التسوق عبر الانترنت يرجع إلى مزايا التجارة الإلكترونية، حيث أن الأسواق في هذا المجال مفتوحة طوال العام، لا يحتاج المستهلك إلى عناء الانتظار لشراء منتج معين، كما أنه يوفر نفقات الاتصال التقليدية من بريد وهاتف وفاكس ... الخ، وما يترتب على ذلك أيضا من توفير الوقت اللازم لإتمامها، مع خفض تكاليف النقل والتخزين إلى أقل حد ممكن . هذا بالإضافة إلى توفير قواعد بيانات متكاملة عن نشاط الأعمال سواء بالنسبة للسلع وتطورات أسعارها لحظة بلحظة أو عن طريق الموردين أو العملاء.

بالرغم ما توفره التجارة الإلكترونية من مزايا عديدة على النحو السابق بيانه، فهناك من المعوقات ما يقف في طريق التوسع في الأخذ بها بصورة تجعلها البديل الحديث للتجارة التقليدية. ومن هذه المعوقات ما يرجع إلى طبيعة هذا النوع من التجارة بذاتها وهناك ما يرجع إلى الظروف المحيطة بها، كغلبة عنصر المخاطرة في التجارة الإلكترونية نتيجة لضعف الثقة في التعامل بهذه الطريقة وسهولة التلاعب في المعاملات التي تجرى بواسطتها، مع عدم كفاية عناصر الأمان بالنسبة لوسائل السداد، كما يعوق كذلك من تقدم هذه التجارة عمليات السطو والقرصنة عبر الانترنت.

---

[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf)

<sup>(1)</sup> Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20/05/1997 concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance, journal officiel n° L 144 du 04/06/1997, modifier par : Directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil 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.

إذا فالثقة في السوق الإلكترونية من أبرز ما يحتاج إليه المستهلك في سبيل تلبية احتياجاته الشخصية، لهذا فإنه بحاجة لحماية قانونية، والسبب في ذلك أنه يعتبر الطرف الضعيف في مثل هذه العقود، ففي بعض الحالات قد يحتاج لسلعة معينة بصورة ضرورية، وبالتالي يخضع لشروط غير عادية ومجحفة بحقه، فالشركة البائعة تكون هي الطرف القوي في هذا العقد في مقابل المستهلك.

فالخطر الذي يتعرض له المستهلك في إطار التجارة عبر الانترنت أكبر من الخطر الذي يتعرض له في مجال التجارة التقليدية، كون المستهلك عاجزاً عن فحص البضاعة ومعايinatها، وجاهلاً تماماً لهوية المهني، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، قد يتغاضى هذا الأخير عن سلامة وأمن المستهلك بإيهامه بمزايا غير حقيقية في إنتاجه مما يجعله عرضة للتلاعب بمصالحه ومحاولة غشه والاحتيال عليه، هذا ما يجعل حماية المستهلك مسألة أكيدة لتنمية التجارة الإلكترونية.

لهذه الأسباب ولأخرى سارعت الدول إلى سن قوانين تنظم المعاملات التجارية الإلكترونية مجسدة في ذلك الحماية التي يحتاج إليها المستهلك.

### موضوع البحث:

موضوع البحث هو الحماية المدنية للمستهلك عبر الانترنت، نسعى من خلاله إلى دراسة القواعد القانونية التي تنظم المعاملات التي يقوم بها المستهلك من أجل تلبية احتياجاته الخاصة وذلك عن طريق الانترنت، ذلك لأن التسوق عبر هذه الشبكة من أهم المعاملات الحديثة التي أفرزتها التجارة الإلكترونية، نتاج ذلك أضحت المستهلك عرضة للكثير من الجدل والنقاش حول العديد من المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم العقود التي يبرهما وهو بصدد شراء منتج ما أو طلب أي خدمة، حيث أن النصوص القانونية المتعلقة بالعقود التقليدية لا تفي بمقتضات التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك، سواء كان ذلك أثناء إبرام العقد أو تنفيذه وحتى قبل إبرامه، لذلك يستدعي الأمر البحث عن هذه النصوص القانونية الحديثة وهل حقاً تحقق الحماية التي يطمح إليها المستهلك.

## أهمية البحث:

نظرا لانتشار ظاهر التسوق عبر الانترنت، كما سبق تبيانه، واتجاه المستهلك إلى إبرام عقود الشرائية أو الخدماتية عبر هذه الشبكة، أصبحت هذه العقود تفرض أهمية بالغة من الناحية العملية و العلمية:

### 1. من الناحية العملية:

تظهر الأهمية العملية لموضوع البحث في ارتباطه بالمستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في المعاملات التجارية الإلكترونية عبر الانترنت، التي هي في تزايد مستمر الشيء الذي يستدعي إيجاد أساليب قانونية لحمايته . فالتعامل من خلال هذه الشبكة في صورة عقود دولية أصبح من الأمور المفروضة على الدول والأفراد ذلك نظرا للمزايا المادية والاقتصادية التي تحققها التجارة الإلكترونية.

### 2. من الناحية العلمية:

إن الأهمية العلمية والقانونية لموضوع البحث تتمركز في توعية المستهلك بالقواعد القانونية التي تحكم تصرفاته، كذلك إحاطته علما بالآثار القانونية للتعامل عبر هذه الوسيلة، وكذا مساعدة جهود الدول الساعية إلى إيجاد حماية كافية للمستهلك في مجال التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، وذلك بالتركيز على جميع المراحل التي يمر بها المستهلك من اجل اقتناء حاجياته، مع تبيان العقبات التي تصادفه وطرح الحلول المناسبة لها، مع طرح الأطر القانونية التي تلائم مثل هذه المعاملات بالشكل الذي يغرس الثقة والاطمئنان في نفسية المستهلك.

### صعوبات البحث:

تكمن صعوبات هذا البحث العلمي كونه يتعلق بالمستهلك المتعاقد عبر الانترنت وهذا العقد وان لم يكن حديث النشأة في بعض الدول، فإنه حديث العهد في بعض الدول

العربية، وإن لم نقل منعدم في بعضها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن موضوع البحث اقتضى اللجوء إلى أكثر من نظام قانوني للدول المختلفة ، كما استوجب الأمر اللجوء إلى العديد من القوانين النموذجية والتوجيهات الأوروبية.

هذا وتكمن صعوبة البحث في ندرة الأحكام القضائية التي يمكن الاستئناس بها لإيجاد حل مناسب للمشكلات القانونية التي تصادفنا.

### إشكالية البحث:

إن الإشكالية الرئيسية للبحث تتمحور في الإجابة على التساؤل التالي:

هل وفقت التشريعات المقارنة إلى حد ما في تحقيق الحماية المدنية اللازمة للمستهلك المتعاقد عبر الانترنت؟

وتتدرج ضمن هذه الإشكالية أسئلة فرعية:

- هل من قانون في التشريع الجزائري ينظم مثل هذه العقود؟
- ما هي متطلبات حماية خصوصية المستهلك عبر الانترنت؟
- ما هو دور التوقيع الإلكتروني وكيفية الوثوق بأن الموقع على الرسالة هو الراسل؟
- هل خيار العدول يحقق التوازن في العقود الاستهلاكية عبر الانترنت؟

### منهج الدراسة:

نظرا لحدائثة الموضوع وخصوصيته من جهة، وتشعب القضايا التي يجب التطرق لها من جهة أخرى، استدعى الأمر الاعتماد على عدة مناهج علمية من اجل الإحاطة والإلمام بكافة المسائل القانونية التي تناولتها الدراسة، بدءا بالمنهج التاريخي الذي سعينا من خلاله إلى تبيان نشأة هذا النوع من التجارة بشكل مختصر جدا، إلى المنهج الوصفي الذي يأتي في إطار استقراء الوضع الراهن للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت في بعض

الدول العربية و الأجنبية، هذا و نظرا لحدائة الموضوع على المستوى العالمى كما سبق الإشارة إليه، أخذنا بأسلوب العرض والمقارنة والتحليل للتشريعات والاتفاقيات والتوجيهات الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية.

### خطة البحث:

لدراسة موضوع البحث وتحقيق الأهداف التي يسعى إليها، ارتأينا تقسيمه إلى بابين أساسيين وكل باب إلى فصلين كما يلي:

**الباب الأول: حماية المستهلك عبر الانترنت في مرحلة تكوين العقد**

**الفصل الأول: حماية المستهلك في مرحلة التفاوض**

**الفصل الثاني: حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد**

**الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد**

**الفصل الأول: حماية المستهلك طبقا للنظرية العامة للعقد**

**الفصل الثاني: الحماية المستحدثة للمستهلك**

## الباب الأول

# حماية المستهلك في مرحلة تكوين العقد

الأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على أساسين، أولهما أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وثانيهما عدم اعتبار هذه الإرادة مصدرا للالتزامات فحسب، وإنما أيضا لما يترتب على هذه الالتزامات من آثار، ومن ثم فإنه يمكن القول بافتراض صحة رضا الأطراف طالما أن العقد قد أبرم في ظل مناقشة ومفاوضة فيما بينهم، وبالتالي افتراض توازنه في مثل هذه الحالة.

لكن مع التطور السريع في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وتطور التصنيع والرأسمالية الاقتصادية أدى إلى قلب المعطيات الأولى، وبرزت مظاهر انهيار عوامل المساواة، بحيث ظهر قدر من التفاوت البين في مقومات القدرة الاقتصادية والفنية والقانونية بين طرفي العقد، خاصة في مجال المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت، أين تم اختفاء شواهد المساواة العقدية شيئا فشيئا، فأبرز ذلك وبشكل جلي، مشكلة في المجال التعاقدية، تتمثل في ظهور طائفتين من المتعاقدين أولهما طائفة المهنيين<sup>(1)</sup>، وثانيهما طائفة المستهلكين<sup>(2)</sup>، إذ دأب أصحاب الطائفة الأولى - من باب سرعة المعاملات - على

---

(1) المهني هو الطرف الثاني في عقد الاستهلاك ذلك لأن المستهلك يبرم، بمناسبة عمليات الاستهلاك، عقودا مع المهني، باعتباره الطرف الثاني، المقدم للمنتوج أو الخدمة في عقود الاستهلاك. أنظر في ذلك بختة موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1999، الجزء 37، رقم 02، ص 29. وقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف المهني في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90، المؤرخ في 15/09/1990، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر عدد 04، المؤرخة في 19/09/1990، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في عام 1434 الموافق 26 سبتمبر 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيّز التنفيذ، ج ر عدد 49. وكذلك في المادة 01/03 من قانون 04-02، المتعلق بالممارسات التجارية، ج ر عدد 41 الصادرة في 27/06/2004.

(2) القانون المدني الجزائري لم يشر المشرع مطلقا إلى لفظ كلمة "مستهلك"، لكن استعمل هذا المصطلح لأول مرة في قانون حماية المستهلك رقم 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 06، الصادرة في 08/02/1989، والذي ألغى بقانون رقم 09-03 المؤرخ في فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، عدد 15، الصادرة في 08/03/2009، إذ جاء تعريف المستهلك في المادة في المادة 03 منه كما يلي: "المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجياته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به". وقد ورد تعريف للمستهلك أيضا في المادة 03/02 من قانون 04-02 المحدد للقواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر، كما يلي: "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

الإعداد المسبق للعقود التي يبرمونها مع المستهلكين وتضمينها من البنود والشروط التي تنصب لمصلحتهم وبصورة مبالغ فيها، في أغلب الأحيان، الأمر الذي يجعل من المستهلك ضحية لاستغلال هذا المهني من خلال تعسفه في فرضها، لما قد تحمله من تخفيف لأعباء أو التزامات هذا الأخير أو تزيد بدون مقابل من التزامات المتعاقد معه مما يجعل من هذه العقود عقود غير متوازنة، الأمر الذي يقتضي إيجاد نوع من الحماية للمستهلك المتعاقد عبر الانترنت.

تبعا لذلك فقد باتت مسألة حماية المستهلك مدنيا عبر الانترنت من المسائل الهامة وخاصة في وقتنا الحاضر، الذي انتشرت فيه ظاهرة التسوق عبر الانترنت، حتى لا يقع ضحية الغش والاحتيال، ويكون على بينة من أمره ويدرك حقيقة التصرفات التي يبشرها وطبيعة الأشخاص الذين يتعامل معهم.

المستهلك في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية هو نفسه في عملية التعاقد التقليدية، إلا أنه نظرا لطبيعة العقد عبر الانترنت، أدى إلى التحول في منهج دراسة العقد، وأصبحت هذه الأخيرة تتجه إلى المرحلة السابقة للتعاقد، فالمستهلك عبر الانترنت يتعرض للعديد من الأخطار سواء في المرحلة السابقة لإبرام العقد، أو عند إبرامه، لذلك فإنه يحتاج لحماية شاملة تعزز موقفه، وخصوصا أنه يمثل الطرف الضعيف، في مقابل المهني الذي يتمتع بالدراية والخبرة المهنية.

وعليه قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين، الفصل الأول نعالج فيه حماية المستهلك في المرحلة السابقة لإبرام العقد (مرحلة التفاوض) ، والفصل الثاني نعالج فيه حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد.

---

والظاهر من هذه التعريفات إن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك إذ أن الشخص الذي يقتني منتج أو يستفيد من خدمة من أجل تلبية أغراضه المهنية لا يعتبر مستهلك.  
من خلال التعريفات التي أوردناها لكل من المهني والمستهلك، يتضح لنا أن جوهر التمييز بينهما يتمثل في الغرض أو التصرف، فإذا كان المستهلك يتعاقد من أجل اقتناء أغراض شخصية أو عائلية، فإن المهني يتصرف بهدف تحقيق أغراض مهنية بحتة. للمزيد راجع علي أحمد صالح، مفهوم المستهلك والمهني في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 01 لسنة 2011، ص 102.

## الفصل الأول

# حماية المستهلك في مرحلة التفاوض

من المتفق عليه أن المستهلك عبر الانترنت هو الطرف الضعيف، لذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي بأن نولي حماية خاصة. لهذا فإن التشريعات الحديثة انفصلت عن الماضي، فيما يتعلق بوسيلة الحماية، فبينما كانت الحماية التقليدية نلمسها بعد حدوث الواقعة أو التصرف القانوني، ويكون ذلك سواء ببطلان التصرف أو جبر الضرر فإن المشرع الحديث ونظرا للتطورات التي طرأت في المجال الاقتصادي وتفاوت ميزان القوى بين المستهلك والمهني، جعله يمنح حماية للأول حتى قبل إبرام العقد. ولأن المستهلك عبر الانترنت يتعرض للعديد من الأخطار خاصة في المرحلة السابقة لإبرام العقد، أو مرحلة التفاوض، هذا ما يجعله يحتاج لحماية تعزز موقفه وخصوصا أنه غير قادر على معاينة الشيء المتعاقد عليه . لهذه الأسباب و غيرها شددت التشريعات المقارنة في هذه المرحلة على حماية المستهلك في مواجهة الإعلان التجاري(المبحث الأول). و ألزمت المهني بإعلام و تبصير المستهلك (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: حماية المستهلك في مواجهة الإعلان التجاري

تكون الأعمال التجارية عبر الانترنت بصفة عامة مسبوقه بشكل من أشكال الدعاية والإعلان، فالمستهلك يتعرض في اليوم الواحد لمئات الرسائل الإعلانية وقليل منها التي يبدي لها اهتماما<sup>(1)</sup>. هذا ما جعل من الإعلان أهم آليات النشاط التجاري في المنافسة وتحقيق الربح عبر شبكة الانترنت.

وإذا كانت الدعاية و الإعلانات مسموحا بها للتاجر في سبيل الترويج لمنتجاته فإنها تخرج عن نطاق السماح أو المشروعية عندما تكون مغلفة بألوان الخداع و التضليل كما أنها تخرج عن نطاق الشرعية عندما تمثل عبئا على المستهلك، وليس وسيلة جذب للشراء، وهذا ما يحدث في الواقع الافتراضي الذي نعيشه اليوم في وسائل الاتصالات الحديثة، وخاصة وسيلة الانترنت، ففي التعاقد بهذه الوسيلة يواجه المستهلك العديد من

<sup>(1)</sup> LENDREVIE Jacques, BERNARD Blaise, Le nouveau publicitor, 5eme édition, Dalloz, Paris, 2001, p-p 277-278 .

أشكال وأساليب التضليل في الدعاية و الإعلانات، الأمر الذي يستلزم البحث عن وسائل مناسبة وفعالة وكافية لمواجهة هذه الأخطار.

على هذا الأساس ارتأينا أن نتناول في هذا المبحث مفهوم الإعلان التجاري الموجه إلى المستهلك (المطلب الأول)، وبعدها نتطرق إلى الحماية المدنية للمستهلك في مواجهة الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: مفهوم الإعلان التجاري الموجه إلى المستهلك**

إن الإعلان التجاري الموجه إلى المستهلك عبر الانترنت ما هو إلا نتاج عقد أبرم بين طرفين، هما المعلن ووكالة الإعلان، ويعد من طائفة العقود التي تبرم وتنفذ عبر الانترنت، وهو من العقود المسماة، لذلك سنتناول تعريف الإعلان التجاري الموجه إلى المستهلك (الفرع الأول)، ثم الطبيعة القانونية لهذا الإعلان (الفرع الثاني).

### **الفرع الأول: تعريف الإعلان التجاري الموجه إلى المستهلك**

المشعر الجزائري عرف الإعلان في المادة 8/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39<sup>(1)</sup> المتعلق بالرقابة وقمع الغش بأنه: "جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات والعروض أو الإعلانات أو خدمة بواسطة إسناد بصرية أو سمعية بصرية". كما عرفه في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378<sup>(2)</sup> تحت مصطلح "الإدعاء" أنه: "كل عرض أو إشهار يبين أو يقترح أو يفهم منه أن للمنتوج مميزات خاصة مرتبطة بمنشئه وخصائصه الغذائية، عند الاقتضاء، وطبيعته، وتحويله ومكوناته أو كل خاصية أخرى".

أما في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري الذي صادق عليه البرلمان في 02/20/2018، فتطرق إلى تعريف الإشهار الإلكتروني في المادة 06/05 بأنه: "كل إعلان

(1) مرسوم تنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 03 رجب عام 1410 الموافق لـ 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، معدل ومتمم، ج ر عدد 05، الصادرة في سنة 1990.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 5 محرم عام 1435 الموافق 9 نوفمبر سنة 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58 لسنة 2013.

يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات عن طريق الاتصال الإلكتروني.

يتبين لنا أن التعريف الذي جاء به المشرع في قانون التجارة الإلكترونية للإعلان أقرب إلى الصواب بالمقارنة مع النصوص السابقة الذكر، ذلك لأنه تطرق الى الهدف من الإشهار الذي يتمحور في الترويج للسلع والخدمات.

في قانون الاستهلاك الفرنسي ليس هناك تعريف محدد للإعلان، لكن جاء تعريفه في المادة الثالثة من القانون رقم 79-1150 الصادر في 1979/12/29، بشأن الحماية من اللافتات الإعلانية المعلقة على الجدران كما يلي: "يعتبر إعلان كل نقش يهدف إلى إعلان الجمهور وجذب انتباهه سواء كان نقشا نموذجيا أو صورة"<sup>(1)</sup>.

ولقد تناول النقض الفرنسي الإعلان وقضى بأنه كل وسيلة معلوماتية تدفع المتعامل إلى تكوين عقيدة مقصودة من النتائج التي ستعود عليه من المال الذي يشتريه أو الخدمة التي ستقدم له.<sup>(2)</sup>

---

<sup>(1)</sup> خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، الإسكندرية 2007، ص 81. وتنص المادة على:

Article 03 Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes Abrogé par Ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000 - art. 5 (V) JORF 21 septembre 2000 « Au sens de la présente loi :

- constitue une publicité, à l'exclusion des enseignes et des préenseignes, toute inscription, forme ou image destinée à informer le public ou à attirer son attention, les dispositifs dont le principal objet est de recevoir lesdites inscriptions, formes ou images étant assimilés à des publicités.

<sup>(2)</sup> أنظر Cass Crim 12 novembre, Bull crim, p26

مشار لهذا القرار لدى أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 154.

Voir aussi : VERBIEST Thibault, le nouveau droit du commerce électronique (la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyber consommateur), édition Larcier, Belgique, Bruxelles, 2005, p 28

عرفه التوجيه الأوروبي الصادر عام 1984 بقصد التقريب بين تشريعات دول الجماعة الأوروبية المشتركة، على أنه: " أي شكل من أشكال الاتصالات تتم في مجال الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو المهنية وتهدف إلى تشجيع الإقبال على السلع والخدمات بما في ذلك العقارات والحقوق والالتزامات المرتبطة بها". أما التوجيه رقم 2000/31 الخاص بالتجارة الإلكترونية ، فقد عرّف الإعلان بمصطلح "الاتصال التجاري"، فعرّفه بأنه: " كل شكل من أشكال الاتصال المباشر أو الغير المباشر، موجه لتسويق أو ترويج السلع و الخدمات".(1)

يعرفه جانب من الفقه بأنه عبارة عن: " مجموعة من الجهود غير الشخصية التي تهدف إلى توجيه انتباه أفراد المجتمع إلى سلعة أو خدمة محددة لحثهم على شرائها أو طلبها، أو هي عبارة عن أنواع الأنشطة المختلفة التي يتم من خلالها نشر أو إذاعة الرسائل الإعلانية المرئية أو المسموعة على أفراد المجتمع، بهدف حثهم على شراء السلعة أو الخدمة المعلن عنها"(2).

هناك من يفرق بين الإعلان التجاري والدعاية التجارية، إذ يرون أن الدعاية التجارية هي التي يستعمل فيها المعلن وسائل تكنولوجية متطورة من شأنها أن تؤثر على المستهلك وتدفعه إلى التعاقد. أما الإعلان التجاري فهو وسيلة من بين الوسائل التقليدية لتعريف الجمهور بالسلع المعروضة في السوق، إلا أن البعض يذهب إلى القول بأنه لا يوجد فرق بين الدعاية التجارية والإعلان التجاري، فكلها عبارة عن وسائل يستعملها المهني لتحفيز المستهلك للإقبال على السلعة(3).

(1) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 81.

(2) صالح نائل عبد الرحمان، حماية المستهلك في التشريع الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن 1991، ص 57.

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

من كل ما سبق يمكن القول: أن الإعلان التجاري هو كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على جمهور المستهلكين، بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن أن يحققه من فوائد، بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ذلك ولا يختلف الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة، سواء أكانت هذه الوسيلة من خلال الانترنت، أو غيرها من الوسائل الإلكترونية.

### الفرع الثاني: طبيعة الإعلان التجاري الموجه إلى المستهلك

لا يعد الإعلان الموجه إلى المستهلك عبر شبكة الانترنت إيجاباً، وإنما دعوة للتفاوض أو التعاقد، وهذا ما ذهب إليه جانب من شراح القانون، واشترط لذلك أن لا يتضمن الإعلان الشروط الجوهرية للتعاقد . فعرض السلع في واجهات المحلات التجارية دون بيان أسعارها لا يعتبر إيجاباً<sup>(1)</sup>، كما أن عرض البضائع والخدمات عبر شبكة الانترنت يشبه إلى حد كبير نافذة المتجر الحقيقي. فإذا تضمن العرض السلع والخدمات عن طريق الانترنت ثمن المبيع يعد هذا العرض إيجاباً شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحلات التجارية<sup>(2)</sup>.

وللإيجاب عبر شبكة الانترنت ، مفهومًا خاصًا يميزه عن الإيجاب الذي يتم بالطرق التقليدية، فشبكة الانترنت باعتبارها شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ، تعطي للإيجاب مفهومًا خاصًا ضمن هذه الخصوصية<sup>(3)</sup>. فالتوجيه الأوروبي رقم 97/7/EC الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، يعرف الإيجاب بأنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة،

(1) أبو الليل إبراهيم الدسوقي، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، جامعة الكويت، 1995، ص 104.

(2) علوان رامي محمد، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق ، العدد 04 2002، جامعة الكويت، ص 244.

(3) مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية ، مصر، 2010، ص 275.

ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان ". وعرفه البعض على أنه: " تعبير نهائي جازم قاطع الدلالة على اتجاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد وفقا لشروط معينة"<sup>(1)</sup>. يتميز الإيجاب الإلكتروني عبر الانترنت بأنه غالبا ما يكون موجها من التاجر إلى جمهور المستهلكين، لذلك فإنه يخضع إلى القواعد الخاصة بحماية المستهلك التي فرضتها بعض القوانين، نأخذ على سبيل المثال قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد سالف الذكر، قانون الاستهلاك الفرنسي.

لذلك فإنه لكي يعتبر الإعلان الموجه إلى الجمهور إيجابا، يجب أن يكون محددًا للسلعة تحديدا نافيا للجهالة، وأن يحدد الثمن والعناصر الأساسية للتعاقد، و إلا فإن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد دعوة للتعاقد . أي أنه يجب أن يعبر عن الإيجاب عن إرادة باتة ونهائية في التعاقد، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد في الحال إذا صادفه قبول مطابق، ويجب كذلك أن يكون الإيجاب خاليا من أي لبس أو غموض، وأن يكون محددًا بشكل كاف. و إذا أخذنا كمثال عقد البيع عبر الانترنت، فإنه يشترط لكي يرقى إلى مرتبة الإيجاب أن يتم إعلان المستهلك بالشروط الجوهرية للتعاقد وطبيعة المنتج أو الخدمة وتحديد الثمن وكيفية السداد، وميعاد ومكان التسليم<sup>(2)</sup>.

أما إذا كان الاقتراح المقدم على شبكة الانترنت لم يبين سعر السلعة، أو ترك تحديد السعر ليكون موضوعا للتفاوض بين مقدم الاقتراح من جهة، وبين الراغب في التعاقد من جهة أخرى، فإن هذا الاقتراح لا يعتبر إيجابا بل دعوة إلى التفاوض<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> راجع محمد جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص 77.

<sup>(2)</sup> خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 87.

<sup>(3)</sup> نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2005، ص 39.

من كل ما سبق فإنه يمكننا التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض، بمعيار واحد وهو مدى توافر العناصر الأساسية في العرض محل الإيجاب، فإذا توفرت هذه الأخيرة يعتبر العرض إيجاباً، أما إذا انعدمت أو أستثني منها أحدها ، فإن هذا العرض لا يعد إيجاباً وإنما يعتبر دعوة للتفاوض.

بعد هذا نتطرق إلى دراسة حماية المستهلك في مواجهة الإعلان التجاري الكاذب في العنصر الموالي.

### **المطلب الثاني: حماية المستهلك في مواجهة الإعلان التجاري الكاذب**

توصلنا فيما سبق إلى أن الإعلان التجاري هو كل تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على جمهور المستهلكين بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة. فهو إذا وسيلة مشروعة يستعملها التجار بقصد جذب أقصى عدد ممكن من المستهلكين. لكن قد يتعدى هذا الإعلان حدود المشروعية عندما يلجأ المهني إلى استخدام طرق احتيالية وهو بصدد عرض منتجاته أو خدماته، بشكل يؤثر فيه على سلوك المستهلك ويدفعه إلى التعاقد وهو ما نسميه بالدعاية الكاذبة أو الإعلان الكاذب.

من أجل تفصيل أكثر في هذا العنصر، نتطرق أولاً إلى تعريف الإعلان الكاذب (الفرع الأول)، وبعدها نعالج القواعد القانونية لحماية المستهلك من الإعلان الكاذب (الفرع الثاني)، وفي الأخير نتطرق إلى دراسة حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب (الفرع الثالث).

### **الفرع الأول: تعريف الإعلان التجاري الكاذب**

لقد سبق تعريف الإعلان التجاري بأنه وسيلة من وسائل التسويق و أداة من أدوات إعلام الجمهور بالمنتجات والخدمات.

أما الإعلان التجاري المضلل فقد عرفه شراح القانون بأنه: "الإعلان المتضمن معلومات تهدف إلى الوقوع في خلط وخداع فيما يتعلق بعناصر و /أو صفت جوهرية للمنتج".<sup>(1)</sup>

عرفه البعض الآخر بأنه "الإعلان الذي يقوم فيه المعلن، سواء كان تاجرا أو مقدما لخدمة، باستخدام ألفاظ وعبارات كاذبة حول الخصائص و المميزات الجوهرية للسلعة أو الخدمة المعلن عليها إلكترونيا، بما يؤدي إلى إيقاع المستهلك في خداع إعلاني يدفعه إلى التعاقد أو يزيد من إقباله على التعاقد"<sup>(2)</sup>.

يعتبر الإعلان التجاري كاذبا أو مضللا<sup>(3)</sup> إذا تعدى حدود المشروعية، أي أنه تجاوز الحدود المألوفة أو الهدف الذي يسعى لتحقيقه، ليصبح إعلانا تجاريا كاذبا. والمضروب من هذه الدعاية الكاذبة في غالب الأحيان<sup>(4)</sup> يكون المستهلك.

فالإعلان الكاذب أو المضلل هو الذي يوقع المستهلك في الخداع لذلك يمكن تسميته بالخداع الإعلاني أو الإعلان المخادع. والحكمة من اعتبار الإعلان الكاذب هو إعلانا مخادعا لأن كلاهما يوقعان المستهلك في غلط وخداع<sup>(5)</sup>.

يعرف كذلك الإعلان بأنه إعلان مخادع إذا كان يذكر خصائص وبيانات السلعة أو الخدمة على نحو مجاف للحقيقة ، وبطريقة تؤدي بالمستهلك إلى إبرام عقد الاستهلاك تحت تأثير هذا الخداع الإعلاني. وبعبارة أخرى فإن الإعلان الذي ينسب فيه المعلن

---

(1) سميحة القليوبي، غش الأغذية وحماية المستهلك، مؤتمر حماية المستهلك في القانون والشرعية، جامعة عين الشمس، مصر 1995، نقلا عن خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ص 93.

(2) كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، السعودية، 2010، ص 180.

(3) الإعلان الكاذب أو المضلل كلمتان متكاملتان، فالإعلان الكاذب يؤدي حتما إلى تضليل المستهلك أي خداعه لاحتوائه على بيانات غير صحيحة أو غير مطابقة للحقيقة. أما الإعلان المضلل قد لا ينطوي على بيانات كاذبة ولكنه يصاغ في عبارات تؤدي الى خداع المتلقي، وكلاهما تؤديان إلى إيقاع المستهلك في الغلط. راجع سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص202.

(4) قد يتأثر كذلك التاجر عن طريق المنافسة غير المشروعة من هذه الدعاية.

(5) سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص189.

توفر بعض الصفات الجوهرية التي قد تدفع المستهلك للتعاقد بينما تخلو هذه السلعة أو الخدمة من هذه الصفات الجوهرية يعتبر إعلانا خادعا.<sup>(1)</sup>

ويعرف بعض الفقهاء الفرنسيين الإعلان المخادع ، أنه القيام ببعض الأكاذيب أو بعض الحيل البسيطة التي من شأنها إظهار الشيء موضوع العقد على نحو مخالف للحقيقة.<sup>(2)</sup>

عمل المشرع الجزائري وكباقي تشريعات الدول على وضع قواعد قانونية من شأنها حماية المستهلك المتلقي للرسالة الإشهارية من الأضرار التي قد تلحق به من جراء الإشهارات التجارية، والتي قد تمس وتهدد حياته وسلامته وحتى أمواله، خاصة إذا لم تحقق النتائج المرجوة من الاستهلاك.

ويجب الإشارة أنه من أجل الوصول إلى تحديد القواعد القانونية المنظمة للرسالة الإشهارية في الجزائر كان يجب البحث في مختلف القوانين ذات الصلة بالمنظومة القانونية الجزائرية وذلك لعدم وجود نص قانوني خاص بالإشهار . وهذا لا يعني أن فكرة الإشهار لم تكن موجودة في الجزائر، بل عرفت منذ فترة الاستعمار الفرنسي، وكانت الإشهارات التجارية مسيرة من طرف الوكالات الكبرى الخاصة على رأسها وكالة "هافاس" والتي سيطرت على السياسة الإعلانية في الجزائر وجعلتها سوقا لمنتجاتها، ولكن وبعد الاستقلال 1962، صدر المرسوم رقم 63-301<sup>(3)</sup> المنظم للإشهار التجاري الذي نص على إلغاء العمل بالقوانين الفرنسية، وفي إطار عمليات تأميم الشركات التي قامت بها الحكومة الجزائرية، كانت شركة "هافاس" من بين الشركات المؤممة لتجعلها وكالة وطنية

---

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله وفاتن حسين حوى، حماية المستهلك في بعض التشريعات العربية بين الواقع والتطبيق الندوة العلمية حول حماية المستهلك العربي بين الواقع وآليات التطبيق، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية مجلس وزراء العرب، جامعة الدول العربية، بيروت لبنان، 2-4 جوان 2014، ص20.

(2) Raoul Combalolien, la fraude en matière alimentaire en France, revue Internationale de droit comparé, 1974, p516

(3) المرسوم التنفيذي رقم 63-301 المؤرخ في 23 ربيع الأول 1383هـ الموافق لـ 14 أوت 1963، المنظم للإشهار التجاري، ج ر، عدد 59 المؤرخة في 23 أوت 1963.

للنشر والإشهار (ANEP) بموجب الأمر رقم 67-279<sup>(1)</sup>، وتم إعادة تنظيم الوكالة الوطنية للنشر والإشهار بعد ذلك بموجب المرسوم رقم 86-283<sup>(2)</sup>.

المشرع الجزائري تطرق إلى موضوع الإشهار من خلال مشروع قانون الإشهار لسنة 1999 الذي لم يجد سبيلا لرؤية النور، بسبب كثرة الأخطاء الواردة فيه، ولم يكن يتوافق مع حالة قطاع الاتصال الجزائري آنذاك، هذا بالإضافة إلى أن المجلس الشعبي الوطني رفضه بالأغلبية، وأهم ما جاء به هذا المشروع هو التطرق لمسألة حماية المستهلك من الإشهارات الكاذبة والتي تلحق به أضرارا فادحا، حيث نص على إخضاع بعض الإشهارات إلى ترخيصات مسبقة للتأكد من صحة فعالية المواد المشهر بها. وفي ظل غياب قانون خاص ينظم الإشهار التجاري في الجزائر، مازال الإعلان يعتمد على بعض النصوص التي تسيره كالمرسوم التنفيذي رقم 63-301 المؤرخ في 14 أوت 1963 السالف الذكر وقانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، هذا بالإضافة إلى قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>(3)</sup>، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

في قانون التجارة الإلكترونية<sup>(4)</sup> تناول المشرع الجزائري الإشهار الإلكتروني في الفصل السابع. وقد نص في صلب المادة 29 في الفقرة الأخيرة على: "...التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري، ليست مضللة ولا غامضة".

(1) الأمر رقم 67-279 المؤرخ في 19 رمضان 1378هـ الموافق لـ 20 سبتمبر 1967م المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى بالوكالة الوطنية للنشر والإشهار، ج.ر. عدد 2 لسنة 1968.

(2) مرسوم رقم 86-283 المؤرخ في 30 ربيع الأول 1407هـ الموافق لـ 2 ديسمبر 1986، إعادة تنظيم الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ج.ر. عدد 49 لسنة 1986.

(3) قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، الصادرة في 25 فبراير 2009. للإشارة فهناك مشروع قانون معروض حاليا على البرلمان لتعديله.

(4) قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، صادق عليه البرلمان في 20 فيفري 2018، وإلى تاريخ تحرير هذه الأطروحة لم يصدر بالجريدة الرسمية.

المشعر الجزائري لم يتطرق في هذا القانون إلى مفهوم الإعلان المضلل، أو إلى الممارسات التجارية المضللة، بينما تم ذكر هذه الأخيرة في المرسوم التنفيذي رقم 13-378 في المادة 36 القسم العاشر بعنوان "الإدعاءات" التي تنص: "يجب ألا يوصف أو يقدم أي غذاء بطريقة خاطئة أو مضللة أو كاذبة أو من المحتمل أن يثير انطبعا خاطئا بخصوص نوعه بطريقة تؤدي إلى تغليب المستهلك.

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

- غير صحيحة أو غامضة أو مضللة.
  - تثير شكوك فيما يتعلق بالأمن و/أو تطابقها غذائيا مع مواد غذائية أخرى..
  - تشجع أو تسمح بالاستهلاك المفرط لمادة غذائية.
  - توحى بأن تغذية متوازنة و متنوعة لا يمكن أن توفر كل العناصر المغذية بكمية كافية.
  - غير مبررة
  - تشير إلى تغييرات في الوظائف الجسمية التي يمكن أن تثير مخاوف عند المستهلك إما في شكل نصوص أو صور أو أشكال خطية أو عروض رمزية.
  - تشير إلى خصائص وقائية أو علاجية للأمراض البشرية، باستثناء المياه المعدنية الطبيعية والمواد الغذائية الموجهة لتغذية خاصة.
- أما المشعر الفرنسي فقد أكد في نص المادتين 121-2 و 121-3 من قانون الاستهلاك، على أن التضليل في الإعلان التجاري ينصب على:
- أولاً: الممارسات التجارية المضللة التي تتمثل في واحد من الحالات الآتية:
- 1- ما يؤدي إلى خلق التباس أو اختلاط مع علامة تجارية لسلعة أو خدمة أو اسم تجاري أو علامة مميزة لمنتج منافس.

2- عندما يستند التضليل إلى تحريف بيانات أو القيام بادعاءات من شأنها أن تؤدي إلى تضليل عنصر أو أكثر من العناصر الآتية :

- وجود السلعة أو التضليل بشأن طبيعة الخدمة.
- الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، أي صفتها الأساسية، ومكوناتها، والمنشأ و الكمية، وطريقة وتاريخ صنعها وظروف استخدامها و قدرتها على الاستخدام والنتائج المتوقعة من هذا الاستخدام...الخ.
- السعر أو طريقة حساب السعر، و الأسعار الترويجية، وشروط البيع و الدفع و التسليم بالنسبة للسلعة أو الخدمة.
- خدمات ما بعد البيع، و الحاجة إلى خدمة تقديم قطع غيار، أو الاستبدال أو الإصلاح.
- نطاق التزامات المعلن، و طبيعة هذه الالتزامات.
- هوية و مؤهلات و قدرات المهني
- الادعاء بحقوق خاصة للمستهلك.

3- عدم تحديد الشخص الذي يقوم بتنفيذ الالتزام بالنيابة عن المعلن أو التعرف عليه بوضوح<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Article L121-2 code de la consommation Créé par 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:

« Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes:

1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;

2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants:

a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;

b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa Composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses

ثانياً: تعد الممارسات التجارية مضللة حسب نص المادة (121-3) من قانون الاستهلاك الفرنسي، إذا كان من شأنها إخفاء معلومات أو تقديم معلومات غير مفهومة أو غامضة أو مفاجئة للمستهلك، عندما يفشل المعلن في تحديد القصد التجاري من إعلانه، أو كان المقصود من الإعلان لم يتبين من السياق. لذلك إذا كان الإعلان التجاري لا يوفر مجالاً أو وقتاً لتقديم هذه المعلومات، فينبغي على المعلن الإبلاغ بما إذا كان قد تم حذف معلومات جوهرية، و أن يقوم بإعلام المستهلك بها وتقديمها من خلال وسائل اتصال أخرى، و على أي حال، ففي الإعلانات التجارية التي تمثل دعوة للشراء، ويذكر فيها للمستهلك سعر وخصائص السلعة أو الخدمة المقدمة، تعد المعلومات التالية جوهرية، و هي الخصائص الرئيسية للسلعة أو الخدمة، و عنوان وهوية المهني، و جميع الضرائب و رسوم التسليم التي يتحملها المستهلك، أو طريقة حساب السعر التي لم تكن معروفة مسبقاً، وطريقة السداد و التسليم و كيفية التعامل مع شكاوى المستهلكين، ووجود الحق في الرجوع إذا كان ذلك مطلوباً بموجب القانون<sup>(1)</sup>.

---

propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ;  
c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;  
d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;  
e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;  
f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;  
g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;  
3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en oeuvre n'est pas clairement identifiable.»

<sup>(1)</sup> Article 121-3 code de la consommation, Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 :

"Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.

عرف قانون حماية المستهلك اللبناني في المادة 11 منه الإعلان الخادع بأنه :  
" الإعلان الذي يتم بأية وسيلة كانت، ويتناول سلعة أو خدمة، ويتضمن عرضاً أو بياناً  
كاذباً أو أنه مصاغ بعبارات من شأنها أن تؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، إلى  
خداع أو تضليل المستهلك".

وما يجب الإشارة إليه، أن الإعلان المبالغ في مدح السلعة ليس إعلاناً كاذباً  
ومضلاً، بل امتداح للمنتجات والخدمات بنوع من التجاوز، وهذا مسموح به، لأن  
المستهلك العادي لا ينخدع بأمثال هذه المبالغت، لأنه و كما يرى الفقه أن الإعلان الذي  
يلتزم بالموضوعية التامة والذي يتحرى عن الحقيقة بحرفية، يكون عادة إعلاناً بارداً عديم  
الطعم ويقترب من الإعلام<sup>(1)</sup>.

في الأخير نؤيد قول<sup>(2)</sup> أن التضليل في الإعلان الإلكتروني قد يكون بفعل  
إيجابي من المعلن إذا تضمن عرضاً أو بياناً أو إدعاء كاذباً حول منتج أو خدمة أو تقديم  
معلومات غير مفهومة أو غامضة أو مفاجئة للمستهلك، أو قد يكون سلبي من المعلن

---

Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

Dans toute communication commerciale constituant une invitation commerciale et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes :

- 1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ;
- 2° L'adresse et l'identité du professionnel ;
- 3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ;
- 4° Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ;
- 5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi.

<sup>(1)</sup> عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة  
مصر، 1991 ص 182.

<sup>(2)</sup> أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر  
2016، ص 111.

بإخفاء معلومات هامة حول السلعة أو الخدمة يحتمل أن يبني عليها المستهلك قراره بشأن التعاقد.

في العنصر الموالي نتولى دراسة القواعد القانونية لحماية المستهلك من الإعلان التجاري الكاذب.

### الفرع الثاني: القواعد القانونية لحماية المستهلك من الإعلان التجاري الكاذب

قد يتجاوز الإعلان حدوده المشروعة ليصبح إعلانا مضللا أو كاذبا، والذي يعتبر فعل غير مشروع لكونه يلحق ضررا بالمستهلك، لذلك لابد من تقرير حماية له، وذلك بتشديد المسؤولية على المنتج.<sup>(1)</sup>

وتقوم قواعد حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية، على ثلاث قواعد أساسية، أولها تتعلق باشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني، وثانيها يتمثل في منع الإعلان الكاذب، أما الثالثة فتتحدث عن الرقابة على الإعلانات المقارنة.<sup>(2)</sup>

### أولا: اشتراط وضوح الإعلان

ألزم المشرع الجزائري في نص المادة 10<sup>(3)</sup> من قانون التجارة الإلكترونية المورد الإلكتروني بتقديم العرض التجاري بطريقة مرئية مقروءة ومفهومة. ولعل أن نية المشرع في استخدام المصطلحات الثلاثة "مرئية"، "مقروءة"، "مفهومة" تنصرف إلى إلزام المورد الإلكتروني بتقديم العرض بطريقة واضحة لا لبس فيها، ليتسنى للمستهلك الإلكتروني استعبابه. كما ذكر المشرع بعض البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العرض التجاري.

(1) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 188.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 431.

(3) نص المادة 10 " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية، مقروءة ومفهومة ويجب أن يتضمن على الأقل، وليس على سبيل الحصر، المعلومات التالية:..."

ذهب جانب من الفقه (1)، إلى أن اشتراط وضوح الإعلان، يعني أن يتضمن هذا الأخير البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة، والتي من شأنها خلق تفكير واع ومتبصر يعمل على تكوين إرادة واعية ومستنيرة لدى المستهلك وهو بصدد الإقبال على التعاقد.

لقد أشار القانون الفرنسي إلى أنه يجب أن تكون العمليات التجارية الإلكترونية والدعاية المصاحبة لها واضحة عن المنتج أو الخدمة المعروضة، بما يسمح للمستهلك بإعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي وإدراك كاملين.

هذا وتتجه معظم التشريعات إلى منع الإعلان الكاذب أو المضلل ومحاربه.

### ثانيا: منع الإعلان الكاذب

إن الإعلان التجاري مظهر من مظاهر المنافسة المشروعة وعامل من عوامل التسويق وأداة من أدوات إعلام الجمهور بالمنتجات والخدمات (2)، أما الإعلان الكاذب فيعتبر فعل غير مشروع، يلحق ضررا بالمستهلك لذلك لابد من تقرير حماية له. منع المشرع الجزائري الإعلان الكاذب في المادة 13 من المرسوم التنفيذي 90-367 (3)، كما يلي: "يمنع... استعمال أية إشارة، أو أية علامة، أو أية تسمية خالية، أو أي طريق للتقديم أو الوسم، أو أي أسلوب للإشهار أو العرض، أو البيع من شأنها أن تدخل لبسا في ذهن المستهلك...". هذا ونص في المادة 28 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر، على منع كل إشهار تضليلي لا سيما إذا تضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف

(1) ممدوح محمد خيرى هاشم، الحماية المدنية من الإعلانات التجارية الخادعة، دار النهضة العربية، 1998، ص26.

(2) المرجع نفسه، ص 28.

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

منتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته<sup>(1)</sup>. ونص على نفس المبدأ في المرسوم التنفيذي رقم 13-378 في صلب المادة 56 "تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنهما إحداث لبس في ذهن المستهلك". ولم يغفل المشرع الجزائري على منع الإعلان الكاذب عند تنظيمه لقانون التجارة الإلكترونية في المادة 29 بقوله: "التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة و لا غامضة". إن المشرع الجزائري في هذه المواد أخذ بما سماه بالإشهار التضليلي الذي يوقع لبس أو خلط في ذهن المستهلك أو خداعه.

أما قانون حماية المستهلك المصري لسنة 2006، والذي أوصى بضرورة حماية المستهلك من الوقوع في الخطأ، فقد نصت المادة 06 منه : " على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه، وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل"، هذا وقرر المشرع المصري عقوبة جنائية<sup>(2)</sup> على المعلن في حالة قيامه بتضليل المستهلك، أو ارتكاب أفعال تؤدي إلى الوقوع في خلط أو غلط.

### ثالثا: الرقابة على الإعلانات المقارنة

يعتمد الإعلان أو الإشهار المقارن على إبراز علامة تجارية من خلال عرض مقارنة بين مواصفات وخصائص العلامة موضوع الاهتمام مع خصائص العلامة الأخرى

<sup>(1)</sup> تنص المادة 28 على: " دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهارا تضليلي، لا سيما إذا كان:  
- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.  
- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه.  
- يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".  
<sup>(2)</sup> راجع المادة 24 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، المنشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد 241، بتاريخ 2006/10/22.

المنافسة، على سبيل المثال ، الإعلان عن عطر علامة "أسكيب Esquipe"، والذي تنتشر رائحته ستة مرات بالمقارنة مع رائحة أية علامة أخرى منافسة<sup>(1)</sup>.

و مما سبق يعد الإعلان التجاري الإلكتروني إعلانا مضللا وغير مشروع، إذا ما أدى إلى وقوع المستهلك في خلط أو لبس، ذلك أنه استهدف تغليب المستهلك من أجل حمله على التعاقد بمعلومات وشروط مغلوطة؛ أما إذا ما استهدف التضليل في الإعلان قيمة السلع والخدمات التجارية المنافسة، فإنه يعتبر إعلانا مقارنا، هدفه تشويه منتجات المنافسين والتقليل من قيمتها، إضافة إلى إيقاع المستهلك في لبس<sup>(2)</sup>.

تطرق قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 1-121<sup>(3)</sup> المتعلق بالاستهلاك إلى الإشهار المقارن الذي يؤدي إلى المقارنة بين المنتجات وخدمات المعلنين، وذلك باستعمال العلامة التجارية التابعة لتجار آخرين، وذلك بمراعاة الشروط التالية:

- 1 أن لا يكون مضللا.

- 2 تكون المقارنة بين سلع وخدمات تلبى نفس الإحتياجات.

- 3 أن يتضمن مقارنة موضوعية .

---

<sup>(1)</sup> محمد إبراهيم عبيدات، سلوك المستهلك (مدخل استراتيجي)، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، الأردن 1998، ص 282.

<sup>(2)</sup> عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف الإسكندرية 2008، ص 98.

<sup>(3)</sup> Article 212-1 code de la consommation Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 : Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si :

1° Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;

2° Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;

3° Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie.

في حالة الإخلال بأحد الشروط السابقة، نكون أمام جنحة إشهار مقارن، و إخلال غير مشروع بعلامة تجارية<sup>(1)</sup>.

وتباينت موقف التشريعات بشأن الإعلان المقارن، فمنها من ارتأت إجازته واعتبرته مفيدا للمستهلك كونه يمثل جانبا من جوانب حماية المستهلك إذا ما تعلق الأمر بحقه في الحصول على معلومات بطريقة موضوعية ومتى تم الإعلان بطريقة صحيحة خالية من الغش، كالقانون الأمريكي، الهولندي والسويسري<sup>(2)</sup>، ومنها من أجازته في ظل شروط معينة كالقانون الفرنسي كما سبق ذكره.

وضوح الإعلان التجاري عبر الانترنت يؤثر بشكل إيجابي على المستهلك بحيث يجعله على بينة من أمره عند التعاقد، فلا يتعرض للإدعاء أو الإيهام بأن السلعة تتمتع بشهادة الجودة. لذلك قررت تشريعات حماية المستهلك، بمعاقبة كل من يحاول خداع المستهلك بحقيقة المبيع أو صفاته الجوهرية أو نشر إعلان قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك وهذا جنائيا، أما مدنيا وهو ما يتعلق بموضوع هذا البحث فيعد الكذب والخداع في الإعلان التجاري عبر الانترنت، من أهم مصادر الإضرار التي قد تلحق بالمستهلك خلال الفترة التي تسبق إبرام العقد، لذا فقد واجهت معظم القوانين والتشريعات التذليل الذي يذهب المستهلك ضحيته، و هذا ما سنتناوله في العنصر الموالي.

### الفرع الثالث: الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل

لا نجد في القانون المدني الجزائري نصوص خاصة بحماية المستهلك من الإعلان الكاذب أو المضلل، وإن حصل أن وقع المستهلك ضحية هذا الإعلان فما عليه إلا اللجوء إلى القواعد العامة المتعلقة بالتذليل.

<sup>(1)</sup> Elie ALFANDAIRIE, Droit des Affaires les Cadres Généraux, l'Entreprise et les Activités, éditions LITEC, Paris, 1993, p 417.

<sup>(2)</sup> Pierre GREFEE et François GREFEE, la publicité et la loi en droit français, 8ème édition, Litec, Paris, 1995, p 811.

فالإعلان الكاذب شأنه شأن التدليس يقوم على عنصرين: عنصر مادي يتمثل في الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد كالكذب والكتمان، أما العنصر المعنوي يتجسد في نية التضليل والخداع لدى المدلس قصد دفع الطرف الآخر للتعاقد، وهذا ما يستشف من نص المادة 68 قانون مدني جزائري، والمقابلة للمادتين 1/125 قانون مدني مصري والمادة 1116 قانون مدني فرنسي.

فالمقصود بالتدليس هو استعمال وسائل احتيالية من شأنها أن تدفع الطرف الآخر الذي هو المستهلك إلى إبرام العقد. و الدعاية الكاذبة هي إعلان عن بيانات تجارية تتوفر عليها المنتوجات والسلع، وهي في الحقيقة ليست فيها. وهذا الإعلان هو الذي يدفع إلى التعاقد. فهناك تداخل بين التدليس والدعاية الكاذبة لأنهما ينطويان على عنصر الكذب.<sup>(1)</sup>

وقد يتجلى التطابق بين التدليس والإعلان الكاذب من خلال المادة 86 قانون مدني جزائري، والمقابلة للمواد 125 مدني مصري 1116 مدني فرنسي. التي تنص على ما يلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد...". ويشترط حتى يعتبر الإعلان المضلل تدليسا، توافر ثلاث شروط<sup>(2)</sup>:

فالشرط الأول يتمثل في الطرق الاحتيالية المستعملة التي تحمل المستهلك على التعاقد، والشرط الثاني يتعلق بنية الوصول لغرض غير مشروع، في حين يتمثل الشرط الثالث في كون التدليس هو الدافع للتعاقد.

ومن هنا نستنتج أن الخداع في الإعلان الإلكتروني يدخل في مجال التدليس كلما توافرت الشروط السالفة الذكر، إذ أنه من السهل جدا خداع المستهلك عبر الانترنت

<sup>(1)</sup> زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 193.

<sup>(2)</sup> عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007 ص 196.

بسبب عدم إمكانية هذا الأخير من معاينة المنت وج. لذلك يرى بعض الفقه أنه في حالة البيع عبر الانترنت، إذا قام البائع بخداع المستهلك باستعمال الوسائل الاحتيالية في إعلاناته عن السلع أو الخدمات، فإنه لا بد من إبطال العقد لما للغش من آثار مفسدة للتصرفات<sup>(1)</sup>.

فبالجوء إلى الأحكام العامة للتدليس، نجد ثلاث دعاوى قضائية يستطيع المستهلك عبر الانترنت أن يلجأ إليها في حال وقوعه ضحية التدليس، والتي تتمثل في: دعوى تنفيذ الالتزام التعاقدية، دعوى الإبطال، دعوى التعويض .

### أولاً: دعوى التنفيذ العيني للالتزام التعاقدية

يتمحور موضوع هذه الدعوى في طلب المستهلك بتسليمه منت وجا من ذات خصائص الشيء المعلن عنه أو المطالبة بقيمة الشيء، إلى جانب حقه في المطالبة بالتعويض. هذا ما نصت عليه المادتين 164 و 2/166 من القانون المدني الجزائري المقابلتين للمادتين 1/203 و 2/205 من القانون المدني المصري، حيث نصت المادة 164 ق م ج على أنه: " فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على الشيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

نصت المادة 2/166 ق م ج على: " إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بفرز هذا الشيء. فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

<sup>(1)</sup> ممدوح محمد خيرى هاشم، مشكلات البيع عن طريق الانترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 143.

فهاتين المادتين تمنح للمستهلك حماية قبل إبرام العقد وحتى قيام المعلن بتنفيذ التزامه الوارد في الإعلان<sup>(1)</sup>، تطبق هاتين المادتين على الإعلان التجاري عبر الانترنت فللمستهلك أن يقيم دعوى التنفيذ العيني بهدف جبر المعلن بتنفيذ التزامه الوارد في الإعلان. ويؤدي العمل بهاتين المادتين إلى غلق باب الكذب والخداع أمام المعلن من خلال علمه بأن ما ورد بإعلانه غير صحيح.<sup>(2)</sup>

ورغم أن المطالبة بالتنفيذ العيني تحقق مصلحة المستهلك، إلا أنه لا جدوى منه في حالة هلاك المبيع إذا كان معيناً بالذات، وحتى إذا كان يحق له المطالبة بالتعويض في هذه الحالة، فهو لم يحقق غرضه الذي كان يسعى و رآه منذ البداية وهو التعاقد على سلعة أو خدمة يحتاج إليها في تلبية احتياجاته، هذا فضلا عن إهدار وقته و ماله في مصاريف الدعوى.

### ثانيا: حق المستهلك في طلب إبطال العقد

منح المشرع الجزائري للطرف الذي وقع ضحية التدليس حق إبطال العقد، أي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، وقياسا على ذلك فإن للمستهلك عبر الانترنت الذي وقع ضحية الإعلان الكاذب أو المضلل أن يطلب إبطال العقد طبقا للأحكام الخاصة بالتدليس.

فتبعاً لذلك يستطيع المطالبة بفسخ العقد ، مع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء هدم العقد، و إذا فسخ البيع التزم المعلن بأن يرد الثمن أو الأقساط التي تلقاها من المستهلك، و يلتزم الأخير بالمقابل بأن يرد المبيع غير المطابق للمواصفات المحددة في الإعلان.

وما يمكن الإشارة إليه أن القاضي الذي يطلب منه الفسخ ليس ملزماً بالحكم به بمجرد التحقق من إخلال المعلن بالتزامه، و إنما يتمتع بسلطة تقديرية واسعة تمكنه من

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 169.

(2) زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 192.

تفادي الحكم بالفسخ و الاكتفاء بالحكم بالتعويض إذ لم يبلغ عدم التنفيذ حدا من الخطورة يبرر هدم العقد<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: حق المستهلك في الحصول على التعويض

يتضمن الإعلان الكاذب أو المضلل في جوهره خطأ من جانب المعلن، يتمثل في خداع المستهلك عن طريق إبراز صفة أو أكثر في السلعة أو الخدمة محل الإعلان الكاذب، في حين أنها تخلو من هذه الصفة، و التي قد تكون ذات أهمية بالنسبة للمستهلك أو دافعا له على التعاقد. وقد يترتب على وجود هذا الاختلاف بين عناصر السلعة أو الخدمة بالصورة المعلن عنها و بين حالتها الحقيقية، حدوث ضرر للمستهلك وحينئذ تتكامل شروط قيام مسئولية المعلن العقدية، وبذلك يستطيع المستهلك إقامة دعوى التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء الإعلان الكاذب أمام القضاء المدني بحيث يقوم بإثبات توافر عناصر المسئولية المدنية لدى المعلن بإثبات وجود خطأ وضرر وعلاقة السببية<sup>(2)</sup>.

بعد عرض الدعاوى المتعلقة بالتدليس التي يمكن للمستهلك عبر الانترنت الذي كان ضحية الإعلان الكاذب أو المضلل أن يستند إليها ، نطرح التساؤل التالي: هل حقا هذه الدعاوى تحقق حماية كافية للمستهلك الذي راح ضحية الإعلان الكاذب أو المضلل؟ أوافق رأي الفقه<sup>(3)</sup> الذي يرى أن دعوى التدليس لا تمنح المستهلك حماية شاملة في مواجهة أضرار الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل، إذ يشترط قيام التدليس أن نكون بصدد عقد، و أن تصدر الأعمال الاحتيالية من المتعاقد الآخر أو نائبه، وهذا الشرط غالبا ما يصطدم في مجال الإعلان التجاري بالعديد من العقبات، حيث تتعدد أطراف هذه العلاقة وقد تشمل الصانع والمنتج والموزع وتاجر الجملة وتاجر التجزئة، الأمر الذي قد

(1) جابر محمود علي، ياسر الصرفي، العقود المسماة (عقد البيع)، د ب ن، 2001، ص 374.

(2) أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 130.

(3) أحمد سعيد الزقرد، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، د ب ن ، 1997، ص 236.

تتلاشى معه معالم العلاقة المباشرة بين المعلن والمستهلك. لذلك فقد أوجدت قوانين التجارة الإلكترونية و قوانين حماية المستهلك حلولاً ووسائل وقائية تهدف إلى منع الغلط وحماية رضا المستهلك وذلك من خلال تجريم الإعلان الكاذب والمضلل، والالتزام بالتبصير، وكذا حق المستهلك في العدول عن العقد.

هذا عن حماية المستهلك من الإعلان التجاري، أما عن حق المستهلك في الإعلام والتبصير فسوف ندرسه في العنصر الموالي.

### المبحث الثاني: حق المستهلك في الإعلام والتبصير

أدى التقدم العلمي و التطور التكنولوجي السريع إلى زيادة الحاجة إلى الإعلام قبل التعاقد، خاصة مع ظهور العديد من المبتكرات الحديثة، فيكفي للمستهلك أن يجلس أمام شاشة الكمبيوتر ويدخل على شبكة الانترنت ليرى كما هائلاً من السلع و الخدمات المعروضة والمتوافرة بكثرة، مما أدى بالمستهلك إلى فقدان التركيز وعدم القدرة على الاختيار المناسب من بين هذا الكم من السلع و الخدمات<sup>(1)</sup>.

فضلاً عن ذلك فإن المستهلك يعتمد بشكل أساسي على وصف السلعة له من

جانب المهني، لأنه لا يستطيع معاينتها و التعرف عليها و معرفة مدى ملاءمتها لاحتياجاته الفعلية، حتى لو كان يراها على شاشة الكمبيوتر بشكل ثابت أو متحرك، نظراً لما تتطوي عليه هذه السلع من عدم الدقة والتعقيد من الناحية الفنية إلى الحد الذي يصعب معه على غير متخصص في ذات المجال الإلمام بخصائصها و تركيباتها الفنية و كيفية استعمالها و تجنب أضرارها<sup>(2)</sup>.

(1) محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 14  
(2) عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، د ب ن 2005 ص 16.

إن الالتزام بحماية المستهلك وترقيته، يرتب على المهني القيام بتصرفات قانونية وأعمال مادية من شأنها أن تضمن هذه الحماية،<sup>(1)</sup> وعنصر الالتزام بالإعلام من أهم العناصر التي تعطي الثقة للمستهلك المتعاقد عبر الانترنت.<sup>(2)</sup>

يتوجب على المهني أن يدلي بعدة معلومات للمستهلك و ذلك قبل أن يقوم هذا الأخير بإبرام العقد وهذا ما يطلق عليه الالتزام بالتبصير (الإعلام)، و الهدف من ذلك أن يبرم المستهلك العقد بناء على رضا مستتيرة.

إن إعلام المستهلك جاء نتيجة لعدم التكافؤ في العلاقات بين المستهلكين والمهنيين بالدرجة الأولى. فالمهنيين يعرفون المنتجات والخدمات المعروضة في السوق في حين أن المستهلكين معظمهم غير قادر على الحكم على المنتجات أو الخدمات مسبقا ولا حتى التفريق بينهما<sup>(3)</sup>، هذا و أن المستهلك لا يستطيع معاينة السلعة معاينة مادية ومباشرة، وليس لديه أي فكرة مع من يتعامل، لهذه الأسباب ولأخرى يلقي على المهني واجب الالتزام بالإعلام<sup>(4)</sup>.

لتفصيل أكثر في الالتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الانترنت نتناول مفهومه في المطلب الأول ونظامه القانوني في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الانترنت

لم يهتم القانون المدني بالالتزام بالإعلام إلا حديثا، نظرا لبساطة المعاملات المدنية من جهة، ولتساوي الطرفين المتعاقدين أو المقبلين على التعاقد في العلم إزاء المنتج من جهة ثانية. لكن نظرا للتطورات التقنية والتكنولوجية المعاصرة، والتي أثرت

<sup>(1)</sup> SOLUS Henry, GHSTIN Jacques, Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, édition L.G.D.J, Paris, 1986, p 95.

<sup>(2)</sup> HOTAIT Mazen , protection du consommateur dans les contrats conclus sur internet (étude comparative : droit français- droit libanais), Thèse pour le doctorat en droit, Université PANTHEON-ASSAS (PARIS), 29/09/2008, p 34.

<sup>(3)</sup> COLAIS Auloy, FRANK Steinmetz, droit de la consommation, 4 eme Edition, Dallaz, 1996, p 45.

<sup>(4)</sup> HOTAIT Mazen, op.cit, p 18.

سلبا على الأطراف المتعاقدة من الناحية المعرفية، فإنه بات لازما تدخل رجال القانون وكان للقضاة فضل في ذلك، خاصة في ظل قصور النظرية التقليدية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة في كثير من جوانبها، منها عدم صحة المبدأ على إطلاقه في تقييد القوة الملزمة للعقد، وقد تجلّى قصور هذه النظرية مع تطور معطيات الحياة المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي الذي يفرض أحيانا تدخل المشرع، كما هو الحال في تقرير الالتزام بالإعلام.

ولدراسة هذا العنصر يتوجب علينا التطرق إلى النقاط التالية:

تعريف الالتزام بالإعلام (الفرع الأول)، مبررات نشوء الالتزام بالإعلام (الفرع الثاني) صور الالتزام بالإعلام (الفرع الثالث)، التمييز بين الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد والالتزام التعاقدى بالإعلام (الفرع الرابع)، طبيعة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد (الفرع الخامس).

### الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام

أضحى الالتزام بالإعلام من أهم الآليات القانونية المقررة لحماية المستهلك، في مجال العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت خاصة في المرحلة السابقة لإبرام العقد وحرصت التشريعات المقارنة على تكريس هذا المبدأ في مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية، على غرار المشرع الجزائري الذي نص عليه ضمن الفصل الخامس تحت عنوان "إلزامية إعلام المستهلك"، بمقتضى المادتين 17 و 18<sup>(1)</sup> من قانون حماية المستهلك وقم الغش السالف ذكره، ومؤخرا صدر مرسوم تنفيذي رقم 13-378 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ونصت المادة 15/03 منه على: "إعلام حول المنتجات: كل معلومة متعلقة بالمنتج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة

(1) نصت المادة 17 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقم الغش المؤرخ في 25 فيفري 2009 على أنه: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسوم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة." ونصت المادة 18 من نفس القانون على أنه: "يجب أن تحرر بيانات الوسوم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".

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

وألزمت المادة 1/111<sup>(1)</sup> من تقنين الاستهلاك الفرنسي ، كل بائع مهني أو مقدم خدمات بإحاطة المستهلك علما قبل إبرام العقد بالميزات أو الخصائص الأساسية للشيء أو الخدمة المقدمة...".

ورغم هذه العناية التشريعية إلا أن الفقه لا يزال مختلفا في مسألة تعريفه. إذ عرف بعض شراح القانون الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأنه : "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر قبل إبرام العقد، البيانات

---

<sup>(1)</sup> Article L111-1 code de la consommation, Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016

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 :

- 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;
- 2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ;
- 3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;
- 4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte ;
- 5° S'il y a lieu, les informations relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en oeuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles ;
- 6° La possibilité de recourir à un médiateur de la consommation dans les conditions prévues au titre Ier du livre VI.

La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

Les dispositions du présent article s'appliquent également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Ces contrats font également référence à la nécessité d'une consommation sobre et respectueuse de la préservation de l'environnement.

اللازمة لإيجاد رضاء مستتير متتور، بحيث يكون المتعاقد الآخر على علم بكافة تفصيلات هذا العقد.<sup>(1)</sup>

وعرفه البعض الآخر أنه التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، حيث يقوم المهني بإعلام المستهلك بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بمحل العقد والتي يعجز عن معرفتها بوسائله الخاصة وذلك لاستظهار رضاه التعاقدية.<sup>(2)</sup>

واعتبره البعض الواجب الضمني الذي أوجده القضاء، والذي بمقتضاه: "يلتزم الطرف الأكثر خبرة، والأفضل معرفة بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد".<sup>(3)</sup>

وتم تعريفها أيضاً، أنه التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأنه يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل متتور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة، قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات.<sup>(4)</sup>

وعرف الإعلام الإلكتروني قبل التعاقد بأنه التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائل الكترونية في الوقت المناسب، وبكل شفافية و أمان للطرف الآخر، الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة.<sup>(5)</sup>

(1) المهدي نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بأنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 15.

(2) خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 82.

(3) زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمرتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 137.

(4) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 189.

(5) عمر عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية للمستهلك، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 2004، ص 190.

أما البعض الآخر فضل استعمال مصطلح الإفضاء بدلا من الإعلام<sup>(1)</sup>، و يقصد به إحاطة المشتري علما بمكونات السلعة وخصائصها و بالطريقة السليمة لاستعمالها وكذا لفت انتباهه إلى المخاطر الكامنة في السلعة و توجيهه إلى اتخاذ احتياطات معينة أثناء الاستعمال أو حتى أثناء الحيازة. وتجسد هذا الإفضاء - على عاتق المنتج- في كيان مادي، ألا وهو الوسم.<sup>(2)</sup>

وما يمكن أن نستنتجه من هذه التعاريف الفقهية أنها جاءت في فقرات مطولة تتضمن الشرح المستفيض، وهذا ليس من مواصفات التعريف، كما لمسنا كذلك تباين في المصطلحات "الإعلام" و "الإفضاء".

أما نحن فيمكن أن نعرف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت كما يلي: " هو التزام قانوني سابق على إبرام العقد الالكتروني عبر الانترنت يقع على عاتق المهني بموجبه يلتزم بتقديم كافة المعلومات المتعلقة بمحل العقد عن طريق وسائل الكترونية".

### الفرع الثاني: مبررات نشوء الالتزام بالإعلام

تستند مبررات نشوء الالتزام بالإعلام إلى التطور الهائل في وسائل الاتصال الحديثة الذي جلب معه نقلة نوعية لحياة الإنسان ونمط معيشته. هذا و أدى التزايد في الإنتاج إلى التزايد في الهوة ودرجة التفاوت بشكل ملحوظ بين منتجي السلع ومستهلكيها حتى أصبح في حكم المستحيل على أي مستهلك عادي أن يدعي علمه بكافة التفاصيل الدقيقة والفنية في مثل هذه العقود، كما أصبحت الاستفادة من المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات حكرا على المستهلك الأكثر وعيا واحترافا.

(1) وذلك لأن الإعلام أوسع من الإفضاء. فمصطلح الإفضاء ينصرف إلى تقديم للمستهلك مختلف البيانات أثناء تنفيذ العقد. أما مصطلح الإعلام لغة هو تحصيل حقيقة الشيء أي معرفته، أنظر سي يوسف زاهية حورية، الالتزام بالإفضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 02، 2009، ص 55.

(2) سي يوسف زاهية، المرجع نفسه، ص 59.

أمام هذا الوضع، بحث القضاء عن وسيلة يعيد بها التوازن المفقود في العلم بين المتعاقدين وكذا إعادة التوازن في المراكز العقدية، وهما الهدفان اللذان أنشئ من أجلهما الالتزام بالإعلام، وسيتم توضيحهما فيما يلي:

### أولاً: تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول أن العصر الحديث يكاد لا يعرف الطرف الضعيف أو المدعن من الناحية الاقتصادية، بقدر ما يعرف الطرف الضعيف من ناحية العلم والدراسة، بل و ذهب رأي آخر إلى القول أن عدم التكافؤ بين طرفي العقد ليس اقتصادياً بقدر ما هو عدم التكافؤ في المعلومات المتصلة بالعقد.<sup>(1)</sup>

إذا عدم التساوي بين المتعاقدين في المعلومات بشأن محل التعاقد، هو السبب الذي يؤدي إلى عدم التوازن في العقد لاختلاف المراكز القانونية.

لذا نجد أن عدم المساواة في المعرفة بين أطراف العقد تبرر تقرير الحق في الإعلام الإلكتروني عبر الانترنت الذي يقع على عاتق الطرف القوي صاحب الخبرة.<sup>(2)</sup> ونظراً لخصوصية العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت التي يتمتع فيها المهني باستعمال أدوات الويب التي تشكل تأثيراً يتجاوز التأثير الممارس بالأدوات التقليدية، تزداد الحاجة الملحة إلى أعمال مبدأ الالتزام بالإعلام.

### ثانياً: عدم التوازن العقدي

يعتبر المهني في عقد الاستهلاك المبرم عبر شبكة الانترنت في مركز قوة في مواجهة المستهلك، لأنه يملك آليات إدارة السوق الإلكتروني بما يتضح أمامه من المعرفة التامة بمفرداته، وبما يتفوق به من مركز اقتصادي، في حين أن المستهلك في موقف ضعيف يسعى للحصول على أفضل المنتجات أو التزود بأحسن أداء للخدمات.

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص- ص 196- 197.

(2) عبد الرحمان خالفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جام عة النجاح للأبحاث، المجلد 27، فلسطين، 2013، ص 8.

لذلك فإن للحق في الإعلام دور هام في حماية رضا المستهلك، وخاصة و أن العقد يتم إبرامه عن بعد، ولا يكون لهذا الأخير محل التعاقد بين يديه، لهذا فهو في مركز ضعيف، بالإضافة إلى الغياب المادي للأطراف هذا ما يجعل من حق الإعلام أمرًا ملحًا جدًا في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت.

ومن الفقه من يرى أن الأساس القانوني لهذا الحق يجد مصدره في الحماية التقليدية للطرف المذعن في القانون المدني، إلا أن الرأي الذي عليه غالبية الفقه يرى بأن الأساس موجود في قانون حماية المستهلك الذي أصبح يشكل نظرية مستقلة تجعل من المستهلك دائما الطرف الضعيف الذي لا يملك الخبرة في مواجهة البائع المحترف، مما توجب على هذا الأخير إعلامه مسبقا بكل المعلومات الضرورية حتى تتوازن الإرادتين وتتكافأ.<sup>(1)</sup>

إذا يعتبر الحق في الإعلام وسيلة قانونية لإعادة التوازن المفقود في العلم بين المهني والمستهلك، وكذا معالجة الاختلال الناشئ بين طرفي العقد من الناحية الاقتصادية الذي نتج عنه عدم التوازن في المراكز العقدية. بعد أن تطرقنا إلى مبررات نشوء الالتزام بالإعلام و جب علينا تناول صورته في العنصر الموالي.

### الفرع الثالث: صور الالتزام بالإعلام

إن هدف الالتزام بالإعلام هو حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك و تنوير رضاه حتى يقبل على التعاقد وهو في منأى عن أية مفاجأة. ارتبط الالتزام بالإعلام بالنظرية العامة للعقد، ويمر في إبرامه بمرحلتين اثنتين: مرحلة التكوين، ومرحلة التنفيذ، كما سبق ذكره غير أن الوقت الذي يتعين فيه إعلام الطرف الدائن المستهلك بالمعلومات والبيانات المتعلقة بموضوع التعاقد، واللازمة لسلامة

<sup>(1)</sup> عبد الرحمان خالفي، المرجع السابق، ص 8.

إرادته أثارت جدلاً كبيراً بين الفقهاء، فيما إذا كان ينشأ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد (أولاً) أو بعده أي التزام لاحق على التعاقد (ثانياً).

### أولاً: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

يستند الفقه القائل أن الالتزام بالإعلام هو التزام ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد إلى حجج ومبررات نذكر بعضها منها:

- إعلام المتعاقد لحظة إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، يعد إجراء متأخراً إذا كان الغرض منه الحصول على تأثير بشأن قرار المتعاقد.<sup>(1)</sup>

- ليس من المعقول أن ينشأ الفرع قبل أن ينشأ الأصل، بمعنى أن ينشأ الالتزام قبل أن ينشأ مصدره، فالعقد لم ينشأ بعد حتى يتسنى القول أن هذا الالتزام التزام عقدي.<sup>(2)</sup>

- إعلام المتعاقد قبل إبرام العقد يؤدي إلى توكي عيوب الرضا لاسيما الغلط والتدليس.<sup>(3)</sup>

### ثانياً: الالتزام بالإعلام اللاحق على التعاقد

يرى جانب من الفقه أن الالتزام بالإعلام يعتبر التزاماً عقدياً، استناداً إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد،<sup>(4)</sup> التي تعتبر أن الخطأ الذي يقع بمناسبة إبرام العقد خطأ عقدي حيث يفترض "أهرينج" بوجود عقد سابق على العقد الأصلي عبارة عن عقد ضمان مفترض لكل متعاقد يكون مصدراً لهذا الالتزام، ويتمثل الخطأ في أن المتعاقد الذي يتسبب في البطلان كان يعلم أو كان واجباً عليه أن يعلم، ومن العدل أن يتحمله ولو كان حسن النية.

يؤدي هذا الرأي إلى الاستفادة من قواعد الإثبات، إذ أنه يكفي بتقرير مسؤولية

المدين بهذا الالتزام قيام الدائن بإثبات أمر عدم تنفيذه.

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 189.

(2) المرجع نفسه، ص 205.

(3) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 367.

(4) لقد وضع نظرية الخطأ في تكوين العقد الفقيه الألماني "أهرينج"، ومفاد هذه النظرية أن العقد الباطل ينشأ أثراً بصفته عقداً، وليس كواقعة مادية. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 545.

غير أنه يتجه الفقه إلى القول أن الالتزام بالإعلام هو التزام واحد بصورتين، التزام قبل التعاقد والآخر الذي يقصد به الإشهار أو الإعلان التجاري، والتزام تعاقدى والذي يطلق عليه "الإفضاء"، سواء كان قبل التعاقدى أو تعاقدى، فإنه يستهدف دائماً تنوير وتبصير رضا المستهلك.<sup>(1)</sup>

ما يمكن قوله في صور الالتزام بالإعلام هو أن الالتزام بالإعلام الإلكتروني عبر الانترنت قبل التعاقد هو التزام عام ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد ويهدف إلى تنوير رضا المستهلك، والإخلال به يعقد مسؤولية المهني التقصيرية، أما الالتزام بالإعلام اللاحق على التعاقد أو التعاقدى هو التزام ينشأ من العقد أو هو أثر من آثار العقد ويجد أساسه في العقد الذي أبرم بين المستهلك والمهني، والإخلال به لا يؤدي إلى بطلان العقد ولكن يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.

#### **الفرع الرابع: التمييز ما بين الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام والالتزام التعاقدى بالإعلام**

يطرح الفقه صعوبة التمييز بين الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام والالتزام التعاقدى بالإعلام رغم ما توحيه التسمية الخاصة لكل منهما من فروق ظاهرة. ولقد أسفرت عملية البحث حول نقاط الاختلاف بين كل من الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام والالتزام التعاقدى بالإعلام، اتفاقاً حول انحسار هذا الخلاف في نقاط معينة تمثلت في الأصل، الأساس القانوني والطبيعة القانونية.

#### **أولاً: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد**

اتفق الفقه أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد حيث يلزم أحد المتعاقدين (المهني) بأن يقدم للطرف الآخر (المستهلك) المعلومات والبيانات اللازمة المتعلقة بالمنتج أو الخدمة، بغية الحصول على رضا صحيح، سليم كامل ومتنور.

<sup>(1)</sup> زاهية حورية سي يوسف، الالتزام بالإفضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المرجع السابق، ص 55.

غير أن الدراسة في شأن هذا الالتزام أوضحت الاختلاف الفقهي في مسألتين اثنتين هامتين تتعلق الأولى بمصدر هذا الالتزام، بينما الثانية في الأساس القانوني له.

## 1- مصدر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

أوضحت الدراسات أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام يجد مصدره في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية، الذي يوجب أثناء مرحلة المفاوضات التزاما بالصدق والأمانة في مواجهة الطرف الآخر أو في مبدأ سلامة العقود.<sup>(1)</sup> والالتزام قبل التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت ينشأ بمناسبة كل عقد وتكون الغاية منه هو حسن تنفيذ العقد.

ويتطلب مبدأ حسن النية في الالتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت أن تكون المفاوضات ساحة للأمان، ويعتبر هذا الالتزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين بتحقيق غاية وليس التزام ببذل عناية<sup>(2)</sup>، ولقد نص على هذا المبدأ القانون المدني الجزائري في المادة 107، وقد أشارت المحكمة العليا في قرار مشهور لها مؤرخ في 1999/10/24 بأنه من المقرر قانونا تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. هذا ولقد نص عليه أيضا القانون المدني الفرنسي في المادة 3/1134 والقانون المدني المصري في المادة 1/148، بينما تقر بعض القوانين مراعاة مبدأ حسن النية سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه كالقانون الألماني والإيطالي والهولندي، و الأخرى تقصر مبدأ حسن النية على مرحلة التنفيذ فقط وهذا ما قرره القانون التجاري الأمريكي الموحد (U.C.C) في المادة 19/201 على أنه: "الأمان في الواقع هو احترام المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل"، كما نصت المادة 1337 من

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 224.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، جامعة عين الشمس، 2001، ص 64.

القانون المدني الإيطالي على أنه: " يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات و إبرام العقد بالتفاصيل بما يتفق وحسن النية"<sup>(1)</sup>.

## 2- الأساس القانوني للالتزام قبل التعاقد بالإعلام.

في غياب نص قانوني يبين أحكام الالتزام بالإعلام، قدم الفقه والقضاء الفرنسيان أسسا مختلفة ويتعلق الأمر بالغلط، التدليس، العلم الكافي بالمبيع، قواعد المسؤولية التقصيرية، مستلزمات العقد والتشريعات الخاصة بحماية المستهلك.

### - الغلط:

يلعب الغلط دورا هاما في نطاق العقد الإلكتروني عبر الانترنت، حيث تتسم المعاملات خلال هذه الشبكة بالتعقيدات التكنولوجية، وخاصة أن العقد يتم عن بعد بين طرفين غائبين غير متكافئين في أغلب الأحيان<sup>(2)</sup>.

وقد بينت المادة 81 وما بعدها من القانون المدني الجزائري المقصود بالغلط وأنواعه وفرقت في ذلك بين الغلط الجوهري، وهو الذي لولاه لأحجم المتعاقد عن التعاقد أو الغلط الذي ينصب على صفة جوهرية في الشيء بنظر المتعاقدين أو وفقا لشروط العقد و مقتضيات حسن النية، أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته (المادة 82)، بينما نصت المادة 83 على قابلية العقد للإبطال إذا انصب الغلط على القانون بينما جعلت المادة 84 أن الغلط في الحساب و الغلطات المادية كغلطات القلم يمكن تصحيحها غير ذات أثر.

لكن بالرجوع إلى التقنين المدني الفرنسي المادة 1110 قبل التعديل الذي مسها بموجب الأمر رقم 131-2016، نجد نقطة مهمة لم ينص عليها القانون الجزائري، ألا وهي الغلط الذي ينصب على طبيعة العقد أو سببه والغلط في القانون ، وهي كلها حالات يمكن أن تكون سببا لطلب إبطال العقد الإلكتروني، ومكمن الخطر في مجال الانترنت،

<sup>(1)</sup> بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 2011، ص 67.

<sup>(2)</sup> مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص 249.

أنها أظهرت أنواعا جديدة من الغلط بالنظر لما تتطوي عليه من كثرة في الأخطاء التقنية، الأمر الذي قد يعيب من تكامل الرسائل و تبادل المعلومات أو من التدخل الاحتيالي من قبل الغير<sup>(1)</sup>.

يعتبر الغلط إذا أحد العيوب التي تشوب الرضا، وقد عرفه الفقه كما يلي: "وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته"<sup>(2)</sup>. وللمطالبة بإبطال العقد لا بد أن يكون الغلط جوهريا ويكون كذلك إذا بلغ حدا من الجسامة. وقد جاء نص المادة 82 من القانون المدني مبينا للغلط الجوهري كما يلي: "يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. \_ ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهريا أو يجب اعتبارها كذلك، نظرا لشروط العقد ولحسن النية. - إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، كانت تلك الذات أو هذا الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

والغلط الذي يعيب الرضا هو ما يصيب الإرادة وقت التكوين وليس كل غلط أيا كانت درجته مما يعيب الإرادة. بل أن منه ما لا يؤثر فيها ومنها ما لا يعدمعها و أخيرا منه ما لا يقتصر أثره على تعيب الإرادة ، وهو الذي يعيننا باعتباره عيبا من عيوب الإرادة.<sup>(3)</sup>

يتضح من ذلك بأن الغلط قد يكون مانعا أو غير مؤثر، أو معيبا للإرادة وهذا ما سنعالجه مع الإشارة إلى تطبيقاته في العقود الإلكترونية التي يبرهما المستهلك عبر شبكة الانترنت.

<sup>(1)</sup> NAIMI CHARBONNIER Marine, la formation et l'exécution du contrat électronique , thèse de doctorat , université pantheon-Assas , paris II,2003, pp 83-84.

<sup>(2)</sup> فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص 76 .

<sup>(3)</sup> حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015/2014، ص 132.

- **الغلط المانع**: هو الغلط الذي يحول دون انعقاد العقد، وهو ليس مجرد تصور للأمر على غير حقيقته، إذ يوجد اختلاف بين الإرادة والتعبير عنها،<sup>(1)</sup> حيث لا يدل التعبير المعلن على الإرادة الحقيقية إنما يدل على إرادة أخرى غير موجودة، وهذا الغلط قد يمس وجود أحد أركان العقد أو يمس ماهيته، ويترتب على وجود الغلط المانع بطلان العقد واعتباره كأن لم يكن، ويكون الغلط مانعا في الحالات التالية:

✓ إذا كان غلطا في ماهية العقد: يأتي هذا النوع من الغلط نتيجة لعدم توافق الإرادتين ومثال ذلك أن يبرم المستهلك عقدا إلكترونيا عبر شبكة الانترنت معتقدا بأنه اشترى برنامجا لممارسة حق الاستغلال، في حين كان قصد البائع منحه حق الاستعمال فقط،<sup>(2)</sup> فهنا انصب الغلط على طبيعة العقد فمنع من التراخي لعدم تطابق الإرادتين بالتالي من نشوء العقد.

✓ إذا كان الغلط في ذاتية المحل: يقع هذا النوع من الغلط المانع على ركن المحل للعقد، كما لو تعاقد المستهلك عبر شبكة الانترنت لشراء برامج تعليمية خاصة بالحاسوب الآلي لتعليم اللغة الانجليزية ولكنه يتفاجأ بحصوله على برامج لتعليم اللغة الروسية مثلا وهنا لا ينعقد العقد لعدم تطابق الإرادتين.

✓ إذا كان غلطا في سبب الالتزام: يكون العقد باطلا إذا وقع الغلط في وجود سبب الالتزام، على الرغم من عدم عثورنا على تطبيقات للغلط في وجود سبب الالتزام في العقود الإلكترونية، إلا أن هذا لا يمنع من إبطال العقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت إذا وقع الغلط في سبب الالتزام استنادا إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني في العالم المادي، كأن يعقد الشخص تأمينا على عقاره ضد الحريق وهو العقار الذي آل إليه إرثا ثم يتضح أن المورث كان قد أمن على العقار ذاته ضد الحريق<sup>(3)</sup>.

(1) محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر 2004، ص 116.

(2) نوري حامد خاطر، عقود المعلوماتية، الدار العلمية للنشر، عمان، 2001، ص 32.

(3) حامدي بلفاسم، المرجع السابق، ص 132.

✓ الغلط في التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني: إذا لم يكن بإمكان المستهلك الذي يقع في غلط أثناء تعاقد مع الوسيط الإلكتروني تدارك هذا الغلط أو تصحيحه، فإن حكم العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت الذي يبرم نتيجة هذا الغلط يكون باطلا ولا يكون له أثر قانوني وفق المعايير التي جاءت بها المادة 3/12 من مشروع اتفاقية اليونسسترال للتعاقد الإلكتروني على عكس ما جاءت به المادة 2/11 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية، حيث يكون العقد قابلا للإلغاء وليس باطلا.

- **الغلط غير المؤثر:** هو الغلط الذي يقع في صفة عرضية أو ثانوية للشخص<sup>(1)</sup> كالغلط في الشخص المتعاقد إذا لم تكن شخصية محل اعتبار، وكذا الحال بالنسبة للغلط المادي أو الغلط في الحساب وفي أمور معتادة في التعامل. يعد الغلط غير المؤثر من أكثر صور الغلط وقوعا في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت.

- **الغلط المعيب للإرادة:** إن الغلط الذي يعيب إرادة التعاقد، هو ذلك الغلط الذي يحدث عند تكوين الإرادة في ذهن صاحبها، ذلك بأن يتوهم أمرا على خلاف الواقع، ويقع هذا الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل الالتزام، أو في ذات المتعاقد أو صفة جوهرية من صفاته، أي أن الغلط المعيب هو الغلط الذي يقع في أمر جوهرى مرغوب، يطلق عليه الغلط الجوهرى وهو الغلط الذي لا يقوم رضا المتعاقد بدونه، أي أن المتعاقد لو لم يقع في هذا الغلط لما أقدم على التعاقد، فإذا تعاقد شخص مع آخر على أنه خبير وذو كفاءة عالية في إدارة نظم المعلوماتية، وتبين فيما بعد أنه عكس ذلك، فهنا يحق للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد<sup>(2)</sup>.

(1) مندر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الرواد للطباعة، ليبيا، 1991، ص 158.

(2) نوري عبد خاطر، المرجع السابق، ص 34.

## - التدليس:

سبق وأن عرفنا التدليس بأنه: " استعمال شخص طرق احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد"<sup>(1)</sup>.

اتجه القضاء الفرنسي بداية من منتصف القرن الماضي إلى اعتبار مجرد الكتمان تدليسا، مما يؤدي إلى الإبطال استنادا إلى نص المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي.

نقل المشرع الجزائري هذا الاجتهاد في نص المادة 02/86 من القانون المدني التي تنص: " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليربم العقد لو علم تلك الواقعة أو هذه الملاحظة". ما يلاحظ أن هذه المادة تسري على العنصر الموضوعي للتدليس والمتمثل في الطرق الاحتيالية وهي الكذب و الحيل والكتمان. والسبب في ذلك هو غياب حاجتنا إلى الإعلام، أما اليوم وقد تغير الحال فقد أصبح هذا الالتزام ضرورة أملاها واقع اقتصادي وقصور قانوني وخاصة في مجال المعاملات الإلكترونية عبر شبكة الانترنت.

إن للتدليس أهمية كبيرة في إطار العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت، لذلك فإن النظام الجديد للتعاقد الالكتروني أعطى للمستهلك الذي لا تتوفر فيه الخبرة الحق بأن يتمسك بتعبير إرادته نتيجة لغلط وقع فيه أو لتدليس ناجم عن كتمان المتعاقد الآخر للمعلومات التي كان يجب عليه الإدلاء بها<sup>(2)</sup>، إلا أن الوسائل الاحتياطية في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت لها معنى أوسع وتطبيقات جديدة وأساليبها متنوعة، نظرا لقدرة بعض العابثين والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي للشبكة، ومن هذه التطبيقات:

(1) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، د ب ن، 1954، ص 303.

(2) حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 130.

✓ الدعايات والإعلانات الالكترونية الكاذبة والمضللة للمنتجات والخدمات عبر شبكة الانترنت<sup>(1)</sup> خاصة أن الإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت تعتبر أحد أهم إفرزات ثورة الاتصالات والمعلومات مما يؤثر في سلوك المستهلك بل قد تعرضه على التعاقد للحصول على منتج أو خدمة لا يحتاج إليه حقيقة، فالغرض هنا أن المستهلك ضحية التدليس لم يقع بنفسه تلقائيا في الغلط بالاعتقاد في وجود صفات بالسلعة المباعة مخالفة للحقيقة، لكن المهني هو الذي سعى إلى إيقاع المستهلك في الغلط، بإظهار السلع في شكل براق، مما يتوافر معه الخداع ونية التظليل، كأن يظهر على شبكة الانترنت مستحضر يزيل التجاعيد نهائيا من البشرة أو دواء يعالج العقم... الخ.

✓ الكذب بتعمد نشر معلومات غير صحيحة، فالأصل أن الكذب وحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة، كامتداح التاجر لبضاعته إلى حد الكذب ما دام ذلك مألُوفًا في التعامل كما سبق ذكره لا يعتبر تدليسا، وعلى العكس إذا خرج عن المألوف في التعامل، لذلك يدخل في مجال التدليس الكذب في الإعلانات والدعاية الالكترونية للمنتجات أو الخدمات إذا كان مؤثرا في إرادة المدلس عليه ودافعا إلى التعاقد، في هذا الصدد نجد أن القضاء الفرنسي توسع في مفهوم التدليس في التعاقد عن بعد، وقد أتاح للمستخدم في مجال برامج الكمبيوتر أن يطلب إبطال العقد بسبب التدليس الناجم عن كتمان مورد البرامج للمعلومات التي تتيح له حسن اختيار البرنامج والتعاقد بالتالي في ضوء إرادة واعية ومبصرة<sup>(2)</sup>.

وقد شهدت السنوات الأخيرة في فرنسا انتشارا كبيرا لاستخدام الطرق الاحتيالية، خاصة فيما يتعلق بالبطاقات المصرفية وسوء الائتمان بصورة أصبحت تهدد التجارة الالكترونية

(1) أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق الكويتية، السنة التاسعة عشر، العدد الرابع، 1995، ص 221.

(2) حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص 131.

وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الفرنسي إلى إصدار القانون رقم 2001/1062 بتاريخ 15 نوفمبر 2001 المتعلق بأمن وحماية حامل البطاقة المصرفية.<sup>(1)</sup>

✓ يعتبر السكوت تدليسا كقاعدة عامة، وهذا ما أشارت إليه نص المادة 86 قانون مدني جزائري والمقابلة للمادة 125 قانون مدني مصري، ككتمان بيانات هامة عن المنتج، أو إخفاء بعض البيانات الضرورية للعقار الطبي كحجب أضراره وموانع استعماله، أو إخفاء تاريخ انتهائه، أو إخفاء دولة إنتاجه.

✓ إنشاء موقع وهمي على الانترنت لا وجود له على الإطلاق كإنشاء موقع يروج لأحد البنوك بأنه يمنح فوائد كبيرة، ويعد تسابق العملاء في توظيف أموالهم بكميات ضخمة في هذا البنك عبر الموقع الإلكتروني الوهمي.<sup>(2)</sup>

إن الطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يتم نقلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة تطرح العديد من المشكلات بشأن إثبات التدليس الذي وقع عبر هذه التقنيات سيما وأن مرتكبي أفعال التدليس يتمتعون بقدر كبير من الذكاء والخبرة الفنية الدقيقة بأسرار تقنيات الاتصال حيث يصعب تحديد هويتهم أو كشف أفعالهم، وغالبا ما يعتمد إلى إخفاء تلك العمليات التدليسية، وإزالة آثارها بأساليب تقنية، بحيث يعجز ضحية هذا التدليس عن اكتشافه أو إثباته. فالتدليس عادة ما يتم إخفاؤه عن طريق التلاعب بالبيانات والمعطيات التي يحتويها الجهاز المستخدم، أو البرامج المعلوماتية ذاتها، هذه التعديلات لا تترك أثرا ماديا ملموسا، وذلك على خلاف تلك التي تتم بصورة مادية وخاصة على المستندات الورقية، حيث يسهل كشفها، بالإضافة إلى أنه يسهل عبر هذه التقنيات محو الدليل أو تدميره في ثوان معدودة، كما أنه يمكن ارتكاب هذه الأفعال عن بعد في دولة

<sup>(1)</sup> ALAIN Blanchot, ALAIN Bensoussan, La protection accordée par la loi sur la sécurité quotidienne en cas d'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire, GAZ. PAL, janvier 2002 p-p 4-5

<sup>(2)</sup> حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2003 ص 57.

أخرى، وبالتالي يصعب إجراء التفتيش أو الحصول على المعلومات في داخل دولة أجنبية، حيث إن هذا الإجراء يتعارض مع سيادة هذه الدولة الأخيرة،<sup>(1)</sup> بيد أنه يمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق، وهذا ما سنفصل فيه لاحقا إنشاء الله.

### - العلم الكافي بالمبيع

تنص المادة 352 من القانون المدني على ما يلي: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

ويتحقق العلم الكافي بالمبيع إما بالرؤية المادية له، وهذا يستحلي في العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت، أو لبيان أوصافه الأساسية فهو يقوم مقام الرؤية المادية.

### - قواعد المسؤولية التقصيرية

يحدث أحيانا أن القاضي يحكم عن الضرر المتولد عن الإخلال بالالتزام بالإعلام طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، وذلك طبقا للمادة 124 قانون مدني جزائري المقابلة لنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، مادام أن الخطأ ارتكب خارج إطار تنفيذ العقد.

### - مستلزمات العقد

يذهب غالبية الفقه إلى إسناد الالتزام بالإعلام، على أساس العقد ذاته، واعتباره من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، وذلك بمقتضى نص المادة 1135 قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 131-2016 من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها المادة 02/107 قانون مدني جزائري التي تنص: "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد

<sup>(1)</sup> جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار، الحاسبات الآلية، البصمة الوراثية)، دار الفكر العربي، مصر 2001، ص 113.

فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

### - التشريعات الخاصة بحماية المستهلك

لم يعد المستهلك محميا من خلال قواعد قانونية عامة فحسب وإنما ولقصور هذه القواعد لقد أصبح هذا الأخير محميا بنصوص قانونية خاصة. وفي القانون الجزائري يجد الالتزام بالإعلام الذي يعد احد ركائز حماية المستهلك أساسه في أول قانون يخص حماية المستهلك وذلك بمقتضى المادة الرابعة من القانون رقم 89 المؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ليؤكد مجدد على هذا الالتزام في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، بمقتضى المادتين 17 و 18، حيث تنص المادة 17 منه على: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم أو بأي وسيلة أخرى مناسبة".

إضافة إلى النصوص التشريعية التي تقرر الالتزام بالإعلام فقد نص المشرع في العديد من المراسيم التنفيذية على هذا الالتزام كالمرسوم التنفيذي رقم 90 \_ (1) 366، المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم المنتوجات المنزلية غير الغذائية وعرضها، كذلك المرسوم التنفيذي رقم 90 - 367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضه (2) وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك إلى غير ذلك من النصوص التنظيمية المنظمة للالتزام بالإعلام.

### ثانيا: الالتزام التعاقدى بالإعلام (الالتزام اللاحق على التعاقد)

الالتزام بالإعلام اللاحق على التعاقد هو التزام ينشأ من العقد عكس الأول الذي ينشأ منفصل عن العقد. لذلك وجب أن نبحث في أصله وطبيعته.

(1) ج ر عدد 50، ملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في عام 1434 الموافق 26 سبتمبر 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، ج ر عدد 49.

(2) ج ر عدد 50، ملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-378.

## 1- أصل الالتزام التعاقدى بالإعلام

إن الالتزام التعاقدى بالإعلام هو أثر من آثار العقد ، والإخلال به لا يؤدي إلى بطلان العقد ولكن يؤدي إلى انعقاد المسؤولية العقدية ، والالتزام يوجب على المهني بعد إبرام العقد وعند تنفيذه بتزويد المستهلك بكافة المعلومات الضرورية عن المبيع حتى يتقي خطره ويتمكن من استعماله و الانتفاع به . و هذا الالتزام يجد أساسه في العقد الذي تم بين المستهلك والمهني فهو التزام عقدي.

## 2- الطبيعة القانونية للالتزام التعاقدى بالإعلام

البحث في طبيعة الالتزام التعاقدى بالإعلام إذا ما كان التزم بتحقيق نتيجة أو التزم ببذل عناية تكمن أهميته في تحديد المتعاقد الذي يقع عليه عبء الإثبات. فإذا كان الالتزام التزم بتحقيق نتيجة فإن مسؤولية المهني تقوم بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة، أما إذا كان الالتزام هو التزم ببذل عناية فإن المسؤولية لا تثبت إلا إذا اثبت المستهلك أن عدم تحقق النتيجة يرجع إلى المهني الذي لم يبذل العناية المطلوبة، وهي عناية الرجل العادي.

في هذا المجال ترى الباحثة أنه لا داعي للخوض في الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للالتزام التعاقدى بالإعلام، لأن التطور التكنولوجي في المجال الاقتصادي أثر على طبيعة هذا الالتزام سواء كان عقدياً أم لا، فإن في كلتا الحالتين يفرض على الملتزم تحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.

هذا و أن نطاق هذا الالتزام يشمل كل ما يجعل الخدمة أو المنتج يستجيب للرغبة المشروعة للمستهلك ويحقق النتائج التي يصبو إليها هذا الأخير، دون أن يسبب أي خطر على صحته.

هذا ولو تفحصنا جل قوانين حماية المستهلك لوجدنا أن نصوصها تعتبر كلها حمائية، بمعنى أنها تهدف إلى تقديم حماية مصلحة جمهور المستهلكين.

## الفرع الخامس: طبيعة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت

لا يكفي لإبرام العقد وجود النية و الإرادة لدى عاقيه، و إنما يتعين التعبير عن هذه الإرادة وإظهارها إلى الحيز الخارجي، ويتم ذلك بصدور إيجاب من أحد المتعاقدين بعرض رغبته و عزمه على التعاقد، وقبول المتعاقد الآخر لهذا العرض، واتجاه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني.

فالتراضي بين الطرفين المتعاقدين يتم بإيجاب من أحدهما وقبول مطابق من الطرف الآخر، والإيجاب بصفة عامة عبارة عن تعبير نهائي جازم قاطع للدلالة عن اتجاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد وفقاً لشروط معينة<sup>(1)</sup>.

ويعرف الإيجاب في العقد الإلكتروني حسب التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 بأنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان".<sup>(2)</sup> ونصت المادة الأولى من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه "يجرى على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفهومها القانوني، وصحتها، وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض و أحكام هذا القانون".

وفقاً للقواعد العامة يجب أن يكون الإيجاب جازماً بمعنى أن يعبر عن إرادة نهائية تهدف إلى إبرام العقد، ويجب أن يتضمن هذا الإيجاب كافة العناصر الأساسية اللازمة للعقد المراد إبرامه ويجب أن يتصل بالإيجاب بعلم من وجه إليه. ولقد اختلف الفقه في طبيعة الالتزام قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت فهناك من يراه التزام عقدي وفقاً لنظرية الخطأ، وهناك من يراه أنه التزام مستقل بذاته.

(1) محمد جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 77.

(2) أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2015، ص 61.

أولاً: الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى التزام عقدي : يستند أصحاب هذا الرأي، إلى العديد من الأحكام القضائية التي تنصب في نفس المعنى منها ما قضت به الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1973/01/31 والذي قضت فيه بالمسؤولية العقدية لصانع المادة اللاصقة للأرضيات عن الأضرار التي لحقت بمستعمل هذه المادة وابنه نتيجة نشوب حريق ضخم في مكان استخدام هذه المادة اثر إشعال الابن لسيجارة يعود ثقاب، أسست حكمها على عدم كفاية ما دونه الصانع من تحذير من مخاطرها، وإنما اكتفى بتدوين عبارة " قابلة للاشتعال": دون الإشارة إلى ضرورة عدم تواجد مصدر لهيب في مكان استخدامه.(1)

وحسب هذا الاتجاه فان الطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقدى يحقق حماية موضوعية للمستهلك ، ذلك انه يمكنه من الاستفادة من قواعد الإثبات المعمول به ا في المسؤولية العقدية، كما انه من الناحية الواقعية ينبغي في مجال الالتزام بالمعلومات إهمال التفرقة بين الالتزام العقدي و الالتزام غير العقدي، والتي لا تستند إلى أساس من الواقع وأنه من الأفضل بسط الطبيعة العقدية على كل منهما(2).

إن الأساس الذي يستند إليه هذا الاتجاه منتقد، فهو يقوم على مجرد الافتراض وذلك لأن أي عقد لكي ينشأ لابد أن تتصرف إليه الإرادة بشكل صريح، ومن جهة أخرى فان المتعاقد عندما يعلن عن إرادته فهو يستهدف إبرام العقد الذي يجرى التفاوض بشأنه ولا يخطر في باله إبرام عقد آخر (العقد الضمني الذي يفرض عليه التزام بعدم إعاقه إبرام

---

(1) Cass. Civ.1re, 31 janvier 1973, J.C.P. 1973.IV.N°40106

نقلا عن عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب، دراسة تحليلية مقارنة لتقرير حماية فعالة للمستهلك في مواجهة القوة الاحتكارية لشركات إنتاج برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 142.

(2) أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 188.

العقد)، ثم إن العقد الضمني يرتب الالتزام بعدم إعاقة إبرام العقد منذ لحظة الإيجاب ومن باب مفهوم المخالفة فإن المتفاوض حر في قطع المفاوضات قبل توجيه الإيجاب<sup>(1)</sup>. ويرى البعض<sup>(2)</sup> -وأسانده الرأي- أن هذا الاتجاه يفترض التزام عقدي قبل نشأة العقد أصلاً وهو استدلال فاسد.

### ثانياً: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد التزم مستقل بذاته

وحججهم في ذلك تتمثل في ثلاث أسانيد<sup>(3)</sup>:

- 1- أن هذا الالتزام يعد امتداداً لمبدأ حسن النية من مجال التنفيذ إلى مجال الإبراء.
- 2- أن هذا الالتزام يعد وسيلة لحماية الإرادة بجانب نظرية عيوب الإرادة و يكمل نقص وعدم فعالية هذه النظرية.
- 3- أن الاعتراف بهذا الالتزام قبل التعاقد من شأنه إيجاد أساس قانوني للبطلان الوارد في المادة 419 مدني مصري<sup>(4)</sup> والخاص بسبب عدم العلم الكافي بالمبيع، بحيث يكون هذا الجزاء بالبطلان نظير عدم الرضاء الحر المستتير الذي لم يبصر بعناصر التصرف القانوني للبيع.

توصلت الباحثة مما سبق إلى أنه من الخطأ بسط الالتزام بالإعلام على مرحلة دون أخرى، نظراً للدور الذي يلعبه في تنوير وتبصير إرادة المستهلك قبل العقد، والعمل على تبيان الانتفاع بالمنتوج وتجنب مخاطره أثناء تنفيذ العقد. هذا عن ماهية الالتزام بالإعلام. أما عن النظام القانوني الذي يحكمه فسننولى التفصيل فيه في العنصر الموالي.

(1) سعد حسين الحلبوسي، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام، الضرورات العملية، د ب ن، 2004، ص 38.

(2) عبد المنعم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص 149.

(3) المهدي نزيه محمد صادق، المرجع السابق، ص 21.

(4) تقابلها المادة 352 قانون مدني جزائري.

**المطلب الثاني: النظام القانوني للالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت**

نص المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط

والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، على مبدأ وجوب الإلتزام بالإعلام في العقود المبرمة بين المهني و المستهلك، وقد أكد على نفس المبدأ في قانون التجارة الإلكترونية.

ألزم القانون الفرنسي من خلال قانون الاستهلاك لسنة 1993 المهني بوجوب

إعلام المستهلك وهو ما تم تأكيده في إطار القانون رقم 2004-575 الصادر في

2004/06/21 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي<sup>(1)</sup> الذي فرض وعزز واجب الإلتزام

بالإعلام على عاتق المهني. وأكد في نص المادة 111-1 من قانون الاستهلاك.

نفس الإلتزام نجده أيضا ضمن نصوص المرسوم الفرنسي رقم 2005-648

الصادر في 2005/06/06 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد<sup>(2)</sup>، الذي ألقى

على عاتق المهني واجب إعلام المستهلك. كما تضمن العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية

الذي أعدته غرفة التجارة والصناعة بباريس حق المستهلك في الإعلام، من باب تأكيد

المواقع التجارية الخاصة بفرنسا على فرض التزاما مشددا بإعلام المستهلك في الوقت

المناسب يقع على عاتق المورد يتضمنه العرض المقدم عبر صفحات الويب.

ونظرا للأهمية البالغة للحق في الإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت، من حيث

انه يوفر حماية للمستهلك، اهتمت التشريعات المقارنة بوضع أحكام قانونية تنظم هذا

الحق، وتتمثل هذه الأحكام في محل أو مضمون الإلتزام بالإعلام الإلكتروني (الفرع

الأول)، اللغة المستعملة (الفرع الثاني)، مكان و زمان انعقاد العقد (الفرع الثالث)، جزاء

الإخلال بالالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت (الفرع الرابع).

<sup>(1)</sup> La loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).J.O n° 143 du 22 juin 2004.

<sup>(2)</sup> Ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, J.O 07 juin 2005.

## الفرع الأول: محل أو مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الانترنت

الالتزام بالإعلام نقصد به في هذا البحث تبصير إرادة المستهلك وذلك من خلال الإدلاء إليه بالمعلومات اللازمة التي يجهلها.

إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يتضمن شقين أولهما سلبي ويتمثل في الامتناع عن كتمان المعلومات المتصلة بالعقد، وثانيهما ايجابي يتمثل في الإدلاء بكل المعلومات المتصلة بالعقد.

### أولاً: الامتناع عن كتمان المعلومات المتصلة بالعقد

اعتبر القانون مجرد الكتمان أو السكوت عن واقعة أو ملبسة معينة تدليسا والتدليس هو عيب يصيب إرادة المستهلك عند تكوين العقد، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الحيلة غير المشروعة التي يتحقق بها التدليس إما أن تكون إيجابية باستعمال طرق احتيالية أو سلبية يتعمد المتعاقد كتمان أمر عن المتعاقد الآخر بحيث لو علمه لما أقدم على التعاقد بشروطه".<sup>(1)</sup>

إن للتدليس شرطان أحدهما مادي يتمثل في الطرق الاحتيالية، والثاني معنوي يتمثل في نية التضليل<sup>(2)</sup> ، وأن يكون هو الدافع إلى التعاقد وأن يتصل بالمتعاقد الآخر<sup>(3)</sup>. ومن هنا يفهم أن السكوت عن تقديم معلومات أو بيانات يجب الإفصاح عنها يعتبر تدليسا ويطلق عليه "الكتمان عن تقديم معلومات".

هذا و إن للتدليس أهمية كبيرة في إطار العقود المبرمة عبر الانترنت، حيث أتاح الطرح الجديد لنظام التعاقد الإلكتروني للمستهلك الذي لا تتوفر فيه الخبرة الكافية حول

<sup>(1)</sup> نقض أحوال شخصية 28 / أبريل 2011، الطعن رقم 431، مجلة المحاماة المصرية، العدد الثاني 2002، ص 54.

<sup>(2)</sup> SOUCHON Christine, Les vices du conso entement dans les contrats, Pédone, Paris 1976 p 52 .

<sup>(3)</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العقد، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة لعربية، القاهرة ، 1981، ص 422.

المعلومات التي تحيط بالشيء محل العقد، أن يتمسك بتعيب إرادته نتيجة لغلط وقع فيه أو تدليس ناجم عن كتمان المنتج للمعلومات التي كان يجب الإفصاح عنها.

### ثانياً: الإدلاء بالمعلومات المتصلة بالعقد

إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر الانترنت يلزم المهني بالإدلاء بكل المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد. وفي الواقع يمكن تقسيم أو تصنيف المعلومات المتعلقة بالعناصر الأساسية للعقد التي ينبغي أن يحاط به المستهلك علماً إلى ثلاثة طوائف.<sup>(1)</sup>

### 1- المعلومات المتعلقة بالسلع أو الخدمات المقترحة

على المهني أن يقوم بتبصير المستهلك بالمعلومات المتصلة بالعقد وفقاً لمبدأ حسن النية، الذي يلتزم بمقتضاه المهني أن يخرج المستهلك من مرحلة الجهل إلى مرحلة العلم بالعناصر الأساسية المتصلة بموضوع التعاقد، حتى يتسنى له التعامل معه وهو على مستوى متكافئ من حيث الدراية بموضوع العقد.<sup>(2)</sup>

ويعتبر الحق بالإعلام و التبصير بخصائص وصفات السلع والخدمات

المعروضة، الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد.<sup>(3)</sup>

جسد المشرع الجزائري مبدأ إعلام المشتري بالمبيع في المادة 352 ق م، كما

تعرض قانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى لمبدأ الالتزام

بإعلام المستهلك بخصوصيات المبيع، طبيعته، صنفه، حسب ما تتطلبه البضاعة المعنية

في المادة 04<sup>(4)</sup> منه، وتطرق المرسوم التنفيذي رقم 65/09 لمبدأ إعلام المستهلك

(1) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 72.

(2) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 186.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، مصر 2006، ص 39.

(4) إن وضع حيز التنفيذ لأحكام هذا القانون، صاحبه إصدار نصوص تنظيمية، متعلقة بإجراء المراقبة والمواصفات التقنية لبعض المنتجات والخدمات، بلغ عددها سنة 2007: 23 مرسوم تنفيذي، 31 قرار وزاري، و 27 قرار وزاري مشترك، عبد الحميد بوكحنون، تكييف المنظومة التشريعية والقانونية المتعلقة بحماية المستهلك، يوم دراسي حول التصليحات التشريعية والتنظيمية في القطاع التجاري، فندق الأوراس، الجزائر، يوم 11 أبريل 2007، ص 6.

وخاصة المادة 05 منه<sup>(1)</sup>، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 13-378 يحدد الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، التي تنص المادة 04 منه على "يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع العلامة أو الإعلان بأي وسيلة أخرى مناسبة عند وضع المنتج للإستهلاك و يجب أن يقدم الخصائص الأساسية للمنتج طبقا لأحكام هذا المرسوم". ولقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الالتزام بالإعلام عن خصائص أو مميزات الخدمات والمنتجات، كما وضع نظام خاص تكمله له وتشجيعا لحماية المستهلك عرف بنظام الوسم<sup>(2)</sup> والتغليف، الذي يهدف إلى حماية المستهلك في مرحلتي إبرام العقد وتنفيذه كما كرس الإعلام عن خصائص وعناصر المنتجات بموجب المادة 10 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، حيث جاء نصها كما يلي: " ينبغي على كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتج الذي يضعه للإستهلاك فيما يخص...ميزاته وتركيبه وتغليفه وشروط تجميعه وصيانتته".

تلزم المادة 1-111 من قانون الاستهلاك الفرنسي السالفة الذكر، كل مهني بائع للسلع أو مقدم للخدمات أن يمكن المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية، أو الخدمة قبل إبرام العقد. كما تلزم المادة 06 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 كل مورد ومعلن بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة حول طبيعة المنتج و خصائصه.

وقد وردت نفس الأحكام تقريبا في توجيهات 20 ماي 1997 بصدد البيع عن بعد، حيث توجب تلقي المستهلك كل المعلومات في الوقت المناسب قبل إبرام العقد وتوجب أيضا الالتزام بالوضوح حيث يتعين على المهني أن يبين الهدف التجاري من

(1) أنظر المرسوم التنفيذي رقم 09-65 مؤرخ في 11 صفر 1430 الموافق لـ 07 فبراير 2009 يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعنية، ج ر عدد 10.

(2) عرف الوسم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90/39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش في المادة 5/02 على أنه "جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة والصور والشواهد أو الرموز التي تتعلق بمنتج ما والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو وسم أو خاتم أو طوق يرافق منتوجا ما أو خدمة أو يرتبط بها".

العرض، واما إذا كان مجانيًا بقصد الدعاية والإعلان أم بمقابل. ويجب أيضا أن تظهر على شاشة العرض إجراءات الدفع والتسليم والتنفيذ وميعاد التسليم بحد أقصى 30 يوم وتكلفة وسيلة الاتصال عن بعد إذا تم احتسابها بطريقة مغايرة للسعر السائد.<sup>(1)</sup>

بالرجوع إلى التوجيه الأوروبية ( 94/47/CE ) الصادرة في 26 أكتوبر 1994 والمتعلقة بمجموع العقود، فإنها تفرض على المحترفين التزام بإعلام المستهلك، والغرض من ذلك هو الوصول إلى تبصير المستهلك لمواجهة المهني<sup>(2)</sup>.

ويرى جانب من الفقه القانوني أن هذا الالتزام بالتبصير، وحسب القانون الفرنسي يجب أن يتضمن ثلاث طوائف<sup>(3)</sup>.

1- التبصير بالخصائص أو الصفات المميزة للسلع أو الخدمات المعروضة، وهذه الطائفة من البيانات هي جوهر فكرة الالتزام بالإعلام، وأن التبصير بخصائص السلع أو الخدمة قد تكون هي الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يقع المستهلك ضحية للغش والتقليد.

2- التبصير بالثمن وشروط البيع خاصة ما تعلق منها بالمسؤولية.

3- البيانات الإلزامية في بعض العقود، ذلك أن القانون يلزم -المعني- في بعض الحالات كالمحامي أو المحاسب أو الطبيب بأن يحرر العقد كتابة، وأن يضمنه بيانات محددة مخصصة لإعلام المستهلك بالالتزامات المتبادلة للطرفين.

أما عن التزام المهني بإعطاء معلومات حول كيفية استعمال الشيء المبيع خاصة مع التطور العلمي والتكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع وتقديم الخدمات؛ فنتضمن طرق تشغيل الشيء المبيع على نحو سهل، وواضح، ودون تعقيد، ومن شأن هذا

<sup>(1)</sup> محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 121.

<sup>(2)</sup> GARON Frédéric, La protection du consommateur sur le marché européen des droits de séjour à temps partagé, revue trimestrielle de droit européen n° 2, Dalloz, 2002, p 264.

<sup>(3)</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 26.

التوضيح أن يكون له أثر في رضا المقبل على التعاقد، وبالخصوص ما تعلق بالصفة الخطرة للشيء التي تعد من البيانات الجوهرية الواجب الإعلام عنها قبل التعاقد، لذلك يقع على عاتق المهني أنذاك إحاطة المستهلك الإلكتروني بمصادر خطورة الشيء المبوع وأبعاده، وطرق تلافيه عملا على حمايته من الأضرار التي قد تنشأ عنها، وخاصة في مجال المنتجات الحديثة<sup>(1)</sup>.

الالتزام بالإعلام إن ورد ضمن نصوص العقد كما هو الحال في القانون الفرنسي فإن الإخلال به هو التزام تعاقدى قد يؤدي إلى إبطال العقد في حالة ما إن وقع المستهلك في غلط، وفي كل الأحوال فإنه يقيم المسؤولية التعاقدية عن هذا الإخلال قبل الطرف الآخر في العقد، وفضلا عن ذلك يملك المستهلك الذي أصابه الضرر أن يطالب بالتعويض عن هذه الأضرار متى كان لهذا التعويض مقتضى<sup>(2)</sup>.

لهذا يرى جانب من الفقه في فرنسا أن هذا الالتزام لم يحقق حماية للمستهلك، لكونه التزام عام غير محدد ولا توجد عقوبة جزائية لمن يخالف هذا الالتزام. فالجزء الوحيد هو المسؤولية المدنية والتي لا تقوم إلا بعد رفع دعوى فردية من الضحية<sup>(3)</sup>. هذا كله لأن المهني هو الطرف القوي، وهو الذي يعلم الوصف القانوني الدقيق لمنتجه، أو الخدمة التي يتعهد بتوريدها، لهذا يجب عليه التعهد بإعلام المستهلك بهذا الوصف، وفقاً لمبدأ الأمانة العقدية، والثقة المشروعة في المعاملات، وحسن النية المفترضة أصلا في كونه واجبا يترجم في بنود العقد<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> أمينة سلطاني ، حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، مداخلة تم تقديمها في الملتقى الوطني المنعقد بمعهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادى، تحت عنوان حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي يومي 13 و 14 أبريل 2008، ص 118.

<sup>(2)</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية المرجع السابق، ص - ص 27- 28.

<sup>(3)</sup> FRANCOIS Terré, PHILIPPE Silmer, YVE Lequette, droit civil, les obligations, Dalloz 6 éme édition, 2008, p 208.

<sup>(4)</sup> أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 166.

## 2- المعلومات المتعلقة بكيفية تنفيذ العقد وبشروطه الخاصة:

ألزمت المواد 10، 11، 12 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري المهني على تحديد موعد تسليم السلعة مدة صلاحية العرض، شروط فسخ العقد عند الاقتضاء، كما ألزمته بإعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بحقه في العدول.

كما ألزم المشرع الفرنسي بدوره المهني في المواد 111 و 112 من قانون الاستهلاك، إحاطة المستهلك علما بجميع الشروط العامة والخاصة المتعلقة بالعقد، وأيضا على كل مهني يعرض سلعة أو خدمة بوسيلة إلكترونية أن يضع تحت تصرف المتعاقد معه الشروط التي تنطبق على عرضه، بطريقة تسمح له بحفظها أو نسخها.

3- المعلومات الخاصة بثمن المنتج أو مقابل الخدمة: الثمن من العناصر المهمة، التي يركز عليها المستهلك في مقابل حصوله على السلعة أو الخدمة، لهذا يعد عنصرًا أساسيًا في عقد الاستهلاك، الذي سيوقعه المستهلك مع المهني، ويجب أن يكون الثمن مبلغًا من النقود، أو قابلاً للتقدير.<sup>(1)</sup>

اعتبر المشرع الجزائري ثمن المنتج أو الخدمة من العناصر الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العرض التجاري وذلك في نص المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية. وضع المشرع الفرنسي قواعد صارمة في المرسوم الصادر في 03 ديسمبر 1987 والمتعلق بإعلام المستهلك بالسعر، مشيراً في المادة 14 منه إلى أنه " يجب أن يشار على نحو دقيق لثمن كل منتج أو خدمة تقدم للمستهلك وفقاً لتقنيات الاتصال عن بعد، وذلك بكل وسيلة ممكنة قبل إبرام العقد"<sup>(2)</sup>، وقد أكد على هذا الأمر في قانون

<sup>(1)</sup> صالح نائل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 6.

<sup>(2)</sup> Article 14 de l'arrête du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix Modifié par arrêté du 4 juillet 2014 relatif à l'information du consommateur sur les prix des produits et prestations destinés à compenser la perte d'autonomie :

"Le prix de tout produit ou de toute prestation de services proposés au consommateur selon une technique de communication à distance doit être indiqué de façon précise au consommateur, par tout moyen faisant preuve, avant la conclusion du contrat".

الاستهلاك، وعلى ذلك ينبغي على المهني أن يشير بأية وسيلة قبل إبرام العقد، إلى سعر أي منتج أو خدمة معروضة عن بعد بطريقة محددة لا لبس فيها.<sup>(1)</sup>

تكون السلعة مسعرة إذا تم تحديد ثمنها وفقاً للقانون، ولا يجوز عندئذ تجاوزه ويكون التعامل بين الأشخاص على أساسه. والثنن إما أن يحدد بشكل واضح، وصريح كالتحديد على أساس وحدة الوزن، أو الكيل، أو المقياس، أو قد يتم التحديد وفق ضوابط معينة، يؤدي أعمالها إلى تحديد الثمن بشكل لا لبس فيه، وهنا يتم تحديد الثمن بصورة غير مباشرة وفيها يحدد الثمن الذي يحصل عليه المنتج، أو البائع المهني، وعلى أساس هذا التحديد يجري البيع.

### الفرع الثاني: اللغة المستعملة في الالتزام بالإعلام

غالباً ما يتسم العقد الإلكتروني عبر الإنترنت بالطبيعة العالمية، ويتم باللغة الإنجليزية، وهذا ما يستتبع إبرامه بتلك اللغة أو أي لغة أجنبية غيرها، فاحتواء العقد على مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة، أو ذات دلالات قانونية مختلفة، من شأنها أن تعبر عن النظام القانوني المتبع في دولة المستهلك أو قد تحمل ترجمة المصطلح أكثر من معنى في ذات الوقت.

يجب وضوح لغة العقد بأن يكون بلغة القابل "المستهلك"، فلا يتصور الحكم بوضوح العقد إذا كان بغير لغة القابل، فمن الضروري مراعاة اللغة الأم للمستهلك، ليتسنى له فهم مضمون العقد وشروطه، وموضوعه، ولقد شددت القوانين الوطنية مراعاة لغة المستهلك في العقود المبرمة عن طريق الإنترنت التي غالباً ما يجهل هذا الأخير هوية الطرف الآخر الذي يتعامل معه.

نصت المادة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، على وجوب تحرير بيانات الوسم و طريقة الاستخدام و دليل الاستعمال و شروط ضمان المنتج و كل

<sup>(1)</sup> AULAI-Jeane et STEINMETZ , Prix des produits et services, Droit de la consommation, DALLOZ, 4eme édition 1996 , P 39.

معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول، باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم على المستهلكين وبطريقة مرئية و مقروءة و متعذر محوها. إلا أن المشرع الجزائري لم يكتف بذلك، بل أصدر قانونا خاصا<sup>(1)</sup> بالزامية تعميم استعمال اللغة العربية، و الذي نص في المادة 19 منه، على أن: "يتم الإشهار بجميع أنواعه باللغة العربية، يمكن استثناء استعمال لغات أجنبية إلى جانب اللغة العربية عند الضرورة وبعد إذن الجهات المختصة". هذا ولقد أكد المشرع الجزائري على وجوب إعلام المستهلك باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الاستيعاب لدى المستهلك، في المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378، وبذلك نرى أن المشرع الجزائري و فق عندما نص على اعتماد لغة أجنبية أخرى والتي تكون مصاحبة للغة العربية، خاصة فيما يتعلق بموضوع الإشهار و أحكامه التي هي محل تطبيق حتمي في مجال التعاقد الإلكتروني.

نص المشرع المصري في المادة 03 من قانون حماية المستهلك، والذي ألزم من خلالها المنتج أو المستورد أن يضع البيانات اللازمة حسب طبيعة كل منتج، وطبقا للمواصفات القياسية المصرية، على أن تكون باللغة العربية.<sup>(2)</sup>

كما تناول المشرع الفرنسي، مسألة اللغة و إلزامية صياغة الإيجاب بها في كل أنواع التجارة بما في ذلك التجارة الإلكترونية بموجب القانون الصادر في 31 ديسمبر 1975 ؛ حتى جاء بعده قانون "توبون" رقم 94-665 الصادر في 04 أوت 1994 الذي ينص على الاستعمال الإلزامي للغة الفرنسية، وقد نصّت المادة الثانية منه، على أنه "يجب استخدام اللغة الفرنسية في الإيجاب في كل أنواع التجارة، بما في ذلك التجارة

---

<sup>(1)</sup> قانون رقم 91-05 المؤرخ في 16 جانفي 1991، المتعلق بتعميم استعمال اللغة العربية، ج ر رقم 03 المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-30 المؤرخ في 21 ديسمبر 1996 ج ر رقم 81.

<sup>(2)</sup> نص المادة: "على المنتج أو المستورد -بحسب الأحوال -أن يضع باللغة العربية على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية أو أي قانون آخر أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون و ذلك بشكل واضح تسهل قراءته و على النحو الذي يتحقق به الغرض من وضع تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج و طريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه. وعلى مقدم الخدمة، أن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التي يقدمها و أسعارها و مميزاتها و خصائصها".

الإلكترونية وبصفة خاصة في التعليمات الخاصة بالتشغيل و شروط الضمان ووصف المنتج أو الخدمة، الفواتير والإيصالات، كما ينطبق هذا على الإعلانات المرئية والمسموعة أو الناطقة أو المكتوبة.<sup>(1)</sup>

إن اعتماد مثل هذا القانون من شأنه أن يؤدي على انحسار نمو التجارة الإلكترونية لمخالفته لسمة العالمية التي تتميز بها شبكة الإنترنت، كما يؤدي ذلك إلى التلاعب خلال عمليات البيع عبر الإنترنت. لذلك تحرص المواقع العالمية أو ذات الانتشار الواسع الحرص على استخدام أكثر من لغة في العرض والإيجاب لضمان التواصل مع أكبر قدر من الأفراد على مستوى العالم.

لهذا جاء المرسوم رقم 95-240 الصادر في 03 مارس 1995 المعدل بموجب المرسوم رقم 98-563 المؤرخ في 01 جويلية 1998 المتعلق بتطبيق قانون توبون في ميدان النقل الدولي، إضافة إلى التعليمات الصادرة في 20 فيفري 2005، التي جاءت لتحديد شروط تطبيق قانون "توبون" والعقوبات المطبقة في حالة مخالفة التعليمات السابقة إضافة إلى بعض الإجازات المتمثلة في جواز مصاحبة اللغة الفرنسية ترجمة باللغة الإنجليزية أو أي لغة أجنبية أخرى، مع اشتراط أن يتلاءم ذلك ومصلحة المستهلك.<sup>(2)</sup>

أما في قانون الاستهلاك فيتم اختيار اللغة المستعملة في إبرام العقد باتفاق مع المستهلك حسب نص المادة 222-1<sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Article 02 de la LOI n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, JORF n°180 du 5 août 1994 : « Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire. »

<sup>(2)</sup> LEFEBVRE Francis, Concurrence consommation, édition Francis Lefebvre, Paris, 2010, pp.849-853

<sup>(3)</sup> Article R 222-1, code de la consommation, Créé par Décret n°2016-884 du 29 juin 2016 « ...Le consommateur est informé de la langue ou des langues qui seront utilisées entre les parties durant la relation précontractuelle, ainsi que de la langue ou des langues dans

نستحسن مثل هذه الخطوة، لأن ذلك يتماشى ومصلحة المستهلك إذ يتسنى له باختيار اللغة فهم محتويات العقد. أضف إلى ذلك باعتبار أن شبكة الانترنت شبكة عالمية فلا يمكن نحدد لغة معينة لإبرام العقد سوى بالاتفاق مع المستهلك.

أكد المشرع الأوروبي على الالتزام بتقديم معلومات على اللغة المقترح التعاقد بها في نص المادة 7/6 من التوجيه الأوروبي رقم 2011/93، حيث نص على أنه يجوز للدول الأعضاء التمسك باللغة الوطنية فيما يتعلق بالمعلومات التعاقدية، وذلك لضمان فهم المعلومات بسهولة من قبل المستهلكين. بينما تنص المادة 8/1 من نفس التوجيه على أنه فيما يتعلق بالعقود المبرمة عن بعد يجب على المهني إعطاء المستهلك المعلومات المنصوص عليها في المادة 6/1 من هذا التوجيه، أو جعل تلك المعلومات متاحة للمستهلك بلغة واضحة ومفهومة<sup>(1)</sup>.

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

### الفرع الثالث: مكان و زمان انعقاد العقد بناء على الالتزام بالإعلام عبر شبكة الانترنت

تبدو أهمية زمان ومكان انعقاد العقد لما يترتب عليها من آثار قانونية هامة كحساب مواعيد التقادم، وقت انتقال الملكية، .... أما عن مكان انعقاد العقد فيترتب عليه معرفة القانون الواجب التطبيق، وكذا القضاء المختص. أما بالنسبة للعقد الإلكتروني عبر

---

lesquelles le contrat sera rédigé. La langue utilisée durant la relation contractuelle est choisie en accord avec le consommateur ... »

(1) أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 190.

الانترنت، فتحديد زمان انعقاده، يؤدي إلى معرفة الوقت الذي يمكن فيه للمستهلك ممارسة حقه في العدول.

تحديد مكان انعقاد العقد كقاعدة عامة يتبع تحديد زمان انعقاده، هذا في التعاقد التقليدي، فهل الأمر نفسه في التعاقد عبر الانترنت؟ أو يختلف مكان العقد عن تحديد زمانه؟.

هناك نظريات تقدم حلا واحدا لمسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، ولذا سميت بالنظريات الأحادية- تأخذ بها أغلب التشريعات، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا التلازم في المادة 67 ق م ج- بمعنى أن اللحظة التي انعقد فيها العقد هي التي تحدد مكانه فهو إذا أخذ بنظرية العلم بالقبول، وبالتالي لحظة العلم بالقبول هي نفسها التي تحدد مكان انعقاده.

وهناك نظريات حديثة " Ecole dualiste " تفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد ومسألة مكان انعقاده، فليس هناك تلازم حتمي بين المسألتين، ويؤيد هذه النظرية الفقيه "مالوري" " MALAURIE " فيأخذ بنظرية استلام القبول لتحديد زمان انعقاد العقد، ونظرية تصدير القبول لتحديد مكان العقد<sup>(1)</sup>.

في إطار العقد عبر الانترنت هناك من يرى عدم ملائمة القواعد العامة فيما يتعلق بمسألة التلازم بين تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، حيث يصعب في الواقع هذا التلازم في بيئة الشبكة العنكبوتية لأن الطرف المتعاقد يستطيع الدخول على الموقع الإلكتروني أو على بريده الإلكتروني في أي مكان من العالم، والأخذ بهذا التلازم سيؤدي حتما إلى تشابك العلاقات القانونية وخضوع الأطراف إلى قانون دولة أجنبية، رغم أن العقد قد تم إبرامه داخل حدود دولتهم. فمثال ذلك إذا أبرم جزائري عقد استهلاك عبر الانترنت مع شركة جزائرية مقرها في الجزائر، أي أن العقد هنا أبرم بين طرفين جزائريين،

<sup>(1)</sup> LUC Grynbaum, contrats entre absents: les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, Dalloz, 2003, P 1707.

وفي دولة الجزائر، وإذا أخذنا بالتلازم بين تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وعلى الفرض أن الموجب قد علم بالقبول، عند دخوله إلى بريده الإلكتروني وهو خارج حدود الدولة الجزائرية، فلنقل أنه كان وقتها في فرنسا، فمقتضى هذه النظرية أن مكان انعقاد العقد هو فرنسا، إنه المكان الذي يوجد فيه الموجب أو المكان الذي تم تحديد فيه زمان انعقاد العقد. فإذا كان هذا المنطق يستقيم مع العقود الإلكترونية ذات الطابع الدولي، فإنه لا يسري على العقود التي تمت داخل حدود نفس الدولة، كما سبق تبيانه<sup>(1)</sup>.

أخذت قوانين المعاملات الإلكترونية العربية، وكذلك قانون الأونستيرال النموذجي بالنظرية الازدواجية- عدم التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد- ففصلت بين القواعد التي تحكم المكان والقواعد التي تحدد الزمان. فنجد أن المشرع الأردني في المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية والمشرع الإماراتي في المادة 4/17 تبني اتجاه عدم التلازم متأثرين بنص المادة 15 من قانون الأونستيرال.

### أولاً: تحديد زمان انعقاد العقد

نعلم أن القاعدة العامة تقتضي بأن تحديد مكان انعقاد العقد يتبع زمان انعقاده، لكن الأمر هنا يختلف في التعاقد عبر شبكة الانترنت كون مكانه يختلف عن تحديد زمانه، ولقد اوجد الفقه والقوانين حلولاً مختلفة لهذه المسألة، والتي سنعرضها كالتالي:

### 1- الحلول الفقهية

لقد تعرضنا في مقدمة هذا البحث إلى التكييف الفقهي للعقد المبرم عبر الانترنت أهو عقد مبرم بين حاضرين أو بين غائبين، فتوصلنا إلى أنه في حال الاتصال المباشر لطرفي العقد يكون الوصف الشرعي للتعامل بأنه تعاقد بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً وفي حال الاتصال غير المباشر يكون الوصف الشرعي للتعامل بأنه تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً. لهذا فإن المذاهب الفقهية انقسمت إلى أربع نظريات بخصوص تحديد مسألة

<sup>(1)</sup> أنظر في هذا المعنى شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار النهضة العربية القاهرة، 2005، ص ص 140-144.

زمان أو وقت إبرام العقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، وهي ذات النظريات التي عرضت في شأن الخلاف القديم اصطدم بالعقود التقليدية المبرمة بين غائبين والتي نعرضها تبعا.

### • نظرية إعلان القبول:

طبقا لهذه النظرية، فإن العقد يتم بمجرد إعلان القبول للموجب، أي بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب بغض النظر عن علم الموجب به من عدمه، فيكفي مجرد إعلانه من القابل لينعقد العقد في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القابل قبوله للإيجاب، وتستند هذه النظرية لكون المعاملات التجارية تقتضي السرعة التي تقتضي بدورها التوافق على العقد دون الحاجة إلى علم الموجب بالقبول، لأن القابل تعلق حقه بالعقد فيمتنع على الموجب منذ ذلك الحين العدول عن إيجابه.

ويقول أنصار هذه النظرية، أن نظريتهم هي النظرية المتوافقة مع القواعد العامة لنظرية العقد، فالعقد حسب الأحكام العامة، عبارة عن توافق الإرادتين، متى صدر القبول الموافق للإيجاب ينعقد العقد، و بالتالي فلا معنى لتأخير وقت انعقاده إلى ما بعد ذلك حتى يعلم به الطرف الآخر<sup>(1)</sup>.

يحث أنصار هذه النظرية على ضرورة الأخذ بها في مجال التعاملات عبر شبكة الانترنت، لأنها تحقق حماية أكبر للمستهلك الذي تسعى القوانين الحديثة إلى حمايته. فنظرية الإعلان تخضع الموجب والذي يكون عادة تاجر ( المنتج أو الموزع)، إلى قانون المستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في العقد؛ لأن هذه النظرية، كما هو معلوم، تعتبر العقد قد تم في لحظة إعلان المستهلك قبوله، بالتالي يخضع العقد لقانون بلد هـ حيث لا

<sup>(1)</sup> للتعرف على أنصار هذه النظرية والمزيد من التفاصيل، راجع سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1956، ص 132.

تدع هذه النظرية للموجب مجالاً لفرض شروطه عبر تطبيق قانون بلده، التي تصب عادة في مصلحته، وعادة يجهل المستهلك هذه القوانين باعتبارها قوانين غريبة عنه<sup>(1)</sup>.

يعاب على هذه النظرية تجاهلها لإرادة الموجب، الذي له الحق في العدول عن إيجابه إن لم يكن محدد المدة ولم يرتبط به قبول حتى وإن كان المتعاقد الآخر قد أعلن قبوله، كون القبول إرادة و الإرادة لا تنتج آثارها إلا من وقت علم من وجهت إليه، كما أن هذه النظرية تجعل من مسألة انعقاد العقد بيد القابل وحده بحيث يكون بإمكانه إعلان إرادته ثم يعدل عنها و يسحب قبوله ولا يرسله دون أن يعلم أحد بذلك<sup>(2)</sup>، هذا ما يجعل هذه النظرية لا تتماشى مع التعاقد عبر شبكة الانترنت، كونها لا تستقيم مع واقع التجارة الإلكترونية، فهي مستبعدة تماماً من هذا المجال.

ولتفادي الانتقادات التي وجهت إلى نظرية إعلان القبول تم تحويل هذه النظرية إلى نظرية جديدة تسمى نظرية تصدير القبول.

### • نظرية تصدير القبول:

تتفق نظرية تصدير القبول في جوهرها مع نظرية إعلان القبول من حيث كيفية إعلان القبول لكي يتم توافق الإرادتين و انعقاد العقد، ولكن هذه النظرية تزيد على نظرية الإعلان بضرورة تصدير أو إرسال هذا القبول إلى الموجب، و خروج القبول عن سيطرة يد القابل، ويكون هذا الخروج نهائياً لا رجعة فيه، و لا يكون القبول كذلك إلا بالخروج الفعلي من يد القابل و انفصاله عنه؛ مما يؤدي إلى عدم قدرة القابل على استرداده<sup>(3)</sup>.

(1) عبد الرحيم الضمور، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني بين نظرية إعلان القبول ونظرية تسلم القبول، دراسة مقارنة، بحث مقدم ضمن مؤتمر القانون والحاسوب، المنعقد في شهر نيسان 2004، بكلية القانون، جامعة اليرموك أربد، الأردن، ص 15.

(2) للمزيد راجع أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزام، النسر الذهبي للطباعة القاهرة، مصر، 2004، ص 59. انظر أيضا عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر 1994، ص 50.

(3) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 133. في نفس السياق عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، (لبنان)، 1974، ص 156.

طبقاً لنظرية تصدير القبول فإن العقد يعد مبرماً لحظة خروج الرسالة الإلكترونية المحتوية على القبول ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني مقدم خدمة الانترنت، ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع الموجب على شبكة الانترنت، ولحظة تصدير القبول في العقد الإلكتروني هي تلك اللحظة التي يضغط فيها القابل على الأيقونة المخصصة للقبول على صفحة الويب مثلاً أو على زر الإرسال في حالة البريد الإلكتروني، إما وفق تقنية الضغط المزدوج على الأيقونة أو تأكيد أمر الشراء السابق إصداره - *Confirmez bien votre demande* - وتصديره إلى موجبه الإيجاب، وبذلك يمكن القول أننا أمام نظرية جديدة، هي "نظرية تصدير تأكيد القبول"<sup>(1)</sup>.  
النقد الذي وجه لهذه النظرية نفسه الذي وجه لنظرية إعلان القبول السابق ذكرها من حيث عدم كفاية إعلان القبول لكي تتم عملية التعاقد، ولا بد من وصول القبول إلى الموجب وعلمه به حتى يتم إبرام العقد، وبالتالي فإن تصدير القبول لن يزيد عن الإعلان أي قيمة قانونية<sup>(2)</sup>.

وفي مجال التعاقد عبر شبكة الانترنت انتقدت هذه النظرية بأنها لا تتناسب مع طبيعة شبكة الانترنت، وما تتمتع به من سرعة في تبادل التعبير عن الإرادة بين الأطراف وخصوصاً عندما يجتمع الأطراف في وقت واحد على الشبكة عند إجراء عملية التعاقد فهذه النظرية تناسب البريد التقليدي أكثر مما تناسب البريد الإلكتروني<sup>(3)</sup>.

#### • نظرية تسليم القبول:

بعد الانتقادات التي وجهت إلى نظرية تصدير القبول تم تحويل هذه النظرية من جديد إلى نظرية أخرى تستند في أساسها على النظرية الأولى أي نظرية الإعلان، فلم يعد

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 302.

(2) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 296.

(3) للمزيد من التفاصيل في عيوب هذه النظرية بخصوص التعاقد الإلكتروني، راجع طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، رسالة الدكتوراه، الجامعة اللبنانية، 2000، ص 274.

يكفي تصدير القبول لانعقاد العقد، و إنما اشترطت نظرية تسلم القبول وجوب استلام الموجب للقبول؛ لأن هذه اللحظة هي التي تجعل العقد نهائياً و حاسماً، وبغض النظر أعلم الموجب بالقبول أم لم يعلم؛ لأن العبرة ليس بعلمه بل بوجود القبول المطابق وبصيرورته نهائياً غير قابل للسحب.<sup>(1)</sup>

يعد العقد طبقاً لهذه النظرية مبرماً منذ اللحظة التي يصل فيها القبول إلى الموجب، وبالتالي وفقاً لما سبق إذا ما استخدم البريد الإلكتروني في تبادل الإيجاب والقبول، ينعقد العقد في الوقت والمكان اللذين تصل فيهما الرسالة الإلكترونية إلى صندوق بريد الموجب الإلكتروني، بغض النظر إن كان قد تصفحه وقرء الرسالة من عدمه، أما في حال التعاقد عبر مواقع الويب التجارية، فإن الضغط على زر القبول يكون دليل على استلام هذه المعلومة يعني القبول<sup>(2)</sup>.

لا يختلف النقد الذي تلقته هذه النظرية عن سابقتها، لأنه إذا كان إعلان القبول وتصديره لا يكفيان لكي يحدث القبول أثره، وهو انعقاد العقد، فإن وصول القبول إلى الموجب لن يزيد في ذلك شيئاً، مادام أن الموجب لم يعلم بالقبول بعد.<sup>(3)</sup>

• نظرية العلم بالقبول<sup>(4)</sup>:

حسب هذه النظرية، فإن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة والمكان الذي يصل فيهما إلى الموجب قبول من وجه إليه الإيجاب، وحيث أن الموجب يعلم بهذا القبول حتى يقرأ الرد على جهاز الكمبيوتر، ويرى البعض أن هذه النظرية تحقق التوازن بين مصلحة الموجب والقابل خاصة إذا كان هذا الأخير مستهلكاً حيث خصته قوانين الاستهلاك بمزايا

(1) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 135.

(2) راجع أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص ص 181-183

(3) سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص - ص 135-136.

(4) وهو الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 67 ق م والتي تنص على: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، و في الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول"

في مواجهة الموجب كالحق في إرجاع المنتج، ومن ثمة فلا بد من مراعاة مصلحة الموجب هو الآخر فلا يكون ملزما بعلمه بقبول الطرف الذي وجه إليه الإيجاب (1) ويضيف البعض أن اختيار الموجه إليه الإيجاب (القابل) للانترنت كوسيلة لتبليغ موافقته يحمله المخاطر الفنية التي تكتنف وصول الرسالة، لهذا يجب عليه الانتظار لحين اتصال القبول بعلم من وجه إليه. (2)

غير أن البعض (3)، يرى أن هذه النظرية لا تصلح أن تكون معيارا لتحديد وقت انعقاد العقد الإلكتروني، كون القابل لا يملك دليلا يثبت علم الموجب بقبوله، وبالتالي هذه النظرية يصعب الأخذ بها في مجال التعاقد الإلكتروني.

وما يمكن استنتاجه من كل النظريات السابقة، هي أنها تقدم حلا واحدا لمسألة وقت انعقاد العقد، الأمر الذي جعل البعض يسميها النظريات الأحادية مقارنة بالنظريات الحديثة المسماة بالنظريات الثنائية، التي ترى بأنه ليس هناك تلازم حتمي بين وقت انعقاد العقد ومكانه، بالإضافة لمن ينادي بالنظريات المختلطة التي تحاول التوفيق بين كل من نظرية الوصول ونظرية التصدير، حيث يعد العقد مبرما وفقها في اللحظة التي يتم فيها إرسال القبول إلى الموجب، بشرط أن يتم تسليمه أو وصوله إليه (4).

من خلال دراستنا للنظريات الفقهية السالفة الذكر، لاحظنا أنه يوجد خلاف فقهي في تحديد زمان انعقاد العقد المبرم بين غائبين، أي أنه لا يمكننا الاعتماد على أية نظرية من النظريات السابقة لتطبيقها على العقد المبرم عبر الانترنت، هذا ما يجعلنا في مواصلة البحث عن موقف التشريعات الحديثة الخاصة بالتجارة الإلكترونية.

(1) شحاتة غريب محمد الشلقامي، المرجع السابق، ص 136.

(2) فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2002، ص 65. أنظر كذلك عبد الرحيم الضمور، المرجع السابق، ص 07.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 379.

(4) المرجع نفسه، ص 380.

## 02- موقف التشريعات المقارنة

اختلفت التشريعات المقارنة شأنها في ذلك شأن اختلاف الفقه بخصوص النظرية التي يمكن الأخذ بها في مجال تحديد وقت انعقاد العقد الإلكتروني.

83 من القوانين الحديثة المنظمة للتجارة الإلكترونية، نجد القانون التونسي رقم لسنة 2000، الذي أخذ بنظرية العلم بالقبول في نص المادة 28 كالتالي: "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة إلى المستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". أما قانون التجارة الإلكترونية المصري، فقد اعتمد على نظرية جديدة بنصه: "يعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول". أما المشرع الفرنسي في مجال التعاقد الإلكتروني، فقد أدرج مادة جديدة تحت رقم 2/1369 في القانون المدني، تقضي بأن العقد الإلكتروني لا ينعقد إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب<sup>(1)</sup>. تباينت مواقف القوانين الأجنبية الأخرى، فمثلا نجد القانون الإنجليزي والكندي قد تبنيا نظرية تصدير القبول، أي بوضع القبول في صندوق البريد، بينما نص القانون الموحد الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكتروني، على أن وقت انعقاد العقد، هو وقت دخول الرسالة الإلكترونية إلى نظام المستقبل المعلوماتي الذي اعتاد فيه استلام الرسائل دون اشتراط علمه بها<sup>(2)</sup>.

أخذ التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر بتاريخ 2000/06/08 بنظرية استلام القبول عندما نص على أنه: "يعد العقد قد انعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله" وقد حدد وقت استلام القبول في اللحظة التي يمكن للموجب خلالها من الدخول للبريد الإلكتروني وبالتالي هذا التوجيه لم يكتفي بتحديد لحظة استلام القبول ليعد العقد قد انعقد، بل أوقف ذلك على

(1) اعتمد المشرع الفرنسي نظرية جديدة هي "نظرية تصدير تأكيد القبول"

Voire FERAL CHUHHL Christian, cyber droit, le droit a l'épreuve de l'Internet, DUNOD Paris,1999 p 160

(2) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 382.

استلام تأكيد من مزود الخدمة بصحة القبول، وهذا حسب رأينا يحقق أمانا في المعاملات التجارية الإلكترونية عبر شبكة الانترنت<sup>(1)</sup>.

نحن مع البعض<sup>(2)</sup>، نفضل في ظل الخلافات الفقهية والقانونية في هذه المسألة أن يترك الموضوع لاتفاق الأطراف أو أن تدرج المسألة في دفتر الشروط كشرط باعتبار مثل هذا العقد يبرم في القانون الجزائري وفقا لقانون الصفقات العمومية، أو أن تحظ المسألة بمزيد من التفاوض في غير الحالات التي يكون قد أدرجت فيها المسألة كشرط في الصفقة.

هذا بالنسبة لزمان انعقاد العقد بناء على الالتزام بالإعلام عبر شبكة الانترنت، أما الآن فسنبحث عن مكان انعقاد العقد في النقطة الموالية.

### ثانيا: مكان انعقاد العقد بناء على الالتزام بالإعلام عبر شبكة الانترنت

في غياب اتفاق خاص بين طرفي العقد يخضع تحديد مكان انعقاد العقد لقواعد خاصة به منفصلة عن زمانه، ومرد ذلك أن إرسال واستقبال الرسالة يتم عبر فضاء إلكتروني، مما يشكل صعوبة في تحديد مكان إبرام العقد عبر الانترنت، ويثور التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك، أو المكان الذي استلم أو علم فيه الموجب القبول أم مكان تسجيل موقع الويب؟

لقد وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مكان إبرام العقد الإلكتروني في المادة 04/15، حيث قرر: " أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، و أن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر المرسل إليه

(1) فاروق ملش، التجارة القانونية و أهم المشكلات القانونية التي تواجهها في مصر، بحث مقدم إلى المؤتمر التجاري الدولي السادس، العولمة في صناعة النقل البحري و أثرها على الدول النامية- المنعقد بالأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري بالإسكندرية، في الفترة الممتدة من 17-19 أكتوبر 1999، عن خالد ممدوح إبراهيم إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 166

(2) حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د ت م، ص 220.

ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك"، وعليه فإن العقد عبر الانترنت يكون قد أبرم في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه، وذلك ما لم يتفق طرفا التعاقد الإلكتروني على خلاف ذلك، فيجوز لهما أن يحددا مكانا آخر بالاتفاق فيما بينهما على أنه مكان الإرسال أو مكان الاستلام<sup>(1)</sup>.

ولكن قد يثور التساؤل بصدد ما إذا كان للمنشئ أو للمرسل إليه أكثر من موطن أعمال، فقد يكون له مثلا مقر عمل رئيسي وآخر فرعي، في هذه الحالة يعتد بمقر الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني عبر الانترنت وتنفيذه أي الأكثر صلة بموضوع العقد، أو بمقر العمل الرئيسي، كما تعرض القانون النموذجي لحالة عدم وجود مقر للمنشئ أو المرسل إليه حيث قرر أنه يعتد بمحل الإقامة المعتاد (المادة 15/ب).

#### **الفرع الرابع: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت**

سبق و أن ذكرنا أن الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت يهدف بصفة خاصة إلى تبصير إرادة المستهلك غير المحترف أو عديم الخبرة بظروف التعاقد وخصائص الشيء أو الخدمة محل العقد، وله أثر وقائي يتمثل في تحصين المستهلك من الوقوع في عيب من عيوب الرضا.

وفي غياب أي نص صريح يبين أحكام الإخلال بالالتزام بالإعلام، لجأ القضاء إلى الاستئناس بنصوص القانون المدني، هذا وقد ذهب القضاء إلى البحث عن حل قانوني في الأحكام الخاصة بنظرية عيوب الإرادة، لا سيما الغلط والتدليس.

وطبقا للنظرية السالفة الذكر فإن مصير العقد الذي شاب أحد عاقيه عيب من عيوب الإرادة هو القابلية للإبطال أو ما يسمى بالإبطال النسبي (أولا)، غير أن الإبطال في كثير من الأحيان لا يتناسب مع هدف المستهلك في تلبية حاجاته ورغباته فنقرر جزاء آخر هو التعويض (ثانيا).

<sup>(1)</sup> منير محمد الجنيهي، ممدوح الجنيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص 33.

## أولاً: قابلية العقد للإبطال

يعرف الفقه<sup>(1)</sup> البطلان بأنه: "الجزء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو على اختلاله".

ذكرنا سابقاً بأنه لا يوجد جزء قانوني يترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام، لذلك فإن الفقه ونظراً لهذا الفراغ القانوني استأنس ببعض الأنظمة المختلفة، كنظرية عيوب الرضا، ونظرية عدم العلم الكافي بالمبيع.

### 1- إبطال العقد استناداً إلى نظرية عيوب الرضا.

يكون العقد قابلاً للإبطال، إذا طرأ على إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة. ولقد تناولنا من قبل عنصري الغلط والتدليس بالتفصيل لارتباطهما الوثيق بالالتزام بالإعلام، ذلك لأن عدم تقديم بيانات ومعلومات قد يوقع المستهلك في غلط.

### 2- المطالبة بإبطال العقد لعدم العلم الكافي بالمنتوج

اشترط المشرع الجزائري كنظيره من مشرعي الدول بمقتضى المادة 352 من القانون المدني اشترط علم المشتري بالمبيع علماً كافياً، ويتحقق ذلك عن طريق اشتغال العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية، وقد قرر البطلان النسبي كجزاء للإخلال به. غير أنه ووفقاً للرأي الراجح، فإنه يكفي للمستهلك، في هذه الحالة أن يثبت أنه لم يعلم بالمبيع لا عن طريق الرؤية<sup>(2)</sup> ولا عن طريق الوصف، فيتقرر البطلان النسبي لمصلحته لعدم العلم الكافي بالمبيع حتى ولو لم يقع في الغلط.

أدى هذا القول إلى اعتبار شرط العلم الكافي للمبيع في التقنين المصري تطبيقاً تشريعياً نموذجياً للالتزام بالإعلام<sup>(3)</sup>، وإن كان نطاق المعلومات الواجب الإدلاء بها تنفيذاً

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

(2) وهو أمر مؤكد في البيوع التي تتم عبر شبكة الانترنت، حيث أنه لا يتسن للمستهلك رؤية المنتوج رؤية مادية.

(3) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 279.

للالتزام بالإعلام أوسع من شرط العلم الكافي بالمبيع، فالأول يشمل إلى جانب المعلومات المتعلقة بالعقد كافة المعلومات الأخرى المرتبطة بذاتية العقد و شروطه وخصائصه وأوصافه<sup>(1)</sup>.

وتشير المادة 02/352 ق م ج سقوط حق المشتري في طلب الإبطال إذا كان عالما بالمبيع وهو الجزاء الذي يتقرر أيضا مع ما هو مقرر عند الإخلال بالالتزام بالإعلام إعمالا لوحدة الأساس ووحدة الهدف، فأساسهما هو جهل الشخص المقبل على التعاقد لبعض المعلومات من شأن إمامه بها، كما أن هدفها هو تقرير حق هذا الشخص في إعادة الحال إلى ما كان عليه، إعمالا لأثر بطلان العقد.

### ثانيا: التعويض

رغم توسع الفقه والقضاء في تطويع نظرية عيوب الرضا، بغية تمكين المستهلك من إبطال العقد، غير أنه لم يحقق الفائدة المرجوة منه كجزاء للإخلال بالالتزام بالإعلام. لهذا وجدت الحاجة إلى جزاء آخر يعوض القصور الذي يعتري جوانب الحماية في الإبطال، وفي هذا الصدد، ولأجل تحقيق حماية موضوعية و فعلية للمستهلك فقد اتفق الفقه والقضاء على قيام مسؤولية المتدخل<sup>(2)</sup>، واعتباره مخطئا لإخفائه المعلومات التي كان يجب عليه الإدلاء بها، مما ألحق ضررا بالمستهلك. وعلى هذا النحو، فإن معالجة مسألة تعويض المستهلك تقتضي التطرق إلى مسألتين اثنتين، أولاهما تتعلق بجواز الجمع بين الإبطال والتعويض وثانيها تتعلق بالتعويض كجزاء منفرد.

(1) لهذا أعتبر الفقه العلم الكافي بالمبيع من بين أسس الالتزام بالإعلام.

(2) عرف المشرع الجزائي المتدخل بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك" ، راجع القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المادة 03 منه.

## 1- جوازية الحكم بين الإبطال والتعويض.

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

فلإبطال كجزاء يترتب عن تعيب إرادة احد العاقدين (المستهلك) لا يستبعد اللجوء إلى طلب التعويض، فيجوز الجمع بين الإبطال والتعويض، كما لو أن المتدخل قام بواجبه في إعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالصفة الجوهرية الدافعة للتعاقد فيكون بذلك قد منع المستهلك من الوقوع في الغلط وإن لم يفعل ذلك فقد أدى إلى قيام الغلط مما يعطي للقاضي الحكم بالإبطال لتوافر شروطه وأيضا الحكم بالتعويض على أساس الإخلال بواجب الإعلام<sup>(2)</sup>.

## 2- التعويض كجزاء منفرد.

قد يكتف أحد الطرفين عن الآخر معلومات في الفترة السابقة للعقد، وقد يكون هذا الإخلال لا يستوجب إبطال العقد، مثل كتمان بعض المعلومات التي لا يؤدي كتمانها إلى وقوع الطرف الآخر في غلط، ففي هذه الحالة هل يجوز للمستهلك طلب التعويض عما أصابه من ضرر بالرغم من عدم توفر شروط الإبطال؟ وهل يجوز أن يطلب التعويض مع الإبقاء على العقد حتى في حالة توفر شروط الإبطال؟.

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 282.

(2) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 31.

في الحقيقة لا يوجد ما يمنع المستهلك من طلب التعويض مع الإبقاء على العقد طالما أن حق طلب الإبطال وضع لمصلحته، وطالما استعمل هذا الحق دون تعسف فيحق له طلب التعويض عما أصابه من ضرر، وكذلك يجوز لمن لا يريد إبطال العقد حتى في حال توفر شروط ذلك الإبطال أن يطلب التعويض مع الاكتفاء به والإعراض عن طلب إبطال العقد.

## خلاصة الفصل الأول

في ختام هذا الفصل الذي تناولنا فيه حماية المستهلك في مرحلة التفاوض، من خلال دراسة التزامين أساسيين في هذه المرحلة، يتعلق أولهما بحماية المستهلك من الإعلانات التجارية المضللة، وثانيهما يتمحور في الالتزام بالإعلام، تبين لنا ما يلي:

يتطلب حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت في مواجهة الإعلانات الالكترونية وضوح الإعلان الالكتروني، و ألا يتضمن بيانات تضلل المستهلك بهدف غشه وخداعه و اشتراط الوضوح في الإعلان الالكتروني يعني أن يكون لا لبس فيه، ويسمح للمستهلك إعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي و إدراك مستثمرين.

أما فيما يتعلق بالإعلان التجاري المتضمن بيانات تضلل المستهلك و تهدف إلى غشه و خداعه، فقد حظرت مختلف التشريعات المقارنة استخدام أية وسيلة من شأنها أن تؤثر على إرادة المستهلك بشكل يؤدي إلى تكوين معلومات مغلوطة بعناصر و أوصاف جوهرية في السلعة أو الخدمة المقدمة.

أما عن عنصر الالتزام بالإعلام فيعد من أهم وسائل حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، لكونه يلعب دورا هاما في تحقيق العدالة من حيث المساواة في العلم بين المتعاقدين، ويهدف إلى تنوير إرادة المستهلك قبل إقدامه على التعاقد.

ويتعلق جوهر الالتزام بالإعلام في قيام المهني بتقديم البيانات والمعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات المراد التعاقد عليها.

إن الالتزام بالإعلام عبر شبكة الانترنت يتم عن طريق وسيط إلكتروني مما يحول دون قيام المستهلك بمعايينة الشيء المتعاقد عليه، الأمر الذي أضفى خطورة على هذا الالتزام .

مع التطور التكنولوجي الالتزام بالإعلام عبر شبكة الانترنت لا يتوقف على مجرد تقديم البيانات المتعلقة بالأوصاف المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، بل يمتد إلى أبعد من ذلك

ليشمل تقديم معلومات حول طريقة استخدام أو استعمال محل العقد للوصول إلى الفائدة المرجوة.

هذا ويتعين على المهني تحديد شخصيته بشكل واضح، لأن المستهلك قد يحجم عن التعاقد عبر شبكة الانترنت لعدم معرفته بشخصية المهني.

أما فيما يتعلق باللغة المستعملة في الإعلام، فلاحظنا أن أغلب التشريعات المقارنة اشترطت ضرورة أن يتم إعلام المستهلك باللغة الوطنية، ولكن نظرا لخصوصية شبكة الانترنت التي تتمتع بالطابع الدولي، كان لزاما مواكبة القوانين لهذا التطور باستعمال لغة ثانية أو عدة لغة إلى جانب اللغة الوطنية من أجل إتاحة فرصة العلم للمستهلك العالمي بصفة عامة ويكون على دراية تامة بطبيعة العقد الذي هو بصدد الإقدام على إبرامه. ونستحسن التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي، على أساس أن اختيار اللغة المستعملة في إبرام العقد تكون باتفاق مع المستهلك.

مما سبق ذكره تبين لنا أن كل من الالتزامين يعد من الواجبات التي لا غنى عنها لصحة العقد، المبرم عبر الانترنت، كونهما يهدفان إلى تكوين إرادة مستنيرة لدى المستهلك.

# الفصل الثاني

## حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد

مع تطور التكنولوجيا وظهور ما يعرف بالتجارة الإلكترونية، شهد العالم اليوم تحولا عميقا في شتى مجالاته المتفاعلة، الاقتصادية منها والسياسية والثقافية و القانونية، ومن جملة هذه التحولات زيادة معدل الطلبات على السلع والخدمات عبر شبكة الانترنت، أدت بصورة آلية إلى تغيير حقيقي في أنماط الممارسات التجارية. ولعل أبرز النتائج في المجال الاقتصادي ظهور فئتين مختلفتين في المركز القانوني، وهم المهنيين الذين يمكن أن يطلق عليهم وصف الشخص المتفوق اقتصاديا، والمستهلكين الذين يوصفون بالطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

تعتبر الشروط التعسفية سلاح المهني يفرضها في العقود التي يبرمها مع المستهلك، حتى أضحت اليوم تلك الشروط معضلة عالمية حاولت التشريعات المقارنة التصدي لها من خلال فرض قوانين تحد منها أو تحضرها مع تحويل القاضي سلطة في تعديلها أو إلغائها.

العقود التي تبرم عبر الانترنت غالبا لا يتوفر فيها تفاوض أو مساومة، إذ لا يكون للمستهلك الحق في تعديل الشروط التي يفرضها عليه المهني، هذا ما استدعى تدخل القانون لحمايته أثناء إبرام العقد الإلكتروني عبر الانترنت وذلك بمكافحة الشروط التعسفية (المبحث الأول).

هذا وقد تتضمن المعاملات التي يقوم بها المستهلك عبر الانترنت بيانات شخصية يتم إرسالها إلى المهني، قد تكون هذه المعلومات عبارة عن بيانات اسمية، أو عدة صور في شكل الكتروني، وقد تشمل طبيعة عمله، قيمة الأجر الذي يتقاضاه ، لا يرغب للكشف عنها لولا ضرورة المعاملات التي استدعت ذلك.

وفي هذا الإطار، قد يسيء المهني استخدام البيانات التي أرسلت إليه من طرف المستهلك، كاستعمالها في غير المجال الذي خصصت له، أو نشرها، أو استعمالها من طرف جهة أخرى دون إذن من هذا الأخير. لهذه الاعتبارات ولغيرها نجد القوانين المقارنة خاصة تلك المنظمة للتجارة الإلكترونية تتجه إلى وضع آليات لحماية حرمة الحياة

الخاصة للمستهلك. فما هي ضمانات لحماية حق الخصوصية للمستهلك (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: حق المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية

المستهلك هو الطرف الضعيف دائماً في عقود التجارة الإلكترونية، لذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي اعتبار هذه العقود بمثابة عقود إذعان، حتى يكون للمستهلك الحق في إبطالها. والعلة في ذلك، ترجع إلى أن هذه العقود يصعب التفاوض في شأنها بالتالي فإن أي شرط تعسفي يستطيع المستهلك المطالبة بإبطاله لأنه يمثل اعتداء على مصلحته.<sup>(1)</sup>

وتعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يتقل التزام المستهلك في العقود الاستهلاكية المبرمة عبر الانترنت، باعتبارها شروط مجحفة تتال من رضاه، فما مفهوم الشرط التعسفي (المطلب الأول)، وما مدى توفر الإذعان في عقد الاستهلاك عبر الانترنت (المطلب الثاني)، وما هي آليات مكافحة هذه الشروط (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي

لتبيان مفهوم الشرط التعسفي، سنتناول تعريفه (الفرع الأول)، وبعدها نتطرق إلى معايير (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

نبدأ بتعريف الشرط التعسفي لغة (أولاً)، التعريف الفقهي للشرط التعسفي (ثانياً)، ثم نتناول تعريفه في القانون (ثالثاً)، وفي الأخير نتناول تعريفه في القضاء (رابعاً)

<sup>(1)</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص 45.

## أولاً: تعريف الشرط التعسفي لغة

الشرط في اللغة يعني إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه<sup>(1)</sup>، أما كلمة تعسف تعني: يتعسف، تعسفاً، فهو متعسف، والمفعول متعسف فيه تعسف في الأمر: ظلم وجار واستبد<sup>(2)</sup>.

## ثانياً: التعريف الفقهي للشرط التعسفي

لقد تعددت تعريفات الفقه القانوني للشروط التعسفية واختلفت بتعدد واختلاف زاوية الرؤية للشرط التعسفي؛ فجاءت بعض التعريفات معتمدة على أطراف العلاقة التعاقدية وأخرى مبنية على مصدر فرض الشروط التعسفية، وثالثة ركزت على أثر الشروط التعسفية على العلاقة العقدية.<sup>(3)</sup>

فعرّفه البعض على أنه: الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، الشيء الذي يحدث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقاً من طرف المهني، ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أو كانت أثر من آثاره.<sup>(4)</sup>

أما من حيث طريقة فرضه فقد عرفه البعض بأنه: الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر<sup>(5)</sup>. وأنه كل شرط يدرج في العقد أو ملحقاته ويترتب عليه الإضرار بمصالح وحقوق المستهلك

(1) أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 150.

(2) أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 2008، ص 192.

(3) عبد المنعم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص 47.

(4) السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003، ص 32.

(5) سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص 50. في نفس السياق أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر 1994، ص 215.

التي يحميها القانون و يترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوفر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية.<sup>(1)</sup>

وعرفه جانب آخر بالنظر إلى أثره على العلاقة العقدية و توازنها بأنه: كل شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك المترتبة على عقد الاستهلاك، وتتمثل في مكافأة هذا المهني بميزة فاحشة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك.<sup>(2)</sup>

في الأخير فإن الباحثة ترى بأن الشرط التعسفي هو شرط يحرر مسبقاً، أي لم يكن محلاً للنقاش والمفاوضة بين طرفي العقد، يترتب عليه اختلال في التوازن بين الحقوق والتزامات.

### ثالثاً: التعريف القانوني للشرط التعسفي

مع أن مهمة التشريعات ليس وضع التعريفات حيث أن هذه مهمة الفقه<sup>(3)</sup>، لكن القوانين بصفة عامة تهدف في مجملها إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية أو للتخفيف من آثارها، ولكنها تواجه صعوبة في تحديدها و رصد مختلف مظاهرها وتجلياتها<sup>(4)</sup>.

عرف المشرع الجزائري تعريف الشروط التعسفية بموجب المادة 5/3 من قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية كما يلي: "الشرط التعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"<sup>(5)</sup>.

(1) مصطفى محمد أبو عمرو، موجز أحكام حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 171.

(2) أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 215.

(3) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص-ص 247-248.

(4) عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 96.

(5) كما عدد المشرع الجزائري، على سبيل المثال لا الحصر البنود التعسفية في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية، ج ر عدد 56، لسنة 2006.

ركز المشرع الجزائري على الإخلال الظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في نص المادة 1-212 من قانون الاستهلاك، بأنها: "الشروط التي ترد في العقود المبرمة بين المهنيين المستهلكين، حيث تكون تعسفية، فتؤثر في التوازن العقدي وتحدث اختلال غير عادل بين حقوق والتزامات طرفي التعاقد"<sup>(1)</sup>.

أما التوجيه الأوروبي رقم 93/13 الصادر في 05 أبريل 1993 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، فقد عرف في المادة 01/03 الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي يرد في العقد وينطوي على تفاوت جلي un déséquilibre significatif، خلافا لما يقضي به مبدأ حسن النية وضد مصلحة المستهلك، بين حقوق والتزامات الأطراف فيه على حساب المستهلك"<sup>(2)</sup>.

إن التعريف الذي جاء به التوجيه الأوروبي لسنة 1993 الذي نص على الحماية القانونية في مواجهة الشروط التعسفية، ينطبق على العقود التي لا يتم فيها التفاوض على شروط العقد، كعقد الاستهلاك الذي يبرم عبر الانترنت.

ويعتبر المشرع الألماني الأسبق في مجال الحماية من الشروط التعسفية وذلك بموجب المادة 9 من القانون 1976 الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن والذي بدأ العمل به في 1977/04/01 والتي تعتبر الشروط العامة ملغاة حينما تكون النصوص ضارة و مجحفة بالشريك في العقد مع المشروط بطريقة غير معقولة ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Article L212-1 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 : "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...".

<sup>(2)</sup> خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 194.

<sup>(3)</sup> قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 287.

فالمشرع الألماني لا يقصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين ، بل يمد الحماية إلى المهنيين أنفسهم، كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان مع استثناء المفاوضة والمساومة ، وقد اشترط القانون للاعتداد بها إعلام الطرف الآخر بها خاصة المستهلك<sup>(1)</sup>.

وعرف المشرع المغربي في المادة 24 من قانون الاستهلاك المغربي على أنه: "يعتبر تعسفا كل شرط في العقد لم يكن محلا للمفاوضة الفردية ولم يراع في التصييص عليه متطلبات حسن النية والذي يترتب عليه عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، ويعتبر شرطا غير خاضع للمفاوضة الفردية كل شرط تمت كتابته مسبقا دون أن يكون للمستهلك أي تأثير على محتوى العقد وخصوصا في إطار عقد الإذعان".

#### رابعا: تعريف الشرط التعسفي في القضاء

لا نجد في القضاء الجزائري ما يمكن من خلاله استخلاص موقفه حول تحديد مفهوم الشرط التعسفي، ولعل السبب في ذلك راجع إلى كون المشرع الجزائري تطرق إلى تحديد هذه المفاهيم ولم يترك المجال للقضاء.

ويعتبر القضاء الفرنسي الشرط أنه تعسفا إذا كان يتضمن تصرفا غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق ، مع الاحترام الواجب لحسن النية العقدي و ذلك في أحد أحكامه في صدد علاقة بين بنك و أحد عملائه<sup>(2)</sup>.

لم تتفق محكمة النقض المصرية على تعريف محدد للشرط التعسفي، فقد عرفته تارة بأنه هو الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالف للنظام العام<sup>(3)</sup>،

(1) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة ، دار هومة، الجزائر، 2007 ص 18.

(2) T.G.I.,Paris, 25 oct, 1989, n.200.Bull.D'info.c. Cass n.298.25 fév 1990.

(3) نقض مدني، طعن رقم 296 لسنة 25 ق، جلسة 1960/04/12، مجموعة المكتب الفني، بند 50، ص 330. نقلا عن عبد المنعم أحمد خليفة، المرجع السابق، ص 63.

وفي حكم آخر لها عرفته بأنه ذلك الشرط الذي يتوقف تنفيذه على محض إرادة الطرف الأقوى اقتصاديا.<sup>(1)</sup>

حسب هذان التعريفان اللذان أوردتهما محكمة النقض المصرية، يكون الشرط تعسفيا إذا كان متناقضا مع جوهر العقد، وفي تعريف آخر يكون الشرط تعسفيا إذا كان تنفيذه يتوقف على إرادة الطرف القوي. نلمس تناقض واضح حيث ان الشرط الذي يرد في العقد لا يتناقض و جوهره لكنه يحدث خلل في التوازن العقدي لصالح الطرف ذو النفوذ الاقتصادي.

### الفرع الثاني: معايير الشرط التعسفي

تتعدد معايير الشروط التعسفية بتعدد أنواعها، لذلك وجب علينا أن نتناول ها في القانون الجزائري (أولا)، وبعدها ندرسها في القانون المقارن (ثانيا).

### أولا: معايير الشرط التعسفي في القانون الجزائري

لقد سبقنا و أشرنا إلى أن المشرع الجزائري حسب المادة 03 من قانون 02-04 أخذ عند تحديده للشرط التعسفي بمعيار عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد. وعدم التوازن هذا يرجع إلى التعسف في استعمال القوة أو السلطة الاقتصادية للمهني بحيث أن التفوق الفني للمهني يمكنه فرض شروط تعسفية لأن هذا الأخير متعود على إبرام العقود والصفقات، وصفة الاعتياد هي التي تجعل منه شخصا محترفا، ويكون بذلك في مركز أقوى من المركز الذي يحتله المستهلك<sup>(2)</sup>، ويعرف جيدا الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها ويفرض الشروط التي يراها مناسبة على المتعاقد معه.

<sup>(1)</sup> نقض مدني، الطعان رقمي 396 و 398 لسنة 37 ق، جلسة 1974/03/01، مجموعة المكتب الفني، بند 80، ص 492، نقلا عن عبد المنعم أحمد خليفة، المرجع نفسه، ص 63 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> GHAZOUANI Chihab, La protection du consommateur dans les transactions électroniques selon la loi du 9 aout 2000, revue de jurisprudence et de législation, N°: 03, 2003, p5.

ويقصد بمعيار تعسف القوة الاقتصادية، الوضع الاقتصادي القوي للمهني، الذي يجعله يملك نفوذ وتفوق في التقنية عن المستهلك الذي لا يكون أمامه إلا القبول أو الرفض للتعاقد، دون إمكانية مناقشة شروط العقد، هذا ما يؤدي إلى عدم تعادل جسيم وذلك تحت ضغط حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة، الذي يقبل الشروط التعسفية بدون مناقشة أو تفاوض، لضرورة ملحة.

الميزة المفرطة والمتجاوزة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد، وهو عنصر موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني كيفما كان نوع هذه المزايا. يعرفها الفقيه "GIAME" على أنها "المقابل المغالي فيه و ذلك بواسطة شرط أو عدة شروط عديدة تكون مخالفة للقانون المدني أو التجاري"<sup>(1)</sup>.

في الواقع توجد صعوبة في تحديد العنصر الذي يعد نقطة الانطلاق في تحديد أو تقدير الميزة المفرطة، بيد أنه لا يجب في رأي البعض تقدير المنفعة التي حصل عليها المهني والوضع المتميز له دون مراعاة مضمون العقد الذي تضمن الشرط الذي نص على هذه المنفعة.

### ثانياً: معايير الشرط التعسفي في القانون المقارن

ندرس معايير الشرط التعسفي في كل من القانون الفرنسي ثم في القانون الم غربي وبعدها في القانون المصري.

**1- معايير الشرط التعسفي في القانون الفرنسي :** لم يرد في القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 مصطلح "الشروط التعسفي"، لكن مع صدور قانون 23/78 المتعلق بحماية إعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات حيث كرس الفصل الرابع منه لموضوع الشروط التعسفية، ثم أصدر في عام 1993 تقنين الاستهلاك الفرنسي الذي أدمجت فيه النصوص السابقة<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> LARROUMET Christian, Droit civil, les obligations, 3<sup>ème</sup> édition, Delta, Paris, 1996, p 46.

<sup>(2)</sup> أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 26.

وطبقا لنص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 المشار إليها سابقا، فإن معايير الشرط التعسفي أربعة وهي:

- تعسف المحترف في استعمال تفوقه الاقتصادي.
- حصول المحترف من جراء ذلك على ميزة مفرطة.
- ضرورة أن يكون الشرط ضمن القائمة التي وردت في نص المادة 35.
- أن يصدر بشأن الشرط مرسوما عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية.

لكن المشرع الفرنسي لم يبق على هذه المعايير، بسبب التعديل الذي جاء به القانون 95-96<sup>(1)</sup> في المادة 1-132-L<sup>(2)</sup>، أين تخلى عن معيار تعسف المحترف في استعمال تفوقه الاقتصادي مع استبقائه لمعيار الحصول على ميزة فاحشة أو مفرطة أطلق عليها المشرع " Déséquilibre significatif " أي عدم التوازن الظاهر ، واعتمد معيار الاختلال بين حقوق وواجبات طرفي العقد في نص المادة 1-212 المعدلة بموجب الأمر رقم 131-2016 السالفة الذكر.

**2- معايير الشرط التعسفي في القانون المغربي :** نصت المادة 15 من مشروع قانون الاستهلاك المغربي على أنه " يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك، كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

---

<sup>(1)</sup> 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 J.O du 2 février 1995.

<sup>(2)</sup> Article L132-1 code de la consommation, Modifié par Loi n°95-96 du 1 février 1995 JO.RF 2 février 1995 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat... »

أخذ المشرع المغربي حسب نص هذه المادة بمعايير للشرط التعسفي ، وهما التعسف في استعمال القوة أو السلطة الاقتصادية للمهني والميزة المفرطة والمتجاوزة التي يحصل عليها المهني.

3- معايير الشرط التعسفي في القانون المصري: لم ترد في القانون المدني المصري مادة تحدد تعريف الشرط التعسفي، فالمادة 149 الخاصة بعقود الإذعان وكذلك نص المادة 750 الخاصة بعقد التأمين كلتهما لم يضعوا تحديدا للشرط التعسفي (1)، و لا في قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006.

اهتم القانون المقارن -في المجلد- بوضع معايير الشرط التعسفي والتي أرى أنها تتمثل في عدم التوازن في الحقوق والواجبات الناتج عن تعسف أحد طرفي العقد في استعمال تفوقه الاقتصادي الذي يعود عليه بميزة فاحشة على حساب الطرف الآخر.

#### المطلب الثاني: مدى توافر الإذعان في عقد الاستهلاك عبر الانترنت

نستهل هذا المطلب بتحديد معنى عقد الإذعان، لأنه حيث يتوافر هذا الوصف في عقد الاستهلاك، فإن المستهلك سيستفيد من الحماية التي قررها القانون، أما إذا انتفى هذا الوصف فإن المستهلك المذعن لا يستفيد من الحماية المقررة ضد عقود الإذعان. لذلك كما سبق ذكره ندرس في هذا المطلب مفهوم عقد الإذعان (الفرع الأول)، وبعدها نحاول دراسة مدى امتداد صفة الإذعان إلى التعاقد الإلكتروني (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

يتنازع تحديد مفهوم عقد الإذعان اتجاهاً: أحدهما مفهوم تقليدي ضيق، يتبناه معظم الفقه و القضاء ، والثاني مفهوم حديث موسّع، ويتبناه بعض الفقهاء في الآونة الأخيرة بهدف إسباغ الحماية القانونية على المستهلكين الذين يكونون في موضع إذعان وخضوع عند إبرام عقودهم (2).

(1) أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص 47.

(2) أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 246.

## أولاً: المفهوم التقليدي لعقد الإذعان

كان (سالييه) Salielles وبمناسبة إصدار كتابه الذي حمل عنوان " الإعلان عن الإرادة" عام 1929 أول من سلط الضوء على هذا النوع من العقود المسماة عقود الانضمام (contrats d'adhésion)، وهو المصطلح الذي سرعان ما اعتنقه كل الفرنسيين بعدما أدركوا أن من يقبل التعاقد في مثل هذه العقود إنما ينضم لعقد دون إمكانية مناقشته<sup>(1)</sup>. و لما باتت حاجة تنظيم هذه العقود ملحة عند العرب، كان السنهوري سابقا في نقلها إليهم، إلا أنه فضّل أن يسمي هذه العقود وعلى خلاف ما ساد في فرنسا بعقود الإذعان، وقد لاقت هذه التسمية رواجاً كبيراً عند رجال القانون، وكرستها أغلب التشريعات العربية<sup>(2)</sup>.

ولقد أطلق على هذه العقود "عقود إذعان"، لأن رضاء أحد العاقدين و إن كان موجوداً، إلا أنه مفروض عليه، لأنه مضطر إلى التعاقد على السلعة أو الخدمة و لا يجد له سبيل غير الموجب، فيرضخ لإرادته<sup>(3)</sup>. فبذلك يكون وضعه هو مجرد الانضمام إلى عقد تم تحريره من طرف آخر.

وعرفه بعض الفقه<sup>(4)</sup> بأنه: العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها.

(1) محفوظ لعشيب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990، ص 23.

(2) فضّل المشرع اللبناني تسمية عقود الإذعان بعقود الموافقة.

(3) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 89.

(4) عبد المنعم فرج صدة، عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، 1946، ص 77. وفي نفس السياق إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966، ص 131.

وهذا الاحتكار لسلعة أو خدمة ضرورية هو نفسه محل الإذعان، فيجب أن يتعلق عقد الإذعان بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات<sup>(1)</sup> الأولية بالنسبة لجمهور الناس بحيث لا يمكنهم الاستغناء عنها في حياتهم اليومية كالمياه والغاز.

من التعريفات السابقة لعقد الإذعان يتبين لنا أن الإيجاب في عقود الإذعان يتميز بعدة خصائص، هي أنه إيجاب عام يوجه إلى جمهور أو إلى فئة معينة، ولا يوجه إلى شخص معين بذاته، كما أنه إيجاب دائم يصدر لمدة غير محددة، وذلك على خلاف الحال في الإيجاب في عقود المساومة، ويتميز الموجب في عقود الإذعان بمركز اقتصادي قوي لاحتكاره سلعة أو خدمة احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المنافسة في شأنها محدودة النطاق، فيمكنه من فرض شروطه على المتعاقد الآخر الذي يتميز بالضعف الظاهر في مواجهة هذا الموجب، وأهم ما يميز الإيجاب في عقود الإذعان صدور شروط محددة غالبا ما تكون مطبوعة ومصوغة بأسلوب معقد يصعب فهمه على كثير من الأشخاص، وتحتوي على كثير من التفاصيل يكون أكثرها في مصلحة الموجب، فتخفف من مسؤوليته العقدية من ناحية و تشدد في مسؤولية المذعن من ناحية أخرى<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للقبول في عقود الإذعان فهو يعتبر خضوعا و تسليما بالشروط التي استقل الموجب بوضعها مسبقا<sup>(3)</sup>، فإذا كان العاقد في العادة لا يعبر عن قبوله إلا بعد

---

(1) قد استقرت محكمة النقض المصرية منذ زمن بعيد على تعريف السلع الضرورية بأنها: "تلك السلع التي لا غنى للناس عنها، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها... كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة أو الاتجار فيها، لا يعد احتكارا في حد ذاته يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان، ما لم تكن تلك السلعة من الضروريات الأولية للجمهور بالمنع المتقدم". نقلا عن سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 124.

(2) عبد المنعم فرج صدة، عقود الإذعان في القانون المصري، المرجع السابق، ص 58 و ما بعدها، و انظر كذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1956، ص 230.

(3) لقد نص المشرع الجزائري على عقد الإذعان في فحو المادة 70 من ق م ج والمطابقة لنص المادة 100 ق م م كما يلي: "يحصل القبول بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها".

مساومة، أو على الأقل بعد المقارنة بين عروض كثيرة فإنه في بعض الأحيان يقف أمام محتكر قانوني أو فعلي لسلعة ضرورية فيكون مضطرا إلى قبول إيجابه الذي يعرضه<sup>(1)</sup>.

ووفقا للمفهوم التقليدي فإن عقد الإذعان يتميز باجتماع ثلاث عناصر أولها تعلق

العقد بسلع تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، والثاني

احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو قيام منافسة محدودة النطاق

بشأنها، والثالث صدور الإيجاب إلى الجمهور بشروط متماثلة ولمدة غير محدودة.

### ثانيا: المفهوم الحديث لعقود الإذعان

أمام جمود المفهوم التقليدي لعقد الإذعان، وعدم مسابته التطورات الحديثة في

أساليب التعاقد التي يشهدها العالم منذ أواخر القرن الماضي، فقد اتجه الفقه المعاصر

في الآونة الأخيرة إلى إعادة النظر في مفهوم عقد الإذعان، ومحاولة إيجاد مفهوم حديث

يكفل قدرا من الحماية للطرف المدعن، ويكون أكثر اتساعا يتناسب مع هذه التطورات<sup>(2)</sup>.

إذ يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه ليس من السهل دائما تحديد السلع الضرورية

أو الأساسية في عقد الإذعان، و أن الأمر متروك لسلطة القضاء الذي نادرا ما يحدد هذه

المسألة بوضوح<sup>(3)</sup>.

كما يرى جانب من الفقه المصري أن المواد المتعلقة بعقد الإذعان في القانون

المدني وهي المواد ( 100، 149، 151) لم تقصر عقود الإذعان على نوع معين من

العقود وهذا ما يتناسب مع الحياة المعاصرة من انتشار لهذه النوعية من العقود، وعدم

وجود تفاوض بين أطراف التعاقد حول شروط العقد، بصرف النظر عن احتكار الطرف

الأقوى في العقد لسلعة أو خدمة ضرورية<sup>(4)</sup>. وذلك على الرغم من أن الفقه التقليدي

(1) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 47. أنظر كذلك سليمان مرقس، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 124.

(2) حسام الدين كمال الأهواني، مصادر الالتزام، د ب ن، 1992، ص 80.

(3) حسام الدين كمال الأهواني، المرجع، ص 80.

(4) محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون خلال الفترة 6-8 ديسمبر 1998، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 14.

وقضاء محكمة النقض قد قصرا هذا النوع من السلع على السلع الضرورية التي تكون محل احتكار قانوني أو فعلي.

يرى بعض الفقه أن التعامل مع منتج أو محترف يقوم بعمليات متكررة، يستقل بإعداد العقد مقدما يكفي كميّار لتوافر علاقة إذعان، ومجرد الاستقلال بإعداد العقد كفيّل بتمكين المحترف أو المنتج من وضع الشروط التعسفية التي وجدت فكرة الإذعان لمواجهتها<sup>(1)</sup>.

هذا وقد عرّف عقد الإذعان بأنه صيغة من صيغ العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد، يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة يعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها، ولا أن يدخل في مجازبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد ، ومن هنا وصفت هذه العقود بعقود بالإذعان<sup>(2)</sup>.

ولقد أكد الأستاذ الدكتور حسام الأهواني ضرورة الأخذ بالمفهوم الواسع لعقود الإذعان، والاكتفاء في تحديد المقصود بهذا العقد بأن يكون قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة أحد المتعاقدين (الموجب) لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به ويسمح ذلك بطبيعة الحال بإسباغ الحماية القانونية على الطرف الذي لا يتمكن في ظل ظروف إعداد العقد من مناقشة شروطه، ويعتبر المتعاقد المذعن طرفا ضعيفا بسبب عدم القدرة على مناقشة شروط العقد والذي فرضته ظروف التعاقد من خلال العقود النموذجية<sup>(3)</sup>.

(1) حسام الدين كمال الأهواني، المرجع السابق، ص 80.

(2) أنس بن عبد الله العيسى، عقود الإذعان، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، للمزيد راجع الرابط التالي "

<https://www.kantakji.com/media/5740/9007.doc>

(3) حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 169.

فوفقا لهذا الاتجاه، يكفي لكي نكون بصدد عقد إذعان أن يتوافر تنظيم منفرد لشروط العقد من جانب واحد، والذي يسمح بإدراج شروط تعسفية في العقد تخفف من التزامات واضعها، وتشدد من التزامات المتعاقد الآخر بدون أي مفاوضة أو نقاش حولها. و أن يكون الموجب قادرا على وضع هذه الشروط سلفا بحيث لا يكون أمام المذعن إلا قبولها<sup>(1)</sup>.

نلاحظ أن المفهوم الحديث يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان ولا يشترط تعلق العقد بالعناصر الثلاثة السالفة الذكر، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة أحد المتعاقدين (الموجب)، بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به. أي أنها قلّصت الشروط اللازم توافرها حتى يعد العقد إذعانا إلى شرط واحد فقط، و هو أن يقوم الطرف القوي في العقد بإعداد الشروط مسبقا مع تحديد التزامات الأطراف وحقوقهم. فنكون بصدد نموذج عقد معد سلفا ويكون متضمنا بنودا تعسفية لا يملك المستهلك إلا التوقيع عليها<sup>(2)</sup>. في حين نجد المبادئ القانونية التقليدية، تشترط ليعتبر العقد إذعانا أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة من قبل مقدمها وأن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك على أن تكون شروط العقد مفروضة على المستهلك دون أن يمنح له الحق في تعديلها أو مناقشتها.<sup>(3)</sup>

### الفرع الثاني: مدى امتداد الإذعان إلى عقد الاستهلاك عبر الانترنت

يصنف القانون الإنجليزي العقود التجارية الإلكترونية من ضمن عقود الإذعان وإن لم يصرح بذلك صراحة، على اعتبار أن المتعاقد، لا يملك إلا أن يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع أو المشتري، على المواصفات التي يرغب

(1) أمينة أحمد محمد، المرجع السابق، ص 251.

(2) هذا ما أكده حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، د ب ن، القاهرة 2000، ص 158.

(3) في نفس المعنى راجع عمر خالد زريفات، عقد البيع عبر الانترنت، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة تحليلية، دار النشر و التوزيع، عمان، 2007، ص 335.

فيها من السلعة وعلى الثمن المحدد سلفاً، الذي لا يستطيع مناقشته أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر، وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية<sup>(1)</sup>.

لكن الآراء الفقهية تباينت بخصوص عقد الاستهلاك المبرم عبر الانترنت، وأثيرت تساؤلات عدة بشأنه، هل هو عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين

الطرفين؟ أم أنه عقد إذعان لا تعطى للمستهلك فرصة لمناقشة شروط العقد؟.

انقسم الفقه المعاصر في هذا الشأن إلى ثلاث اتجاهات: الاتجاه الأول يرى أن

عقد الاستهلاك الإلكتروني عبارة عن عقد إذعان، أما الاتجاه الثاني فإنه يرفض هذا الرأي تماماً، بينما نجد الاتجاه الثالث يفرق بين وسائل انعقاد العقد عبر الانترنت لمدى معرفة ما إذا كان عقد إذعان أم لا.

### أولاً: الاتجاه الذي يطلق صفة الإذعان على التعاقد الإلكتروني

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن محتوى عقد الاستهلاك الإلكتروني يكون محددًا

سلفاً من قبل المهني، ومطروحاً على الموقع الإلكتروني بشكل جامد، كما أن السلعة أو

الخدمة لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنها في ظل عدم توافر تواصل مباشر بين

المهني والمستهلك يتيح الفرصة للمساومة، ومن ثم يتم التعامل على محتوى العقد بأكمله

كوحدة واحدة<sup>(2)</sup>.

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أنه ليس المهم الاحتكار في حد ذاته، وإنما وجود

المهني في مركز أو وضع يسمح له بوضع شروط مسبقة للتعاقد، وفرضها على

المستهلك دون مناقشة أو تعديل، وهذه الشروط تمنح للمهني بعض المزايا المبالغ فيها

والتي تؤدي في النهاية إلى الإخلال بالتوازن العقدي<sup>(3)</sup>.

(1) الياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني، والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، جامعة ورقلة، العدد 02 2003، ص 61.

(2) محمد شكري سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم إلى مؤتمر حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 26 إلى 28 أبريل 2003، ص 132.

(3) محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2008، ص 149 و153.

هذا ويرى البعض أن شركات الاحتكار في إطار عقود الإذعان هو وصف ينطبق على الشركات الإلكترونية العملاقة عبر شبكة الانترنت، أياً كانت الحماية الممنوحة للمستهلك في المفاضلة بين السلع و الخدمات المعروضة عليه، فإن الدعاية الهائلة التي تتم عبر هذه الشبكة، وكذلك القوة الاقتصادية التي تتمتع بها هذه الشركات التي تعرض السلعة أو الخدمة تجعل المستهلك في حاجة إلى الحماية برفع مظاهر الإذعان التي يكون قد تعرض لها، والمتمثلة في الشروط التعسفية الموجودة في العقد<sup>(1)</sup>.

يدعم بعض الفقه المصري تأييده لهذا الاتجاه ، كذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السابعة عشر من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري بأنه: "تعتبر العقود النمطية<sup>(2)</sup> المبرمة إلكترونياً من عقود الإذعان في مفهوم القانون المدني من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المدعى، وجواز ما يرد فيها من شروط تعسفية. كما أن نص المادة 100 مدني مصري قد وضع تحديداً عاماً لعقد الإذعان، مما يجعل فكرته تتسع لما قد يسفر عنه التطور الاقتصادي التكنولوجي، ويسمح بامتداد صفة الإذعان للعقود النمطية المبرمة إلكترونياً<sup>(3)</sup>.

وإذا رجعنا إلى القانون المدني الجزائري بالضبط المادة 70 السالفة الذكر، كذلك المادة 03 من قانون 04-02 المطبق على الممارسات التجارية التي تنص على: "أن يدخل في مفهوم هذا القانون كل عقد، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن للأول إحداث تغيير حقيقي فيه. يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان

(1) عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، في الفترة الممتدة من 10 إلى 12 ماي 2003، المجلد الثالث، ص 1289.

(2) العقود النمطية هي العقود المبرمة دون مفاوضة بشأنها بين المهني والمستهلك ، راجع كوثر سعيد خالد، المرجع السابق، ص 511.

(3) أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 254.

أو جدول أو وصل تسليم أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها، تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً".

وأكد المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعبر تعسفية نفس العبارات الواردة في المادة 04/03 من قانون 04-02، ليساير بذلك التوجيه الأوروبي رقم 13/93 المتعلق بالشروط التعسفية.

ومن خلال استقراء نص المادة 04/03 من قانون 04-02، يتبين لنا أن فكرة الإذعان التي نص عليها المشرع الجزائري في لب هذه المادة تتسع لتشمل عقد الاستهلاك عبر الانترنت، كون أن هذا الأخير يتم إعداده مسبقاً ويتم عرضه على شبكة الانترنت ولا يكون للمستهلك أي حق في مناقشة أو تعديل محتواه.

ومن هنا نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الواسع لفكرة الإذعان.

وطبقاً للمفهوم الموسع لعقد الإذعان ذهب بعض الفقه إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك<sup>(1)</sup>.

ولكن هذا الرأي انتقد كون أن هناك من العقود الإلكترونية التي يمكن للمستهلك أن يناقش فيها شروط العقد وذلك حسب الوسيلة الإلكترونية المستعملة<sup>(2)</sup>.

ونتيجة لهذه الانتقادات، ظهر جانب ثاني من الفقه يرفض امتداد صفة الإذعان إلى العقد الإلكتروني.

**ثانياً: الاتجاه المعارض لامتداد صفة الإذعان إلى التعاقد الإلكتروني**

اعتبر هذا الفريق العقد الإلكتروني من قبل عقود المساومة، تتساوى فيه إرادة الطرفين، وتتبادل فيه النقاشات بكل حرية، فالموجب لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو

(1) أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 191.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 207.

فعلي، نظرا إلى عالمية الشبكة وطبيعتها، والخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها أنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق<sup>(1)</sup>.

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه بتطبيق نص المادة 100 قانون مدني مصري على عقود التجارة الإلكترونية، يتبين عدم وجود احتكار للسلع والخدمات من قبل المهني على شبكة الإنترنت، لأنها شبكة عالمية تتنافس فيها عدة مواقع تجارية تقدم نفس السلع و الخدمات. بالإضافة إلى أن البائع أو المهني الذي يضع مقدا شروطا للتعاقد و لا يقبل التفاوض بشأنها، سوف يخسر الكثير ولن يجد من يتعاقد معه إلا إذا كانت هذه الشروط معقولة و مقبولة من طرف المستهلك الذي يبحث دائما عن أفضل الشروط للتعاقد، وهي متاحة دائما على شبكة الإنترنت<sup>(2)</sup>.

ويخلص هذا الاتجاه إلى القول بأن العقد الإلكتروني ليس بالضرورة من تطبيقات عقود الإذعان، بل هو من عقود المساومة باستثناء العقود الإلكترونية التي تعد في الواقع عقود إذعان كالعقود المبرمة الكترونيا للحصول على الخدمات الضرورية كالماء والكهرباء والهاتف، وخدمات الاشتراك في شبكة الإنترنت . ويزيد أنصار هذا الرأي أن التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية ليس فيها ما يدل على أن العقود الإلكترونية من عقود الإذعان<sup>(3)</sup>.

أنتقد هذا الرأي كذلك كونه تبنى فكرة الإذعان الكلاسيكية، التي تستند أساسا على ضرورة توافر عنصر الاحتكار لاعتبار العقد بأنه عقد إذعان، مع أن التوجه الحديث كما سبق ذكره لم يعد يقصر فكرة الإذعان على شرط الاحتكار، إذ لوحظ أنه في ظل الانفتاح

---

(1) منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني مقال منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد 02، سنة 2009، ص 826. في نفس المفهوم راجع عمر عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، د ب ن، 2009، ص-ص 163-164.

(2) طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني (بحث في التجارة الإلكترونية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 ص 23.

(3) أماني رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 83-84. أنظر كذلك الياس بن ساسي، المرجع السابق ص 62.

الاقتصادي، وانتشار المنافسة الحرة، والعرض المتدفق لكافة أنواع السلع والخدمات وإتاحة فرص كبيرة للمستهلك في اختيار شريكه في العلاقة التعاقدية، وتتبع ما هو أصلح له من شروط<sup>(1)</sup>.

ونتيجة لهذه الانتقادات كذلك ظهر جانب ثالث من الفقه يميز بين وسائل إبرام العقد من أجل تحديد طبيعته.

### ثالثاً: الاتجاه الذي يميز بين وسائل إبرام العقد الإلكتروني لتحديد طبيعته

يرى أنصار<sup>(2)</sup> هذا الاتجاه ضرورة إمعان النظر في كيفية إبرام العقد الإلكتروني،

ما إذا كان قد تم التفاوض بشأنه من عدمه بين المهني والمستهلك، فإذا وجد مثل هذا التفاوض فإننا لا نكون بصدد عقد إذعان، وإنما نكون بصدد عقد مساومة، أما إذا انعدم التفاوض ففي هذه الحالة نكون بصدد عقد إذعان. وعلى ذلك تمتد صفة الإذعان في تعاقد المستهلك إذا تم إبرامه عبر المواقع الإلكترونية عن طريق تبادل رسائل البيانات على صفحات الويب، لأنه غالباً ما يقوم المهني بإعداد عقد نموذجي يتضمن شروطاً نمطية معدة سلفاً و موجهة إلى الجمهور، وعلى المستهلك أن يقبل الشروط كاملة أو يرفضها كاملة. أما إذا كان التعاقد عبر غرف المحادثة chat، فتوجد فرصة كبيرة للمفاوضة بين المهني والمستهلك، ومن ثم لا نكون بصدد عقد إذعان. و أما إذا كان التعاقد من خلال تبادل رسائل البريد الإلكتروني، ففي التعاقد بهذه الوسيلة يرسل المهني إجابته على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمستهلك، فإذا أراد هذا الأخير التعاقد فإنه يقوم بإصدار قبوله من خلال تحرير رسالة مماثلة إلى البريد الإلكتروني الخاص بالمهني فإذا تمت المفاوضة والمناقشة على بنود العقد في رسالة البريد الإلكتروني، فإننا لا نكون بصدد عقد إذعان. أما إذا كانت رسالة البريد الإلكتروني مرفقة بنموذج للعقد، بحيث إذا

(1) رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، العدد 10 جوان 2013، ص 100.

(2) كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق ص 509، و عمر خالد محمد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2006، ص 61.

رغب المستهلك في التعاقد يقوم بملء النموذج، دون أن يكون له أي حق في تعديل أي بند من بنوده، ففي هذه الحالة تتوافر حالة الإذعان<sup>(1)</sup>.

بعد ما تم عرضه عن الاختلاف الفقهي حول مدى امتداد صفة الإذعان إلى العقد الإلكتروني بالأخص الذي يبرم عبر الانترنت لكونه محل البحث، تم التوصل إلى أن عقد الاستهلاك الذي يتم عبر الانترنت، رغم أنه يتم غالبا عن طريق عقود نموذجية<sup>(2)</sup> تكون شروطها معدة سلفا من قبل، فلا نكون دائما أمام عقد إذعان، فأسلوب تبادل البيانات عبر الانترنت يمكن تصوره غالبا عبر ثلاث طرق:

**الطريقة الأولى:** يتم من خلال الدخول المباشر إلى الموقع و ذلك بتبادل رسائل البيانات على صفحات الويب، حيث يكون المهني قد صدر إيجابه بالعرض بشكل عقد نموذجي يتضمن شروط عامة موجهة إلى الجمهور، وما على المستهلك إلا أن يقبل بكافة الشروط المقررة بالنقر على أيقونة مخصصة للقبول أو الرفض بالخروج من هذه الصفحة. فهنا شروط عقد الإذعان وفق المفهوم الحديث متوفرة مادام أن المستهلك لم يشارك أو ليس لديه أي حرية في مناقشة بنود العقد.

**الطريقة الثانية:** يتم من خلال تبادل الرسائل عبر البريد الإلكتروني، حيث يرسل الموجب إيجابه الإلكتروني إلى الموجب له ليراجع كل عناصره، و إذا ما أراد التعاقد فيمكن له أن يصدر قبوله بذات الطريقة من خلال رسالة يحررها متضمنة القبول المطابق وبيعت بها على عنوان الموجب الإلكتروني. هنا يتبين لنا من الوهلة الأولى أن الطرفين قد تفاوضا على بنود العقد بحرية تامة فعلى الموجب له (المستهلك) أن يصدر قبوله على ما تلقاه

(1) أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص-ص 257-258.

(2) ينبغي عدم الخلط بين العقد النموذجي وعقود الإذعان، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة من عقود الإذعان، إلا أنه يمكن اعتباره وسيلة من الوسائل لإبرام عقود الإذعان، لا سيما في المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت. يعرف العقد النموذجي أنه: مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزودة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد. أو أنها عقود تنطوي على حقيقة التعاقد، وتحيل الأطراف إلى نموذج وضعته أو أقرته سلطات عامة أو هيئات نظامية مثل التجمعات المهنية والوطنية. للمزيد راجع خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 208.

من الموجب، فيجوز له أن يتفاوض على بعض أو كل ما ورد في رسالة الإيجاب مما يجعل فكرة الإذعان منعدمة تماما في هذا الأسلوب، لأن أغلب العقود التي تبرم بهذا الأسلوب تسبقها مرحلة المفاوضة. استثناء إذا كانت رسالة البريد الإلكتروني مرفقة بنموذج للعقد، بحيث إذا رغب المستهلك في التعاقد يقوم بملء النموذج، دون أن يكون له أي حق في تعديل أي بند من بنوده، ففي هذه الحالة تتوافر حالة الإذعان .

**الطريقة الثالثة:** يتم فيه التعاقد عبر المحادثة و المشاهدة المباشرة، هنا للمستهلك مطلق الحرية في مناقشة بنود العقد، فلا يمكن أن نتصور أن هناك فكرة إذعان مطلقا. إذا فالعقد الذي يبرم بهذه الطريقة هو عقد مساومة.

إثر تحليلنا للطرق التي يتبعها المستهلك لإبرام عقده عبر الانترنت، توصلنا إلى أن فكرة الإذعان تمتد إلى هذا العقد عندما يبرم عن طريق مواقع الويب، بينما يكون عقد مساومة إذا كان إبرامه عبر غرف المحادثة والمشاهدة المباشرة، و يتراوح بين إذعان و مساومة إذا تم إبرامه عبر البريد الإلكتروني كما سبق تبيانه.

لكن بعيدا عن ما استقر عليه الفقه الحديث، حيث أن جانب منه يضيء فكرة الإذعان على العقود الإلكترونية والبعض الآخر يجعل منه عقد مساومة، بينما يميز الجانب الثالث بين وسائل إبرامه لتبيان مدى توفر فكرة الإذعان من عدمها، إلا أننا نفضل إضفاء صفة الإذعان على عقد الاستهلاك المبرم عبر الانترنت بدون تمييز طريقة إبرامه ، ذلك دعوة منا لأجل توفير حماية واسعة للمستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في مواجهة أكبر المواقع التجارية التي تعرض منتجاتها عن طريق عقود نموذجية.

نتناول في المطلب الموالي، دراسة آليات مكافحة الشروط التعسفية.

## المطلب الثالث: آليات مكافحة الشروط التعسفية

يعد المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية الطرف الضعيف دائما في هذه العلاقة، والتي يميزها الاحتكار والهيمنة وتشمل في الغالب عنصرا أجنبيا مما يزيد من خطورتها وتشعبها<sup>(1)</sup>.

وقد سبق أن ذكرنا أن الاتجاه الحديث لقوانين حماية المستهلك يعتبر عقد الاستهلاك المبرم عبر الانترنت من قبل عقود إذعان، للمستهلك الحق في المطالبة بإبطاله أو حمايته من الشروط التعسفية.

وفي ظل القواعد المعاصرة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، تعددت طرق الرقابة على شروط العقد، فظهرت طرق حديثة تتمثل في الرقابة القانونية على أعمال الشروط التعسفية (الفرع الأول)، كما نجد رقابة إدارية (الفرع الثاني) تتمثل في الرقابة التي تمارسها لجنة الشروط التعسفية و المراسيم الحكومية التي تنظم أو تحدد الشروط التعسفية، وإلى جانب الرقابة القانونية و الإدارية نجد الرقابة القضائية أين يلعب القاضي دور في مواجهة الشروط التعسفية المدرجة في عقود الإذعان (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: الرقابة القانونية على أعمال الشروط التعسفية

نعني هنا بالرقابة القانونية الاعتماد على نظام القائمة لمحاربة الشروط التعسفية ويقصد بهذا الأسلوب أن يتضمن القانون تعداد الشروط التعسفية التي يمنع إدراجها في العقود، نظرا لما قد يلحق بالمستهلك من أضرار بالغة نتيجة فرض المهني شروطا عليه خاصة في مجال التعاقد عبر الانترنت الذي يتميز بتفاوت المراكز بين طرفيه، الأمر الذي انتبه إليه مشرعي الدول، عند نصهم على تعداد قائمة قانونية للشروط التعسفية<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص

10.

<sup>(2)</sup> أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 246.

لقد تضمنت قوانين حماية المستهلك من الشروط التعسفية قوائم تحدد الشروط التي تعتبر تعسفية، فهناك نظام القائمة السوداء والقائمة الرمادية للشروط التعسفية، والتي ابتدعها المشرع الألماني في البداية وبعده المشرع الفرنسي، الذي أورد قائمتين من الشروط التي اعتبرها تعسفية.

فيعتبر المشرع الألماني من أوائل الدول الأوروبية التي أصدرت قانون يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية، وهو قانون 09 ديسمبر 1976، المتعلق بالشروط العامة للعقود، تضمن هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى قائمة سوداء، حيث تعتبر الشروط الواردة بها باطلة بقوة القانون، ولا يكون للقاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، والثانية قائمة رمادية، والتي أعطى بصدها للقاضي سلطة تقديرية بشأن إبطالها حسبما إذا كانت تتلاءم أو لا تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون المذكور آنفاً<sup>(1)</sup>. ويعترف القانون السابق الذكر صراحة بصحة الشرط الذي يسمح للمحترف بفرض تصليح الشيء المعيب، واستبعاد بالتالي خيار الفسخ أو إنقاص السعر في حالة عدم نجاح عملية التصليح. علاوة على ذلك فإنه يجب على البائع أن يتحمل المصاريف المتعلقة بتصليح الشيء المبيع، مثل مصاريف النقل والتنقل، اليد العاملة والأدوات الضرورية<sup>(2)</sup>.

كما تعتبر باطلة مختلف الشروط التي يكون الغرض منها الحيلولة دون ممارسة المستهلك لحقوقه أو عرقلتها، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي تربط بين تصليح الشيء المبيع و الوفاء بكامل السعر أو بجزء مبالغ فيه، مقارنة بعيوب الشيء. نفس الأمر بالنسبة للشرط الذي يفرض أجلاً أقصر من الأجل القانوني المتعلق بضمان العيوب الخفية، وهو 06 أشهر تسري من وقت التسليم، للإعلان عن وجود العيب<sup>(3)</sup>.

(1) عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية والدولية ودار الثقافة، عمان، 2002، ص 148-149.

(2) عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 49.

(3) محمد بودالي، المرجع السابق، ص 22-23.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي اعتمد هو أيضا على أسلوب القائمة لمكافحة الشروط التعسفية طبقا للقانون 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية فقام في البداية بإيراد قائمة من العناصر الأساسية للعقود أو التي يكون محلا للشروط التعسفية في حالة مخالفتها وذلك بموجب المادة 35 من القانون السابق الذكر، إلا أن هذه القائمة حسب القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 03 ديسمبر 1981 جاءت على سبيل الحصر، ولقد لقي هذا معارضة على أساس أن فيه مساسا بمبدأ سلطان الإرادة، بينما اعتبره المؤيدون تطبيقا لمبدأ حسن النية في التعاقد الوارد في نص المادة 1134 قانون مدني<sup>(1)</sup>.

وفي عام 1995 قام المشرع الفرنسي بإيراد ملحق بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية معتمدا على توفر العناصر الثلاثة للشروط التعسفية المذكورة من قبل. وهي قائمة مستوحاة من التعلية الأوروبية لعام 1993، وعاب عليها كونها تفتقر للقوة الإلزامية من جهة. و من جهة أخرى تحمل المدعي عبء إثبات الطابع التعسفي.

أصدر المشرع الفرنسي بعدها قانون 28 جانفي 2005 المسمى قانون Châtel نسبة للنائب في الجمعية الوطنية، الذي كلف بالمهمة البرلمانية التي تتعلق بإعلام وتمثيل وحماية المستهلكين وقد عدل هذا القانون قانون الاستهلاك الفرنسي و منه الكتاب 18 تحت عنوان أحكام مختلفة وذلك بأن أضاف إلى القائمة البيانية للشروط التي يمكن أن تكون تعسفية الشرط الذي يلزم المستهلك بالقبول بشكل خاص نظام بديل لتسوية النزاعات<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> جمعي عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص

150.

<sup>(2)</sup> محمد بودالي، المرجع السابق، ص 36.

جاء قانون الاستهلاك الفرنسي بنظام فعال بعد أن تضمن تعديلا للمواد L132-1 و R 132-1 و R132-2 بموجب القانون رقم 776-2008<sup>(1)</sup> الصادر في 04 أوت 2008 المتعلق بتحديث الاقتصاد، إضافة إلى المرسوم رقم 302-2009<sup>(1)</sup> الصادر في 18 مارس 2009 المتعلق بتطبيق المادة L132-1، حيث تضمنت المادة R 132-1، قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن عدها تعسفية ضمن قائمة تسمى بالسوداء، والتي تعد تعسفية بطبيعتها وتعيد تصنيف ما نص عليه في مرسوم 29 مارس 1978<sup>(2)</sup>، أما المادة R132-2، فنصت على قائمة أخرى تسمى بالرمادية، يفترض فيها وصف التعسف، مع التحفظ لإمكان المهني إثبات عكس ذلك وهو الذي من مهام المستهلك قبل تعديل 2008، كما نصت المادة R 132-1 من نفس القانون، فقد نصت على بعض الاستثناءات في تصنيف الشروط السوداء والرمادية.

أما بعد التعديل في قانون الاستهلاك بموجب الأمر رقم 131-2016، فيتم تحديد الشروط التعسفية عن طريق مرسوم صادر عن مجلس الدولة بناء على رأي لجنة البنود التعسفية، ويقع عبء الإثبات على المهني، حسب نص المادة 1-212<sup>(3)</sup>.

---

(1) LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n° 181 du 5 août 2008

(1) Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, JORF n°0067 du 20 mars 2009

(2) \_\_\_\_\_ concurrence consommation, édition Francis Lefebvre, Paris, 2010, p - p 51-52

(3) Article L212-1code de la consommation, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 :

« 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. Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution. L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur

أظهر المشرع الجزائري كغيره من مشرعي الدول اهتمامه في القضاء على الشروط التعسفية ورغبته في إضفاء حماية فعالة للمستهلك من خلال تعدادها للشروط التي تعتبر تعسفية في نص المادة 29 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية- إذ جاء الفصل الخامس من هذا القانون تحت عنوان الممارسات التعاقدية التعسفية- التي تنص على أن: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود التي تمنح هذا الأخير:

✓ أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

✓ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد بشروط يحققها متى أراد.

✓ امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المس لم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك .

✓ التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية .

✓ إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

✓ رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذ أخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

---

l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa. Un décret pris dans les mêmes conditions, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies. »

✓ التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة.

✓ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط

تجارية جديدة وغير متكافئة."

نرى أن المشرع الجزائري أصاب عند أخذه به ذا الأسلوب، وتعداده لجملة من

العناصر التعسفية، ويتضح أيضا من عبارة لا سيما الواردة في صلب المادة 29 السالفة

الذكر أن هذه القائمة مجرد قائمة بيانية غير حصرية وهو توجه سليم، وذلك من أجل

إضافة في كل مرة شروطا لهذه القائمة تواكب التطورات الاقتصادية و الاجتماعية

وتضفي حماية أكثر للمستهلك. هذا وقد نص المشرع في نص المادة 30 من نفس

القانون على: " بهدف حماية مصلحة المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية

للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي

تعتبر تعسفية".

وبالرجوع إلى التنظيمات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية نجد ورود بعض

النصوص التي تهدف إلى حماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا، ومن ذلك الفصل 33 من

قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي الذي قضى ببطان شرط الإعفاء من

المسؤولية عن المخاطر التي تلحق المبيع خلال فترة التجربة.

كما أوجب الفصل 27 من القانون نفسه على البائع قبل إبرام العقد تمكين المشتري

من المراجعة المتأنية لجميع اختياراته، وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته

وكذلك الإطلاع على شهادات المصادقة الإلكترونية المتعلقة بإمضائه.

أما قانون التجارة الإلكترونية المصري لعام 2000، نجد أنه تضمن فيما يتعلق

بالشروط التعسفية مايلي:

-...جواز استبعاد ما يرد من شروط تعسفية في العقود الإلكترونية، و التي يمكن اعتبارها

عقود إذعان في مفهوم القانون المدني وتفسيرها لصالح المذعن.

- إبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء منتج السلعة أو مقدم الخدمة من المسؤولية.

- جواز إبطال كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

- جواز فسخ العقد المبرم إلكترونياً من جانب المستهلك خلال 15 يوماً التالية على تاريخ التعاقد أو تسليمه السلعة.

هذه هي القوائم الواردة في قوانين حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وهذه القوائم تتعزز بقوائم أخرى واردة بموجب مراسيم حكومية ، تصدرها هذه الأخيرة بعد استشارة لجنة الشروط التعسفية وهو ما ستتولى دراسته في العنصر الموالي.

### الفرع الثاني: الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية

تنقسم هذه الرقابة إلى رقابة لجنة الشروط التعسفية (أولاً)، ورقابة الحكومة عن طريق تحديد الشروط التعسفية بموجب مراسيم (ثانياً).

### أولاً: رقابة لجنة الشروط التعسفية

في إطار البحث عن التوازن العقدي المفقود من جراء أعمال الشروط التعسفية في نماذج العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، وضماناً لحماية مصالح الطرف الضعيف، وأمام عجز الوسائل المتاحة لذلك، لابد من إيجاد رقابة إدارية لاتخاذ إجراء وقائي لمنع ظهور الشروط التعسفية وانتشارها دون الانتظار لوجود نص قانوني يقضي ببطلانهما، أو صدور حكم قضائي بذلك.

تم إنشاء هذه اللجنة في فرنسا بموجب القانون الصادر في 10 جانفي 1978 الذي ترتب عليه ميلاد هذا الجهاز الاستشاري المختص بإصدار توصيات بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي يدرجها التجار في عقود الاستهلاك، ولقد تم إنشاؤها بموجب المادة 36 من هذا القانون، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995<sup>(1)</sup>، وكان المشروع

<sup>(1)</sup> بموجب المادة 2-132 L وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي عوضت المادة 1/35 وما يليها من قانون 10 جانفي 1978

المقدم للحكومة، يعهد بمهمة استبعاد الشروط التعسفية إلى المحاكم، إلا أن الانتقادات الشديدة التي وجهت لهذا الطلب دفع بالحكومة للاستجداء بلجنة الشروط التعسفية للبحث في الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود بين المهنيين والمستهلكين، ومثلت بذلك حلا تجنب فيه المشرع الفرنسي تكليف القضاء بمهمة استبعاد الشروط التعسفية، مفضلا أسلوب التشاور على أسلوب الإكراه.<sup>(1)</sup>

وبالنسبة للمشرع الجزائري هو الآخر اقتدى بنظيره الفرنسي وأنشأ لجنة مماثلة سميت لجنة البنود التعسفية وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006<sup>(2)</sup> بمقتضى المادة 06 والتي تنص على: تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات الطابع الاستشاري، وتدعى في صلب النص " لجنة ". وقد اعترف المشرع لها منذ البداية بمهمة البحث عن الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود الاستهلاكية، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 07 من نفس المرسوم: "تكلف اللجنة لاسيما بالمهام التالية:تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود باتجاه المستهلكين .يمكن مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها."

وتشكيلة هذه اللجنة جاءت تعكس الغاية من إنشائها، ولها في سبيل ذلك عدة اختصاصات.

<sup>(1)</sup> Calais-Auloy, op cit, p 141

<sup>(2)</sup> يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية السالف الذكر.

## 1- تشكيل لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري

جاء النص علي هذه اللجنة في المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008<sup>(1)</sup> " تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية
  - ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
  - ممثلان عن مجلس المنافسة.
  - متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
  - ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
  - يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أنه يفيدها في أعمالها.
- وبالنظر إلى التركيبة التي تشمل عليها اللجنة نجدتها تشمل كافة أصناف المتعاملين، من أصحاب الشأن من رجال الأعمال وكذا من رجال الإدارة ومهنيين ومستهلكين، وهذا ما ينم عن أهمية الدور الذي يمكن أن تلعبه هذه اللجنة للحد من الشروط التعسفية.

وتنص المادة 09 من نفس المرسوم على أنه " تحدد القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية، يعين أعضاء اللجنة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، تنتهي عهدهم حسب الأشكال نفسها. "

---

<sup>(1)</sup> مرسوم تنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 3 فبراير سنة 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، ج ر رقم 07 المؤرخة في 10 فيفري 2008

## 2- مهام لجنة البنود التعسفية:

يتمثل دور اللجنة في القانون الفرنسي في التعريف بنماذج الاتفاقات التي يعرضها المهنيون عادة على المتعاقدين معهم غير المهنيين أو المستهلكين، و أنها مسؤولة عن البحث عما إذا كانت تلك المحررات تتضمن شروطا تحمل في طياتها خاصية تعسفية. كما أن اللجنة توصي إما بالإلغاء أو التعديل الشروط التي تحمل خاصية تعسفية فاللجنة تقوم بدراسة العقود التي يعرضها المهنيون على غير المهنيين أو المستهلكين وتبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا، فإذا ما وجدت فيها تعسفا فإنها تصدر توصيات، إما بإلغاء تلك الشروط أو بتعديلها<sup>(1)</sup>، وهي في بحثها عن ذلك تأخذ بالمعيار الذي صاغته المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، السالفة الذكر والذي يتمثل في الاختلال الظاهر في التوازن بين التزامات المتعاقدين.

ولجنة الشروط التعسفية أصبحت في سنة 1993 تملك دور استشاري لدى القضاء الفرنسي ونذلك بموجب مرسوم 10 مارس 1993، و إن كان غير ملزم برأيها الاستشاري حول الشروط محل النزاع.

وتقوم هذه اللجنة بعملها إما بناء على طلب الوزير المكلف بالاستهلاك، و إما بطلب من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، و إما بطلب من المهنيين المعنيين بتلك الشروط، كما أنها تستطيع أن تقوم بعملها من تلقاء نفسها.

توصيات لجنة الشروط التعسفية و إن لم يكن لها القوة الملزمة، إلا أنها تشكل ضغطا نفسيا على المحترفين، لهذا فإن دورها يمكن اعتباره دورا تحريزيا بحتا، وذلك بخلاف المراسيم التي تمنع الشروط التعسفية وهو ما سنراه لاحقا، بالإضافة إلى أنه لا يمكن أن تكون توصياتها فعالة إلا إذا و جدت دعاية واسعة<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، المرجع السابق، ص 234.

<sup>(2)</sup> Calais-Auloy, op cit, p 142.

إلا أنه رغم عدم إلزامية هذه التوصيات، فإن المحاكم لم تتردد في الاسترشاد على هدها لتقدير الطابع التعسفي لشروط معين<sup>(1)</sup>، كما كان لها الفضل في دفع المشرع الفرنسي إلى تنظيم بعض الشروط في قطاعات معينة<sup>(2)</sup>.

أما مهام لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري يتحدد من خلال اجتماعها بصورة دورية، حول بحث وتحليل الشروط المجحفة والتي يجبر على قبولها المستهلك كطرف ضعيف، وإذا تيقنت اللجنة أن الشروط تحمل صفة التعسف فلها أن تقوم بإصدار توصية بتعديل هذه الشروط أو إلغائها بالشكل الذي يضمن إعادة التوازن والتكافؤ بين المستهلك والمهني، فدورها يظهر في اعتبارها وسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق التوازن في عقود الاستهلاك وهو ما نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06-306 السابق ذكرها.

فعمل اللجنة يتضمن أساسا البحث والتحري عما إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على المستهلكين، وكذا العقود التي تم إبرامها تتضمن شروط ذات طابع تعسفي وإذا تبين لها ذلك لها أن تصوغ توصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة وكذا المؤسسات المعنية<sup>(3)</sup>.

كما أضافت المادة 12 من نفس المرسوم، أن على اللجنة إعداد تقرير نشاط كل سنة يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة ويتضمن التقرير كل الدراسات و الخبرات التي قامت بها وكذلك كل التوصيات التي

---

<sup>(1)</sup> cass. civ. 1 er ch, 10 fevrier 1998 : R.T.D, civ. 1998, p 674.obs. Mestre (J).

<sup>(2)</sup> حيث أصدر المشرع الفرنسي عدة تشريعات مستهديا بتوصيات اللجنة منها، القانون المؤرخ في 23 جوان 1989 المتعلق بوكالات الزواج، وقانون 06 جويلية 1989 المتعلق بإيجار المساكن، وقانون 31 ديسمبر 1989 المتعلق بالتأمين المتعدد الأخطار للمساكن، وقانون 19 ديسمبر 1990 المتعلق ببناء مسكن فردي، وقانون 18 جويلية 1992 المتعلق بأجال التسليم.

<sup>(3)</sup> نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على ما يجب أن توصي به اللجنة، على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص على أنه في حالة وجود شروط تعسفية تقوم لجنة الشروط التعسفية بإصدار توصيات تطالب باستبعادها، أو تعديلها وذلك بمقتضى المادة 04 / 132 من مدونة الاستهلاك، فيرى البعض قصر سلطتها على هذا النحو رأي سديد يتماشى مع تقاليد القانون الفرنسي، الذي يأبى نقل سلطة إقرار منع الشروط من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوفر على نفس الضمانات. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص31

أرسلت إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى المؤسسات المعنية حول الطابع التعسفي لبعض العقود.

وفي إطار مهام اللجنة دائما تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر أنه: "يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من قبل وزير مكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية، وكل جمعية حماية المستهلكين، أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك". كما تضمنت كل من المادة 13 والمادة 14 من المرسوم التنفيذي السابق كيفية إدارة الاجتماعات الخاصة باللجنة:

تجتمع بدورة عادية: تكون مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر وذلك باستدعاء من رئيسها. تجتمع بدورة استثنائية: وذلك بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل.

ولكي يكون الانعقاد صحيحا يشترط حضور نصف الأعضاء على الأقل، ومع ذلك يمكن أن تجتمع اللجنة ويكون انعقادها صحيحا رغم عدم اكتمال النصاب الذي هو نصف الأعضاء على الأقل بعد ثمانية (08) أيام من استدعاء ثان، ويتم استدعاء عن طريق إرسال استدعاءات فردية إلى كل أعضاء اللجنة ويتضمن الاستدعاء تحديد تاريخ الاجتماع ومكانه، تحديد توقيت الاجتماع، تحديد جدول أعمال الاجتماع.

وترسل في الدورات العادية الاستدعاءات في آجال 15 يوم أما في الدورات الاستثنائية في آجال ثمانية (08) أيام. واستثنت المادة 16 من نفس المرسوم أي عضو من المشاركة في المداولة عن مسألة تكون له مصلحة فيها أو يكون بينه وبين أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة، أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية.

وما يمكن أن نستشفه من خلال عمل اللجنة التي تتخذ شكل توصيات تبلغ إلى وزير التجارة وهي توصيات ليس لها أي قوة ملزمة لا بالنسبة للأطراف ولا بالنسبة للقاضي فليس لها بالتالي أي قيمة قانونية، إلا إذا تم تطبيقها عن طريق مرسوم.

وأخيرا فإن المشرع الجزائري لم ينص على أي دور استشاري للجنة البنود التعسفية لدى القضاء، على غرار المشرع الفرنسي.

أما بخصوص تقييم دورها فيما يتعلق بحماية المستهلك، يرى البعض أنها تمثل وسيلة ضغط معنوي على المهنيين فوجودها يشكل حائط صد قوي لصالح طائفة المستهلكين، الأمر الذي يجعل المهنيين يعزفون عن تضمين العقود الاستهلاكية تلك الشروط<sup>(1)</sup>.

هذا ونجد أنه بالرغم من أن البعض قلل من أهمية دور لجنة البنود التعسفية، في محاربة الشروط التعسفية، لافتقادها لعنصر الجبر والإلزام اللازمان لتفعيل توصياتها، إلا أن جانبا آخر من الفقه يتزعمه الفقيه الكبير جاستان الذي يرى أن توصيات اللجنة وآرائها أسهمت بدور كبير في مساعدة القضاء الفرنسي على الفصل في النزاعات المتعلقة، ببحث مدى توفر الشروط التعسفية في العقود.<sup>(2)</sup>

### ثانيا: رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم

أخذ المشرع الجزائري هو الآخر، بنظام حظر الشروط التعسفية بموجب المراسيم التي تصدرها الحكومة، وفي هذا الصدد نصت المادة 30 من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر ، 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."

<sup>(1)</sup> إبراهيم عبد العزيز داوود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعية للنشر، مصر، 2014، ص 148.

<sup>(2)</sup> قضت محكمة النقض الفرنسية بتأييد الكم الصادر عن قاضي موضوع والذي انتهى إلى وصف أحد الشروط المفروضة من قبل- أحد مؤسسات التعليم العالي بالتعسف، وفي هذه القضية يتضح أن المؤسسة التعليمية فرضت مصروفات الدراسة بالرغم من وجود قوة قاهرة حالت دون دفع هذه المصروفات، ولقد ذهبت محكمة النقض في تأييدها لحكم محكمة الموضوع إلى أن هذا الحكم يجد أساسه بشكل واضح وصريح في أحد توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية.

نستنتج من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، وذلك عن طريق محورين، المحور الأول وهو التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين، أما المحور الثاني فهو تدخل السلطة التنظيمية لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية، لكن هذا المحور الثاني، لم يقصره المشرع على العقود المبرمة مع المستهلكين أو عقود الاستهلاك، وإنما خول السلطة التنظيمية منع الشروط التعسفية في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم، أو بين هؤلاء والمستهلكين، ويتضح ذلك من عبارة "... منع العمل في مختلف أنواع العقود..." الواردة في المادة 30 السابقة، وذلك بشرط أن تكون عقود إذعان<sup>(1)</sup>، وذلك على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون، والتي حصرت نطاق الحماية من الشروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك. وبالفعل وتطبيقاً لنص المادة 30 من قانون 04-02 السابق ذكره، صدر المرسوم

التنفيذي 06-306 ، الذي يهدف إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، حيث جاء في المادة 5 من هذا المرسوم أنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

1-تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 و 03 من نفس المرسوم، فالمادة نصت بأنه تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع.

تناولت المادة 03 ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم، والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر ويظهر ذلك من عبارة "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساساً بما يأتي..."

<sup>(1)</sup> راجع المادة 03 الحالة 04 فقرة 01 من قانون 04-02 المحدد المطابقة على الممارسات التجارية السالف الذكر.

إذن فإيراد شرط في العقد ينص على تقليص العناصر الأساسية للعقد يعد شرطاً تعسفياً.

وتعداد هذه العناصر جاء في المادة 03 المذكورة تبعا لما يأتي:

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار والتعريفات.
- كفيات الدفع.
- شروط التسليم وأجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم.
- كفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

-تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،  
دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضاً يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.  
-فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

-الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بفرض

-التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

-يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

-يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

وفي الأخير، ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 05 من نفس المرسوم، يبدو أن هذه القائمة جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، ويظهر ذلك من عبارة "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي..."، إذ هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أن القائمة جاءت على سبيل المثال.

إلا أنه وبالعودة إلى نص المادة 30 من قانون 04-02 السالف الذكر، يمكن القول أنه وإن كانت القائمة المحددة للشروط المعتبرة تعسفية الواردة بموجب المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 تبدو حصرية، إلا أن المادة 30 من قانون 04-02 تعطي الحكومة حق إصدار مراسيم تورد قوائم أخرى جديدة محددة للشروط التعسفية. وبالتالي نستنتج أن القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم 06-306 ليس على سبيل الحصر.

إذا السلطة المنوحة للقاضي الجزائري تزيل التخوف من هذا الحصر الوارد في

النصوص السالفة الذكر ذلك أنه يجوز له الاستناد على تعريف الشرط التعسفي الوارد في المادة 03 الفقرة الخامسة من قانون 04-02 للقول بأن الشرط تعسفي رغم عدم ذكره في القائمة الواردة في القانون 04-02 السابق، ورغم عدم ذكره أيضا من طرف الحكومة في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 06-306.

المشعر الفرنسي بدوره أخذ بنظام حظر الشروط التعسفية بموجب المراسيم التي يصدرها مجلس الدولة بناء على رأي لجنة البنود التعسفية وفقا لنص المادة 1-212 السالفة الذكر.

### الفرع الثالث: الرقابة القضائية مواجهة الشروط التعسفية

يلعب القضاء دورا أساسيا في تحديد الشروط التعسفية في مجال العقود، سواء كان في القانون الفرنسي أو في القانون الجزائري، ولكن تردد القضاء الفرنسي وتضاربت أحكامه حول إبطال الشروط التعسفية التي لم يرد بها مرسوم تطبيقي، فانقسم القضاء بين اتجاهين الأول رفض الحكم ببطلان الشروط التعسفية، واتجاه آخر أيد الحكم بإبطال الشروط ولو بدون صدور مرسوم تطبيقي لاعتبار الشرط تعسفي<sup>(1)</sup>.

لكن هذا الجدل لم يدم طويلا بعد الاعتراف الصريح من قبل محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في الرقابة على جميع شروط العقد بما في ذلك التي لم تكن محل مرسوم تطبيقي يحرمها وذلك في قرار صادر في 14 ماي 1991<sup>(2)</sup>. أما التصور الذي كرسه قانون الاستهلاك الفرنسي، يعتمد القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط على التعريف التي تضمنته المادة 1-132 L الذي يعتبر الاختلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والالتزامات بين الطرفين كدليل على أن الشرط تعسفي، وهو نفسه معيار الميزة الفاحشة.

(1) عر عارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون جامعة الجزائر، 2014/2015، ص 199.

(2) "القضية تتعلق بشرط إعفاء من المسؤولية ورد هذا الشرط في عقد وديعة إذ يقتضي هذا الشرط استبعاد مسؤولية المهني في حالة فقدان أفلام أودعها لديه أحد العملاء لطبعها على الورق، هذا الشرط اعتبرته محكمة الموضوع تعسفا لا يحتج به على العميل حسن النية كما أن محكمة النقض رفضت طعن المودع لديه، وذهبت إلى أن محكمة الموضوع قد أسست على الشرط المدرج في استمارة الإيداع الذي كان يعفي المعمل من كل مسؤولية عن فقد الصور وأن الحكم المطعون فيه أرى أن مثل هذا الشرط يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه الذي يعتبر في وضع اقتصادي سمح له فرض مثل هذا الشرط الذي يُنعت بالتعسفي ويجب أن يعد غير مكتوب أي لم يكن" راجع أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص-ص 251-252.

فسلطة القاضي تقتصر على نطاق لجنة الشروط التعسفية وإن كان غير ملزم بالأخذ بالاستشارة المقدمة. (1)

وللإشارة فإن تقدير كون الشرط تعسفيا من طرف القضاء يخضع لرقابة محكمة النقض سعيا إلى توحيد أسس التقدير. (2)

وبالرجوع إلى القانون الجزائري تقضي القواعد العامة في القانون المدني إذا كان العقد تم إبرامه عن طريق الإذعان، وتضمن شروطا تعسفيا، يجوز للقاضي أن يعدلها، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وهذا ما نصت عليه المادة 110 قانون مدني جزائري: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة رقابية أراد من خلالها حماية الطرف المذعن (المستهلك) حماية فعالة من تعسف المهني، الذي غالبا ما يدرج في العقد شروطا تعسفية، لا يملك الأول إلا القبول بها. سلطة القاضي في تقدير الشروط التعسفية إذا ممنوحة له قانونا، فله أن يعدل هذه الشروط (أولا)، أو يعفي الطرف المذعن منها (ثانيا)، هذا وخول القانون للقاضي سلطة في تفسير الشروط التعسفية (ثالثا).

#### أولا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

نظرا لتطور الظروف الاقتصادية التي نتج عنها الاختلال الظاهر بين مراكز طرفي العلاقة التعاقدية، حيث نجد أحد طرفيها عالما بكل التفاصيل الدقيقة للعقد، بينما الثاني جاهلا حتى بالعموميات خاصة في مجال التعاقد عبر الانترنت، لذا أجاز المشرع -كاستثناء لمبدأ سلطان الإرادة الذي قرره المادة 106 من القانون المدني- للقاضي

(1) محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2008، ص 49-50.

(2) المرجع نفسه، ص 50.

بموجب المادة 110 وكحق للطرف المذعن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية على نحو ما تقتضيه العدالة.

وتعديل الشرط التعسفي يمارس حتى في حالة وضوح الشرط، لأن الأمر يتعلق بما شابه من تعسف، إذ أن وضوح الشرط ودقته لا يمنعان من تعديله، فلم يكن في وسع الطرف المذعن (المستهلك) أن يفعل شيئاً رغم هذا الوضوح وهذه الدقة، إذ الغموض ليس بشرط حتى يتدخل القاضي، بل الشرط الغامض يفسره القاضي عند الشك لصالح الطرف المذعن وهذا ما أكدته المادة 112 فقرة 2 من التشريع الجزائري، أما الشرط الواضح المعنى، فهذه المادة الأخيرة تقف عاجزة دونه، ومن ثم يجب أخذ الطرفين بحكمه، و بالتالي فقد تلافى المشرع الجزائري بفرض رقابة قضائية على هذه الشروط حتى ولو كانت واضحة، طالما قَدَّر القاضي أنها شروط تعسفية، فإذا انتفت عنها هذه الصفة كانت مراجعتها من قبيل التحريف.<sup>(1)</sup>

ووفقاً للمادة 110 فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الإعفاء منها، لا يجوز للقاضي أن يتصدى لها بدون طلب الطرف المذعن. وتعديل الشرط يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف فيه، فإذا كان الشرط يلزم مثلاً المستهلك (المؤمن له) بالإخطار عن الحادث المؤمن من أجله خلال 24 ساعة، وإلا سقط حقه في التعويض، كان للقاضي أن يجيب المؤمن له لطلب الضمان رغم إخطاره عن الحادث بعد يومين من وقوعه، مستندا في ذلك إلى تعديله للشرط التعسفي، لا اعتبار أن الإخطار قد تم في الميعاد، بل أن المشرع الجزائري قد وصل إلى حد إبطال

<sup>(1)</sup> عبد الحكيّم عبد البصير فوده، النظرية العامة في تفسير العقد للقانون المدني المصري والمقارن، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 1983، ص 618 وما بعدها.

هذا الشرط إذا تبين للقاضي من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول طبقاً للمادة 622 ق م ج (1).

### ثانياً: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط أنه تعسفي أن يبطله، فيعفي الطرف المدعى منه، وقد نص المشرع الجزائري على عدة تطبيقات لهذه الشروط على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

لكن التساؤل الذي يطرح نفسه عن رقابة الإلغاء ما هو المعيار الذي يسترشد به القاضي؟

نص المشرع الجزائري في المادة 110 قانون مدني على "العدالة" كمعيار يتم على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المدعى منها، ولم يرسم له أنماط معينة يتم على أساسها التعديل أو الإعفاء بل ترك له سلطة التقدير. ورغم غموض هذا المبدأ إلا أن هذا لا يمنع من القول بأنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما بينهم فلا يحصل الفرد إلا على ما يستحقه، إذ لا مجال للإضرار بالغير، ولا إثراء على حسابيه، وتخفف بذلك من جمود القانون أو تتلافى ما به من ثغرات، وهذا الإحساس الطبيعي هو الذي يحرك القاضي في تعديله للشرط أو إعفاء المدعى منه، هذا باعتبار تقديرات القاضي وفق مقتضيات العدالة من مسائل الواقع، فإنها لا تخضع لرقابة النقض<sup>(2)</sup>.

ولا تقتصر الحماية عند حد تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، بل تتعددها إلى أبعد من ذلك.

(1) سعاد نويري، الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين، دراسة مقارنة، المؤتمر السنوي الثاني والعشرون، الجوانب القانونية للتأمين و اتجاهاته المعاصرة، المنعقد بكلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة في 13-14 ماي 2014 ص 57.

(2) المرجع نفسه، ص 59.

### ثالثاً: تفسير الشك لمصلحة الطرف المدّعن

بالرجوع إلى المادة 112 قانون مدني جزائري، فإنه عندما يتعلق الأمر بعقود الإذعان فإن الشك الذي يحيط بها تفسر لمصلحة الطرف المدّعن، وبذلك يمكن تحقيق حماية المستهلك في هذه الحالة لا عن طريق الحكم ببطلان هذه الشروط، ولكن بتفسير الشك في عباراتها، بما يحقق مصلحة المستهلك المدّعن.

ويتبين من نصوص القانون المدني ، أن هناك ثلاث حالات في تفسير العقد (المادة 111 و 112)، لكل حالة منها قاعدة قانونية ملزمة، إذا خالفها القاضي نقض حكمه، وأول هذه الحالات هي إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أي الانحراف عن المعنى الظاهر، والحالة الثانية إذا كانت عبارة العقد غير واضحة فيجب تبي ان الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والحالة الثالثة إذا قام الشك في تبي ان هذه الإرادة فسّر الشك لمصلحة المدّين باستثناء عقود الإذعان.

فإذا توقفنا عند نص المادة 112 قانون مدني جزائري المقابلة للمادة 151 قانون مدني مصري فإننا نجد أن هذا النص قد وردت به قاعدة عامة و استثناء يستطيع المستهلك من خلاله الاستفادة بحماية خاصة في مجال عقود الإذعان.

ونطاق هذه القاعدة هو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، ويتمثل الشك في تفسير العبارة المذكورة في العقد بأوجه متعددة، كل وجه منها محتمل، ولا ترجيح لواحد منهما، فيفسر هذا الشك في مصلحة المدّين، لأن الأصل هو براءة ذمته، إما التزامه هو الاستثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه<sup>(1)</sup>.

أما الاستثناء الوارد على هذه القاعدة، من أنه لا يجوز تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدّعن ، فيستطيع المستهلك الاستفادة منه في تحقيق الحماية باعتباره يحمل صفة المدّعن في هذه الحالة، لأن الشك في حالة الإذعان

<sup>(1)</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ص 307.

يفسر لمصلحة الطرف المذعن مدينا كان أو دائنا، على خلاف أصل هذه القاعدة. إذ المفروض أن العاقد الآخر (المهني) وهو أقوى العاقدين، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض شروطا واضحة على المذعن عند التعاقد، فإذا لم يفعل أخذ بخطئه وتقصيره وحمل تبعته، لأنه هو المتسبب في هذا الغموض<sup>(1)</sup>.

يؤسس البعض هذا الحكم على قواعد المسؤولية المدنية، فقيام المهني وحده بوضع بنود المشاركة وصياغتها صياغة غامضة، بحيث يستعصي على القاضي إزالة هذا الغموض بوسائل التفسير القانونية، ويظل الشك محيطا بها، فهذا المسلك يمثل خطأ أي انحراف عن سلوك الشخص المعتاد، من جانب المشتري، ويترتب على هذا الخطأ ضرر للطرف الآخر، أي المذعن متى كان دائنا بما ورد في البند محل التفسير، وأنسب تعويض له في هذه الحالة، هو أن يفسر الشك الذي يحيط بهذا البند لصالحه<sup>(2)</sup>.

الحقيقة، أنه لا مجال كلية لتطبيق قواعد المسؤولية المدنية، إذ أننا بصدد عقد وإن كان له طابع خاص، إلا أنه عقد على أية حال، شأنه شأن العقود الأخرى، من حيث ضرورة احترامه، ومن ثم فهذا يستبعد تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية عن الأضرار التي تنجم عن شروطه وبالتالي إبرام عقد الاستهلاك عبر الانترنت بوصفه من عقود الإذعان متضمنا شروط تعسفية لا يعد في حقيقته عملا غير مشروع من جانب المهني يدفع بأحكام المسؤولية التقصيرية إلى مجال التطبيق<sup>(3)</sup>.

أما لو كان المذعن مدينا بما ورد في هذا البند الغامض، فإن تفسير الشك في مصلحته، لا يمثل أي استثناء، وإنما يعتبر تطبيقا للقاعدة القانونية الواردة بالفقرة الأولى من المادة 555 قانون مدني جزائري يقابلها نص المادة 151 مصري.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 235.

(2) محسن عبد الحميد البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول، السكوت والإذعان، دار النهضة العربية القاهرة، 1985، ص

173.

(3) سعاد نويري، المرجع السابق، ص 61.

هذا، ويجدر التساؤل عن عمل القاضي في هذا الصدد، أي في تقديره وضوح الشرط التعاقدى أو غموضه، للإقبال على التفسير أو الإحجام عنه- بحسب قيام مبرره أو انتفائه- هل يعد من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها أم أنه من مسائل القانون؟ هناك رأيان في هذا الموضوع، أحدهما يرى أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل في رقابة محكمة النقض، و إلا جاز للقاضي أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها من معناها الظاهر دون أن يذكر الأسباب التي تبرر ذلك، بل يكفي بتقرير أن العبارة غامضة و أن المعنى الذي استخلصه هو مقصود المتعاقدين، و أنّ هذا وذاك يدخل في سلطان تقديره الموضوعي دون تعقيب عليه من محكمة النقض.<sup>(1)</sup> أما الرأي الثاني فيذهب إلى أن هذه المسألة من مسائل الواقع، يقول البعض أنها تدخل في سلطان قاضي الموضوع أيضا، طالما أنه أورد من الظروف الخارجية ما يبرر المعنى الذي توصل إليه، فإن قضاءه يكون بلا مطعن يمكن أن يوجه إليه<sup>(2)</sup>.

والحقيقة أن هذه المسألة من مسائل الواقع، لأن القاضي لا يقتصر على عبارات التعاقد، ليقدر وضوحها أو غموضها، بل أنه يكمل التعبير الرئيسي بالتعبيرات الثانوية المستمدة من ظروف الواقع، و هذه وقائع مادية يتطلب ثبوتها ببينة أو قرائن يتعذر بحسب طبيعتها أن تكون تحت رقابة النقض، ولا يمكن فصلها عن التعبير المكتوب، حتى يمكن إخضاعه للرقابة<sup>(3)</sup>.

وفي الأخير إن هذا الاعتراف للقاضي بهذه السلطة لرقابة الشرط التعسفي يعتبر وسيلة فعالة لحماية المستهلك وذلك بإقامة التوازن التعاقدى و الوقاية من الاختلال بشرط أن يتقدم هذا الأخير بدعوى لاستبعاد الشرط التعسفي أو بطلانه، إلا أن المستهلك لا يلجأ

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 604.

(2) عبد الحليم عبد البصير فوده، المرجع السابق، ص 607.

وفي الفقه الغربي نجد:

BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, traité théorique et pratique de droit civil, T1 paris 1900, p.507

(3) سعاد نويري، المرجع السابق، ص 62.

إلى هذا الحل لما يتكبد من مشاق بسبب مصاريف الدعوى، بالإضافة إلى طول إجراءات التقاضي، فكان اعتراف المشرع الجزائري و القوانين المقارنة لجمعيات الممثلة للدفاع عن المستهلك، يهدف إلى مزيد من الحماية بهدف خلق علاقات تعاقدية متوازنة وعادلة، وذلك بأن أعطى بموجب المادة 1/65 من قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، لجمعيات حماية المستهلكين والجمعيات المهنية وكذا كل الجمعيات المهنية وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة حق رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04-02، أما الفقرة الثانية من المادة 2/65 أعطتهم الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعاوي للحصول على تعويض الضرر الذي لحق المستهلك ويحق للقضاء تقرير ما يناسب من جزاء، إذا كان الشرط أصاب العقد باختلال ظاهر.

وأخيرا يمكن القول أن القواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بالشروط التعسفية وعقود الإذعان، تحمي الطرف المذعن بوصفه الطرف الضعيف في العقد، لكن تبقى هذه القواعد محدودة جدا خاصة فيما يتعلق بعقد البيع الإلكتروني عبر الانترنت، الذي لا يمكن إلا بإسقاط أحكام القوانين الخاصة بالشروط التعسفية عند التعاقد عن بعد، والتي لا تلبى في الكثير من الأحيان حاجة المستهلك المتعاقد عن بعد. لذلك لابد من مساندة نهج المشرع الفرنسي، الذي أولى عقود الاستهلاك والتي يدخل في ضمنها العقود المبرمة عن بعد حماية فعالة وشاملة، خاصة بعد التعديل الجديد الذي مس المادة <sup>(1)</sup> 1171 بموجبها اعتبر الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان كأن لم تكن <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> التعديل كان بموجب الأمر رقم 2016-131 الصادر في 10 فيفري 2016، والذي دخل حيز التنفيذ في 01 أكتوبر 2016.

<sup>(2)</sup> Article 1171 du code civil article

Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

" dans un contrat d'adhésion , toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat et réputée non écrite"

## المبحث الثاني: حق المستهلك في حماية بياناته الشخصية

تتضمن المعاملات التي يقوم بها المستهلك ضمن شبكة الانترنت معلومات تتعلق بحياته الخاصة<sup>(1)</sup> كبيانات اسمية، مقر إقامة المستهلك، طبيعة عمله.. قد يسيء المهني في استخدامها، ويتعامل معها في غير الأغراض المخصصة لها، لذلك نجد أن التشريعات الحديثة ألزمت المتعاملين في إطار المعاملات الإلكترونية بضرورة وضع آليات لحماية البيانات التي يدلي بها المستهلك. وقبل أن نتطرق لهذه الآليات نتناول

(1) إن تعريف الحق في الخصوصية أو حرمة الحياة الخاصة من أدق الأمور، التي مازالت تثير النقاش والخلاف في القانون المقارن.

ولقد اختلف الفقه في تحديد معالم الخصوصية، لأن كثيرا من الأمور مازالت تثير النقاش والخلاف في القانون المقارن. ويذهب جانب من الفقه الأمريكي إلى تعريف الحق في الحياة الخاصة بأنه "الحق في الخلوة"، فمن حق الشخص أن يظل مجهولا غير معروف عند الناس، بعيدا عن حب استطلاعهم ونظر اهتم، أو "حق الشخص في أن نتركه يعيش وحده"، يعيش الحياة التي يرتضيها دون أدنى حد للتدخل". للمزيد راجع حسام الدين كمال الأهواني الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 47.

فالخصوصية، بصفة عامة، هي مقياس غير موضوعي، أي يختلف تعريفها وحدودها من بيئة إلى أخرى. ولكن الصفة المشتركة بين هذه التعريفات هي منظور أن الخصوصية إحدى حقوق الإنسان في حياته، ولكنها تعتمد بشكل أساسي على البيئة والسياق. أما من وجهة نظر "روجر كلارك"، الاستشاري والخبير في خصوصية البيانات والأعمال الإلكترونية، قام بتعريف الخصوصية بأنها "قدرة الأشخاص على المحافظة على مساحتهم الشخصية في مأمن من التدخل من قبل منشآت أو أشخاص آخرين.

للتفصيل أكثر راجع: منى تركي الموسوي، الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة عليها، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، ص-ص 305-306.

ويعرف الفقيه "كاربونييه" الحق في الحياة الخاصة بأنها: المجال السري الذي يملك الفرد بشأنه سلطة استبعاد أي تدخل للغير، وهي حق الشخص في أن يترك هادئا أي يستمتع بالهدوء، أو أنها الحق في احترام الذاتية الشخصية. راجع أسامة عبد الله قائد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1994، ص 11.

والحق في الخصوصية عميق الجذور من الناحية التاريخية، ففي الكتب السماوية العديد من الإشارات للخصوصية تنطوي على اعتراف بحماية الشخص من أن يكون مراقبا.

ولقد اعترفت الشريعة الإسلامية بهذا الحق ابتداء وعرفت له تطبيقات عدة، ومن أبرزها حق الفرد في حرمة مسكنه والعيش فيها آمنا من تطفل الغير، لقوله تعالى "يأبها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون (27) فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم (28) ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم والله يعلم ما تبدون وما تكتمون (29)" سورة النور.

هذا وقد حرم القرآن الكريم التجسس صراحة، في قوله تعالى: "ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا" الآية 12 من سورة الحجرات.

فهذه الآيات تقرر حرمة المسكن وحق الفرد في أن يتمتع و هو في مسكنه بهذه الحرمة بعيدا عن تدخل الآخرين. هذا وقد قررت أحاديث كثيرة واردة عن الرسول صلى الله عليه وسلم ومن ذلك قوله: "من اطّلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل لهم أن يفقوا عينه" رواه أحمد والنسائي. وهذه النصوص تقرر حق الفرد في مقاومة الاعتداء الواقع على حياته الخاصة ودفعه، لأنه اعتداء على حقه في الأمن والاحتفاظ بأسراره.

مفهوم هذه البيانات (المطلب الأول)، المخاطر التي تهدد البيانات الشخصية (المطلب الثاني)، ثم الحماية القانونية للبيانات الشخصية (المطلب الثالث)

### المطلب الأول: مفهوم البيانات الشخصية

أصبحت حماية البيانات الشخصية للمستهلك والبيانات الشخصية بصفة عامة موضوع خلاف في العالم الرقمي مع مشاركة الكثير من الأفراد مسائلهم الخاصة عبر الشبكات الاجتماعية. فماذا نقصد بالبيانات الشخصية (الفرع الأول)، وما هي أنواعها (الفرع الثاني)، وما هو مجال تحريك البيانات (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تعريف البيانات الشخصية

لم ينص القانون الجزائري صراحة في القانون المدني على حماية الحق في الحياة الخاصة، بل أشار في المادة 47 عن الحقوق الملازمة للشخصية. أما المادة 39 من الدستور تنص على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة...سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة". وفي المواد 303 و 303 مكرر قانون عقوبات، جعل الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة جريمة يعاقب عليها القانون.

اعترف المشرع الفرنسي بالحق في احترام الحياة الخاصة للشخص، فالحياة الخاصة تتقرر عنده للحق وليست للحرية، وخصه بالحماية بمجرد الاعتداء عليه بصرف النظر عن مدى خطورة الضرر باعتبار أن الضرر أمر مفترض، ويمكن لصاحب الحق في حالة وقوع اعتداء عليه اللجوء إلى القضاء لاتخاذ الإجراءات لوقفه أو منعه دون إثبات عنصر الضرر، وبذلك تكون هذه الحماية أكثر فعالية مما لو تركت لقواعد المسؤولية المدنية التي تثبت بعناصرها الثلاث: الخطأ، الضرر، علاقة السببية<sup>(1)</sup>.

حظي مبدأ الحق في الخصوصية باهتمام كبير سواء من جانب الهيئات والمنظمات الدولية أو من جانب الدساتير والنظم القانونية، فعلى الصعيد الدولي نجد أن

<sup>(1)</sup> علي أحمد عبد الزغبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2006، ص 147.

الاهتمام يبرز في صورة اتفاقيات دولية، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 217 المؤرخ في 10/12/1948 في المادة 12 منه، فضلا عن المؤتمرات الدولية التي انعقدت في أنحاء العالم للبحث عن أفضل الوسائل لحماية هذا الحق، كالقرار الصادر من المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان في الفترة من 22 أبريل إلى 13 ماي 1968 والذي هدف في مضمونه إلى حماية حق الإنسان في حياته الخاصة، وأيضا مؤتمر حقوق الإنسان المنعقد خلال 1968 في مونتريال بكندا، الذي وجه الأنظار إلى الأخطار الجديدة الناجمة عن التطورات التقنية والعلمية على هذا الحق مثل التجسس الالكتروني، أضف إلى ذلك مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة الذي انعقد بمدينة الإسكندرية<sup>(1)</sup>.

هذا ونميز أربعة أنواع من الخصوصية وهي:

- الخصوصية الجسدية أو المادية: والتي تتعلق بالحماية الجسدية للأفراد ضد أية إجراءات ماسة بالنواحي المادية لأجسادهم، كفحوص الجنيات وفحص المخدرات.
- خصوصية الاتصالات: تغطي سرية وخصوصية المراسلات الهاتفية والبريد وغيرها من الاتصالات.
- الخصوصية الإقليمية: تتعلق بالقواعد المنظمة للدخول إلى المنازل وبيئة العمل أو الأماكن العامة التي تتضمن التفتيش والرقابة الالكترونية والتوثيق من الهوية.
- خصوصية المعلومات - وهي التي تهمننا في هذا البحث - والتي تتضمن القواعد العامة التي تحكم جمع وإدارة البيانات الخاصة كمعلومات بطاقة الهوية والمعلومات المالية والسجلات الطبية والسجلات الحكومية وهي المحل الذي يتصل عادة بمفهوم حماية البيانات.

---

(1) حسين بن سعيد الغافري، الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ظل مشروع قانون المعاملات الالكترونية العماني، ورقة مقدمة لمؤتمر أمن المعلومات والخصوصية في ظل قانون الانترنت في القاهرة يومي 02-05/07/2008، ص 05.

يعتبر مبدأ الخصوصية المعلوماتية، الذي يقصد به حق الشخص في أن يتحكم بالمعلومات من المبادئ القديمة، إذ يجد أساسه في أيام هيداي HEYDEY للصحافة الصفراء خلال الربع الأخير من القرن 19م<sup>(1)</sup>.

عرف المؤلف الأمريكي ويستن WESTIN في كتابه الخصوصية والحرية خصوصية المعلومات إلى أنها "حق الأفراد في تحديد متى وكيف وإلى أي مدى تصل المعلومات عنهم للآخرين". أما المؤلف ميلر MILLER في كتابه الاعتداء على الخصوصية، فقد عرفها بقدرة الأفراد على التحكم بدورة المعلومات التي تتعلق بهم<sup>(2)</sup>. إن المفهوم الأساسي وراء حماية البيانات، هو أن للأفراد الحق في السيطرة على جمع واستخدام البيانات التي قد تحدد هويتهم من خلال (البيانات الشخصية). كما تخضع حماية البيانات، مثلها مثل الخصوصية، إلى قيود معينة.

عرف قانون الخصوصية لعام 1988 في استراليا وذلك باستخدام مبادئ OCED للخصوصية لعام 1980 البيانات الشخصية بأنها : تعني المعلومات أو الآراء، بما في ذلك معلومات أو رأي يشكل جزءا من قاعدة بيانات، سواء سجلت في شكل مادي أم لا عن فرد هويته واضحة، أو يمكن التأكد بشكل معقول، من المعلومات أو الآراء. و هذا يثير مسألة منطقية، تفترض أنه من الممكن نظريا لتحديد هوية الشخص من المعلومات الأساسية التي لا تتضمن اسم وعنوان بسيط ولكن تحتوي على القرائن التي يمكن تتبعها للتأكد من صلته بها فقط، وبالتالي قد أضاف المشرع الاسترالي مجالا أوسع لتعريف البيانات الشخصية من المشرع الأمريكي<sup>(3)</sup>.

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن البيانات الشخصية هي البيانات و المعلومات التي تتعلق بشخص طبيعي أو اعتباري محدد و معروف أو قابل للتعريف عن طريق تلك

(1) حسين بن سعيد الغافري، المرجع السابق، ص 08.

(2) المرجع نفسه، ص 07.

(3) مروة زين العابدين صالح، الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الانترنت، (بين القانون الدولي الاتفاقي والقانون الوطني)، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2016، ص 71.

البيانات و التي تستخدم لتمييز الشخص عن غيره و تحديد هويته، سواء كانت تلك البيانات دقيقة أم غير دقيقة، تعد في حد ذاتها بيانا أو تحتاج إلى معلومات إضافية للتوضيح سواء كانت في شكل مادي أم إلكتروني و كل بيان أو معلومة يعبر عن الحالة العقلية، الصحية، الثقافية، الاجتماعية أو المهنية وكل ما يربط بالشخص و معاملاته وآرائه أو آراء الغير فيه تعد بيانات شخصية .

### الفرع الثاني: أنواع البيانات الشخصية

يمكن دراسة البيانات الشخصية من أكثر من زاوية و ذلك مع التطور البشري، فلم تعد تلك البيانات مقصورة على الاسم والعنوان بل تطور المفهوم ليشمل<sup>(1)</sup>:

- البيانات عبر وسيط شبكي (من الناحية التكنولوجية).
- البيانات من الناحية الاجتماعية أو المنظور الاجتماعي.
- البيانات من الناحية المهنية و التعليمية.
- البيانات من الناحية الصحية.

### أولاً: البيانات من الناحية التكنولوجية

هي كل البيانات التي يتم تداولها عن طريق استخدام وسيط إلكتروني، أو معالجة ونقل البيانات عن طريق العالم الافتراضي للبيئة الإلكترونية بواسطة وسيط يديرها ويتحكم في تدفقها<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: البيانات من الناحية الاجتماعية

من الناحية الاجتماعية يعد الاسم<sup>(3)</sup> و الموطن من أساس البيانات الشخصية.

(1) حسين بن سعيد الغافري، المرجع السابق، ص 80.

(2) منى تركي الموسوي، المرجع السابق، ص 12.

(3) يقصد بالاسم هنا اسم العائلة أي اللقب (le nom de famille) دون الاسم الدارج المألوف (le prénom)، وما تجدر الإشارة إليه إلى أن الأصل العام في كل التشريعات و المجتمعات أن تتبع الشخص - بحكم النسب- أبيه ومن باب أولى يأخذ اسمه وفي هذا الصدد، من المستقر عليه أن هذا المبدأ لا رجعة فيه في المجتمعات و الدول الإسلامية أما في غيرها من الدول- العربية منها خاصة- وان بقي هو الأصل فقد بدأت بعض الدول تتراجع عنه "باسم المساواة بين الرجل و المرأة"، مثلاً صدر بفرنسا قانون 04 مارس 2002 تم إدماجه في القانون المدني تحت عنوان: "des

**1- الاسم:** هو الوسيلة التي يتميز بها الشخص عن غيره. و للاسم معنيان، معنى ضيق و يقصد به الاسم الشخصي، و المعنى الثاني يقصد به اللقب و الاسم.

والاسم هو ذلك العنصر الذي ينادى ويعرف به الشخص وكل أفراد عائلته الذي يحملون الاسم نفسه، ويختلف الاسم باختلاف المجتمعات. كما أنه إذا غاب هذا الاسم أصبح من الصعب التمييز بين الأشخاص. لذلك فهو يرتبط ارتباطا وثيقا بحالة الشخص وشخصيته<sup>(1)</sup>.

وهناك أنواع أخرى للاسم يحميها القانون إذا استعملت بصفة مستمرة، و حمايتها تكون بقدر حماية الاسم المدني، ومن ذلك نجد اسم الشهرة، الاسم المستعار، الاسم التجاري.

- اسم الشهرة: وهو اشتهار الشخص باسم آخر بين الناس و اسم الشهرة هو من صنع الغير.

- الاسم المستعار: ويطلقه الشخص على نفسه بقصد معين كإخفاء شخصيته في مناسبة معينة و قد يكون الغرض سياسيا كتسمية رجال المقاومة بأسماء مستعارة لإخفاء أسمائهم الحقيقية.

- الاسم التجاري: هو استخدام التاجر اسما يمارس تحته تجارته و يكون مميزا لمحله التجاري، وعنصر من عناصره و هو حق مالي قابل للتصرف فيه.

**02- الموطن:** هو المكان الذي يقطنه الفرد أو يستخدمه لإدارة نشاط معين للفرد و غالبا ما يتكون من رقم العقار واسم الشارع و المنطقة، و في هذا السياق يجب التفرقة بين العنوان والمحل القانوني، فالمحل القانوني هو ذلك العنوان الذي يختاره الشخص لتلقي

---

regles de la dévolutions du nom de la famille " أي قواعد انتقال الاسم العائلي، دخل هذا القانون حيز التنفيذ في 01 جانفي 2005، ومنذ ذلك الحين للأبوين في اختيار إعطاء المولود اسم الأب أو اسم الأم أو الاثنين معا.  
<sup>(1)</sup> MAZEAUD (H.L et J) CHABAS (F), Leçons de droit civil, Les personnes, Tome 1, 2<sup>ème</sup> vol, 8<sup>ème</sup> édition, Montchrstien, 1997 p 117.

المراسلات و المدرج في العقود التي يبرمها و قد يكون هذا العنوان عنوان السكن أو العمل أو حتى مكتب المحامي الذي يوكله الشخص.

### ثالثا: البيانات من الناحية الصحية

تعرف البيانات الشخصية الصحية بأنها أي معلومات عن التاريخ الصحي للشخص أو تاريخ التشخيص و التي يمكن أن تستخدم لتعريف شخص بعينه، و التي قد استخدمت من قبل لتقديم خدمة طبية مثل التشخيص أو العلاج، بالإضافة إلى بيانات الحمض النووي للشخص و غيرها من التحاليل و الفحوصات الطبية الخاصة بالشخص. يعرف البعض السر الطبي بأنه: كل أمر وصل إلى علم الأمين ولو لم يدل به أحد إليه، كما لو وصل إليه صدفة أو عن طريق الخبرة الفنية، ومثال ذلك المرأة التي رخصت للطبيب بأن يفحص أعضائها التناسلية، لا يمكن القول أنها لم تعهد إليه بشيء لأنها بتسليمها نفسها للطبيب من أجل فحصها تكون قد عهدت إليه بكل ما يمكن أن يحصل عليه من المعلومات نتيجة للأبحاث التي يقوم بها<sup>(1)</sup>.

### رابعا: البيانات من الناحية المهنية و التعليمية

تعتبر البيانات التي ترتبط بالتاريخ الوظيفي للشخص بيانات شخصية كذلك المتعلقة بأدائه الوظيفي و كذلك رقم تعريفه في العمل، المرتبات، الاستحقاقات المادية والمعنوية، إجراءات الاختيار و التعيين و المراقبة أثناء العمل من خلال المكاتب و البريد الإلكتروني.

### الفرع الثالث: مجال تحريك البيانات الشخصية

يتبادل المستهلك عبر الانترنت والمهني المعلومات بوسائل إلكترونية عديدة، ومن أمثلة هذه الوسائل: البريد الإلكتروني، ونظام التبادل الإلكتروني للبيانات.

<sup>(1)</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 15.

## أولاً- عن طريق البريد الإلكتروني

تقوم فكرة البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل الإلكترونية والملفات والرسوم والصور والأغاني والبرامج...، عن طريق إرسالها من المرسل إلى شخص أو أكثر وذلك باستعمال عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه بدلاً من عنوان البريد التقليدي. يشبه صندوق البريد الإلكتروني صندوق البريد العادي فكل مشترك صندوق بريدي في عالم الانترنت، مع وجود فارق جوهري يتمثل في أنه في صندوق البريد الإلكتروني توجد الرسائل المرسلة إليك وتلك التي سبق لك إرسالها والرسائل الملغاة<sup>(1)</sup>.

## ثانياً - عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات

عرف قانون الاونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة 2/2 تبادل البيانات الإلكترونية بأنه: "نقل المعلومات إلكترونياً من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"<sup>(2)</sup>. تستخدم تقنية التبادل الإلكتروني EDI لغرض تبادل المعلومات والاستفسارات عن السلع وأسعارها وإصدار أوامر الشراء والاستفسار عن وقت شحنها ووصولها، فيتم إرسال العمليات التجارية بعد إعدادها وفق معيار خاص صمم لهذه التقنية، هناك معايير تستخدم لغرض تبادل البيانات الإلكترونية مثل المعيار الأمريكي ANSI x12 وهو معيار يستخدم داخل الولايات المتحدة في مجال التجارة وفي المجال الحكومي، المعيار الأوروبي EDIFACT هو معيار يستخدم بين الدول الأوروبية، بعد ذلك تدخلت الأمم المتحدة ووجدت معياراً دولياً تستخدمه جميع الدول لغرض تبادل البيانات الإلكترونية<sup>(3)</sup>.

(1) خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، مداخلة أقيمت بمؤتمر وورشة عمل بعنوان "التجارة الإلكترونية وأمن المعلومات (الفرص والتحديات)"، المنعقد بالقاهرة في الفترة الممتدة من 16-20 نوفمبر 2008، ص 07.

(2) القانون منشور في الموقع التالي:

[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf)

(3) محمد بن أحمد السديري، التجارة الإلكترونية، تقنيات واستراتيجيات التطبيق، مقال منشور على الرابط الإلكتروني:

<http://faculty.ksu.edu.sa/mas/Published%20Papers/EC%20STRATEGY.pdf>

هناك ثلاث طرق للاستخدام تقنية تبادل البيانات الإلكتروني EDI لإتمام العملية التجارية إلكترونياً، من خلال الاتصال المباشر وهو مكلف جداً، أو من خلال الشركات الوسيطة مباشرة "شركات القيمة المضافة" VAN<sup>(1)</sup> أو استخدام تقنية تبادل البيانات الإلكتروني من خلال الإنترنت EDI/INTERNET، والتقنية الأخيرة أقل تكلفة حيث لا تتطلب استثمار ضخماً في تقنية المعلومات لذلك نجد أنها لاقت رواجاً في بيئة الشركات المتوسطة والصغيرة<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: المخاطر التي تهدد خصوصية البيانات الشخصية المتداولة عبر الإنترنت

تشمل البيانات المنقولة والمتبادلة، بروتوكول الإنترنت لحواسيب الأفراد المتصفحات المستخدمة، نوع الحاسوب المستخدم، وآخر ما قام به المستخدم في زيارته الأخيرة للموقع، وربما المواقع الأخرى التي زارها، فهذه المعلومات تكون كافية للتعرف عن الشخص، يتم اصطياها وجمعها في نقاط عديدة عبر الرحلة عبر الشبكات، يمكن أن تتوفر لإعادة استخدامها أو إفشائها. فالسؤال المطروح ما هو أثر تقنية المعلومات على حماية الحياة الخاصة (الفرع الأول)، وما هو الإطار الأساسي لمبادئ خصوصية المعلومات (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: أثر تقنية المعلومات على حماية البيانات الخاصة

تتزايد مخاطر التقنيات الحديثة على حماية الخصوصية، كتقنيات رقابة (كاميرات) الفيديو، و بطاقات الهوية والتعريف الإلكتروني، وقواعد البيانات الشخصية، و وسائل اعتراض و رقابة البريد و الاتصالات، و رقابة بيئة العمل و غيرها. وإن الشعور بمخاطر تقنية المعلومات وتهديدها للخصوصية نما وتطور بفعل الحالات الواقعية للاستخدام غير المشروع للبيانات الشخصية، واتساع دائرة الاعتداء على

(1) الشبكات الوسيطة VAN هي شركات تستأجر خطوط اتصالات من شركات الهاتف وتقدم خدمة اتصالية وربط شبكي إلى زبائنها وهم في الغالب شركات تجارية لتسهيل لهم نقل البيانات والمعلومات إلى عملائهم.  
(2) محمد بن أحمد السديري، المرجع السابق.

حق الأفراد لحماية الحق في الحياة الخاصة، و بالضرورة إيجاد التوازن بين حاجات المجتمع لجمع وتخزين و معالجة البيانات الشخصية، وكفالة حماية هذه البيانات من مخاطر الاستخدام غير المشروع لتقنيات معالجتها. فالتطور الهائل في مجال تكنولوجيا المعلومات يؤثر على حرمة البيانات الشخصية، فهل للبيانات خصوصية في ظل تطور تكنولوجيا المعلومات، و ما هي المصادر التي تهددها؟.

### أولاً: خصوصية البيانات في ظل تطور تكنولوجيا المعلومات

أصبحت خصوصية البيانات (أو المعلومات) إحدى حقول البحث متزايدة الأهمية في عصرنا الحالي -عصر تقنية المعلومات-، خاصة في إدارة بيانات المؤسسات والإدارات الحكومية و كذلك الشركات الخاصة التجارية والخدمية والصحية، تلك التي تقوم بتخزين مئات الآلاف أو الملايين من سجلات العملاء أو المواطنين، والتي تتضمن بياناتهم الشخصية و اهتماماتهم، والأنشطة التي قاموا بها وميولهم، مع الإمكانية الجبارة في تحليل هذه البيانات و مقارنتها و سهولة نقلها بين القارات في ثوان معدودة<sup>(1)</sup>.

يقول "روبرت بوي" Robert M.bowie أن التقنوقراطية، وهي تملك الكمبيوترات قد تصبح على درجة بالغة من القوة بحيث تحبس الحياة الخاصة داخل حدود ضيقة، وتكيف حياة الفرد و أسرته بهذه الأجهزة في اللحظة التي تكون لها ذلك مصلحة اقتصادية أو اجتماعية، وبذلك يصبح الإنسان معاملاً كالأرقام بكمبيوتر مسلوب الإرادة في اتخاذ قراراته بوعي واستغلال، ومفرغاً أخيراً من شخصيته، و أن ما يهدد الجنس البشري ليس حرباً نووية، بل جهاز كمبيوتر<sup>(2)</sup>.

ونظراً لعدم توفر القدر الكافي من الحماية القانونية عبر شبكة الانترنت فإن المعلومات المعلنة من قبل الأفراد تكون بمثابة التنازل الضمني عن تلك المعلومات، وهذا

(1) مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 311.

(2) صالح جواد كاظم، التكنولوجيا الحديثة و السرية الشخصية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، العراق، 1991، ص 379.

لا يمنع وجود وسائل الحماية مثل رسائل التأكيد و سياسات الخصوصية، ولكن هذه الضمانات لا توفر القدر الكافي من حماية خصوصية البيانات المعلن عنها. وأتاحت التكنولوجيا و تقنية المعلومات قدرا هائلا من المرونة وسهولة الحصول على المعلومات، و هذا يعد سلاحا ذو حدين فسهولة الوصول لبيانات وإمكانية معالجتها والاستفادة منها على جانب، ومن ناحية أخرى عدم توفير الحماية اللازمة لخصوصية تلك المعلومات وعلى ذلك يجب الموازنة بين الاستفادة من الإفصاح عن البيانات و توفير الحماية اللازمة لها.

أكدت دراسة استقصائية<sup>(1)</sup> حول اتساع مستخدمي شبكة الانترنت بشكل هائل وسريع عبر معظم دول العالم، إذ تشير الإحصاءات الواردة من الاتحاد الدولي للاتصالات السلكية و اللاسلكية (ITU)، إلى أنه بين العام 2005 و 2010 فقط تضاعف عدد المستخدمين للانترنت، ففي العام 1995 فقط 0.4 بالمائة من سكان العالم كانوا يستخدمون الانترنت، وبحلول شهر مارس 2011 ارتفعت هذه النسبة حتى وصلت إلى 30.2 بالمائة و هو ما يعادل أكثر من ملياري مستخدم للانترنت، منهم 1.2 مليار في الدول المتقدمة. وقد ذكر تقرير جديد صادر عن لجنة النطاق العريض التابعة للأمم المتحدة أن عدد مستخدمي الإنترنت عالمياً وصل إلى 3.5 مليار شخص في نهاية عام 2016 ، وهو ما يُمثل 47% من إجمالي سكان العالم.

إن شيوع استخدام الانترنت، ومخاوف تهديد الخصوصية، يثير مسألة الأهمية الاستثنائية للحماية القانونية - إلى جانب الحماية التقنية للبيانات الشخصية- ومن العوامل الرئيسية في الدفع نحو و جوب توفير حماية تشريعية وسن قوانين في هذا الحقل انه و قبل اختراع الكمبيوتر، فإن حماية البيانات الشخصية كانت تتم بواسطة النصوص الجنائية التي تحمي الأسرار التقليدية (كحماية الملفات الطبية أو الأسرار المهنية بين

(1) توبي مندل، دراسة استقصائية عالمية حول خصوصية الانترنت و حرية التعبير، سلسلة اليونيسكو بشأن حرية الانترنت 2013/11/28، ص 102. منشورة على الموقع التالي:

<http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002182/218273A.pdf>

المحامي والموكل) وعلى الرغم من ذلك فإن هذه النصوص التقليدية لحماية شرف الإنسان وحياته لا تغطي إلا جانباً من الحقوق الشخصية.

هذا ونظراً إلى المخاطر التي تستهدف الخصوصية في ظل جمع و تخزين ونقل المعلومات في بيئة الوسائل التقنية الجديدة، دفعت العديد من الدول لوضع تشريعات ابتداء من السبعينات، تتضمن قواعد إدارية ومدنية و جنائية من أجل حماية الخصوصية وتوصف بأنها تشريعات سرية، كما أن هذه المخاطر، وما يتفرع منها من مخاطر أخرى كانت محل اهتمام دولي و إقليمي و وطني أفرز قواعد و مبادئ تتفق و حجم هذه المخاطر، كوجوب مراعاة الدقة في جمع البيانات و كفاءة صحتها و سلامتها، و اتخاذ تدابير أمنية و معالجتها و خزنها و نقلها، وإقرار مبدأ حق المشاركة الفردية في تعديل وتصحيح و طلب إلغاء البيانات، و جوب تحديد الغرض من جمعها و مدة استخدامها، وإقرار مبدأ مسؤولية القائمين على وظائف بنوك المعلومات لأي تجاوز أو مخالفة للمبادئ الموضوعية و الشكلية في جمع و معالجة و تخزين و نقل البيانات الشخصية، وهذه المبادئ أكدت عليها تشريعات حماية الحياة الخاصة<sup>(1)</sup>.

في الأخير فإن هوبال رغم من المنافع الكبيرة التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات وشبكات المعلومات العالمية فإنها أيضاً أوجدت خطراً حقيقياً تمثل في إمكانية جمع المعلومات و تخزينها والاتصال بها والوصول إليها، وجعلها متاحة على الخط قابلة للاستخدام من قبل مختلف قطاعات الأعمال والأجهزة الخلوية بدون علم ومعرفة صاحب المعلومات. هذا و نتساءل عن المصادر التي تهدد خصوصية هذه المعلومات؟.

---

(1) منى تركي الموسوي، المرجع السابق، ص 314-315.

ثانياً: مصادر تهديد خصوصية المعلومات الشخصية عبر الانترنت

تتنوع المصادر التي تهدد خصوصية البيانات في البيئة الرقمية نذكر منها:

### 1 سهولة تحديد هوية المستخدم:

ثمة كم هائل من الوسائل المختلفة التي يتم من خلالها تحديد هوية مستخدمي الانترنت، بدءاً من التسجيل الأولي من خلال مزودي خدمات الانترنت أو في مقاهي الانترنت، إلى ترقيم و تحديد أجهزة الانترنت التي غالباً ما تكون مرتبطة بحسابات تؤدي إلى معرفة الهوية الفردية التي توفرها متصفحات الانترنت أو تحفظها ملفات تعريف الارتباط، فضلاً عن عناوين بروتوكول الانترنت التي يتم تخصيصها لمستخدميها، وجميع هذه الإجراءات تساعد على إظهار هوية مستخدم الانترنت<sup>(1)</sup>.

إن من مخاوف الخصوصية في العالم النامي على وجه التحديد، و في بعض أجزاء من العالم المتقدم، تسجيل المستخدم على الانترنت، سواء للاستخدام قصير الأمد أو طويل الأمد، فقد يتم تعريف هوية المستخدم كجزء من إجراءات التسجيل في مقهى الانترنت أو كجزء من إجراءات الاشتراك في الشبكة اللاسلكية أو من خلال شراء هاتف نقال، وعلى ذلك فإن مثل هذا التسجيل يعرض للتنازل عن الحق في خصوصية البيانات، ومن أسباب المخاوف الأخرى تقييد التعبير دون الكشف عن الهوية و التأثيرات التي تنتج عن آليات تعريف الهوية هذه<sup>(2)</sup>.

هذا بالإضافة إلى سهولة الكشف عن هوية مستخدمي شبكة الانترنت نجد تقنية

الكوكيز التي تعمل على اصطياد البيانات الشخصية.

### 2- اصطياد البيانات الشخصية و تقنيات الكوكيز

الكوكيز كلمة انجليزية تعني ملفات تعريف الارتباط، و هي معلومات يتم تخزينها من قبل متصفح الويب الخاص بك عن الإجراءات التي أنجزت سابقاً على موقع ما على

(1) مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 329.

(2) رشاد عبد الله، الانترنت في مصر و العالم العربي، آفاق للنشر و التوزيع، مصر، 2005، ص 16.

الانترنت. و هذه المعلومات تمكنك أن تكون أي إجراء لمشترياتك على الانترنت معلومات تسجيل الدخول الخاصة بك، و الصفحات التي قمت بزيارته، الأزرار التي نقرت عليها والقائمة تطول و تطول.

إن تقنيات الكوكيز يجري تخزينها بمجرد زيارة الموقع على القرص الصلب لجهاز المستخدم، وتمكن الموقع من جمع المعلومات باستمرار عن المستخدم و التي تتعلق باشتراكه على الخط و المواقع التي تم زيارتها وما يفضله و مقدار مكوثه في الموقع وغير ذلك.<sup>(1)</sup>

إن رسائل الكوكيز، وبعيدا عن فوائدها، مثلت و سيلة مهمة لملاحقة و اقتفاء أثر المستخدمين و جمع المعلومات عنهم و تحليلها لغايات الإعلان و لغايات الدراسات التسويقية على الخط. و لم تكن هذه المعلومات بعيدة عن الاستغلال في أغراض غير مشروعة أو على الأقل لا علم لصاحبها بها و لم تتح له خيارات هذا الاستخدام أو رفضه<sup>(2)</sup>.

يعتبر الكوكيز بالنسبة لأغلبية المستخدمين، وسيلة رائعة لتوفير الوقت و الطاقة والتكرار عن طريق تخزين معلومات مثل كلمات السر أو صفحات الويب التي قمت بزيارتها سابقا للحد من التكرار و الكثير من إعادة كتابة المعلومات مرارا و تكرارا. في حين أن مستخدمين آخرين يجدونها مضرّة و لا يرجحون تخزين أي معلومات حول نشاطك بالويب. لحسن الحظ، هناك خطوات يمكن اتخاذها لتعزيز الخصوصية وإزالة ملفات تعريف الارتباط لمن يرغب ذلك، ولكن هذا يكون سلوك شخصي يستعمله المستخدم صاحب الدراية بتقنيات الانترنت و لا تتاح للمستخدم العادي<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> يونس عرب، المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي، مقال منشور على الموقع

التالي: [www.tootshamy.com](http://www.tootshamy.com)

<sup>(2)</sup> المرجع نفسه، ص 07.

<sup>(3)</sup> مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 333.

أما الوسيلة الأخطر فهي ما تعرف بـ (برمجيات التنبع و الالتقاط/الشم) وهي وسيلة تتبع لجمع أكبر قدر من المعلومات السرية و الخاصة عن طريق ما يعرف بأنظمة جمع المعلومات (تشممها)<sup>(1)</sup>.

### 3- محركات البحث و الاتجار بقواعد بياناتها.

إن محركات البحث، تمثل الوسيلة الأهم من بين وسائل الوصول المباشر للمعلومات المطلوبة من قبل المستخدم، و هي تتباين في أدوارها و وظائفها و فعاليتها لكن ما يجمعها أنها أمست طريق المستخدمين لطلب المعلومات، فهي تتيح الوصول للموضوع ذاته أو للمواقع المهمة بالموضوع مدار البحث، و تتيح الآن الوصول للأشخاص أو الوصول لأجزاء المعلومات، كما يتيح تطورها التقني استخدام أكثر من لغة في عملية البحث و البحث عن مواد بأكثر من لغة<sup>(2)</sup>.

ومن الحوادث الشهيرة في هذا الحقل، ما أعلن في 1998 من أحد أكبر مواقع الانترنت التجارية (Double click)، سيزود معلومات زبائنه -بشأن قراراتهم و تسويقهم و عادات التسلية الخاصة به- إلى نظام طورته إحدى شركات و لاية ماسشيوستش التي كانت بدورها تتبع أكثر من 30 مليون مستخدم و تسجل ما يقومون به، و ما يقرؤون بدون علم المستخدمين<sup>(3)</sup>.

في الأخير ونظرا للمصادر التي تهدد خصوصية المعلومات الشخصية يرى البعض<sup>(4)</sup> أن الحل الأمثل للبيئة العربية، التوجه نحو وضع تشريع متكامل ينظم استخدام تقنيات المعلومات ، وتوضيح كل حلقاتها سيساهم في إدراك المخاطبين بأحكامها لهذه المسائل، فلا يقوم الخلط بين مفرداتها بقدر تعدد تشريعاتها، و لا نكون بحاجة في كل

<sup>(1)</sup> يونس عرب، المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي، المرجع السابق.  
<sup>(2)</sup> \_\_\_\_\_، خصوصية البيانات الرقمية، ميم: سلسلة أوراق الحق في المعرفة، مركز دعم لتقنية المعلومات 2013،

مقال منشور على الموقع التالي: <https://sitcegypt.org/?p=1568>

<sup>(3)</sup> راجع لورنس م. أوليفيا، أمن تقنية المعلومات، ترجمة محمد عبد الستار، مركز دراسات الوحدة العربية، مصر 2011، ص 138.

<sup>(4)</sup> مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 347.

تشريع لتحديد المفاهيم ذاتها، وسيسهل علينا عندها التوقف بين المعايير والمصالح، وسيكون التشريع هذا انعكاساً لنظرية قانون الكمبيوتر الواحدة، وسيوفر علينا جهود وكلفة إنشاء الهيئات المتعددة بل و التي أثبتت القراءة الأولية لبعض المشاريع القانونية العربية والقليل الذي أقر في حقل التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية، أن التشتت والتعارض وعدم الفعالية سيكون مصير هذه التجارب.

### الفرع الثاني: الإطار الأساسي لمبدأ خصوصية المعلومات

إن حماية الخصوصية في البيئة الرقمية عملية وليست مجرد إجراء و بقدر الإحاطة بأهمية الحماية و فعالية وسائلها بقدر ما يتحقق إتاحة الثقة بالتقنية لدى مستخدميها، وتوفر الثقة هو العنصر الأول و الرئيسي لتسهيل الاندماج بالمجتمع الرقمي و تجلياته، وإن وضع إطار لحماية الخصوصية يتيح تجاوز تهديداتها و التشجيع على الاندماج في المجتمع الرقمي.

وفي هذا المجال فإن الاعتقادات الخاطئة أنه مجرد التزام جهات جمع البيانات باحترام الخصوصية يحقق الحماية أو يحقق مساءلتها إن حصل إخلال، و الخطأ الأكثر خطورة إغفال أهمية الحماية القانونية الشمولية و تكاملها مع الحماية التقنية و الخطوات التنظيمية<sup>(1)</sup>.

ويثور التساؤل حولاً كيفية تحقيق التوازن بين الحق في خصوصية البيانات والاستفادة منها (أولاً)، وهل الحفاظ على خصوصية البيانات مسؤولية المستهلك وحده أو مسؤولية قطاع الأعمال (ثانياً)، وكيفية الموازنة بين الحماية ومعالجة البيانات بأنواعها المختلفة (ثالثاً).

### أولاً: التناقض بين الحق في الحماية و الاستفادة من إعلان البيانات الشخصية

في الحقيقة إن استخدام وسائل التقنية العالية في ميدان جمع ومعالجة البيانات الشخصية من قبل الدولة أو القطاع الخاص، قد عمق التناقضات الحادة التي برزت منذ

<sup>(1)</sup> مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 371.

القدم بين حق الأفراد في الحياة الخاصة، وموجبات الاطلاع على شؤون الأفراد ، وتتمثل هذه التناقضات، بمعالم أربعة رئيسة<sup>(1)</sup>:

- 1- التناقض بين حق الحياة الخاصة و حق الدولة في الإطلاع على شؤون الأفراد.
  - 2- التناقض بين حق الفرد في الاحتفاظ بسريته، ومصالحته في كشف حياته الخاصة ليتمتع بثمار هذا الكشف.
  - 3- التناقض بين الحياة الخاصة، والحق في جمع المعلومات لغايات البحث العلمي، أو حرية البحث العلمي.
  - 4- التناقض بين الحق في الحياة الخاصة وبين حرية الصحافة و تبادل المعلومات. هذا و تتزايد مخاطر التقنيات الحديثة على حماية الخصوصية، كتقنيات رقابة الكاميرات، وبطاقة الهوية و التعريف الإلكتروني، و قواعد البيانات الشخصية، ووسائل اعتراض و رقابة البريد و الاتصالات، و رقابة بيئة العمل و غيرها<sup>(2)</sup>.
- إن هذه المخاطر كانت محل اهتمام دولي و إقليمي و وطني أفرز قواعد ومبادئ تتفق و حجم هذه المخاطر، كوجوب مراعاة الدقة في جمع البيانات، و كفالة صحتها وسلامتها، و اتخاذ تدابير أمنية لمعالجتها و خزنها ونقلها، و إقرار مبدأ حق المشاركة الفردية في تعديل وتصحيح و طلب إلغاء البيانات، و و جوب تحديد الغرض من جمعها و مدة استخدامها، و إقرار مبدأ مسؤولية القائمين على وظائف بنوك المعلومات لأي تجاوز أو مخالفة للمبادئ الموضوعية و الشكلية في جمع و معالجة و تخزين و نقل البيانات الشخصية، و هذه المبادئ أكدت عليها أيضا تشريعات حماية الحياة الخاصة.

---

(1) محمود عبد الرحمان محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 23-53. وفي نفس السياق عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان، الدار العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2000، ص 85.

(2) أحمد جاد منصور، ضمانات الحق في حرمة الحياة الخاصة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2013 ص53.

وثمة خمسة مبادئ أساسية تحتم الممارسات العادلة والمقبولة أو النزيهة في نطاق خصوصية المعلومات أو حماية البيانات الشخصية في البيئة الرقمية، وهذه المبادئ هي<sup>(1)</sup>:

**الإبلاغ:** و يراد بهذا المبدأ أن مستخدمي المواقع يتعين إبلاغهم من قبل مزود الخدمة ما إذا كان الموقع أو مقتضيات الخدمة ينطويان على جمع بيانات شخصية و إلى أي مدى تستخدم هذه البيانات.

**الاختيار:** و يوجب هذا المبدأ التزام الشركات صاحبة المواقع أو مزودي الخدمة بتوفير خيار للمستهلك بشأن استخدام بياناته فيما يتجاوز غرض جمعها الابتدائي.

**الوصول للبيانات:** و يوجب هذا المبدأ قدرة المستهلكين للوصول إلى بياناتهم و التثبت من صحتها و تحديثها.

**الأمن:** ويتعلق هذا المبدأ بمسؤوليات جهات جمع البيانات (المواقع و مزودي الخدمة) بشأن معايير الأمن المتعين تطبيقها لضمان سرية البيانات و سلامة الاستخدام و حظر الوصول غير المصرح به لهذه البيانات.

**تطبيق القانون:** ويتعلق هذا المبدأ بالآليات المناسبة المتعين اعتمادها لفرض الجزاءات على الجهات غير المتوافقة مع المبادئ المتقدمة و ما يتصل بها من الممارسات النزيهة بشأن جمع البيانات الشخصية في البيئة الرقمية.

**ثانيا:** حماية خصوصية المعلومات، خيار قطاع الأعمال، بقدر ما هو خيار للمستهلك أصبح موضوع الخصوصية يؤخذ على محمل الجد، و أحيانا كعامل خطير يهدد قطاع الأعمال باعتبار أن عدم الثقة بالتجارة الإلكترونية بسبب الخشية على الخصوصية يمثل عائقا فاعلا لرواج التجارة الإلكترونية ذاتها في البيئة الرقمية.

---

<sup>(1)</sup> انتصار عباس إبراهيم، أثر وسائل الاتصال في خدمات المكتبات و مراكز المعلومات، جامعة النيلين، الخرطوم السودان، 2005، ص 08.

لذلك نجد العديد من الشركات التجارية عبر الانترنت، تلجأ إلى استخدام شعارات الخصوصية نفسها في خططها التسويقية و موادها الإعلانية، و تتسابق في إظهار ما تستخدمه من تقنيات لحماية الخصوصية على الخط، وهذا كله من أجل غرس عنصري الأمن و الثقة من جهة وتشجيع التجارة الإلكترونية من جهة أخرى.

### ثالثاً: الموازنة بين الاندماج في العصر التكنولوجي و حماية معالجة البيانات الشخصية

ثمة شبه إجماع على أن فعالية حماية البيانات الشخصية من مخاطر تقنية المعلومات و كفالة حق المستهلك في الخصوصية المعلوماتية -إلى جانب القواعد القانونية الدستورية و التشريعية و تنظيم القطاعات و إقرار المعايير - تتطلب وضوح الرؤية بشأن أهمية وجود و طبيعة دور الهيئات المستقلة لحماية البيانات و بقية الهيئات ذات العلاقة بتقنية المعلومات، كهيئات حرية المعلومات و هيئات التجارة الإلكترونية (سلطات التوثيق و سلطات التشفير والتوقيعات الرقمية و سلطات أمن المعلومات إن وجدت) وهو ما يوجب أن تكون هيئات حماية البيانات -من بينها- هيئات تحظى بسلطات واسعة في حقل الرقابة و تطوير القانون، مؤهلة ومدركة للمعايير القانونية المتوازنة في حقل تقييد حق الخصوصية أو أعمال استثناءاته، أو أن تتعدد مهام الهيئة لأكثر من مجرد الحماية و تحديدا عندما يكون هناك تعارض ما ، أو عدم دقة في معيار التوازن بين ما توجبه هذه التشريعات و ما توجبه مبادئ حماية البيانات. وفي هذا الإطار، تبين لنا إن ثمة نماذج - من اتجاه تشريعي ربما يتعاضد في القريب العاجل- للربط بين حرية الوصول للمعلومات و الحق في حماية خصوصية المعلومات أو البيانات الشخصية و إيجاد توازن بينهما و محاولة توحيد جهة الإشراف أو معايير الإشراف عند تعدد الجهات<sup>(1)</sup>.

حتى تكون تدابير حماية خصوصية المعلومات فاعلة فلا بد لها من الانطلاق مما يهدد المستخدم الرقمي (المستهلك) من مخاطر استخدام و سائل تقنية المعلومات عموما

<sup>(1)</sup> مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 397-398.

و الانترنت خصوصا، و تحديدا فيما يتصل بجمع البيانات الشخصية و تكوين ملفات الحالة. و إدراك أنه ليس ثمة تجارة إلكترونية دون ثقة بالشبكة و تطبيقات التقنية فالحاجة ضرورية لاتخاذ التدابير الملائمة لإشاعة الثقة بالتجارة الالكترونية التي تهددها مخاطر الاعتداء على الخصوصية و أمن المعلومات.

### **المطلب الثالث: الحماية القانونية للبيانات الشخصية**

إن أغلب دول العالم أقرت بشكل أو بآخر الحق في الخصوصية، لكن هذا لا يعني توفر حماية كافية، خاصة إذا ما ميّزنا بين المفهوم المادي للخصوصية الذي هو أكثر شيوعا، و بين خصوصية المعلومات، الذي أضحى الشغل الشاغل في مجال التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك.

لذلك سوف نتناول في هذا المطلب التوجهات التشريعية لحماية الخصوصية المعلوماتية (الفرع الأول) وبعدها نتطرق إلى عرض الجهود الدولية والإقليمية لحماية الخصوصية المعلوماتية (الفرع الثاني).

### **الفرع الأول: التوجهات التشريعية لحماية الخصوصية المعلوماتية**

تتصل الأنظمة المعنية بحماية البيانات اتصالا مباشرا بحماية الخصوصية على شبكة الانترنت، نظرا لأنها صممت خصيصا لمعالجة ما يتعلق بجمع البيانات والخصوصية من المسائل الناتجة عن التقنيات الحديثة<sup>(1)</sup>.

لذلك يتحتم علينا في هذا الفرع تناول تاريخ قوانين خصوصية البيانات (أولا)، ثم نتطرق لبعض الأنماط والنماذج التشريعية في حقل حماية البيانات (ثانيا).

### **أولا: تاريخ قوانين حماية البيانات**

إن غالبية الدول كما سبق ذكره، أقرت في قوانينها الحق في الخصوصية سواء في دساتيرها أو بالانضمام أو بالمصادقة على الاتفاقيات الدولية التي اعترفت بهذا الحق ، وذلك في مطلع الستينات أين بدأ الاهتمام بحماية الخصوصية ومخاطر التكنولوجيات

<sup>(1)</sup> سلسلة اليونيسكو، المرجع السابق، ص 36.

الحديثة، وغالبية هذه القوانين إن لم تكن كلها اعتمدت في محتواها على قرارات مجلس أوروبا عامي 73 و 74 واتفاقية مجلس أوروبا الخاصة بحماية البيانات من مخاطر المعالجة الآلية لعام 1980، إلا أنها اعتمدت وبشكل واضح على تعليمات توجيه الاتحاد الأوروبي لحماية البيانات عام 1995<sup>(1)</sup>، الذي كرّس مفهوم خصوصية المعلومات وإقامة التوازن بين هذا الحق والحق في تدفق المعلومات عبر الحدود، وكان هذا التوجيه ملزم للدول الأوروبية بإدماجه ضمن تشريعاتها في فترة أقصاها نهاية أكتوبر 1998. صدر في عام 1997، دليل آخر لتنظيم معالجة البيانات الشخصية في قطاع الاتصالات. وإلى جانب هذا الجهد، نجد قرارات صادرة خارج أوروبا كما في اليابان وشرق آسيا و أمريكا بشأن الحق في الوصول للسجلات و الوثائق الحكومية، مضافا إليه تجربة سابقة لدى عدد من الدول كأمریکا وغيرها من أجل إتاحة و صول العموم للبيانات و الوثائق ضمن قيود و ضوابط مقررة قانونا. و قد أدت هذه التطورات إلى اتجاه العديد من الدول إلى إقرار تشريعات شاملة و مستقلة للسماح بالوصول للمعلومات، إلى جانب عشرات النصوص في العديد من دول العالم التي أخذت بتطبيق أو أكثر من التطبيقات المتصلة بهذا الحق، و العامل المشترك بينها في علاقاتها بالخصوصية، أن حق الوصول للمعلومات يستثنى منه عادة طوائف معينة من المعلومات، وفي مقدمتها البيانات الشخصية، و ذلك حماية لخصوصية الأفراد، إضافة إلى استثناء الوصول لمعلومات معينة لاعتبارات المصلحة العامة و الأمن وللعلاقة بالغير أو لحماية الأسرار التجارية أو غير ذلك<sup>(2)</sup>.

بصدور قانون حرية المعلومات البريطاني لعام 2000، تم تعديل قانون حماية

البيانات لعام 1998 في مسائل عديدة منها: إعادة تسمية مفوض حماية البيانات ومحكمة البيانات المنشأتين بموجب قانون 1998 ليصبحا مفوض المعلومات، ومحكمة

(1) مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 111-112.

(2) يونس عرب، دور حماية الخصوصية في تشجيع الاندماج في المجتمع الرقمي، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة أخلاق المعلومات (نادي المعلومات العربي)، المنعقد في 16-17 أكتوبر، عمان، الأردن، 2002، ص 134.

المعلومات مسندة لهما اختصاصات تتعلق بالحقين معا: حماية البيانات الشخصية (الخصوصية) وحرية المعلومات (الحق في الوصول للمعلومات و السجلات). (1)

### ثانيا: الأنماط والنماذج التشريعية في حقل حماية البيانات

سنت العديد من دول العالم قوانين تحمي حقوق الخصوصية ، نذكر على سبيل المثال الميثاق الدولي حول الحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966، والذي يحمي عدة مجالات تتعلق بالخصوصية مثل: عائلة ومنزل و مراسلات و سمعة الفرد، في حين أن ميثاق الأمم المتحدة حول حقوق الطفل و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، يهدفان كذلك لحماية مماثلة للخصوصية.

ولقد شهدت منظمة التعاون الاقتصادي حول حماية الخصوصية و تدفق البيانات الشخصية عبر الحدود بداية قانون الخصوصية الفيدرالي لسنة 1988.

في الآتي سنعرض نماذج من تشريعات خصوصية البيانات في بعض الدول:

#### 1- في الدول العربية

\* في الجزائر : إن تأخر الجزائر في استخدام تكنولوجيا المعلومات والانترنت، لم يقف حائلا دون أن تصدر تشريعات تكفل الحماية لأنظمة المعلوماتية، وتحفظ الأفراد من مخاطر الاستخدام السيئ لتكنولوجيا المعلومات، حيث أدرك المشرع الجزائري ضرورة عدم الاكتفاء بالنصوص العامة المشار إليها في القانون الجنائي كجريمة السرقة والنصب تجريم التقليد، وكذا الاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص، وعلى حياتهم الخاصة وإفشاء الأسرار. وسائر بذلك التطور التكنولوجي بموجب القانون رقم (2) 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المتضمن لجرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، والذي تم تعزيزه بالقانون رقم 04/09(3) المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد

(1) مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 115.

(2) قانون رقم 04-15 مؤرخ في 10/11/2004، المتضمن لجرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات ج ر عدد 71.

(3) القانون رقم 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47.

الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها. كما نص مؤخرا على ضرورة حماية بيانات المستهلك في قانون التجارة الإلكترونية.

هذا ولم يغفل المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية في صلب المادة 25 بإلزام المورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع البيانات الشخصية وتشكيل ملفات الزبائن المحتملين أن يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية. كما يجب عليه:

- الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات،
- ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات،
- الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المفروضة في هذا المجال.

**\*في المغرب:** سار المشرع المغربي مع التوجه التشريعي للعديد من الدول التي تهدف إلى تحقيق حماية فعالة للبيانات الشخصية وذلك بموجب القانون<sup>(1)</sup> 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. وتبدو أهمية هذا القانون في كونه سيساهم في تقوية ثقة المستهلك المغربي في المعاملات الإلكترونية والاستفادة من مزايا التجارة الإلكترونية.

**\* في مصر:** نجد أن مكافحة جرائم الكمبيوتر في مصر تمت معالجتها بقوانين عامة كالقانون المدني و القانون الجنائي. فنجد المادة التاسعة من القانون 260 لسنة 1980 في شأن الأحوال المدنية المعدل بالقانونين رقم 11 لسنة 1985 ورقم 158 لسنة 1980 على أن البيانات التي تحويها سجلات الأحوال المدنية تعتبر سرية، و قد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون: " أنه لما كانت هذه السجلات تحوي أدق البيانات عن حالة الشخص فقد أسبغت عليها السرية حتى يطمئن كل شخص على ما يقدمه من بيانات. إن انطلاق السرية يمتد إلى كل من لا يفرض عليه واجبه طبقا لقانون الأحوال و لائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له الإطلاع على هذه البيانات، و ذلك ما لم تصدر سلطة قضائية أو

<sup>(1)</sup> القانون المغربي رقم 09-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي الصادر بتاريخ 18 فبراير 2009.

سلطة تحقيق قرار بالاطلاع عليها أو فحصها لأن الصالح العام يفضل صالح الشخص في المحافظة على سرية بياناته، و باعتبار هذه البيانات سرا فإن إفشائها من قبل الموظف الملزم بكتمانها يوقعه تحت العقاب المنصوص عليه في المادة 310 من قانون العقوبات<sup>(1)</sup>.

\* في المملكة العربية السعودية: وافق مجلس الوزراء في المملكة العربية السعودية سنة 2007 على نظامي مكافحة جرائم المعلوماتية و التعاملات الإلكترونية، وكان ذلك للحد من وقوع الجرائم المعلوماتية و تحديد الجرائم المستهدفة بالنظام و العقوبات المقدرة لكل جريمة و مخالفة، و تحديد جهة الاختصاص بمتابعتها و تطبيق العقوبات<sup>(2)</sup>.

## 2- في أوروبا:

نضمت أوروبا قوانين خصوصية البيانات سواء على مستوى الاتحاد الأوروبي، أو على مستوى كل دولة على حدا، على سبيل المثال فرنسا.

\* في الإتحاد الأوروبي: في أوروبا تم تنظيم و تنفيذ حق خصوصية البيانات بشكل كبير و فعال. فتتص المادة رقم 08 من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان على حق احترام الحياة الشخصية و العائلية للفرد و منزله و فقا لقيود محددة.

ولأن جميع الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي من الموقعين على المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان ومعاهدة حماية الأفراد المتعلقة بالمعالجة الآلية للبيانات الشخصية، كانت المفوضية الأوروبية نوهت بأن تشريعات حماية البيانات المتباينة سوف تبرز و تعيق التدفق الحر للبيانات داخل إقليم الإتحاد الأوروبي ، لذلك قررت المفوضية الأوروبية التقدم باقتراح قانون حماية البيانات داخل الإتحاد الأوروبي ، ولقد قام

(1) أشرف فهمي خوخة، التشريعات الإعلامية بين الرقابة و حرية التعبير، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ، 2013 ص 85.

(2) محروس ناصر غايب، الجريمة المعلوماتية، 2010، بحث منشور على الرابط التالي:

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=28397>

البرلمان الأوروبي ووزارات الحكومات القومية بتطبيق حماية البيانات في عام 1995 وكان لزاما أن يتم نقله إلى القانون الوطني مع نهاية 1998<sup>(1)</sup>.

\* في فرنسا : نجد قانون رقم 17- 78 الصادر في 06 جانفي 1978 المتعلق بتكنولوجيا المعلومات و الملفات والحريات المدنية، يحمي الخصوصية ومعالجة البيانات.

### 3- الولايات المتحدة الأمريكية

لعبت الولايات المتحدة الأمريكية دورا حاسما في مسائل الخصوصية على الصعيد العالمي، وذلك نظرا لسيطرتها على أكبر الشركات التي تقدم خدمات الانترنت، مثل: غوغل، تويتر، الفيسبوك، ياهو، ويكيبيديا.

ومن الملاحظ أنها لم تعتمد قوانين شاملة لحماية خصوصية البيانات، بل اعتمدت على القوانين القطاعية المتعلقة بكل قطاع على حدة. وهذه الحزمة من القوانين شرعت على أساس الاستخدام العادل للبيانات الشخصية، وفي عام 1970 قامت إدارة الصحة والتعليم بالولايات المتحدة بطرح هذه القوانين معتمدة على بعض المبادئ الأساسية في حماية البيانات الشخصية ومنها<sup>(2)</sup>:

- ✓ أن يكون جمع البيانات لغرض محدد.
- ✓ البيانات الشخصية التي يتم الحصول عليها لا يجوز التصريح بها لأي فرد أو مؤسسة إلا برضاء صاحب البيانات أو بسند قانوني.
- ✓ جمع البيانات المجمعة من الأفراد يجب أن تكون دقيقة و محدثة.
- ✓ لا بد من وجود آلية تمكن الأفراد من مراجعة بياناتهم الشخصية لضمان الدقة بالإضافة إلى تمكين الحصول على تقارير دورية.
- ✓ يجب مسح البيانات الشخصية في حالة انتهاء الغرض من تجميعها.
- ✓ يحظر نقل البيانات إلى المواقع غير الآمنة على مثلها من البيانات الشخصية.

(1) مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 139-140

(2) المرجع نفسه، ص 133.

✓ بعض البيانات قد تكون حساسة حيث إن الإفصاح عنها لا يكون إلا في الحالات القصوى وذلك مثل (الدين و التوجه الجنسي).

وفقا لما سبق فإن قوانين حماية الخصوصية تنتهج ثلاثة نماذج تشريعية لحماية البيانات الشخصية في بيئة الانترنت، وهذه التدابير تعتمد في تطبيقاتها على ما إذا كان منطلق النظام القانوني متضمنا الاعتراف بالحماية القانونية معتمدا على إباحة كل ما يدخل في نطاق الحق، أو باستخدام وسيلة مواجهة الأنشطة التي تمثل اعتداء على خصوصية البيانات الشخصية، وفي كثير من الدول يستخدم الاتجاهين معا، وبالنسبة للدول التي توفر حماية فاعلة لخصوصية البيانات الشخصية فإنها قد تستخدم نمودجا أو أكثر لضمان تلك الحماية وتتلخص في: (1)

1- **القوانين الشاملة : COMPREHENSIVE LAWS** في العديد من دول العالم ثمة قوانين عامة تحكم عمليات جمع وإدارة ومعالجة البيانات الشخصية في القطاعين العام والخاص، مع وجود جهة لضمان التوافق مع القانون وتطبيقها ، وهذا هو النموذج الشائع في الدول التي تتبنى قوانين حماية البيانات كما في دول الاتحاد الأوروبي، وهي الدول المتعين عليها التوافق مع دليل حماية البيانات الإرشادي الصادر عن الاتحاد الأوروبي، وقد تم وضع العديد من القوانين على هذا النمط في دول خارج الاتحاد الأوروبي مثل كندا وأستراليا(2).

2- **القوانين القطاعية المخصصة : SECTORAL LAWS** وهي التي تتعلق بقطاع معين، إذ أن بعض الدول، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، تجنبت سن تشريع عام لحماية البيانات الشخصية، وفضلت إصدار قوانين معينة تحكم قطاعات بعينها، كما هو الحال بسجلات تأجير الفيديو، والخصوصية المالية، وغيرها. ويؤخذ على

(1) حسام نبيل، الأنماط والنماذج التشريعية في مجال حماية البيانات الشخصية، مقال منشور في الجريدة الإلكترونية يوم 07 أوت 2016 في الجريدة الإلكترونية "عالم رقمي" على الموقع التالي: [www.alamrakmy.com](http://www.alamrakmy.com)

[www://play-goole.com/store/apps/details?id-com.mahmoodaga.ds3](http://www://play-goole.com/store/apps/details?id-com.mahmoodaga.ds3)

(2) المرجع نفسه.

هذا النموذج انه يتطلب إن تسن تشريعات جديدة كلما نشأت تقنيات جديدة، ولهذا فان الحماية تظل متخلفة عن تقنيات الاعتداء، مثال ذلك النقص في حقل حماية البيانات المتعلقة بالجينات مثلا، حيث لا يتم حمايتها بموجب تشريعات الخصوصية، إضافة إلى مشكلة عدم وجود جهة حكومية مشرفة. وفي كثير من الدول فان القوانين القطاعية تستخدم كقوانين مكملة للتشريع العام بما تتضمنه من تفاصيل إضافية في حقل الحماية لطوائف معينة من المعلومات، كالاتصالات وسجلات الشرطة وبيانات الاقتراض للعملاء وتشريعات الخصوصية المصرفية أو الخصوصية المهنية كما في حقل المحاماة وغيرها<sup>(1)</sup>.

**3- التنظيم الذاتي : SELF- REGULATION** إن موضوع التنظيم الذاتي للتشريعات هو النقيض لما يعرف بالتدخل التشريعي لتنظيم موضوعات تقنية المعلومات، ولكل اتجاه مؤيدوه ومعارضوه، ايجابياته وسلبياته، وبالعوم يمكننا القول إن النموذج الأمريكي للتعامل مع تقنية المعلومات دعا إلى مزيد من تبني فكرة التنظيم الذاتي في حقول التجارة الالكترونية ومعايير الخدمات التقنية وحماية البيانات وأمن المعلومات وغيرها، أما الاتحاد الأوروبي، فلهه يتجه نحو التنظيم الحكومي أكثر، لهذا نجد أن منظماته قد اتجهت دائما إلى توجيه دول الأعضاء إلى إصدار تشريعات تتلاءم مع القواعد المقررة في الأدلة الإرشادية والتوجيهية الصادرة عن منظماته كمجلس أوروبا واللجنة الأوروبية والاتحاد الأوروبي، بل اتجه إلى التنظيم التشريعي الشامل عبر قوانين البرلمان الأوروبي، بينما يتجه رأي ثالث إلى ترك العديد من المسائل للتنظيم الذاتي للسوق وجهات الصناعة والإنتاج، لكنها في الوقت ذاته تتدخل لتنظيم مسائل أخرى، وذلك وفقا لظروف كل دولة وتبعاً للموضوع محل التنظيم والإستراتيجية الوطنية بشأنه . فالولايات المتحدة الأمريكية مثلا تترك مسألة المعايير والمواصفات التقنية للتنظيم الذاتي للسوق فإن هذا الأمر مبرر نظرا لوجود قواعد واضحة في مجال منع التنافس غير المشروع ومنع الاحتكار وحماية

<sup>(1)</sup> راجع حسام نبيل، المرجع السابق، وفي نفس السياق مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 151.

المستهلك وقواعد منع الغش وإيهام الجمهور، في حين أن دولا نامية أو حتى متقدمة لا يتوفر لها مثل هذا التنظيم، لا يكون قرارها بترك تنظيم المعايير للسوق، بل يتعين التدخل من أجل حماية المستهلك وضمان سلامة الخدمات التقنية الموجهة إليه (1).

وحماية البيانات يمكن أن تتحقق من خلال أشكال عديدة للتنظيم الذاتي التي يمكن من خلالها للشركات الصناعية والتجارية تأسيس نظام خاص للممارسة وللمعايير يعد سياسة ذاتية لها جميعا في الولايات المتحدة مثلا، فشلت كثير من جهود التنظيم الذاتي، ربما بسبب تأثر أهداف التنظيم الذاتي بالمصالح الخاصة، إلى جانب مشكلة التواءم مع هذه السياسات وتنفيذها في مختلف الحقول.

يوجد وبشكل عام في مختلف التشريعات الوطنية قواعد تحمي السرية (الأطباء المحامين، الوظائف العامة، التشريعات العسكرية) أما بالنسبة لقوانين حماية البيانات التي نجمت عن استخدام الكمبيوتر فإنها تتضمن نصوصا جنائية تتعلق بتخزين البيانات بصورة الكترونية، وقد تطورت في الأعوام الأخيرة لتشمل عمليات الجمع اليدوي للبيانات وتتكامل هذه التشريعات وتكمل بالقواعد المقررة في قوانين حماية البيانات في القطاعات الخاصة، وبالتالي فإن حماية البيانات الشخصية تجد قواعدها في قوانين حماية البيانات وفي تشريعات حماية البيانات في القطاعات الخاصة وكذلك في القواعد العامة المقررة لحماية البيانات في القوانين العامة. وكأثر للتطور التاريخي للحماية فإن هناك تباينا واسعا بين النظم الوطنية بشأن الحماية الجنائية لأنشطة جمع المعلومات وتباينا بشأن تحديد الانتهاكات.

### الفرع الثاني: الجهود الدولية والإقليمية لحماية الخصوصية المعلوماتية

نجد في حقل حماية الخصوصية المعلوماتية، العديد من المنظمات الدولية طورت أنشطة مختلفة تهدف إلى تنظيم حماية المعلومات الخاصة وتنظيم وانتقال البيانات، وقد

(1) مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 151

أنجز الجزء الأكبر من هذا الجهد من قبل OECD، ومجلس أوروبا، والأمم المتحدة، ومجموعة الدول السبعة، ومنظمة التجارة العالمية.<sup>(1)</sup>

**أولاً: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية:** تضم عضويتها 34 دولة حتى أواخر عام 2017 وغرضها الرئيسي تحقيق أعلى مستويات النمو الاقتصادي لأعضائها. ابتداء من عام 1978 بدأت هذه المنظمة في وضع أدلة وقواعد إرشادية بشأن حماية الخصوصية ونقل البيانات، وقد تم تبني هذه القواعد من قبل مجلس المنظمة في عام 1980 مع التوصية للأعضاء بالالتزام بها، ولا تعد هذه القواعد إلزامية بل مجرد توجيهات، وتتضمن التوجيهات المبادئ الثمانية الرئيسية لحماية الخصوصية أو الحق في حماية البيانات الخاصة، وهذه البيانات هي: تحديد وحصر عمليات جمع المعلومات والاقتصار على طبيعة البيانات الشخصية وتحديدها، تحديد الغرض وحصر الاستخدام بالغرض المحدد وتوفير وسائل أمن المعلومات، والحق في المشاركة والمساءلة.

تتابع منذ ذلك التاريخ هذه المنظمة موضوع الخصوصية وتضعه ضمن أجندتها

السوية وتتابع تطورات التدابير التشريعية في هذا الحقل.<sup>(2)</sup>

**ثانياً- مجلس أوروبا:** في عام 1981 وضع مجلس أوروبا اتفاقية حماية الأفراد من مخاطر المعالجة الأولية للبيانات الشخصية. وتقرر هذه الاتفاقية عشرة مبادئ تمثل الحد الأدنى لمعايير حماية الخصوصية المتعين على الدول الأعضاء تضمينها في التدابير التشريعية والقوانين التي تضعها، واستناداً لهذه المبادئ الأساسية للحماية فإن قواعد الاتفاقية تغطي مسائل نقل وتبادل البيانات بين الدول المتعاقدة وتمنع نقل أية معلومات خارج الحدود إلا للدولة التي تتوفر لها حماية موازية، وقد بذل مجلس أوروبا جهوداً من خلال لجنة الخبراء العامة في حقل حماية المعطيات، وقد أصدرت هذه اللجنة سلسلة من

<sup>(1)</sup> يونس عرب، المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي، مقال منشور على الموقع

التالي: [www.tootshamy.com](http://www.tootshamy.com)

<sup>(2)</sup> يونس عرب، المرجع نفسه.

الأدلة التوجيهية المعتمدة على الاتفاقية المذكورة وهي ليست أكثر من توصيات موجهة إلى حكومات دول الأعضاء.<sup>(1)</sup>

**ثالثا- الاتحاد الأوروبي:** إن الدور المميز الذي يلعبه الاتحاد الأوروبي في صياغة قواعد موحدة للدول الأوروبية يظهر بشكل رئيسي في ميدان التشريعات التجارية والاقتصادية. وقد أطلقت كافة الدول منفردة وضمن النشاط الإقليمي لأوروبا استراتيجيات وخطط بشأن التجارة الإلكترونية تمهيدا لإصدار التشريعات القانونية المناسبة، وتتعلق دول أوروبا من الحاجة للعديد من التشريعات السابقة على التجارة الإلكترونية لتغطية المسائل ذات العلاقة بأمن المعلومات وتدقيقها وحماية الخصوصية وحماية استخدام الكمبيوتر والشبكات، وقد سنت في غالبية دول أوروبا قوانين حماية البيانات الخاصة وقوانين تنظيم انتقال المعلومات داخليا وعبر الحدود وقواعد تنازع الاختصاص في ميدان الأنشطة التقنية وقواعد حماية الملكية الفكرية في بيئة التقنية العالية وقواعد تنظيم الدفع الإلكتروني عبر الشبكات.<sup>(2)</sup>

**رابعا- الأمم المتحدة:** تبنت في 1989 دليلا يتعلق باستخدام الحوسبة في عملية تدفق البيانات الشخصية، وبتاريخ 1990/12/14 تبنت الهيئة العامة دليل تنظيم استخدام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية، وقد بذلت جهودا كبيرة لحماية الخصوصية من قبل لجنة حقوق الإنسان في المجلس الاقتصادي والاجتماعي في الأمم المتحدة.<sup>(3)</sup>

**خامسا- مجموعة الدول السبعة (لاحقا مجموعة الثمانية G8):** أطلقت في عام 1995 المجموعة السبعة مجموعة توصيات ضمن مؤتمرها الذي عقد حول مجتمع المعلومات. **سادسا- منظمة التجارة العالمية:** ناقشت منظمة التجارة العالمية مسائل الخصوصية في اتفاقية تحرير الخدمات.

<sup>(1)</sup> يونس عرب المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي ، المرجع السابق.  
<sup>(2)</sup> عن المركز الوطني للمعلومات، للجمهورية اليمنية، بحث بعنوان "التجارة الإلكترونية"، منشور في الموقع

التالي: [www.yemen-nic.info/contents/Informatics/studies/9.pdf](http://www.yemen-nic.info/contents/Informatics/studies/9.pdf)

<sup>(3)</sup> يونس عرب، المرجع نفسه.

مما سبق نؤيد بعض الفقه (1) الذي يرى أنه هناك عدة أنظمة تشريعية لتنظيم الخصوصية المعلوماتية، و أهم هذه الأنماط تقسيم القوانين التي تحكم خصوصية البيانات من حيث جهة التنظيم (التشريعات المالية، تشريعات الاستثمار والتجارة، تشريعات التجارة الإلكترونية، و على الصعيد الدولي نجد اتفاقيات، ومعاهدات)، وقد ثبت أن القوانين القطاعية و التي تمنح لكل قطاع و ضع نظام قانوني لحماية البيانات الشخصية وفقا للمتطلبات القطاع و تطوراته هو أفضل الأنظمة حيث يمكن ذلك النظام من فرض الحماية القصوى للبيانات إذ أن كل جهة على دراية تامة بالتفاصيل التقنية التي يمكن أن تكون مدخلا للتعدي على خصوصية البيانات و كذلك وضع حد عادل للاستخدام والنقل و الإفصاح عن البيانات بالقدر الذي لا يعيق عمل تلك الجهات، ويعتبر النظام الأمريكي نظام يحتذى به في هذا المجال.

---

(1) مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص 156.

## خلاصة الفصل الثاني

تناولنا في هذا الفصل حماية المستهلك عبر الانترنت في مرحلة إبرام العقد تطرقنا من خلاله إلى عنصرين هامين تصادف المستهلك وهو بصدد إقدامه على إبرام العقد. يتمثل الأول في الشروط التعسفية التي تعترض المستهلك، وثانيها يتمثل في ضرورة حماية بياناته الشخصية.

يعد المستهلك عبر الانترنت الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي يميزها الاحتكار والهيمنة و تشمل في الغالب عنصرا أجنبيا مما يزيد من خطورتها وتشعبها. يجب حماية المستهلك عبر الانترنت باعتبار أن العقد الذي يبرمه يعتبر من عقود إذعان له الحق في المطالبة بإبطالها أو حمايته من الشروط التعسفية.

تضمن القانون الجزائري حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية ومنح للقاضي سلطة استثنائية بموجب المادة 110 قانون مدني.

كما أشار المشرع الجزائري لمفهوم الشرط التعسفي في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، في الفقرة 05 من المادة 03.

ما يلاحظ على النصوص التي أوردها المشرع الجزائري بشأن عقود الإذعان والشروط التعسفية في القواعد العامة والتي تطبق على العقود التقليدية يمكن تعميمها على العقود الاستهلاكية المبرمة عبر الانترنت.

نظم القانون الفرنسي الشروط التعسفية بموجب قانون حماية المستهلك الصادر في 18 جانفي 1992، الذي نص على وجوب حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وكذلك قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949 الصادر في 26 جويلية 1993، تضمن خمس أجزاء تتعلق بإعلام المستهلك وحمايته. هذا وقد احدث المشرع الفرنسي تعديل للقانون المدني فيما يخص الشروط التعسفية بموجب الأمر رقم 131-2016، فيما يخص المادة 1171 اعتبر بموجبها الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان كان لم تكن.

أما فيما يخص حماية البيانات الشخصية، فالمستهلك إثر معاملاته الإلكترونية يقوم بإرسال معلومات تتعلق بحياته الخاصة إلى المهني في إطار التأكيد على عملية البيع، وقد تكون هذه المعلومات عبارة عن بيانات اسمية ، صور في شكل إلكتروني، راتبه، عنوانه وغير ذلك من المعلومات التي لا يرغب في الكشف عنها للغير، و لولا ضرورات المعاملات لما لجأ إلى كشفها.

وقد يسيء المهني في استخدام هذه البيانات في غير الأغراض المخصصة، كأن يرسلها إلى متعاملين آخرين دون إذن من صاحبها.

نتيجة لهذه المخاطر و لأخرى نجد أن الاتجاه الحديث لحماية المستهلك قد أزم المتعاملين في إطار العقود الإلكترونية بضرورة وضع آليات لحماية حرمة الحياة الخاصة للمستهلك.

تبين لنا أن هناك جهود دولية و إقليمية لمواجهة خطط حماية الخصوصية بصفة عامة وحماية البيانات الشخصية المتداولة عبر شبكة الانترنت بصفة خاصة. لكن على مستوى البلدان العربية رغم أنه هناك أطر قانونية تنظم بنوك المعلومات و قواعد البيانات المركزية، إلا أنه لا يوجد تشريع متكامل في ميدان حماية الخصوصية بوجه عام ومعالجة البيانات بوجه خاص، ورغم سن بعض الدول لقانون ينظم التجارة الإلكترونية مثل: الجزائر، مصر، الأردن، دبي، تونس، وتكاد تتفق جميعا في بنائها على الاعتماد على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته قانون التجارة الدولية في الأمم المتحدة(اليونسترال) عام 1996، إلا أن النقص التشريعي لا يزال قائما، فمثلا لا نجد أي تشريع ينظم المعايير الأمنية أو المعايير القياسية للخدمات التقنية. لذلك فإن هذا الفراغ يلح بالتدخل من أجل حماية أمن المعلومات و حماية الخصوصية من أجل حماية المستهلك من جهة وتشجيع التجارة الإلكترونية من جهة أخرى.

# الباب الثاني

## حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد

قد يتفق المستهلك والمهني عبر الانترنت إلى المرور لمرحلة تنفيذ العقد بعد مرحلة إبرامه، أي بعد تطابق الإيجاب والقبول، وتعد مرحلة تنفيذ العقد مرحلة مهمة في حياة كل العقود، كون التنفيذ يحقق غرض المتعاقدين من إبرامها، إذ نجد كل طرف ملزم إتجاه الآخر بمجموع من الالتزامات نفسها في العقود التقليدية والعقود الالكترونية عبر الانترنت والاختلاف يكمن فقط في أن الأولى تنفذ في بيئة مادية بينما الثانية تنفذ عبر شبكة الانترنت، وهذه هي الخصوصية التي تميز هذه الأخيرة.

وكما أن للمستهلك ضمانات أو حقوق في مرحلة تكوين العقد كما سبق ذكره، تمتد هذه الحقوق و الضمانات لتشمل مرحلة تنفيذه، وهذه ما هي في الأصل إلا التزامات تقع على المهني المعلن، تتمثل في الالتزام بالتسليم ونقل الملكية، والالتزام بالضمان طبقاً للنظرية العامة للعقد، أما عن حقوق المستهلك في هذه المرحلة فهي حقوق مستحدثة تماشياً مع ظهور التجارة الإلكترونية، والتي تتمثل في ضرورة حماية توقيعه الإلكتروني، وكذا حقه في العدول عن العقد.

يترتب على عقد البيع التزاماً بنقل ملكية المبيع إلى المستهلك، ويختلف هذا الالتزام، حسب طبيعة المبيع، فإذا كان منقولاً معيناً بالذات فإن الالتزام بنقل الملكية ينفذ فوراً وبمجرد انعقاد العقد وبقوة القانون، أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالنوع ، فإن تنفيذ التزام المهني بنقل الملكية يعلق على قيام البائع بإفرازه، وإذا كان المبيع وارداً على عقار ، فإن الالتزام بنقل الملكية لا يتحقق إلا بتسجيل عقد البيع.

ويعتبر الالتزام بتسليم الشيء المبيع في عقد بيع البضائع أي في القانون الموحد للبيع الدولي أساس العقد و محور أحكامه ، حتى أصبح يعني في الوقت الحاضر الالتزام بنقل الملكية. بمعنى أنه أصبح من الصعب الفصل بين الالتزامين في التعامل التجاري لتعلق بيع البضائع بأشياء منقولة معينة بالنوع ، فلا تنقل ملكيتها بمجرد التعاقد كما هو

الشأن في بيع المنقول بالذات<sup>(1)</sup>. لذلك فإن القانون الموحد للبيع الدولي لم يتعرض للالتزام بنقل الملكية وإنما للالتزام بالتسليم، كما ربط بين تحمل تبعه هلاك البضائع محل البيع و تمام تسليمها إلى المستهلك.

الالتزام بالتسليم من أهم الواجبات التي تقع على عاتق المهني، و يعني هذا الالتزام قيام هذا الأخير بتسليم الشيء المتعاقد عليه وملحقاته إلى المستهلك وفقا لبنود العقد، و لا يجوز أن يسلم له بضاعة لم يتم الاتفاق عليها أصلا. وطبقا للمادة 367 ق م ج فإن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق وطبيعة الشيء المبيع.

للالتزام بالتسليم أهمية خاصة في التشريعات الحديثة، وتبرز أهميته في كونه التزام محله القيام بعمل معين يتم به نقل حيازة المبيع إلى المستهلك، وفي أن حصوله يعتبر وفاء للالتزام بالتسليم، وطريقا لانقضائه، وعليه نجد أن المستهلك لا يتمتع بجميع السلطات-حق الانتفاع- الذي يخوله له البيع على المعقود عليه، فلا يكفي أن تنتقل ملكية المبيع إلى المستهلك بل لابد له بعد ذلك من حيازته لكي يتمكن من الانتفاع به. فحق الملكية يتضمن الانتفاع، ولكن هذا الانتفاع لا يتم إلا عن طريق الحيازة.

أما عن مسألة الضمان وإن كان موضوعا متداولاً لدى الكثير من الباحثين نظراً لأهميته و ضروراته بالنسبة للمستهلك عامة و المستهلك عبر الانترنت خاصة، لا سيما إذا نظرنا إلى التقدم التقني التكنولوجي الذي يشهده العالم والذي انعكس على السلع والمنتجات، بحيث أصبح المهني يستعمل مختلف التقنيات الدقيقة والوسائل التكنولوجية العالية في تصنيع وتطوير المواد الغذائية المستحدثة مثل التجميد والتجفيف والهندسة الوراثية، واستعمال المواد الحافظة في حفظ المواد الغذائية...لهذه الأسباب وغيرها أصبح

<sup>(1)</sup> محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي، دار النهضة العربية، مصر 2001، ص 317.

من الضروري الوقوف على مسألة وجود الضمان كسبيل لتحقيق غاية المستهلك في الحماية و صون حقوقه من خلال محاولة معرفة مدى ملائمة النصوص القانونية مع ما يحيط المستهلك من أخطار.

أما عن الضمانات المستحدثة لحماية المستهلك عبر الانترنت، فنجد ضرورة حمايته من خلال تأمين الدفع الإلكتروني، ذلك لأن وسائل الدفع الإلكتروني تثير المزيد من الاهتمام عند الأطراف كونها تتميز بمجموعة من المميزات التي تجعلها أكثر استخداما، لذلك توجب الأمر حماية المستهلك عند الدفع الإلكتروني، وكذا حماية توقيعته الإلكتروني.

إن السرعة التي تتميز بها المعاملات في مجال التجارة الإلكترونية ، وقلة خبرة المستهلك، وكون العقود المبرمة خالية من عناصر التدبر والتفكير والتمهل، مما يجعل المستهلك يندم أو يكتشف عدم ملاءمة العقد له، و لهذه الأسباب وجد الحق في العدول أو كما يسميه البعض الحق في الرجوع أو الحق في إعادة النظر، كأحد الوسائل القانونية في يد المستهلك لمواجهة المهني المحترف.

عليه سوف نتناول في هذا الباب الذي قسمناه إلى فصلين وهما:

الفصل الأول: حماية المستهلك طبقا للنظرية العامة للعقد.

الفصل الثاني: الحماية المستحدثة للمستهلك

## الفصل الأول

حماية المستهلك طبقاً للنظرية العامة للعقد

ينشأ عن عقد البيع سواء كان تقليدياً أو عبر الانترنت، التزامات على المهني تتمثل في الالتزام بنقل الملكية و تسليم المنتج، و بالنسبة لأهم التزام ناتج عن عقد البيع المتمثل في انتقال الملكية، فتبقى القواعد العامة هي المسيطرة، سواء كان عقد الاستهلاك يبرم بالطريقة التقليدية أو عبر شبكة الانترنت، فالمهني يلتزم كما هو مقرر في أحكام البيع بنقل ملكية المبيع إلى المستهلك، حيث يلتزم بأن يتخذ ما هو ضروري لنقل الملكية أو الحق المالي إلى المستهلك.

أما الالتزام الرئيسي الثاني وهو الالتزام بالتسليم فقد تأثر بالمعلوماتية، وأصبح يكتسي معنى جديد في ظل التجارة الإلكترونية، إلا أن التشريع المقارن لم ينظم هذا النوع الجديد من التسليم و نعني به الطريقة الإلكترونية في التسليم عندما يكون محل البيع رقمي لكن أقر جملة من القواعد تخص العلاقة ما بين المحترف و المستهلك ببعض المسائل المتعلقة بتنفيذ عقد البيع الإلكتروني، كمسألة مدة تنفيذ التسليم و خدمات ما بعد البيع المرتبطة به، و حالة نفلذ المنتج التي كانت من قبل من اختصاص القواعد العامة التقليدية، كل هذا من أجل بناء الثقة في التعاقد الإلكتروني، بسبب إبرامه في بيئة غير مادية<sup>(1)</sup>.

كذلك الحال بالنسبة للضمان، إذ لا بد من وجود ضمانات تخدم المستهلك وتحميه من مخاطر التجارة عامة و التجارة عبر الانترنت خاصة، التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و أمنه أو تضر بمصالحه المادية.  
تبعاً لذلك سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الالتزام بنقل الملكية وتسليمها

المبحث الثاني: الالتزام بالضمان.

<sup>(1)</sup> حوحو يمينية، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه قانون، جامعة الجزائر، 2012، ص 240.

## المبحث الأول: الالتزام بنقل الملكية و تسليم المنتج

إذا نشأ عقد البيع عبر الانترنت، فإنه يرتب عدة آثار على الطرفين (المستهلك والمهني)، وتتمثل هذه الآثار في التزامات متبادلة تقع عليهما، ومن بين هذه الالتزامات نجد الالتزام بنقل الملكية (المطلب الأول)، و الالتزام بتسليم المنتج (المطلب الثاني) التي تقع على عاتق المهني و اللذين سنفصل فيهما تبعا.

### المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية

يعد التزام المهني بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المستهلك جوهر عقد الاستهلاك عبر الانترنت، فلا يتصور وجود عقد استهلاك بدون نقل ملكية المنتج إلى المستهلك ويترتب هذا الالتزام بمجرد انعقاد العقد عبر الانترنت كما في العقود التقليدية. فالالتزام بنقل الملكية يعتبر أول التزام ينصب على عاتق المهني بمجرد إبرام العقد<sup>(1)</sup>، وتبعا لذلك نصت المادة 361 ق م ج على: "يلتزم البائع بالقيام بكل ما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري، و أن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا"<sup>(2)</sup>. فنقل الملكية هو جوهر عقد البيع و غايته، ويتحقق ذلك بأن يضع المنتج أو الخدمة تحت تصرف المستهلك بحيث يتمكن من الانتفاع بها دون عائق، وهذا هو المبدأ العام، الذي يرد عليه استثناءات، منها ما هو مقرر بنص القانون ومنها ما هو مقرر بالاتفاق بين المتعاقدين.

أما الاستثناء المقرر بالقانون فيتصور في المبيع المنقول استنادا إلى طبيعته وبالنظر إليه فيما إذا كان معينا بذاته أم معينا بنوعه، أو في المنقول الذي له سجلات خاصة، أو في حالات انتقال ملكية العقار.

(1) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقي في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، الطبعة الرابعة، دار هومة الجزائر، 2010، ص 289.

(2) تقابلها المادة 428 قانون مدني مصري والمادة 1138 قانون مدني فرنسي.

استثنى المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية التعامل في العقار لأنه خاضع لعقد رسمي، كذلك المنتوجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية في نص المادة 03.

ولما كانت العقود الاستهلاكية المبرمة عبر الانترنت تقتصر وتتمركز في جلها على الأموال المنقولة من السلع والخدمات ، فإن الحال يستوجب الاقتصار على نوع المنقولات المادية الوارد عليها عقد الاستهلاك عبر الانترنت، فنتناول انتقال الملكية في المنقولات المعينة بنوعها (الفرع الأول)، ثم انتقال الملكية في المنقولات المعينة بذاتها (الفرع الثاني)، و أخيرا انتقال الملكية في الأموال المعنوية (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: انتقال الملكية في الأموال المعينة بنوعها

تتصب معظم العقود المبرمة عبر الانترنت على سلع تدخل في احتياجات جمهور المستهلكين اليومية، غير أن هذه السلع تختلف في طبيعتها فمنها ما هو معين بنوعه فلا تنتقل الملكية إلى المستهلك إلا بعد أن يقوم المهني بإفرازه وهذا ما أكدته نص المادة 166 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا انصب الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء" <sup>(1)</sup>، فطبقا للنصوص القانونية فلو تعاقد المستهلك عبر شبكة الانترنت على شراء كمية من القمح المكسيكي المعلن عبر الشبكة، فإن ملكية المستهلك لهذه الكمية لا تنتقل بمجرد التعاقد، وإنما تنتقل بعد أن يقوم المهني بإفراز هذه الكمية عن باقي الكمية التي لديه، فإذا قام بإفرازها أصبحت منذ هذه اللحظة ملكا للمستهلك و لو لم يتم بتحميلها إليه، و لو قام المهني ببيع هذه الكمية المفرزة، لوقع بيعه على ملك الغير و كان تصرفه موقوفا على إجازة المالك (المستهلك)، فإذا أجازه أصبح نافذا في حقه وقت التصرف، و إذا رفضه أصبح باطلا وبالمقابل فإن من حق المستهلك التصرف في المبيع بأي من التصرفات القانونية كأن يقوم ببيعها مرة أخرى و لو لم يكن قد استلمه، ذلك أن الملكية تنتقل إليه و لو لم يقترن

<sup>(1)</sup> تقابلها المادة 2/205 قانون مدني مصري و المادة 256 قانون مدني تونسي.

ذلك بالتسليم. أما في الحالة التي يرفض فيها المهني القيام بالفرز طبقا للقانون، فيجوز للمستهلك أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المهني بعد استئذان القاضي أو حتى دون استئذانه في حالة الاستعجال كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: انتقال الملكية في الأموال المعينة بذاتها

تنتقل الملكية في المبيع المعين بذاته بمجرد تمام العقد دون حاجة لأي إجراء وهذا ما أوضحتها صراحة نص المادة 165 من القانون المدني الجزائري: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر، من شأنه أن ينقل بقوة القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم"<sup>(2)</sup>، ومنذ لحظة تمام العقد على المنقول المعين بذاته يصبح للمستهلك الحق بأن يتصرف فيه ، فلو تعاقد المستهلك على شبكة الانترنت من أجل شراء لوحة فنية نادرة، فإن ملكيتها تنتقل إليه منذ لحظة تمام العقد وقبل استلامها، كما أنها تدخل في أمواله التي يجوز الحجز عليها، وفي حالة إفلاس البائع قبل تسليم المبيع وبعد قبض الثمن لا يؤدي الى دخول المبيع في تفلسته ، فيبقى مع ذلك حقا خالصا للمستهلك الذي له الحق في أخذه دون مشاركة باقي الدائنين، في حين لو أفلس المستهلك لدخل المبيع في تفلسته وكان محلا للتنفيذ عليه<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: انتقال الملكية في الأموال المعنوية

قد يرد عقد البيع عبر الانترنت على مصنفات أدبية أو فنية أو براءة اختراع أو غير ذلك من الأموال المعنوية ذات القيمة الاقتصادية في التعامل ، والتي يتصور ورود البيع فيها بشكل مختلف عن الأموال المادية كالبرامج التي يشيع تداولها عبر الانترنت

(1) هذا ما نصت عليه المادة 166 قانون مدني جزائري المقابلة للمادة 2/205 قانون مدني مصري. للمزيد راجع عباس العبودي شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع الإيجار، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ص 126.

(2) تقابلها نص المادة 204 قانون مدني مصري و المادة 257 قانون مدني تونسي.

(3) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص-ص 152-153.

والتي صنفها الكثير من التشريعات كمؤلفات أدبية، أو كبراءة الاختراع المسجلة أو ما شابه ذلك.

فإن كان الأصل أنه يجوز للمخترع أن يتنازل عن اختراعه ببيعه للغير<sup>(1)</sup>، بشرط أن يكون محميا قانونيا أي مسجلا ، وممنوحا براءة الاختراع<sup>(2)</sup>، إلا أن انتقال ملكية الاختراع للغير يعني بها انتقال حق استغلال الاختراع للمستفيد، و الذي يتم بمجرد تمام العقد، أما نسب الاختراع إلى صاحبه فلا تنتقل أصلا بل تبقى مسجلة لصاحبها الأول (المخترع) باعتبارها حقا معنويا لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه.

كذلك بالنسبة لبرامج<sup>(3)</sup> الحاسوب حيث تقرر معظم التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف بسط حمايتها لحقوق إنتاج كمصنفات أدبية له نوعان من الحقوق، الحقوق المعنوية و الحقوق المادية أما الحقوق المعنوية فلا يجوز التنازل عنها و لا تقع محلا لنقل الملكية فهي حقوق لصيقة بشخص المؤلف<sup>(4)</sup>، أما حقوقه المادية الواردة على ذات المصنف و التي قد يقع محلا لنقل الملكية فيجوز للمؤلف استغلالها بالانتفاع من موارد مؤلفه.

### المطلب الثاني: الالتزام بالتسليم

يعتبر الالتزام بالتسليم من أهم الالتزامات الواقعة على عاتق المهني مما يجعله ذات اهتمام في تنفيذ العقود المبرمة عن طريق الانترنت، لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار عدم الحضور المادي لكل من طرفي العقد في مكان واحد حيث يفصل بينهما في الغالب الحدود الدولية و الإجراءات الجمركية و لا يتصور قيامه عنصر المناولة اليدوية، ومن

<sup>(1)</sup> راجع المادة 02 من الأمر رقم 05/03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، ج ر عدد 44 لـ 2003/07/23، وكذا المادة 131 من القانون الفرنسي لحماية الملكية الفكرية.

<sup>(2)</sup> نوري خاطر، المرجع السابق، ص 131.

<sup>(3)</sup> إن البرنامج هو مستودع أو صندوق يتكون من حقوق معنوية ( ملكية فكرية) من براءات اختراع، حق مؤلف ومعلومات غير مفسح عنها، كل هذه الحقوق تشكل معا الكيان المنطقي الذي يطلق عليه البرنامج. للمزيد راجع حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحساب الآلي، المرجع السابق، ص 16.

<sup>(4)</sup> أنظر المادة 9 من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 جمادى الأول عام 1424 الموافق لـ 19 جويلية لسنة 2003 المتعلق بالعلامات، ج ر عدد 54.

ناحية أخرى وعلى اعتبار أن البيع المنعقدة عبر شبكة الانترنت منها ما يبرم و ينفذ داخلها مثل البرامج و المؤلفات ومنها ما يبرم و ينفذ خارجها مثل البضائع والسلع<sup>(1)</sup>.

هذا وتتجلى خصوصية التسليم في العقود المبرمة عبر الانترنت، بوصفها غالبا بأنها عقود غير ملموسة، مما يجعل من واقعة التسليم كواقعة مادة ذات أهمية نظرا لأنها تترجم إظهار العقد و إخرجه إلى حيز الوجود المادي و الملموس، و مما يجعل الالتزام بالتسليم ذا أهمية في تنفيذ العقود المبرمة عبر الانترنت<sup>(2)</sup>.

ومن أجل توضيح أكثر ننتقل في هذا المطلب مفهوم التسليم باعتباره الالتزام الذي يرتبط به العديد من الآثار القانونية (الفرع الأول)، وبعدها نتطرق إلى محل التسليم في العقود الاستهلاكية المبرمة عبر الانترنت (الفرع الثاني)، ثم بيان كيفية التسليم (الفرع الثالث)، وفي الأخير ندرس خصوصية التسليم في عقد البيع عبر الانترنت (الفرع الرابع).

### الفرع الأول: مفهوم التسليم

لا يختلف مفهوم التسليم في عقد البيع الإلكتروني عن مفهوم التسليم في عقد البيع التقليدي، وهذا ما يظهر لنا من خلال تعريفه أولا ثم أهميته ثانيا.

### أولا: تعريف التسليم

يعرف التسليم بأنه عبارة عن وضع الشيء المبيع تحت تصرف المستهلك بحيث يمكنه من وضع يده عليه و الانتفاع به دون عائق<sup>(3)</sup>. وعرفته اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1964 في المادة 19 منها، على أنه تخلي البائع عن حيازة المبيع لصالح المشتري بما يتفق مع نص العقد، غير أن اتفاقية فيينا لعام 1980 في المادة 30 نصت على الالتزام دون أن تعطي لنا تعريفا لمفهوم التسليم وجاء نصها: " يجب على

(1) صالح المترلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005 ص 50.

(2) عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 294.

(3) المادة 376 من القانون المدني الجزائري، المقابلة للمادة 435 مدني مصري والمادة 1604 مدني فرنسي.

البائع أن يسلم البضائع و المستندات المتعلقة بها وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد<sup>(1)</sup>.

يتمثل التسليم في عقود الاستهلاك عبر الانترنت في وضع المنتج تحت تصرف المستهلك بحيث يتمكن من حيازته والتمتع به دون عائق<sup>(2)</sup>. وبعبارة أخرى عبارة عن تخلي المهني على المنتج لصالح المستهلك ليتمكن من الانتفاع به بجميع أوجه الانتفاع، وهو التزام يترتب بمجرد انعقاد العقد حتى وإن لم يتم الاتفاق عليه<sup>(3)</sup>. أو هو نقل السلطة أو السيطرة على بضائع مطابقة لما تم التعاقد عليه<sup>(4)</sup>. أو هو تلك العملية القانونية التي من خلالها يتم وضع البضاعة تحت الشخص الذي يجب عليه استلامها<sup>(5)</sup>.

مما سبق يتبين لنا أن التسليم في عقود الاستهلاك عبر الانترنت عبارة عن عمل مادي يهدف المهني من خلاله إلى تمكين المستهلك من السيطرة على المنتج والانتفاع به دون أي عائق.

### ثانياً: أهمية التسليم

تكمن أهمية التزام المهني بتسليم المنتج إلى المستهلك في أن حصول التسليم يعد وفاء للالتزام وانقضائه، كما يتوقف على هذا الالتزام انتقال تبعة هلاك المبيع. و إذا كان التسليم يعتبر سبباً لنقل الملكية في القوانين القديمة<sup>(6)</sup>، إلا أنه فقد الكثير من أهميته في ظل التشريعات المدنية الحديثة إذ لم يعد نقل الملكية متوقفاً عليه، و إنما أصبح مجرد التزام يترتب في ذمة البائع من جملة الالتزامات التي يترتبها عقد البيع

(1) جمال عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980، رسالة دكتوراه، القاهرة 1996، ص 23.

(2) عمر خالد زريقات، المرجع السابق ص 294.

(3) محمد حسن رفاعي العطاء، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2007، ص 109.

(4) محمود سمير الشراوي، المرجع السابق، ص 128.

(5) KAHN Philippe, la convention de vienne du 11 avril 1980 sur les contrats du vente internationale de marchandises, revue international de droit comparé, no 04 paris, 1981, p 970.

(6) عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 1998، ص 219.

على عاتقه، و لكن هذا الأمر لا يقلل من دور التسليم وما يترتب من آثار مهمة، لأن المستهلك لا يتمتع عملاً بسلطة المالك إلا بقيام المهني بالتسليم له الشيء المبوع<sup>(1)</sup>.  
ونظراً لأهمية التسليم، فقد خصص القانون المدني الجزائري المواد من 364 إلى 386 لتنظيم أحكامه، مبيناً محل التسليم و كفيته و جزاء الإخلال به، والتي نبينها تبعا.

### الفرع الثاني: محل التسليم

محل التسليم هو السلعة المتفق عليها في العقد، حيث يلتزم المهني بتسليم المبوع إلى المستهلك بالحالة التي كان عليها وقت انعقاد العقد (أولاً)، و بنفس المقدار الذي حدده العقد (ثانياً).

### أولاً: حالة المبوع

تنص المادة 364 من القانون المدني الجزائري على أن: "يلتزم البائع بتسليم المبوع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع"<sup>(2)</sup>، فحالة المبوع وفقاً لهذا النص هي الوضعية التي كان عليها المبوع وقت التعاقد، وهي التي تراضى عليها الطرفان، فقد تكون هذه الحالة هي التي دفعت المشتري (المستهلك) إلى التعاقد، وعلى أساسها تم الاتفاق. وبشكل عام عند دراسة تسليم المبوع بالحالة التي كان عليها يجب التفريق بين صورتين: الأولى، إذا كان المبوع شيئاً معيناً بالذات، سواء أكان عقاراً أم منقولاً، فينبغي أن يتم تسليمه للمستهلك في نفس الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، و الثانية إذا كان المبوع معيناً بالنوع، فنطبق اتفاق الأطراف بخصوص حالة المبوع و جودته، إن وجد مثل هذا الاتفاق، أما إذا لم يوجد اتفاق فنطبق العرف السائد حول ذلك، أما إذا لم نستطيع استنتاج حالة المبوع من كل ذلك، فيلتزم البائع بتسليم صنف متوسط الجودة<sup>(3)</sup>.

(1) في هذا المعنى راجع: عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، المرجع السابق، ص 130.

(2) تقابلها المادة 431 مدني مصري والمادة 1614 مدني فرنسي.

(3) محمد الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر 2004، ص 119.

أما إذا كانت السلعة المتعاقد عليها من السلع الرقمية كالمعلومات، فيجب أن تكون هذه المعلومات مفيدة وضمن الموضوع المطلوب و أن تكون هذه المعلومات حديثة تفي بالغرض المطلوب، و أن يحرص منتج المعلومات على إضافة كل جديد بحيث تغطي هذه المعلومات ما تم الاتفاق حوله في العقد، وكذلك تزويد المشترك بالبرامج التي تمكنه من الوصول إلى المعلومات بسهولة ويسر، كتزويده بالرقم السري الذي يمكنه من الوصول إلى قاعدة البيانات<sup>(1)</sup>.

ولكن عمليا قد يتفق الأطراف على تسليم المبيع بحالة غير التي كان عليها عند التعاقد، فهنا يطبق اتفاق الأطراف، أين يلتزم البائع بتسليم المبيع بالحالة التي تم عليها الاتفاق، وسواء أكانت هذه الحالة أفضل حالة المبيع عند التعاقد، أم أسوأ منها، لأن التزام البائع بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها عند التعاقد ليس من النظام العام، ويجوز تعديله حسب رغبة الأطراف المتعاقدة<sup>(2)</sup>.

ويلتزم البائع بتسليم المشتري المبيع ذاته و ليس شيئا آخر حتى لو كان أفضل من المبيع الذي تم عليه التعاقد، و لا يجوز للبائع إجبار المشتري على قبول شيء آخر غير الذي التزم به البائع فعلا<sup>(3)</sup>.

أما في النصوص الخاصة بحماية المستهلك، فالبائع أي المتدخل يلتزم بتسليم المنتج المطابق للمقاييس المعتمدة وبالمواصفات القانونية والتنظيمية التي تحكمه وتميزه<sup>(4)</sup>.

---

(1) فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص-ص 125-126.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 559.

(3) تنص الفقرة الأولى من الفصل 26 من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي على ما يلي: "يجر على البائع تسليم منتج مشروط بطلب دفع، لم تصدر بشأنه طلبية من قبل المستهلك.

(4) أنظر المادتين 11 و 12 من الفصل الثالث من قانون حماية المستهلك و قمع الغش.

كما ألزم المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المحدد لشروط وكيفيات ضمان السلع والخدمات حيّز التنفيذ، المتعاملين الاقتصاديين والتجار بتقديم وثيقة ضمان على السلع والخدمات التي يقومون بتسويقها للمستهلك، على أن تكون مطابقة لعقد البيع، الذي يمكن أن يتخذ، حسب مفهوم الضمان المحدد في المرسوم، شكل "بند تعاقدى أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق أو كشف تكاليف أو كل وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، وذلك بغرض تغطية العيوب الموجودة في المنتج المسوّق للزبون أو المستهلك.

وطبقا لهذا النص القانوني فإن مسألة تقديم ضمان للسلعة أو المنتج من طرف المتعاملين الاقتصاديين، إجبارية مع ضبطها بقواعد تضبط حقوق الطرفين المعنيين بعملية البيع (المتدخل والمستهلك)، وتتظم بالتالي، العلاقة بينهما بشكل قانوني مهما كانت طريقة وتقنية البيع المستعمل.

وتنص المادة الرابعة من هذا المرسوم على أنه يتعين على كل متدخل تسليم المستهلك سلعة أو خدمة مطابقة لعقد البيع، "ويكون مسؤولا عن العيوب الموجودة أثناء تسليمها أو تقديم خدمة"، فيما تشير المادة الخامسة إلى أن مفعول الضمان يسري ابتداء من تسليم السلعة أو تقديم خدمة، ويتجسد عن طريق تسليم شهادة الضمان للمستهلك بقوة القانون.

كما ألزم المشرع المهني بالالتزام بمطابقة المنتج للطليبية، وذلك في المادة 22 من قانون التجارة الإلكترونية التي تنص: "يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطليبية أو في حالة ما إذا كان المنتج معيبا...".  
يعد الالتزام بالمطابقة وفقا لهذا المفهوم التزاما بتحقيق نتيجة، يقتضي تسليم المبيع وفقا لما يستلزمه العقد، فالمعيار الأساسي في المطابقة هو العقد الذي يعين كمية البضاعة ونوعها و أوصافها، وهذا ما أخذت به اتفاقية فينا لعام 1982 حيث نصت

المادة 1/35: " على البائع أن يسلم بضاعة تكون كميتها و نوعها و أو صافها و فقا لما يتطلبه العقد و أن تكون تعبئتها أو تغليفها بالطريق التي اشترطها العقد"(1).

و قد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أنه: " لا يقتصر الالتزام على تسليم ما هو متفق عليه، لكن أن يوضع تحت تصرف المشتري شيئا موافقا تمام الموافقة في كل النقاط للهدف المبحوث عنه"(2).

ولكن قد يتم عمليا أن يبدي المهني تحفظا على أنه سيبدل أعلى درجة العناية لكي تكون السلعة مطابقة للمواصفات التي يطلبها المستهلك، أو مطابقة للأهداف المنشودة منها، وبالتالي قد يتحول الالتزام بتسليم سلعة مطابقة للمواصفات المطلوبة من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية بناء على اتفاق الأطراف، على الرغم من أن العناية هنا لا تكون كعناية الرجل المعتاد ، بل عناية على أعلى مستوى يبذل فيها البائع أقصى درجات الحذر في سبيل مطابقة السلعة للمواصفات المطلوبة(3).

أما إذا خلا العقد من تحديد الشروط التي تحقق المطابقة فيمكن تطبيق نص المادة 2/35 من اتفاقية فيينا لعام 1982، التي جاءت بمثابة القواعد المكملة لإرادة الطرفين بهذا الشأن(4).

و تظهر أهمية المطابقة في العقود المبرمة عبر الانترنت في أن المستهلك لم ير المنتج مباشرة، فقد يكون رآه عن بعد عبر شاشة الكمبيوتر، فلا تعتبر هذه المشاهدة

(1) مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص 358. وفي نفس السياق طوني ميشال عيسى، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، لبنان، دت ن، ص 96.

(2) نقض مدني فرنسي، الغرفة الأولى، في 1989/03/20 كما انضمت الغرفة التجارية الفرنسي لهذا الحل في ديسمبر 1989، أشار إليه لحسن بن الشيخ ملويا، المرجع السابق، ص 344.

(3) محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص-ص 137-138.

(4) و هذا ما أخذت بها محكمة التمييز الفرنسي، أنظر CAPARIS, 5 ch., B, 2 novembre 1988, jurés- daté, n29009.CA Grenoble , ch1989, jurés.,jurés -Data, n4 3008 مشار إليه لدى مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 370.

كاملة و حقيقية، بل أنها تبقى مشاهدة ناقصة، و بالتالي فهو لا يستطيع معاينة المنتج وتقييمه تقييما حقيقيا، و لا يتسن له ذلك إلا إذا تمت رؤيته مباشرة<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: مقدار المبيع

الأصل أن يسلم المهني للمستهلك المنتج حسب المقدار المتفق عليه في العقد وذلك إذا ما كان هذا المقدار محدد ا في العقد، أما إذا لم يرد في العقد تعيين لمقدار المبيع، ما حكم النقص و الزيادة في مقدار المنتج؟

عالج المشرع الجزائري حالة نقص المبيع أو زيادته من خلال الأحكام الواردة في نص المادة 365 من القانون المدني بقولها: " إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولا ما لم يوجد اتفاق مخالف عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف ، غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمه المشتري لما أتم البيع".

أما إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكره بالعقد، وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز أن يطلب فسخ العقد كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: كيفية التسليم

تختلف طريقة التسليم في العقود ا لاستهلاكية المبرمة عبر الانترنت باختلاف الشيء المتعاقد عليه، فإذا كان هذا الأخير ذات كيان مادي محسوس، فيتم تسليمه في بيئة مادية، وهو يشبه في ذلك عقد البيع التقليدي أما إذا كان موضوع التسليم ذات كان

(1) محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر 2004، ص ص 98-99.

(2) تقابلها المادة 433 مدني مصري والمادة 492 مدني أردني و المادة 52 من اتفاقية فينا للبيع الدولية لسنة 1980 للمزيد في شرح أحكام هذه المادة راجع لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 352، وهبة الزحلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2005، ص 62.

معنوي أي ليس لها وجود مادي ملموس لعبرامج الكمبيوتر و القطع الموسيقية والأفلام السنيمائية يكون التسليم بوسائل إلكترونية وغالبا ما تتسم بسرعة التنفيذ<sup>(1)</sup>.

تنص المادة 367 من القانون المدني الجزائري على أن " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع. وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية"<sup>(2)</sup>.

يتبين من خلال النص أن للتسليم صورتين، إما أن يكون تسليما فعليا أو ماديا وإما أن يكون تسليما حكما أو قانونيا سنيين ذلك فيما يلي:

#### أولا: التسليم الفعلي

وهو أن يقوم المهني بتسليم البضاعة بشكل مادي ناقلا الحيازة فيها إلى المستهلك يد بيد أو بنقله من مكانه ووضعه تحت تصرف المستهلك، وأن يمكن المهني المستهلك من استلام المبيع من المخازن<sup>(3)</sup>، وقد يكون التسليم رمزيا عن طريق تسليم ما يمثل البضاعة مثل تسليم المستندات التي يصدرها الناقل أو المودع لديه البضاعة، على أن

---

<sup>(1)</sup> تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسألة الملكية الفكرية هي واحدة من تحديات التجارة الإلكترونية وتظهر هذه المشاكل خاصة في العقود الإلكترونية الخاصة برخص المنتجات المبيعة والمخزنة داخل النظم التقنية كجزء من المبيع وأيضا رخص الملكية الفكرية المغلفة مع المبيع، وكذلك حقوق الملكية الفكرية في ميدان النشر الإلكتروني وحقوق المؤلفين على محتوى البرمجيات التقنية التي تتحول على الخط أو تسوق عبر مواقع التجارة الإلكترونية كل هذه المشاكل استلزمت مراجعة شاملة للقواعد القانونية الخاصة بالملكية الفكرية وربطها بالأنشطة التجارية الدولية في ميدان البضائع والخدمات، انظر يونس عرب، التجارة الإلكترونية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني [www.arab.law.org](http://www.arab.law.org). أنظر كذلك: THIBAULT Verbiest, commerce électronique (publicité, contentieux), édition Darcier, 2004, p19.

<sup>(2)</sup> تقابلها المادة 435 مدني مصري والمادة 1604 مدني فرنسي.

<sup>(3)</sup> نضال سماعيل برهم، المرجع السابق، ص 99، في نفس المعنى عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة المرجع السابق، ص 135.

يكون ذلك بالطريقة التي تتفق وطبيعة الشيء المبيع وتمكن المستهلك من حيازته والانتفاع به<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: التسليم الحكمي

يقصد به التسليم المعنوي الذي يتم دون أن تنتقل فيه حيازة المبيع المادية فعلا من المهني إلى المستهلك، إذ أنه اتفاق على تغيير صفة الحائز للشيء المبيع دون تغيير في الحيازة الفعلية للبضاعة، كأن تكون البضاعة قبل البيع مودعة لدى المستهلك على سبيل الوديعة ومرهونة تحت يده، أو غير ذلك من الحيازة يقوم بشرائها، فيقتصر فعل التسليم على تغيير صفة المستهلك (الحائز) إلى مالك للبضاعة، وقد يحتفظ المهني كذلك بالبضاعة بالنيابة عن المستهلك كوكيل، ففي هذه الحالة أيضا قد يحصل التسليم الحكمي.

### الفرع الرابع: خصوصية التسليم في عقد البيع عبر الإنترنت

يأخذ التسليم في التعاقد عبر الإنترنت مداه في الخصوصية بالحالة التي يكون فيها تنفيذ الالتزام متصورا عبر الشبكة كحالة العقد الوارد على الخدمات مثل عقود برامج الحاسوب أو القطع الموسيقية أو الكتب عبر الخط أو غير ذلك من صور الأموال المعنوية الأخرى، ويتم تسليم بهذه الأموال من خلال تنزيل أو تحميل البرامج (télécharger) أو النسخ (copie) من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب من جهاز العميل مثلا أو بأي تقني آخر يتيح للمستهلك الانتفاع به كمنحه الصلاحية بالدخول إلى موقع معين واستعراض المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد، غير أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار أن ذلك لا يعني أن كل الأموال غير المادية يتم تسليمها بهذه الطريقة عبر

<sup>(1)</sup> قضت محكمة النقض المصرية في طعنها بتاريخ 1994/12/29 بأنه "التزام البائع بتسليم العين المبيعة تسليمًا فعليًا لا مناط أن يكون حائزها الفعلي بوصفه مالكا، أو اتفاق المتبايعان على هذا التسليم في عقد البيع أو في اتفاق لاحق عليه". أشار إليه محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية، وحماية المستهلك، دار الفلوق الجامعي، الإسكندرية، مصر 2006، ص 218.

الشبكة، فيمكن أن تحمل على اسطوانات أو دعامات مادية كالأقراص (C.D) الليزرية الضوئية أو الممغنطة ويتم التسليم فيها ماديا وخارج الشبكة<sup>(1)</sup>.

وأخيرا نشير إلى أن الالتزام بالتسليم يأتي من خلال الوقوف على ما له من أوجه في الخصوصية لدى التعاقد عبر الإنترنت من خلال زمان ومكان التسليم وكذا نفاذ المنتج فيما يلي:

### أولا: زمان التسليم

يعتبر وقت التسليم من المسائل المهمة في العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني لا نجد ما يلزم أطراف عقد البيع بتحديد تاريخ معين لتسليم المنتجات بل تركت الحرية للمتعاقدين.

تنص المادة 281 من القانون المدني الجزائري بأنه "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"<sup>(2)</sup>.

إن لم يكن في العقد أي اتفاق بشأن التسليم فإنه يتم بمجرد الانعقاد ما لم يتدخل العرف في تحديد هذا الزمن، كما أن للقاضي أن يؤخر التسليم إذا استدعت حالة البضائع هذا التأخير، نتيجة لتدخل ظروف استثنائية بشرط ألا يمنعه القانون، وألا يضر التأخير بالمستهلك (الدائن) ويمكن أن يكون التأخير لأجل معين أو لآجال متتالية<sup>(3)</sup>. في حين اكتفت المادة 1160<sup>(4)</sup> من القانون المدني الفرنسي على ذكر أن التسليم يجب أن يتم في الوقت المتفق عليه بين الأطراف فإذا لم يوجد اتفاق على ميعاد معين للتسليم فإن واجب الوفاء بالالتزام يكون وقت انعقاد العقد مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف إذ أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا<sup>(5)</sup>.

(1) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 158.

(2) تقابلها المادة 346 مدني مصري و المادة 334 مدن أردني.

(3) نضال سماعيل برهم، المرجع السابق، ص 70، مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص 368.

(4) قبل تعديلها بموجب الأمر رقم 131-2016 السالف الذكر.

(5) BENNAIENT Alain, droit civil, les obligations, man chrétien, paris, 2003.p 291.

ولقد أوجبت المعاملات الإلكترونية كما نظمها التشريع المقارن تحديد المحترف مدة معينة ينفذ فيها التزامه بالتسليم مسبقا قبل انعقاد العقد بصورة واضحة ومفهومة ضمن البيانات التعاقدية التي تقدم قبل انعقاد العقد، و هذا راجع لطريقة التعاقد التي تتم عن بعد وبسرعة فائقة و في فضاء لامادي، لا سيما و أن المستهلك يوفي بالثمن مسبقا، حيث أن مرحلة الوفاء تأتي على شكل النقر مباشرة على قبوله للعقد. لهذا كان طبيعيا أن يكون تسليم المنتج في مدة سريعة هو كذلك، و هو في الوقت نفسه إجراء حمائي للمستهلك حتى لا يتأخر المحترف في تنفيذه لالتزامه و ما ينجر عن هذا التأخير من خلاف ونزاع، قصد إنشاء علاقة ثقة بين الطرفين. و يعد تحديد هذه المدة من البيانات الإلزامية التعاقدية التي يشملها العقد و التي يجب على المحترف إعلام المستهلك بها، وهذا ما جسده المشرع الجزائري حيث جعل تحديد موعد التسليم من بين البيانات الإلزامية التي يجب أن يدلي بها المهني إلى المستهلك الإلكتروني في نص المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية، نفس الشيء نجده في الفصل 25 فقرة 8 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي المذكورة آنفا أنه: "يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: طرق و آجال التسليم العقد نتائج عدم إنجاز الالتزامات"<sup>(1)</sup>.

ألزم المشرع الفرنسي هو الآخر، في نص المادة 216-1<sup>(2)</sup> من قانون حماية المستهلك أن يحدد المحترف المدة الأقصى التي يتم فيها تنفيذ عقد البيع بتسليم السلعة أو

---

(1) حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 255.

(2) Article 216-1 code de la consommation Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016

« Le professionnel livre le bien ou fournit le service à la date ou dans le délai indiqué au consommateur, conformément au 3° de l'article L. 111-1, sauf si les parties en ont convenu autrement.

A défaut d'indication ou d'accord quant à la date de livraison ou d'exécution, le professionnel livre le bien ou exécute la prestation sans retard injustifié et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat.

الخدمة، وهي المدة التي تحدد قبل إبرام العقد أو عند إبرام العقد وفي أجل أقصى لا يتجاوز 30 يوم، هذا يعني أن التشريع الفرنسي قد حدد الأجل الأقصى لتسليم المنتج وهو 30 يوم ابتداء من يوم إبرام العقد لكن قبل هذه المدة يلتزم المحترف أن يحدد بصورة واضحة و دقيقة تاريخا معيناً لا يدع أي مجال للشك، يتم من خلاله تنفيذ التزامه بالتسليم.

لاشك أن أهمية تحديد مدة التسليم في المعاملات الإلكترونية تكمن في حماية مصالح الطرفين وتدعيم الثقة بينهما وتحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن التأخير وإذا كان تحديد زمان التسليم في بعض العقود سهل فإنه يصعب في عقود أخرى، حيث يتوقف الأمر أحيانا على ظروف خارجية مثل إجراءات الشخص والجمارك، وإعداد الإمكانيات المناسبة لتلقي الخدمة، أو أن يكون المحل عملا ذهنيا يستدعي ابتكاره وتصميمه وملاءمته لاحتياجات العميل فترة زمنية معقولة، حيث يجري العمل في مثل هذه الحالات على تحديد موعد تقريبي، وهنا يتوقف الأمر بدوره على طبيعة الالتزام وتعقيده الفنية وصفة المدين به كمهني محترف لا يقبل منه التنصل من المسؤولية عن التأخير في التنفيذ<sup>(1)</sup>.

يتضح من ذلك كله، أنه إذا كان الأصل في القانون أن يتم التسليم فور إبرام العقد إلا أن ذلك ليس من النظام العام، وبمفهوم المخالفة، فإن ذلك يجيز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على ميعاد آخر، وعلى ذلك نلاحظ أن غالبية العقود المتداولة عبر الشبكة قد جاءت متضمنة فراغا خاصا ضمن بند واضح يحدد التسليم، وذلك استجابة لما ورد في العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونسترال، حيث أفرز فراغا يجب تعبئته من قبل المتعاقدين بالاتفاق مفاده: (بأن آخر موعد للتسليم هو... وإلا فإن

---

La livraison s'entend du transfert au consommateur de la possession physique ou du contrôle du bien. »

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 83.

التسليم خلال 30 يوما، وكما أشار إلى ذلك العقد النموذجي الصادر عن غرفة التجارة والصناعة الفرنسية للمعاملات الالكترونية لسنة 1998، وقد تضمن الإرشاد الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في البيع بالمراسلة أو عن بعد عبر الحدود نصا يفيد بأنه إذا استحال على البائع أن يصدر البضائع المطلوبة خلال ( 30 ) يوما فإنه يجب عليه أن يعلم المستهلك بذلك<sup>(1)</sup>.

وفي اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 تنص في المادة (33) على أنه: "يجب على البائع أن يسلم البضاعة:

- 1- في التاريخ المحدد أو القابل للتحديد طبقا للعقد.
- 2- في أي وقت وفي المدة المحددة طبقا للعقد ما لم تبين من الظروف أن المشتري هو الذي يختار تاريخ التسليم.
- 3- خلال مدة معقولة من تاريخ إبرام العقد في أية حالة أخرى".

مما سبق يمكن القول أن زمان التسليم عبر الإنترنت يمكن تصوره من وقت انعقاد العقد، أو في الوقت الذي يتفق عليه الطرفان وهو الأصل، حيث أن وقت وزمان تسليم المبيع ليس من القواعد العامة، مع مراعاة أن ترك تحديده للبائع يخضع لسجلات الرقابة القضائية لحماية حقوق المستهلك في الدول التي تفرد تشريعات خاصة لذلك أو في الوقت الذي يقره عرف التعامل أو خلال المدة المعقولة، وهذا في حالة عدم الاتفاق الصريح على تحديد زمان معين في العقد، فيثار إلى أعمال أطراف التعاقد عن بعد أو بالمراسلة

---

<sup>(1)</sup> Article 7 Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

"1 . Sauf si les parties en ont convenu autrement, le fournisseur doit exécuter la commande au plus tard dans un délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur.

2. En cas de défaut d'exécution du contrat par un fournisseur résultant de l'indisponibilité du bien ou du service commandé, le consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit pouvoir être remboursé dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans les trente jours, des sommes qu'il a, le cas échéant, versées en paiement..."

لتقدير المدة المعقولة وفي هذه الحالة نرى أن يعذر المستهلك المهني بأن يسلم إليه المبيع خلال مدة معينة يحددها بالإعذار، وتصبح هذه المدة بعد ذلك أمرًا يترتب على الإخلال بها الجزاء على عدم التنفيذ، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة أو طارئة.

ويرى البعض أن السرعة في إبرام العقود عبر الإنترنت، يجب أن تقابل بالسرعة في تسليم المنتجات وخاصة مع ولوج عصر السرعة وتوافر إمكانيات المراسلات السريعة بحيث لا تتجاوز المدة أسبوعًا من تاريخ العقد في حالة التعاقد عبر الحدود وتكون المدة 48 ساعة من لحظة تمام العقد إذا تم التعاقد بين متبايعين داخل حدود الدولة الواحدة مع مراعاة إجراءات ونوعية الشحن المتفق عليه<sup>(1)</sup>.

ولقد رتبت التشريعات المقارنة المنظمة للتجارة الإلكترونية جزاء إخلال المهني بمدة التسليم، فالمشعر الجزائري أجاز للمستهلك في صلب المادة 21 إرجاع المنتج في حالة ما إذا لم يحترم المورد الإلكتروني آجال التسليم في أجل أقصاه 04 أيام عمل تحسب ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض. في هذه الحالة يجب على المورد أن يرجع للمستهلك المبلغ المدفوع و النفقات المتعلقة بإرجاع المنتج خلال أجل خمسة عشرة يوما ابتداء من تاريخ إرجاع المنتج. أما المشعر التونسي رتب أثر جزائي دون المدني حيث اعتبرها خطيئة توقع عقوبة غرامة 500 دينار إلى 5000 دينار تونسي كما هو مبين في الفصل 49 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000 أما المشعر الفرنسي فرتب أثر مدني يتمثل في فسخ العقد، طبقا لنص المادة 216-2<sup>(2)</sup> من قانون الاستهلاك الجديد بعد إخطار المهني برسالة مضمنة الوصول أو بطريقة أخرى مقبولة قانونا.

<sup>(1)</sup> عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 300.

<sup>(2)</sup> Article L216-2 code de la consommation.

« En cas de manquement du professionnel à son obligation de livraison du bien ou de fourniture du service à la date ou à l'expiration du délai prévus au premier alinéa de l'article L. 216-1 ou, à défaut, au plus tard trente jours après la conclusion du contrat, le consommateur peut résoudre le contrat, par lettre recommandée avec demande d'avis

## ثانيا: مكان التسليم

إن المهني ملزم بتسليم البضاعة في مكان محدد، ويعرف مكان التسليم بأنه المنطقة أو الموقع الذي يتحدد لتسليم المبيع إلى المستهلك. وإذا أخفق في ذلك فإنه يكون مخلا بأحد التزاماته، على أن مكان التسليم هو مكان تواجد الشيء أثناء البيع، لأن المستهلك يصبح مالكا عند تلك اللحظة<sup>(1)</sup>، مما يفسر بأن على المستهلك سحب ودفع مصاريف النقل في البيوع عن بعد في القانون الفرنسي<sup>(2)</sup>، أما في القانون الجزائري فقد نصت المادة 368 من القانون المدني على أنه: "إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"، كما تنص المادة 367 من ذات القانون على: "...و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع".

وبخصوص مسألة التسليم حرصت العقود المتداولة على تنظيمه، بأن يتم تسليم السلع في موطن المستهلك أو في أي عنوان آخر يختاره ويجب أن يذكر ذلك في العقد ولن يتحمل أية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير<sup>(3)</sup>. وتضيف بعض العقود بعض الشروط التي تستهدف مواجهة المشاكل المرتبطة بالتسليم كالنص على: "إذا حدث وكانت السلعة تالفة عند تسليمها لك، فعليك أن تسلم تحفظا مكتوب عليه من سلمها لك، وسنلتزم بحل مشكلتك على أكمل وجه"<sup>(4)</sup>.

---

de réception ou par un écrit sur un autre support durable, si, après avoir enjoint, selon les mêmes modalités, le professionnel d'effectuer la livraison ou de fournir le service dans un délai supplémentaire raisonnable, ce dernier ne s'est pas exécuté dans ce délai...

Le contrat est considéré comme résolu à la réception par le professionnel de la lettre ou de l'écrit l'informant de cette résolution, à moins que le professionnel ne se soit exécuté entre-temps... »

(1) مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص 369.

(2) تقابلها نصي المادتين 345 و346 مدني مصري.

(3) على خلاف القانون الجزائري الذي جعل المخاطر على البائع قبل التسليم كقاعدة عامة.

(4) BENNAIENT Alain , droit civil , les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5ème édition, monte héstent, juillet 2001, p 118.

وتطبيق ذلك على حالة البيع عبر الإنترنت، نستطيع القول إنه إذا كان من الواجب تصدير المبيع فيها للمستهلك ظاهراً، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، أي في مكان تواجده، وقد يذهب البعض إلى حد القول بلأن العرف في الوقت الحاضر يقضي عموماً بتوصيل المبيع إلى المستهلك، مما يفيد بلأن التسليم لا يتم إلا بوصول المبيع إلى مكان تواجد المستهلك، فمن يتعاقد عبر الإنترنت لشراء سلعة ما نجده يبرم الاتفاق بشرط التوصيل وبمعنى الطلبية المحمولة. ما نلاحظه في إعلانات العرض عبر صفحات الويب أو العروض عبر البريد الإلكتروني والتي تتضمن عبارات تقيد مكان مزاوله النشاط هي بالضرورة تقيد أماكن التوزيع أو التسليم ضمن حدود المكان المحدد في الإعلان، فمن يتعاقد خارج هذه الأماكن المحددة في الإعلان لا يستطيع الادعاء بالقواعد العامة التي تقرر تسلم المبيع في أماكن تواجده، بل عليه أن يتحمل هو تسليم المبيع من مكان تواجده لدى المهني، وغير ذلك نراه يخضع لاتفاق جديد ومستقل بين المعلن والمستهلك.

ولما كان إيصال أو إرسال البضائع أو السلع المشتراة عبر الإنترنت تتولاه شركات متخصصة بالتوزيع، أو يمكن تصوره من خلال إرساليات البريد، ومن المتصور أحياناً أن تحدث بعض الصعوبات البريدية والتي قد تسبب بعض التأخير في التسليم الذي لا يتجاوز ما هو متوقع عادة، ولذلك حرصت الشروط الخاصة بأحد المراكز الأمريكية CDNOW على أنه: "يتوقف تسليم أغلب الطلبات التي يكون محلها ثلاثة قطع أو أقل على ظروف خدمة البريد في الولايات المتحدة الأمريكية، أما الطلبات التي تتضمن أربعة قطع أو أكثر أو التي تكون قيمتها (100) دولار أو أكثر، فسوف نرسلها لكم بالبريد السريع) مع ملاحظة أنه قد يشترط التوقيع من أجل تسليم الطرود المرسله بالبريد السريع، وأنه قد لا يسلم في أيام العطل، وقد نقدم لكم خدمة البريد السريع اختيار

إذا كانت متاحة لنا بمقابل زهيد وذلك بالنسبة للطلبات التي تتضمن ثلاث قطع أو أقل<sup>(1)</sup>.

وما يمكن أن نشير إليه في هذا المجال هو تبعة الهلاك التي تبقى على عاتق المهني إلى أن يتسلم المستهلك سلعته فإذا قام البائع بتسليمها إلى الناقل أو الموزع فلا يعتبر أن التسليم النهائي قد تم، وبالتالي لا يتحمل المشتري تبعة الهلاك إلا منذ لحظة تسلمه هو المبيع، فنرى أن تنفيذ الالتزام بالتسليم في العقود المبرمة عبر الإنترنت بين المستهلكين ومحترفي التعاقد عبر الإنترنت لا يتم إلا عند تسليم البضائع أو السلع إلى المستهلكين هذا ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك.

ومما تقدم نخلص إلى أن أماكن تسليم المبيع عبر الإنترنت يمكن تصورها كما

يلي:

1- في المكان الذي يحدده إعلان البائع: وهذه الصورة الغالبة في عقود البيع عبر الإنترنت إذ أن كثيرا من عقود المتاجر الافتراضية، تتضمن نصوصا تحدد فيه أماكن مزاوله النشاط التي يستطيع فيها المورد تقديم خدماته.

2- في المكان الذي يحدده المستهلك: سواء كان مكان سكنه أو عمله أو لأي مكان آخر.

3- في المكان الذي يحدده العرف: أي عرف تسجيل الطلبات والذي يقضي بإيصالها إلى مكان تواجد المستهلك.

4- في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع: وذلك في حالات الشراء عبر الحدود على سلع يمنع تداولها في مكان المستهلك، حيث نرى ضرورة مراعاة قوانين الدول التي

---

(1) أسامة أبو حسن المجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، مصر 1998 ص 102.

تحرم دخول المبيع إليها، فما يمكن أن يباع ويشترى من السلع في السويد مثلا لا يسمح بتداوله في الجزائر<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: نفاذ المنتج

عالج التشريع المقارن حالة نفاذ المنتج بسبب خاصية انفتاح الشبكة التي تستقطب عددا كبيرا من المتسوقين، حيث يتعذر في الكثير من الحالات الاستجابة لكل الطلبات التي ترد للمحترف. ونفاذ المنتج يترتب عنه عدم تنفيذ المحترف التزامه بالتسليم.

اكتفى المشرع الجزائري في صلب المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية بإلزام المورد الإلكتروني بعدم الموافقة على طلبية منتج غير متوفر في مخزونه. وفقا لهذه المادة، نفترض لو أن المورد الإلكتروني حين وافق على الطلبية كان المنتج متوفر في مخزونه، لكن بحلول أجل التسليم تبين له بأن هذا الأخير قد نفذت كميته، فما هو الحكم المطبق في هذه الحالة؟. المشرع الجزائري لم يعالج أو لم يفترض هذه الحالة بل اكتفى كما سبق ذكره بإلزام المورد على عدم الموافقة على طلبية منتج غير متوفر في مخزونه. نظم المشرع التونسي هذه الحالة بحكم خاص نص عليها في الفصل 35 من قانون التجارة الإلكترونية والذي جاء فيه أنه: "يتعين على البائع في صورة عدم توفر المنتج أو الخدمة المطلوبة إعلام المستهلك بذلك في أجل أقصاه 24 ساعة قبل تاريخ التسليم المنصوص عليه في العقد وإرجاع كامل المبلغ المدفوع إلى صاحبه باستثناء حالات القوة القاهرة. ويفسخ العقد إذا أخل البائع بالتزاماته ويسترجع المستهلك المبلغ المدفوع بقطع النظر عن جبر الضرر اللاحق به."

<sup>(1)</sup> تشير أن العالم اليوم يقترب من توحيد القوانين الخاصة بالجمارك بفضل الدخول في اتفاقيات التجارة الدولية الحرة (الجات) وغيرها من الاتفاقيات الإقليمية و الدولية التي تهدف الى تسهيل تداول السلع بدون قيود الحدود.

أما المشرع الفرنسي فقد تناولها في الفقرة الثانية من المادة 3-20-L.121.<sup>(1)</sup> من قانون حماية المستهلك، حيث ألزمت المحترف في حالة عدم تنفيذ العقد بسبب نفاذ السلعة أو الخدمة أن يعلم المستهلك بنفاذ السلعة أو الخدمة في أقرب الآجال وفي هذه الحالة أن يرد المبالغ المدفوعة في أقصى أجل هو 30 يوم ابتداء من تاريخ دفع الثمن و إذا تجاوز هذا الأجل أوجب عليه دفع فوائد على هذا المبلغ(الثمن) طبقا للتعريفات المعمول بها، أما الفقرة الثالثة من المادة نفسها، فقد أجازت في حالة اتفاق طرفي العقد عند نفاذ السلعة أو الخدمة أن يقوم المحترف بتزويد المستهلك بالسلعة أو الخدمة مماثلين.

يبدو من خلال ما تقدم أن آثار نفاذ المنتج هو توقيع الفسخ من جانب المستهلك و رد ثمن المنتج، أو التنفيذ المماثل كما ورد في التشريع الفرنسي لهذا وجب علينا تناول النقاط التالية: فسخ العقد بإرادة المستهلك، رد الثمن مع التعويض أو التنفيذ المماثل كما ورد في التشريع الفرنسي.

### **1- فسخ العقد بإرادة المستهلك**

لقد رتب كل من المشرع التونسي والمشرع الفرنسي فسخ العقد بسبب عدم تسليم المنتج من قبل المحترف الناتج عن نفاذه، و الفسخ هنا لا تنطبق عليه القواعد العامة

---

<sup>(1)</sup> Article L121-20-3 code de la consommation, Modifié par LOI n°2008-3 du 3 janvier 2008 - art. 28, Abrogé par LOI n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V)

« Le fournisseur doit indiquer, avant la conclusion du contrat, la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation de services. A défaut, le fournisseur est réputé devoir délivrer le bien ou exécuter la prestation de services dès la conclusion du contrat. En cas de non-respect de cette date limite, le consommateur peut obtenir la résolution de la vente dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 114-1. Il est alors remboursé dans les conditions de l'article L. 121-20-1.

En cas de défaut d'exécution du contrat par un fournisseur résultant de l'indisponibilité du bien ou du service commandé, le consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit, le cas échéant, pouvoir être remboursé sans délai et au plus tard dans les trente jours du paiement des sommes qu'il a versées. Au-delà de ce terme, ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal. »

التقليدية التي تقتضي أن يقوم الدائن بإعذار المدين، ثم تسجيل تخلفه عن تنفيذ التزامه. عندئذ يستطيع الدائن المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم التنفيذ أمام القضاء، لكن هذه القواعد و ما تتطلبه من إجراءات طويلة و مكلفة للدائن قد تجاوزها التشريع المقارن في التعاقد الإلكتروني و رتب الفسخ بإرادة المستهلك مباشرة، بعد أن يكون هذا الأخير قد أعلمه برسالة مضمونة الوصول، وابتداء من تلك اللحظة تزول العلاقة التعاقدية بين الطرفين و يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليه قبل التعاقد. و ما يتضح من هذا أن قواعد التعاقد الإلكتروني تجعل الفسخ الحل الملائم لطريقة التعاقد من أجل حماية المستهلك بينما القواعد العامة التقليدية تفضل الإبقاء على العلاقة التعاقدية حماية لاستقرار المعاملات.

أما التشريع التونسي، فقد نص في الفصل 35 من قانون التجارة الإلكترونية أنه :  
"يتعين على البائع في صورة عدم توفر المنتج أو الخدمة المطلوبة إعلام المستهلك بذلك في أجل 24 ساعة قبل تاريخ التسليم المنصوص عليه في العقد، و إرجاع كامل المبلغ المدفوع إلى صاحبه. وباستثناء القوة القاهرة يفسخ العقد إذا أخل البائع بالتزاماته. ويسترجع المستهلك المبلغ المدفوع بقطع النظر عن جبر الضرر اللاحق به.  
هذا يعني أن البائع يلتزم بإخبار المستهلك بنفاذ المنتج في أجل لا يتعدى 24 ساعة قبل تاريخ التسليم المتفق عليه في العقد، عندئذ يفسخ العقد بقوة القانون بمجرد إثبات عدم التسليم من جانب المحترف، فيسترجع المستهلك الثمن كما يحق له طلب التعويض عن الضرر اللاحق به. ويتضح من هذا النص أن المشرع التونسي قد وقع الفسخ بقوة القانون إلا إذا كان سبب عدم التسليم راجع للقوة القاهرة. هذا يعني أن المشرع التونسي قد أقر مسؤولية البائع بقوة القانون قوامها النص القانوني و التي تعد مسؤولية موضوعية لا يمكن نفيها إلا بواسطة السبب الأجنبي، أي أن يثبت البائع أن عدم التسليم قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ المضرور.

منح المشرع التونسي إلى جانب الفسخ، حق جبر الضرر عن عدم تسليم المنتج بسبب عدم توفره أي نفاذه، لأن عدم تنفيذ العقد أو حتى المماطلة في تنفيذه يرتبان ضرر يوجبان جبره كما هو مبين في الفصل 277 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية التي جاء فيه ما يلي: "عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه يوجبان القيام بالخسارة ولو لم يعتمد المدين ذلك". لكن وجود سبب غير منسوب إلى البائع منعه من التسليم أو أخره عنه يعفى في هذه الحالة من المسؤولية، كما نص عليه الفصل 282 حيث جاء فيه أنه "لا يلزم المدين بتعويض الخسارة إذا أثبت سببا غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو أخره عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ ومماطلة الدائن" أما القانون الفرنسي فقد رتب الفسخ في نص المادة 3-20-121.L السالفة الذكر و التي تحيلنا إلى المادة 114 الفقرة 1 من القانون نفسه إذ منحت للمستهلك حق توقيع فسخ العقد .

ويتضح لنا مما تقدم أن المشرع الفرنسي لم يوقع الفسخ بقوة القانون، و إنما اعتبره رخصة في بيد المستهلك حيث يستطيع هذا الأخير توقيعه بإرادته المنفردة أو يفضل حلا آخرًا تاركا المجال مفتوحا للاتفاق بين الطرفين كأن يمدد المستهلك أجل التسليم أو يفضل منتوجا آخرًا .

## 2- رد ثمن المنتج مع التعويض

لقد تبين لنا أن التشريع المقارن قد رتب عن حالة نفاذ المنتج إلى جانب فسخ العقد تعويض المستهلك، لكن تنظيم هذه المسألة يختلف باختلاف التشريعات، حيث ورد في التشريع التونسي أن المستهلك يحق له طلب التعويض إذا أصابه ضرر كما ورد في نص الفصل 35 المذكور سابقا. ويتم التعويض حسب ما هو مقرر في القواعد العامة التقليدية، و يتعين أن يلحق بالمستهلك ضررا. لكن نرى أن عدم تسليم المنتج بسبب من الأسباب باستثناء القوة القاهرة، ينتج عنه ضرر للمستهلك لأنه تعاقد وانتظر المنتج للانتفاع به، لكن ذلك لم يتحقق، و قد يكون قد فاتت عنه فرصة شراء منتج مماثل بأقل ثمن و هذا كله يعتبر في حد ذاته ضررا يلحق بالمستهلك.

أما المشرع الفرنسي فقد رتب أثرا في نص المادة 3-20-L.121 أنه إذا تجاوز المحترف 30 يوم و هو الأجل الذي يستوجب فيه رد الثمن ، وجب عليه إلى جانب رد الثمن، دفع الفوائد الناجمة عن التأخير، و التي تحسب طبقا للتعريفات المعمول بها في هذا الشأن.

### 3- التنفيذ المماثل

لقد نص المشرع الفرنسي على التنفيذ المماثل عند نفاذ المنتج في المادة L.121-20-3 المذكورة سابقا، على عكس التشريع التونسي ترك هذه المسألة حسب اعتقادنا للقواعد العامة التقليدية، حيث أنه عند الاتفاق بين طرفي العقد حول حالة نفاذ السلعة أو الخدمة يقوم المحترف بتزويد المستهلك بسلعة أو خدمة تعادل عليه اعتبارا أن هذا المنتج هو من المثليات حينئذ يجوز الوفاء بما يمثله. وفي هذه الحالة يجب على المحترف أن يعلم المستهلك بذلك بطريقة واضحة و مفهومة في أقرب الآجال، و إذا تمسك المستهلك بحق الرجوع فإن مصاريف استعمال حق الرجوع تكون على عاتق المحترف أي أن المصاريف يتحملها المحترف.

نص المشرع الجزائري على هذه القاعدة في القواعد العامة التقليدية في نص المادة 166 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنه: "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء. فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض"؛ هذا يعني أن الدائن هو الذي يسعى للحصول على الشيء المماثل على ذمة المدين، لكن شرط الحصول المسبق على أمر قضائي يسمح له بذلك. أما تطبيقها في التعاقد الإلكتروني فقد جاء مختلفا من حيث أنه يمكن الاتفاق عليها صراحة في العقد بين الطرفين، إذ يقوم المحترف (المدين) بتزويد المستهلك بالمنتج المعادل و ليس الدائن كما هو وارد في القواعد العامة التقليدية، كما لا يشترط إذن من القاضي، و في حالة ما إذا فضل المستهلك الرجوع عن العقد فإنه لا يتحمل مصاريف إرجاع المنتج.

## المبحث الثاني: حق المستهلك في الضمان

إن التطور التقني الحديث و ما صاحبه من تغيير في نظام الإنتاج و التوزيع، دق ناقوس الخطر بالنسبة للمستهلك الذي يسارع في اقتناء بعض المنتجات التي قد تسبب له الأذى و الأضرار المتفاوتة الخطورة. فلم يجد منفذ من هذه الأخطار سوى المطالبة بالضمان. و على هذا الأساس أصبح المستهلك يحتل الدرجة الأولى في الاهتمام أثناء عمليات بيع و توزيع الأجهزة و الأدوات الحديثة التي غالبا ما يجد نفسه عاجزا عن فهم وظائفها و طرق استعمالها. الشيء الذي يزيده قلقا على قلق إزاء تعطلها و صلاحيتها للعمل خاصة إذا و جد المستهلك نفسه مستغلا من قبل شركات الإنتاج و التوزيع عن طريق الدعاية و الإشهار و و سائل الإغراء المختلفة التي تدفعه إلى الشراء.

يعد الضمان وسيلة هامة في يد المستهلك لإلزام المهني بتسليم منتج سليم و مطابق للمواصفات التي تم الاتفاق عليها و التي تستلزمها الأعراف و طبيعة التعامل ، ويرى بعض الفقه أن هذا الالتزام تستلزمه طبيعة الأشياء من جهة و قصد المتعاقدين و تعامل الناس من جهة أخرى.

تتجلى أهمية الضمان في أنه يجسد ما يعرف بتلبية الرغبة المشروعة للمستهلك من خلال تسليمه منتوجا خاليا من العيوب، و قابلا للانتفاع به، و مطابقا للوصف الذي تعهد به المتدخل في العقد، كما يلعب دورا كبيرا في توقيع المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المستهلك سواء مادية كانت أو معنوية، و تحديد طائفة الأشخاص الذين يمكن الرجوع عليهم بالضمان، خاصة و أن المنتج أصبح يمر بعدة مراحل قبل وصوله للمستهلك بدءا من المنتج و وصولا إلى بائع التجزئة<sup>(1)</sup>.

الغاية من دراسة موضوع الضمان هو تبيان الطرق والإجراءات التي ينتهجها المستهلك من أجل استيفاء حقه في الضمان، من أجل ذلك سنتناول في هذا المبحث

<sup>(1)</sup> مسعودي فاروق، فعالية الالتزام بالضمان في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2016/2015، ص 5.

مفهوم الالتزام بالضمان (المطلب الأول)، الإطار القانوني للالتزام بالضمان (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالضمان

الالتزام بالضمان تستلزمه طبيعة الأشياء، فالمستهلك الذي يتعاقد عبر الانترنت من أجل شراء منتج معين أو طلب خدمة ما، يفترض أن يكونا خاليان من العيوب وصالحان للغرض المرجو، ولو كان يعلم بما فيهما من عيوب لما أقدم على التعاقد<sup>(1)</sup>. لذلك سأتناول في هذا العنصر، تعريف الالتزام بالضمان (الفرع الأول)، أنواع الضمان (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف الالتزام بالضمان

ألزم المشرع الجزائري البائع بضمان المبيع متى تخلفت إحدى الصفات التي تعهد بوجودها، أو في حالة وجود عيب ينقص من قيمة المبيع أو الانتفاع به في القواعد العامة. إلا أن قصور هذه القواعد من عدة جوانب جعل المشرع يفكر في وضع قواعد قانونية خاصة تكفل للمستهلك أكبر قدر من الحماية، وهو ما تجسد فعلا من خلال القانون 89-02 الذي ألغي بموجب القانون 09-03، هذا الأخير عرف الضمان في نص المادة 3 بأنه "الالتزام كل متدخل في فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب في المنتج باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته". هذا ونظم المشرع أحكام الضمان عن طريق المرسوم التنفيذي رقم 90-266 الذي ألغي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-327 وهذا الأخير ينص في المادة 3 منه على أن: "الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية التنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسلم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع (كل بند تعاقدى أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق أو كشف تكاليف أو أي وسيلة إثبات

<sup>(1)</sup> زريقات عمر خالد، المرجع السابق، ص 223.

أخرى منصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما) وتغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة".

ورد في نص المادة 447 ق م م فيما يخص الضمان: " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب و لو لم يكن عالماً بوجوده". بينما جاء نص المادة 1386-4<sup>(1)</sup> من التقنين المدني الفرنسي معرفاً للعيب بنصه على: " يعتبر المنتج معيباً إذا لم يوفر السلامة أو الأمان المنتظر منه شرعاً.

يمكن تقديم تعريف للضمان في المنتج بأنه " التلّام البائع سواء كان محترفاً أو منتجاً أو موزعاً أو صانعاً أو بائعاً وسطي بضمان عيوب المبيع بهدف حماية المستهلك من ما تسببه له هذه العيوب من ضرر التي قد توجد في المبيع ".<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: أنواع الضمان

يعد ضمان السلع والخدمات من أهم الحقوق الأساسية للمستهلك، وبالرجوع إلى القواعد المنظمة للالتزام بالضمان نجد نوعين من الضمان، أحدهما ضمان قانوني (أولاً) والثاني ضمان اتفاقي (ثانياً)، كما نص المشرع على حق المستهلك في خدمة ما بعد البيع كالتزام مكمل للضمان (ثالثاً).

<sup>(1)</sup> Article 1386-4 code civil, Créé par Loi n°98-389 du 19 mai 1998 - art. 1 JORF 21 mai 1998 , Abrogé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 4

Un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

<sup>(2)</sup> حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتجات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012 ، ص 69.

## أولاً: الضمان القانوني

تنص المادة 13 من القانون 09-03 على ما يلي " يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازاً أو خدمة أو أداة أو آلة أو عتاد أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون، و يمتد هذا الضمان أيضاً إلى الخدمات، يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة و في حالة ظهور عيب بالمنتج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته.

يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان دون أعباء إضافية.

يعتبر باطلاً كل شرط مخالف لهذه المادة"

فالضمان القانوني عبارة عن التزام المهني بمقتضى عقد البيع بأن يضمن للمستهلك جميع العيوب التي تستلزمه طبيعة الأشياء وتعامل الناس، فهو يعتبر بذلك حق يقره القانون<sup>(1)</sup>.

ألزم المشرع الفرنسي بدوره في المادة 217<sup>(2)</sup>-4 من قانون الاستهلاك، البائع

بتسليم سلعة مطابقة، كما ألزمه بضمان كل العيوب التي تظهر خلال فترة الضمان .

تنص المادة 10 من قانون حماية المستهلك المصري على: "يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك بما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة و مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون".

يعتبر الضمان القانوني من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على الإنقاص منه أو

إبطاله و كل شرط يقضي بذلك يعتبر باطلاً.

<sup>(1)</sup> حساني علي، المرجع السابق، ص-ص 71-74.

<sup>(2)</sup> Article L217-4. Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016:

"Le vendeur livre un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance.

Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité".

## ثانيا: الضمان الإتفاقي

نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الضمان في المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 الملغى على: "يمكن للمحترف أن يمنح المستهلك ضمانا إتفاقيا أنفع من الضمان الخاضع للأحكام القانونية المعمول بها. وقد أشار المشرع إلى هذا الضمان دون ذكره صراحة في المادة 14 من القانون رقم 09-03 كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجانا، لا يلغي من الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13".

أما في المرسوم التنفيذي رقم 13-327 فقد استعمل المشرع مصطلح جديد وهو الضمان الإضافي بدلا من الضمان الاتفاقي الذي نصت عليه القوانين السالفة الذكر. ولعل نص المشرع على مصطلح "الضمان الإضافي" يعتبر ذات مدلول لغوي أبلغ في التعبير عن "الضمان الاتفاقي"، ذلك من أجل تقادي اللبس الواقع بين قواعد الاستهلاك و قواعد القانون المدني التي تجيز للأطراف على إنقاص بل حتى إسقاط الضمان<sup>(1)</sup>، وهو ما لا يتماشى مع طبيعة العقد المبرم و مركز أطرافه، لذلك أراد من خلال المصطلح الجديد "الضمان الإضافي"، التأكيد على أنه لا يأخذ صورة الإنقاص أو الإسقاط أبدا، بل يشكل دائما امتيازاً وإضافة لحماية المستهلك. كما يعزز استعمال المشرع مصطلح "الضمان الإضافي" الإقرار بأن الضمان القانوني يتعلق أساسا بالنظام العام، إذ لا يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على إنقاصه أو إسقاطه -على خلاف القواعد العامة في القانون المدني- بل للقاضي - إن حدث الإتفاق- أن يثير ذلك من تلقاء نفسه، حتى و لو لم يطلب الأطراف ذلك<sup>(2)</sup>.

(1) راجع المادة 384 ق م ج.

(2) زكرياء بوعون، آليات تنفيذ ضمان السلع والخدمات في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 43 لسنة 2015، جامعة قسنطينة، ص 277.

استعمل المشرع الفرنسي مصطلح "الضمان التجاري" بدلا من الضمان الإتفاقي أو الإضافي المعتمد من طرف المشرع الجزائري، وذلك في نص المادة 15-217 من قانون الاستهلاك، ولعل هذا المصطلح له مدلول لغوي ليبيّن بأن هذا الضمان يهدف إلى زرع الثقة لدى العملاء. وهو التزام تعاقدى يحدد فيه المحترف شروط ومدة الضمان<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: خدمة ما بعد البيع

تمارس خدمات ما بعد البيع من طرف الشركة المنتجة للأجهزة والآلات المعمرة أو الموزعين أو من قبل شركات مستقلة، والذين يعملون - في أغلب الأحيان - كصفة وكيل للشركة المنتجة أو الموزع، وذلك على شكل محطات للخدمة موزعة على مناطق مختلفة في البلاد. كما تقدم بعض الشركات خدماتها بشكل لا مركزي، وتعهد بها إلى عدد من الموزعين أو الوسطاء في شكل وكلاء معتمدين من طرفها، أو تعهد بها إلى شركات متخصصة وفقاً لطبيعة المنتجات. فمثلاً تشكل خدمات ما بعد البيع من ضمان وصيانة واستشارات... الخ، جزءاً مهماً من اقتصاد الولايات المتحدة . كما أن تلك الخدمات تولد نسبة أرباح على الدخل أكثر بمرتين من مبيعات المنتج أو الخدمة<sup>(2)</sup>.

حيث أصبحت الخدمة ما بعد البيع من الالتزامات الضرورية التي يقوم بها المتدخل بعد انقضاء فترة الضمان المحددة، أو في الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره فيقوم المحترف بصيانة و تصليح المنتج المعروض في السوق.

---

<sup>(1)</sup> Article 217-15 de code de la consommation :

"La garantie commerciale s'entend de tout engagement contractuel d'un professionnel à l'égard du consommateur en vue du remboursement du prix d'achat, du remplacement ou de la réparation du bien ou de la prestation de tout autre service en relation avec le bien, en sus de ses obligations légales visant à garantir la conformité du bien. La garantie commerciale fait l'objet d'un contrat écrit, dont un exemplaire est remis à l'acheteur...".

<sup>(2)</sup> سامر المصطفى، أثر خدمة ضمان المنتج في تعزيز رضا العملاء، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 29، العدد الأول، 2013، ص 303.

نص المشرع الجزائري على خدمة ما بعد البيع في المادة 16 من القانون 09-03 على أنه " في إطار خدمة ما بعد البيع، و بعد انقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم، أو في كل الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره، يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة وتصليح المنتج المعروض في السوق".

ونص المشرع على الخدمة ما بعد البيع يعتبر استدراك للفراغ التشريعي الذي كان يشوب قانون حماية المستهلك الصادر سنة 1989، إذ مع ازدياد حجم و أنواع السلع المستوردة بات من الضروري إلزام المهني أو كل متدخل بتوفير خدمة ما بعد البيع بهدف تحقيق الرغبات المشروعة للمستهلك، حيث لا تتوقف حماية المشرع للمستهلك بمجرد انتهاء فترة الضمان، بل أضحى من الضروري توفير خدمة ما بعد البيع بهدف صيانة وإصلاح السلعة بعد انتهاء فترة الضمان، و ذلك بغية استعمال المنتج لفترة أطول<sup>(1)</sup>.

من خلال ما سبق وبناء على نص المادة 16 من قانون 09-03 نلاحظ أن المشرع فرق ضمناً بين خدمة ما بعد البيع والالتزام بالضمان، ذلك لأن خدمة ما بعد البيع تدخل حيز التنفيذ بنهاية مدة الضمان بنوعيه القانوني و الإضافي. و عليه يمكن القول بأن الضمان يتحول إلى خدمة ما بعد البيع بانتهاء الفترة القانونية أو الاتفاقية خاصة أن كليهما يهدفان إلى تصليح المنتج، غير أن خدمة ما بعد البيع تكون بمقابل عكس الالتزام بالضمان.

نص المشرع الفرنسي بدوره على الخدمة ما بعد البيع، في صلب المادة 217<sup>(2)</sup>-17 من قانون الاستهلاك، وذلك في حالة ما إذا كان الضمان التجاري لا يغطيها. تدرج هذه الخدمة ضمن عقد مبرم بين الطرفين، تسلم نسخة منه للمستهلك.

<sup>(1)</sup> ضوفي محمد، حق المستهلك في ضمان المنتج و توفير خدمة ما بعد البيع، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، جامعة البليدة، د س ن، ص 273.

<sup>(2)</sup> Article 217-17 cde de la consommation :

"Les prestations de services après-vente exécutées par le vendeur et ne relevant pas de la garantie commerciale visée à la section 3 font l'objet d'un contrat dont un exemplaire est remis à l'acheteur."

## المطلب الثاني: النظام القانوني للالتزام بالضمان

لبيان النظام القانوني للالتزام بالضمان نتناول مدة ضمان المنتوجات (الفرع الأول) شروط العيب الموجب للضمان (الفرع الثاني)، كيفية إثبات الضمان (الفرع الثالث) تنفيذ الالتزام بالضمان (الفرع الرابع) ، الجزاءات المترتبة على عدم تنفيذ المتدخل لأحكام الضمان (الفرع الخامس)

### الفرع الأول: مدة ضمان المنتوجات

ميّز المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 13-327 في آجال الضمان فقد نص على تحديد مدة الضمان القانوني، كما نص على جواز منح ضمان إضافي للمستهلك.

### أولاً: مدة الضمان القانوني

ألزمت المادة 13 من القانون 09-03 وجوب تحديد فترة خاصة بضمان كل منتج، وقد أحالنا على التنظيم فيما يخص تحديد هذه المدة، لأن هناك تبايناً واختلافاً بين المنتوجات، وبالتالي فمن المنطقي أن تختلف مدة الضمان من منتج لآخر، كما نلاحظ أنه في سنة 2013 تم تقرير مدة ضمان خاصة بالسلع المستعملة، ونشير هنا أن هذه السلع لم تكن مشمولة بأحكام الضمان حسب المرسوم التنفيذي رقم 90-266<sup>(1)</sup>. ولقد ميّز المرسوم التنفيذي 13-327 فيما يخص مدة الضمان بين السلعة الجديدة والمستعملة.

### 1- مدة الضمان في السلع الجديدة

طبقاً للمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 فإن مدة الضمان لا يجب أن تقل عن ستة أشهر ، تسري من تاريخ تسليم السلعة أو تقديم الخدمة.

إن مدة الضمان القانوني المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادتين 16 و17 والخاصة بالمنتوجات الجديدة والمستعملة تعتبر قاعدة عامة، إذ يمكن تحديد مدد

(1) ضويفي محمد، المرجع السابق، ص 264.

زمنية أخرى للضمان تختلف باختلاف طبيعة المنتج سواء كان جديداً أو مستعملاً، وذلك بقرار من الوزير المكلف بحماية المستهلك وقمع الغش أو بقرار مشترك بينه وبين الوزير المعني وذلك استناداً للفقرة 02 من المادتين 16 و 17 من نفس المرسوم و في هذا الإطار، فقد حدد المشرع مدة ضمان بعض السلع الجديدة المكتتاة بمقابل أو مجاناً حسب طبيعة كل سلعة، فيما أخضع باقي السلع التي لم يذكرها إلى القاعدة العامة المتعلقة بمدة الضمان وهي 6 أشهر على الأقل، وهذا ما تؤكدته المادتين 3 و 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في (1) 2014 المحدد مدة الضمان حسب طبيعة كل سلعة (2).

## 2- مدة الضمان في السلع المستعملة

بالرجوع إلى المادة 17 الفقرة الأولى من المرسوم 13-327 السالف الذكر، التي تنص: "لا يمكن أن تقل مدة الضمان عن ثلاثة أشهر بالنسبة للمنتجات المستعملة". ولعل المشرع بنصه صراحة على أن الضمان يشمل المنتجات المستعملة، أراد التأكيد بما لا يدع مجالاً للشك، والفصل في الجدل الفقهي المتعلق بمدى امتداد أحكام الضمان إلى الأشياء المستعملة أم لا (3)، لأنه في بداية الأمر اتجه الفقه إلى عدم الأخذ بالضمان بالنسبة للأشياء المستعملة بحجة عرقلة إنتاج منتجات جديدة ثم أخذ الرأي يتغير حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية قيام ضمان العيوب الخفية بالنسبة للأشياء المستعملة (4).

قلص المشرع الجزائري من المدة الأدنى للضمان، و قدرها بثلاثة (03) أشهر وهذا لإظهار الفرق بينها وبين الأشياء الجديدة، التي لا تقل فيها مدة الضمان عن ستة (06) أشهر. وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع استخدم مصطلح "المنتجات المستعملة"

(1) قرار وزاري مشترك مؤرخ في 21 صفر عام 1436 الموافق لـ 14 ديسمبر 2014 يحدد مدة الضمان حسب طبيعة كل سلعة، ج ر عدد 03.

(2) بوعون زكرياء، المرجع السابق، ص 275.

(3) المرجع نفسه، ص 275.

(4) سمير كامل، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة، دراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون الفرنسي دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 29.

فإذا كان من السهل تصور اقتناء المستهلك لسلعة مستعملة، فإنه من الصعب أو المستحيل تصور الحصول على خدمة مستخدمة لذلك كان من الأحسن إطلاق مصطلح " السلع المستعملة".

### ثانيا: جواز منح المستهلك مدة إضافية للضمان

تنص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 على: "يمكن للمتدخل أن يمنح المستهلك ضمانا إضافيا أكثر امتيازاً من ذلك النصوص عليه في المادة 3 الفقرة الأولى.

وفي هذه الحالة، يطبق هذا الضمان حسب الشروط المحددة في أحكام هذا المرسوم".

ونصت المادة 19 على إجراءات تقديم هذا الضمان، الذي يأخذ شكل التزام تعاقدي مكتوب، تحدد فيه البنود الضرورية لتنفيذه، وأن يحتوي على البيانات التي نصت عليها المادة 06 من نفس المرسوم، والتي تتمثل فيما يلي:

- اسم أو اسم شركة الضامن وعنوانه ورقم سجله التجاري وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء.

- اسم ولقب المقتني

- رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء أو كل وثيقة أخرى مماثلة.

- طبيعة السلعة المضمونة.

- مدة الضمان.

- اسم وعنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان، عند الاقتضاء.

### الفرع الثاني: شروط العيب الموجب للضمان

حرصاً على استقرار المعاملات، فقد اشترطت قوانين حماية المستهلك و لقيام ضمان

المهني لعيوب المبيع توافر شروط معينة وهي:

**1- وجوب تحقق العيب في المنتج خلال فترة الضمان :** لكي يستفيد المستهلك من أحكام الضمان، يجب أن يتحقق العيب أو يظهر خلال فترة الضمان التي تحددها القوانين، وهي فترة إجبارية لا يمكن للمتدخل أن ينقص فيها، وعلى هذا الأخير الالتزام بضمان العيوب التي تظهر خلال فترة الضمان.

كما قد يتحقق أو يظهر عيب في المنتج خارج فترة الضمان القانوني، لكن قد يظهر عيب آخر خلال فترة الضمان الإضافية، وهنا يبقى المتدخل أو المهني ملزماً بضمان أي عيب يحدث أو يظهر خلال هذه الفترة.<sup>(1)</sup>

**2- وجوب ارتباط العيب بصناعة المنتج أو تقديم الخدمة :** حسب المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 أن العيب الموجب للضمان قد يتسبب فيه المهني أو المتدخل، و قد يمتد الضمان إلى العيوب المرتبطة بالخدمات المرتبطة باقتناء السلعة، كتلك المتعلقة بعملية الرزم أو التركيب أو التشغيل، عندما تنجز تحت مسؤولية المهني أو المتدخل.

وحسب المادة 11 من نفس المرسوم، فإنه يجوز للمستهلك أن يطلب من المتدخل تجريب المنتج الذي اقتناه بغية التأكد من صلاحية استعماله، وكذلك التأكد من عدم وجود عيب فيه، خاصة إذا كان للمستهلك دراية فنية بالمنتج المقتنى، كأن يكون ميكانيكياً ويشترى سيارة، و مع ذلك لا يتم إعفاء المتدخل من إلزامية الضمان<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: كيفية إثبات الضمان

تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 على: "...يتجسد هذا الضمان عن طريق تسليم شهادة الضمان للمستهلك بقوة القانون."

كما تنص المادة 06 من نفس المرسوم على: "يجب أن تبيّن شهادة الضمان التي يسلمها المتدخل، على الخصوص البيانات الآتية:

<sup>(1)</sup> ضويفي محمد، المرجع السابق، ص 268.

<sup>(2)</sup> المرجع نفسه 268.

- اسم أو اسم شركة الضامن وعنوانه ورقم سجله التجاري وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء.

- اسم ولقب المقتني

- رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء أو كل وثيقة أخرى مماثلة.

- طبيعة السلعة المضمونة.

- مدة الضمان.

- اسم وعنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان، عند الاقتضاء.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذه البيانات مذكورة على سبيل المثال لا الحصر و يفهم

ذلك من عبارة "...على الخصوص البيانات التالية...".

ولقد صدر قرار وزاري في 2014<sup>(1)</sup> يحدد نموذج شهادة الضمان، وحسب المادة

الثالثة منه، تتكون هذه الأخيرة من شقين، يحتفظ المتدخل بالشق الأول ويقدم الشق الثاني للمقتني الذي يجب أن يقدمه في حالة الشكوى.

أما بالنسبة للخدمات فحسب المادة 07 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم

13-327 فتذكر نفس البيانات، إما في بند تعاقدي أو في فاتورة تقديم الخدمة، أو في

قسيمة الشراء أو في أية وثيقة أخرى تثبت تقديم الخدمة.

ويثور التساؤل في هذا المجال حالة ضياع بطاقة الضمان؟. لقد عالجت المادة

08 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 هذه المشكلة بنصها: يبقى الضمان ساري

المفعول في حالة عدم تسليم شهادة الضمان أو عدم مراعاة البيانات المذكورة في المادة

06، أو ضياعها و يحق للمستهلك المطالبة عن طريق تقديم فاتورة أو قسيمة الشراء أو

تذكرة الصندوق أو أي وثيقة أخرى مماثلة أو أي وسائل إثبات أخرى."

<sup>(1)</sup> قرار مؤرخ في 19 محرم عام 1436 الموافق لـ 12 نوفمبر سنة 2014 يحدد نموذج شهادة الضمان، ج ر عدد

## الفرع الرابع: تنفيذ الالتزام بالضمان

نتطرق في هذا العنصر إلى آليات تنفيذ الضمان (أولاً)، ثم إجراءات تنفيذ الضمان (ثانياً).

### أولاً: آليات تنفيذ الضمان

تنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 على أنه: "يجب أن يتم تنفيذ وجوب الضمان، طبقاً للمادة 13 من القانون 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 و المذكور أعلاه، دون تحميل المستهلك أي مصاريف إضافية إما:

- بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة.

- باستبدالها.

- برد ثمنها

وفي حالة العطب المتكرر، يجب أن يستبدل المنتج موضوع الضمان أو برد ثمنه.

ونصت المادة 13 من القانون 09-03 على أنه: "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته". يلاحظ من هذا النص أنه في حالة ظهور عيب في المنتج سواء خلال مدة الضمان القانونية أو مدة الضمان الإضافية في حالة الاتفاق عليها، فيجب على المهني أو كل متدخل في عرض المنتج استبداله، أو إرجاع ثمنه، أو إصلاحه، أو تعديل الخدمة.

نلاحظ أن المشرع استعمل أداة التخيير "أو" "إما" في كلا النصين، أي يمكن

الرجوع إلى خيار استبدال المنتج أو إرجاع الثمن للمستهلك، كما يمكن إصلاح العيب دون إرجاع الثمن أو استبدال المنتج، لكن السؤال المطروح في هذه الحالة: من يقرر أو من يختار ذلك؟، هل المتدخل أو المستهلك، فمثلاً لو ظهر عيب بالمنتج وأصر

المستهلك على استبداله، بينما المتدخل يصر على إصلاحه، فما هو الحل في هذه الحالة<sup>(1)</sup>.

فعلى المشرع تدارك هذا الوضع ليحسم النزاع في هذه المسألة.

### ثانيا: إجراءات تنفيذ الضمان

حسب المادة 5/01 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 يسري مفعول الضمان ابتداء من تسليم السلعة أو تقديم الخدمة.

ولكن يجب أن نُميّز بين سريان مفعول الضمان الذي يسري تلقائيا من وقت تسليم السلعة أو تقديم الخدمة وبين سريان تنفيذ الضمان الذي لا يكون تلقائيا بمجرد ظهور العيب، و إنما اشترط المشرع لنفاده ضرورة تقديم شكوى كتابية للمتدخل طبقا للمادة 1/21، أو عن طريق أي وسيلة اتصال أخرى مناسبة تسمح للمستهلك بالتصريح بالعيب لدى المتدخل، حيث تنص المادة على: "لا يستفيد المستهلك من الضمان إلا بعد تقديم شكوى كتابية، أو عن طريق وسيلة اتصال أخرى مناسبة لدى المتدخل"<sup>(2)</sup>.

ولقد أصاب المشرع الجزائري حين نصه عن وسيلة تقديم الشكوى التي تكون إما كتابيا، أو عن طريق وسيلة أخرى، ليفتح المجال أمام تطور وسائل الاتصال.

وحسب نص المادتين 21 و 22 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، للمهني أو المتدخل مهلة 10 أيام من تاريخ استلام الشكوى للقيام بمعاينة مضادة بحضور طرفي عقد الاستهلاك أو ممثليهما في المكان الذي يوجد فيه المنتج المضمون. وعندما لا ينفذ الضمان في أجل 30 يوما من تاريخ استلام الشكوى، فيجب على المستهلك إعدار المتدخل برسالة موصى عليها مع الإشعار بالاستلام، وهنا على المتدخل تنفيذ الضمان في أجل 30 يوما من تاريخ التوقيع على الإشعار بالاستلام.

(1) راجع في هذا المعنى ضويفي محمد، المرجع السابق، ص 269.

(2) بوعون زكرياء، المرجع السابق، ص 281.

ما يجب الإشارة إليه بخصوص وسيلة إعداز المستهلك للمتدخل، فقد حصرها المشرع برسالة موصى عليها مع الإشعار بالوصول، ولم يفتح مجال لوسائل الإتصال الأخرى، كما فعل عند نصه على طريقة تقديم الشكوى، وهذا لا يتماشى والتجارة الإلكترونية التي تتسم بسرعة المعاملات.

#### الفرع الخامس: الجزاءات المترتبة على عدم تنفيذ المتدخل لأحكام الضمان

بما أن الضمان من النظام العام كما سبق الإشارة إليه فإن كل متدخل يخالف أحكامه يترتب عليه جزاء. فقد فرض المشرع جزاءات قانونية في القانون رقم 09-03 والنصوص التطبيقية له، فهناك جزاءات إدارية يوقعها أعوان قمع الغش أو ضباط الشرطة القضائية تتمثل في الحد من وضع المنتج في السوق أو طلب سحبه أو استرجاعه، أو توقيف الخدمة إذا تبين أنها غير مضمونة، بالإضافة إلى ذلك نص المشرع على غرامات مالية تتراوح ما بين 100.000.00 دج و 500.000.00 دج، كما يمكن الحكم بعقوبات سالبة للحرية.

## خلاصة الفصل الأول:

تناولنا من خلال هذا الفصل حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد طبقا للنظرية العامة للعقد، فتطرقنا إلى دراسة أهم الالتزامات التي تقع على المهني خلال هذه المرحلة ألا وهي الالتزام بنقل الملكية و الالتزام بالتسليم. هذا في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني تناولنا مسألة الضمان التي تعد الركيزة الأساسية في العقود التجارية بصفة عامة والعقود الاستهلاكية بصفة خاصة.

فبالنسبة لأهم الالتزام الناتج عن عقد البيع المتمثل في انتقال الملكية، فتبقى القواعد العامة هي المسيطرة ، سواء كان عقد البيع يبرم بالطريقة التقليدية أو عبر شبكة الانترنت، فالمهني يلتزم كما هو مقرر في أحكام البيع بنقل ملكية المبيع إلى المستهلك حيث يلتزم بأن يتخذ ما هو ضروري لنقل الملكية أو الحق المالي إلى هذا الأخير، فإذا كانت الملكية منقول معين بالذات تنتقل بمجرد العقد، أما إذا كان المنقول معيناً بالنوع فعليه القيام بإفرازه، أما العقار يتعين عليه اتخاذ الإجراءات القانونية من توثيق، و شهر حتى تنتقل ملكية العقار للمشتري.

أما عن التسليم فلا يختلف المفهوم في عقد البيع عبر الانترنت عن مفهوم التسليم في البيع التقليدي، حيث يقتضي الأمر سواء كان المبيع ماديا أو رقميا أن يستجيب لأحكام المادة 367 من القانون المدني الجزائري، ووفقا لأحكام هذا المادة يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المستهلك حتى يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق أو مانع، حتى و لو لم يتسلمه ماديا إذا كان المهني قد أعلمه بذلك بأي وسيلة من وسائل الإعلام و يحدث التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع، فبالنسبة للعقار يكون التسليم بالتخلي عنه أو بتسليم المفاتيح، أما إذا كان منقولاً و نظرا لتنوع المنقول فإن القاعدة العامة هي أن يكون بالتسليم الفعلي.

أما إذا كان حقا من الحقوق المالية يتم تسليمه من خلال تسليم الوثائق التي تثبت وجود الحق، و بذلك يأخذ تسليم المبيع في القواعد التقليدية الطابع المادي، إلا أن الأمر

يختلف إذا كان العقد يتضمن مبيعا رقميا، حيث يتم تسليمه بطريقة إلكترونية عبر شبكة الانترنت في فضاء لا مادي، و لا شك أن هذا النوع من التسليم يكتسي طابعا خاصا يختلف عن التسليم التقليدي المعتاد.

ومن جانب آخر، وسواء كان المبيع رقميا أو تقليديا، فإن التشريع المقارن قد أخضع تنفيذ عقد البيع الإلكتروني في العلاقة ما بين المحترف و المستهلك الى جملة من الأحكام الخاصة لها الطابع الوقائي و الحمائي كانت من قبل منظمة من قبل القواعد العامة، لكن أدمجت في شكلها الجديد ضمن قواعد حماية المستهلك المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني، كما حدث في التشريع الفرنسي، أو ضمن قانون التجارة الإلكترونية كما حدث الجزائر و في تونس، مثل تنظيم مسألة مدة تنفيذ الالتزام بالتسليم، و نفاذ المنتج و هي أحكام عامة صاغها المشرع في شكل جديد و أصبحت تشكل بذلك قواعد خاصة تخالف الأحكام الواردة في القواعد العامة التقليدية.

أما بالنسبة لمسألة الضمان التي وجدت كسبيل لتحقيق غاية المستهلك في الحماية و صون حقوقه لم يغفل المشرع الجزائري عن تجسيده، إذ ألزم المهني وكل متدخل بضمان المبيع متى تخلفت إحدى الصفات التي تعهد بوجودها، أو في حالة وجود عيب ينقص من قيمة المبيع أو الانتفاع به في القواعد العامة. إلا أن قصور هذه القواعد من عدة جوانب جعل المشرع يفكر في وضع قواعد قانونية خاصة تكفل للمستهلك أكبر قدر من الحماية، و هو ما تجسد فعلا من خلال القانون 89-02 الذي ألغي بموجب القانون 09-03، كما خصه المشرع بمرسوم ينظم أحكامه ابتداء من المرسوم التنفيذي 90 - 266 الملغى مؤخرا بالمرسوم التنفيذي 13-327 الذي حدد شروط و كفاءات وضع ضمان السلع والخدمات حيّز التنفيذ، حيث أدخل المشرع مصطلحات و مفاهيم جديدة، تتماشى و تطور معاملات المجتمع العصرية، و يظهر ذلك عند اشتراطه في البيانات الواجبة في شهادة الضمان للعنوان الإلكتروني، ووسلية تقديم الشكوى لكي يتمشى و المعاملات التجارية الإلكترونية.



الفصل الثاني  
الحماية المستحدثة للمستهلك

من أهم مقومات حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد ود، هو اهتمام المستهلك بإثبات تعاقدته الإلكتروني مع المهني أيا ما كانت وسيلة هذا التعاقد ، باعتباره شخصا يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام التصرفات القانونية، ومدركا لمصالحه. و إذا كان المتعارف عليه أن أقوى أدلة الإثبات هو بالكتابة على محرر رسمي أو عرفي يحمل توقيع المتعاقدين، فتبعاً للتقدم التكنولوجي في الوقت الحاضر وتطور أساليب التعاقد تطورت معها طرق الإثبات من الكتابة والتوقيع على محرر ورقي إلى الكتابة على محرر الكتروني يحمل توقيعاً إلكترونياً. وهو توقيع يتماثل مع التوقيع العادي في أنه يتعرض لمخاطر التقليد أو التحريف أو التزوير، غير أن جميعها أمور تتم في بيئة إلكترونية بالإضافة لإمكانية إنكاره، لذلك فإن المستهلك يحتاج في هذه المرحلة إلى حماية توقيعه الإلكتروني من هذه المخاطر بالتصديق على صحة هذا التوقيع.

ومن أهم ما يحتاج إليه المستهلك أيضا في هذه المرحلة، هو التأكد من صحة رضائه بالتعاقد، و أنه جاء بدون تسرع منه، أي يحتاج إلى مهلة للتفكير و التأكد من أن محل التعاقد يناسبه . فقد يكتشف المستهلك أن محل التعاقد لا يلبي احتياجاته، أو أنه غير مطابق للمواصفات التي حددها هو أو المهني قبل التعاقد، ومن ثم يحتاج إلى إرجاع السلعة أو الخدمة محل التعاقد و إلا سيجد نفسه قد تحمل تكلفة سلعة أو خدمة دون أن يستفيد فعليا بها، لذلك اتجهت القوانين المقارنة إلى النص صراحة على تخويل المستهلك حق العدول عن العقد، لمنح مهلة للتفكير و التروي، باعتبار أن المستهلك في التعاقد عن بعد لا يرى المنتج، أو السلعة محل التعاقد.

وبذلك سوف نتطرق في هذا الفصل إلى:

✓ حماية المستهلك عند الدفع الإلكتروني (المبحث الأول)

✓ حق المستهلك في العدول ( المبحث الثاني)

## المبحث الأول: حماية المستهلك عند الدفع الالكتروني

من أهم مقومات حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد هو اهتمام المستهلك بإثبات تعاقدته الالكتروني مع المهني، وذلك نظرا لتنامي القرصنة الالكترونية، وإساءة استخدام أسماء الغير في أنشطة غير مشروعة عبر الانترنت، لذلك تطلب الأمر توفير ضمانات ووسائل تكفل تحديد هوية المتعاقدين، والتعبير عن إرادتهم بشكل صحيح بطريقة يمكن معها نسب التصرف إلى صاحبه.

و من المعروف أن أقوى أدلة الإثبات هو الإثبات بالكتابة على محرر رسمي أو عرفي يحمل توقيع المتعاقدين، لكن مع التطور التكنولوجي وتطور أساليب التعاقد تطور معها طرق الإثبات من الكتابة والتوقيع على محرر ورقي إلى الكتابة على محرر الالكتروني يحمل توقيعاً إلكترونياً.

ولكي يتم إبرام عقد الكتروني، لا بد من التوقيع عليه، وذلك بسبب اعتبارات الأمن كما سلف ذكره، وحتى يتم رفع مستوى الأمن والخصوصية بالنسبة للمتعاملين على شبكة الانترنت، ومنهم المستهلك في مجال التجارة الالكترونية.

يتمتع التعاقد الالكتروني بخصوصية في مجال الإثبات عن التعاقد التقليدي الذي يكون الإثبات فيه بواسطة محرر مكتوب يوضح تفاصيل و شروط العقد، ويحمل توقيعاً مادياً للمتعاقدين يأخذ شكل خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة. أما الإثبات في التعاقد الالكتروني فيكون بواسطة المحرر الالكتروني الموقع الكترونياً. الأمر الذي يجعل من رسالة البيانات حجة في الإثبات تساوي الكتابة في التعاقد التقليدي و تناسب طبيعة التعاقد الالكتروني<sup>(1)</sup>.

ويعتبر التوقيع في المحررات العرفية شرطاً جوهرياً لنسبة الكتابة إلى موقعه ويترتب على اشتراط التوقيع لصحة المحرر العرفي أنه لا يثور أي إشكال في حالة عدم

(1) أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق ص 216.

إنكاره، أما في حالة إنكار التوقيع فيحتاج أطراف التعاقد إلى إثبات التصرف الصادر بينهما، والتحقق من صحة هذا التوقيع.

لذلك فإن التصديق على صحة التوقيع الإلكتروني من قبل مزود خدمة التصديق

له دور كبير في إضفاء المصداقية على التوقيع الإلكتروني للمستهلك الموقع، كذلك شهادة التصديق الإلكتروني الصادرة عنه لتأكيد صحة هذا التوقيع و عدم الادعاء عليه بالتزوير. للتفصيل أكثر نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول : حماية المستهلك من خلال تأمين الدفع الإلكتروني، المطلب الثاني: حماية التوقيع الإلكتروني للمستهلك.

### **المطلب الأول: حماية المستهلك من خلال تأمين الدفع الإلكتروني**

رغم اتساع نطاق التجارة الإلكترونية عبر الانترنت في مختلف دول العالم، فإن ثمة تحديات تعترض هذه المعاملات -خاصة تلك التي يكون أحد أطرافها المستهلك- وتحد من عنصر الثقة و الضمان أثناء تنفيذها، هذا ما دفع العديد من الشركات في مجال تكنولوجيا المعلومات، إلى تطوير النظم الخاصة بالحماية في المواقع التجارية على شبكة الانترنت لتوفير الثقة للمستهلك.

فتعدد المخاطر الناتجة عن استخدام شبكة الانترنت، التي يتعرض لها المستهلك منها ما يتعلق بانتحال الشخصيات أو اختراق المواقع والعبث بمحتواها والاستخدام الغير المرخص به وغيرها من المخاطر، و للحماية من تلك المخاطر يتعين استخدام مجموعة من التقنيات اثبت الواقع العملي ضرورة الاعتماد عليها للحفاظ على استقرار المعاملات التجارية الإلكترونية. فنجد تقنيات تتعلق بأمن العمليات الإلكترونية (الفرع الأول ) مع تأمين الدفع الإلكتروني (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: تقنيات أمن العمليات الإلكترونية

تعتمد هذه التقنية على تحديد هوية المتعامل من جهة، وسلامة تبادل البيانات من جهة أخرى.

### أولاً: تقنيات تحديد الشخصية و الوثوق في هوية المتعاقدين

اشتراط المشرع الجزائري لقبول الكتابة المتخذة شكلا إلكترونيا و منحها الحجية اللازمة في الإثبات أن يكون في الإمكان تحديد هوية الشخص الذي صدرت منه بالأوضاع المقررة في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني<sup>(1)</sup>.

أكد المشرع الجزائري على ضرورة التأكد من هوية المتعاملين في البنوك في النظام رقم 08-11 المؤرخ في 28 نوفمبر 2011<sup>(2)</sup> يتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية في المادة 29 التي تنص على: "... السهر على التحديد الدقيق لهوية الأمر بالعملية و المستفيد من التحويلات الإلكترونية، بالإضافة إلى عنوايهما مهما كانت الوسيلة المستعملة...".

و مما لا شك فيه أن مسألة التأكد من هوية الأطراف لا تشكل أية صعوبة في مجال القواعد العامة في العقود، مثلما هو الحال في التعاقد بالمراسلة، بينما تزيد تلك المسألة تعقيدا إذا ما كان ذلك التعاقد يتم عن بعد من خلال شبكة الانترنت، و يرجع السبب في ذلك إلى الصفة المفتوحة و الحرة و التفاعلية للشبكة، وتعدد المتدخلين في العملية التعاقدية<sup>(3)</sup>، سواء كانوا مزودي خدمات الانترنت أو مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني.

<sup>(1)</sup> تنص المادة 323 مكرر 1 على: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها"

<sup>(2)</sup> ج ر عدد 2012/47.

<sup>(3)</sup> Muriel Falaise, Réflexions sur l'avenir du contrat du commerce électronique, petite affiche, n° 94, 7 Aout 1998, p 5.

ويقصد بالوثوق في هوية المتعاقدين، تلك العملية التي يمكن من خلالها التحقق من هوية الشخص الذي يمارس نشاطه عبر الشبكة مع شخص آخر، فالطبيعي أن تكون التجارة محاطة بالثقة عند إبرام العقد التجاري، لتسهيل التحقق من هوية الأطراف، إلا أن هذه الثقة قد تكون محدودة أو مهددة بعدم الصحة في الوسائل الالكترونية، الأمر الذي قد يتشكك منه المستهلك، فيلجأ إلى البحث عن كل حماية للطمأنينة بشأن مدى إمكانية تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه القانوني، ومدى قدرة أمن الاتصالات الالكترونية في تحقيق المصادقية<sup>(1)</sup>.

من ناحية أخرى، إن معرفة هوية المتعاقد الآخر عنصر هام في الروابط العقدية وذلك لتعيين القانون الواجب عندما يكون هذا الأخير هو القانون الشخصي للأطراف وإذا كانت هناك وسائل لتحديد هوية المتصل معه، مثل برامج مقتفي الأثر إلا أنها من الناحية العملية معقدة بالنسبة لغالبية المستخدمين<sup>(2)</sup>.

يلجأ المتعاملين الالكترونيين خاصة البنوك في سبيل تحقيق هذا الأمان إلى تقنيات يسعى من خلالها إلى التأكد من مشروعية الاستفادة من خدماتها و أن المستفيد فعلا هو العميل صاحب الحساب نجد من بين هذه الأنظمة<sup>(3)</sup>:

**1- نظام هوية المستخدم و كلمة السر:** عند دخول العميل إلى الموقع قصد الاستفادة من الخدمات الالكترونية، أول ما يصادفه هو إدخال هوية المستخدم وكلمة السر، إلا أنه رغم الاحتياطات التي يتخذها المتعامل من أجل عدم كشف كلمة السر الخاصة به، فإن ابتكارات بعض الأشخاص الذي يحترفون الإجرام عبر الانترنت تجعلهم قادرين على التوصل لمعرفتها و هذا أمر خطير بالنسبة للحسابات البنكية بحيث يتمكن المجرم من

(1) حسن عبده الماحي، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 31 ، أبريل 2002، ص 294 .

(2) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، جامعة القاهرة، 2008، ص 50.

(3) حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، ولاية تيزي وزو، 30 سبتمبر، 2015، ص 275.

تحويل أموال إلى حسابات أخرى دون أن يترك أي أثر عن هويته، وذلك باستخدام أساليب تقنية للاقتحام و السطو، ولعل أكثر أساليب السطو على كلمات السر هو أسلوب الاقتحام العشوائي أو التخمين العشوائي، بحيث يقوم المقتحم بتجربة كل القيم الممكنة وقد ظهرت على الانترنت مجموعة من البرامج تقوم بهذه المهمة بسرعة فائقة مثل برنامج crack lophet وهو برنامج للتخمين العشوائي سريع جدا<sup>(1)</sup>.

**2- نظام كلمة السر التي لا تتكرر:** و قد سميت هذه الطريقة بكلمة السر التي لا تتكرر لأن كلمة السر لا تكون صالحة إلا مرة واحدة، تستخدمه خاصة البنوك عند إجراء العمليات التي تتضمن أوامر الدفع، يستخدم هذا النظام كوسيلة إضافية للنظام السابق حيث يعتمد هذا النظام على اشتراك كل من العميل و البنك للتوصل لكلمة السر التي لا تتكرر، حيث يتم تزويد كل منها في البداية بنفس جملة المرور و عدد مرات إدخال البيانات الخوارزمية القيمة الاختيارية<sup>(2)</sup>، فيبدأ العميل بإرسال رسالة البداية فيرد البنك برقم عشوائي يتم استخدامه في إخراج كلمة السر التي لا تتكرر، ويمر كل ذلك بثلاث خطوات:

- الخطوة التمهيديّة: يدخل العميل جملة المرور و يتم إضافتها إلى الرقم العشوائي ثم ترسل إلى البنك.

- خطوة التوليد: يتم تنفيذ خوارزمية القيمة الاختيارية عدة مرات على هذه الجملة لإنتاج كلمة سر ذات 64 خانة أو أكثر، هذا العدد هو المخزن في جهازي العميل والبنك.

- خطوة العرض: حيث تأخذ كلمة السر المنتجة في المرحلة السابقة وتعرض بصورة مقروءة، وفي المرحلة النهائية يستخدم العميل هذه الكلمة مرة واحدة فقط بإرسالها للبنك

<sup>(1)</sup> للمزيد راجع محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 87.

<sup>(2)</sup> هي عبارة عن مجموعة من العمليات الحسابية يتم من خلالها توليد مجموعة من الحروف ذات طول معين مستنتجة رياضياً من مجموعة أخرى من الحروف أطول بكثير و التي تمثل الرسالة المراد تشفيرها، كما تستخدم هذه العملية كذلك لاكتشاف تزوير البيانات، حيث أن أي تغيير ولو كان بسيطاً في الرسالة الأصلية يؤدي إلى تغيير كبير في القيمة الاختيارية. راجع محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 88.

الذي يتأكد من صحتها بعد أن تتم العملية المراد إنجازها ، تصبح هذه الكلمة غير صالحة للاستعمال.

### ثانياً: تقنية أمن المراسلات والمواقع الالكترونية

تهدف هذه التقنيات إلى تأمين وصول البيانات المطلوبة دون زيادة أو نقصان في صورة سليمة و صحيحة إلى المرسل إليه المعني دون غيره في الوقت المحدد لها دون تأخير<sup>(1)</sup>، فخاصية افتتاح شبكة المعلومات أمام جميع مستخدميها سواء الكاشفين عن هويتهم أو مخفيها يهدد سرية البيانات المتبادلة بين الأطراف<sup>(2)</sup>.

تتعلق هذه الصعوبات بالنواحي الفنية الخاصة بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات و البرمجيات و أنظمة التشغيل، هذا ما أدى بالعاملين في الميدان الالكتروني إلى ابتكار وسائل حديثة لحماية أمن وسرية المراسلات و المعلومات عن طريق تشفيرها، وحماية المواقع الالكترونية من خلال جدران الحماية.

**1- التشفير :** يعرف التشفير بأنه تحويل المعلومات إلى شفرات غير مفهومة (دون معنى) لمنع الأشخاص غير المرخص لهم من الاطلاع على المعلومات و حفظها من العبث بمحتوياتها وذلك بتغيير شكلها إلى صورة لا يمكن فهمها إلا بعد إرجاعها إلى صورتها الأصلية<sup>(3)</sup>، فعملية التشفير تعمل على تحويل النصوص العادية إلى نصوص مشفرة و ذلك باستخدام مفاتيح وهذه المفاتيح تستند إلى صيغ رياضية معقدة (خوارزميات)، وتعتمد قوة و فعالية التشفير على أساسين: الخوارزمية و طول المفتاح (مقدر بالبت Bit)<sup>(4)</sup>. وينقسم التشفير إلى تشفير متماثل، وتشفير لامتماثل.

(1) حسن ظاهر داوود، الحاسب و أمن المعلومات، معهد الإدارة العامة، السعودية، 2000، ص 216.

(2) حسن عبده الماحي، المرجع السابق، ص 295.

(3) CAORIOI Eric , sécurité technique et cryptologie dans le commerce électronique en droit français , disponible sur le site :

<http://www.lex-electronica.org/articles/vol3/num1/securite-technique-et-cryptologie-dans-le-commerce-electronique-en-droit-francais/>

(4) محمد بن أحمد السيدري، التجارة الإلكترونية تقنيات و استراتيجيات التطبيق، المرجع السابق.

**1-1 التشفير المتماثل:** هو أسلوب من أساليب التشفير يستخدم فيه مفتاح سري لتشفير رسالة ما وفك تشفيرها ويسمى بالمفتاح المتناظر لأن المفتاح الذي يستخدم لتشفير الرسالة هو نفسه المستخدم لفك تشفيرها، لكن هذه الطريقة تتطلب إحالة المفتاح بين الأطراف بطريقة يجب أن تضمن سلامته وتعطي هذه التقنية حماية أكثر في الشبكة المغلقة<sup>(1)</sup>.

**1-2 التشفير اللامتماثل:** وهو أسلوب من أساليب التشفير، يتم فيه تشفير البيانات باستخدام مفتاح ما، وفك تشفيرها باستخدام مفتاح آخر، ولهذا السبب يسمى بالتشفير بالمفتاح اللامتناظر، لأن مفتاح التشفير يختلف عن مفتاح فك التشفير وهذا هو الفرق بين التشفير المتناظر والتشفير اللامتناظر، حيث أنه في التشفير المتناظر يتم تشفير الرسالة أو التوقيع باستخدام الرقم العام وفي نفس الوقت يتم فك الشفرة وإرجاع المعلومات إلى وضعها الأصلي باستخدام نفس الرقم العام، ولو حصل أن شخص آخر يعرف هذا الرقم أو توصل إليه عن طريق الدليل العام فبإمكانه فك الشفرة وقراءة الرسالة أو التوقيع. أما إذا تم تشفير المعلومات بأسلوب التشفير اللامتناظر فإن المعلومات يتم تشفيرها بالرقم العام ولكن لا يمكن فك الشفرة والوصول إلى تلك المعلومات إلا بالمفتاح الخاص لصاحب ذلك المفتاح العام الذي تم على أساسه التشفير<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الإطار وبهدف تأمين سلامة الاتصالات وعلى الأخص في التجارة الإلكترونية فقد أصدرت فرنسا أربعة مراسيم وستة قرارات تطبيقية لها خاصة بأنظمة التشفير ضمن حلول تعديل المادة 28 من قانون 29 ديسمبر 1990 أما القانون الصادر بتاريخ 26 جويلية 1996 قام بتحرير الاستعمال الشخصي لوسائل وخدمات التشفير التي لها وظيفة التوثيق وضمان وحدة البيانات، بالإضافة إلى تلك التي لها وظائف تأمين

<sup>(1)</sup> علي كلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة تونس، 2002، ص282.

<sup>(2)</sup> عمر هبطي، التوقيع الإلكتروني، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، المغرب، السنة الجامعية 2006/2007، ص109.

السرية ولا تستعمل إلا من خلال اتفاقات سرية منظمة من قبل مؤسسات معتمدة . لكن عندما تؤمن خدمات التشفير وظائف المحافظة على السرية باستعمال مفاتيح ليست منظمة من طرف أحد الأغيار ذوي الثقة ، فإن الاستعمال الشخصي لوسائل وخدمات التشفير التي لها وظيفة التوثيق وضمان وحدة البيانات ، بالإضافة إلى تلك التي لها وظائف تأمين السرية ولا تستعمل إلا من خلال اتفاقات سرية منظمة من قبل مؤسسات معتمدة من طرف أحد الأغيار ذوي الثقة ، لأن الاستعمال الشخصي لهذه الوسائل والخدمات يكون خاضعا لترخيص صادر عن السلطة الحكومية العليا<sup>(1)</sup>.

بالنسبة لمستويات التشفير أصبح يستعمل ويستخدم أكثر من مستوى من أجل تحقيق أعلى درجة من الأمان فعلى سبيل المثال أصبحت المعاملات المالية الآن يتم تشفيرها باستخدام نظام تأمين المعاملات الإلكترونية SET<sup>(2)</sup> بالإضافة إلى تشفير لمستوى التصفح باستخدام net escape للتأمين SSI<sup>(3)</sup>.

### • نظام المعاملات الإلكترونية الآمنة SET

يعد أهم بروتوكول متعلق بالنواحي التأمينية وهدفه الأساسي هو تأمين عملية الوفاء والمعاملات المالية التي تتم أثناء المعاملة التجارية. ويتميز هذا النظام<sup>(4)</sup> عن الأنظمة التأمينية الأخرى بعدة مميزات كونه:  
- يضمن أن طلب الشراء المرسل هو نفسه الطلب الذي يستقبله صاحب المشروع أو التاجر عن طريق بصمة ورقية معينة تكون مميزة لهذا الطلب.

<sup>(1)</sup> BERBAN Yaan et POTTIER Isabelle , les décrets et anétes cryptologies la mise en œuvre effective de l'assouplissement des dispositions antérieure , revue de la gazette du palais n° 103 a11 du 19 au 21 Avril 1998.p 12.

<sup>(2)</sup> SET : secure electronic transaction

<sup>(3)</sup> SSI : secure socket layer.

<sup>(4)</sup> تم تطوير نظام المعلومات الإلكترونية الآمنة SET بالتعاون بين أكبر شركات البطاقات البنكية وهما visa و master card وذلك بغرض تأمين المعاملات المالية عبر شبكة الانترنت باستخدام البطاقة البنكية. راجع ضياء علي أحمد نعمان، الحماية التقنية للتجارة الإلكترونية، مقال منشور بمجلة قانون وأعمال، العدد الأول، المغرب، 2011. ص 40.

- يضمن سرية طلب الشراء عن طريق تشفير المعلومات التي يشملها الطلب وكذلك البيانات الخاصة بعمليات الوفاء.

- يضمن للتاجر أو صاحب المشروع، أن حامل البطاقة البنكية هو الشخص نفسه، الذي يزعم هو عن طريق الشهادة التي يحملها والصادرة عن البنك الضامن أو شركة الائتمان الضامنة له والتي تؤكد لصاحب المشروع أو التاجر أن هذا الشخص الراغب في الشراء هو نفسه صاحب رقم الحساب المذكور ، كما أنه يعطي للتاجر ضمان بأن حساب المشتري يسمح بشراء هذه السلعة أو الخدمة المراد شرائها دون معرفة البائع برقم البطاقة البنكية الخاصة بالمشتري.

### • نظام للتأمين SSL

وتكمن مهمة البروتوكول في تشفير جميع الاتصالات بلُحْد برامج التصفح أو النوافذ على شبكة المعلومات (Browser) أو أحد المواقع أو أحد مقار المعلومات على خادم الشبكة (Server) وبالتالي فهو يقلل من فرصة وقوع المعلومات أثناء عملية انتقالها في أيدي أي شخص غير مرغوب فيه إلى أن تصل إلى المستقبل النهائي ، فهو يعطي للعملاء الثقة والطمأنينة بأن المعلومات والبيانات الخاصة بهم بما فيها إتمام البطاقة البنكية لن تكون متاحة سوى للتاجر أو المنشأ أو المؤسسة المراد التعامل معها وذلك للتأمين البطاقة البنكية<sup>(1)</sup>.

تحتاج عملية التشفير إلى طرف ثالث محايد لضمان الأمان، فمثلا في تونس يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يمارس عملية التشفير في نطاق التجارة والمبادلات الالكترونية، بشرط أن يتحصل على تصريح مسبق من الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية<sup>(2)</sup>، كذلك في مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري، بحيث نص في فصله الخامس على إنشاء مكتب للتشفير يكون جهة لإيداع مفاتيح الشفريات.

(1) راجع ضياء علي أحمد نعمان، المرجع السابق، ص 33.

(2) راجع الفصل 11 من قانون التجارة و المبادلات الالكترونية التونسي.

في القانون الجزائري بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المتعلق باستغلال خدمات الانترنت المعدل والمتمم، استعمل المشرع مصطلح "الترميز" في فحوى المادة 14 التي تنص على: " يلتزم مقدم خدمات الانترنت خلال ممارسة نشاطه بما يلي...- عرض أي مشروع خاص باستعمال الترميز على اللجنة". وذكر نفس المصطلح في نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09-410 مؤرخ في 10 ديسمبر 2009 يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة<sup>(1)</sup>، ومحتوى هذا النص يلزم بوجود الحصول على اعتماد مسبق من المصالح المكلفة بوزارة الداخلية بعد استشارة السلطة المؤهلة المكلفة بالمصادقة على تجهيزات و برامج الترميز قصد ممارسة نشاط الترميز.

يفهم من هذا النص أن مقدم خدمات الانترنت يقترح على الوزارة مشروعات خاصة بالترميز أو التشفير.

بالإضافة إلى تقنية التشفير نجد تقنية أخرى تعمل على أمن المراسلات والمواقع الإلكترونية ألا وهي جدران الحماية.

## 2- جدران الحماية:

تدعى كذلك بالجدار النارية<sup>(2)</sup> وتعتبر وسيلة تستعمل لحماية الشبكات الخاصة من الدخول وتمنع الوصول الغير مشروع به للشبكة حيث تحمي وحدات التحكم والإرسال في الإنترنت.

وتتجلى أهمية الجدران النارية في حماية الشبكات الخاصة من هذه المشكلات، حيث أنه وعبر الإنترنت يتم التعامل على بث متعدد الأطراف باستعمال الأجهزة السمعية والبصرية ومؤتمرات الفيديو لمجموعة من المضيفين ليرى ويسمع كل منهم الآخر، ويوفر الهيكل الإذاعي المتكامل على الإنترنت عن طريق برنامج ( Mphone ) المتوافر لكل

(1) ج ر عدد 2009/73.

(2) هو مجموعة أنظمة توفر سياسات أمنية بين الإنترنت وشبكة المؤسسة وتجبر جميع عمليات العبور إلى الشبكة والخروج منها أن تمر من خلال الجدار الناري الذي يصد المستعملين المتطفلين.

الناس حيث أن أي مستعمل في الإنترنت يستعمل في هذا الجهاز (Mphone) يتيح المجال لأي مستعمل آخر للدخول عليه ومراقبته في الإنترنت ولكن الجدار الناري يمنع هذا الدخول<sup>(1)</sup>.

وتتجلى مزايا وعيوب هذه الجدران النارية في :

#### • المزايا:

- توفير الحماية اللازمة للشبكة والمعلومات والحد من تعرضها للأخطار ومتابعة المستخدمين للشبكة ومن يحاول العبث بها.
- تسجيل وقائع الاستخدام بدقة طالما أن كل الرسائل والأوامر تمر به عند خروجها إلى الإنترنت أو قدومها منها.
- تسجيل كافة المعلومات عن حركة المرور هذه.

#### • العيوب:

- عدم تعامله مع تنفيذ البرامج الداخلية التي تهاجم النظام فمادام موقع جدران الحماية هو على حدود الشبكة فإنه لا يستطيع أن يفعل الكثير لمهاجم من الداخل يريد سرقة بعض المعلومات من أحد أجهزة الشبكة الداخلية أو تخريب الأجهزة أو البرامج أو تعديلها.
- عدم توفير حماية قصوى وفورية باعتبار أن الجدران النارية يجب القيام بتحديث تهيئته باستمرار لمواكبة ما يتم اكتشافه من أحكام جديدة.
- هذه الوسائل لا تكفي وحدها لحماية أمن المعلومات بشكل كامل، بل لابد من استخدام تقنيات الأمن الشامل التي تضم العديد من الأجهزة والنظم مثل وسائل أمن الملفات و وسائل كشف الاقتحام و أجهزة الرقابة<sup>(2)</sup>.

(1) ضياء علي أحمد نعمان، المرجع السابق، ص39.

(2) حابت آمال، المرجع السابق، ص 279.

## الفرع الثاني: تأمين الدفع الالكتروني

إن حماية المستهلك عند الدفع الالكتروني ترتبط بالعديد من الأمور، فتسوق المستهلك عبر الانترنت و قيامه بالتعاقد أو الشراء يرتبط بالدفع الالكتروني، لذلك فالأجهزة الالكترونية وثيقة الصلة بالتعاقد الالكتروني، ويمكن عن طريق هذه الصلة تحويل المبالغ لحسابات أخرى، ودفع الفواتير، وتحويل المبالغ لحسابات أخرى، ويتم كذلك دفع الفواتير و تحويل المبالغ المالية لجهات خارج البنك من خلال الدفع الالكتروني (1) الذي يتم من خلال بطاقات الدفع الالكتروني أو بطاقات الائتمان التي تخول صاحبها بتحويل قيمة مالية معينة من حسابه إلى حساب البائع.

فالمنهج أو الطريقة التي تنتهجها أنظمة بطاقات السحب من أجل تأمين المعاملات المصرفية، تجعل هذه الطريقة أكثر صعوبة في التعامل من العملات الورقية والمعدنية، فعندما يقوم صاحب البطاقة بتقديم بطاقته إلى البائع من أجل الشراء، فإن مسجل النقد الالكتروني التابع للمزود يقوم بإرسال رسالة طلب التحويل إلى بنك المستهلك، ومن ثم يقوم بنك المستهلك بالكشف عن حساب المستهلك، والتأكد من وجود إيداع مصرفي كافي من أجل إنجاز المعاملة، و أيضا يقوم البنك بالكشف على سجل من الأرقام من أجل التأكد من أن تلك البطاقة ليست مسروقة أو ضائعة، فإن كانت الأمور على ما يرام، فإن بنك المستهلك يرسل رسالة إلى المزود تؤكد له قدرة المستهلك على الدفع، ونظام التأكيد هذا مابين المزود و بنك المستهلك يعزز من أمن النظام لصالح صاحب البطاقة، ولصالح المزود(2)، و بالتالي تعزز الثقة لدى المستهلك.

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص 79.

(2) يونس عرب، ورقة عمل منشورة على الانترنت بعنوان التعاقد و الدفع الالكتروني تحديات النظامين الضريبي والجمركي مقدمة الى برنامج الندوات المتخصصة حول التجارة الالكترونية، تنظيم معهد التدريب القانوني، الخرطوم، كانون الأول 2002، متوفر على الموقع التالي: <http://www.f-law.net>

تعرض المجلس الأوروبي لموضوع حماية المستهلك عند الدفع الالكتروني تحت مسمى "تأمين نظام الوفاء"، حيث صدرت توصية عن المجلس الأوروبي في 19/05/1998 بهدف المساهمة في إنعاش التجارة الالكترونية، عن طريق زيادة ثقة المتعاملين فيها و في أساليبها، خاصة السداد الالكتروني، و بحث سبل حماية المستهلك و التاجر عند السداد بهذه الطريقة، و كيفية إمكان الاسترداد في حالة السداد بدون وجه حق، وكيف تتم الحماية من المخاطر في حالة سرقة البطاقة أو فقدها أو ضياعها.<sup>(1)</sup> لم يكرس القانون الجزائري هذا التأمين، و بالرغم أنه صدر عن بنك الجزائر نظام تحت رقم 05-07 مؤرخ في 28 ديسمبر 2005<sup>(2)</sup> متعلق بأمن أنظمة الدفع، حيث نظم أمن عمليات التسوية المالية دون أن يشير لطرق الدفع الالكترونية، إذ نص في المادة 12 منه على " يسهر بنك الجزائر على توفير الأمن المادي والمنطقي للبنية الأساسية الخاصة بأنظمة الدفع، كما يتأكد من توفير أمن وسائل الدفع من غير العملية النقدية في هذا المجال.

وفي حالة ما إذا اعتبر بنك الجزائر بأنه يتوفر في إحدى وسائل الدفع على الضمانات الأمنية، يمكن أن يطلب من الجهة التي تصدر اتخاذ إجراءات ملائمة لمعالجة الأمر، وفي حالة عدم تطبيق هذه التوصيات يمكنه بعد استشارة السلطة المكلفة بالمراقبة في اتخاذ قرار توقيف إدخال و سيلة الدفع المعنية في النظام.

يتعين على بنك الجزائر بصفة خاصة ، التأكد من أمن بطاقات الدفع ومتابعة إجراءات توفير شروط الأمن التي قامت بها الجهات التي تصدرها ، و كذا التجار ومتابعة إحصاءات التدليس والتطورات في ميادين التكنولوجيا ، التي قد تؤثر على أمن بطاقات الدفع".

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق ص 80.

(2) ج ر عدد 2006/37.

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري ألزم الأشخاص الذين يريدون إدخال وسائل أمن حديثة بتأمينها حماية للمتعاملين، كما منح بنك الجزائر سلطة الرقابة وألزمه في الوقت نفسه بالسهر على متابعة التطورات التي تؤثر على أمن بطاقات الدفع بغرض تعزيز العمل بهذه البطاقات.

وقد سمح المشرع في قانون المالية لسنة 2006 بالتعامل مع الإدارة الجبائية بالطرق الالكترونية في السداد<sup>(1)</sup>، لكن يبقى الإطار القانوني للنقود الالكترونية وبالخصوص تأمينها في التشريع الجزائري منعداً. هذا ويتم تأمين الدفع الالكتروني عن طريق وسائل فنية و أخرى قانونية.

### أولاً: التأمين الفني لعملية الدفع الإلكتروني

يتحقق هذا التأمين من خلال الوظائف و الشروط الفنية التي يجب أن تتوفر في عملية الدفع كي تكون آمنة، وتتمثل هذه الشروط في إضفاء الصفة الرسمية على الأمر بالدفع الى جانب تقنية التشفير والترميز التي سبق دراستها و حفظ المعلومات الخاصة بعملة الدفع و كذا تحديد التاريخ الالكتروني لواقعة الدفع<sup>(2)</sup>.

#### 1- إضفاء الصفة الرسمية على الأمر بالدفع

يتم إفراغ التصرفات القانونية في التجارة التقليدية أو اليدوية في مستندات مكتوبة يتم تذييلها بتوقيع من صاحب الشأن ، هذا على خلاف الحال في التجارة الالكترونية حيث يتم إبرام الصفقات على دعامات الكترونية غير مكتوبة تقليدياً ويتم التوقيع عليها من قبل أطراف الصفقة الالكترونية، و إذا كان من السهل الرجوع إلى المستندات الورقية و التحقق من صحة ونسبة صدور التصرف إلى موقعه ، فإن الأمر ليس بنفس السهولة بالنسبة

(1) حمودي ناصر، التنظيم القانوني لظاهرة العولمة في الجزائر، الانجازات و التحديات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 02، 2012، ص 196.

(2) حابت آمال، المرجع السابق، ص 280-281.

للسندات الالكترونية بما تحمله من توقيعات الكترونية و التي هي بحاجة الى من يوثقها و يصادق عليها<sup>(1)</sup>.

## 2- حفظ المعلومات الخاصة بعملية الدفع الالكتروني

يشكل الحفظ وسيلة هامة لتأمين الوفاء الالكتروني، وهو يعني حفظ المستندات أو المعلومات المتعلقة بعملية الوفاء بطريقة لا يمكن محوها ولأكبر فترة ممكنة لإمكانية الرجوع إليها كلما دعت الضرورة لذلك.

## 3- تحديد التاريخ الالكتروني

- تظهر ضرورة تأريخ المستند الالكتروني في عدة نقاط منها:
- ✓ تحديد فيما إذا كان هناك تأخير في تنفيذ العقد ومن ثم تطبيق الجزاءات المفروضة على التأخير في التنفيذ و ما يترتب على هذا التأخير من مصاريف جمركية إضافة نتيجة للتأخير في تخليص البضاعة جمركيا<sup>(2)</sup>.
  - ✓ يجب أن تكون الوسيلة مشمولة بضمانات تضمن للتاجر حصوله على الثمن كاملا دون أن يتحمل مخاطر عدم ملاءة المشتري و ذلك عن طريق خطابات الضمان أو الكفالة المصرفية مثلا.
  - ✓ ضمان عدم اعتراض مصدر الأمر بالوفاء على عدم وجوده أو بطلانه و هو ما يتطلب إقامة نظام فعال للإثبات.

## ثانيا: التأمين القانوني لعملية الدفع

تأخذ عملية تأمين الدفع بالنسبة للمستهلك بعدين:

يتمثل البعد الأول في البحث عن وسيلة تضمن له عدم السحب من رصيده المتاح بموجب وسيلة الدفع المستخدمة إلا المبالغ المتفق عليها ، و ذلك يستدعي تفعيل مسؤولية

<sup>(1)</sup> سامي عبد الباقي أبو صالح، الوفاء الالكتروني بالديون الناشئة عن المعاملات التجارية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2006، ص 111.

<sup>(2)</sup> CAPRIOLI Eric, op.cit

البنك عن الأخطاء التصيرية أو التعاقدية التي من شأنها الإضرار بالعميل و عدم تحميل العميل مخاطر تشغيل النظام المعلوماتي مع التأكد من صحة أمر الدفع. أما البعد الثاني يتمثل في إقامة نظام يربط بين لحظة الدفع و لحظة التسليم، إذ أن كل طرفي العملية لا يرض البدء في تنفيذ التزامه إلا إذا قام الطرف الآخر بذلك، و يقوم الاعتماد المستندي بدور فعال في القضاء على عدم الثقة القائم بين الطرفين<sup>(1)</sup>.

هذا وبعد التوقيع الإلكتروني وسيلة لتوطيد الثقة و بعث الطمأنينة في مجال المعاملات الإلكترونية عامة و التجارة الإلكترونية خاصة، لهذه الأسباب وغيرها سارعت التشريعات المقارنة إلى تقنين التوقيع الإلكتروني و إبراز دوره القانوني والمتمثل في تعيين صاحب التوقيع أولاً و التعبير عن قبوله للالتزامات التي يضمنها المحرر ثانياً. و سنفصل في مسألة حماية التوقيع الإلكتروني للمستهلك في العنصر الموالي.

### المطلب الثاني: حماية التوقيع الإلكتروني للمستهلك

يعتبر التوقيع الإلكتروني من التطبيقات التي ظهرت و توسع في استخدامها بتوسع استخدام الحاسب الآلي و تقدم تطبيقاته و تقنياته ، على نحو جعل من الحياة اليومية للأفراد و الدول تعتمد عليه بصفة شبه كلية ، وحيث أن ثورة الاتصالات قد اختصرت المسافات بين الدول، فما المانع من الاستفادة من الآثار الايجابية لهذه التقنيات في محاولة لتحديث المفاهيم التقليدية المستقرة في الفقه القانوني التقليدي.

ورغم ما أثير في الماضي من شكوك تدور حول الثقة في التوقيع الإلكتروني وفي مدى إمكانية الكشف عما يرد من تزوير أو تغيير في المحرر الإلكتروني الذي يشملها،<sup>(2)</sup> فقد زالت هذه الشكوك مع التقدم التكنولوجي الحديث، و ظهور تقنية التشفير اللامتناهات،

(1) بحيث تقوم فكرة الاعتماد المستندي على الاستعانة بالمستندات فيشترط البائع الإلكتروني على المستهلك الإلكتروني أن يفتح له اعتماداً من قبل بنك يتعهد هذا الأخير بالوفاء بقيمة الاعتماد بمجرد تقديم البائع للمستندات التي تمثل البضاعة و تتطابق مع شروط الاعتماد. راجع سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 131.

(2) علي السيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني والسبعون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002، ص 40.

إلى جانب وجود سلطات تتولى التصديق عليه، وتقوم بمنح شهادات تصديق تضمن صحته. وهي كلها أمور أدت إلى الثقة في التوقيع الإلكتروني و الاعتراف بحجيته في الإثبات على المستوى الدولي والمحلي<sup>(1)</sup>.

تركزت الجهود الدولية على الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ومساواته بالتوقيع الخطي باعتباره أداة لتوثيق التعاملات الإلكترونية لذلك صدر التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 بتاريخ 1999/12/13، لكي يحدد إطارا عاما للتوقيعات الإلكترونية، ويهدف إلى تسهيل استخدام التوقيع الإلكتروني و المساهمة في الاعتراف القانوني به من خلال تحديد مجموعة من المعايير التي تشكل أساسا الاعتراف به قانونا و أيضا إنشاء إطار قانوني لخدمات التصديق<sup>(2)</sup>. كذلك صدر قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الرابعة و الثلاثين<sup>(3)</sup>. وقد اعتمدت هذا القانون العديد من الدول في إصدار تشريعاتها الوطنية الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، واقتبست منه العديد من أحكامه<sup>(4)</sup>.

وللتفصيل أكثر، نتناول النقاط التالية:

- مفهوم التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)
- حجية التوقيع الإلكتروني (الفرع الثاني)
- التصديق على صحة التوقيع الإلكتروني (الفرع الثالث)

(1) أمينة احمد محمد أحمد، المرجع السابق، 319.

(2) Valérie Sédallian, preuve et signature électronique, disponible sur :

<http://www.juriscom.net/chr/2/fr20000509.htm>

(3) عقدت هذه الدورة في فيينا في الفترة من 25 جوان الى 13 جويلية 2001.

(4) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية و مسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، في الفترة من 10 إلى 12 ماي 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الخامس، ص 1862.

## الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني

يحتل التوقيع مجالاً واسعاً في فروع القانون المختلفة، سواء في مسائل القانون العام أو القانون الخاص. ففي القانون العام لا يمكن التصديق على الاتفاقيات الدولية وإصدارها ما لم تقترن بتوقيع رئيس الدولة أو من يخول له ذلك. ويجب أن توقع كافة الوثائق الإدارية الصادرة لمصلحة المواطنين من قبل الموظف المختص وإلا كانت باطلة، كما يحتل التوقيع أيضاً مكانة بالغة الأهمية في القانون الخاص، ففي القانون التجاري مثلاً يعتبر التوقيع من الشروط الشكلية في الأوراق التجارية و التي تبطل الورقة التجارية بغيابها. كما قد يحدد التوقيع القانون الواجب التطبيق في المنازعات التجارية و المدنية خاصة إذا تم تحديد مكان حصوله<sup>(1)</sup>.

لكن ما يهمنا في هذا المجال دور التوقيع الإلكتروني في نطاق العقد وإثباته، لأنه يمثل مرحلة مهمة في نفاذ العقد، إذا استخدم لتحديد هوية المتعاقدين، و للتعبير عن رضاهما، و ضمانه سلامة المحرر المثبت للتصرف القانوني.

لذلك سوف نتطرق في هذا الفرع إلى النقاط التالية:

- تعريف التوقيع الإلكتروني (أولاً)
- تمييزه عن التوقيع التقليدي (ثانياً)
- صور التوقيع الإلكتروني (ثالثاً)
- وظائف التوقيع الإلكتروني (رابعاً)

### أولاً: تعريف التوقيع الإلكتروني

يعتبر قانون الأ ونسترال النموذجي أولى الجهود الدولية التي سعت لتنظيم التعاملات التي تتم بواسطة مجال المعلوماتية و قطاع الاتصال، الذي وضعته مجلة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 16/01/1996، ثم أعقب هذا القانون جهود

<sup>(1)</sup> نوري حامد خاطر، وظائف التوقيع الإلكتروني في القانون الخاص، في القانون الأردني، والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، د ب ن، 1997، ص 215.

أوروبية تمخضت عن صدور التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الالكترونية الذي أقره الاتحاد الأوروبي في 13/01/1999، و بعد صدور هذا التوجيه و بحولي عامين تقريبا أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها الرابعة والثلاثين قانونا بشأن التوقيعات الالكترونية.

صدرت على المستوى المحلي عدة تشريعات داخلية في عدد من دول الاتحاد الأوروبي، تتعلق بالتوقيع الالكتروني. كان من أبرزها القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 بشأن تكنولوجيا المعلومات، والتوقيع الإلكتروني في 13 مارس 2000، حيث قام بتعديل بعض قواعد الإثبات في القانون المدني الفرنسي ليضفي التوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات، وجعل المستندات الالكترونية مساوية للمستندات الورقية، ثم صدر المرسوم الفرنسي رقم 282/2001 في 30 مارس 2001، والمرسوم الفرنسي رقم 535/2002 في 18/04/2002.

ولم تكن الدول العربية بمنأى عن التطور المعلوماتي و التكنولوجي، إذ ارتأت بعض الدول العربية مساندة قطار العولمة التجارية، فقد أصدرت العديد من الدول العربية قوانين تنظم البنية القانونية للتعاملات الالكترونية، منها تونس، مصر ، فلسطين، الأردن لبنان، الجزائر مؤخرا.

وفي هذا المقام سنشير إلى التعريفات التشريعية و كذا التعريفات الفقهية للتوقيع الالكتروني.

### 1- تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات الدولية و الوطنية

ورد التعريف بالتوقيع الالكتروني في عدة تشريعات، فقد عرفته المادة 2/أ من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية بأنه عبارة عن " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة فيها".

من الواضح أن قانون الأونسترال لم يقيد مفهوم التوقيع الإلكتروني، بل إن هذا النص يمكن أن يستوعب أية تكنولوجيا تظهر في المستقبل تفي بإنشاء توقيع إلكتروني و هذا ما نصت عليه المادة الثالثة من ذات القانون، حيث جاء فيها: " لا تطبق أي من أحكام هذا القانون، باستثناء المادة الخاصة، بما يشكل استبعادا أو تقييدا لأية طريقة لإنشاء توقيع إلكتروني تفي بالاشتراطات المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة السادسة، أو تفي على أي نحو آخر بمقتضيات القانون المطبق"

عرف التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 الصادر بشأن التوقيعات الإلكترونية لكنه ميز بين نوعين من التوقيعات هما التوقيع الإلكتروني العادي و التوقيع الإلكتروني المتقدم، فعرف التوقيع الإلكتروني العادي بأنه " عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني تتعلق أو ترتبط منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، و التي تكون بمثابة و سيلة للتوثيق". أما التوقيع الإلكتروني المتقدم، فعرفه بأنه التوقيع الذي يستوفي المتطلبات التالية:

- ✓ أن يكون مرتبطا بالموقع بشكل فريد
- ✓ أن يكون قادرا على تحديد هوية الموقع
- ✓ أن يتم إنشاؤه باستخدام وسائل يحتفظ بها الموقع، و تكون تحت سيطرته وحده
- ✓ أن يرتبط بالبيانات التي تتعلق به على نحو يؤدي الى اكتشاف أي تغيير لاحق يطرأ على هذه البيانات"<sup>(1)</sup>.

عرفه القانون المدني الفرنسي في المادة 4/1316 بأنه : "يتمثل في استخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الشخص، بحيث تضمن صلته بالتصرف الذي وضع عليه، ويفترض أمان هذه الوسيلة ما لم يوجد دليل مخالف بمجرد وضع التوقيع الإلكتروني الذي يتحدد بموجبه شخص الموقع، ويضمن سلامة التصرف، وذلك بالشروط المحددة من مجلس الدولة"<sup>(2)</sup>.

(1) أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص-ص 327-328

(2) Article 1316-4 code civil

أما المشرع الجزائري فقد كان للتحول من الكتابة التقليدية إلى الكتابة في الشكل الإلكتروني، ومن التوقيع في صورته التقليدية إلى التوقيع الإلكتروني أثر إيجابي على التشريع الجزائري، ذلك لأن المشرع اعترف بالمسألتين من خلال التعديل الذي أجراه على القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وهذا بإضافة المواد 323 مكرر، 323 مكرر 1 و 327، ولقد اكتفى المشرع من خلال هذه المواد بالإشارة إلى الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني وفق شروط معينة هي إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره و أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته ولم يتطرق إلى تعريفه.

غير أنه وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 07-162<sup>(1)</sup> المؤرخ في 30/05/2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 01-123 المؤرخ في 09/05/2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وقد جاءت المادة 03 مكرر من هذا المرسوم تعرف التوقيع الإلكتروني المؤمن بقولها: "التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني".

---

• Créé par Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 - art. 4 JORF 14 mars 2000  
• Abrogé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3  
"... lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat".

<sup>(1)</sup> المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية ج ر عدد 37 الصادرة بتاريخ 07 جوان 2007.

تبين لنا من خلال تحليل هذه المادة أن التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للتوقيع الإلكتروني غامض، ذلك أنه لم يفصح عن نوعية و شكل أسلوب العمل الذي يستجيب لشروط المادة 323 مكرر و المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني.

ذكر المشرع الجزائري جميع الأشكال التي يمكن أن تشكل التوقيع الإلكتروني، من حروف و أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز و التي يمكن أن تشكل طرقا عدة للتوقيع الإلكتروني، سنفصل فيها لاحقا. كما فرق بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع الإلكتروني الآمن، وحسب ما جاء في المادة 03 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 فإنه اشترط لكي يكون التوقيع الإلكتروني آمنا أن يستوفي المتطلبات الآتية:

- أن يكون خاصا بالموقع
- أن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصري.
- أن يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

جاء المشرع الجزائري في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني<sup>(1)</sup>، بالتعريف للتوقيع الإلكتروني على النحو التالي: " إنه بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق".

من مجمل التعاريف التي أوردها التشريعات المقارنة تبين لنا أن التوقيع الإلكتروني يأخذ شكل أرقام أو رموز أو حروف توضع على محرر إلكتروني عند إبرام العقد عبر الإنترنت، يكون الهدف منه تحديد هوية الموقع، مع قبول هذا الأخير بمضمون العقد الذي يحمل توقيعه.

---

(1) ج ر عدد 06 لسنة 2015

ويقصد بالبيانات ، حسب نفس المادة الفقرة الثانية على أنها بيانات فريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

عرف التشريع الأردني التوقيع في قانون المعاملات الالكترونية<sup>(1)</sup> في المادة 2 على أنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها تكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها و لها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها و يميزه عن غيره من أجل توقيعه و بغرض الموافقة على مضمون" و يلاحظ من هذا التعريف أن المشرع الأردني عرف التوقيع الإلكتروني بأنه (بيانات) وحاول أن يبين أشكال هذه البيانات، فقد تكون عبارة عن حروف أو أرقام أو رموز... و اشترط أيضا في هذه البيانات أن تكون مدرجة في رسالة المعلومات وهو ما يعبر عنه بشرط اتصال التوقيع بالسند.<sup>(2)</sup>

أما التشريع المصري فطبقا لما ورد بالقانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات،<sup>(3)</sup> عرف التوقيع الإلكتروني في المادة الأولى منه على أنه: "ما يوضع على محرر إلكتروني، و يتخذ شكل حرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، و يكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع و يميزه عن غيره".

وما يمكن ملاحظته هو أن المشرع المصري هو الآخر لم يقيم بتحديد أنواع التوقيع الإلكتروني و إنما ذكرها على سبيل المثال لكي يتيح المجال للتطورات التكنولوجية التي يمكن أن تفرز أنواعا أخرى للتوقيع.

(1) قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 .

(2) مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص 154.

(3) ج ر عدد 18 الصادرة في 22 أبريل 2004.

هذا وعلى الرغم من أن دولة تونس أصدرت تشريعا لتنظيم المعاملات الإلكترونية وهو الأمر المتعلق بقانون المبادلات و التجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000، إلا أنها لم تورد تعريفا للتوقيع الإلكتروني حيث اكتفى بوضع الأرضية اللازمة لإنشاء منظومة التوقيع الإلكتروني، ولذلك تناول تعريف العناصر المؤدية إلى هذا التوقيع، وترك التعريف للفقهاء.

فقد عرفت المادة الثانية من القانون المذكور ، منظومة إحداث الإمضاء (التوقيع) بأنها: "مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء إلكتروني أو توقيع إلكتروني".

وورد في ذات المادة أن عبارة منطوق التدقيق في الإمضاء تعني " مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء إلكتروني"، ويقصد بعبارة مجموعة و حيدة التي وردت في النصين المذكورين أنها مجموعة عناصر تخص شخصا واحدا، و ذلك حتى يمكن التمييز و التفرقة بين التوقيع الإلكتروني لشخص و آخر"<sup>(1)</sup>.

فالمشعر التونسي ورغم اعترافه بالتوقيع الإلكتروني إلا أنه لم يقم بتعريفه تعريف مباشر، وإنما نص عليه من خلال تعريف منظومة إحداث التوقيع أو الإمضاء سابق الإشارة إليها، فضلا عن ذلك فقد حدد الضوابط و الأسس و الضمانات فيما يتعلق بهذا التوقيع من خلال إحداث منظومة التوقيع و منظومة التدقيق عليه<sup>(2)</sup>.

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية، المجلد الأول، شرح قانون المبادلات و التجارة

الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 71.

(2) محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2002، ص 173.

## 2- التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني

لم يتفق الفقه القانوني على تعريف التوقيع الإلكتروني وتحديد مفهوم جامع مانع، إذ جاء بأكثر من تعريف له وذلك لاختلاف الزوايا التي ينظر إليها كل فريق. فقد عرفه البعض<sup>(1)</sup> من خلال النظر إلى ماهيته وتكوينه التقني دون أية إشارة إلى الدور الوظيفي الذي يقوم به التوقيع الإلكتروني من حيث تحديد هوية مصدره و بيان موافقته و رضاه على ما وقع عليه، إذ عرفه بأنه " ملف رقمي يصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة و المستقلة، ومعترف بها من الحكومة تماما مثل -نظام الشهر العقاري- وفي هذا الملف يتم تخزين الاسم وبعض المعلومات المهمة الأخرى مثل رقم التسلسل و تاريخ انتهاء الشهادة و مصدرها".

وجانب آخر<sup>(2)</sup> حاول الجمع بين التعريف التقني للتوقيع الإلكتروني، أي التعريف الذي يركز على الوسائل التقنية التي يقوم عليها التوقيع الإلكتروني، والتعريف الوظيفي أي التعريف على الوظائف التي يقوم بها التوقيع، فعرفوا التوقيع الإلكتروني بأنه : "إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر بغض النظر عن شكله سواء أكان رقم أو شفرة معينة، مما يحفظ السرية و يعطي الثقة في دلالة التوقيع على صاحبه". ويعرفه جانب آخر<sup>(3)</sup> بأنه : " مجموعة من الأرقام التي تخلط مع بعضها البعض بعمليات حسابية معقدة يظهر لنا في الأخير كود سري خاص بشخص معين". عرّف كذلك على أنه مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات و قبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع

(1) محمد المرسي زهرة، الدليل الكتابي و حجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بحث مقدم في مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الانترنت، في الفترة 1-3 ماي 2005، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 21.

(2) سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 380.

(3) نورا نورا محمد علي، التوقيع الإلكتروني في ظل قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، د ب ن، د ت ن، 2003 ص 58.

بمناسبتة<sup>(1)</sup>. وهذا التعريف هو الذي نميل إليه كونه يركز على الجانب الوظيفي للتوقيع لا الجانب التقني الذي لا يمكن من خلاله حصر صور التوقيع التي تكون قابلة للتطور.

### ثانياً: التمييز بين نوعي التوقيع العادي و التوقيع الإلكتروني

إن التوقيع الإلكتروني يتفق مع التوقيع التقليدي من ناحية الوظيفة التي يقوم بها كل منهما، وهي وظيفة التوثيق الذي يكون الغرض منه ضمان تحديد هوية مقدم التوقيع، و التعبير عن رضاء الشخص بمضمون المحرر و إكساب المحرر الإلكتروني الحجية القانونية في الإثبات<sup>(2)</sup>، والتحقق من سلامة المحرر سواء كان ورقياً أو إلكترونياً عن طريق حماية البيانات ضد التغيير، و أيضاً التحقق في حالة التوقيع الكترونياً من أن محتويات الرسالة الموقعة الكترونياً لم يتم التلاعب في بياناتها أو تغيير مضمونها، ويتم الاستعانة في ذلك بتقنية التشفير.<sup>(3)</sup>

وما يميز التوقيع التقليدي أنه عبارة عن رسم يقوم به الشخص، فهو فن و ليس علم، ومن هنا يسهل تزويره أو تقليده، أما التوقيع الرقمي، فهو من حيث الأصل و في حدود أمن استخدام برنامجه من قبل صاحب البرنامج، علم وليس فناً، وبالتالي يصعب تزويره، وإن كان هذا لا يعني أنه يمكن عند اختلال معايير الأمن المعلوماتي قد يتم استخدام توقيع الغير الإلكتروني، و تكمن صعوبة التزوير في اختيار أجزاء من الوثيقة المرسله ذاتها ومن ثم تشفير هذه الأجزاء، و هو ما يقوم به برنامج الكمبيوتر و ليس الشخص، وتحصين التوقيع الإلكتروني رهن بحماية سرية كلمة السر و مفتاح التشفير<sup>(4)</sup>.

(1) محمود ثابت محمود، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مجلة المحاماة، العدد الثاني، مصر، 2002، ص 20.

(2) نور خالد عبد المحسن عبد الرزاق، حجية المحررات و التوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الانترنت، رسالة دكتوراه حقوق، عين الشمس، 2009، ص 57.

(3) تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق جامعة عين شمس 2009، ص 300.

(4) نادر شافي، التوقيع الإلكتروني، الاعتراف التشريعي به و تعريفه القانوني وشروطه و أنواعه و المصادقة عليه مجلة الجيش العدد 249، على الموقع الإلكتروني التالي:

<https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/التوقيع-الإلكتروني/>

يتميز التوقيع الإلكتروني بميزة إضافية وهي السرية، و ذلك بضمان سرية المعلومات التي تتضمنها الرسائل الإلكترونية، بحيث لا يستطيع قراءتها إلا من أرسلت إليه باستخدام المفتاح العام للمرسل، ومن ثم عدم السماح لأشخاص لا تملك الصلاحيات الكافية بالوصول إلى هذه المعلومات أو التلاعب فيها. كذلك يوجد العديد من أوجه الخلاف بين التوقيع التقليدي و التوقيع الإلكتروني، سواء من ناحية الشكل أو من ناحية الدعامة التي يرد عليها التوقيع، فالتوقيع الإلكتروني يرد على دعامة الكترونية عكس التقليدي الذي يرد دائما على محتوى تقليدي مادي، غالبا ما يأخذ شكل الورق لذلك فإن التوقيع الإلكتروني يصعب تزويره<sup>(1)</sup> عكس التوقيع التقليدي<sup>(2)</sup>.

ومن الاختلاف كذلك بين نوعي التوقيع هو صور كل منهما، فحيث تقتصر صور التوقيع العادي على الإمضاء و الختم الشخصي، وبصمة الإبهام، نجد أن صور التوقيع الإلكتروني متعددة، والتي سوف نوضحها في العنصر الموالي.

### ثالثا: صور التوقيع الإلكتروني

إن الحديث عن التوقيع الإلكتروني لا يعني الحديث عن توقيع يأخذ صورة واحدة فكما تختلف أشكال التوقيع التقليدي بين توقيع بالإمضاء، وتوقيع بالختم، وتوقيع ببصمة الأصبع، فإن للتوقيع الإلكتروني أيضا أشكالا و صور مختلفة و متعددة بين توقيع رقمي وتوقيع باستخدام الخواص الذاتية للتوقيع البيومترى، وتوقيع بالقلم الإلكتروني، و توقيع بالبصمة الإلكترونية والتي يجمع بينها قيامها على وسائط الكترونية، واستخدامها لتقنيات

<sup>(1)</sup> لقد اختلف الفقه حول إمكانية الادعاء بتزوير التوقيع الإلكتروني، فهناك من يرى التوقيع الإلكتروني معرض لخطر التزوير ويكون عرضة لتلاعبات لا يمكن كشفها عكس التوقيع التقليدي الذي تتوفر فيه عنصري الثقة والأمان لأنه يرد على دعامة مادية. أنظر نور خالد عبد المحسن عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 17-72. وهناك من يرى عكس ذلك - ونحن نؤيده- باعتبار ان التوقيع الرقمي من أهم صور التوقيع الإلكتروني يوفر درجة موثوقية عالية واحتمالات تعرضه لعمليات تزوير كانت تصدق في وقت كان فيه استخدام تقنيات التشفير المتماثل الذي يعتمد على مفتاح واحد لعملية التشفير و عملية فك التشفير. أما في الوقت الراهن، فيتم استخدام التشفير غير المتماثل الذي يعتمد على زوج من المفاتيح أحدهما خاص يستخدم في عملة التشفير، والآخر عام يستخدم في فك التشفير، ومع استخدام هذه المفاتيح تكاد تنعدم فرصة كسر المفتاح أو خرق الرسالة، كما أن التقدم التكنولوجي يقدم كل يوم جديد فيما يتعلق بأساليب الحماية ضد الاختراق. راجع تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 358.

<sup>(2)</sup> تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع نفسه، ص 355.

تستطيع أن تحول بعض الصفات المميزة للشخص و الأرقام و الحروف إلى بيانات ينفرد صاحبها باستعمالها من أجل توقيع مستندات و عقود الكترونية (1). وتتمثل صور التوقيع الالكتروني في التوقيع البيومتري الذي يعتمد على الصفات و الخصائص الجسدية والسلوكية للشخص، والتوقيع بالقلم الالكتروني، والتوقيع الكودي أو السري، والتوقيع الرقمي الذي يعتمد على التشفير وربطه بمفاتيح خاصة لفك الشفرة.

## 1- التوقيع البيومتري

يتم التوقيع البيومتري باستخدام هوية الشخص، لذا يطلق عليه التوقيع بالخواص الذاتية. تعتمد هذه الصورة على حقيقة علمية هي أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به تختلف من شخص إلى آخر تتميز بالثبات النسبي، فالصفات الجسدية أو البيومترية التي يعتمد عليها التوقيع البيومتري متعددة من أهمها البصمة الشخصية، بصمة شبكة العين بصمة الصوت، بصمة الشفاه، خواص اليد البشرية، التوقيع الشخصي... (2). وعند استخدام أي من الطرق البيومترية كقياس شبكة العين، أو خواص اليد البشرية، أو غيرها من الطرق، يتم أخذ صورة دقيقة من هذه الخواص و تخزينها بصورة مشفرة بذاكرة الحاسوب لدى جهة معينة تتولى مهمة الاحتفاظ بسجل عن الشخص يتضمن الخصائص البيومترية المميزة له، بحيث تحل هذه السمات محل التوقيع الخطي التقليدي. وعندما يرغب المتعاقد عبر الانترنت في توقيع المحرر المثبت لهذا التعاقد عن طريق هذا النوع من التوقيع تقوم الجهة المختصة التي تحتفظ لديها بسجل للخواص البيومترية، بالتأكد من مدى صحة التوقيع من خلال إجراء مطابقة لسماته التي يدل عليها التوقيع بما يتوافر لديها من سمات مسجلة عنه مسبقا. (3)

(1) بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الانترنت (البريد المرئي)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص جامعة السانبا، وهران، 2011/2010، ص 119-120.

(2) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 213.

(3) محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 39.

ونظرا لارتباط هذه الخواص بالإنسان، فإنها تسمح بتمييزه عن غيره بشكل موثوق به، وهو ما يتيح استخدامها في التوقيع على التصرفات المبرمة عن طريق الانترنت (1) بشكل مضمون، ومتعذر تقليده (2)، ومن هنا يرى البعض (3) أن المستقبل سيكون للطرق البيومترية، نظرا لما تنسم به من صعوبة تزويرها أو سرقتها أو نسيانها كما هو حاصل في استعمال رقم سري في التوقيع، كما لا يمكن نقلها من شخص لآخر نظرا لاعتمادها على الصفات الجسدية للإنسان.

## 2- التوقيع بالقلم الالكتروني

يقوم هذا النوع من التوقيع الالكتروني بأداء وظيفتين هما: قيامه بالنقاط إمضاء العميل، و هو الأمر الذي يتم من خلال تلقي البرنامج لبيانات كاملة عن الموقع عن طريق بطاقة خاصة به يتم وضعها في الآلة المستخدمة، ثم تظهر مجموعة من التعليمات على شاشة الحاسوب أو اللوح الرقمي المتصل بالحاسوب يتعين على الشخص إتباعها، ثم تظهر على الشاشة رسالة تطالبه بأن يضع توقيعه داخل المرجع الموجود على الشاشة باستخدام القلم الالكتروني، و يقوم بقياس خصائص معينة لذلك التوقيع من حيث حجم و شكل المنحنيات و الدوائر و الخطوط و النقاط و الالتواءات وغيرها من السمات الخاصة بالتوقيع، و عقب الانتهاء من وضع التوقيع على الشاشة بهذه الصورة يظهر للموقع اختيارات تفيد إما الموافقة على شكل التوقيع الذي وضعه أو إعادة المحاولة أو إلغاء التوقيع، ومتى ضغط المستخدم على زر الموافقة يقوم البرنامج بتجميع كافة المعلومات عن المستخدم وحساب التوقيع والوقت ومرات المحاولة وكل ما ظهر على الشاشة من بيانات واختيارات ، ثم يقوم بتشفير كافة هذه البيانات و الاحتفاظ بها حتى

(1) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 41.

(2) Alain GOBIN, pour une problématique notarial des autoroutes de l'information , la notariat et les contrats immatériels, JCP.ed.N, 1995, p 1759.

(3) Djamila MAHMOUDI, Biométrie et Authentification, 2000, disponible sur le site : <http://dit-archives.epfl.ch/FI00/fi-sp-00/sp-00-page25.html>

الحاجة إليها. أما الوظيفة الثانية التي يقوم بها البرنامج فهي التحقق من صحة التوقيعات الصادرة عن العميل، حيث يقوم بإجراء مقارنة بين خصائص التوقيع الموجودة على الشاشة و ما سبق أن تم تخزينه من بيانات عن هذا التوقيع<sup>(1)</sup>.

فالتوقيع بالقلم الإلكتروني عبارة عن آلية موجزة للتوقيع الإلكتروني تتضمن نقل التوقيع الخطي إلى الحاسوب باستخدام القلم الإلكتروني، وتخزينه على أي دعامة إلكترونية، وذلك عن طريق قيام الشخص بوضع توقيعه يدويا باستخدام هذه الأداة إما على شاشة حاسوب تكون معدة لهذا الغرض، و تتوافق مع هذه التقنية، أو على لوح رقمي مهياً للكتابة عليه. وعندئذ يحل التوقيع الخطي بواسطة الحاسوب و يخزن مجموعة من القيم الرقمية التي يمكن أن تضاف إلى رسالة البيانات<sup>(2)</sup>.

### 3- التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري

يرتبط التوقيع السري غالبا بالبطاقات البلاستيكية و البطاقات الممغنطة وغيرها من البطاقات الحديثة المشابهة والمزودة بذاكرة إلكترونية، ويتم توقيع التعاملات الإلكترونية وفقا لهذه الطريقة باستخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما، يختارها صاحب التوقيع لتحديد شخصيته و لا تكون معلومة إلا له ولمن يبلغه بها<sup>(3)</sup>.

ينتشر استعمال التوقيع السري أو الكودي في عمليات المصارف والدفع الإلكتروني، حيث تحرص البنوك على تنظيم عملية الإثبات بمقتضى اتفاق مع حامل البطاقة، و تدرج في الاتفاق شرطا مقتضاه إقرار العميل بصحة المعلومات الواردة في الشريط الورقي الناتج عن عملية السحب<sup>(4)</sup>.

(1) عايض راشد عايض المري، مدى حجية الرسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998، ص 113.

(2) بلقنيشي حبيب، المرجع السابق، ص 119.

(3) قرطاس المصنف، حجية الإمضاء الإلكتروني أمام القضاء، في التجارة الإلكترونية و الخدمات المصرفية و المالية عبر الانترنت، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2000، ص 237.

(4) مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة باتنة، 2012/2011، ص 205.

و توجد صور عدة لهذه البطاقات، مثل فيزا Visa ، وماستر كارد Master card وأميركان اكسبرس<sup>(1)</sup> American Express. تعمل هذه البطاقات بنظامين هما نظام "off- line" ونظام "On-line" ، و تنحصر إجراءات التوقيع بالموافقة على عمليات السحب النقدي أو السداد بالبطاقة في<sup>(2)</sup>:

✓ إدخال البطاقة و التي تحتوي على البيانات الخاصة بالعميل في جهاز الصرف الآلي.

✓ إدخال الرقم السري الخاص بالعميل و الذي لا يعلم به سواه.

✓ إصدار الأمر بالسحب أو بالسداد بالموافقة على العملية بالضغط على المفتاح الذي يكتمل به التعبير عن الإرادة في قبول العملية حيث يتم صرف المبلغ المطلوب أو سداه ثم تعاد البطاقة للعميل.

تتميز هذه الصورة من صور التوقيع الالكتروني بالبساطة، و في الوقت نفسه بقدر كبير من الأمان و الثقة لدى العميل الذي تمت لحسابه، فضلا عن وجود ضمانات أخرى، وهي في حالة ضياع هذه البطاقة أو سرقتها، يجب إبلاغ البنك بذلك حتى يتم وقف كل العمليات المتعلقة بهذه البطاقة.

وعلى الرغم من مزايا هذه الصورة التي تتمثل في البساطة و الأمان، إلا أنه لا تخلو من عيب يتمثل في حالة حصول أحد الأشخاص على هذه البطاقة و الرقم السري وقيامه بعمليات سحب أو شراء قبل أن ينتبه صاحب البطاقة لفقدائها، فلا مناص من خصم هذه المبالغ المسحوبة من حساب العميل صاحب البطاقة ، ولن يحول التوقيع الالكتروني دون ذلك. أضف إلى ذلك أن هذه الصورة لا يتم إلحاقها بأي محرر كتابي وإنما تسجل في وثائق البنك منفصلة عن أي وثيقة تعاقدية و هذا الذي يؤدي إلى اقتصار

<sup>(1)</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهات التوثيق تجاه الغير المتضرر، المرجع السابق، ص 1864.

<sup>(2)</sup> إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني و إثباته و الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 263.

أثر التوقيع في الإثبات على حالات و جود علاقة تعاقدية مسبقة بين الطرفين و اتفاهم بشأن مالا يثور بسببها من منازعات..، و بالتالي فإن هذا النوع من التوقيع الالكتروني لا يصلح لإعداد الدليل الكتابي المهيأ.

#### 4- التوقيع الرقمي:

يستخدم التوقيع الرقمي بكثرة في مجال المعاملات البنكية، حيث يقوم العميل باستخدام البطاقة البنكية الممغنطة المسلمة له من قبل البنك، و التي تحتوي على رقم سري، ويكون استخدام البطاقة و تكوين الرقم بمثابة التوقيع الصادر من العميل<sup>(1)</sup>. يتطلب التوقيع الرقمي تدخل طرف ثالث من الغير، يضمن توثيق التوقيع و تحديد هوية صاحبه، و هو ما يسمى بمقدم خدمة التصديق، الذي يتولى إصدار مفاتيح التشفير ( العام والخاص) للعملاء بناء على طلبهم، و كذلك إصدار شهادات تفيد صحة توقيع العملاء<sup>(2)</sup>، و لهذا تستعين جهة التصديق بأجهزة و برامج خاصة ذات مستوى تقني عال. تعتمد هذه الصورة بشكل كبير على التشفير، لذلك هناك ارتباطا و ثقيا بين التشفير و التوقيعات الرقمية.

ما يمكن ملاحظته فيما يخص صور التوقيع الالكتروني، أنها تختلف فيما بينها من حيث درجة الثقة والأمان و من حيث الإجراءات المتبعة في إصدارها و تأمينها و التقنيات التي تتيحها و التي هي في تطور مستمر من أجل إيجاد نظام آمن يرسى الثقة عن المتعاملين.

(1) أسامة الروبي، عبد العزيز الروبي، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات و الادعاء مدنيا بتزويره، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الالكترونية في الفترة من 19 إلى 20 ماي 2009 بمركز الإمارات للدراسات و البحوث الإستراتيجية، المجلد الثاني، ص 510-511.

(2) ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، دار النيل للطباعة و النشر، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، مصر، 2001، ص 63. في نفس المعنى راجع تامر محمد سليمان الديماطي، المرجع السابق، 357.

## رابعاً: وظائف التوقيع الإلكتروني

للتوقيع الإلكتروني كما هو للتوقيع العادي ثلاث وظائف وهي:

### 1- تمييز هوية صاحب التوقيع

التوقيع علامة شخصية، يمكن من خلالها تمييز هوية الموقع و هو بالضرورة ترجمة لكلمة أو لفظ يميز الشخص الموقع، وتتكون هذه العلامة من أحد الخواص الاسمية للموقع، اسمه و لقبه ذلك أن الاسم هو روح التوقيع لأنه يستطيع التعبير عن الشخص بطريقة واضحة ومحددة، و الاسم بذلك هو الترجمة الحرفية للعلامة<sup>(1)</sup>.

ولقد عرف المشرع الجزائري الموقع في المادة 03 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007<sup>(2)</sup> المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات الكهربائية بأنه: "شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله و يضع موضع التنفيذ جهاز إنشاء التوقيع الإلكتروني". هنا المشرع الجزائري حدد هوية الموقع أو شخصيته بتعبير عن الحساب الخاص للموقع أو حساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله، فهو قد حدد هوية الشخص أو ذمته.

كما عرف المشرع الجزائري في نفس المادة مصطلح الشهادة الإلكترونية بأنها :  
"وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع"  
وبعني بها التحقق من هوية الشخص الموقع من خلال الشهادة الإلكترونية.

يرى معظم الفقه أن التواقيع الإلكترونية بواسطتها يتم تحديد هوية الموقع، إذا ما روعيت وسائل الأمان المتبعة، كما أن التوقيع يستطيع تأدية هذه الوظيفة باختلاف نوع التواقيع الإلكترونية المستخدمة، فمثلا استخدام تقنية التوقيع بالقلم الإلكتروني (الماسح الضوئي) الذي يقوم بنقل التوقيع الصادر إلى شاشة الكمبيوتر لا يمكنه تأدية هذه الوظيفة

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، 2007، ص 336.

(2) ج ر عدد 37 الصادرة في 2007/06/07.

في ظل التقدم التكنولوجي و إمكانية استخدام هذه التقنية من قبل العابثين، ذلك عكس ما عليه الحال في التوقيع الرقمي الذي يستخدم و سائل أكثر أماناً<sup>(1)</sup>.

يضاف إلى ما تقدم فإن للتوقيع الإلكتروني دور آخر في أنه يكشف عن أهلية صاحبه، فبالنسبة للتوقيع العادي فيما إذا كان وقت التوقيع على السند الشخص بالغاً للسن المؤهلة له للقيام بمثل هذا التصرف أم لا، ثم أيضاً هل كان أهلاً من ناحية مباشرته لهذا التوقيع بأن يكون طرفاً في التصرف أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً أو وصياً على قاصر أو ممثلاً لشخص معنوي<sup>(2)</sup>. وبالنسبة للتوقيع الإلكتروني فإن الأهلية هي القيام بكل ما يتطلبه القانون من أجل التزامات تقتضيها طبيعة التوقيع الإلكتروني من تحديد للمفتاحين الخاص والعام و البيانات الصحيحة، و الشهادة المعتمدة من الجهة الثالثة ومدى التجديد لصلاحياتها بصورة دورية.

وبناء على ذلك يرى جانب من الفقه بضرورة توفير ضوابط فنية عامة و أخرى خاصة في التوقيع الإلكتروني ليحوز على الحجية في الإثبات ، ومن أهم الضوابط العامة حسب رأيهم أنه يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني خاصاً بالشخص الموقع وحده و لا يشاركه فيه غيره، كما يجب أن لا يكون قد سبق استخدام هذا التوقيع من قبل حتى ولو من صاحبه، و علة ذلك هو كفالة أكبر قدر ممكن من السرية على هذا التوقيع، كما يجب على الشخص صاحب التوقيع أن يقر كتابة بأن توقيعه الإلكتروني ملزم قانوناً ويتساوى مع توقيعه بخط اليد من حيث الأثر القانوني<sup>(3)</sup>.

وما يجب التنويه إليه أنه قد ظهرت في مختلف الدول شركات متخصصة وتقنيات متطورة من أجل تنفيذ عملية حماية التوقيع الإلكتروني و تأمينها. و قد أشار المشرع الأردني في المادة 32/ب من قانون المعاملات الإلكترونية إلى ضرورة إصدار شهادة

(1) حسن عبد الباسط جمعي، عقود وبرامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص 45.

(2) عصام نور سليم، قواعد الإثبات في القانون المصري و اللبناني، الدار الجامعي، بيروت، 1997، ص 211.

(3) CAPRIOLI (E) , La loi Française sur la preuve et signature électronique , JCDM,2000 , p 1224.

التوثيق من جهة مرخصة أو معتمدة سواء في الأردن أو في دولة أخرى. كما أن المشرع المصري أشار إلى هيئة التصديق في المادتين 7 و 9 من اللائحة التنفيذية و الخدمات التي تقدمها هيئة تنمية تكنولوجيا المعلومات من أجل تأمين التوقيع الإلكتروني وخدمات الفحص الإلكتروني و تحديد شخص الموقع على المحرر الإلكتروني<sup>(1)</sup>.

## 2- التعبير عن إرادة صاحب التوقيع

التوقيع الإلكتروني الموثق والمؤمن و الصادر وفق الضوابط الفنية و التقنية قرينة على أن الشخص الموقع قد وافق على مضمون المحرر الإلكتروني والبيانات الواردة فيه مالم يثبت خلاف ذلك<sup>(2)</sup>.

ففي بطاقة الائتمان كمثال عملي، يجري الأمر من خلال إدخال البطاقة في الجهاز أولاً ثم يتم إدخال الرقم السري ثانيًا، و أخيراً يقوم العميل بإدخال رقم المبلغ الذي يريد سحبه، هذه العملية تبين لنا أن العميل صاحب البطاقة قد عبر عن إرادته الصريحة بمجرد أن أدخل توقيعه الإلكتروني و الذي هو عبارة عن مجموعة من أرقام أو رموز استعملها حين تعامل مع جهاز الصرف الآلي، ثم أعطى أمراً للجهاز بسحب المبلغ المعين، كل ذلك بمجمله يعتبر رضاً أو قبولاً بمضمون السند الإلكتروني<sup>(3)</sup>.

وقد يقال في هذا الفرض أن التوقيع الإلكتروني قد لا يصدر عن صاحب الرقم بل عن الحاسب الآلي نفسه، لكن حقيقة الأمر، أن التوقيع الإلكتروني لا يصدر عن الحاسب و إنما بوساطته فقط طبقاً لإجراءات و خطوات متفق عليها بين الطرفين مقدماً ولا يعلم بالرقم السري سوى حامل البطاقة وحده، ويخضع جهاز الصرف من هذه الناحية لأوامر و تعليمات حامل البطاقة ، وفي هذه الحالة يعد الصراف الآلي أداة بيد حامل

<sup>(1)</sup> يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية، الطبعة الأولى ، دار الثقافة، الأردن 2012، ص 200.

<sup>(2)</sup> مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 217.

<sup>(3)</sup> ثروت عبد الحميد، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية، جامعة الإمارات المتحدة، 2003، ص 76.

البطاقة لإنجاز المعاملات التي يريدها، و دور جهاز الصرف هنا يشبه إلى حد بعيد دور القلم في التوقيع العادي، فكذاك يصدر التوقيع الإلكتروني بواسطة الحاسب و ليس عن جهاز الحاسب<sup>(1)</sup>.

فالتوقيع الإلكتروني باستخدام إحدى صور التوقيع الإلكتروني المشار إليها سابقا يعني أنه يؤدي الوظيفة ذاتها التي يؤديها التوقيع التقليدي وهي التعبير عن رضا الموقع بما ورد في السند.

### 3- التوقيع يدل على حضور صاحب التوقيع

وجد التوقيع الإلكتروني كوسيلة حديثة في مجال التعاقد عن بعد، حيث لا يتصور الحضور المادي للأشخاص في التوقيع ، فقيام صاحب البطاقة بالعملية القانونية التي بواسطتها يحصل على النقود من جهاز الصرف الآلي، من خلال إدخال البطاقة مصحوبة بالرقم السري ثم إعطاء الموافقة بالمبلغ المطلوب سحبه، كل هذه الإجراءات تدل على حضور الشخص ذاته أو بمعنى وجود صاحب التوقيع الإلكتروني بشخصه وقت إدخال الرقم السري و إنه كان فعلا متواجدا حين صدر من ه التوقيع في صورة أرقام لا يعرفها إلا هو<sup>(2)</sup>. لكن هذا لا يعني الوجود المادي أو الجسدي في مجلس واحد وقت إبرام التصرف، و إلا ما كان ضروريا اللجوء إلى التوقيع الإلكتروني، لأن الواقع يتجه نحو نظم معلوماتية تواكب الحاجة العصرية و ضرورة إيجاد سبل تلبي متطلبات هذا التطور دون استلزام حدوث المواجهة المادية بين المتعاملين، من هنا يمكن القول بأن

---

(1) محمد المرسي زهرة، الدليل الكتابي و حجية المخرجات الكمبيوترية في الإثبات، المرجع السابق، ص 1860.

(2) ولعل من الأمثلة المناسبة التي تذكر في هذا المجال هو ما أورده الدكتور محمد المرسي الزهرة في بحثه المشار إليه سابقا في ص 114 قوله (لعل مفتاح إعلان الحرب النووية أكبر دليل على اعتبار الرقم كالتوقيع، ف رئيس الدولة هو الشخص الوحيد الذي يعلم هذا المفتاح وهو الذي يملكه من ثم إعطاء إشارة بدء الحرب – وتتمثل هذه الإشارة في رقم يفك رموزه الحاسب الإلكتروني- وفي مجال كهذا تبدو نتائجه في غاية الخطورة يجب ألا يكون أدنى شك حول شخصية مصدر أمر بدء الحرب و أهليته في إصداره.

التوقيع الإلكتروني يمكن أن يقوم بنفس الوظائف التي يقوم بها التوقيع العادي إذ لم يكن يفوقه حسب رأي البعض<sup>(1)</sup>.

#### 4- إثبات سلامة العقد

لا يقصد بذلك أن التوقيع يضيف الحجية على سلامة العقد وصحته وحجيته، إنما قرينة تقبل إثبات العكس على سلامة محتوى العقد وصحته وعدم المساس بمضمونه أو العبث به، إذ أنه حتى لو ثبتت سلامته من خلال استخدام التوقيع الإلكتروني المؤمن والمشفر و الذي يضمن عدم العبث بمحتوى العقد فإن من الممكن إثبات عدم حجية المحرر الإلكتروني أو بطلانه<sup>(2)</sup>.

تنص المادة 31/د من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أن التوقيع الإلكتروني يكون موثقاً عندما يرتبط السجل بصورة لا تسمح بإجراء أي تعديل على المحرر بعد توقيعه، وتضمن المادة 2/هـ من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري على ذات المضمون، حيث أنه وفي المحررات الإلكترونية تختفي بيئة الورق وتظهر لدينا بيئة الحاسبات وشاشات الكمبيوتر التي تحفظ بها المعلومات دعومات يسهل التلاعب بها، وهنا تظهر لنا أهمية التوقيع الإلكتروني<sup>(3)</sup>.

في الأخير يمكن القول أن التوقيع الإلكتروني يستطيع أن يؤدي دوره في الإثبات خاصة أن وسائل الأمان في مجال العقود الإلكترونية مهمة صعبة وشاقة<sup>(4)</sup>.

#### الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

تبين من خلال ما سبق أن التوقيع الإلكتروني أصبح أمراً لازماً في المعاملات الإلكترونية، يعتمد عليه كلا من المستهلك و المهني في التعاقد الإلكتروني، خاصة وأن

(1) محمد حسام محمود لطفى، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2002، ص

13.

(2) يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 101.

(3) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 217.

(4) ضياء أمين مشيمش، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية، لبنان، 2003، ص 155.

التعاقد عبر الانترنت في مجال التجارة الإلكترونية في تزايد مستمر، مما يستدعي الاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات. ذلك لأن مسألة منح الحجية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات ذات ارتباط وثيق بدرجة الأمان المتوفرة فيه بين ذوي الشأن خاصة و أن أي محرر - وفقا للقواعد العامة في الإثبات- لا يكتسب حجية بدون التوقيع عليه<sup>(1)</sup>.

لهذه الأسباب وغيرها فقد اعترفت الدول المنظمة للتجارة الإلكترونية بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مع فرض شروط معينة لمنحه هذه الحجية. على هذا الأساس سوف نتطرق في هذا الفرع إلى الاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات (أولا)، ثم الشروط الواجب توفرها لحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات (ثانيا).

#### أولا: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

أولت معظم التشريعات التي اهتمت كثيرا بالتوقيع الإلكتروني، ولم تعارض استخداماته في المعاملات الإلكترونية بين الأشخاص في جميع المستويات جعلت له حجية تتماشى و تحقيق الأثر القانوني المراد من التوقيع.

نصت المادة 2/327 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 من نفس القانون". وطبقا لهذا النص فإن المشرع الجزائري قد ساوى في الحجية بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع التقليدي، وذلك بشروط سوف ندرسها في العنصر الموالي. أقر المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني وفق نصوص خاصة تنظمه و كان ذلك في القانون رقم 15-04<sup>(2)</sup> المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين حيث نص في المادة 07 على: "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني التي فيه المتطلبات الآتية:....".

(1) أسامة روبي عبد العزيز الروبي، المرجع السابق، ص 520.

(2) القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01/02/2015 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكتروني السالف الذكر.

بالإضافة إلى ذلك فقد نصت المادة 07 من القانون 15-04 السالف الذكر على أنه: "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف مماثلاً للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

هذا وقد اعترف التوجيه الأوروبي الصادر في 13 ديسمبر 1999 بالتوقيع الإلكتروني، وحث الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي على منح الحجية القانونية في التعاملات الإلكترونية، وقد ميز هذا التوجيه بين نوعين من التوقيع الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني المعزز أو المتقدم، والتوقيع غير المعزز<sup>(1)</sup>.

أما بخصوص المشرع الفرنسي، فقد اقتصر في بداياته على بعض القطاعات المحددة، مثل قانون 30 أبريل 1983 بشأن السماح باستخدام الوسائط الإلكترونية كبديل عن الدفاتر التجارية في تدوين حسابات التجار، وهو ما استتبع تعديل نص المادة 47 من قانون الضرائب الفرنسي، ليصبح ممكناً قبول قسائم الشراء المدونة أو المتبادلة عبر وسيط إلكتروني من قبل جهات الربط الضريبي، كما صدر مرسوم في 03 ماي 1999 معدلاً نص المادة 289 من قانون الضرائب، ليسمح بقبول جميع المحررات المدونة على وسائط إلكترونية، لمنحها نفس الحجية المقررة للمحررات الورقية في الإثبات من قبل جهات الربط الضريبي.<sup>(2)</sup>

إلى جانب هذه القوانين وغيرها، وتحت ضغط الاستجابة لمتطلبات التعامل الحديث، مع ما يفرض من استعمال تقنيات إلكترونية في الاتصال، تدخل المشرع الفرنسي بتعديل مهم على القانون المدني تعلق بالإثبات خاصة، لتدخل المحررات الإلكترونية في نطاق أدلة الإثبات، وبالتالي تحظى بنفس القوة والحجية التي تتمتع بها المحررات الورقية أو التقليدية .

<sup>(1)</sup> خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 194.

<sup>(2)</sup> ثروت عبد الحميد، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المرجع السابق، ص 169.

وهكذا كان صدور القانون رقم م 230/2000 الصادر في 13 مارس 2000

المتعلق بتطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، حيث جاء هذا القانون بتعديل مهم شمل خاصة المادة 1-1316 من القانون المدني الفرنسي، إذ جاء فيها "يشمل الإثبات عن طريق الكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى، ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره<sup>(1)</sup> .

يكون المشرع الفرنسي بهذا قد وسع من مفهوم الكتابة المعدة للإثبات، لتشمل كل أنواعها، حيث كرس هنا مبدأ مهما، حاول من خلاله عدم التمييز في نطاق الكتابة المعدة للإثبات على أساس الوسيلة المعتمدة فيها والدعامة القائمة عليها، وهو بذلك يعترف للكتابة المعتمدة عبر دعامات إلكترونية بنفس الحجية التي للكتابة عبر دعامات مادية فالعبرة ليست في تقنية اعتماد الكتابة ولا في الوسيلة المستخدمة فيها، وإنما في قدرة تلك الطريقة على إنشاء الكتابة ونقلها بما يحفظ كمالها، ويجعلها ذات دلالة تعبيرية واضحة وهو ما عبرت عنه المادة 1316 "تتمتع الكتابة الإلكترونية بنفس الحجية المعترف بها للمحركات الكتابية في الإثبات، شريطة أن يكون بالإمكان تحديد شخص مصدرها على وجه الدقة، وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة"

إلى جانب هذه المادة -1316- التي شملها التعديل، نجد بعض المواد الأخرى وكمثال عن ذلك المادة 1326 والتي أدخل عليها المشرع الفرنسي تغييرا، فقد كانت المادة

---

<sup>(1)</sup> Article 1316-1 code civil

Créé par Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 - art. 1 JORF 14 mars 2000

Abrogé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3

"L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité".

تتطلب بأن تكون الكتابة والتوقيع بخط اليد في التصرفات القانونية الملزمة من جانب واحد، وجاء التعديل فاكتفى المشرع بأن تكون الكتابة صادرة عن الشخص نفسه (1). وبهذا يكون المشرع الفرنسي من خلال القانون رقم 230/2000، قد جعل المحررات الإلكترونية المتضمنة لتوقيع إلكتروني تتساوى مع المحررات الكتابية المختومة بتوقيع يدوي أو تقليدي، من حيث الحجية في الإثبات، وهو بذلك يستجيب للتوجيهات الأوروبية التي تسعى إلى ضرورة مسايرة التشريعات الوطنية لدول الأعضاء وذلك حتى لا تكون هناك ثغرة بين الواقع والقانون.

فالمشرع الفرنسي حسم الأمر بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية اللازمة في الإثبات المطلوبة للمحررات الإلكترونية كمحررات عادية معدة للإثبات (2).

أما المشرع التونسي فقد اهتم هو الآخر بالتوقيع الإلكتروني، بحمايته وبيان حجيته، وهكذا خصص الباب الأول لأحكام عامة، في حين جاء الباب الثاني في الوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني، تضمن الفصل الرابع، الخامس، السادس، والسابع حيث تطرق المشرع التونسي في هذا الباب للحجية التي تتمتع بها الوثيقة الإلكترونية مثلها مثل الوثيقة الكتابية، ولعل هذا هو ما تطرق له المشرع من خلال الفصل الرابع والذي جاء فيه "يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية ويلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسل به ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به".

ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يمكن من :

-الإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها.

-حفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها.

-حفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو استلامها".

(1) نور الدين الناصري، المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة العدد 12، مطبعة النجاح الجديدة، 2007، ص 80.

(2) لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 167.

أما الفصل الخامس فقد تكلم عن كيفية إجراء توقيع إلكتروني، وذلك بمقتضى شروط ومواصفات يصدر بها قرار من الوزير المكلف بالاتصالات<sup>(1)</sup>، في حين جاء الفصل السادس بتبنيه مهم على كل من يستعمل منظومة إمضاء إلكتروني حيث يتعين عليه :

- اتخاذ الاحتياطات الدنيا التي تم ضبطها في القرار المنصوص عليه بالفصل الخامس<sup>(2)</sup> من هذا القانون لتفادي كل استعمال غير مشروع لعناصر التشفير أو المعدات الشخصية المتعلقة بإمضائه .

- إعلام مزود خدمات المصادقة الإلكترونية بكل استعمال غير مشروع لإمضائه .  
- الحرص على مصادقية كافة المعطيات التي صرح بها لمزود خدمات المصادقة الإلكترونية ولكافة الأطراف التي طلب منها أن تثق في إمضائه .

في حين جاء الفصل السابع وتحدث عن مسؤولية صاحب التوقيع تجاه الأضرار التي تلحق بالغير في حالة إخلاله بالالتزامات المنصوص عليها بالفصل السادس من هذا القانون .

يتضح أن المشرع التونسي قد أولى اهتماما بالغاً للتوقيع الإلكتروني حماية لأطراف التعاقد، هادفاً من خلال ذلك إلى منح الثقة في هذه الوسائل الإلكترونية حتى تحظى بنفس المرتبة التي تحظى بها الوسائل التقليدية، وهو ما عبر عنه في بداية هذا القانون من خلال الفصل الأول والذي جاء فيه "يُضبط هذا القانون القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الإلكترونية، وتخضع المبادلات والتجارة الإلكترونية في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون إلى التشريع والترتيب الجاري بها العمل .

يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 188.

(2) "يمكن لكل من يرغب في إمضاء وثيقة إلكترونية إحداث إمضائه الإلكتروني بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات"

القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون .  
وهكذا اعترف المشرع التونسي بأهمية الوسائل الحديثة في المعاملات، وبحجية التوقيع الإلكتروني فيها.

اعترف المشرع المصري هو الآخر بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المادة الرابعة عشر من قانون التوقيع الإلكتروني، التي تنص: "للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية و التجارية و الإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات المدنية والتجارية...". و اعترف كذلك بحجية قانونية في الإثبات للكتابة والمحركات الإلكترونية في نص المادة الخامسة عشر من نفس القانون. الأمر الذي اعتبره البعض تكرارا من المشرع لا لزوم له من الناحية القانونية، خاصة و أن أي محرر لا يكتسب أدنى حجية بدون التوقيع عليه. لذلك كان يكفي أن يقوم بذكر إحدى المادتين. و في إطار تفسير ذلك رأى جانب من الفقه أن هذا التكرار جاء من المشرع المصري الذي ساير المشرع الفرنسي الذي وقع في نفس التكرار بنصه على الحجية في الإثبات في المادتين 1/1316 و 3/1316 من القانون رقم 230 لسنة 2000، و هو ما يعد خطأ في الصياغة القانونية<sup>(1)</sup>.

وأيا ما كان قصد المشرع المصري من ذلك، سواء كان تكرار هذه القاعدة أو تأكيدها - على اعتبار أن التوقيع باعتباره دليلا للإثبات هو دائما مرتبط بالكتابة أو الدليل الكتابي- فإن المشرع قد أحال في شأن صحة و حجية الإثبات للتوقيع الإلكتروني والمحركات الإلكترونية الرسمية و العرفية و الكتابة الإلكترونية، إلى أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية وذلك فيما لم يرد فيه نص في قانون التوقيع الإلكتروني و لائحته التنفيذية في المادة 14 و 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري<sup>(2)</sup>.

(1) أسامة الروبي، المرجع السابق، ص 520.

(2) أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 344.

و مما لا شك فيه أن الهدف من هذه الإحالة محاولة إضفاء نوع من التكاملية على التوقيع الإلكتروني ما بين نصوص هذا القانون و قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

### ثانيا: الشروط الواجب توافرها لحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

أوجب المرسوم التنفيذي رقم 07-196 الذي يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 في المادة 3 مكرر و الذي يضبط التوقيع الإلكتروني بأن يكون مؤمنا وله حجيته الكاملة في الإثبات و أن تتوفر فيه عدة شروط وهي:

- أن يكون التوقيع الإلكتروني خاصا بالموقع
- أن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية
- أن يضمن مع الفعل المرتبط به ، صلة بحيث يثبث كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

هذا وقد أكد المشرع الجزائري على هذه الشروط في المادة 7 من القانون 15-04 و أضاف ثلاث شروط أخرى يلزم توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى يتمتع بالحجية في الإثبات، وهذه الشروط تتمثل في:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة
- أن يرتبط بالموقع دون سواه
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

بعد أن أحال المشرع المصري في نص المادة 14 و المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني، مسألة حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات إلى القواعد العامة. أكد في نص

المادة 18 من نفس القانون على شروط معينة يلزم توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى يتمتع بالحجية في الإثبات، تتمثل في:

- ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره.
- سيطرة الموقع وحده دون غير على الوسيط الإلكتروني.
- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

وهي نفس الشروط التي اعتمدها معظم التشريعات التي اعترفت بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات. ومن ذلك نص المادتين 1/1316 و 4/1316 من القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000، و نص المادة 3/6 من قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، و نص المادة 2/ب من التوجيه الأوروبي رقم 93/1999. وإذا قمنا بتوضيح وتحليل الشروط التي أوردتها التشريعات السالفة الذكر من الناحية

الفنية و التقنية<sup>(1)</sup>، فنجد أن ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره، يتحقق متى استند هذا التوقيع إلى منظومة تكوين بيانات<sup>(2)</sup> إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة، وأن يكون هذا التوقيع مرتبطا بشهادة تصديق إلكترونية معتمدة.

أما عن سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني ، يكون ذلك عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص، متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة و الكود السري المقترن بها.

وعن إمكانية الكشف عن أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونياً، يتم عن طريق استخدام تقنية شفرة المفاتيح العام و الخاص، وبمطابقة شهادة التصديق الإلكتروني و بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة، وتلك البيانات أو بأي وسيلة متشابهة.

(1) راجع أمينة محمد أحمد محمد، المرجع السابق، ص 320 وما بعدها.

(2) يقصد بمنظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، مجموعة عناصر مترابطة و متكاملة، تحتوي على وسائط إلكترونية و برامج حاسب آلي يتم بواسطته تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني باستخدام المفتاح الشفري الجذري.

يتبين لنا مما سبق أنه من المستحسن لو أبقى المشرع الجزائري على الشروط التي أوردها في المرسوم التنفيذي رقم 07-196 السالف الذكر ، وهي نفس الشروط التي أوردها كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري و قانون الأونيسترال النموذجي، ذلك لأن الشروط التي أضافها في القانون رقم 15-04 تتداخل و الشروط التي وردت في المرسوم التنفيذي 07-196 من الناحية الفنية و التقنية.

في الفرع الموالي سنتولى دراسة كيفية التصديق على صحة التوقيع الإلكتروني.

### الفرع الثالث: التصديق على صحة التوقيع الإلكتروني

يحتاج المستهلك عبر الانترنت إلى ضمانات ووسائل تكفل تحديد هوية المتعاقدين، والتعبير عن إرادتهم على نحو صحيح، وبطريقة يمكن معها نسب التصرف إلى صاحبها، لا سيما في ظل تنامي القرصنة الإلكترونية وانتحال شخصيات الغير. وفي سبيل حل هذه المشكلة، كان لابد من وجود طرف ثالث من الغير كجهة حيادية و تقنية معتمدة و متخصصة في تصديق السندات الإلكترونية تصدر شهادات إلكترونية يستطيع الأفراد عن طريقها الاستيثاق من هوية الطرف الآخر الذي يتعامل معه، سواء في المعاملات المدنية أو التجارية، و يمكنه التحقق من مطابقتها للأصل بواسطة المفتاح الخاص للشهادات الإلكترونية<sup>(1)</sup>.

اختلفت التشريعات التي نظمت جهة التصديق الإلكتروني في التسمية التي تطلق عليها، فأطلقت عليها تسميات متعددة، نذكر منها مزود خدمة شهادات التصديق، مزود خدمة التصديق، جهة التصديق. ونظرا للدور المهم الذي تلعبه جهة التوثيق الإلكتروني، سنت التشريعات المقارنة قوانين تعرفها، وتبين التزاماتها.

من أجل ذلك نقسم هذا الفرع إلى أربعة أجزاء على النحو التالي:

(1) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر 2008، ص 320.

- تعريف جهة التصديق الإلكتروني ومدى إلزامية إنشائها

- دور جهة التصديق

- مسؤولية مزود خدمات التصديق الإلكتروني

- شهادة التصديق الإلكتروني.

**أولاً: تعريف جهة التصديق الإلكتروني و مدى إلزامية إنشائها.**

إن الثقة و الأمان لدى أطراف العقد الإلكتروني هما من أولى الأمور التي يتعين توافرها في هذا النوع من التعاقد، وذلك لما تتسم به طبيعة هذه العقود من عدم الالتقاء الفعلي بين أطراف العلاقة، فضلا عن عدم وجود علاقات سابقة بين الأطراف، وذلك في معظم العقود<sup>(1)</sup>.

ولكي تتوافر الثقة والأمان، فإن الأمر يستلزم وجود طرف ثالث محايد يؤمن عملية التوقيع الإلكتروني.

## **1- تعريف جهة التصديق الإلكتروني**

أطلق قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني، على جهة التصديق الإلكتروني (مقدم خدمة التصديق)، وقد عرفها في المادة E/2 على أنه: "شخص يصدر شهادات و يجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية"<sup>(2)</sup>.

والمقصود بالخدمات المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني التقنيات التي تسمح بإصدار توقيع مؤرخ، وخدمات النشر، والاطلاع، والخدمات المعلوماتية الأخرى كالحفظ في الأرشيف.

يلاحظ على هذا التعريف أنه اعتمد الشخص الطبيعي والمعنوي بوصفها جهة تمارس أعمال التصديق وذلك بذكر كلمة شخص مطلقا، و التي تشمل الشخص الطبيعي و المعنوي في آن واحد، مع أنه ليس من الوارد أن يقوم الشخص الطبيعي بهذا العمل،

(1) لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 172.

(2) سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 322.

وذلك لأن خدمات التصديق الإلكترونية تحتاج إلى إمكانيات مادية تقنية مكلفة وعالية جدا لا يستطيع القيام بها إلا الشخص المعنوي، سواء أكان شخصا معنويا عاما أو خاصا<sup>(1)</sup>.

عرف التوجيه الأوروبي هذه الجهات في المادة 2 فقرة 11 بأنها: "كل شخص قانوني طبيعي أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني، أو يتولى خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني".

عرف القانون الجزائري فقد عرف جهة التصديق في المادة 12/2 في القانون 04-15 السالف الذكر على أنها: "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، و قد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني" وعرف القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية فقد مقدم خدمات التصديق في الفصل الثاني، بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث، ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة، ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني".

وعرفها القانون المصري في مشروع قانون التوقيع الإلكتروني، بأنها الشخص الطبيعي، أو الاعتباري المرخص له من جهة الترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، أو تقديم أي خدمات متعلقة بالتوقيع الإلكتروني إلا أن القانون جاء خاليا من أي تعريفات لها، أما اللائحة التنفيذية للقانون عرفت في المادة 6/1 جهات التصديق بأنها الجهات المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، وتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني<sup>(2)</sup>.

(1) عبير ميخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، سنة 2010، ص 64.

(2) خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية و الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007، ص 149.

## 2- مدى إلزامية إنشاء جهة التصديق

ألزم التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بالتصديق بقيام جهات خاصة تتولى مهام اعتماد التوقيعات الالكترونية، وذلك عن طريق إصدارها لشهادات تثبت استيفاء التوقيع الالكتروني للشروط اللازمة لكي يعتد به في الإثبات وارتباطه بالمستند المذيل به مع تأمينه ضد أي تعديل، أو تغيير في مضمونه<sup>(1)</sup>. نص المشرع الجزائري هو الآخر في القانون 04-15 السالف الذكر في المادة 29 على تعيين السلطة المكلفة بضبط البريد والموصلات السلكية و اللاسلكية تدعى بسلطة اقتصادية للتصديق الالكتروني يتمثل مهامها في متابعة ومراقبة مؤدي خدمات التصديق الالكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع و التصديق الالكترونيين لصالح الجمهور<sup>(2)</sup>.

ونص قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي في الفصل الثامن منه على إنشاء الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية، و اعتبارها مؤسسة عامة تتمتع بالشخصية المعنوية و بالاستقلال المالي، و تتولى منح تراخيص مزاولة نشاط مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية و مراقبة احترام تلك الجهات لأحكام القانون. أورد القانون المصري للتوقيع الالكتروني في المادة 09 بلبق هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا و المعلومات هي التي تتولى: "وضع القواعد الفنية والإدارية والمالية، والضمانات الخاصة بإصدار التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الالكتروني، وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الالكترونية، وتكنولوجيا المعلومات".

(1) خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 149.

(2) راجع المادة 30 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكتروني.

## ثانياً: دور جهة التصديق

تلعب جهة التصديق الإلكتروني الدور الرئيسي و الهام في منظومة التوقيع الإلكتروني و خاصة في التوقيع الرقمي القائم على مفاتيح التشفير العامة و الخاصة<sup>(1)</sup>. وأول وظيفة تقوم بها هذه الجهة، هي إصدار المفاتيح الإلكترونية، سواء المفتاح الخاص الذي يتم من خلاله تشفير المعاملات الإلكترونية، أو المفتاح العام الذي يتم بواسطته فك هذه الشفرة<sup>(2)</sup>.

يظهر دور جهة التصديق في حالة ما إذا أراد المرسل إليه التأكد من هوية الموقع و شخصيته، أي يريد التأكد من صاحب المفتاح العام، فقد يخدمه المرسل و يذكر له اسماً آخر غير اسمه و هويته، من هنا تأتي وظيفة جهة التصديق الإلكتروني، حيث يصدر هنا شهادات تصديق إلكترونية تحتوي على كل البيانات الخاصة بصاحب المفتاح العام، و هي تؤكد هوية صاحب هذا المفتاح مثل اسمه و عنوانه و أهليته و مفتاحه العام و كل البيانات التي نص عليها القانون والواجب توفرها في هذه الشهادة، وبهذه البيانات يستطيع المرسل إليه التأكد من هوية مرسل الرسالة الإلكترونية و موقعها<sup>(3)</sup>. تتمثل الوظيفة الثانية في إصدار التوقيع الرقمي، حيث يقوم طالب تصديق التوقيع الإلكتروني بتقديم البيانات اللازمة إلى جهة التوثيق، ثم يتم إصدار المفتاح الخاص بصاحب طالب التوثيق، الذي يستخدمه في التوقيع، ولا يمكن استخدامه-المفتاح الخاص- إلا من قبل شخص واحد فقط، و ذلك حتى يتم التأكد من أن التوقيع صادر من صاحبه<sup>(4)</sup>.

تكتمل بهذا الوظيفة الأساسية التي تقوم بها جهة التصديق الإلكتروني، إلا أن هناك وظائف أخرى تقوم بها هذه الجهة، مثل إنشاء نظام لحفظ بيانات التوقيع

(1) سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 316.

(2) خالد ممدوح ابراهيم، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر 2010، ص 179.

(3) سامح عبد الواحد التهامي، المرجع نفسه، ص 414.

(4) إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 316.

الإلكتروني، وإنشاء شهادات التصديق طول المدة التي يحددها القانون، كما يقوم بوظيفة عمل نظام لتحديد تاريخ ووقت إصدار شهادات التصديق، وإنشاء نظام لإيقاف شهادات التصديق و تعليقها و إلغائها<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: مسؤولية مزود خدمات التصديق الإلكتروني

يسأل مزود خدمة التصديق عن صحة البيانات والمعلومات الواردة في شهادة التصديق التي يصدرها، ذلك أن المستهلك-اعتماداً على هذه الشهادة- يمكنه أن يسد ثمن السلعة أو مقابل الخدمة إلى المهني الذي صدرت الشهادة في شأنه، وتؤكد صحة توقيعها الإلكتروني، كذلك يمكن للمهني أن يسلم السلعة أو الخدمة إلى المستهلك الذي صدرت في شأنه شهادة التصديق التي تؤكد صحة توقيعها، وهذا يعني أنه يمكن لصاحب الشأن الاعتماد على هذه الشهادة و الدخول في معاملة الكترونية ترتب آثاراً قانونية في حقه، والتزام مزود الخدمة في شأن شهادات التصديق هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاماً ببذل عناية، فهو ملزم بإصدار شهادة رقمية مضمونها صحة البيانات الواردة فيها، سواء اعتمد في ذلك على تحرياته الشخصية أو ثقته في الأطراف التي أدلت له بالمعلومات عن هذه الشهادة.<sup>(2)</sup>

فوفقاً لنص المادة 8 من القانون النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني لعام 2001 فإنه يجب على كل موقع أن يمارس عناية معقولة لتجنب استخدام توقيعها الإلكتروني دون موافقتها، و أن يبادر إلى استخدام الوسائل التي يوفرها مقدم خدمات التصديق<sup>(3)</sup>. أما في التوجيه الأوروبي رقم 99/93 بشأن التوقيع الإلكتروني، فقد نظمت المادة السادسة منه أحكام مسؤولية مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، واعتبرته مسؤلاً في

(1) سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 415.

(2) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، مصر 2002، ص 124.

(3) لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 180.

مواجهة كل شخص أولى ثقته في التوقيع الإلكتروني، أو الشهادات المعتمدة منه، وخاصة فيما يتعلق بما يلي:

- 1 - صحة البيانات الواردة في الشهادة و ذلك من تاريخ تسليمها.
- 2 - ارتباط التوقيع الإلكتروني بشخص موقعه، وذلك في الحالات التي يستخدم فيها مفتاحا مزدوجا للتوقيع، و تحتفظ الهيئة المشرفة بإحدى نسخه.
- 3 - إغفال تسجيل، ونشر القرارات المتعلقة بوقف، أو إلغاء شهادة التوقيع<sup>(1)</sup>.  
لم يرد أي حديث عن مسؤولية مزود خدمة التصديق، أو بيان لوضعه القانوني في كل من القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000، أو في المرسوم الفرنسي رقم 276/2001. وهو ما دعا بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن عدم وجود أي حديث عن مسؤولية مزود الخدمة بهذا الشكل يجعل من هذه المسؤولية مسئولية تلقائية أو مفترضة<sup>(2)</sup>.

نجد بالفعل أن المشرع الفرنسي افترض هذه المسؤولية في القانون رقم 575/2004 الصادر في 21 جوان 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، حيث تنص المادة 33 من القانون المذكور على ما يلي: " افتراض مسؤولية مزود الخدمة عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص الذين يعتمدون على الشهادات التي قدمها لهم، وذلك في الحالات الآتية:

- ✓ إذا كانت المعلومات الواردة في الشهادة و تاريخ صدورها غير دقيقة.
- ✓ إذا كانت البيانات المطلوبة للحصول على الشهادة المعتمدة غير مكتملة.
- ✓ عدم التحقق من أن صاحب التوقيع لا يحوز على المفتاح الخاص المماثل للمفتاح العام.

<sup>(1)</sup> سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق ص 346 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> Cyril Rojinky, Signature électronique ; disponible sur le site :

<http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010419.htm>

✓ إذا لم يتم مزود الخدمة بإجراء تسجيلات لإلغاء الشهادة<sup>(1)</sup>.  
فوفقاً لهذه المادة تكون مسؤولية مزود الخدمة في هذه الحالات مسؤولية مفترضة مالم يثبت عكس ذلك، أي أنه لم يرتكب أي خطأ متعمد أو إهمال".  
نص المشرع الجزائري في المادة 53 من القانون 04-15 السالف الذكر على مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، الذي سلم شهادة التصديق الإلكتروني عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي، اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني، و ذلك فيما يخص:

- 1 صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، في التاريخ الذي منحت فيه، ووجود جميع البيانات الواجب توفرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة.
- 2 التأكد عن منح شهادة التصديق الإلكتروني، أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة و/أو المحددة في شهادة التصديق.

---

<sup>(1)</sup> Article 33 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

"Sauf à démontrer qu'ils n'ont commis aucune faute intentionnelle ou négligence, les prestataires de services de certification électronique sont responsables du préjudice causé aux personnes qui se sont fiées raisonnablement aux certificats présentés par eux comme qualifiés dans chacun des cas suivants :

- 1° Les informations contenues dans le certificat, à la date de sa délivrance, étaient inexactes ;
- 2° Les données prescrites pour que le certificat puisse être regardé comme qualifié étaient incomplètes ;
- 3° La délivrance du certificat n'a pas donné lieu à la vérification que le signataire détient la convention privée correspondant à la convention publique de ce certificat ;
- 4° Les prestataires n'ont pas, le cas échéant, fait procéder à l'enregistrement de la révocation du certificat et tenu cette information à la disposition des tiers..."

3 -التأكد من إمكانية استعمال بيانات الخاصة بإنشاء التوقيع، والتحقق منه بصفة متكاملة.

ونص في المادة 54 كذلك من نفس القانون على أن مزود خدمات التصديق يكون مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني هذه، والذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمدوا على تلك الشهادة، إلا إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال.

أما بالنسبة للمشرع المصري فلم يرد أي نص خاص في قانون التوقيع الإلكتروني أو لائحته التنفيذية يتعلق بمسئولية مزود خدم ة التصديق، أو حالات لافتراض هذه المسئولية كما فعل المشرع الفرنسي. ومن ثم يستعين المستهلك في ذلك بالقواعد العامة عن طريق المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام في حالة إخلال مزود الخدمة بتنفيذ التزامه التعاقدية أو تنفيذ التزامه تنفيذاً معيباً أو متأخراً. فإذا استحال التنفيذ العيني للالتزام، بان كان غير ممكن (المادة 315 مدني) يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس قيام المسئولية العقدية لمزود الخدمة. وفي هذه الحالة يلتزم المستهلك-طبقاً للقواعد العامة-بإثبات خطأ مزود الخدمة، و الذي قد يتمثل في عدم دقة البيانات الواردة في شهادة التصديق أو في تاريخ إصدارها، وقد يتمثل الخطأ العقدي في عدم التحقق من أن صاحب التوقيع كان يحوز على المفتاح الخاص المماثل للمفتاح العام، أو عدم استيفاء شهادة التصديق المقدمة لجميع الشروط المنصوص عليها لاعتبارها شهادة معتمدة. كما يلزم لقيام المسئولية أن يكون الخطأ منسوباً لمزود الخدمة، و يكون هو سبب الضرر الذي لحق بالمستهلك. و الضرر هو الركن الثاني من أركان المسئولية العقدية، ويقع عبء إثباته على المستهلك (الدائن)، لأنه هو الذي يدّعيه. ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن مزود الخدمة (المدين) لم يقم بالتزامه العقدي، لأنه من الممكن -رغم عدم قيامه بتنفيذ التزامه -

ألا يحدث أي ضرر للدائن<sup>(1)</sup>، وهو الركن الثالث من أركان المسؤولية العقدية، وهو وجوب توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر. و هي علاقة يفترض أنها قائمة ما لم ينف و جودها المدين بإثبات السبب الأجنبي و أن الضرر راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي<sup>(2)</sup>.

أبرز المشرع التونسي كذلك مسؤولية مزود خدمات التصديق الإلكتروني عن كل ضرر يحصل لكل شخص وثق في الضمانات المنصوص عليها في هذا القانون ويكون مزود خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولاً عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم تعليق، أو إلغاء شهادة التوثيق و فقا لأحكام هذا القانون.

#### رابعاً: شهادة التصديق الإلكتروني.

شهادة التصديق الإلكتروني هي شهادة يمنحها مزود خدمة التصديق للمستهلك يكون الغرض الأساسي منها التأكد من أن توقيعه الإلكتروني صادر منه، و أن توقيعه صحيح، كما تؤكد الشهادة أن البيانات الموقع عليها هي بيانات صحيحة صادرة من الموقع و لم يتم التلاعب فيها، ولم يطرأ عليها أي تعديل، سواء بالحذف أو بالإضافة أو التغيير، لأن هذه البيانات بعد التصديق تصبح موثقة، ولا يمكن إنكارها. ومن ثم يمكن للطرف المعول على التوقيع الإلكتروني و هو المستهلك في التعاقد الإلكتروني الاعتماد على هذه الشهادة.

وللمزيد من التفصيل عن شهادة التصديق الإلكتروني نتناول ما يلي:

- 1- تعريف شهادة التصديق الإلكتروني.
- 2- بيانات شهادة التصديق الإلكتروني.
- 3- أنواع شهادات التصديق الإلكتروني.
- 4- الاعتراف بحجية شهادة التصديق الإلكتروني في الإثبات.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العقد - الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 679.

(2) أمينة احمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 376

## 1- تعريف شهادة التصديق الإلكتروني

عرفت المادة 20 من قواعد الأونسترال بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2001 شهادة التصديق: "بأنها رسالة بيانات أو سجل آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع.

أما التوجيه الأوروبي فعرف شهادة التصديق الإلكتروني بأنها: " تلك التي تربط بين التوقيع، وبين شخص معين، وتؤكد شخصية الموقع<sup>(1)</sup>.

ميّز المرسوم الفرنسي رقم 272/2001 بين شهادة التصديق العادية و الشهادة المعتمدة، فعرف شهادة التصديق العادية بأنها وثيقة في شكل إلكترونية تربط العلاقة بين بيانات إنشاء التوقيع و الشخص الموقع<sup>(2)</sup>، و شهادة التصديق المعتمدة بأنها الشهادة التي تستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة السادسة من هذا المرسوم<sup>(3)</sup>.

عرف المشرع الجزائري شهادة التصديق في المادة 7/2 من القانون 04-15 السالف الذكر بأنها: " وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التوقيع الإلكتروني و الموقع".

وعرفها المشرع المصري في المادة 1/و بأنها: "الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق، وتثبت الارتباط بين الموقع و بيانات إنشاء التوقيع".  
عرفها المشرع التونسي في القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات و التجارة الإلكترونية في الفصل الثاني بأنها: "الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء

<sup>(1)</sup> المادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 1999/93/EC المتعلق بوضع قانون إطار للجماعة الأوروبية بشأن التوقيعات الإلكترونية.

<sup>(2)</sup> Article 1/9 de décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique "Certificat électronique : un document sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de signature électronique et un signataire "

<sup>(3)</sup> Article 1/10 de décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique. "Certificat électronique qualifié : un certificat électronique répondant aux exigences définies à l'article 6 "

الإلكتروني للشخص الذي أصدرها، والذي يشهد من خلالها أثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها".

وعرفها جانب من الفقه (1) بأنها: "شهادة تصدر أثناء عملية التوقيع الإلكتروني من شأنها إثبات هوية الموقع.

وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها: "الشهادات التي تصدرها جهات التصديق من قبل الجهات المسؤولة في الدولة، لتشهد بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب إلى من أصدره، ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل إثبات يعول عليه(2).

وعرفت كذلك بأنها: "الشهادة التي تصدر عن الجهة المرخص لها بالتصديق لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين، استناداً لإجراءات التصديق معتمدة بخصائص معينة تسمح بتمييزه عن غيره باعتباره دليل إثبات يعتمد عليه(3).

تبين لنا من خلال التعاريف السابقة الفقهية و القانونية، أن شهادة التصديق هي شهادة تصدر من جهة مرخصة قانوناً، تثبت هوية المستهلك في إطار هذا البحث، ويكون لها حجية في الإثبات تؤكد وتثبت صحة توقيعه بمناسبة تعاقد مع المهني.

## 2- بيانات شهادة التصديق الإلكتروني

لكي تكون للشهادة قيمة قانونية كاملة في الإثبات، يجب أن تشمل على بيانات معينة تبعث على الثقة في مضمونها، وتبعث على الاعتقاد بسلامة محتواها (4)، وتمثل هذه البيانات في:

- تحديد شخصية مقدم خدمة التوثيق، و الدولة التي نشأ بها لممارسة اختصاصه.

(1) أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 33.

(2) أبو الليل إبراهيم الدسوقي، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المرجع السابق، ص 65.

(3) علاء حسين مطلق التميمي، الجهة المختصة بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر 2011، ص 21.

(4) الدليل التشريعي لقانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001.

- اسم الموقع الفعلي، صاحب الشهادة، أو اسمه المستعار.
  - ميزة خاصة للموقع، وذلك حسب الاستعمال الذي أعطيت من أجله.
  - تحديد المفتاح العام الذي يتم من خلاله التحقق من أن التوقيع الرقمي قد أنشئ باستخدام المفتاح الخاص المناظر له، و الخاضع لسيطرة الموقع وحده.
  - تاريخ بدء صلاحية الشهادة، وتاريخ انتهاء صلاحيتها.
  - الرقم التسلسلي الخاص بالشهادة.
  - التوقيع الإلكتروني لمقدم خدمة التصديق القائم بتسليم الشهادة.
- ولقد تناولت كذلك المادة 1/6 من المرسوم الفرنسي رقم 2001-227 هذه البيانات.

المشروع الجزائري بدوره تناول عن هذه البيانات في المادة 3/15 من القانون 15-04، والتي تتمثل في:

- إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة
- تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني و كذا البلد الذي يقيم فيه.
- اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.
- إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني.
- بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، و تكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
- الإشارة الى بداية ونهاية صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني
- رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني

- التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني.

- حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء.

- حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء.

- الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر عند الاقتضاء. أشار المشرع المصري في المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني للبيانات الأساسية التي يجب ان تتضمنها شهادة التصديق الإلكتروني.

### 3- أنواع شهادات التصديق الإلكتروني

تتعدد شهادات التوثيق في الوقت الحالي، فإلى جانب شهادة توثيق التوقيع الرسمي التي سبقت الإشارة إليها، هناك شهادات أخرى تتنوع بحسب الهدف، ومن أمثلة ذلك<sup>(1)</sup>:

-شهادة digital time stamp التي توثق تاريخ ووقت إصدار التوقيع الرقمي ، حيث يقوم صاحب الرسالة بعد التوقيع عليها بإرسالها الى جهة التوثيق التي تقوم بتسجيل التاريخ عليها و توقيعها من جهتها ثم تعيدها إلى مرسلها.

-شهادة الإذن authorizing certificate التي تتولى تقديم بيانات عن صاحب التوقيع كمؤهلاته و محل إقامته.

-شهادة البيان attesting certificate والتي تثبت صحة واقعة معينة ووقت وقوعها.

### 4 - الاعتراف بحجية شهادة التصديق الإلكتروني في الإثبات

اعترفت معظم تشريعات التوقيعات الإلكترونية بحجية شهادة التصديق الإلكتروني في الإثبات، سواء كانت هذه الشهادة صادرة عن جهة تصديق وطنية، أو كانت صادرة عن جهة تصديق أجنبية. ونلاحظ أن الاعتراف بهذه الشهادة بصفة عامة يقوم على أساس ترسيخ مبدأ عدم التمييز بين شهادات التصديق الإلكترونية الوطنية و الأجنبية

<sup>(1)</sup> لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 184.

وإيجاد معيار أساسي للتكافؤ بين شهادات التصديق بصرف النظر عن مكان إصدارها والذي يمكن الاعتماد عليه في مسألة الاعتراف<sup>(1)</sup>.

تنص المادة 2/12 من قانون الاونيسترال الخاص بالتوقيعات الإلكترونية على أن للشهادة التي تصدر خارج الدولة المشرعة التأثير القانوني نفسه للشهادة التي تصدر في الدولة المشرعة، إذا كانت تتيح مستوى مكافئاً جوهرياً من الموثوقية. وأكد التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 على أن شهادة التصديق المعتمدة التي يصدرها مزود خدمة التصديق الموجود في بلد ثالث أو أجنبي، تعادل قانوناً الشهادات التي يصدرها مزود خدمة التصديق الموجود داخل الجماعة الأوروبية<sup>(2)</sup>.

كما نص المرسوم الفرنسي رقم 272/2001 على أن الشهادة الإلكترونية الصادرة عن مزود خدمة التصديق الإلكتروني الذي لا ينتمي إلى بلد داخل الجماعة الأوروبية، لها نفس القيمة القانونية للشهادة الصادرة عن مقدم خدمة التصديق الذي ينتمي للجماعة الأوروبية<sup>(3)</sup>.

نص المشرع الجزائري بدوره في المادة 63 من القانون رقم 04-15 على أن لشهادات التصديق الإلكتروني التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات الممنوحة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في الجزائر، بشرط أن يكون مؤدي الخدمات الأجنبي هذا قد تصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة.

اعترف المشرع التونسي بدوره بحجية شهادات التوقيع الإلكتروني في الفصل 23 الذي ينص: "تعتبر الشهادات المسلمة من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية الموجود ببلد أجنبي كشهادات مسلمة من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية موجود بالبلاد

<sup>(1)</sup> علاء محسن مطلق التميمي، المرجع السابق، ص 27.

<sup>(2)</sup> Article 7/1, dir.1999/93/EC. Préc.

<sup>(3)</sup> Article 8, décret n° 2001-272, 30 mars 2001 , préc.

التونسية إذا تم الاعتراف بهذا الهيكل في إطار اتفاقية اعتراف متبادل تبرمها الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية ."

أكد المشرع المصري من جهته على ذلك في المادة 22 من قانون التوقيع

الالكتروني التي تنص: " أن تختص الهيئة باعتماد الجهات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الالكتروني، وذلك نظير المقابل الذي يحدده مجلس إدارة الهيئة، و في هذه الحالة تكون للشهادات التي تصدرها تلك الجهات ذات الحجية في الإثبات المقررة لما تصدره نظيرتها في الداخل من شهادات نظيرة...".

يتبين من النصوص التشريعية السالفة الذكر أنها اعترفت جميعها بشهادة التصديق

الالكتروني الأجنبية، وساوت بينها وبين شهادة التصديق الوطنية من حيث حجيتها في الإثبات. وهذا يعني حصول المستهلك على شهادة معترف بها قانونا.

لكن هذا الاعتراف لم يكن مطلقا، و إنما فرضت شروط للاعتراف بحجيتها، فنجد

أن قانون الاونيسترال بشأن التوقيعات الالكترونية اكتفى بشرط واحد للاعتراف بشهادة التصديق الالكتروني الأجنبية، وهو أن تتيح هذه الشهادة مستوى مكافئا من الثقة، أي أن تكون هذه الشهادة موثوق بها، و تحقق الغرض من إنشائها، مع الأخذ في الاعتبار المعايير الدولية المعترف بها في هذا الشأن.

أما عن شروط الاعتراف بشهادة التصديق الالكترونية الأجنبية في المرسوم

الفرنسي رقم 272/2001 فهي: أن يفي مزود خدمة التصديق بالشروط المحددة في المادة 2/6 من هذا المرسوم، و أن يتم تأمين شهادة التصديق الالكتروني من قبل مزود خدمة تصديق ينتمي للجماعة الأوروبية، وأن يكون هناك اتفاق على ذلك، و تكون الجماعة الأوروبية طرفا في هذا الاتفاق <sup>(1)</sup>. وهي تقريبا نفس الشروط التي نص عليها التوجيه الأوروبي.

<sup>(1)</sup> Article 8 de Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique." Un certificat électronique

عَلَّقَ المشرع الجزائري حجية شهادة التصديق الإلكتروني التي تمنح من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في بلد أجنبي على شرط واحد وهو وجود اتفاقية مبرمة للاعتراف المتبادل المبرمة من طرف السلطة.

نص المشرع التونسي كذلك على شرط واحد كمنظيره الجزائري يتمثل في الاعتراف بهذا الهيكل في إطار اتفاقية اعتراف متبادل تبرمها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية.

أما المشرع المصري فقد نص على عدة شروط في المادة 21 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، تتمثل فيما يلي:

- ✓ أن يتوافر لدى الجهة الأجنبية القواعد و الاشتراطات المبينة في هذه اللائحة بالنسبة للجهات التي ترخص لها الهيئة مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني.
- ✓ أن يكون لدى الجهة الأجنبية وكيل في جمهورية مصر العربية مرخص له من قبل الهيئة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، و يتوافر لديه كل المقومات المطلوبة للتعامل بشهادات التصديق الإلكتروني، ويكفل تلك الجهة فيما تصدره من شهادات تصديق إلكتروني، وفيما هو مطلوب من اشتراطات و ضمانات.
- ✓ أن تكون الجهة الأجنبية ضمن الجهات التي وافقت جمهورية مصر العربية بموجب اتفاقية دولية نافذة فيها على اعتمادها، باعتبارها جهة أجنبية مختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني.
- ✓ أن تكون الجهة الأجنبية ضمن الجهات المعتمدة أو المرخص لها بإصدار شهادات تصديق إلكتروني من قبل جهة الترخيص الأجنبية وبين الهيئة على ذلك.

---

délivré par un prestataire de services de certification électronique établi dans un Etat n'appartenant pas à la Communauté européenne a la même valeur juridique que celui délivré par un prestataire établi dans la Communauté, dès lors :

- a) Que le prestataire satisfait aux exigences fixées au II de l'article 6 et a été accrédité, au sens de la directive du 13 décembre 1999 susvisée, dans un Etat membre ;
- b) Ou que le certificat électronique délivré par le prestataire a été garanti par un prestataire établi dans la Communauté et satisfaisant aux exigences fixées au II de l'article N° 6
- c) Ou qu'un accord auquel la Communauté est partie l'a prévu".

## المبحث الثاني: حق المستهلك في العدول

يعتبر حق المستهلك في العدول عن عقد الاستهلاك عبر الانترنت أو عقد الاستهلاك الإلكتروني بصفة عامة، من الوسائل التي لجأت إليها التشريعات الحديثة لحماية رضا المستهلك، أمام المعطيات و المستجدات و قصور القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد في التشريعات المدنية التي لا توفر الحماية اللازمة التي يصبو إليها المستهلك في مثل هذه العقود، حيث يتضمن هذا الحق إعطاءه فرصة للتروي والتفكير ذلك لأن عرض السلعة أو الخدمة على شبكة الانترنت، قد لا تعطي للمستهلك تصورا كافيا، يسمح له بإصدار قراره بناء على إرادة واعية مستتيرة، ولا بإعطاء الحكم الصحيح والدقيق عن السلعة، لأن الفكرة المستقاة من العرض والصورة عادة ما تكون محاطة بكثير من وسائل الدعاية والإغراء المبالغ فيه، مما قد يؤدي بالمستهلك إلى الندم على التعاقد والرغبة في العدول.

فعدول المستهلك عن العقد الذي سبق إبرامه يعتبر وسيلة قانونية حديثة توفر له الحماية في مرحلة تنفيذ.

ومن أجل التفصيل أكثر في هذه النقطة نتناول مفهوم العدول عن التعاقد في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني نتطرق إلى التنظيم التشريعي لخيار العدول، أما في المطلب الثالث نعرض إلى الآثار القانونية المترتبة عن العدول.

### المطلب الأول: مفهوم العدول عن التعاقد

يرى بعض الفقهاء أن المستهلك له الحق في العدول عن إبرام العقد عبر الانترنت مثلما هو مقرر في العقود التقليدية، وهو مكمل لحق التبصر، فهو يشتري السلعة ولم يراها فعليا.<sup>(1)</sup> فالظروف التي أبرم فيها العقد تتمح للمستهلك مثل هذا الحق، ذلك أنه لم

<sup>(1)</sup> Vincent Gautrais, Le contrat électronique internationale encadrement juridique, édition Bruylant academia, 2<sup>eme</sup> édition, 2003, p 28.

يرى السلعة التي تم التعاقد عليها و إنما رأى نموذجاً لها على شاشة الحاسب الآلي، وكل هذا كي لا يقع ضحية غش و تدليس من قبل المهني.

نحلل هذا العنصر في خمسة نقاط أساسية، تتمثل النقطة الأولى في تعريف الحق في العدول (الفرع الأول)، النقطة الثانية مبررات الحق في العدول (الفرع الثاني)، خصائص الحق في العدول (الفرع الثالث)، الطبيعة القانونية للعدول عن التعاقد (الفرع الرابع) مجال تطبيق الحق في العدول (الفرع الخامس).

### الفرع الأول: تعريف الحق في العدول

تتباين التعريفات عند الفقه حول تعريف الحق في العدول أو خيار الرجوع - كما يفضل البعض تسميته - ولكنهم اتفقوا على الأقل على آثاره لأن هذا الحق يبين قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الاختيار بين إتمامه أو الرجوع فيه<sup>(1)</sup>. فيعرفه البعض بأنه: "سلطة أحد المتعاقدين بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر"<sup>(2)</sup>.

وعرفه البعض الآخر أنه "ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد أن أبرم العقد صحيحاً (أو قبل إبرامه) ، دون أن يترتب على ذلك مسؤولية المستهلك في تعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع"<sup>(3)</sup>. فضل بعض الفقهاء استعمال مصطلح إعادة النظر في العقود للدلالة على خيار المستهلك بالرجوع في العقد كونه يشمل إلى جانب حق المستهلك بالرجوع حقه باستبدال السلعة دون أن يرجع عن العقد المبرم<sup>(4)</sup>.

(1) وقد منحت مختلف التشريعات للمستهلك حق العدول عن العقد، وقررت له ممارسة هذا الحق بطريقتين، إما يكون للمستهلك حق استبدال البضائع بغيرها أو يطلب ردها واسترداد ثمنها.

(2) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 768.

(3) محمد حسين منصور المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، 2005، ص 48.

(4) أيمن مساعدة - علاء خصاونة، خيار المستهلك في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة و القانون، العدد 46، الأردن، 2011، ص 157 وما بعدها.

اعتبره البعض عقدا صحيحا غير ملزم بالنسبة للمستهلك، فحق العدول هو حق شخصي يخضع لتقدير هذا الأخير، ويمارسه وفقا لما يراه محققا لمصالحه، فهو ليس ملزما بإبداء أسباب معينة لهذا العدول بمعنى أن استعمال المستهلك لهذا الحق لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته<sup>(1)</sup>.

رغم تعدد المصطلحات التي تطلق على الحق في العدول (حق الخيار، مهلة التفكير، حق الندم، إعادة النظر)، إلا أنها تدل على معنى واحد وهو تمكين المستهلك من التحلل من العقد بتقدير كامل لإرادته وفقا لضوابط قانونية، حتى ولو لم يخل المهني بأي من التزاماته، ويتم العدول بدون مقابل.

### الفرع الثاني: مبررات الحق في العدول

يهدف الحق في العدول بصفة أصلية إلى حماية رضا المستهلك، مما قد يعلق به من عوامل المجازفة التي تؤدي إلى الندم، ويكون ذلك من خلال إعطائه مهلة إضافية للتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه، تقاديا للأخطار التي قد تلحق به لتسرع في التعاقد خاصة لما تتميز به المعاملات الحالية من دعاية وإغراء في المجال الإلكتروني بالذات<sup>(2)</sup>.

إن تطور طرق الاتصال الحديثة، والتعقيد الذي شهده استخدام الوسائل التكنولوجية في إبرام العقود وبشكل يجعل من الصعب على المستهلك العادي الإلمام بكل جوانب العملية التعاقدية التي يقوم عليها، أصبح ملحا توفير وسائل فعالة لحمايته. لهذا يعد خيار الرجوع (الحق في العدول) من النظام العام لا يحق للمستهلك التنازل مسبقا عنه، ولا يجوز بشكل من الأشكال تقييده<sup>(3)</sup>.

(1) أنظر خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 267.

(2) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 763.

(3) أيمن مساعدة، علاء خصاونة، المرجع السابق، ص 167.

هناك عدة عوامل استدعت ضرورة التدخل لحماية المستهلك، أولها تتمثل في صفة الاحتراف عند التاجر، الذي يستعمل كل الدعايات من أجل إقناع المستهلك للتعاقد معه أما العامل الثاني يتمثل في ضعف خبرة المستهلك في هذا المجال، والعامل الثالث يتمثل في الضغوطات التي تمارس على المستهلك لدرجة يقدم على شراء سلعة خارج عن نطاق إرادته.

### الفرع الثالث: خصائص الحق في العدول

يتميز الحق في العدول بجملة من الخصائص أهمها: أن هذا الحق لا يرد إلا على عقد لازم كالبيع والإيجار، دون العقود غير اللازمة بطبيعتها مثل الوكالة. وكان المشرع الفرنسي يكرس الحق في العدول في العقود التي تتم عن بعد عن طريق البيع من خلال الهاتف، ومنح المستهلك في هذا المجال حق العدول خلال سبعة أيام، ثم جاء ذلك في قانون حماية المستهلك الصادر سنة 1993، لكن لم يبق على هذه المدة، بل مددها إلى مدة 14 يوم.

ومن خصائص حق العدول أن مصادره محددة بالقانون والاتفاق، ويتقرر بالإرادة المنفردة للمستهلك، ودون الحاجة للجوء إلى القضاء، ودون اشتراط موافقة الطرف الآخر بل ودون الحاجة لإثبات التعرض إلى أي وسيلة من وسائل التأثير أو الخداع. ويعتبر الحق في العدول من الحقوق المؤقتة أي محددة المدة، حفاظا على استقرار مراكز الأطراف في العقد، وينقضي إما باستعماله أو لفوات المدة المحددة له، كما أن هذا الحق متعلق بالنظام العام إذ أقره المشرع صراحة في النص.

نشير في هذا المجال إلى أن المشرع الجزائري رغم تكريسه لحق العدول في صلب المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية، إلا أنه لم يبين أحكامه (الشروط والآجال والآثار، كذلك العقود المستثناة منه) كما فعلت جل التشريعات التي أقرته.

نصت المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري على ما يلي: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري بطريقة مرئية، مقروءة و مفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات التالية:...."

- شروط وأجال العدول عند الاقتضاء...."

فهنا المشرع الجزائري لم يلزم المورد الإلكتروني سوى بتقديم المعلومات المتعلقة بشروط وأجال العدول، فيفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري ترك المجال للمورد الإلكتروني في تنظيم "حق العدول"، سواء في إقراره أو في مدته وشروط ممارسته.

#### **الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للعدول عن التعاقد**

اختلف الفقه بصدد بيان الطبيعة القانونية لخيار العدول، فيوصفه تصرف قانونيا يقع بإرادة المستهلك المنفردة و يعبر عن قدرته على نقض العقد، فهل يعد هذا الخيار حقا؟ و إذا عد حق فهل يعتبر حقا شخصيا أم حقا عينيا؟ و إذا تعذر و صفه حق فما هي الطبيعة القانونية له؟

انقسم الفقه بصدد هذه المسألة إلى ثلاث اتجاهات نبينها كالاتي:

#### **الاتجاه الأول: خيار العدول يعد حقا**

اتفق أنصار هذا الاتجاه على أن خيار العدول يعد حقا بوصفه تصرفا قانونيا بإرادة منفردة يعبر عن نقض العقد، غير أنهم اختلفوا فيما إذا كان هذا الحق شخصيا (أولا) أم عينيا (ثانيا).

#### **أولا: خيار العدول حق شخصي**

لقد أسس هذا الاتجاه رأي على أساس أن الرابطة أو العلاقة بين الدائن والمدين التي تميز الحق الشخصي متوفرة في هذا الخيار، ويتضمن علاقة قانونية واضحة بين من تقرر له الخيار و من يمارس هذا الخيار في مواجهته، حيث تتجسد هذه العلاقة في

خضوع الثاني للأول<sup>(1)</sup>. فخيار العدول عبارة عن سلطة يملكها المستهلك تخول له إما تنفيذ العقد أو نقضه والتحلل منه بإرادته المنفردة، وهذه السلطة يمارسها ضد غريمه المتعاقد معه ألا وهو المهني، ومن ثم تكون عناصر و جوهر الحق الشخصي قد اكتملت في خيار العدول<sup>(2)</sup>.

تعرض هذا الاتجاه للانتقاد على أساس أن المستهلك الذي ثبت له خيار العدول لا يملك السلطات التي تثبت للدائن تجاه المدين في الحق الشخصي، فالمستهلك الذي تقرر له خيار العدول لا يستطيع مطالبة المحترف بأي دور سواء كان سلبياً أو ايجابياً، بل كل ما يخول له إما تنفيذ العقد و إمضائه أو نقضه و التحلل منه، ومن ثم فلا وجود للحق الشخصي في خيار العدول. وأن المتعاقد الذي يمارس في مواجهته هذا الخيار لا يقع عليه أي التزام بأداء دور ما، ومن ثم لا يكون للحق الشخصي المدعى به لا محل و لا موضوع<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: خيار العدول حق عيني

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن خيار العدول حق عيني يخول لصاحبه سلطة على شيء ، يخضع بمقتضاها هذا الشيء لصاحب الحق يمكنه من التمتع به، و الاحتجاج به على الكافة، و يضيف أصحاب هذا الرأي أن اقتراب خيار العدول من الحق العيني كان تأسيساً على أن هذا الخيار يقع على عين معينة ويمنح المستهلك سلطة التحلل من العقد على نحو يشكل سلطة مباشرة على الشيء محل العقد<sup>(4)</sup>.

نرى أن هذا الحق لا يخول للمستهلك سلطة على شيء لأن العلاقة في الحق العيني هي علاقة تسلط لصاحب الحق على شيء محل الحق، فالعلاقة مباشرة وواضحة

<sup>(1)</sup> NAJAR Ibrahim, Le droit d'option, contribution a l'étude du droit positif et de l'acte, unilatéral L.G.D.J,NO 130, Paris 1976, p 107.

<sup>(2)</sup> عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 770.

<sup>(3)</sup> موفق حماد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، العراق، 2011، ص 231.

<sup>(4)</sup> عمر محمد عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 770

بينما أن الحال في إطار العدول عبر الانترنت مخ الف فلا مكان لهذه العلاقة، حيث أن المستهلك بإرادته المنفردة يتمكن من إنهاء العقد دون أن يحتاج ذلك إلى أي تدخل من جانب المهني المتعاقد معه، لأن خيار المستهلك هذا لا يخوله السلطة على شيء بل يمنحه إمكانية فسخ العقد الذي سبق و أن أبرمه.

### الاتجاه الثاني: خيار العدول رخصة

إذا كان خيار العدول ليس حقا شخصيا ولا حقا عينيا، لأنه لا يخول للمستهلك السلطات التي يمنحها أي من الحقين، هل يمكن وصفه على أنه رخصة؟. يرى أنصار هذا الرأي أن خيار العدول عبارة عن رخصة ، ذلك أن هذه الأخيرة تعتبر "مكنه واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة ، أو هي إباحة يسمح لها القانون في شأن حرية من الحرية العامة"<sup>(1)</sup>.

لم يسلم هذا الاتجاه كذلك من النقد ، على أساس أن الحرية أو الرخصة لا تقتصر على شخص أو أشخاص معينين بل تثبت لجميع الناس على حد سواء <sup>(2)</sup> كحرية العمل وحرية التعاقد و حرية التنقل ، في حين حدد القانون الطرف المستفيد من خيار العدول هو المستهلك، كما قيده بمدة زمنية محددة، كما أنها لا تثبت لسبب معين بذاته كالحقوق و إنما بسبب الإذن العام من المشرع<sup>(3)</sup>.

بسبب هذه الانتقادات برز اتجاه ثالث يعتبر خيار العدول حق إرادي محض.

<sup>(1)</sup> عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 414. في نفس السياق سليمان براك دايج الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة الحقوق، المجلد 8، العدد 04، جامعة النهريين، بغداد، 2005، ص 168.

<sup>(2)</sup> حسن كبيره، المرجع السابق، ص 440. انظر كذلك عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 771.

<sup>(3)</sup> موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 232.

## الاتجاه الثالث: خيار العدول حق إرادي محض

اعتبر جانب من الفقه<sup>(1)</sup> أن خيار العدول يمثل الحل الوسط بين الحق بالمعنى الدقيق وبين الرخصة، وهي المنزلة التي تخول صاحبها أكثر من مجرد الرخصة و أدنى من الحق، وتسمى بالمكنة القانونية<sup>(2)</sup>، و التي يعد خيار العدول من أهم تطبيقاته، وحق إرادي محض يختلف مضمونه عن مضمون الحقوق العادية ، لما تتميز به المكنة بقدرة صاحبها على إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة ، ودون توقف ذلك على إرادة شخص آخر، فهي مكنة جوهرها سلطة التحكم في مصير العقد الذي تقرر له هذا الخيار و يؤكد ذلك أن خيار العدول لا يقابله واجب أو التزام على من يستعمل هذا الحق في مواجهته<sup>(3)</sup>، لذا نرجح هذا الاتجاه كونه الأقرب إلى الصواب.

## الفرع الخامس: مجال تطبيق الحق في العدول

منحت التشريعات المقارنة للمستهلك الحق في العدول، في عدة أنواع من العقود التي تجمع بينها ضرورة توفير حماية خاصة له. فالمعيار المتبع في تحديد نطاق خيار الرجوع ليس طبيعة العقد نفسه فحسب، بل هو أيضا الظروف التي تم بها والهدف المقصود من الحق في العدول<sup>(4)</sup>. يمتد تطبيق الحق في العدول إلى البيع عن بعد ، وبالضبط بالنسبة للبيع الالكتروني، وكذلك بالنسبة للإيجار والخدمات. يشمل حق العدول كذلك عقود بيع المنقولات دون العقارات ، نظرا لأن الشكلية المطلوبة في عقود بيع العقارات تمنح للمشتري فرصة كافية للتفكير والتدبر في الصفقة.

(1) أبو الليل إبراهيم الدسوقي، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية و تطبيقاته في القانون الوضعي، مجلة المحامي الكويتية، السنة الثانية، 1980، ص 111.

(2) محمد سعيد الرشدي، المرجع السابق ص 185. أنظر كذلك خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص 285.

(3) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد عبر الانترنت، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني/السنة الرابعة، 2012، العراق ، ص 55.

(4) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق ص 880.

تجدر الإشارة إلى أن التوجيه الأوروبي يتضمن نطاقا واسعا لخيار الرجوع، فهو يشمل كل العقود المبرمة عن بعد سواء تعلق بسلع أو بخدمات، ولكن بالرجوع إلى المادة 316 من التوجيه الأوروبي بشأن بيع المسافة وكذلك المادة 02/03 بشأن البيع المنزلية نلاحظ أنه قد تم استبعاد بعض المعاملات من خيار الرجوع، فالمستهلك لا يجوز له العدول في العقود المتصلة بأداء الخدمات التي بدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل نهاية مدة العدول وهي 07 أيام، وكذلك الأمر فيما يتصل بعقود توريد المنتجات المصنعة حسب مواصفات المستهلك وطلباته الخاصة، ويستثنى أيضا من خيار الرجوع العقود المتعلقة بتوريد أموال لأداء خدمات تعتمد أسعارها على تقلبات الأسواق المالية<sup>(1)</sup>.

أما قانون المبادلات التجارية والالكترونية التونسي، الصادر في 09 أوت 2000 نص في الفصل 32 على أنه مع مراعاة أحكام الفصل 03 وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

- طلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويقر المهني ذلك.
- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد بانتهاء مدة صلاحيتها.
- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

نستنتج أنه على الرغم من أن التشريعات المقارنة قد منحت للمستهلك في العقود التي تتم عن بعد حق العدول ، إلا أنها لم تتفق فيما يخص طبيعة المال محل العقد الذي يشمل هذا الحق.

(1) أيمن مساعدة، علاء خصاونة، المرجع السابق، ص 179

## المطلب الثاني: التنظيم التشريعي لخيار العدول عن التعاقد

نظرا لأهمية خيار العدول عن التعاقد بالنسبة للمستهلك، لم تغفل التشريعات التي أقرته عن تنظيمه و تحديد ضوابطه، وذلك من أجل إرساء الثقة في المعاملات التجارية عامة والمعاملات التجارية الالكترونية خاصة، وذلك نظرا للظروف التي يبرم فيها العقد في المعاملات الأخيرة أين تتعدم القدرة على رؤية محل العقد ومناقشة شروطه. فربما العلة من تقرير خيار العدول تتمثل في محاولة إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية فالمستهلك يمارس هذه المكنة بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء و دون موافقة المهني وحتى إن لم يخل هذا الأخير بالتزاماته كما سبق ذكره.

كل هذه الأسباب وغيرها تدخلت التشريعات التي أقرت هذا الالتزام بتحديد ضوابطه (الفرع الأول) وقيود أعماله (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: ضوابط العدول عن التعاقد

إن احترام المدة الواردة في القانون هي الشرط الوحيد لممارسة الحق في العدول لأنه لا توجد إجراءات خاصة، ولكن المستهلك خشية الوقوع في منازعة قانونية، يمكن اتخاذ إجراءات احتياطية، لذلك نتولى دراسة كيفية ممارسة الحق في العدول، ثم مدة ممارسة الحق في العدول.

### أولاً: كيفية ممارسة الحق في العدول

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 الرجوع عن التعاقد من أي قيود اتفاقا مع هذه الغاية. فالأصل ألا يخضع هذا الحق لأية إجراءات خاصة ، ولا ينبغي للمتعاقدين أن يتفقا في تحديد طريقة معينة لممارسة العدول استنادا إلى قاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل<sup>(1)</sup>.

(1) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 775.

حدد المشرع الفرنسي في نص المادة 21-221 من قانون الاستهلاك إجراء ممارسة حق العدول عن طريق نموذج مشار إليه في المادة 5-221 أو عن طريق وسيلة اتصال أخرى يعبر فيه عن رغبته في العدول<sup>(1)</sup>.

ولم يحدد التوجيه الأوروبي ولا المشرع التونسي طريقة أو شكل معين يتم فيه تعبير المستهلك عن عدوله في العقد، غير أنه وضمانا لحقوق المستهلك، أن يختار وسيلة معينة تعبيراً عن عدوله وذلك يبقى كوسيلة إثبات كأن يكون ذلك مثلاً عن طريق البريد الإلكتروني، أو بطريق بريد موصى عليه ليستخدمها إذا ما أنكر المهني تبليغه بالعدول.

إلا أن حق العدول يبقى خاضعاً لتقدير المستهلك، إن شاء قام به وإن شاء امتنع دون أن يكون مطالباً بتقديم تبرير عن ذلك.

### ثانياً: مدة ممارسة الحق في العدول

لم تتفق التشريعات المنظمة لهذا الالتزام على تحديد مدة العدول، وهو ما سنوضحه على النحو التالي:

#### 1- مدة العدول في القانون الفرنسي

استقر المشرع الفرنسي في تقنين الاستهلاك رقم 93/949 على مدة واحدة، وهي "سبعة أيام" يستطيع خلالها المستهلك ممارسة حق الرجوع في التعاقد، وهو ما أكد عليه في نص الفقرة الأولى من المادة 20-121 بصيغته المعدلة بالمرسوم رقم 741-2001.

---

<sup>(1)</sup> Article L221-21 Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016. : Le consommateur exerce son droit de rétractation en informant le professionnel de sa décision de se rétracter par l'envoi, avant l'expiration du délai prévu à l'article L. 221-18, du formulaire de rétractation mentionné au 2° de l'article L. 221-5 ou de toute autre déclaration, dénuée d'ambiguïté, exprimant sa volonté de se rétracter. Le professionnel peut également permettre au consommateur de remplir et de transmettre en ligne, sur son site internet, le formulaire ou la déclaration prévue au premier alinéa. Dans cette hypothèse, le professionnel communique, sans délai, au consommateur un accusé de réception de la rétractation sur un support durable.

و هي نفس المدة المذكورة في العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي أعدته غرفة التجارة و الصناعة الفرنسية للمعاملات الإلكترونية. وبعد ذلك عدّل عن هذه المدة في نص المادة 121-21 من قانون الاستهلاك رقم 2014/344 و جعلها أربعة عشر يوماً يستطيع فيها المستهلك خلالها ممارسة حق الرجوع بدلا من سبعة أيام. و أضاف المشرع في المادة 1-21-121 من نفس القانون أنه إذا لم تقدم المعلومات عن الحق في الرجوع المشار إليها في المادة 17/121 من هذا القانون، فإنه يتم مد فترة الرجوع الى اثنتي عشرة شهرا تحسب من انتهاء مدة الرجوع المحددة في المادة 21/121 ومع ذلك إذا قام المهني بتوفير هذه المعلومات خلال فترة التمديد، يتعين إنهاء فترة الرجوع بعد مرور أربعة يوماً من اليوم الذي يتلقى فيه المستهلك هذه المعلومات ، حسب ما نصت عليه المادة 7-222<sup>(1)</sup>.

## 2- مدة العدول في توجيهات الاتحاد الأوروبي

اعتمد المشرع الأوروبي أيضا في البداية مدة سبعة أيام التي من خلالها يستطيع المستهلك ممارسة حقه في الرجوع، وهو ما أكد عليه في التوجيه رقم 577/85 وتوجيه التعاقد عن بعد رقم 7/97، وبعد ذلك عدّل هو الآخر هذه المدة وجعلها أربعة عشر يوماً في التوجيه الأوروبي رقم 25/2002 و التوجيه رقم 48/2008، و التوجيه رقم 83/2011 الخاص بحقوق المستهلك<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. L. 222-7 code de la consommation. Modifié par Loi n°2017-203 du 21 février 2017.

"Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités.

Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation court à compter du jour où :

1° Le contrat à distance est conclu ;

2° Le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations, conformément à l'article L.222-6, si cette dernière date est postérieure à celle mentionnée au 1°..."

<sup>(2)</sup> أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص-ص 465--466

### 3- مدة الرجوع في بعض التشريعات العربية

اتفق كل من المشرعين التونسي و اللبناني على مدة واحدة يستطيع خلالها المستهلك ممارسة حق العدول و هي مدة "عشرة أيام"، وهو ما أكد عليه المشرع التونسي في الفصل 20 من قانون رقم 83/2002 الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية وما جاء به المشرع اللبناني في المادة 55 من الفصل العاشر المخصص للعمليات التي يجريها المحترف عن بعد، من قانون حماية المستهلك رقم 1368/2004. أما المشرع المصري فطبقا لنص الفقرة الأولى من مشروع قانون التجارة الالكترونية -يجوز للمستهلك أن يفسخ العقد المبرم الكترونيا خلال الخمسة عشر يوما التالية على تاريخ تسلمه للسلعة أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة. والمدة السابقة تختلف عن المدة المقررة في القانون رقم 67 لسنة 2006 حيث حددها المشرع بأربعة عشر يوما من تاريخ تسلم السلعة.

بالنسبة لبدء العمل بهذا الأجل ، فإنه يبدأ من تاريخ تسلم البضائع والمنتجات، هذا ما نصت عليه التشريعات المذكورة سابقا. أما إذا كان محل العقد عبارة عن خدمات فالمهلة القانونية تبدأ من لحظة استغلال الخدمة ، هذا في القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي، أما في القانون التونسي فالمهلة تبدأ من تاريخ إبرام العقد.

أما عن كيفية حساب المدة، فهي تحسب بالأيام الكاملة أو كما نص عليها القانون التونسي في الفصل 30 باستعماله لمصطلح "أيام العمل" يجعلنا نتساءل حول الجدوى من ذلك خصوصا وأن الانترنت يشتغل على امتداد اليوم، تكون الإجابة هن هذا التساؤل مرتبطة بالمكان الذي تمت فيه عملية الشراء مكان العمل أم لا. فإذا امتدت عملية الشراء خارج مقر العمل (من المنزل مثلا) في هذه الحالة يصبح استعمال مصطلح "أيام العمل" في غير محله.

لكن ما نلاحظه هو أنه بداية احتساب هذا الأجل يتضارب وأهداف ممارسة حق العدول والمتمثلة في تمكين المستهلك من معاينة البضاعة والتعرف عن خاصياتها قبل

إبرام العقد هذا من جهة، ومن جهة ثانية تتجلى لنا محدودية حق العدول عن الشراء في إيجاد حل لكل الإشكالات خاصة وأن بعض العيوب قد تظهر بعد انتهاء المدة المحددة قانوناً (07 أو 10 أو 14 يوم)، يتحتم مرة أخرى اللجوء إلى قواعد القانون العام ونخص بالذكر القواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية.

للإشارة فإن العديد من مواقع الانترنت التجارية المخصصة لبيع البضائع عن بعد ، تمدد حق العدول عن الشراء إلى 30 يوماً وذلك لغايات تجارية أهمها كسب ثقة المستهلك ومن أهم هذه المواقع التجارية الالكترونية مواقع قنوات TF1 و M6 .

### الفرع الثاني: قيود أعمال مكنة العدول

إن التشريعات التي أقرت خيار العدول للمستهلك قيدته بقيود من أجل أن تحفظ للعقد توازنه و استقراره.

وستناول هذه القيود من الناحيتين، الأولى تتعلق بالقيود المتعلقة بالطرف المستفيد ألا وهو المستهلك (قيود متعلقة بالأشخاص) ، و الثانية تتعلق باستثناء بعض العقود من إعطاء المستهلك خيار العدول عنها.

### أولاً: القيود المتعلقة بالأشخاص

لكي نتمكن من تطبيق خيار العدول، يجب أن يكون أحد طرفي العقد هو المستهلك كما سبق ذكره، وبذلك يخرج من نطاق هذه الحماية العقد الذي يكون كلا طرفين من المحترفين.

بالرجوع إلى القانون الفرنسي رقم 21/88 الصادر في 06 جانفي 1988 قد جاء بصيغة مطلقة بحيث يعطي الخيار لكل شخص طبيعي أو اعتباري مستهلكا كان أم غيره من المهنيين و غير المهنيين خيار العدول عن العقد خلال سبعة أيام. أي لم يفرق النص في ممارسة هذا الخيار بين المشتري المهني و المستهلك، على خلاف ما نص عليه

التشريع الفرنسي رقم 88/21 الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بالشروط التعسفية و الذي فرق بين المستهلك و غيره من حيث مدى الشمول بأحكام القانون<sup>(1)</sup>.

يرى البعض ضرورة عدم التساوي في الحماية التي يوفرها النص الخاص بإقرار

العدول بين المشتري المهني والمستهلك العادي، حيث لا يوجد ما يبرر من استفادة

المحترف من هذه الحماية التي وجدت أساسا لمواجهة قلة خبرة المستهلك<sup>(2)</sup>.

نص المشرع التونسي في المادة 20 من تشريع المبادلات و التجارة الالكترونية

على أنه " ...يمكن للمستهلك العدول عن الشراء..."، وعلى هذا المنوال سار المشرع

اللبناني حيث حصر ممارسة خيار العدول عن العقد بعد إبرامه بالمستهلك الذي عرفه

بأنه هو الشخص الذي يشتري سلعة أو يستأجرها أو يشتري خدمة أو يستعملها أو يستفيد

منها، كما نصت المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناي على أنه (يجوز للمستهلك

الذي يتعاقد وفقا لأحكام هذا الفصل، العدول عن قراره بشراء السلعة أو استئجارها أو

الاستفادة من الخدمة...). هذا وقد نهج التوجيه الأوروبي رقم 98/7/EC بشأن حماية

المستهلك في العقود المبرمة عن بعد في الفقرة الأولى المادة السادسة منه نهج المشرع

التونسي واللبناني.

### ثانيا: القيود المتعلقة باستثناء بعض العقود

أقرت معظم قوانين حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية خيار العدول،

واستثنت حالات معينة لا يجوز العدول عن العقد بعد إبرامه حفاظا على توازنه، وعملا

على عدم الإضرار بالمهني، والتي نذكر منها ما يلي:

1- عندما يكون محل العقد من المنتجات القابلة لأخذ نسخ من محتوياتها أو تسجيلها أو

نقلها بأية طريقة أخرى بعد نزع أختامها وتمزيق أغلفتها، ومن هذه المنتجات أجهزة

الفيديو والاسطوانات والأقراص المدمجة (CD)، أو برامج الأجهزة الالكترونية

<sup>(1)</sup> أحمد سعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة

الحقوق، السنة التاسعة عشر، العدد الثالث، الكويت، 1995، ص 228.

<sup>(2)</sup> منصور حاتم محسن، إسرائ خيضر مظلوم، المرجع السابق، ص 63.

(Software) والمنتجات الالكترونية (Digital Products)، حيث أتاحت الانترنت من خلال خدماتها المتنوعة للمستهلك شراء هذه المنتجات من خلال تحميلها (Downloading) من المواقع الالكترونية التي تعرض هذه المنتجات على الشبكة وخصوصا المطبوعات الالكترونية من الصحف والمجلات والكتب والبحوث وكذلك الأفلام والصور الرقمية... الخ ، ويقوم هذا الاستثناء بالدرجة الأساسية على اعتبار حماية حقوق الملكية الفكرية لأن منح المستهلك خيار العدول في هذه الحالة يمكن المستهلك سيء النية من إرجاع هذه المنتجات إلى المحترف بعد نسخها أو إعادة إنتاجها وذلك بحجة استعماله لخيار العدول الذي كفله له القانون (1).

2- إذا كانت السلعة قد تم تصنيعها أو إعدادها وفقاً لمواصفات شخصية حددها المستهلك (كعقود توريد السلع). أو كانت السلعة من السلع السريعة التلف كـ بعض المنتجات والأدوية بعد انتهاء تاريخ صلاحيتها، إذ يتعذر في هاتين الحالتين بيع السلعة مرة أخرى وفي ذلك ضرر أكيد للمهني. إذا كان محل عقد الاستهلاك من المنتجات التي لا يمكن إعادة إرسالها بعد تسلمها من قبل المستهلك، كالمعلومات التي تقدم إلى المستهلك والاستشارات التي يحصل عليها من خلال المواقع الالكترونية عبر الشبكة. ومن خلال المكاتب والشركات الاستشارية عبر الانترنت. (2)

3- إذا استعمل أو استفاد المستهلك من السلعة أو الخدمة التي تعاقدها عليها خلال المدة المحددة لممارسة خياره . ويلاحظ على هذا الاستثناء من وجهة نظر حماية المستهلكين بأنه في الغالب يصعب على المستهلك التأكد من صلاحية السلعة للغرض أو المواصفات المتفق عليها إلا بعد استعمالها لمدة مناسبة، وهنا نجد أن المحترف يحاول دفع المستهلك

(1) أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، الطبعة الأولى

شركة المطبوعات للتوزيع و النشر، بيروت، لبنان، 2010، ص 352.

(2) منصور حاتم محسن، خضير مظلوم، المرجع السابق، 65.

إلى البدء في الحصول على منافع السلع أو الخدمات قبل انتهاء المدة المحددة لممارسة خيار العدول لكي يحرمه من الاستفادة من الحماية التي وفرها هذا الخيار<sup>(1)</sup>.

4- إذا كان ثمن السلعة أو الخدمة يخضع لتقلبات السوق صعوداً وهبوطاً والتي ليس بوسع المورد السيطرة على أسعارها، كالبيع في المزاد العلني وعقود خدمات الرهان واليانصيب المصرح بها.<sup>(2)</sup> لأن جوهر هذه العقود وطبيعتها تتنافى والخيار في العدول عنها. إذ أن هذا النوع من العقود يقوم على المجازفة والمقامرة على نحو يتناقض معه أن يقر له خيار العدول عن العقد بعد إبرامه وإلا كان ذلك تناقض مع جوهر العقد ذاته<sup>(3)</sup>.

لا يخلو استبعاد هذه العقود من نطاق الحق في العدول من إثارة بعض التساؤلات كالتساؤل الذي يثور حول المقصود بالسوق التي تشير إليها هذه الحالة، كما يثار التساؤل أيضاً، عما إذا كان هذا الاستثناء يشمل المنتجات و الخدمات التي تتحدد أسعارها مثلاً وفق ظروف سوق المواد الأولية<sup>(4)</sup>.

5- إذا طلب المستهلك توفير الخدمة له قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء<sup>(5)</sup>، وهذه الحالة لا تدخل ضمن الاستثناءات المقيدة لمكنة العدول وأن كانت القوانين المقارنة قد ذكرتها ضمنها فليس في هذه الحالة ما يعد استثناءً من مكنة العدول بعد ثبوته له إذ يعد طلب تجهيزه بالخدمة قبل انتهاء مدة العدول نزولاً ضمناً عن مكنة العدول<sup>(6)</sup>.

6- عقود توريد التسجيلات السمعية والبصرية أو برامج الحاسب الإلكتروني عندما يتم نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك والهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو المحافظة

(1) عبد الحميد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك (عقود الاستهلاك، البيع في الوطن، التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني)، مطبعة أميمة، د ب ن، 2006، ص 22.

(2) أنظر موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 237، وكذلك المادة 51 من قانون حماية المستهلك اللبناني.

(3) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 61.

(4) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأردني، دار

الجامعة الجديدة، مصر د ت ن، ص 60

(5) راجع المادة 2/32 من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي.

(6) آلاء يعقوب يوسف نعيمة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، مجلد 18، عدد 4، جامعة النهريّة، بغداد، 2005، ص 96، في نفس المعنى أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 211.

على حقوق الملكية الفكرية. فالتسجيلات السمعية والبصرية أو البرامج يمكن نسخها بعد فتحها و الاستفادة منها ثم إعادتها. (1)

7- عقود توريد منتجات مصنعة وفقا لمواصفات اشترطها المستهلك في العقد، فيكون هذا المنتج بناء على ذلك، مغايرا لبقية المنتجات التي اعتاد البائع على تصميمها، مثلا تصميم غرفة نوم على نوقه، تعتبر من ضمن المنتجات ذات الخصائص الشخصية، مما يجعلها خارجة عن نطاق الحق في العدول.

يرى جانب من الفقه (2) بخصوص هذه المسألة أن "فستان الفرح مصمم حسب مواصفات الحفل و المحيط العام لحفل الزواج، مما يعتبر معه أنه شخصي". ومن هذا المنطلق تم إقصاؤه من نطاق مكنة العدول.

8- عقود خدمات الرهان و أوراق اليانصيب، ذلك لأن مثل هذه العقود جوهرها يتتافى و الحق في العدول المقرر لفائدة المستهلك، ذلك لأن المتعاقد في هذه العقود يقدم عليها انطلاقا من روح المقامرة و المجازفة على نحو يتناقض معه تقرير الحق في العدول عنها بعد إبرامها، و إلا كان في ذلك تناقض في جوهر العقد ذاته (3).

9- عقود توريد الصحف و الدوريات و المجلات لا يمكن أن تكون عرضة لتلف أو فساد، بل إنما يتعرض لهذين الخطرين هو محتوى هذه المجلات أو الدوريات أو الصحف، و الذي يفقد قيمته بمجرد مرور الزمن عليه، ما يشكل ضررا أكيدا على المهني، ناهيك عن أن الصحف لاسيما اليومية منها تفقد قيمتها بمجرد صدور عدد لاحق منها، الأمر الذي لا يمكن المهني من إعادة تسويقها، كما أن منح المستهلك حق العدول

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص 126 وما بعدها.

(2) BAILLOD(R), L'obligation d'information du cyberconsommateur a travers la loi n°2000-83 du 09 Aout 2000, R.J.L.Décembre 2003, p 12.

(3) موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص ص 238-239.

في هذه الحالة يمكنه من التزود بالمعلومات في الصحيفة أو المجلة من دون دفع مقابلها و هو ما يمثل وجها من أوجه التعسف في استعمال الحق<sup>(1)</sup>.

وباستثناء هذه الحالات للمستهلك خيار العدول خلال المهلة المحددة قانونا.

بعد تناول التنظيم التشريعي لمكنة العدول، نختم بالآثار القانونية المترتبة عنه.

### المطلب الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن مكنة العدول

لا شك أن الحق في العدول يبقى العقد محاطا بحالة الشك وعدم الاستقرار لقابليته للفسخ<sup>(2)</sup>، فهو عقد غير ملزم وللمستهلك العدول عنه بإرادة منفردة خلال فترة العدول. وبانتهاء مدة العدول دون اختيار المستهلك الرجوع في التعاقد، يكون قد اختار المضي في العقد و يصبح هذا الأخير عقدا باتا واجب التنفيذ من كلا الطرفين، ولا يمكن لأحدهما الانفراد بالرجوع فيه، و يترتب على ذلك آثار تبعية لإعمال حق الرجوع، منها زوال حالة الشك، و عدم اليقين التي كانت تشوب تنفيذ العقد، و التي تدفع المهني إلى ترقب ما سيؤول إليه أمر التعاقد، وكذلك اختفاء علاقة التبعية والخضوع من أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر التي تنشأ من جعل العقد قابلا للرجوع فيه بمحض إرادة المستهلك دون توقف على إرادة المهني، فبمجرد إبرام العقد تنتهي هذه العلاقة بانتهاء مبررها<sup>(3)</sup>.

أما عن النتائج المترتبة عن إعمال مكنة الرجوع، فهي إزالة العقد واعتباره كأن لم يكن أصلا، وهذا يعني إنهاء العلاقة التعاقدية بالكامل بين المهني والمستهلك، وهنا يثار التساؤل عن الآثار المترتبة على كلا الطرفين؟

(1) موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 238.

(2) أبو الليل إبراهيم الدسوقي، المصادر الإدارية للالتزام، العقد والإدارة المنفردة، جامعة الكويت، 1995، ص 198.

(3) راجع: أيمن مساعدة، علاء خصاونة، المرجع السابق، ص 181. وأبو الليل إبراهيم الدسوقي، المرجع نفسه، ص 181.

سنقوم بتوضيح ذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول آثار العدول بالنسبة للمهني، وفي الفرع الثاني ندرس آثار العدول بالنسبة للمستهلك.

### الفرع الأول: آثار العدول بالنسبة للمهني

من أهم الآثار المترتبة على أعمال مكنة العدول التزام المهني بإعادة المبالغ التي يكون قد تقضاها من المستهلك.

ألزم المشرع الفرنسي في نص المادة 222<sup>(1)</sup>-15، من قانون الاستهلاك، المهني برد المبالغ التي تلقاها من المستهلك بموجب العقد، باستثناء المبالغ المذكورة في المادة 222-13، في أجل لا يتجاوز 30 يوما من التاريخ الذي أبلغه فيه المستهلك بقراره في الرجوع.

أما بالرجوع إلى قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، نص في الفصل 30 على ما يلي: "...في هذه الحالة، يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام و ذلك ابتداء من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة". ولم يخرج المشرع الفلسطيني عن هذه القاعدة، حيث نصت المادة 55 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الالكترونية على: "...يجب على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في مدة أقصاها عشرة أيام، من تاريخ إرجاع البضاعة أو الخدمة...".

---

<sup>(1)</sup> Article L222-15 Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 .

"Le fournisseur rembourse au consommateur dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours toutes les sommes qu'il a perçues de celui-ci en application du contrat, à l'exception du montant mentionné au premier alinéa de l'article L. 222-13. Ce délai commence à courir le jour où le fournisseur reçoit notification par le consommateur de sa volonté de se rétracter.

Le consommateur restitue au fournisseur dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours toute somme et tout bien qu'il a reçus de ce dernier. Ce délai commence à courir à compter du jour où le consommateur communique au fournisseur sa volonté de se rétracter".

فعلى غرار بعض القوانين التي حددت مدة للمهني لإرجاع المبالغ للمستهلك، نجد أن قانون حماية المستهلك المصري بالرجوع إلى المادة الثامنة منه لم يحدد أية مدة يلزم خلالها المهني بتسديد المبلغ المدفوع إلى المستهلك، كذلك القانون اللبناني فرغم أنه ألزم المهني بإرجاع المبالغ المستحقة في المادة 56 إلا أنه لم يحدد المدة التي يلتزم بها هذا الأخير.

أما إذا تعلق الأمر بآثار العدول على عقد القرض المبرم تمويلا للعقد الذي عدل عنه المستهلك، فإن ذلك يؤدي إلى إنهاء عقد القرض، لأن ممارسة المستهلك حقه في العدول يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات، باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان<sup>(1)</sup>.

و قد أقر المشرع التونسي و الفلسطيني هذه القاعدة، بحيث نص المشرع التونسي في الفصل 33 من القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية على ما يلي: "إذا كانت عملية الشراء ناتجة عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع و الغير، فإن عدول المستهلك أو المشتري عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض. و نص المشرع الفلسطيني في المادة 58 من مشروع قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية لسنة 2003 على: "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع و الغير فإن عدول المستهلك أو المشتري عن الشراء يفسخ عقد القرض من دون تعويض.

تبين لنا مما سبق أن التشريعات المقارنة قد نظرت إلى العقدين، العقد المبرم عن بعد والعقد المبرم تمويلا له باعتبارهما كلا لا يتجزأ، فقررت بالتالي أن زوال الأصلي منهما أي العقد المبرم عن بعد تتبع زوال تابعه أي العقد المبرم لتمويل الأول، ولا شك أن

<sup>(1)</sup> عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 784.

المستهلك في الواقع لم يبرم عقد الائتمان إلا بقصد تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد، فإذا زال العقد الذي قصده أصلا بممارسة الحق في العدول تعين إنهاء العقد المرتبط به.

### الفرع الثاني: آثار العدول بالنسبة للمستهلك

إن ممارسة المستهلك لحقه في العدول يستتبع نقض العقد السابق إبرامه، ويترتب على ذلك التزام برد السلعة إلى المهني أو التنازل عن الخدمة.

وعدول المستهلك عن تنفيذ العقد يترتب عليه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بحيث يلتزم البائع برد ثمن المبيع، و يلتزم المستهلك برد الشيء المبيع إلى البائع على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم، مع تحمل مصاريف إرجاع المبيع من قبل المستهلك.

ويرجع السبب الأساسي في تحمل المستهلك تكاليف إعادة المبيع كأثر من آثار مكنة العدول، لأنه هو الذي اتخذ قراره بالرجوع عن التعاقد، و من ثم يتحمل تبعات ذلك و منها نفقات رد السلعة إلى المهني، إذا لم ينسب للأخير أي تقصير، أما إذا كان قرار المستهلك بإعادة السلعة يرجع مثلا إلى عدم مطابقتها للمواصفات أو عدم قيام المهني بتسليمها في الموعد المحدد، ففي هذه الحالة يتحمل المهني النفقات التي تكبدها المستهلك لإعادة السلعة فضلا عن المقابل الذي دفعه المستهلك، مع حفظ حق المستهلك في التعويض لجبر الضرر طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية<sup>(1)</sup>.

إن القوانين التي تحمل المستهلك تكاليف إرجاع المبيع إلى المهني نرى أنها تحد من أعمال مكنة العدول خاصة و أن المستهلك دائما يسعى إلى تجنب مثل هذه المصاريف.

وما يمكن أن نشير إليه في هذه النقطة أن مسألة رد المبيع إلى المهني في الحالة التي كان عليها يمكن أن يثير العديد من الإشكالات والصعوبات إذا تعلق الأمر ببيع المنتجات الغذائية القابلة للتلف، خاصة أو إذا كان هناك نقص في قيمة السلعة فهل

<sup>(1)</sup> محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 94

يعتبر المستهلك مسؤولاً عن ذلك؟ خاصة و أن القوانين المنظمة لهذه العقود كالتوجيه الأوروبي المتعلق بالتعاقد عن بعد لم تشر إلى آثار هلاك أو تلف المبيع<sup>(1)</sup>.

في هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة، التي تقضي بأن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تقع على عاتق البائع حتى ولو كان المشتري قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه،<sup>(2)</sup> و هذا ما تضمنه العقد المبرم عن بعد حيث يتحقق فيه نقل الملكية قبل نفاذ المدة المقرر لمكنة العدول<sup>(3)</sup>. وهو التزام على البائع مترتب على التزامه بالتسليم، ويكون جزاؤه التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين، لكنه جزاء يتحمله البائع فيستطيع المشتري أن يطالبه بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا، كما يستطيع أن يطالب بفسخ البيع، و للقاضي سلطة تقديرية في إجابته إلى طلبه، و له أن يطلب في الحالتين تعويضا عما يكون قد أصابه من ضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه بالتسليم<sup>(4)</sup>.

وما يجب ملاحظته، أنه لا يمكن إعمال القواعد العامة في تبعة هلاك المبيع إلا إذا كان المبيع معينا بالذات، فإذا كان معينا بنوعه فقط فإن موضوع هلاك المبيع لا يثور، لأنه يمكن للبائع تسليم للمستهلك ما يماثله، والمثلثات لا تهلك، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن مسألة تبعة الهلاك لا تثار إلا إذا وقع الهلاك بعد البيع، و هي الحالة التي نحن بصددنا، أما إذا كان هلاك المبيع سابق على البيع فنكون أمام انعدام المحل، وهو ما يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا.

بالإضافة فإن تحديد من يتحمل تبعة هلاك المبيع يفترض أن الهلاك وقع بسبب أجنبي لا يد لأحد طرفي العقد فيه، كالقوة القاهرة أو فعل الغير - وهو ما يخالف الحالة التي نحن بصددنا - أما إذا كان هلاك المبيع راجعا إلى البائع فيكون مسؤولا عنه

(1) أيمن مساعدة، علاء خصاونة، المرجع السابق، ص 198. في نفس السياق أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق ص 506.

(2) ولو كان هلاك المبيع يرجع لسبب أجنبي لا دخل للبائع فيه، أنظر محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 225.

(3) أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 216.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، فقرة 314، ص 526.

ويكون للمشتري طلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر، و إذا كان راجعا إلى المشتري فإنه يتحمل نتائجه، ويظل ملتزما بدفع الثمن كاملا<sup>(1)</sup>.

و إذا كانت القواعد العامة على النحو السابق، تقضي بتحمل البائع هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم، فهذا لا يعني بمفهوم المخالفة تحمل المستهلك تبعة هلاك المبيع إذا تم ذلك بعد قيام البائع بالتسليم- بل ولا يشترط التسليم فيكفي انتقال الملكية إليه بدون تسليم و فقا للقواعد المستقرة في القانون الفرنسي-لأننا بصدد حالة هلاك جزئي للمبيع، ولكن ليس قبل تسلم المستهلك له، بل بعد تسلمه للمبيع فضلا عن استخدامه له خلال مهلة الرجوع.

وهلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم إما أن يكون هلاكا كلياً قبل التسليم (المادة 369 ق م ج)<sup>(2)</sup> أو هلاكا جزئياً، أو نقصاً في قيمة المبيع قبل التسليم (المادة 370)<sup>(3)</sup>، ففي هذه الحالة كان للمستهلك الخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته، ولكن إذا كان الهلاك أو النقص لم يبلغ من الجسامة قدراً بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع، لم يكن للمستهلك حق الفسخ، و إنما يكون له حق إنقاص الثمن. أما إذا كان الهلاك أو نقص القيمة قد حدث قبل إبرام البيع نفسه- و ليس قبل التسليم- دون أن يعلم به المستهلك، وكان قد بلغ قدراً من الجسامة، بحيث لو علم به المستهلك لما أبرم البيع، كان هذا غلطاً جوهرياً يجعل البيع قابلاً للإبطال<sup>(4)</sup>.

ونظراً لكون حالة نقص قيمة السلعة الناتج عن استخدام المستهلك لها بعد التسليم و خلال مهلة الرجوع، ليست من الحالات الاستثنائية على مبدأ ربط تبعة الهلاك بالتسليم، و هذه الحالات هي حالة اتفاق المتعاقدين على تحمل المشتري تبعة الهلاك من

(1) جابر محبوب علي، ياسر الصرفي، المرجع السابق، ص 388.

(2) تنص المادة 369 ق م ج على " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع و استرد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع".

(3) تنص المادة 370 ق م ج على " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، و إما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن"

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 539.

وقت إبرام العقد، و إذا أَعذر ال مستهلك لتسلم المبيع، و لكنه امتنع أو تأخر في تسل م ه  
وإذا وضع المشتري يده على المبيع دون إذن من البائع، ولم يكن قد دفع ثمنه، و حالة  
هلاك البضائع المصدرة أثناء الطريق فتكون على الم ستهلك و لو لم يكن قد تسلّمها فعليا  
إذا كانت ملكيتها قد انتقلت إليه<sup>(1)</sup>، فإن مصلحة المستهلك تكمن في عدم تحمله أية نقص  
في قيم المبيع ينتج عن استخدامه له بعد تسلّمه و أثناء مهلة الرجوع، خاصة و أن  
الهدف من تقرير و جود حق الرجوع هو تأكيد المستهلك من أن السلعة أو الخدمة تناسب  
احتياجاته، ولن يتحقق ذلك إلا بعد استعمالها، و إلا سوف يعرض المستهلك عن  
استعمالها و التحقق منها مما يتنافى مع هدف حق الرجوع<sup>(2)</sup>.

---

(1) جابر محجوب علي، ياسر الصرفي، المرجع السابق، ص 383.

(2) أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 509-510.

خاتمة

بعد أن أتممنا-بفضل الله و عونہ- من انجاز موضوع بحثنا، الذي عالج أهم الموضوعات المتعلقة بأثر تكنولوجيا المعلومات على المستهلك الذي يتعاقد عبر شبكة الانترنت، إذ تطرقنا إلى دراسات الضمانات القانونية التي أقرتها التشريعات المقارنة في مجال حماية هذا المستهلك، سواء في القواعد العامة التقليدية، وبيان مدى كفايتها لحماية هذا الأخير، و كذلك في القواعد الخاصة بالمعاملات الالكترونية، وذلك بدءا من مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه.

و سعيا منا وراء هدف هذه الدراسة، وهو البحث عن مدى شمولية القوانين المقارنة في مجال حماية المستهلك عبر الانترنت من الناحية المدنية، فقد استدعى الأمر تقسيم موضوع بحثنا إلى بابين أساسيين. تناولنا في الباب الأول، حماية المستهلك في مرحلة تكوين العقد، وفي الباب الثاني، تطرقنا إلى حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد.

**توصلنا من خلال الدراسة إلى ما يلي:**

- أن الإعلان التجاري عبر الانترنت الموجه إلى المستهلك قد يعتبر إيجابا، وقد يكون دعوة للتفاوض أو التعاقد. فإذا تضمن الإعلان الشروط الجوهرية و الأساسية للتعاقد، فإن هذا العرض يعتبر إيجابا. و يعتبر دعوة للتفاوض أو التعاقد إذا لم يتضمن ذلك الإعلان الشروط الأساسية للتعاقد، كبيان أسعار السلع و الخدمات. و عند الشك في وضوح المعلومات الجوهرية للتعاقد، فإن الإعلان لا يعتبر إيجابا و إنما دعوة للتفاوض أو التعاقد.

- رغم التوسع في اعتبار الكذب أو الكتمان في الإعلان التجاري أساسا كافيا لقيام التدليس إذا توافرت شروطه، إلا أنه لا يمكن القول أن دعوى التدليس تمنح المستهلك حماية شاملة في مواجهة الإعلان المضلل، لأن الأعمال الاحتيالية في التدليس يجب أن تصدر من المدلس أو نائبه، في حين أن دوائر التوزيع للسلع و الخدمات عبر شبكة الانترنت تتجاوز هذا النطاق بكثير، فضلا أنه يجب أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد و إذا كان يمكن قبول هذا القول إذا انصبّ التضليل على العناصر الذاتية للسلعة أو

الخدمة، فإنه لا يمكن التسليم به متى انصب الكذب والتضليل على العناصر الخارجة عنها. بالإضافة لما تتطلبه هذه الدعوى من وقت و جهد و نفقات، يكون المستهلك في غنى عنها.

- الالتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الانترنت قبل التعاقد من أهم الضمانات القانونية لتحقيق المساواة في العلم بين طرفي العلاقة وكذا سلامة إرادتهما عند التعاقد. ويتحقق هذا الالتزام من خلال تحديد شخصية المهني، ووصف المنتج أو الخدمة محل التعاقد، وبيان السمات الأساسية لهما، لأن خصائص السلعة أو الخدمة، يعتبر جوهر فكرة الالتزام بالإعلام وهي الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يقع المستهلك ضحية الغش والاحتيال. والإخلال بهذا الالتزام يوقع المستهلك في غلط أو تدليس، في هذه الحالة يكون من حق المستهلك المطالبة بإبطال العقد لوقوعه في غلط نتيجة غياب المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، على أن يثبت هذا الأخير أن المهني أخل بالالتزام بالإعلام دون أن يتحمل شروط الغلط التعاقدي كأحد عيوب الإرادة حسب القواعد العامة، وله كذلك أن يتمسك بالتدليس في حالة كتمان المهني للمعلومات و البيانات التي يجب الإفصاح عنها أو في حالة السكوت عمدا.

- كما توصلنا كذلك إلى أن الحكم بالبطلان قد لا يتناسب مع أهداف المستهلك في التعاقد على سلع أو خدمات لازمة لإشباع حاجاته، إما لعدم كفاية جزاء البطلان في تعويض المستهلك عما أصابه من ضرر كأثر لإخلال المهني بالتزامه بالإعلام قبل التعاقد، و إما لأن جزاء البطلان غير متناسب مع الأضرار التي لحقت بالمستهلك نتيجة خطأ المهني و إخلاله بالتزامه، الأمر الذي ينبغي مواجهته بجزاء أشد، أو تقرير جزاء يعتبر مكفلا له.

- يعد المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية الطرف الضعيف دائما في العلاقة التعاقدية، والتي يميزها الاحتكار والهيمنة، لذلك يجب حمايته على اعتبار أن هذه العقود

يجب النظر إليها على أنها عقود إذعان للمستهلك الحق في المطالبة بإبطالها أو حمايته من الشروط التعسفية فيها، وهذا مرده أن هذه العقود يصعب التفاوض فيها.

- توصلنا كذلك إلى أن النصوص التي خصها المشرع الجزائري لعقود الإذعان وما من شأنه أن تحمله هذه الأخيرة من شروط تعسفية جاءت لتطبق على العقود التقليدية ويمكن تعميمها لتشمل التعاقد الإلكتروني طالما أن المشرع اعترف بهذا النمط من التعاقد من خلال النص على وسائل التعاقد الإلكتروني ضمن أحكام القانون المدني، و إصدار قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني، وتنظيمه لعقود التجارة الإلكترونية .

- لاحظنا كذلك أن المشرع الفرنسي خطى خطوة جبارة في هذا المجال بعد التعديل الأخير الذي مس كل من القانون المدني، حيث اعتبر الشروط التعسفية التي ترد في عقود الإذعان تعبر باطلة بقوة القانون.

- يتجسد الالتزام بالضمان في ضرورة تسليم منتج أو خدمة مطابق(ة) للوصف الذي اتفق عليه الطرفين، حيث يعتبر التسليم المطابق بمثابة عمل إيجابي يقوم به المهني لتحقيق نتيجة وهي تسليم منتج أو تقديم خدمة للمستهلك بما يمكنه من حيازته ماديا والانتفاع به دون عائق.

- توصلنا كذلك إلى أن مسألة الضمان أمر ملح في قواعد التجارة الإلكترونية، كون أن المستهلك يشتري سلعة ما دون أن يراها.

- تبين لنا أيضا أن الالتزام بنقل الملكية في عقد الاستهلاك عبر الانترنت يخضع للقواعد العامة، أما بالنسبة للالتزام بالتسليم فلا يختلف تقريبا عن أحكام التسليم التقليدي إلا في بعض الأحيان عندما يتم هذا التسليم عبر شبكة الانترنت دون اللجوء إلى الفضاء المادي، أما بالنسبة للالتزام المستهلك بدفع الثمن فتبين عدم ملاءمة وسائل الدفع التقليدية للبيئة الإلكترونية الحديثة فظهرت وسائل جديدة للدفع تتناسب و خصوصيات التعاقد عبر شبكة الانترنت.

- إن معظم التشريعات الصادرة بخصوص التوقيع الإلكتروني قد اعترفت بحجته في الإثبات. ولقد استجاب المشرع الجزائري لضرورات مواكبة عجلة التطور التكنولوجي بإصداره لقانون خاص ينظم أحكام التوقيع الإلكتروني، و إن جاء هذا متأخرا مقارنة مع التشريعات الأجنبية و العربية الصادرة في هذا المجال.
- و إذا كان التوقيع الإلكتروني يتميز بخصائص و سمات تميزه عن التوقيع التقليدي ويتخذ صورا و أشكالاً مختلفة و لكل منها طريقة خاصة بها. فإنه يتساوى من حيث الحجية في الإثبات مع التوقيع التقليدي بشرط أن يكون صادرا من جهة توثيق مؤمنة.
- تعرضنا في هذا البحث أيضا للتوثيق الإلكتروني من خلال تعريف جهة التوثيق، دورها والتزاماتها، ومسؤولية مقدمي خدمات التصديق، وأخيرا شهادة التوثيق الإلكتروني و ما يجب أن تحتويه من بيانات. توصلنا إلى أهمية جهة التوثيق في توفير الثقة في معاملات التجارة الإلكترونية.
- في الأخير تناولنا حق المستهلك في العدول عن العقد. توصلنا إلى أن العدول عن التعاقد لا يعد حقا شخصيا أو عينيا، وإنما يحتل مكانة وسطى بين الحق بمعناه الدقيق والحرية، وهو بذلك يعد مكنة قانونية منحها القانون للمستهلك بمحض إرادته ورتب على ممارستها الآثار القانونية بحيث يقف المهني منها موقف الامتثال.
- كذلك أن خيار العدول يعد أحد الركائز الأساسية التي يرتكز عليها في بناء حماية فعالة للمستهلك، و أن أساس هذا الخيار يكمن في كونه استثناء من الأحكام القانونية التي تحكم إبرام العقد وتنفيذه، لذلك فإن البحث عن أساس قانوني له في المفاهيم القانونية التقليدية ليس له جدوى. و إن كانت الصورة التي تعد أكثر ملائمة لتحديد التكييف القانوني لهذه الحالة، هي كونه استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد.

## التوصيات:

- ندعو المشرع الجزائري إلى تنظيم أحكام العدول الذي نص عليه في صلب قانون التجارية الإلكترونية، وذلك لكي يستفيد منه المستهلك، كون هذا الحق تقرر لصالحه.
- بما أن المشرع الجزائري أصدر القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكتروني، فكان عليه إضافة نصوص أخرى لردع الجرائم المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني بما يضمن الثقة المتطلبة في المعاملات المدنية والتجارية و حماية المستهلكين.
- يجب حماية بيانات المستهلك المالية و الشخصية من خلال وضع آليات رقابة وحماية مناسبة، على أن تحدد هذه الآليات غرض و أسباب جمع ومعالجة وحجز واستخدام وكشف هذه البيانات (خاصة للطرف الثالث). ينبغي كذلك أن تكون هذه الآليات قادرة على استيعاب حقوق المستهلكين في الحصول على معلومات حول تبادل البيانات و الدخول عليها و الحصول على تصحيح فوري و/أو حذف للبيانات التي تم جمعها أو معالجتها بصورة غير مشروعة أو غير دقيقة.
- و أخيرا فإنه لا بد من العمل على نشر ثقافة التسوق عبر شبكة الانترنت و توفير البنية التحتية لذلك، وتوعية المستهلكين بحقوقهم، من خلال التعاون مع مؤسسات المجتمع المدني و أجهزة حماية المستهلك والاستعانة بالمؤسسات المختصة بشؤون التعليم و الإعلام لإصدار النشرات والمطبوعات المتعلقة بذلك، وعقد الورشات والندوات التثقيفية التي تهدف إلى إيجاد مستهلك واع و مدرك لخصوصية الآلية التي يتعاقد من خلالها وعالما بحقوقه التي يتمتع بها.

لقد تم بفضل الله

# فائمة المراجع

## أولاً: باللغة العربية

### أ- القاموس

(1) أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 2008.

### ب- الكتب

(1) إبراهيم عبد العزيز داوود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعية للنشر، مصر، 2014.

(2) أبو الليل إبراهيم الدسوقي، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، جامعة الكويت، 1995.

(3) أبو الليل إبراهيم الدسوقي، المصادر الإدارية للالتزام، العقد والإدارة المنفردة، جامعة الكويت، 1995.

(4) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، 2005.

(5) أحمد جاد منصور، ضمانات الحق في حرمة الحياة الخاصة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2013.

(6) أحمد سعيد الزقرد، أثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، د ب ن، 1997.

(7) أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزام - العقد - النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 2004.

(8) أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر 1994.

- 9) أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 2011.
- 10) أسامة أبو حسن المجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، مصر 1998.
- 11) أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 12) أسامة عبد الله قائد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1994
- 13) إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة، 1966.
- 14) أشرف فهمي خوخة، التشريعات الإعلامية بين الرقابة و حرية التعبير، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 15) الابراهيم محمد عقله، حكم إجراء العقود بالوسائل الحديثة في ضوء الشريعة والقانون، دار الضياء عمان، 1986.
- 16) السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 2003.
- 17) المهدي نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بأنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
- 18) آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
- 19) آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للتوزيع و النشر، بيروت، لبنان، 2010.

- (20) أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، مصر ، 2016.
- (21) انتصار عباس إبراهيم، أثر وسائل الاتصال في خدمات المكتبات و مراكز المعلومات، جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، 2005.
- (22) أيسر صبري إبراهيم، إبرام العقد عن الطريق الإلكتروني وإثباته، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.
- (23) إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته و الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- (24) أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- (25) أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2011.
- (26) بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، جامعة عين الشمس، 2001.
- (27) بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.
- (28) ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار النيل للطباعة و النشر، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، مصر، 2001.
- (29) جابر محجوب علي، خدمة ما بعد البيع في بيع المنقولات الجديدة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 1998.
- (30) جابر محمود علي، ياسر الصرفي، العقود المسماة (عقد البيع)، ب ب ن، 2001.

- (31) جمعي عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- (32) جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار، الحاسبات الآلية، البصمة الوراثية)، دار الفكر العربي، مصر 2001.
- (33) حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2003 .
- (34) حسام الدين كمال الأهواني الحق في احترام الحياة الخاصة ( الحق في الخصوصية)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
- (35) حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، د ب ن، القاهرة 2000.
- (36) حسام الدين كمال الأهواني، مصادر الالتزام، د ب ن، 1992.
- (37) حساني علي، ضمان حماية المستهلك، نحو نظرية عامة في التشريع الجزائري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر، 2016.
- (38) حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
- (39) حسن عبد الباسط جمعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998 .
- (40) حسن طاهر داوود، الحاسب و أمن المعلومات، معهد الإدارة العامة، السعودية، 2000.
- (41) خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، سنة 1996.
- (42) خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية و الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007.

- (43) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر، 2008.
- (44) خالد ممدوح إبراهيم، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر 2010.
- (45) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، الإسكندرية 2007.
- (46) رشاد عبد الله، الانترنت في مصر و العالم العربي، آفاق للنشر و التوزيع، مصر، 2005.
- (47) زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 .
- (48) سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- (49) سامي عبد الباقي أبو صالح، الوفاء الإلكتروني بالديون الناشئة عن المعاملات التجارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2006.
- (50) سعد حسين الحلبوسي، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام، الضرورات العملية، ب ب ن، 2004.
- (51) سعيد جبر، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985.
- (52) سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
- (53) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
- (54) سمير كامل، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة، دراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون الفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 1991.

- (55) سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1956.
- (56) شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- (57) صالح المترلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
- (58) صالح جواد كاظم، التكنولوجيا الحديثة و السرية الشخصية، الطبعة الأولى، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، العراق، 1991.
- (59) صالح نائل عبد الرحمن، حماية المستهلك في التشريع الأردني، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1991.
- (60) صالح نائل عبد الرحمن، حماية المستهلك في التشريع الأردني، دراسة تحليلية مقارنة، زهران للنشر والتوزيع، عمان، 1999 .
- (61) ضياء أمين مشيمش، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية، لبنان، 2003.
- (62) طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني (بحث في التجارة الإلكترونية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- (63) طوني ميشال عيسى، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، لبنان، د س ن .
- (64) عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- (65) عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية والدولية ودار الثقافة، عمان ، 2002.
- (66) عباس العبودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 1998.

- 67) عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، البيع و الإيجار، دار الثقافة للنشر عمان ، الأردن، 2009.
- 68) عبد الحميد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك (عقود الاستهلاك، البيع في الوطن، التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني)، الطبعة الأولى، مطبعة أميمة، بدون بلد النشر، 2006.
- 69) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، د ب ن، 1954.
- 70) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 71) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.
- 72) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2000.
- 73) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العقد الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة لعربية، القاهرة ، مصر، 1981.
- 74) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
- 75) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 1998.
- 76) عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، د ب ن، 2005.
- 77) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.

- 78) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002.
- 79) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- 80) عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2006.
- 81) عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية، المجلد الأول، شرح قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 82) عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 83) عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، مصر، 1991.
- 84) عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1974.
- 85) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- 86) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 .
- 87) عبد الهادي جابر، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 88) عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

- 89) عبير ميخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، سنة 2010
- 90) عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان، الدار العربية للنشر و التوزيع، مصر، 2000.
- 91) عصام نور سليم، قواعد الاثبات في القانون المصري و اللبناني، الدار الجامعي، بيروت، 1997.
- 92) علاء حسين مطلق التميمي، الجهة المختصة بإصدار شهادة التصديق الالكتروني، دار النهضة العربية، مصر 2011.
- 93) علي أحمد عبد الزغبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ، سنة 2006.
- 94) علي كحلون ، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2002.
- 95) عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2007.
- 96) عمر عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، الطبعة الأولى، ب ب ن، 2009.
- 97) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 2008.
- 98) فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2003.

- 99) فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 100) فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006
- 101) قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
- 102) قرطاس المصنف، حجية الإيماء الإلكتروني أمام القضاء في التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية و المالية عبر الانترنت، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2000.
- 103) لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقي في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، الطبعة الرابعة دار هومة، الجزائر، 2010.
- 104) لورنس م. أوليفيا، أمن تقنية المعلومات، ترجمة محمد عبد الستار، مركز دراسات الوحدة العربية، مصر 2011.
- 105) محسن عبد الحميد البيه، مشكلتان متعلقتان بالقبول، السكوت والإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1985.
- 106) محسن عبد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 2004.
- 107) محفوظ لعشب بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- 108) محمد الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 109) محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.

- 110) محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
- 111) محمد إبراهيم عبيدات، سلوك المستهلك (مدخل استراتيجي)، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، الأردن، 1998.
- 112) محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 113) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 114) محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2008.
- 115) محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2002.
- 116) محمد حسن رفاعي العطاء، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 117) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأردني، دار الجامعة الجديدة، مصر، د ت ن.
- 118) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 119) محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 120) محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.

- 121) محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر 2004.
- 122) محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون والفقہ الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2003.
- 123) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.
- 124) محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي، دار النهضة العربية، مصر ، 2002.
- 125) محمود عبد الرحمان محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 126) محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت، دار الثقافة، الأردن، 2009.
- 127) مروة زين العابدين صالح، الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الانترنت، (بين القانون الدولي الاتفاقي و القانون الوطني)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.
- 128) مصطفى محمد أبو عمرو، موجز أحكام حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 129) مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
- 130) ممدوح محمد خيرى هاشم، الحماية المدنية من الإعلانات التجارية الخادعة، دار النهضة العربية، 1998.
- 131) ممدوح محمد خيرى هاشم، مشكلات البيع عن طريق الانترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- (132) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الرواد للطباعة، ليبيا، 1991.
- (133) منير محمد الجنبهي، ممدوح الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- (134) موفق حماد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، العراق، 2011.
- (135) نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- (136) نورجان محمد علي، التوقيع الإلكتروني في ظل قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، ب ب ن، 2003.
- (137) نوري حامد خاطر، عقود المعلوماتية، الدار العلمية للنشر، عمان، 2001.
- (138) نوري حامد خاطر، وظائف التوقيع الإلكتروني في القانون الخاص، في القانون الاردني، والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، د ب ن، 1997.
- (139) وهبة الزحلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني الأردني، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2005.
- (140) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2005.
- (141) يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- ج- رسائل الدكتوراه
- (1) بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الانترنت (البريد المرئي)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة السانبا، وهران، 2010/2011.

- (2) تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2009.
- (3) جمال عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا 1980، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1996.
- (4) حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، ولاية تيزي وزو، 30 سبتمبر، 2015.
- (5) حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر، ولاية باتنة، 2015/2014.
- (6) حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتجات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012.
- (7) حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د ت م.
- (8) حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه قانون، جامعة الجزائر، 2012.
- (9) طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية و الاتفاقيات الدولية، رسالة الدكتوراه، الجامعة اللبنانية، 2000.
- (10) عايض راشد عايض المري، مدى حجية الرسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998.
- (11) عبد الحكم عبد البصير فوده، النظرية العامة في تفسير العقد للقانون المدني المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 1983.

- (12) عبد المنعم فرج صدة، عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، 1946.
- (13) عمر خالد محمد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2006.
- (14) عمر عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية للمستهلك، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2004.
- (15) عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون جامعة الجزائر، 2015/2014.
- (16) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، جامعة القاهرة، مصر، 2008.
- (17) كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، السعودية، 2010.
- (18) مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة باتنة، 2012/2011.
- (19) نور خالد عبد المحسن العبد الرزاق، حجية المحررات و التوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الانترنت، رسالة دكتوراه حقوق، عين الشمس، 2009.

#### د- رسائل الماجستير

- (1) عمر هبطي، التوقيع الإلكتروني، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006/2007.
- (2) مسعودي فاروق، فعالية الالتزام بالضمان في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2016/2015.

## هـ - المقالات والمدخلات:

### 1. المقالات

- (1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية و تطبيقاته في القانون الوضعي، مجلة المحامي الكويتية، السنة الثانية، 1985، ص-ص 11-140
- (2) أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق الكويتية، السنة التاسعة عشر، العدد الرابع، 1959، ص-ص 143-289.
- (3) أحمد سعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشر، العدد الثالث، الكويت، 1995، ص-ص 179، 245.
- (4) آلاء يعقوب يوسف نعيمة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مجلة كلية الحقوق، مجلد 18، عدد 4، جامعة النهريه، بغداد، 2005، ص-ص 61-112.
- (5) الياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني، والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، جامعة ورقلة، العدد 02، 2003، ص-ص 60-68.
- (6) أيمن مساعدة - علاء خصاونة، خيار المستهلك في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة و القانون، العدد 46، الأردن، 2011، ص-ص 157-210.
- (7) بختة موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1999، الجزء 37، رقم 02، ص-ص 23-64.

- (8) توبي مندل، دراسة استقصائية عالمية حول خصوصية الانترنت و حرية التعبير، سلسلة اليونيسكو بشأن حرية الانترنت 2013/11/28، ص 102. منشورة على الموقع التالي: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002182/218273A.pdf>
- (9) حسام نبيل، الأنماط والنماذج التشريعية في مجال حماية البيانات الشخصية، مقال منشور في الجريدة الإلكترونية يوم 07 أوت 2016 في الجريدة الإلكترونية "عالم رقمي" على الموقع التالي: [www :alamrakmy.com](http://www.alamrakmy.com)
- (10) حسن عبده الماحي، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 31 ، أبريل 2002، ص-ص 268-341.
- (11) حمودي ناصر، التنظيم القانوني لظاهرة العولمة في الجزائر، الانجازات والتحديات، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 02، 2012، ص-ص، 185-222.
- (12) زكرياء بوعون، آليات تنفيذ ضمان السلع والخدمات في القانون الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 43 لسنة 2015، جامعة قسنطينة، ص-ص 273-291.
- (13) سامر المصطفى، أثر خدمة ضمان المنتج في تعزيز رضا العملاء، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 29، العدد الأول، سوريا، 2013، ص-ص 297-331.
- (14) سليمان براك دايج الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة الحقوق، المجلد 8، العدد 04، جامعة النهريين، بغداد، 2005.
- (15) سي يوسف زاهية حورية، الالتزام بالإفشاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 02، 2009، ص-ص 55-78.

- 16) سي يوسف زاهية حورية، حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص-ص 183-206.
- 17) ضياء علي أحمد نعمان، الحماية التقنية للتجارة الالكترونية ، مقال منشور بمجلة قانون وأعمال، العدد الأول، المغرب، 2011، ص-ص 61-97.
- 18) ضوفي محمد، حق المستهلك في ضمان المنتج و توفير خدمة ما بعد البيع، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، جامعة البليدة، د س ن، ص-ص 260-277.
- 19) عبد الرحمان خالفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، المجلد 27، فلسطين، 2013، ص-ص 01-24.
- 20) علوان رامي محمد، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق العدد 04، جامعة الكويت، 2002، ص-ص 244-268.
- 21) علي أحمد صالح، مفهوم المستهلك والمهني في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 01 لسنة 2011، ص-ص 193-213
- 22) علي السيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكتروني، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، القاهرة، العدد الثاني والسبعون، 2002. ص-ص 13-40.
- 23) محروس ناصر غايب، الجريمة المعلوماتية، بحث مقدم للمعهد التقني لجامعة الانبار، العراق، 2010، ص 18، بحث منشور على الرابط التالي:  
<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=28397>
- 24) محمد بن أحمد السديري، التجارة الإلكترونية تقنيات و استراتيجيات التطبيق. مقال منشور الموقع التالي:

[http://faculty.ksu.edu.sa/mas/Published 20Papers/EC 20STRATEGY.pdf](http://faculty.ksu.edu.sa/mas/Published%20Papers/EC%20STRATEGY.pdf)

- 25) محمود ثابت محمود، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، مجلة المحاماة، العدد الثاني، مصر، 2002، ص-ص 05-25
- 26) منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، مقال منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد 02، سنة 2009، ص-ص 821-846.
- 27) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد عبر الانترنت، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني/السنة الرابعة، 2012، العراق ص-ص 48-85.
- 28) منى تركي الموسوي، الخصوصية المعلوماتية و أهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة عليها، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، ص - ص 303-355.
- 29) نادر شافي، التوقيع الالكتروني، الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشروطه و أنواعه و المصادقة عليه، مجلة الجيش العدد 249، على الموقع الالكتروني التالي:  
<https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content/>التوقيع-الالكتروني
- 30) نور الدين الناصري، المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 12، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2007 ص-ص 75-96.
- 31) يونس عرب، التجارة الالكترونية، مقال منشور بالموقع الالكتروني  
[www.arab.law.org](http://www.arab.law.org)
- 32) يونس عرب، المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي ، مقال منشور على الموقع التالي:  
<http://www.tootshamy.com>

33) يونس عرب، دور حماية الخصوصية في تشجيع الاندماج في المجتمع الرقمي، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة أخلاق المعلومات (نادي المعلومات العربي)، المنعقد في 16-17 أكتوبر ، عمان، الأردن، 2002، ص 134.

34) المركز الوطني للمعلومات، للجمهورية اليمنية، بحث بعنوان "التجارة الإلكترونية"، منشور في الموقع التالي:

[www.yemen-nic.info/contents/Informatics/studies/9.pdf](http://www.yemen-nic.info/contents/Informatics/studies/9.pdf)

35) ميم: سلسلة أوراق الحق في المعرفة، مركز دعم لتقنية المعلومات ، خصوصية البيانات الرقمية، 2013 ، مقال منشور على الموقع التالي:

<https://sitcegypt.org/?p=1568>

## 2. المداخلات

1) أبو الليل إبراهيم الدسوقي ، توثيق التعاملات الالكترونية ومسئولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، في الفترة من 10 الى 12 ماي 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الخامس.

2) أسامة الروبي عبد العزيز الروبي، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات و الادعاء مدنيا بتزويره، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الالكترونية في الفترة من 19 إلى 20 ماي 2009، بمركز الإمارات للدراسات و البحوث الإستراتيجية، المجلد الثاني.

3) أمينة سلطاني ، حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، مداخلة تم تقديمها في الملتقى الوطني المنعقد بمعهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي، تحت عنوان حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي يومي 13 و 14 أبريل 2008.

4) أنس بن عبدالله العيسى، عقود الإذعان، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، ص 1 ، للمزيد راجع الرابط التالي:

- (5) ثروت عبد الحميد، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية، جامعة الإمارات المتحدة، 2003.
- (6) حسين بن سعيد الغافري، الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ظل مشروع قانون المعاملات الإلكترونية العماني، ورقة مقدمة لمؤتمر أمن المعلومات والخصوصية في ظل قانون الانترنت في القاهرة، يومي 02-04/07/2008.
- (7) خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، مداخلة أقيمت بمؤتمر وورشة عمل بعنوان "التجارة الإلكترونية وأمن المعلومات (الفرص والتحديات)"، المنعقد بالقاهرة في الفترة الممتدة من 16-20 نوفمبر 2008.
- (8) سعاد نويري، الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين، دراسة مقارنة، المؤتمر السنوي الثاني والعشرون، الجوانب القانونية للتأمين و اتجاهاته المعاصرة، المنعقد بكلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة في 13-14 ماي 2014.
- (9) سميحة القليوبي، غش الأغذية وحماية المستهلك، مؤتمر حماية المستهلك في القانون والشريعة، جامعة عين الشمس، مصر 1995.
- (10) عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، في الفترة الممتدة من 10 إلى 12 ماي 2003، المجلد الثالث.
- (11) عبد الرحيم الضمور، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني بين نظرية إعلان القبول ونظرية تسلّم القبول، دراسة مقارنة، بحث مقدم ضمن مؤتمر القانون والحاسوب، المنعقد في شهر أبريل 2004، بكلية القانون، جامعة اليرموك، أربد، الأردن.
- (12) عبد الله عبد الكريم عبد الله وفاتن حسين حوى، حماية المستهلك في بعض التشريعات العربية بين الواقع والتطبيق، الندوة العلمية حول حماية المستهلك العربي

- بين الواقع وآليات التطبيق، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، مجلس وزراء العرب، جامعة الدول العربية، بيروت لبنان، 2-4 جوان 2014.
- (13) محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون خلال الفترة 6-8 ديسمبر 1998، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- (14) محمد المرسي زهرة، الدليل الكتابي و حجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية التجارية، بحث مقدم في مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، في الفترة 1-3 ماي 2005، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- (15) محمد شكري سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 26 الى 28 أبريل 2003.
- (16) يونس عرب، دور حماية الخصوصية في تشجيع الاندماج في المجتمع الرقمي، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة أخلاق المعلومات (نادي المعلومات العربي)، عمان الأردن المنعقد في 16-17 أكتوبر 2002.
- (17) يونس عرب ورقة عمل منشورة على الانترنت بعنوان التعاقد والدفع الإلكتروني تحديات النظامين الضريبي و الجمركي مقدمة الى برنامج الندوات المتخصصة حول التجارة الإلكترونية، تنظيم معهد التدريب و الاصلاح القانوني، الخرطوم، 2002 متوفر على الموقع التالي: <http://www.f-law.net>

## و- النصوص القانونية

### 1. النصوص التشريعية:

#### • النصوص التشريعية الوطنية

- (1) أمر رقم 67-279 مؤرخ في 19 رمضان 1378هـ الموافق لـ 20 سبتمبر 1967م المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى بالوكالة الوطنية للنشر والإشهار، ج.ر. عدد 2 لسنة 1968.
- (2) أمر رقم 75-85 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر 78 لسنة 1975.
- (3) قانون رقم 89-02 مؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ج ر العدد 06 ، الصادر بتاريخ 08 فيفري 1989 ، والملغى بالقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
- (4) قانون رقم 91-05 مؤرخ في 16 جانفي 1991، المتعلق بتعميم استعمال اللغة العربية، ج ر رقم 03 المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-30 المؤرخ في 21 ديسمبر 1996 ج ر رقم 81.
- (5) أمر رقم 05/03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ج ر عدد 44 لـ 2003/07/23
- (6) أمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 جويلية لسنة 2003 المتعلق بالعلامات ج ر عدد 54 لسنة 2003
- (7) قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، ج ر عدد 41 لسنة 2004.
- (8) قانون رقم 04-15 مؤرخ في 10/11/2004، المتضمن لجرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات ج ر عدد 71 لسنة 2004.

(9) قانون رقم 05-10 مؤرخ في 26 يونيو سنة 2005، ج ر عدد 24 يعدل ويتم الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني.

(10) قانون رقم 09-03 مؤرخ في فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، عدد 15، الصادرة في 2009/03/08.

(11) قانون رقم 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47 لسنة 2009.

(12) قانون رقم 15-04 مؤرخ في 2015/02/01 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكتروني، ج ر عدد 06 لسنة 2015.

(13) قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، صادق عليه البرلمان في 20 فيفري 2018، ولم يصدر إلى غاية تحرير هذه الرسالة في الجريدة الرسمية.

#### • النصوص التشريعية الأجنبية

(1) القانون المدني المصري

(2) القانون المدني الأردني

(3) القانون المدني التونسي

(4) قانون عدد 83 لسنة 2000، مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية في تونس، ج ر عدد 64، مؤرخة في 11 أوت 2000.

(5) الدليل التشريعي لقانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001.

(6) قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية، مرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2002.

(7) قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 ج ر 4524 الصادرة بتاريخ 2001/12/31.

(8) قانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني المصري وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ج ر عدد 18 صادرة في 22 أبريل 2004.  
(9) قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، المنشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد 241، بتاريخ 2006/10/22.

(10) القانون المغربي رقم 09-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي الصادر بتاريخ 18 فبراير 2009.

## 2. النصوص التنظيمية.

(1) مرسوم تنفيذي رقم 63-301 مؤرخ في 23 ربيع الأول الموافق 14 أوت 1963 المنظم للاشهار التجاري، ج ر عدد 59 المؤرخة في 23 أوت 1963.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 86-283 مؤرخ في 30 ربيع الأول 1407 هـ الموافق لـ 2 ديسمبر 1986، إعادة تنظيم الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ج.ر. عدد 49 لسنة 1986.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 39/90 مؤرخ في 03 رجب عام 1410 الموافق لـ 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر عدد 61 صادر في 21 أكتوبر 2001.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر عدد 04 المؤرخة في 19 سبتمبر 1990، ملغى بموجب المرسوم التنفيذي 327/13.

(5) مرسوم تنفيذي رقم 90-367 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 1990 والمتعلق بوسم السلع الغذائية، ج ر عدد 50، الصادرة سنة 1990، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 05-484 المؤرخ في 22 ديسمبر 2005، ج ر عدد 83، لسنة 2005، ملغى بموجب مرسوم تنفيذي 378/13.

- (6) مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية، ج ر عدد 56، لسنة 2006
- (7) مرسوم التنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 30 مايو سنة 2007 : يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 123-01 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 09 مايو سنة 2001 و المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر عدد 37 الصادرة بتاريخ 07 جوان 2007.
- (8) مرسوم تنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 3 فبراير سنة 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306-06 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج ر رقم 07 المؤرخة في 10 فيفري 2008
- (9) مرسوم تنفيذي رقم 09-65 مؤرخ في 11 صفر 1430 الموافق لـ 07 فبراير 2009 يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعنية، ج ر عدد 10.
- (10) مرسوم تنفيذي رقم 13-327 الصادر في 26 سبتمبر سنة 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج ر عدد 49.
- (11) مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 5 محرم عام 1435 الموافق 9 نوفمبر سنة 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58 لسنة 2013.
- (12) قرار مؤرخ في 19 محرم عام 1436 الموافق لـ 12 نوفمبر سنة 2014 يحدد نموذج شهادة الضمان، ج ر عدد 16.

13) قرار وزاري مشترك مؤرخ في 21 صفر عام 1436 الموافق لـ 14 ديسمبر 2014 يحدد مدة الضمان حسب طبيعة كل سلعة، ج ر عدد 03.

### 3. القوانين النموذجية

- 1) قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، صادر في الجلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة، بتاريخ 16/09/1996.
- 2) التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة لالكترونية، رقم 31، الصادر في 08/06/2000.
- 3) قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، 2001.

### 4. الإجتهاد القضائي

- نقض أحوال شخصية 28/ أبريل 2011، الطعن رقم 431 ، مجلة المحاماة المصرية، العدد الثاني 2002.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

#### a) LIVRES :

- 1) ALAIN Blanchot, ALAIN Bensoussan, La protection accordée par la loi sur la sécurité quotidienne en cas d'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire, GAZ. PAL, janvier 2002 .
- 2) ALAIN Gobin, pour une problématique notarial des autoroutes de l'information , la notariat et les contrats immatériels, Dalloz, 1995.
- 3) AULAIS-Jeane Alais et STEINMETZ , Prix des produits et services, Droit de la consommation, DALLOZ, 4eme édition 1996 .
- 4) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, traité théorique et pratique de droit civil, T1 paris 1900.
- 5) BENABENT Alain , droit civil , les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5éme édition, Montchrestien, juillet 2001.
- 6) BENABENT Alain, droit civil, les obligations, Montchrestien, paris, 2003.
- 7) CALAIS Auloy, FRANK Steinmetz, droit de la consommation, 4<sup>eme</sup> Edition, Dallaz, 1996.

- 8) CAPRIOLI (E) , La loi Française sur la preuve et signature électronique , JCDM,2000 .
- 9) ELIE Alfandairie, Droit des Affaires les Cadres Généraux, l'Entreprise et les Activités, éditions LITEC, Paris, 1993.
- 10) FERAL CHUHHL Christian, cyber droit, le droit a l'épreuve de l'Internet, DUNOD, Paris,1999 .
- 11) FRANCOIS Terré, PHILIPPE Silmer, Yve Lequette, droit civil, les obligations, Dalloz 6<sup>ème</sup> édition, 2008, p 208.
- 12) GHAZOUANI Chihab, La protection du consommateur dans les transactions électroniques selon la loi du 9 aout 2000, revue de jurisprudence et de législation, N°: 03, 2003.
- 13) GREFEE Pierre et GREFEE François, la publicité et la loi en droit français, 8<sup>ème</sup> édition, Litec, Paris, 1995.
- 14) GHESTIN (J), Clauses de garantie dans les contrats d'adhésion et la protection du consommateur, 1978.
- 15) LARROUMET Christian, Droit civil, les obligations, 3<sup>ème</sup> édition, Delta, Paris, 1996.
- 16) LEFEBVRE Francis, Concurrence consommation , édition Francis Lefebvre, Paris,2010.
- 17) LENDREVIE Jacques, BERNARD Blaise, Le nouveau publicitor, 5<sup>eme</sup> édition, Dalloz, Paris, 2001.
- 18) LUC Grynbaum , contrats entre absents: les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, Recueil Dalloz , 2003.
- 19) MAZEAUD (H.L et J) CHABAS (F), Leçons de droit civil, Les personnes, Tome 1, 2<sup>ème</sup> vol, 8<sup>ème</sup> édition, Montchrstien, 1997 .
- 20) MURIEL Falaise, Réflexions sur l'avenir du contrat du commerce électronique, Aout 1998.
- 21) NAJAR Ibrahim, Le droit d'option, contribution a l'étude du droit positif et de l'acte, unilatéral L.G.D.J,NO 130, Paris 1976.
- 22) SOLUS Henry, GHSTIN Jacques, Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, édition L.G.D.J, Paris, 1986.
- 23) SOUCHON Christine, Les vices du conso entement dans les contrats, Pédone, Paris , 1976.
- 24) VERBIEST Thibault, commerce électronique (publicité, contentieux), édition Darcier , 2004.

- 25) THIBAUT Verbiest , commerce électronique (publicité, contentieux), édition Darcier , 2004.
- 26) VERBIEST Thibault, le nouveau droit du commerce électronique (la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyber consommateur), édition Iarcier, Belgique, Bruxelles, 2005.
- 27) VINCENT Gautrais, Le contrat électronique internationale encadrement juridique, édition Bruylant academia, 2e édition, 2003.

**b) THESES :**

- 1) HOTAIT Mazen, Protection du consommateur dans les contrats conclus sur internet (étude comparative : droit Français – droit Libanais), Thèse pour le doctorat en droit, Université PANTHEON-ASSAS (PARIS), 29/09/2008.
- 2) NAIMI CHARBONNIER Marine , la formation et l'exécution du contrat électronique , thèse de doctorat , université pantheon-Assas , paris II,2003.

**c) ARTICLES :**

- 1) BERBAN Yaan et POTTIER Isabelle , les décrets et arrêtés cryptologiques la mise en œuvre effective de l'assouplissement des dispositions antérieures , revue de la gazette du palais n° 103 a11 du 19 au 21 Avril 1998.p 12
- 2) CAORIOLI Eric , sécurité technique et cryptologie dans le commerce électronique en droit français , disponible sur le site : <http://www.lex-electronica.org/articles/vol3/num1/securite-technique-et-cryptologie-dans-le-commerce-electronique-en-droit-francais/>.
- 3) CYRIL Rojinky, Signature électronique ; disponible sur le site : <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010419.htm>
- 4) GARON Frédéric, La protection du consommateur sur le marché européen des droits de séjour à temps partagé, revue trimestrielle de droit européen n° 2, Dalloz, 2002.
- 5) KAHN Philippe , la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, revue internationale de droit comparé, no 04 Paris, 1981.
- 6) MAHMOUDI Djamilia , Biométrie et Authentification, 2000, disponible sur le site : <http://dit-archives.epfl.ch/FI00/fi-sp-00/sp-00-page25.html>

- 7) RAOUL Combalolien, la fraude en matière alimentaire en France, revue Internationale de droit comparé, 1974.
- 8) ROJINKY, Signature électronique ; disponible sur le site : <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010419.htm>
- 9) VALARIE Sédallian, preuve et signature électronique , disponible sur : <http://www.juriscom.net/chr/2/fr20000509.htm>
- 10) Biométrie et Authentification, 2000, disponible sur le site : <http://dit-archives.epfl.ch/FI00/fi-sp-00/sp-00-page25.html>

**d) TEXTES JURIDIQUES :**

- 1) Code civil Français
- 2) Code de la consommation Français sur le site : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- 3) Arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix
- 4) Code de la consommation Français N° 525-2011, modifier la loi N° 60-92 du 18-01-1992.
- 5) LOI n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, JORF n°180 du 5 août 1994.
- 6) 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 JO du 2 février 1995
- 7) Directive 97/7 /CE du Parlement européen et du Conseil du 20/05 /1997 concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance , Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997, modifier par : Directive 2011 /83 /UE du Parlement européen et du Conseil 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 du et abrogeant la directive 85/577/CEE du conseil el la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.
- 8) décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique
- 9) La loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).J.O n° 143 du 22 juin 2004
- 10) Ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, J.O 07 juin 2005.

- 11) LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JO n° 181 du 5 août 2008
- 12) Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation, JORF n°0067 du 20 mars 2009.
- 13) arrêté du 4 juillet 2014 relatif à l'information du consommateur sur les prix des produits et prestations destinés à compenser la perte d'autonomi.
- 14) 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 .
- 15) Loi n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services, JORF n°0045 du 22 février 2017.

**e) Les jurisprudences :**

- 1) T.G.I.,Paris, 25 oct, 1989, n.200.Bull.D'info.c. Cass n.298.25 fév 1990
- 2) Cass. civ. 6 juin 1990, Bull. civ. 1990, n. 145.
- 3) cass.civ.1.10 févr 1998.Rev.Trim.dr.civ 1998.p674.obs. MESTRE

# فهرس الموضوع

## فهرس الموضوعات

01	مقدمة.....
09	الباب الأول: الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة تكوين العقد .....
12	الفصل الأول: حماية المستهلك في مرحلة التفاوض .....
13	المبحث الأول: حماية المستهلك في مواجهة الإعلان التجاري .....
14	المطلب الأول: مفهوم الإعلان التجاري الموجه إلى المستهلك .....
14	الفرع الأول: تعريف الإعلان التجاري الموجه إلى المستهلك .....
17	الفرع الثاني: طبيعة الإعلان التجاري الموجه إلى المستهلك .....
19	المطلب الثاني: حماية المستهلك في مواجهة الإعلان التجاري الكاذب .....
19	الفرع الأول: تعريف الإعلان التجاري .....
27	الفرع الثاني: القواعد القانونية لحماية المستهلك من الإعلان التجاري الكاذب .....
27	أولاً: اشتراط وضوح الإعلان .....
28	ثانياً: منع الإعلان الكاذب .....
29	ثالثاً: الرقابة على الإعلانات المقارنة .....
31	الفرع الثالث: الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل ..
33	أولاً: دعوى التنفيذ العيني للالتزام التعاقدية .....
34	ثانياً: حق المستهلك في طلب إبطال العقد .....
35	الفرع الثالث: حق المستهلك في الحصول على التعويض .....
36	المبحث الثاني: حق المستهلك في الإعلام والتبصير .....
37	المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الانترنت .....

- 38..... الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام.
- 41..... الفرع الثاني: مبررات نشوء الالتزام بالإعلام.
- 42..... أولاً: تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين.
- 42..... ثانياً: عدم التوازن العقدي.
- 43..... الفرع الثالث: صور الالتزام بالإعلام.
- 44..... أولاً: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.
- 44..... ثانياً: الالتزام بالإعلام اللاحق على التعاقد.
- 45..... الفرع الرابع: التمييز ما بين الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام والالتزام التعاقدى بالإعلام.
- 45..... أولاً: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.
- 55..... ثانياً: الالتزام التعاقدى بالإعلام (الالتزام اللاحق على التعاقد).
- 57..... الفرع الخامس: طبيعة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت.
- 58..... أولاً: الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى التزام عقدي.
- 59..... ثانياً: الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى التزام مستقل بذاته.
- 60..... المطلب الثاني: النظام القانوني للالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت.
- 61..... الفرع الأول: محل أو مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الانترنت.
- 61..... أولاً: الامتناع عن كتمان المعلومات المتصلة بالعقد.
- 62..... ثانياً: الإدلاء بالمعلومات المتصلة بالعقد.
- 67..... الفرع الثاني: اللغة المستعملة في الالتزام بالإعلام.
- 70..... الفرع الثالث: مكان وزمان انعقاد العقد بناء على الالتزام بالإعلام عبر شبكة الانترنت.

72.....	أولاً: تحديد زمان انعقاد العقد.....
79.....	ثانياً: مكان انعقاد العقد بناء على الالتزام بالإعلام عبر شبكة الانترنت.....
81.....	الفرع الرابع: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت.....
81.....	أولاً: قابلية العقد للإبطال.....
82.....	ثانياً: التعويض.....
85.....	خلاصة الفصل الأول.....
87.....	<b>الفصل الثاني: حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد.....</b>
89.....	المبحث الأول: حق المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية.....
89.....	المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي.....
89.....	الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي.....
90.....	أولاً: تعريف الشرط التعسفي لغة.....
90.....	ثانياً: التعريف الفقهي للشرط التعسفي.....
91.....	ثالثاً: التعريف القانوني للشرط التعسفي.....
93.....	رابعاً: تعريف الشرط التعسفي في القضاء.....
94.....	الفرع الثاني: معايير الشرط التعسفي.....
94.....	أولاً: معايير الشرط التعسفي في القانون الجزائري.....
95.....	ثانياً: معايير الشرط التعسفي في القانون المقارن.....
97.....	المطلب الثاني: مدى توافر الإذعان في عقد الاستهلاك عبر الانترنت.....
97.....	الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان.....

98	أولاً: المفهوم التقليدي لعقد الإذعان
100	ثانياً: المفهوم الحديث لعقود الإذعان
102	الفرع الثاني: مدى امتداد الإذعان إلى عقد الاستهلاك عبر الإنترنت
103	أولاً: الاتجاه الذي يطلق صفة الإذعان على التعاقد الإلكتروني
105	ثانياً: الاتجاه المعارض لامتداد صفة الإذعان إلى التعاقد الإلكتروني
107	ثالثاً: الاتجاه الذي يميز بين وسائل إبرام العقد الإلكتروني لتحديد طبيعته
110	المطلب الثالث: آليات مكافحة الشروط التعسفية
110	الفرع الأول: الرقابة القانونية على أعمال الشروط التعسفية
116	الفرع الثاني: الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية
116	أولاً: رقابة لجنة الشروط التعسفية
122	ثانياً: رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم
126	الفرع الثالث: الرقابة القضائية لهووجهة الشروط التعسفية
127	أولاً: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية
129	ثانياً: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية
130	ثالثاً: تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى
134	المبحث الثاني: حق المستهلك في حماية بياناته الشخصية
135	المطلب الأول: مفهوم البيانات الشخصية
135	الفرع الأول: تعريف البيانات الشخصية
138	الفرع الثاني: أنواع البيانات الشخصية

140	الفرع الثالث: مجال تحريك البيانات الشخصية .....
	المطلب الثاني: المخاطر التي تهدد خصوصية البيانات الشخصية المتداولة عبر
142	الانترنت.....
142	الفرع الأول: أثر تقنية المعلومات على حماية البيانات الخاصة.....
143	أولاً: خصوصية البيانات في ظل تطور تكنولوجيا المعلومات .....
146	ثانياً: مصادر تهديد خصوصية المعلومات الشخصية عبر الانترنت .....
149	الفرع الثاني: الإطار الأساسي لمبدأ خصوصية المعلومات .....
149	أولاً: التناقض بين الحق في الحماية و الاستفادة من إعلان البيانات الشخصية ....
151	ثانياً: حماية خصوصية المعلومات خيار قطاع الأعمال بقدر ما هو خيار للمستهلك
	ثالثاً: الموازنة بين الاندماج في العصر التكنولوجي و حماية معالجة البيانات الشخصية
152	.....
153	المطلب الثالث: الحماية القانونية للبيانات الشخصية .....
153	الفرع الأول: التوجهات التشريعية لحماية الخصوصية المعلوماتية .....
153	أولاً: تاريخ قوانين حماية البيانات .....
155	ثانياً: الأنماط والنماذج التشريعية في حقل حماية البيانات .....
161	الفرع الثاني: الجهود الدولية والإقليمية لحماية الخصوصية المعلوماتية .....
165	خلاصة الفصل الثاني .....
167	الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد .....
171	الفصل الأول: حماية المستهلك طبقاً للنظرية العامة للعقد .....

173	المبحث الأول: الالتزام بنقل الملكية و تسليم المنتج.....
173	المطلب الأول: الالتزام بنقل الملكية.....
174	الفرع الأول: انتقال الملكية في الأموال المعينة بنوعها.....
175	الفرع الثاني: انتقال الملكية في الأموال المعينة بذاتها.....
175	الفرع الثالث: انتقال الملكية في الأموال المعنوية.....
176	المطلب الثاني: الالتزام بالتسليم.....
177	الفرع الأول: مفهوم التسليم.....
177	أولاً: تعريف التسليم.....
178	ثانياً: أهمية التسليم.....
179	الفرع الثاني: محل التسليم.....
179	أولاً: حالة المبيع.....
183	ثانياً: مقدار المبيع.....
183	الفرع الثالث: كيفية التسليم.....
184	أولاً: التسليم الفعلي.....
185	ثانياً: التسليم الحكمي.....
185	الفرع الرابع: خصوصية التسليم في عقد البيع عبر الانترنت.....
186	أولاً: زمان التسليم.....
191	ثانياً: مكان التسليم.....
194	ثالثاً: نفاذ المنتج.....

199	المبحث الثاني: حق المستهلك في الضمان
200	المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالضمان
200	الفرع الأول: تعريف الالتزام بالضمان
201	الفرع الثاني: أنواع الضمان
206	المطلب الثاني: النظام القانوني للإلتزام بالضمان
206	الفرع الأول: مدة ضمان المنتجات
208	الفرع الثاني: شروط العيب الموجب للضمان
209	الفرع الثالث: كيفية إثبات الضمان
211	الفرع الرابع: تنفيذ الالتزام بالضمان
213	الفرع الخامس: الجزاءات المترتبة على عدم تنفيذ المتدخل لأحكام الضمان
214	خلاصة الفصل الأول:
<b>216</b>	<b>الفصل الثاني: الحماية المستحدثة للمستهلك</b>
218	المبحث الأول: حماية المستهلك عند الدفع الإلكتروني
219	المطلب الأول: حماية المستهلك من خلال تأمين الدفع الإلكتروني
220	الفرع الأول: تقنيات أمن العمليات الإلكترونية
220	أولاً: تقنيات تحديد الشخصية و الوثوق في هوية المتعاقدين
223	ثانياً: تقنية أمن المراسلات و المواقع الإلكترونية
229	الفرع الثاني: تأمين الدفع الإلكتروني
231	أولاً: التأمين الفني للدفع الإلكتروني

232	.....	ثانيا: التأمين القانوني لعملية الدفع.
233	.....	المطلب الثاني: حماية التوقيع الالكتروني للمستهلك.
235	.....	الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني.
235	.....	أولا: تعريف التوقيع الالكتروني.
243	.....	ثانيا: التمييز بين نوعي التوقيع العادي و التوقيع الإلكتروني.
244	.....	ثالثا: صور التوقيع الالكتروني.
250	.....	رابعا: وظائف التوقيع الإلكتروني.
254	.....	الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.
255	.....	أولا: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.
261	.....	ثانيا: الشروط اللازم توفرها لحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.
263	.....	الفرع الثالث: التصديق على صحة التوقيع الالكتروني.
264	.....	أولا: تعريف جهة التصديق الإلكتروني و مدى إلزامية إنشائها.
267	.....	ثانيا: دور جهة التصديق.
268	.....	ثالثا: مسؤولية مزود خدمات التصديق الإلكتروني.
272	.....	رابعا: شهادة التصديق الإلكتروني.
280	.....	المبحث الثاني: حق المستهلك في العدول.
280	.....	المطلب الأول: مفهوم العدول عن التعاقد.
281	.....	الفرع الأول: تعريف الحق في العدول.
282	.....	الفرع الثاني: مبررات الحق في العدول.

283	الفرع الثالث: خصائص الحق في العدول
284	الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للعدول عن التعاقد
287	الفرع الخامس: مجال تطبيق الحق في العدول
289	المطلب الثاني: التنظيم التشريعي لخيار العدول عن التعاقد
289	الفرع الأول: ضوابط العدول عن التعاقد
289	أولاً: كيفية ممارسة الحق في العدول
290	ثانياً: مدة ممارسة الحق في العدول
293	الفرع الثاني: قيود أعمال مكنة العدول
293	أولاً: القيود المتعلقة بالأشخاص
294	ثانياً: القيود المتعلقة ببعض العقود
298	المطلب الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن مكنة العدول
299	الفرع الأول: آثار العدول بالنسبة للمهني
301	الفرع الثاني: آثار العدول بالنسبة للمستهلك
305	<b>خاتمة:</b>
311	<b>قائمة الراجع:</b>
343	<b>فهرس الموضوع</b>

## ملخص البحث:

شهدت العقود الأخيرة من القرن الماضي ثورة في مجال المعلومات والاتصالات أدت إلى إحداث تغييرات أساسية في المجتمع من كافة النواحي منها الناحية القانونية. إذ أن التطور السريع للتبادل الإلكتروني للبيانات من خلال شبكة الانترنت كان له تأثير جوهري على الطريقة التي تتم بها إبرام المعاملات والصفقات التجارية، إذ ظهر ما يسمى بالعقود الإلكترونية أين يكون المستهلك أحد أطرافها في أغلب الحالات. ومن المعروف أن المستهلك هو الطرف الأضعف في المعادلة الاقتصادية، لأنه يفتقد إلى الخبرة والدراية في مجال تقنية تكنولوجيا المعلومات، وأنه يتعرض لضغوطات تمارس عليه و تدفعه إلى التعاقد من دون توافر رغبة حقيقية إلى شراء السلعة أو الخدمة هذه الأسباب وغيرها هي التي دعت مختلف التشريعات المقارنة إلى وضع نصوص قانونية تهدف إلى حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

## Résumé :

Les dernières décennies du siècle passé ont connu une révolution dans le domaine de l'information et de la communication qui a créé des changements radicaux dans la société sur tous les plans y compris le plan juridique. L'évolution rapide d'échange électronique des données par le réseau internet a influencé d'une façon cruciale la manière de conclusion des transactions et opérations commerciales, par l'apparition de ce qu'on appelle les contrats électroniques où le consommateur est dans la majorité des cas l'un de ses parties. Il est connu que le consommateur est la partie la plus vulnérable dans l'équation économique, car il manque d'expérience et de connaissance dans le domaine de technique de technologie de l'information, et il est soumis à des pression pour contracter sans la présence d'une volonté réelle d'acquérir une marchandise ou un service, ces motifs et autres ont incité les différentes législations comparées à décréter des textes de loi visant la protection du consommateur considéré comme la partie vulnérable dans la relation contractuelle.