

جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كلية الحقوق و العلوم السياسية

الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الالكترونية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم

التخصص : القانون

تحت إشراف

إعداد الطالبة :

الأستاذة : شكلاط زيوش رحمة

عبوب زهيرة

لجنة المناقشة :

أ/د. حسان نادية ، أستاذة بجامعة مولود معمري ، تيزي وزو رئيسا

أ/د. شكلاط زيوش رحمة ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو مقرر

د. بودربالة صلاح الدين ، أستاذ محاضر أ ، جامعة بومرداس ممتحنا

د. زايدي خالد ، أستاذ محاضر أ ، جامعة الجزائر ممتحنا

د. قبايلي طيب ، أستاذ محاضر أ ، جامعة بجاية ممتحنا

تاريخ المناقشة : 17 أفريل 2018

شكر

الحمد لله تعالى الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ،وأشكره سبحانه وتعالى على عظيم نعمه وكريم فضله وحسن توفيقه لي على إنجاز هذه الرسالة .

وإذا كان المرء أن يذكر لذي الفضل فضله ،فإني أتوجه بخالص الشكر والعرفان ووافر التقدير للمشرفة على هذه الرسالة : الأستاذة شكلاط زيوش رحمة على ما قدمته لي من عون، فكان الأساس بعد الله سبحانه وتعالى على إنجاز هذا العمل المتواضع

كما أشكر السادة أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم وتفضلهم بمناقشة هاته الرسالة.

إهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما.

إلى زوجي العزيز وعائلته الكريمة.

إلى إخوتي حفظهم الله جميعا .

إلى أساتذة وعمال كلية الحقوق بجامعة مولود معمري تيزي وزو.

إلى زملائي الأساتذة بكلية الحقوق الشلف.

إلى كل من ساعدني على انجاز هذا العمل المتواضع.

قائمة المختصرات

1. قائمة المختصرات باللّغة العربية:

ق.م القانون المدني.
ص صفحة.
ط طبعة.

2. قائمة المختصرات باللّغة الفرنسية:

Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de Cassation française.
C.A	Cour d'Appel.
C. A. A.	Cour d'Appel Administrative.
Cass. Civ.	Cassation civile.
Cass. Com.	Cassation commerciale.
C.c.f.	Code civil français.
C. consom. f.	Code de consommation français.
C.E.	Conseil d'Etat.
C.C.E.	Conseil des communautés européennes.
Chron. , Chr	Chronique.
Civ.	Civil.
C.J.C.E	Cour de justice des communautés européennes.
Coll.	Collection.
Com.	Commercial (e).
Consum.	Consommation.
Contr., conc., consom	Contrats, concurrence, consommation.

مقدمة:

يظلّ الإنسان في كلّ النّظم محور اهتمام صنّاع النّظام ومطوّريه ومعتنقيه، وفي الوقت ذاته هو أكثر الكائنات تطوّرا ورغبة في الارتقاء الكوني، كما أنّ الأنظمة بمختلف أشكالها تسعى لترسيخ أركانها تحت مظلة العطاءات والفرص التي تمنحها للأشخاص داخل المجتمع.

ويتوافق النّظام مع الإنسان بقدر ما يوفره له من احتياجات، حيث أنّ النّظام ذاته يتمحور وباستمرار لتلبية مطالب الأفراد والأشخاص ويعمّق فكرة التّوافق النّفسي بين طبيعة النّظام وطبيعة الأشخاص، فكّلما ارتقى الإنسان وتطوّر كانت الأنظمة بحاجة للتّبديل أو التّعديل الذي يواكب المستجدّ والمستحدث، ولكنّ في ظلّ المتاح من الآليات.

والملاحظ أنّ ارتقاء الإنسان وتطوّره يساير الارتقاء التّقني الذي يعدّ واقعا علميا يأتي كلّ لحظة بالجديد ممّا ينبغي أن يقود بالضرورة إلى تحسين الرّوابط التّجارية والحصول على أفضل أداء للممارسات التّجارية الإلكترونيّة.

فالبشرية لم تشهد خلال تاريخها الطّويل تغييرات في نمط الإنتاج والتّبادل والاتّصال بل وفي أسلوب الحياة بالعمق والشّمول والسّرعة التي تشهدها المجتمعات المعاصرة، منذ أن دخلت حياتنا التّقنيات الحديثة للمعلومات والاتّصال¹، أو ما يسمّى بالانترنت²، وقد أحدث ظهور هذه التّقنيات تغييرا كبيرا في أنماط الحياة على اختلاف درجاتها، وأسهمت هذه

¹ **ABI-RIZK Georges Daladier**, L'internet Au service des opérations Bancaires et financiers, Thèse pour le doctorat en droit (Arrêté du 30 mars 1992, modifié Par L'arrêté du 25 Avril 2002, présenté et soutenue publiquement le 17 mars 2006), Université de panthéon-Assas (paris II), P. 01.

² تاريخيا نشأت التّكنولوجيا من مشروع عسكري أمريكي **ARPANET** في سنة 1969، بغية تصميم شبكة معلومات قوية لا مركزية تصمد أمام أيّ خطر نووي محتمل، ولقد استطاع المشروع تحقيق نتائج مذهلة واتّسع عدد المواقع الذي يربط المجتمع العلمي بالشّبكة من 4 مواقع سنة 1969 إلى 20 موقع سنة 1971، ليرتفع إلى أكثر من موقع سنة 1991.

Voir :

Thomas. Schultz, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, cahiers du centre de recherche informatique en droit, Bruxelles, 2005, P. P 18-19.

الانترنت هي اختصار لعبارة "الشّبكات الدّولية"، وشبكات الانترنت هي اختصار لعبارة الشّبكات الدّولية الداخليّة التّظيمية" ويخضع كلّ ما سبق لبروتوكول الانترنت والاندماجية، حيث لم يترك هذا البروتوكول بصمته على كلّ شبكات المناطق

الشبكة في إلغاء الكثير من الحواجز التي تفصل بين الدول، فأصبح العالم قرية صغيرة وأصبح من السهل على أي شخص في أي مكان أن يحصل على جميع المعلومات التي قد يحتاج إليها في أي مجال من المجالات المختلفة عن طريق الانترنت.

وتعدّ التجارة الإلكترونية¹ إحدى إفرازات ثورة التكنولوجيا، حيث تهدف إلى تيسير وزيادة التجارة الدولية وتحقق ما تقتضيه العولمة من رفع الحواجز أو المعوقات أيًا كانت، إذ تعدّ حسب بعض الفقه²: "نوع من عمليات البيع والشراء ما بين المستهلكين والمنتجين، أو بين الشركات باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات".

ويرى البعض³: "بأن تعريف التجارة الإلكترونية ينطوي على أي نوع من أشكال التعاملات التجارية التي تتم الكترونياً عبر شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)، وتتم هذه التعاملات بين الشركات أو بين الشركات وعملائها، أو بين الشركات والحكومات، وتشمل التجارة الخارجية والتجارة الداخلية.

ويمكن للتجارة الإلكترونية أن تقوم بوظائف جديدة في عمليات التبادل التجاري من بينها الإعلان، التسويق، المفاوضات، تسوية المدفوعات والحسابات، فتح الامتيازات التراخيص، إعطاء أوامر البيع والشراء، والتبادل لبعض السلع والخدمات".

الرئيسية فقط ولكن الشبكات المحلية أيضاً، فضلا عن شمول بصمته على المعدات والتجهيزات مثل حواسيب الشبكات ومحطات التشغيل، وخادمي مجموعات التشغيل، وخادمي وسائل الإعلام، وخادمي الشبكات العنكبوتية، وشبكات كوابل التلفزيون وأدوات الربط اللاسلكية لعقارات المستهلكين حتى وإن كانت أكشاكاً في حدائق.

1 مصطلح التجارة الإلكترونية، ترجمة **électronique commerce**، وتستخدم كمرادف لتجارة الانترنت **internet commerce**.

ينكّن تعبير التجارة الإلكترونية من كلمة التجارة (**commerce**)، التي تعبر عن نشاط اقتصادي يتم من خلال تداول السلع والخدمات بين المؤسسات والحكومات والأفراد، تحكمه قواعد ونظم متفق عليها، وكلمة **électronique** وهي توصيف مجال أداء النشاط التجاري باستخدام الوسائل والأساليب الإلكترونية من بينها شبكة الانترنت.

عبد الحميد بسيوني، أساسيات ومبادئ التجارة الاقتصادية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001، ص. 18.

² رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 1999، ص. 14.

³ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015، ص. 16.

أما القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "Unicitral"¹، لم يتضمن تعريفا جامعاً مانعاً للتجارة الإلكترونية واقتصر على تعريف تبادل المعلومات الإلكترونية، والتي تتضمن من حيث مضمونها التجارة الإلكترونية، فتعرّفها بأنها: "النقل الإلكتروني بين جهازين للبيانات باستخدام نظام متفق عليه لإعداد المعلومات".

وقد اعتبرت اللجنة أنّ التعريف السابق يغطّي كلّ استعمالات المعلومات الإلكترونية في النشاط التجاري والتي يمكن أن يطلق عليها التجارة الإلكترونية.

وعرّفت منظمة التجارة العالمية O.M.C²، التجارة الإلكترونية على أنّها: "أنشطة إنتاج السلع والخدمات وتوزيعها وتسويقها، وبيعها، أو تسليمها للمشتري من خلال الوسائط الإلكترونية".

وحسب هذا التعريف، تشمل المعاملات التجارية ثلاثة أنواع من العمليات:

- عمليات الإعلان عن المنتج، وعمليات البحث عنه.
- عمليات تقديم طلب الشراء وسداد ثمن المشتريات.
- عمليات تسليم المشتريات.

ومن هذا فإنّ مفهوم التجارة الإلكترونية لا يقتصر على شراء المنتجات فحسب فالمعلومات والخدمات التي تتبادل بين شركة وأخرى أو بين شركة أو المستهلك والتي تتم عبر الانترنت أو وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى، هي كذلك تدخل ضمن التجارة الإلكترونية ابتداءً من معلومات ما قبل الشراء إلى خدمات ما بعد البيع³.

¹ الأونيسترال (Uncitral) هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، واعدت قانون نموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في يوليو 1996 وعدّل في 2006، ويمكن الاطلاع عليه باللّغة العربية على الموقع:

[http:// www.waset.com www.unctral.org](http://www.waset.com www.unctral.org)

² O.M.C: Organisation Mondiale du Commerce.

³ صراع كريمة، واقع وآفاق التجارة الإلكترونية في الجزائر، مذكرة ماجستير، تخصّص إستراتيجية، جامعة وهران، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، 2013-2014، ص. ص 05. 06.

ويتبين من خلال التعاريف السابقة بشأن التجارة الإلكترونية بأنها تتميز بالخصائص التالية¹:

- اختفاء الوثائق الورقية في المعاملات التجارية فلا يوجد استخدام الوثائق الورقية المتبادلة والمستخدمة في إجراء وتنفيذ المعاملات التجارية، كما أنّ عمليات التفاعل والتبادل بين المتعاقدين تتم إلكترونياً ولا يتم استخدام أي نوع من الأوراق، وبالتالي سوف تحلّ الدّعائم الإلكترونية محلّ الدّعائم الورقية، وتصبح الرّسالة الإلكترونية هي السند المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوء أيّ نزاع بينهما، وهو ما يثير موضوع أدلة الإثبات الإلكترونية وأثرها كعائق أمام نمو التجارة الإلكترونية.
- تسليم المنتجات إلكترونياً إذ يتمّ بيع وشراء السلع الغير مادية مباشرة من خلال شبكة الانترنت وبهذا تكون التجارة الإلكترونية قد انفردت عن مثيلاتها من الوسائل التقنية المستحدثة في عملية البيع والشراء، ومثال ذلك: برامج الحاسب، أفلام الفيديو الكتب الأبحاث، التقارير.
- عدم إمكانية تحديد هوية المتعاقدين، إذ تتمكّن المنشآت التجارية من إدارة معاملاتها التجارية بكفاءة من أيّ مكان في العالم، وبذلك يتميّز هذا الأسلوب بوجود درجة عالية من التفاعلية من غير أن يكون الطرفان موجودين في مكان واحد، ولكن قد يترتب على هذا الانفصال الزماني والمكاني بين أطراف التّعاملات عدم معرفتهم المعلومات الأساسية كافة عن بعضهم البعض كما هو الحال في التّعاملات التجارية التقليدية، إذ يعرف كلّ منهما درجة يسار الآخر، وعمّا إذا كان موسراً أم معسراً، وعمّا إذا كان كامل الأهلية أو ناقص الأهلية.
- غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة فلا يوجد مجلس تُدار فيه المفاوضات والمساومات في عقود التجارة الإلكترونية، فقد يكون البائع في مكان المشتري وقد يبعد عنه

¹ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 18.

بآلاف الأميال، وقد يغيب العنصر البشري تماما باستخدام أنظمة الحاسبات المتوفرة في مؤسسات الأعمال التجارية بأقل التكاليف وبكفاءة عالية¹.

- وجود جهاز إلكتروني وهو جهاز الحاسوب (الكمبيوتر) لدى كل من الطرفين المتعاقدين والمتصل بشبكة الاتصالات الدولية التي تقوم بنقل التعبير عن الإرادة لكل من الطرفين المتعاقدين في ذات اللحظة، رغم تباعد المكان والموطن الذي يقيمون فيه.

وقد تخصصت عدد من الشركات مثل شركات ميكروسوفت الأمريكية وبعض الشركات الأخرى في أوروبا أو اليابان في إعداد البرامج المتوافقة مع جهاز الكمبيوتر في مجالات المحاسبة والإعلان والتسويق وخدمات البيع والعديد من الخدمات الأخرى التي لا تقع تحت حصر، مما ساهم في سرعة إنجاز الأعمال بأقل تكلفة ممكنة وسهل على الشركات والأفراد التحوّل من النظام المكتبي الرّوتيني إلى استخدام الكمبيوتر في كل ما يمكن توفيره من عمليات².

هذه خصائص التجارة الإلكترونية، ولكن هل التجارة الإلكترونية تأخذ شكلا واحدا أم لها عدّة أشكال؟

يمكن القول أنه: تتنوع التجارة الإلكترونية، فلها تسعة أشكال أهمها:

- تجارة إلكترونية بين منشأة تجارية ويرمز له بالرمز "B2B"، ويتمثل هذا النوع من التجارة في عملية البيع والشراء التي تتم ما بين الشركات، وأغلب معاملات التجارة الإلكترونية في هذه الخانة وفي مجملها هي أنظمة المعلومات ما بين المنظمات وتعاملات الأسواق الإلكترونية ما بين الشركات.

- التجارة من المستهلك للمستهلك ويرمز لها بالرمز "C2C" وفيها يقوم أحد المستهلكين ببيع السلعة إلى مستهلك آخر بصورة مباشرة، وأوضح الأمثلة على ذلك حينما يقوم مستهلك

¹ بسام نور، تصنيف مجال التجارة الإلكترونية، مقال منشور بموقع الموسوعة العربية للكمبيوتر والانترنت، بتاريخ 2002/08/30، شبكة المعلومات.

² سمير برهام، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2003، ص. 100.

ما بوضع إعلانات في موقعه على الانترنت من أجل بيع الأغراض الشخصية، وأيضاً هناك مجال المزادات على الانترنت.

- التجارة الإلكترونية بين الشركة أو المؤسسة التجارية والمستهلك ويرمز لها بالرمز "B2C"، يكون التعامل بموجب هذا الشكل من أشكال التجارة الإلكترونية من بيع وشراء بين المؤسسات التجارية والأفراد أو المستهلكين، ويشمل هذا السوق قطاعات التجزئة التي تبيع المنتجات والخدمات للمستهلكين عبر شبكة الانترنت، ويتم التعامل بين الشركة والمستهلكين سواء على مستوى السوق أو على المستوى المحلي أو الدولي، إذ يقوم المستهلك بطلب السلعة أو الخدمة من موقع الشركة في الانترنت ويدفع ثمنها بالبطاقة مثلاً، ثم بعد ذلك يحصل على السلعة أو الخدمة مباشرة¹.

وهذا النوع الأخير من أنواع التجارة الإلكترونية هو الأكثر انتشاراً، وهو ما يهتما في نطاق دراستنا هذه، حيث يقوم المحترف بعرض منتجاته على متاجر إلكترونية افتراضية على شبكة الويب تعرض وتروج لبضائعها وتعد الصفقات مع المستهلكين الراغبين، فمن يرغب في التعاقد بهذه الصيغة الإلكترونية يدخل على مواقع الشركات التجارية ويستطيع قراءة شروط التعاقد ومقارنة الأسعار ورؤية السلع من خلال الكتالوج الإلكتروني الذي يجسد صوراً أو رسومات للسلع المعروضة، من خلال ذلك يستطيع المستهلك أن يتخذ قراره بالشراء فيتم التعاقد.

فالتأبث في عقود الاستهلاك أنّ المستهلك أمام عقد نمطي² Contrat -type معدّ سلفاً من جانب المهني وعلى المستهلك أن يقبل هذا العقد بكلّ شروطه نظراً لقلّة خبرته

¹ أنسام عوني رشيد، التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النهرين، العراق، المجلد الأول، العدد 614، السنة 2015، ص. 610.

² Les contrats de consommation sont classée parmi les contrats d'adhésion qui empêchent toute négociation, le professionnel rédige unilatéralement et à l'avance le contenu du contrat qui sera ensuite proposé à l'ensemble des clients potentiels, dans ses conditions, le consommateur se trouve privé de toute négociation c'est donc l'intégralité du pouvoir de négociateur qui devrait être la mesure de protection de la partie faible.

Pour plus information voir :

SINAY-CYTERMAIN - Anne, Les relations entre le professionnels et consommateurs en droit français, Ouvrage collectif sur la protection de la partie faible dans les rapports contractuelles, Dalloz, Paris, 1996, P. 241.

القانونية التي يمكن أن تساعده في فهم مضمون هذه الشروط، على عكس المهني وهو الشخص المحترف الذي يعلم جيداً بكل بنود العقد وآثاره.

لذلك كان من اللازم توفير حماية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية والتي يقصد بها "حفظ حقوق المشتري في علاقته بالمهني، أو التاجر عند اقتنائه سلعة أو خدمة ما باستخدام وسائط إلكترونية"¹.

فالمستهلك باعتباره الحلقة الضعيفة في السلسلة الاقتصادية وفي علاقته القانونية مع المحترف يتلقى تهديدات متعددة أهمها: ضغط الإعلانات الإلكترونية، وكذا تضمين العقود شروط تعسفية تهيئاً حتماً لافتراس المستهلك بتهديد أنماطه الاستهلاكية، وبما تؤدي إليه هذه الممارسات إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين.

وتتجلى أهمية دراسة موضوع "الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية"، كون هذه الأخيرة تتعلق بحياة الفرد اليومية، فهي من الأهمية بمكان فلا يكاد يخلو وقت من المشاكل التي تثار بين المستهلكين والمحترفين، ولقد ركّزنا في دراستنا على الجانب المدني في حماية المستهلك الإلكتروني وذلك لكون الشق المدني يستوعب في نطاقه معظم وسائل الحماية التي يجب أن يستفيد منها المستهلك، فهذه الأهمية تتجلى وتظهر فائدتها من عدة زوايا:

- أن القانون بوصفه أداة التنظيم في المجتمع من جانب، ولارتباطه الوثيق بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية من جانب آخر فإنه خليق به أن يتعرّض للظواهر المستحدثة في التعامل بهدف استخراج الآليات اللازمة لمواجهة الأخطار التي قد تنشأ عنها، سواء عن طريق الوقاية أم عن طريق المعالجة، وبعد العمل في ضوء ما تقدم على إعادة توازن العلاقات العقدية بما يحول دون إلحاق ضرر للمستهلكين من أهم سبل الوقاية خاصة أنّ هذه العلاقات ما هي إلا انعكاس لسبل الإنتاج والتوزيع الاقتصادي والتي تغيرت بصورة كبيرة في الوقت الحالي على نحو تزايدت معه أوجه تعرّض المستهلك لأساليب

¹ خليفي مريم، الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2011-2012، ص. 244.

التّظليل والغش والتّعسف في العلاقات العقدية الإلكترونيّة، لذلك فيجب حماية المستهلك في هذا العقد.

- تقدّم وسائل النّقل والاتّصال في العصر الحديث أدّى إلى انفتاح الأسواق على مصراعيها لاستقبال المنتجات التي يعرضها المنتجون في مختلف أسواق دول العالم¹ وأصبحت هذه المنتجات في متناول المستهلك في أيّ مكان يقطن فيه، ولا تحول دون ذلك الحدود الجغرافية ولا تباعد المسافات فأصبح من اليسير للمستهلك أن يتعاقد عن بعد في ظلّ النّقدّم الهائل لوسائل الاتّصال الإلكترونيّة حيث يمكن للمستهلك أن يبرم تعاقداته مع المهني في أيّ دولة من دول العالم عن طريق الانترنت.

ويعكس أهميّة هذه الحماية على المستوى الدّولي وكذا الأوروبي وكذا مختلف التّشريعات، فعلى المستوى الأوروبي تظهر هذه الحماية من خلال المعاهدات والاتّفاقيات الدّولية بحماية المستهلك وإن كانت لا تتعلّق مباشرة بذلك، مثل: اتفاقية روما المبرمة في 19 يونيو 1980، بشأن القانون الواجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقديّة² التي أولت الاهتمام بحماية المستهلك عند تحديد القانون الواجب التّطبيق على العقد، حيث نصّت المادة 05 منها على: "أنّ حقّ الأطراف في اختيار القانون الواجب التّطبيق على العقد، يجب أن لا يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية المقرّرة له وفقا لنصوص قانون بلد إقامته العاديّة". فالاتّفاقية أفرت حماية المستهلك في العملية التّعاقديّة لأته بإعمال قانون الإرادة قد يسمح للطرف الذي يتعامل معه باختيار قانون لا يضمن حماية المستهلك، أو يوفر له أقل مستوى من الحماية.

كما نجد نفس الحماية مؤكّدة للمستهلك في اتفاقية لاهاي في 1980 الخاصّة بالقانون الواجب التّطبيق على بيوع المستهلكين، واهتمت كذلك بحماية المستهلك اتفاقية

¹ السيد محمّد السيّد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، "دراسة مقترنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصّة بحماية المستهلك، الدّار الجامعية للطباعة، القاهرة، 2003، ص. 17.

² اتفاقية روما بشأن توحيد القانون الواجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقديّة الصادرة بتاريخ 19 يونيو 1980، منشورة على الموقع الإلكتروني:

بروكسل لعام 1968 بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية، واتفاقية لاهاي 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتّمثيل التجاري.

وعلى المستوى الأوروبي صدر التّوجيه الأوروبي رقم 7/97 عام 1997¹ من أجل تنظيم حماية المستهلكين في مجال العقود التي تتمّ عن بعد، ويعدّ أهمّ توجيه حيث قرّرت قواعده إلزام الدّول الأعضاء بتفعيل أعلى حماية للمستهلك، ولقد عدّل هذا التّوجيه عدّة مرات آخرها التّوجيه رقم 83-2011²، الذي يعتبر الأرضية التي تبنّتها معظم التّشريعات الأوروبية بما فيها المشرّع الفرنسي.

ومن جهة أخرى بادرت منظمة التّعاون الاقتصادي والتّمنية (OECD) إلى عمل توجيهات وإرشادات تتعلّق بالخطوط العريضة لحماية المستهلك الإلكتروني من خلال الهيكل العام للتّجارة الإلكترونية، ومن بين هذه التوجيهات التأكيد على ضرورة حماية المستهلك في عقود التّجارة الإلكترونية وذلك بإلزام المحترف بإعلام المستهلك وتقديمه المعلومات الشاملة عن العرض وتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، ومنح المستهلك حقّ العدول عن التّعاقّد كما أوضحت المنظمة بضرورة التّعاون الدّولي بين مختلف المنظّمات الدّولية الناشطة في مجال حماية المستهلك³.

والتّشريعات العربية بدورها أعطت أهميّة لحماية المستهلك الإلكتروني، فنجد قانون المبادلات والتّجارة الإلكترونية التّونسي رقم 83 لسنة 2000⁴ الذي خصّص بعض

¹ Directive 97/7 du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance (journal officiel n° L 144 du 04 juin 1997).

² Directive 2011-83 du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011, relative aux droit des consommateurs, modifiant la directive 93/3/CEE du conseil et la directive 1999/44/CE du parlement européen et du conseil et à directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil. (journal officiel de l'union européenne, 22/11/2011, L 304/64).

³ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدّار الجامعية الجديدة، القاهرة، 2007 ص. ص 40. 41.

⁴ قانون رقم 83 مؤرخ في 2000/08/09 يتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونية التّونسي، منشور الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسية بتاريخ 2000/08/11.

التّصوص لحماية المستهلك الإلكتروني في المبادلات التجارية الإلكترونية، حيث نصّ في المادة 25 من القانون على أن يوفّر البائع للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة وقبل إبرام العقد معلومات وبيانات تحدّد شخصية التاجر ووصف كامل لمختلف مراحل المعاملة ومعلومات خاصّة بالسلعة أو الخدمة محلّ التّعامل وطريقة الدّفع الإلكتروني، وكيفية التّسليم كما منح للمستهلك الحقّ في العدول عن الشّراء وفسخ العقد، على أن يتمّ توفير المعلومات إلكترونياً في مختلف مراحل المعاملة الإلكترونية، كما وفّر للمستهلك بموجب نصوص القانون حماية في حالة استعماله لوسائل الدّفع الإلكترونية.

كذلك أصدر المشرّع الأردني قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم (85) لسنة 2001¹ والذي سار من خلاله على نهج القانون التّموجي (اليونيسترال)، لذلك جاءت نصوصه في مجملها ترجمة لنصوص القانون التّموجي، وقد كان هدف المشرّع الأردني من إصدار هذا القانون منه هو تسهيل استعمال الوسائط الإلكترونية في إجراء المعاملات، وذلك مع مراعاة القوانين الأخرى دون أن يعدّل هذا القانون أو يلغي أيّاً من هذه الأحكام.

أمّا المشرّع الجزائري وإن كان نصّ بموجب المرسوم التّنفيذي 2000-307² على ترخيص تقديم خدمات الانترنت واستغلالها لأغراض تجارية، وبشروط محدّدة مسبقاً للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، وهو ما أكدته 04 منه على أنّه: "لا يرخص بإقامة خدمات الانترنت واستغلالها لأغراض تجارية ضمن الشّروط المحدّدة أدناه إلاّ للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، الذي يدّعون أدناه مقدمي خدمات انترنت"، إلاّ أنّه لم ينظم بقانون خاص حماية المستهلك الإلكتروني بوجه خاص، وإن كان قد أفرد قانون يتعلّق بحماية المستهلك بوجه عام، بموجب القانون رقم 09-03³، المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش والذي يهدف إلى تطبيق القواعد المطبّقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش.

¹ نشر هذا القانون في الجريدة الرّسمية، العدد 4524، الصّادرة في 31 كانون الأوّل 2001، ص. 6010، وأصبح نافذ المفعول في الأوّل من نيسان 2002.

² مرسوم تنفيذي رقم 2000-307، مؤرخ في 14 أكتوبر 2000، الجريدة الرّسمية عدد 60، يعدّل المرسوم التّنفيذي رقم 98-257، المؤرخ في 25 غشت 1998، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "أنتارنات" واستغلالها.

³ قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فبراير 2009، الجريدة الرّسمية عدد 15، المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش.

- توضيح بعض المخاطر للمستهلك التي قد تواجهه وكيفية الخروج من هذه المخاطر وذلك بتفعيل القواعد الحمائية والاحترازية التي يجب أن تتبّع لعدم الوقوع في هذه المخاطر والحد منها، وفي هذا الصدد سأل أحد الأشخاص الرئيس الأمريكي إيزنهاور عما يجب أن تفعله الأمة من أجل تحسين الوضع الاقتصادي، فردّ عليه قائلاً: الشراء Acheter، قال له: شراء ماذا؟ أجابه: شراء أي شيء، وبعد عدّة سنوات قال الرئيس الأمريكي كينيدي في رسالة بعثها للكونغرس: "لو أنّ المستهلك في وضع يمكنه من الاختيار عن علم ومعرفة، فإنّ نقوده التي ينفقها وصحّته وسلامته يمكن أن تكون مهدّدة وتكون المصلحة القومية في خطر"¹.
- إنّ ما تشهده المعاملات في عصر التكنولوجيا من وفرة إنتاج السلع وتقديم الخدمات أدّى بالمنتجين إلى الحرص على الوصول إلى أعلى نسب للتسويق دون النظر إلى مصالح المستهلك الاقتصادية والصّحية، وكذلك ما نلاحظه من زيادة في معدّلات الاستهلاك دون وعي من المستهلك بمدى صلاحية هذه السلع والخدمات لأغراضه من التّعاقّد، ودون المقدرة على اكتشاف عيوبها أو مدى مطابقتها للمواصفات، يجعلنا في مواجهة عوامل من شأنها إعطاء مفهوم واسع للحماية، يتعلّق أساساً برفع الظلم عن الطّرف الضّعيف².
- خطورة التّسليم بمبدأ سلطان الإرادة فإذا كانت القاعدة العامة تقضي أنّ العقد شريعة المتعاقدين، إذ يعدّ هذا المبدأ الأداة القانونية والقوّة الملزمة المنظّمة لعقود الاستهلاك الإلكترونيّة، غير أنّ تنامي دور التّجارة الإلكترونيّة والعقود المبرمة عن طريقها أدّى إلى ظهور عقود جديدة تتميز غالباً بالطّبيعة الإذعانية.
- فأهمية هذا الموضوع هي التي كانت سبباً في اختياره، ويمكن تقسيم هذه الأسباب إلى أسباب شخصية ذاتية، وأسباب موضوعية.

¹AULOY- Calai, Les ventes agressives, D1970, chr, P. 37.

نقلاً عن:

أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك "إزاء المضمون العقدي"، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1994، ص. 01.

²عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقديّة للمستهلك، منشأة المعارف، القاهرة، 2004، ص. 02.

فالأَسباب الشَّخصية وهي:

- الميول والرَّغبة الشَّخصية في دراسات المواضيع المتَّصلة بالاستهلاك، كون هذه المواضيع تتَّسم بالحركية والمرونة.
- القناعة الشَّخصية بقيمة هذا النَّوع من البحوث والدراسات في تحديد حقوق المستهلك اتِّجاه المحترف.

أمَّا الأسباب الموضوعية فتتمثَّل في:

- أنَّ التَّعاقد عن بعد يعدُّ من أخطر المعاملات الإلكترونيَّة كونه يتمُّ بطرق حديثة بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد.

- قصور النَّظرية التَّقليدية في إيجاد حماية فعَّالة للمستهلك حيث تمحورت هذه الوسائل التَّقليدية لحماية الطَّرْف الضَّعيف في اتِّجاهات نذكر منها: حماية رضا المستهلك، وكذا حمايته من خلال إلزام المحترف بضمان ما قد يطرأ من عيوب خفية، وإن كانت هذه الوسائل تخدم المستهلك التَّقليدي بالدرجة الأولى إلاَّ أنَّها لا توفِّر أدنى حماية للمستهلك الإلكتروني.

- قصور التَّشريع الجزائري في تنظيم المعاملات الإلكترونيَّة بنصوص صريحة كما فعل التَّشريع التُّونسي مثلا، بالرَّغم من إصداره مؤخِّرا قانون 15-04¹ الذي يحدِّد القواعد المتعلِّقة بالتَّوقيع والتَّصديق الإلكترونيين.

فهذه الدِّراسة لا تهدف إلى بيان وتوضيح حقوق المستهلك والتزامات المحترف فقط عندما يتعاقد إلكترونيا للحصول على السَّلع والخدمات، بل أنَّ الأمر يتعدى ذلك، إذ أنَّ إبرام عقود التَّجارة الإلكترونيَّة تحتاج إلى ثقة متبادلة ما بين المتعاقدين وتحتاج هذه الثَّقة إلى وقت طويل في حين أنَّ التَّجارة الإلكترونيَّة في تطوُّر سريع ومستمر، فتحديد الأطر القانونيَّة التي تحميه من المخاطر الناجمة عن التَّعاقد عبر الانترنت من شأنها أن توفِّر قدرا من الثَّقة والأمان في إبرام مثل هذه المعاملات، وحتى نرفع عنه الغشاوة التي تكون حاجزا له للإقدام

¹ قانون رقم 15-04، مؤرخ في 01 فبراير 2015، الجريدة الرِّسمية عدد 06، يحدد القواعد العامة المتعلِّقة بالتَّوقيع والتَّصديق الإلكترونيين.

على التعامل عبر الانترنت موضحين كافة الآليات القانونية الكفيلة بحلّ المشكلات التي تواجه المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، سواء في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني أو في مرحلة تنفيذه.

فمن خلال ما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى ساهمت النصوص القانونية توفير حماية فعالة للمستهلك الإلكتروني؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم خطة الموضوع إلى بابين:

الباب الأول: جاء تحت عنوان حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني، وتمّ تقسيمه إلى فصلين، الفصل الأول تناولنا فيه التثوير المعلوماتي لحماية المستهلك الإلكتروني قبل التعاقد، بحيث تطرّقنا إلى حماية المستهلك الإلكتروني من التّضليل الإعلاني في مبحث أول، وتطرّقنا في المبحث الثاني إلى الالتزام قبل التعاقد بالإعلام ضماناً لحماية المستهلك الإلكتروني.

أمّا الفصل الثاني من الباب الأول فجاء معنوناً ب: حماية المستهلك الإلكتروني أثناء تكوين عقد التجارة الإلكترونية، وتمّ تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول تناولنا فيه حماية المستهلك الإلكتروني من خلال الأحكام العامة للتراضي الإلكتروني، أمّا المبحث الثاني فتناولنا فيه إقرار قواعد خاصّة في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني حماية للمستهلك الإلكتروني.

أمّا الباب الثاني فجاء تحت عنوان حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقد والذي تمّ تقسيمه إلى فصلين، الفصل الأول تناولنا فيه حماية المستهلك الإلكتروني من آثار مبدأ القوّة الملزمة للعقد، والذي قسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول تناولنا فيه حماية المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد، أمّا المبحث الثاني فتناولنا فيه حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشّروط التّعسفية.

أمّا الفصل الثاني من الباب الثاني فجاء معنوناً ب: الآليات التقليدية لحماية المستهلك الإلكتروني عند تنفيذ العقد الإلكتروني، والذي تمّ تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول تناولنا فيه الالتزام بضمان سلامة المستهلك الإلكتروني، أمّا المبحث الثاني تناولنا فيه أثر تحديد القانون الواجب التّطبيق على حماية المستهلك الإلكتروني.

ولقد اتبّعنا لدراسة هذا الموضوع منهجين رئيسيين، المنهج المقارن والمنهج التحليلي فالمنهج المقارن من خلاله تمّت مقارنة مختلف النصوص القانونية المنظمة لحماية المستهلك الإلكتروني مع النصوص القانونية الواردة في القانون 09-03، وكذا مختلف المراسيم والأوامر المنظمة له، أمّا المنهج التحليلي فالغاية منه هو تحليل مختلف النصوص القانونية والآراء الفقهية التي تناولت مسألة حماية المستهلك الإلكتروني.

الباب الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني

ساهمت التطورات التي شهدتها العالم في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في التأثير على كافة مجالات الحياة الإنسانية، وهذا ما أدى إلى التحوّل من منهج دراسة مرحلة إبرام العقد إلى دراسة المرحلة السابقة للتعاقد¹، إذ تعدّ هذه المرحلة من أهمّ مراحل إبرام العقد وأخطرها نظراً لما لها من دور في تحديد حقوق أطراف العقد والتزاماتهم وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية مختلفة، ومن ثمة تبدأ حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية في هذه المرحلة بوصفها المرحلة التي تحدّد أسس التعاقد، فإذا كان العقد المبرم في عقود الاستهلاك بين تاجر محترف ومستهلك فإنّ العلاقة بينهما تتسم بعدم التوازن ابتداءً.

لذلك فإنّ محاولة تحقيق التوازن بحماية الطرف الضعيف وهو المستهلك تبدأ في المرحلة السابقة للتعاقد (المفاوضات)، فهذه الأخيرة تكتسب أهمية في مجال العقود الإلكترونية، لأنّ التعاقد يتمّ عن بعد، بحيث لا يستطيع كلّ واحد من أطراف التفاوض التحقّق من شخصية الطرف الآخر، أو أهليته أو سلامة المستندات التي يقدمها، كذلك لا يستطيع التحقّق من السلعة أو الخدمة بشكل ينفي الجهالة، وهنا يظهر دور هذه المرحلة في تذليل الصعوبات، التي تتمثّل في التعقيدات القانونية والفنية أمام طرفي العقد وذلك للحدّ من المخاطر الجسيمة التي قد تواجه إبرامه²، بحيث يستطيع طالب الخدمة من خلال

¹ يعرّف الدكتور حسام كمال الدين الأهواني المرحلة السابقة على التعاقد بأنها تبادل الاقتراحات والمساومات، المكاتبات، التقارير، والدراسات الفنية، بل الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كلّ منهم على بينة، وهي أفضل الأشكال القانونية التي تحقّق مصلحة الأطراف، وللتعرّف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه".

حسام كمال الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 05.

² وعود كاتب الأنباري، المفاوضات العقدية عبر الانترنت، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، المجلّد 01، العدد 02، 2009، ص. 201.

المفاوضات والاتصال بموقع التاجر صاحب الخدمة أو السلعة ليدرس العرض المقدم منه ويطلب ما يريد من المعلومات التي تساعد على الاطمئنان من جدية ومشروعية العرض¹. فهي بلا شك تؤدي دورا وقائيا هاما في إبرام عقد ارتضاه أطرافه، مما يؤدي إلى قيام كل منهم بتنفيذ التزاماته بطريقة سليمة وهادئة تجنبهم مغبة الدخول في منازعات وولوج ساحات القضاء².

وتنصب المرحلة السابقة على التعاقد على التتوير المعلوماتي لحماية المستهلك قبل التعاقد، عن طريق تنويره بالمعلومات اللازمة لكي يقدم على التعاقد بإرادة حرة واعية مبصرة بعيدا عن تأثير الدعاية والإعلان وأساليب الغش والاحتيال، وذلك بحمايته من التضليل الإعلاني، وإلقاء التزام على عاتق التاجر المحترف بإعلام للمستهلك بالمعلومات الضرورية المتعلقة بالسلعة أو الخدمة أو تحديد هوية التاجر المحترف والمعلومات الضرورية الأخرى عنه (الفصل الأول)، وكذلك حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة تكوين العقد منذ لحظة التعبير عن الإرادة وحتى إبرام العقد (الفصل الثاني).

¹ ندى زهير الفيل، إبرام العقد الإلكتروني من قبل المعوق بكلتا يديه، دراسة مقارنة، مجلة الزافدين للحقوق، العراق، المجلد 14، العدد 51، السنة 16، 2011، ص. ص 13. 14.

² أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد (ماهيتها وأحكامها) دراسة مقارنة بين الواقع العلمي والفرغ التشريعي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 16، الإصدار 03، 2014، ص. 258.

الفصل الأول: التّوير المعلوماتي لحماية المستهلك

الإلكتروني قبل التعاقد

في ظلّ النهضة الرّقمية والتّطور المعلوماتي الذي يشهده العالم اليوم عرفت العمليات التعاقدية مجموعة من التّغييرات مسّت نظامها وبنيتها القانونية، فأصبحت تتمّ عن طريق وسائل الاتّصال الحديثة، ممّا أثار اهتمام رجال القانون والقضاء على حد سواء نتيجة استقراء الشّعور بعدم النّقة في استخدام التّقنية الحديثة، وكثرة المحاولات لفهم الآثار المرتبطة بهذا الاستخدام في الوقت الراهن.

وباعتبار عقود التّجارة الإلكترونيّة ترتبط بالعملية الاستهلاكية، فإنّ نجاحها يتوقّف على مدى توفير الحماية القانونية للمتعاملين بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة، فتطوّر هذا الشّكل الجديد للمبادلات التّجارية مرهون بوجود ضمانات تحترم حقوق الأضعف في العلاقة التعاقدية.

والواقع أنّ ذاتية عقود الاستهلاك الإلكترونيّة، هي التي تضيّ إحاحا أكبر على وجوب علم المتعاقد (المستهلك) بظروف العقد والجوانب الفنيّة لمحلّ العقد، فالحقّ في الإعلام أو التّبصير يرتبط بعامل النّقة الضّروية لإتمام الصّفقات التّجارية، والذي يقع حاجزا أمام هذا النوع من البيع الإلكتروني، الأمر الذي استدعى تعزيزه وترسيخه كالترام يقع على عاتق المهني في عقود التّجارة الإلكترونيّة كأحد الضّمّانات الخاصة أو المستحدثة السّابقة على التّعاقد، ووجه من أوجه حماية المستهلك في هذا السّياق¹.

ومن ثمة يتطلّب الأمر تحديد مفهوم الإعلان التّجاري الإلكتروني (المبحث الأول) ثمّ التّطرق إلى حقّ المستهلك في الإعلام أو التّبصير (المبحث الثاني).

¹ خليف مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التّعامل في مجال التّجارة الإلكترونيّة، مجلّة دفاتر السّياسة والقانون، جامعة بشار، العدد 4، 2011، ص. ص 202. 203.

المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني من التضليل الإعلاني

لقد أضحت الإعلانات عبر تقنيات الاتصال الحديثة، سوقاً تنافسياً بإمكاناتها الضخمة وتكاليفها المنخفضة عن الإعلانات التقليدية، حيث ازدحمت الشبكات المفتوحة بمواقع كثيرة للإعلان عن السلع والخدمات وغيرها من القيم المادية التي يدعو أصحابها عامة الناس إلى التعامل بشأنها، من خلال العديد من العقود¹.

¹ أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية المنازعات، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة المنعقدة في 26-28/04/2013، الجزء الثاني، ص. 07.

يمكن القول أنّ موضوع "الإعلان"¹ يحتلّ من الناحية الفقهية مكانة هامة، حيث عمد -الفقه- إلى تعريف المصطلح، مع تحديد عناصره وبيان أنواعه ووظائفه وتحديد أطرافه وإبراز الروابط القانونية القائمة بينها، وبيان آثاره وأسباب انقضائه وطرق حلّ المنازعات الناشئة عنه، كما اعتنى الفقه كذلك بدراسة العلاقة الموجودة بين الإعلان وبعض الحقوق المتّصلة بها وسبل حماية هذه الحقوق².

¹ لقد نشأ الإعلان مع نشأة التبادل السلعي بين الناس، وذلك لقيام الحاجة إلى ذلك التبادل للوفاء بالحاجات الإنسانية التي لا يستطيع الفرد الوفاء بها، إلّا من خلال مبادلة ما ينتج من سلع وخدمات مع الناس المحيطين به، ويمكن القول أنّ الإعلام مرّ بأربعة مراحل منذ بداياته الأولى، والتي رافقت بداية أنماط التبادل السلعي بين الأفراد والمجتمعات، وحتى أيامنا هذه، وهذه المراحل هي:

1: المرحلة الأولى: تمتدّ من أول ظهور الإعلان وحتى ظهور الطباعة، ويرى أحد الباحثين **أو** أول ممارسة إعلانية مكتوبة كانت عند المصريين القدامى، أين وجد الإعلان مكتوباً على ورق البردي، يعلن فيه أمير مصري عن مكافئة مالية لمن يجد عبده الفار، ويرجع تاريخها إلى ألف عام قبل الميلاد، في حين يرى رأي آخر أن بلاد الرافدين كان لها الدور الإيجابي في ظهور الإعلانات الكتابية، حيث عثر علماء الآثار في العراق على إعلانات أو نشرات تبين وترشد الفلاحين إلى كيفية بذر محصولاتهم، وترجع هذه الإعلانات إلى ألف وثمانمائة سنة قبل الميلاد.

وما يمكنه القول على هذه المرحلة، أنّ الإعلان كان في شكل مناداة على البضائع في الأسواق العامة وفي الطرقات.

2: المرحلة الثانية: هذه المرحلة تميّزت بتنوع وانتشار الأساليب الإعلانية، ووصولها إلى شرائح وفئات خارج النطاق الجغرافي للمعلن، وذلك باختراع الطباعة والذي كان في سنة 1652م، ولقد دخلت الإعلانات الطباعية إلى العالم الإسلامي وخصوصاً عبر المصحف مع بدايات القرن العشرين.

3: المرحلة الثالثة: هي مرحلة الثورة الصناعية، تمثلّ الثورة الصناعية ذلك الحدث المهمّ والعظيم في تاريخ البشرية والتي صاحبها عدّة تغييرات مباشرة وغير مباشرة، وفيها ازدادت أهمية الإعلان نظراً لارتفاع معدلات الإنتاجية واشتداد المنافسة، حتى أصبح الإعلان ضرورة من ضروريات الحياة، كما هو شأنه اليوم.

4: المرحلة الرابعة: هي مرحلة الثورة الثقافية والعلمية، وهي مرحلة التّقدم في وسائل الاتّصال والمواصلات ووسائل الإعلام المختلفة، وكذا تنامي الأفكار الإبداعية والأساليب التقنية الخاصة بالإعلان كوسيلة إقناع فعّالة، وبالتالي أصبح الإعلان فنّاً راقياً ومعقّداً في نفس الوقت.

حسن العامري محمد، الإعلان وحماية المستهلك، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص. 83.

² محمد حسين عبد العال، القيمة القانونية للمستندات الإعلانية في القضاء الفرنسي، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. 80.

يعتبر الإعلان أداة في يد المحترف على المستهلك، إذ يجد هذا الأخير نفسه كل يوم أمام الإعلانات التليفزيونية والإعلانات الإلكترونية على شبكة المعلومات، والتي تفاجئ المستهلك بمجرد ولوج هذه الشبكة العنكبوتية ببيده الإلكتروني¹، فهي تغذي وتنمي تطلعات المستهلك، الأمر الذي دفع ببعض الفقه² إلى تكييف هذا العصر الذي نعيش فيه هو عصر "الإعلان"، مبّرراً ذلك بأن هذا العصر هو عصر الإنتاج الكبير وهو في ذات الوقت عصر الاستهلاك الكبير، حيث يؤدي الإعلان في ظلّ الإنتاج والاستهلاك دوراً مزدوجاً فهو من ناحية أداة هامة لتشجيع الاستهلاك، وهو من ناحية ثانية أداة لدفع عجلة الإنتاج فالإنتاج لا بدّ أن يقابله استهلاك لتصريف المنتجات حتى تدور عجلة الإنتاج، وإلاّ كسدت البضاعة وأصابها البوار.

فالإعلان يشمل عنصرين هما الدّعامّة "Support" أو الأداة المستخدمة، والتي يتمّ من خلالها وصول الرّسالة الإعلانية إلى المستهلكين، والغرض أو الهدف من الإعلان هو الترويج للسلع والخدمات، وحماية المستهلك من جهة ثانية³.

فدراسة الإعلان التجاري في إطار التّوير المعلوماتي كوسيلة لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، تقتضي منا إتباع منهجية تقوم أساساً على تحديد ماهية الإعلان وأثره على عدم دقة المعلومات التي يقدّمها المعلن في استثارة وتحفيز المستهلك نحو التعاقد دون إرادة حقيقية مستتيرة بالمعلومات الصّحيحة، بل متأثراً بما يحتويه الإعلان التجاري من أساليب الإغراء والمبالغة من جهة، وأثر تقديم المعلومات على العلاقة الغير متكافئة أساساً

¹ وهو ما عبّر عنه الأستاذ **Steven Ewen** حين قال بكلماته القاسية: "الإشهار يتسلّل بطريقة ما إلى حياة الناس إلى درجة أنّه أصبح متطّلاً".

ALEXENDER Hiam, CHARLES Schewe, MBE Marketing synthèse des meilleurs cours Américains, édition Maxima, France, 1999, P. 223.

² **محمد أحمد عبد الحميد أحمد**، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015، ص. 327. 328.

³ **شريف محمد غنام**، التّظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008، ص. 19.

بين التاجر المحترف والمستهلك، على نحو يتمكّن معه هذا الأخير من التعاقد عن رضا واع مستنير.

وعليه ما مدى مساهمة الإعلان التجاري في توفير الحماية للمستهلك؟

هذا ما سيتمّ تحليله، من خلال تحديد ماهية الإعلان الإلكتروني وتمييزه بالمصطلحات المشابهة (المطلب الأول)، وكذا توضيح أشكال وطبيعة الإعلانات (المطلب الثاني)، ثم تحديد دور الإعلان التجاري الإلكتروني في تقرير الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الإعلان الإلكتروني وتمييزه عما يشابهه من

مصطلحات

إذا كان مبدأ حرية التجارة يسمح للمعلنين باستخدام الوسائل الكفيلة بجذب عملائهم ويقع الإعلان على رأس هذه الوسائل، فإنّ المنافسات الإعلانوية يجب أن تتمّ في إطار قواعد قانونية، تحدّ من التعسف أو الممارسات غير المشروعة لهذه الحرية حماية للمستهلكين.

وإذا كانت الانترنت تقدّم العديد من الفوائد والمزايا للإعلانات التجارية فإنّ استخدام الشبكة كدعامة إعلانية قد أثار مشكلات جمّة خاصة من الناحية التقنية، وصعوبة الرقابة الفعّالة لما يبث على هذه الشبكة العابرة للحدود، فقد تتّم الإعلانات على الانترنت بطريقة مجهولة على هذه الشبكة العابرة للحدود تروّج سلعا وخدمات ممنوعة كليّة، كالإعلان عن المخدرات أو الإعلانات التي تحرّض على العنصرية، أو منظمة تنظيمًا دقيقًا بما يخالف هذا التنظيم كإعلانات الكاذبة والمقارنة، والإعلانات التي تحرّض على العنصرية والإباحية¹.

وعليه يتطلب الأمر تعريف الإعلان الإلكتروني (الفرع الأول)، مع تمييزه عما يشابهه من مصطلحات (الفرع الثاني).

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص. 03.

الفرع الأول: تعريف الإعلان الإلكتروني:

يمكن تعريف الإعلان الإلكتروني من الناحية اللغوية (أولاً) وكذا عند علماء الإعلان (ثانياً) وتعريفه من الناحية الفقهية (ثالثاً).

أولاً: تعريف الإعلان لغة:

من خلال استطلاعنا لمعاجم اللغة، نتلمس المادة اللغوية لَعَنَّ وما اشتق منها وبالتالي هذه المعاجم ستطالعنا بمعانٍ متقاربة لهذه المادة اللغوية أبرزها:

- يُعلن ومصدرها العلانية، توحى بالإظهار والإشهار والجهر بالشيء¹.

وجاء في لسان العرب "عَلَن الأمر يعلن علونا، وعلن يعلن علنا وعلانية، إذا شاع وظهر²."

ولقد ذكرت في القرآن الكريم مادة علن ومشتقاتها في ستة عشر موضعاً، كانت كلها في مقابلة الخفاء والإسرار والإكنان، ومفيدة معنى البروز والظهور والشيوع، ومن هذه المواضع³:

- قول الله جلّ في علاه: ﴿رَبَّنَا إِنَّكَ تَعْلَمُ مَا نُخْفِي وَمَا نُعْلِنُ ...﴾ (38)⁴.

- وقوله جلّ شأنه: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُسْرُونَ وَمَا تُعْلِنُونَ﴾⁵.

¹ خليل صابات، الإعلان، تاريخه، وقواعده، فنونه، وأخلاقياته، الطبعة الثالثة، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1997، ص. 18.

² ابن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، المجلد 04، القاهرة، دار الكتاب المصري، مطبعة المعارف، القاهرة، (دون سنة نشر)، ص. 3086.

³ عبد المجيد الصالحين، الإعلانات التجارية أحكامها وضوابطها في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، الكويت، العدد 21، يونيو 2004، ص. 23.

⁴ سورة إبراهيم، الآية 38.

⁵ سورة النحل، الآية 19.

ثانياً: تعريف الإعلان عند علماء الإعلان:

يمثل الإعلان عند علماء الإعلان: "ذلك النشاط الذي يؤدي إلى خلق حالة من الرضا العقلي، نحو ما يعلن عنه من سلع أو خدمات أو أفكار أو منشآت، بغرض الترويج لتلك السلع أو المنتجات أو الأفكار بين الجمهور، لحملهم على الشراء أو الاقتناع بالأفكار المنتشرة"¹.

ثالثاً: التعريف الفقهي للإعلان الإلكتروني:

ننوه في البداية بأنه وردت عدة تعاريف لمصطلح الإعلان، والتي يمكن ذكر البعض منها، ليس لعدم أهميتها وإنما لكثرتها.

فلقد اعتمد بعض الفقهاء لتعريف الإعلان على المفهوم الواسع بأنه: "كل شكل من أشكال الاتصال في إطار الأنشطة التجارية والصناعية والحرفية، بهدف الترويج لتوريد البضائع وتقديم الخدمات"².

بينما يعرفه البعض الآخر³ بأنه: "كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور مهما كانت الوسيلة المستعملة لإقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة، وما يمكن أن تحققه من فوائد. ولا يختلف الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة عبر الانترنت".

ويعرفه البعض الآخر⁴ بأنه: "أحد السياسات الترويجية التي تعتمد على الوسائل والوسائط الإلكترونية في نقل الرسالة التسويقية بهدف جذب العملاء وإقناعهم بشراء المنتج".

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008، ص. 132.

² GUY Raymond, Droit de la consommation, 2^{ème} édition, LITEC, Paris, 2008, p. 91.

³ عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2011، ص. 260.

⁴ أسامة ربيع أمين سليمان، معوقات تبني إستراتيجية للإعلان الإلكتروني في سوق التأمين المصري، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، العدد 9، 2009، ص. 14.

وعرّفه البعض الآخر¹ بأنه: "كلّ وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية.

وعرّف أيضا² بأنه: "إخبار أو إعلام تجاري أو مهني، القصد منه التعريف بمنتج أو خدمة معيّنة، عن طريق إبراز المزايا وامتداح المحاسن، بهدف خلق انطباع جديد يؤدي إلى إقبال الجمهور على هذا المنتج أو الخدمة".

بينما يرى جانب من الفقه³ أنّ تعريفات الفقهاء للإعلان، قد تضمنت خطأ غير مقبول بين مفهوم كلّ من الإعلان والإعلام، تأثرا بما يتضمّنه الإعلان من إعلام المستهلك من خلال التعريفات بالمنتجات والخدمات.

ويعرّفه البعض الآخر⁴ بأنه: "ذلك الإعلان الذي يغالي في وصف السلعة أو الخدمة بطريقة تخدع المتلقي وتحمل سوءات السلعة أو الخدمة المعلن عنها عبر شبكة الانترنت بقصد دفع المتلقي إلى التعاقد تحت تأثير الغشّ والتضليل.

وما يمكن تسجيله أنّه على الرغم من تعدّد واختلاف التعاريف إلا أنّها تتفق في تحديد معنى واسع للإعلان بحيث يشمل كلّ وسيلة تهدف إلى التأثير النفسي على المستهلكين تحقيقا لغايات تجارية، ومن ذلك يفترض في الإعلان لكي يحقق أهدافه نوع من التكرار والإلحاح وتسليط الفكرة على المتلقي، باستخدام كلّ ما من شأنه إلهاب الخيال واجتذاب العين وإطراء الأذن، في نفس الوقت الذي يتمّ فيه إظهار محاسن المنتج أو الخدمة بقصد حثّ المستهلك وحمله على الاستهلاك هذا من ناحية⁵.

¹ حسين فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، (دون دار نشر)، (دون سنة نشر)، 1991، ص. 14 وما بعدها.

² عبد الفضيل محمّد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، 1999، ص. 19.

³ محمّد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص. 14.

⁴ محمّد محمود محمّد حسن، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، القاهرة، 2010، ص. 168.

⁵ ROBERT Kovar, Jean- Jackues Burst, Droit de la concurrence, Economica , Paris , 1981, p. 177.

ومن ناحية أخرى فإنّ الفقه قدّم مفهوماً موسّعاً يسمح بإدخال كافة أشكال الاتصالات المستخدمة، ما دامت تهدف إلى الترويج عن السلع والخدمات وجذب العملاء وحثّهم على الشراء، وإدراج الإعلانات التي تتم عبر الشبكة في هذا المفهوم¹.

رابعاً: المفهوم التشريعي للإعلان الإلكتروني:

لقد اختلفت تشريعات الدول في تناول موضوع الإعلان، ممّا أدى إلى بروز فرق جوهري بالنظر إلى الظروف البيئية والسياسية والاقتصادية والقانونية، ممّا يستوجب إثارة الأمر في كل من الدول العربية وكذا الدول الغربية.

1: الإعلان الإلكتروني وفق التشريع المصري:

لم يتضمّن القانون المدني المصري تعريفاً محدّداً للإعلان، ولكنّ القانون رقم 66 لسنة 1956 بشأن تنظيم الإعلانات، عرّف الإعلان في المادة الأولى منه بأنه: "أية وسيلة أو تركيبية أو لوحة صنعت من الخشب أو المعدن أو الورق أو القماش أو البلاستيك أو الزجاج أو أية مادة أخرى، وتكون معدّة للعرض أو النشر بقصد الإعلان، بحيث تشاهد من الطريق أو بداخل أو خارج وسائل النقل العام".

نلاحظ أنّ هذا التعريف لم يبيّن ماهية الإعلان تحديداً وإنّما بيّن فقط أدوات ووسائل الإعلان.

ولم يصدر في مصر قانون ينظّم الإعلان بصفة عامة، وإذا كان صحيحاً أنّ المشرّع المصري قد أصدر القانون رقم 66 لسنة 1956 في شأن تنظيم الإعلانات، فهو يكاد يكون قد اقتصر على تنظيم نوع واحد من الإعلانات هي "الإعلانات الثابتة أو المعلقة"، ومن ثمة تخرج من نطاق هذا القانون الإعلانات المكتوبة والمسموعة والمرئية وبالطبع الإعلان الإلكتروني عبر الانترنت.

¹ هدى حامد قشوش، الإعلانات غير المشروعة في نطاق القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص.

أما قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006¹ فلقد جاء خاليا من أيّ تعريف محدّد للإعلان، ولكنّه عرّف "المعلن" بأنّه: "كلّ شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أيّ وسيلة من الوسائل".

ولم يحدّد المشرّع المصري في هذا التعريف، ماهية الوسائل التي يستخدمها المعلن للإعلان عن السلع والخدمات. وحسنا ما فعل، وبالتالي يمكن أن تدخل ضمن هذه الوسائل بالإضافة إلى الوسائل التقليدية التي حددها القانون رقم 66 لسنة 1956، الأدوات الحديثة كالتلفزيون، والتليفون المحمول، والانترنت أو أيّ وسيلة أخرى قد تظهر مستقبلا نتيجة التطور التقني والتكنولوجي².

2: تعريف الإعلان الإلكتروني في التشريع الفرنسي:

بالرجوع إلى نصّ المادة الثالثة من القانون الصادر في: 29 ديسمبر 1979³ المنظم للإعلانات والإشارات المرئية، التي تنصّ على أنّ الإعلان: "كلّ وصف أو شكل أو صورة موجه للجمهور لجذب انتباهه...".

هذه المادة تبين الهدف الذي تسعى إليه الرسالة الإعلانية، أيّا كان شكلها أو وصفها.

أما المرسوم الصادر في: 28 مارس 1992⁴، فقد عرّف الإعلان في المادة السادسة(6) منه على أنّه: "كلّ شكل من أشكال الرسالة الإعلامية التي تتمّ عبر الراديو أو التلفزيون، تصلح أن تكون إعلانا تجاريا متى كانت تهدف إلى الترويج عن سلع وخدمات يقدّمها المعلنون، وتحثّ الجمهور على الشراء".

¹ قانون رقم 67-2006، الصادر في 19 مايو 2006، المتعلق بقانون حماية المستهلك المصري.

² خالد ممدوح إبراهيم حماية المستهلك في العقد الإلكتروني المرجع السابق ص. 133. 134.

³ Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979, relative à la publicité aux enseignes et préenseignes.

⁴ Décret n° 92-280 du 27 Mars 1992, pris pour l'application du 1° de l'article 27 et 33 de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986, et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé, achat.

أما قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في سنة 1993¹، فلا يوجد فيه نصّ يعرف الإعلان بصفة عامة أو الإعلان الإلكتروني بصفة خاصة²، بل حدّد هذا القانون مفهوم الإعلان الذي يقوم بصدد جريمة الخداع الإعلاني، المنصوص عليها في المادة 121 الفقرة الأولى منه بقولها: "يحضر كلّ إعلان يتضمّن -بأيّ شكل من الأشكال- ادعاءات أو بيانات أو عروضاً زائفة أو من شأنها التّضليل متى انصب على واحد أو أكثر من العناصر التّالية..."، فالمشرّع في هذه المادة استخدم تعبير كلّ إعلان "tout publicité" دون تخصيص، لذلك رأى بعض الفقه أنّ المقصود بالإعلان وفقاً لهذا النصّ كلّ تصرّف أو عمل يهدف إلى جذب العملاء أيّاً كان الشّكل الذي يتّخذه هذا العمل أو ذلك التّصرّف³.

وذاوات الأمر نجده في القانون الفرنسي المعدّل لقانون Evin، والصادر في: 24 فبراير 2005، فقد عدّل هذا القانون المادة 3323 الفقرة الرابعة من تقنين الصّحة العامة بحيث اعتبر أنّ الإعلان التجاري يتضمّن أيّة بيانات متعلّقة بالمنتجات والسّلع والخدمات مادامت تهدف إلى جذب الجمهور...⁴.

وفي تقريره عن الانترنت والشبكات الرّقمي عام 1998، ركّز مجلس الدّولة الفرنسي في تحديده للمقصود بالإعلان عبر شبكة الانترنت، على عنصرين هما: هدف الرّسالة وتوجيهها إلى الجمهور.⁵

¹ Loi n° 93-949 du 26 juillet, relative au code de la consommation, J O R F N° 171 du 27 juillet 1993.

² GESIAK Virgènie, La protection du consommateur et le contrat en ligne, mémoire master 2 consommation et concurrence, université Montpellier 1^{er} centre de droit de la consommation et du marché, 2010-2011, p. 16.

³ شريف محمّد الغنام، المرجع السابق، ص. ص. 21. 22.

⁴ هذا التّعديل منشور في: http://aac.fr/actualite_ferv05_evin.html.

⁵ هذا التّقرير متاح على العنوان التّالي: <http://www.internet.gouv.fr/France/index.html>

3: تعريف الإعلان في قانون حماية المستهلك الفلسطيني:

جاء القانون رقم 21 لسنة 2005 المتعلق بحماية المستهلك في دولة فلسطين، خالياً من تعريف محدد للإعلان مكتفياً بتعريف "المعلن" بأنه: "كل مزود يقوم بإعلان منتجاته بمختلف وسائل الدعاية والإعلان

نلاحظ من خلال التعريف أنه أعطى مجالاً للتوسع في تعريف الوسائل التي يستخدمها المزود للإعلان فيمكن أن تدخل ضمن هذه الوسائل العديد من الأدوات الحديثة كالهاتف المحمول والانترنت، أو أية وسيلة أخرى قد تظهر مستقبلاً نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي¹.

4: تعريف الإعلان في المرسوم الأوروبي:

عرّف المرسوم الأوروبي الإعلان على أنه شكل من أشكال الاتصال يوجه إلى التشجيع المباشر أو غير المباشر، لاقتناء الأموال والحصول على الخدمات أو الارتقاء بشكل أو هيئة شركة ما أو بتنظيمها، أو الرقي بشخص له نشاط تجاري صناعي حرفي أو بمهني حر.²

5: تعريف الإعلان في القانون البلجيكي للتجارة الإلكترونية:

صدر في بلجيكا القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية في مارس 2003، حيث عرّفت المادة 7/2 الإعلان التجاري بأنه: "كل شكل من أشكال الإعلانات تهدف إلى تشجيع وتحسين الخدمات والسلع التي تقدمها المشروعات بشكل مباشر أو غير مباشر، أو يحسن صورة المشروع أو الشركة أو الشخص الذي له أنشطة تجارية أو صناعية...".

كما استثنت نص المادة حالات لا يمكن أن تشكل إعلاناً، وفقاً لأحكام المادة 7/2 من القانون البلجيكي، وهي كما يلي:

¹ عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2012، ص. 68، 69.

² أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2005، ص. 154.

أ: مجرد حيازة موقع الانترنت دون استخدامه.

ب: تقديم بيانات أو معلومات لا تشكّل إيجاباً أو عرضاً.

ت: الحصول على عنوان إلكتروني أو بريد إلكتروني دون مقابل.

ث: علاقة الارتباط التشاعبي التي تشير إلى مواقع خاصة، لا تثبت عليها أيّة إعلانات تجارية.

والواقع أنّ نصوص القانون البلجيكي، الصادرة في: 14 يوليو 1991 بخصوص "التجارة الإلكترونية وحماية المستهلكين"، كانت أوضح في الاعتماد على الهدف من الإعلان عند تحديدها المقصود به، فلقد كانت المادة 22 من هذا القانون تعرّف الإعلان التجاري بأنّه: "كلّ دعاية تهدف بصفة أساسية إلى تشجيع بيع المنتجات والخدمات ...".

6: تعريف الإعلان في القانون الألماني:

تعرض التشريع الألماني بشأن قانون خدمة الاتصالات والمعلومات الصادر في أغسطس 1998 بصفة مباشرة لمسؤولية مورد المحتوى فيعدّ مسؤولاً عن ذلك على أساس القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية¹.

7: تعريف الإعلان في التشريع الجزائري:

بالرجوع إلى النصوص القانونية لاسيما المرسوم التنفيذي المتعلّق برقابة الجودة وقمع الغش²، نجد المشرّع الجزائري عرّف الإعلان بموجب المادة 2 منه على أنه: "جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات والعروض أو الإعلانات أو خدمة، بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية".

وعرّفته 02 من المشروع المتعلّق بالإشهار لسنة 1999، بأنّه: "الأسلوب الاتصالي الذي يعدّ ويقدم في الأشكال المحدّدة في هذا القانون مهما كانت الدعائم المستعملة، قصد

¹ عبد الفتاح محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص. 264.

² مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 يناير 1990، الجريدة الرسمية عدد 05، يتعلّق برقابة الجودة وقمع الغش.

تعريفه وترقيته أي منتج أو خدمة أو شعار أو صور أو علامة أو سمعة أي شخص طبيعي أو معنوي، كما تشمل العبارة كذلك الأنشطة شبه التجارية".

نستنتج من خلال التعريفات السابقة، أنّ الإعلان هو: كلّ 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، سواء من خلال الانترنت أو غيرها من الوسائل الإلكترونية كالهاتف النقال.

وتنقسم الإعلانات إلى أنواع مختلفة قد يصعب حصرها، فالإعلانات تنقسم حسب الجمهور المستهدف منه، أو حسب الهدف من الإعلان، أو حسب المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإعلان، أو حسب نوعية نشاط المعلن، أو حسب الأداة المستخدمة، أو حسب الاستجابة المطلوبة للإعلان، أو حسب السلعة أو الخدمة محل الإعلان¹.

والإعلان الإلكتروني الموجه إلى المستهلك، ما هو إلا عقد أبرم بين طرفين هما المعلن ووكالة الإعلان، ويعتبر عقد الإعلان الإلكتروني من طائفة العقود التي تبرم وتنقذ عبر الانترنت، وهو ينشأ شأنه في ذلك شأن سائر العقود بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين لطرفيه المعلن ووكالة الإعلان، وهو من العقود الرضائية فليس هناك شكل محدد لهذا العقد².

الفرع الثاني: تمييز الإعلان الإلكتروني عما يشابهه من مصطلحات:

يستعمل مصطلح الإعلان لتحقيق أهداف محددة، ولكن قد يصطدم بمصطلحات أخرى قد تؤدي إلى نفس النتيجة.

لإزالة اللبس والغموض يتطلب الأمر تمييز الإعلان عن كلّ من الدعاية (أولاً) الإعلام (ثانياً)، والترويج (ثالثاً).

¹ أحمد إبراهيم مصطفى عطية، النظام القانوني للإعلانات في القانون المدني، رسالة دكتوراه حقوق، القاهرة (بدون سنة نشر)، ص. ص. 21. 22.

² خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، القاهرة، 2007، ص. ص. 112. 113.

أولاً: تمييز الإعلان عن الدعاية:

إن استعمال مصطلح الدعاية بمفهومه الواسع للكلمة يدخل فيه مجرد الإعلان اليومي البسيط في الصحف والحملة الإعلانية المنظمة لتسويق وترويج منتج أو خدمة ما أيًا كانت الوسيلة المستخدمة لذلك سمعية و بصرية، وسائل إعلان مطبوعة... الخ¹.

وقد عرّف البعض² الدعاية بأنها: "ذلك النشاط الذي يؤدي إلى التأثير في عقيدة الجمهور، سواء لجعله يؤمن بفكرة أو مبدأ أو عقيدة معينة، وهي نشاط يستهدف نشر أفكار وآراء معينة وتجميع أنصار لهذه الأفكار".

فالدعاية التجارية تهدف إلى التسويق والترويج لمنتج أو خدمة ما، فهي وسيلة لجذب الجمهور وتشمل على كافة وسائل التأثير النفسي، الأضواء الحركية، الديناميكية، و الصور وغير ذلك³.

وإذا كانت الإعلانات الإلكترونية تعتبر من وسائل الدعاية عبر شبكة الانترنت إلا أنها غالباً ما تحتوي على مجرد بيانات ومعلومات، الهدف منها بيان طبيعة السلعة و ثمنها ونسبة الخصم ومصاريف الشحن.

ونشير هنا إلى أهمية التفرقة بين الدعاية والإعلان التجاري عبر شبكة الانترنت فالإعلان مدفوع الأجر، في حين يغلب أن تكون الدعاية مجانية، والدعاية لا تهدف إلى تحقيق كسب مادي كالدعاية إلى الانضمام إلى جمعية خيرية، على عكس الإعلان التجاري الذي يهدف إلى التأثير في عقيدة المستهلكين، بغرض جعلهم يقبلون على التعاقد المعلن⁴.

¹ أحمد السعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، (بدون دار وبلد نشر)، (بدون سنة نشر)، ص. 09.

² حامد قشقوش، المرجع السابق، ص. 07.

³ محمود عساف، أصول الإعلان، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1966، ص. 42.

⁴ عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص. 34.

ويمكن الإشارة إلى أنّ هناك جانب من الفقه¹ يرى بأنّه لا يوجد فرق بين الدّعاية التّجارية والإعلان التّجاري، فهي وسائل يستعملها المهني لتحفيز المستهلك على الإقبال على السلعة.

ثانياً: تمييز الإعلان عن الإعلام:

تجدر الإشارة في البداية أنّ الفقه يطلق على مصطلح "الإعلام" عدّة تسميات فبعض الفقه العربي² يرى بأنّه التزام بالإعلام، والبعض الآخر³ يرى بأنّه التزام بالتّبصير والبعض الآخر⁴ يرى أنّه التزام بالإفشاء بالبيانات والمعلومات، بينما يرى آخرون⁵ بأنّه التزام بالإخبار.

كما تعدّدت المصطلحات الدّالة على هذا الالتزام لدى الشّراح الفرنسيين⁶ (Conseil, Renseignement.....)، فكلمة إعلام أساساً الإخبار وتقديم المعلومات، ويتضح في عملية الإخبار وجود رسالة إعلامية (أخبار، معلومات، أفكار، آراء)، تنتقل في اتجاه واحد مرسل إلى مستقبل، أي حديث من طرف واحد، فهو في نفس الوقت يشمل أيّ إشارات أو أصوات وكلّ ما يمكن تلقيه أو اختزانه من أجل استرجاعه مرة أخرى عند الحاجة.

¹ سي يوسف زاهية حورية، حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التّجاري الكاذب أو المضلل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 04، 2010، ص. 188.

² هادي مسلم يونس البشكاني، التّظيم القانوني للتّجارة الإلكترونيّة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونيّة، القاهرة، 2009، ص. 313.

وحسن حسين البراوي، التزام المؤمن بالأمانة، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 2005، ص. 178.

³ سهير منتصر، الالتزام بالتّبصير، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1990، ص. 41.

* استخدم مصطلح "الالتزام بالتّبصير" من قبل أشرف محمّد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التّعاقد بوسائل الاتّصال الحديثة، منشأة المعارف، القاهرة، 2008، ص. 83 .

* تجدر الإشارة إلى أنّ هذا المؤلّف يستخدم تارة مصطلح "الالتزام بالإعلام"، وتارة أخرى يستخدم مصطلح "الالتزام بالتّبصير".

⁴ نزيه محمّد الصادق المهدي، الالتزام قبل التّعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلّقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1999، ص. 15.

⁵ السيّد محمّد السيّد عمران، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التّعاقد على شبكة الانترنت، الدّار الجامعيّة، لبنان، 2006، ص. 29.

⁶ Jack BUSSY, Droit des affaires, Presses de Science politique, Dalloz, Paris, 1998, p. 387.

فالإعلام يُعنى بتقديم الأفكار والآراء والتوجيهات المختلفة إلى جانب المعلومات والبيانات بحيث تكون النتيجة المتوقعة المخطّط لها مستقبلاً، أن تعلم جماهير مستقبلي الرسالة الإعلامية كافة الحقائق ومن كافة جوانبها¹. فهو التزام قانوني عام سابق على التعاقد يلتزم فيه البائع بتقديم المعلومات الجوهرية التي تفيد المشتري، ولا يتمكّن من الحصول عليها نظراً لطبيعة العقد².

أمّا الإعلام الإلكتروني فهو يعتمد في الأساس على الانترنت وتقنية المعلومات على اختلاف مسمياتها، فطبيعة شبكة الانترنت وما تتميز بها من سرعة في نقل المعلومات تجعلها الوسيلة الأمثل للتواصل، ضف إلى ذلك سهولة الاستخدام لهذا الوسيط من دون أن يكون للمستخدم خبرات تقنية عالية، أو أيّ اختصاص في البرمجة المعلوماتية إذ يكفي أن تتصل عبر الكمبيوتر أو الهاتف المحمول للخوض في محتوى الانترنت، ويعتمد الإعلام الإلكتروني على وسيلة جديدة من وسائل الإعلام الحديثة³، وهي الدمج بين كلّ الوسائل الحديثة و وسائل الإعلام التقليدي، بهدف إيصال المضامين المطلوبة بأشكال متميزة ومؤثرة بطريقة أكبر⁴.

¹ قينان عبد الله الغامدي، التوافق والتناظر بين الإعلام التقليدي والإعلام الإلكتروني، ورقة بحثية مقدّمة إلى ندوة الإعلام والأمن الإلكتروني، جامعة الأمير نايف العربية للعلوم الأمنية، ماي 2012، ص. 05.

² أشرف محمد مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص. 94.

³ تعتبر وسائل الإعلام الحديثة دمج مع وسائل الإعلام التقليدي، بهدف إيصال المضامين المطلوبة بأشكال متميزة ومؤثرة بطريقة أكبر، ووسائل الإعلام الحديثة كمصطلح واسع ظهر في الجزء الأخير من القرن العشرين، ليشمل دمج وسائل الإعلام التقليدية مثل: الصّور والأفلام والموسيقى والكلمة المنطوقة والمطبوعة، مع القدرة التفاعلية للكمبيوتر وتكنولوجيا الاتصالات وتطبيقات الثورة العلمية في مجال الاتصال، بالتغلب على الحيز الجغرافي والحدود السياسية، والتي أحدثت تغييراً في وسائل الإعلام، وتتمثّل وسائل الإعلام الجديدة في وسائل رقمية، الشبكية، التفاعلية، وذلك لتفريقها عن وسائل الإعلام التقليدية (المطبوعة والمسموعة والمرئية)، للمزيد عن وسائل الإعلام الجديدة، أنظر: الموقع الإلكتروني لمعهد الميديا الجديدة بجامعة كولومبيا العريقة

⁴ قينان عبد الله الغامدي، نفس المرجع، ص. 05.

ويتميّز الإعلان عن الإعلام من ناحية الهدف، حيث يهدف الإعلان إلى العمل على رواج المنتجات والخدمات بين الجمهور كي يقدم على الشراء، بينما لا يهدف الإعلان إلى ذلك، بل يعمل على تكوين فكرة معيّنة أو دعم الثقة في نظام معيّن¹.

ثالثاً: تمييز الإعلان عن الترويج:

عرّف الفقيه Kerman² الترويج بأنه: "الجهد المبذول من جانب البائع لإقناع المشتري المرتقب بقبول معلومات معيّنة عن سلعة أو خدمة، وحفظها في ذهنه بشكل يمكنه من استرجاعها".

ويعرّفه البعض الآخر³ بأنه: "الوظيفة المتعلقة بالإخبار والإقناع والتأثير على القرار الشرائي للمستهلك".

فالترويج يهدف إلى تحسين صورة المنتج أو الخدمة وإظهار مزاياها لدى المستهلك وفي هذا الهدف يشترك الترويج مع الإعلان التجاري، إلا أنّ الترويج يمنح شيئاً ملموساً مثل تخفيض الأسعار، تقديم الهدايا، إجراء المسابقات، تقديم العينات، إعداد النشرات التعريفية والكتالوجات وتقديمها⁴.

المطلب الثاني: أشكال وطبيعة الإعلانات عبر الإنترنت:

تتنوّع أشكال الإعلانات عن السلع والخدمات عبر شبكة الانترنت، ويتّسم كلّ نوع بطبيعته الخاصة التي تميّزه عن غيره، والتي تؤثر في مسؤولية أشخاص الإعلان عن المحتوى غير المشروع له⁵.

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 140.

² ناجي معلا، رائف توفيق، أصول التسويق، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمّان، 2002، ص. 294.

³ شريف أحمد شريف العاصي، التسويق، النظرية والتطبيق، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2004، ص. 373.

⁴ عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص. 39.

⁵ VERBIEST Thibault et WERY Étienne, Le droit de l'internet et de la société de l'information, droit européen Belge et Français, Larcier, Bruxelles, 2001, p. 261.

بناءً على ذلك يتطلّب الأمر تحديد الأشكال المختلفة للإعلانات التي تبتّ عبر الانترنت (الفرع الأول)، وتحديد ما إذا ما كانت جميعها تتصفّ بصفة الإعلان التجاري أم لا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أشكال الإعلانات عبر الانترنت:

يتخذ هذا النوع من الإعلانات صوراً وأشكالاً عديدة، منها الخطابات، الأوراق المطبوعة التي توزع مع الصحف اليومية، ومنها أيضاً البطاقات البريدية، الكتيبات الكتالوجات، الماركات التجارية، وغير ذلك.....، والتي يتمّ ابتداعها بغرض التسويق السّلي، وهذه الوسائل هي الأخرى يتمّ التّدليس من خلالها، فبعد أن يحمل الشّخص الإعلان الموجّه إليه بموجب رسالة ويتجه إلى الشركة المعلنة، يجد السلعة مختلفة أو السعر بخلاف ما تمّ الإعلان عنه، أو أنّ بعض المواصفات متغيّرة وتتعامل الشركة بأمر غير منطقية كنفاد الكمية، أو أنّ هذه السلعة غير معلن عنها أو وجود مواصفات أخرى زائدة غير معلن عنها، وهكذا ولاشكّ أنّ ذلك يدخل في دائرة الاحتيال على المتعاقد من أجل شراء السلعة¹.

وعليه فإنّ أشكال الإعلانات التي تتمّ عبر شبكة الانترنت متنوعة منها، مواقع الانترنت (أولاً)، البريد الإلكتروني (ثانياً)، منتديات المناقشة والمحادثة (ثالثاً).

أولاً: مواقع الانترنت:

الانترنت شبكة ضخمة من الحواسيب، تربط بين كثير من المؤسسات التجارية والمعاهد والأفراد حول العالم، والتي تعني الشبكة المترابطة للشبكات بربط عشرات الألوف من شبكات الحاسوب الصّغيرة².

فمواقع الانترنت أو صفحات الانترنت تعدّدت وتنوّعت، بحيث يمكن القول بأنّه من الصّعب أو من المستحيل حصر المواقع المستخدمة في الإعلان عن السلع والخدمات، فكلّ

¹ أحمد السّعيد الزّرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي، مجلّة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 19، العدد 04، 1995، ص. ص 165. 166.

² عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسب، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمّان، 2008، ص. 90.

جهة أو شركة أو مؤسسة أو حتى شخص طبيعي يمكنه أن يمتلك موقعاً له على شبكة الإنترنت، ويمكن لكلّ مستخدم أن يصل إليه ويتصفحّه ويعلم كلّ محتويات الموقع عن طريق عنوانه الإلكتروني، ولذا يشبه البعض صفحات الإنترنت بـ: "الكتالوج الافتراضي" لأنه يظهر كلّ ما يتعلّق بالسلع والخدمات، كالتّوع والخصائص والسعر وغيرها من العناصر، وإذا لم يعلم المستخدم العنوان الإلكتروني للموقع يمكنه الوصول إليه من خلال وضع بعض الكلمات الدالة عليه في أحد مواتير البحث، ويجده ضمن النتائج التي يكون ماتور البحث قد توصّل إليها.

ويعبر أصحاب المواقع في صفحاتهم عن هويتهم وأنشطتهم والخدمات التي يقدمونها وتسمح هذه المواقع بتكوين اتّصال مباشر بين المنتج والمستهلك، فلا يقتصر دورها على عمل الدعاية والإعلان، ولكنّ تسمح بتنفيذ أوامر الشراء وإبرام الصفقات عبر الشبكة¹.

لذا نجد أنّ العديد من الشركات تستخدم الإنترنت للقيام بأعمالها التجارية، كذلك نجد المؤسسات تبيع بالتجزئة كلّ أنواع المنتجات تقريباً على الإنترنت، وينظر ناشرو البرمجيات للشبكة بوصفها وسيلة ملائمة ورخيصة لتوزيع منتجاتهم، فيكفي أن يضع المعلنون رسائلهم الإعلانية في المواقع التي تحظى بزيارات متكرّرة، ويمكن ربط هذه الإعلانات إلكترونيا بالمعلومات الخاصة بالمعلن والتي تأخذ في معظم الأحيان شكل ملف وسائط متعدّدة².

ويتمّ تصميم مواقع الإنترنت عادة بطريقة جذابة للجمهور، بحيث تتضمن أصواتاً وصوراً متحرّكة وملونةً وبعض ملفات الفيديو، وتكون هذه المواقع منظّمة بطريقة سهلة تضمن رؤية المستخدم لها كاملة وانتقاله من صفحة إلى صفحة أخرى على ذات الموقع دون مجهود كبير، وقد تتضمن هذه المواقع أيضاً إشارات إلى مواقع أخرى يمكن الانتقال إليها مباشرة من خلال الموقع الأصلي عن طريق ما يسمى بالارتباط التّشاعي³.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص. 34. 35.

² عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص. 92.

³ الارتباط التّشاعي: هو عبارة عن برنامج يسمح بالانتقال من صفحة إلى أخرى من صفحات الإنترنت، بسهولة ويسر فإذا أراد المستخدم الانتقال من موقع لآخر، فإنّ الارتباط التّشاعي يسمح له بالانتقال والعودة مرّة أخرى إلى الموقع الأصلي، دون ضرورة الخروج كليّة من هذا الموقع أو ذاك.

ثانياً: البريد الإلكتروني:

لقد عرّف بعض الفقه¹ البريد الإلكتروني بأنه: "مستودع لحفظ الأوراق والمستندات الخاصة في صندوق البريد الخاصّ بالمستخدم، شرط تأمين هذا الصندوق بعدم الدّخول إليه وذلك بطرق التّأمين المعروفة، ومنها التّشفير وكلمة المرور وغيرها من تقنيات الحماية".

كما عرّفه البعض الآخر² بأنه: "عبارة عن استخدام شبكة الانترنت كصندوق بريد بحيث يستطيع المستخدم إرسال واستقبال الرّسائل الإلكترونيّة من وإلى شخص أو عدّة أشخاص من مستخدمي الانترنت خلال ثوانٍ، وتتمّ هذه الخدمة غالباً بالمجان، ويجب أن يكون لدى مستخدم الانترنت برنامج البريد الإلكتروني ضمن البرنامج الذي يحتويها جهاز الكمبيوتر الخاصّ به".

ولقد عرّف القانون الأمريكي لسنة 1986 المتعلّق بخصوصيّة الاتّصالات الإلكترونيّة البريد الإلكتروني بأنه: "وسيلة اتّصال يتمّ بواسطتها نقل المراسلات الخاصّة عبر شبكة خطوط تليفونية خاصّة أو عامّة، وغالباً تتمّ كتابة الرّسائل على جهاز الكمبيوتر ثمّ يتمّ إرسالها إلكترونياً إلى كومبيوتر مورد الخدمة الذي يتولى تخزينها لديه، إذ يتمّ إرسالها عبر نظام خطوط التّليفون إلى كومبيوتر المرسل إليه"³.

ويمكن القول أنّ البريد الإلكتروني وسيلة في غاية الأهميّة إذ تمثّل للشركات وسيلة اتّصال خارجية وخاصّة لإعلام المستهلك بالمنتجات المختلفة والعروض الجديدة، حيث أنّ الإرسال لا يحتاج إلى أيّة متطلّبات كثيرة مقارنة بالبريد العادي، فهو لا يحتاج إلى الطّابع البريدي ولا يخضع لرقابة الدّول ولا يحمل مخاطر الرّسالة العاديّة⁴.

¹ عبد الفتاح بيومي الحجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، القانون العربي التّمودجي، دار للنشر شتات والبرمجيات، القاهرة، 2007، ص. 53.

² فاروق حسين، البريد الإلكتروني، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، 1999، ص. 09.

³ عدي جابر هادي، الحماية الجزائية للبريد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلّة رسالة الحقوق، جامعة القادسية، العراق، السّنة الثّانية، العدد 3، 2010، ص. 156.

⁴ فادي محمّد عماد الدين توكّل، عقد التّجارة الإلكترونيّة، الطّبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص. 09.

تجدر الإشارة إلى أنّ صندوق البريد الإلكتروني يشبه صندوق البريد العادي فكلّ مشترك صندوق بريدي في عالم الانترنت، مع وجود فارق جوهري يتمثل في أنّه في صندوق البريد الإلكتروني توجد الرسائل المرسلّة إليك وتلك التي سبق لك إرسالها، والرسائل الملغاة ونماذج عامة لصيغ الرسائل، بالإضافة إلى قائمة بالعناوين البريدية التي تضيفها أو التي تنشئها في صندوقك، حتّى لا تعود في كلّ وقت لطباعة العنوان من جديد، وكلّ ما تحتاجه للوصول إلى صندوقك البريدي هو كلمة السرّ واسم المستخدم، وبعض الإعدادات الضرورية على برنامج البريد الإلكتروني¹.

ثالثاً: منتديات المناقشة والمحادثة:

منتدى المناقشة هو مكان افتراضي لتبادل المعلومات والأفكار حول مسألة معيّنة بين أكثر من شخص، ويمكن لكلّ شخص أثناء المنتدى أن يبدي رأيه ويتمّ الحوار بين الجميع بشكل مكتوب أو شفهي². ويستخدم البريد الإلكتروني للإدلاء بالأراء، وغالباً ما تخضع هذه المجموعات إلى إدارة شخص واحد يعمل على إدارة المناقشات وتوجيهها واستبعاد ما لا يناسب منها³. ويمكن القول أنّ منتدى المناقشة بمفهومه هذا هو أقرب إلى مجلس العقد⁴.

تجدر الإشارة إلى أنّ فكرة الاتصالات الجماعية ظهرت في عام 1960 عن طريق مشروع *multics*، حيث قام بتخصيص مساحة إعلانية تسمح للأشخاص بعرض وتبادل آرائهم بكلّ حرّية، وانتقلت بعد ذلك الفكرة إلى شبكة الانترنت⁵.

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حجّية البريد الإلكتروني في الإثبات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008، ص. 34. 35.

² هيثم نيازي فهمي، رحلة عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، (بدون دار وبلد نشر)، 1996، ص. 103.

³ نور الدين شارف، خدمات الانترنت ودورها في زيادة فعالية مزيج الاتصال التسويقي للمؤسسة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد 08، 2012، ص. 43.

⁴ إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مجلّة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العراق، المجلّد 01، العدد 02، 2009، ص. 188.

⁵ للاطلاع على المسائل الفنيّة المتعلّقة بمنتديات المناقشة، أنظر: التقرير الذي أعدته مجموعة العمل بخصوص مسؤولية منظمي منتديات المناقشة في 08 يوليو 2003، والمنشور عبر شبكة الانترنت على العنوان التالي:

أما المحادثة عبر الانترنت "chat"، فهي شبيهة بالمحادثة التي تتم عبر التليفون باستثناء أنه من المتصور أن تتم في شكل مكتوب عبر الشبكة ولا تتم بهذا الشكل عن طريق التليفون، ومن الممكن أن تضم المحادثة أكثر من شخصين ويسمى في هذه الحالة مؤتمر "conférence"، وفي هذه الحالة تتشابه بمنتديات المناقشة، وفي كثير من الأحيان ينظم المعلنون هذه المنتديات أو المحادثات ويديرونها بأنفسهم ثم يستخدمونها كمساحة إعلانية لترويج منتجاتهم وخدماتهم للجمهور بشكل دائم، أو يؤجرون مساحة إعلانية خلال المنتدى أو المحادثة للغير، فوجود موقع ثابت لهذه المنتديات يضمن استمرار الإعلانات المقدّمة للجمهور عبر هذا الموقع، أما في حالة منتديات المناقشة أو المحادثات المؤقتة فإنّ المعلنين يستفيدون من مجانية الدخول إلى هذه المواقع ويبثون إعلاناتهم عن طريقها.

ويتضح من خلال عرض طريقة عمل منتديات المناقشة والمحادثة عبر شبكة الانترنت أنّ الرسالة الإعلانية التي تظهر عليها تعدّ تجارية متى كانت تتضمن عرضاً أو ترويجاً لسلع وخدمات تقدّم للجمهور بمقابل، ويستوي في هذه الحالة أن يكون المعلن عن تلك السلع والخدمات صاحب منتدى أو شخص من الغير¹.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني:

يعرّف العقد² بأنه توافق إرادتي طرفيه على إحداث الأثر القانوني المقصود منه، لذا وحتى يقوم الرضا في العقد لابدّ من وجود إرادة شخص محدّدة تتّجه إلى إحداث أثر قانوني معيّن، وأن تتطابق مع إرادة أخرى³.

وإذا كان المخاطب بالإيجاب مجموعة من الأشخاص، مثل فئة الأطباء أو المهندسين من درجة معيّنة مثلاً، فإنّ أيّ شخص تنطبق عليه شروط الإيجاب يمكن له أن

¹ شريف محمّد غنام، المرجع السابق، ص. 50. 51.

² عرّف العقد في نصّ المادة 54 من القانون المدني، الصادر بموجب الأمر 75-58 مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمّم بموجب قانون رقم 05-10 مؤرّخ في 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية، عدد 44). بقولها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

³ محمّد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأوّل، النّظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطّبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص. 76.

ينتقد بقبوله، بينما العرض الذي يوجهه شخص إلى آخر لا يعتبر إيجاباً ما لم يكن جازماً وباتاً، فالعرض يعتبر أدنى مرتبة من الإيجاب إذ لا يعدو أن يكون مجرد دخول للمفاوضات، وإذا صادف هذا العرض موافقة من الطرف الآخر، أعتبر ذلك رضا للدخول في المفاوضات، وليس قبولا يؤدي إلى إبرام العقد¹.

لكن الإشكال الذي يثور: هل يمكن اعتبار الإعلان التجاري الموجه إلى الجمهور عبر شبكة الانترنت إيجاباً؟

نجد مشروع اتفاقية الأونسترال للتعاقد الإلكتروني، عالج هذا الأمر تحت عنوان "الدعوات إلى تقديم العروض" ووضع معياراً بخصوصه، إذ نصت المادة 1/09 على أنه: "رسالة البيانات تتضمن عرضاً لإبرام عقد وتكون موجهة إلى شخص أو أشخاص معينين، بل تكون عامة في تناول الأشخاص الذين يستخدمون نظم المعلومات مثل عرض السلع أو الخدمات من خلال موقع على شبكة الانترنت، وتعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض ما لم يتبين اتجاه قصد مقدم العرض في حالة قبوله".

نلاحظ أنّ هذا النص وضع قاعدة عامة بهذا الشأن، هي أنّ الأصل في العروض الإلكترونية الموجهة إلى شخص أو أشخاص غير معينين (عبر المتاجر الافتراضية) أنّها دعوة إلى التعاقد، والاستثناء على هذا الأصل هو اعتبار هذه العروض إيجاباً باتاً إذا كان مقدم العروض يقصد بها ذلك.

أمّا فيما يتعلق بالمعايير التي يمكن الاعتماد عليها لغرض الوصول إلى حقيقة إرادة مقدم العروض الإلكترونية لتحديد ما إذا كان يقصد من عرضه مجرد دعوة للتعاقد أو إيجاباً ينعقد به العقد إذا ما أقرن به قبول مطابق، فقد حاولت المادة 1/09 من مشروع الأونسترال الإجابة على هذا التساؤل، حيث نصت على أنه: "في تعيين قصد طرف الالتزام في حالة القبول يولي الاعتبار لجميع الظروف المتصلة بالحالة، ويفترض في عرض السلع أو الخدمات عن طريق نظم حاسوبية مؤتمتة، تسمح بانعقاد أوتوماتيكي وبدون

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني المرجع السابق، ص. 141.

تدخل بشري يبين اتجاه قصد مقدم العرض إلى الالتزام به في حالة قبوله، ما لم يبين مقدم العرض خلاف ذلك".

ولقد ألفت هذه المسألة خلاف في الفقه بين رأيين، رأي يرى أنّ الإعلان الإلكتروني دعوة للتفاوض (أولاً)، ورأي ثاني يرى أنّ الإعلان الإلكتروني هو إيجاب (ثانياً).

أولاً: الرأي القائل أنّ الإعلان الإلكتروني دعوة للتفاوض:

يرى جانب من الفقه¹ أنّ الإعلان الموجّه إلى المستهلك عبر شبكة الانترنت لا يعدّ إيجاباً وإنما دعوة للتفاوض أو للتعاقد، أو إيجاباً ورجبة في التعاقد، كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي، واشترط لذلك ألاّ يتضمّن الإعلان الشّروط الجوهرية للتعاقد، كعرض السّلع في واجهات المحلّات التجاريّة دون بيان أسعارها لا يعتبر إيجاباً.

فعرض البضائع والخدمات عبر الانترنت يشبه إلى حد كبير نافذة المتجر الحقيقي فإذا تضمّن عرض السّلع عن طريق الانترنت ثمن المبيع يعدّ هذا العرض إيجاباً شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحلّات التجاريّة مع بيان أثمانها².

ففي الحالتين تتحقّق للمستهلك رؤية الشّيء المبيع سواء أكانت رؤية حقيقية بملء العين، أم رؤية افتراضية داخل الموقع التجاري على صفحة الانترنت من خلال شاشة الحاسوب³. بمعنى أنّه إذا حدّدت الأسعار كان العرض إيجاباً.

¹ سي يوسف زاهية حورية، حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل، المرجع السابق، ص. 188.

² علوان رامي محمد، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلّة الحقوق، الكويت، العدد 04، 26 ديسمبر 2002، ص. 244.

³ أحمد السعيد زقرد، حقّ المشتري في إعادة النّظر في عقود البيع بواسطة التّفزيون، مجلّة الحقوق، الكويت، العدد 03، 1995، ص. 192.

ثانياً: الرأي القائل أنّ الإعلان الإلكتروني هو إيجاب:

يرى بعض الفقه المصري¹ أنّ العرض حتّى يكون إيجاباً يجب أن يكون جازماً، أي أن يعبر عن إرادة مصممة وعازمة نهائياً على إبرام العقد إذا صادفت قبولاً مطابقاً، كما يجب أن يكون محدّداً وكاملاً، أي يتضمّن على الأقلّ البيانات والمعلومات التي تشير على الأقلّ للبيانات والمعلومات التي تشير إلى طبيعة العقد المراد إبرامه، وشروطه الأساسية دون غموض أو لبس، بحيث لا يبقى لانعقاد العقد سوى صدور قبول مطابق.

ويؤيد القضاء المصري² هذا الاتجاه حيث رفضت محكمة النقض المصرية اعتبار الإشهار إيجاباً بل دعوة للتعاقد، حيث جاء في حيثيات الحكم أنّه: "إذا كان المنشور من الشركة المحتركة لنوع معيّن من السيّارات إيجاباً ملزماً للبيع وطلب حجز السيّارة المقدّمة من المطعون ضده الأول إلى الشركة المذكورة قبولاً لإيجاب الشركة المنتجة، وبذلك حجت نفسها عن بحث ما تمسكت به للشركة الطّاعنة من أنّ ما صدر منها لا يعدو إلّا أن يكون دعوة للتعاقد، وإنّ طلب حجز السيّارة هو الذي يعتبر إيجاباً، وكذلك عن بحث ما إذا كان هذا الإيجاب قد صادفه قبول انعقد به عقد بيع السيّارة موضوع النزاع، فإنّه يكون مشوباً بقصور في التّسبب أدّى به إلى الخطأ في تطبيق القانون".

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الأردني اشترط أن يكون الإعلان محدّداً وواضحاً حتى يعتبر إيجاباً، كعرض الثمن، أمّا في حالة الشكّ فلا يعتبر إيجاباً وإنّما دعوة للتفاوض وذلك ما تمّ التأكيد عليه في المادة 94 من القانون المدني الأردني³ بقولها: "يعتبر عرض البضائع مع تبيان ثمنها إيجاباً، أمّا النّشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التّعامل بها وكل بيان آخر متعلّق بعرض أو بطلبات موجّهة للجمهور أو الأفراد، فلا يعتبر عند الشكّ إيجاباً وإنّما يكون دعوة للتفاوض".

¹ حسام الدين كمال الأهواني، المفاوضات في الفترة الممتدّة قبل التّعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، بحث منشور في كتاب الأنظمة التّعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص. ص 58. 59.

² طعن 398-936 لسنة 1937، جلسة 12 ماي 1976، رقم 80.

محمد أحمد عبد الفضيل، المرجع السابق، ص. 163.

³ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

ولكن ليس بالضرورة أن يكون كل إعلان إيجاباً أو إيجاباً ناجزاً، كأن يعلن أحدهم عن شركته على شبكة الانترنت ويعرّف عنها وعن البضائع أو الخدمات المعروضة فيها دون تقديم المعلومات الضرورية لإنشاء العقد، أو كأن يقترن الإعلان بشرط عدم الالتزام بالتعاقد حال نفاذ السلعة أو الكمية المطلوبة، فيؤلف عندها الإعلان إيجاباً مشروطاً، أو كأن يتضمن الإعلان نفيًا جزئيًا لنية التعاقد¹.

وحسب بعض الفقهاء² فإن معظم الإعلانات على شبكة الانترنت تشكل إيجاباً بدليل أن أكثرية المواقع على الشبكة تشترط أن يؤكد الزبون قبوله للعقد عن طريق الضغط مرتين أو أكثر على الزر الخاص بالموافقة للتأكيد من موافقته الإرادية على انعقاد العقد، ونفي ادعاء الضغط على الموافقة بطريق خطأ أو بدون قصد، كما أن معظم المواقع على شبكة الانترنت تشترط على الزبون تحرير بيانات مستند أمر شراء معروض عليه لتأكيد موافقته على شراء السلعة أو طلب الخدمة.

وفي تحليلنا للزّيبين نرى أن العرض الموجّه إلى الجمهور لا يصل إلى مرتبة الإيجاب، وإنما فقط هو دعوة للتعاقد أو للتفاوض، وهذا ما ينسجم مع عقود التجارة الإلكترونية، فمثلاً قد تكون للعارض الآلاف من الرسائل الإلكترونية بالموافقة على طلب الشراء دون أن يكون لديه كل الكمية المطلوبة أو تكون له الكمية المطلوبة لكن الأسعار أزيد مما كانت عليه وقت الإعلان، نتيجة لازدياد الطلب على السلعة أو لارتفاع الأسعار وبالتالي فإن القول باعتبار أن الإعلان الإلكتروني ما هو إلا دعوة للتعاقد فهذا يؤدي بالعارض أو المنتج لرفض الطلبات الزائدة، ضف إلى ذلك أنه من الخطورة بمكان اعتبار الإعلانات الموجّهة إلى الجمهور إيجاباً، لأن ذلك يؤدي التزام العارض بالموافقة لجميع الطلبات وهذا ما لا يتحقق في غالب الأحيان نظراً لعدم توافر الكميات المطلوبة، أو بسبب تذبذب الأسعار صعوداً أو انخفاضاً من ناحية، ومن ناحية أخرى اعتبار العرض الموجّه إلى الجمهور إيجاباً قد يعرض العارض إلى خسارة كبيرة، سواء من ناحية التزامه بالتعويض أو

¹ فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص. 25.

² المرجع نفسه، ص. 25. 26.

من ناحية تقديم بضاعة بأسعار غير مناسبة ولائقة، فإذا ما أخذنا على سبيل المثال عقد البيع عبر الانترنت باعتباره أكثر العقود استخداما في التجارة الإلكترونية فإنه يشترط فيه كي يرقى العرض إلى مرتبة الإيجاب أن يتم إعلان المستهلك بالشروط الجوهرية للتعاقد وطبيعة المنتج أو الخدمة، مع تحديد الثمن وكيفية السداد وميعاد ومكان التسليم.

نستخلص مما سبق فيما يتعلّق بتحديد طبيعة الإعلان التجاري الإلكتروني الموجّه إلى المستهلك، أنّه قد يعتبر إيجابا وقد يكون دعوة للتفاوض أو للتعاقد، فإذا تضمّن الإعلان الشّروط الأساسية والجوهرية للتعاقد، أي تضمّن عرض السّلع والخدمات عن طريق الانترنت ثمن المبيع فإنّ هذا العرض يعتبر إيجابا، فالإعلان الإلكتروني يجب أن يكون محدّدا واضحا.

أمّا عن اعتبار الإعلان الإلكتروني الموجّه إلى المستهلك دعوة للتفاوض أو للتعاقد فيتمثل في عدم احتواء الإعلان الإلكتروني على الشّروط الأساسية للتعاقد، كبيان أسعار السّلع والخدمات عبر الانترنت، أي عند الشكّ في مدى سلامة وصحة المعلومات الجوهرية عند التعاقد، فإنّ الإعلان الإلكتروني لا يعتبر إيجابا وإنّما دعوة للتفاوض.

المطلب الثالث: قواعد حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات

الإلكترونية

يعتبر الإعلان عبر الانترنت من أكثر الوسائل ترويجا للمنتجات فهو في تزايد بمعدل 12% سنويا¹. لذا كان لزاما أن تتوافر شروط عامة في هذه الرسالة الإعلانية أيّا كان موضوعها وتجد هذه الشّروط العامة مصدرها في التّنظيمات القانونية، سواء على المستوى الوطني أو الدّولي، أو كانت مستمّدة من التّنظيم الذي يضعه المتعاملون في الإعلانات التجارية التي تبثّ عبر هذه الشّبّكة.

¹ خويلد عفاف، فعالية الإعلان في تكنولوجيا المعلومات والاتّصال لدى المؤسّسات الاقتصادية الجزائرية، مجلّة الباحث، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، العدد 7، 2009-2010، ص. 357.

فهذه التنظيمات القانونية تفرض في الإعلان الذي يبيث عبر الشبكة أن يكون محددًا وأمينًا وشفافًا، (الفرع الأول)، بالإضافة إلى تحريم الإعلانات المضللة (الفرع الثاني)، مع فرض الرقابة على الإعلان المقارن (الفرع الثالث).

الفرع الأول: اشتراط وضوح الإعلان التجاري عبر شبكة الانترنت:

إن اشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني يعني أن يتضمّن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدّمة، والتي من شأنها خلق تفكير واع متبصّر يعمل على تكوين إرادة واعية مستنيرة لدى المستهلك وهو بصدد الإقبال على التعاقد¹، أو بعبارة أخرى أن يكون الإعلان مصاغًا بشكل لا يخلط فيه بين المهمّ والثانوي أو بين الكلّ والجزء، وهو ما يخصّ بصفة رئيسية إعلان الخدمات².

ويفترض في الإعلان استخدام أداة من أدوات التعبير التي يتمّ اختيارها من بين الوسائل المتاحة أمام المعلن، وتتنوّع أدوات الإعلان في الأصل إلى إعلانات مكتوبة أو مقروءة تتمثّل في الصحف والمجلاّت وإعلانات سمعية ومرئية كالانترنت، التلفزيون، السينما إعلانات الرّاديو، أو ثابتة كاللّافّات الإعلانية، والألواح الضوئية والملصقات الجدارية وواجهات المحلات، وإعلانات الشّوارع، وغيرها من الأساليب المستخدمة لجذب انتباه الجمهور³.

ولقد أشار القانون الفرنسي إلى أنّه يجب أن تكون العمليات التجارية الإلكترونية والدعاية المصاحبة لها واضحة وغير غامضة ويجب الالتزام باستخدام اللّغة الفرنسية في الإعلان عن السلع والخدمات عبر شبكة الانترنت، وتزويد المستهلك بمعلومات واضحة عن المنتج أو الخدمة المعروضة بما يسمح للمستهلك بإعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي

¹ ممدوح محمد خيرى هاشم، الحماية المدنية من الإعلانات التجارية الخادعة، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة نشر)، ص. 28. وطارق كميل، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، مجلد 0، العدد 0، (بدون سنة نشر)، ص. 69.

² أحمد بوصوف، الضوابط القانونية للإعلانات التجارية، الطبعة الأولى، دار القلم، المغرب، 2015، ص. 133.

³ موفق حماد عبد، موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، صيدا، 2011، ص. 43.

وإدراك كاملين، ولقد نصّ على ذلك في القانون الصادر عام 1986¹ المتعلق بوسائل الإعلام السّمعية والبصرية الذي يطبق على خدمات الانترنت، على أنّ: "رسائل الإعلانات التي تذاع بواسطة الوسائل المبيّنة في هذا القانون -ومنها الانترنت- يجب أن تكون محدّدة وواضحة وخالية من اللبس والغموض".

تجدر الإشارة إلى أنّ الانترنت تعدّ من أهمّ وأبرز وسائل الإعلان عن المنتجات والخدمات في الوقت الراهن، حيث لجأت إليها العديد من الشركات للإعلان عن منتجاتها وخدماتها وإرشاد المستهلكين لكّل ما هم بحاجة إليه من معلومات بوصفه يقدّم لناشري الإعلانات والمعلن إليهم وسطا إعلانيا إلكترونيا يفوق بكثير ميدان الإعلان التقليدي².

من وسائل الإعلان أيضا العلامة التجاريّة³، التي يقصد بها: "كل رمز أو إشارة لسلع أو خدمات تاجر تميّزه عن غيره من التّجار، فهي فضلا عن هذه الوظيفة فإنّها تفيد البائع في الإعلان والدّعاية"⁴.

فالعلامة التجاريّة رمز يتّخذ شعارا للخدمات التي تؤديها ولا يخفى أنّ بعض العلامات التجاريّة تتّخذ رموزا، فمثلا في عالم السيّارات تتّخذ شركة "بيجو" الأسد رمزا وهو دليل القوّة في سيارات مارسديس اختيار النّجمة يعني السّموا في عالم السيّارات، والمستهلك عندما يقدم على شراء سلعة ما إنّما يربط العلامة التجاريّة و خصائص السلعة فهي رمز على الجودة الهدف منه جذب وإغراء العملاء⁵.

ويمكن القول أنّ القوانين الوطنية والتّوجيهات الأوربية وكذلك القواعد التي وضعتها الهيئات والتنّظيمات المتعلّقة بالإعلانات التجاريّة عبر شبكة الانترنت في إطار التّنظيم الذي يضعه المتعاملون للإعلانات التجاريّة في ضرورة تحديد محتوى الرّسالة الإعلانية حماية

¹ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, relative de communication (Loi Léotard). modifié par Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 - art. 109 (V) JORF 10 juillet 2004 en vigueur le 1er août 2004.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 43.

³ أمر رقم 06-03 مؤرّخ في 19 يوليو 2003، الجريدة الرّسمية عدد 44، يتعلّق بالعلامات.

⁴ يعقوب يوسف صرخوة، النّظام القانوني للعلامة التجاريّة، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة الكويت، 1993، ص. 67.

⁵ أحمد السعيد الزّرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص. 148.

للمستهلكين من أي غموض أو نقص يستغله المعلنون، فضمانا لسلامة الرضا الذي يصدره المستهلك وعدم اعتباره مشوبا بالغش أو التّدليس بات من الضروري أن يكون الإعلان واضحا في كلّ تفصيلاته وبصفة خاصة تلك التي قد تؤثر في قرار المستهلك للشراء.

ونظراً لأهمية هذا المبدأ فقد تمّ تكريسه من جانب القوانين الوطنية كالقانون الفرنسي في النصوص التي تنظّم مسائل متنوعة في مجال الإعلانات، فالمادة 2/10 من القانون الصادر في أول أغسطس 1986¹، المتعلّق بتعديل النظام القانوني للصحافة تنصّ على أنّ: "كلّ رسالة إعلانية يجب أن يشار فيها لمصطلح دعائية أو إعلان " communication ou publicité " لتمييزها عن غيرها من الرسائل".

ولقد عدّلت المادة 43 / 2 من قانون 30 سبتمبر 1986، المتعلّق بالدعاية السمعية البصرية² المفهوم الوارد في المادة 10 السابقة بنصّها على أنّ: "رسائل الإعلانات التي تذاع بواسطة الوسائل المبيّنة في هذا القانون ومنها الانترنت، يجب أن تكون محدّدة وواضحة وخالية من اللبس والغموض".

وتبيّن غرفة التجارة الدولية الالتزامات الواجب توافرها في الإعلان كالاتي:

"يجب أن يكون الإعلان مميّزا بصورة واضحة مهما كان الشكل أو الوسط المستخدم وعندما يتمّ إذاعة الإعلان أو نشره في وسائل الإعلان media يجب أن يقدّم بصورة يظهر منها فوراً الإعلان"³.

وهناك مشكلة ترتبط بالقوانين المتعلقة بالإعلانات التي تصدر في الخارج، حيث من الصعب فرض رقابة عليها من جهة وتحديد القانون الذي تخضع له من جهة أخرى، فقد يكون الإعلان مسموحاً به في ولاية معيّنة وغير مسموح به في ولاية أخرى، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث نجد أنّ ألعاب القمار والمراهنات مصرّح بها في ولاية

¹ Loi n° 86-897 du 1 août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse » "Article 10 Tout article de publicité à présentation rédactionnelle doit être précédé de la mention "publicité" ou "communiqué".

² Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotardi Modifié par Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 - art. 109 (V) JORF 10 juillet 2004 en vigueur le 1er août 2004.

³ Art 11 of international code of faire practice in advertising from the international chamber of commerce

لوس أنجلاس مثلا بينما غير مصرح بها في ولاية نيويورك، وبالتالي يتمتع الإعلان في ولاية نيويورك¹.

الفرع الثاني: تحريم الإعلان الإلكتروني المضلل:

سبق تعريف الإعلان بأنه نشاط أو فنّ يستهدف التأثير النفسي على الجمهور بقصد تحقيق أهداف تجارية².

في حين يعرف شرّاح القانون³ الإعلان التجاري المضلل " بأنه الإعلان المتضمن معلومات تهدف إلى الوقوع في خلط وخداع فيما يتعلّق بعناصر وأوصاف جوهرية للمنتج".

فالكذب والخداع في الإعلان التجاري الإلكتروني يعدّ من أهمّ مصادر الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك خلال الفترة التي تسبق إبرام العقد الإلكتروني،⁴ مثل العرض الذي يتناول مثلا طبيعة السلعة أو تركيبها المعلن عنها زورا، أو أن يدّعي المعلن بأنه يحمل شهادات أو ميداليات رسمية، وكذلك الادّعاء بوجود أسس علمية في حين أنّها غير متوافرة في الواقع⁵.

لذلك يمكن القول أنّ الإعلان التجاري يعدّ مظهرًا من مظاهر المنافسة المشروعة وعاملاً من عوامل التسويق وأداة من أدوات إعلام الجمهور بالمنتجات والخدمات⁶، فإذا كان مضللاً أو خادعا انعكس سلبا على نظام المنافسة الحرّة وحقّ للمستهلك في الحصول على المعلومات الصّحيحة عن المنتجات والخدمات المعلن عنها عبر شبكة الانترنت، وهو الأمر الذي يتطلّب التعرّض إلى تعريفه (أولا)، مع التّطرق إلى موقف التشريعات منه (ثانيا).

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 147. 148.

² عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص. 03.

³ سميحة القليوبي، غشّ الأغذية وحماية المستهلك، مؤتمر حماية المستهلك في القانون والشريعة، جامعة عين شمس، القاهرة، 1995، ص. 136.

⁴ أيوب حسن، فقه المعاملات المالية في الإسلام، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، 1998، ص. 137.

⁵ سالم محمد عبود، رشا كيلان شاكر، الحماية القانونية للمستهلك من الغشّ التجاري، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، العراق، المجلّد 04، العدد 19، 2012، ص. 265.

⁶ أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص. 144.

أولاً: تعريف الإعلان المضلل:

من أجل الإحاطة بالإعلان المضلل يتطلب الأمر تعريفه فقهاً و تعريفه تشريعياً.

1: تعريف الإعلان المضلل من الناحية الفقهية:

يمكن القول أنّ تحديد مفهوم الإعلان المضلل يثير الكثير من الصعوبات في ظلّ غياب التنظيم القانوني للإعلان التجاري، في حين أنّ أغلب الدول المتقدمة لاسيما فرنسا عالجت هذا الموضوع بعدما أدركت أهمية الإعلان في جانبه الإيجابي وخطورته في جانبه السلبي المتمثّل في التّضليل الإعلاني¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ الفقه استعمل مصطلحي الإعلان الكاذب *La publicité fausse* او *ou mensongère*، والإعلان المضلل *La publicité trompeuse*، كمترادفين بالرغم من أنّ هناك فروقا بينهما².

ف نجد بعض الفقه يعرّف الإعلان الكاذب³ بأنّه: "الإخبار عن الشّيء بخلاف ما هو عليه في الواقع".

وعرّفه البعض الآخر⁴ بأنّه: "ادّعاء أو زعم مخالف للحقيقة، الهدف منه تضليل المتلقي بتزييف الحقيقة وإصدار تأكيدات غير صحيحة أو غير مطابقة للحقيقة".

فالكذب يحتوي على عنصرين أحدهما مضمون كاذب، والآخر قصد الغشّ وتزييف الحقيقة، ويذهب الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسي في ظلّ قانون 27 كانون 1973 إلى عدم اشتراط أن يكون الإعلان قد تمّ بسوء نية ليكون مضللاً، بل يكفي أن يكون المضمون كاذباً بصرف النظر عن حسن نية المعلن أو سوءها.

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 58.

² أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي، نفس المرجع، ص. 170.

³ أبو العلا علي أبو العلا النمر، تحرير حماية المستهلك في مواجهة انهيار الحدود الجغرافية للإعلام، المرجع السابق، ص. 208.

⁴ يمينة بلمان، الإشهار الكاذب أو المضلل، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، المجلد ب، العدد 32، ديسمبر 2009، ص. 292.

والكذب قد يكون بعمل إيجابي وقد يكون بعمل سلبي، أي بالسكوت عن واقعة لو علم المتعاقد بها لما أقدم على التعاقد¹.

وبالنسبة للإعلان المضلل عبر شبكة الانترنت، فلقد عرّفه البعض² بأنه: "ذلك الإعلان الذي يغالي في وصف السلعة أو الخدمة بطريقة تخدع المتلقي وتجمّل سوءات السلعة أو الخدمة المعلن عنها عبر شبكة الانترنت، بقصد دفع المتلقي إلى التعاقد تحت تأثير الغش والتضليل".

فالإعلانات المضللة تحتوي على وعود مبالغ فيها لا يمكن البرهان الموضوعي على عدم صحتها وفي نفس الوقت يصعب قياس تحقق الوعد من عدمه، ومع ذلك يمكن أن يصدّقها المستهلك³.

ولقد عرّفه "مكتب المنافسة الفرنسي" بقوله: التسويق الخادع الذي يظهر حالياً على شبكة الانترنت ليس جديداً من حيث محتواه أو موضوعه، فذات أنواع النصب والتحايل في الإعلانات التي تتم عبر شبكة الانترنت وحتى الآن، لا توجيهات ولا قواعد سلوك "Déontologie" كافية لردع هذا الواقع غير المشروع، وقد رصدت الهيئات المعنية العديد من صور وأشكال النصب والتحايل في الإعلانات، بصفة خاصة في الإعلانات بالألعاب الإلكترونية وتداول الأسهم وبرامج زيادة أو إنقاص الوزن أو غيرها⁴.

¹ عبد الفضيل محمد أحمد، المرجع السابق، ص. 173.

² محمد أحمد عبد الحميد أحمد، المرجع السابق، ص. 331.

³ نعيم حافظ أبو جمعة، الخداع التسويقي في الوطن العربي، مداخلة أقيمت في ملتقى "التسويق في الوطن العربي، الواقع وآفاق التطور"، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، يومي 15 و16 أكتوبر 2002، ص. 10.

⁴ Larabie –LeSieur , Rachel , Publicité trompeuse sut internet : Application du droit de la concurrence au marché électronique, Remarque du sous-directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la concurrence industrie canada, 19 Septembre 1999, in ;

<http://strategies.ic.gc.ca/ssgf/ct01505.html,P.4>.

2: تعريف الإعلان المضلل من الناحية التشريعية:

عرّف قانون الاستهلاك الفرنسي المعدّل الإعلان المضلل في المادة ل 121-1¹ "كلّ إعلان مهما كان شكله يتضمّن ادّعاءات أو مؤشّرات خاطئة أو يكون من طبيعتها أن تؤدّي إلى الوقوع في الخطأ "Fausse ou de nature à induire en erreur".

وما يلاحظ أنّ المشرّع الفرنسي في تقنين الاستهلاك لم يستخدم صراحة لفظ الكذب في نصّ المادة ل 121 بل استخدم للتعبير عنه لفظ الإيهام والخطأ²، وهو الأمر الذي رأى معه بعض الفقه³ أنّ التّضليل ليس مرادفا للكذب، فالكذب قد يؤدي إلى تضليل الضّحية ولكنّ التّضليل قد يحدث دون كذب.

ولقد عرّفه التّوجيه الأوروبي الصّادر في 08 يونيو 2000⁴ بموجب المادة 6 أنّه: "علاوة على التزام المعلن بتحديد هويته، يجب أن يكون الإعلان ذاته شفافا وأميناً لا يتضمّن أيّة معلومات مضلّة أو كاذبة".

وعرّفه القانون المصري المتعلّق بحماية المستهلك في المادة السادسة منه على أنّه: "كل مورّد ومعلن أمدّ المستهلك بالمعلومات الصّحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنّب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط".

¹Article L121-1 c.consom.f Dernière modification le 01 janvier 2017, document généré le 06 janvier 2017, Copyright©2007-2017).

«Une pratique commercial est trompeuse si elle est commise dans l'une circonstance suivantes :... lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentation fausses ou de nature á induire en erreur.....».

² خالد موسى توني، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات الخادعة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 112.

³ محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص. 160.

⁴ لقد تناول توجيه المجلس الأوروبي الصّادر في 10/09/1984 في المادة الثّانية (2) منه، تعريف الإعلان المضلل أو المخادع بأنّه: "أيّ إعلان بأيّ طريقة كانت يحتوي في طريقة تقديمه على أيّ تضليل لهؤلاء الذين يوجّه إليهم الإعلان". كما نصّت المادة 03 من التّوجيه السابق على أنّ: "الإعلان المضلل يقع بطريقة إغفال إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة المعلن عنها".

كما عرّفه قانون مكافحة الغشّ في المملكة العربية السعودية، رقم 11 الصادر في 1404/05/29هـ في المادة الأولى بأنّه: "من خدع أو شرع في أن يخدع بأيّة طريقة من الطّرق، ومنها وصف السلعة أو الإعلان عنها أو عرضها بأسلوب يحوي بيانات كاذبة أو خادعة"¹.

كما أصدر المشرّع العراقي القانون رقم 45 لسنة 1971 المعدّل بالقانون رقم 35 لسنة 1988 والخاص بتنظيم عمل مكاتب الدعاية والنشر، إذ يمكن القول أنّ المشرّع العراقي لم يغفل الإشارة لبعض صور التّضليل الإعلاني المنصوصة في هذا القانون أو ذلك، كقانون العلامات والبيانات التجاريّة رقم 21 لسنة 1957، وكذلك قانون الجهاز المركزي للتّقييس والسيطرة النوعية رقم 54 لسنة 1979 والذي جاءت نصوصه في أغلبها لحماية المستهلك من الغشّ التجاري والصنّاعي، كما صدرت تعليمات عن رئيس هيئة التّخطيط التي تحمل رقم 16 لسنة 1998 بهدف حماية المستهلك من التّضليل الإعلاني حيث نصّت المادة 10 على أنّه: "يحظر استعمال علامة الجودة عمداً في غير الأغراض المخصّصة لها أو الإعلانات المضلّلة للمنتج النهائي"².

أمّا على الصّعيد التّنفيذي أيّ المؤسسات الرّسمية، فإنّه لا يوجد في الوقت الحاضر مؤسّسة متخصّصة وبشكل مباشر بموضوع الرّقابة على الإعلان، ومع ذلك فقد استحدثت جامعة بغداد لسنة 1997 مركز بحوث السّوق وحماية المستهلك بوصفه أوّل جهة تساهم في حماية المستهلك من الغشّ والتّضليل الذي يتعرّض له هذا الأخير، ولقد صدر عنه تعليمات خاصّة برقم 41 لسنة 2001 تحدّد هذه التّعليمات مهام المركز وأهدافه التي تنحصر بإعداد البحوث والدّراسات النّظرية والميدانية وكشف حالات الغشّ التجاري عموماً، ومن بينها الإعلانات الكاذبة والمضلّلة³.

¹ عبد الفتّاح محمود كيلاني ، المرجع السابق، ص. ص 261 . 262.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. ص. 76.

³ المرجع نفسه، ص. ص. 76 . 77.

أما المشرع اللبناني فلقد عرّف الإعلان الخادع في المادة 11 من قانون حماية المستهلك¹ على أنه: "الإعلان الذي يحصل بأيّة وسيلة كانت، متناولا سلعة أو خدمة متضمّنا عرضا أو بيانا أو ادّعاء كاذبا أو كونه مصاغا بعبارات من شأنها أن تؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خداع أو تضليل المستهلك".

ف نجد أنّ المادة السالفة الذكر 11 تعتبر الإعلان مخداعا إذا تناول أمور معيّنة ذكرتها على سبيل المثال لا الحصر، وهي تلك التي تتناول طبيعة السلعة ، تركيبها صفاتها الجوهرية ، العناصر التي تتكوّن منها وكميّتها، مصدر السلعة ، وزنها ، حجمها ، طريقة صنعها أو تاريخ انتهاء صلاحيتها، شروط استعمالها، محاذير هذا الاستعمال، إلى جانب نوع الخدمة أو المكان المتفق عليه لتقديمها ومحاذير الاستعمال والصفات الجوهرية لها سواء لجانب نوع الخدمة أو الفوائد المتوخاة منها، كذلك شروط التعاقد ومقدار الثمن الإجمالي وكيفية تسديده أو المؤهلات وصفة وهوية وصفات المصنع أو المحترف، كذلك يعتبر خداعا من المعلن في إعلانه لنفسه عن بضاعته أو خدمته بشكل غير صحيح وكاذب حيازته على شهادات علمية أو حصوله على جوائز تقديرية أو مصادقات من جهات دولية وكذلك ادّعائه أنّه ما يقدّمه من سلع أو خدمات قائم على أسس علمية، في حين أنّها في الواقع غير متوافرة أو هي غير جدّية، وقد اعتبرت هذه المادة وعن حقّ خداعا الإعلان الذي يتضمّن استعمال شعار أو علامة فارقة دون وجه حقّ، أو استعمال علامة مقلّدة أو مشبهة، فإذا حصل وأن ادّعى على المعلن فيتوجّب عليه إثبات صحّة المعلومات التي أوردها في الإعلان، وأن يزود كلّ من مديرية حماية المستهلك أو المحكمة المحال أمامها بالمستندات المطلوبة².

أما المشرع الجزائري فلقد تناول الإشهار الكاذب أو المضللّ في المادة 27 الفقرة الثانية من قانون الممارسات التجاريّة³ بأنّه: "الإشهار الهادف إلى إحداث التباس في ذهن

¹ قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 تاريخ 4 شباط 2005.

² غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد، الطبعة الثّانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2011، ص. 112.

³ قانون رقم 04-02، مؤرّخ في 23 يونيو 2004، الجريدة الرّسمية عدد 41، يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجاريّة .

المستهلك، وهو كما عبّرت عنه الإشهار الذي يقوم به قصد كسب زبائن هذا العون بزرع الشكوك والأوهام في ذهن المستهلك".

ولقد نصّت المادة 41 من المشروع المتعلّق بالإشهار¹ على تعريف الإشهار الكاذب بقولها: "يعتبر الإشهار كاذبا إذا تضمّن ادّعاءات أو إشارات أو عروض خاطئة من شأنها أن تخدع المستهلك أو المستعمل للمواد والخدمات".

كما أضافت المادة 43 من ذات المشروع على منع الإشهار الذي يحدث غموضا في ذهن المستهلك، بخصوص طبيعة وطريقة الإنتاج والتراكيبات الأساسية ومصدر أيّ مادة تكون موضوعها إشهار.

ما يمكن ملاحظته على هذه النصوص أنّها تفرق بين الإشهار الكاذب والإشهار الذي يحدث غموض في ذهن المستهلك، وهذه الصّورة الأخيرة المنصوص عليها في المادة 43 سالفة الذكر، هي ذاتها التي تضمّنتها المادة 27 من القانون 04-02 المتعلّق بالممارسات التجارية.

¹ عمل المشرع الجزائري وكباقي تشريعات الدول على وضع قواعد قانونية من شأنها حماية المستهلك المتلقي للرسالة الإشهارية من الأضرار التي تلحق من جراء الإشهارات التجارية، والتي قد تمس وتهدد حياته وسلامته وحتى أمواله خاصة إذا لم تحقق النتائج المرجوة من الإشهارات.

وهذا لا يعني أنّ فكرة الإشهار لم تكن موجودة في الجزائر، بل عُرفت منذ فترة الاستعمار الفرنسي، وكانت الإشهارات مسيرة من قبل الوكالات الخاصة على رأسها "وكالة هافاس" والتي سيطرت على السياسة الإعلانية في الجزائر وجعلتها سوقا لمنتجاتها، ولكن بعد الاستقلال صدر المرسوم رقم 63-302، المنظم للإشهار التجاري الذي نصّ 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 للنشر والإشهار "ANEP"، وتمّ إعادة تنظيم الوكالة الوطنية للنشر والإشهار بعد ذلك بموجب المرسوم رقم 86-233، وتوالت النصوص القانونية في مجال تنظيم الإشهار إلى غاية تبني الجزائر نظام اقتصاد السوق، وهو ما دفع المشرع الجزائري إلى تقديم مشروع قانون الإشهار لسنة 1999.

بليدي سميرة، القواعد الوقائية المنظمة للرسالة الإشهارية في الجزائر، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعقدة، العدد7، 2016، ص. ص. 56. 57.

في حين تعرّضت المادة 28¹ من هذا الأخير، إلى ذكر بعض صور الإشهار غير الشرعي والممنوع والذي يتمثل في كلّ إشهار تضليلي، دون أن يذكر المشرع مصطلح الإشهار الكاذب.

وبمقارنة نصّ المادة 43 من "مشروع القانون المتعلق بالإشهار" لسنة 1999 مع الفقرة الثانية للمادة 28 من قانون 04-02، يمكن القول أنّ مضمون هذه الأخيرة يتقارب مع الإشهار الكاذب، وبهذا نخلص إلى أنّ المشرع لم يضبط مصطلح واحدا للإشهارات الممنوعة وفقا لقانون الممارسات التجارية².

ويثار بصدد الإعلانات الكاذبة أو المضلّة عبر شبكة الانترنت مسألة مهمة أثّرت من قبل في ظلّ الدعامات الإعلانية الأخرى التي تبثّ خارج حدود الدولة التي تصدر فيها وتتعلق هذه المسألة بأنّ جريمة الإعلان الكاذب أو المضللّ قد تتعدّى حدود الدولة التي يصدر فيها الإعلان، فشبكة الانترنت تتميز بأنّها شبكة عالمية تصل فيها الإعلانات إلى مختلف دول العالم في ذات الوقت.

فهل في هذه الحالة ترفع دعوى ضد المعلن في كلّ دولة على حدى، وفي كل مرّة يتسلّم فيها المستهلكون الإعلان أم أنّ هناك دعوى ترفع لمرّة واحدة فقط؟.

يمكننا هنا أن نستعين بحكم محكمة النقض الفرنسية القديم الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1978، الذي صدر بسبب دعامة إعلانية أخرى بخلاف شبكة الانترنت، إذ أكدت من خلاله أنّ جريمة الكذب والتضليل في الإعلانات التجارية على الرّغم من أنّها تقع عند

¹ تنصّ المادة 28 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على أنّه: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهار غير شرعي وممنوعا كلّ إشهار تضليلي لاسيما إذا كان:

1- يتضمّن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل، بتعريف المنتج أو خدمة أو بكميته أو بوفريته أو مميّزاته.

2- يتضمّن عناصر يمكن أن تؤدي الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه.

3- يتعلّق بعرض معيّن لسلع أو خدمات، في حين أنّ العون الاقتصادي لا يتوفّر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

² كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2010/2011، ص. 48.

كلّ اتّصال للجمهور بالدّعاية التي تتضمنّ الكذب أو التّضليل، إلّا أنّها تشكّل جريمة واحدة لا يمكن رفع دعوى عنها، أو توقيع عقوبة بمناسبة إلاّ لمرة واحدة فقط، ولقد برّرت المحكمة هذا الحكم بأنّ الأمر هنا لا يتعلّق سوى بادّعاءات وأفعال متماثلة ترد على ذات الرّسالة الإعلانية، التي يتمّ نشرها في ذات الوقت¹.

الفرع الثالث: الرّقابة على الإعلان المقارن:

لم يعد التّضليل في الإعلان التجاري قاصراً على خداع المستهلك فقط، بل امتد لينال من قيمة سلع وخدمات المنشآت التجارية المنافسة²، وذلك عن طريق ما يسمى بالإعلان المقارن الذي أصبح يلعب دوراً كبيراً في تشويه منتجات المنافسين لكونه يستهدف التّقليل من قيمة السلع والمنتجات أو خدمات المنشآت المنافسة، أو إيقاع المستهلك في لبس وبالتالي يصبح أداة للمنافسة غير الشريفة³.

لذا فتحديد الرّقابة على الإعلان المقارن يتطلّب منّا تحديد مفهومه (أولاً)، وتحديد العناصر الأساسية للإعلان التجاري المقارن (ثانياً).

أولاً: مفهوم الإعلان المقارن:

إنّ تحديد مفهوم الإعلان المقارن يتطلب تعريفه من الوجهة القانونية، ثم تعريفه من النّاحية التشريعية.

¹ أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، المرجع السابق، ص. ص 76. 75.

² يكون الكذب أو التّضليل متصلاً بذات المنتج أو الخدمة إذا وقع على المنتج أو الخدمة منظوراً إليه في ذاته، وهو ما يتحقّق إذا كان محلّ هذا الكذب أو التّضليل هو وجود المنتج أو الخدمة من حيث الأصل، أو حقيقته أو مكوناته أو نوعه أو خصائصه الجوهرية، أو الجدوى أيّ النتائج المتوقّعة منه، أو العدد أو المقدار أو الكميّة أو المقاس أو الوزن أو الكيل أو المعيار أو طريقة الصّنع أو تاريخ هذا الصّنع أو المصدر.

هدى أوداينية، الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضلل، مذكرة ماجستير، (القانون التجاري)، جامعة اليرموك، عمان، 2010-2011، ص. 71.

³ أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، نفس المرجع، ص. 74.

1: تعريف الإعلان من الوجهة الفقهية:

لقد عرّف جانب من الفقه¹ الإعلان المقارن بأنه "ذلك الإعلان الذي يقوم ببثّه صانع أو موزّع أو مؤدّي الخدمات، يقارن بموجبه بين الأموال والخدمات التي يعرضها هو وبين التي يعرضها منافس آخر، محدّد هوية أو قابل للتعيين في الرّسالة الإعلامية، بغرض إقناع المستهلكين بأحقّية منتجاته أو خدماته عن منتجات أو خدمات غيره".

ويعرّفه البعض الآخر² بأنه: "الإشهار الذي يركّز على إبراز مزايا منتج أو خدمة معيّنة، من خلال مقارنتها بمواصفات ومزايا منتج وخدمة مغايرة، مع الإشارة إلى اسم التّاجر المنافس أو اسم منتجاته، على نحو يحطّ من قيمة المنشآت التّجارية وسلعتها وخدماتها، ممّا يؤدي إلى التباس لدى المستهلك".

2: تعريف الإعلان المقارن من الوجهة التشريعية:

عرّف كلّ من تقنين الاستهلاك الفرنسي³ والتّوجيه الأوروبي⁴ الصّادر في 1997/10/06 الإعلان المقارن بأنه: "كلّ إعلان يؤدي صراحة أو ضمناً إلى التّعريف على سلعة أو خدمات منافس آخر".

¹ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2004، ص. 183.

² BOULOK Bernard, Publicité trompeuse, notion de publicité, R.T.D.Com, 2006, p. 01.

³ Article L 122-1 c. consom. f "Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant 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 caractéristique essentielles, pertinents, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le peut faire partie".

⁴ قانون رقم 55-97 الصادر في 1997/10/06 الذي عدّل نصوص التّوجيه رقم 450 الصادر في 10 سبتمبر 1974 بغرض إدراج الدّعاية المقارنة ضمن نصوصه، حيث عرّف الدّعاية المقارنة في نصّ المادة الأولى الفقرة الثّالثة بأنها: "كلّ دعاية تتعرّض لشخص المنافس بطريقة صريحة أو ضمنية أو تتعرّض للأموال والخدمات التي يقدمها هذا المنافس".

ولا يختلف الإشهار المقارن للمنتجات في السوق التقليدي عن الإشهار التجاري الإلكتروني إلا في الأداة المستخدمة للعرض ألا وهي شبكة الانترنت، بالإضافة إلى ذلك أن كلاهما يشكلان منافسة غير مشروعة.¹

وما يمكن قوله أن الاتجاه الغالب في فرنسا والذي كان سائدا لدى الفقه والقضاء الفرنسي هو عدم جوازية الالتجاء إلى الإعلانات المقارنة² إلى غاية صدور قانون 18 يناير 1992 بشأن حماية المستهلك³، والذي أجاز الإعلانات التجارية المقارنة في إطار شروط معينة بموجب المادة 10 منه.

أما المادة ل121-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 1993 اشترطت أن يكون الإعلان قاصرا على عقد مقارنة موضوعية لا تتناول إلا الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، وأن يكون آمينا صادقا لا يؤدي إلى تضليل المستهلك، مع منع استخدامه في بعض وسائل الإعلام مثل تذاكر المواصلات وتذاكر السينما والمسرح والطرود والعبوات والفواتير ووسائل الدفع والنقود، مع إخراج من هذه الوسائل الإعلان المقارن عبر شبكات المعلومات والاتصالات الإلكترونية⁴.

أما المشرع الجزائري فلقد عرّف الإعلان المقارن في نصّ المادة 42 الفقرة الثانية من المشروع المتعلق بالإشهار⁵ بأنه: "يعدّ ذكر منتوجين أو سلعتين أو علامتين أو خدمتين أو اسمين أو تسميتين أو صورتين أو إشارتين، بغرض المقارنة بينهما أو الاستخفاف بأحدهما بصفة مباشرة إشهارا مقارنا".

من خلال هذه المادة يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

¹ قارة مولود، خصوصية التعاقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة سعد دحلب البليدة، كلية الحقوق، 2012/06/08، ص.129.

² المرجع نفسه، ص. 244.

³ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, J O R F n°0017 17 du 21 janvier 1992.

⁴ Jean Calais Auloy - Franck Steinmetz, Droit de la consommation, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 122.

⁵ الجريدة الرسمية لمداورات مجلس الأمة، الجلسان العلنيان المنعقدتان يومي 20-26 جويلية 1999، الدورة العادية، العدد 10، الجريدة الرسمية، العدد 5، صادرة بتاريخ 29 جويلية 1999.

1: أنّ الإشهار المقارن ينصب على عنصرين هما:

أ: محلّ المقارنة: إذ المعلن يقارن إمّا بين سلعتين، أو خدمتين.

ب: عنصر المقارنة: أنّ المعلن عندما يقارن ما بين سلعتين أو خدمتين فإنّه يركز على عناصر معيّنة في مقارنته، والتي تتمثل في: العلامة، الاسم، الصّورة، أو الإشارة.

2: لقد نصّت المادة 42 سالفه الذكر في فقرتها الأولى: "يمنع الإشهار المقارن"، ممّا يفهم أنّ الإشهار المقارن ممنوع مهما كان شكله.

إلا أنّ الفقرة الثّانية نصّت على أنّ الإشهار المقارن يكون محظور إذا كان الهدف منه هو الاستخفاف بسلع وخدمات الغير المنافس للمعلن، وبمفهوم المخالفة إذا كان الإشهار المقارن لا يهدف إلى الاستخفاف فهو جائز، فالمعلن لا يهدف دائما من خلال الإشهار المقارن إلى الاستخفاف بسلع وخدمات منافسة، وإنّما يسعى فقط إلى التّمييز بين سلع وخدمات الغير، فيخلق بذلك لبسا في ذهن المستهلك¹.

كما تطرّق المشرّع الجزائري إلى الإشهار المقارن بصفة عرضية وغير مباشرة من خلال القانون 04-02 المتعلّق بالممارسات التّجارية، في الفصل الرّابع المعنون بـ: "الممارسات التّجارية غير النّزيهة"، فطبقا للمادة 26 منه: "تمنع كلّ الممارسات التّجارية غير النّزيهة المخالفة لأعراف التّجارية النّظيفة والنّزيهة، والتي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون أو عدّة أعوان اقتصاديين آخرين".

ونصّت المادة 27 من ذات القانون على: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون ... ما يأتي:

1- تشويه سمعة عون اقتصادي منافس، بنشر معلومات سيئة تمسّ بشخصه أو بمنتجاته أو بخدماته.

¹ ملال نوال، جريمة الإشهار الخادع في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون الخاص (تخصّص علاقات الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين)، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013/10/28، ص. ص 68. 69.

2- تقليد العلامات المميّزة لعون اقتصادي منافس، أو تقليد منتجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به، قصد كسب زبائن هذا العون إليه، بزرع شكوك وأوهام في ذهن المستهلك.

3- استغلال مهارة تقنية أو تجارية مميّزة دون ترخيص من صاحبها.

4- إغراء مستخدمين متعاقدين مع عون اقتصادي منافس، خلافا للتشريع المتعلق بالعمل.

5- الاستفادة من الأسرار المهنية بصفة أجير قديم أو شريك للتصرف فيها، قصد الإضرار بصاحب العمل أو الشريك القديم.

6- إحداث خلل في تنظيم عون اقتصادي منافس وتحويل زبائنه، باستعمال طرق غير نزيهة كتبديد أو تخريب وسائله الإشهارية، واختلاس البطاقات أو الطلبات والسّمسة غير القانونية، وإحداث اضطرابات بشبكته للبيع...".

فحسب المادة 27، تعتبر الإشهارات المقارنة كأداة للمنافسة غير المشروعة التي تتخذ صورة تشويه سمعة المنافس وتقليد علاماته المميّزة، التي تؤثر على التاجر وحتى المستهلك الذي يقع ضحية الغش والخداع.

ثانياً: العناصر الأساسية للإعلان المقارن:

يمكن القول أنّ العناصر الأساسية للإعلان المقارن هي:

1: أن يكون هناك إعلان تجاري صادر من المعلن.

2: أن تكون هناك مقارنة للسلع والخدمات التي يقدمها المنافس.

3: أن يتضمّن الإعلان المقارن الإشارة إلى المنافس سواء صراحةً أو ضمناً.

وسنتولى شرح هذه العناصر فيما يلي:

1: أن يكون هناك إعلان تجاري صادر من المعلن:

يلزم أن يكون هناك إعلان تجاري حسب المفهوم العام للإعلان التجاري بصورة عامة كما سبق بيانه.

2: أن تكون هناك مقارنة للسلع والخدمات التي يقدمها المنافس:

فلا نكون أمام إعلان مقارن إلا إذا كانت هناك مقارنة بين السلع والخدمات التي يقدمها المعلن، وتلك الأخرى المنافسة أيًا كانت العناصر التي وقعت عليها المقارنة في (الثمن، الخصائص الجوهرية، تركيب المنتج، سلامة الاستعمال، مدة الضمان، ...)، وليس من الضروري أن تكون المقارنة متفقة تماما مع الواقع، أي أنّ الإعلان يعدّ إعلانا مقارنا إذا تضمنت المقارنة بين السلع والخدمات، سواء تضمنت مقارنة حقيقية واقعية أم كان هناك كذب أو تضليل في المقارنة، فالمحظور هو مبدأ المقارنة في ذاتها وليس مدى الصدق والكذب في الرسالة الإعلانية، بالإضافة إلى عدم اشتراط أن تستند المقارنة إلى تحاليل علمية ثابتة ومؤكدة، وعلى هذا الأساس لا يشترط في الإعلان المقارن استعمال وسائل أو طرق احتيالية لإجراء المقارنة، ذلك أنّ عملية المقارنة أو المفاضلة بين سلع وخدمات المعلن مع سلع وخدمات منافسة وحدها كافية، سواء اقترن ذلك بوسائل احتيالية أم لم يقترن¹.

3: أن يتضمن الإعلان المقارن الإشارة إلى المنافس سواء صراحةً أو ضمناً:

وتعدّ هذه النقطة من العناصر المهمة للإعلان المقارن، وتكون الإشارة صريحة بأن يقوم المعلن بعرض الاسم التجاري أو العلامة التجارية لمنافسه، أو اسم المنتج أو السلعة أو الخدمة التي يقدمها منافسه حصراً، وتكون الإشارة الضمنية عندما تكون ظروف الحال لا تدع مجالاً للشكّ، على أنّ السلعة أو الخدمة المقصودة في المقارنة هي السلعة أو الخدمة التي يقدمها المنافس².

¹ أحمد سامي مرهون المعموري، الحماية المدنية المترتبة عن الإعلان التجاري المقارن، دراسة مقارنة، مجلة جامعة النهرين، العراق، المجلد 14، العدد 02، السنة 2012، ص. ص. 21. 22.

² المرجع نفسه، ص. 22.

بمعنى أنّ الرّسالة الإعلانية التي تبثّ عبر شبكة الانترنت ويتمّ تسليمها في كلّ دولة من دول العالم لا يمكن رفع الدّعوى عنها إلاّ مرّة واحدة حتّى لا يكون هناك تعدّد الجزاءات عن الفعل الواحد مهما تعدّدت أماكن وقوعه، زيادة على ذلك أنّ وقف أو سحب الإعلان الكاذب أو المضللّ من الشّبكة، يجعلنا نتفادى إمكانية رفع الدّعوى عنه مجدّداً في أيّ دولة من دول العالم.

المطلب الرابع: الحماية المدنية للمستهلك ضدّ الإعلان الكاذب

يعدّ الكذب والخداع في الإعلان الإلكتروني، من أهمّ مصادر الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك خلال الفترة التي تسبق إبرام العقد الإلكتروني، إذ أنّ آثار التّضليل الإعلاني لا تقتصر على ما لحق المستهلك من أضرار تصيبه شخصياً، بل تمتدّ لتشمل الحياة الاقتصادية للمجتمع بأسره، لذلك فإنّ القوانين المقارنة لمعظم الدّول تذهب إلى اعتبار التّضليل جريمة معاقبا عليها في القوانين الجزائية، فضلا عن الحماية المدنية¹.

ففي المرحلة السّابقة للتّعاقد، فإنّه لا يتصوّر وجود عقد بين المعلن وجمهور المستهلكين، فالمعلن لا يرتبط مع المستهلكين بأيّة رابطة عقدية، ومن ثمة فإنّ أخطاء المعلن التي تصدر منه خلال هذه المرحلة متى سببت ضرراً، فإنّها تثير المسؤولية التّقصيرية.

أمّا فيما يتعلّق بحماية المستهلك من آثار التّضليل الإعلاني بعد إبرام العقد فإنّ جوهرها يكمن في إلزام المعلن بتنفيذ التزاماته الواردة في الإعلان متى كان ذلك ممكناً، أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ذلك إذا كان ذلك متاحاً، أو الحكم بالتّعويض في غير هاتين الحالتين إن كان لذلك مقتضى.

ومن ثمة يتطلّب الأمر تحديد دعوى تنفيذ الالتزام العيني (الفرع الأول)، ثمّ الحديث عن دعوى التّدايس (الفرع الثّاني)، وتحديد دعوى التّعويض (الفرع الثّالث).

¹ الحماية الجنائية لمواجهة الإعلانات الكاذبة أمر يخرج عن حدود دراستنا، إذ تختص هذه الدراسة بالحماية المدنية.

الفرع الأول: دعوى تنفيذ الالتزام العيني:

إذا أعلن التاجر المحترف عبر الانترنت عن سلعة أو خدمة معينة لغرض التعاقد عليها وقبل المستهلك هذا العرض وبعد ذلك امتنع التاجر المحترف عن تنفيذ التزامه عينا وذلك بتسليم شيء من النوع ذاته الذي تضمنه الإعلان التجاري، فإنه يمكن للمستهلك أن يستعين بما ورد في القواعد العامة وتحديداً نص المادة 143 من القانون المدني الجزائري¹ التي تنص على أنه: "يجبر المدين بعد أذاره طبقاً للمادتين 180 و181 ق. م. ج على تنفيذ التزامه عينياً متى كان ذلك ممكناً".

فإذا لم يتم المعين بتنفيذ التزاماته جاز للمستهلك ضحية التضليل الإعلاني أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة التاجر المعين، بعد استئذان المحكمة أو بغير استئذانهما في حالة الاستعجال²، فضلاً عن ذلك فإن له حق مطالبة المعين بالتعويض (أي التنفيذ بمقابل إن كان لذلك مقتضى)³.

والتعويض بمقابل قد يكون بمقابل نقدي وقد يكون بمقابل غير نقدي، ولمحكمة الموضوع كامل السلطة في اختيار الطريقة المناسبة لجبر الضرر، طالما أنه لم يورد نص في القانون بإتباع معايير معينة في خصوصه⁴.

¹ المادة 143 من القانون المدني الجزائري يقابلها نص المادة 203 من القانون المدني المصري والمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي والمادة 246 من القانون المدني العراقي.

² تنص المادة 170 من القانون المدني الجزائري: " إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً". يقابلها نص المادة 248 الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي، المادة 205 الفقرة الثانية من القانون المدني المصري.

³ أن كل التزام مهما كان مصدره يجوز تنفيذه بمقابل؛ أي بطريق التعويض، سواء كان الالتزام بنقل ملكية شيء أو التزام بعمل أو التزام بالامتناع عن عمل، ويكون الأمر كذلك بالنسبة للالتزامات التي لا يكون العقد مصدرها، وهي الالتزامات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية، أو عن الإثراء بلا سبب، أو عن نص في القانون، والتنفيذ بطريق التعويض هو الغالب بالنسبة لهذه الالتزامات.

⁴ معوض عبد التواب، الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، القاهرة، 1998، ص. 607.

الفرع الثاني: دعوى التدليس:

يمكن حماية المستهلك من الإعلان المضلل استنادا إلى القواعد العامة التي تجيز إبطال العقد للتدليس في القانون الجزائري، متى تمت شروطه¹.

لقد ورد مصطلح تعريف التدليس من الناحية اللغوية في المصباح المنير بأنه: "دَسَّ البائع تدليسا، كتم عيب السلعة من المشتري وأخفاه.

ويقال أيضا: دَسَّ دَلسا من باب ضرب والتشديد أشهر في الاستعمال، قال الأزهري: سمعت أعرابيا يقول: ليس لي في الأمر ولس ولا دلس؛ أي لا خيانة ولا خديعة والدلسة الضم الخديعة، أيضا وأصله من الدلس وهو الظلمة، فالتدليس في اللغة معناه الخديعة والكتمان والإخفاء².

أما التدليس من الناحية الاصطلاحية هو: "إيهام الشخص بغير الحقيقة، بالالتجاء إلى الحيل والخداع لحمله على التعاقد"³.

ويعرّفه الأستاذ السنهوري⁴ بأنه: "إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، باستعمال طرق احتيالية من العاقد، يقصد به تضليل العاقد الآخر بحقيقة المعقود عليه، فيدفعه إلى التعاقد بغبن ولو كان يسيرا".

¹ تنص المادة 86 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، وتقابلها كل من المواد التالية: المادة 121 الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي، المادة 125 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري، المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي، "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

² كفاح عبد القادر الصوري، التعبير وأثره في العقود، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، (دون سنة نشر)، ص. ص. 48-49.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 176.

⁴ منذر فضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية والوضعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص. 186.

في حين عرّفته المادة 143 من القانون المدني الأردني التّغريب بأنّه: "أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى بغيرها"¹.

والتدليس هو من أكثر عيوب الإرادة شيوعاً في العقود المبرمة عبر الانترنت، ويتحقّق التدليس باستعمال طرق احتيالية تُظهر السلعة على غير مظهرها باستغلال تقنيات الحاسب الإلكتروني²، أو قيام المهني بكتمان المعلومات التي يعلم أهميتها بالنسبة للمستهلك، أو تزييف بعض المعلومات بهدف خداع المستهلك أو تضليله، ولقد استقرّ القضاء في فرنسا على أنّ كتمان واقعة أو معلومات هامة يعتبر تدليسا بالكتمان³.

تجدر الإشارة إلى أنّ معظم التشريعات العربية وحتى الغربية تعتبر التدليس عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة، إلا أنّ المشرّع العراقي خالف هذه التشريعات وجرى على نهج الفقه الإسلامي في اشتراط اقتران الغبن مع التّغريب (التدليس) حتّى يعدّ عيباً من عيوب الإرادة فالغبن وحده لا يمنع من نفاذ العقد مادام لم يصاحبه تغريب⁴.

وحتّى تكون دعوى التدليس مقبولة، لا بدّ من توافر الشّروط التّالية:

أولاً: استعمال طرق احتيالية:

وهذه الطّرق تتمثّل في عنصرين، أحدهما مادي والآخر معنوي:

1: العنصر المادي:

يتمثّل في القيام بوسائل احتيالية بغرض إيقاع المستهلك (المتعاقّد) في غلط يدفعه إلى التعاقد⁵، وهذه الوسائل المادية تختلف أنواعها منها مثلاً اصطناع المدّلس لمستندات أو محرّرات مزوّرة، أو انتحال شخصية أو صفة رجل آخر، أو تقديم كشوف حساب مزوّرة من البنوك، وتقترن هذه الطّرق غالباً بالكذب، ولكنّ قد لا يكفي المدّلس بمجرد الكذب وإنّما يلجأ

¹ علي حيدر، دور الحكام، شرح مجلّة الأحكام الدّولية، المجلّد 01، دار عالم الكتب، السّعودية، 2003، ص. 130.

² موفق حماد عبد، المرجع السّابق، ص. 81.

³ محمّد المرسي زهرة، المرجع السّابق، ص. 182.

⁴ حسن علي الذنون، النّظرية العامّة للالتزامات، مصادر الالتزام وأحكام الالتزام وإثبات الالتزام، (بدون دار نشر)، بغداد، 1976، ص. 99.

⁵ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السّابق، ص. 158.

إلى استعمال مثل تلك الوسائل المادية، ومن هنا يتبين أنّ هذه الأعمال المادية يجب أن تكون من الجسامة، بحيث تكفي لتضليل المتعاقد ودفعه إلى إبرام العقد¹، ويراعى في تقدير أثر الحيلة المكوّنة للتدليس المعيار الشّخصي، فالمهمّ هو تأثر الشّخص (المستهلك) بالحيلة حتّى لو كانت لا تؤثر على غيره من النّاس².

وفي قضية تتلخّص وقائعها في أنّ شركة أعلنت عن ملكيتها لحاسب ذي كفاءة عالية بحيث يستطيع المستعمل استعماله لغرض البرمجة بعد التّدريب لمدة أسبوعين فقط دون اللّجوء إلى مبرمج مختصّ، وأنّ كفاءته لا تتطلب شراء برنامج تشغيل أو غيره باختصار فقد أظهر الإعلان الحاسوب وكأنّه ثورة في عالم المعلوماتية، ولقد قام المستفيد بشراؤه واستخدامه ثمّ تبين أنّه لا يختلف عن غيره، فهو يحتاج إلى برنامج تشغيل وإلى مبرمج لتنظيمه، فقضت محكمة استئناف باريس بأنّ المدّعي (المشتري) قد فوجئ بعدم كفاءة الحاسوب، وأنّ ما ذكر في الإعلان هو كذب، لهذا فهو ضحية تدليس وتصرف معيب³.

ومن الأمثلة أيضا التدليس في مواصفات البضاعة، كأن يصف المنتج بضاعته في عقد البيع الإلكتروني بأنها ملابس قطنية نسبة القطن فيها 75%، ثمّ يصدر للطرف الآخر وبسوء نيّة منه ملابس مجهولة الأوصاف وبقمماش رديء لا يصلح للسّوق⁴.

فالأصل في الكذب أنّه لا يرقى إلى مستوى التدليس إذا كان عاديا، كمن يروج لبضاعته بالمبالغة في مدحها.

إلا أنّ الإشكال الذي يثور بصدد هذه المسألة فيما يتعلّق بالسّكوت أو الكتمان في الإعلان التجاري، وما إذا كان يعدّ تدليسا أو تغيريرا كما يسميه المشرّع العراقي؟

¹ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص. 122.

² محمود جمال الدين زكي، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1968، ص. 145.

³ نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، الدار العلمية الدولية ودار النّشر للنّشر والتّوزيع، القاهرة، 2001، ص. 26.

⁴ محمّد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التّوقيع الإلكتروني لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص. 96.

يمكن القول أنّ ما قلناه عن التدليس ينطبق كذلك عن السكوت أو الكتمان¹ réticence.

فالتدليس يكون أيضا في حالة إذا كان الإفضاء واجبا للمستهلك ولكن التاجر المحترف يمتنع عن ذلك من أجل دفعه للتعاقد².

ويقوم هذا الحكم على مبادئ القواعد العامة، التي تقتضي بعدم جواز الغش متى ظهر من ظروف التعاقد أو طبيعته أنّ أمرا هاما يؤثر على التعاقد إلى درجة كبيرة ويدرك المعن خطرهم ويعرف أنّ المستهلك يجهله، ومع ذلك يكتمه عنه فيحمله بذلك على التعاقد³.

2: العنصر المعنوي أو النفسي نيّة التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع:

يقصد بالعنصر المعنوي نيّة التضليل لدى المدّلس للإيقاع بالطرف الآخر وحمله على التعاقد؛ أي أنّ التدليس هو الدافع للتعاقد، بحيث لولاه لما رضى المدّلس عليه بالعقد.

وفي هذا الشأن كان الفقه التقليدي يميّز بين نوعين من التدليس: التدليس الرئيسي والتدليس العرضي، ورتب قابلية العقد للبطلان على النوع الأول، أمّا النوع الثاني فرتب عليه حقّ المطالبة بالتعويض، فهذا النوع الأخير من التدليس والذي لا يتصور فيه التعاقد بقبول التعاقد بشروط أشد، فهو لا يؤدي إلى إبطال العقد على عكس التدليس الرئيسي وأضحى بشأنه أي ذكر، فالتدليس تضليل سواء دفع للتعاقد أو اقتصر أثره على القبول بشروط أقلّ فإنّه يعيب الرضا ويجيز إبطال العقد⁴.

¹ تنصّ الفقرة التّانية من المادة 86 من القانون المدني الجزائري(التي تقابل المادة 125 الفقرة التّانية من القانون المدني المصري) "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدّلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

² أنور طلبية، النّظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، 2003، ص. 291.

³ المرجع نفسه، ص. 292.

⁴ فاضلي إدريس الوجيز في النّظرية العامة للالتزام ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص. 87.

ويرى بعض الفقه¹ أنّ المبالغة في وصف مزايا منتج وإضفاء أحسن الأوصاف على الخدمة لا يعدّ تغيراً إذا تمّ بنية الترويج، أمّا إذا صدر بنية التضليل عن طريق إيهام المستهلك بأمور ليس لها وجود أصلاً فإنّ هذا الأمر يعدّ تغيراً ويجوز للمستهلك المدّس عليه أن يرفع دعوى بتعويض الأضرار الناجمة عن استعمال المعلن لوسائل احتيالية حتّى إذا كانت غير جسيمة، وذلك استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية².

يلاحظ أنّ المشرّع المصري قد أخذ بالمعيار الموضوعي وليس بالمعيار الشخصي وهو ما يعني أنّ تقدير ما إذا كان الإعلان يتضمّن معلومات فنية وتقنية يصعب على المعلن العادي التأكّد من صحّتها من عدمه، وهو أمر متروك لتقدير محكمة الموضوع³.

¹ عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، المكتبة القانونية، بغداد، 1980، ص. 89.

² نصّ المشرّع الجزائري في المادة 68 من قانون رقم 09-03، المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغشّ إحالة على قانون العقوبات فيما يتعلّق بالجزاء الجنائي على أنّه: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات، كلّ من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأيّة وسيلة أو طريقة كانت حول:

- كمية المنتجات المسلمة.
- تسليم المنتجات غير تلك المعيّنة مسبقاً.
- قابلية استعمال المنتج.
- تاريخ أو مدد صلاحية المنتج.
- النتائج المنتظرة من المنتج.
- طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتج.

³ نصّت المادة السادسة (6) الفقرة الثّانية (2) من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، على: "يعفى المعلن من المسؤولية متى كانت المعلومات التي تضمّنها الإعلان فنية، يتعذر على المعلن المعتاد التأكّد من صحّتها وكان المورد قد أمده بها".

ثانياً: أن يكون التدليس دافعاً للتعاقد:

بمعنى أن يكون التّغريب (التدليس) دافعاً للتّعاقد¹ ولقاضي الموضوع السلطة الواسعة في تقرير فيما إذا كان ما تضمنه الإعلان من الكذب والتضليل هو الذي غرر بالمستهلك ودفعه إلى التعاقد، أم لا².

لذا يجب أن يتّصف التدليس بالطابع الذي يجعله مؤثراً في توجيه الإرادة وحمل صاحبها على قبول العقد، ويعتمد الطابع الشّخصي في التّقدير، بحيث يكون للقاضي أن يسترشد بحالة الشّخص وسنّه وخبرته وظروفه³.

ويفرّق الرّأي السائد في الفقه⁴ بين التدليس الدافع *dole principal*، وهو الذي يؤدي بالتعاقد إلى قبول مبدأ التعاقد ذاته وبين التدليس غير الدافع أو العارض *dole incident* الذي يؤدي إلى قبول التعاقد شروطاً باهظة في التعاقد دون أن يحمله على التعاقد، فالأول يجعل العقد قابلاً للإبطال، أمّا الثاني يؤدي إلى أحقية الطرف المخدوع في طلب الإبطال. والحقيقة أنّ هذه التفرقة بين نوعي التدليس محلّ نقد كبير لأن الإرادة إمّا أن تكون سليمة خالية من العيوب فينقصد العقد صحيحاً، وإمّا أن تكون مضلّلة لأنّ التدليس والتّغريب يعدّ واقعا إذا كان دافعاً إلى التعاقد أو إلى قبوله بشروط أشدّ⁵.

¹ تنصّ المادة 86 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري على: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 84.

³ هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص. 187.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 180.

⁵ عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة نشر)، ص. 126.

ثالثاً: اتصال التدليس بعلم المعلن (التاجر المحترف):

يشترط أن تكون الطرق الاحتمالية صادرة من المتعاقد أو من نائبه أو أن يكون على الأقل المعلن (التاجر المحترف) عالماً بها، أو كان من المفروض حتماً أن يكون كذلك¹. وما يمكن قوله أنّ دعوى التدليس محدودة الفعالية في مجال الإعلانات الكاذبة أو المضلّة، إذ أنّها تفترض وجود عقد بين التاجر المحترف والمستهلك، وكذلك اتصال التدليس بعلم المعلن (التاجر المحترف)، وأن يكون التضليل هو الدافع إلى التعاقد قد تمّ بسوء نية وكلّها مسائل يصعب أو من المستحيل إثباتها، وحتى على فرض إمكانية الإثبات فإنّ الجزاء هو وقف العقد أو إبطاله وهو أمر لا يتناسب ومصلحة المستهلك الذي ينفق مصاريف في سبيل رفع الدعوى، ويصطدم بعدّة عقبات نفسية وإجرائية في مواجهة المعلن وهو الطرف القوي في العلاقة التعاقدية.

الفرع الثالث: دعوى التعويض:

ذهب جانب من الفقه² في البحث عن سند الحماية المدنية في مواجهة الإعلانات الكاذبة في ظلّ خلق التشريعات الخاصة بحماية المستهلك من تقرير الجزاء المدني اللازم لمواجهة هذه الظاهرة، إلى القول بأنّ المضرور في هذه الحالة يتمتع بمكنة لمطالبة المعلن بالتعويض إزاء إخلاله بالتزاماته العقدية وطلب التعويض يتمّ استقلالاً، ودون تداخل مع دعوى تنفيذ الالتزام العيني ودعوى التدليس، حيث أنّ لكلّ من هاتين الدعويتين نطاقهما الخاص من حيث الشروط والأهداف فهي آلية قانونية أعطاها المشرع للمستهلك، يستطيع

¹ تنصّ المادة 89 من القانون المدني الجزائري على: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدّلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس". ما يلاحظ أنّ المشرع الفرنسي مقارنة بالتشريع الجزائري الذي يشترط أن يكون التدليس صادراً من المتعاقد، حتى يجعل العقد قابلاً للإبطال، وذلك وفقاً للمادة 1116 من القانون المدني الفرنسي، فإذا صدر من الغير لا يؤثر على صحّة العقد حتى ولو كان دافعاً لإبرامه، ويعلل بوتييه هذا الحكم بأنّ التدليس عمل غير مشروع، يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذي نشأ عنه، فإذا كان هذا الأخير أحد العاقدين فيكون التعويض بتخليص المدّلس عليه من العقد، أمّا إذا صدر التدليس من الغير فلا يكون أمام ضحية التدليس إلاّ التعويض، لأنّ إبطال العقد يجعل عبء تعويض الضرر على عاتق شخص بحسب الفرض لا دخل له في إحداث سببه وهو التدليس، وهذا يخالف العدل.

² محمد أحمد عبد الحميد أحمد، المرجع السابق، ص. 338.

بمقتضاها جبر الأضرار الواقعة عليه كأثر لدخوله في علاقة مع المعلن اتّسمت منذ بدايتها بالكذب والتّضليل من جانب المعلن¹.

فبالنسبة لدعوى تنفيذ الالتزام التعاقدى احتفظ المشرّع الجزائري للمستهلك بحقه للمطالبة بالتّعويض متى كان له مقتضى، فقد نصّت المادة 166 فقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على أنّه: "إذا لم يقدّم المدّعي بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على الشّيء من النوع ذاته على نفقة المدّين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشّيء من غير إخلال بحقه في التّعويض"².

إنّ استجابة القضاء لطلب المستهلك بالتّعويض متى تحقّقت شروطه إنّما هو أمر تتكامل به جوانب حمايته القانونية من أضرار الإعلان التجاري المضلل، فبينما تمنحه دعوى تنفيذ الالتزام التعاقدى الحقّ في إجبار المعلن على تنفيذ التزامه عيناً أو بمقابل، تمنحه دعوى التّدليس في طلب وقف العقد نجد أنّ دعوى التّعويض تعمل على جبر الضّرر الواقع عليه جزاء صدور مثل هذا الإعلان³.

¹ عمر محمّد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 175.

² المادة 166 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثانية، تقابلها المادة 248 من القانون المدني العراقي.

³ فاتن حسين حوي، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد إلكترونياً، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص. 60.

المبحث الثاني: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام بضمانة لحماية المستهلك الإلكتروني

إنّ التطور السريع المتلاحق في مختلف ميادين الحياة وتحرير وانفتاح الأسواق تجعل المستهلك أمام مشكلة حقيقية تتعلّق باختيار السلع المناسبة¹، فالمستهلك في نطاق تعاملات التجارة الإلكترونية هو ذاته المستهلك في عملية التعاقد التقليدية لكنّه فقط يتعامل من خلال وسائط إلكترونية، مؤدى ذلك أنّ له كافة الحقوق والمزايا التي يتمنّع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية، بالإضافة إلى مراعاة الخصوصية أنّ عقده يتمّ عبر وسيلة إلكترونية.

ومن بين الحقوق المقرّرة للمستهلك إضافة إلى حقّه في الإعلان، "حقه في الإعلام"² فالمخاطر المرتبطة بالسلع هي التي أدّت إلى نشوء هذا الالتزام وترتبط ارتباطاً وثيقاً بالاستخدام غير السليم للسلعة، خاصّة تلك التي تحتوي خطورة ذاتية كالسلع القابلة للانفجار والأدوية، وعليه فإنّ إمكانية الخطورة راجعة إلى طبيعة المنتج وتركيبته المعقّدة أو طريقة استعماله والتي تقتضي عناية خاصّة.

فالالتزام بالإعلام ضرورة، الهدف منه تحذير المستهلك من مخاطر السلع، زيادة على توفير العلم الكافي بطريقة الاستخدام «mode d'emploi» والهادفة إلى تحقيق الوقاية من الأخطار المرتبطة التي قد تنشأ عنه³. بالإضافة إلى كونه يعدّ التزاماً سابقاً على نشوء العقد وهي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه، ممّا يفيد بأنّه التزام ليس عقدي، إذ أنّه لا يتصوّر نشوء

¹ عبد العزيز بن محمد الشعبي، جلال عبد الفتاح الملاح، دراسة تحليلية لأثر الوعي الاستهلاكي في حماية المستهلك، قسم الاقتصاد والإرشاد الزراعي، كلية العلوم الزراعية والأغذية، جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية، (بدون سنة نشر)، ص. 02.

² أول من تطرّق إلى هذه الفكرة هو JUGLAR سنة 1954، واعتبر أنّ المخالفة لهذا الالتزام تمثّل عيباً في الرضا مشار إليه

JUGLART Michel de, L'obligation de renseignement dans les contrats, R.T. D. civ, 1954, n° 09, p. 05.

³ ولد عمر طيب، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسّة بأمن المستهلك، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان، 2010/2009، ص. 61.

التزام في مرحلة سابقة على وجود مصدره هذا من ناحية¹، فهو من بين الحقوق الجوهرية للمستهلك في ظلّ التشريعات الحديثة، ذلك أنه كلما كان إعلام وتبصير قبل التعاقد إلا وكان المستهلك على بينة مما سيقبل عليه من التزام تعاقدي².

لذا فدراسة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني وعلاقته بحماية المستهلك موضوع واسع النطاق، الأمر الذي يتطلب تحديد مفهومه (المطلب الأول) وتحديد مضمونه (المطلب الثاني)، مع الإشارة إلى أن يكون إعلام المستهلك الإلكتروني باللّغة الوطنية (المطلب الثالث)، وفي نقطة أخيرة تحديد جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام (المطلب الرابع).

المطلب الأول: مفهوم الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

يعدّ التزام المهني بإعلام المستهلك من أهمّ أبرز الوسائل القانونية المقرّرة لحماية رضا المتعاقد عموماً والمستهلك على وجه الخصوص³، حتّى يكون رضاؤه مبنياً على علم ودراية كاملة لما يقدم عليه من تعاقد، الأمر الذي جعله يمثّل أهميّة كبيرة في مجال العقود بصفة عامة والعقود التي تبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة لاسيما شبكة الانترنت بصفة خاصّة، نظراً إلى دوره في تحقيق العدالة فيها، حيث يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك قبل إبرامه للعقد للوصول إلى تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين⁴.

فهو التزام عام يشمل المرحلة السابّقة للتعاقد⁵، يهدف إلى وضع المستهلك في مأمن، على أنّ هذا الالتزام يكون أكثر إلحاحاً في مجال التعاقد عن بعد، كون التعاقد يتمّ من خلال استخدام وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد دون الالتقاء الحقيقي بين

¹ عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مجلّة جامعة النّجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، مجلّد 28، 2013، ص. 07.

² عبد الله بولحي، الحقوق والضمانات الممنوحة للمستهلك بمقتضى قانون حماية المستهلك، مقال منشور على الموقع:

www.addiwane.com

³ غنى ريسان جادر، يوسف عودة غانم، الالتزام بالإعلام في عقد التأمين، "دراسة مقارنة"، مجلّة رسالة الحقوق، مكتبة القانون، جامعة كربلاء، العدد 02، 2013، ص. 97.

⁴ طارق كميل، المرجع السّابق، ص. 70.

⁵ عبد الرحمان خلفي، نفس المرجع، ص. 06.

أطرافه، وأنّ استخدام هذه الوسائل يجبّ ألاّ يحول دون تزويد المستهلك بالمعلومات اللازمة لتقرير رضاه¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ الالتزام بالإعلام ليس بالالتزام حديث النشأة بل عرفه النظام القانوني للعقود منذ زمن بعيد²، على أنّ المشرع في الدول العربية لم يفرد له نصوصاً قانونية خاصة سوى في السنوات الأخيرة³، وقد تطور هذا الالتزام تطوراً كبيراً حتى أصبحت له ذاتية تميزه عن غيره من الالتزامات المتقاربة.

وعليه، فإنّ بيان مفهوم هذا الالتزام يقتضي ممّا تحديده المقصود به (الفرع الأول) وبيان المبررات التي كانت وراء نشوئه (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى تحديد شروطه (الفرع الثالث)، وتمييزه عن الالتزامات المشابهة له (الفرع الرابع).

¹ جبار جميلة، حماية المستهلك في التشريع الجزائري أثناء تكوين العقد، مداخلة (غير منشورة) أقيمت في الملتقى الوطني الخامس: "أثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك"، المنعقد، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، كلية الحقوق، يومي 05-06 ديسمبر 2012، ص. ص. 08. 09.

² عُرف "الالتزام بالإعلام" في القانون الروماني، فقد ثبت أنّ قانون الألواح الاثني عشر كان يفرض على البائع إعلام المشتري بالبيانات الخاصة بالشيء المبيع خاصة في مجال العقارات، وقد كان البائع في ذلك القانون يلتزم بموجب أمر قضائي بالكشف عن العيوب التي تلحق العبد أو الحيوان محلّ التعاقد، وكان ذلك يتمّ عن طريق وضع لافتة توضّح لمن يرغب في الشراء ما يوجد بها من عيوب. كذلك هذا الالتزام عرف في القانون اليوناني، حيث فرض القانون الأثيني على البائع الالتزام بإعلام المشتري خاصة في مجال بيع العبيد، ويتلخّص هذا الالتزام في قيام البائع ببيان العيوب التي تصيب العبد محلّ البيع.

³ مصطفى أحمد عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010، ص. 11.

الفرع الأول: المقصود بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام:

لقد أطلق الفقه¹ على الالتزام قبل التعاقد بالإعلام عدّة تسميات:

فالبعض يرى بأنّه التزام بالإعلام²، أو التزام بالتبصير، والبعض الآخر³ يرى بأنّه التزام بالإفشاء بالبيانات والمعلومات، بينما يرى آخرون⁴ بأنّه التزام بالإخبار.

لذا سنحاول التعرف على المقصود بالالتزام قبل التعاقد⁵ بالإعلام، من خلال التطرّق إلى مقصوده من الناحية اللغوية (أولاً)، و من الناحية الاصطلاحية (ثانياً) ثمّ التطرّق إلى معرفة موقف التشريعات الغربية والعربية من الالتزام بالإعلام، مع التركيز على ما جاء به التشريع الجزائري من أحكام بخصوص هذا الالتزام في مرحلة هامة من مراحل التعاقد وهي مرحلة المفاوضات أو المرحلة السابقة للتعاقد (ثالثاً).

¹ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2004، ص. 222. وسهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص. 41. وأسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 163.

² حسن حسين البراري، التزام المؤمن بالأمانة في عقد التأمين في مرحلة إبرام العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص. 187. وهادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص. 313.

³ نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص. 15.

⁴ السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالإخبار، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1999، ص. 09. وسعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 58.

⁵ الالتزام بالإعلام له صورتين:

أ: الصورة الأولى: تتضح في المرحلة الأولية عند تكوين العقد، ويطلق الفقه عليها الالتزام قبل التعاقد بالإعلام أو بالإدلاء بالبيانات اللازمة لانعقاد العقد، وهذا الالتزام قبل التعاقد هو التزام مستقل له ذاتية المستقلة، فهو سابق على التعاقد في مرحلته الأولى عند تكوين العقد.

ب: الصورة الثانية: تتمثل في الالتزام بالمعلومات أثناء تنفيذ العقد.

يرى الأستاذ **chestin**، أنّ الحدود الفاصلة بين الالتزامين - أي الالتزام بالإعلام السابق على التعاقد والإعلام اللاحق على التعاقد - لا يمكن رسمهما بوضوح إن لم يكن هذا التحديد مستحيلاً.

حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

أولاً: المقصود بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام من الناحية اللغوية:

جاء في لسان العرب ل: "ابن منظور الإفريقي"، أنّ الإعلام من فعل عَلِمَ، وعلمت الشيء بمعنى عرفته، وعلم الأمر بمعنى أدركه وتحصل على حقيقته¹.

كذلك نجد أنّ مصطلح الإعلام من الناحية اللغوية يعني الإبلاغ أي الإيصال، يقال بلغت القوم بلاغا أي أوصلتهم الشيء المطلوب².

ثانياً: المقصود بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام من الناحية الاصطلاحية:

الإعلام في الاصطلاح الصحفي هو عملية توصيل الأحداث والأفكار لعلم الجمهور عن طريق وسائل عديدة سواء كانت مسموعة أو مرئية أو مكتوبة، ويشترط في الإعلام المصدقية³.

يرى البعض⁴ في لفظ الإعلام أنّه لفظ رحب الدلالة واسع المعنى والمغزى، يشمل كثيرا من المعاني والمصطلحات، فيدخل في معناه ما قد يقدمه المدين من بيانات ومعلومات بسيطة يندرج في لفظة المشورة أو النصيحة، وذلك عندما يكون الإعلام المقدم إلى الدائن أثر كبير في توجيهه إلى اتخاذ قرار معين بشأن العقد، هذا قصرنا عن شمولية الإعلام للفظ التحذير أو لفت الانتباه وذلك عندما يتضمّن الإعلام قدرا من المعلومات الخاصة بشيء ما يتّسم بالخطورة.

أمّا المقصود بالإعلام من الناحية الاصطلاحية، فهو التزام المنتج أو المهني بوضع المستهلك في مأمن ضدّ مخاطر المنتج المسلم له سواء أكانت سلعة أو خدمة، وهو ما

¹ ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد 09، الطبعة الرابعة، دار صادر، لبنان، 2005، ص. 264.

² قينان عبد الله الغامدي، المرجع السابق، ص. 05.

³ علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص. 50.

⁴ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني المرجع السابق، ص. 273.

يتطلب أن يبيّن المنتج أو المهني للمستهلك كلّ المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشّيء المسلم به¹.

ويعرّفه البعض الآخر² بأنه: "التزام سابق على التعاقد يتعلّق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدّم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللاّزمة، لإيجاد رضاء سليم كامل، بحيث يكون المتعاقد الآخر على علم بكافة تفاصيل العقد".

ويعرّفه البعض الآخر³ "بأنّه تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضّوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد، حتّى يكون الطرف الآخر على بيّنة من أمره، بحيث يتّخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد".

ولقد نصّت المادة 02 من قانون الإعلام الجزائري⁴ على أن: "يمارس نشاط الإعلام بحريّة في إطار أحكام هذا القانون العضوي والتّشريع والتنظيم المعمول به".

يمكن القول أنّ الالتزام بالإعلام سواء بشكله التقليدي أو الإلكتروني، قد يتمّ في المرحلة السّابقة على التعاقد، حيث يلتزم المهني بتقديم البيانات والإرشادات التي تسمح للمستهلك بتكوين فكرة واضحة عن العقد ومحلّه، وتبصيره بكل أمر يمكن أن يؤثّر على قراره في إبرام العقد الإلكتروني من عدمه⁵، وبذلك تكون إرادة المستهلك حرّة في التعبير عن القبول.

ويعدّ الالتزام بالإعلام في مجال التّجارة الإلكترونيّة من أهمّ الضّمّانات القانونيّة لتحقيق المساواة في العلم بجوانب العقد بين طرفي العلاقة، خاصّة أنّه من الشّائع والمستغرب أيضاً في العقود التي تبرم عبر الانترنت أن تكون هذه الشّروط التعاقدية مخفية

¹ نضال إسماعيل برهم، غازي أبو عرابي، أحكام عقود التّجارة الإلكترونيّة الطّبعة الأولى، دار الثقافة، عمّان، 2005، ص. 134.

² نزيه محمّد الصّادق المهدي، المرجع السّابق، ص. 15.

³ المنتصر سهير، المرجع السّابق، ص. 41.

⁴ قانون رقم 05-12، مؤرخ في 12 يناير 2012، الجريدة الرّسمية عدد 02، يتعلّق بالإعلام.

⁵ محمّد السّعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتّصال الحديثة ومدى حجّيتها في الإثبات، منشأة المعارف، القاهرة، 2008، ص. 16.

هذا الإخفاء يأخذ أشكالاً متعدّدة، كأن يكون من الصّعب على المستهلك إيجاد بنود العقد على الموقع، وذلك بسبب العدد الكبير من الوثائق القانونية المرفقة، أو في بعض الأحيان يطلق على المحتويات القانونية أسماء غير قانونية، مثل شروط الاستخدام، شهادة الحياة... الخ، وهو ما يقوم به المهني بهدف تخويف المستهلك بالشروط والالتزامات القانونية، وبناءً على ذلك فإنّ كلّ التزام يعتبر حجر الزاوية في جميع العقود فلا بد أن يعزّز في العقود التي تبرم في البيئة الرقمية¹.

فالإعلام الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية بهذا المفهوم هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة حسب بعض الفقه²، ذلك أنّ المهني ليس مطالباً بأكثر من تنوير رضا المستهلك باستخدام كافة الوسائل التي تجعل التزمه ناجحاً، ولكن لا يستطيع في المقابل أن يضمن إتباع المستهلك لما أبداه من نصائح ومعلومات وفهمها أو تقييده بتوجيهاته وتحذيراته³.

ثالثاً: موقف التشريعات العربية والغربية من الالتزام قبل التعاقد بالإعلام:

لقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة⁴ قراراً ليكون بمثابة مبادئ عامة عالمية لحماية المستهلك، والتي أوصت دول العالم بالأخذ بها عند النص على أي قرار أو أي تشريعات، تهدف إلى حماية المستهلك في الحقوق التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة ومن بينها حق المستهلك في الإعلام، حيث أقرت بذلك الحق بقولها بأن للمستهلك:

- حق المستهلك في أن يشتري سلعة سليمة.

- يحاط علماً بكل مواصفات السلعة.

- تكون له حرية الاختيار لأي سلعة⁵.

¹ خليف مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 206. 207.

² محمد مرسي زهرة، المرجع السابق، ص. 179.

³ قادة شهيدة، مسؤولية المنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص. 113.

⁴ القرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 93/248 الصادر بتاريخ 09 أبريل 1975.

⁵ عبد الفتاح محمود كيلاني، المرجع السابق، ص. 354.

ويمكن القول أنّ موقف التشريعات الغربية والعربية بشأن تنظيم مسألة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في نطاق التجارة الإلكترونية، تباينت واختلفت من ناحية تنظيمه بنصوص قانونية صريحة، أو عدم تنظيمه والاكتفاء بما هو منصوص عليه في مجال إعلام المستهلك التقليدي.

لذا يتطلّب الأمر منّا التّطرق إلى موقف الدّول الغربية والعربية بشأن الإعلام قبل التعاقد مع التّركيز بما جاء به المشرّع الجزائري من أحكام في هذه المسألة.

1: موقف التشريعات الغربية من الالتزام قبل التعاقد بالإعلام:

لقد تباينت مواقف التشريعات الغربية بشأن تقرير الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، وهو ما نوضحه فيما يلي:

أ: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في مواقع الدّول الأعضاء في الاتّحاد الأوروبي:

أقرّ التّوجيه الأوروبي الصّادر في 20 مايو 1997، أنّه في مجال التعاقد عن بعد يجبّ ألاّ يؤثّر ذلك على المعلومات التي يلتزم المورد بإمداد المستهلك بها، وأنّ هناك التزام مشدّد يقع على عاتق المورد بإعلام المستهلك في الوقت المناسب، ولذلك فإنّه من الأفضل لحكومات الدّول الأعضاء في الاتّحاد الأوروبي أن تحدث الجهات الإدارية المختصة بالسّجلات التّجارية بهدف عرضها عبر شبكة الانترنت، وذلك من أجل خلق سجل تجاري إلكتروني أوروبي عالمي، وإلزام تلك المواقع التّجارية بذكر بيانات إلزامية عن الاسم التّجاري والعنوان والهاتف والهدف من النّشاط، ونستطيع أن نلاحظ من النّاحية الفعلية أنّ بعض المواقع قد أقامت أشكالاً من المناقشات والحوارات يستطيع المستهلكون من خلالها أن يعبروا عن آرائهم حول الخدمة أو المنتج المعروض.¹

وقد بيّنت مجموعة التّوصيات الصّادرة بشأن التّجارة الإلكترونية:

أنّه على الدّول الأعضاء في الاتّحاد الأوروبي، أن تحدّد في تشريعاتها وجوب سهولة الوصول إلى منظومة المعلومات الخاصّة بالموقع وتسهيل الحصول على بعض

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 104.

المعلومات، وأهمّها: اسم مقدّم الخدمة والعنوان الجغرافي وطرق الاتصال به والبريد الإلكتروني الخاص به¹.

ب: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في القانون الفرنسي:

إنّ المشرّع الفرنسي مقارنة بالتّوجيه الأوروبي اتّجه إلى التّوسيع في مضمون هذا الالتزام بالإعلام فأصدر عدّة تشريعات لحماية المستهلك، منها قانون رقم 23 الصادر بتاريخ 10 كانون الثاني 1978، المتعلّق بـ: "حماية وإعلام المستهلكين حول السلع والخدمات المعروضة عليهم"، ويلزم هذا القانون المنتجين والتّجار وأصحاب الحرف ومقدّمي الخدمات بإعلام المستهلكين بموضوع العقد وشروطه².

كذلك أكّد قانون الاستهلاك رقم 949 الصادر سنة 1993 والذي يتعلّق بضرورة التزام المزود أو التّاجر بالإدلاء بالمعلومات التي تبصر المستهلك من خلال التعاقد والتي تكون بين غائبين، وبالتالي فهذا النّص محلّ تطبيق حتمي في نطاق عقود التّجارة الإلكترونية، فنجد أنّ قانون الاستهلاك الفرنسي نصّ على توقيع جزاء جنائي في المادة ل121-18 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي تمّت إضافتها بموجب المرسوم رقم 137 لسنة 2003³، حيث تنصّ على أنّه: "يعاقب المزود بعقوبة الغرامة التي تتراوح بين 1500 إلى 3000 يورو، إذا خالف التزامه بالتّبصير السابق لإبرام العقد"⁴.

ويرى بعض الفقهاء أنّ الحقّ في الإعلام، حسب القانون الفرنسي الصادر عام 1993، يجب أن يتضمّن ثلاث نقاط أساسية هي:

- التّبصير والتّوضيح بالخصائص المميّزة للسلع أو الخدمات المعروضة، باعتبارها الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يقع المستهلك ضحية للغش والتّقليد.
- التّبصير والتّوضيح بثمن السلع والخدمات.

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 105.

² خالد محمّد البساتين، تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك، الهيئة الفلسطينية المستقلّة لحقوق المواطن، هيئة رام الله، فلسطين، 2002، ص. 15.

³ Décret n° 2013-137 du 14 février 2013 portant dispositions relatives aux praticiens attachés, J O R F n°0039 du 15 février 2013.

⁴ عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 93. 94.

- التّبصير والتّوضيح على بعض البيانات الإلزامية، من ذلك التزام البائع بضمان العيوب الخفية قبل المستهلك، وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من هذا الشرط حماية للمستهلك الذي لا يعلم بحقيقة العيوب الخفية، التي اجتهد المنتج أو التاجر في إخفائها.

وقد عالجت المادتين ل111 / 02، والمادة ل113 / 03 من القانون الفرنسي الصادر عام 1993 في شأن حماية المستهلك هذه الموضوعات، فضلا عن بعض النصوص الواردة في تشريعات صدرت عام 1978 في شأن حماية المستهلك في فرنسا¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ العقد النموذجي الفرنسي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عام 1997 قد أوجب تحديد ما إذا كان المستهلك قد وافق صراحة أو ضمنا على استعمال بياناته الاسمية التي يتم تلقيها بمناسبة هذا العقد، الهدف من ذلك حماية أسرار المستهلك وخصوصياته، وهو ما تمّ النصّ عليه في التوجيه الأوروبي الصادر في 1997/12/15 حيث تبني الحقّ في حماية المستهلك وحماية بياناته الشخصية.

هذا وقد أضاف المشرع الفرنسي تعليمة رقم 741 لسنة 2001، والمتعلّق بإعلام المستهلك بالمعلومات الضرورية قبل التعاقد الإلكتروني².

ج: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في قانون لوكسمبورج:

لقد صدر القانون النهائي المتعلّق بالتجارة الإلكترونية في 12 يوليو 2000 لدولة لوكسمبورج³، حيث تضمّن العديد من الأحكام الرامية لحماية المستهلك، منها إحاطته

¹ العيد حداد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، مداخلة تمّ تقديمها في المؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، المنعقد بأكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، 27 - 30 أكتوبر 2009، ص. 03.

² هناك بعض المعلومات الضرورية التي نصّ عليها المشرع الفرنسي في المادة 121-18 من قانون الاستهلاك بعد التعديل بموجب المرسوم رقم 741 لسنة 2001، كما تناول قانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي الالتزام بالتبصير قبل التعاقد في المادة 19، ومن هذه المعلومات التي يجبّ على المزود أن يعلم بها المستهلك "الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، ثمن السلعة أو الخدمة، الشروط الخاصة بعقد البيع وتحديد المسؤولية العقدية".

³ Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civil, le nouveau code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7 CEE concernant la vente á distance des biens et des services autre que les services financiers.

المسبقة بكافة المعلومات الخاصة بالموارد وبمواصفات السلعة والخدمات والعملية الواجب السداد بموجبها ومدة العرض والسعر وشروط القرض إن وجد¹.

د: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في القانون الإيطالي:

على الرغم من إصرار جانب من الفقه الإيطالي على أنّ التجارة الإلكترونية تختلف عن التجارة عن بعد، ذلك لأنّ المستهلك في التجارة الإلكترونية لا يقف موقف سلبا كما هو الشأن في البيع عن بعد، إلاّ أنّه بناءً على توجيهات البرلمان والمجلس الأوروبي رقم 7/97 في شأن حماية المستهلك في مجال العقود عن بعد أصدر المشرع الإيطالي سنة 1999 قرار بشأن تنظيم التجارة الإلكترونية²، حيث فرض بموجب هذا القانون على الموردين واجب إحاطة المستهلك بكافة المواصفات التفصيلية للبضاعة أو للخدمات محلّ التعاقد وبيان سعرها ومقدار الضرائب المفروضة عليها، على أن يكون ذلك قبل وقت مناسب من إبرام العقد، وبحيث يسمح للمستهلك إن أراد العدول عن إتمام هذا الأخير³.

2: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في قوانين الدول العربية:

الدول العربية أقرت بدورها الالتزام قبل التعاقد الإلكتروني، إمّا في النصوص الخاصة المنظمة للتجارة الإلكترونية، وإمّا في النصوص المتعلقة بتنظيم المستهلك التقليدي، وهو ما سنتولى توضيحه فيما يلي:

أ: الالتزام قبل التعاقد في القانون التونسي:

تعدّ تونس أولى الدول العربية التي دعت إلى تدعيم شفافية المبادلات التجارية من خلال تكريس الحقّ في الإعلام المسبق، في العديد من القوانين⁴ التي صدرت قبل صدور

¹ عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص. 160.

هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 12.

² فادي محمّد عماد الدين توكّل، عقد التجارة الإلكترونية الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص. 30. 31.

³ عامر محمود الكسواني، نفس المرجع، ص. 161.

⁴ القانون رقم 39 لسنة 1998 مؤرخ في 02 جوان 1998 والمتعلّق بالبيع بالتقسيط. والقانون رقم 40 لسنة 1998 المؤرخ في 02 جوان 1998 المتعلّق بالإشهار التونسي.

قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، كما ركز المشرع التونسي على واجب الإعلام المسبق في إطار العقود الإلكترونية من خلال الفصل 25 من القانون المتعلق "بالمبادلات والتجارة الإلكترونية"، إذ نصّ على أنّ البائع في إطار المعاملات التجارية الإلكترونية يتحمّم عليه قبل إبرام العقد توفير المعلومات التالية للمستهلك:

- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمة.
 - وصف كامل لمختلف مراحل إنجاز المعاملة.
 - طبيعة وخاصّيات سعر المنتج.
 - كلفة تسليم المنتج ومبلغ تأمينه والأداء.
 - الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضاً بالأسعار المحدّدة.
 - شروط الضمانات التجارية والخدمة ما بعد البيع.
 - طرق وإجراءات الدّفع وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة.
 - طرق وآجال التّسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات.
 - إمكانية العدول عن الشراء وأجله.
 - كيفية إقرار الطّلبة.
 - كلفة استعمال تقنيات الاتّصالات حين يتمّ احتسابها على أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل.
 - شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدّدة أو تفوق السنة.
- بالإضافة إلى هذه المعلومات التي أجبر المشرع التونسي المهني على تنصيبها صلب موقعه التجاري على الشبكة ألزمه كذلك ضرورة توفير هذه المعلومات إلكترونياً ووضعها على ذمّة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة، بالإضافة إلى واجب الإعلام.

هذا ولقد حملَ المشرِّع التونسي المهني مسؤولية إثبات حصول الإعلام المسبق وهو ما نص عليه في الفصل 36 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بمبادلات التجارة الإلكترونية¹.

ب: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في قانون إمارة دبي:

أصدرت إمارة دبي قانون المبادلات التجارة الإلكترونية²، وقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات لسنة 2004³.

ف نجد أنّ المشرِّع في إمارة دبي أحال عملية تطبيق وتنفيذ أحكام قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية إلى قواعد العرف التجاري الدولي ذو العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ومدى درجة التقدّم في تقنية تبادلها وهو سلوك متحضر ومعاصر يعطي المجال أمام تطبيق وتنفيذ أحكام هذا القانون، والتي بالطبع من ضمنها تلك القواعد الخاصة بحماية المستهلك.

فالمشرِّع في إمارة دبي بهذا التنظيم وقرّ سقف من حماية المستهلك في إطار المعاملات والتجارة المحوسبة لا حدّ له وفقاً لما تواتر عليه العرف وأجمعت عليه الدول وهي بصدد التعامل المحوسب فلا قيود أو حدود لتلك الحماية، إذ تعتبر كافة البنود والقيود كفيلة بحماية المستهلك والمتفق عليها دولياً واجبة التطبيق والنفذ على أيّ مستهلك متوقّع وفقاً لأحكام قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية بما في ذلك تكريس حقّ المستهلك في الإعلام ما قبل التعاقد⁴.

¹ خلوي (عنان) نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2013/09/25، ص. ص 20، 21.

² القانون رقم 2 لسنة 2002، المتضمّن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

³ نواف محمد مفلح الذيابات، الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، كلية الحقوق، 2013، ص. ص 05.

⁴ عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص. ص 163.

ت: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في القانون الفلسطيني:

كذلك نجد المشرع الفلسطيني أصدر قانون المبادلات التجارية الإلكترونية في 2003 ونصّ على ضرورة الإعلام قبل التعاقد، حيث نصّت المادة 50 منه على أنه: "يجب على البائع أن يوفر للمستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية قبل إبرام العقد المعلومات التالية: اسم وعنوان وهاتف البائع أو مقدّم الخدمة، وتفصيلاً لمراحل إنجاز المعاملة التجارية، وطبيعة ومواصفات وسعر المنتج ومبلغ تأمينه وأية نفقات أخرى والفترة التي يكون خلالها المنتج معروضاً بالأسعار المحددة وشروط الضمانات التجارية، وخدمة ما بعد البيع وطرق وإجراءات الدفع وطرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد، والآثار المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات، وإمكانية العدول عن الشراء وأجله وكيفية إقرار الصفقة وطرق إرجاع المنتج أو إبداله وإرجاع المبلغ ونفقات استعمال تقنيات الاتصال حين يتم احتسابها على أساس مختلف عما هو معمول به، وشروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدودة أو تزيد على السنة، والحد الأدنى لمدة العقد، فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك منتج الخدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية، يجب توفير هذه المعلومات إلكترونياً ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة".

ويلاحظ من النص السابق أنّه تناول ثلاثة أشكال من الالتزامات:

- الشكل الأول: يتمثل في الالتزام بالتبصير قبل التعاقد الإلكتروني، كذكر اسم وعنوان وهاتف البائع أو مقدّم الخدمة، وتفصيلاً لمراحل إنجاز المعاملة التجارية وطبيعة ومواصفات وسعر المنتج.
- الشكل الثاني: فهو يتمثل في تبصير المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، كنفقات تسليم المنتج ومبلغ تأمينه وأية نفقات أخرى، والفترة التي يكون خلالها المنتج معروضاً بالأسعار المحددة وطرق وإجراءات الدفع، وطرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد والآثار المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات.
- الشكل الثالث: يتعلّق بالإعلام اللاحق على التعاقد الإلكتروني، كحقّ العدول على الشراء وأجله، وطرق إرجاع المنتج أو إبداله وإرجاع المبلغ وشروط الضمانات التجارية وخدمة ما

بعد البيع وشروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تزيد على السنة، والحد الأدنى لمدة العقد فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك منتج أو خدمة خلال مدة طويلة وبصفة دورية، وتجب الإشارة إلى أنه يتعين تبصير المستهلك بكافة هذه المعلومات قبل إبرام العقد الإلكتروني، لكن لا يجوز الاتفاق على إعفاء المزود من التزامه بإعلام المستهلك بهذه المعلومات إلى إبرام العقد، حيث أن مصير هذا الاتفاق هو البطلان، وذلك لأن هذه القواعد المتعلقة بحماية المستهلك هي قواعد من النظام العام¹.

ج: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في القانون المصري:

نصّ المشرع المصري على حقّ المستهلك في الإعلام ما قبل التعاقد، وذلك بمقتضى المادة الرابعة من القانون المتعلق بحماية المستهلك²، إذ نصّت على أنّ: "المورد ملزم بأن يضع جميع المراسلات والمستندات والمحرّرات العادية والإلكترونية عند تعاقدته مع المستهلك، بيانات تحديد شخصيته، قيده في السّجل الخاص بنشاطه، علامته التجارية". كذلك نصّت المادة السادسة من ذات القانون على: "إلزام المورد بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج، خصائصه وتجنّب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مفصل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط".

ح: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في القانون المغربي:

نصّ المشرع المغربي³ على ضرورة تبصير المستهلك وإعلامه في نصّ المادة 03 من قانون 31.08 بنصه: "على كلّ مورد أن يمكّن المستهلك من معرفة المميّزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة...".

¹ عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 92. 93.

² القانون رقم 68 لسنة 2006 المتعلق بحماية المستهلك المصري.

³ أصدر المشرع المغربي القانون رقم 31.08 في نسخته الأولى سنة 1996، غير أنّه لم ير الثور آنذاك لأسباب تنظيمية وسياسية، إلى أن جاء خطاب العاهل المغربي يوم 20 غشت 2008 بمناسبة ذكرى ثورة الملك والشعب، حيث دعا كلا من الجهاز التنفيذي والتشريعي إلى الإسراع باعتماد تشريع خاصّ لحماية المستهلك، وبمبادرة من وزير الصناعة والتجارة والتكنولوجية الحديثة، تمّ إعداد مشروع قانون رقم 31.08 سالف الذكر، حيث جاء متضمّنًا في البداية 100 مادة إلى أن وصل إلى 206 مادة موزعة على 10 أقسام.

كما نصّ المشرع المغربي في نصّ المادة 173 من قانون 31.08 على غرامة تفرض على المورد في حالة إخلاله بتبصير المستهلك تقدر ب: 2000 إلى 5000 درهم.

خ: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في القانون الجزائري:

إنّ المشرع الجزائري لم يضع نصا خاصا بحماية المستهلك في العقود الإلكترونية¹ وبالتالي عدم النص على حق المستهلك في الإعلام في نطاق التجارة الإلكترونية، مما يؤدي حتما إلى تطبيق ما هو منصوص عليه في القواعد المتعلقة بإعلام المستهلك التقليدي وتحديد ما هو منصوص عليه في القانون 03-09 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش، فبالرجوع إلى المادة 02 من ذات القانون نجدها تبسّط نطاق تطبيق هذا القانون على كلّ سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك، وعلى كلّ متدخل وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك. فهي بهذا الإطلاق لم تحدّد وسيلة محدّدة يتمّ من خلالها العرض للاستهلاك، لذا فقد يتمّ بوسائل العرض التقليدية أو الإلكترونية سواء تعلّق العرض بسوق تقليدية أو إلكترونية.

ففي الفصل الخامس من ذات القانون 03-09 جاء يحمل عنوان "الزامية إعلام المستهلك"، نصّ في المادة 17 منه على أنّه: "يجب على كلّ متدخل أن يعلم المستهلك

¹ إنّ القانون الجزائري لم يعرف لحد الآن قانونا لمعاملات التجارة الإلكترونية يكون مستقلا بذاته عن بقية فروع القانون الأخرى، إلّا أنّنا نلمس تبيّن المشرع الجزائري للمعاملات الإلكترونية في قوانين متفرقة، ففي قانون 15-03 المتضمن الموافقة على الأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض، والذي يعدّ أول قانون جزائري تضمّن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي، ويتّضح ذلك من خلال المادة 69 التي نصّت: "تعتبر وسائل الدفع كلّ الأدوات التي تمكّن كلّ شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل"، وتبيّن من خلال هذا النصّ نية المشرع الجزائري للانتقال من وسائل الدفع التقليدية إلى وسائل دفع حديثة إلكترونية، كذلك نجده في القانون المدني قد نصّ على جواز الكتابة في الشكل الإلكتروني وعلى التوقيع الإلكتروني ضمن قواعد الإثبات، وذلك في المادتين 323 مكرّر 1 والمادة 327 فقرة 2 من قانون 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدّل والمتّم للقانون المدني.

ويصدر الأمر 06-05 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب وفي المادة الثالثة منه، استعمل صراحة مصطلح وسائل الدفع الإلكتروني، حيث اعتبرها المشرع الجزائري من بين التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب وبذلك انتقل المشرع الجزائري من مصطلح مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل الوارد في نصّ المادة 69، إلى مصطلح أكثر دقة والمتّم في وسائل الدفع الإلكتروني، الوارد في نصّ المادة 03 من الأمر المذكور.

بكلّ المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع علامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

كما أوجب المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 06-306¹ على المهني الإعلام المسبق للمستهلك بشروط العقدمن أجل تحقيق نزاهة وشفافية العمليات التجارية وذلك في المادة 04 التي نصت على أنه: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه".

ونصّ المشرع الجزائري من خلال المرسوم 90-39² إعلام المستهلك عن طريق الوسم، الذي عرفته 6/6 من ذات المرسوم على أنه: "جميع العمليات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة والصّور والشواهد أو الرموز التي تتعلّق بمنتج ما والتي توجد في أيّ تغليف أو وثيقة أو كتابة أو سمة أو خاتم أو طوق يرافق منتوجا ما أو خدمة ما".

كذلك يكون إعلام المستهلك بسعر المنتوجات والخدمات وشروط البيع، فهذا الأخير هو عامل أساسي في توجيه اختيار المستهلك، فمن حقّ هذا الأخير أن يحصل على السلعة بذات الثمن المعروض، وعدم ظهور السعر يسمح للبائع بعرض أسعار تختلف باختلاف الزبائن، ممّا يشكّل هدرا لحقوق المستهلك، هذا الالتزام يجد أساسه في 04 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية، والتي تنصّ على أنه: "يتولى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات".

بينما نصت 05 من ذات القانون على أشكال الإعلام، وذلك بأن يكون بتبيان الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة، وأن تعد وتوزن وتكال السلع المعروضة للبيع سواء بالوحدة أو الوزن أو بالكيل أمام المشتري، وعندما تكون هذه السلع مغلفة ومحدودة وموزونة أو مكيلة، وضع علامات على الغلاف، تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر الممكن.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الجريدة الرسمية عدد 56، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

² مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 يناير 1990، الجريدة الرسمية، عدد 05، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

الفرع الثاني: مبررات نشوء الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني:

إنّ الهدف من دراسة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني توفير حماية فعّالة لمن يتعاقد عبر شبكات الاتّصال الإلكترونيّة من المخاطر التي قد يتعرّض لها¹.

تجدد الملاحظة أنّ تطوير أحكام هذا الالتزام ترجع للقضاء الفرنسي الذي قدّم أحكاماً جريئة فيما عرض عليه من نزاعات بهذا الخصوص وسانده في ذلك فقه متطورّ مستند في ذلك على مبررات واقعية، إذ لا بدّ لكلّ التزام جديد مبررات تكون سبباً لوجوده يكشف عنها تفاعل معاملات الأفراد من الواقع مع النصوص القانونية الموجودة، بحيث يظهر معه قصور تلك النصوص عن توفير الحماية المنشودة في التطبيق، والسبب في ذلك أن تلك النصوص قد وضعت في غير الزمان الذي تطوّرت فيه معطيات الواقع².

يمكن القول أنّه من أهمّ مبررات نشوء الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هي:

أولاً: تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين:

يرى جانب من الفقه القانوني³ أنّ الالتزام بالإعلام يجد تبريراً له في مبدأ سلامة العقود إذ أنّ الاعتراف بهذا الالتزام في المرحلة السابقة على التعاقد ضرورة عملية تقتضيها ظروف التعامل بين الأفراد⁴.

لذلك فُرض الالتزام بالإعلام على المنتج أو البائع، حرصاً على سلامة العقود في ظلّ عدم المساواة بين المستهلك من جهة، وبين المنتج الذي يمتلك تفوّقاً على الطرف الآخر الناشئ عن عدم توافر الخبرة والعلم اللّازمين من جهة أخرى، بالإضافة إلى وسائل البيع

¹ كريم كريمة، خصوصية الالتزام بإعلام المتصل بالانترنت باعتباره مستهلكاً للمعلومات، مداخلة (غير منشورة) أقيمت في الملتقى الوطني الخامس: "أثر التحوّلات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك"، المنعقد بجامعة الشّاف، كلية الحقوق، يومي 05-06 ديسمبر 2012، ص. 18.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 94. 95.

³ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص. 218. 219.

⁴ حدي حسين الفقي، محمد جفّار حدي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلّة المحقّق الحلي للعلوم القانونية، جامعة بابل، العراق، العدد 02، السنة الخامسة، 2013، ص. 23.

الجبرية ووسائل التحايل والدعاية، الأمر الذي يستدرج المستهلك إلى ما يسمّى "التعاقد اللاواعي"، كما فرض حرصا على أنّ يؤدي استعمال تقنيات تقديم المعلومات عن بعد إلى تقليص حجم المعلومات المقدّمة للمستهلك، كما أنّ المعلومات المقدّمة بالوسائل التكنولوجية لها طابع وقتي، لذا يتوجّب على البائع المهني إعطاء المشتري المعلومات الضرورية المفيدة لاستعمال المبيع¹، وكذلك بالتّصريح بالبيانات العادية والخاصّة بالمبيع، بل إنّ ملزم بإزالة الشكّ حول استخدام الجهاز الفني أو المنزلي إذا ما كان شكل الجهاز يختلط مع أجهزة أخرى مخصّصة لأغراض مختلفة².

ومن ذلك أيضا أنّ بائع السيّارات المستعملة يلتزم ببيان حالة السيّارة وحاجاتها إلى التّحديد الشامل، وتقدير قيمة تكلفة هذا التّحديد بالنّسبة إلى قيمة السيّارة محلّ البيع بهدف تنوير المستهلك بحقيقة التّعاقد ومدى ملائمته له، فهذه التّفصيلات هي التي تساعد المستهلك على اتّخاذ قراره بشأن إبرام العقد أو عدم إبرامه في ظلّ إرادة حرّة مستنيرة³.

ويمكن القول أنّ عدم التّكافؤ وعدم التّساوي بين المتعاقدين وإن كان أمرا طبيعيا في عقود الاستهلاك المألوفة إلاّ أنّه يتسع ويعمّق في عقود الاستهلاك الإلكترونيّة⁴، ولعلّ الوسيلة الإلكترونيّة التي تبرم بها هذه العقود هي سبب الإشكالات التي تطرحها والتي تمثّل باجتماعها في النهاية ضعفا لدى المستهلك حال التّعاقد عبر الشّبكة، ابتداءً من ضغط الدّعاية الإلكترونيّة الحديثة التي ترصده للتأثير على حرّيته في الإقبال على التّعاقد، إلى الكمّ الهائل من السّلع والخدمات الجديدة التي تفقد المستهلك تركيزه في الاختيار الأنسب منها لمحدودية خبرته الفنيّة، ثمّ رضوخه الضّروري لبند العقد التّمودجي ملزما بتنفيذها أيّا كانت

¹ نضال إسماعيل برهم، غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص. 135.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطّبعة الأولى، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2007، ص. 373.

³ نائل عبد الرحمان صالح، حماية المستهلك في التّشريع الأردني، منشورات زهران، عمّان، 1991، ص. 63.

⁴ جبار جميلة، المرجع السابق، ص. 09.

الظروف ليجد المستهلك نفسه في الأخير أبرم عقدا دون حاجته الفعلية إلى ذلك لجهله بدروب التعاقد المعقدة التي يشكّل فيها الحلقة الأضعف¹.

لنخلص إلى أنّ انعدام التّكافؤ ما بين المستهلك والتّاجر يرجع إلى عدم المساواة في الدّراية والمعرفة بجوانب العقد، فالإعلام شرط لحرية الاختيار الأمر الذي يبرّر وجود الالتزام بالإعلام².

ثانيا: إعادة التوازن إلى العقد:

إنّ عدم التوازن الحقيقي بين الطرفين المتعاقدين سواء من حيث القوة الاقتصادية أو المعلوماتية لاسيما وأنّ عدم التوازن يتفاقم تسترّا وراء التّقنيات الإلكترونية التي تتطور يوما بعد يوم في ظلّ ثورة تكنولوجيا الاتّصالات والمعلومات هذا من جهة³، ومن جهة أخرى حاجة المستهلك لهذه السلع والخدمات التي تجعلهم يقدمون على شرائها مذعنين لإبرام العقد دون الاستعلام الكافي عن بياناتها وتأثرا بالإعلانات التي يقوم بها التاجر المحترف لترويج منتجاته والتي قد تكون كاذبة أو مضلّة، كلّ ذلك أدى إلى سيطرة المحترف وإعاقته لحرية المستهلكين في اختيار السلع والخدمات، وبالتالي يذهب صاحب هذا الرّأي إلى أنّ الحماية التّقليدية للطرف المذعن هي الأساس في تقرير هذا الالتزام -الالتزام بالإعلام- وحماية المستهلك بوصفه طرفا مذعنا.

وعلى الرّغم من وجاهة هذا الرّأي إلّا أنّ هناك اختلافا جوهريا بين الحماية القانونية والتّقليدية في عقد الإذعان وبين الحماية المقرّرة للمستهلك، من خلال إلزام المحترف بالإفضاء قبل التعاقد، فنحن لا نجد نصوصا في القانون المدني الجزائري أو المصري أو العراقي أيّ حماية للطرف المذعن في المرحلة السّابقة على التعاقد، بل هي حماية لاحقة لإبرام العقد من خلال منح القاضي سلطة تقديرية في تعديل أو إلغاء ما قد يرد في العقد

¹ يرى البعض الفقه خلاف ذلك، رغم وقوع التّشابه بين الحماية المقرّرة في عقود الإذعان والحماية المقرّرة وفقا لقانون حماية المستهلك، لأنّ الحماية الأولى مقرّرة بعد نشوء العقد بينما الحماية الثانية مقرّرة قبل نشوء العقود.

² خليف مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التّعامل في مجال التجارة الإلكترونية، المرجع السّابق، ص. 205.

³ أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2011، ص. 22.

من شروط تعسفية نظرا لأن الطرف الضعيف فيها معرض دائما لاستغلال الطرف القوي ولكن يمكن القول أن القضاء عمل على تحقيق التوازن بين المراكز العقدية من خلال توظيف فكرة الإذعان، وقياس نتائج عدم الإدلاء بالمعلومات للمستهلك على فكرة حماية الطرف المذعن في عقود الإذعان، لتماثل النتائج في الحالتين وهي حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية لإعادة التوازن¹.

ثالثا: تحديد المسؤولية في حالة قطع المفاوضات:

إن الهدف من وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أن نظرية عيوب الإرادة ونظرية ضمان العيوب الخفية وكذلك نظرية ضمان التعرض والاستحقاق قد لا توفر للمستهلك الحماية الكافية، حيث يصعب على المستهلك إثبات وقوعه في الغلط حول صفة جوهرية من الشيء المباع، في حين يكفي للمستهلك لكي يستفيد من الحماية التي يكفلها له الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أن يثبت أن معلومات جوهرية متصلة بالمبيع يعلمها البائع ورغم ذلك كتبه إياها أو كذب عليه رغم علمه بأهمية هذه المعلومات بالنسبة للمستهلك².

ضف إلى ذلك أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام يؤدي دورا وقائيا يترتب على الوفاء به استقرار المراكز القانونية الناجمة عن العقد، في حين نجد بموجب القواعد المنظمة لعبء الغلط، أن العقد يعدّ موقوفا قابلا للنقض وأن هذا الجزاء لا يعدّ الحلّ الأمثل لمشاكل المستهلك الذي يريد الحصول على سلعة جيدة أو التمتع بخدمة جيدة³.

وفي هذا الصدد جاء في الفصل العشرين من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية التونسي أنه: "يتعين توفير هذه المعلومات إلكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة".

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 97.

² غازي أبو العرابي، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت، مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 34، 2007، ص. 565.

³ أكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الزافدين للحقوق، العراق، المجلد 13، العدد 49، السنة 16، 2011، ص. 415.

كما جاء في الفصل 27 من ذات القانون: "يتعين على البائع قبل إبرام العقد تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته، وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته، وكذلك الاطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية المتعلقة بامضائه".

رابعاً: التعرّف على الجوانب العملية للتعاقد:

تبرم العقود الإلكترونية عن بعد ممّا يثير القلق والغموض بالنسبة للجوانب العملية التعاقدية، خاصّة ما يتعلّق بالتأكّد من شخصية المتعاقد إن كان هو المقصود أو لا، وموقفه القانوني والفني والتّيقن من أهليته، كما يثير التّساؤلات في مرحلة التّفاوض حول مدى حقيقة وجود البضاعة أو الخدمة، ومدى مشروعية ما يقدّم في الموقع من حيث ملكية مواده ذات الطّبيعة المعنوية (الملكية الفكرية مثلاً)، نظراً لكثرة الاحتمالات الواقعة على المواقع الوهمية أو المحتوى غير المشروع من المنتجات والخدمات¹.

الفرع الثالث: شروط الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني:

يلزم لقيام الالتزام قبل التعاقد شرطان، أوّلهما جهل المستهلك بمثل هذه المعلومات جهلاً مشروعاً (أولاً)، وعلم البائع بالبيانات والمعلومات المتعلّقة بالمبيع (ثانياً).

أولاً: جهل الدّائن -المستهلك- بالمعلومات التي تؤثر في رضاه بالعقد:

يرى بعض الفقه² أنّ الالتزام بالإعلام يقتصر على المتعاقد الذي يجهل المعلومات جهلاً مشروعاً مبرراً يعفيه ضرورة الاستعلام والتّحري بنفسه.

لذا يمكن القول أنّه غالباً ما يكون هناك عدم التّكافؤ في المراكز العقدية، وذلك فيما يتعلّق بالمعلومات الواجب توافرها في العقد الإلكتروني، فلا تظهر أمام المستهلك كأصل عام

¹ كسال سامية، أهميّة الالتزام بالإعلام في حماية المستهلك في العقود الإلكترونية، مداخلة (غير منشورة)، أقيمت في الملتقى الوطني الخامس: "أثر التّحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك"، المنعقد بجامعة الشّاف، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، يومي 05-06 ديسمبر 2012، ص. 07.

² فرحات ريموش، الالتزام بالإعلام، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، جامعة الجزائر 1، كلّية الحقوق، 2012، ص. 289. 290.

سوى صورة المنتج المراد بيعه عبر الموقع الإلكتروني، ومن ثمة يحتاج من الطرف الذي طرح المنتج إلى معلومات كافية ليكون رضاه بذلك العقد.

ويتضح جهل الدائن بالمعلومات العقدية في الجهل المستند إلى استحالة علم المتعاقد بالمعلومات اللازمة لإبرام العقد، وعليه ففي حالة علمه بتلك المعلومات ينتفي التزام المدين اتجاهه بإبلاغه بمثل تلك المعلومات، والاستحالة المقصود بها هنا هي التي يستحيل معها على المتعاقد غير المحترف بالطبع أن يعلم بكافة البيانات المتعلقة بالشئ محل العقد وغالبا ما يكون ذلك في العقود التي يكون محلها إعطاء شيء، فالدائن يستحيل عليه أن يعلم بأوصاف الشئ محل العقد وهو في حيازة الطرف الآخر وذلك ما يتحقق في التعاقد عبر الشبكات الدولية "internet"، مما يلقي على عاتق المدين التزاما بالإفشاء بكل المعلومات المتعلقة بالعقد عند إبرامه¹.

فضلا عن ذلك، يتضح جهل الدائن بالمعلومات العقدية في الجهل المستند إما إلى الثقة المشروعة المستندة إلى طبيعة العقد، وإما إلى الثقة المشروعة المستندة إلى صفة الأطراف، فبالنسبة إلى الثقة المشروعة المستندة إلى طبيعة العقد توجد عقود لا تتعارض فيها مصالح الأطراف المتعاقدة، حيث يعدّ التزام كل طرف مكملا لالتزام الطرف الآخر مثال على ذلك عقد الوكالة أو العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، كعقد الشركة والعمل فلا بد من وجود ثقة بين هذه الأطراف، ففي عقد الوكالة لا بد على الموكل أن يعلم الوكيل بكافة البيانات التي تتعلق بالتصرفات المنوطة إلى الوكيل، وكذلك بالنسبة إلى عقدي الشركة والعمل، حيث يبطل كل منهم عند إفلاس الشريك إذا كان قد أخفى الحقيقة هذه عند التعاقد، وكذلك بطلان عقد العمل عند إخفاء العامل صفاته المرتبطة بالعمل المنوط إليه إتمامه².

أما الثقة المشروعة المتولدة عن صفة أحد المتعاقدين، وهذا النوع من الثقة هو المجال الخصب لقيام الالتزام قبل التعاقد بالإفشاء، لاسيما بالنسبة للعقود التي يبرمها

¹ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص. 29.

² عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة أهل البيت، العدد الخامس، (بدون سنة نشر)، ص. 207.

المستهلك مع المحترف، فنحن في مثل هذا النوع من العقود إزاء علاقة غير متكافئة، فهناك طرف قوي يقابله طرف ضعيف إن صحّ التعبير، ومن ثمة أصبح المستهلك ينظم إلى هذا النوع من العقود معتمداً على أمانة المتعاقد وثقته التي أولاه إياها بسبب صفته المهنية ككونه صانعا أو بائعا محترفاً، حيث يقرّر شرّاح القانون المدني أنّ صفة الاحتراف في أحد المتعاقدين من أبرز العوامل التي تلقي عليه عبء الإفضاء بالبيانات اللازمة لتتوير رضاء المتعاقد الآخر، ولإعادة التوازن إلى العقد من ناحية أخرى¹.

وتلعب هذه الثقة دوراً مزدوجاً فهي تعفي المستهلك من واجبه في الاستعلام والتّحري في الوقت الذي تلقي فيه على عاتق المحترف التزاماً بالإفضاء للمستهلك بالمعلومات التي من شأنها تتوير إرادته².

ويشترط كذلك أن تكون تلك المعلومات التي يلتزم بها المدين على درجة من الأهمية بالنسبة للدائن، بحيث أنّ عدم علمه بها بشكل واضح يؤثّر في رضاه بالإقبال على تلك السلعة أو الخدمة، وعليه يتحقّق الإخلال من الطرف الآخر بالتزامه، لذا فإنّ أيّ معلومة متعلّقة بمحلّ العقد أو جهة الإنتاج أو التّرويج والبيع للسلعة أو الخدمة أو استخدامات ذلك المنتج وأغراضه أو أيّ معلومات أخرى متعلّقة بشروط التّعاقد من شأنها أن تؤثّر بصورة مباشرة في إرادة المستهلك خلال فترة المفاوضات على شبكة الانترنت، وأنّ جهله أو تضليله ببعض تلك المعلومات قد يدفعه إلى إبرام ذلك العقد، أمّا لو كانت المعلومات غير المعلن عنها في الموقع الإلكتروني ثانوية وغير مهمّة في نظر المستهلك فلا يمكن القول بأنّ هناك التزاماً على البائع بالإفصاح عنها إلى المستهلك خاصّة إذا كان المستهلك هو أيضاً مهني ولديه معرفة ببعض تلك المعلومات المرتبطة بالعقد والسلعة والخدمة محلّ التّعاقد³.

وفي هذا الصّدّد، صدر عن الغرفة التّجارية لمحكمة النّقض الفرنسية بتاريخ 16 تموز 1982، أنّه: "ليس هناك أيّ موجب خاص بإعلام المشتري ويلقى على عاتقه إمّا

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 107.

² عمر محمّد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 49.

³ عقيل فاضل محمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص. 209.

بسبب عدم كفاءة الشّاري المهنية، وإمّا بسبب بساطة خطر المواد المبّعة أو عدم وجود هذا الخطر¹.

ثانياً: علم المحترف بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالمبيع:

يشترط أن يكون أحد المتعاقدين مهنياً خبيراً على نحو يسمح له بالعلم بالكامل والكافي ببيانات ومواصفات المبيع محلّ عقد الاستهلاك²، إلى جانب ضرورة العلم بأهميّة ومدى تأثيرها في تكوين رضاء المستهلك.

وما يجبّ التنويه إليه أنّه يصعب حصر وتحديد كافيّة البيانات والمعلومات التي يتعيّن على المحترف الإفشاء بها إلى المستهلك فذلك أمر يتفاوت من عقد لآخر، إلّا أنّه وما يهمنّا في مجال عقود الاستهلاك هو معرفة المستهلك المعلومات والبيانات للخصائص الأساسية والسّمات الجوهرية للسلع والخدمات التي يسعى للتعاقد بشأنها³.

فلقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى الاعتماد على فكرة "السّمات الجوهرية للمنتج" المزمع التعاقد بشأنها وإن كانت معياراً كافياً لتحديد نطاق الالتزام بالإعلام قبل التعاقد إلّا أنّه ليس معياراً صالحاً على الدوام، ولذلك يضع هذا الرّأي معياراً آخر أكثر اتساعاً وشمولاً وهو مدى ملائمة المعلومة للمتعاقد الآخر، ووفقاً لهذا المعيار فإنّ التاجر يقع عليه التزام ليس فقط تقديم بيانات ومعلومات وإمّا التزام بإعلام المستهلك بكلّ بيان يهمنّه أن يعرفه ويؤدّي في حالة علمه به إلى العدول أو التّغيير من رضائه، وهناك قرائن ودلالات يستدلّ منها على أهميّة المعلومات والبيانات، على أنّ تقدير مسألة اعتبار البيان هاماً، يجبّ الإفشاء به من عدمه هو من مسائل الواقع التي يترك الفصل فيها لسلطة قاضي الموضوع⁴.

¹ نضال إسماعيل برهم، غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص. 139.

² نبيل محمّد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التّعاملات الإلكترونية، مجلّة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 02، السّنة 32، يونيو 2008، ص. 206.

³ Jean Clais Auloy et Franck Steinmetz , Op, cit , p. 49.

⁴ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 98. 99.

ويوجد بالإضافة إلى القواعد العامة المتعلقة بحماية المستهلكين قواعد إعلام خاصة ملزمة تتعلق ببعض أنواع السلع، وعلى سبيل المثال في تشرين الأول 1977 جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية، أنه "ينبغي أن يعرف المورد أنّ القرميد سوف يستخدم في الجبل، ويجبّ عليه أن يعلم مكتسب الملكية عدم ملائمتها في المنطقة المعنية". وفي حكم آخر للغرفة التجارية من المحكمة نفسها¹ أنه: "على بائع مهني بمواد إحكام السدّ تحذير مكتسب الملكية في شأن حدود استعمال الأسلوب مراعاة الشروط المناخية الخاصة التي يجبّ أن يتقيد بها".

كما جاء عن الغرفة المدنية لنفس المحكمة في تشرين الثاني 1978 أن: "صانع مقاوم الطفيليات عليه أن يحدّد تماما أنواع النباتات التي يقتضي عدم معالجتها"². فإذا كان الأصل العام هو التزام المهني بالإفشاء بالبيانات المتعلقة بالسلع والخدمات، إلا أنّ هناك منتجات غير خاضعة لقانون حماية المستهلك، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

1: الأسلحة:

نجد أنّ الأمر 97-06³ المتعلّق ب: "العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة" قد صنّفها إلى ثمانية أصناف، منها ما يعدّ عتادا حربيا (الأصناف 1، 2، 3)، ومنها ما لا يعدّ عتادا حربيا (الأصناف 4، 5، 6، 7، 8).

أ: الصنّف الأول: الأسلحة النارية وذخيرتها، وكلّ الأسلحة المعدة لذلك أو الموجهة للحرب البرية أو الجوية أو البحرية.

ب: الصنّف الثاني: العتاد الموجه لحمل واستعمال الأسلحة النارية في القتال من الصنّف الأول، وبعض العتاد وتجهيزات الملاحة والكشف والمواصلات.

ت: الصنّف الثالث: مواد الحماية من الغازات والإشعاعات الصادرة عن الأسلحة.

¹ حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 كانون 1978.

² نضال إسماعيل برهم، غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص. 139.

³ أمر رقم 97-06، مؤرخ في 21 يناير 1997، الجريدة الرسمية عدد 06، يتعلّق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة.

ث: الصنف الرابع: الأسلحة الحربية والدفاعية وذخيرتها، وكذا العتاد وتجهيزات الحماية من الرصاص.

ج: الصنف الخامس: أسلحة الصيد وذخيرتها.

ح: الصنف السادس: السلاح الأبيض.

خ: الصنف السابع: أسلحة الرماية والأسواق والمعارض وذخيرتها.

د: الصنف الثامن: الأسلحة والذخيرة التاريخية.

فيحظر صنع وتصدير واستيراد والمتاجرة بالأصناف 1، 2، 3، وتمارس وزارة الدفاع الاحتكار لصالح الدول في ذلك، كما أنّ الأصناف 4، 5، 6، 7، 8 يشملها حظر مؤقت يزول بمنح ترخيص من السلطة المؤهلة قانوناً¹.

2: المتفجرات:

عرّفت المادة 2 من المرسوم الرئاسي 90-1982 المواد المتفجرة على أنّها: "كلّ مادة مفردة أو خليط مواد صلبة أو سائلة، يمكنها أن تكون قابلة بنفسها للانفجار بسبب تفاعل كيميائي، سواء أكان هذا الانفجار بالاحتراق المشع، أو بالتفريغ أو بالصعق..... وتقسّم المواد المتفجرة إلى خمسة أقسام، حسب الأخطار الناتجة عن انفجارها أو حسب درجة حساسيتها، وكلّ عملية استيراد أو تصدير للمواد المتفجرة لا يمكن أن تتم دون الحصول على رخصة من وزارة الدفاع، ولا يمكن أن تعرض للبيع سوى المواد المتفجرة المصادق عليها تقنياً من طرف الوزير المكلف بالمناجم³.

¹ المادة 9 من أمر رقم 97-06 سالف الذكر.

² مرسوم رئاسي رقم 90-198، مؤرخ في 30 يوليو 1990، الجريدة الرسمية عدد 27، يتضمن التنظيم الذي يطبق على المواد المتفجرة.

³ سماتي الطيب، حماية رضا المستهلك في عقد البيع، مداخلة (غير منشورة)، أقيمت في الملتقى الوطني الخامس: "أثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك"، المنعقد بجامعة الشلف، كلية الحقوق، يومي 05-06 ديسمبر، 2012، ص. 15.

3: المواد المخدرة:

نصت المادة 17 من قانون 18-04¹، على أنه "يعاقب من 5000.000 إلى 50.000.000 كل من قام بطريقة غير مشروعة بإنتاج أو صنع أو حيازة أو عرض أو بيع أو صنع للبيع أو حصول وشراء قصد البيع أو التخزين أو الاستخراج أو تحضير أو توزيع أو تسليم بأية صفة كانت أو سمسة أو شحن أو نقل عن طريق العبور أو نقل المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية".

4: العقارات:

بالرجوع إلى أحكام قانون حماية المستهلك الساري المفعول، نجد أن المشرع الجزائري لم ينظم بموجبه بيع العقارات، وعليه لا تخضع العقارات لأحكامه، ذلك أن العقار كل محلّ تنظّمه نصوص قانونية كثيرة، منها: الأمر 75-74² وكذا المرسوم التشريعي 93-03³.

الفرع الرابع: تمييز الالتزام بالإعلام الإلكتروني عما يشابهه من مصطلحات:

يتفق الالتزام بالإعلام مع بعض الالتزامات الأخرى في نواحي عديدة، على أن هذا الالتزام يضل دائما متميّا عنها بسماته ومستقلا بأحكامه.

ولعلّ أكثر الالتزامات ارتباطا بالالتزام بالإعلام وتشابهها معه ممّا يتطلّب التمييز بينها، الالتزام بالتعاون (أولا) والالتزام بالتحذير (ثانيا) والالتزام بتقديم النصيحة أو المشورة الفنية (ثالثا).

¹ قانون رقم 18-04 مؤرخ في 25 ديسمبر 2004، الجريدة الرسمية عدد 83، يتعلّق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها،

² أمر رقم 74-75 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، الجريدة الرسمية، عدد 92، يتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري.

³ مرسوم تشريعي رقم 93-03، مؤرخ في 02 مارس 1993، الجريدة الرسمية عدد 14، يتعلّق بالنشاط العقاري .

أولاً: التمييز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتعاون:

أصبح الالتزام بالتعاون يحتلّ مكانة هامة سواء في مرحلة إبرام العقد أو في حالة تنفيذه¹.

ويعني ذلك أنّ مبدأ التعاون صار مألوفاً في الإطار التعاقدى ليعمل على الارتقاء بالطرفين معنوياً وأخلاقياً ويساعد على التخلص من نزعة الأنانية والفردية التي كانت تسود المعاملات وما تزال².

ويقصد بالتعاون في مجال التعاقد ذلك العمل المشترك بين أطراف العقد في مرحلة تكوينه أو تنفيذه³، ويتمثل هذا الالتزام في السلوكيات والتصرفات التي تهدف للعمل على خدمة طرفي العقد وتحقيق مصالحهما المشتركة، وعلى ذلك فإنّ الالتزام بالتعاون يعدّ وبحقّ تطبيقاً واضحاً لمبدأ حسن النية في العاقد بمفهومه الواسع⁴.

مما سبق نجد أنّ الالتزام بالتعاون يستقلّ ويتميّز عن نظيره بالإعلام، ذلك أنّ الالتزام الأخير يتمثل في سلوك فردي من جانب أحد طرفي عقود الاستهلاك، يتمثل في الإدلاء بالبيانات الجوهرية المرتبطة بمحلّ العقد أو بنوده أو ما ينشأ عنه من التزامات ... الخ.

ويتميّز كلا من الالتزامين عن الآخر أيضاً من حيث الهدف، فالالتزام بالإعلام يهدف إلى تنوير إرادة الدائن بالالتزام، كما يعمل هذا الالتزام على إعادة التوازن العقدي بين المهني والمستهلك الذي يعدّ الأضعف اقتصادياً أو قانونياً أو معنوياً.

ثانياً: التمييز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتحذير:

يعدّ التزام المحترف بالتحذير أحد مفردات الالتزام بالإعلام بل إنّه أهمّ مكون من مكونات الالتزام بالإعلام، إلّا أنّه يلزم المحترف أن يحذّر المستهلك من مخاطر استعمال السلعة ويحدّد له كيفية تجنّبها، فالبايع المحترف لا يستطيع أن يحتجّ بجهله من المخاطر

¹ مصطفى أحمد عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 38.

² Michel de Juglart , Op,cit, p. 01.

³ مصطفى أحمد عمرو، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2006، ص. ص 206-208.

⁴ Jacques Mestre, D'une l'exigence de bonne foi á un esprit de collaboration, R. T. D, civ, 1986, p.100.

التي تكمن في الشيء المبيع، أو التي يمكن أن تترتب على استعماله وذلك نظرا لصفة الاحترافية، ويلتزم بالتحذير أيًا كانت صفة المشتري، أي سواء كان شخصا عاديا أو مشترٍ محترف، حتى وإن انعكست الصفة الاحترافية للمشتري على مدى كفاية التحذير من عدمه والذي يبقى في مجمله خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع¹.

ولكي يوتي هذا التحذير ثماره المرجوة في إحاطة المستهلك بهذه المعلومات بالشكل الذي يمكن معه القول بوفاء المنتج بالتزامه بهذا الخصوص دفعا لمسؤوليته عن الأضرار التي قد تتجم عن خطورة الشيء المبيع، فإنه يجب أن تتوافر في هذا التحذير أربعة خصائص هي أن يكون كاملا مفهوما دقيقا ظاهرا².

ويختلف الالتزام بالتحذير عن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عدة نقاط نذكر منها:

1: أن الالتزام بالتحذير يتعلّق بالصفة الخطرة لأشياء في مرحلتي الحياة والاستعمال، في حين أنّ الالتزام قبل التعاقد بالإعلام ليس هناك تحديد لطبيعة ونوعية المعلومات التي يلتزم التاجر المحترف بالإفشاء بها للمستهلك، فنطاق هذا الالتزام يشمل كلّ ما من شأنه تنوير رضاء المستهلك قبل إبرام العقد.

2: من حيث الغاية، حيث أنّ غاية الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هي إيجاد رضاء حرّ ومستتير لدى المستهلك لضمان صحّة وسلامة الرضاء، بينما غاية الالتزام بالتحذير هي ضمان سلامة المستهلك في جسده وأمواله³.

3: أنّ الالتزام قبل التعاقد بالإعلام لا يكون منتجا لأثره إلاّ في المرحلة السابقة على التعاقد لتتوير إرادة المستهلك، بخلاف الالتزام بالتحذير من الخطورة الكامنة في المنتجات أو في طريقة استعمالها فإنه ينتج آثاره في المرحلة اللاحقة للتعاقد، بحيث أنّ التحذير يقتصر

¹ حاج بن علي محمد، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة في الشيء المبيع، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي-الشلف، العدد 06، 2011، ص. 76.

² عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 640.

³ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 115.

على نوع محدد من المعلومات، تتعلق بالخطورة التي تكتنف السلعة في طريقة استعمالها أو حيازتها¹.

تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه² يرى بأن الالتزام بالتحذير قد يؤدي إلى إحجام المستهلكين عن بعض المنتجات تجنباً لما قد ينتج عنها من أضرار في حالة إغفال الاحتياطات الأمر الذي يؤثر على عملية البيع في حد ذاتها من المنظور التجاري للبائع عكس توضيح طريقة الاستعمال التي تشجع الإقبال على الشراء.

ثالثاً: تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة أو المشورة الفنية:

كما أنشأ القضاء الفرنسي التزاماً بالإعلام على عاتق البائع المحترف، أنشأ كذلك على عاتقهم التزاماً أو واجباً بتقديم النصيحة أو المشورة الفنية، لا يمكن تطلبه بحسب الأصل إلاّ بشروط معينة³، فهو التزام ناشئ عن العقد محلّه قيام المتعاقد المحترف صاحب الخبرة في مجال فني أو قانوني معيّن يسمّى المستشار بتقديم معلومات محدّدة في العقد ولازمة لأجل عملية معينة يحددها المتعاقدان سلفاً، فالالتزام بالنصيحة لا يكون لازماً إلاّ بصدد أنواع معينة من المعاملات ليتجسّد أكثر في المهن التي تحترف تقديم خدمات ذهنية وعليه يقع بوجه خاص على عاتق أصحاب المهن الحرّة، ومثاله التزام المهندس بتقديم المعلومات الفنية والتكنولوجية طبقاً لأصول الهندسة المعمارية وفنّها، بوصفه محترفاً في هذا المجال، وكذلك التزام الطبيب والمحامي والمحاسب وكلّ ذي خبرة فنية بتقديم المشورة.

ذلك ما أكّده بعض الأحكام الفرنسية، إذ قضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية⁴ عن قضية تتلخّص وقائعها في ادّعاء تعاونية زراعية أقدمت على شراء مادة طلاء موجّهة للاستعمال على واجهات إسمنتية والتي لم تؤدّ الغرض المخصّص لها لاختفائها تماماً في بعض الأماكن وعدم ثباتها في أماكن أخرى، فدفع البائع أنّ السبب يعود

¹ نزيه محمّد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص. 41.

² محمّد شكري سرور، مسؤولية المنتج من الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص. 24.

³ حاج بن علي محمّد، المرجع السابق، ص. 78.

⁴ حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 25 جوان 1980.

إلى نوعية البناء وليس إلى مادة الطلاء المهيأة خصيصاً للغرض الموجّه إليها في من طرف المستعمل ومن ثمّ أقدم على تقديم نصيحة دقيقة بوصفه محترفاً حتّى وإن أخطأ في التقدير، ممّا يجعله مسؤولاً وهذه المسؤولية هي ذات طبيعة عقدية، على اعتبار أنّ الإخلال بالالتزام بالنصيحة متعلق غالباً بطريقة الاستعمال¹.

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه² أنّ الالتزام بتقديم المشورة لا يعدو أن يكون إحدى صور الالتزام بالإعلام، فهو جزء لا يتجزأ من الالتزام بالإعلام، لذا كان التزام المدين بالنصح في المجال المعلوماتي أكثر شدة من الالتزام بالإدلاء بالبيانات فهو التزام يتجاوز مجرد إدلاء المورد بمن يتعاقد معه ببيانات حول خصائص المعدات والبرامج بإيجابياتها وسلبياتها، فالإدلاء بالبيانات إنّما يتمّ على سبيل النصح والإيحاء، وتترتّب على الإخلال به مسؤولية تقصيرية، في حين الإخلال بالالتزام بالنصيحة تترتّب عليه المسؤولية العقدية.

ولقد تبنى المشرّع الجزائري الالتزام بوجوب تقديم النصيحة تعزيزاً لحماية المستهلك حتّى وإن لم ينص عليه صراحة، كونه مصطلح الالتزام بالنصيحة يدخل ضمن المفهوم العام للالتزام بالإعلام، كما هو وارد في الفقرة الثالثة من المادة 10 / 1 من قانون 09-03 والتي نصّت على أنّه: "يتعيّن على كلّ متدخّل احترام إلزامية أمن المنتج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخصّ:

- تأثير المنتج على المنتجات الأخرى عند توقّع استعماله من هذه المنتجات".

هذا، ويتفق الالتزام بالإعلام مع الالتزام بالنصيحة من حيث أنّهما جميعاً يردان على تقديم البيانات أو المعلومات للدائن بالالتزام، وذلك في سبيل معاونته على اتّخاذ قرار معيّن³ في حين أنّهما يختلفان في نواحي عدّة:

¹ حاج بن علي محمد، المرجع السابق، ص. 78.

² أشرف محمد أبو حسين، المرجع السابق، ص. 149.

³ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، القاهرة، 2006، ص. 59.

- 1: أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام ينشأ دون حاجة لوجود اتفاق، خلافاً للالتزامات المقارنة والتي يستلزم لوجودها وجود اتفاق خاص يفرضه ويحدّد مضمونه¹.
 - 2: أن الالتزام بتقديم المشورة أو النصيحة هو في الأساس التزام ببذل عناية على أنه قد يكون في بعض الأحيان التزاماً بتحقيق نتيجة، فيكون التزاماً بتحقيق نتيجة عندما يضمن المدين به نتيجة القرار الذي يتّخذه الدائن اعتماداً على تلك المشورة فدور المدين المحترف هنا لا يقتصر على مجرد تقديم الاستشارة وبذل العناية اللازمة لتوجيه قرار الدائن بل يذهب لما هو أبعد من ذلك.
 - 3: إن الالتزام بالإعلام قد يحمل في طبيّاته إيجاباً ملزماً ينعقد به عقد الاستهلاك إذ صادفه قبول مطابق من جانب المستهلك، وقد يمثّل هذا الالتزام في بعض الأحيان مجرد دعوة للتعاقد أو وعداً به، أما الالتزام بتقديم النصيحة أو المشورة يعدّ التزاماً بتحقيق نتيجة².
- وكخلاصة لما سبق، أنّ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام قانوني لا يحتاج إلى اتفاق خاصّ لوجوده وذلك خلافاً للالتزامات محلّ المقارنة والتي تحتاج لوجودها اتفاق خاصّ يفرضه ويحدّد مضمونه.

المطلب الثاني: مضمون الإعلام قبل التعاقد الإلكتروني:

يجب أن يكون العرض المقدّم على صفحة شاشة الانترنت محدّداً بدقّة وواضحاً ومفهوماً، ولا بدّ من التأكّد من ظهور كلّ البيانات الإلزامية الخاصّة بالتعاقد مع العرض المقدّم، تستوي في ذلك البيانات التي ينصّ عليها قانون حماية المستهلك، أو تلك التي وردت في التوجيهات الأوروبية بصدد البيع عن بعد.

تبدو أهميّة هذا الالتزام بالنسبة لمقدّم العرض، حيث يقع عليه عبء إثبات وفائه بالالتزام بالإعلام، وينصب الالتزام بالإعلام على إعلام المستهلك بشخصية التاجر الإلكتروني (الفرع الأوّل)، وإعلامه بحقيقة المنتج أو الخدمة محلّ التعاقد (الفرع الثّاني).

¹ السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد على شبكة الانترنت، الدار الجامعية، لبنان، 2006، ص. 43.

² مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 46.

الفرع الأول: إعلام المستهلك بشخصية التاجر الإلكتروني:

إن أكثر ما يهم المستهلك عند إبرامه للعقود عن بعد هو التأكيد ومعرفة شخصية البائع الذي يتعامل معه، ذلك لأن طبيعة التعاقد الإلكتروني تستلزم الوضوح في جميع خطواته، ولعل أهمها تحديد شخصية الموجب في هذه العقود بشكل قاطع لا لبس فيه¹.

هذا وقد تناول قانون الاستهلاك الفرنسي² والتوجيه الأوروبي الصادر في مايو 1997، قراراً بأنه يجب تحديد شخصية البائع من خلال التمييز بين ثلاث حالات لمكان الموقع عبر شبكة الانترنت، وهي حالة وجود موقع الويب في فرنسا، والحالة الثانية خاصة بمواقع الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، والحالة الثالثة خاصة بشأن ما هو منصوص عليه في التشريعات العربية، سنوضحها فيما يلي:

أولاً: إعلام المستهلك بشخصية التاجر الإلكتروني في المواقع الموجودة في فرنسا:

ألزم المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك من خلال المادة 1-111L³، والمادة ل111-2⁴، أن يتضمن العرض الموجود على الشاشة اسم المشروع وسبل الاتصال التلفوني به وعنوان مقره، أو مقر المؤسسة المسؤولة عن العرض والعنوان الإلكتروني، وأن تتضمن الفواتير الخاصة به الطلبات والأسعار والوثائق الإعلانية، وكذلك الحال بالنسبة لمراسلاته وإيصالاته المتصلة بأنشطته، حيث يجب أن تكون موقعة باسمه وسجله التجاري ومكان

¹ خليفي مريم، الزهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 269.

² المادة 121 الفقرة الثامنة بعد التعديل بموجب المرسوم 741 لسنة 2001 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993.

³ Article L111-1- 4C. consom. f Créé par Ordonnance n°2016-30 du 14 mars 2016-art « 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 : ... 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... ».

⁴ Article L111-2 C. consom. f Créé par Ordonnance n°2016-30 du 14 mars 2016-art « Outre les mentions prévues à l'article L111-1 tout professionnel, avant la conclusion d'un contrats de fourniture de services et lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services met à la disposition du consommateur ou lui communique de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaires relatives à ses coordonnées, à sons activité de prestation de services et aux autres conditions contractuelle, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'Etat ».

التسجيل، ويجب على البائع أو المهني أيضا بيان رقم قيده الضريبي واسم وعنوان الجهة التي منحت له ترخيص مزاوله النشاط، إذا كان نشاطه يقتضي الترخيص المسبق لممارسته.

وإذا كان المهني يباشر عملا يتطلب الانضمام إلى نقابة مهنية كالتبيب والمحامي والمهندس فإنه يلتزم بالإفصاح عن اسم النقابة أو المنظمة المهنية التي ينظم إليها، فضلا عن المعلومات المتعلقة بمهنته والقواعد القانونية التي يحكمها، وكذلك الدولة التي منحتة حق ممارسته المهنة التي يتعاقد بشأنها إلكترونيا مع المستهلكين¹.

ثانيا: إعلام المستهلك الإلكتروني بشخصية التاجر في قانون الاتحاد الأوروبي:

يقرّر التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 بأنّ اللجوء إلى نظام التعاقد عن بعد لا ينبغي أن يمسّ بالمعلومات التي يتعيّن إمداد المستهلك بها، وتضع التزاما محددا على عاتق المورد بإعلام المستهلك، حيث يتعيّن عليه -المورد- إمداده وتزويده في الوقت المناسب وقبل إبرام العقد بالبيانات الآتية: الشّخص المورد وعنوانه، خاصة إذا كان العقد يقتضي الدّفع مقدّما، وينبغي في جميع الأحوال بيان العنوان الجغرافي للمؤسسة التي يمكن للمستهلك أن يستعلم منها عن طلباته².

وعلى نفس المنوال فقد أشار التوجيه الأوروبي الثاني حول التجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 2000/06/08 إلى وجوب العمل على أن توفرّ المواقع الموردّة للخدمات ضمن نطاق مجتمع المعلومات وصولا سهلا ومباشرا ومتوصلا إلى المعلومات الأساسية "كالاسم الكامل وعنوان البريد الإلكتروني ورقم التسجيل في السّجل التجاري ورقم ضريبة القيمة الإضافية ... الخ"³.

ولذلك فإنه من الأفضل لحكومات الدّول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي أن تحتّ الجهات الإدارية المختصة بالسّجلات التجارية بعرضها عبر شبكة الانترنت، وذلك من أجل

¹ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، الكتاب الأول المدخل لقانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص. 275.

² محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدي والإلكتروني وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 149.

³ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 128.

خلق سجل تجاري إلكتروني أوروبي أو عالمي، وإلزام تلك المواقع التجارية بذكر بيانات إلزامية عن الاسم التجاري والعنوان والهاتف والنشاط.

وقد بينت مجموعة التوصيات الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية أنه على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي أن تحدّد في تشريعاتها وجوب سهولة الوصول إلى منظومة المعلومات الخاصة بالموقع وتسهيل الحصول على بعض المعلومات، وأهمها اسم مقدّم الخدمة والعنوان الجغرافي وطرق الاتصال به والبريد الإلكتروني¹.

ثالثاً: إعلام المستهلك بشخصية التاجر الإلكتروني في قوانين الدول العربية:

لقد تبنت مختلف تشريعات الدول العربية في تشريعاتها المنظمة لعقود التجارة الإلكترونية، وجوب إعلام المستهلك بشخصية التاجر الإلكتروني، كما سنوضحه فيما يلي:

1: إعلام المستهلك بشخصية التاجر الإلكتروني في القانون التونسي:

تناول المشرع التونسي مسألة إعلام المستهلك بشخصية المحترف في القانون المتعلق ب: "المبادلات التجارية الإلكترونية"، وذلك من خلال إلزام المحترف بأن يوفّر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد جملة من المعلومات والبيانات الجوهرية.

ويبرز حرص المشرع التونسي على تحقيق ذلك الهدف من خلال تحديده مضمونا الالتزام بالإعلام إذ أنّ المقصود بمضمون الإعلام هي البيانات المنصوص عليها في الفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التي تلزم البائع توفيرها للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد بما فيها المعلومات المتعلقة بإعلام المستهلك بهوية البائع حيث نصّت على أنه: "يوفّر البائع للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد: هوية وعنوان وهاتف البائع ومزوّد الخدمات".

ويتعيّن توفير هذه المعلومات إلكترونياً ووضعها على ذمّة المستهلك للاطلاع عليها².

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني المرجع السابق، ص. 104. 105.

² أحسن بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية مجلة البحوث القضائية المحكمة العليا، المكتب الفني، اليمن، العدد 08، 2008، ص. 39.

2: إعلام المستهلك بشخصية التاجر الإلكتروني في القانون المصري:

ألزم القانون المصري بشأن حماية المستهلك التاجر بأن يضع على جميع المراسلات والمستندات والمحزرات سواء الورقية أو الإلكترونية و البيانات والمعلومات التي من شأنها تحديد شخصيته وبيانات قيده في السجل التجاري وعلامته التجارية إن وجدت، حيث جاء نص المادة 04 من قانون حماية المستهلك المصري على أنه: "على المورد أن يضع على جميع المراسلات والمستندات والمحزرات التي تصدر في تعامله أو تعاقد مع المستهلك، بما في ذلك المحزرات والمستندات الإلكترونية، كذلك البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت"¹.

ووفقا لهذه المادة، يجب أن تشمل المراسلات في حالة التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت بيان موقع الويب الخاص بالتاجر واسم وعنوان البريد الإلكتروني وذلك بجانب البيانات الواجب توافرها في حالة التعاقد التقليدي.

3: إعلام المستهلك بشخصية التاجر الإلكتروني في القانون الفلسطيني:

تضمن قانون حماية المستهلك الفلسطيني في المادة 21 ما يلي: " أن المزود ملزم بأن يبين ويوضح اسمه الحقيقي وعلامته التجارية المسجلة على السلع المطروحة للتداول في الأسواق، وكافة المعلومات المطلوبة في بطاقة البيان".

فتحديد شخصية التاجر لا تتعلق فقط باسم التاجر وعنوانه، بل بالعلامة التجارية² وضرورة وضوحها، بحيث لا تتشابه مع علامة تجارية أخرى وإلا اعتبر ذلك غشا من قبل المورد أو المزود.

¹ عرّفت المادة الأولى من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 المحرر الإلكتروني بأنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى متشابهة".

² العلامة التجارية هي أي علامة استعملت أو كان في النية استعمالها على أية بضائع، أو فيما تعلق بها للدلالة على أن تلك البضائع تخص صاحب العلامة بحكم صنعها أو إنتاجها أو الاتجار أو عرضها للبيع.

4: إعلام المستهلك بشخصية التاجر الإلكتروني في القانون اللبناني:

ألزم قانون حماية المستهلك اللبناني لسنة 2004¹، وتحديداً في المادة 52² منه المزود بأن يزود المستهلك بمعلومات وبيانات صحيحة ووافية عن اسم المصنع وعنوانه. ونصت المادة 51 من القانون اللبناني³ على نطاق تطبيق المادة السابقة، على أنه تطبق أحكام المادة 52 على المعاملات التي يجريها المهني عن بعد، أو في محل إقامة المستهلك أو عبر الهاتف أو من خلال الانترنت، وأضافت تلك المادة أنه يستثنى من التزام المهني تقديم البيانات والمعلومات للمستهلك والواردة في المادة السابقة، المعاملات البنكية والمالية والبيع بالمزاد العلني والمعاملات التي تتم على العقارات والأموال غير المنقولة.

الفرع الثاني: إعلام المستهلك الإلكتروني بحقيقة المنتج أو الخدمة محل التعاقد:

تفرض تشريعات وقوانين حماية المستهلك على البائع أن يبيّن بوضوح الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة سواء أكانت الوسيلة شبكة الانترنت حيث يوضح ذلك من خلال الحاسوب المرتبط بتلك الشبكة أو كانت الوسيلة الهاتف (أولاً)، مع تمكين المستهلك الاضطلاع على السلعة محل عقد الاستهلاك الإلكتروني (ثانياً).

¹ قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 13068 لسنة 2004.

² جاء نص المادة 52 من قانون حماية المستهلك اللبناني على أنه: "يجب تزويد المستهلك في الحالات المنصوص عليها في المادة رقم (51)، بمعلومات واضحة وصريحة تتناول المواضيع التي تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد، لاسيما تعريف المحترف واسمه وعنوانه ورقم ومكان تسجيله وبريده الإلكتروني، بالإضافة إلى أية معلومات تتيح التعرف على المحترف، والسلعة والخدمة المعروضة، وكيفية استعمال والمخاطر التي قد تنتج عن هذا الاستعمال...".

³ نصت المادة 51 من القانون اللبناني لحماية المستهلك على أنه: "تراعي أحكام هذا الفصل العمليات التي يجريها المحترف عن بعد أو في محل إقامة المستهلك، لاسيما تلك التي تتم في مكان إقامة المستهلك أو عبر الهاتف أو الانترنت أو أية وسيلة أخرى معتمدة لذلك، ولا تراعي أحكام هذا الفصل العمليات المالية والمصرفية والبيع بالمزاد العلني والعمليات التي تتناول أموالاً غير منقولة".

أولاً: بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة:

يعدّ التبصير بالخصائص أو الصفات المميزة للسلع أو الخدمات المعروضة جوهر فكرة الالتزام بالإعلام أو التبصير لأنّ الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة قد تكون هي الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يقع المستهلك ضحية للغش والتقليد¹.

لذا تفرض القوانين المنظمة لحماية المستهلك على البائع العارض على الشبكة أن يبيّن وبوضوح على الشاشة الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة، وبصفة خاصة الصفات التي تتعلّق بالكمّ والكيف². بمعنى وصف المنتج أو الخدمة محلّ العقد من جانب المهني وصفاً دقيقاً حتّى يتحقّق بموجبه علم المستهلك بمحلّ العقد علماً كافياً نافياً للجهالة³. تجدر الإشارة إلى أنّ بعض الفقه⁴ يرى بأنّه من أجل تحقيق حماية فعّالة للمستهلك يتعيّن على المهني أن يعرض صوراً ثلاثية الأبعاد موضّحة للمنتجات أو الأشياء بما يتيح للمستهلك التعرّف على السلعة من خلال شاشة الحاسب الآلي عبر شبكة الانترنت.

لذا سنوضح بيان السمات الأساسية للسلعة في التشريعات الغربية وكذا في التشريعات العربية، ومدى تنظيمها إلى هذه المسألة بنصوص صريحة تلزم المهني أو المحترف للإدلاء بكلّ ما هو متعلّق بها، خصوصاً بالنسبة للعقود أو المعاملات التي تتمّ أو تبرم عن بعد.

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص. 39.

² محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 150.

³ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 165.

⁴ سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص. 272.

1: بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة في التشريع الفرنسي:

تفرض المادة ل111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي¹ على عاتق كلّ محترف (مهني) من البائعين، التزاما بتبصير المستهلك بالخصائص الأساسية للمنتج أو الخدمة. غير أنّ الواقع العملي ينبئ بأنّ وصف المنتجات أو بيان الخدمات الذي يتمّ في العروض الصادرة عن المواقع التجارية عبر الانترنت يتسم بالإيجاز concise وعدم الدقة imprécis ، فإذا كان محلّ العقد إحدى السلع المادية فإنّ وصفها يكون بعرضها على شبكة الانترنت وبيان صفاتها الكاملة من حيث الحجم والوزن ودرجة الجودة، وقد يعدّ وصفا كافيا بأن يتضمّن العرض صورا للسلعة محلّ العقد، أمّا إذا كانت السلعة غير مادية كبرامج الحاسب الإلكتروني التي يتمّ إنزالها مباشرة على جهاز المستهلك فإنّ وصفها يتمّ من خلال بيان حجم البرنامج ونظام التشغيل والتجهيزات المطلوبة لتشغيله بصورة صحيحة، كما أنّ تنفيذ هذا الالتزام يتطلّب بيان ثمن السلعة أو الخدمة، كذلك بيان تكاليفها كالضرائب وكلفة الشحن، فضلا عمّا تقدّم يجب أن يوضّح العرض كيفية تنفيذ العقد فيحدّد وسائل الدّفع والعملة المستخدمة لأداء الثمن، كذلك بيان ما إذا كان العقد يتضمّن خدمات ما بعد البيع وحقّ المستهلك في العدول عن العرض والمدة التي يمكنه فيها العدول².

وباستقراء النصوص القانونية التقليدية في التقنين المدني الفرنسي، نلاحظ أنّ المادة 1602³ من التقنين المدني الفرنسي تلزم البائع بأن يحدّد وبوضوح محلّ التزامه.

¹ Article L111-1 c. cosom. f- dernière modification le 01 janvier 2017 -Document généré le 06 janvier 2017, © 2007-2017, Légifrance « **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 biens, compte tenu du support de communication utilisé, et du bien, ou de service concerné ».

² المادة 25 الفقرات 2-10 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لعام 2000، والمادة 4 من تعليمات الاتحاد الأوروبي الخاصة بحماية المستهلكين في البيوع عن بعد رقم 2334 لعام 2000، والمواد (05، 09، 10) من توجيه الاتحاد الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية لعام 2000.

³ Article 1602 créé par loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804, qui disposait « **Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur».**

2: وصف المنتجات في التوجيهات الأوروبية الصادرة عن المجلس الأوروبي:

ورد في التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 بصدد البيع عبر المسافات بعض الأحكام الخاصة بإعلام المستهلك بحقيقة المبيع، ومنها حق المستهلك في استقبال المعلومات في وقت مناسب وكاف قبل إبرام العقد، ويتعين على البائع مقدّم العرض تحديد مضمون العرض التجاري بوضوح وبدون أي غموض وأن تظهر على صفحة الويب المبيّنة على الشاشة أشكال الدّفع وطرق التّسليم ومدّة التّسليم بحد أقصى ثلاثين (30) يوما وقيمة استخدام تقنية الاتّصال عن بعد إذا تمّ احتسابها بطريقة مغايرة للسعر الزائد، وإذا تمّ التعاقد عبر الهاتف فإنّ المورد يلتزم أثناء المحادثة مع المستهلك بتحديد الهدف التجاري من المحادثة وبدون غشّ مع إلزام المورد بإبلاغ المستهلك بالمعلومات السابقة كتابة أو بأيّ وسيلة أخرى مماثلة في وقت مناسب، ويجب أن تتضمن الكتابة البيانات الخاصة بخدمة ما بعد البيع والضمانات التجارية المتوقّرة والعنوان الجغرافي لمؤسسة المورد حتّى يستطيع المستهلك التّوجه إليه بمطالبة أو فسخ العقد إذا كان مبرما لفترة غير محدّدة أو لفترة تزيد عن سنة وشروط وإجراءات استعمال حقّ العدول عن العقد، ويستثنى من الالتزام بالإعلام الكتابي حالة عقود الخدمات التي يتمّ تنفيذها بأسلوب الاتّصال عن بعد، وذلك بتقديم الخدمة دفعة واحدة، ويتمّ دفع المقابل عبر وسيلة فنية للاتّصال¹.

3: وصف المنتجات في القانون المصري لحماية المستهلك:

تقرر الفقرة الأولى من المادة 151 من القانون المدني المصري أنّ الشكّ يفسّر لمصلحة المدين.

وإذا كان المستهلك يعدّ في نطاق العقد الإلكتروني طرفا مذعنا لشروط الموجب وهو المهني المحترف كطرف قويّ في الرّابطة العقدية فنجد الفقرة الثّانية من المادة المذكورة أعلاه تقرر أنّه: "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطّرف المذعن".

¹ خالد ممدوح إبراهيم حماية المستهلك في العقد الإلكتروني المرجع السابق، ص. 112.

لذا وحماية للطرف الضعيف في المعاملات الإلكترونية وحتى يتحقق الالتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك يجب أن يكون وصف المنتجات أو السلعة أو الخدمة محل التعاقد وصفا واضحا ومفصّلا ودقيقا وكاملا بما يحقق الإعلام الكافي والجدي والموضوعي عن المنتجات والخدمات، ولذلك أوجب قانون حماية المستهلك المصري على كلّ مورّد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن خصائص وطبيعة المنتج محلّ التعاقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى حدّر المورّد من إمداد المستهلك بمعلومات تؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل ممّا قد يؤدي إلى وقوعه في خلط أو غلط¹.

كما نصّ القانون كذلك بأحقية المستهلك إذا رغب في الحصول على فاتورة تثبت المعاملة أو التعاقد الذي تمّ من قبل المنتج، على أن تشمل هذه الفاتورة بصفة خاصة تاريخ التعامل وثمان المنتج ومواصفاته، إذ نصّت المادة 05 منه على أنّه: "يلتزم المورد بأن يقدم إلى المستهلك بناءً على طلبه، فاتورة تثبت التعامل أو التعاقد معه على المنتج متضمنة بصفة خاصة تاريخ التعامل وثمان المنتج ومواصفاته وطبيعته ونوعيته وكميته وأية بيانات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية".

4: بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة في القانون اللبناني:

كذلك أوجب قانون حماية المستهلك اللبناني على أنّ المهني أو المحترف ملزم بتزويد المستهلك المتعاقد عن بعد بمعلومات واضحة وصريحة ببيانات السلعة والخدمة المعروضة وكيفية استعمالها والمخاطر التي قد تنتج عن هذا الاستعمال، كذلك ثمن السلعة أو الخدمة والعملية المعتمدة، مع ذكر كافة المبالغ التي قد تضاف إلى هذا الثمن، سيما الرسوم والضرائب والمصاريف أيّا كانت، وكيفية تسديد المبالغ العائدة لهذه التكاليف والرسوم كذلك تحديد مدة العقد الذي يتناول سلعا أو خدمات تقدّم بشكل دوري، مثل تزويد فندق أو مستشفى بالمؤنات الغذائية بموجب عقد له صفة الدورية².

¹ خالد ممدوح إبراهيم حماية المستهلك في العقد الإلكتروني المرجع السابق ، ص.113.

² المادة 52 من قانون حماية المستهلك في لبنان.

5: بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة في قانون حماية المستهلك الفلسطيني:

اشترط المشرع الفلسطيني ضرورة حصول المستهلك على المعلومات الصحيحة عن المنتجات التي يريد شرائها أو استخدامها، حيث أكدت المادة 07 من ذات القانون والتي تتحدث عن سلامة المنتجات على ضرورة مطابقة المنتج للتعليمات الفنية الإلزامية والتي نصّ عليها قانون المواصفات والمقاييس الفلسطيني رقم 6 لسنة 2000 ويجب كذلك إتباع الشروط التي نصّ عليها قانون الصحة العامة الفلسطيني لسنة 2005 من كون السلعة صالحة للاستخدام البشري إلى غير ذلك من الشروط الأخرى¹.

6: بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة في القانون التونسي:

اشترط قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000 وجوب التزام البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية بأن يعلم المستهلك بطريقة مفهومة وواضحة قبل إبرام العقد بالمعلومات المتعلقة بطبيعة وسعر المنتج، الضمانات المقدّمة، خدمة ما بعد البيع طرق الدفع، طرق وأجال تنفيذ العقد، الوسيلة التي يتمّ بها طلب المنتجات، كما تضمّن هذا القانون أحقية المستهلك في العدول عن الشراء وطريقة إرجاع المنتج واسترداد المبلغ المدفوع.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع التونسي اشترط أن يتمّ توفير هذه المعلومات للمستهلك بطريقة إلكترونية للاطلاع عليها في كافة مراحل المعاملة، أي بدءاً من مرحلة الإعلان ومروراً بمرحلة التفاوض والإبرام وانتهاءً بمرحلة تنفيذ العقد².

¹ عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 102.

² نصّت المادة 25 من قانون 83 لسنة 2000، المتعلّق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على أنه: "يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفّر للمستهلك بطريقة واضحة ومعلومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: ... وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة، وطبيعة وخاصيات وسعر المنتج، وكلفة تسليم المنتج، ومبلغ تأمينه والأدوات المستوجبة، والفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا بالأسعار المحدّدة، وشروط القروض المقترحة، وطرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد، ونتائج عدم إنجاز الالتزامات، وإمكانية العدول عن الشراء وأجله، وكيفية إقرار الطلبية، وطرق إرجاع المنتج أو الإبدال، وإرجاع المبلغ، وكلفة استعمال تقنيات الاتصال، وشروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدّدة أو تفوق السنة ويتعيّن توفير هذه المعلومات إلكترونيا ووضعها على ذمّة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة".

كما فرض القانون التونسي على البائع في حالة عدم توفر السلعة أو الخدمة التي طلبها المستهلك أن يتم إعلامه بذلك في أجل أقصاه 24 ساعة قبل تسليم المتفق عليه في العقد، بالإضافة إلى ردّ كامل المبلغ المدفوع إلى المستهلك¹.

ويقع على البائع عبء إثبات حصول الإعلام المسبق للمستهلك، ويقع باطلا كلّ اتفاق يخالف ذلك²

7: بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة في القانون الاتحادي الإماراتي:

ألزم القانون الاتحادي الإماراتي رقم 24 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك التاجر عند عرضه للسلع للتداول بين الجمهور أن يضع عليها بيانات توضح اسم المنتج، تاريخ الإنتاج، تاريخ انتهاء الصلاحية، الوزن الصافي، بلد المنشأ، بلد التصدير، نوع السلعة طبيعتها، مكوناتها وكيفية الاستعمال. كما ألزم التاجر أيضا بأن يرفق داخل العبوة بيانا تفصيليا لمكونات السلعة ومواصفاتها وقواعد استعمالها ومخاطرها³.

تجدر الملاحظة أن القانون الإماراتي خوّل للمستهلك الحق في الحصول على فاتورة مؤرخة تتضمن تحديد نوع السلعة وسعرها، وأية بيانات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون⁴.

¹ المادة 35 من قانون 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

² المادة 36 من نفس القانون.

³ نصت المادة 07 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 24 لسنة 2006، بشأن حماية المستهلك على أنه: "مع مراعاة ما تنص عليه القوانين والأنظمة ذات الصلة، يلتزم المزود لدى عرض أي سلعة للتداول بأن يلصق على غلافها أو عبوتها ويشكل بارز بطاقة تتضمن بيانات عن نوع السلعة وطبيعتها ومكوناتها، واسم المنتج، وتاريخ الإنتاج أو التعبئة، والوزن الصافي، وبلد المنشأ، وبلد التصدير (إن وجد)، وبيان كيفية الاستعمال (إن أمكن)، وتاريخ انتهاء الصلاحية، مع إرفاق بيان تفصيلي داخل العبوة لمكونات السلعة ومواصفاتها، وقواعد استعمالها ومخاطرها، وغير ذلك من البيانات باللغة العربية وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

⁴ نصت المادة 08 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 24 لسنة 2006، بشأن حماية المستهلك على أنه: "يلتزم المورد لدى عرض أية سلعة للتداول بتدوين السعر عليها بشكل ظاهر، أو الإعلان عنه بشكل بارز في مكان عرض السلعة وسعرها، وأية بيانات أخرى تحدّد اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

8: بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة في القانون الجزائري:

نجد أن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات عرّف الخصائص الأساسية للسلعة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-378¹ وفق نصّ المادة 03 / 03 بأنّها: "المعلومات الضرورية لإرضاء المستهلك بصفة واضحة، التي تحمل تعريف المنتج والمتدخّل المعني بعرض المنتج للاستهلاك للمرة الأولى، وطبيعة المنتج والمكونات المتعلقة بأمن المنتج والسعر ومدّة الخدمات".

ونصّ في المادة 53 من ذات المرسوم² بأنّه: "يجب على مقدّم الخدمة قبل إبرام العقد إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدّمة".

ما يلاحظ من خلال هذه المواد، أن المشرع الجزائري نصّ على الالتزام قبل التعاقد بالإعلام مع إعطاء خصوصية للعقود التي تبرم عن بعد بدليل ما أكّدته المادة 05 من نفس المرسوم بأنّه: "بغضّ النظر عن أحكام هذا المرسوم تطبّق على المنتجات المعروضة للبيع عن طريق تقنيات الاتّصال عن بعد³ القواعد الآتية:

- تقدّم البيانات الإلزامية المنصوص عليها في هذا المرسوم، باستثناء تلك المتعلقة بمدّة صلاحية المنتجات قبل إتمام الشراء، وتظهر على دعامة البيع عن بعد، حيث ترسل بأيّة طريقة أخرى مناسبة ومحدّدة بوضوح من طرف المتدخّل المعني...".

كما ألزم جمعيات حماية المستهلكين بضرورة تحسيس المستهلك وضمان تحقّق إعلامه بموجب المادة 21 من القانون 09-03⁴.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 13-378، مؤرّخ في 9 نوفمبر 2013 الجريدة الرسمية عدد 58، يحدّد الشّروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك .

² مرسوم تنفيذي رقم 13-378، السالف الذكر.

³ عرّفت المادة 13 الفقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 تقنية الاتّصال عن بعد بأنّها: "كلّ وسيلة بدون الحضور الشّخصي المتزامن للمتدخّل والمستهلك، يمكن استعمالها لإبرام العقد بين هاذين الطرفين".

⁴ زروق يوسف، حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دفاثر السّياسة والقانون، جامعة بشار، العدد 09، جوان 2013، ص. ص 137. 138.

ثانياً: اضطلاع المستهلك للسلعة محل عقد الاستهلاك الإلكتروني:

يقصد بمصطلح "الاضطلاع على السلعة" هو معاينة المبيع قصد معرفته معرفة حقيقية وفقاً لطبيعته، وذلك بالطرق التي يمكن أن يتحقق بها العلم الكافي لدى المستهلك بحقيقة المبيع، وتتم معاينة المنتج محل التعاقد بواسطة المستهلك نفسه، أو من ينوب عنه قانوناً أو اتفاقاً.

وتتحقق معاينة المبيع بإبصاره إذا كان من المرئيات، وبسماع صوته إذا كان من الصوتيات، أو بشمّه إذا كان من الطّعام، أو بلمسه إذا كان من الأشياء التي تلمس كالملابس والثياب وما شابه ذلك.

على أنه يلاحظ أنّ التذوق واللمس أو الشمّ أمر يتعذر حصوله في عقود الاستهلاك الإلكترونية إذ لا تظهر على شاشة الكمبيوتر إلا صورة المنتج أو رسم مجسم له.

وقد تتمّ المعاينة عن طريق الكتالوج الإلكتروني الموجود على موقع الويب، حيث يستطيع المستهلك من خلاله مشاهدة السلع والمنتجات التي يعرضها التاجر عبر شبكة الانترنت ويتضمّن مجموعة من المعلومات والبيانات اللازمة لعملية التعاقد، مثل اسم الشركة، مقرّها الرئيسي، عنوان بريدّها الإلكتروني، منتجاتها وأسعارها، نسبة الخصم إن وجدت، مصاريف الشحن، الرسوم الجمركية، والضرائب، وميعاد التسليم¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ المستهلك الإلكتروني وإن كان يستطيع معاينة السلعة إلا أنّ هذه المعاينة لا ترقى لدرجة معاينة المستهلك التقليدي للسلعة وإنما يعاين من خلال شاشة الكمبيوتر فقط، ولذلك يرى البعض أنّه في حالة عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنّه يجبّ إبطال العقد للغشّ، فالغشّ يفسد كلّ التصرفات².

¹ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، القاهرة، 2008، ص. 95.

² ممدوح محمد خيرى، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 143.

ثالثاً: إقرار المستهلك بالعلم في عقد الاستهلاك الإلكتروني:

الإقرار هو اعتراف شخص بحقّ عليه لآخر، توصلًا إلى ثبوت هذا الحقّ في ذمّة الأول وإعفاء الآخر من عبء إقامة الدليل على صحّته¹.

والإقرار له عدّة خصائص يتميِّز بها، وهي:

1: الإقرار عمل قانوني من جانب واحد.

2: الإقرار هو اعتراف أو إخبار بواقعة سابقة الحدوث².

ولقد جاء في نصّ المادة 419 / 2 من القانون المدني الجزائري أنّه: "إذا ذكر في عقد البيع أنّ المشتري عالم بالمبيع، سقط حقّه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا أثبت تدليس البائع".

ووفقاً لهذه المادة يعتبر المشتري قد علم بالمبيع إذا أقرّ في العقد بعلمه به، ويترتّب على هذا الإقرار سقوط حقّه في طلب الإبطال بدعوى عدم العلم بالمبيع.

وفي العلاقة بين المحترف والمستهلك، قد يتمّ الاتفاق على الإقرار بالعلم بالمبيع محلّ التعاقد في أحد بنود عقد الاستهلاك الإلكتروني أو في اتفاق خاصّ مستقل يتفق عليه الطرفان مسبقاً.

والإقرار يخضع من حيث الشكّل والمضمون للاتفاق المبرم بينهما، فإذا اتفق الطرفان على أن يكون الإقرار في شكل معيّن أو بوسيلة معيّنة وجب احترام هذا الاتفاق والالتزام به كأن يرسل الإقرار عن طريق نظام إلكتروني مؤتمن، أو عبر البريد الإلكتروني، أو بواسطة الفاكس³.

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلّة المطلقة، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية، صادر، لبنان، 1991، ص. 479.

² أحمد شرف الدين، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، (دون دار وبلد نشر)، (دون سنة نشر)، ص. 114.

³ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 121.

المطلب الثالث: اشتراط إعلام المستهلك باللغة الوطنية

يتعين لحماية المستهلك أن تكون البيانات السابقة موضوع الالتزام بالإعلام مصاغة بلغته الوطنية وألا تتضمن إحالة لأي شروط عامة للبيع واردة في نصوص اختيارية غير محددة¹.

ويعتبر وجوب مراعاة اللغة الأم لكل مستهلك من أشكال الحماية التي أضافتها المبادئ القانونية المعاصرة للمستهلك ليتسنى له فهم مضمون العقد الذي يريد أن يقدم عليه إذ أوجبت المبادئ القانونية الحديثة أن يكون العقد بلغة المستهلك²، وذلك مردّه لكون عقود التجارة الإلكترونية عقود لا تعرف الحدود ومن المتصور جداً أن يكون طرفاها من دولتين مختلفتين³. فالإزام المزود بإعلام المستهلك باللغة التي يفهمها تمكن هذا الأخير على التعاقد وهو على علم ودراية كافيين بطبيعة ومضمون محل التعاقد والشروط التعاقدية وكيفية السداد، فالإيجاب عبر الشبكات الإلكترونية غالباً ما يتسم بالطبيعة العالمية ويتم باللغة الإنجليزية، وهو ما يستتبع أن يتم الإعلام قبل التعاقد حيث أنّ وجود مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة أو ذات دلالات قانونية مختلفة تعبر عن النظام القانوني المتبع في دولة المزود أو المورد قد يثير مشاكل في إعلام المستهلك، خصوصاً إذا كان النظام القانوني المتبع في دولة المستهلك يختلف عن النظام المتبع في دولة المزود⁴.

لذا يتطلب الأمر بيان اشتراط اللغة الوطنية في التشريع الفرنسي (فرع الأول)، ثم معرفة مسألة اشتراط إعلام المستهلك باللغة الوطنية في التشريعات العربية (الفرع الثاني).

¹ محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 152.

² أبو الهيجاء محمد إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص. 47.

³ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 132.

⁴ عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 104. 105.

الفرع الأول: اشتراط إعلام المستهلك باللغة الوطنية في القانون الفرنسي:

يؤكد المشرع الفرنسي على ضرورة استخدام اللغة الفرنسية في التعبير عن كل البيانات والمعلومات وذلك ما بيّنته المادة 02 من القانون رقم 94-665 لسنة 1994¹ والتي أوجبت استخدام اللغة الوطنية (اللغة الفرنسية) في كل بيان يتم الإدلاء به للمستهلك سواء كان يتعلّق بأوصاف المنتجات أو هوية المهني أو أسلوب استعمال المنتجات أو تشغيلها أو الاحتفاظ بها... الخ²، وفي حالة المخالفة بشأن استخدام اللغة الفرنسية فقد نصّ القانون رقم 95-240 الصادر في 03 مارس 1995 على عقوبة تتمثّل في غرامة مالية ويضاعف مقدار هذه الغرامة إلى خمسة أضعاف، في حالة كون المخالف شخصا معنويا وتطبّق هذه العقوبات على مالكي مواقع الويب³.

ونرى أنّ استلزام اللغة الفرنسية في إعلام المستهلك يدلّ على حرص المشرع الفرنسي على أن تكون لغته الوطنية هي اللغة المستخدمة إجباريا في الإفضاء بالبيانات أو الإفصاح عن المعلومات وذلك بالنسبة للمنتجات الوطنية أو المستوردة.

وتوسيعا لنطاق استخدام اللغة الفرنسية في إطار إعلام المستهلك، فقد أصدر رئيس الوزراء الفرنسي منشورا في 19 مايو 1996، يتضمّن تطبيق القانون سالف الذكر-قانون 04 أغسطس 1994-، ويلزم وفقا لهذا المنشور استخدام اللغة الفرنسية على شاشات أجهزة الاتّصالات، مع إمكانية أن تلازمها ترجمة إلى لغة أو لغات أخرى⁴.

وفي سياق الوثائق المحرّرة باللغة الفرنسية فإنّه يحضر استخدام أيّ لغة أجنبية أو مصطلح أجنبي طالما وجد بديل لهذا المصطلح باللغة الفرنسية، وتطبيقا لهذا قضت أحد المحاكم الفرنسية في 03 ديسمبر 1985 بتعريم مدير إحدى دور النّشر 400 فرنك، فضلا

¹ Loi n° 94-665 du 04 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, J O R F n°180 du 5 août 1994.

² مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 143.

³ Lionel Bocharberg, Internet et commerce électronique, 1^{er} édition, DELMAS, Paris, 1999, p. 119.

⁴ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.

عن تعويض مقداره 2000 فرنك مع إلزامه بنشر هذا الحكم، لأنه استخدم فيما نشره من عروض كلمتين باللّغة الإنجليزية، هما جهاز القرص الصلب للكمبيوتر Hardware وبرنامج الكمبيوتر Software، على الرّغم من وجود مرادف لهما باللّغة الفرنسية، إذ كان بإمكانه أن يستعملهما، وهما كلمتا Ordinateur و Programme¹.

والواقع أنّ هناك صعوبات في استخدام اللّغة الفرنسية عند إبرام العقد الإلكتروني لأنّ غالبية المنتجات والخدمات يتمّ الإعلان عنها وتسويقها باللّغة الإنجليزية، ذلك أنّ الانترنت في الأصل أنجلو أمريكي وهناك مصطلحات درج على استعمالها في الشبكات الإلكترونية باللّغة الإنجليزية، مثل: Net, Web, provider, Browser، فالالتزام باستخدام اللّغة الفرنسية عند إبرام التعاقد الإلكتروني يؤدي إلى وضع عقبات في طريق انتشار التجارة الإلكترونية، ولذلك يرى جانب من الفقه أنّ استخدام اللّغة الفرنسية في إطار البيع للمستهلك يجب أن يوضع في المادة 30 من اتفاقية روما، والتي تبنت فيها بدائل متعدّدة لاستخدام اللّغات في المعاملات والاتّصالات التجارية².

ويثور التساؤل حول صدور إيجاب بلغة أجنبية ولم يقصد به المستهلك الفرنسي، ومع ذلك قرر هذا الأخير أن يتعاقد باللّغة الفرنسية؟

في هذا الصّد، يرى البعض أنّه من المفضّل احترام لغة المستهلك، بينما يرى البعض الآخر أنّه من الصّعوبة فرض اللّغة الفرنسية في التعاقد، وخصوصاً أنّ الإعلانات غير مخصّصة للمستهلك الفرنسي³.

الفرع الثاني: اشتراط إعلام المستهلك باللّغة الوطنية في التشريعات العربية:

يمكن القول أنّ مواقف الدّول العربية بصدد إعلام المستهلك الإلكتروني باللّغة الوطنية قد تباينت، وهو ما سنتولى بيانه فيما يلي:

¹ حسني حسن المصري، الكمبيوتر كوسيلة فنيّة لانسياب المعلومات عبر الحدود الدّولية وصور استغلاله التجاري الدّولي، بحث مقدّم إلى مؤتمر الكويت الأول، جامعة الكويت، مؤسّسة الكويت للتقدّم العلمي، 1994، ص. ص. 287. 288.

² خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 129.

³ المرجع نفسه، ص. 130.

أولاً: اشتراط إعلام المستهلك باللّغة الوطنية في التشريع المصري:

يمكن القول بصدد اشتراط إعلام المستهلك باللّغة الوطنية في التشريع المصري التّمييز بين مرحلتين، مرحلة قبل صدور قانون حماية المستهلك، ومرحلة بعد صدور قانون حماية المستهلك.

1: اشتراط إعلام المستهلك باللّغة الوطنية قبل صدور قانون حماية المستهلك المصري:

لم يشترط المشرّع المصري قبل صدور قانون حماية المستهلك، التّعبير عن الإرادة باللّغة العربية، ومن ثمّة يجوز أن يصدر بأيّ لغة، واستثناءً من الأصل اشترط في الإعلان الموجّه للحكومة أن يكون باللّغة العربية، وفقاً للقانون رقم 62 لسنة 1942 المعدّل بالقانون 134 لسنة 1946.

وبالإضافة إلى ذلك اشترط المشرّع المصري أيضاً في بعض الحالات أن يكون التّعبير باللّغة العربية وبصفة خاصّة في بعض القرارات الوزارية، ومنها قرار وزير الخارجية رقم 180 لسنة 1950 بشأن ضرورة الإعلان عن السلع باللّغة العربية.

2: اشتراط إعلام المستهلك باللّغة الوطنية بعد صدور قانون حماية المستهلك المصري:

ألزم القانون المنتج والمستورد أن يضع البيانات والمعلومات اللاّزمة حسب طبيعة كلّ منتج، وطبقاً للمواصفات القياسية المصرية، وأن تكون البيانات باللّغة العربية، ولم يقتصر ذلك على المنتج والمستورد فقط، بل ألزم القانون مقدّم الخدمة بأن يحدّد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التي يقدّمها وأسعارها وميزات تلك الخدمة وخصائصها، إذ نصّ القانون في المادة 03 على أنّه: "على المنتج أو المستورد بحسب الأحوال - أن يضع باللّغة العربية على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية أو أيّ قانون آخر أو اللاّحة التنفيذية لهذا القانون، وذلك بشكل واضح تسهل قراءته، وعلى النحو الذي يتحقّق به الغرض من وضع تلك البيانات، حسب طبيعة كلّ منتج وطريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه، وعلى مقدّم الخدمة أن يحدّد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التي يقدّمها وأسعارها ومميّزاتها وخصائصها".

ويلاحظ أنّ المشرّع المصري لم يحدّد لغة أجنبية بديلة عن اللّغة العربية في حالة الإعلان عن السّلع والخدمات التي تكون من خارج الدّولة، وقد كان يفضّل أن يضيف المشرّع نصّاً بمقتضاه يجيز استخدام اللّغة الإنجليزية في حالة الإعلانات عن السّلع والمنتجات المعروضة عبر شبكة الانترنت من خارج البلاد، على أن تكون مصاحبة بترجمة اللّغة العربية للبيانات الجوهرية لهذه المنتجات¹.

ثانياً: اشتراط إعلام المستهلك باللّغة الوطنية في التشريع الفلسطيني:

ألزم قانون حماية المستهلك الفلسطيني المزوّد أو المورد بأن يورد المعلومات التي تعتمد عليها مؤسسة المواصفات والمقاييس باللّغة العربية تبعاً لطبيعة كلّ سلعة ووفقاً لخصائصها، وهذا ما جاء في نصّ المادة 12 من ذات القانون.

ويلاحظ أنّ المشرّع الفلسطيني لم يتحدّث عن اللّغة العربية في الإعلان عن السّلع لكنّه تحدّث بشكل عام عن بطاقة البيان بوجوب أن تكون المعلومات الواردة فيها باللّغة العربية وكان يفضّل أن يورد ضرورة وجود اللّغة العربية في الإعلان، كذلك فإنّ المشرّع الفلسطيني لم يتحدّث بشأن السّلع التي تأتي من خارج فلسطين، بحيث أنّه لم يحدّد لغة أجنبية أخرى بديلة عن اللّغة العربية وكان يفضّل أن يضيف المشرّع الفلسطيني نصّاً بمقتضاه يجيز استخدام اللّغة الإنجليزية في حالات الإعلانات والمنتجات المعروضة على شبكة المعلومات الدّولية من خارج فلسطين، على أن تكون مصاحبة بترجمة باللّغة العربية للبيانات الجوهرية لهذه المنتجات².

ثالثاً: اشتراط إعلام المستهلك باللّغة الوطنية في التشريع اللبناني:

نصّ القانون اللبناني لحماية المستهلك على اعتماد اللّغة العربية من حيث المبدأ في الإعلان عن المعلومات المتعلقة بالسّلع والخدمات المعروضة.

¹ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، 99. 100.

² عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص. 105. 106.

وفي محاولة للتخفيف من هذا الشرط أجاز القانون لوزير الاقتصاد والتجارة تحديد الحالات التي يجوز فيها اعتماد إحدى اللغتين الإنجليزية أو الفرنسية في الإعلان عن السلع والخدمات كبديل عن اللغة العربية¹.

رابعاً: اشتراط إعلام المستهلك باللغة الوطنية في القانون الاتحادي الإماراتي:

أوجب القانون الاتحادي الإماراتي بشأن حماية المستهلك² أن يكون الإعلام عن نوع السلعة وطبيعتها واسم المنتج وبلد المنشأ وبلد التصدير وغير ذلك من البيانات الأساسية باللغة العربية ولم يحدّد هذا القانون الوسيلة المستخدمة في الإعلان عن السلع، ممّا يُستفاد منه أنّ الإعلان عن السلع والخدمات عبر الانترنت يجب أن يكون باللغة العربية.

خامساً: اشتراط إعلام المستهلك باللغة الوطنية في القانون الجزائري:

في غياب قانون خاصّ بشأن تنظيم التجارة الإلكترونية في الجزائر وعملاً بأحكام المادة 02 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش³، التي تنص على أنه: "تطبق أحكام هذا القانون على كلّ سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجاناً وعلى كلّ متدخل وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك".

وبالتالي فالأحكام التي تطبق في مجال حماية المستهلك التقليدي تطبق على المستهلك الإلكتروني، فنجد أنّ هدف المشرّع الجزائري من خلال إلزام المحترف أن يكون الإعلام واضحاً ومكتوباً هو ضمان إيصال المعلومات كاملة وبدقة للمستهلك، وذلك لتفادي نسيان البيانات، خاصّةً وأنّ الإعلام الشفهي أصبح نادر الحدوث كما أنّ صياغة المعلومات في صورة مكتوبة تيسر عبء الإثبات عندما تنثور منازعات بشأنه، لذلك نصّ

¹ تنصّ المادة 09 من قانون حماية المستهلك في لبنان رقم 659 تاريخ 2005/02/04 على: "تعتمد اللغة العربية من حيث المبدأ لصياغة المعلومات الواجب إدراجها، سواء على لصاقة السلعة أو على التوضيب، وفي شكل عام في كلّ عمل يرمي إلى عرض السلعة أو الخدمة.

تحدّد بقرار يصدر عن وزير الاقتصاد والتجارة التي يجوز فيها اعتماد إحدى اللغتين الإنجليزية أو الفرنسية كبديل عن اللغة العربية".

² المادة 04 من قانون حماية المستهلك الإماراتي.

³ المادة 2 من قانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر.

المشرع في المادة 18 من قانون 09-03 على أن يكون تنفيذ الالتزام بالإعلام مكتوبا عن طريق الوسم، وأن تكون العبارات الواردة على المنتج مفهومة وخالية من المصطلحات المعقدة ومكتوبة باللغة التي يفهمها المستهلك غير المتخصص وإلا لما كان لهذا الالتزام فائدة حقيقية، أو عيبت إرادة المستهلك في شراء المنتج.

كذلك يجب أن يحدّد المحترف بيانات الوسم باللغة العربية أولا، إضافة إلى لغات أخرى تكون شائعة بين المستهلكين كاللغة الفرنسية في بلادنا، وهذا لضمان تأدية الوسم الغرض الذي أنشئ من أجله وهو إعلام المستهلك إعلاما كافيا، كما يتعيّن على مستورد المنتجات أن يحرّر بيانات الوسم باللغة العربية، وذلك عن طريق وضع ملصقة على المنتج¹.

ولقد كرسّ المشرع الجزائري ضرورة الكتابة باللغة العربية بالنسبة للمنتجات بموجب المادتين 21، 22 من القانون رقم 91-05²، ليؤكد مجددا هذا التكريس بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-378³ في المادة 07 بأنه: "يجب أن تحرر البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الاستيعاب لدى المستهلك، وتسجّل في مكان ظاهر وبطريقة مرئية ومقروءة بوضوح ومتعدّد محوها".

المطلب الرابع: جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام

تبين لنا من خلال ما سبق أنّ التزام المحترف الإلكتروني بالإعلام اتّجاه المستهلك عن طريق تقديم معلومات معيّنة يكون له تأثيره في بناء رضاء المستهلك في العقد الإلكتروني، وعليه فإنّ إخلال المدين بهذا الالتزام لابدّ أن يتبعه جزاء قانوني متمثّل في الجزاء الجنائي والجزاء المدني، وبالطبع لا نخوض في الجزاء الجنائي لأنّه خارج نطاق

¹ نوال شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 08/03/2012، ص. 77.

² قانون رقم 91-05، مؤرخ في 16 يناير 1991، الجريدة الرسمية عدد 03، يتضمن تعميم استعمال اللغة العربية.

³ المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 سالف الذكر.

الدراسة وإنما نتعرض للجزاء المدني والوسائل التي يتمكّن من خلالها الدائن في الالتزام بالإعلام من حماية حقوقه عند الإخلال بهذا الالتزام.

ويمكن أن نحدّد هذه الوسائل من خلال طبيعة الإخلال بالالتزام وهل هو بسوء نية أم بحسن نية، وما هي درجة تأثيره في رضاء الدائن، فالجزاء قد يكون إبطال العقد عند تحقّق عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتّغريب بالغبن (التدليس) مع تمسّك الدائن بإبطال ذلك العقد، وقد يكون الجزاء فسخ العقد للعيب عند تمسك الدائن بالعيوب الخفية، وقد يتمسك الدائن بالتعويض كأثر للمسؤولية المدنية المترتبة على الإخلال بهذا الالتزام.

وعليه، فكيف يمكن التمسك بالوسائل السابقة؟ وهل يفضل بعضها على بعضها الآخر؟ وما هو دور كلّ منها في حماية المصلحة العقدية للدائن بالالتزام بالإعلام؟ لذا فالجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام، يتمثّل في نقض العقد الإلكتروني وإبطاله من طرف المستهلك استنادا إلى عيوب الرضا (الفرع الأول)، وقيام المسؤولية المدنية للمتدخل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إبطال المستهلك العقد الإلكتروني استنادا إلى عيوب الرضا:

في ظلّ غياب نصّ تشريعي يبيّن الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام فإنّه لا بدّ من الاجتهاد في تحديد هذا الجزاء في ضوء الغاية منه، وهي توفير حماية فعّالة للمستهلك ومن ذلك بطلان العقد، وحيث أنّ البطلان من النّظام العام وأسبابه محدّدة على سبيل الحصر فإنّ الوصول إليه يتوقّف على مدى عدّ الإخلال بالالتزام بالإعلام تدليسا إن صاحبه غبن، ليمكّن المستهلك أن ينقض العقد استنادا إليه، أو أنّ عدم وفاء المحترف بالتزامه بالإفشاء جعل المستهلك يقع في غلط في صفة جوهرية لمحلّ العقد، أو في شخصية المتعاقد المحترف إن كانت شخصيته محلّ اعتبار في التعاقد.

وعلى هذا، نبحث في نقض العقد في كلّ من الغلط (أولا) والتدليس (ثانيا)، مع بيان ما إذا كانت أحكامهما توفّر حماية للمستهلك من عدمه.

أولاً: مطالبة المستهلك الإلكتروني بإبطال العقد لوقوعه في الغلط:

يمكن للمستهلك الذي وقع في غلط بسبب زيف وكذب في المعلومات المتعلقة بمحل العقد أن يطلب إبطال العقد استناداً إلى عيب الغلط¹.

لذا يُعرّف الغلط بأنه: "تصوّر مخالف للواقع، يؤدي بالشخص إلى إبرام العقد، فيتوهم الشخص شيئاً على غير حقيقته، ممّا يدعوّه إلى التعاقد عليه"².

ونجد أنّ المشرّع الجزائري أخذ بنظرية الغلط في القانون المدني، بموجب المادة 81 منه التي نصّت على أنّه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله".

كما منع المشرّع الجزائري على الأعوان الاقتصاديين القيام بكلّ عمل من شأنه أن يدخل اللبس ذهن المستهلك، حيث نصّت المادة 60 من المرسوم التنفيذي 13-378³ على أنّه: "يمنع استعمال كلّ بيان أو إشارة، أو كلّ تسمية خيالية، أو كلّ طريقة تقديم أو وسم وكلّ أسلوب الإشهار أو العرض أو الوسم أو البيع، من شأنه إدخال اللبس في ذهن المستهلك، لاسيما حول الطبيعة والتركيبية والنوعية الأساسية، ومقدار العناصر الأساسية وطريقة التناول وتاريخ الإنتاج، وتاريخ الحدّ الأقصى للاستهلاك والكمية، ومنشأ أو مصدر الإنتاج".

إلا أنّ المادة 85 من التقنين المدني الجزائري نصّت على أنّه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية".

فالمتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداداً لتنفيذ هذا العقد، فإذا اشترى المشتري قطعة أثرية متوهماً أنّ أثرية لأنّ

¹ ZANNAKI Dalila, Les frontières entre droit de la consommation et droit commun à travers l'obligation de garantie, séminaire national sur la protection en matière de consommation, faculté de droit université d'Oran, 14 et 15 Mai 2000, p. 27.

² أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009، ص. 115.

³ المادة 60 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 سالف الذكر.

البائع لم يعلمه بحقيقتها قبل إبرام العقد فإنه لا يجوز له التمسك بالغلط إذا كان البائع على استعداد تام بأن يعطيه القطعة الأثرية التي يريد¹.

ويشترط لإبطال العقد للغلط أن يكون الغلط جوهريا ويكون كذلك إذا وقع في صفة الشيء (المنتوج)، أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وتكون هذه الصفة أو تلك هي الدافع أو السبب الرئيسي إلى التعاقد إذ لولاها لما أقدم المستهلك على التعاقد².

إضافة إلى جوهرية الغلط، فإن بعض القوانين³ تضيف شرطا آخر وهو أن يعلم المحترف بالوصف الذي أعطاه الشخص الواقع في الغلط (المستهلك) وأن يعلم هذا الوصف كان دافعه إلى التعاقد، وعليه حتى يتسنى للمستهلك طلب إبطال العقد عليه أن يثبت جوهرية المعلومات التي وقع الغلط بشأنها، إضافة إلى إثبات اتصال هذا الغلط بالمتعاقد الآخر.

وقد أدى هذا المسلك بصورة مباشرة إلى تحقيق هدف المشرع في تضيق دائرة الطعن بالبطلان بسبب الغلط، وهو المنهج الذي اعتبره البعض وسيلة محدودة لتحقيق الحماية للمستهلك بالنظر إلى الشروط والقيود التي تحكم تمسك المستهلك بإبطال العقد في هذه الفروض⁴.

ويرى بعض الفقه⁵ أن الالتزام بالإعلام لا يقتصر على البيانات الجوهرية فقط، بل يمكن أن ينص على بيان تفصيلي أو ثانوي طالما كان دافعا إلى التفاوض، وعليه فإن معيار تحديد البيانات والمعلومات التي يلزم المدين بالإفشاء بها لمن يتعاقد معه هو معيار

¹ شهيناز رفاوي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، جامعة سطيف 02، كلية الحقوق، 2015-2016، ص. 128.

² وذلك ما قضت به المادة 82 من القانون المدني الجزائري: "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 للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك، نظرا لشروط العقد ولحسن النية...".

³ المادة 120 من التّقنين المدني المصري تنصّ على أنه: "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه".

⁴ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 271.

⁵ أسامة عبد الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص. 67.

مدى أهمية تلك البيانات في مرحلة التفاوض الإلكتروني، وبالتالي يتبين أن الإخلال بالالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني يمكن أن يكون سببا لوقوع المتعاقد في الغلط ومن حقه في رفع دعوى التمسك بالغلط وإبطال العقد.

ولكن قد يتم اشتراط عدم مسؤولية المنتج أو البائع أو المحترف عن الغلط الذي يقع فيه المستهلك، عن طريق إيراد شرط في العقد النموذجي يقضي بعدم المسؤولية، فما مدى صحة هذا الشرط إن وافق عليه المستهلك؟

عادة ما تحدد تلك العبارات في العقود النموذجية، حيث ورد في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في الفقرة الأخيرة من البند الرابع: "الآن تدخل الصورة الفوتوغرافية للمنتجات الموضحة في نطاق العقد، فإذا نتج من ذلك الوقوع في غلط، فلا يكون التاجر مسؤولاً عن ذلك على أية حال".

كما أشار العقد النموذجي إلى وجوب رجوع المستهلك للشرط الخاصة بالبيع المنصوص عليها على الشاشة والتي تتكفل بتحديد مجمل هذه العناصر قبل إقدامه على التعاقد¹.

إن مثل هذا الشرط يعدّ مشروعاً بموجب أحكام القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، على شرط ألا يرتكب المدين بالالتزام بالإعلام غشاً أو خطأ جسيماً وإلا فيكون مسؤولاً عن ذلك الغلط ولو اشترط عدم مسؤوليته عنه².

وفي الواقع فإنه من الصعوبة بمكان إثبات شروط هذا العيب، وبالتالي كان لا بد من تدخل الالتزام قبل التعاقد بالإفضاء لسدّ هذه الفجوة، ذلك أن جميع البيانات التي تم النص عليها في قوانين التجارة الإلكترونية والتي يلتزم التاجر المحترف بتقديمها للمستهلك قبل إقدامه على التعاقد تعدّ بيانات جوهرية، لأنها تعمل على تنوير إرادته، ويترتب على عدم العلم بها أو عدم الإلمام الكافي بها أو عدم إبرام العقد أو إبرامه ولكن بشروط أخرى طلب

¹ عقيل فاضل محمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص. 214.

² المرجع نفسه، ص. 214.

الإبطال للغلط على الحالة الأولى دون الثانية، لأنها تحتل مرتبة الغلط الدافع الأمر الذي يدل على جوهرية هذا الغلط في اعتبار المتعاقدين¹.

ثانياً: مطالبة المستهلك بإبطال العقد لعيب التدليس:

يعرّف بعض الفقه² التدليس بأنه: "استعمال الشخص طرقاً احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد".

ويعرّفه البعض الآخر³ بأنه: "إيهام الشخص بغير الحقيقة، بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد".

ويتحقق التدليس كعيب من عيوب الإرادة المؤدي إلى بطلان العقد في إتيان التاجر المحترف سلوكاً إيجابياً بالقول من خلال الكذب فيما يقدمه من معلومات متصلة بالعقد المراد إبرامه مع المستهلك، أو بالفعل وذلك باستعمال طرق احتيالية من أجل إيقاعه في الوهم، بحيث يدفعه إلى التعاقد ضاناً أنّ ذلك في مصلحته، والحقيقة خلاف ذلك⁴.

كما يمكن اعتبار سكوت المحترف عن الإدلاء بالمعلومات الجوهرية تدليساً وهو ما أكدّه المشرّع الجزائري بموجب المادة 86 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري⁵ التي نصّت على أنه: "يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة".

كذلك القضاء الفرنسي كان أكثر وضوحاً، حيث استند إلى التدليس بطريق الكتمان كأساس لتقرير البطلان كمخالفة للالتزام قبل التعاقد، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنّ عدم القيام بإعلام المشتريين لدى التنازل عن محل تجاري بأنّ التصريح اللازم لاستغلال إحدى صالات هذا المحلّ لم يكن قد تمّ الحصول عليه بعد يمثّل إخفاءً متعمّداً من جانب

¹ نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص. 265.

² فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 85.

³ RÈMY Cabrillac, Droit des obligations, 7^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 47.

⁴ حسن على الذنون، المرجع السابق، ص. 99.

⁵ المادة 86 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة 125 الفقرة 02 من القانون المدني المصري، والمادة 121 الفقرة 02 من القانون المدني العراقي.

الباعة لمثل هذه الواقعة، التي لو كانت معلومة لدى المشتريين لكانت منعهم من التعاقد حيث يشكّل هذا الأمر تدليسا معيبا لرضاء هؤلاء المشتريين في مفهوم نصّ المادة 1116 من التّقنين المدني¹.

وفي حكم آخر قضت محكمة التّفوض بخصوص كفالة لدين مستحقّ لصالح أحد البنوك بإبطال عقد الكفالة لمخالفة هذا البنك لالتزامه قبل التّعاقدي بالإفضاء استنادا للكتمان التّدليسي، والمتمثّل في عدم قيام البنك بالإفضاء للكفيل بالوضع المالي الحقيقي للمدين من حيث كونه مثقلا بالديون عامدا عدم إحاطة الكفيل بالمعلومات التي من شأنها أن تحول بينه وبين المتعاقد، لذلك قرّرت المحكمة أنّ هذا التّصرف من جانب البنك يتعارض ومقتضيات حسن النّيّة، ويعدّ تدليسا عن طريق الكتمان، ولذلك انتهت إلى بطلان الكفالة لعدم الإعلام استنادا لأحكام المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي².

لذا فإنّ السّكوت بخصوص ذلك يعدّ وسيلة احتيالية، ويعدّ التّغريب واقعا بما يترتّب عليه العقد موقوفا إذا اقترن بالتّدليس الفاحش في القانون العراقي، أو طلب إبطال العقد لمجرّد التّدليس في القانون المصري والفرنسي والجزائري³.

إنّ الطّرق الاحتيالية بشقيها السّلبّي أو الإيجابّي لكي تكون سببا لبطلان العقد يجب أن تقترن بنية تضليل الطّرف الآخر، وأن تكون دافعة للتّعاقد بحيث أنّ المستهلك لو كان يعرف حقيقة الأمر لتجنّب إبرام العقد أو لأبرمه وبشروط مختلفة، وهو أمر يصعب إثباته فكان لا بد من تدخّل الالتزام قبل التّعاقدي بالإفضاء لتسهيل هذا الإثبات، وهذا حماية للطّرف الضّعيف وهو المستهلك، إذ يكفي للتّوصل إلى بطلان العقد أن يثبت المستهلك شروط قيام هذا الالتزام وعدم قيام التّاجر المحترف بتنفيذه، مع افتراض علمه بالمعلومات الواجب الإفضاء بها، وتأثير كتمانها على إرضائه وعدم الاعتداد بنية التّضليل⁴.

¹ Cass.com, 13 Octobre 1981, D 1981, IR, p. 309.

² Cass. civ. 1^{er} ch, 10 Janvier 1989, R. T. D. Civ.

³ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 137.

⁴ المرجع نفسه، ص. ص 137. 138.

الفرع الثاني: قيام المسؤولية المدنية للمتدخل:

لقد توسّع الفقه والقضاء في تطويع نظرية عيوب الرضا، بغية تمكين المستهلك من إبطال العقد، غير أنه ورغم هذا التوسع لم يحقق الفائدة المرجوة منه كجزاء للإخلال بالالتزام بالإعلام، لهذا وجدت الحاجة إلى جزء آخر ليعوّض القصور الذي يعترى جوانب الحماية في الإبطال.

وفي هذا الصدد ولأجل تحقيق حماية موضوعية وفعلية للمستهلك فنجد أنّ الفقه والقضاء أكدّ قيام مسؤولية المتدخل واعتباره مخطئاً لإخفائه المعلومات التي كان يجبّ عليه الإدلاء بها، ممّا ألحق ضرراً بالمستهلك.

وإذا كان الفقه يتفق بشأن تقرير المسؤولية المدنية للمتدخل، إلا أنه لم يتفق بشأن تحديد طبيعتها¹، لذا فقد انقسم بشأن تحديد طبيعة المسؤولية المدنية إلى رأيين، رأي يرى بأنّ طبيعة المسؤولية هي مسؤولية عقدية (أولاً) ورأي آخر يرى أنّ طبيعة المسؤولية المدنية للمتدخل هي مسؤولية تقصيرية (ثانياً).

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

تعدّ قواعد المسؤولية التقصيرية هي القاعدة العامة والأولى من حيث الأهمية في القواعد التقليدية للمسؤولية في القانون الفرنسي، ذلك أنّها تعدّ أصلاً راسخاً في أصول المسؤولية².

¹ يقصد بالمسؤولية المدنية بوجه عام الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالالتزام أصلي سابق.

ولقد جرى الفقه على التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، فسمّى المسؤولية المدنية التي تنشأ إثر الإخلال بالالتزام عقدي مسؤولية عقدية، والمسؤولية التي تنشأ إثر مخالفة التزام قانوني مسؤولية تقصيرية، وسواء كانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية فإننا نكون أمام مسؤولية مدنية يتحقق فيها التلازم بينها وبين فكرة الجزاء، وتفترض المسؤولية العقدية قيام رابطة عقدية بين المسؤول وبين المضرور، أما المسؤولية التقصيرية فتكون خارج نطاق الرابطة العقدية.

² عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2009، ص. 277.

وإذا كانت قواعد المسؤولية التقصيرية لا تطبق إلا في الحالات التي لا يوجد فيها العقد بين المسؤول وبين المضرور أو إذا وجد عقد والضرر ارتكب خارج نطاق العقد وكان بسبب خطأ المسؤول في الفترة السابقة للتعاقد أو اللاحقة على إبطاله، فقد أثير التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق هذه المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام؟ ولقد استند أنصار هذا الرأي على الحجج التالية:

1: أنّ المنتج هو المدين الأصلي بالالتزام بالنسبة للبيانات والمعلومات المتعلقة بالمنتجات الصناعية، وعليه فإنّ الخطأ في هذه المرحلة يعتبر سابقاً على التعاقد ويرتّب المسؤولية التقصيرية¹.

2: الاعتراف بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية يبسر للمستهلك الحصول على التعويض عن الضرر الذي يصيبه، ذلك أنّ وجود الالتزام في حدّ ذاته يعتبر أحد سبل التسهيل على المستهلك في إثبات خطأ من تعاقد معه وأثر ذلك الخطأ في الإضرار به يتركه يتعاقد دون علم كافٍ، فصفة الاحتراف تقيم قرينة على سوء نية هذا الأخير باعتبار أنّ علمه بالمعلومات يفترض فيه وهو ما يعفي المستهلك من إثبات الخطأ².

3: كما استند القائلون بهذا الرأي، إلى بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي من ذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس في قرار صادر عنها في 04 جويلية 1970 بمسؤولية صانع المنتجات الدوائية، والتي اعتبرها تقصيرية اتّجاه مستعمل الدواء نتيجة الأضرار التي لحقت به بسبب عدم إحاطته علماً بمكامن الخطورة في الدواء³.

¹ عليان عدّة، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة ماجستير، فرع الحقوق، (تخصّص عقود ومسؤولية)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010/2009، ص. 109.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 358.

³ CA, Paris, 4 Juillet 1970, R. T. D. civ 1970, p. 373, Obs Georges Durry.

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في سنة 1977 إلى إلقاء المسؤولية على الشركة البائعة لآلة بسبب الإصابات التي لحقت بمستعملها على أساس المادة 1382¹ من القانون المدني نتيجة لعدم وضوح النشرة الخاصة بالاستعمال².

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

أ: الوجهة النظرية:

يذهب القضاء إلى أن فكرة الأمان والسلامة لصيقة بالمنتج ذاته فيجب أن يتوفر الأمان والسلامة للجميع بصرف النظر عن وجود أو تخلف العلاقة العقدية بين منتج السلعة أو موزعيها.

ب: الوجهة العملية :

تجعل حق الغير المضرور مؤسساً دون أن يتكبد تكاليف البحث عن خطأ تقصيري مستقل عن العقد، وذلك تطبيق جميع الحلول الخاصة بضمان سلامة المستهلك في المجال التقصيري³. فالتمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية يتطلب من المستهلك أن يثبت تحقق أركانها، وأول هذه الأركان هو خطأ التاجر المحترف، وإثبات الخطأ لا يعدّ يسيراً حينما يتعلق الأمر بإثبات الإخلال بمبدأ حسن النية لدى التاجر المحترف إذ يتعين على المستهلك

¹ المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي تقابل المادة 124 من القانون المدني الجزائري، والمادة 163 من القانون المدني المصري، والتي تقرّر: "كل شخص يكون مسؤولاً ليس فقط عن الضرر الذي يتسبب فيه بأفعاله، ولكن أيضاً بسبب طيشه وإهماله".

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

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

² Cass. civ 1^{er}, 27 Avril 1977, J. C. P, 1977, p. 161.

³ زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 226.

حينها أن يثبت أنّ التاجر المحترف لم يقدم له معلومات معيّنة وعليه أن يثبت في الوقت ذاته أهميّة هذه المعلومات بالنسبة إليه، وتأثيرها المباشر على قراره في الإقدام على إبرام العقد، إلا أنّ الأمر يختلف في حالة النص على هذا الالتزام قانوناً وتحدد ما ينبغي على التاجر الإدلاء به، فلا يتطلّب الأمر من المستهلك في هذه الحالة إلا أن يثبت خطأ التاجر فإذا توافرت أركان المسؤولية الضّرر والعلاقة السببية ثبت حقّ المستهلك في التعويض وبذلك يتحقّق الهدف من إلزام التاجر المحترف بالإعلام قبل التعاقد، وهو حماية المستهلك من أن يكون ضحية لتفوق التاجر المحترف عليه في الخبرة والعلم¹.

إلا أنّ الصّعوبات التي قد تواجه المستهلك في إثباته لإخلال المتدخّل بالالتزام بالإعلام تظهر في حالة قيام المتدخّل بتنفيذ التزامه ولكنّ المستهلك يشكّي من عدم كفاية ما قدّمه من بيانات أو تحذيرات وأنها السبب فيما أصابه من ضرر ممّا يجعل أمر الإثبات لا يخلو من بعض الصّعوبات، نظراً للتطوّر العلمي والتكنولوجي المستمر في صناعة السلع وتقديم الخدمات هذا من ناحية²، ومن ناحية أخرى أنّ دعوى التعويض بمقتضى المسؤولية التقصيرية لا تنشأ إلاّ بين المستهلك وتابعه المباشر، ممّا يؤدي إلى تسلسل حلقات الرجوع كلّما تعاقبت البيوع، لأنّ المستهلك الأخير سيفضل بالضرورة الرجوع على بائعه المباشر ليختصم هذا الأخير بدوره من بائعه المباشر وهكذا وصولاً إلى المنتج، الأمر الذي يؤدي إلى تعدّد دعاوى الرجوع بما سيتبعه من إهدار للوقت والجهد والتفقات.

¹ آلاء يعقوب النعيمي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النّهرين، بغداد، المجلّد 18، العدد 14، 2005، ص. 93.

² رفاوي شهيناز، المرجع السابق، ص. 151.

ثانياً: القائلون بأن طبيعة المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد مسؤولية عقدية:

تعرف المسؤولية العقدية بأنها الجزاء المترتب عن الإخلال بالتزام عقدي، ويشترط لقيامها وجود عقد بين المسؤول والمضرور،¹ وأن يكون الضرر نتيجة إخلال المسؤول بالالتزام الناشئ عن عقد صحيح.²

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

اعتمد أنصار هذا الرأي في تبرير موقفهم هذا على بعض الأسانيد، نذكر منها ما يلي:

1: يؤسس هذا الفقه الالتزام بالإعلام على نصّ المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي والمقابلة لنصّ المادة 107 من القانون المدني الجزائري، والمادة 148 الفقرة 02 من القانون المدني المصري الخاصة بوجود تنفيذ العقد بحسن نية.

فبالرغم من أنّ هذا الالتزام لم ينصّ عليه القانون صراحة وربما لا ينصّ عليه العقد إلاّ أنّه يمكن للقاضي أن يضيف هذا الالتزام إلى مضمون عقد البيع انصياعا إلى قواعد العرف والعدالة بغرض حماية الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك، وتحقيقا للتوازن بين المصالح المختلفة، ذلك أنّ بعض العقود تتضمن إلى جانب الالتزامات الأساسية التزامات أخرى إضافية، تقتضيها طبيعة كلّ عقد ولا يحتاج وجودها إلى النصّ عليها في العقد أو القانون، والمثال الأكثر شهرة في هذا المجال هو الالتزام بالسلامة الذي يجب الاعتراف بوجوده في بعض العقود التي يمكن أن يؤدي تنفيذها إلى تهديد الشخص أو مال المتعاقد ويعدّ الالتزام بالإعلام أحد مشتقات الالتزام العام بالسلامة، فتقصير المنتج أو البائع في بيان

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص. 158.

² LE TOURNEAU PHILIPPE, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 2009, p. 341.

كيفية استعمال الشيء المبيع سواء بالإمساك عن الإدلاء بهذا البيان كناية أو الإدلاء به ناقصاً أو غير سليم، يقيم مسؤوليته العقدية عما يصيب المشتري من أضرار¹.

2: رجوع المستهلك على أي من المتدخلين الوطاء لا يكون إلا في إطار مجموعة عقدية لأن الطابع العقدي هو الذي يسود سلسلة المتدخلين، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ تيسي: "أن القضاء عندما تدخل لمنح دعوى عقدية، فإنه في الواقع قد عدل من مبدأ نسبية أثر العقد، وبالنتيجة قد ألغى وصف الغير بالنسبة لبعض الأشخاص، وأساس ذلك هو أن هؤلاء لا يعدون غيراً ما داموا يساهمون في تكوين وتنفيذ مجموعة عقدية".

وعليه فالمستهلك الحق في ممارسة دعوى عقدية ضد أي من المتدخلين، ولو لم يتعاقد مع أحدهم مباشرة، لأن تداخل العلاقات في المجموعة العقدية يمثل بديلاً عن التعاقد المباشر².

¹ عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 198.

² عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2002، ص. 65.

الفصل الثاني: حماية المستهلك أثناء تكوين عقد التجارة الإلكترونية

إن سرعة التعبير عن الإرادة إيجابا وقبولا عبر الوسيلة الإلكترونية تثير كثيرا من المشاكل النوعية التي قد لا تكون لصالح المستهلك، كون هذا النوع من التعاقد يتميز بعدم الحضور المادي لأطراف العقد فهو عقد بين غائبين من حيث المكان، فتطبيق الأحكام والقواعد العامة للنظرية العامة للعقد و إن كان يحقق مصلحة الطرفين بصورة عامة فإن عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم مع المستهلك تتميز بخصوصية معينة تجعل تطبيق القواعد العامة عند إبرام العقد قاصرا عن تحقيق مصلحة الطرفين بالدرجة ذاتها، مما يتوجب معه إقرار قواعد خاصة لحماية المستهلك وإعادة التوازن إلى العقد.

إن البحث في هذا الموضوع، لا يقتضي التطرق إلى المسائل المتعلقة بإبرام العقد الإلكتروني كافة بل يقتصر على بيان أوجه الخصوصية في هذا النوع من العقود، وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام عقد التجارة الإلكترونية في الأحكام الخاصة بالرضا أما بالنسبة لركني المحل والسبب فتتعدم فيهما خصوصيات العقد الإلكتروني إلى حد كبير.

وعليه يتطلب الأمر تحديد حماية المستهلك الإلكتروني استنادا إلى الأحكام العامة للتراضي الإلكتروني (المبحث الأول)، ومن خلال القواعد الخاصة التي تحكم مرحلة إبرام العقد الإلكتروني حماية للمستهلك (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني من خلال الأحكام العامة للتراضي الإلكتروني

نظرا لجدّة موضوع عقد التجارة الإلكترونية وحدثته عبر الانترنت فقد أثار هذا الموضوع الكثير من المسائل التي لا نجد لها مثيلا في العقود التقليدية وتبدأ بالتعبير عن الإرادة ووسيلة التعبير عنها. فالعقد المبرم عبر الوسيلة الإلكترونية لا يختلف عن سواه من صيغ العقود التقليدية في أنه ينشأ لحظة تطابق الإيجاب مع القبول¹.

ومع ذلك فإنّ خصوصية عقود التجارة الإلكترونية من جوانب معيّنة كونها تتدرج ضمن العقود التي تبرم عن بعد وتتميّز بعدم الحضور المادي لأطراف العقد في مجلس العقد تتطلب احترام القواعد الخاصّة بحماية المستهلك بعد أن ثبتت جدية المخاطر التي يتعرّض إليها هؤلاء في هذا النوع من الصفقات والعقود.

لذا يتطلب الأمر دراسة صيغة التعبير عن الإرادة الكترونيا (المطلب الأول) والتطرّق إلى مجلس العقد الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صيغة التعبير عن الإرادة إلكترونيا

الرّضا هو الأساس الذي تقوم عليه العلاقة العقدية وهو التعبير عن إرادة طرفي العقد، بإبرام التعاقد بحسب ما تمّ الاتفاق عليه والذي تنتج عنه الآثار القانونية التي تترتب عن العقد، لذا فإنّ الشّخص لا يرتبط بأيّ عقد ما لم تتجّه إرادته إلى إبرامه، ولأنّ أيّ عقد

¹ تنطبق نظرية العقد في الشريعة الإسلامية على العقود التجارية التي تتم عبر التجارة الإلكترونية، نظرا لتوافرها على أركان العقد، ومنها الصيغة المتمثلة في صورة طلب يقدمه مستخدم الكمبيوتر، يرغب بمقتضاه في شراء سلعة معيّنة ويقوم بتسجيله في القائمة الظاهرة على شاشة الكمبيوتر، وإرسالها إلكترونيا إلى الطرف الآخر البائع الذي يردّ بمجرد وصول الرسالة بالموافقة إلكترونيا، وبذلك يتحقّق إبرام العقد بالإيجاب والقبول، فإذا كانت الشريعة الإسلامية تشترط التعبير عن الإيجاب والقبول بالقول أو الإشارة المفهمة، فإنّ التعبير يكون إلكترونيا في صورة رسالة تصدر من كلّ طرف، وتوجّه إلى الطرف الآخر.

مهما كانت تسميته أو تكييفه لا يتم إلا بعد تبادل أطرافه التعبير عن إرادتهما (الإيجاب والقبول)¹.

وبالتالي لا بدّ من تحديد خصوصية حماية المستهلك الإلكتروني من الإيجاب الإلكتروني (الفرع الأول)، وكذا حماية المستهلك في القبول الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية المستهلك من الإيجاب الإلكتروني:

يعرّف الإيجاب عموماً بأنه التعبير البات عن الإرادة موجّهاً إلى الطرف الآخر يعرض عليه التعاقد على أسس وشروط معيّنة².

فالإيجاب بهذا المفهوم لا يختلف عن الإيجاب الإلكتروني من حيث المبدأ، فهو مصطلح يدلّ على التعبير البات والجازم عن الرضا³.

ولقد نصّت المادة 60 من القانون المدني الجزائري أنّ: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أيّ شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينصّ القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

فالإيجاب يعدّ الخطوة الأولى لإبرام كافة العقود، ولكي يتمّ العقد ينبغي أن يكون هناك عرض من طرف أحد الأشخاص إلى آخر أو آخري، بقصد إبرام عقد ما للحصول على قبول لهذا الغرض.

¹ فراس بحر محمود، التعبير الإلكتروني عن الإرادة، مجلة كلية الحقوق، جامعة الثهرين، المجلد 16، الإصدار 03، 2014، ص.33.

² عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المرجع السابق، ص.38.

³ حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصّص قانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012/2011، ص. 55.

إنّ ما يميّز به الإيجاب الإلكتروني كونه يتمّ باستخدام وسيط إلكتروني¹ جعله يتمتّع بخصوصية تثير جملة من المشكلات النوعية بسبب خطورة الآثار التي يمكن أن تتجرّ عنه، فبمجرّد النقر (CLICK) على الفأرة لقبول مطابق يعني توافق الإرادتين على إبرام العقد.

ولما كان هذا الوسيط الإلكتروني يميّز بصفات خاصّة تميّزه عن غيره من الوسائط التقليدية، فإنّ التساؤل الذي يثار هنا عن مدى ملائمة هذه القواعد لنظرية العقد لكي تنطبق على عقود التجارة الإلكترونية؟ ومدى كفايتها في توفير الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني؟

لذا فلتحديد خصوصية الإيجاب في العقود الإلكترونية نحدد مفهومه (أولاً)، خصائصه التي تميّزه عن الإيجاب التقليدي (ثانياً)، مع تحديد المدّة صلاحية الإيجاب (ثالثاً).

أولاً: مفهوم الإيجاب الإلكتروني:

إنّ معظم القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية، لم تتضمّن تعريف الإيجاب الإلكتروني على الرّغم من تأكيد هذه القوانين على جواز التعبير عن الإيجاب بوسائل إلكترونية ومنها رسالة البيانات عبر شبكة الانترنت².

لذا يقتضي البحث في مفهوم الإيجاب الإلكتروني التعرض إلى تعريفه الفقهي وتعريفه في القوانين الدولية.

¹ يعتبر مصطلح وسيط مؤتمت مصطلح جديد على اللّغة العربية، ويقصد به الوسيط أو الوكيل الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت، ولقد ظهر استخدامه لأول مرّة في وثائق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) الصادرة باللّغة العربية، ولكنّ بصدور اتفاقية الأمم المتحدة المتعلّقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، نجد أنّها عدلت عن استخدام مصطلح "وسيط" في الاتفاقية، واستخدمت بدلاً منه مصطلح "نظام رسائل آلي" وحسناً فعلت، وإن كانت بعض قوانين الدّول العربية المعنية بالمعاملات الإلكترونية ومنها قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية (المادة 02، المادة 15)، وكذلك القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية (المادة 2) قد استخدموا مصطلح وسيط مؤتمت.

² أمّناج رحيم أحمد، التّراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل، عمّان، 2006، ص. 44.

1: تعريف الفقه للإيجاب الإلكتروني:

يعرّف بعض الفقه¹ الإيجاب الإلكتروني بأنه: "عرض جازم وكامل للتعاقد وفقاً لشروط معينة، يوجّهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم أو للكافة"². وهذا التعبير يظهر من خلال العرض الذي يقدمه الموجب والذي يتضمن نوعية السلع والخدمات مع بيان مواصفاتها وأثمانها³، ويجب أن يكون مشتملاً على الرسائل التكنولوجية التي تسمح للمستخدم قبل إبرام العقد والموافقة عليه أن يحدّد بدقة العيوب التي يمكن أن تتحقّق وتصحيحها.

كذلك يعرفه البعض الآخر⁴ بأنه: "تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عارضة على شخص آخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينة".

ولمّا كانت العقود الإلكترونية تندرج ضمن العقود التي تبرم عن بعد⁵، فإنّ تعريف الإيجاب فيها يجب أن يتمّ في ظلّ تعريف الإيجاب في هذه العقود.

وعرّفه الفقه الإنجليزي بأنه بيان لرغبة الشخص الذي أصدره في التعاقد وفق الشروط المذكورة فيه"⁶.

فالتعبير عن الإرادة حتّى يكون إيجاباً يجب أن يتوفّر فيه شرطين:

¹ شحاتة غريب شلفامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2008، ص. ص. 86. 87.

² محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص. 71.

³ أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، بحث مقدّم للمؤتمر العالمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية المنعقد في دبي، خلال الفترة 26-28/04/2003، أكاديمية شرطة دبي، ص. ص. 10. 11.

⁴ قارة مولود، المرجع السابق، ص. 11.

⁵ يميّز العقد الإلكتروني مقارنة بالعقود التقليدية أنّه من العقود التي تبرم عن بعد، كإرسال كتالوج أو عبر الخدمة المسمّى minitel بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة ومرئية عبر الشبكة، ويسمح بالتفاعل بينهم بالحضور الافتراضي المتعاصر، ولا يكون هناك فارق زمني بين الإيجاب والقبول، ويمكن أن يتمّ الوفاء بالالتزامات بصورة فورية متزامنة.

⁶ مجيد حميد العنكي، إنشاء العقد في القانون الإنجليزي، مجلة جامعة صدام للحقوق، العراق، العدد 03، (دون سنة نشر)، ص. 70.

أ: الشرط الأول: هو أن يكون العرض محدداً ولا لبس في محتواه.

ب: الشرط الثاني: أن يكون جازماً وباتاً وكاملاً بمعنى أن تتجه نيّة الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، فهو عزم نهائي على إبرام العقد.

وإذا لم يتوقّر هذين الشرطين في الإيجاب فيعتبر مجرد الدخول في محادثات¹، لذا يرى البعض أنّ الإيجاب تحكمه المادة 48 من القانون المدني الكويتي حيث يبقى هذا الإيجاب قائماً طوال الفترة التي يحددها الموجب لبقائه والالتزام بالإبقاء عليه طوال الفترة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله إلى الموجب له وإبداء رأيه فيه ووصول القبول إلى الموجب ويرجع لقاضي الموضوع الذي له السلطة التقديرية في تحديد الفترة المعقولة التي يبقى فيها الإيجاب قائماً عند قيام الموجب بتحديد².

ولقد تعرّض القانون المدني المصري لهذا الأمر حيث إذا تمّ تعيين ميعاد القبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

ومن جانبه أكدّ المشرّع الفرنسي في قانون الثقة في المعاملات الرقمية الصادر في 21 يونيو 2004³، أنّه نظراً لخصوصية التعاقد عبر الانترنت وسرعة التعامل من خلالها يجبّ على موجّه الإيجاب أن يلتزم به، طالما أنّه مازال متاحاً عبر الشبكة أو عبر الوسائل الإلكترونية.

فقد نصّ القانون المدني الفرنسي على أنّه:

«Sans préjudice des conditions de validité mentionnée dans l'offre son auteure reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait».

¹ SHANDI Yousef, La formation du contrat à distance par voie électronique, thèse doctorat, nouveau régime, mention droit privé, université ROBERT SCHUMANI, Strasbourg III, faculté de droit, de sciences politique, et de gestion, 28/06/2005, p. 26.

² فايز عبد الله الكندري، الانترنت والإرادة العقدية، بحث مقدّم لمؤتمر "القانون والحاسوب"، جامعة اليرموك، عمان، 12-14 يوليو 2004، ص. 05 وما بعدها.

³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, j. o. n° 143 du 22 juin 2004.

أما إذا احتفظ الموجب بشرط يعلن فيه أنه غير ملتزم بما عرضه في حالة القبول فلا يعدّ هذا التعبير إيجاباً بل مجرد دعوة للتعاقد¹.

في حين إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول فإنّ الموجب يتحلّل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدلّ على أنّ الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد².

ويتضح من التعاريف السابق ذكرها أنّ الإيجاب حتّى يعتدّ به من الناحية القانونية يشترط أن يتضمّن العناصر الجوهرية التي لا ينعقد العقد من دونها، والتي تحدّد ماهية العقد وتمييزه عن غيره من العقود، كتحديد محلّ العقد أو الثمن أو غيرها من المسائل الجوهرية الأخرى، التي إذا لم يتضمّنها التعبير فلا نكون في هذه الحالة أمام إيجاب بالتعاقد وإنّما نكون أمام دعوة للتعاقد، وهي دعوة غير باطة في التعاقد فالشخص لا يمكن أن يوجب على نفسه التعاقد إذا قبله الطرف الآخر إلّا إذا كان قد حدّد المسائل الجوهرية، لأنّ التعبير عن الإيجاب بالتعاقد يعدّ تعبيراً عن إرادة اتّجهت قانوناً إلى إحداث أثر قانوني، بحيث يتحقّق التراضي، وبنعقد العقد بمجرد أن يتلاقى هذا التعبير مع إرادة أخرى (القبول)³.

تجدر الإشارة إلى أنّ وصف الإيجاب الإلكتروني لا يغيّر من ذاتية الإيجاب لمجرّد أنّه تمّ عبر وسيط الانترنت.

¹ موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. 162. 163.

² محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة "مع التركيز على البيع بواسطة التلفون"، الطبعة الأولى، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 1998، ص. 25. 26.

³ أقدس صفاء الدين رشيد، التعاقد عبر الانترنت ومدى مشروعيته في القانون العراقي، مجلة الجامعة العراقية، المجلّد 27، الإصدار 01، 2011، ص. 322.

2: تعريف الإيجاب الإلكتروني على المستوى الدولي:

يعرّف التّوجيه الأوروبي الخاصّ بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد الإيجاب الإلكتروني بأنّه: "كلّ اتّصال عن بعد يتضمّن كلّ العناصر اللاّزمة، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النّطاق مجرد الإعلان".

كذلك نصّت المادة 11 الفقرة 01 من القانون التّموجي بشأن التّجارة الإلكترونية لسنة 1996 على أنّه: "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطّرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد صحّته أو قابليته لمجرّد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

ولقد تضمّن البند 03 الفقرة 02 من مشروع العقد التّموجي بشأن المعاملات الإلكترونية، الملحق بقانون الأمم المتحدة التّموجي ما يلي: "تمثّل الرّسالة إيجاباً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو عدّة أشخاص محدّدين ما داموا معرفين على نحو كاف وكانت تشير إلى نيّة مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجاباً الرّسالة المتاحة إلكترونياً بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك"¹.

ثانياً: خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يتميّز الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التّقليدي بعدّة خصائص نلخصها فيما يلي:

1: أنّ الإيجاب الإلكتروني يتميّز بالطابع الدولي أو العالمي:

يستطيع البائع أن يعرض على المستهلك بضاعته أو خدماته على سوق أوسع من خلال إنشاء موقع إلكتروني له ويكون للمشتري إمكانيات وفرص هائلة لاختيار الأفضل من البضائع من ناحية النوعية والكفاءة والثمن².

¹ إلياس ناصيف، العقود الدوليّة، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطّبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص. 78.

² فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص. 44.

2: الإيجاب الإلكتروني هو إيجاب يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد:

يتمّ الإيجاب الإلكتروني بوسيلة مسموعة ومرئية تسمح لمن يصدر عنه باستخدام وسائل للإيضاح البياني أكثر ملائمة بالنسبة لأنواع معينة من البيوع¹، بمعنى أنه يمكن للمتعاقد الذي يتصل بموقع التاجر دراسة العرض المقدم من هذا الأخير، وطلب المعلومات التي يرغبها، الأمر الذي يسمح بالتفاعل بين التاجر والمستهلك².

3: الإيجاب الإلكتروني لا يتقيد بالحدود السياسية والجغرافية للدول:

يرى بعض الفقهاء بأنه لا مانع من تحديد الإيجاب في منطقة جغرافية معينة بحيث يكون له نطاق جغرافي معين، مثال: أنّ بعض مواقع الويب في فرنسا المنتشرة على شبكة الانترنت تتصّ على أنّ: "العروض ليست صالحة إلا في الإقليم الفرنسي"³.

وكذلك ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حضر توجيه الإيجاب لدول تقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوريا الشمالية وكوبا، وعليه فإنّ الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفاً، إذ في هذه الحالة لن ينعقد العقد أصلاً إذا قبل الإيجاب شخص خارج النطاق المكاني للإيجاب⁴.

4: يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي من حيث طريقة صدوره:

يكون الإيجاب في العقود التقليدية مكتوباً على دعامة ورقية كما أنّ النصوص القانونية لا تعرف من الدعامات التي تحمل عليها الكتابة المثبتة للمعاملات إلاّ الدعامات الورقية الموقّعة ممّن تنسب إليه بإحدى صور التوقيع العادي وهي الإمضاء بخط اليد⁵.

¹ عادل حسن علي، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، 2008، ص. 25.

² فراس بحر محمود، المرجع السابق، ص. 44.

³ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص. 76.

⁴ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 253.

⁵ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقود المبرمة عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة، عمّان، 2010، ص. 75.

في حين أنّ الإيجاب الإلكتروني أوجد نوعاً من الكتابة والتي تعرف باسم الكتابة الإلكترونية إذ تتم الكتابة والتوقيع إلكترونياً، لأنّ العقود الإلكترونية لا تكون مثبتة على دعامة ورقية وإنما يتمّ التعامل بها إلكترونياً¹.

ثالثاً: المدة المحددة لصلاحية الإيجاب الإلكتروني:

من بين الإشكالات التي يثيرها الإيجاب عبر شبكة الانترنت مسألة بقاء الإيجاب صالحاً حتى يقترن القبول به إذ أنّه وفقاً لما هو مقرّر في القواعد العامة يمكن للموجب أن يتحلّل من إيجابه في حالة عدم تحديد أجل القبول، وهو ما أكّدته المادة 64 من القانون المدني الجزائري، التي نصّت على: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإنّ الموجب يتحلّل من إيجابه إذا لم يصدر فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص آخر بطريق الهاتف أو بأيّ طريق مماثل.

غير أنّ العقد يتمّ ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدلّ على أنّ الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفصّ مجلس العقد".

إلا أنّ بعض الفقه² يرى بضرورة الخروج على القواعد العامة في الإيجاب الإلكتروني وذلك بأن يحدّد الموجب بدقّة الوقت اللازم لصلاحية إيجابه، وبعبارة أدقّ أن يكون الإيجاب الإلكتروني دائماً مقترناً بوقت محدّد، إذ أنّ عدم تحديد المدة هو في حقيقة الأمر إضعاف للمركز القانوني للمستهلك فوق ما هو فيه من ضعف اقتصادي ومعلوماتي يجعله جديراً بالحماية في مواجهة المحترف³، كما يلتزم الموجب بإعلام الموجب له بهذا التوقيت، لاسيما إذا كان هذا الإيجاب نتاج مفاوضات مشتركة بين الطرفين، فهو ليس وليد إرادة طرف واحد

¹ روى عبد الستار صالح، خمائل عبد الله، الإيجاب الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، المجلد 02، الإصدارين 13، 14، 2011، ص. ص. 272. 273.

² VERBIEST Thibault, Commerce électronique, le nouveau, cadre juridique, Larquier, Bruxelles, 2004, p. 91.

³ موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. 169.

حتى يستطيع الرجوع عنه، بل هو وليد الإرادة المشتركة إذا ساهم كلاهما في إعداده لذا يسمّى بالإيجاب المشترك¹.

وفي هذا الصدد، نصّت المادة 04 من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 على أنّه: "يكون الإيجاب الصادر من المهني ملزماً في حدّ ذاته وأنّ عدوله عن إيجابه يجعل المهني مخطئاً".

الفرع الثاني: حماية المستهلك في القبول الإلكتروني:

لا يكفي الإيجاب وحده لتمام العقد بل لابدّ أن يقترن به قبول مطابق له من الطرف الآخر²، لهذا يعدّ القبول الإرادة الثّانية في العقد التي وجّه إليها الإيجاب.

والقبول في المعاملات الإلكترونية له ميزته الخاصّة والتي من خلالها يمكن بيان جوانب حماية المستهلك بوصفه الطرف الضّعيف في العلاقة التعاقدية.

لذا يتطلّب الأمر منّا تعريف القبول الإلكتروني (أولاً)، مع تحديد أشكال التعبير عن القبول الإلكتروني (ثانياً).

أولاً: مفهوم القبول الإلكتروني:

إنّ تحديد مفهوم القبول الإلكتروني يقتضي تحديد تعريفه، وكذا الشّروط الواجب توافرها فيه.

1: تعريف القبول الإلكتروني:

يمكن القول أنّ القبول له معنيين: معنى لغوي والآخر قانوني، لذا سنحاول التّطرّق إلى هذه الجزئية فيما يلي:

¹ سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، 2004، ص. 20.

² مسودي غادة جواد، التّظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، (مذكّرة ماجستير غير منشورة)، جامعة بيرزيت، رام الله، فلسطين، 2007، ص. 85.

أ: التعريف اللغوي للقبول الإلكتروني:

قبل، قبولاً، أي أخذه عن طيب خاطر، يقال: قبل الهدية ونحوها، وقبلت الخبر أي صدقته، وقبلت الشيء قبولاً إذا رضيت به.

وقبول الرضا بالشيء وميل النفس إليه، وقبل الله الدعاء، أي استجابته¹.

ب: التعريف الاصطلاحي للقبول الإلكتروني:

يعرّف القبول بصفة عامة بأنه: "التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب الذي يفيد موافقته على الإيجاب الذي لا يزال قائماً"².

ويعرّفه البعض الآخر بأنه: "التعبير عن رضي من وجه إليه الإيجاب بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب"³.

ويجب أن تنصّب هذه الموافقة على جميع الشروط الواردة في العرض المقدم من الموجب، دون إبداء أي تحفظات أو تعديلات عليه⁴.

فالقبول في عقود التجارة الإلكترونية بهذا المفهوم لا يخرج عن السياق المتقدم سوى أنه يتمّ التعبير عنه بوسائل إلكترونية لذا فإنّه يخضع للقواعد العامة من حيث المبدأ، إلاّ فيما يتعلّق بأوجه الخصوصية التي تفرزها الوسيلة التي تتمّ بواسطتها⁵.

فوجدت اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، عرفت القبول في مادته 18 الفقرة 01 بأنه: "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب".

¹ لسان العرب، المصباح المنير مادة (قبل).

² عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المرجع السابق، ص. 41.

³ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص. 79.

⁴ مركز الأعمال الأوروبي للتدريب والتطوير، البرنامج التدريبي المتخصص، الإستراتيجيات المتقدمة في إدارة العقود وأفضل الأساليب للممارسات القانونية في المناقصات من 05 إلى غاية 09 أبريل 2008، ص. 08.

⁵ محمّد جمال ظاهر، التعاقد بين حاضرين وخصوصيته في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة الزافدين للحقوق، العراق، المجلّد 12، العدد 54، 2012، ص. 65.

وعرّفه قانون الأونيسترال الملحق العاشر لمشروع العقد نموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية بأنه: "يعتبر القبول مقبولاً إذا تسلّم مرسل هذا الإيجاب قبولاً غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد"¹.

أمّا قانون لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية "الأونيسترال" لم يورد أيّ تعريف للقبول في المعاملات الإلكترونية، إنّما ترك هذه المسألة للقوانين الوطنية، واكتفى بالنص على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول عبر رسائل المعلومات (المادة 11)، وعلى هذا المنهج سار المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية، بنصّه في المادة 13 على أنّه: "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي". وبالتالي فإنّ القبول وفقاً للتشريع الأردني يمكن أن يتمّ عبر شبكات الانترنت من خلال رسالة المعلومات، هذه الأخيرة عبارة عن المعلومات التي يتمّ إنشاؤها وإرسالها وتسليمها وتخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني.

وفي تونس ونظراً لخصوصية القبول في العقود الإلكترونية نجد المشرّع التونسي أفرد باباً خاصاً بالوثيقة والإمضاء الإلكترونيين وتعيين جهات للتأكد من صحّة القبول والشخص القابل لتأكيد فاعلية هذا القبول².

2: الشّروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني:

على الرّغم من الرّغم من الخصوصية التي يميّز بها القبول الإلكتروني إلّا أنّه يظلّ خاضعاً للشّروط التي تتطلبها القواعد العامة في القبول التقليدي، وهي أن يكون القبول حرّاً وأن يكون مطابقاً للإيجاب، بالإضافة إلى أن يصدر القبول والإيجاب لا يزال قائماً.

¹ محمّد جمال ظاهر ، المرجع السابق، ص. 39.

² الفصل الثّاني من التشريع التونسي رقم 83 لسنة 2000، الخاص بمبادلات التجارة الإلكترونية.

أ: أن يكون القبول حرًا:

يقضي مبدأ حرية التعاقد بأن يكون القبول حرًا، بمعنى أنه من وجّه إليه الإيجاب له الحرية الكاملة في قبوله أو رفضه أو إسقاطه، كما لا يسأل عن بواعث رفضه، فلا يكون إذن مسؤولاً عن هذا الرفض، مما يعني أنه غير مكره على القبول¹.

ب: أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب:

فمطابقة القبول للإيجاب هي الأساس في إبرام العقد فإذا تضمن القبول أيّ تعديل للإيجاب في مسألة جوهرية أو ثانوية فإنّ العقد لا ينعقد، فإذا اقترن القبول بما يزيد عن الإيجاب أو يقيدّه أو يعدّل فيه اعتبر رفضاً يتضمّن إيجاباً جديداً².

ويكون التّطابق في حالة ما إذا اتّفق الطّرفان على كلّ المسائل الجوهرية، أمّا الاتّفاق على بعضها فلا يكفي لالتزام الطّرفين حتّى ولو ثبت الاتّفاق بالكتابة، لكنّ قد يحدث أن يتّفق الطّرفان على المسائل الجوهرية في العقد ويحتفظا بمسائل تفصيلية يتّفقان عليها فيما بعد، ففي هذه الحالة عدّ العقد منعدداً، وعند الاختلاف على هذه المسائل فإنّ المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وهو ما أكّدته المادة 65 من القانون المدني الجزائري: "إذا اتّفق الطّرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتّفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطاً أنّ لا أثر للعقد عند عدم الاتّفاق عليها، اعتبر العقد مبرماً، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتمّ الاتّفاق عليها، فإنّ المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف والعدالة".

وفي نفس السّياق أشار العقد النّمودجي الفرنسي للتّجارة الإلكترونيّة في بنده السّابع المعنون ب: "قبول العرض" إلى أنّ موافقة المشتري يجب أن تتضمّن تحديداً لبعض العناصر وهي الشّيء أو الخدمة المتعاقد عليها والنّمن وطريقة الوفاء وطريقة التّسليم والطّريقة التي تتمّ

¹ فراح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص. 87.

² عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المرجع السابق، ص. 41.

بها خدمة ما بعد البيع، فالإشارة إلى هذه العناصر تستهدف ضمان اتفاق الإيجاب مع القبول في العناصر الرئيسية، والتي لا ينعقد العقد دون الاتفاق عليها¹.

وقضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 08 شباط 1984، حكماً لعلّة أنّ رضا الشّاري ليس من الممكن أن يستنتج يقيناً من الأعمال المكتسبة، ومن المستند لم يكن تحريره دقيقاً ومعيناً بشكلٍ كافٍ، إلى درجة أنّه لم تكن هناك بشكل يقيني مطابقة بين القبول والإيجاب².

تجدر الإشارة إلى أنّه لا يقصد بالمطابقة التامة المطابقة في الألفاظ والصيغ وإنّما يقصد بها المطابقة في الموضوع، أي صدور القبول بالموافقة على كلّ المسائل التي تضمّنها الإيجاب دون تفرقة بين ما يعدّ من المسائل الجوهرية وما يعدّ من المسائل التفصيلية الثانوية³، بمعنى أنّ المسائل الثانوية إذا وردت في صيغة الإيجاب عدّت مسائل جوهرية، ويتعيّن عند إبرام العقد أن يطابق القبول الإيجاب بما تضمّنه من مسائل جوهرية وثانوية.

ج: أن يصدر القبول والإيجاب لا يزال قائماً:

فلا أثر للقبول إلّا إذا صدر أثناء قيام الإيجاب⁴، ويمكن الاستشهاد بنصّ المادة 96 من القانون المدني الأردني التي تطلّبت أن يتمّ قبول الإيجاب في مجلس العقد أي أثناء تواجد كلا المتعاقدين في مجلس واحد حقيقة أو حكماً، وقبل أن يرجع الموجب عن إيجابه أو يرفضه الموجب له، ويبقى الإيجاب قائماً في شبكة الانترنت في عدّة حالات منها، إذا حدّد

¹ لما عبد الله صادق لهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير قانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008/12/27، ص. 95.

² النشرة المدنية رقم 57، صفحة 48، مصنّف الاجتهاد الدّوري 1984، صفحة 119.

نقلا عن: جاك غستان، ترجمة: منصور القاضي، المطوّل في القانون المدني، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، (دون سنة نشر)، ص. 318.

³ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجّيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، عمّان، 1997، ص. 132.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون، الجزء 04، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 47 وما بعدها.

موعدا لقبول الإيجاب فيجب أن يرتبط القبول بالإيجاب في هذا الموعد، فإذا تأخر القبول عن هذا الموعد فلن يعتدّ به، وهذا ما أكدّه مشروع العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية، والذي أعدته لجنة الأونسترال حيث جاء في البند (2، 3، 4) منه: "يعتبر القبول مقبولا إذا تسلّم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد".

وأیضا إذا ما عرض الموجب إجابته عبر خدمات الاتصال المباشر عبر الانترنت كغرف المحادثة وهاتف الانترنت، فإنّ القبول يجب أن يصدر مباشرة أو أثناء المحادثة وقبل إتمامه فإذا ما انتهت المحادثة دون قبول الإيجاب ينقضي الإيجاب، ولا عبّرة بالقبول الذي يصدر بعده¹، وينسحب هذا الحكم على عقود البيع الدولي التي تبرم عبر الانترنت، فقد أكّدت اتفاقية فيينا على وجوب قبول الإيجاب الشفوي مباشرة، إلا إذا تبين من الظروف خلاف ذلك².

ثانيا: أشكال القبول الإلكتروني:

باعتبار القبول يشكّل الإرادة الثانية في العقد والصادر عمّن وجّه إليه الإيجاب معبرا من خلالها بصفة قاطعة وجازمة عن رغبته في التعاقد وفقا للعناصر الجوهرية المعبر عنها في الإيجاب، فإنّه يجب أن يكون خاليا من أيّ قيد وإلاّ عدّ إجابا جديدا، فالقبول بهذا المفهوم ما هو إلاّ تعبير عن الرضا فهو يخضع إذن إلى مبدأ الرضاية الذي يحرّر إبرام العقود من الشكلية.

وبتطبيق هذا المبدأ على القبول في العقود الإلكترونية فإنّه لا يشترط شكل معيّن في القبول الإلكتروني، سواء تمّ بتعبير صريح أو ضمني، وهذا ما أشارت إليه المادة 18 الفقرة 01 من اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولية، والتي نصّت على أنّه: "يعدّ قبولا أيّ بيان أو أيّ تصرف آخر من المخاطب يفيد الموافقة".

¹ محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009، ص. ص. 149. 150.

² جاء في المادة 18 الفقرة 02 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980: "ويلزم قبول الإيجاب الشفوي في الحال ما لم يتبين من الظروف خلاف ذلك".

وعليه يتطلّب الأمر التّطرق إلى التّعبير الصّريح والضمّني عن القبول في المعاملات الإلكترونية.

1: التّعبير الصّريح عن القبول في العقود أو المعاملات الإلكترونية:

يكون التّعبير عن القبول صريحا إذا كان المظهر الدّي اتّخذه مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس، فقد يكون بالكلام أو الكتابة وأيضا الإشارة المتداولة عرفا، وباتّخاذ أيّ موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكّا في دلالته على حقيقة المقصود.

ففي العقود الإلكترونية يتمّ التّعبير الصّريح عن القبول باستخدام التّقنيات الأساسية المتوقّرة على شبكة الانترنت، والمتمثلة أساسا في الكتابة عبر البريد الإلكتروني، النّقر على زر القبول أو على الفأرة، والمحادثة المباشرة من خلال تقنية الصّوت والصّورة المتوقّرة على شبكة الانترنت¹.

أ: القبول عن طريق البريد الإلكتروني:

يعدّ البريد الإلكتروني «E-mail» وسيلة من وسائل التّعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، إذ غالبا ما يتمّ تبادل رسائل البيانات، وهي اختصار لكلمة «Mail électronique» وهي خدمة توزّعها شبكة الانترنت، تتيح للشّخص تبادل الرّسائل الإلكترونية بسرعة فائقة وبتكاليف أقلّ، ويكون لكلّ شخص عنوانه الإلكتروني الخاصّ في الشّبكة، ويستطيع متى شاء إرسال واستلام الرّسائل بحريّة وسريّة نسبية وليست مطلقة².

¹ عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، تخصّص قانون التّعاون الدّولي، مدرسة دكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السّياسية، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، معهد الحقوق، 2012/01/19، ص. 57.

² خالد ممدوح إبراهيم، التّحكيم الإلكتروني، الطّبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص. 25.

يعدّ البريد الإلكتروني أكثر شيوعاً واستخداماً من طرف المنتجين وزبائنهم، ويقترب أن يكون بريداً عادياً¹، باعتبار أنّ كليهما يتضمّن عنواناً محدداً معرّضاً للضياع قبل أن يصل إلى العنوان المطلوب، كليهما يستعين بطرف ثالث يكون وسيطاً لإيصال الرسالة، إلا أنّ البريد الإلكتروني يوفّر السرعة العالية والكفاءة الأكبر ودقّة متناهية في التّواصل². فهو يمتاز بنقل أو إرسال كافّة المستندات والأوراق والعقود سواء كان ذلك في مرحلة التّفاوض أو مرحلة الاتّفاق (المشروع) أو مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه.

وتستخدم الكتابة للتّعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني ولما كانت المراسلات عبر البريد الإلكتروني يغلب على مرسلها الوجود في أمكنة مختلفة ومتباعدة فقد اعتمدت نظاماً زمنياً ليتجنّب احتمال أيّ لبس أو غموض حول زمان انعقاد العقد الإلكتروني وهو النّظام العالمي الزّمني وهو توقيت جرنش، ويرمز له بالرمز GMT³.

وفي هذا الصّدد، أقرّت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في عام 2005 مشروع اتفاقية استخدام المراسلات الإلكترونية في العقود الدّولية، بحيث نصّت في المادة 01 منه على أنّه: "يطبّق هذا القانون حيثما تستخدم توقيعات إلكترونية في سياق أنشطة تجارية وهو لا يلغي أيّ قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين"⁴.

¹ اعتبر مجلس الدّولة الفرنسي البريد الإلكتروني بمثابة محرّر عرفي، وقد حذى حذوه المشرّع الجزائري الذي استحدث المادة 323 مكرر 1، بموجب تعديل القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والتي تنصّ على أنّه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشّكل الإلكتروني، كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التّأكد من هويّة الشّخص الذي أصدرها، وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

² مرزوق نور الهدى، التّراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، تخصصّ فرع المسؤولية المهنية، مدرسة دكتوراه القانون الأساسي والعلوم السياسيّة، جامعة مولود معمري، كآية الحقوق والعلوم السياسيّة، 2012/05/08، ص. 127.

³ محمود حمودة صالح منزل، إشكالات العقود الإلكترونية، مجلّة الشريعة والدراسات الإسلاميّة، السّودان، العدد 18، 2011، ص. 26.

⁴ أماني أحمد، دراسة في التّوقيع الإلكتروني 2007، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.f.law.net/law/shouwthread.php9681>

ب: النقر على زر القبول:

يمكن أن يكون القبول عن طريق الضَّغَط على مفتاح الموافقة على جهاز الحاسب الآلي الذي تلقى عرض الإيجاب، كتعبير عن إرادة الموجب له عن قبول العرض، مادام القابل قد أكَّد أنه قرأ محتويات العرض وقبله كما ورد إليه، ولا يمنع ذلك من اتخاذ احتياطات أخرى لتأكيد الاختيار الناتج عن التصرّف المذكور، مثل أن تضمن رسالة العرض نظاماً يتيح ظهور بيان يدعو الموجب له إلى التّدقيق في اختياره والتّأكيد عليه¹.

وهنا يثور التساؤل بصفة خاصّة عمّا إذا كان مجرد ملامسة من وجّه إليه الإيجاب لأيقونة القبول ok أو الضَّغَط عليها، يعدّ قبولاً بالمعنى القانوني أم لا؟

فلقد اختلف الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل، فبعض الفقه يرى بأنّ الضَّغَط لمرة واحدة على الأيقونة يعدّ قبولاً من الناحية القانونية بمجرد وصوله إلى علم الموجب، وبذلك ينعقد العقد، وهذا ما أخذ به الفقه الفرنسي لكنّه إذا اشترط الموجب تأكيد القبول بالضَّغَط على الأيقونة مرتّين، فإنّ العقد في هذه الحالة لا ينعقد إلّا من لحظة الضَّغَط للمرة الثّانية².

ويدعم أصحاب هذا الرّأي موقفهم بالقول أنّ مجرد الضَّغَط على الأيقونة يعتبر قبولاً لأنّ تأكيد القبول إجراء لاحق لا يرد إلّا على قبول قد وجد فعلاً، وأضاف هذا الاتجاه أنّ اعتبار الإشارة المتداولة عرفاً وفقاً للقواعد العامة وسيلة من وسائل التّعبير عن الإرادة كحركة الرّأس من الأسفل إلى الأعلى التي ينعقد بها العقد، وقياساً على ذلك فإنّ فعل ملامسة الأيقونة تعتبر إشارة دالّة على القبول، خاصّة أنه ينبّه المشتري أنّ الضَّغَط عليها يعتبر قبولاً وبنعقد العقد³.

ورغم وجهة الأسانيد المقدّمة من قبل أصحاب هذا الرّأي إلّا أنّه تعرّض لانتقادات بحيث يرى الباحث غريب شلقامي⁴ أنّ الأسانيد المعتمد عليها من طرف أصحاب الرّأي

¹ عادل حسن علي، المرجع السابق، ص. 34.

² NOGUERO David, L'acceptation dans le contrat électronique, le contrat électronique au cœur du commerce électronique, université de Poitiers, p. 55.

³ مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص. 127.

⁴ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص. 107.

الأول والواردة في القواعد العامة لا تستقيم مع العقود الإلكترونية التي تتم عبر وسائل إلكترونية، الأمر الذي جعلنا حريصين على إحاطتها بخصوصيات واستثناءات تتفق مع طبيعتها، مادام أنّ العقود الإلكترونية تتم بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، فإنّ عنصر الوجاهة بين الطرفين غير متوفّر، لذا يجب النصّ على قواعد خاصة تتلاءم مع التعقيدات التي تتسم بها هذه العقود ومنها قاعدة الضغط المزدوج على الأيقونة للتعبير عن القبول حماية للعميل من الخطأ الذي يمكن أن يقع فيه وهو الموقف الذي انتهجته كلّ قوانين المعاملات الإلكترونية الصادرة في الدول العربية لتونس والأردن والبحرين والإمارات.

تجدر الإشارة إلى أنّ الموجب في إيجابه يمكن أن يشترط أن يتم إجراء القبول عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة¹، وغالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد وحتى لا يتذرع القابل بأنّ النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد²، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، فيعتبر عدم صدور التأكيد منه دليلا على أنّه لم يقصد قبول التعاقد³.

لكن من ناحية أخرى يمكن القول أنّ هناك العديد من التقنيات التي تسمح بإزالة الشك على القبول النهائي، ومنها وثيقة الأمر بالشراء «Bon de commande»، التي يتعيّن على العميل أن يحزرها على الشاشة وهو ما يؤكّد على سلوكه الإيجابي، أو وجود تأكيد الأمر بالشراء «Confirmation de commande»، كما يسمح بإدخال الرّم الخاصّ ببطاقة الوفاء والتوقيع الإلكتروني بتأكيد القبول ممّن وجه إليه الإيجاب وجعله أكثر فاعلية⁴، ومن

¹ أسامة احمد بدر، المرجع السابق، ص. 206.

² سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، 2007، ص. 127.

³ Stéphan Thullier, Pierre Bresse, Guillaume Beure d'Augères, , Paiement numérique sur internet-État de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson, paris, 1997, p. 108.

⁴ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، دراسة الجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة، التراسل الإلكتروني، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2003، ص. 94.

ذلك ما ورد بالعقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في البند السابع بشأن القبول من ضرورة وجود تأكيد للأمر بالشراء، وكما جاء بالتعليق على ذات البند أن تأكيد الأمر بالشراء والقبول يجب أن يرتبط ببعض الأوامر على صفحات الشاشة المتعاقبة، بحيث تتضمن هذه الأوامر صراحة ارتباط المستهلك على وجه جازم¹.

ويثور التساؤل حول القيمة القانونية لهذا التأكيد للقبول؟ فإما القبول لن يتم إلا بصدور التأكيد، وهنا يعدّ هذا التأكيد القبول بعينه، بحيث لا تبدو هناك حاجة لمعاملته كشيء آخر بجوار القبول، وإما القبول يكون قد تمّ قبوله فلن تكون له قيمة قانونية، ويجب استخلاص الإجابة عن التساؤل من خلال البرنامج المعلوماتي الذي يتم بمقتضاه التعاقد.

وهناك ثلاثة فروض:

الفرض الأول يسمح البرنامج بانعقاد العقد دون أن يرد فيه التأكيد على الإطلاق وهنا لا مفرّ من القول بأنّ القبول قد صدر بمجرد لمس أيقونة القبول.

الفرض الثاني يرى بأنّه إذا كان هذا البرنامج لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تمّ التأكيد، بحيث لن يترتب على صدور القبول مجرداً عن التأكيد أيّ أثر، ففي هذه الحالة نستطيع الجزم بأنّ القبول لا يتمّ إلا بصدور التأكيد.

الفرض الثالث وهو فرض وسط بينهما، وهو أن تكون اللّمسة هي قرينة على الانعقاد ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس بمعنى أنّه يجوز للعميل أن يثبت أنّ هذه اللّمسة قد صدرت منه عفواً على سبيل المثال ويستطيع هنا أن يتخذ من عدم صدور التأكيد منه دليلاً على أنّه لم يقصد قبول التعاقد².

ج: القبول عن طريق تقنية المحادثة:

إنّ التعبير عن طريق المحادثة يتخذ إشكالات متعدّدة، منها أن يتبادل الطرفان العبارات بشكل مباشر عن طريق استخدامها لبرنامج يقسم الشاشة إلى قسمين: الأول

¹ عادل حسن علي، المرجع السابق، ص. 38.

² LIONEL Costes, Aperçu sur le droit du commerce électronique aux états-unis droit et patrimoine n°55, 1997, p. 65.

المرسل والثاني المرسل إليه، فأَيُّ شيء يكتب يظهر على شاشة الطرفين أو أن يدخل الطرفان غرفة المحادثة، وهي خدمة تمكّن أكثر من شخصين الحديث المباشر مع بعضهم البعض في الوقت نفسه¹، عن طريق كاميرا خاصّة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين ويسمّى التعاقد من خلال² visiophone.

ومفهوم هذه الغرفة هو محض الخيال إلاّ أنّها تقترب من مفهوم مجلس العقد³.

د: التعبير عن القبول عن طريق تقنية sh rink Warp License:

إنّ ابتكار طرق جديدة في التعبير عن القبول الإلكتروني تتماشى وطبيعة التّعاملات والعقود الإلكترونية وخاصّة المبرمة عبر شبكة الانترنت، حيث تمّ ابتكار تقنية جدية للتعبير عن sh rink wrap license- والتي تمّ استخدامها في مجال السلع والبرامج المعلوماتية منذ وقت غير بعيد، وهذه التقنية أمريكية الأصل تعتمد على منح مستعملي برامج الحاسب الآلي إجازات استعمال برنامج تمزيق غلاف القرص اللين الذي يحتوي على البرنامج بعد قراءة مواد العقد المدوّنة على ظهر الغلاف، وهذه التقنية تكون بالتّحميل عن بعد، وتعني نقل أحد

¹ إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، المجلد 01، العدد، 02، 2009، ص. 188.

² محمّد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2004، ص. 93.

³ مجلس العقد له أهميّة بالنسبة للعقد، إذ يمكن من خلاله تحديد مكان وزمان التعاقد، كذلك يمكن من خلاله معرفة المحكمة المختصة في حالة إذا ثار نزاع بشأن العقد، وأيضاً يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق. يتنوّع مجلس العقد بين نوعين حقيقي وحكمي، فالنوع الأول يقصد به مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين مكان واحد فيكونا على اتّصال مباشر، بحيث يسمع أحدهما الآخر مباشرة، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالردّ على الإيجاب قبولاً أو رفضاً، وإمّا بانفضاضه دون رد.

أمّا مجلس العقد الحكمي أو ما يسمّى بمجلس العقد الافتراضي، فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه كما هو الحال في العقد الإلكتروني، وإذا كان الذي يفرّق بين نوعي مجلس العقد الحقيقي والحكمي هما عنصر الزمان والمكان، إلاّ أنّ عنصر الزمان هو المعيار الأساسي في التفرقة بينهما، لذلك يرى غالبية الفقه بالقول بأنّ معيار التمييز بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، هو وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، فمعيار التّزامن هو ضابط التمييز بين حالتي التعاقد، ففي التعاقد بين حاضرين يختفي هذا الفاصل الزمني ويعلم الموجب بالقبول فور صدوره.

منذر فضل، النظرية العامة للتّلتزامات في القانون المدني، الجزء الأول (مصادر التّلتزام)، الطبعة الأولى، (دون دار نشر)، بغداد، 1991، ص. ص 120. 121.

البرامج أو بعض المعلومات إلى الحاسب الآلي الخاصّ بالعميل عن طريق شبكة الانترنت بحيث يحصل العميل على البرنامج أو المعلومات دون حاجة إلى استعمال الوسيلة العادية لوضع البرنامج على الحاسب الآلي عن طريق القرص المرن أو أسطوانة الليزر¹.

2: التعبير الضمني عن القبول في نطاق المعاملات الإلكترونية:

وفقا للقواعد العامة فإنّ القبول يتمّ صراحة، باللفظ والإشارة المتداولة عرفا ويتّخذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالاته على حقيقة القصد².

أمّا التعبير الضمني عن القبول يكون بقيام الموجب له (القابل) بأيّ تصرف أو عمل يفيد الموافقة على الإيجاب، كتتفيذ العقد أو البدء بتنفيذه يعدّ قبولا، ولكنّ في هذه الحالة يجبّ ألاّ يشوب التنفيذ أو البدء في التنفيذ أيّ غموض³، وحتىّ بمجرد تصافح الطرفين أو إنهاء المكالمة بعبارة مسموع *c'est entendu* أو قيام المستهلك بإرسال رسالة تهنئة عبر الإيميل للتاجر الموجب على إبرام الصفقة، شرط ألاّ يشوب ذلك أيّ غموض⁴.

فما مدى اعتبار التعبير عن القبول قبولا في البيئة الإلكترونية؟

يمكن التفرقة بين حالتين في القبول الضمني، وهما اتّخاذ موقف إيجابي واتّخاذ موقف سلبي (السكوت):

أ: اتّخاذ موقف إيجابي للتعبير عن القبول الإلكتروني:

حسب البعض⁵، فإنّه لا مانع من التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني مادام أنّ القبول الإلكتروني بالتنفيذ هو أمر متصوّر حتّى في الوسائط الإلكترونية.

¹ مجاهد أسامة أبو الحسن، التعاقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002، ص. 87.

² المادة 60 من القانون المدني الجزائري، تقابل المادة 90 من القانون المدني المصري.

³ نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ص. 13.

⁴ عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 123.

⁵ أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية، القاهرة، 2006، ص. 147.

فعند تصفح الشخص لبريده الإلكتروني ويجد رسالة مضمونها بيع سلعة بثمن محدد فإن قيام هذا الشخص بإرسال الثمن إلى الموجب يعتبر قبولاً ضمناً للإيجاب وبذلك ينعقد العقد.

لقد نصت المادة 18 / 01 من اتفاقية فيينا على أنه: يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة. وتضيف الفقرة الثالثة منها أنه:

"ومع ذلك إذا أجاز بمقتضى الإيجاب أو التعامل الجاري بين الطرفين أو الأعراف أن يعلن المخاطب الذي عرض عليه الإيجاب عن قبوله بالقيام بتصرف ما، كالذي يتعلّق بإرسال البضائع أو شدّ الثمن دون إخطار الموجب، عندئذ يكون القبول نافذاً في اللحظة التي يتمّ فيها التصرف".

هناك العديد من التصرفات التي تصدر عن القابل وتعتبر قبولاً ضمناً للإيجاب الصادر عن طريق شبكة الانترنت، ومنها قيام القابل بفكّ الغلاف في بعض السلع التي يقوم الموجب بإرسالها مع الإيجاب، والتي غالباً ما يتضمّن الإيجاب في هذه الحالة تنبيهها للموجب إليه للإيجاب يكون بفكّ الغلاف أو الختم¹.

ب: السكوت طريقة ضمنية للتعبير عن القبول الإلكتروني:

تقضي القواعد العامة بأنّ مجرد السكوت لا يعتبر قبولاً للإيجاب لأنّ التعبير عن الإرادة يجب أن يتمّ بعمل إيجابي أمّا السكوت فلا يتجاوز الحدود السلبية ولا يفيد بالتالي القبول، إذ لا يمكن كشف خفايا الفكر الذي يبقى داخلها في ذات الإنسان، وجهل فكرة حقيقة الشخص الداخلية تكفي للشك في وضوح موقف من وجه إليه الإيجاب ومتى قام الشك في أمر ما تعذر تفسير حقيقة الإرادة وهذا الموقف يفيد عادة الرّفص وليس القبول.

إلاّ أنّه وبصورة استثنائية قد يفيد السكوت القبول إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تدلّ على ذلك، أو إذا تمخّض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، أو إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، ومن الأمثلة عن ذلك كما لو أرسل البائع البضاعة المبيعة إلى المشتري وأدخلها في مخازنه ولم يعترض عليها، فالمشتري عبّر عن قبوله بالبضاعة كما

¹ مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص. 130.

هي بالسكوت فسكوته يفسر بالقبول، لأنه لو كانت لديه أي ملاحظة على البضاعة لعبر عن ذلك صراحة، فالقبول بالسكوت جاء لطبيعة المعاملة بين المتعاقدين، أما إذا أرسل التاجر البضاعة صراحة لمن طلبها وأضاف في قائمة الحساب شرطاً لم يتفق عليه مسبقاً مع المشتري، كأن يشترط الثمن في محل عمله لا في محل عمل المشتري، ولم يعترض هذا الأخير على الشرط الجديد، فسكوته يعتبر قبولاً بهذا الشرط الجديد رغم عدم الاتفاق عليه فالعرف التجاري كظرف ملابس اقتضى بأن يكون السكوت هنا كافٍ لقبول ما يستجد من شرط¹.

وتنص المادة 18 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، على أن: "السكوت أو عدم القيام بأي تصرف لا يعتبر أي منهما في ذاته قبولاً".
وعبارة في "ذاته" تعني أن السكوت قد يستفاد منه القبول أحياناً وذلك إذا ما لابسته ظروف تقطع في الدلالة على أن من وجه إليه الإيجاب ما كان ليبادر إلى التصريح برفضه لو أنه لا يقبله.

إن أحكام السكوت المشار إليها تتفق مع القواعد العامة المتعلقة بهذا الموضوع في التشريعات المدنية العربية، ولكن المهم هو إمكانية تطبيق أو عدم تطبيق القواعد العامة في السكوت على القبول الإلكتروني².

اختلف الرأي في هذا الشأن على النحو التالي:

¹ رنا سلام أمانة، مدى صلاحية السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة في عقد البيع في القانون المدني العراقي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، الإصدار 02، المجلد 04، 2012، ص. 204.

² الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 103.

ب:1 الرأي الأول: يرى بعض الفقه¹ تطبيقاً للقواعد العامة أنّ سكوت أحد المتعاقدين في التعامل السابق بينهما عبر تقنيات الاتصال الحديثة يمكن أن يستنتج منه القبول شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي، وذلك لأنّ استعمال الوسيلة الإلكترونية لا ينبغي أن يمثل مبرراً للخروج عن تطبيق القواعد العامة.

ب:2 الرأي الثاني: ويرى رأي آخر في الفقه² صعوبة إعمال مثل تلك الاستثناءات في مجال المعاملات الإلكترونية، إذ لا يمكن القول في هذا العصر بأنّ العرف يلعب دوراً فعالاً في مثل هذه العقود نظراً لحدائثة هذا الشكل من أشكال التعاقد، ضف إلى ذلك طرق التعامل السابق وإن كان يحدث كثيراً مع المتجر الإلكتروني إلاّ أنّه لا يكفي لاعتبار السكوت قبولا بل لا بدّ أن يقترن بظرف آخر يرجع دلالة السكوت على قبول العميل كما لو وجد اتفاق سابق بين الطرفين هذا من جهة³، ومن جهة أخرى لو كان مجرد السكوت يعدّ قبولا لوجب على كلّ من تلقى إيجاباً أن يكلف نفسه عناء الردّ بالرفض وفي هذا تكليف لا مسوغ له وعنّت واضح وتقييد لحرية الأشخاص، ذلك أنّ سكوت من وجّه إليه الإيجاب قد يحتمل معانٍ عدّة منها ما يدلّ على الرفض أو التروي قبل الإقدام على التعاقد، وعليه ففي عقود البيع الدولي للبضائع لن يؤخذ بالسكوت كوسيلة للتعبير عن القبول في حدّ ذاته ولن يكون له أيّ دلالة⁴.

ب:3 الرأي الثالث: ويشكّل هذا الرأي حدّاً وسطاً بين الرأيين، إذ يعتبر أنّه في الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها السكوت قبولا لا بدّ من أن تواجه هذه الحالات بمنتهى الحذر في العقود الإلكترونية، لأنّه لا يمكن القول في هذا العصر بأنّ العرف يؤدي دوراً فعلياً في مثل هذه العقود نظراً لحدائثة هذا الشكل من أشكال التعاقد، كما في الحالة التي قد يتضمّن فيها

¹ سمير برهام، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، مؤتمر الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المنعقد بجامعة الدول العربية، القاهرة، ما بين 12-13 كانون الثاني 2003، ص. 22.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 201.

³ علي مطشر عبد الصاحب، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية، العراق، المجلد 27، العدد 01 2012، ص. ص. 11. 12.

⁴ محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص. 147.

الإيجاب مصلحة للمعروض عليه فهو فرض غير مألوف في العقود الإلكترونية، أما في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين فهي تمثل الحالة الأكثر شيوعاً في العقود الإلكترونية، لأنه غالباً ما يعتاد العميل على شراء بعض السلع أو الخدمات من أحد المتاجر الافتراضية، سواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الويب، إلا أنه لا يجوز استنتاج القبول من مجرد سكوت العميل في حالة التعامل السابق بل لابد من أن يقترب ذلك بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل، كما لو وجد اتفاق سابق بين الطرفين، سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً¹.

ومهما تعددت الآراء في موضوع السكوت واعتباره أو عدم اعتباره قبولاً فإنه يمكن تطبيق القواعد العامة ولاسيما أن السكوت لا يعتبر في الأساس قبولاً وأنه يعود للقضاة تقدير الظروف التي يعتبر فيها السكوت قبولاً.

المطلب الثاني: زمان ومكان إبرام عقد التجارة الإلكتروني (مجلس العقد)

لعل من أهم المشكلات القانونية التي تثيرها العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الانترنت زمان ومكان انعقاد العقد² أو ما يسمى بمجلس العقد³، لأنه تعاقد بين غائبين وفقاً للقواعد العامة، لكنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، حيث لا يوجد فارق زمني ملموس بين الإيجاب والقبول، فالتعاقد عبر الانترنت رغم أنه يتم عن بعد إلا أنه يتحقق الوجود الافتراضي بين طرفيه، ورغم كل ذلك لا نستطيع أن نجزم بأن التعاقد الإلكتروني قد تم بين

¹ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص. 82.

² مجلس العقد فكرة إسلامية من صنع الفقه الإسلامي، فقد صاغ لها -الفقه الإسلامي- حسب قول الدكتور عبد الرزاق السنهوري- نظرية بلغت من الإتقان مدى كبيراً، فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فوراً بل له أن يتدبر بعض الوقت، ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب، بإبقائه معلّقاً مدة طويلة دون الرد على إيجابه فوجب التوسط بين الأمرين، ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد.

بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية (تاريخها، ونظرية الملكية والعقود)، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، (دون سنة نشر)، ص. 373.

³ نجد أن قانون الأونيسترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية لعام 1996، وكذلك التوجيه الأوروبي رقم 7/97 لعام 1997 والمتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، وكذلك المرسوم الفرنسي رقم 471 لسنة 2001 الصادر عملاً له لم يتضمن تحديداً صريحاً لزمان إبرام العقد ومكانه، مما يؤدي إلى اختلاف الدول في تبني مفهوم موحد في هذا الصدد.

حاضرين من حيث الزّمان كما هو الحال بالنّسبة للتّلفون، لأنّ المرسل إليه له رسالة المعلومات أو السّجل الإلكتروني قد لا يرغب في إبرام العقد فوراً، أو عندما يجد العرض في بريده الإلكتروني قد يكون بعد مدّة معيّنة ويقبل به عند فتحه لبريده، رغم أنّ العرض موجود في هذا البريد منذ مدّة معيّنة، وبالتالي فالتعاقد عبر الانترنت ليس دائماً بين حاضرين من حيث الزّمان.

لذا فقد عرّف بعض الفقه¹ مجلس العقد بأنّه: "الفترة الزّمنية التي تمتد بين الإيجاب والقبول مع انشغال المتعاقدين بالعقد دون وجود شيء يقطعهم إعراض صريح كالغاء الموجب إيجابه، أو عدم قبول القابل ونحوه، أو إعراض ضمني كاشتغال الموجب أو القابل بأمر لا علاقة له بالعقد".

وعرّفه البعض الآخر² بأنّه: "الحالة التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد، فيلغى الإيجاب إذا انفضّ المجلس قبل القبول، ولا عبرة لوجود القبول بعد ذلك". ولعلّ تحديد مسألة مجلس العقد في العقود الإلكترونية لها أهميّة كبيرة لما يترتّب على ذلك في تحديد القانون الواجب التّطبيق ووقت نفاذ العقد وبيان تاريخ استحقاق الالتزام إذا كان بأجل، وتحديد مدّة سريان العقد والتّقديم وأهلية الأطراف المتعاقدة والمحكمة المختصة³. لذلك فالبحث في هذه الجزئية يقتضي التّطرق إلى تحديد لحظة زمان انعقاد العقد (الفرع الأوّل)، وتحديد مكان انعقاد العقد (الفرع الثّاني).

¹ عبد الله محمد رباحة، عدنان محمد يوسف رباحة، بحث بعنوان التعاقد الإلكتروني، دراسة فقهية اقتصادية قانونية، منشور بمجلة القصيم، 1432هـ، (دون سنة النّشر والعدد)، ص. 18.

² ندى زهير الفيل، المرجع السّابق، ص. 17.

³ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السّابق، ص. 116. 117.

الفرع الأول: زمان إبرام عقد التجارة الإلكتروني:

إنّ العقد الإلكتروني لا يختلف عن سواه من العقود التقليدية في أنه يبرم لحظة اقتران القبول بالإيجاب.

والسؤال الذي يثار هنا هو متى يقترن القبول بالإيجاب ومن ثمّة تتحدّد لحظة انعقاد العقد؟

إنّ البحث في هذه الجزئية يقتضي منّا توضيح أهميّة تحديد زمان إبرام العقد (أولاً) معّ تحديد طبيعة عقد التجارة الإلكتروني هل هو تعاقد بين حاضرين أو بين غائبين (ثانياً) كذلك البحث في تحديد لحظة إبرام العقد الإلكتروني (ثالثاً).

أولاً: أهميّة تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني:

وفقاً للقاعدة العامة العقد ينعقد في اللّحظة التي تتقابل في إرادة المتعاقدين¹ فتحديد زمان قبول إبرام العقد الإلكتروني له أهميّة بالغة، تتمثّل في الأمور التّالية:

1: إنّ تحديد زمان الإبرام له أهميّة في بيان الوقت الذي يرتب فيه العقد آثاره لأنّ هذا التّحديد يعني أنّ العقد يكون قد تكون منذ ذلك الزّمان²، بحيث لا يعود بوسع الموجب أن يتراجع عن العرض بعد قبوله، ويبدأ من هذه اللّحظة حساب مدّة التقادم³، والتي تبدأ من وقت العلم بالقبول استناداً إلى نظرية العلم، ومن وقت الإعلان طبقاً لنظرية الإعلان⁴.

2: تحديد وقت انتقال الملكية والمخاطر التي تتعرّض لها البضاعة محلّ العقد إلى المشتري في القانون المصري⁵.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 02، العمل الضار والإثراء بلا سبب، الطّبعة الثالثة، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2006، ص. 303.

² عبد الفتاح محمود كيلاني، المرجع السابق، ص. 56.

³ نضال سليم برهم، غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص. 83.

⁴ غني حسون طه، الوجيز في النّظرية العامّة للالتزام، بغداد، 1971، ص. 124.

⁵ المرجع نفسه، ص. 83.

3: في حالة صدور قانون جديد نجد أنه لا يسري إلا على العقود التي تبرم بعد نفاذه لذلك يكون هاماً تحديد وقت انعقاد العقد لمعرفة مدى خضوعه أو عدم خضوعه لهذا القانون الجديد¹.

4: تجاوز حالات الغش والغلط وحفظ حقوق الأطراف، فمن المتصور مثلا أن يتعاقد شخص مع شركة التأمين بعد الحادث بهدف الحصول على التغطية غير المشروعة².

5: معرفة مدى نفاذ العقود التي أبرمها تاجر أشهر إفلاسه في حق دائنيه، فالعقود التي صدرت من تاجر أشهر إفلاسه فإنها تتفد بحسب الفترة التي أبرمت خلالها ولهذا فإن تحديد وقت انعقاد العقد بدقة مسألة أيضا بالغة الأهمية³.

ثانيا: عقود التجارة الإلكترونية بين حاضرين أم غائبين:

يمكن القول أنه من الممكن أن يكون إبرام العقد الإلكتروني عن طريق تلاقى الإيجاب والقبول وهذا يعني أن ما يطبق على العقد التقليدي⁴ من مسائل حول اقتران الإيجاب بالقبول وما يصاحبه من مشاكل في حالة إذا كان المتعاقدان لا يجتمعهما مجلس واحد ، تثار كذلك في العقد الإلكتروني، كونه يبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة والتمثلة في (الانترنت) والتي غالبا ما يكون المتعاقدان في مكانين مختلفين.

والسؤال الذي يطرح: هل عقود التجارة الإلكترونية هي عقود بين حاضرين أم بين

غائبين؟

¹ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق ، ص. 117.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 178.

³ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 32.

⁴ نجد أن القواعد العامة وضعت معيارا لتمييز التعاقد بين حاضرين من التعاقد بين غائبين، ويتمثل هذا المعيار بعدم وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به في التعاقد بين حاضرين، لأن وقت صدور القبول وعلم الموجب به هو وقت واحد، أما إذا وجد فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، فإن التعاقد يكون بين غائبين، وحسب هذا المعيار عدت العقود الإلكترونية التي تبرم من خلال الهاتف عقودا بين حاضرين، على أساس أن مجلس العقد قد اتخذ حكما، ما دام لا يوجد فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، فالموجب يعلم بالقبول فور صدوره.

يمكن القول أنّ الفقه اختلف بشأن هذه المسألة انقسم إلى آراء متعدّدة نعرض أهمّها كما يلي:

1: الرّأي الأوّل: التّعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين:

إنّ وجه التّفرقة بين التّعاقد بين حاضرين والتّعاقد بين غائبين في العقد بصورة عامة يتمثّل في الفترة الزّمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، ففي التّعاقد بين حاضرين لا وجود للفترة الزّمنية بين علم الموجب بالقبول وقبول القابل، وينصرف التّعاقد بين غائبين في حال وجود الفترة الزّمنية بين علم الموجب بالقبول وقبول القابل، ويطلق عليه التّعاقد بين غائبين في حال وجود المتعاقدين في مكانين مختلفين، أيّ وجود القابل في مكان والموجب في مكان آخر، أي لا يجمعهما مجلس واحد، عندها يقال تعاقد بين غائبين من حيث المكان.

كما يمكن أن يكون هناك تعاقد بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزّمان عندها لا يكون هناك اتّحاد في مجلس العقد بين الموجب والقابل، وهكذا يكون هناك اتّصال مباشر من حيث الزّمان، إلّا أنّ هناك اختلاف في المكان بين مكان الموجب ومكان القابل.

وما جرى على الحياة من تطوّرات من وجود وسائل الاتّصال الحديثة والمتمثّلة في الشّبكة الدّولية (الانترنت)، جعلت من التّعاقد بين الأشخاص في كافّة أرجاء الكرّة الأرضية دون حضور مادي لأطراف التّعاقد في مجلس واحد، حيث نجد أنّ المعيار الزّمني هنا هو الحاكم في تكييف الطّبيعة القانونيّة للتّعاقد في كونه بين حاضرين أو تعاقد بين غائبين¹.

ما يلاحظ على هذا الرّأي أنّه تجاهل حقيقة هامّة هي أنّ التّعاقد الإلكتروني قد يتمّ لحظياً، أي يكون هناك تعاصر بين الإيجاب والقبول، حيث يكون كلّ من المتعاقدين على اتّصال مباشر بالآخر، سواء بالكتابة أو الصّوت أو الصّورة، كما هو الشّأن في حالة التّعاقد عبر البريد الإلكتروني باستخدام ميكروفون وكاميرا فيديو، ففي هذه الحالة فإنّ عنصر الزّمن

¹ نوارا كاضم الزاملي، ميعاد إبرام العقد الإلكتروني، مجلّة القادسية للقانون والسياسة، المجلّد 02، العدد 02، كانون الأوّل، 2009، ص. 354.

يتلشى إذ لا يستغرق زمن وصول الرسالة الإلكترونية جزءاً من الثانية، مما يصعب معه اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين¹.

2: الرأى الثانى: التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين:

ويأخذ بعكس اتجاه الرأى الأول، وهو أنّ التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين استناداً إلى أنّ الاتصال بين طرفي الشبكة هو في الأصل اتصال مباشر، شأنه شأن الاتصال عبر الهاتف وإنّ عدم وجود الطرفين في مكان واحد لا يعنى بالضرورة أنّ التعاقد يكون بين غائبين، فالعبرة هي إمكانية وصول القبول إلى علم من وجّه إليه فور صدوره لا في وجودهما في المكان ذاته، ومن ثمة يكون مجلس العقد حكماً لا حقيقياً، وتطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين².

إنّ هذا الرأى يساوي بين الحالتين، ويجعل من مجلس العقد فيهما حقيقياً لا حكماً فهو يعدّ تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان³.

3: الرأى الثالث: مجلس العقد المختلط:

يذهب هذا الاتجاه إلى التفريق بين عدّة حالات، ففي حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني إذا وجد فاصل زمني بين صدور الإيجاب والقبول اعتبر العقد بين غائبين، أمّا إذا لم يوجد فاصل زمني فاعتبر العقد بين حاضرين⁴.

فحسب هذا الرأى فإنّ التعاقد عبر الانترنت تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، باعتبار الأمر يتمّ بوسيلة سمعية بصرية تسمح بالتفاعل بين طرفين يضمّهما مجلس واحد حكماً افتراضياً شأنه شأن التعاقد عن طريق

¹ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2015، ص. 97.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 180.

³ رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة، العدد 42، 2007، ص. 144.

⁴ قارة سليمان محمد خليل، تكوين عقد البيع الإلكتروني، ملخص لمذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، مجلة المؤسسة والتجارة، جامعة وهران، العدد 07، 2011، ص. 139.

الهاتف¹، فيعتبر التعاقد عن طريق الانترنت قد تمّ في مكان الموجب إذ يعلم فيه بالقبول ما لم يتفق على غير ذلك، كما يعتبر تاماً في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول².

ولقد انتقد بعض الفقه³ هذا التوجّه، لأنّه يؤدي إلى الخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي، كما أنّه لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يعرف بمجلس العقد المختلط أي مختلط من مجلس عقد حقيقي ومجلس عقد حكمي، فالمجلس إمّا أن يكون حقيقياً أو حكماً، والذي يحدث عندما يكون أحد المتعاقدين غير موجود بالمجلس، وإنّ هذا الكلام يؤدي إلى تجزئة مجلس العقد عن طريق تجزئة أركانه.

3: الرأي الرابع: مجلس العقد الإلكتروني ذو طبيعة خاصّة:

يفرق هذا الرأي بين عدة حالات على النحو التالي:

أ: إذا استخدم الانترنت بطريقة تتيح نقل الصوت فقط، فإنّ التعاقد في هذه الحالة يعدّ تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزّمان، وبين غائبين من حيث المكان.

ب: أمّا إذا استخدم وسيلة الكتابة والمراسلة كالبريد الإلكتروني للتعاقد ففي هذه الحالة إذا كان تبادل الرسائل يتمّ بصورة فورية بحيث لا يكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول أو كان فاصل لا يكاد يذكر، فإنّ التعاقد يعتبر تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزّمان وغائبين من حيث المكان، أمّا إذا كان فاصل زمني بين الإيجاب والقبول بحيث لا يتمّ الردّ على الرسالة بصورة فورية فإنّه يكون تعاقدًا بين غائبين، أمّا إذا استخدم الانترنت على نحو يتيح نقل الكتابة والصّورة والصّوت معاً، فنكون أمام تعاقد بين حاضرين⁴.

ونحن نرى أنّه في حالة التعاقد عبر الانترنت من خلال الكتابة الإلكترونية والصّوت والصّورة معاً (بموجب كاميرا الفيديو) ينعلم الفاصل الزمني بين المتعاقدين حيث يمكن لكلّ من المتعاقدين أن يرى ويسمع الآخر ويوقع على العقد أمام الطّرف الآخر، كما لو كان

¹ مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص. 162.

² ممدوح خيرى مبروك، المرجع السابق، ص. 19. 20.

³ جابر عبد الهادي الشافى، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2001، ص. 296. 297.

⁴ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 145.

يجلس معه في مجلس واحد وهو الأمر الذي نرى معه تعاقدًا بين حاضرين حضورياً مفترضاً من حيث الزمان والمكان، وليس حضورياً حقيقياً.

ثالثاً: لحظة انعقاد العقد الإلكتروني:

إنّ مشكلة تحديد لحظة زمان انعقاد العقد هي ليست مشكلة جديدة تختصّ بالعقود الإلكترونية فقط، بل هي مشكلة عامة تتعلق بالتعاقد بالمراسلة أيّاً كانت هذه المراسلة، بريد عادي بريد إلكتروني، برفقية رسول، وغير ذلك، ولكن إذا كان الأمر كذلك، فلماذا البحث هذه المسألة في سلسلة العقود الإلكترونية؟

لقد اختلفت مذاهب الفقهاء حول هذه المسألة وتشعبت الآراء بصددّها، ممّا أثار خلافاً بين الدّول التي لم يتضمّن تشريعها نصوصاً لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، كما هو حال فرنسا حتّى الآن¹.

ويمكن القول أنّ الفقه القانوني تبنى عدّة نظريات يحدّد بموجبها وقت انعقاد العقد بين غائبين وبالتالي تحديد مكانه، وتستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب ولكنّها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللّحظة هي صدور (إعلان) القبول أم تصدير (إرسال) أم تسليم (وصول) القبول أم العلم بالقبول.

ويرى البعض² أنّ هذه النظريات يمكن دمجها في نظريتين رئيسيتين هما: نظريتنا إعلان القبول والعلم به، أمّا نظريتنا تصدير القبول والتّسليم فهما إمّا تزيد على نظرية إعلان القبول أو بتر من نظرية العلم بالقبول.

وسوف نتطرّق إلى هذه النظريات مع تطبيقها على العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. ص 112. 113.

² محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، (دون سنة نشر)، ص.

1: نظرية إعلان القبول:

حسب نظرية إعلان القبول¹ فالعقد ينعقد بمجرد إعلان القابل قبوله للإيجاب وموافقته عليه². وأنه يمكن إعلان القبول وفقا لهذه النظرية عن طريق قيام القابل بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة "OK"، وعدم تصديره وذلك بالنقر على مفتاح التوقف "STOP"، حيث أنّ القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل وسيبقى بذلك في مرحلة إعلان القبول³.

وإن كانت هذه النظرية تتفق مع مقتضيات المعاملات التجارية من سرعة في التعامل⁴، إلاّ أنّه يعاب عليها أنّه قد تمضي فترة زمنية حتّى يعلم الموجب بالقبول لكي يقوم بتنفيذ العقد كما أنّه ليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول إذ يجوز أن يرجع الموجب عن إيجابه ولا يصل الرجوع إلى القابل إلاّ بعد إعلان القبول، كما أنّه ليس صحيحا أنّ القبول ينتج أثره بمجرد إعلانه، لأنّ القبول إرادة والإرادة لا تنتج أثرها إلاّ من وقت العلم بها⁵.

2: نظرية تصدير القبول:

وهذه النظرية⁶ لا تخرج كثيرا في جوهرها عن النظرية الأولى كلّ ما في الأمر أنّ أنصارها يشترطون تصدير القبول زيادة على إعلانه حتّى يكون نهائيا لا يمكن الرجوع فيه⁷

¹ لقد أخذ بهذه النظرية الفقه الإسلامي، المشرّع الأردني، المشرّع اللبناني في المادة 184 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، المشرّع السوري في المادة 98 من القانون المدني السوري.

² فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 69.

³ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 296.

⁴ عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 157.

⁵ نضال سليم برهم، غازي أبو عر ابي، المرجع السابق، ص. 83. 84.

⁶ ويأخذ بهذه النظرية المشرّع السويسري في المادة (10 الفقرة 01) من قانون الالتزامات السويسري، التي تنصّ على أنّ: "العقد الذي يبرم بين غائبين ينتج آثاره من وقت تصدير القبول"، كما يأخذ بها القانون الأيرلندي ويميل إليها القانون الإنجليزي.

جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000، ص. 267.

⁷ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 35.

فطبقاً لهذه النظرية فإنّ العقد ينعقد في اللحظة التي يضغط فيها القابل "click" على الأيقونة المخصّصة للقبول من أجل إرسال قبوله للموجب¹، ويمكن أن ينعقد العقد أيضاً عندما يكتب القابل رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبوله ويضغط على زر الإرسال، فتخرج بالتالي هذه الرسالة عن سيطرته ولا يكون بإمكانه التراجع عن القول، فيصبح قبولاً باتاً.

وتطبيقاً لذلك أيضاً، ينعقد العقد عندما يرسل القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر (الموجب) في خدمة غرفة المحادثة وذلك من خلال الضغط على مفتاح القبول في لوحة مفاتيح الحاسوب على خانة القبول في العقود المعروضة على موقع الويب لأنّ الضغط عليها هنا يعتبر إرسالاً للقبول على موقع الويب الذي يعرض الإيجاب².

وميزة هذه النظرية، فضلاً عما تؤدي إليه من سرعة في انعقاد العقود، أنّها تسهّل كذلك عملية إثبات القبول، إلّا أنّه يؤخذ عليها أنّ تصدير القبول في العقود الإلكترونية لا يعني بالضرورة وصوله فوراً إلى الموجب، وعلى فرض وصوله فوراً إلى الموجب ليس بالضرورة علم الموجب بالقبول فور وصوله³، كما أنّ تصدير القبول لا يعدو أن يكون واقعة مادية لا تضيف أيّ قيمة قانونية لإرادة القابل فلا يجوز أن يكون لتصدير القبول أثر يجاوز إعلانه⁴.

3: نظرية وصول القبول:

فبمقتضى نظرية وصول القبول فإنّ العقد يتمّ بمجرد أن يصل القبول إلى الموجب⁵ بغضّ النظر عن علمه بالقبول⁶. فإذا ما تمّ تصدير القبول عبر الشبكة، فإنّه يصل في نفس

¹ محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص. 83.

² محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص. 166.

³ علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص. 367. 368.

⁴ حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص. 69.

⁵ عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، لبنان، 1988، ص. 142.

BARHSIMO chanikir, Problèmes juridiques pose par l'internationale de marchandise, diplôme d'études supérieures spécialises (DESS), option droit des affaires, université de Rouen, faculté de droit (f.d.d), p. 32 mémoire publiée sur :

<http://www.signalc.com>, le 08-12-2004

⁶ أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص. 94.

اللحظة إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب وينعقد العقد وهو لا يعلم بوصول القبول، فالعبرة بتسلم القبول وليس العلم به¹.

ويختلف الأمر وفقا لما إذا كان الموجب (المرسل إليه) قد حدّد نظاما معيّنا للمعلومات لاستلام الرسالة الإلكترونية من عدمه، فإذا كان قد حدّد نظاما للمعلومات يتمّ بموجبه استلامه للقبول أو للرسالة الإلكترونية التي تشمل عليه فإنّ العقد الإلكتروني يتمّ في اللحظة التي يتلقى فيها الموجب الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول، وتحدّد لحظة إتمام العقد الإلكتروني في هذا الغرض بوقت دخول الرسالة الإلكترونية السالف ذكرها في نظام المعلومات².

وإذا تمّ إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمّنة للقبول عبر نظام معلومات آخر خاصّ بالموجب ولكنّه ليس ذات النظام المعلوماتي الذي حدّده الأخير لتلقي القبول الإلكتروني كما في حالة وجود وسيط إلكتروني بينهما يتولى تسلّم الرسالة من الموجب له وتوصيلها أو نقلها إلكترونيا أيضا للموجب، فإنّ العقد يتمّ في هذا الغرض في اللحظة التي يستخرج فيها الموجب الرسالة الإلكترونية المتضمّنة للقبول، على أنّ الموجب لا يحدّد أصلا نظاما معلوماتيا لتلقي القبول الإلكتروني، وعندئذ فإنّ العقد الإلكتروني يتمّ لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المشتملة على القبول في نظام معلوماتي يخصّ الموجب، ويعدّ ذلك إعمالا لنظرية استلام القبول والذي يعدّ قرينة على العلم به، خاصة وأنّه في مجال التعاقد الإلكتروني بواسطة البريد الإلكتروني E-mail، فإنّه يسهل تحديد لحظة هذا الاستلام بدقة³.

تجدر الإشارة إلى أنّ لحظة إرسال القبول هي غالبا ذات اللحظة التي يتسلمه فيها الموجب، كما أنّه لا عبرة في هذا الغرض بعلم الموجب بالقبول فعليا من عدمه.

ونظرا لأهمية تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني فإنّ الأطراف أو المشرّع قد يتطلّب اتخاذ إجراء أو القيام بعمل معيّن يؤكد على وصول الرسالة كالإقرار باستلام الرسالة

¹ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 117.

² المرجع نفسه، ص. 118.

³ بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص. 106.

الإلكترونية المشتملة على القبول أو الإيجاب الإلكتروني، وقد يعلّق الطرفان إبرام أو إتمام التعاقد على وصول ذلك الإقرار بالاستلام¹.

ويمكن القول أنّ القضاء الألماني أخذ بنظرية الاستلام المجسّدة من قبل أحكام التّحكيم كمبدأ دولي معترف به، بما تتضمنه من حلول لتنازع القوانين بخصوص وقت إبرام العقد الإلكتروني، وعلى سبيل المثال القرار التّحكيمي الصّادر عن محكمة التّحكيم التابعة لغرفة التّجارة الخارجية لبرلين، في قضية رقم 12 سنة 1976².

4: نظرية العلم بالقبول:

يرى أنصار هذه النّظرية أنّ التعاقد لا يتمّ إلّا بعلم الموجب فعلا بقبول من وجّه الإيجاب إليه، وذلك لأنّ الإيجاب تعبير إرادي واجب الاتّصال، يقصد به إثارة الطّرف الآخر للتّعاقد فبعلم القابل بإرادة الموجب بعد وصول الإيجاب إليه يكون الموجب من حقّه أن يعلم بردّ فعله³، لأنّ الإرادة في اعتقادهم لا تنتج أثرها إلّا إذا وصلت إلى علم من وجّهت إليه وعندئذ يصحّ القول من النّاحية القانونية أن توافق بين الإرادتين⁴.

وفي مجال العقود الإلكترونيّة تتوقف آليات العلم بالقبول الإلكتروني على أسلوب التّعاقد عبر الانترنت، فإذا كان الاتّصال والتّفاعّل مباشرا بين الموجب والموجب له عبر الخط، فإنّ العلم اليقيني بالقبول يتحقّق فورا وأثناء التّفاعّل المباشر بين المتعاقدين، حيث لا تتقضي فترة بين صدور القبول والعلم به⁵.

¹ مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2011، ص. 129.

² NAIMI CHARBONNIER Marine, La formation et les exécution du contrat électronique, thèse de doctorah, université pathéon-assas, Paris II, 2003, p. 94.

³ عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 161.

⁴ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 113.

⁵ LINANT DE BELFONDS Xavier, commerce électronique et avenir des circuits distribution de l'expérience des États-Unis aux perspectives française, aspects juridiques et fiscaux, la problématique Française, colloque du 13/05/1998, Gaz Pal, p. 17.

أما إذا كان التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فإن لحظة انعقاد العقد هي الوقت الذي يعلم فيه الموجب بقبول من وجه إليه الإيجاب كأن يطلع على بريده الإلكتروني ويعلم برسالته إلى القابل التي وافق فيها على ما تم توجيهه إليه¹.

على أن الأمر ليس بهذه البساطة في العقد الإلكتروني، حيث توجد عدة لحظات متشابهة في هذا الصدد، فهل سيتم العقد لحظة فتح الموجب لجهاز الحاسب الآلي الخاص به؟ أم في اللحظة التي يشرع فيها في الإبحار عبر الشبكة؟ أو يتم في تلك اللحظة التي يفتح فيها بريده الإلكتروني ويطلع على مضمون الرسالة الإلكترونية؟ ... الخ.

ولما كان العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي ويبرم عن بعد، فإنه يفترض أحيانا انتماء كل طرف من أطرافه لدولة ونظام قانوني مختلف، وحيث أن بعض الدول مثل: الأردن ولبنان وسوريا تتبنى نظرية إعلان القبول، بينما تتبع دول أخرى نظرية استلام القبول كفرنسا مثلا، في حين تعتنق دول أخرى نظرية العلم بالقبول، وهكذا يتضح أن إشكالية تنازع وتداخل القوانين تبقى قائمة في نطاق العقد الإلكتروني، وتحتاج لحل حاسم وعادل².

ولا شك أن أفضل الحلول هنا، تتمثل في توحيد قواعد العقد الإلكتروني على المستوى الدولي أو على الأقل على مستوى التكتلات الاقتصادية، كالاتحاد الأوروبي أو السوق العربية المشتركة، ولحين الوصول لهذا التوحيد فإن اتفاق الأطراف على تحديد لحظة انعقاد العقد يظل هو الحلّ المتاح حاليا كما يمكن أيضا أن يتم إيجاد هذا الحلّ من خلال العقود الإلكترونية النموذجية³.

ولقد انتقد البعض⁴ نظرية العلم بالقبول، على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد، بل هو شرط لزوم ونفاذ، أي مجرد علم الموجب بالقبول سوف يلتزم بتنفيذ العقد

¹ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص. 121.

² مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 135.

³ أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

نقلا عن:

بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص. 115.

⁴ رامي محمد علوان، المرجع السابق، ص. 258.

ويطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الآخر، وهذا التفسير هو الذي ينسجم مع المذهب الموضوعي للحقوق الشخصية القائم على الإرادة الظاهرة والذي يهدف إلى استقرار التعامل وبمجرد إعلان الإرادة يلتزم من أصدرها وليس له إلا أن ينتظر الطرف الآخر ليعبر عن إرادته.

وواضح أنّ الأخذ بهذه النظرية لا يؤدي إلى إعمال التوازن بين مصلحة الموجب ومصلحة القابل، على أساس أنّ الموجب إذا كان قد وجّه عرضه إلى الطرف الآخر، فإنّه يجبّ كحد أدنى أن يعلم بإرادة هذا الطرف وهل قبل عرضه أم لم يقبل¹.

ويمكن القول أنّ أغلب التشريعات العربية والغربية أخذت بنظرية العلم بالقبول، فمن التشريعات الغربية القانون الألماني، إذ تنصّ المادة (10 الفقرة 01) من القانون المدني الألماني BGB على أنّ: "العقد ينشأ في لحظة علم الموجب الفعلي بالقبول أو عندما تصبح الرسالة المحتوية على القبول في متناول يده وبإمكانه الاطلاع عليها".

من التشريعات العربية المشرّع الجزائري، إذ نصّ في المادة 61 من القانون المدني الجزائري على: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجّه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك".

وتضيف المادة 67 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تمّ في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نصّ قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أنّ الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول".

يستفاد من النصين أنّ المشرّع الجزائري قد تبنى نظرية العلم بالقبول، ثمّ أصبغ عليها بعض المرونة بما يحقّق التوازن بين مصالح الطرفين كما يفسح المجال أيضا أمام اتفاق الأطراف أو النصوص الجماعية التي تأتي استجابة لهذا الهدف وبيان ذلك أنّ عجز المادة 61 من القانون المدني الجزائري وكذلك الفقرة 02 من المادة 67 من ذات القانون يقرّر

¹ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص. 121.

قرينة لصالح القابل مؤبدا لها أنّ استلام الموجب للقبول يعدّ قرينة على العلم به وبهذا يتمّ حفظ التوازن بين مصالح الموجب والقابل.

أما القانون التونسي فرغم أنّ مجلة الالتزامات والعقود التونسية قد نصّت صوب نظرية إعلان القبول، إلا أنّ قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية قد انتهج نظرية العلم بالقبول، ويستفاد ذلك من نصّ المادة 28 من هذا القانون، التي تقرّر أنّه: "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع، وفي تاريخ موافقه هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

وخلاصة القول وبعد عرض النظريات الخاصة بتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني يمكن القول أنّ شبكة الانترنت لها جوانب تقنية تختلف عن وسائل الاتصال العادية، ويجب مراعاة هذا الجانب التقني في اختيار النظرية، التي تحدّد زمان ومكان إبرام العقد عبر الانترنت بما يتفق مع المنطق ويحقّق العدالة ويراعي مصالح طرفي العقد (الموجب والقابل) لذا يمكن القول أنّ أفضل وسيلة لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، هي الجمع بين نظريتي تصدير القبول والعلم به.

بعد أن عرضنا النظريات الخاصة بتحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني وموقف التشريعات المختلفة من تحديد لحظة الانعقاد، فإنّه يبقى من الضروري أن نبيّن مكان انعقاد العقد الإلكتروني أيضا.

الفرع الثاني: مكان إبرام عقد التجارة الإلكتروني:

لا يخفي على الفطنة ما لتحديد هذا المكان بدقّة من آثار قانونية بالغة الأهمية وبيان ذلك أنّه يترتب على تحديد هذا المكان التعرف على المحكمة التي تختصّ بالنظر ما قد ينشأ من منازعات خاصّة بمناسبة تفسيره أو تنفيذه أو إنهائه¹، صف إلى ذلك أنّ تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني له أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة التنازع الدولي

¹ مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 141.

بين القوانين¹، هذا القانون الذي يجب على المستهلك التمسك به لأجل ضمان فاعلية حقوقه المستمدة من هذا العقد.

وفي ظلّ التعاقد عن بعد يكون تحديد مكان العقد في غاية الأهمية بالنسبة للمستهلك، حيث أنّ الوسيط الإلكتروني من خلال شبكات الانترنت تضي على التعاقد الصفة العالمية الأمر الذي يفرض تحديد المكان في ظلّ كيانات منطقية لا تعرف حدودا جغرافية وفي وجود التاجر المحترف على الموقع التقديري الخاصّ به على شبكة الانترنت والذي قد يصعب تحديد مكانه الجغرافي، فضلا عن تدخّل وسطاء من كلّ حذب وصوب عبر الفضاء الكوني الفسيح².

ويثور التساؤل حول مكان انعقاد العقد، هل هو مكان إقامة المستهلك؟، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول؟، أو مكان نظام معالجة المعلومات؟ وهل أنّ القواعد العامة كافية لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني؟

أولا: عدم ملائمة القواعد العامة لتحديد مكان انعقاد العقد:

لاشك أنّ توطين العقد مكانيا أو حصره في إطار مكاني معيّن وبالرغم من تباعد أطرافه أو عدم تواجدهم في مكان واحد، هو أمر لا يخلو من الحيلة القانونية.

والواقع أنّه في إطار تحديد مكان انعقاد العقد، تسود نظرية التلازم أو الارتباط بين مكان وزمان انعقاد العقد، فما مضمون هذه النظرية؟ وهل تصلح في البيئة الإلكترونية؟

¹ عبد العزيز المرسي حمود، الحماية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتمّ عن بعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاصّ، (دون دار وبلد نشر)، 2005، ص. 27.

² أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 232.

1: نظرية التلازم بين المكان والزمان:

نصّ قانون المعاملات المدنية الإماراتي¹ والمصري² والجزائري³ على نظرية التلازم فالتعاقد بين غائبين يكون قد تمّ في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول. كما أنّ القانون البحريني⁴، نصّ على أنّ التعاقد بالمراسلة بحيث يعتبر أنّه قد تمّ في الزمان والمكان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد عرف أو اتفاق أو نصّ قانوني يقضي بغير ذلك.

2: النقد الموجّه نظرية التلازم بين المكان والزمان:

في الواقع يصعب الأخذ بهذه النظرية في مجال المعاملات الإلكترونية، خاصّة أنّ هذه العقود تتمّ عبر شبكات الانترنت وتتمتع بخصوصيات معيّنة، إذ يمكن للطرف المتعاقد الولوج إلى الموقع الإلكتروني أو إلى بريده الإلكتروني من أيّ نقطة في العالم، فإذا قلنا بنظرية التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد لأدى ذلك إلى تشابك العلاقات القانونية وخضوع الأطراف لقانون دولة أخرى غير التي ينتمون إليها رغم أنّ العقد تمّ إبرامه داخل حدود الدولة⁵.

وأبسط مثال على ذلك، إبرام عقد عبر الانترنت من طرف جزائريين مقيمين في الجزائر العقد تمّ في داخل الحدود الجزائرية، فإن صادف أنّ الموجب دخل الموقع الإلكتروني الخاصّ به أو بريده الإلكتروني وعلم بالقبول في دولة أخرى غير الجزائر كفرنسا مثلاً، فإنّه وحسب نظرية التلازم يكون مكان إبرام العقد هو دولة فرنسا، وبالتالي يطبق القانون الفرنسي على طرفي العقد، وهذا أمر غير منطقي⁶.

¹ المادة 142 من قانون المعاملات الإماراتي.

² المادة 98 من القانون المدني المصري.

³ تنصّ المادة 67 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تمّ في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نصّ قانوني يقضي بغير ذلك".

⁴ المادة 45 من القانون المدني البحريني.

⁵ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص. 135.

⁶ مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص. 190.

من هنا تأكدت قاعدة عدم التّلازم المكاني والزّمني لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني لذلك كان لزاما على المشرّع الجزائري التّدخل لإيجاد نصوص قانونية تتسجم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية وخصوصا في مجال تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني.

ثانيا: موقف التشريعات الخاصّة بالمعاملات الإلكترونية من تحديد مكان العقد الإلكتروني:

في الواقع تأثرت قوانين المعاملات الإلكترونية العربية بالقانون النّمودجي (اليونيسترال)، ويمكننا القول أنّ هذه القوانين أخذت حرفيا بالنّصوص الخاصّة بتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

فلقد نصّت المادة 15 من القانون النّمودجي (اليونيسترال) على أنّه:

- تنطبق الفقرة الثانية ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفا عن المكان الذي يعتبر أنّ رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة 4.
- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أنّ رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقرّ عمل المنشئ، ويعتبر أنّها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقرّ عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة:
- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقرّ عمل واحد، كان مقرّ العمل هو المقرّ الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقرّ العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.
- إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقرّ عمل يشار من ثمة إلى محلّ إقامته المعتاد".

وواضح من هذا النّص، أنّ القانون النّمودجي فيما يتعلّق بتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني قد أعتدّ بالمكان الذي توجد فيه أعمال المرسل أو المرسل إليه دون الاعتماد بمكان وجود نظام المعلومات، سواء بالنّسبة للإرسال أو بالنّسبة للاستلام.

فنظرا لأنّ تحديد مكان إبرام العقد يثير العديد من الصّعوبات لكون تحديد مكان إرسال الرّسائل الإلكترونيّة صعب إثباته وكذلك الحال لمكان الاستلام، لذلك أوجد القانون التّمودجي أحكاما تتناسب مع هذه الخصوصيات للتّعاقد الإلكتروني¹.

وقد تبني المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونيّة المؤقت رقم 85 لسنة 2001، نفس الأحكام التي وردت في القانون التّمودجي للتّجارة الإلكترونيّة (اليونيسترال) فلم يتطرّق إلى مسألة مكان إبرام العقود الإلكترونيّة، وإنّما تطرّق إلى مسألة مكان إرسال وتسلّم رسائل المعلومات، حيث نصّتها المشرّع في المادة 18 من هذا القانون، التي نصّت على أنّه:

أ: تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي فيه مقرّ عمل المنشئ، وأنّها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقرّ عمل المرسل إليه.

ب: إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقرّ لأعماله، فيعتبر المقرّ الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التّسلم، وعند تعذر التّرجيح يعتبر مقرّ العمل الرّئيسي هو مكان الإرسال أو التّسلم".

نخلص إلى أنّ المشرّع الأردني قد أخذ بمقرّ العمل (سواء للمنشئ أو المرسل إليه) كمعيار لتحديد مكان لإرسال وتسلّم رسائل المعلومات، تماما كما فعل القانون التّمودجي، ولم يأخذ بمعيار ومكان وجود نظام معالجة المعلومات، وهو منحى سليم لأنّ ينسجم مع المعاملات الإلكترونيّة².

كذلك تبني القانون البحريني في قانون المعاملات الإلكترونيّة³ نفس الأحكام الواردة في القانون التّمودجي، فلقد نصّت المادة 15 منه على أنّ مكان انعقاد العقد طبقا للأسس

¹ خالد الصباحين، انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدّم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، عمان، 12، 14، جوان 2004، نقلا عن: شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص. 138.

² محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص. 189.

³ القانون رقم 82 لسنة 2002 المتعلّق بالمعاملات الإلكترونيّة لدولة البحرين.

أنفة البيان، كما حدّدت هذه المادة المكان في حالة ما إذا كان الشّخص شخصا اعتباريا بحيث يعتبر مقرّ إقامة الشّخص الاعتباري هو المكان الذي أسّس فيه.¹

كما أن المادة 17 الفقرة 4/ج من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي، قد حدّدت أيضا أنّه إذا كان الشّخص اعتباريا، فإنّ مقرّه الرّئيسي هو المقرّ الذي تأسّس فيه.²

¹ الفقرة ج من البند 3 من المادة 15 من قانون المعاملات البحريني المشار إليه سابقا.

² شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص. 139. 140.

المبحث الثاني: إقرار قواعد خاصة في مرحلة إبرام العقد حماية للمستهلك الإلكتروني

إذا كان تطبيق القواعد العامة في العقود بشكل عام يهدف إلى تحقيق مصالح أطراف التعاقد بصورة متكافئة، فإن عقود التجارة الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا تتميز بخصوصية تكون نابعة من اختلال التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف لأسباب ذكرناها آنفا تجعل من تطبيق القواعد العامة قاصرا على تحقيق أهدافه في مرحلة إبرام العقد لذا سعت القوانين المقارنة المنظمة لعقود التجارة الإلكترونية إلى إقرار قواعد خاصة بإبرام العقد تهدف إلى حماية المستهلك عن طريق إعادة التوازن إلى العقد، وتتمثل هذه القواعد بصورة رئيسية في مرحلة التعبير عن الإرادة.

ولعل من أهم هذه الضمانات والقواعد، هي إعطاء المستهلك فرصة للتروي قبل إبرام العقد، (المطلب الأول)، وحماية رضا المستهلك بعيوب الإرادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مهلة التروي ضمانا للمستهلك الإلكتروني في مرحلة الإبرام

الأصل هو حرية الإنسان في أن يتعاقد أو لا، فمن يرفض إيجابا وجّه إليه لا يكون مسؤولا عن الرفض، ولا يجوز البحث في بواعثهم ومن ثمة يكون لمن وجّه إليه الإيجاب كامل الحرية في قبوله أو رفضه¹.

ولا ينشأ خيار القبول إلا بعد صدور الإيجاب ووصوله إلى علم من وجّه إليه، ذلك أنّ هذا الخيار يبدأ بداية بمجلس العقد وينتهي كذلك بنهايته².

لكن، نظرا لوسائل الدعاية والإعلان أضحت المستهلك الإلكتروني يتعاقد مع محترف دون إعطاء نفسه الفرصة الكافية للتأمل والتدبر في العقد، لذا نجد أنّ غالبية الفقهاء قد

¹ أسامة الشيخ عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008، ص. 64.

² مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني المرجع السابق، ص. 176.

تنبهوا إلى هذه الظاهرة في المجتمع المعاصر، ممّا استدعى تشخيصها تمهيدا لمعالجتها ولقد أسفرت عملية التشخيص عن وجه جديد للإخلال لمبدأ المساواة بين المواطنين وما تفرضه من إقامة التعامل بين الناس على أساس من الرضائية وحرية التعاقد¹، أمّا المعالجة فقد تمثلت في إعطاء المستهلك مهلة للتفكير والتروي قبل إبرام العقد².

فمنح المستهلك عادة الفرصة الكافية لمراجعة العقود التي تعرض عليه من قبل المنتج أو المورد للسلعة أو الخدمة، غالبا ما يستفيد هذا الأخير من قصر الوقت المتاح للمستهلك النظر في العقد المعروض عليه ليحصل منه على التوقيع وبعد ذلك لا فائدة من اعتراضه هذه النتيجة تؤكد أنه لا فائدة من إحاطة المستهلك بالمعلومات والبيانات دون إعطائه مهلة أو فرصة للتفكير قبل الإقدام على العقد، لهذا يؤكد بعض الفقه³ أنّ حق المستهلك في التفكير والتدبر هو المكمل لحقه في الإعلام.

صحيح أنّ القانون لا يجبر المستهلك على التريث قبل توقيع العقد، لكنّه في المقابل يلزم الطرف القوي أي المتعاقد المهني بإعطاء المستهلك مهلة للتفكير والتدبر، وهذا يكفل له تقييم مزايا وعيوب العقد المزمع إبرامه، لذا كان لزاما منا الوقوف على مفهوم مهلة التروي (الفرع الأول)، مع تحديد موقف التشريعات منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم مهلة التروي :

إنّ تحديد مفهوم مهلة التروي يتطلب منّا التطرق إلى تعريفه (أولا)، وتحديد الحكمة من تقريرها (ثانيا).

¹ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص. ص 211. 212.

² أيمن مساعدة، علاء خصناوة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 46، أبريل 2011، ص. 159.

³ غازي خالد أبو عرابي، حماية رضا المستهلك، دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد 01، 2009، ص. 191.

أولاً: تعريف مهلة التروي:

يمكن القول أنّ الشريعة الإسلامية كانت السبّاقة لتكريس حقّ المستهلك في العدول وذلك من خلال تقرير هذا الحقّ في عدّة مواضع في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة فنذكر مثلاً قول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾¹.

أمّا في السنة النبوية المطهّرة فنذكر ما روي عن أبي حرة الرقاشي عن عمّه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: ﴿لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ بطيب نفس منه﴾². وأيضا ما روي عن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: ﴿... ثمّ إنّما البيع عن تراض﴾³.

أمّا فقها، نجد بعض الفقه⁴ يعرف مهلة التروي بأنّها: "فترة كافية من الزمن تمنح للمستهلك من أجل التفكير في مضمون العرض المقدم له من جهة، لإمكانية الإقدام من عدمه على التعاقد بحرية واختيار، بعيدا عن أيّة ضغوط أو شروط يذعن لها وتكون مجحفة بحقه".

ويعرّف نجيب عوضين⁵ هذا الحقّ بأنّه: "حقّ من وجّه إليه الإيجاب في الاختيار بين قبوله أو رفضه بعد العلم به أثناء مجلس العقد".

¹ سورة النساء، الآية 29.

² أخرجه أحمد في مسنده 72/5 والدار قطني في سننه في كتاب البيوع 26/3 وأبو يعلى في مسنده 140/3.

³ أخرجه ابن ماجة في سننه في كتاب التّجارات، باب الخيار، 736/2 / وابن حبان في صحيحه في كتاب البيوع، باب البيع المنهى عنه، 340/11.

⁴ محمّد عبد الرحمان محمد حنتولي، المسؤولية المدنية للمنتج عن أضرار منتجاته الخطرة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامّة، جامعة بيرزت، فلسطين، 2009، ص. 25.

⁵ محمّد نجيب عوضين، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المدني-، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، القاهرة، العدد 75، 2005، ص. 135.

ويعرفه عبد الله العلفي¹ بأنه: "حقّ من وجّه إليه الإيجاب في الموافقة على إبرام العقد أو رفضه".

ويعرفه جابر عبد الهادي سالم الشافعي² بأنه: "مكنة بمقتضاها يعطي للموجّه إليه الإيجاب محلة، يجوز له من خلالها أن يقبل الإيجاب أو يرفضه في المجلس".

كما يعرفه مصطفى أحمد أبو عمرو³ بأنه: "التعبير عن إرادة الموجب له بوسيلة تقليدية أو إلكترونية بشأن رغبته في إتمام العقد من عدمه، وذلك أثناء قيام مجلس العقد".
فهذا التعريف حسب رأي الدكتور مصطفى أحمد أبو عمرو، هو تعبير عن الإرادة وعليه أن يستوفي شروط التعبير عن الإرادة على نحو صحيحٍ وحيث يصدر عن إرادة حرّة مستتيرة ومن شخص يتمتع بالأهلية.

ويعرفه سليمان براك دايج⁴ بأنه: "ميزة قانونية أعطاها المشرّع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد أن أبرم العقد صحيحاً (أو قبل إبرامه) دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن ذلك الرجوع، أو مسؤولية المتعاقد الآخر عمّا قد يصيبه من أضرار بسبب الرجوع".

¹ عبد الله العلفي، أحكام الخيارات في القانون المدني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه حقوق، عين شمس، 1988، ص. 173.

² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2001، ص. 394.

³ مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 187.

⁴ سليمان براك دايج الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق، جامعة الأزهرين، العدد 14، 2005، ص. 196.

ثانياً: الحكمة من تقرير مهلة التروي كحق للمستهلك الإلكتروني :

يرى جانب من الفقه أنّ تقرير حقّ المستهلك في العدول عن قبوله، يجد أساسه في فكرة تكوين العقد على مراحل متعاقبة كأساس قانوني للعدول عن التعاقد¹، ومفاد هذه الفكرة هي أنّ عقود الاستهلاك لا تتمّ في فترة زمنية واحدة بل تحتاج إلى فترة زمنية ابتداءً بالقبول وانتهاءً بانقضاء مدّة العدول، ويتمّ ذلك بتصرفين من قبل المستهلك، الأول هو قبوله للعقد في بداية المدّة² والثاني هو تأكيده لهذا القبول في نهايته، فإذا لم يرغب المستهلك في تأكيد رضاه بالعقد أو عمد إلى سحب الموافقة في مدّة العدول فإنّه يحول بذلك دون تمام تكوين عقد ملزم، وعلى خلاف ذلك إذا أكّد المستهلك رضاه السابق بالعقد يترتّب عليه انعقاد العقد منذ لحظة إصدار هذا التأكيد أو اتّصاله بعلم الطرف الآخر دون أن يكون لهذا أثر رجعي³.

بمعنى آخر أنّ هذه المدّة تتيح للمستهلك الفرصة الضّرورية لكي يتدبّر ويتروى في أمر التعاقد، فإذا وجد في مصلحته لم يعدل حتّى تمر المدّة المحدّدة وعندها ينشأ العقد، وإذا رآه غير ذلك رجع عن العقد، وبرجوعه هذا فإنّه يحول دون إبرام العقد أي أنّه لا يفسخ العقد ولا ينهيه وإنّما يعطلّ إبرامه⁴.

¹ يشبّه هذا الرأى فكرة التكوين التدرّجي للعقد بحالة الحمل "gestation"، فالعقد في المرحلة الأولى للرّضا يكون في حالة سكون كالحمل المستكن "Embryonnaire"، أو المضغة أو الجنين، وتشبّه العقد بالجنين في هذه الفترة من الحمل يعني أنّه مجرد بذر أو نطفة "germe" لا يخرج إلى الحياة إلّا بالمحافظة عليه طوال فترة الحمل مستكناً دون تدخّل إرادي لمنعه وإسقاطه، فإذا حافظ المشتري على رضائه الأول ولم يشأ أن يرجع عنه بإرادته المنفردة خلال المهلة المحدّدة، تولّد العقد وخرج إلى الحياة القانونية، ويترتّب على ذلك أنّ العقد في هذه المهلة طالما لم يصبح نهائياً فلا يترتّب عليه أية آثار، تماماً كالجنين الذي لا يكتسب الشّخصية القانونية إلّا باستمرار الحمل حتّى تمام ولادته حياً.

محمّد سعيد رشدي، المرجع السابق، ص. 105.

CHRISTIANOS Vassili, Délai de réflexion juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D 1993, p. 30.

² يمكن القول أنّ المرحلة الأولى من التكوين التدرّجي لرضا المستهلك المقرّر له خيار الرجوع، ليست مجردة من كلّ قيمة قانونية ذاتية، فهي المحرّك للعلاقة التعاقدية بمجرد انتهاء المهلة التشريعية لحقّ الرجوع، فتصبح هذه العلاقة نهائية وباتة بمجرد انتهاء هذه المدّة دون رجوع في التعاقد.

³ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 222.

⁴ سليمان براك دايج الجميلي، المرجع السابق، ص. 196.

كما تمكّن هذه المدّة المستهلك من تقدير ودراسة احتمالات مدى نجاعة العقد بالنظر إلى إمكانياته المادية، كما يمكنه أيضا الاستعانة بغيره من أجل الاستعلام وشرح بنود العقد الغامضة، والأبعد من ذلك إمكانية مقارنة نموذج العقد الذي يريد إبرامه مع عقود أخرى خصوصا إذا كانت تشترك في صفة التعاقد الآخر (المهني)، كعقود القرض والتأمين¹.

ويطلق جانب من الفقه على التعبير الأولي لرضا المستهلك "الرضا المؤقت"، تمييزا له عن الرضا النهائي بالعقد الذي يأتي بعد انتهاء مدّة الرجوع، ويقف على رأس أنصار فكرة التكوين التعاقبي للعقد الفقيه الفرنسي كاليه - أولوا "Calais-Auloy"، الذي يرى أنّ خيار الرجوع لا يشكّل اعتداءً على القوة الملزمة للعقد، فهو يأتي في لحظة لم ينعقد فيها العقد بعد².

فخيار القبول إذن هو وسيلة أو فرصة أخيرة لتمكين الموجب له من الموازنة بين نتائج قبول الإيجاب أو رفضه بعد حساب مغامرات التعاقد ومغامره، ومفاد ذلك أنّ أعمال الخيارات من شأنه أن يجعل القانون في مرحلة التطبيق أكثر واقعية وإنسانية³، فهذا الحقّ يهدف بصفة أصلية إلى حماية رضا المستهلك وتنقيته، ممّا قد يعلق به من عوامل المجازفة التي تؤدي إلى الندم، ويكون ذلك من خلال إعطائه مهلة إضافية للتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه، تفاديا للأخطار التي قد تلحق به لسرعته في التعاقد.

تجدر الإشارة إلى أنّ مهلة التروي تختلف عن مكنة العدول رغم التشابه الشديد، إذ أنّ الغرض من كلّ منهما هو حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، بالإضافة إلى ذلك أنّهما يهدفان إلى إعطاء فرصة للمستهلك في التفكير في العقد وإعادة النظر، إلا أنّ وجه الاختلاف يكمن في أنّ مكنة العدول تكون في مرحلة تنفيذ العقد وهي استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويكون الغرض منها هدم وإنهاء العقد، على

¹ معوش رضا، حماية المستهلك من الشّروط التعسّفية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص. 60.

² يوسف شندي، خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 04، يوليو 2010، ص. 261.

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم - دراسة مقارنة معمّقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، ص. 266.

خلاف مهلة التروي أو التفكير والتي تكون في مرحلة تكوين العقد والهدف منها هو تعطيل العقد.

الفرع الثاني: موقف التشريعات من مهلة التروي كحق للمستهلك:

من التشريعات التي أقرت بما يسمّى مهلة التروي، نجد المشرع الفرنسي الذي أقر صورة من صور الرجوع عن التعاقد وذلك قبل إبرام العقد بحيث يعمد إلى تأخير إبرام العقد ليعطي للمستهلك فرصة للتروي والتفكير، وقد نص القانون الفرنسي على ذلك عند حديثه عن خدمة التعليم بالمراسلة¹، حيث أزم مقدّم خدمة التعليم بالمراسلة الإبقاء على شروط عرضه لمدة سبعة أيام من تاريخ تسليمه لطالب الخدمة، حيث أعطى المشرع الفرنسي حق الرجوع للمستهلك على الرغم من أنّ إرادتي الطرفين قد توافقت لإبرامه، بمعنى أنّه لم يعد توافق القبول مع الإيجاب كافياً لإنشاء الرابطة العقدية وإنما لابدّ من مرور مدّة زمنية يحددها المشرع يعدل المستهلك خلالها عن إبرام العقد حتّى تنشأ هذه الرابطة، أي أنّ المشرع يقرن المدّة التي يحددها لبقاء مقدّم العرض على شروط عرضه بمدّة أخرى يمتنع على الموجّه إليه العرض قبوله قبل انقضائها ضماناً لصدور القبول منه بعد تروٍ حقيقيّ بحيث يكون أي قبول له قبل انقضاء هذه المدّة عديم الأثر في تكوين العقد والالتزام به فحتّى وإن صدر قبول خلال هذه المدّة التي حددها المشرع لا يغني عن ضرورة صدور قبول جديد عقب فواتها بحيث يكون القبول السابق غير منتج آثاره².

ويلاحظ بصدد صورة الرجوع هذه أنّ المشرع لم يلزم المتعلّم إلاّ بدفع مبلغ معيّن لقاء ممارسته مكنة الرجوع، وإنّما فرض على الأخير واجب اتقاء ضرره بنفسه، فعليه أن يحتاط الأمر مسبقاً ما دام أنّه من حقّ المتعلّم الرجوع عن العقد خلال المدّة التي حددها المشرع فرأى في إلزام المتعلّم بالتعويض أو في دفع مبلغ من النّقد لقاء الرجوع عن التعاقد أمراً ينطوي على تقييد ممارسة مكنة الرجوع هذه بما يفوت عليه فرصة التدبر أو التروي، خاصّة

¹ قانون 12 يونيو من التشريع الفرنسي الصادر سنة 1971، الخاصّ بالتعليم بالمراسلة.

² رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2016، ص. ص 139. 140.

إذا وجد أنّ المبلغ الذي يلزم أو قد يلزم بدفعه مسبقاً يفوق مقدرته المالية، لذا فإنّ المشرّع لم يقيّد ممارسة هذه المكن إلا بوجود ممارستها خلال مدة زمنية محدّدة¹.

وقد لجأ المشرّع الفرنسي إلى الوسيلة ذاتها، في التشريع الصادر في 3 يناير 1972 وهو القانون رقم (6-72) الخاصّ بالتمويل الائتماني المسمّى:

" Démarchage financier et des opérations De placement et d'assurance"

ولقد توالى القوانين في هذا الاتجاه من أهمّها ما نصّ عليه القانون الصادر بتاريخ 10 يناير 1978²، الخاصّ بـ: "حماية المستهلك في عقود الإقراض العقاري"، إذ بموجب هذا القانون وتحديداً في نصّ المادة 05 منه، نصّت على أنّه "يجبّ على المقرض الإبقاء على العرض المقدم إلى طالب الإقراض لمدة 15 يوماً"، وبالتالي لا يستطيع المقرض العدول عن إيجابه في هذه الفترة التي سمح المقترض بدراسة عقد القرض في روية وهدوء لأنّ قبوله وتوقيعه يؤديان إلى انعقاد العقد بالشروط الواردة فيه، ومع ذلك لم يكتف المشرّع الفرنسي بها بل منح المقترض فرصة العدول عن العقد بعد التوقيع مانحاً إيّاه مهلة تفكير وتدبّر مقدارها سبعة أيام تبدأ من تاريخ قبول العرض المقدم من المقرض.

ومع ذلك عاد المشرّع وسمح بتقصير مدة 15 يوماً والحصول على توقيع المقترض بمجرد تقديم العرض، كما سمح باختزال مهلة التفكير الممنوحة بعد التوقيع إلى ثلاثة أيام بناءً على رغبة المقرض الذي غالباً ما يتدخّل بهدف الحصول على قيمة القرض في أقصر وقت ممكن، لهذا فإنّ التطبيق السليم لمهلة التفكير والتدبّر كانت خلال ما قرره القانون الصادر في 13 يوليو 1979، بشأن الإقراض العقاري. وقد عاد وأكد ذلك في القانون الصادر عام 1993، وهذا القانون منح المقترض مهلة التفكير والتدبّر حدّها بـ: 30 يوماً على الأكثر و10 أيام على الأقل³.

¹ سليمان براك دايج الجميلي، المرجع السابق، ص. 197.

² Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations crédit, J. O. R. F du 11 janvier 1978 .

³ غازي خالد أبو عربي، حماية رضا المستهلك، المرجع السابق، ص. 191. 192.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بذات الآلية في حالة إعادة التفاوض على القرض، حيث نصت المادة L312-14-1 بموجب القانون رقم 99-532 المؤرخ في 25 جوان 1999¹ بأن: "المقترض يتمتع بمهلة تفكير عشرة أيام تحسب من تاريخ تسلّم الإعلان المبين أعلاه". وعلى ذلك فإنّ المقترض يستفيد أيضا من مهلة تفكير قدرها عشرة أيام، تحسب من تاريخ تسلّم ملحق الوثيقة المبين للتّعديلات التي اقترح الأطراف إدخالها على العقد الأولي². وفي نفس الاتجاه فرض المشرع الفرنسي في قانون البناء والإسكان بموجب المادة L271-1 الفقرة الثالثة على مكتب العقار المخصّص للاستعمال السكني مهلة تفكير قدرها سبعة أيام، تحسب من تاريخ تبليغ أو تسليم المشروع عندما يشترط أن يحرر في شكل رسمي.

يلاحظ أنّ المشرع الفرنسي كرّس مهلة التفكير في عقود الائتمان الاستهلاكي ولعلّ السبب في ذلك يرجع إلى وجود ما يعرف بحقّ العدول، ولا تختصّ فرنسا وحدها بإقرار مثل ذلك الخيار للمستهلك، بل تبنته الكثير من الدول الغربية كالولايات المتحدة الأمريكية (قوانين 1964، 1965) وإنجلترا في إطار تشريع حماية المستهلك لسنة 1974، وألمانيا الغربية سابقا في القانون الصادر في 15/05/1974³.

كذلك نصّ المشرع السوداني في المادة 202 من قانون المعاملات المدنية، التي تنصّ في فقرتها الثانية على أنّه: "تسري القواعد العامة بشأن خيار العيب على عقد البيع مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا القانون بشأن ضمان العيوب الخفية".

¹ Loi n° 99-533 du 25 juin 1999, d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de loi N° 95-115 du 4 février 1995, d'orientation pour l'aménagement territoire (1) J. O. R. F n° 148 du 29 juin 1999..

² شوقي بنّاسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، سعيد حمدين، 2015-2016، ص. 144.

³ ممدوح محمّد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الإسلامي وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات الفتنية، القاهرة، 1999، ص. 59.

ومن الخيارات¹ ما لا يثبت إلا باشتراطه من العاقدين كخيار الشرط، ومنها ما يثبت بالشرع ولو لم يشترطه المتعاقدان، كخيار الرؤية وخيار العيب، ولما كان التشريع السوداني يفتقر إلى تشريع خاص بحماية المستهلك ولم يقر حق الرجوع المعمول به في القانون الفرنسي، فيمكنه سدّ هذه الفجوة باللجوء إلى خيار الرؤية لحماية المستهلك، ويوفّر له حق الرجوع عن العقد قبل البدء في تنفيذه².

أما المشرع الجزائري فلقد نصّ على هذه التقنية من أجل تفعيل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في سبيل تحقيق حماية أوسع للمستهلك بصفة عامّة وحمايته من الشروط التعسفية بصفة خاصّة من خلال فرض التزام ثانوي على عاتق المهني يتمثّل في ضرورة تمكين المستهلك مدّة للتفكير، وذلك بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-306³، والتي نصّت على أنّه: "يتعيّن على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكافة الوسائل الملائمة بالشروط العامّة والخاصّة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات، ومنحهم مدّة كافية لفحص العقد".

ما يلاحظ من خلال هذه المادة أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد صراحة المدّة الممنوحة للمستهلك من أجل التفكير لاتخاذ قراره بالتعاقد من عدمه، ممّا يفهم منه أنّ المشرع ترك هذه المسألة لاتفاق الأطراف وفقا لطبيعة العقد، إعمالا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"⁴.

¹ فالخيارات مفردتها خيار، وهو مشتق من الاختيار (طلب خير الأمرين)، ويريد به الفقهاء أن يكون لأحد العاقدين أو كلاهما حقّ إمضاء العقد أو فسخه، وترجع الحكمة من إقراره لكي يكون وسيلة لكماله الرضا والتأكد من سلامته، لذا فقد تمّ إقراره في حالات خاصّة تدعو إلى التروي والتحري، أو الرجوع إلى مشاوره النفس مرّة أخرى.

عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 509.

² المرجع نفسه، ص. 511.

³ المادة 4 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر.

⁴ معوش رضا، المرجع السابق، ص. 60.

المطلب الثاني: حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعيوب الإرادة الإلكترونية

إنّ عيوب الرضا في العقد الإلكتروني كعيوب الرضا في سائر العقود، وبما أنّ عيوب الرضا هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فقد استحوذت على مجال واسع في عالم القانون، تشريعا وفقها وقضاء¹.

لذا يتطلب الأمر منّا البحث عن خصوصية عيوب الرضا في مجال المعاملات الإلكترونية.

الفرع الأول: حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعيوب الغلط في المعاملات الإلكترونية:

إذا كان المستهلك في المعاملات الإلكترونية له حقّ إرجاع المنتج إلى المحترف من دون حاجة إلى إثبات وقوعه في الغلط، فإنّ هذا الحقّ المقرّر للمستهلك قد يخفّف من وطأة الغلط عليه إلاّ أنّه لا يزيلها نهائيا، بل تظلّ مصلحته قائمة في طلب إبطال البيع لعلّة الغلط، وهذه المصلحة تتجلى في أنّه في حالة إبطال العقد بسبب الوقوع في الغلط فإنّ المستهلك لا يتحمّل نفقات نقل المبيع منه إلى المحترف بينما إذا طلب إرجاع المنتج فإنّه يتحمّل نفقات إرجاعه، ويعود للمحاكم تقدير الغلط².

لذا تعتبر صفة عدم الاحتراف أو عدم الخبرة في المعاملات الإلكترونية عنصرا جوهريا في قبول طلب إبطال العقد بناءً على الغلط الجوهري، فكثيرا ما يقع المستهلك في الغلط بسبب العرض الناقص أو غير الواضح للمنتجات المعروضة عبر تقنيات الاتصال الحديثة، لذا ألزم التوجيه الأوربي رقم 31/2000³ المتعلّق بالتجارة الإلكترونية في مادته 11

¹ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 129.

² المرجع نفسه، ص. 129.

³ Directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil du 08 juin 2000 relative à certains juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique) Journal officiel n°L178 du 17/07/2000 P001-0016.

مقدمي الخدمات بعرض الخدمات على النت بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإعلامه بذلك بوسائل مناسبة وفعّالة وسهلة البلوغ، على نحوٍ يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يكفل له عدم وقوع العميل في الغلط¹.

إلا أن الادعاء بالغلط على أساس الرضا الناقص للمنتج قد يصعب إثباته، لأنه يتم عبر صفحة الويب، وقد يتم تغييره أو تعديله في وقت لاحق بوسيلة إلكترونية، من دون أن تترك هذه التقنية أثرا ماديا ملموسا، لذلك ينصح البعض بأنه يمكن التغلب على مثل هذه الصعوبات عن طريق تسجيل مثل هذه البيانات على دعامة إلكترونية، بأسلوب يسمح بحفظها واسترجاعها عند الضرورة، أو الاستعانة بوسيط إلكتروني معتمد لتوثيق مثل هذه المعلومات الإلكترونية².

الفرع الثاني: حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعيب التدليس في المعاملات الإلكترونية:

التدليس كما عرّفه الفقه الإسلامي³ هو: "كتمان عيب خفي في المعقود عليه وقت التعاقد".

أما من الناحية القانونية فيعرّفه بعض الفقه⁴ بأنه: "استعمال شخص طرقا احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد".

والتدليس نوعان، الأول إيجابي يتمثل في القيام بوسائل احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، والثاني سلبي يتمثل في الامتناع العمدي عن الإدلاء بالبيانات التي لو علم بها الشخص لما كان ليبرم العقد⁵.

¹ RIHM Isabelle, L'erreur dans la déclaration de volonté, presses universitaires, d'AIX, Marseille, Marseille, 2006, p. 49.

² سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 165.

³ أحمد فراح حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، القاهرة، 1987، ص. 297.

⁴ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، (دون دار نشر)، 1954، ص. 303.

⁵ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 74. 75.

وفي مجال العقود الإلكترونية قد يتعرّض العميل المتصفح والمستخدم المتعاقد لتدليس يدفعه للتعاقد، ولكن هناك حد فاصل بين ما يعدّ تدليسا يبزره طلب الإبطال، وما يدخل في إطار الترويج المبالغ فيه للمنتج أو الخدمة محلّ المعاملة، والكذب في ذاته بحسب الأصل لا يعدّ تدليسا إلا إذا صاحبه أعمال مادية مدعّمة بمظاهر خارجية وحيل غير مشروعة وكافية لتضليله، بهدف إخفاء الحقيقة عن المتعاقد وحمله على التعاقد¹.

ويعدّ عيب التدليس من أكثر العيوب انتشارا في مجال المعاملات الإلكترونية والذي غالبا ما يكون في شكل إعلانات خادعة وكاذبة أو وعود بواسطة رسائل إلكترونية بمميزات وهمية وذلك بقصد دفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد، ومن أشهر طرق الغش المستخدم عبر الانترنت إنشاء موقع وهمي عبر الانترنت لا وجود له على الإطلاق، وقد يتم استعمال علامات تجارية لشخص آخر تعتمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع من سلع وخدمات بقصد ترويجها، أو استخدام اسم معاصر غير مملوك له.

وقد شهدت السنوات الأخيرة في فرنسا انتشارا كبيرا لاستخدام الطرق الاحتيالية وخاصة فيما يتعلّق بالبطاقات المصرفية وسوء الائتمان، بصورة أصبحت تهدّد التجارة الإلكترونية، وهو الأمر الذي أدى بالمشرّع الفرنسي لإصدار القانون 2001-1062 بتاريخ 15 نوفمبر 2001²، والمتعلّق بأمن وحماية حامل البطاقة المصرفية والذي بموجبه أعفى حامل البطاقة من أية مسؤولية في حالة الوفاء الذي يتمّ غشا عن بعد من الغير دون استخدام البطاقة استخداما ماديا، وكذا في حالة الوفاء الذي يتمّ بتقليد البطاقة أو تزويرها المتعلّقة بالبطاقات المصرفية، وبالتالي لم يعد الجزاء المقرّر للغش والتدليس مدنيا فقط، بل امتد للمستوى الجنائي أيضا³.

وتكمن المشكلة في إثبات التدليس الذي يقع عبر شبكة الانترنت نظرا للطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يمكن نقلها ولا سيما أنّ المدّلسين في غاية الدهاء والفتنة

¹ عبد الفتاح محمود كيلاني ، المرجع السابق، ص. 64.

² Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne, J. O. R. F n° 266 du 16 mai 2001 .

³ Alain Bi.Anchot, Alain Bensoussan, La protection accordée par la loi sur la sécurité quotidienne en ça d'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire, Gaz Pal, 23 du 24 janvier 2002, p. p 04. 05.

وغالبا ما يعمدون إلى إخفاء تلك المعلومات التّديسية وإزالة آثارها في ثوانٍ معدودات بصورة يصعب معهم تحديد هويتهم أو كشف أفعالهم، لذا ومن أجل التغلب على هذه المشكلة يرى بعض الفقه¹ أنّه يمكن استخدام مواقع متخصصة على الشبكة وظيفتها الإعلام وتقديم النصيحة والتّحذير إن لزم الأمر، لتوفير الحماية اللازمة للمستهلك.

الفرع الثالث: حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعيب الإكراه في

المعاملات الإلكترونية:

يعرّف الإكراه حسب بعض الفقه بأنّه: "رهبة تقوم في نفس الشخص فتدفعه إلى التعاقد"².

ويقوم الإكراه على عنصرين مادي ومعنوي، يتمثل العنصر المادي في استعمال وسائل للإكراه تقع على الجسم أو على النفس فتهدّد المكره بخطر جسيم على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله، أمّا العنصر المعنوي فيتمثل في الرّهبة التي تحدثها وسائل الإكراه في نفس المكره، وتدفع بإرادته إلى قبول التعاقد³.

وفيما يتعلّق بإمكانية حدوث الإكراه في العقد الإلكتروني، فهذه مسألة خلافية بين رأيين:

أولا: الرأى الأول: يرى استبعاد عيب الإكراه في المعاملات الإلكترونية:

يرى هذا الفقه لا يمكن تصوّر الخطر المحقق الذي يهدّد المتعاقد في ماله أو نفسه لأنّ العقد يتمّ عن بعد ولأنّ المستخدم هو الذي يتصرّف بالجهاز الإلكتروني فيمكنه أن يغيّر المحطة التي تبث الإعلان، أو يغيّر الموقع الإلكتروني على الانترنت، أو أن يغلق الجهاز وبالتالي فإنّ المبادرة ترجع دائما إليه⁴.

¹ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة، عمّان، 2006، ص. 157.

² سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 173.

³ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 134.

⁴ المرجع نفسه، ص. 134. 135.

فمثلا يتم عرض المنتجات عبر الانترنت أو شاشة التلفزيون وقد يصاحب ذلك إظهار وتجميل للمنتج أو السلعة إلا أن المشاهد أو المستخدم يمكنه تغيير المحطة التي تبث الإعلان، أو تغيير الموقع الإلكتروني على الانترنت، أو أن يغلق الجهاز، وبالتالي فإن الأمر يرجع دائما إلى المشاهد أو المستخدم وليس غيره، حيث يجبّ عليه لكي يعبر عن إرادته بالقبول أن يقوم ببعض الأعمال المادية، والتي بدونها لا يمكن إبرام العقد الإلكتروني¹.

ثانيا: الرأي الثاني: يرى تحقّق الإكراه في مجال المعاملات الإلكترونية:

يرى هذا الرأي أنّ الإكراه قد يحصل في مجال العقد الإلكتروني بسبب التبعيّة الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العون الاقتصادي وبالتالي يمكن تصوّر الإكراه بسبب الاحتكار واضطرار المتعاقد إلى التّعاقّد بشروط مجحفة تحت تأثير الرهبة والخوف بسبب تهديد مصالحه².

غير أنّ مفهوم الإكراه الاقتصادي أو استغلال حاجة اقتصادية لدى المتعاقد لا يحظى بتأييد لاعتماده، حيث لا تعدّ الاستفادة من القوّة الاقتصادية ضعفا اقتصاديا في الجانب الآخر، وبالتالي لا يعدّ عيبا تتعيب به الإرادة بغير طلب إبطال العقد، حيث يضطر إلى التّعاقّد تحت ضغط العون الاقتصادي والحاجة الملّحة، مثل احتكار منتج ما (قطع غيار ما)، وبيعها بشروط مجحفة يضطر العميل إلى قبولها، حيث لا بديل أمامه سوى قبول ذلك³.

وبعدّ هذا الرّأي هو الأقرب إلى الصّواب حسب بعض الفقّه⁴، في حالة قيام المحترف باحتكار السلعة أو الخدمة الإلكترونية فيضطر طالب السلعة أو الخدمة لقبولها لعدم وجود غيرها ولحاجته الضّرورية لها، وفي حالة فشل المستهلك في إثبات ذلك فينتفي عيب الإكراه.

¹ محمود السيد عبد المعطي خيال، التّعاقّد عن طريق التلفزيون، النّشر الدّهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص. 75.

² محمّد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السّابق، ص. 75.

³ خالد حمدي عبد الرحمان، التّعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 2006، ص. 132.

⁴ عبد الفتّاح محمود كيلاني، المرجع السّابق، ص. 69.

الفرع الرابع: حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعيب الاستغلال في المعاملات الإلكترونية:

يقصد بالاستغلال استفادة أحد المتعاقدين من الضعف الذي يعتري المتعاقد الآخر بحيث تؤدي هذه الاستفادة إلى عدم التعادل الفادح بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذ، وبذلك يكون للاستغلال عنصر مادي، يتمثل في الغبن، إضافة إلى العنصر النفسي وهي حالة الضعف التي تلبس أحد المتعاقدين، واستفادة المتعاقد الآخر منها¹.

أما الغبن فهو عدم التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد على وجه يخلّ التوازن الذي يضعه المتعاقدان موضع الاعتبار عند التعاقد، بحيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السوق ويؤدي إلى خسارة، بحيث يكون ما يأخذه أحدهما أقلّ ممّا يعطيه، فهو مغبون². فالغبن بهذا المفهوم هو أمر مادي يتمثل في خسارة تلحق أحد العاقدين أثناء إنشاء العقد، فهو وحده ومن غير أن يتأتى نتيجة أحد عيوب الرضا من غلط أو التدليس أو الإكراه ولا يكون له أيّ تأثير على العقد ولا يصلح أن يكون سببا للطعن في العقود، إنّما يشترط لذلك عنصرا نفسيا، هو استغلال المتعاقد ضعفا معينا في المتعاقد الآخر، ومنها الطيش البين والهوى الجامح، وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد، إلاّ لأنّ المتعاقد الآخر استغلّ طيشا بينا أو هوى جامحا...".

وفيما يتعلّق بتطبيقات الاستغلال في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت أصبحت ممكنة، وعلى الأخصّ فيما يتعلّق باستغلال عدم خبرة المستهلك في التعامل مع الشبكة، ممّا دفع بالكثير من التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية بأن تهتمّ بمسألة حماية

¹ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2004، ص. 86.

² عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون اليمني، الجزء الأول، الشركة الجديدة للطباعة، عمّان، 1993، ص. 455.

المستهلك من خلال إيراد أحكام قانونية خاصة توفر له حماية أكثر من تلك التي توفرها القواعد العامة، ومن أهم التشريعات الخاصة بحماية المستهلك القانون الإنجليزي الصادر عام 1997، باسم "قانون الشروط التعاقدية غير العادلة"، وهذا القانون يحضر بعض أنواع الشروط المعفية أو المقيدة من مسؤولية المحترف في عقود الاستهلاك، وكذا العقود النموذجية¹.

ومن التشريعات العربية التي اهتمت بحماية المستهلك في هذا الصدد، القانون التونسي، حيث نصّ في المادة 50 على أنه: "يعاقب كل من استغلّ ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أم آجلا، بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين 1000 و 20.000 دينار، وذلك إذا أثبت من ظروف الواقعة أنّ هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام أو ثبت أنّه كان تحت الضّغط مع مراعاة أحكام المجلّة الجنائية".

ويتضح من هذا النصّ أنّ المشرّع التونسي حاول حماية المشتري في عقد البيع الإلكتروني على أساس أنّ دفع المستهلك للتعاقد واستغلال عدم مقدرته على تمييز تعهداته التي يلتزم بها ينطوي على غبن.

ويلاحظ هنا أنّ الغبن كعيب من عيوب الرضا يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، إلا أنّ المشرّع التونسي قد رتبّ جزاءً جنائياً، نظراً لأنّ الطّرف الآخر استخدم طرقاً ووسائل احتيالية حدّر بها المستهلك ممّا دفعه إلى التعاقد.

ويرى بعض الفقه² أنّه من خلال الموازنة بين الحماية المقرّرة للمستهلك بموجب مهلة التّفكير والحماية المقرّرة في نظرية عيوب الرضا، أنّ مهلة التّفكير توفر حماية فعّالة للمستهلك، مقارنة بالحماية المقرّرة في نظرية عيوب الرضا، لأنّ هذه الأخيرة تحمي المتعاقدين من بعضهم البعض، في حين أنّ مهلة التّفكير تحمي المستهلك بوصفه الطّرف الضّعيف في العلاقة التعاقدية مع المستهلك هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنّ مهلة

¹ بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص. 140.

² PIZZA Jean-Pierre, La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, R. T. D.com, 1988, Jan. mars, p. 52.

التفكير تعدّ بمثابة آلية لإعادة التوازن للعقد عن طريق حماية رضا المستهلك، إذ تتجاوز قصور نظرية عيوب الرضا التي تجعل عبء إثبات وجود عيب في الرضا يقع على عاتق المضرور، أمّا في مهلة التروي تجعله قرينة على اضطراب الرضا، وبالتالي تحمي المستهلك من كلّ الضغوطات، وكلّ اختلال معرفي من شأنه أن يضرّ بمصالحه بدون إجهاد المستهلك بإثبات أيّ عيب.

الباب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة

تنفيذ العقد

عقب انتهاء مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، والتي تهدف أساساً إلى حماية رضا المستهلك الإلكتروني، ينتقل طرفا العقد إلى المرحلة الحاسمة وهي مرحلة تنفيذ العقد، حيث يلتزم كل طرف بالوفاء بالالتزامات الناتجة عن العقد وتنفيذها، ولاشك أنّ حماية المستهلك يجب أن تمتد إلى مرحلة التنفيذ.

وتؤسس هذه الحماية على ذات الأسس والمبررات التي تقوم عليها الحماية السابقة لإبرام العقد، والتي تتمثل في الطبيعة الخاصة للوسيلة التي يبرم من خلالها العقد، ولعلّ من أهم صيغ الحماية التي يحضى بها المستهلك بعد إبرام العقد، هي حمايته من آثار مبدأ القوّة الملزمة للعقد، عن طريق حماية حقّه في ممارسة خيار العدول عن العقد بعد إبرامه وحمايته من الشروط التعسفية.

فحماية المستهلك الإلكتروني من آثار مبدأ القوّة الملزمة للعقد وإن كان يوفّر قدر من الحماية للمستهلك، إلّا أنها حماية غير كافية، لذا بات من الضروري اللجوء إلى الضمانات التقليدية التي يمكن أن تكمل حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التنفيذ، فهذه الأخيرة تفرض على الطرفين تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبما يتفق مع موجبات حسن النية، إذ لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، بل يتناول أيضاً ما يعتبر من مستلزماته وفقاً لقواعد العرف والعدالة، وتبعاً لذلك ظهر الالتزام بضمان السلامة لموضوع العقد، إذ يتوجب على المحترف عدم الإضرار بالمستهلك، وتسليم منتجات خالية من العيوب أو نقص في التصنيع، أو خلل في تركيب المواد من شأنه أن يحدث ضرراً للمستهلك، سواء في ماله أو صحته أو سلامته، وإلّا اعتبر مخالفاً بالالتزام بضمان الحياة النافعة، وعليه أن يزيل أثر العيب أو أن يغيّر المبيع بغيره.

كما أنّ خاصية انفتاح شبكة الانترنت عالمياً انعكس على عقود التجارة الإلكترونية فهذه العقود بناءً على الوسيلة التي تبرم بها قد لا تكون حبيسة دولة واحدة بما يجعلها عقود

وطنية في جميع عناصرها، وإنّما كثيرا ما تكون عابرة للحدود ويكون أحد عناصرها أجنبية مما يثير مسألة القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون المستهلك طرفا فيها.

بناءً على ما سبق ذكره نتطرق إلى حماية المستهلك الإلكتروني من آثار مبدأ القوّة الملزمة للعقد (الفصل الأوّل) وكذا دراسة الآليات التقليدية لحماية المستهلك الإلكتروني عند تنفيذ العقد الإلكتروني (الفصل الثاني).

الفصل الأول: حماية المستهلك الإلكتروني من آثار مبدأ

القوة الملزمة للعقد

يحتاج المستهلك إلى الحماية أيًا كان النظام الاقتصادي الذي تعنتقه الدولة، و من المعلوم أنّ وسيلة المستهلك لإشباع حاجاته من السلع والخدمات تكون عن طريق العقد¹، إذ بمقتضاه تكون الإرادة حرّة تحدث ما تشاء من الآثار في العلاقات التعاقدية إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة² *Autonomie d la volonté*، هذا الأخير تقرّعت عنه عدّة مبادئ³ من بينها مبدأ القوة الملزمة للعقد *Contrat obligatoire du principe de la force* وهو مبدأ عالمي⁴ والذي يعني التقيّد بما ألتزم به طرفا العقد⁵. فالعقد بهذا المفهوم يكتسب قوّته الملزمة من إرادة طرفيه، ويقتصر دور القانون على الاعتراف بالآثر الملزم للعقد⁶.

وقد كان جديراً بناءً على ذلك وبالنظر إلى التساوي المفترض بين مراكز الأطراف المقبلة على التعاقد وحرص كلّ منهم على تحقيق مصالحه أن يتحقّق التوازن الذاتي كأثرٍ

¹ محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدّم في ندوة "حماية المستهلك في الشريعة والقانون"، التي تنظّمها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة 06-07 ديسمبر 1998، بفندق هيلتون العين، ص. 01.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، القاهرة، 2004، ص. 70.

³ من بين المبادئ التي تقرّعت عن مبدأ سلطان الإرادة، مبدأ الحرّية التعاقدية، القوة الملزمة للعقد، ومبدأ الأثر النسبي للعقد، ما يهّمنا من هذه المبادئ هو مبدأ القوة الملزمة للعقد.

⁴ MALAURIE Philippe, AYNÈS, Laurent, STOFFEL MUNCK Philippe, Droit civil, droit des obligations 2^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 2005, p. 360.

⁵ محمد عدنان، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، مجلّة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلّد 02، العدد 04، 2014، ص. 776.

⁶ رنا محمد راضي، العقد شريعة المتعاقدين في العقود الإدارية، كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلّد 13، العدد 02، 2011، ص. 327.

لوجود رضا الأطراف بالعقد وقبولهم لشروطه، وحتى إذا كانت هناك ثمة أخطار فإنهم كانوا على وعي بها مدركين لأبعادها، وبالتالي فهي محصورة النطاق¹.

إلا أنه وبالنظر إلى تطوّر صيغ التّعاقّد الجديدة الذي تطوّرت معه وسائل الإنتاج وتعدّدت فنون الدّعاية والإعلان عن المنتجات والخدمات لإغراء المستهلك واستمالاته إلى اقتناء السلع المختلفة والاستفادة من الخدمات، بالإضافة إلى طرق البيع المغرية والجذابة التي لا تترك للمستهلك فرصة للتّفكير في جدوى هذه السلعة دون حاجته الحقيقية إليها، ممّا يجعل منه شخصاً ضعيف الإرادة، الأمر الذي تتضاعف معه الحماية بتقرير الحقّ له في العدول عن التّعاقّد، وهو حقّ غير متصوّر في العقود التقليديّة، نظراً لما تتميز به هذه العقود من قوّة ملزمة.

وفي جانب آخر، قد يكون المستهلك عرضة لقبول شروط تعسّفية يفرضها محترف بوصفه قوّة اقتصادية، حيث أدّت هذه الشّروط إلى اختلال في التّوازن العقدي للعلاقة التّعاقديّة بين شخص متفوّق اقتصادياً وطرف ضعيف.

لذا كان لزاماً على الفقه والقضاء والتّشريعات الخاصّة بحماية المستهلك الإلكتروني التّدخل لحماية المستهلك حتى وإن اقتضى الأمر المساس بالقواعد الصّلبة، وهي "مبدأ القوّة الملزمة للعقد"، و"العقد شريعة المتعاقدين" وذلك حماية المستهلك الإلكتروني في العدول عن التّعاقّد هذا من جهة (المبحث الأوّل)، ومن جهة أخرى حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشّروط التّعسّفية (المبحث الثّاني)، التي يفرضها تاجر محترف ذو قوّة اقتصادية في مواجهة مستهلك طرف ضعيف في العلاقة التّعاقديّة.

¹ نكري محمد حسين. نصير صبار، الحماية المدنية من الشّروط المألوفة في العقود التّجارية، مجلّة جامعة بابل للعلوم القانونيّة، المحقّق، حلي، العراق، المجلّد 01، العدد 01، 2009، ص. 62.

المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد

تتسم العقود التي يبرمها المستهلك بصفة عامة والعقود المبرمة من قبله إلكترونياً بصفة خاصة بالسرعة في انعقادها، ويصاحب هذه العملية مجموعة من العوامل التي ربما لا يستطيع معها المستهلك التروي والتأمل لاتخاذ قراره النهائي بالعقد، ومن ثمة يمكن القول أنّ العقود التي تبرم بهذه الطريقة يظهر فيها بلا شك أثر العجالة والسرعة على نحو يوحي بأنّه خلل ما يشوب إرادة المستهلك¹.

فتأسيساً على ما تقدّم نجد أنّ الضعف المعرفي للمستهلك والمتمثل في ضعف الخبرة والعلم والدراية والمعرفة بماهية العقد وآثاره، أو بماهية السلعة أو الخدمة، أو مدى الحاجة لهما، من شأنه أن يحدّد المبرر من خيار العدول عن العقد، إذ أنّ هذا الضعف سينال حتماً ركن الرضا الصادر عن إرادة غير مدركة أو مستتيرة للعملية العقدية، لذا بات من الضروري أن يجد المشرع وسيلة فعّالة تحمي المستهلك بوصفه الطرف الضعيف، وتلك الوسيلة هي خيار العدول عن العقد، ليستدرك الأمر ويقرّر بشكل نهائي خلال تلك الفترة بين المضي في العقد أو العدول عنه².

لذا يتطلّب الأمر تحديد مفهوم حقّ المستهلك في العدول (المطلب الأول)، والتنظيم التشريعي لخيار العدول عن التعاقد (المطلب الثاني).

¹ ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، مجلة الحقوق، مركز النشر العلمي، جامعة البحرين، مجلد 09، العدد 01، 2012، ص. 339.

² وليد خالد عطية، عباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 04، العدد 15، 2015، ص. 897.

المطلب الأول: مفهوم حق المستهلك في العدول

يشكّل حقّ العدول تعارضاً واضحاً وصارخاً مع مبدأ القوّة الملزمة للعقد، ما دام يسمح بالرجوع عن عقد تام¹.

لذا يقتضي البحث في خيار العدول عن التّعاقّد تحديد تعريفه تحديداً دقيقاً لضمان إعماله في النّطاق الذي حدّده المشرّع (الفرع الأول)، وتمييزه عن النّظم القانونية المشابهة له (الفرع الثاني)، مع توضيح الطّبيعة القانونية للعقد المتضمّن خيار العدول (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الحق في العدول:

يمكن تعريف الحقّ في العدول من النّاحية اللّغوية (أولاً)، ثمّ تعريفه من النّاحية الاصطلاحية (ثانياً).

أولاً: تعريف العدول لغة:

العدول مصدر الفعل اللّازم (عدّل)، فيقال عدّل عدولاً، والفعل عدّل يعد بمجيء (عن) رأيه بمعنى رجع عنه، سواء بدل أم لا، وعليه فالعدول الرجوع وزناً، ومعنى مادياً أو معنوياً². فالعدول في اللّغة يدلّ على حياد الشّيء عن وجهته، وإمالته عنها³.

ثانياً: تعريف العدول اصطلاحاً:

يعرّف الفقيه **Daid Basco**⁴ العدول بأنّه: "حقّ أصيل يعطي للمتعاقد الحقّ في الانسحاب، ويرقي بالطّرف الضّعيف ويجعله وجهاً لوجه مع المتعاقد الآخر في إطار إعادة موازين القوى بين الطّرفين".

¹ نور الدين الرحالي، التّطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، مكتبة الرّشاد، بسطات، المغرب، (بدون سنة نشر)، ص. 126.

² أحمد بن محمد علي القيومي المقرئ، المصباح المنير، مكتبة لبنان، 2006، ص. 150.

³ وصال عبد الواحد خضير الخرساني، مريم عبد الحسين التميمي، العدول في القرآن الكريم، مجلّة الكليّة الإسلامية، النّجف الأشرف، المجلّد 01، العدد 40، 2016، ص. 543.

⁴ **DAID Basco**, Droit rétraction d'un aspect des rapports du droit commun des contrats, mémoire pour l'obtention du D.E.A de droit privé de la faculté de droit et de science politique –Marseille, 1999, p. 03.

ويعرّفه البعض الآخر¹ بأنه: "مكنة ممنوحة لأحد طرفي العقد يستعملها خلال مدة محدّدة للعدول عن تنفيذ العقد المبرم".

ما يمكن أن يلاحظ على هذا التعريف أنه عرّف العدول بصفة عامة دون تبيان المصدر الذي يعطي حقّ العدول.

بينما عرّفه بعض الفقه في العراق² بأنه: "ميزة قانونية أعطاها المشرّع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد إبرام العقد صحيحاً أو قبل إبرامه دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك تعويض المتعاقد الآخر عمّا يصيبه من أضرار بسبب الرجوع".

يتضح من خلال التعريف أنّه أشار إلى كون العدول ميزة أعطاها المشرّع للمستهلك على الرّغم من أنّ المشرّع العراقي في قانون حماية المستهلك قد خلا من نص خاص بهذا الخصوص³، فلم يخط الخطوة التشريعية ذاتها التي سار عليها المشرّع الفرنسي في تقريره لخيار المستهلك في الرجوع عن العقد، ولعلّ السبب في ذلك يعود إلى كون المشرّع العراقي

¹ LAURENT Bruneau, Contribution à l'étude de fondements de la protection du Contractant thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université des sciences sociales, Toulouse .2005, p. 12.

² سليمان براك دايج الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 168.

³ على الرّغم من عدم تطرّق المشرّع العراقي لخيار العدول في قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة 2010، إلا أنّ فكرة العدول لها تطبيقات في القانون المدني العراقي، وفي القوانين الخاصة، فمن تطبيقات فكرة العدول عن العقد بعد إبرامه في القانون المدني العراقي ما ورد في نصّ المادة 996 بشأن عقد التأمين، حيث نصّت على أنّه: "يجوز للمؤمن له على الحياة الذي التزم بدفع أقساط دورية، أن يتخلّل في أيّ وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية، وفي هذه الحالة تبرأ ذمّته من الأقساط اللاحقة".

أمّا تطبيقاته في القوانين الخاصة، منها قانون حماية حقّ المؤلف العراقي رقم 03 لسنة 1971، الذي أوجب إعطاء المؤلف خيار سحب مصنفه من التداول، على أساس أنّ خيار العدول يعني خيار المؤلف من استرداد مصنفه بعد نشره في حالة انتقاله إلى الغير، وتصرفه في حقوق الانتفاع المالي على أساس أنّ ممارسة هذا الخيار حقّ معنوي يستند إلى تقدير المؤلف الشّخصي، وهو ما نصّت عليه المادة 43 من نفس القانون، كذلك ما ورد في قانون النّقل العراقي رقم 70 لسنة 1973، حيث أشارت المادة 20-1 إلى إعطاء الزّاكب حقّ العدول عن عقد النّقل بعد إبرامه وقبل تنفيذه، بشرط أن يخطر النّافل.

منصور حاتم محسن، إسراء خيضر مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة المحقّق، الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، المجلّد 04، الإصدار 02، 2012، ص. 74 .75.

لا يزال يقف عند حدود القواعد العامة في القانون المدني، وفي مقدّمتها العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو العدول عنه أو حتّى تعديله بمحض إرادة أحد الأطراف¹.

وعرّفه بعض الفقه الفرنسي² بأنّه: "الإعلان عن إرادة مضادة يعترّم من خلالها المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أيّ أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل".

ما يلاحظ على هذا التعريف أنّه يتجاهل بيان طبيعة هذا الإعلان، هل هو حقّ أم رخصة أو مكنة قانونية، فهذا التعريف قاصر كونه لم يوضّح هذه المسألة، ضف إلى ذلك أنّه اكتفى ببيان الآثار المترتبة على استعمال الحقّ في العدول والتمثّلة في إنهاء العلاقة العقدية الناشئة مسبقاً، بحيث يترتّب على هذا الإنهاء إنكار أيّ أثر له في الماضي أو المستقبل.

وعرّف الفقيه الفرنسي (CORNU)³ العدول عن العقد بأنّه: "تعبير عن إرادة مخالفة يعدل من خلالها صاحب التصرف أو التصريح المنفرد بالإرادة عن إرادته ويسحبها وكأنّها لم تكن وذلك بغاية تجريدها من كلّ أثر ترتب عنها في الماضي أو سيترتب عنها في المستقبل".

وعرّفه الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل⁴ بأنّه: "منح المشرّع أحد المتعاقدين (المستهلك) خيار الرجوع عن التعاقد، على الرّغم من أنّ العقد انعقد صحيحاً وناظراً، ومكنة المستهلك ليست خياراً بمعنى الاختيار بين عدّة أشياء، كما هو الحال في الالتزام التّخييري

¹ منصور حاتم محسن، العدول عن التعاقد عبر الانترنت، مجلّة المحقّق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلّد 04، العدد 02، 2012، ص. 162.

² Solange Mirabail, La rétractation en droit privé français, L.G.D.J, Paris, 1997, p. 02.

³ GÉRARD CORNU « La rétraction est une manifestation de Volonté contraire par laquelle d' une acte ou d' une manifestation de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue afin de la prier et de tout effet passé et à venir », Rapport sur la protection de consommateur et l'exécution du contrat en droit français » in travaux l'association de Henri, Capitant, Tom 24, 1973, Dalloz, Paris, 1975, p. 726

⁴ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرّضا، دراسة لفكرة العقد غير اللّازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، مجلّة المحامي الكويتية، السنة الثانية، (يوليو، أغسطس، سبتمبر)، 1975، ص. 19.

وإنما هي إباحة قررها المشرع و هي استثناء الأصل العام لذا فإنه لا يملكها إلا من تقررت له وهو المستهلك، كما أنها قاصرة على عقود بعينها وهي عقود الاستهلاك، لأن القول بخلاف ذلك يأتي على العقد من أساسه ويهدم كل قيمة قانونية واقتصادية له".

و هذه الميزة تقررت بإرادة المشرع، فهي إذن لا تسلب ولا تقيد إلا بموجب تلك الإرادة التي قررتها، ذلك أن المستهلك في غالب الأحيان لا يقوى على الوقوف موقف النّد من التّعاقّد الآخر، لذا فهو لا يستطيع أن ينشئ مثل هذه الميزة أو المكنة بإرادته، ومن هنا كان تدخل المشرع لمنحه هذه الميزة وخشية أن تسلب على النزول عنها مسبقاً أو تقيدها بغير ما قيدها به المشرع نفسه¹.

ومن جانبنا يمكن تعريف حقّ المستهلك في العدول بأنه ميزة أو مكنة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك بعد إبرامه عقدا صحيحا الرجوع عن التّعاقّد، دون أن تترتب على ذلك الرجوع مسؤولية المستهلك، ومن دون أن يكون ملزما بتبرير ذلك².

الفرع الثاني: تمييز حقّ العدول الاستهلاكي عن النّظم القانونية المشابهة له:

قد تشترك بعض الأنظمة القانونية مع حقّ الخيار في العدول في بعض الجوانب، إلا أنّ هناك اختلافا ينبغي بيانه لإعطاء الخيار في العدول مفهوما واضحا ومستقلا، وتمييزه عن كلّ من البيع بشرط التجربة (أولا)، والبيع بالعربون (ثانيا)، والبطلان (ثالثا).

¹ سليمان براك دايج الجميلي، الرجوع التشريعي عن التّعاقّد في عقود الاستهلاك المرجع السابق، ص. 167.

² فالمستهلك عند ممارسته لحق العدول فهو غير ملزم لتبرير عدوله عن التّعاقّد، وغير ملزم بإثبات وجود عيب أو خلل في السلعة أو الخدمة محلّ التّعاقّد.

وفي هذا المعنى نصّت المادة 18-221 L من قانون الاستهلاك الفرنسي:

Article L 221-18 c .consom. f Créé par ordonnance n° 2016-301 du 14 Mars 2016 -art: « Le consommateur sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L221-23 á L221-25 ».

أولاً: تمييز خيار العدول عن البيع بشرط التجربة:

البيع بشرط التجربة هو تلك العملية الخاصة بالبيع يحتفظ من خلاله المشتري بحق تجربة المبيع لتتبيّن له صلاحيته للغرض المقصود منه، أو ليستوثق من أنّ المبيع هو الشيء الذي يطلبه.¹

وعليه لا ينعقد العقد فور تبادل الرضا، استناداً إلى المادة 1588 من القانون المدني الفرنسي²، التي تنصّ على أنّ: "البيع بشرط التجربة يفترض فيه دائماً أنّه معلق على شرط واقف"، وبذلك يبقى المال مملوكاً طوال مدة التجربة للبائع وهو الذي يتحمّل كأصل عام تبعه هلاكه، إذ لا يعقل أن تتجّه نيّة المشتري إلى تحمّل الالتزامات الناشئة عن العقد قبل أن يعلن عن رغبته في المبيع بعد إجراء التجربة، إلا أنّ هذه القاعدة ليست أمرّة، وبالتالي يستطيع الأطراف الاتفاق على مخالفتها واعتبار التجربة مجرد شرط فاسخ ليس إلا، فيتم إبرام عقد البيع بمجرد تبادل الرضا وقبل إتمام عملية التجربة مع تقرير حقّ المشتري في فسخ العقد إذا لم يقتنع بنتيجة التجربة، لهذا تمّ تشبيه خيار الرجوع في التعاقد بشرط التجربة³.

يرى بعض الفقه في محاولة للتقريب ما بين البيع المتضمّن حقّ الخيار في العدول والبيع بشرط التجربة، أنّ العقد المبرم ما بين البائع والمشتري يمنح هذا الأخير حقّ تجربة المبيع، وعليه يكون له الخيار بين قبول المبيع أو رفضه خلال مدة التجربة ففي هذه الحالة يكون البيع معلقاً على شرط واقف وهو قبول المشتري للمبيع، فإن قبله تحقّق الشرط وربّب العقد آثاره، وإن رفضه تخلّف الشرط وفسخ البيع.⁴

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلّد 01، عقد البيع، الطبعة الخامسة، (بدون دار وبلد النشر)، 1990، ص. 83.

² Le Code civil français édicte en son article 1588 que « La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous condition suspensive ».

³ يوسف شندي، المرجع السابق، ص. 268.

⁴ أحمد إبراهيم الحيارى، عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الانترنت "دراسة مقارنة في القانونين الأردني والفرنسي"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلّد 01، العدد 02، 2009، ص. 133.

وعلى الرغم من ذلك فهناك فوارق بين البيع بشرط التجربة وحقّ العدول:

1: تكون حرية المشتري في البيع المتضمّن الحقّ في العدول أوسع مدى من البيع بشرط التجربة، وذلك كون المشتري في البيع المتضمّن الحقّ في العدول لا يحتاج إلى مبررات، في حين تتقيّد حرية المشتري في البيع بشرط التجربة، بل يمكن للقضاء التّدخل أحيانا بانتداب أهل الخبرة خشية تعسّف المشتري باستعمال حقّه.

2: يتمّ البيع المقترن بالحقّ في العدول في نطاق ضيق ويشمل البيوع التي تتمّ عن بعد، في حين يتّسع النطاق في البيع بشرط التجربة، ليشمل كلّ أنواع البيوع التقليدية أو بوسائل إلكترونية¹.

3: إنّ الهدف من شرط التجربة هو تمكين المشتري من التأكّد من صلاحية المبيع للغرض الذي أعدّ من أجله، في حين أنّ الهدف من منح المشتري أو المستهلك الحقّ في العدول في البيوع التي تتمّ عن بعد، هو حماية رضا المشتري أو المستهلك لأنّه اشترى ما لم يره رؤية واقعية².

ثانيا: تمييز حقّ العدول عن البيع بالعربون:

يعرف الأستاذ محمد الشريف أحمد العربون بأنّه: "مبلغ من المال أو أيّ شيء آخر يدفعه أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد، إمّا للتأكيد على أنّ لكلّ من الطرفين الحقّ في العدول عن العقد في مقابل تركه ممّا دفعه أو ردّه مضاعفا عمّن قبضه، وإمّا للتأكيد على أنّ العقد الذي أبرمه أصبح بائنا لا يجوز الرجوع فيه"³.

¹ أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلّة الحقوق، الكويت، العدد 40، السنة 19، الكويت، ديسمبر 1995، ص. 221.

² محمد سعد خليفة، البيع عبر الانترنت وحماية المستهلك (في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحري)، مجلّة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلّد 05، العدد 01، 2008، ص. 25.

³ محمد الشريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 1990، ص. 66.

ويعرّفه خليل أحمد حسن قدادّة بأنّه: "المبلغ الذّي يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت إبرام العقد، يكون الغرض منه إمّا جعل العقد المبرم بينهما عقدا نهائيا، وإمّا إعطاء الحقّ لكلّ واحد منهما في إمضاء العقد أو نقضه"¹.

أمّا المشرّع الجزائري شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات المقارنة الأخرى، لم يعرّف العربون وإنّما اكتفى فقط بالتأكيد على دلالاته، وهو ما نصّ عليه بموجب المادة 72 مكرّر التي استحدثتها بموجب تعديل القانون المدني بمقتضى رقم القانون 05-10، التي نصّت على أنّه: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكلّ من المتعاقدين الحقّ في العدول عنه خلال المدّة المتفق عليها، إلّا إذا قضى الاتفاق على خلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقدّه.

وإذا عدل من قبضه ردّه ومثله، ولو لم يترتب عن العدول أيّ ضرر".

فالعربون وفقا لنصّ المادة 72 مكرّر من القانون المدني الجزائري هو مبلغ من المال يقوم أحد المتعاقدين بدفعه بعد اكتمال التراضي، كما في عقد البيع والإيجار كجزء من الثمن أو الأجرة مثلا، وقد يكون وسيلة لتحديد ثمن الرجوع في الاتفاق من أحد طرفيه أي ثمن عدول عن إبرام الصّفقة².

ويتشابه حقّ العدول مع البيع بالعربون من حيث تمكين المشتري من أخذ فرصة التّفكير والتّدبّر في العقد، وحقّه في فسخ أو إمضاء العقد بإرادته المنفردة.

فكلّ من خيار العدول والبيع بالعربون يرتبان الأثر نفسه الفاسخ، عندما يعلن المتعاقد عن رغبته بخيار العدول عن العقد دون الالتزام بتقديم المبررات.

وعلى الرّغم من ذلك، فالبيع المتضمّن خيار العدول لا يعتبر بيعا بالعربون ولا يتساوى معه في الحكم، لوجود فوارق جوهرية بين العربون كبديل للعدول، وحقّ العدول عن العقد، نذكر منها:

¹ خليل أحمد حسن قدادّة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 50.

² رمزي بيّدا الله الحجازي، المرجع السّابق، ص. 138.

1: يكون الحقّ في العدول عن العقد من النّظام العام، إذا كان مقرّراً لمصلحة المستهلك ونصّ القانون على ذلك، في حين لا يعدّ من النّظام العامّ العربون بوصفه مقابلاً للعدول عن العقد لأنّه جاء استثناءً من الأصل¹.

2: يعدّ المستهلك وفق مكنة العدول صاحب الحقّ في الفسخ، فهو الوحيد الذي يملك حقّ الفسخ، على خلاف العدول في التّعاقّد بالعربون الذي يستفيد منه طرفا العقد (البائع والمشتري) إضافة إلى كونه لا يترتّب على المستهلك أية نفقات جرّاء استخدامه لمكنة العدول، حيث يتمتّع المشتري (المستهلك) بخيار العدول خلال مدّة معيّنة دون أن يفقد أيّ جزء من ثمن المبيع والعكس في عدول المتعاقّد في العربون فيترتّب عليه خسارة مالية، حيث يفقد المشتري الذي دفع العربون المبلغ الذي دفعه إذا عدل عن التّعاقّد باعتباره ثمناً للعدول².

فالعربون بهذا المعنى يعطي للأطراف الحقّ في التّفكير والتّروي قبل الإقدام على الارتباط التّنهائي بالعقد وتنفيذه³.

3: إنّ العدول بمقتضى أحكام العربون يتضمّن طابعاً مالياً لممارسة هذا الخيار، إذ أنّ عدول المشتري عن العقد يؤدي إلى خسارته للعربون، أمّا عدول البائع فإنّه يلتزم بتأديته مضاعفاً إلاّ إذا اتّفق على خلاف ذلك⁴.

4: يعتبر البيع بالعربون واسع النّطاق، ويمكن تطبيقه على جميع العقود مقارنة بالبيع المقترن بالحقّ في العدول، الذي يكون محصوراً في بيع السلع أو توريد الخدمات عبر الوسائل

¹ علا عمر محمّد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التّجارة الإلكترونيّة، دراسة مقارنة، الطّبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2017، ص. 543.

² وائل نافذ سفر جلاني، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع، مذكرة ماجستير، جامعة بيروت العربيّة، لبنان، 2001، ص. 56.

³ Daniel. Mainguy, Contrats spéciaux, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 73.

⁴ عدنان السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشّخصية، دار الثقافة، عمّان، 2005، ص. 106.

الإلكترونية¹، مع أنه يمكن أن يكون هذا الخيار مصدره الاتفاق، وبهذا الخصوص يقترب الحق في العدول من العيوب².

ثالثاً: التمييز بين العدول والبطلان:

يتشابه النظامان في الأثر المترتب عليهما، وهو زوال العقد زوالاً كلياً منذ لحظة إبرامه واعتبار العقد كأن لم يكن، إلا أن هذه النتيجة المشتركة تنفي وجود الفوارق بينهما³. فالبطلان هو الجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط الانعقاد أو الصحة⁴، فيكون مطلقاً إذا لم يتوافر ركن من أركان العقد أو تخلف شرط من الشروط القانونية في المحل أو السبب، كما قد يكون نسبياً إذا لم تتوافر شروط صحة الرضاء أو إذا كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية، وهذا هو المعيار الذي سار عليه الفقه التقليدي في التفرقة بين نوعي البطلان، وقد أخذ التقنين المدني الجزائري بهذا المعيار كأساس للتفرقة بين نوعي البطلان⁵.

أما العدول عن التعاقد فإنه يلحق عقداً صحيحاً نافذاً واجب التنفيذ من حيث الأصل ولكن المشرع منح المستهلك فرصة إنهاء العقد خلال مدة معينة بعد نشوئه⁶، نظراً لما يترتب على خيار العدول من جعل العقد الذي يلحق به عقد غير لازم فإنه يدخل شكاً وريبةً في مستقبل هذا العقد، لذلك تعين أن يكون خيار العدول مؤقتاً بمدة معينة يمارس خلالها

¹ أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص. 225.

² أيمن مساعدة، علاء خصاونة، المرجع السابق، ص. 166.

³ سليمان براك دايج الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، ص. 171.

⁴ لكي يقوم العقد صحيحاً، ينبغي أن تتوفر الأركان الأساسية اللازمة لذلك، وهي التراضي، المحل، السبب، والشكلية بالنسبة للعقود الشكلية.

فمن جهة، كما يلاحظ أن المحل والسبب ركنان في الالتزام الناشئ عن العقد، ومع ذلك جرى الفقه على ذكرهما كركنين في العقد، ومن جهة ثانية وضع المشرع الجزائري أركان العقد تحت عنوان شروط العقد في القسم الثاني، وهي تسمية غير دقيقة ومنقّدة، والصحيح أن للعقد أركان انعقاد وشروط صحة، وقد فرض المشرع على تخلف أحد هذه الأركان البطلان المطلق، بينما يترتب على تخلف شروط صحة العقد قابلية العقد للإبطال أو البطلان النسبي.

فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 55.

⁵ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 241.

⁶ رمزي بيذا الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص. 136.

العدول، وهذه المدة تكون قصيرة بالرغم من التقارب الواضح بين النظامين، إذ في كليهما يثبت لأحد المتعاقدين خيار الاستمرار في العقد والإبقاء عليه أو إعدامه أو إزالته إلا أن هناك فروق جوهرية بين النظامين:

1: تقررت مكنة العدول من قبل المشرع للطرف الضعيف في العلاقة العقدية الذي هو المستهلك، أي أن هذه المكنة منحت لطرف واحد من أطراف العقد، فمن حق المستهلك نقض العقد بإرادته المنفردة ودون حاجة لإقامة دعوى، بينما العقد القابل للإبطال ليس حكرًا على طرف معين، بل يجوز لمن له مصلحة في البطلان أيًا كان وضعه في العلاقة التعاقدية (بائع أو مشتري) أن يتمسك به¹.

2: أن قابلية العقد للإبطال لا تمنع من إنتاج العقد لآثاره، في حين أن خيار العدول يمنع العقد من إنتاج آثاره حتى تمر المدة المحددة لممارسة خيار العدول.

3: لا يلزم من تقرر خيار العدول لمصلحته بتقرير أسباب تبرر عدوله عن العقد، بل هو يتقرر بمجرد إرادة أو مشيئة المستهلك له أن يعدل وله أن يمضي في العقد، فإذا أراد العدول فإن ذلك يكون بإرادته المنفردة دون توقف على إرادة المتعاقد الآخر، ودون حاجة لإقامة دعوى بخلاف البطلان النسبي فإنه يكون بناءً على أسباب محددة مسبقًا، تتعلق بما يصيب ركن الرضا من خلل، وإذا أراد من تقرر البطلان النسبي لمصلحته نقض العقد، فلا يتم ذلك إلا من خلال القضاء أو الاتفاق، لذلك فعدم لزوم العقد معه يكون عدم لزوم نسبي أو مقيّد بعكس عدم لزوم العقد الجائز العدول عنه لتضمنه خيار العدول، فهو مطلق حيث يتوقف العقد على محض مشيئة صاحب الخيار فقط².

¹ محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، 2003، ص. 168.

² حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزامات وأحكام الالتزام واثبات الالتزام، (بدون دار نشر)، بغداد 1976، ص. 137.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لحقّ العدول:

إنّ خيار العدول يفترض وجود عقد سبق إبرامه باتّفاق إرادتين، ثم تأتي إرادة أحدهما فقط لتنتقض ذلك العقد وتهدمه. فإذا كان العدول بوصفه تصرفاً قانونياً صادراً بإرادة منفردة يعبر من خلالها المستهلك عن قدرته على نقض العقد، فهل يعدّ هذا الخيار حقّاً؟

وإذا عدّ حقّاً فبأيّ معنى، هل بمعنى الحقّ الشّخصي أم بمعنى الحقّ العيني؟ وإذا تعذر عدّه حقّاً، فما هو التّكييف القانوني له؟

إزاء هذه التّساؤلات اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لخيار العدول، برزت أربعة اتجاهات، فحسب وجهة الرّأي الأول: يرى أنّه حقّ شخصي (أولاً)، ويرى الرّأي الثاني أنّه حقّ عيني (ثانياً)، فيما يرى الرّأي الثالث أنّه مكنة قانونية (ثالثاً)¹، أمّا الاتجاه الرابع فيرى أنّ خيار العدول مكنة قانونية أو حقّ إرادي محض (رابعاً).

أولاً: خيار العدول حقّ شخصي:

ذهب جانب من الفقه² إلى اعتبار العدول حقّاً شخصياً، وذلك استناداً إلى كون الحقّ الشّخصي ينشأ بالاعتماد على الرّابطة العقدية بين الدّائن والمدين، إذ بمقتضى هذه الرّابطة يمكن للدّائن أن يطالب مدينه بأن ينقل حقّاً عينياً، أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل.

ومن هنا ذهب أنصار هذا الرّأي إلى أنّ خيار العدول يندرج ضمن طائفة الحقوق الشّخصية، تأسيساً على أنّ الرّابطة أو العلاقة بين الدّائن والمدين التي تميّز الحقّ الشّخصي متوقّرة في هذا الخيار، فالخيار يتضمّن علاقة قانونية واضحة بين من تقرّر الخيار لمصلحته ومع من يمارس الخيار في مواجهته، لأنّه يتكوّن من سلطة يملكها من له الخيار تخوّله تنفيذ العقد أو رفضه والتّحلل منه بإرادته المنفردة، وهذه السّلطة في تنفيذ العقد أو العدول عنه تمارس في مواجهة شخص معيّن هو غريمه في التّعاقد، وبذلك تكون قد اكتملت في خيار العدول عناصر الحقّ الشّخصي وجوهره، فهو حقّ شخصي مقرّر للمستهلك

¹ موفق حماد عبده، المرجع السّابق، ص. 230.

² NADJAR Ibrahim, Le droit d'option, contribution à l'étude de droit positif et de l'acte Unilatéral, L.G.D.J, Paris, 1967, P. 107.

يخضع لمطلق تقديره وبمارسه وفقا لما يراه محققا لمصالحه، فهو ليس ملزم بإبداء أسباب معينة للعدول، بمعنى أن استعمال المستهلك لهذا الحق لا يؤدي إلى قيام المسؤولية¹.

إلا أنه من الصعب وصف العدول بأي شكل من الأشكال بأنه حق شخصي، ذلك أن رابطة المديونية تستوجب تدخّل المدين لتنفيذ الالتزام، بينما نرى أن العدول لا يستلزم مثل هذا التّدخل من قبل المدين، فالشخص تقرّر له هذه المكنة حتى يستطيع العدول ولو رفض الطرف المقابل ذلك، ضف إلى ذلك أنه من الصّعوبة قبول هذا التّكييف، لأنّ من تقرّر خيار العدول لمصلحته لا يملك السلطات التي تثبت للدائن تجاه المدين في الحقّ الشخصي فالمستهلك الذي يثبت له الخيار لا يملك أية سلطة في مواجهة المحترف، ولا يستطيع أن يطالبه بأيّ دور إيجابي أو سلبي، وكلّ ما يثبت له هو إمّا إمضاء العقد أو نقضه.

ثانيا: خيار العدول حقّ عيني:

تتمثّل الحقوق العينية في قدرات وإمكانيات أو مزايا أو سلطات مباشرة، يقرّها القانون لشخص صاحب الحقّ على شيء معيّن، سواء كان عقارا أم منقولاً².

يرى أنصار هذا الرّأي أنّ العدول يقترب من الحقّ العيني، تأسيسا على أنّه يقع على عين معينة ويمنح المستهلك سلطة نقض العقد على نحو يشكّل سلطة مباشرة على الشيء محلّ العقد³.

إلا أننا نرى العكس، فهذا الرّأي يصطدم مع طبيعة الحقّ العيني، والذي يعرف بأنه "سلطة مباشرة على شيء معيّن".

ففي العدول لا يمارس المتعاقد (المستهلك) الذي تقرّر له العدول سلطة مباشرة على شيء معيّن، بل إنّه بالعدول ينهي العقد الذي أبرمه متسرّعا من دون تروّ وتبصّر، وبالتالي لا يمارس سلطة مباشرة على العين، سواء أكانت هذه السلطة تنصب على التّصرف أو

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 225.

² أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النّظرية العامة للحقّ وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص. 241.

³ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 771.

الاستغلال أو الاستعمال لتلك العين،¹ إلى جانب ذلك أنّ خيار العدول لا يمنح المستهلك سلطة على شيء، بل يمنحه القدرة على هدم العقد بعد إبرامه، وعليه لا يمكن الفصل على أنّ خيار العدول حقًا عينياً.²

ثالثاً: اعتبار حقّ العدول رخصة:

ذهب جانب من الفقه³ إلى القول بأنّ العدول عن العقد هو رخصة، والرخصة هي أيّ مكنة واقعية لاستعمال حرّية من الحرّيات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرّية من الحرّيات العامة، أي أنّها تأتي بمعنى الإباحة، فمعلوم أنّ كلّ مباح ممكن قانوناً فكلّ شخص التعاقد والتّمكك، وهو ما يطلق عليه بحرّية التعاقد وحرّية التّمكك.

فالرخصة إذن هي وسيلة قانونية يستطيع الشخص بها أن يحدث آثاراً قانونية، إلّا أنّه لا يمكن اعتبار العدول من قبيل الرخص، على الرّغم من أنّ من تقرّر له يستطيع إحداث آثار قانونية، إذ من بين تلك الآثار أيضاً أنّه بالعدول ينشأ التزام على عاتق الطرف المقابل وهو الامتنال للقرار الذي اتّخذه المستهلك بالعدول والخضوع للآثار المترتبة عليها وهذا ما لا نجده في الرخص.⁴

رابعاً: خيار العدول مكنة قانونية أو حقّ إرادي محض:

لقد ذهب رأي في الفقه⁵ إلى القول بأنّ عدول من تقرّر له الحقّ في تعاقدّه، وإن كان يتمّ بالإرادة المنفردة إلّا أنّه لا يعدّ حقّاً شخصياً.⁶

¹ ناصر خليل جلال، المرجع السابق، ص. 346.

² موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. 232.

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 114.

⁴ رمزي بيّدا الله حجازي، المرجع السابق، ص. 132. 133.

⁵ منصور حاتم محسن، إسراء خيضر مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلّة المحقّق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 02، السّنة 40، 2012، ص. 06.

⁶ يتمّثل الحقّ الشّخصي في علاقة الاقتضاء بين الدائن والمدين، فالدائن لا يستطيع الحصول على حقّه إلّا بواسطة تدخّل المدين.

كما لا يعدّ حقًا عينياً¹، بينما يختلف الأمر في إطار العدول عبر الانترنت فلا مكان لهذه العلاقة، حيث أنّ المستهلك بإرادته المنفردة يتمكّن من إنهاء العقد دون حاجة إلى أيّ تدخّل من جانب المحترف المتعاقد معه، لأنّ خيار المستهلك هذا لا يخوّله السّلطة على شيء، بل يمنحه إمكانية إبرام العقد الذي سبق وأن أبرمه من جهة، ومن جهة أخرى إذا لم يكن خيار المستهلك حقًا فهو ليس رخصة وليس بحرّيّة أيضاً، في حين حدّد القانون الطّرف المستفيد من خيار العدول وهو المستهلك، ومن يستعمل في مواجهته وهو المحترف، كما قيّد استعمال الخيار بمدة معيّنة تنقضي بإمكانية استعماله بمضي هذه المدة.

لذا، فخيار المستهلك في العدول حسب هذا الفقه يحتل مرتبة وسطى بين الحقّ بمعناه الدقيق والحرّيّة، فهو أعلى مرتبة من هذه الأخيرة ولكنّه لا يصل إلى حدّ الاقتضاء أو التسلّط بل يعدّ مكنة قانونية².

فهو حقّ تقديري³، يمكن للمستهلك ممارسته بإرادته ولا يمكن الطعن فيه عن طريق الدّعوى المدنية⁴، وهو يختلف من حيث المضمون عن الحقوق العادية لما تتميز به هذه المكنة بقدرة صاحبها على إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة، فهي مكنة جوهرها سلطة التّحكّم في مصير العقد الذي تقرّر هذا الخيار بشأنه ويؤكّد ذلك أنّ خيار العدول لا يقابله واجب أو التزام على من يستعمل هذا الحقّ في مواجهته⁵.

لذا نرجّح ما ذهب إليه الاتّجاه الأخير في الفقه كونه الأقرب إلى الصّواب.

¹ يخوّل الحقّ العيني لصاحبه سلطة على شيء، فالعلاقة في الحقّ العيني هي علاقة تسلّط لصاحب الحقّ على الشيء محلّ الحقّ، فالعلاقة مباشرة وواضحة.

² لقد وردت عدّة تعريفات فقهية لمصطلح المكن، نذكر البعض منها، ليس لعدم أهميتها وإنّما لكثرتها، فيقصد بها:

أ: قدرة الشّخص للتعبير عن إرادته دون حاجة إلى تدخل الطرف المقابل على إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية.

ب: قدرة الشّخص بالتعبير عن إرادته المنفردة دون حاجة إلى تدخل الغير.

ج: قدرة وصلاحيّة الشّخص على إحداث آثار قانونية وإيرادته المنفردة.

ناصر خليل جلال، المرجع السابق، ص. 347.

³ تنصّ الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التّوجه الأوروبي رقم (97/7/EC)، على أنّه:

Art.6/3: “ Sauf si les parties en ont contenu autrement, le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu au paragraphe 1 pour les contrats”.

⁴ BRUNEAU Laurent, Op, cit, P. 408.

⁵ إسراء خيضر مظلوم، منصور حاتم محسن، العدول عن التّعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص. 55.

المطلب الثاني: التنظيم التشريعي لخيار العدول

يعدّ خيار المستهلك في العدول من الركائز الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني لحماية المستهلك بصفة عامة وفي عقود التجارة الإلكترونية بصفة خاصة، فالعلة في تقرير هذا الالتزام تتمثل في محاولة إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية، نظرًا لظروف إبرام هذه العقود والتمثلة في انعدام القدرة على رؤية محل العقد حقيقة، أو مناقشة شروط العقد صراحة.

يمارس المستهلك هذه المكنة بإرادته المنفردة، دون اللجوء إلى القضاء ودون اشتراط موافقة المحترف أو البائع، وحتى لو لم يخلّ هذا الأخير بالتزاماته، كما أنّ هذا الخيار يدخل ضمن الخيارات المؤقتة التي تنقضي إمّا باستعماله أو بسريان المدة المحددة لممارسته.

وأنّ التشريعات¹ التي أقرت هذا الخيار، في أغلب الأحيان جعلت الأحكام المنظمة لهذا الخيار متعلّقة بالنظام العام، وبالتالي لا تجيز للمستهلك النزول عنه ويقع باطلاً أي شرط يقضي بغير ذلك.

¹ من بين التشريعات المنظمة لحقّ العدول، نذكر مثلاً التشريع الفرنسي الذي كرس حقّ العدول لأول مرة في التشريع الصادر في 12 جويلية 1971 الخاص بالتعليم بالمراسلة، كذلك نصّ المشرع الفرنسي على حقّ العدول في التشريع الصادر في 22 ديسمبر 1972، وهو القانون 1137-72 الخاص بالبيع والترويج له بعيداً عن أماكن البائع أو البيع بالمنزل.

FROGER Didier, Les déposition d'ordre public visant á préserver la réflexion des contractants, Dalloz, 1980, chron, P. 178.

تمّ توالت القوانين المنظمة لحقّ العدول في فرنسا تحت مسميات مختلفة، أهمّها قانون 22-78 الصادر في 10 جانفي 1978.

كذلك القانون التساوي الصادر سنة 1961 الخاص بالبيع الائتماني، إذ خوّل للمشتري حقّ العدول عن العقد إذا تمّ التعاقد خارج مجال ومحلّ ممارسة البائع لنشاطه.

كذلك القانون الأسترالي الصادر في سنة 1968 الخاص بالبيع الائتماني، والقانون البلجيكي الصادر في 08 جويلية 1967، المتعلّق بالبيع بالتقسيت، والقانون الألماني الصادر سنة 1969 بشأن البيع الوارد على بعض القيم المنقولة ويمقتضى القانون الصادر في 1974 بشأن البيع بالتقسيت، والقانون الصادر في 1967 بشأن التعليم بالمراسلة، حيث منح الطالب الحقّ في الرجوع عن العقد الذي أبرمه مع المؤسسة التعليمية.

إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون، المرجع السابق، ص. ص. 77-79.

لذا انطلاقاً من هذه المبررات وغيرها نظمت القوانين الخاصة بحماية المستهلك وعقود التجارة الإلكترونية هذا الخيار بوصفه خياراً تشريعياً، من خلال تحديد ضوابط ممارسة خيار العدول (الفرع الأول)، وتحديد آثار ممارسته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط ممارسة خيار العدول:

يجد العدول عن التعاقد مصدره في القانون¹، ويحدّد هذا المصدر الإجراءات والشروط الواجب مراعاتها عند ممارسته، حيث أنّ هذه المكنة تتقرّر استثناءً من القاعدة العامة، ولخطورة ما تنطوي عليه من آثار فإنّ جميع أحكامها متعلّقة بالنظام العام، وعليه فإننا نستبعد الاتفاق على أحكام منظّمة أو معدّلة للآثار التي نصّ عليها المشرّع في القوانين التي أقرت هذه المكنة².

والملاحظ أنّ غالبية القوانين الاستهلاكية تنصّ على أنّه في العقود المبرمة عن بعد وتحديداً في علاقة المحترف بالمستهلك، يكون لهذا الأخير العدول عن العقد الإلكتروني بعد إبرامه وإعادة السلعة، دون أن يكون ملزماً بأداء مصروفات ما عدا المصروفات المحتملة لإرجاع السلعة، والعلّة في ذلك لو أنّ المستهلك تمّ تحميله جزاءات أيّاً كان شكلها نتيجة عدوله عن العقد، فإنّ هذا الأمر سيؤدي في حالات كثيرة إلى امتناعه عن استعمال هذا العقد تفادياً لما يلحق به من جزاء كونه يستخدم مكنة منحها له المشرّع، بيد أنّ ممارسة هذه المكنة يجب ألاّ يكون على حساب مضرّة الطرف الآخر وهو المحترف ولا سيما عند انتفاء أيّ مبرر للعدول.

فالغاية من إقرار حقّ المستهلك في العدول هو إعادة التوازن في العلاقة بين المستهلك والتاجر المحترف، وليس من المقبول خلق نوع جديد من عدم التوازن ولكن على حساب التاجر المحترف هذه المرّة.

¹ يعدّ مصدر خيار العدول عن العقد نصّ القانون الذي أراد به المشرّع تحقيق التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية نتيجة التباين المستمر، بل وازدياد ذلك التباين واتساع الفجوة بين المهني والمستهلك، فأوجد تلك الوسيلة-العدول- حماية للمستهلك قدر المستطاع، ونصّ عليها في قوانين حماية المستهلك، والتي قد يأبى المهني إعطائها للمستهلك اتفاقاً.

وليد خالد عطية، عباس عبد الصمد عباس، المرجع السابق، ص. 898.

² سليمان براك دايج الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص. 207.

لذلك فإنّ منح المستهلك حقّ العدول يجب أن يكون مقيداً بعدة قيود تحفظ للعقد توازنه، والمتمثلة في تحديد مدة معينة يلتزم بها لممارسة حقّه في العدول عن العقد (أولاً) مع حصره بحالات لا يمكنه ممارسة حقّ العدول (ثانياً).

أولاً: تحديد مدة ممارسة خيار العدول:

يتميّز حقّ العدول أصلاً بأنه حقّ مؤقت، يجب أن يمارس خلال فترة زمنية محدّدة الأهداف التي من أجلها تقرّر هذا الحق¹، ويقع على عاتق المستهلك التقيّد بهذه المدة من أجل ممارسة حقه²، أمّا بعد انتهاء المدة المحدّدة للعدول وعدم إفصاح المستهلك عن رغبته في استعمال هذا الحقّ والتزام الصّمت عندئذ يستقرّ العقد نهائياً ويصبح المستهلك ملزماً بتنفيذ مجمل الالتزامات الواردة في العقد³.

وعليه من حقّ المستهلك خلال المدة المحدّدة الرجوع لإنهاء العقد والمطالبة باسترداد المبلغ المدفوع وليس للمهني أن يطلب منه التّعويض عن الخسارة التي لحقته نتيجة استعمال المستهلك لحق العدول ولا المطالبة عن تفويت الفرصة⁴.

لذلك يرى بعض الفقه⁵ أنّ شرط المدة يعدّ من أهمّ الشّروط الواجب استيفاؤها في خيار العدول حتى تضمن فعاليته، وذلك لكونه يشكّل مخالفة واضحة لمبدأ القوّة الملزمة

¹ زايد عماد الموساوي، إيمان فريق شكري، الحماية الخاصة للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، مجلة المحقّق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 03، 2015، ص. 97.

² PATRICK Thieffry, Commerce électronique: droit international et européen, Litec, Paris, 2002, p. 172.

³ كيلاني عبد الرحمن محمود، حقّ المستهلك في العدول عن العقد بين متطلّبات الحماية والقوّة الإلزامية للعقد، دراسة في القانون الفرنسي بالتطبيق على عقود البيع في محلّ الإقامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص. 77.

⁴ زغبى عمار، الحقّ في العدول عن التّعاقّد ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكّر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 09، 2009، ص. 124.

⁵ يرى رأي آخر في الفقه أنّ المستهلك حتى يمكنه ممارسة حقّه في العدول، لا بدّ أن تتوافر ثلاثة شروط أساسية وهي:

1: أن تكون السلعة في حالة جيّدة.

2: أن يمارس المستهلك حقّه في العدول في المدة المقرّرة لذلك.

3: أن يحضر المستهلك وثيقة الشراء.

OLIVIER d'Auzon, Le droit du commerce électronique, édition du puits fleuri, Paris, 2004, P. 54.

للعقد، لأنه يسمح للمستهلك التَّحَلُّل من العقد الإلكتروني بإرادته المنفردة، ولهذا وجب أن تكون مهلة العدول مضبوطة من قبل التشريعات التي أقرت هذا الخيار، سواء من حيث بيان اللحظة التي يبدأ سريان هذه المدّة أو من حيث تقديرها.

وبالتالي، لا بدّ أن تكون المدّة التي يتعيّن على المستهلك التقيد بها مضبوطة بدقّة والتي تختلف بحسب ما إذا كان محلّ العقد منتجات و سلع، أو إذا كان تأدية خدمة.

1: بدء سريان مهلة العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني في مجال بيع السلع والمنتجات:

عرف أجل العدول في البداية نوعاً من الاختلاف لدى التشريعات الأوروبية، فنجد المشرّع الفرنسي حدّد في الفقرة الأولى من المادة ل121-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993¹، المدّة التي يتعيّن خلالها المستهلك ممارسة حقّه في العدول بسبعة (07) أيام كاملة ابتداءً من تسلّم السلعة.

وإذا كان الأصل أنّ هذه المدّة كافية لكي يتدبّر المستهلك أمره ويفحص المبيع فحصاً دقيقاً بما يجعله يتخذ قراره عن تفكير وتبصّر كاف، إلا أنّ المشرّع رأى أنّ هذه المدّة غير كافية²، وأجاز للمستهلك تمديدتها في حالتين:

الحالة الأولى: قابلية تمديد الأجل إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا اتّضح للمستهلك أنّ المعلومات الواردة في المادة ل121-19 من تقنين الاستهلاك قد تمّ إعلامه بها من طرف المهني بطريقة معيبة.

الحالة الثانية: تمديد أجل سبعة (7) أيام إلى اثني عشر (12) شهراً، في الحالة التي يتخلّف فيها المهني عن إعلام المستهلك.

ما يلاحظ أنّ الدّول الأوروبية اختلفت في تقرير أجل العدول، لكنّ سرعان ما تداركت الأمر، واستجابت لرغبة دول الاتّحاد الأوروبي في توحيد مختلف الآجال المعمول بها

¹ Le Code de la consommation français n° 949-1993 édicte en son article 121-20 que « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exerce son droit de rétraction..... ».

² محمدّ يونس، حقّ المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية للأحقة للمستهلك، أكاديمية شرطة دبي، 2016، ص. 27. مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

https://www.dubaipolice.ac.ae/academy_prod/ar/acad_gallery/show_image.jsp?...

فجعلت الأجل مشتركاً وحددته بمدة أربعة عشر يوماً (14)، وهذا الأجل نصت عليه المادة 09 من التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين، وهو الموقف الذي تبنته عدة تشريعات أوروبية منها:

التشريع الفرنسي في المادة ل121-21 من قانون الاستهلاك¹، والتي تم إدراجها بموجب المادة 210 من القانون 990-2015 الصادر بتاريخ 06 أوت 2015²، والتي حددت احتساب أجل العدول بالنسبة للعقود الواردة على السلع من يوم التسلم من قبل المستهلك، أو من الغير الذي يعينه³، مع تحمله المصاريف الناتجة عن إرجاع البضاعة إذا استلزم الأمر ذلك⁴، وتكون هذه المدة قابلة للتديد إلى اثني عشر (12) شهراً في حالة عدم إعلام المحترف المستهلك بحقه في العدول والأجل المقرر لذلك والنموذج المحدد لممارسة حق العدول، وذلك ما كرسه المشرع الفرنسي في المادة ل121-20⁵.

وكذلك التشريع الألماني تبنى نفس التوجه في الفقرة الثانية (2) من المادة 355 من القانون المدني.

ما يلاحظ أنّ التشريعات الحديثة أعطت للمستهلك مكنة الرجوع بمجرد ملء وإرسال الاستمارة الخاصة بالعدول في الأجل المحدد، وليس مهماً أن يكون ذلك بالطريقة التقليدية للإرسال أو بالطرق الحديثة عن طريق الانترنت مثلاً، وهذا ما نصّ عليه التوجيه الأوروبي

¹ Article L221-18. C. consom. f Dernière modification le 01 Janvier 2017 -document généré le 06 Janvier 2017, Copyright©2007-2017 Legifrance « **Le consommateur dispose un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétraction d'un contrat conclu à distance....** ».

² Loi n° 2015-990 du 06 Août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique, J.O.R F n° 0181 du 07 Août 2015.

³ رباحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83-2000، المتعلق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 03، 2016، ص. 145.

⁴ **EK Elodie**, La directive du 25 Octobre 2011 et la loi Hamon du 17 Mars 2014 relative aux droits des consommateurs sur le vent à distance, mémoire de master 2 recherche, mention droit des contrats, université PARIS-SUD, 2013-2014, P. 24.

⁵ Article 221-20 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art « **Lorsque les information relatives au droit de rétraction n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2° de l'article 221-5 le délai de rétraction est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétraction initial, déterminé conformément à l'article L221-5** ».

رقم 38-2011، المتعلق بحقوق المستهلكين في الفقرة الأولى العبارة الأولى، وكذا الفقرة الثالثة من المادة 11¹، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي².

ولعلّ من الأمور المستجدة التي جاء بها التوجيه الأوروبي في تعديله الأخير، وتبعته في ذلك التشريعات الأوروبية، حالات لم يسبق الإشارة إليها في التوجيه الأوروبي رقم 7/97 والتي تتمثل فيما إذا تعلّق العقد بطلب عدّة سلع، تُسلم كلّ سلعة منفصلة عن الأخرى، أو طلب سلع تتكوّن من عدّة قطع أو أجزاء، فإنّ الأجل فيها يبدأ احتسابه من آخر سلعة أو قطعة أو جزء تمّ تسلمه، وإذا تعلّق العقد بتقديم سلعة بشكل دوري منتظم لمدة محدّدة، فإنّ الأجل يحتسب من وقت تسلم أول سلعة، وهو ما أكّده المادة ل221-18 من قانون الاستهلاك الفرنسي³.

تجدر الإشارة إلى مسألة مهمّة كثيرا ما تصادف المستهلكين في معاملاتهم، وهي حالة إذا تمّ تسليم سلعة غير مطابقة، فهل يمكن للمستهلك حينها استعمال حقّ العدول بدلا من استعمال حقه في طلب إعادة إرسال سلعة مطابقة؟ وما هي المدّة الزمنية للممارسة حقّ العدول؟

حسب وجهة نظر بعض الفقه⁴ أنّ هذه الحالة تعطي للمستهلك الخيرة بين الاستمرار في العلاقة التعاقدية والحصول على سلعة مطابقة، وله الحقّ بذلك المطابقة بالضمان طبقا

¹ رباحي أحمد، المبادئ العامة لحقّ العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83-2000 المتعلق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي، المرجع السابق، ص. 148.

² Article L 221-21 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art « **Le consommateur exerce son droit de rétraction en informant le professionnel de sa décision de se rétracter par l'envoi, avant l'expiration d délai prévu à l'article L221-18, du formulaire de rétraction mentionné au 2°de l'article L221-5 ou de toute déclaration, dénuée d'ambiguïté, exprimant sa volonté de se rétracter**».

³Article L221-18 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art ”**Dans le cas d'une commande portant sur plusieurs biens livrés séparément ou dans le cas d'une biens composé de lot ou de pièces multiple dont la livraison, est échelonnée sur une définie le délai court à compter de la réception du dernier biens, ou de la dernière pièce. Pour les contrats prévoyant la livraison régulière de biens pendant une période de définie, le délai court à compter de la réception du premier bien**».

⁴ Le forum des droits sur internet, Recommandation du 31 Août 2007, droit de la consommation appliqué au commerce électronique. Disponible sur le site : www.lexisnexits.fr/pdf/DO/reco-conso-2007083.pdf, dernière visite le 29jin2013.p.56.

للقواعد المنظمة لضمان المطابقة المنصوص عليها في قانون الاستهلاك، أو طبقاً لقواعد ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في القانون المدني، كما يمكن للمستهلك أن يستعمل حقه في العدول إذا أراد الحصول على ما دفعه ثمناً للسلعة، وميزة هذا الحل أنه يسمح للمستهلك الحصول على ثمن السلعة كاملاً وبسرعة مقارنة بدعوى الضمان، وما تنطوي عليه من شروط وتعقيدات وطول أجل.

من التشريعات العربية التي تبنت فكرة احتساب مدة العدول من تاريخ تسلّم السلعة المشرع التونسي في الفصل 30 من القانون رقم 83 لسنة 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية¹، وكذلك المشرع الفلسطيني في المادة 55 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني²، والمشرع اللبناني في المادة 55 من قانون حماية المستهلك³.

بينما أقر المشرع الجزائري حق المستهلك في استبدال السلعة وإرجاع الثمن، غير أنه اشترط ذلك في حالة وجود عيب فيها، دون أن يحدّد المدة التي يحقّ للمستهلك أن يسترجع الثمن، فالمشرع الجزائري لم يقرّ حق المستهلك في العدول بمعناه الحقيقي، لكنّه أجاز له أن يمارس حقه في ردّ السلعة واسترجاع الثمن في حالة وجود عيب في المنتج، دون أن يتحمل أعباء إضافية⁴.

ولقد أثارت مسألة اليوم الذي يتمّ فيه التسليم الكثير من الجدل والنقاش في التشريع الفرنسي، فهل يدخل في حساب مدة الردّ أو لا، وقد أجابت على ذلك محكمة النقض

¹ الفصل 30 من القانون رقم 83 لسنة 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي تنصّ على: "يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب بالنسبة للبضائع ابتداءً من تاريخ تسلّمها من قبل المستهلك".

² تنصّ المادة 55 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة (50) من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء خلال عشرة أيام تحتسب ابتداءً من تاريخ تسلّم المستهلك للبضاعة"

³ تنصّ المادة 55 من قانون حماية المستهلك اللبناني على أنه: "وإلا لأي نصّ آخر يجوز للمستهلك الذي يتعاقد عن بعد العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة، وذلك خلال مهلة عشرة أيام تسري اعتباراً إما من تاريخ التعاقد فيما يتعلّق بالخدمات أو من تاريخ التسليم فيما يتعلّق بالسلعة".

⁴ حوالمف عبد الصمد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي-الشلف- قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 15، جانفي 2016، ص. 127.

الفرنسية بالنّفي، ولقد كرّس المشرّع الفرنسي هذا القضاء في صياغته لقانون 6 يناير 1988¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ التّشريعات التي أقرّت حقّ المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني لم تحدّد الطّرف الذي يقع عليه إثبات التّسليم والذي بمقتضاه يبدأ سريان مهلة العدول، غير أنّه لا مانع من تطبيق القواعد العامة فيما يخصّ هذه المسألة، فالمحترف في حالة تمسكه بفوات المهلة المحدّدة لإعمال حقّ العدول فهو يتحمّل عبء إثبات ذلك².

2: بدء سريان مدّة عدول المستهلك عن العقد في مجال أداء الخدمات:

يعرّف بعض الفقه³ عقود تقديم الخدمات الإلكترونية بأنها: "تلك العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الانترنت، لا المعلومات المنشورة فيها، فتجهيز وتقديم خدمة الانترنت هي سبب للوصول إلى المعلومات المنشورة في الشبكة".

وعرّفها المشرّع الجزائري في المادة 16/3 من القانون رقم 09-03⁴، المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنّها: "كلّ عمل مقدّم، غير تسليم السلعة حتّى ولو كان هذا التّسليم تابعا أو مدعّما للخدمة".

وعليه فإنّ أجل العدول في مثل هذه العقود يتمّ احتسابه وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 9-2-أ من التّوجيه الأوروبي، والفقرة الثانية من المادة ل221-18 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁵ من يوم إبرام العقد.

¹ Loi n° 88-20 du 6 janvier 1988 relative aux enseignements artistiques, J O R F du 6 janvier 1988.

² عمر خالد زريقات، عقود التّجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، الطّبعة الأولى، دار حامد للنّشر والتّوزيع، عمّان، 2007، ص. 362.

³ طالب محمّد جواد عباس، أكرم فاضل سعيد، حماية المستهلك في عقود الخدمة الإلكترونية، المجلّد 01، الإصدار 01، جامعة النهدين، العراق، 2009، ص. 189.

⁴ المادة 16/3 من قانون 03-09 السالف الذكر.

⁵ Article 221-18 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art « Le délai mentionné au premier alinéa court à compter du jour :

1- De la conclusion du contrat pour les contrats de prestation de services et ceux mentionnées à l'article L221-4 ».

لقد تعرّض هذا التّحديد لنقد شديد من قبل بعض جمعيات المستهلكين، الذين رأوا أنّ البدء في احتساب الأجل يكون محدّداً بيوم تقديم الخدمة وليس من يوم إبرام العقد¹.

وهو الرّأي الذي أخذ به المشرّع التونسي في الفصل (30) الفقرة الثّانية من قانون المبادلات والتّجارة الإلكترونيّة على أنّه: "يمكن للمستهلك العدول عن الشّراء في أجل عشرة أيام تحسب بالنّسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد".

ونرى أنّ قانون المبادلات والتّجارة الإلكترونيّة التونسي أكثر مرونة لمنحه هذه المدة ممّا يترتّب عليها توفير حماية أكبر للمستهلك، مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي والتّوجيه الأوروبي².

أمّا المشرّع الفلسطيني فلقد نصّ في المادة 55 من قانون المبادلات والتّجارة الإلكترونيّة الفلسطيني على أنّه: "مع مراعاة أحكام المادة (50) من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشّراء خلال عشرة أيام من تاريخ إبرام العقد بالنّسبة لتقديم الخدمة".

تجدر الإشارة إلى أنّ غالبية التّشريعات التي أقرّت حقّ المستهلك في العدول لم تشترط شكلاً معيّناً، ممّا يفهم منه أنّ العدول يمكن أن يكون بطريقة صريحة يعبر من خلالها المستهلك عن رغبته في العدول، كما يمكن أن يكون العدول ضمناً وذلك من خلال ردّ المبيع الذي تسلّمه خلال المدة المسموح بها للعدول، كما فعل المشرّع الجزائري والمصري³ والأردني⁴ والقانون الاتّحادي الإماراتي⁵ والقانون العماني⁶، وإن كان من الأفضل

¹ رباحي أحمد، المبادئ العامة لحقّ العدول عن العقد وفقاً للتّوجيه الأوروبي رقم 83-2011، المرجع السّابق، ص. 145.

² شهاب الغزواني، حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد حسب قانون 09 أوت 2000، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، محاضرة حلّ التّمرين، تونس، السّنة القضائيّة 2003-2004. ورمزي بيذا الله الحجازي، المرجع السّابق، ص. 173.

³ المادة (08) من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006.

⁴ المادة (06) الفقرة (د) من مشروع قانون حماية المستهلك الأردني، 14 مارس 2013.

⁵ القانون الاتّحادي الإماراتي بشأن حماية المستهلك.

⁶ القانون العماني رقم 81 لسنة 2002 بشأن حماية المستهلك.

أن يكون العدول وفقا لشكل معين، حتى يتسنى للمستهلك الإثبات في حالة وجود نزاع بينه وبين المحترف.

وما يمكن تسجيله، أن انقضاء مهلة العدول دون تمسك المستهلك بحقه في العدول عن العقد تجعل صفة اللزوم تلحق العقد ويصير باتا ويستقر نهائيا، ولا يكون للمستهلك ممارسة هذا الحق مرة أخرى، غير أن سقوط الحق في العدول بانقضاء المهلة المقررة لا يمنع المستهلك من الاستفادة من القواعد العامة المنصوص عليها في التقنين المدني الخاصة بضمان العيوب الخفية، أو الاستفادة من نظرية عيوب الإرادة، إذا تبين أن إرادته كانت معيبة، ذلك أن الحق في العدول هو وجه من أوجه الحماية الخاصة التي لا تسقط الحماية العامة المقررة في التقنين المدني¹.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على حق المستهلك الإلكتروني في العدول:

لقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين في مادته 16 منه، وقانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 18-221L، وكذا قوانين حماية المستهلك المقارنة في قوانين التجارة الإلكترونية حالات معينة، لا يجوز فيها العدول عن العقد بعد إبرامه، حفاظا على توازن العقد وعملا على عدم الإضرار بالتاجر المحترف، وهذه الحالات يمكن إجمالها فيما يأتي:

¹ طبقا لنص المادة 18-221L من تقنين الاستهلاك الفرنسي، وهي تقابل المادة 412 مكرر 6 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري، فإن المشتري متى مارس حقه في العدول فإنه لا يتحمل أية جزاءات أو مصاريف، ماعدا مصاريف الإرجاع إن وجدت، وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى التعليق على هذا الحق، بأنه بالإضافة إلى أنه حق مطلق وتقديري، فإنه أيضا حق مجاني، ولا يوجد ما يمنع اتفاق الطرفين على إعفاء المشتري حتى من مصاريف الإرجاع إن وجدت، أما الاتفاق على تحمل المشتري أية نفقات إضافية فمصيره البطلان، لمخالفته قواعد حماية المستهلك.

عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2014/6/16، ص. 245. 246.

- 1: إذا طلب المستهلك توفير الخدمة له قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء¹.
- 2: توريد سلع وخدمات أسعارها غير ثابتة في الأسواق المالية²، ويشمل هذا الاستثناء العقود الواردة على السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها مع تقلبات السوق المالي.
- 3: إذا كانت السلعة قد تمّ تصنيعها أو إعدادها وفقا لمواصفات شخصية حدّدها المستهلك³.
- 4: السلع التي لا يمكن إعادتها للمحترف بسبب طبيعتها، أو التي يُسرع إليها الهلاك أو التّلف⁴.
- 5: عقود أجهزة التسجيل السّمعية أو البصرية أو أجهزة إلكترونية، وبرامج الحاسب الآلي والتي يكون المستهلك قد كشف عنها عن طريق نزع الأختام⁵.
- 6: عقود توريد الصّحف والدّوريات باستثناء حالة اشتراك المستهلك في هذه المنشورات⁶.

¹ المادة (2/32) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

وكذلك المشرع الفرنسي نصّ على ذلك في:

Article L221-28-1 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art. « **Le droit de rétraction ne peut être exercé pour les contrats :**

1- De fourniture de services pleinement exécutés avant la fin de délai de rétraction, et dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétraction ».

² PATRICK Thieffry, Op. cit, p. 173.

Article L221-28-2 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art « **Le droit de rétraction ne peut être exercé pour les contrats :**

2- Le fourniture de biens ou de services dont le prix fluctue sur le marché financier ».

³ Art L221-28-3 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art « **Le droit de rétraction ne peut être exercé pour les contrats :**

De fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés».

⁴ Article L221-28-4 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art « **Le droit de rétraction ne peut être exercé pour les contrats :**

De fourniture de biens susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ».

⁵ Article L221-28-9 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art « **Le droit de rétraction ne peut être exercé pour les contrats :**

De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques, lorsqu'ils ont été scellés par le consommateur après la livraison».

⁶ Art L221-28-10 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art « **Le droit de rétraction ne peut être exercé pour les contrats :**

De fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine sauf, pour les contrats d'abonnement à ces publications».

7: العقود التي تخضع لتقلبات السوق، والتي ليس بوسع المورد السيطرة عليها¹.

8: العقود التي يكون محلها أداء خدمات الإقامة أو خدمات نقل السلع أو عقود كراء السيارات أو خدمات الإطعام والاستجمام².

9: عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب³ المصرح بها.

وسنتولى شرح هذه الحالات فيما يلي:

1: إذا طلب المستهلك توفير الخدمة له قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء:

هذا الاستثناء خاص بعقود الخدمات⁴، والتي يبدأ المحترف في تنفيذها بموافقة المستهلك وقبل انتهاء مدة العدول المقررة.

تكمن الحكمة من وراء هذا الاستثناء في عدم الإضرار بالمهني، وذلك بعدول المستهلك عن العقد بعد أن يكون قد استفاد من الخدمة المقدّمة له، فطالما أنّ المستهلك قد اتفق مع المهني على البدء في تنفيذ العقد خلال مدة العدول فلا يجوز له أن يلحق ضرراً بالمهني بعدوله عن العقد⁵.

¹ L221-28-11 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art «Le droit de rétraction ne peut être exercé pour les contrats: **Conclus d'une enchère publique**».

² Art L221-28-12 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301 –art «Le droit de rétraction ne peut être exercé pour les contrats ;

De prestation de services d'hébergement autre que d'hébergement résidentiel, et services transport de biens, de locations de voitures, de restauration ou d'activité de loisirs qui doivent être fournis à une période déterminée ».

³ تعرّف اليانصيب عموماً بأنها عمليات معروضة على الجمهور تحت أية تسمية مهما كانت، المعدة لإيجاد الأمل في الرّبح عن طريق الحظّ، وذلك بطرق معينة كالليانصيب الشهاري.

خديجة قندوزي، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2000، ص. ص. 119 .120.

⁴ يرى بعض الفقه هذه الحالة لا تدخل ضمن الاستثناءات المقيدة لخيار العدول، وإن كانت القوانين المقارنة قد ذكرتها ضمنها، فليس في هذه الحالة ما يعدّ استثناءً من خيار العدول بعد ثبوته له، إذ يعدّ طلب تجهيزه الخدمة قبل انتهاء مدة العدول نزولاً ضمنياً عن خيار العدول.

آلاء يعقوب يوسف النعيمي، المرجع السابق، ص. 98.

⁵ محمد يونس، المرجع السابق، ص. 23.

بالرغم من التحفظات التي مسّت هذا الاستثناء إلا أنّ التشريعات ضلّت متمسكة به وهي محقّة في ذلك، لأنّه لا معنى من منح أجل التفكير للمستهلك مادام قد وافق على تنفيذ العقد بشكل فوري، كما أنّ عدوله عن العقد في كثير من الأحيان يفقد معناه ولا تكون له أهميّة عملية، كحالة تنزيل أو تحميل برنامج بشكل إلكتروني¹.

2: توريد سلع وخدمات أسعارها غير ثابتة في الأسواق المالية:

يشمل هذا الاستثناء العقود الواردة على السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها مع تقلبات السوق المالي.

والهدف من هذا الاستثناء، يكمن في حالة ما إذا استخدم المشتري حقّه في العدول فإنّ المحترف يلتزم بردّ الثمن المتفق عليه عند إبرام العقد، وهذا يكون مخالفا لسعر السلعة أو الخدمة وقت ردّ المبلغ للمشتري، لأنّ سعرها يكون قد ارتفع أو انخفض عن سعرها وقت إبرام العقد².

3: إذا كانت السلعة قد تمّ تصنيعها أو إعدادها وفقا لمواصفات شخصية حدّها المستهلك:

ويتعلّق هذا الاستثناء بالسلع التي يتمّ تصنيعها لمستهلك معيّن بالذات وفقا لشروط وخصوصيات معيّنة تمّ الاتفاق عليها بين المستهلك والمهني، أو السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بحسب طبيعتها، وهي السلع التي يؤدي إعادة ثمنها أو إرسالها للبائع إلى حدوث تغيير في هذا الشيء، مثلما هو الحال في الأشياء المركّبة من عدّة أجزاء صغيرة، والتي يتطلّب إعادة شحنها تفكيكها.

¹ Commentaire de la directive européenne sur les contrats à distance, directive 97/7CE du parlement européen et du conseil du 20 Mai 1997 concernant la protection du consommateur en matière de contrat à distance, j.o.c.g. n° 144 du 14 Juin 1997, p.p19-27 disponible sur le site : <http://eur-lex .Europa .eu /légal-content/fr /all/ uri ?=celex :31997L0007> , dernier visite le :15 Avril 02013, p. 05.

² سامح عبد الواحد التهامي، التّعاقّد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص. 334.

ويكمن الهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد في عدم الإضرار بالمهني، لكون السلع قد صنعت خصيصاً للمستهلك، ويصعب على المهني إعادة بيعها مرة أخرى بعد عدول المستهلك عن العقد.

4: السلع التي لا يمكن إعادتها للمحترف بسبب طبيعتها أو سرعة الهلاك والإتلاف:

المقصود بالسلع¹ كلّ شيء تؤدي المباشرة إلى استخدامه إلى التقليل من ثمنه، كما لو كانت السلعة مادة كهربائية أو جهاز إلكتروني، كذلك كلّ شيء تؤدي إعادة شحنه وإرساله إلى البائع إلى التغيير فيه، كما هو الحال في الأشياء الزجاجية التي قد تؤدي إعادة شحنها إلى حدوث أضرار فيها، كذلك الحال بالنسبة للأشياء التي يسارع إليها التالف أو الهلاك، كما هو الحال في المواد الغذائية، حيث أنّ إعادة هذه الأشياء إلى البائع عند استخدام المشتري لحقّه في العدول تؤدي إلى الإضرار به².

5: عقود أجهزة التسجيل السمعية أو البصرية أو أجهزة إلكترونية، وبرامج الحاسب الآلي والتي يكون المستهلك قد كشف عنها عن طريق نزع الأختام:

إنّ الحكمة من وراء استبعاد هذا النوع من العقود، هي المحافظة على حقوق الملكية الفكرية³، فالتسجيلات السمعية والبصرية أو البرامج يمكن نسخها بعد فتحها والاستفادة منها

¹ عرّف المشرع الجزائري السلعة بموجب المادة الثالثة (03) الفقرة (17) من قانون 09-03 على أنّها: "كلّ شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجاناً".

² رنا علي كاضم الزبيدي، عدول المستهلك عن العقد، رسالة ماجستير، جامعة التهرين، كلية الحقوق، 2007، ص. 94.

³ تعرّف الملكية الفكرية حسب بعض الفقه بأنها: "ما يبدعه فكر الإنسان، أي الاختراعات والمصنّفات الأدبية والفنية والرموز والأسماء والصّور المستعملة في التجارة".

جابر بن مرهون فليفل الوهبي، ندوة الويبو الوطنية حول "حقوق الملكية الفكرية"، تتضمّن المنظمة العالمية للملكية الفكرية "الويبو" بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ووزارة التربية والتعليم، 15-16 فبراير 2005، عمّان، ص. 03.

تنقسم حقوق الملكية الفكرية إلى قسمين: يتعلّق الأول بحقوق الملكية الأدبية والفنية، والذي بدوره يضمّ حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، أمّا الشقّ الثاني فيضمّ حقوق الملكية الصناعية والتجارية.

بالنسبة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة نظّمها المشرع الجزائري بموجب الأمر 03-05 وتمنح لكلّ صاحب إبداع فكري مهما كان نوع المصنّف ونمط تعبيره ووجه استحقاقه

يندرج ضمن المصنّفات المحمية بحقوق المؤلف، مصنّفات أصلية يتحقّق إبداعها في مجال الإنتاج الأدبي والفني والموسيقى والسمعي البصري، ومصنّفات أخرى مشتقة من الأصل مثل أعمال الترجمة.

ذلك أنّ المستهلك في هذا النوع من التّعاملات يمكن أن يستفيد من السلعة مجاناً دون دفع مقابل لها¹.

6: عقود توريد الصّحف والدّوريات باستثناء حالة اشتراك المستهلك في هذه المنشورات:

تكمن الحكمة من منع العدول في مثل هذا النوع من العقود في إمكانية المستهلك من الحصول عليها دون أن يدفع مقابل ذلك، ضف إلى ذلك أنّ الصّحف اليومية تفقد قيمتها بمجرد صدور عدد جديد، فالقول بعدول المستهلك عن مثل هذه العقود قد يلحق بالتّاجر ضرراً محققاً وأكيداً.

7: العقود التي تخضع لتقلّبات السّوق والتي ليس بوسع المورد السيطرة عليها:

وتشمل هذه العقود بيع المزداد العلني²، والتي ليس بوسع المورد السيطرة على أسعارها، فجوهر هذه العقود وطبيعتها تتنافى والخيار في العدول عنها، إذ أنّ هذا النوع من العقود يقوم على المجازفة على نحوٍ يتناقض معه أن يقرّ له خيار العدول عن العقد بعد إبرامه، وإلاّ كان ذلك تناقض مع جوهر العقد ذاته³.

أما الحقوق المجاورة فهي الحقوق الممنوحة لكلّ فنان يؤدي أو يعزف مصنفاً من المصنّفات الفكرية، أو مصنّفات من التّراث الثقافي التقليدي، وكلّ منتج ينتج تسجيلات سمعية، أو سمعية بصرية تتعلّق بهذه المصنّفات، وكلّ هيئة للبحث الإذاعي السّمعي، أو السّمعي البصري.

بن دريس حلبيّة، حماية حقوق الملكية الفكرية في التّشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كنيّة الحقوق، 2013-2014، ص. ص 04. 05.

¹ محمّد حسن قاسم، التّعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التّجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2005، ص. 61.

² يتمّ التّعاقد بطريقة المزايمة بقوّة القانون، كما في بيع أموال المدين بسبب عدم وفائه بديونه، كما يمكن أن يكون اختيارياً من أجل الحصول على أنسب سعر، ويتمّ افتتاح المزاد على أساس سعر معيّن، يسمى "السّعر الافتتاحي" وتكون العطاءات المتقدّم بها أكبر من السّعر الافتتاحي، ويسقط المزاد بمزاد أعلى منه ولو كان باطلاً، ولا ينعقد العقد إلاّ برسو المزاد على أكبر عطاء.

لقد نصّ المشرّع الجزائري على البيع بالمزاد العلني في نصّ المادة 69 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يتمّ العقد في المزايدات إلاّ برسو المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى منه ولو كان باطلاً".

³ إسراء خيضر مظلوم، منصور حاتم محسن، المرجع السّابق، ص. 65.

8: العقود التي يكون محلها أداء خدمات الإقامة أو خدمات نقل السلع أو عقود كراء السيارات، أو خدمات الإطعام والاستجمام:

والعلة من منع العدول في مثل هذه العقود كونها تكون لفترة محددة.

9: عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها:

الحكمة من تقرير العدول على مثل هذه العقود، هي أنّ جوهرها يتنافى مع تقرير مبدأ الحقّ في العدول كما جاءت به التشريعات الخاصة بحماية المستهلك، فالمتعاقد في هذه العقود يقدم عليها انطلاقاً من روح المقامرة والمجازفة، وهذا يتناقض مع جوهر تقرير مبدأ الحقّ في العدول¹.

تسعى الاستثناءات المقررة لتوفير وضمان حماية أكثر للمستهلك، وترتكز القواعد الخاصة في هذا الصدد على إعطاء المستهلك الحقّ في العدول عن العقد الإلكتروني بعد إبرامه وإعادة السلعة، دون أن يكون ملزماً بتقديم أيّ تبرير لذلك ودون أن يكون ملزماً بأداء تعويض معين إلى التاجر المحترف، كونه يستخدم حقاً له².

الفرع الثاني: آثار ممارسة خيار العدول:

يعدّ حقّ العدول عن التعاقد من النظام العام³ بناءً على التشريعات المنظمة إليه وبالتالي يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كلّ اتفاق يحدّ أو يقيد من ممارسة هذا الحقّ، فهو يعدّ الحدّ الأدنى للحماية المقررة للمستهلك المتعاقد عبر وسائط إلكترونية، والذي لا يجوز له التنازل

¹ مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، إبرام العقد عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2010، ص. 397 .

² Article L 221-18 Créé par Ordonnance n° 2016-301-art « Le consommateur sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coût que ceux prévus aux articles L221-23 à L221-25 ».

³ يرى بعض الفقه أنّ حقّ المستهلك في العدول عن العقد حقاً قانونياً يتعلّق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز التنازل عنه مسبقاً، كما يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كلّ شرط أو اتفاق يقيد من ممارسة هذا الحقّ أو الخدمة، لأنّه يهدف إلى حمل البائع على مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، وتسليم سلع مطابقة للجودة والمواصفات والغرض الذي وضّحه في إعلانه عنها، فضلاً عن حماية الرضاية التي تعدّ ركناً من أركان العقد، وأخيراً أنّها تدخل في إطار القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد.

أحمد السعيد الزقرد، حقّ المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، المرجع السابق، ص. 179.

عنه حتى ولو اختار الأطراف قانون دولة أخرى ليحكم العقد، وهو لا ينظم هذا الحق لأنه يبقى دائماً يستفيد منه.

إنّ الغاية من تدخّل التشريعات لتنظيم هذا الحقّ، هو تحقيق التوازن بين طرفي العقد لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، بعيداً عن الأفكار التقليدية المبنية على حرية الإرادة، فهذا التدخّل يسعى إلى حماية الرضاء وهو الركن الأساسي لإبرام العقد¹.

بناءً على ما سبق ذكره، فممارسة المستهلك حقّه في العدول عن التعاقد يرتب جملة من الآثار، سواء بالنسبة إليه (أولاً)، أو بالنسبة للمحترف (ثانياً).

أولاً: آثار ممارسة العدول بالنسبة للمستهلك:

بما أنّ التشريعات خوّلت للمستهلك حقّ ممارسة العدول، فهذا يعني إنهاء العقد الأصلي، إلى جانب الالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف².

لذا، نجد أنّ القوانين رتبت على عدول المستهلك عن التعاقد جملة من الآثار التي تخصّ المستهلك، أهمّها الالتزام برد السلعة إلى المحترف إضافة إلى التزامه بدفع مصاريف ردّ السلعة إليه، أو التنازل عن الخدمة.

1: التزام المستهلك برد السلعة إلى المحترف:

يترتب على اختيار المستهلك طريق العدول عن العقد الذي أبرمه عبر الانترنت اعتباره كأن لم يكن أصلاً، فيلتزم بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فإذا تسلّم شيئاً التزم بإعادته بالحالة التي تسلّمه عليها³.

¹ كريم كريمة، سبل حماية المستهلك أثناء إبرامه للعقد الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبيلي اليباس سيدي بلعباس، العدد 09، 2012، ص. 206.

² Article L221-27 c. consom. f Créé par Ordonnance n° 2016-301 –art ” L’exercice du droit de rétraction met fin á l’obligation des parties soit d’exécuter le contrat á distance ou le contrat hors établissement, soit de le conclure lorsque le consommateur a fait une offre. L’exercice du droit de rétraction d’un contrat principal á distance ou hors établissement met automatiquement fin á tout contrat accessoire, sans frais pour le consommateur autres que ceux prévus aux articles L221-23 á L221-25. »

³ إسراء خيضر مظلوم، منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص. 67.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى ما ورد في إحدى نماذج العقود التي أبرمتها وضعها إحدى المراكز التجارية في فرنسا، حيث تم النص على أنّ للمستهلك الخيار في إرجاع السلعة أو استبدالها بغيرها أو إعادتها واسترداد ثمنها، بدون أن يقتطع من الثمن أيّ مبلغ ما عدا نفقات النقل، بشرط أن تتم إعادة السلعة الجديدة كما تسلمها عند تنفيذ العقد الذي عدل عنه، وهي في عبوتها أو غلافها الأصلي¹.

فالمستهلك ملزم بإرجاع السلعة إلى المحترف بعد انتهاء المدّة القانونية لممارسة حقّه في العدول وإقراره بذلك²، وهذا الالتزام المفروض على المستهلك هو التزام لا يتحمّل معه المستهلك أيّة مصروفات باستثناء تلك المتعلقة بردّ السلعة، أو إلزامه بدفع تعويض عن استعماله للبضائع التي قرّر ردّها، كما هو الحال في التشريع الألماني³.

لكنّ المشرّع الإنجليزي خرج عن هذه القواعد، فقد أقرّ بضرورة أن يدفع المستهلك قيمته 50% على الأقلّ من الثمن الحقيقي للمنتج، وهو ما يمثّل تعويضا عن ممارسته حقّ الرجوع، وجاء هذا الإقرار حماية لمصالح المهني بالدرجة الأولى، كما ألزم المستهلك بدفع تعويضات عن الأضرار التي تلحق بالمنتج وتخفّض من قيمته، غير أنّه ولغرض التخفيف من هذه الإجراءات على المستهلك، ترك المشرّع الإنجليزي للمحكمة حريّة تخفيض نسبة 50% التي يدفعها المستهلك في حالة استخدام هذا الأخير حقّه في الرجوع بشكل مبرّر⁴.

تثور في هذا المقام مسألة تبعة الهلاك، وذلك بالنظر إلى أنّ المشتري قد تسلم المبيع دون أن يكون مالكا له، لذلك فإنّ المشتري قبل إعلان اختياره بين المضيّ في العقد أو

¹ آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، 2001، ص. 68.

² EK Elodie, op. cit, p. 27.

Article L221-23 c. consom. f Créé par Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 -art « Le consommateur renvoie ou restitue les biens au professionnel ou à personne désignée par ce dernier, sans retard excessif et, au plus tard dans les quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter conformément à l'article L221-21, à moins que le professionnel ne propose de récupérer lui-même ces biens ».

³ تأثير الحقّ في التراجع على التوازنات العقدية، المعرفة القانونية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: Anibrass.blogs.pot.com.blog-post-37

⁴ زغبى عمار، المرجع السابق، ص. 127. 128.

الرجوع فيه يكون مجرد حائز للشئ المبيع الذي يضل رغم استلامه مملوكا للبائع، ففي ضل غياب نصوص قانونية خاصة بشأن هذه المسألة في نطاق المعاملات الإلكترونية نستعين بما هو منصوص عليه في القواعد العامة، فإن تبعة مخاطر السلعة أو المنتج يتحملها البائع لأن زوال البيع بممارسة حق العدول يجعل المبيع على ملكية البائع لا على ملكية المشتري، ومن كان مالكا للشئ يتحمل تبعة هلاكه، ونظراً لخطورة هذا الحكم فإنه يتعين على المستهلك الذي يلتزم بالرد، أن يراعي في ذلك مبدأ حسن النية وأن يسلك سلوك رب الأسرة الطيب، كما عليه أن يراعي في الرد الظروف المشابهة التي أرسل فيها المحترف السلعة¹.

تجدر الإشارة إلى أن إلزام المستهلك برد السلعة في ظروف ملائمة بما لا يؤثر على سلامتها لا يعني إطلاقاً منعه من استخدام المنتج لمعرفة مدى مطابقته وصلاحيته للاستعمال طبقاً للغرض المقصود منه، لأن مضمون حق العدول يقتضي الحق في الغلط وتجربة السلعة وتبني على هذا الأساس مسؤولية المستهلك في حالة العدول التي تنشأ باستثناء الحالة التي تنقص فيه من قيمة السلعة نتيجة الاستعمال غير الضروري للتأكد من طبيعتها أو مواصفاتها².

ولعل هذا القدر من التسامح مع المستهلك في رد السلعة بعد فتحها أو تجربتها قد لا يرضي المحترفين الذين يتمنون أن ترد إليهم سلعتهم على طبيعتها الأصلية لتخوفهم من

¹ رباحي أحمد، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفقاً للتوجيه الأوروبي رقم 83-2011، المتعلق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي، المرجع السابق، ص. 149.

² المادة 2/14 من التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين، والفقرة الثالثة من المادة 221-23-3 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

Article 221-23-3 c. consom. f Créé par Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 -art "La responsabilité du consommateur ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens, sous réserve que le professionnel ait informé le consommateur de son droit de rétraction, conformément au 2° de l'article L221-5 ».

تحمل أعباء إضافية في حالة إعادة بيع السلع من جديد، أو لتخوفهم من بعض الممارسات غير المشروعة التي يستعملها البعض في تزوير العلامات¹.

وقد تكون هذه التخوفات وغيرها هي التي دفعت بعض المحترفين إلى اشتراط ضرورة ردّ السلعة في حزماتها أو طردها الأصلي، بالعلامات والرموز المميزة لها، منعاً لأيّ تقليد ومن البديهي أنّ مثل هذا الشرط يترتب على مخالفته منع المستهلك من استعمال حقّه في العدول.

ويبدو أنّ هذا التصوير خاطئ ومثل هذا الشرط لا يمنع المستهلك من ممارسة حقّ العدول، لأنّه ببساطة قد يوصف بأنّه تعسفي، وفي هذا المعنى يرى البعض² أنّ مكنة العدول تعطي لصاحبها الحقّ في الغلط والحقّ في تجربة المنتج وعلى المحترفين تجنّب منع أو تحديد هذا الحقّ، سواء أكان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، لأنّ الاستعمال المحدود للسلعة من قبل المستهلك قبل العدول يجب أن يكون مسموحاً به، خاصّة أنّ المنتجات المستهلكة لا تتفصل عادة عن المنتج الأساسي المبيع، وبالمقابل يتعيّن على المستهلك أن يلتزم بالنزاهة وألاّ يتعسف في استعمال هذا الحقّ بقصد الإنقاص من السلعة أو استهلاك جزء منها استهلاكاً مبالغاً فيه، وقد أكّدت المحكمة الابتدائية لباريس في حكمها الصادر في 04 فيفري 2003 المعنى السابق، حيث اعتبرت أنّ مثل هذا الشرط يعتبر تعسفياً لأنّ الحقوق القانونية للمستهلك في مادة البيع عن بعد تمنحه حقّ العدول، وهو حقّ مطلق تقديري يسمح له بتجربة واستعمال المحلّ الذي طلبه.

¹ رباحي أحمد، المبادئ العامة لحقّ العدول عن العقد وفقاً للتوجيه الأوروبي رقم 83-2011، المتعلّق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي، المرجع السابق، ص. 150.

² Le forum des droits sur l'internet, Recommandation, Op. cit, p. 60.

2: التزام المستهلك بالتنازل بدفع مصاريف ردّ السلعة إلى المحترف:

سبق أن بيّنا بأن المستهلك لا يتحمّل مقابل عدوله عن العقد أي تعويض أو مصاريف ما عدا المصاريف التي تبدو نتيجة مباشرة لاستعماله خيار العدول، والمتمثلة في المبالغ التي يصرفها المستهلك لإرجاع السلعة إلى المحترف وإيصالها إلى مكانه، وتشمل مصاريف الشحن والنقل والتأمين الخ¹.

وفي واقع الحال لا تكون هذه المصاريف ضئيلة إذا كان العقد الذي عدل عنه المستهلك قد أبرم عن بعد عبر الانترنت مع محترف أجنبي ينتمي إلى دولة أخرى وبالنتيجة يخضعان إلى أنظمة قانونية متباينة، حيث سهّلت الانترنت بواسطة خدماتها المتطورة والقائمة على تكنولوجيا متقدمة إبرام العقد بين طرفين في دولتين مختلفتين بسبب الطابع الدولي للانترنت الذي يجاوز الحدود السياسية والجغرافية لبلدان العالم.

وقد توحدت مواقف التشريعات المشار ذكرها بصدد هذا الالتزام، فقد تضمّن كلّ من التوجيه الأوروبي رقم 83-2011²، وقانون الاستهلاك الفرنسي³، وقانون حماية المستهلك اللبناني⁴، وقانون المبادلات والتجارة الإلكتروني التونسي⁵، أحكاماً مماثلة تقضي بأنّ المستهلك لا يتحمّل أيّ مبلغ مقابل ممارسة العدول إلاّ مصاريف إعادة السلعة إلى مصدرها

¹ طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2001، ص. ص 291. 292.

² Article 14-1 de la directive européenne n° 83-2011 aux droits des consommateurs dispose que « Le consommateur supporte uniquement les couts directs engendrés par le renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de les prendre á sa charge ou s'il a omis d'informer le consommateur qu'il doit les prendre en charge ».

³ Article L221-23-2 créé par Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 -art « Le consommateur ne supporte que les coûts directs de renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de le prendre a' sa charge ou s'il a omis d'informer le consommateur que ces coûts sont á sa charge ».

⁴ نصّت المادة 56 من قانون حماية المستهلك اللبناني على أنّه: "يتوجّب على المحترف في حال مارس المستهلك حقّه المنصوص عليه في المادة (55) إعادة المبالغ التي تقاضاها، على أن يتحمّل المستهلك في حالة العدول عن قراره بالتعاقد بعد إجراء التسليم مصاريف التسليم".

⁵ نصّت المادة 30 من المبادلات والتجارة الإلكتروني التونسي (في نهاية الفقرة): "..... ويتحمّل المستهلك المصاريف الناتجة عن إرجاع البضاعة".

قبل التعاقد، وليس في هذا الحكم إجحاف بحق المستهلك، إذ لا ينسب إلى التاجر خطأ أو إخلال بتنفيذ التزامه، لذا فليس من العدل إلزامه بنفقات إعادة السلعة، فالمستهلك هو من اختار العدول عن العقد وعليه أن يتحمل نفقات ذلك¹، وهذا ما دفع البعض² إلى القول أن خيار العدول إضافة إلى كونه حقاً تقديرياً فهو حق مجاني.

ثانياً: آثار العدول بالنسبة للمهني (المحترف):

يترتب على ممارسة مكنة العدول بعض الآثار بالنسبة للمحترف، تتمثل بصفة أساسية في رد الثمن الذي دفعه المستهلك مقابل حصوله على السلعة، كما أقرت تشريعات الاستهلاك أن عدول المستهلك عن العقد يترتب عليه زوال أي عقد آخر ارتبط بالعقد الأصلي.

1: التزام المحترف بإرجاع ثمن السلعة إلى المستهلك:

إذا انقضت المدة التي حددها المشرع لاستعمال المستهلك حقه في العدول، يصبح العقد ملزماً للطرفين ويصير باتاً واجب التنفيذ.

لكن إذا استعمل المستهلك حقه في العدول خلال هذه المدة فيترتب على ذلك جملة من الالتزامات فرضتها التشريعات الحديثة على المحترف، أبرزها أن يرد المحترف الثمن الذي دفعه المستهلك كاملاً بما في ذلك رسوم الشحن وبدون تأخير غير مبرر، وذلك في أربعة عشر يوماً (14) من تاريخ علمه بقرار المستهلك في العدول، وقد نص على هذا الحكم التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين، بموجب العبارة الأولى من الفقرة الأولى من المادة 13 منه، ونص عليه المشرع الفرنسي في المادة L221-24 الفقرة الأولى³ من قانون الاستهلاك الفرنسي.

¹ آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص. 98.

² محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 71.

³ Article L221-24-1 c. consom. f Créé par Ordonnance n° 2016-301 –art ” Lorsque le droit de rétraction et exercé, le professionnel rembourse le consommateur de la tonalité des sommes versées, y compris les frais de livraison, sans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours á compter de la date á laquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter ».

تجدر الإشارة إلى أنّ المصاريف الإضافية لا يتحملها المحترف في حالة فرض المستهلك طريقة مكلفة لتسليم السلعة، مقارنة بالطرق العادية والمألوفة لدى المحترف¹. كما اشترطت التشريعات المنظمة لحقّ العدول² أنّ ردّ الثمن يكون بالوسيلة نفسها التي استعملها المستهلك في دفع ثمن الصّفقة الأصلية، إلّا إذا وافق المستهلك صراحة على قبول ردّ الثمن بطريقة أخرى لا تكلفه أعباء إضافية، وبالمقابل يمكن للمحترف في العقود التي يكون موضوعها بيع السلع أن يؤجّل دفع الثمن إلى غاية استرداد السلعة، أو إلى غاية تقديم المستهلك دليلاً بأنّه قام بإرسال السلعة.

لا يختلف قانون لكسمبورج لحماية المستهلك³ عن نظيره الفرنسي من حيث تحديد مهلة أربعة عشر (14) يوماً من أجل ردّ المحترف ثمن السلعة للمستهلك، وهو ما أكّده المادة L222-1 من ذات القانون⁴.

¹ Article L221-24-4 c. consom. f Créé par Ordonnance n° 2016-301- « **Le professionnel n'est pas tenu de rembourser les frais supplémentaires si le consommateur a expressément choisi un mode de livraison plus couteux que le mode de livraison standard proposé par le professionnel** ».

² على سبيل المثال ما نصّت عليه المادة ل221-24-4 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي نصّت على: Article L221-24-4 c. consom. f Créé par Ordonnance n° 2016-301- « **Le professionnel effectue ce remboursement en utilisant le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour la transaction initiale, sauf accord exprès du consommateur pour qu'il utilise un autre moyen de paiement et dans la mesure où le remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur** ».

³ قانون الاستهلاك الكسومبورجي الصادر في 08 أبريل 2011، المعدّل والمتّم في 28 جويلية 2011، و2 أبريل 2014.

⁴ «En cas d'exercice du droit de rétraction relative á un contrat á distance ou hors établissement le professionnel est tenu remboursement paiements reçus de la part un consommateur, y compris les cas échéant les frais de livraison, les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétraction sont les frais directs de renvoi des marchandise, tels que visés au paragraphe(4), présent article ce remboursement doit être effectué sans retard excessif et en tout cas dans un délai de quatorze jours suivants celui ou' il informé de la décision du consommateur de se rétracter du contrat conformément a' l'article L222-9 la somme due est de plein droit majorée du taux de l'intérêt en vigueur á compter du premier jour suivant l'expiration de ce délai.»

بالنسبة للتشريعات العربية مثلا المشرع التونسي نصّ في الفصل (30)، من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83-2000 على أنه: "... في هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام، وذلك ابتداء من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة".

ونصّ المشرع الفلسطيني في المادة 55 من مشروع المبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه: "... يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في مدة أقصاها عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو الخدمة...".

ونجد المشرع المغربي في المادة 37 من قانون الاستهلاك¹ نصّ على أنه: "عند ممارسة حقّ التراجع يجب على المورد (المهني) أن يردّ للمستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر المئوية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحقّ المذكور".

ويستفاد من هذا النصّ أنّ المشرع المغربي يلزم المهني بردّ الثمن إلى المستهلك في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ إعلامه بقرار العدول، ولاشك أنّ تحديد مهلة ردّ الثمن ووضع حدّ أقصى لها يعدّ أمرا هاما وضروريا، لتحقيق الحماية المرجوة للمستهلك فالقول بغير ذلك يفقد حقّ العدول ذاته لجدواه ولدوره كآلية لحماية المستهلك وحتى لا يجبر عند إبرام عقد جديد بسبب المماثلة في ردّ الثمن².

2: زوال العقد التبعي بزوال العقد الأصلي:

إذا عدل المستهلك عن عقد الاستهلاك، فإنّ الأمر لا يبقى عند زوال هذا الأخير فقط، بل يمتد ليشمل كلّ عقد مرتبط به ارتباطا لزوم، وعلى ذلك فإذا أبرم المستهلك عقد لشراء منتج ما أو سلعة ما وللوفاء بالثمن أو المقابل أبرم عقد قرض، فإنّ هذا الأخير يرتبط

¹ ظهير شريف رقم 03-11-01 الصادر في 14 ربيع الأول 1432 الموافق لـ 18 فبراير 2011، بتنفيذ القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، حرر بالرباط في 18 فبراير 2011، منشور في الجريدة الرسمية، عدد 5932، الصادر بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432، الموافق لـ 7 أبريل 2011.

² مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحقّ المستهلك في العدول عن العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص. ص 163. 164.

لزوما بعقد البيع، ويعني ذلك أنه لولا وجود عقد البيع لما وجد عقد القرض، وعلى هذا فإنّ العدول عن عقد البيع يؤدي أليا لزوال عقد القرض.

وهذا ما أكدّه التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلّق بحقوق المستهلكين في المادة 15 منه، التي تفرض على الدول الأعضاء أن ينصّوا في تشريعاتهم على أنّ ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن عقد من عقود المسافة، تكون نتيجة الفسخ التلقائي لأيّ عقد فرعي أو تابع.

كما أنّ التوجيه الأوروبي رقم 48 لسنة 2008¹، وضّح في المادة 03 على أنّ عقد الائتمان إذا كان تابعا لعقد آخر فإنّه يمثل مع العقد الأصلي وحدة تجارية، وبيّنت المادة 1/15 منه على أنّ المستهلك عندما يمارس حقه في العدول فإنّه يتحرّر من عقود الائتمان المرتبطة² وهو التوجه الذي تبناه قانون الاستهلاك الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة L221-27³.

بذلك يكون المشرّع الفرنسي قد نظر إلى العقدين باعتبارهما كلا لا يتجزأ فقرّر بالتالي أنّ زوال الأصلي منهما يتبع زوال تابعه وفي ذلك حماية للمستهلك الذي لم يبرم عقد الائتمان إلاّ بقصد تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد⁴.

أمّا بالنسبة للتشريعات العربية فقد أقرّ المشرّع التونسي والمشرّع الفلسطيني والمشرّع المغربي القاعدة المكرّسة في نص المادة 15 من التوجيه الأوروبي، بحيث نصّ المشرّع التونسي في الفصل (33) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83-

¹ Directive 2008/48/CE du parlement européen et du conseil du 23 Avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du conseil, Journal officiel de l'Union européenne 22/05/2008, L 133/66.

² أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك -دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2016، ص. ص 997. 998.

³ Article L221-27-2 c. consom. f créé par Ordonnance n°2016-301-art " L'exercice du droit de rétraction d'un contrat principal á distance ou hors établissement met prévus aux articles L221-23 á l221-25 ».

⁴ دينا محمود حبال، حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، بحث علمي قانوني مقدّم لنيل لقب أستاذة في المحاماة، 2007، مقال منشور على موقع:

2000 على: "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً عن قرض ممنوح للمستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم مع البائع أو الغير، فإنّ عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض".

ونصّ المشرّع الفلسطيني في المادة 58 من قانون المبادلات والتجارة 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 أو الغير، فإنّ عدول المستهلك أو المشتري عن الشراء يفسخ عقد القرض من دون تعويض".

وفي نفس السياق نصّ المشرّع المغربي في المادة 95-2 من قانون الاستهلاك على: "يفسخ عقد القرض أو يبطل بقوة القانون عندما يكون العقد الذي أبرم من أجله قد تمّ فسحه أو إبطاله بحكم اكتساب حجية الشيء المقضي به".

وتضيق المادة 97 من ذات القانون أنه: "يفسخ العقد الأصلي للبيع أو تقديم الخدمة بقوة القانون ودون تعويض إذا مارس المقرض حقّه في التراجع (العدول) داخل الآجال المحددة له".

تجدر الإشارة إلى أنّ التشريعات التي نظمت حقّ العدول في مرحلة تنفيذ العقد نصّت على آثار العدول بالنسبة للمستهلك والمهني دون التعرض إلى آثار العدول بالنسبة للغير وذلك في حالة إذا ما تصرف المستهلك في السلعة أو الخدمة في فترة العدول، كأن يقوم بتأجيره أو بيعه إلى شخص ثالث قبل انقضاء مهلة العدول، فهل يعتبر هذا التصرف دلالة على رغبته في التنازل عن حقّه في العدول، أو أنّه بعد إبرامه لهذا التصرف يمكن له أن يعدل عن العقد الأوّل الذي أبرمه مع البائع المحترف؟ وإذا افترضنا ذلك فما مصير عقد الإيجار أو البيع الذي أبرمه؟

بالرجوع إلى القواعد العامة فيما يخصّ هذه المسألة يمكن القول أنّ المستهلك بمجرد التصرف في محلّ العقد يعتبر نزولاً ضمنياً عن حقّه في العدول، وبالتالي متى أبرم عقد بيع أو إيجار مع شخص ثالث حسن النية، فإنّ التصرف صحيح ونافذ في مواجهه الغير.

ونستخلص ممّا سبق أنّ إقرار غالبية التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية حقّ المستهلك في العدول عن العقد، فهو تقرير الحماية له في مواجهة القوّة الاقتصادية للمحترف، وإن كان بعض الفقه¹ يرى خلاف ذلك، بحيث يعتبر أنّ حقّ العدول الممنوح للمستهلك هو انتهاك واضح لمبدأ المساواة العقدية، لما يحمله من ضرر بيّن قد يلحق بالبائع ومركزه المالي من جهة، ومخزون البضائع من جهة أخرى، فبالنسبة للمركز المالي فإنّ طبيعة العمل التجاري تفرض على التاجر المشاركة دوماً في الأعمال والصفقات التجارية من بيع وشراء والمستندة لقدراته المالية، وعلى فرض أنّه تصرّف باحتياطه المالي فسيجد نفسه في مركز مالي صعب، إذا ما رجع أحد المتعاقدين عن قبوله ومطالبته باسترداد ما أدّاه من ثمن، كما سيؤثّر ذلك تأثيراً مباشراً على مخزون البضائع وحركتها، ذلك أنّ أيّ صادر أو وارد يتمّ قيده مباشرة في السجل المخصّص لذلك، والذي يستند إليه التاجر في اتّفاقه مع الموردّين والمستهلكين على حدّ سواء، وعلى فرض أنّه تمّ إرجاع جزء من هذه السلع فإنّ حركة الصّادر والوارد ستصاب بعدم الاتّزان بين ما قبضه البائع وما سيؤدّيه، كما سيفوت على البائع فرصة إبرام عقود جديدة مع مستهلكين يرغبون في شراء ذات المبيع الذي نفذ مخزونه، وقد تمّ إعادة جزء من هذا المبيع بعد أن فرض البائع العروض الجديدة، الأمر الذي سيلحق خسارة بالتاجر لما سيتحمّله من عبء إعادة ما سبق أن استوفاه من المتعاقدين، بالإضافة لحملة التّسويق والإعلان الجديدة عن ذات المنتج الذي أعلن عنه سابقاً وعدم توافره في مخازنه ووقف التّعامل والتّعاقد عليه، وعليه فقد كان لابد من مراعاة مصلحة التاجر إلى جانب مصلحة المستهلك وهو من أبرم العقد برضاه.

¹ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمّان، 2011، ص. 93.

المبحث الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشُّروط التَّعسّفية

مما لا شك فيه أنّ التطوُّر الصّناعي والتكنولوجيا وما نشأ عنه من تنوّع الخدمات والسّلع والمنتجات وما رافقه من تعدّد أساليب التّسويق المعاصر، وطرق الدّعاية المختلفة الأثر في تطوُّر صيغ العقود وتقوية النّزعة الاستهلاكية لدى الأفراد وحثّهم على التّعاقد وذلك ما ساهم في اتّساع نطاق التّعاقد وفق شروط موحّدة عامة ومجرّدة معدّة مسبقاً¹.

وهذه الصّيغة الجديدة في التّعاقد أدت إلى ظهور شخصيتين فاعلين في الحياة الاقتصادية، وهما: **المحترف** الذي يمكن أن يطلق عليه وصف الشّخص القويّ المتفوق اقتصادياً، و**المستهلك** الذي يوصف بالشّخص الضّعيف، هذا التّصوُّر لأطراف الحياة الاقتصادية عموماً والعلاقات التّعاقدية خصوصاً ليس بدعا ولا تزيدياً بل إنّ تصوُّر ونتائج واقع أفرزته العلاقات المعاصرة، هزّ بشكل جدّي العقود من حيث توازنها وما ينبغي أن يتوافر فيها من عدالة بين أطرافها².

ويزداد الاختلال في العلاقة العقدية بشكل كبير في عقود التّجار الإلكترونيّة نتيجة هذا التّوُّع من العقود الذي ينفرد فقط طرف بوضع شروط يمكن القول بأنّها تعسّفية يملئها على الطّرف التّاني، من دون فتح المجال له للمفاوضة أو المساومة، وخاصّة أنّ العقود النّمودجية³ هي المسيطرة على غالبية العقود الإلكترونيّة كونها تختصر الوقت وتقلّص من

¹ منصور حاتم محسن، إيمان طارق مكي، القوّة الملزمة للشّروط الأحادية التّحرير في العقد، مجلّة المحقّق الحلي للعلوم القانونية، العراق، العدد 01، المجلّد 01، 2009، ص. 397.

² رياحي أحمد، أثر التّفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشّروط التّعسّفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلّة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشّلف، العدد 05، 2009، ص. 343. 344.

³ عرّف الفقيه جيبستان العقود النّمودجية بأنّها: "عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجّة على الأشخاص الذين يقبلون صياغة العقود على منوالها".

كما عرّفها أيضاً الفقيه لوفي بأنّها: "صياغة لعقود معيّنة تتمّ بواسطة شخص طبيعي أو معنوي، بحيث تستخدم عند إبرام عقود مشابهة تنصبّ على نفس موضوع العقود النّمودجية".

حسين محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2007، ص. 101.

النققات¹، أين يتدخل محترف بيع السلعة أو أداء الخدمة لإعداد العقد، أمّا الطرف الثاني فلا يملك إلاّ القبول أو الرّفص الكلّي للعقد، دون مناقشة الشّروط التي قد تكون مجحفة في حقّ الطرف الضّعيف (المستهلك)².

في هذا الصّد يرى جانب من الفقه والتشريع³ أنّ عقود التّجارة الإلكترونيّة المبرمة مع المستهلك هي عقود إذعان⁴، المستهلك فيها مذعن للتّاجر المحترف على اعتبار أنّ المستهلك حينما يبرم عقد إلكتروني فهو لا يساهم في صياغة العقد أو وضع شروطه، بل إنّ العقد يكون معدّاً سلفاً من قبل العون الاقتصادي، ويكتفي فقط المستهلك بتقديم قبول إجمالي دون أدنى مناقشة له⁵، بل يضطر إلى التّعاقّد لعدم وجود البديل وحاجته إلى التّعاقّد بحيث يكون العقد في هذه الحالة تعبير عن "قانون الطرف القوي"، وليس "العقد شريعة المتعاقدين"⁶.

¹ نضال إسماعيل برهم، غازي أبو عرابي، المرجع السابق، ص. 74.

² كريم كريمة، المرجع السابق، ص. 188. و

YES PICOD, HÈ LÈ NE DAVO, Droit de la consommation, Armand colin, Dalloz, paris, 2005, p. 139.

³ آلاء يعقوب يوسف النعيمي، المرجع السابق، ص. ص 1213. 124. وزروق يوسف، حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التّعاقّد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلّة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 09، جوان، 2013، ص. 140. وعبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص. 48.

⁴ يعرّف بعض الفقه عقد الإذعان بأنّه: "العقد الذي يسلم فيه القابل (المستهلك) بشروط محدّدة يضعها الموجب (التّاجر ومن في حكمه)، ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلّق بسلعة أو مرفق ضروري، ويكون محلّ احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق".

عبد المنعم فرج الصّدة، مصادر الالتزام، (دون دار ومكان النّشر)، 1984، ص. 106.

⁵ AULOY Jean Calais-, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, R.T.D. civ2, 1994, p. 245.

⁶ محمّد إبراهيم البداري، المرجع السابق، ص. 53.

يعتبر المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة الذي ليس له حق ردّ الشروط التعسفية أو إبطالها¹، والعلّة في ذلك ترجع إلى أنّ هذه العقود يصعب التفاوض في شأنها، وبالتالي فإنّ أيّ شرط تعسفي يستطيع المستهلك المطالبة بإبطاله لأنّه يمثل اعتداءً على مصلحته².

لذا كان لزاماً إحاطة المستهلك في هذا النوع من العقود بحماية خاصّة، والتي من شأنها أن تعيد للعقد توازنه، وهو ما يستوجب تحديد ماهية الشرط التعسفي (المطلب الأول) وآليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود التجارة الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الشرط التعسفي

الأصل في إبرام العقود أنّه يتمّ على أساس توازن مصلحي اقتصادي بين الأطراف وذلك بعد مفاوضات ومناقشات حول مضامين العقد عبر إرادة حرّة وسليمة³.

فبمقتضى مبدأ الرضائية⁴ فإنّ للإرادة دور في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه وتحديد آثاره فللمتعاقدين أن يتفقا على إدراج الشروط التي يريّانها تحقّق أكبر فائدة لهما في تحقيق ما

¹ يمكن القول أنّ العقود المعدّة مسبقاً في التحرير، والتي لا غنى عنها في نطاق التوزيع والإنتاج، تقدّم العديد من المزايا والمكتسبات للمشاريع الاقتصادية، كما أنّها تضمن في نفس الوقت معاملات سريعة، وتشكّل خطورة على وضعية المستهلك وحقوقه.

² العبد حداد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 30 أكتوبر 2009، ص. 05.

³ عبد الكريم عباد، دور القضاء في حماية المستهلك، أشغال اليوم الدراسي حول حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه، المنظم من قبل مخبر البحث قانون الأعمال بجامعة الحسن الأول بسطات، مطبعة المعارف الجديدة، المغرب، 2015، ص. 99.

⁴ العقود الرضائية حسب بعض الفقه هي: "العقود التي لا يكون انعقادها موقفاً على شرط ظاهر خاص، بل يكفي التراضي لانعقادها دون استلزام شكل أو إجراء معيّن، إذ يكون للمتعاقدين الحرية التامة للإفصاح عن الإرادة، لأنّ الأصل هو مبدأ الرضائية في العقود المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة، والتي تجري المناقشة والمساومة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين، والتي يكون بمقتضاها للشخص إبرام أو عدم إبرام ما يشاء من العقود، كما يكون للمتعاقدين حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما، لأنّ العقد يقوم على مبدأ المساومة بين طرفين متساويين من الناحية الاقتصادية القانونية، إذ يسبق العقد تفاوض بين أطرافه، بحيث يناقشان خلاله شروط العقد في نهاية الأمر نتيجة أخذ ورد بين الطرفين، كما في البيع والمقايضة والإيجار".

عبد الودود يحي، دروس في مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 398.

يبيغان الحصول عليه من العقد مادامت غير ممنوعة قانوناً، سواء كان المنع بنص خاص أم لمخالفته النظام العام والآداب العامة¹.

بيد أنّ أحد الأطراف قد يُضمّن العقد شروطاً تعسّفية، وهنا يثار التساؤل عن كيفية معرفة الصّفة التعسّفية في الشرط، وهو ما يتطلّب تحديد مفهوم الشرّوط التعسّفية (الفرع الأوّل)، مع تحديد عناصر الشرّوط التعسّفية (الفرع الثاني)، إلى جانب تحديد مختلف الصّور التي يمكن أن تتّخذها هذه الشرّوط (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل: مفهوم الشرط التعسفي:

من أجل الإحاطة بمفهوم الشرط التعسفي، يتطلّب الأمر تعريفه (أولاً)، وتحديد خصائصه (ثانياً).

أولاً: تعريف الشرط التعسفي:

إنّ استخدام مصطلح الشرّوط التعسّفية سواء على الصّعيد التشريعي أو الفقهي أو القضائي لا نجد له تعريفاً متفقاً عليه، وإن كانت مسألة التعريفات ذات أهميّة، خاصّة بعد ظهور اتجاه تشريعي يركّز على حماية المستهلك من الشرّوط التعسّفية وإعادة توازن العقد الذي اختلّ بواسطة هذه الشرّوط².

لذا فتعريف الشرط التعسفي يتطلّب تعريفه من الناحية الفقهية، مع التّطرّق إلى موقف تشريعات الدّول من ذلك.

1: تعريف الشرط التعسفي من الناحية الفقهية:

يعرّف التّعسف من النّاحية الفقهية بأنّه الاستعمال المفرط لحقّ قانوني³.

¹ منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي، دراسة مقارنة-، مجلّة المحقّق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 04، السّنة 07، 2015، ص. 156.

² زياد خلف عليوي الجوالي، الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلّة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلّد 03، العدد 19، 2013، ص. 431.

³ KARIMI Abbas, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit L.G.D.J, Paris, 2001, p. 27.

بينما يعرفه بعض الفقه بأنه: "الشّرط المحرّر مسبقا من قبل الطّرف القويّ لتحقيق ميزة فاحشة على حساب الطّرف الآخر ممّا يحدث اختلالا في التّوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد"¹.

ويعرفه البعض الآخر بأنه: "ذلك الشّرط الذي يترتب عليه عدم توازن عقدي لصالح المحترف والذي يفرضه على الطّرف الآخر الذي لا خيرة له، أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفتيّة أو الاقتصادية أو القانونية في مواجهة الطّرف الآخر"².

كما عرفه الفقه الفرنسي بأنه³ الشّرط المعدّ سلفا من طرف المتعاقد القويّ بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة، ويدخل في حكمه شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحدّدة لها الشّروط الجزائية وشروط الاختصاص.

فالشّرط التّعسفي بهذا المفهوم هو إعفاء الطّرف القويّ الموجب من المسؤولية، وإمكان رجوعه في العقد أو إمكان وقف تنفيذه، وكذلك إعفائه من الضّمان القانوني كضمان العيوب الخفيّة وضمان التّعرض⁴.

2: موقف التشريعات من فكرة الشّرط التّعسفي:

لقد تباينت مواقف الدّول الغربية والعربية بشأن النّص في قوانينها على الشّروط التّعسفية، والتي يمكن توضيحها فيما يلي:

أ: موقف الدّول الغربية من فكرة الشّروط التّعسفية:

على الصّعيد التشريعي، فإنّ فكرة مقاومة الشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك عرفت انطلاقها الأولى في الولايات المتحدة الأمريكية منذ بداية الستينات وتحديدا منذ سنة 1962، حيث تمّ إعطاء القاضي سلطة إبطال أيّ شرط يتبيّن أنّه تعسفي، وانتقلت الفكرة

¹ AULOY Jean Calais- et STEINMTZ Frank, Droit de la consommation, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 185.

² حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص. 52.

³ Hélène BRICKS, Les clauses abusives, L.G.D.J, Paris, 1982, p. 09.

⁴ محمد إبراهيم البداري، المرجع السابق، ص. 70.

بعد ذلك إلى الدول الأوروبية في السبعينات، حيث أصدرت السويد تشريعا خاصا لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك سنة 1971، وأصدرت بريطانيا تشريعا مماثلا سنة 1973، وأصدر المجلس الأوروبي قرار 14 أبريل 1975 أطلق عليه اسم "البرنامج الأول للتجمع الاقتصادي الأوروبي نحو حماية وإعلام المستهلكين"، وبعد ذلك صدر في ألمانيا تشريع اتحادي متخصص في مقاومة الشروط التعسفية بتاريخ 9 ديسمبر 1976¹.

أما المشرع الفرنسي فلقد كانت بدايته بصدد المساهمة لإثراء وسائل الحماية من الشروط التعسفية في عام 1978، بالقانون المسمى Loi scriener، وخصص الفصل الرابع منه تحت اسم "حماية المستهلكين من الشروط التعسفية"، فجاءت المادة 35 محاولة تشريعية لتعريف الشروط التعسفية بموجب القانون رقم 78-23 والصادر في 10 يناير 1978، بأنها: "تلك الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترف أو على المستهلكين من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي، وتسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها"².

أما التوجيه الأوروبي رقم (13) في 05-04-1993 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، فلقد عرّفت المادة 3/1 الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي يرد في العقد وينطوي على تفاوت جلي، خلافا لما يقضي به حسن النية وضد مصلحة المستهلك بين حقوق والتزامات الأطراف على حساب المستهلك"³.

كما نصت المادة 03 من التوجيه الأوروبي 95-96 الخاص بالشروط التعسفية على تعريف الشروط التعسفية بأنها: "الشروط المخالفة لحسن النية والتي تكون في غير مصلحة المستهلك مما تؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

¹ إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور على الزايط الإلكتروني:

http://www.fichier.pdf.fr/08/02/2015_fichier_pdf_sans_nom

² محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015، ص. 80.

³ PISSANT Gilles, Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995, D 1995, Chron, P. 99.

وهي نفس المقترضات التي نصت عليها المادة L212 من تقنين الاستهلاك الفرنسي حيث عرّفت الشروط التعسفية بأنها: "تلك الشروط التي يكون هدفها أو أثرها إحداث ضرر للمستهلك نتيجة الاختلال الظاهر بين التزامات وحقوق أطراف العقد"¹.

أما المشرع الألماني فلقد عرّف الشرط التعسفي وهو بصدد تعريف الشروط العامة في العقد بموجب المادة 09 من القانون المتعلق بالشروط العامة الصادر سنة 1976، بقوله "تعتبر الشروط عامة لاغية حينما تكون النصوص ضارة، ومجحفة بالشريك في العقد مع المشتري بطريقة غير معقولة ويكون ذلك بطريقة متناقضة لمقتضيات حسن النية"².

أما في بلجيكا فقد صدر قانون بتاريخ 14 يوليو 1991 أدخل تعديلات على قانون 14 يوليو 1971 الخاص بالممارسات التجارية من خلال فصل جديد (فصل 13) عنوانه "النصوص العامة المتعلقة بيع السلع والخدمات للمستهلكين"³، ويعالج هذا الفصل في المقام الأول الشروط التعسفية التي ورد تعريفها في المادة 31 من القانون على النحو الآتي: "كل شرط تعاقدية يؤدي إلى اختلال مبالغ فيه في التوازن بين الحقوق والالتزامات التعاقدية على حساب المستهلك".

نجد كذلك المشرع الكيبيكي عرّف الشرط التعسفي بموجب 1437 من القانون المدني بقوله: "كل شرط يضر المستهلك أو المذعن بشكل مفرط (فاحش) وغير معقول يعتبر تعسفا بالأخص الشرط الذي يستبعد التزامات أساسية مترتبة عن القواعد التي تحكم العقد عادة فيغيّر منها ذلك الشرط"⁴.

¹ Article L.212-1 c. consm. f Créé par Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 art :«**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 les obligations des parties au contrat**».

² قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص. 271.

³ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990-1991، ص. 287.

⁴ رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 345.

ومن جانبه أصدر المشرع الإسباني قانون 19 يوليو 1974 المعدل بالقانون 13 أبريل 1998، الذي ينص في مادة 10 منه على أن المقصود بالشروط التعسفية¹: "تلك الشروط الضارة بالمستهلكين والتي تعكس أسلوب عدم التكافؤ أو الملائمة أو بأسلوب غير عادل أو ما يؤدي إلى عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات لأطراف العقد".

من خلال التعاريف السابقة يمكن ملاحظة أن الدول الأوروبية استخدمت "مقياس التوازن العقدي" في تعريف الشروط التعسفية، بحيث قامت هذه الدول بتعريف الشروط التعسفية على ضوء مفهوم التوازن العقدي.

ب: موقف تشريعات الدول العربية من فكرة الشروط التعسفية:

بالنسبة للدول العربية فإنها لم تقم بتعريف الشروط التعسفية، وربما كان ذلك مردّه حداثة الفكرة هذا من جهة، وإلى كون التعريفات من عمل الفقه وليس من عمل التشريع هذا من جهة أخرى.

وقد ناشد الكثير من الفقه² هذه التشريعات مطالبا بتعريف الشرط التعسفي وضرورة وضع قوانين خاصة تحكمه، ولعلّه محقّ في ذلك لأن فكرة الشرط التعسفي حديثة النشأة تحتاج لرفع اللبس عنها تدخلا تشريعا لحسم الخلاف بشأنها، ثم إنّ التمسك بالقاعدة السابقة لا يجب أخذه على إطلاقه، لأنّ مجال تطبيق تلك القاعد في الحقيقة ينطبق على المفاهيم والأفكار التي عرفت استقرارا تشريعا وقضائيا وفقهيا، والحال ليس نفسه بالنسبة لفكرة الشروط التعسفية.

ولعلّ هذه الحكمة التي أرادها المشرع الجزائري تحقيقا، بعد ما كان يساير باقي التشريعات العربية في عدم تعريفه للشرط التعسفي، فبمناسبة إصداره للقانون رقم 04-02³ قام بتعريف الشرط التعسفي بموجب المادة 5/3 التي تكفل بها بتحديد المفاهيم الواردة في هذا

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظرتي "عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2014، ص. ص 114. 115.

² حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. ص 247. 248.

³ قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو 2004، الجريدة الرسمية عدد 41، الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

القانون بقوله: "شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق واجبات أطراف العقد".

فهذه المادة عرّفت الشرط التعسفي من خلال الأثر المترتب عليه، وهو الإخلال بما يفترض تحقيق التوازن العقدي بين الحقوق والواجبات المترتبة على العلاقة التعاقدية بين العون الاقتصادي والمستهلك¹.

ولابدّ من تبيين هذا الموقف الذي اتّخذه المشرع الجزائري بهذا الصدد، لأنّه أزال الكثير من التساؤلات التي أبديت بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب الحماية والمعايير اللازم توافرها كي يوصف الشرط بأنه تعسفي².

ثانياً: خصائص الشرط التعسفي:

من خلال تعريف الشرط التعسفي يتّضح جلياً أنّه يتميّز بجملة من الخصائص نذكر منها:

1: أنّ الشرط التعسفي شرط صحيح غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، وغير مخالف للقواعد الآمرة في القانون.

2: يكون قياس التعسف في الشرط لا يكون بالنظر إلى كلّ شرط، فربّما يكون أحد الشروط قد وقرّ مزية أو منفعة للمشتري المحترف، في حين يكون هناك شرط آخر قد أعطى للطرف الضعيف (المستهلك) ما يقابل هذه الميزة أو المنفعة.

3: أنّ الحماية من الشروط التعسفية إنّما وجدت للتفاوت في القدرة الفنية والاقتصادية بين المحترف والمستهلك، فإذا كانت الأطراف في منزلة واحدة من حيث القدرة الاقتصادية والفنية

¹ عادل عميرات، حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد، أبحاث ملتقى ندوة حماية المستهلك في ضلّ الانفتاح الاقتصادي المنعقد بالمركز الجامعي الوادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، يومي 13 و14 أبريل 2008، ص. 179.

² رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 346.

فلا سبيل لإثارة موضوع الشّروط التّعسّفية، لأنّ على كلّ متعاقد واجب السّهر والمحافظة على حقوقه، لأنّه ليس بحاجة للحماية.¹

4: يختلف مدلول مصطلح "التّعسف" في الشّروط التّعسّفي عن مدلوله في نظرية التّعسف في استعمال الحقّ، ذلك أنّ وجود شرط يخلّ بحقوق الطّرف الضّعيف دليل بذاته على وجود التّعسف أو افتراضه، سواء انطوت نيّة المشتري إلى إلحاق الضّرر بالطّرف الضّعيف أو لم تنطو، ولا يشفع للمشتري المحترف حسن نيّته لأنّنا بصدد حماية المتعاقد المستهلك ولسنا بصدد عقاب المحترف، فإثبات التّعسف يكون بافتراضه من خلال وجود المنفعة التي خولها الشّروط للمحترف.²

الفرع الثاني: عناصر الشّروط التّعسّفية:

على الرّغم من تعدّد الأساليب المتّبعة من قبل التشريعات في تعريف الشّروط التّعسّفية، إلّا أنّ الغاية التي تهدف إليها واحدة ألاّ وهي حماية المستهلك من مضمون هذه الشّروط والتي يتوقّف تحديدها على توافر عنصرين فيها، أولها الميزة الفاحشة التي تمنح لصاحب هذه القوّة أو النفوذ، والتي يترتّب عن تطبيقها حدوث الاختلال في التّوازن العقدي (أولاً) أمّا العنصر الثاني هو أن تكون الشّروط ناجمة عن استغلال قوّة أو نفوذ اقتصاديين تفرض تبعاً لذلك (ثانياً).³

أولاً: المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف:

يمكن تعريف الميزة المفرطة حسب بعض الفقهاء⁴ بأنّها: "مقابل ثمن مغالى فيه أو مفرطاً مفروضاً من المهني بواسطة شرط أو شروط عديدة مخالفة للقانون المدني والتّجاري".

¹ سليمان براك دايج جميلي، الشّروط التّعسّفية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة النّهدين، كآية الحقوق، 2002، ص.12.

² المرجع نفسه والموضع نفسه.

³ ذكرى محمّد حسين، نصير صبار، الحماية المدنية من الشّروط المألوفة في العقود التّجارية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.uobaylon.edu.iq-article_ed1_3

⁴ GIAUME Charles, La protection du consommateur contre les clauses abusives, thèse de doctorat, droit privé, université de Nice, 1989, p. 89.

فالمزايا المفرطة¹ التي يحصل عليها المحترف بفضل التعسف في استعمال نفوذه الاقتصادي والفني تؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد.

لذا يرى جانب من الفقه² أنّ الميزة المفرطة هي معيار موضوعي يتعلّق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمحترف كيفما يكون نوع هذه المزايا مادامت تؤدي إلى تفوق طرف على طرف آخر هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّه تحقيقاً لحماية أشمل للمستهلكين أراد بعض الفقه ألا يحصر هذه الميزة الفاحشة في هذا المجال الضيق فنظر إليها بحسب الأثر الذي تخلفه في العقد وهو عدم التوازن بين حقوق والالتزامات طرفيه.³

تجدر الإشارة إلى أنّ قائمة الشروط التعسفية التي جاءت بها 2/35 من "قانون حماية وإعلام المستهلكين الفرنسي" لسنة 1978، أشارت إلى أنّ الشرط التعسفي يمكن أن يرد بشأن تسليم الشيء محلّ العقد⁴.

والسؤال الذي يثار هنا: هو كيف يتمّ قياس الاختلال في التوازن بين الحقوق والالتزامات؟ وهل يكون بالنظر إلى الشروط ذاتها وبالضرورة أن ينشأ عدم التوازن بشكل مباشر عن الشرط التعسفي، أو أنّه يجبّ النظر إلى جميع بنود العقد لتحديد هذا الاختلال؟

¹ هناك بعض الفقه من يستعمل عبارة الميزة الفاحشة كمرادف للميزة المفرطة.

زاهية حورية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية "دراسة مقارنة"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، العدد 18، جوان 2008، ص. 196.

² حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 26، الإصدار 2، 2011، ص. 218.

³ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.ص 406.405.

⁴ وهذه الشروط مثلاً هي:

أ. منع الشروط التي تنصّ على إذعان المستهلك لاشتراطات تعاقدية، مثل اللائحة أو الشروط العامة للبيع وغيرها، وهي لا تظهر على الوثيقة التي يوقعها.

ب. منع الشرط الذي يستبعد أو ينقض حقّ المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف بالتزامه من التزاماته، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي ترمي إلى إنقاص الضمان القانوني، أو تلك التي ترمي إلى إعفاء المحترف من المسؤولية عن التأخير في التسليم، ويقتصر المنع هنا على الشروط الواردة في عقد البيع فقط، وبالتالي فلا يشمل المنع هذه الشروط إذا تعلقت بعقود أداء الخدمات.

ج. منع الشرط الذي يحتفظ بموجبه المحترف بحقّ التعديل من جانب واحد، لخصائص المال أو الخدمة التي سيقدمها، ويتميّز هذا المنع عن سابقه بشموله لجميع العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين.

يرى بعض الفقه¹ أنه بمناسبة تقدير الميزة الفاحشة لا يجب الخروج عن القاعدة السابقة، ولا النظر إلى الشرط التّعسفي منعزلاً عن العقد، بل لابدّ من مراعاة جميع شروط العقد، إذ ثمة شرط يعطي لأحد أطرافه بعض المزايا وشرط آخر يرد بالعقد نفسه يوجّه لإعطاء الطّرف الثاني مزايا أخرى، وذلك ضماناً لتوازن العقد بالنظر إلى مجمل شروطه فمثلاً قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف التخفيض من ثمن السلعة، لذلك فمن غير المقبول التسرع في الحكم على الشرط أنه تعسفي بمجرد النظر إليه مستقلاً عن بقية شروط العقد، أو بعبارة أخرى أنّ تقدير الطّابع التّعسفي للشرط يكون منذ البداية عند إبرام العقد ولا ننتظر إلى أن يترتب العقد آثاره حتى يمكن استبعاده²، فهو يستلزم النظر إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة للشروط الأخرى للعقد وأن يقدر بالرجوع إلى الشروط التي كان يتضمّنهما عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدتين يخضع فيه أحدهما قانوناً للآخر، كما هو بالنسبة إلى القرض المرتبط بالبيع.

وإذا تعلّق الأمر بتقدير الطّابع التّعسفي لعقد معين سبق إبرامه فإنّ ذلك يتمّ استناداً لمعيار شخصي، مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظروف إبرام العقد، أمّا إذا وقع التّقدير على الطّابع التّعسفي للشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين فإنّه ولاشك يتمّ بطريقة مجردة بالرجوع إلى المستهلك متوسط وفي ظروف عادية.

ويمكن القول أنّ التّعسف المؤدي إلى الخلل في التوازن العقدي يقدر من مجموع الشروط التعاقدية، ومع ذلك فهذه عملية جدّ دقيقة وفيها نوع من الصّعوبة في تقدير التّعسف³.

¹ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التّكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص. 268. 269. وأمان التّيسر، الشّروط التّعسفية بين سؤال الماهية وسبل الحماية -دراسة مقارنة-، مجلة الملف، الدار البيضاء، المغرب، العدد 21، 2013، ص. 165. 166.

² كمال لردع، حماية المستهلك من المعاملات التّعسفية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، "عدد خاص"، أبريل 2005، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، منشورات مكتبة الرّشاد للطباعة والنّشر والتّوزيع، ص. 161.

³ عادل عميرات، المسؤولية القانونية للوعون الاقتصادي، دراسة في القانون الجزائري، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصّص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015-2016، ص. 123.

ونحن نرى أنّ مسألة قياس الاختلال في التوازن بين الحقوق والالتزامات، يعتمد أساسا على ضرورة النظر إلى كلّ شروط العقد لتحديد الاختلال، وليس النظر إلى كلّ شرط على حدى، فقد يكون شرط واحد تعسّفا، ولكن إذا نظرنا إلى مجموع العمليات التي ظهر بمناسبةها يكون لهذا الشرط مبرره، فمثلا قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف تخفيض في ثمن السلعة المعروضة على المستهلكين.

ثانيا: التعسّف في استعمال القوّة أو السّلطة الاقتصادية للمهني:

لا تكفي المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف والتي تؤدي إلى اختلال الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد للقول بوجود اختلال في التوازن العقدي وإنما يجب أن يكون الإخلال ناشئا عن تعسّف النفوذ الاقتصادي للمحترف، وذلك بأن يسيء استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على المستهلك شروط تخلّ بتوازن العقد¹.

وفي هذا الصدد اشترطت المادة 35 من القانون الفرنسي لسنة 1978 المتعلّق بحماية وإعلام المستهلك أن يفرض الشرط التعسّفي تبعا لتعسّف المتدخّل في استعمال نفوذه الاقتصادي، وأن يمنح مزايا مجحفة للطرف الآخر، فهذه القوّة الاقتصادية للمتدخّل تتجسّد على أساس حجم المشروع الذي يستغله المتدخّل وبالنظر للوسائل التي يستعملها عند مباشرته لنشاطه، وكذلك نسبة أرباحه في السوق².

السؤال المطروح: هل المقصود هو تعسف الموقف، أم التعسّف في استخدام الحقّ المعروف في القواعد العامة؟

يرى بعض الفقه³ أنّ ثمة عيبا في الرضا قد حدث، ألا وهو الخشية التي تلحق بالإرادة في عنصرها الاختياري، بمعنى أنّ المقصود هنا هو تعسّف الموقف الذي يسمح

¹ حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، المرجع السابق، ص. 219.

² أحمد يحيوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف الاقتصادي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2011، ص. 63.

³ GHESTIN Jacques, Les obligations, le contrat, Gaz. pal, Paris, 1998, P. 379.

أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 216.

لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر، ذلك التعسف الذي يقترب من التدليس من خلال المفهوم العام لعدم الأمانة.

ولقد أثرت هذه المسألة للنقاش أثناء الأعمال التحضيرية للقانون الخاص بالاستهلاك الفرنسي سنة 1978، غير أنّ المناقشات البرلمانية حول نصّ المادة 35 من قانون 1978 لم تتضمن الإشارة في هذا الخصوص إلى عيوب الرضا بل تركّزت حول فكرة التعسف في استعمال الحقّ، فقد لاحظ النائب "Thraud" أنّ مشروع القانون يجيز ضمنا للمحترف إمكانية أن يقوم بإدراج شروطه ولكنّ يحضر عليه في ذات الوقت الانحراف بهذه السلطة بما يضرّ بالمستهلك، ولا شكّ أنّ هذا التحليل يتفق مع فكرة إساءة استعمال الحقّ باعتبارها انحراف بالغاية الاجتماعية للحقوق¹.

غير أنّ بعض الفقه الفرنسي² يرى أنّه لا يمكن التسليم بذلك القول، وحجّته في ذلك أنّ نظرية التعسف في استعمال الحقّ لم تشهد تطبيقاً قضائياً في المجال التعاقدية.

يبدو أنّ تفسير التعسف على أنّه تعسف في الموقف، أكثر ملائمة من تفسيره على أنّه تعسف في استخدام الحقّ المعروف في القواعد العامة، والذي يعني تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية كما فسّره البعض بذلك، فتفسير التعسف على أنّه تعسف في الموقف يبدو منطقيًا، في ضوء ما تشهده معاملات الوقت الحاضر من تفوق المهني اقتصادياً وتقنيا مقارنة بالمستهلك وهو الطرف الضعيف في العلاقة، حيث يستغل المهني حاجة المستهلك للسّعة أو الخدمة ممّا يمكنه من فرض شروطه عليه، حيث أنّه لا يملك إمكانية المناقشة حيال هذه الشّروط³.

واختلف الفقه في تقديره للقوة الاقتصادية فهناك من يرى أنّ القوة الاقتصادية للمهني تقاس بحجم المشروع الذي يستغله والوسائل التي يملكها في ممارسة نشاطاته، إلّا أنّ هناك رأي يذهب للقول بأنّ ضخامة المشروع لا تعني دائما القوة الاقتصادية، فقد يتمتّع تاجر

¹ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، المرجع السابق، ص. 82. 83.

² AULOY- Jean Calais –TEMPLE Henrie, Droit de la consommation, 8^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010, p. 202.

³ رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص. 195.

صغير باحتكار محلي يجعله يتمتع بقوة تشبه قوة مشروع قومي، كما أنه يصعب تحديد حصّة المهني ومدى انتشاره في السوق¹.

إلا أنّ الفقه الرّاجح في الفقه الفرنسي يرى أن عنصرى الشرط التّعسفي أي استعمال القوة الاقتصادية للمهني وحصول المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة أو مجحفة للمستهلك، هما في الحقيقة عنصران متحدان وتربطهما علاقة سببية تامّة، فالميزة المتجاوزة أو المفرطة التي يحصل عليها المهني هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير، وهكذا فإنّ أحد العنصرين يعدّ نتيجة طبيعية للعنصر الآخر².

تجدد الإشارة إلى أنّ الكثير من المحاكم الفرنسية وعلى رأسها محكمة النقض الفرنسية تتّجه إلى إعفاء المستهلك من إثبات التّعسف في استعمال المهني لقوته الاقتصادية نظراً لصعوبة ذلك على المستهلك، فيقع على هذا الأخير عبء إثبات الميزة المفرطة التي أضرت بمصالحه وحصل عليها المهني، وبعبارة أخرى يقع على عاتق المستهلك عبء إثبات عدم التوازن البين بين التزاماته والتزامات المهني، وهكذا يفترض هذا القضاء بحق وجود التّعسف في السّلطة الاقتصادية للمهني عندما يتمّ العقد بطريق الإذعان³.

نستخلص أنّ فكرة الشرط التّعسفي في الفقه القانوني تقوم على وجود عنصرين هما: تعسف المهني في استعمال السّلطة والتّفوذ الاقتصادي، أمّا العنصر الثاني هو الحصول على ميزة مفرطة بسبب التّفاوت الظاهر بين التزامات الطرفين، وباجتماع هذين العنصرين يحدث الاختلال وعدم التوازن في الالتزامات، سواء بإنقاص التزامات الطرف القوي اقتصادياً، أو بفرض التزامات مرهقة على المستهلك⁴، فهي إذن شروط مفروضة على المستهلك لا يحقّ له مناقشتها أو تعديلها⁵.

¹ عمر محمّد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 405.

² رمزي بيد الله علي الحجازي، نفس المرجع، ص. 196.

³ حمد الله محمّد حمد الله، المرجع السابق، ص. 60.

⁴ الشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

www.larabiya.net .17.03.2014

⁵ الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية إلى الإذعان، مجلّة الحقوق، جامعة البحرين، المجلّد 10، العدد 06، ص. 193.

الفرع الثالث: صور الشّروط التّعسفية:

تعدّ مسألة حصر الشّروط التّعسفية بشكل مطلق ونهائي من الأمور الصّعبة إن لم نقل المستحيلة، لا سيما وأنّ حرّية التعاقد تسمح دائما بالمزيد من التّحاييل حتىّ يستطيع الطّرف الأكثر مقدرة وخبرة أن يوجّه العقد لمصلحته، ويغض النّظر عن مصلحة الطّرف الآخر التي قد يسعى المحترف إلى إهدارها¹.

لقد كرّس المشرّع الجزائري أنواع الشّروط التّعسفية في كلّ من المادة 29 من القانون 04-02²، وكذا في المادة 05 من المرسوم التّنفيذي رقم 06-306³.

فلقد نصّت المادة 29 من قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية على أنّه:

"تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1. أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
2. فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنّه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
3. امتلاك حقّ تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميّزات المنتج المسلّم أو الخدمة دون موافقة المستهلك.
4. التّفرد بحقّ تفسير شرط أو عدّة شروط من العقد، أو التّفرد في اتّخاذ قرار البثّ في مطابقة العملية التّجارية للشّروط التّعاقدية.
5. إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

¹ GHESTIN Jacques & MACHESSAUX Isabel, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in acte de la table ronde du 12 Décembre 1990, les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, L.G.D.J, 1991, p. 53. 54.

² القانون 04-02، الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية السالف الذّكر.

³ مرسوم تنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الجريدة الرّسمية عدد 56، يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخلّ هو بالالتزام أو عدّة التزامات في ذمته.

7. التفرّد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ الخدمة.

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

ونصّت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006¹، الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية، على أنه: "تعتبر تعسّفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و03 أعلاه.
- الاحتفاظ بحقّ تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك.
- عدم السّماح للمستهلك في حالة القوّة القاهرة بفسخ العقد إلاّ بمقابل دفع تعويض.
- التّخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التّنفيد الكليّ أو الجزئيّ أو التّنفيد غير الصّحيح لواجباته.
- النّص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير على اللّجوء إلى أيّة 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 الحقّ في التّعويض، في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

¹ المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 سالف الذكر.

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدّد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبرّرة على المستهلك.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقّة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة على ممارسة نشاطاته.
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته".

فمن خلال هذه النصوص القانونية يمكن القول أنّ الشّروط التّعسّفية التي تدرج في العقد ليست نوعا واحدا، فهناك شروط تعسّفية تكون ظاهرة بمجرد إدراجها في العقد، وشروط أخرى هي في ذاتها غير تعسّفية، ولكنّ تظهر هذه الصّفة للشّروط عند تطبيق العقد فلا تظهر عند إبرام العقد، وبناءً على ذلك يوجد نوعين الشّروط التّعسّفية¹:

يتمثّل النوع الأوّل في شروط تعسّفية من شأنها تحقيق أفضلية للمحترف عن طريق تخفيف التزاماته أو زيادة الحقوق الممنوحة له، أو شروط تعسّفية من شأنها إلحاق ضرر بالمستهلك عن طريق تثقيله بالتزامات أكثر من طاقته، أو حرمانه من بعض الحقوق الممنوحة له (أولاً).

أمّا النوع الثاني يكرّر النوع الأوّل في مضمونه ويختلف عنه شكلا، فيقسّم الشّروط التّعسّفية إلى ما يتعلّق ويرتبط بها بتكوين العقد، أو ما ورد منها بصدد تنفيذ العقد أو ما تعلّق بعدم تنفيذ الالتزامات العقدية (ثانياً)².

¹ أنس محمّد عبد الغفار، آليات مواجهة الشّروط التّعسّفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقّه الإسلامي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2013، ص. 97.

² الهيثم عمر سليم، المرجع السابق، ص. 193.

أولاً: شروط تعسفية تحقق ميزة للمحترف:

يمكن للشروط التعسفية أن تحقق ميزة للمحترف بصورتين، فهي إما أن تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة له، وإما أن تخفف من التزاماته.

1: شروط تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة للمحترف:

لقد تضمن القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، العديد من الشروط التعسفية التي من شأنها زيادة الحقوق الممنوحة للمحترف، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

أ: التفرّد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة، وهو ما نصّت عليه المادة 7/29 من القانون 02-04.

ب: امتلاك حقّ تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدّمة دون موافقة المستهلك، وهو ما نصّت عليه المادة 4/29 من القانون 02-04.

فاعتبر المشرّع الشرط الذي مضمونه السّماح للمحترف بتعديل عناصر العقد شرطاً تعسفياً يعفي المستهلك من إثبات طابعه التعسفي، ويكتفي من جانبه وجود مثل هذا الشرط في العقد، كما نجد أنّ الحكم الوارد في الفقرة يتوافق إلى حدّ ما والقواعد العامة التي تمنع أيّ تعديل انفرادي للعقد أو حتّى نقضه¹، طبقاً لما هو وارد في المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنصّ على أنّه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلاّ باتّفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون".

ج: تحديد الثمن طبقاً للسعر السائد وقت التسليم.

2: شروط تؤدي إلى تخفيف التزامات المحترف:

إضافة إلى الشروط التعسفية التي من شأنها زيادة الحقوق الممنوحة للمحترف، توجد شروط تعسفية من شأنها أن تخفف من التزاماته، منها:

¹ مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير، تخصّص حماية المستهلك والمنافسة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014-2015، ص. 108.

أ: إمكانية قيام المهني بتسليم محلّ غير مطابق للمواصفات المدرجة في العقد.
ب: الشّروط المحدّدة أو المعفية للمسؤولية حسب ما نصّت عليه المادة 29 الفقرة 06 سالفة الذكر.

ج: الإعفاء من ضمان العيوب الخفية في غير الحالات المسموح فيها بذلك.

د: الشرط الذي يعفي المهني من الضمان عند التخلف عن تنفيذ التزامه¹.

ثانيا: شروط تعسفية من شأنها إلحاق الضرر بالمستهلك:

تضمّن القانون 04-02 شروط تعسفية من شأنها إلحاق الضرر بالمستهلك، والتي من شأنها إمّا تثقيل التزامات المستهلك، وإمّا من شأنها حرمان المستهلك من بعض الحقوق.

1: الشّروط التعسفية التي تؤدي إلى تثقيل التزامات المستهلك:

لقد تضمّن القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية، العديد من الشّروط التعسفية التي من شأنها تثقيل التزامات المحترف ويمكن إجمالها فيما يلي:

أ: اشتراط المهني قيام المستهلك بالتوقيع على أنّه على علم ومعرفة وحقيقة بكافة بنود العقد وشروطه.

ب: اشتراط المهني قيام المستهلك بالتعاقد خلال مدّة معيّنة.

ج: إلزام المستهلك الذي لم ينفذ التزامه بدفع تعويض مبالغ فيه وغير مقبول.

2: الشّروط التي تؤدي إلى حرمان المستهلك من بعض الحقوق:

زيادة على الشّروط التعسفية التي تؤدي تثقيل التزامات المستهلك، توجد شروط من شأنها حرمان المستهلك من بعض الحقوق والتمثّلة في:

أ: ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمحترف رغم أنّه محل التزام المستهلك، بغض النظر عن موضوعية ذلك التّحديد أو قبوله من جانب الطّرف الآخر.

¹ سليمان براك دايح الجميلي، الشّروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق، ص. 12.

ب: الشرط الذي يحدّ من حرّية المستهلك في التعاقد مع الغير.

ج: تنازل المستهلك عن حقوقه في إنهاء العقد حتى في الحالات التي يرجع عدم التنفيذ فيها إلى خطأ المحترف.

د: الاشتراط عند المنازعة اللجوء إلى التحكيم أو إلى إجراءات التسوية الودية دون الرجوع إلى محاكم القضاء العادي، ولاسيما إذا كان هذا الشرط ينطوي على إرهاب المستهلك وعدم تناسبه مع اقتصاديات العقد كاشتراط انعقاد التحكيم لهيئة أجنبية¹.

ولا تنحصر الشروط التعسفية فيما سبق ذكره من أمثلة، بل إنّ لكلّ نوع من العقود ظروفه وخصائصه، وعليه فإنّ الشروط التعسفية التي يلجأ إليها البائعون أو المنتجون قد تتغيّر وتتطوّر بحسب أنواع هذه العقود وتطورها²، وهو ما أكدّ عليه المشرع الجزائري في نصّ المادة 29 من القانون 04-02 بقوله: "..... لاسيما البنود والشروط".

وبالتالي يمكن للقاضي إعمال سلطته التقديرية للوقوف على مدى اعتبار الشرط تعسفي³.

¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 408.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 435.

³ إبراهيم هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ضلّ القانون 04-02 المتعلّق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، جامعة قسنطينة 01، كلية الحقوق، 2012-2013، ص. 14.

المطلب الثاني: آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود التجارة الإلكترونية

إنّ أبرز ما يتّسم به عقد التجارة الإلكترونية المبرم بين المحترف والمستهلك، هو عدم التوازن بين طرفيه، وعليه فإنّ هذا العقد سيكون ميدانا خصبا للشروط التعسفية قد يفرضها التاجر المحترف لتحقيق مصالحه، ممّا أدّى ببعض التشريعات إلى القول أنّ عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان¹.

وعليه فإنّ مواجهة الشروط المألوفة ذات الطابع التعسفي تمثّل في حدّ ذاتها حماية للمستهلك لاختياراته التعاقدية وهي في نفس الوقت حماية للمعاملات والاقتصاد برمتها². فكان من الضروري توفير حماية فعّالة للمستهلك من هذه الشروط والتي يصعب تحقيقها في القواعد العامة، فظهر اتجاه تشريعي في دول الاتحاد الأوروبي يهدف إلى إرساء الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

وهنا يطرح السؤال عن كيفية تخلّص المستهلك من الشروط التعسفية الواردة في عقد التجارة الإلكترونية؟ وما هو السند القانوني الذي يتيح له المطالبة بإلغائها أو تعديلها؟

إنّ البحث في الموضوع يقتضي توضيح نظام حماية المستهلك من الشروط التعسفية من خلال التطرّق إلى نظام الرقابة، والتي تكون إمّا سابقة للتعاقد وتسمّى رقابة الحظر (الفرع الأوّل)، أو رقابة لاحقة للتعاقد وتسمّى رقابة الإلغاء (الفرع الثّاني)، مع إبراز الاتجاه الحديث لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية (الفرع الثالث).

¹ الفصل السابع من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري الذي أُعدّ عام 2001، إذ تنصّ الفقرة الرابعة من هذا الفصل على أنّه: "يجوز إبطال ما يرد من شروط تعسفية في عقود التجارة الإلكترونية التي يمكن اعتبارها عقود إذعان في مفهوم القانون المدني أو تفسيرها لصالح الطرف المذعن".

² نورالدين رحالي، التوجهات الجديدة لقانون الاستهلاك بالمغرب: الثابت والمتغيّر، مكتبة الرّشاد، المغرب، 2014، ص.

الفرع الأول: الرقابة السابقة للتعاقد (رقابة الحظر):

جاء قانون 10 كانون الثاني 1978¹ تحت عنوان: "إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات"، يعالج الحماية من خلال خمسة فصول، يهمنها منها الفصل الرابع والمعنون بـ: (حماية المستهلكين من الشروط التعسفية)، فعرف الشرط التعسفي في المادة 35 منه، ثم نصّ في 36 على تشكيلة لجنة الشروط التعسفية².

لذا فدراسة رقابة الحظر يقتضي التطرّق إلى دور لجنة الشروط التعسفية³ في عملية حظر الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي (أولاً)، ثمّ التطرّق إلى دورها في الحظر في التشريع الجزائري (ثانياً).

¹ Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, J O R F, 11 janvier 1978.

² طبقاً لأحكام قانون الاستهلاك الفرنسي، فإنّ لجنة الشروط التعسفية تتكوّن من 13 عضواً مشكّلة كالتالي:

- قاضي (01) من القضاء العادي رئيساً.
- قاضيان (02) من القضاء العادي أو الإداري أو من أعضاء مجلس الدولة.
- شخصيتان (02) مؤهلتان في مجال القانون أو في مجال إعداد العقود، يتمّ اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك.
- أربعة (04) ممثلين عن المهنيين.
- أربعة (04) ممثلين عن المستهلكين.
- يمكن للمدير العام أو ممثله القانوني حضور اجتماعات اللجنة، دون أن يكون له حق التصويت.

وهو ما نصّت عليه:

Article R822-18 Créé par Décret n° 2016-884D 29 juillet 2016 -art « **La commission des clauses abusives comprend treize membres répartis de la manière suivante :**

1° Un magistrats de l'ordre judiciaire, président.

2° Deux magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou membre du conseil d'Etat parmi lesquels est désigné le vice-président .

3° Deux personnalités qualifiées en matière de droit ou de technique des contrats, choisies après avis du conseil national de la consommation.

4° Quatre représentants des professionnels.

5° Quatre représentants des consommateurs.

Le directeur général de l'institut ou son représentant peut participer aux séances de la commission des clauses abusives. Il ne prend pas part aux votes sur les recommandations et avis ».

³ تختلف لجنة الشروط التعسفية في القانون الجزائري مقارنة مع نظيره الفرنسي، من حيث التشكيلة ومن حيث الجهات المختصة بإخطارها.

أولاً: دور لجنة الشروط التعسفية في حظر الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي:

نشأت لجنة الشروط التعسفية¹ في فرنسا نتيجة الانتقادات التي وجهت على مستوى البرلمان لمشروع قانون *scriener*، حيث كانت ترمي إلى إعطاء مهمة الرقابة على الشروط التعسفية إلى المحاكم لكنها قوبلت بالرفض وعهدت المهمة إلى الحكومة، على أن تساعد في ذلك لجنة ذات طابع استشاري سميت بلجنة الشروط التعسفية تابعة للوزير المكلف بالاستهلاك، وكان ذلك بموجب المادة 36 من قانون 10 جانفي 1978 ومارست اللجنة مهامها بعد تتصيب أعضائها، ولا تزال لحد الآن تواصل عملها باعتبار أن قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 1995² قد جدد الثقة بها، دون أن يعطيها صلاحيات أكثر³، ونص على الأحكام المنظمة لها من المادة 2-241 إلى غاية المادة 5-241 منه، والمواد R212 إلى غاية المادة 3-R.212، ومن مهام لجنة الشروط التعسفية:

1: دعم حماية المستهلك في مواجهة تعسف المهني في إطار عقود الاستهلاك⁴.

2: دراسة كل الوثائق المعدة من طرف المهنيين والموجهة أساساً إلى غير المهنيين أو إلى المستهلكين، وتتضمن شروطاً يغلب عليها الطابع التعسفي، كما يبقى من حق المحكمة عندما تعرض عليها دعوى إبطال الشرط التعسفي مراجعة هذه اللجنة لإبداء رأيها الاستشاري في القضية، وتعدّ صلاحية لجنة الشروط التعسفية إما بمبادرة من الدولة في شخص الوزير المختص بالاستهلاك، أو جمعيات المستهلكين المعترف بها، أو من طرف المهنيين أنفسهم

¹ يرى جانب من الفقه بأنه لا يوجد تعريف قانوني محدد للجنة الشروط التعسفية، إلا أن الدكتور حمد الله محمد حمد الله حاول تعريفها بأنها: "عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي بالإضافة إلى الأنظمة القانونية الأخرى، لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأولين بعقود الاستهلاك، يغلب عليها طابع عقود الإذعان".

حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 135.

² 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 (1) J O R F n ° 28 du 2 février 1995.

³ رباحي أحمد، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2007-2008، ص. 335.

⁴ PAISANT Gilles, De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusive, D.S, 1986, chron, p. 299.

وتصدر هذه اللجان توصيات إما بحذف أو بتعديل الشروط ذات الطابع التعسفي¹، ويبقى من صلاحيات الوزير المكلف بالاستهلاك بصفة تلقائية أو بناءً على طلب أحد المتدخلين الأمر بنشر هذه التوصيات دون أن يؤدي هذا النشر إلى الإضرار بسمعة الغير².

إن مهمة لجنة الشروط التعسفية إدارية محضة، لا قضائية ولا تشريعية تقتصر على تحريم البنود التعسفية في العقود ولا تقوم بإصدار مراسيم، بل هذه من صلاحيات الحكومة، والتي من شأنها تحديد وتنظيم الشروط التعسفية في العلاقات العقدية ما بين المهنيين والمستهلكين³.

والحقيقة أنّ هذه التوصيات على الرغم من طبيعتها القانونية غير الملزمة، إلا أنّ بعض المهنيين قد أخذ بها سواء بصفة انفرادية أو عن طريق جمعيات النقابية، وأحالوا عدم تضمين العقود التي يقترحونها على المستهلكين الشروط التي أوصت اللجنة بأنها تعسفية وذلك قبل أن يحكم عليها سواء من قبل المشرع أو القضاء، كما أنه تم الرجوع إليها بمناسبة وجود مفاوضات بين جمعيات المهنيين وجمعيات الدفاع عن المستهلكين⁴.

كذلك المحاكم لم تتردد في الاسترشاد على هداها لتقدير الطابع التعسفي لشرط معين⁵.

¹ العربي مياد، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، مجلة القانون المغربي، أكال الرباط، المغرب، العدد 13، فبراير 2013، ص. 20.

² تجدر الإشارة إلى أنّ بعد صدور القانون رقم 737-2010 المؤرخ في 1 جويلية 2010، لم يعد الوزير المكلف بالاستهلاك هو المكلف بنشر توصيات لجنة الشروط التعسفية.

Loi n° 2010-737 du 1 juillet 2010, portant la réforme du crédit á la consommation, J O R F n° 0151 du 2 juillet 2010.

وهو ما نصت عليه المادة ل534-8 منه .

³ زاهية حورية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص. 206.

⁴ رباحي أحمد، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 341.

⁵ Civ .1^{er} ch.10 février 1998 .R.T.D .civ. 1998, P. 647, obs. Jacques Mestre.

ولهذا يرى بعض الفقه¹ أنّ لجنة الشّروط التّعسّفية تعتبر ركيزة مهمّة في قانون الاستهلاك كونها تشكّل ضغطا نفسيا على المحترفين، لذا فإنّ دورها يمكن اعتباره دورا تحريزيا بحثا².

أمّا بخصوص قانون الاستهلاك الفرنسي 78-23 بعد التّعديل³، فإنّ لجنة الشّروط التّعسّفية موضوعة تحت سلطة الوزير المكلف بالاستهلاك، وهي مكلفة بالمهام التّالية:

1: فحص نماذج العقود المقترحة عادة من طرف المهنيين على غير المهنيين أو المستهلكين الذين يتعاقدون معهم⁴، وذلك بالبحث عمّا إذا كانت تتضمّن شروطا تعسّفية وإصدار التّوصيات بهذا الشأن من أجل حذف أو تعديل الشّروط التي من شأنها الإخلال بالتّوازن العقدي في العلاقة الاستهلاكية، وفي هذا الصّدّد تصدر هذه اللّجنة تقارير سنوية يتمّ نشرها بشكل موسّع، تشمل جميع أنشطتها وأعمالها التي تراها مناسبة.

2: كما تقوم هذه اللّجنة بإبداء رأيها حول تقدير الطّابع التّعسّفي للشّروط التّعاقدي بطلب من القاضي، وذلك بمناسبة الدّعوى الموضوعة أمامه.

3: وعلاوة على الدّور الوقائي الذي تقوم به لجنة الشّروط التّعسّفية، فإنّها تقوم بإبداء الآراء بشأن المراسيم التي تصدرها الحكومة في مجال الشّروط التّعسّفية، وهو ما نستشفه من خلال إخطار هذه اللّجنة بالشّروط التّعسّفية من قبل مندوبية الوزير المكلف بالاقتصاد والمالية الفرنسي رقم 78-464⁵، وقد تمّ عرض المشروع على اللّجنة في جلستي 31 يناير و14 فيفري 1978، وبعد تفحصها لمضمون ما جاء في المرسوم أبدت ما يلي:

بالنسبة للحالة المتعلقة بالشّروط التي يكون محلّها أو أثرها يحقّق إذعان المستهلك لشروط تعاقدية لم ترد بالوثيقة التي وقعها فقد رأت اللّجنة أنّ كلّ الشّروط التي تتعلّق بمفهوم

¹ MEKKI Mustafa, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, L.G.D.J 2004, p. 227.

² AULOY- CALAI-, Droit de la consommation, précis, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1992, P. 142.

³ Article L.534 du c. consom. f créé par l'Art 62 de la loi n° 2010-737 du 1 Juillet 2010.

⁴ Article L212-1 du c. consom. f (modifié par ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016)-art2.

⁵ Décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de loi 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection de l'information des consommateurs de produits et services.

أساسي خاص بالتزام المهني بإعلام المستهلك، فإنّ القضاء الفرنسي عمل على حصرها في اجتهاداته السابقة على صدور المادة 35 من القانون سالف الذكر.

ثانيا: دور لجنة الشّروط التّعسّفية في حظر الشّروط التّعسّفية في التشريع الجزائري:

لقد تمّ إنشاء لجنة الشّروط التّعسّفية بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 06-306¹ حيث نصّت المادة 06 منه على أنّه: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التّعسّفية ذات الطابع الاستشاري".

ما يلاحظ أنّ المشرّع الجزائري اعترف للجنة الشّروط التّعسّفية منذ البداية، بمهمّة البحث عن الطابع التّعسّفي للشّروط المدرجة في العقود الاستهلاكية، وهو ما كرّسته المادة 07 من نفس المرسوم: "تكلف اللّجنة لا سيما بالمهام التالية:

- تبحث في كلّ العقود المطبّقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التّعسّفي.
- كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسّسات المعنية، يمكن أن تقوم بكلّ دراسة و/أو خبرة متعلّقة بكيفية تطبيق العقود باتجاه المستهلكين، يمكن مباشرة كلّ عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها".

لكن، الملاحظ أنّ هذه اللّجنة ولدت ميّنة ولم تتجسّد ولم تر النور إلى يومنا هذا، إلّا أنّ تشكيلة اللّجنة جاءت تعكس الغاية من إنشائها، حيث تتشكّل هذه اللّجنة حسب المادة 08 من ذات المرسوم من الأعضاء التاليين:

- 1: ممثل (01) عن الوزير المكلف بالتجارة مختص في مجال الممارسات التّجارية رئيسا.
- 2: ممثل (01) عن وزير العدل مختص في قانون العقود.
- 3: عضو (01) عن مجلس المنافسة.
- 4: متعاملين اقتصاديين (02) عضوين في الغرفة التّجارية للتجارة والصّناعة ومؤهّلين في قانون الأعمال والعقود.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر.

5: ممثلين (02) عن جمعيات حماية المستهلكين، ذات طابع وطني في مجال قانون الأعمال والعقود.

وأضافت المادة 08 منه أنه يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

إلا أن هذه التشكيلة أعيد ضبطها بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-144، الذي يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 سالف الذكر، حيث أصبحت المادة 08 كما يلي:

"تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين، وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

- ممثلان (02) عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية رئيسا.

- ممثلان (02) عن وزير العدل، حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.

- ممثلان (02) عن مجلس المنافسة.

- متعاملان اقتصاديان (02) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في قانون الأعمال والعقود.

- ممثلان (02) عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

- يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر يمكن أن يفيدها في أعمالها"

¹ مرسوم تنفيذي رقم 08-44، مؤرخ في 3 فيفري 2008 الجريدة الرسمية عدد 07، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

وما يتأكد من هذا التعديل الذي قام به المشرع الجزائري في غضون عامين، أنه لم يتم ضبط تشكيلة لجنة الشروط التعسفية كي تباشر مهامها بدون مشاكل، حيث فضل المشرع مضاعفته لعدد الممثلين عن كل هيئة، بإحداث لكل عضو رئيسي عضوا احتياطيا يستخلفه في حالة غيابه، ضمنا لعدم عرقلة مهام هذه اللجنة في المستقبل، وهو ما ألغى الشرط الوارد عن ممثلي جمعيات حماية المستهلك الذي يتطلب، فيهما أن يكونا منتميين لجمعية وطنية، وهو الأمر الذي سيخلق إشكالات لاحقة لندرة مثل هذه الجمعيات في الجزائر، لذلك فضل المشرع تبسيط الإجراءات بما يتلاءم والواقع¹.

ويتمثل دور لجنة التعسفية في التشريع الجزائري باعتبارها وسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق التوازن في عقود الاستهلاك حسب ما هو وارد المادة 207² من المرسوم التنفيذي 06-306، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية في البحث عما إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على المستهلكين والعقود التي تم إبرامها تتضمن شروطا ذات طابع تعسفي، وإذا تبين لها ذلك تصوغ توصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة وكذا المؤسسات المعنية.

كما أضافت المادة 12 من نفس المرسوم³ أن لجنة الشروط التعسفية لها صلاحية إعداد تقرير نشاط كل سنة، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة، ويتضمن التقرير كل الدراسات والخبرات التي قامت بها، وكذلك كل التوصيات التي أرسلت إلى الوزير المكلف بالتجارة، وإلى المؤسسات المعنية حول الطابع التعسفي لبعض العقود.

¹ بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق، 2011-2012، ص. 113.

² تنص المادة 07 في فقرتها الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية على: "لجنة البنود التعسفية - يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصاتها".

³ تنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية على: "تنشر اللجنة آرائها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة على ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة والمتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة. تقوم كل سنة بإعداد تقرير نشاط يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر كليا أو مستخرجات بكل وسيلة ملائمة".

كما تضمنت المادة 13 والمادة 14 من المرسوم التنفيذي 06-306، كيفية إدارة الاجتماعات الخاصة باللجنة:

- تتجمع اللجنة بدورة عادية: تكون مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر، وذلك باستدعاء من رئيسها.
 - تتجمع بدورة استثنائية: وذلك بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف الأعضاء على الأقل، ولكي يكون الانعقاد صحيحا يشترط حضور نصف الأعضاء على الأقل بعد ثمانية أيام من استدعاء ثان، ويتم الاستدعاء 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 خمسة عشر (15) يوما ، أما الدورات الاستثنائية في آجال ثمانية (08) أيام.
- وجدير بالذكر أنّ آراء اللجنة وتوصياتها لا تتمتع بأية قوة إلزامية، فهي جهاز ذو طابع استشاري لكن يبقى لها دور في توجيه السياسة التشريعية في الجزائر¹.

الفرع الثاني: الرقابة اللاحقة للتعاقد (رقابة الإلغاء):

إذا كان من المبادئ المسلّم بها في المقتضيات الليبرالية أنّ العقد يقوم مقام القانون انطلاقا من تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، فهذا لا يحول دون تدخّل القاضي لمراجعة العقد مادامت مقتضياته غير مخالفة للنظام العام أو الأخلاق الحميدة ، غير أنّ التحوّلات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم أثرت بشكل واضح وفعال على العلاقات التعاقدية، فأصبح لزاما على القاضي التّدخّل في ضلّ نصوص تشريعية تضمن التوازن العقدي²، وهذا ما يسمّى برقابة الإلغاء أو الرقابة القضائية بحيث تعرّف هذه الأخيرة بأنّها أسلوب قضائي يترك فيه القانون للقضاء سلطة إبطال الشرط التعسفي قبل إغائه³.

¹ SAHRI Fadhila, La protection juridique du consommateur contre les clauses abusives à travers la loi 04-02 du 23/06/2004 et le décret exécuté 06-306 du 10/09/2006, Revue des sciences juridique, faculté Badji Mokhtar, Annaba, n°12, Juin 2008, p. 226.

² عبد الكريم عباد، دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 102.

³ زغودي عمر، مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. طاهر مولاي بسعيدة، العدد 02، 2014، ص. 172.

والسؤال الذي يثار بصدد هذا النوع من الرقابة يرتبط بمدى سلطة القاضي في عدّ الشرط تعسفياً وترتيب آثاره عليه، وذلك في حالة عدم صدور مرسوم بذلك من السلطة التنفيذية المختصة؟

والحقيقة أنّ هذه المسألة يتجاذبها اتّجاهان، أحدهما يأخذ بالتفسير الضيق للشرط التعسفي (أولاً)، أمّا الآخر فيأخذ بالتفسير الواسع للشرط التعسفي (ثانياً).

أولاً: اتّجاه التفسير الضيق للشرط التعسفي:

بمقتضى هذا الاتّجاه فإنّ دور السلطة القضائية في إبطال الشروط التعسفية عند غياب نصّ أو مرسوم يكون منعدماً، ذلك أنّ المشرع الفرنسي أخرج سلطة تحديد الشروط التعسفية من يد القضاء، بموجب قانون 78-23 المؤرخ في 10 كانون ثاني 1978، وأناط هذه المهمة للسلطة التنفيذية التي تستطيع أن تحدّد الشروط التي تراها تعسفية، مسترشدة بذلك بالمعيار العام الوارد في المادة 35 من القانون المذكور¹، وتعدّ لائحة بها ليتسنى للقضاء إلغاء هذه الشروط عندما يثار بشأنها نزاع يعرض عليه، ومن ثمّة أصبح القضاء لا يملك إلاّ الحكم بإبطال الشروط التعسفية المنصوص عليها².

¹ Article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 « Dans les contrats conclus entre les professionnels et non-professionnels ,ou consommateurs peuvent être interdites limitées ou réglementées par des décrets en conseil d'Etat pris après avis de la commission instituées par l'article 36 distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concerné les clauses abusives ou caractère déterminé ou déterminable du pris ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques à l'étendue des responsabilité et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissant imposée aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».

De telles abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent sont réputées non écrit.

Cette disposition non applicable aux contrats quels que soit leur forme ou leur support, il en est ainsi notamment des bons de commande factures, bons de garantie, bordereaux ou bon de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des référence à des conditions générales préétablies.

Les décrets ci-dessus peuvent en vue d'assurer l'information du contractant non-professionnel ou consommateur réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés au premier alinéa ».

² السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 40.

وبتاريخ 1978/03/24 صدرت اللائحة التنفيذية رقم 78-464، والخاصة بتنفيذ المادة 35 المذكورة أعلاه، والمادة 01 من هذه اللائحة تتعلق بالعقود المبرمة بين المحترف (المهني) وغير المهني، فهي تحرّم كل ما يشكّل تعسّفاً، وهذه الرقابة استبعدت أخيراً خشية تحكّم القضاء وأصبح لا يملك إلاّ الحكم بالبطلان وفي حدود ما ورد بشأنه النصّ، ولكنّ يمكن للقضاء أن يستعمل سلطة التفسير للتعرف على النصوص الغامضة إذا تعلق الأمر بتفسير الشّروط¹.

وتطبيقاً لذلك أصدرت محكمة الاستئناف بباريس في 1986/05/22 حكماً يعبر عن هذا الاتجاه² في قضية تتلخّص وقائعها في أنّ محترفاً لمهنة التصوير عاد من رحلة إلى الهند قام خلالها بتصوير سبعة أفلام نيجاتيف تحتوي على 36 منظرًا وكان قد سلّمها إلى معمل لطبعها على ورق، إلاّ أنّ الأفلام فقدت من المعمل الذي قام على إثرها بعرض سبعة أفلام فارغة جديدة من النوع والخصائص نفسها تعويضاً عنها، وذلك تنفيذاً للشّروط المطبوع على إيصال الاستلام، إلاّ أنّ المصوّر لم يريّض هذا العرض وأقام دعوى أمام المحكمة طالبا الحكم بتعويض يقدر بمبلغ 16 ألف فرنك فرنسي، وباستئناف المصوّر للحكم تأسيساً على الصّفة التّعسّفية لهذا الشّروط المطبوع، والذي يأمل من القضاء الحكم ببطلانه وعدم نفاذه في حقّه، فأقرّت محكمة الاستئناف أنّ القانون الصّادر في 10 كانون الثّاني 1978 والمرسوم الصّادر تطبيقاً له، لا يحتملان سوى التفسير الضيق للشّروط التّعسّفي فضلاً على أنّ هذا القانون يحتفظ منذ صدوره للسلطة التنفيذية فقط بالتقدير للصّفة التّعسّفية لهذا الشّروط.

ورغم أنّ المدّعي طالب بتطبيق المادة 07 من مرسوم 24 آذار 1978، والتي تنصّ على أنه: "يحرم أيّ شرط يمكن أن يلغي أو ينقص حقّ المستهلك في التعويض في عقود البيع"، إلاّ أنّ المحكمة لم تعتبره مستهلكاً لأنّه كان يقوم بالعملية في نطاق غرض تجاري كما أنّها لم تعتبر العقد بيعاً للاستفادة من نصّ المادة المشار إليها، وإنّما اعتبرته عملاً من أعمال المقاولات³.

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 453.

عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 437.

³ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 288.

وفي القضاء الإنجليزي فإنّ التّدخل في مواجهة الشّروط التّعسّفية يكون في حالتين:

يكون التّدخل في مواجهة الشّروط التّعسّفية المدرجة في بنود العقد الموحد في المعاملات التّعاقدية والتي تتمثل في العقود التّموجية أو التّمطية، والتي لا يسمح فيها بالتفاوض، أمّا الحالة الثانية فيسمح التّدخل حماية للطرف الضّعيف في العلاقة التّعاقدية¹.

ثانيا: اتّجاه التفسير الواسع للشّروط التّعسّفي:

أثار مسلك المشرّع الفرنسي في تقييد سلطة القضاء في تقدير الشّروط التّعسّفي انتقادات كثيرة، حيث ظهر اتّجاه قضائي² استبعد التفسير الضيق لإرادة المشرّع وفتح المجال أمام التفسير الموسّع لنصّ المادة 35 السالفة الذّكر من أجل منح القاضي سلطة الرّقابة على الشّروط التّعسّفية التي لم ترد بموجب مرسوم تنفيذي، ولقد استندوا في موقفهم هذا على دور القاضي فيما يخصّ الشّروط الجزائي، فإدام يمكنه التّدخل بصدد الشّروط الجزائي فلا مبرر من منعه من التّدخل في مجال الشّروط التّعسّفية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنّ المادة 35 من قانون 78-23 سألقة الذّكر يكتنفها الغموض لعدم تحديدها الشّروط التّعسّفي تحديدا دقيقا، وعليه للقضاء أن يتدخّل ويزيل هذا الغموض ويحدّد ما يراه شرطا تعسّفا طبقا لما تفرزه المعطيات الموضوعية التي يستتبطها من ظروف النزاع المعروض عليه³، ويأخذ هذا الاتّجاه الاعتبارات العلمية، فليس هناك ما يبرر رفض إعطاء القاضي دورا في الرّقابة على الشّروط التّعسّفي، ويدلّ على ذلك أنّه على الرّغم من عمل لجنة مقاومة الشّروط التّعسّفية، ووجود سلطة للحكومة في إصدار المراسيم ما يعدّ شرطا تعسّفا فإنّه ما زال هناك العديد من الشّروط التّعسّفية التي تدرج في العقود⁴.

¹ محمد سادات، حماية المستهلك من الشّروط التّعسّفية في القانون الإنجليزي، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد 16، العدد 06، ص. 474.

² Cass .cive .1^{er} ,16 Juillet 1987, D. 1988, P. 49, **AULOY- Jean Calai**.

³ **LARROUMET Chistian**, Droit civil, les obligations, Tom 3, Economica, Paris, 1986, p. 379.

⁴ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 233.

وهذا التوجّه الجديد للقضاء الفرنسي يبيّن تراجع المشرّع الفرنسي عن موقفه السابق المتعلّق بمعايير الشرط التعسفي وذلك من خلال اعترافه الصريح بالتمرد الذي أحدثه القضاء على نصّ المادة 35 من القانون 78-23 وذلك من خلال عدم توقّفه في تقدير الطابع التعسفي للشرط التي لم يصدر بشأنها مرسوم وهذا بمناسبة إصداره لقانون الاستهلاك الجديد في 01 فيفري 1995¹ بموجب الفقرة الثانية من المادة L132-1، والتي أعطى من خلالها للسلطة التنفيذية دورا ثانويا غير إلزامي في تحديد الشروط التعسفية، مع العلم أنّ المشرّع الفرنسي منح سلطة الرقابة على الشروط التعسفية للقاضي من قبل صدور هذا القانون²، وذلك من خلال نصّ المادة 09 من القانون رقم 92-60³.

تجدر الإشارة إلى أنّ محكمة النقض الفرنسية بادرت بالاعتراف صراحة لقضاة الموضوع بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط وذلك قبل أن يتجسّد هذا الاجتهاد القضائي تشريعيا⁴، على إثر تبني المشرّع الفرنسي للتوجيهية الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين الصادرة في 1993 وإدماجها في قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب القانون رقم 95-96.

ويمكن القول أنّه في حالة ما إذا اعترف للقضاء بإمكانية التدخّل لإلغاء الشرط التعسفي يجب التفرقة بين حالتين، الحالة التي يكون فيها قد صدر مرسوم يحدّد الشروط التعسفية فإنّ دور المحاكم يتمثّل في ضمان التطبيق لهذا المرسوم، وبالتالي فإنّه على المحاكم في حالة النزاع بين المهني والمستهلك إعلان بطلان الشروط التعسفية التي صدر بشأنها مرسوم يعتبرها كذلك⁵، وهذا هو الدور الطبيعي للقاضي في تطبيق القانون.

¹ Loi n° 95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'activités d'ordre économique et commercial, J O R F n° 28 du 2 février 1995.

² رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، المرجع السابق، الهامش رقم 4، ص. 373.

³ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, J O R F n° 170017 du 21 janvier 1992.

⁴ Décret n° 93-314 du 10 mars 1993 relatif à la commission des clauses abusives, J O R F n° 60.

⁵ AULOY Jean Calais- & STEINMETZ Franck, Op, cit, p. 210.

أمّا في حالة عدم إدراج الشرط في القائمة التي تضمّنها المرسوم فللقاضي التّدخل معتمدا في تحديد الشرط بأنّه تعسّفي على المعايير التي حدّدها المشرّع مسبقا لاعتبار الشرط بأنّه تعسّفي.

وعلى الرّغم من كون الأحكام المتعلّقة بحماية المستهلك من النّظام العام فهذا لا يعني أنّ للقاضي إمكانية التّدخل من تلقاء نفسه، فالهدف هو الحماية القانونية للطرف المدّعن، بل يجب تخويل القاضي سلطة الرّقابة على الشّروط التّعسّفية، التي تعتبر إحدى الضّمّانات الهامة التي تعيد التّوازن إلى العقد المبرم بين المستهلك والمحرّف¹.

الفرع الثالث: الاتجاه الحديث لحماية المستهلك الإلكتروني من الشّروط التّعسّفية:

إنّ ما تميّز به عقود التّجارة الإلكترونية من خصوصية ربّما تقف حائلا دون تمسّك المستهلك بقوائم الشّروط المعتبرة تعسّفية والتي يعدّها المشرّع، إذ تميّز عقود التّجارة الإلكترونية بناءً على وسيلة إبرامها بين طرفين لا يجمع المكان بينهما ومن المحتمل أن يكون مثل هذا العقد عابرا للحدود لكون الطرفين في دولتين مختلفتين، لكلّ منهما قانونها الخاص، وما قد يعدّ تعسّفيا من الشّروط بموجب أحد القوانين قد لا يعدّ كذلك بموجب قانون الدولة الأخرى، وأكثر من ذلك قد يختلف حكم الشرط التّعسّفي في القانونين كأن يعدّه أحد القانونين باطلا بطلانا مطلقا فيما يعدّه القانون الآخر باطلا بطلانا نسبيا.

من أجل هذا فإنّ حماية المستهلك في عقود التّجارة الإلكترونية من الشّروط التّعسّفية تتطلّب وجود قواعد موحّدة بين الدّول، وهذا ما لم يغفله التّوجيه الأوروبي، حيث أصدر التّوجيه الأوروبي بحماية المستهلكين من الشّروط التّعسّفية رقم 13-1993 في 5 أبريل 1993²، ولعلّ ما جاء به هذا التّوجيه أنّه لم يحدّد الشّروط التّعسّفية على سبيل الحصر

¹ زوية سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2016/03/13، ص. 130.

² Directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J O C E n° 35 du 21 avril 1993.

بل أورد تعريفا عاما لها، فالشروط التعسفي هو كل شرط عقدي لم يتم التفاوض عليه بمعزل عن الشروط الأخرى، يهدف إلى منح التاجر المحترف مزايا على حساب المستهلك¹.

ما يلاحظ على هذا القانون أنه يعتبر التفاوض على الشرط مما ينفي صفة التعسف عنه، وهذه الإضافة في نظر الفقهاء منتقدة²، فالتفاوض على الشرط وإن كان قد تم بخصوص الشرط ذاته لا يعني بالضرورة تحقيق التوازن في العقد أو قدرة المستهلك على حماية مصالحه، ذلك أنّ عدم التوازن في العقد يرجع إلى ما يشكو المستهلك من نقص في الخبرة والمعرفة الفنية فهو غير قادر على أن يدير التفاوض لمصلحته خلافا للتاجر فهو خبير في مجال حرفته، ويعلم ابتداء ما يترتب على العقد من آثار وما يحققه من مزايا بالنسبة له، فالعقد ليس بعقد إذعان ليكون عدم التوازن فيه مردّه انتفاء التفاوض بالشكل الذي يتيح القول على وجود التفاوض يعيد التوازن، إلا أنّ التوجيه ترك للقضاء سلطة واسعة في استخلاص الصفة التعسفية في الشرط ويعدّ مثل هذا الحكم منسجما مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية، فهي عقود متنوعة وليس بالضرورة عقود لبيع السلع فلا يمكن والحالة هذه حصر ما يمكن أن يرد فيها من شروط تعسفية³.

وإن كان للقضاء ليس له سلطة مطلقة في تحديد ما يعدّ تعسفا من الشروط إذ يحدّد التوجيه عدداً من المعايير التي يتعيّن على القضاء الأخذ بها⁴، فمثلا ينتقي وصف التعسف في الحالة التي يبرم فيها عقد لبيع السلع أو تجهيز الخدمات بناءً على طلب خاص من

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

² آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص. 102.

³ المرجع نفسه، ص. 102.

⁴ وذلك وفقا لما نصّت عليه المادة 1/3 من توجيه الاتحاد الأوروبي الخاص بالشروط التعسفية في عقود المستهلكين الصادر في 5 أبريل 1993.

Article 3 du la Directive 93/13/CEE du conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs « Une clause abusive d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive, lorsque en dépit de l'exigence de bonne foi elle crée ou détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droit et obligations des parties découlant du contrat ».

المستهلك، وعلى التقيض من ذلك فإنّ إعداد شروط واحدة لا يكون للمستهلك الخيار أمامها مما يثير احتمال التّعسف في هذه الشّروط.

الفصل الثاني: الآليات التقليدية لحماية المستهلك

الإلكتروني عند تنفيذ العقد الإلكتروني

أدى التقدّم والتطوّر الهائل في مجال المعلوماتية والاتصالات الإلكترونية وسهولة الإبحار في صفحات الويب web من خلال شبكة الإنترنت، إلى التأثير على جميع الميادين وخاصة إنتاج السلع وتقديم الخدمات، فبرزت الكثير من المخاطر بالنظر لطبيعة هذه السلع والخدمات أو لظروف استعمالها أو لوجود عيب في تركيبها تهدد بصورة أو بأخرى سلامة المستهلك،¹ وذلك نظرا لما تحويه من تعقيد في تركيبها ودقة عالية في استعمالها،² فوضع السلعة أو الخدمة للاستهلاك يفترض أنّ المحترف قد دخل في علاقة تعاقدية مع المستهلك ولهذا يقع عليه واجب تسليم منتج سليم يلبي الرغبة المشروعة للمستهلك.³

فإذا لحق المستهلك الإلكتروني ضررا جراء استعمال هذه السلع فكيف يتم جبر مثل هذا الضرر؟ خصوصا أنّ قواعد المسؤولية المدنية قد وضعت في زمن لم تأخذ فيه التكنولوجيا مداها الكامل، ومن ثمة فقد قصرت عن توفير الحماية المنشودة في زمن لاحق غير الزمن الذي وضعت فيه، وفي حالة وقوع ضرر أيّ قانون يطبق خصوصا أنّ عقود التجارة الإلكترونية تتعلق بأكثر من نظام قانوني، وبذلك تثار كذلك مشكلة التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على النزاع، وتتفاقم هذه المشكلة بوجود السمة غير المادية لشبكة الأنترنت، والتي يتعدّر حصرها في إقليم دولة معينة أو منطقة جغرافية محدّدة.⁴

¹ BOUAICH Mohamed et KHELFNE Karim, Qualité des aliments et sécurité de citoyen, Revue algérienne des sciences juridiques économiques, politiques, n° 2, 2002, p. 08

² أمان طارق الشكري، هيدر عبد الهادي، جزاء الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع -دراسة مقارنة-، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 04، السنة 06، 2014، ص. 170.

³ BOUAICH Mohamed et KHELFNE Karim, Ibid. cit, P.08.

⁴ علاء عمر محمد الجاف، المرجع السابق، ص. 374.

لذا يتطلّب الأمر لتحديد الآليات التقليدية لحماية المستهلك الإلكتروني¹ التّعريج على الالتزام بضمان سلامة المستهلك الإلكتروني (المبحث الأول)، مع تحديد أثر تحديد القانون الواجب التطبيق على حماية للمستهلك الإلكتروني (المبحث الثاني).

¹ في الواقع أنّ الحماية التقليدية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف كثيرا عنها في العقود التقليدية، ومع ذلك فسنبحث في هذا الموضوع استكمالاً لحماية المستهلك الإلكتروني من آثار مبدأ القوة الملزمة للعقد.

المبحث الأول: الالتزام بضمان سلامة المستهلك الإلكتروني

لعوامل عدّة كان من الطبيعي أن يتّسع حجم الأضرار التي تسببها المنتجات الصناعية، وبالرغم من ذلك لم يقلل المستهلك من إقباله على هذه السلع لعوامل وأسباب كذلك عديدة، ومن الطبيعي أن تجد هذه المشاكل اهتماما ملحوظا من طرف الدّول الصناعية الكبرى تحت تأثير ما يسمّى بـ: "حركة الدّفاع عن المستهلكين" التي شاع صيتها في فرنسا وتطوّرت بصفة ملحوظة، فلم يكتف المشرّع الفرنسي بمعالجة مشكلة المسؤولية الناشئة عن أضرار المنتجات بتطبيق النّصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية، بل طوّر ذلك ليشيّد صرح مسؤولية خاصّة بالمنتجين والموزعين تتلائم مع ما تفرضه مقتضيات العصر الحديث¹.

لذا يتطلّب الأمر تأصيل الالتزام بضمان السّلامة (المطلب الأوّل)، ثمّ دراسة التّنظيم القانوني للالتزام بضمان السّلامة (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: تأصيل الالتزام بضمان السّلامة:

لقد سعى كلّ من الفقه والقضاء إلى حماية المستهلك عن طريق تطويع نصوص القواعد العامّة في المسؤولية المدنية وذلك باستخدام فكرة العيب الخفي كنظام قانوني جاهز يمكن استخدام قواعده لتحقيق هذه الغاية، عن طريق فهم النّصوص المنظمة للعيب الخفي فهما واسعا من أجل بسط الحماية المنشودة، وقد ترتّب على هذا توسيع فكرة العيب في مختلف أركانها.

غير أنّ الأضرار التي تمسّ حياة المستهلك وسلامة جسده لا تقتصر على تلك النّاجمة عن عيوب السلعة بل قد تتعدّها إلى الأضرار التي تنشأ بسبب الخطورة الكامنة فيها، لذا عمل الفقه والقضاء على إنشاء التزام بضمان السّلامة، لإثقال كاهل المحترف بسبب خطورة السلعة.

¹ حساني علي، ضمان حماية المستهلك، نحو نظرية عامة في التّشريع الجزائري، الطبعة الأولى، دار الفكر القانوني، القاهرة، 2016، ص. 164.

بناءً على ما تقدّم من أفكار، نحدّد العيب الخفي بوصفه مصدر الالتزام بضمان السلامة (الفرع الأول)، ثمّ نبحت الخطر عندما يكون مصدراً للالتزام بضمان السلامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دعوى العيب الخفي كمصدر للالتزام بضمان السلامة:

لم تتضمن أحكام العيب الخفي نصوصاً قانونية لتعويض المشتري أو المستهلك عمّا يصيبه من أضرار تمسّ جسده وماله، لذا جرت محاولات من أجل تطويع النصوص الخاصة بدعوى ضمان العيوب الخفية من أجل ضمان سلامة المستهلك¹، وذلك من خلال تحديد معيار العيب الموجب للضمان (أولاً)، وعن طريق توسيع نطاق تطبيق دعوى الضمان على الأشخاص المستفيدين وتوسيع نطاق الأضرار الناجمة عن عيوب المبيع لضمان سلامة المستهلك (ثانياً).

أولاً: معيار العيب الموجب للضمان:

إنّ ضمان العيب الخفي لم يقصد حين تمّ تشريعه حماية المستهلك من جميع الأضرار بوجه عام، وإنّما كان المقصود منه تحقيق الحماية للمتعاقد في مواجهة أضرار محدّدة لضمان الجدوى الاقتصادية للمبيع².

وفي سبيل ذلك اتّجه كلّ من الفقه والقضاء إلى التوسّع في تطبيق النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية ضماناً لسلامة المستهلك، وكان المخرج إلى ذلك هو التوسّع في تحديد معيار العيب الخفي.

¹ موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. 298.

² حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة في ضوء تطوّر القضاء الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع 19 مايو 1998، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.

1: المعيار الواسع لتحديد مفهوم العيب الخفي:

يمكن القول أنّ الفقه الإسلامي كان له السبق في تحديد المعيار الواسع للعيب الخفي فلقد عرّفه الإمام الحطاب من المالكية بأنّه: "ما يثبت بسببه نقص يخالف ما التزم به البائع شرطاً أو عرفاً في زمان ضمانه"¹.

وعرفه الإمام ابن تيمية بأنّه: "العيب الذي ينقص القيمة في العادة نقصاً بيناً"².

أمّا على صعيد الفقه القانوني فلقد عرّفه الأستاذ شكري سرور بأنّه: "شائبة أو نقيصة لا توجد عادة في مثل المبيع، ولكنّها وجدت بالمصادفة فيما اشتراه"³.

وعرّفت محكمة النقض المصرية⁴ العيب الخفي بأنّه: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع".

وبعد صدور القانون المدني المصري الجديد أضاف المشرع المصري في المادة (1/447) تخلف الصفة المتفق عليها بالعيب الخفي وهو الأمر الذي دعا محكمة النقض المصرية إلى العدول عن التعريف السابق للعيب، فقضت بأنّه: "وقد ألحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفي واجري عليها أحكامه، وفيما يخصّ قواعد الضمان فإنّ رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفة في المبيع كفل البائع وجودها فيه، إنّما يكون بدعوى ضمان العيب الخفي"⁵.

¹ الحطاب بن محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 04، دار الفكر، القاهرة، (دون سنة نشر)، ص. 427.

² مجموعة فتاوى ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصي النجدي الحنبلي، المجلد 25، الطبعة الأولى، الجزء 09، المبيع، الرياض، 1313هـ، ص. 392.

³ محمد شكري سرور، شرح أحكام المبيع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 357. 358.

⁴ محكمة النقض المصرية في 1948/0/08، مجموعة القواعد، الجزء 01، ص. 16.

⁵ عبد الحميد الديسطي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2009، ص. 138.

ولقد تبنت هذا المعيار القانون المدني الجزائري في المادة 1/379¹ منه، التي نصت على أنه: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري".

وإذا كانت القاعدة تقضي بأن العيب الظاهر لا يستوجب الضمان كأصل عام، إلا أنه وبصورة استثنائية يمكن أن يكون محلاً للضمان، وذلك في حالتين:

أ: إذا أكد البائع للمشتري خلو المبيع من كل عيب وسكن المشتري لتصريح البائع فلم يتحمل مشقة فحص المبيع، ففي هذه الحالة ومعاملة البائع بنقيض قصده يبقى ملزماً بالضمان ولو كان العيب ممّا يسهل اكتشافه، وهو ما أكدّه المشرع الجزائري في المادة 2/379 ق. م. ج، حيث نصت على: "غير أنه لا يكون البائع ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت المبيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أخفاها".

وفي نفس الإطار أصدرت محكمة النقض المصرية -القسم المدني- تأكيداً لذلك قرار طعن، حيث جاء في أحد حيثيات هذا الحكم: "لئن كان الأصل أنّ البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان خفياً، غير أنّ المشرع استثناءً من هذه القاعدة يجعل البائع ضامناً ولو كان العيب ظاهراً، إذا أثبت المشتري أنّ البائع أكد له خلو العين المبيعة من العيب"².

¹ المادة 379 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني.

² قرار رقم 51 لسنة 33 المؤرخ في 27/01/1967، الحكم منشور في الموسوعة المغربية للتشريع والقضاء، المجلد 05، البطاقة رقم 03.

راجع:

مرجع العراري عبد القادر، ضمان العيوب الخفية وفقاً لقانون الالتزامات والعقود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 1985، الهامش رقم 02 ص. 93.

ب: إذا تعلق الأمر بالعقارات المبنية، حيث لا يقتصر الضمان على العيوب الخفية فحسب بل يشمل الظاهر كذلك، ويدخل في ذلك الاعوجاج الخارجي للبناء وكل ما من شأنه أن يؤثر على الفن المعماري¹.

2: المعيار الضيق لتحديد مفهوم العيب الخفي:

لا يعدّ بموجب هذا المعيار تخلف الصفة المتفق عليها عيباً خفياً، بل يعدّ كذلك متى كان ينقص من قيمة الشيء².

فالعيب الخفي بمفهوم المعيار الضيق هو العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفاد مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر في طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له³، وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني الجزائري⁴، التي نصّت على: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من انتفاع به حسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله ...".

فمن خلال نصّ المادة نستنتج ما يلي:

¹ العرعاري عبد القادر، المرجع السابق، ص. 94.

² تجدر الإشارة إلى أنّ النقص في القيمة يختلف عن النقص في مقدار المبيع، الذي يعتبر إخلالاً بتسليم المقدار المتفق عليه، بخلاف النقص في القيمة الذي يكون التسليم فيه مطابقاً للكمية المتفق عليها ولكنها معيبة، مما يؤثر على قيمة المبيع. بالإضافة إلى ذلك فإنّ التعويض في حالة النقص في المقدار يكون بإنقاص الثمن بقدر نقص المبيع في حالة النقص اليسير، أما إذا كان النقص جسيماً فهنا يتطلّب الأمر الفسخ.

سمير كامل، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص. 526.

أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع، الجزء 04، البيع والمقايضة، الطبعة 03، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص. 767. 768.

³ جابر محجوب علي، خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة، دار طبية للطباعة، القاهرة، 1995، ص. 27.

⁴ المادة 379 من التقنين المدني الجزائري تقابلها المادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي والمادة 447 من القانون المدني المصري.

أ: تطلب المشرع قدرا من الجسامة في العيب على أساس معيار موضوعي بحيث يؤثر هذا العيب على ما أعدّ من أجل استعماله، أو حسب طبيعته، أو الإنقاص من الانتفاع به، ويقع على عاتق المستهلك في القواعد العامة إثبات جسامة العيب من عدمه¹.

ب: لم ينصّ المشرع الجزائري على درجة معيّنة في العيب لضمانته²، مثلما فعلت أغلب التشريعات المقارنة،³ فالبائع ملزم لضمان العيب الجسيم واليسير مادام أنّ المشرع أحالنا في مجال المطالبة بضمان العيب إلى أحكام الاستحقاق الجزئي، وهذا على عكس المادة 448 مدني مصري التي أوردت حالة يسقط فيها الضمان، وهي حالة العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، وعادة تكمن في العيب التافه⁴.

بالرجوع إلى نصّ المادة 1641 مدني فرنسي⁵ التي نصّت على أنّ: "البائع ملزم بضمان العيوب الخفية التي تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعدّ له، أو التي تنقص فعليا هذا الاستعمال إلى حدّ أنّ المشتري ما كان يقدم على الشراء أو قام بالشراء لكنّ بثمن أقلّ".

¹ بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والجزائري، الطبعة الأولى، دار الفجر، القاهرة، 2010، ص. ص. 94. 95.

² أنّ موقف المشرع الجزائري بشأن عدم التمييز بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم، هو ذات موقف المشرع المصري في قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006، إذ جاء نصّ المادة (08) على أحقية المستهلك في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرداد قيمتها في حالة ما إذا شاب السلعة عيب، وقد جاء لفظ "العيب" مطلقا دونما تحديد لنوع العيب.

خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 212.

³ على سبيل المثال نجد المشرع اللبناني في قانون حماية المستهلك رقم (659) لسنة 2005 في مادة 29 منه، نصّ على أنّ المحترف يضمن العيوب الخفية التي تنقص من قيمة السلعة أو الخدمة نقضا محسوسا، أو تجعلها غير صالحة للاستعمال فيما أعدّ له وفقا لطبيعتها أو لأحكام العقد، أو العيوب التي تنقص من قيمة السلعة أو الخدمة أو الانتفاع بها إلا نقضا خفيفا، وكذلك العيوب المتسامح بها عرفا، فإنّها لا تستوجب الضمان".

⁴ معزوز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق في العيوب الخفية) -دراسة مقارنة-، أطروحة لنيل دكتوراه علوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2014، ص. 193.

⁵ Article 1641 c. civ. f « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne L'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus ».

وهو ما قرّرتَه الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية¹ أنّ: "العيب يكون مؤثراً موجبا للضمان إذا كان المبيع غير صالح للاستعمال وكان النقص فيه لو علم به المشتري لما أبرم العقد، أو دفع أقلّ ثمن".

فلقد تعمدّ المشرّع الفرنسي تبنيّ هذا المعيار حتى يخفّف من عبء الإثبات الواقع على عاتق المشتري، إذ يكفي إثبات أنّ الشّيء غير صالح للاستعمال في الغرض الذي أعدّ من أجله حتى تقوم مسؤولية المنتج والبائعون المتعاقبون عن الضمان²، على أنّه وحتى يتمّ إثبات العيب على النحو السّابق فلا بدّ من تحديد المقصود بالاستعمال الذي أعدّ الشّيء من أجله، وهو ما لم يضع المشرّع في فرنسا معياراً محدداً بصدده³.

وفي قرار آخر قرّرت محكمة النقض الفرنسية⁴ الاعتراف لقضاة الموضوع بالسلطة التقديرية الكاملة في خصوص تحديد خطورة العيب، على غرار السلطة المقرّرة لهم لتحديد مدى خطورة الإخلال بالالتزام العقدي الذي يسمح بفسخ العقد وفقاً للقواعد العامة، أي على أساس المادة 1174 من النّقنين المدني الفرنسي.

ثانياً: زيادة عدد المستفيدين من دعوى ضمان العيوب الخفية:

في إطار التوجّه الحديث للتوسّع في نطاق تطبيق دعوى الضمان، اختلف الفقه والقضاء حول مدى جواز حقّ المشتري الأخير (المستهلك) بإقامة دعوى عقدية مباشرة على المنتج، وهل هذا الحقّ ينتقل إلى الخلف العام؟

1: مدى جواز المشتري الأخير (المستهلك) بإقامة دعوى عقدية مباشرة للمطالبة بالضمان:

إنّ تحديد مسألة حقّ المشتري لإقامة دعوى مباشرة هي مسألة خلافية بين اتّجاهين: فالاتّجاه الأول يرى عدم أحقيّة المشتري الأخير في الرجوع على المنتج مباشرة (الدعوى

¹ Cass, civ 1^{er}-14 mai 1996, Bull civ, 1, n° 213.

² علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على سلامة المستهلك، الطبعة الأولى، دار الفكر، القاهرة، 2013، ص. 83.

³ حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، المرجع السّابق، ص. 34.

⁴ Cass. comm. 4 juin 1980, Bull civ. IV, N° 239, R.T.D. com, 1981, P. 350.

المباشرة)¹، لأنّ ذلك يعدّ خروجاً على "مبدأ نسبية أثر العقد" أو ما يعرف بقصور حكم العقد على عاقديه، إذ وفقاً لهذا المبدأ أنّ العقد متى استجمع أركانه وتوافرت في كلّ ركن شروطه انعقد العقد صحيحاً وترتبت عليه آثاره، وهذه الأخيرة تتحدّد من حيث نطاقها بطرفيه فلا تتصرف إلى الغير²، وإعمالاً لذلك لا يمكن للمشتري الأخير الرجوع على أيّ من البائعين السّابقين وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية وإنما بدعوى المسؤولية التّقصيرية.

فإذا رجع المشتري بالضّمان على بائعه، فإنّ هذا الأخير له أن يرجع بدوره على من باع له، وهكذا تتعدّد دعاوى الرجوع من بائع إلى آخر حتى تصل غالباً إلى المنتج أو البائع الأصلي، لكنّ هذا الأمر سيرهق المشتريين والبائعين بوجود هذه السّلسلة من الدّعاوى التي تقام من المشتري على بائعه المباشر فقط، ممّا جعل الاجتهاد القضائي يقوم بدوره في حماية المشتري الأخير، بعد أن أجاز له أن يقيم دعواه مباشرة على أيّ من البائعين الذي يختاره ولاشك أنّ ذلك يعتبر استثناء من مبدأ نسبية العقد³.

لكنّ الإشكال يثار في حالة ما إذا تضمّنت إحدى العقود المتتالية شرطاً يقضي بإعفاء البائع من الضّمان، فنجد المشرّع الجزائري على خلاف المشرّع الفرنسي⁴ أقرّ في نصّ المادة 384 من القانون المدني الجزائري⁵، للمتعاقدين حقّ الاتّفاق على إسقاط الضّمان نهائياً، أي إعفاء البائع من ضمان كلّ العيوب التي قد توجد بالمبيع إذا لم يكن البائع عالماً بها.

¹ سليم سعداوي، حماية المستهلك، الجزائر نموذجاً، الطّبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص. 59.

² أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2005، ص. 317.

³ بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السّابق، ص. 359.

⁴ Le code civil Français édité en son article 1643 que « **Il est tenu des vices quand même il ne les aurait pas connus á moins que dans ce cas il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé á aucune garantie** ».

⁵ تتصّ المادة 384 من الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمّم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمّن القانون المدني على أنّه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتّفاق خاصّ أن يزيدا في الضّمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضّمان، غير أنّ كلّ شرط يسقط الضّمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه".

أما الاتجاه الثاني فيرى وجوب منح المستهلك حقّ الادّعاء المباشر على المنتج والبائعين السابقين وتأييد الطبيعة التعاقدية لهذه الدعوى، وقد اتّجه الفقه الفرنسي في تأسيس الرجوع خلافاً لمبدأ النسبية إلى عدّة آراء، فلقد ذهب رأي في الفقه أنّ رجوع المستهلك على البائعين والمنتجين السابقين يكون على أساس حوالة ضمنية للحقّ، فلقد أحال كلّ بائع من اشترى منه دعوى الضّمان على من باعه وصولاً إلى المنتج، وفقاً للمادة 1135 من القانون المدني الفرنسي¹.

في حين ذهب رأي ثانٍ في الفقه إلى تأسيس فكرة رجوع المشتري على المنتج على أساس فكرة الاشتراط الضمني، ومؤدّى هذه الفكرة افتراض أنّ العقد المبرم بين المشتري والبائع يتضمّن اشتراط استفاضة من تنتقل إليه السلعة بالضّمان فيكون لمن اشترط لهم العقد حقّ المطالبة بالضّمان، إلّا أنّ هذين التّأسييين لحقّ الرجوع تعرّضا لانتقادات نظراً لعدم تماشيها مع الواقع².

2: انتقال حقّ ضمان العيوب الخفية إلى عائلة المشتري المضرور:

يمكن التّمييز بين نوعين من الأضرار التي يمكن أن تصيب عائلة المشتري المضرور، فهناك أضرار تصيبهم نتيجة وفاة المشتري أو ما يسمّى بالدائن بالضّمان أو المستهلك، فبالرجوع إلى القواعد العامة في العقود نجد أنّ المشرّع الجزائري نصّ صراحة على انصراف العقد إلى الخلف العام، وذلك في المادة 108 من القانون المدني التي نصّت على أنّه: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين وإلى الخلف العام ما لم يتبيّن من طبيعة التّعامل أو نصّ القانون أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كلّ ذلك مع مراعاة القواعد المتعلّقة بالميراث".

¹ Article 1135 c. consom. f (modifié par Ordonnance n° 206-131 du 10 février 2016-art.2) « L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité ».

² حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، المرجع السابق، ص. 12.

فضلا عن ذلك وبغض النظر عن هذا النص، فإنّ ثبوت حقّ الدائن بالضمان يؤدي إلى انتقال هذا الحقّ إلى ورثته.

وفي هذا الإطار أجاز القضاء الفرنسي للورثة الرجوع بدعوى ضمان العيوب الخفية على بائع مورثهم، فقضت محكمة الاستئناف "ليون Lyon"، بالتعويض لصالح أرملة المشتري الذي توفي بسبب الحاث التاجم عن العيب الذي اكتشف في المبيع، على أساس أنّ البائع مسؤول بموجب العقد قبل المشتري، وأيدت محكمة النقض الفرنسية حكمها على أنّ أرملة المشتري وارثة للدائن بالضمان¹.

وقد تصيب الأضرار أسرة الدائن بالضمان (المستهلك) بصورة مباشرة، فإذا كان مبدأ نسبية آثار العقد يكون حائلا أمامهم للمطالبة بالتعويض، إلا أنّ القضاء أجاز لأفراد أسرة المضرور الرجوع على المنتج بكلّ الأضرار التي أصابتهم شخصيا، على أساس المسؤولية العقدية، ففي قضية تتلخّص وقائعها في أنّ صاحب الفرن باع كمّية من الخبز التالف إلى مشتر مما أدى إلى تسمّم أفراد أسرته، لذا منح القضاء أفراد أسرة المشتري حقّ الادعاء المباشر على البائع (الفران)، لأنّ العقد يحمل الصّفة العائلية التي يستفيد منها كلّ أفراد العائلة².

إلا أنّ المشكلة التي واجهت الفقه الفرنسي هي تأصيل فكرة الرجوع، فقد وجد بعض الفقه ضالته في فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، فيما وجد آخرون تلك الضالة في فكرة العقد ذي الطابع المالي³.

¹ محمد زعموش، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة مقدّمة لنيل دكتوراه دولة، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق، 2004-2005، ص. 195.

² علاء عمر محمد الجاف، المرجع السابق، ص. 455.

³ أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية -دراسة مقارنة-، دار اقرأ، لبنان، 1981، ص. 155.

ولما كان التأصيل في الحالتين السابقتين يقوم على الحيلة والافتراض، فقد حسم المشرع الفرنسي هذا الموقف بصدور القانون رقم 389 لسنة 1998 والخاص بمسؤولية المنتج الموضوعية عن عيوب منتجاته¹، وذلك بالسّماح للمستهلك بالادّعاء المباشر في مواجهة المنتج عن الأضرار التي تصيبه بغضّ النظر عن الأساس القانوني الذي يمكن الاستشهاد به.

الفرع الثاني: الخطر مصدر الالتزام بضمان السلامة:

قد يكون المنتج بريئاً من كلّ عيب ومع ذلك ينطوي استعماله واستهلاكه على خطورة قد تصيب المشتري في جسده أو في أمواله، لذلك لجأ القضاء الفرنسي إلى إلزام البائع المهني بالإدلاء للمشتري بالبيانات الضرورية عن كيفية استعمال السلعة وتجنّب مخاطرها. لذا كان لزاماً منّا تحديد الالتزام بالإفضاء كوسيلة لضمان السلامة (أولاً)، ثمّ أثر الالتزام بضمان السلامة ودوره في تحديد الالتزام بالإعلام (ثانياً).

أولاً: الالتزام بالإفضاء وسيلة للالتزام بضمان السلامة:

إنّ المسألة التي يرد بحثها هنا متعلّقة بحالة الضّرر الذي يلحق المشتري من الشيء المبّيع بسبب جهله بهذا المبّيع وعدم معرفته لخصائص السلعة، فالمنتجات غالباً ما تتّصف بخصائص يجهلها المشتري والمستهلك عموماً بسبب تطور وتعدّد المنتجات، لذلك ألقى القضاء الفرنسي على عاتق المحترف "التزاماً بالإعلام" مضمونه اضطلاع المشتري على

¹ أصدر المشرع الفرنسي قانوناً خاصاً بمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة ذو الطابع الموضوعي، ولم يؤسّس بمسؤولية المنتج على الأساس القانوني التقليدي لفكرة الخطأ، بل انطلاقاً من قاعدة موضوعية قائمة على فكرة المخاطر، فبعد التأخير الذي دام عشر سنوات أدمج المشرع الفرنسي التوصية الأوروبية لسنة 1985 في القانون المدني، باستحداث القانون رقم 389 لسنة 1998 الصادر في 19 ماي 1998، بل أضاف الباب الرابع مكرّر إلى الكتاب الثالث من القانون المدني الفرنسي، والذي حمل عنوان: "مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة" ضمن ثمانية عشر (18) مادة 1386 مكرّر 1 إلى المادة 1386 مكرّر 18.

خميس سناء، المسؤولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق، 2015/06/04، ص. 27.

كَلّ المعلومات المتعلقة بالسلعة وما يحيط باستعمالها من مخاطر¹، وهو ما يتطلب تحديد نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني، ثمّ البحث عن مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني.

1: نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني:

إنّ تحديد نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني يتطلب تحديد نطاقه من حيث الأشياء ومن حيث الأشخاص.

أ: نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشياء:

إنّ تحديد نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشياء يتطلب تحديد مفهوم الأشياء الخطرة، ثمّ تبيان مدى انحصار الالتزام بالإعلام في الأشياء الخطرة دون الأشياء التي لا تعدّ كذلك.

أ: 1 مفهوم الأشياء الخطرة:

إنّ تحديد مفهوم الخطورة في الأشياء التي تثير مسؤولية المنتج يختلف عن نظيره بالنسبة للأشياء التي تقيم مسؤولية الحارس، وفقا للمادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي، ففيما يخصّ المسؤولية الأخيرة فإنّ الشئ يكون خطيرا إمّا بحكم طبيعته كالألات والأسلحة² والمتفجرات³، وإمّا يكون خطيرا بحكم الظروف الخارجية التي وجد فيها، كما لو اقتلعت الرياح إحدى الأشجار وألقت بما فيها في عرض الطريق فتصير شيئا خطيرا على المارة والسيارات⁴.

¹ أكرم حسين البدو وإيمان محمد ظاهر، الالتزام بالإفشاء وسيلة للالتزام بضمان السلامة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 01، السنة 10، العدد 24، 2005، ص. 10.

² مرسوم تنفيذي رقم 96-98، مؤرخ في 18 مارس 1998، الجريدة الرسمية عدد 17، يحدّد كفاءات تطبيق الأمر رقم 96-97 المؤرخ في 21 يناير 1997، المتعلّق بالعتاد الحربي والأسلحة والنخيرة.

³ مرسوم رئاسي رقم 90-198 مؤرخ في 30 سبتمبر 1990، الجريدة الرسمية عدد 27، يتضمّن التنظيم الذي يطبق على المواد المتفجرة.

⁴ علي السيّد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص. 84.

أما بالنسبة لمسؤولية المنتج، فإنّ معيار الخطورة يجب أن يبحث عنه في طبيعة الشيء وخصائصه الذاتية ولا يمكن أن يستفاد من الظروف الخارجية التي أحاطت به، لذا يرى بعض الفقه¹ أنّ الصّفة الخطرة في الشيء تتحقّق في ثلاث حالات:

- الحالة الأولى: عندما يكون الشيء خطرا بطبيعته، لأنّه ينتج على هذه الصّورة حتى يفي بالغرض المقصود.

- الحالة الثانية: عندما يحمل الشيء في طبيّاته مسببات الخطر، الذي لا يلبث أن يظهر بعد خروج الشيء من تحت يد المنتج، نتيجة تفاعل عناصره ومكوناته مع عناصر بعض العوامل الخارجية، مثل عصير الفاكهة والمشروبات الغازية الذي يمكن أن يتخمر بفعل حرارة الجو، فيتحوّل إلى مادة قابلة للانفجار².

- الحالة الثالثة: عندما يكون استعمال الشيء أو تشغيله يتطلّب القيام بعمليات معقّدة من شأنها أن تجعله خطرا، كالأسلحة النارية والأجهزة الكهرومنزلية³.

وقد عبّرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المبدأ في حكم أصدرته في 14 ديسمبر 1982: وقررت أنّ: "المنتج يلتزم بالإفشاء بجميع البيانات الضّرورية لاستعمال السلعة وعلى وجه الخصوص إخطار المستعمل بجميع الاحتياطات عندما تكون السلعة خطيرة، فإن لم يراعها المستهلك المشتري، لحقته في شخصه أو في أمواله أضرار جسيمة"⁴.

¹ عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2010، ص. 149.

² شعباني (حنين) نوال، التزام المتدخّل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012/03/08، ص. 74.

³ زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، 2009، الجزائر، ص. 147. 148.

⁴ BERNARD Gross, La notion de l'obligation de garantie dans les contrats, L.G.D.J, Paris 1963, p. 209.

نقلا عن:

زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، نفس المرجع، ص. 148.

ويعرّف المشرّع الجزائري المنتج الخطير في المادة 2/1 من المرسوم التنفيذي رقم 03-452¹ بأنه: "كلّ منتج أو بضاعة يعرضان إلى الخطر أو يسببان أضراراً أو يضرّان بصحة السّكان البيئية، ويتلفان الممتلكات والمنشآت القاعدية".

وعرّفت المادة 12 من القانون 03-09 بأنه: "كلّ منتج لا يستجيب لمفهوم المنتج المضمون المحدّد أعلاه".

كما أضافت نفس المادة معنى المنتج المضمون بأنه: "كلّ منتج في شروط استعماله العادية أو الممكن توقّعها بما في ذلك المدّة، لا يشكّل أيّ خطر أو يشكّل أخطاراً محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتج وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص".

أ:2 مدى خضوع الأشياء غير الخطرة للإعلام:

يعرّف الالتزام بالإعلام في المرحلة اللاحقة على التّعاقّد على أنّه: "البوح للمشتري بما يجعله على بينة من عيوب المبيع وإدراكاً لخصائصه، بحيث يكون محلّ التزامه مزدوجاً فيشمل الإعلام عن وضع المبيع الذي يتقرّع عن ضمان عيوبه، والإعلام عن خصائص المبيع وقوامه إبلاغ المشتري بما يجب لحسن استعماله وتجنّب مخاطره"².

لذا يرى جانب من الفقه³ أنّ الالتزام بالإعلام يمتدّ إلى المنتجات التي تتسم بالجودة والابتكار وذلك كون حادثة الأشياء وعدم شيوع استعمالها يُوجب على البائع أن يدلي إلى المشتري بالبيانات، التي تبين طريقة استخدامها بما يجنبه أخطارها.

ويرى جانب آخر من الفقه أنّ حادثة المنتجات لا تكون مبرراً لوجود هذا الالتزام ما لم تكن هذه المنتجات خطيرة، سواء في ذاتها أو في كيفية استعمالها، ذلك أنّ القضاء الفرنسي لم يفرض الالتزام بالإعلام على عاتق البائع المهني إلاّ للحيلولة دون وصول

¹ مرسوم تنفيذي رقم 03-452، مؤرخ في 01 ديسمبر 2003، الجريدة الرّسمية عدد 75، الذي يحدّد الشّروط الخاصّة المتعلّقة بنقل الموادّ الخطرة عبر الطّرق.

² محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978، ص. 442.

³ علي السيّد حسن، المرجع السابق، ص. 83.

الخطر الكامن في منتجاته إلى شخص المشتري أو أمواله، لذلك يجب قصر هذا الالتزام على الغاية التي وُجد من أجلها هذا الالتزام، وهي ضمان سلامة المشتري من الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية، فإذا كان المنتج لا يهدد عادة بهذه السلامة فلا مبرر لوجود الالتزام بالإعلام، سواء كان هذا المنتج حديثاً أم قديماً¹.

ب: نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص:

إنّ تحديد نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص يتطلب تحديد الدائن الذي ينشئ هذا الالتزام، وتحديد المدين الذي يقع على عاتقه هذا الالتزام.

ب:1 الدائن بالالتزام بالإعلام:

من المعلوم أنّ الهدف من الالتزام بالإعلام العقدي هو الحدّ من اختلال التوازن بين الرّاعيين في إبرام العقود في مستوى الدّراية والمعرفة بجوانب العقد ومشمولاته، فالدائن بالالتزام هو المستهلك عادة شخص بسيط لا تتوفر لديه مقومات الخبرة والدراية اللّازمتين للعلم والإحاطة بالمعلومات الهامّة والضرورية المرتبطة بما يقدم على إبرامه من عقود².

وتثبت للمستهلك صفة الدائن يستوي في ذلك المستهلك غير المتخصّص (غير المحترف) والمستهلك المتخصّص (المستهلك المحترف)³.

فالمستهلك غير المتخصّص أو غير المحترف يدخل مفهومه في مفهوم المستهلك عموماً، وقد كان تعريف المستهلك محلّ خلاف انطلاقاً من اتّجاهين، اتّجاه موسّع يعرفه بأنّه: "كلّ شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك" أو هو: "كلّ شخص يهدف إلى إشباع حاجاته الشخصيّة أو المهنيّة".

أي بمعنى استعمال أو استخدام مال أو خدمة، فيعتبر مستهلكاً وفقاً لهذا الاتّجاه كلّ شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك، أي بمعنى استعمال أو استخدام مال أو خدمة، فيعتبر

¹ عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص. 151.

² أحمد خديجي، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي، مجلّة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقة، العدد 11، 2014، ص. 23.

³ كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2012، ص. 293.

مستهلكا وفقا لهذا الاتجاه من يشتري سيارة لاستعماله الشخصي، ومن يشتري السيارة لاستعماله المهني، لأنّ السيارة تستهلك في الحالتين عن طريق استعمالها.¹

ويرى هذا الاتجاه ضرورة الأخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك، وذلك من أجل مدّ نطاق الحماية إلى أكبر شريحة ممكنة من الأشخاص، فلا شيء يمنع من شمول قواعد حماية المستهلك لبعض المهنيين الذين يتعاقدون في إطار نشاطهم المهني ولكن في غير تخصصاتهم لتوافق ذلك مع مقتضيات العدالة العقدية المبنية على أساس تحقيق التوازن العقدي، وهي مسألة تتعلق بظروف كلّ متعاقد ومدى تعرّضه للخطر بصرف النظر عن صفته مستهلكا عاديا أو مهنيا.²

أمّا تعريف المستهلك وفقا للمفهوم الضيق فيقصد به: "الشخص الذي يسعى إلى الحصول على السلع أو الخدمات لأجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، غير المرتبطة بنشاطه المهني"³.

أمّا المستهلك المحترف فهو ذلك المستهلك الذي يكون تخصصه من نفس تخصص البائع أو المنتج، أو يكون نشاطه الحرفي بوضع يسمح له بالمعرفة الكاملة للمبيع وطريقة استعماله وما يجب اتّخاذه من احتياطات لتجنّب أضراره.

وهذه الصّفة الاحترافية لدى المشتري تحدّد من نطاق التزام البائع بالإعلام، وتكون سببا لتخفيف مسؤوليته للأسباب التالية:

- إنّ تخصص المشتري وخبرته تمكّناه من تعويض النقص في المعلومات التي أفضى له بها البائع.

¹ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 21.

² فراس جبار كريم، المستهلك وأساليب توعيته -دراسة مقارنة-، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة 05، العدد 03، 2013، ص. 253.

³ JACKUES Ghestin, Traité de droit civil, les obligations, les contrats, formation, L.G.D.J, Paris, 1988, P. 46.

- إنَّ الصِّفَّة الاحترافية لدى المشتريين يجب أن تثير لديه غريزة حبِّ الاطلاع، وتمكَّنه من الاستعلام عمَّا خفي عليه من معلومات، فإن لم يفعل كان ذلك قرينة على أنَّه يكتفي بما لديه من معلومات، ولا يمكن أن ينسب للبائع أيّ تقصير¹.

- إنَّ القضاء الفرنسي استند في الكثير من أحكامه إلى الصِّفَّة الاحترافية للمشتري للتخفيف من مسؤولية البائع المحترف، ومن الأحكام التي قرَّرت تخفيف المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام، ما قضت به الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتوزيع المسؤولية بين منتج المادة اللاصقة التي تستخدم في تركيب البلاط، ومشتري هذه المادة الذي أصابه ضرر نتيجة وقوع حريق نشأ عن استعماله لهذه المادة، إذ تبيَّن للمحكمة وجود خطأ من جانب المنتج لعدم كفاية التحذير، وخطأ من جانب المشتري الذي رغم خبرته وتجربته السابقة لم يتَّخذ احتياطات الاستعمال اللازمة لتفادي وقوع الضرر².

أمَّا من الناحية القانونية، فطبقاً للتوجيه الأوروبي 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في العقود التي تتم عن بعد³، فإنَّ تعبير المستهلك يعني: "أي شخص طبيعي يبرم عقداً ويكون خاضعاً لهذا التوجيه، لتحقيق الأهداف التي لا تدخل في نطاق تجارته أو أعماله التجارية، أو نشاطه التجاري المهني".

يتبيَّن من هذا التعريف أنَّ التوجيه الأوروبي حدّد المقصود بالمستهلك دون أن يشمل الشخص المعنوي الذي يتعاقد خارج نطاق مهنته أو تجارته، باعتباره من المستهلكين وليس

¹ ممدوح محمد مبروك، المرجع السابق، ص. 218.

² Cass. civ 01^{er} -11 october 1982 Bull. civ 1983.1no 228 Rev. trim Dr Comm 1984 P. 731 note **joseh. Hemard**.

³ Commentaire de la directive européenne sur les contrats à distance, directive 97/7 CE du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, j.o.c.g. n°144 du 14 juin 1997:

disponible sur le site:

Lex.europa.eu/legal-content/fr/all/uri=celex:31997L0007, dernier visite le :15avril2013.

من المهنيين، وبذلك يكون هذا التوجيه قد ضيق من مفهوم المستهلك ومن شأن ذلك أن ينعكس سلباً على حماية المستهلك عندما يكون شخصاً معنوياً¹.

كما أنّ هذا التوجيه لم يستثن المهني (الشخص الطبيعي) عندما يتعاقد لتلبية احتياجاته الشخصية والعائلية وغير المهنية².

وهو ما أكدّه التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 الصادر في 08 جوان 2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية³، إذ عرّف المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي يبرم تصرفاً يتعلّق بأغراض لا تدخل في إطار نشاطه المهني".

أمّا المشرّع الجزائري فلقد عرّف المستهلك بصفة عامة، دونما وضع تعريف خاصّ بالمستهلك الإلكتروني⁴، بموجب القانون 09-03 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي، من أجل تلبية حاجاته الشخصية، أو حاجات شخص آخر، أو حيوان متكفّل به".

ويتّضح من خلال التعريف سالف الذكر الذي جاء به المشرّع الجزائري، أنّه أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك.

¹ حوالمف عبد الصمد، الحماية القانونية الخاصة للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، (مداخلة غير منشورة)، أقيمت في الملتقى الوطني الخامس الموسوم بـ: "أثر التحويلات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك"، المنعقد بكلية الحقوق جامعة حسيبة بن بوعلي-الشلف، يومي 05 و06 ديسمبر 2012، ص. 04.

² المرجع نفسه، ص. 04.

³ Directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil du 08 juin 2000 relative á certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. (Directive sur le commerce électronique) « journal officiel L178 du commerce électronique » .

⁴ عرّفت كذلك المادة 03 من القانون 04-02، المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة مقدّمة للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجرّدة من كلّ طابع مهني".

وبهاذين التعريفين يتبيّن أنّ المشرّع الجزائري حذا حذو أغلب التشريعات، والتي أخذت بالمفهوم الضيق للمستهلك، وذلك على خلاف التعريف الواسع الوارد في نصّ المادة الثالثة الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلّق برقابة الجودة وقمع الغش، والتي تنصّ على أنّ: "المستهلك هو كلّ شخص يقتني بثمن أو مجاناً أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسدّ حاجاته الشخصية، أو حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفّل به".

ب:2 المدين بالالتزام (البائع عن بعد):

إنّ الالتزام بالإفشاء يقع على عاتق البائع المحترف سواء كان منتجاً أم تاجراً، على الرّغم من أنّ هناك تشدّد في هذا الالتزام تجاه المنتج¹، لأنّ هذا الأخير يعدّ أدرى النّاس ببيانات وخصائص منتجاته لما يحوزه من معلومات عن مكوناتها وخصائصها وكيفية استعمالها والأخطار التي تحيط بهذا الاستعمال، كما أنّه يملك من الوسائل ما يمكنه من تحقيق الإعلام الكافي والمفيد للمشتري، إذ يمكنه كتابة بيانات منتجاته عليها ذاتها أو على غلافها أو عن طريق نشرة مرفقة لها.²

لذا يعرف بعض الفقه³ المهني بأنّه: "كلّ شخص طبيعي أو معنوي يتصرّف في إطار نشاط معتاد ومنظم، بحيث يقوم من خلال هذا النّشاط بالإنتاج أو التّوزيع أو تقديم الخدمات".

يتّضح من خلال هذا التعريف أنّ المعيار الذي يحدّد مدى اتّخاذ الشّخص لصفة المهني، هو معيار الاعتياد على ممارسة النّشاط في إطار تنظيم محكم، والذي بموجبه يظهر المهني صاحب خبرة ودراية وفعالية في مجال مهنته، فاستناداً إلى تفوّقه هذا تظهر ضرورة إفادة الطّرف الآخر المتعاقد، وهو المستهلك بحقوق خاصّة تكون في مجملها التزامات تقع على عاتق المهني⁴.

¹ VINEY Geneviève, La responsabilité civile du fabricant en droit Français, L.G.D.J, Paris, 1998, P. 80.

² محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السّابق، ص. 447.

³ BALAIS- Jean-Bernard, Droit des affaires, commerçant, concurrence, distribution, delta, Paris, 1999, P. 15.

⁴ YVES PICOD, HÈLÈ NEDAVO, Droit de la consommation, Dalloz, Armand collin, Paris, 2005, P. 20.

أما المشرع الجزائري فلقد عرّف المهني من خلال المادة 103¹ من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، معبراً عنه بمصطلح العون الاقتصادي بأنه: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيّاً كانت صفتها القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

باستقراء نصّ المادة 03 يتّضح جلياً أنّ المشرع ذكر أصناف الأعوان الاقتصاديين على سبيل المثال لا الحصر، حيث استعمل عبارة: "أيّاً كانت صفتها القانونية"، ممّا يتناسب ونهج الاقتصاد الحرّ الذي قد تنتج عنه أصناف جديدة من الأعوان الاقتصاديين الذين لا يستطيع المشرع حصرهم جميعاً لاختلاف طبيعة أنشطتهم هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى، فإنّ هذا التعريف لا يقتصر على التاجر الذي يتعامل مباشرة مع المستهلك وإنما يمتد ليشمل كلّ شخص يمارس نشاطاً مهنيّاً مهما كان نوعه، وعليه يدخل في تعداد المهنيين كلّ من المنتج والصّانع والتّاجر والحرفي والمورّع والمحترف والمقاول ومقدم الخدمات دون التّفريق بينهم، ويعود هذا التّعداد أساساً إلى اعتبار أنّ العون الاقتصادي² يعدّ بمثابة كلّ من يتدخّل في إطار عملية وضع السلعة أو الخدمة للاستهلاك والخدمة هنا لا يقصد بها العرض في السّوق فقط، وإنما جميع المراحل التي تمرّ بها بدءاً من مرحلة الإنتاج إلى العرض النهائي ويدخل في ذلك كلّ من عمليات الإنتاج والتّوزيع وكذا تقديم الخدمات³.

2: مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني:

يتحدّد مضمون التزام البائع المهني بالإعلام في أمرين هامين لا يستغني أحدهما عن الآخر، هما الإدلاء بالبيانات عن كيفية استعمال الشيء، والتّحذير ممّا قد ينجم عن استعمال الشيء من مخاطر وأضرار.

¹ المادة 03 من القانون 04-02 الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر.

² عرّفت المادة 3 ف/1 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية العون الاقتصادي على أنّه: كلّ منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات، أيّاً كانت صفتها القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي، أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

³ عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع السابق، ص. 19.

أ: إعلام المستهلك الإلكتروني بطريقة استعمال الشيء المبيع:

تبدو أهمية الالتزام بالإعلام حول استخدام الشيء محل العقد على وجه الخصوص في المنتجات الخطيرة والمعقدة أو الحديثة التي تتسم بطابع الجدة أو الحداثة، والتي يكون من الصعب على المستهلك أن يتجنب أضرارها ومشاكل استعمالها بدون تعليمات الاستخدام التي يزود بها الصانع أو البائع، وقد اعتاد الفقه والقضاء على تناول الالتزام بالإعلام حول الاستخدام للمنتجات الخطرة أو المعقدة من زاوية الالتزام بضمان السلامة للمستهلك، فيكون الالتزام بالإعلام هنا هدفة حماية أمن المستهلك وسلامته بتجنيبه الأضرار والمخاطر¹.

ولقد أكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على الالتزام بتزويد المستهلك المعلومات الكافية التي تمكنه من الإلمام بالطريقة المثلى لاستخدام المنتج أو تشغيله وربّب المسؤولية على مخالفة هذا الالتزام، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بالتعويض لصالح أحد الرسامين في مواجهة إحدى الشركات المنتجة لنوع من المعجون الذي يستخدم في تجهيز اللوحات الفنية والذي كان قد استخدمه في تجهيز لوحاته، حيث كان مشتروا هذه اللوحات قد طالبوا بفسخ عقودهم معه على إثر تشققها وضياع معالم الرسوم فيها بعد فترة من شرائها، وقد تبين للرسام أنّ هذه التشققات يرجع سببها إلى المعجون الأبيض الذي استخدمه في خلفيات لوحاته، وقد أسست المحكمة حكمها بالتعويض لصالح الرسام على أنّ الشركة المنتجة لم توضح كيفية استخدام المعجون، كما أنّها لم تنبه إلى إمكانية حدوث تشققات معينة في اللوحات التي يستخدم فيها حال عدم إتباع أسلوب معين في تجهيزه².

ب: التزام المحترف بالتحذير الإلكتروني:

لا يكفي أن يقوم المنتج أو البائع المحترف بإحاطة المستهلك بطرق الاستخدام الصحيحة للمبيع والتي تكفل له الانتفاع به على أكمل وجه خاصة إذا كان خطراً، بل يجب عليه فضلاً عن ذلك أن يبرز له كافة الاحتياطات التي يجب عليه أن يتخذها لدى حيازته

¹ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 142.

² منى أبو بكر الصديق، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات الخطيرة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2013، ص.

لهذه المنتجات أو استعمالها، وأن يحذّره بكلّ وضوح من مخاطر عدم اتّخاذ هذه الاحتياطات¹.

ارتبط ظهور التّحذير المقدم عبر شبكة الانترنت بظهور نوع جديد من العقود أصبحت تتمّ عبر شبكة الانترنت اصطلاح على تسميتها بالعقود الإلكترونية، فإذا انصبت هذه العقود على أشياء أو منتجات خطيرة فإنّه يكون من واجب البائع كذلك تنبيه وتحذير المستهلك ممّا يكتنف استعمالها من مخاطر كلّ ما في الأمر أنّ تنفيذ هذا الالتزام يكون بوسائط الكترونية من خلال شبكة الانترنت، ولذلك اصطلاح على تسميته بالتّحذير الإلكتروني والذي يلتزم أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخصّ العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب وبكلّ شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصّة².

على الرّغم من قيام المنتج بتحذير المستهلك عبر شبكة الانترنت، إلّا أنّه يثور التساؤل حول مدى إدراك المستهلك وبلوغه لهذه التّنبهات والتّحذيرات؟ فغالبا ما تكون هذه الأخيرة مستترة فيما وراء وصلوات الرّبط المحورية *hypertextes*³، ومن ثمة يكون واجبا على المستهلك أن يجد الأيقونة التي سينقر عليها لينفذ إلى معرفة كاملة وموضوعية عن المنتج المعروض، غير أنّه ليس كلّ المستهلكين مدركين لأدوات المعلوماتية، ممّا يظهر عدم التّوازن بين طرفي العقد والذي يحول دون وصول التّنبهات والتّحذيرات إلى المستهلك، ممّا قد يهدّده بحصول بعض المخاطر والأضرار.

وبعدّ التزام المحترف بالتّحذير أحد مفردات الالتزام بالإعلام، بل إنّ أهمّ مكوّن من مكوّنات الالتزام بالإعلام، لأنّه يوجب على المحترف أن يحذّر المستهلك من مخاطر استخدام السلعة ويحدّد له كيفية تجنبها⁴، فالبائع المحترف لا يستطيع أن يحتجّ بجهله بالمخاطر التي تكمن في الشيء المبيع أو التي يمكن أن تترتّب على استعماله، وذلك نظرا

¹ MARKOVITS Yvan, La directive C.E.E du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, Tom 221, L.G.D.J, Paris, 1990, P. 92.

² عليان عدّة، المرجع السابق، ص. 100.

³ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 109.

⁴ عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 207.

لصفته الاحترافية، ويلتزم بالتحذير أيًا كان صفة المشتري، أي سواء كان شخصًا عاديًا أو مشتريًا محترفًا، حتى وإن انعكست هذه الصفة الاحترافية للمشتري على مدى كفاية التحذير من عدمه، والذي يبقى في مجمله خاضعًا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

ولكي يوتي التحذير الإلكتروني آثاره المرجوة في إحاطة المستهلك بهذه المعلومات بالشكل الذي يمكن القول بوفاء المنتج بالتزامه في هذا الخصوص دفعا لمسؤوليته عن الأضرار التي قد تنجم عن خطورة الشيء المبيع، فإنه يجب أن تتوافر في هذا التحذير أربعة خصائص هي: أن يكون التحذير كاملاً، مفهوماً، دقيقاً، ظاهراً، وهو ما سنتولى بيانه:

ب: 1 لابد أن يكون التحذير الإلكتروني كاملاً:

يقصد بالتحذير الكامل أن يكون ملماً بجميع المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المستهلك في شخصه أو أمواله، سواء عند استعماله للشيء أو حيازته¹.

فلا يكفي أن يقدم البائع تحذيراً موجزاً يلفت انتباه المشتري إلى بعض المخاطر التي قد يتعرض لها دون البعض الآخر في محاولة منه على بعث الاطمئنان إلى نفوس المتعاملين (المستهلكين) لكي يقدموا على الشراء، فواجب الأمانة يفرض على البائع أن يحترم الثقة التي أولاها إياه المتعاملون (المستهلكون)².

ويجب أن يكون البائع المهني أميناً في لفت انتباه المشتري فلا يجوز له أن ينساق وراء الاعتبارات التجارية البحتة فيعمد عن طريق تحذيرات مقتضبة إلى الإفصاح عن جانب من المخاطر وإخفاء جانب آخر خشية منه في عدم إقبال الجمهور على اقتناء منتجاته³.

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة النقض الفرنسية قراراً في 31/01/1998 قضت فيه بأن: "الصانع يعتبر مخلاً بالتزامه بالتحذير إذا ما اكتفى بوضع عبارة مادة قابلة

¹ عادل عميرات، المسؤولية القانونية للوعن الاقتصادي، دراسة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 88.

² MALAURIE Philippe, AYNÈS, Laurent, STOFFEL MUNCK Philippe, Op. cit P. 367.

³ ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني والصانع والموزع - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه عين شمس، سنة 1987، ص. 347.

حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفصاح بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1998، ص. 24.

للاشتعال على مادة لاصقة للأرضيات، والتي نظرا لخواصها الذاتية يمكن أن تحدث انفجارا خاصة إذا ما استعملت في أماكن مغلقة، لذا كان يجب على الصّانع أن يحيط المستعمل علما بكافة المخاطر التي يمكن أن تنجم عن استعمال هذه المادة، وكذلك ضرورة تهوية الأماكن التي تستعمل فيها كاحتياطي يجب القيام به لتجنّب المخاطر"¹.

ب: 2 أن يكون التحذير الإلكتروني مفهوما:

يقصد بالتحذير الإلكتروني الواضح أو المفهوم التحذير الذي يبيّن مخاطر المبيع ووسائل الوقاية منه بألفاظ وعبارات بسيطة يسهل فهمها، ولا يتأتى ذلك بدهشة إلا إذا جاء التحذير خاليا من المصطلحات الفنية المعقّدة التي يتعذّر فهمها على غير المهني².

وفي ضلّ الثورة الصناعيّة الهائلة التي يشهدها العالم المعاصر فإنّ المنتجات لم تعد حبيسة دولة الإنتاج بل أصبحت واسعة الانتشار في كثير من بلدان العالم، وهنا لا يكون التحذير مفهوما إلا إذا تمّت صياغته بعدد من اللّغات الأساسيّة شائعة الانتشار في العالم إلى جانب لغتي بلد الإنتاج والبلد الذي ستصدّر إليه السلعة³.

ب: 3 أن يكون التحذير الإلكتروني ظاهرا:

يكون التحذير ظاهرا إذا كان يمكن للمستعمل الاطلاع عليه بمجرد النظر إلى الشّيء، وكما يعبر بعض الفقه أنّ يصطدم بنظره من الوهلة الأولى⁴، بحيث لا يصعب عليه معرفة أو رؤية التحذير، وللمنتج حرية اختيار الوسيلة التي تؤدّي إلى إظهار التحذير، كأن يعتمد إلى فصل البيانات التحذيرية عن بقية البيانات الأخرى المتعلّقة بخصائص الشّيء

¹ عزّة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، دراسة مقارنة في القانون المدني رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994، ص. 146.

² سه نكه علي رسول، حماية المستهلك وأحكامه -دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2016، ص. 137.

³ ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص. 347.

⁴ محمد شكوي سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص. 28.

وطريقة استعماله، من خلال استعمال لون مختلف في الطباعة أو استعمال حروف طباعة مختلفة الشكل أو كبيرة الحجم¹.

ب: 4 أن يكون التحذير الإلكتروني لصيقاً بالمنتجات:

من البديهي أنّ التحذير الإلكتروني لا يحقق الغرض منه في لفت انتباه المستهلك إلى المخاطر التي تحدق به من استعمال الشيء أو حيازته، إلا إذا كان لصيقاً بالشيء المبيع بحيث يمكن القول بأنه يلزمه دائماً².

فإذا كان المبيع من المنتجات الصلبة كما هو الحال بالنسبة للأجهزة والآلات، وجب طبع التحذير على جسمها مباشرة أو طبعه على قطعة معدنية تثبت على الآلة والجهاز، أما إذا كان من المنتجات التي تعبأ في عبوات كالأطعمة ومواد التنظيف والمشروبات والمنتجات الدوائية فإنه ينبغي طبع التحذير على العبوة نفسها، وإن كانت هذه الأخيرة توضع في أغلفة خارجية كعلب الكرتون مثلاً، فإنه يفضل كتابة التحذير على التغليف الخارجي دون أن يغني ذلك على وجوب كتابته على العبوة ذاتها³.

وقد يقوم المنتج بكتابة التحذير على الغلاف الخارجي فقط أو في ورقة مطبوعة أو كتيب صغير يوضع داخل العبوة التي تحوي العبوة التي بها المنتج، كما تجري بعض الشركات المنتجة للمنتجات الدوائية، فهل تكفي هذه الطريقة من التحذير؟⁴.

يرى بعض الفقه⁵ أنّ هذه الطريقة تكفي متى اقتضت طبيعة المنتج ذلك، فتحديد مكان وضع التحذير يتوقف على طبيعة المنتج ونوع وشكل العبوة التي تحتويه.

¹ عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق بجامعة المنوفية، العدد 18، السنة 09، أكتوبر 2000، ص. ص 290. 291.

² ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص. 353.

³ محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص. 29.

⁴ عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص. ص 164. 165.

⁵ محمد شكري سرور، نفس المرجع، ص. 29.

في حين يرى البعض الآخر¹ من الفقه، وهو الرأي الرَّاجح أنّ الورقة المطبوعة أو الكتيّب المرفق بالمنتج لا تغني وحدها عن ضرورة كتابة التحذير على جسم العبوة التي تحتوي المنتج ذاتها، وذلك لأنّ الهدف من التحذير وهو تذكير المشتري بالمخاطر التي تنشأ عن استعمال المنتج في كلّ مرّة يلجأ فيها إلى هذا الاستعمال لا يتحقّق بالصّورة المثلى بهذه الطريقة، لأنّ المشتري أو المستعمل قد يفقد مثل هذه الورقة أو الكتيّب بعد أوّل استعمال للمنتج، وهذا ما يتطلّب كتابة التحذير على جسم المنتج ذاته أو على جدران العبوة التي تحويه.

وما يمكن قوله أنّ الوسائل التكنولوجية وما تؤدّيه من دور في تحذير المستهلك إلّا أنّها لم تسلم من النّقد الذي وجّه إليها باعتبارها وسائل دعائية ترويجية أكثر منها إعلامية إضافة إلى كثرة الطّلبات جعلت تقديم هذه المعلومات المتضمّنة تحذير المستهلك في عجالة، ممّا يؤدي إلى التّقصير في تحذير المستهلك باستغلال انجذابه نحو هذه المنتجات.

ثانياً: أثر الالتزام بضمان السلامة في تحديد أساس الالتزام بالإعلام الإلكتروني:

لقد اشتدّ الخلاف في الفقه وتضاربت أحكام القضاء حول الأساس القانوني لالتزام البائع بالإعلام، فذهب بعضهم إلى القول بأنّ الالتزام بالإعلام هو التزام تابع، في حين يرى البعض الآخر بأنّه التزام مستقلّ.

1: الالتزام بالإعلام الإلكتروني هو التزام تابع:

يرى بعض الفقه² أنّ التزام البائع المهني بإعلام المشتري بالمعلومات الخاصّة بطريقة الاستعمال والتحذير من مخاطره ما هو إلّا جزء من التزامه بالضمان على أساس أنّ الالتزام الأخير لا يقف عند حد تسليم الشّيء خالياً من العيوب، وإنّما يتّسع ليشمل كافة الالتزامات التي من شأنها تنفيذ العقد بطريقة صحيحة، وينتهي أنصار هذا الرأي من ذلك إلى ضرورة إخضاع الأضرار النّاجمة عن الخطورة الكامنة في المبيع لذات الحكم الذي أوردته المادة

¹ جابر محجوب علي، المسؤولية التقصيرية للمنتجين والموزعين، مجلة المحامي الكويتية، السّنة 19، 1995، ص. 49.

² علي السيّد حسن، المرجع السّابق، ص. 101.

1645 من التّفنين المدني الفرنسي¹، والتي تلزم البائع الذي يعلم وحده بمخاطر الشيء المبيع بأن يصلح الضرر الحاصل للمشتري، نتيجة عدم تحذيره من هذه المخاطر.

إلا أنّ هذا الرّأي الذي ساد في الفقه الفرنسي إلى عهد قريب تمّ هجره للأسباب التالية:

أ: فمن حيث المصدر:

فإنّ الالتزام بالضمان ورد النص عليه في المواد من 1641 إلى 1649 من القانون المدني الفرنسي، أمّا الالتزام بالإعلام فقد اكتشفه القضاء عن طريق تفسيره لإرادة الأطراف المتعاقدة، وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية².

ب: من حيث التطبيق:

إنّ أحكام الضمان لا تنطبق إلّا إذا كان المبيع مشوبا بعيب خفيّ، في حين أنّ الالتزام بالإفشاء لا علاقة له بوجود العيب، بل يتحقّق في جميع الفروض التي يتّسم فيها المبيع بصفة الخطورة³.

وبناءً على ما تقدّم من انتقادات ظهر رأي آخر وهو الرّأي الراجح إلى أنّ التزام البائع المهني بإعلام المستهلك يجد أساسه في الالتزام بضمان السلامة، ذلك أنّ متطلبات تحقيق ضمان سلامة المشتري توجب على البائع ليس فقط تسليم المبيع خاليا من كلّ عيب، وإنّما توجب عليه أيضا إحاطته علما بما ينطوي عليه المبيع من أخطار ولفت نظره إلى الاحتياطات الواجب اتّخاذها لتجنبها⁴.

ويؤيّد الأستاذ مازو (MAZEAUD) أنّ الالتزام بالإعلام يرتبط بالالتزام آخر أوسع منه هو الالتزام بضمان السلامة، فإذا كان الالتزام بضمان العيوب الخفية يساهم في ضمان

¹ Article.1645 c. civ. f (Créé par loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804) « Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ».

² ثروت فتحي إسماعيل، المرجع السابق، ص. 373.

³ موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. 343.

⁴ ثروت فتحي إسماعيل، نفس المرجع، ص. 375.

سلامة المستهلك، فإنّ ضمان العيوب الخفية لا يكفي وحده لتحقيق سلامة السلامة لذلك يكون ضروريا إيجاد التزام بالسلامة أوسع نطاقا من ضمان العيب، لتتفرّع عن هذا الالتزام التزامات أكثر فاعلية، وعلى وجه الخصوص الالتزام بالإعلام الذي لا يرتبط بوجود عيوب تؤثر في استعمال الشيء¹.

وقد استند أنصار هذا الاتجاه في سبيل تدعيم هذا الرأي، إلى حكم أصدرته محكمة الاستئناف (DOUAI)²، حيث أكد هذا الحكم صراحة مسؤولية الصانع على الرغم من خلو المبيع من العيوب التي تجعله غير صالح للاستعمال، استنادا إلى إخلاله بالالتزام بضمان السلامة، وقد جاء في هذا الحكم: "حيث أنّ شركة contreveute قد أغفلت الطريقة المثلى لاستعمال المبيع وهو خلط كهربائي، وبيان أهمية ربط الوعاء الزجاجي على دعامة اللولبية، والاحتياطات التي يجب أخذها عند انحراف هذا الوعاء، فإنّها تكون قد أخلّت بالسلامة المتولّدة عن العقد، ويكون خطؤها هو السبب في الحادث.....".

2: الالتزام بالإعلام التزم مستقل:

إلى جانب الرأي الأوّل الذي يرى أنّ الالتزام بالإعلام التزم تابع، ظهر رأي آخر يُبقي للالتزام بالإعلام ذاتيته الخاصة³، ممّا يتطلّب الوقوف على أساسه القانوني، وفقاً للأحكام المقرّرة في النظرة العامة للالتزامات.

¹ Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tom 3, L.G.D.J, Paris, 2013, P. 1119.

² C.A de Douai, 04 juin 1954, II, P. 708

³ يعرّف الأستاذ Ghestin الالتزام بالإعلام كونه التزم مستقل عن باقي الالتزامات بأنّه: "التزم مستقلّ وضروري لضمان توازن العقد، باعتبار أنّ البائع الذي كان يعلم أو من المفروض أن يعلم، بالنظر خاصّة إلى تأهيله المهني ومعرفته، حيث يقع عليه عبء إعلام المشتري أن يستعلم بنفسه، أو كان باستطاعته أن يثق بكلّ مشروع يقدم عليه التعاقد معه بالنظر إلى صفته كبائع".

JACKUES Ghestin, Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers), L.G.D.J, Paris, 1983, P. 131.

أ: مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام:

إنّ الالتزام بالإعلام هو صورة من صور النزاهة لكونه يتطلّب التنفيذ بصدق وأمانة¹ أو بعبارة أخرى أنّ الالتزام بالإعلام يستند إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود² الذي تقرّه المادة 3/1134 قانون مدني فرنسي³.

ولقد كانت المادة 3/1134 محلّ تفسيرات متعدّدة، لاسيما عند الفقهاء الفرنسيين حيث يرى جانب من الفقه أنّها تتطوي على واجب الصدق والأمانة *Devoir de loyauté* بمعنى أنّ المتعاقد خلال مرحلة تنفيذ العقد على غرار مرحلتي التفاوض والتعاقد ملزم بإعلام الطرف الآخر بكلّ التفاصيل الضرورية من أجل التنفيذ الحسن للعقد⁴.

في حين يرى جانب آخر في الفقه⁵ أنّها تتطوي على واجب التعاون *Le devoir de coopération*، والذي يتمثّل في ضرورة تسهيل تنفيذ العقد واتخاذ كلّ الاحتياطات التي تليها المعاملات وحسن النية، إذ أنّ كلّ مهني متعاقد يجب أن يُعلم الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية للتنفيذ الحسن للعقد.

ولقد استند القضاء الفرنسي في جانب أحكام الالتزام بالتحذير على مبدأ حسن النية استنادا إلى نصّ المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، ومن هذه الأحكام ما قضت به محكمة النقض الفرنسية: "من أنّه يجب على الشخص المتخصّص في تركيب الأسطح القرميدية أن يبيّن لمقاول البناء ويحذره من المخاطر التي يمكن أن تنتج عن استعمال المواد المختارة، موضّحا له خصائصها والبناء الذي تستعمل فيه"⁶.

¹ زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014-2015، ص. 316.

² حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص. 108.

³ المادة 3/1143 من القانون المدني الفرنسي تقابل المادة 107 قانون مدني جزائري، والتي تنصّ على: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

⁴ BRIGITTE Hess Fallon, ANNE Marie Simon, Aide- mémoire Sirey, Droit civil, Dalloz, Paris, 2005, P. 443.

⁵ حمدي أحمد سعد، نفس المرجع، ص. 108.

⁶ Cass.Civ.1^{er}-20 Juin 1995, Bull. civ1 n° 276, P. 191.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري في الباب الثالث المعنون بـ: "نزاهة الممارسات التجارية" من القانون رقم 04-02، نصّ في 01 على أنّه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين ...".

ويستخلص من هذا النصّ أنّ المشرّع استوجب الالتزام بالنزاهة في علاقة العون الاقتصادي بالمستهلك معتبرا إيّاه أساس العلاقات العقدية.

ب: الالتزام بالإعلام من مستلزمات العقد:

إذا كانت المادة 1/1143 من القانون المدني الفرنسي تضمّنت مبدأ حسن النية كأساس للالتزام البائع المهني بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع إلا أنّ غالبية الفقه الفرنسي يذهب إلى إسناد الالتزام بالإعلام إلى العقد ذاته¹، واعتباره من مستلزماته² وفقا للقانون والعرف والعدالة، وذلك وفقا لنصّ المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي التي تقابلها الماد 2/107 من القانون المدني الجزائري، التي تنصّ على: "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

وقد أخذ بهذا الرأى العديد من أحكام القضاء الفرنسي نذكر منها ما قضت به الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر بتاريخ 1989/6/06 والمتضمّن: "أنّه وفقا لما تقضي به المادة 1135 من القانون المدني أنّ العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه صراحة، ولكنها تتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ذاته، لذا فإنّ المنتج يجب أن يدلي بكافة البيانات

¹ عليان عذّة، المرجع السابق، ص. 43.

² يعرف بعض الفقه مستلزمات العقد على أنّها: "مجموعة الالتزامات الأصلية التي تؤكّد الأثر الأصلي للعقد، أي تحفظه وتكمله، والتي تلازم العقد وتترتب عليه، لأنّ جوهر العقد أثره لا يتحقّق بدونها".

إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، الطبعة الأولى، جامعة الكويت، 1995، ص. 269.

الضرورية المتعلقة باستعماله، وخاصة البيانات المتعلقة بالتحذير من خطورته¹.

يتّضح من خلال ما سبق أنّ تعدّد الأسس التي استند عليها الفقه والقضاء لتأسيس الالتزام بالإعلام مردّه غياب نصوص قانونية صريحة تنظّم هذا الالتزام، إلّا أنّ المشرّع الفرنسي ونظيره الجزائري تداركا هذه المسألة بالنصّ على هذا الالتزام بصورة صريحة وإلزامية، فالمشرّع الفرنسي نصّ على إلزامية إعلام المستهلك من خلال نصّ المادة ل111-1 من قانون الاستهلاك.

أمّا المشرّع الجزائري فلقد أكّد استقلالية هذا الالتزام في أكثر من موضع، فبداية تقرير استقلاليته كانت مع صدور القانون المتعلّق بالقواعد العامة لحماية المستهلك رقم 89-02² (الملغى)، وذلك بمقتضى المادة الرابعة منه والتي نصّت على أنّه: "تكيف العناصر المنصوص عليها في المادة 03 من هذا القانون حسب طبيعة وصف المنتج و/أو الخدمة، بالنظر للخصوصيات التي تميزه، والتي يجب أن يعلم بها المستهلك، حسب ما تتطلب البضاعة المعنية".

ليؤكد مجدّدا هذا الالتزام كذلك في قانون حماية المستهلك 09-03 الذي ألغى قانون 89-02، بمقتضى المادتين 17 و18 منه، فالمادة 17 نصّت على أنّه: "يجب على كلّ متدخّل أن يعلم المستهلك بكلّ المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يصنعه للاستهلاك بواسطة الوسم أو بأي وسيلة أخرى".

لذا يمكن القول أنّ الالتزام بالإعلام له ذاتية مستقلة عن كلّ الأنظمة القانونية الأخرى، إذ كيف يمكن أن نلحق التزاما له نظام قانوني خاص به كان وليد الرغبة في تكريس أكبر قدر من الحماية للمستهلك بصفة عامة والمستهلك الإلكتروني بصفة خاصة على التزام آخر، إذ القول بغير ذلك يؤدي بنا إلى اعتبار أنّه لا مجال للحديث عن مجال الإخلال بالالتزام بالسلامة، إلّا إذا كان هناك فعلا إخلال بالالتزام بالإعلام، وهذا مالا يستساغ.

¹ Cass Civ, 1^{er} chambre 07 Juin 1989, D1989, I. R, P. 200.

موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. 346.

² قانون رقم 89-02، مؤرخ في 7 فبراير 1989، الجريدة الرسمية عدد 06، يتعلّق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للالتزام بضمان السلامة:

لقد كان للقضاء الفرنسي الدور الكبير والفعال في الفصل بين أحكام الضمان للعيوب الخفية والالتزام بضمان السلامة، وقد قام بتسيخ أحكام ضمان السلامة وجعلها التزاما مستقلا عن باقي الالتزامات مما يمنح للمستهلك آلية أخرى للحماية.

فأحكام الالتزام بضمان العيوب الخفية وإن كانت تحقق مصلحة وغاية ذات طابع مالي أو اقتصادي، يتمثل في حصول المشتري على مبيع صالح للاستعمال وقادر على تأدية الوظائف المنوطة به، فإن الالتزام بضمان السلامة يتخذ أبعاداً أكثر أهمية تتمثل في ضمان حصول المشتري على مبيع يتوافر على مقومات السلامة بما لا يكون معه مصدرا للأضرار، سواء بالنسبة لحائزه أو لمستعمله أو بالنسبة للغير¹.

فدراسة التنظيم القانوني للالتزام بضمان السلامة، يتطلب تحديد دور القضاء الفرنسي في إنشاء هذا الالتزام (الفرع الأول)، وتحديد مفهومه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور القضاء الفرنسي في إرساء أسس الالتزام بضمان السلامة:

كانت المحاكم الفرنسية تعتمد على القواعد العامة في المسؤولية العقدية ولكنها لم تتحقق النتيجة المرجوة منه، لذلك سعى الفقه والقضاء الفرنسي إلى منح الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع الاستقلالية عن باقي الالتزامات، وسار القضاء الفرنسي في سعيه هذا على مرحلتين:

المرحلة الأولى هي الاعتراف الضمني للالتزام بضمان السلامة (أولاً)، والمرحلة الثانية وهي مرحلة الاعتراف الصريح للالتزام بضمان السلامة (ثانياً)².

¹ حساني علي، المرجع السابق، ص. 221.223.

² علاء عمر محمد الجاف، المرجع السابق، ص. 484.

أولاً: الاعتراف بضمان السلامة الضمني:

استند القضاء على فكرة ضمان السلامة بشكل ضمني في أحكامه دون الإشارة إليها بشكل صريح، وكان ذلك في الحكم الصادر عن الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 20 مارس 1989¹، وتتلخص وقائع القضية في إصابة أحد الأشخاص بأضرار في وجهه نتيجة انفجار جهاز تلفزيون وهو الأمر الذي دعاه إلى مطالبة البائع المحترف بالتعويض عما أصابه من أضرار جسدية أو مادية، وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف وقررت مسؤولية منتج جهاز التلفزيون على الرغم من عجز المتضرر من إثبات أنّ الجهاز عند تسليمه كان يخفي عيباً في تصنيعه، وأكدت محكمة النقض الفرنسية الحكم بأنّ: "البائع يلتزم بتسليم منتجات خالية من العيوب، التي من شأنها تعريض حياة الأشخاص والأموال للخطر"، وقد أسست المحكمة إنشاء هذا الالتزام استناداً إلى نصّ المادة 1135 من القانون المدني، التي نصّت على أنّ: "العقد يولّد الالتزامات كافة التي يقتضيها العرف والعدالة".

ويؤخذ تأكيد الالتزام بضمان السلامة من ثلاث عناصر تضمّنها الحكم:

1: العنصر الأول: أنّ المحكمة كان يكفيها لإلغاء حكم الاستئناف أن تستند إلى ضمان العيوب الخفية، حيث يتطلّب إعماله وجوب عيب في المبيع سابق على التسليم وهو ما لم يفلح المشتري في التّذليل عليه، ولكنّ المحكمة ذهبت إلى أبعد من ذلك فاشتطت أن لا يكون عيب السلعة مصدراً للخطر بالنسبة للأشخاص أو للأموال وهو ما يؤكّد أنّها تخطّت النّطاق الخاص بالضمان إلى نطاق المسؤولية العقدية بصفة عامة².

¹ Cass.1^{er} civ. 20 mas 1989, D. 1989, P.381, note Philippe Malaurie, R.T.D. civ, 1989, P. 756.

² VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, 2^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 1998, P. 757.

2: العنصر الثاني: أنّ الحكم صدر استنادا لا إلى النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية (المادة 1641 وما بعدها)، ولكن إلى نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي¹، واستبعاد نصوص الضمان لصالح النصوص المتعلقة بالمسؤولية العقدية بصفة عامة وهذا ما يؤكّد أنّ المحكمة كانت تهدف إلى إرساء دعائم الالتزام بضمان السلامة مستقلّ عن الالتزام بضمان العيوب الخفية².

3: العنصر الثالث: هو الحيثية التي استندت عليها محكمة النقض في إلغاء حكم الاستئناف والتي قرّرت فيها: "أنّ البائع المهني يلتزم فقط بتسليم منتجات خالية من كلّ عيب أو خلل في التصنيع، يكون مصدرا لخطر بالنسبة للأشخاص أو للأموال، فاستعمال تعبير "الخطر" بالنسبة للأشخاص أو للأموال يثير فكرة الالتزام بضمان السلامة، كما أنّ العيب أو الخلل في التصنيع المشار إليهما في الحكم لهما في نظر المحكمة معنى يختلف عن معنى العيب الموجب للضمان، فالعيب في الضمان يجعل الشيء غير صالح للاستعمال المخصّص له أمّا العيب المعوّل عليه في الحكم فهو الخلل الذي يجعل الشيء مصدر خطر بالنسبة للأشخاص أو للأموال، وهذا الفارق كان سببا لدى المحكمة من أجل استبعاد قواعد الضمان، والانتقال إلى التزام آخر هو الالتزام بضمان السلامة³.

ثانيا: الاعتراف الصريح بالالتزام بضمان السلامة:

إذا كانت محكمة النقض قد تحرّزت فيما صدر عنها من أحكام من استعمال مصطلح الالتزام بضمان السلامة بشكل مباشر بحيث كان التأكيد بوجود هذا الالتزام يؤخذ من أحكامها عن طريق الاستنتاج واستعمال قواعد التفسير، فإنّها ما لبثت في أحكامها

¹ Article 1135 c. civ. f « modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016-art2 « L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité ».

² VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, op. cit, P. 757.

³ جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيّعة، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 04، السنة 20، ديسمبر 1996، ص. 253.

الحديثة أن أعلنت صراحة اعتناقها لفكرة الالتزام بضمان السلامة المستقل عن الالتزام بضمان العيوب الخفية¹.

ففي قضية تتعلق بإصابات خطيرة لحقت بشرة سيدة على إثر استعمالها لمستحضر تجميل أعلنت محكمة النقض² أن: "المنتج والبائع لبعض المنتجات شائعة الاستعمال وبالذات تلك المخصصة للعناية بالجسم البشري وراحته، يتحملان الالتزام بضمان السلامة".

ويذهب بعض الفقه³ إلى أنّ اللافت في هذا الحكم أنّه لم ينسب إلى البائع الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية (حيث لم يثبت وجود أيّ عيب بالمستحضر)، أو الالتزام بالإفضاء والتّحذير، وهو ممّا يعني أنّ محكمة النقض اعترفت لأول مرة وبشكل صريح بالالتزام بضمان السلامة في عقد البيع.

وبعد هذا الحكم صدرت العديد من الأحكام التي أكدت وجود الالتزام بالسلامة مستقل عن الالتزام بضمان العيوب الخفية، ففي قضية تتعلق وقائعها في قيام زوجين بشراء منزل متحرّك، وبعد تسلّمه بيوميين وجدا مختنقين بداخله بفعل غاز ثاني أكسيد الكربون المنبعث من مدفئة تعمل بالغاز مركّبة بالمنزل، الذي ثبت أنّه كان ينطوي على عيب في تصميمه يتمثّل في سوء نظام التّهوية به، وقد طلب أقارب المتوفيين الحكم لهم بفسخ البيع وبالتّعويض عمّا لحقهم من ضرر من جرّاء الوفاة، فأجابتهم محكمة النقض إلى طلب التّعويض، ولكنها رفضت الحكم بالفسخ على أساس أنّ دعوى ضمان العيوب الخفية هي التي يتأسّس عليها طلب الفسخ قد سقطت بمضي المدّة القصيرة، وقد طعن البائع في الحكم بالنقض وتمسك بأنّ مضي المدّة القصيرة الذي أسقط الحقّ في طلب الفسخ أسقط أيضا بالضرورة الحقّ في التّعويض الذي لا يجوز طلبه إلا في إطار دعوى ضمان العيب الخفي باعتباره أحد الآثار التي رتبها المشرّع على وجود العيب الخفي بالمبيع، ولكن محكمة النقض رفضت الطعن على أساس أنّ: "دعوى المسؤولية العقدية المترتبة على إخلال البائع بالتزامه

¹ جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيّعة، المرجع السابق، ص. 253.

² Cass. 1^{er}.civ. 22 juin 1991, Bull. civ, n° 30, R.T.D. civ, 1991, P. 539.

³ عمر محمّد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 620.

بضمان السلامة، والذي يتمثل في تسليم منتجات خالية من أي عيب أو خلل في التصنيع يكون مصدر خطر بالنسبة للأشخاص أو للأموال، لا تخضع لشرط المدة القصيرة المنصوص عليه في المادة 1648 من التقنين المدني¹.

الفرع الثاني: مفهوم الالتزام بضمان السلامة:

بعد تجسيد استقلالية الالتزام بضمان السلامة عن باقي الالتزامات، لابد من البحث في ذاتيته، وذلك من خلال تحديد تعريفه (أولاً)، وتحديد طبيعته القانونية (ثانياً).

أولاً: تعريف الالتزام بضمان السلامة:

كان ولا يزال الالتزام بضمان سلامة المنتج موضوعاً حديثاً بالنسبة للفقهاء والباحثين ولحدّ الآن لم ينل الحظّ الأوفر في إيجاد تعريف له فقهاً وقضاً، حيث يبقى مدلول الالتزام بضمان السلامة غير دقيق، لاسيما حين ندرس ذلك وفق نظرة المشرع وسرده للنصوص المتعلقة بهذه الفكرة، فالترابط الموجود بين الالتزامات المختلفة والمتعلقة بحماية المستهلك توضح لنا جلياً أنّ المشرع أراد أن يقدم مصلحة المستهلك والمقتنين للسلع، قبل أن يخوض في توضيح أكثر لتعريفات دقيقة ومصطلحات واضحة للالتزام أصلاً، فأحياناً نجد أنّ هناك تقارب لفكرة المطابقة مع السلامة أو الإعلام، وأحياناً أخرى نجد ضمان الجدوى الاقتصادية للمبيع أو ما يسمّى بحصول المشتري على مبيع صالح للاستعمال، أو استجابة المنتج للرغبة المشروعة للاستهلاك، أو ضمان الصلاحية أو غيرها من الضمانات، كلّ ذلك تترتب عنه التزامات على المحترف لضمان سلامة المنتج من أي عيب².

رغم ذلك، فإنّه لا مانع من البحث عن تحديد المقصود من الالتزام بضمان السلامة³.

¹ مشار إليه:

جاير محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص. ص. 254. 255.

² حساني علي، المرجع السابق، ص. ص. 192. 193.

³ يقابل الالتزام بضمان السلامة في اللغة الفرنسية «Obligation de sécurité»، ومعناه ضمان أمن الأشخاص بعدم تقديم أشياء تضرّ بهم.

يعرّف بعض الفقه¹ "الالتزام بضمان السلامة" بالنظر إلى ذاتيته بأنه: "ممارسة المدين (الملتزم) سيطرة فعلية على كلّ العناصر التي يمكن أن تسبّب ضرراً للدائن المستفيد من السلعة أو الخدمة، وهو التزام بتحقيق غاية ونتيجة وليس بذل عناية، فهو يتمثل في الحالة التي يكون فيها التّكامل الجسدي والصّحي للمتعاقد محفوظاً من أيّ أذى يسببه تنفيذ الالتزامات العقدية في الاتّفاق المبرم بين الدّائن وبين الحرفي أو المهني".

ويعرّف البعض الآخر² الالتزام بضمان السلامة بالنظر إلى شروطه بأنه: "الالتزام الذي يقع على عاتق البائع المهني أو المحترف بتعويض المستهلك عمّا يصيبه من أضرار نتيجة عيوب المنتجات أو مخاطرها".

فهو إذن التزام تبعي مفروض على مدين محترف بعدم إلحاق أضرار بصحة أو سلامة الأشخاص³.

فمن خلال التعاريف السابقة نستنتج ضرورة توافر ثلاثة شروط لقيام مبدأ الالتزام بضمان السلامة، وهي:

- 1: الشرط الأول: أن يوجد خطر يهدّد أحد طرفي العقد في جسده.
- 2: الشرط الثاني: أن يسلم أحد طرفي العقد نفسه للآخر.
- 3: الشرط الثالث: فيتمثّل في أنّ المدين في الالتزام بضمان السلامة يكون عادة مدين محترف⁴.

¹ DEFFERRARD Fabrice, Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère, Recueil, Dalloz, Paris, 1999, P. 355.

² محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية وقضائية في كلّ من مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص. 143.

³ LE TOURNNEAU Philippe, Responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz, Paris, 2001, P. 70.

⁴ وفاء الصالحي، مبدأ الالتزام بضمان السلامة، مجلة الدفاع، مجلّة تصدرها هيئة المحامين بسطات، المغرب، العدد 06، أكتوبر 2011، ص. 34.

1: الشرط الأول: وجود خطر يهدد سلامة المستهلك:

يفترض تواجد هذا الشرط في طوائف العقود كافة التي تتضمن الالتزام بالسلامة¹ ويعدّ من أهمّ الشّروط في عقد البيع على وجه الخصوص لظهور دواعي الحاجة إليه في ضلّ التّقدّم الصّناعي الكبير وخطورة الأجهزة الحديثة وشدّة تعقيدها وصعوبة استعمالها جعل من تلك الأجهزة خطرة بسبب عيوبها أو خطورتها الدّاتية، ممّا جعل عقد البيع يتميّز عن غيره من العقود في هذا المضمار.

ومن هنا، كان لا بدّ أن تكون لسلامة جسم الإنسان قدسية، فإذا كان الإنسان أعلى قيمة في هذا الوجود، فإنّ جسده يمثّل جزءاً هاماً من هذه القيمة².

2: الشرط الثاني: أن يسلم أحد طرفي العقد نفسه للآخر:

يعني هذا الشرط أنّ الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين موكول للعائد الآخر³.

وبعبارة أخرى، متى كان أحد طرفي العقد خاضعاً للطرف الآخر بأيّ نوع من الخضوع، سواء كان خضوع من النّاحية الحركية مثل: عقود التّعليم الرّياضي أو الرّقص أو قيادة السيّارة، أو خضوع من النّاحية النفسية مثل: عقد النّقل الدّي يخضع بمقتضاه الرّكاب لتعليمات النّقل دون أن يكون بإمكانه مراجعة مقتضيات الأمن، أو يكون الخضوع اقتصادي وهو ما ينطبق على عقود الإذعان، التي يحتكر فيها أحد العاقدين سلعة أو خدمة ويكون في

¹ نشأ الالتزام بضمان السلامة خاصاً بعقد النّقل، ومنه انتقل إلى العديد من العقود الأخرى، والتي كان من أهمّها عقد البيع ولكنّه سرعان ما انتهى إلى التّزام عام بضمان سلامة المنتج، بصرف النّظر عن أيّ رابطة عقديّة، وبصرف النّظر عن النّظام القانوني للمتخلّل، وبصرف النّظر عن المضرورة سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً، كما أنّ صيغة العمومية أيضاً تمتد لتشمل معيار توقّع احتياطات السلامة، إذ أنّه ينظر إلى توقّع العموم المعنيين بالمنتج، وليس طبقاً لرأي المتخلّلين. علي فتاك، المرجع السّابق، ص. 218.

² محمود التّلي، النّظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 1998، ص. 204.

³ عبد القادر أقصاصي، المرجع السّابق، ص. 234.

مركز أقوى يسمح له بإملاء شروطه، بحيث ينحصر القبول في رضوخ المتعاقد الضعيف وتسليمه بشروط يملئها الطرف الآخر القوي ويعرضها ككلّ تؤخذ أو تترك¹.

وإذا كان من الصّعب وفقاً للفقهاء التقليدي إدراج العقد الإلكتروني ضمن عقود الإذعان فإنّ الفقه الحديث أصبح يرى هذه الخاصية فيه وذلك بالنظر إلى العلاقة التعاقدية في هذا العقد التي تجمع بين مستهلك بحاجة إلى الحصول على سلعة أو خدمة وبين طرف محترف يعرض خدماته على الزبائن عن طريق وسائل تقنية حديثة.

أمّا إذا نظرنا إلى العقد الإلكتروني من حيث مضمونه، ومدى تفاعل إرادة الطرفين في إنشائه، فإننا لا نكاد نقف على أسلوب تعاقدى تسوده روح المناقشة بين أطراف العقد بل جلّ ما نجده هو عرض للسلع والخدمات عن طريق أسلوب ترويجي يجلب المستهلك ويثير فيه الفضول لمعرفة مزاياه، وإن كان ذلك يتمّ دون معاينة حقيقية للشئ المتعاقد عليه فإذا وقع اختيار المستهلك على سلعة أو خدمة فما عليه إلاّ إتباع جملة من الإجراءات التقنية للوصول إلى إبرام العقد، وهذا لن يتأتّى إلاّ بعد موافقته على كافة الشروط الواردة في العقد الإلكتروني دون مناقشة، وفي الغالب يعسر على المستهلك تتبّع كلّ شروط العقد وقراءتها، بل إنّه حتى وإن قرأها فإنّه لا يستطيع فهم كلّ آثارها وأبعادها على التزاماته وحقوقه، هذا فضلاً عن الحواجز اللغوية والاختلافات الثقافية التي قد تكون عائقاً، إمّا في تحصيل التوافق بين الطرفين، أو في تفسير عبارات العقد وشروطه².

وإذا سلّمنا بأنّ خاصية الاحتكار³ في عقود الإذعان بالمفهوم الكلاسيكي غير وارد في جميع عقود التجارة الإلكترونية لوجود شركات كثيرة يعثر عليها المستهلك على الشبكة

¹ عبد المنعم فرج الصّدة، عقود الإذعان في التشريع المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، 1946، ص. 03.

² أحمد رباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسينية بن بوعلي-الشلف، العدد 10، 2013، ص. 101. 102.

³ في هذا الصّدق يرى مصطفى محمّد الجمال أن: "ربط فكرة الإذعان بفكرة الاحتكار والحاجة إلى السلعة أو الخدمة حدّد معالمه الفقه الفرنسي الذي لم يلبث أن انساق إلى مفهوم آخر أكثر رحابة يستجيب إلى الهدف الحقيقي من تدخّل المشرّع لتولّ القاضي سلطة خاصة في عقود الإذعان، هو حماية المستهلك الفردي في مواجهة مؤسسات وشبكات إنتاج وتوزيع السلع والخدمات، وإلى التطبيقات المتلاحقة الحادثة لظاهرة إذعان أحد الطرفين لشروط يفرضها الطرف الآخر".

مصطفى محمّد الجمال، المرجع السابق، ص. 103.

تعرض ما هو بحاجة إليه، فهذا لا يعني نفي صفة الاحتكار في مثل هذه العقود مطلقاً فهناك شركات محتكرة لسلع وخدمات ويكون المستهلك بحاجة لاقتضاء السلعة أو الخدمة بهذا الطريق، وليس له سوى التعاقد، وبذلك تكون هذه الشركات العملاقة في نطاق التجارة الإلكترونية شبيهة بشركات الاحتكار في عقود الإذعان التقليدية¹.

3: الشرط الثالث: أن يكون المدين بالالتزام منتجاً محترفاً:

إذا كان يُشترط أن يكون أمر الحفاظ على سلامة أحد طرفي العقد موكولاً للطرف الآخر، فهذا يعني أنّ هذا الأخير يكون عادة مهنياً وهو ما يبرّر خضوع الطرف الدائن بهذا الالتزام خضوعاً تاماً له².

وتكمن العلة في فرض الالتزام بضمان السلامة على المهنيين، كون الأفراد تقدم على التعامل مع هذا الشخص دون حذر، اعتماداً على ما لديه من خبرة ودراية بأصول مهنته وبالتالي كان طبيعياً أن يراعي المهني هذا الاعتبار فلا يقدم على ممارسة مهنة ما إلا إذا كان محيطاً بالأصول العلمية والخبرات الفنية التي تمكنه من ممارستها على أكمل وجه، فإذا أخلّ بما افترض فيه من ثقة كان عليه أن يتحمل مغبة ذلك، وفضلاً عن ذلك فإنّ الالتزام بضمان السلامة بوصفه إحدى الوسائل التي تيسر قيام مسؤولية المدين به ولا سبيل للتخفيف منها إلا عن طريق التأمين، وتبعاً لذلك فإنّ هذا الالتزام لا يطبق إلا على أصحاب المهن الذين تتوفر لديهم الإمكانيات المادية التي تمكنهم من تغطية مسؤوليتهم عن طريق التأمين³.

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص. 47. 48.

² عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص. 235.

³ المرجع نفسه، ص. 235. 236.

ثانياً: الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة:

يقصد بطبيعة الالتزام بضمان السلامة تحديد ما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة أم أنه مجرد التزام ببذل عناية¹، ولهذه المسألة أهمية كبيرة فيما يتعلق بالإثبات اللازم لقيام المسؤولية.

فإذا كنا بصدد التزام ببذل عناية فإنه يتعين لنشوء مسؤولية المنتج أو البائع أن يقوم الطرف المضرور بإثبات أن حدوث الضرر كان بسبب السلعة محل العقد، فضلاً عن وجوب إقامته الدليل على خطأ المنتج والمتمثل في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتلافي وجود عيب أو خطورة في السلعة المباعة، أو عدم قيامه بإحاطة المشتري أو المستهلك بطبيعة الموقف حال عدم القدرة على تلافي وجود هذا العيب أو تلك الخطورة².

أما إذا نظرنا إلى التزام المنتج أو البائع بضمان السلامة على أنه التزام بتحقيق نتيجة فإن هذا يؤدي إلى تخفيف عبء الإثبات على المضرور الذي يستطيع الحصول على التعويض بمجرد إثبات تخلف النتيجة المطلوبة أي بمجرد إثبات حصول الضرر بفعل السلعة التي قام بشرائها³.

والسؤال الذي يطرح: أين يقع الالتزام بضمان السلامة من هذين الاتجاهين؟ أم له طبيعة خاصة نشأت في ظل ظروف تعاقدية خاصة بين مستهلكين من جهة ومنتجين محترفين من جهة ثانية؟ نبحث في هذا الأمر فيما يلي:

¹ استحدثت تقسيم الالتزامات إلى التزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية الفقيه الفرنسي **Demogue**، ثم تبناه بعد ذلك عموم الفقه، فالالتزام بتحقيق نتيجة **Obligation de resultat**، هو الالتزام الذي يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة أو غاية محددة، وإذا لم تتحقق هذه النتيجة يكون المدين مسؤولاً أمام الدائن لكونه لم يتم تنفيذ التزامه.

أما الالتزام بوسيلة **Obligation de moyen**، فالمدين فيه لا يهدف إلى تحقيق غاية معينة، وإنما يتعهد ببذل جهد وغاية للوصول إلى الغرض، سواء تحقق هذا الغرض أم لم يتحقق، شرط أن يكون هذا الجهد مماثلاً لجهد الرجل العادي.

علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص. 22.

² عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 625.

³ جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المباعة، المرجع السابق، ص. 272.

1: الالتزام بضمان السلامة هو التزام ببذل عناية:

يرى أنصار هذا الرأي أن الالتزام بضمان السلامة هو مجرد التزام ببذل عناية وهو ما يعني أن مسؤولية البائع المحترف تكون خاضعة لإثبات الخطأ في جانبه والذي كان سببا فيما لحق المستهلك من ضرر، ويستندون في تدعيم رأيهم إلى الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية¹ الذي يقرر أن: "البائع المحترف لا يلتزم بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بالأضرار التي يلحقها الشيء المباع بالمشتري".

إلا أن هذا الحكم تعرض لانتقاد شديد من قبل جانب من الفقه² الذي رآه متعارضاً مع القانون الوضعي، فالضرر الذي يحدثه الشيء المباع بالمشتري يمكن إدخاله في نطاق ضمان العيوب الخفية، مما يجعل الالتزام بضمان السلامة يخضع في جانب كبير منه للقواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية، هذه القواعد الأخيرة تلزم البائع عندما يكون محترفاً بتحقيق نتيجة محددة، وهي تقديم شيء خالٍ من العيوب، فاستحقاق التعويض لا يتطلب إقامة الدليل على سوء نية هذا البائع.

كما أن محكمة النقض الفرنسية³ عادت واستمرت في أحكامها المختلفة، على افتراض علم البائع المهني أو المحترف بالعيوب ولم تفتح المجال لإثبات العكس، بل دأبت على إقامة مسؤولية البائع حتى وإن لم يصدر من جانبه أي خطأ أو إهمال.

تجدر الإشارة إلى أن لجوء القضاء الفرنسي إلى فكرة الالتزام بضمان السلامة ما كان ليكون لولا قصور قواعد وأحكام ضمان العيوب الخفية عن حل مشكلة الأضرار الناجمة عن خطورة المنتجات، وهو الأمر الذي يدعو إلى تحسين موقف المستهلك المضروب من خلال العمل على توفير فرص أفضل للحصول على التعويض وليس العكس، ومن أجل تفعيل ذلك يجب ألا تقل الحماية التي يجب أن ينالها المستهلك المضروب بمقتضى الالتزام بضمان العيب، والتي تغطي الجدوى الاقتصادية فقط للشيء المباع وإلا فإننا نكون قد خطونا خطوة

¹ Cass.1^{er} civ. 16 mai 1984, R.T.D. Civ, 1985 Obs Rémy (ph).

² جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص. 274.

³ Cass.1^{er} civ, 4 mars 1986, J.C.P, 1986.IV, P. 140.

إلى الوراء في تحقيق مقومات الحماية للمستهلك، في الوقت الذي نسعى فيه لتحقيق أيّ تقدم لها¹.

2: الالتزام بضمان السلامة التزام بتحقيق نتيجة:

ذهب اتجاه آخر في الفقه² إلى اعتبار الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة مؤدى ذلك أنّ وقوع الحادثة أيّ حصول الحريق، أو الانفجار وما يصاحبه من ضرر للمستهلك كافٍ لقيام مسؤولية المحترف أو بعبارة أخرى فإنّ عدم تنفيذ الالتزام يستنتج من مجرد حصول الحادثة الضّارة ويكون على عاتق المحترف إن أراد التّخلص من مسؤوليته أن يقيم السّبب الأجنبي متمثلاً في القوّة القاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير ولكنّ الفقه والقضاء يتفقان على استبعاد هذه النتيجة، ويكفي لقيام المسؤولية وجود العيب بصرف النظر عمّا إذا كان ناشئاً عن خطأ أو لا وهو ما يعني بدهاءة أنّ محلّ الالتزام بالسلامة تحقيق نتيجة معيّنة، وهي ضمان سلامة المستهلك، ومن هنا فإنّ سلوك المحترف وما يبيده من حرص أو إهمال ليس محلّ اعتبار عند قيام المسؤولية، كما يرى أنصار هذا الرّأي أنّ الالتزام بضمان السلامة لا بدّ أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة وإلاّ كان التزاماً دون جدوى، لأنّ المدين بأيّ التزام عليه أن يبذل في تنفيذه العناية الواجبة، سواء وجد التزام بضمان السلامة أم لا³.

فلقد ذهبت محكمة التّمييز أيضاً في قرار صدر لها في 1991/01/22،⁴ إلى أنّ: "التزام المنتجين أو البائعين لمستحضرات التّجميل بضمان السلامة لا يكون إلاّ بقوّة القانون لأنّ التزامهم يقتصر على تسليم منتجات لا تمثّل عادة أيّ خطورة للمستهلكين، إذا ما روعيت التّوصيات، وهذا يدلّ على أنّ مجرد إثبات الضّرر لا يكفي لقيام مسؤولية المهني على عدم التّنفيذ، بل يجب إثبات الصّفة الخطرة في المبيع أو العيب أو الخلل الذي تسبّب بالضّرر".

¹ عمر محمّد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 627.

² علي السيد حسن، المرجع السابق، ص. 105.

³ محمود التّلي، المرجع السابق، ص. 294.

⁴ Cass.1^{er} civ. 22 Janvier 1991, R.T.D. civ, 1991, Obs JOURDAIN Philippe.

ولهذا السبب رفضت محكمة النقض في حكمها الصادر في 20 مارس 1989¹ إقامة مسؤولية منتج جهاز التلفاز الذي انفجر عندما عجزت المشتريّة رغم وجود الضرر عن إثبات عيب التصنيع.

أما الفقه الذي كان يؤيد في ظلّ إسناد مسؤولية المنتج والبائع إلى قواعد الضمان بإلزام المشتري بإثبات عيب السلعة فقد أصبح في ظلّ الالتزام المستقلّ بضمان السلامة يؤيد كذلك وجوب تكلف المشتري بإقامة الدليل على الخلل أو العيب الذي أدى إلى خطورة السلعة وكان لذلك سببا في حصول الضرر، وسنده في ذلك أمران:

أ: أنّ الالتزام بضمان السلامة هو مجرد بديل للالتزام بالضمان يحرره من قيود الضمان الصارمة "كفترة المدة القصيرة"، ولكنّه لا يؤدي إلى قلب عبء الإثبات، بل عليه أن يثبت الدور الإيجابي للسلعة بسبب خطورتها نتيجة للعيب أو الخلل، وجعلها مصدرا للضرر².

ب: تملّي الضرورات العلمية الأخذ بهذا الحلّ، ولكنّ يجب مراعاة أنّ الإنتاج يتسم بقدر من الخطورة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب مراعاة إذا ما كان المستهلك أو المستعمل قد تقيّد بتعليمات البائع وتحذيره أم لا، لكي لا تقتل روح الإبداع وتشلّ حركة النشاط الصناعي كلّهُ³.

وحسب الرأي الراجح⁴، أنّ الالتزام بضمان سلامة المستهلك الإلكتروني هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، فما جدوى وجود هذه النظرية إن لم تكن في صالح المستهلك؟ وعلى وجه الخصوص المستهلك الإلكتروني، ويجب على الفقه والقضاء عند تصديّه لهذه المسائل (عقود الاستهلاك)، أن لا ينسى دائما أنّ هناك فارقا في القوّة الاقتصادية والخبرة الفنيّة والمعرفية ما بين طرفي العقد، فالمنتج أو الشركات الإنتاجية تتوقّع كلّ الاحتمالات، فهي في حالة تأهب لأيّ مشكلة أو طارئ يحصل، (إقامة الدعاوي أو تلقّيها أو تعيب المنتج)، فضلا عن الخبرة العالمية في مجال الإنتاج أو التوزيع، أمّا

¹ Cass 1^{er} civ. 20 mars 1989, D1989, P. 381, R.T.D.civ, 1989, note MALAURIE. Philippe

² عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 568.

³ المرجع نفسه، ص. 569.

⁴ علاء عمر محمد الجاف، المرجع السابق، ص. ص. 491. 492.

المستهلك الذي يفكر أكثر من مرة في إقامة الدعوى، وهو الطرف الذي لم يكن ليتوقع حصول أي ضرر من السلع والمنتجات التي اشتراها وإلا ما كان ليقدم على شرائها، وفوق كل ذلك يحاول أصحاب الرأي الأول (الالتزام ببذل عناية) أن يضعوا على عاتق المشتري الأخير أو المستهلك إثبات الصفة الخطرة في المبيع أو العيب أو الخلل الذي تسبب في الضرر، وهو أمر لاشك فيه عسير ويتنافى مع العدل ولن يتقبله القانون.

المبحث الثاني: أثر تحديد القانون الواجب التطبيق على حماية المستهلك الإلكتروني

من أبرز المشاكل التي يثيرها إبرام العقود عبر الانترنت مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، ذلك أنّ إمكانية توجيه إيجاب إلى جميع مشتركى شبكة الانترنت قد يؤدي بالنتيجة إلى احتمالية تطبيق متزامن لجميع تشريعات الدول المتصلة بشبكة الانترنت أو على الأقل تشريعات الدول التي ترتبط بهذا العقد، كأن يكون كل من المتعاقدين من بلد، وأن يرسل الإيجاب من بلد ثالث، وأن يتمّ القبول في بلد رابع، وتنفيذ العقد في بلد خامس، فأى قانون يجب أن يطبق على هذا العقد¹.

يمكن القول بصورة عامة أنه لا يوجد في عقود التجارة الإلكترونية الدولية قانون محدّد سلفاً له الأولوية أو الصّلاحية المطلقة في حكمها، وإتّما الأمر يتوقّف على المنهج المطبّق في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الدولية، ولعلّ أهمّ هذه المناهج هو المنهج الذي يعتمد على إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أنّ هذا الاختيار قد يمثّل قدراً من الخطورة على المستهلك بوصفه الطرف الضّعيف في العقد ممّا يتوجّب معه حمايته من الخطورة النّاجمة عن إطلاق حرّية الأطراف في اختيار قانون العقد فإذا لم تتفق الأطراف المتعاقدة على تحديد القانون الواجب التطبيق يتم اختيار القانون عن طريق نظرية التّركيز الموضوعي وذلك بإسناد العقد إلى القانون الأكثر ارتباطاً به².

ومن أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وأثره في حماية المستهلك، يتطلّب الأمر توضيح القانون الواجب التطبيق باتّفاق الأطراف، أو ما يسمّى بالإسناد الشّخصي (المطلب الأوّل)، والقانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاتّفاق على ذلك، وهذا ما يسمّى بالتّركيز الموضوعي (المطلب الثّاني)، مع توضيح الاتّجاه الحديث في تحديد القانون الواجب التطبيق لحماية المستهلك الإلكتروني (المطلب الثالث).

¹ محمد عبد الرحيم الشريقات، المرجع السّابق، ص. 84. 85.

² طارق عبد الله عيسى مجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2001، ص. 128.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية باتفاق الأطراف (الإسناد الشخصي)

لا تختلف عقود التجارة الإلكترونية عن نظيرتها التقليدية في تفعيل المبدأ بل إنّ طبيعة العقود الإلكترونية تتطلب أكثر من غيرها تطبيق قانون الإرادة¹، فوفقاً لهذا المبدأ فإنّه للأطراف المتعاقدة الحقّ في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم².

أو بعبارة أخرى أنّ مبدأ قانون الإرادة³ هو المبدأ الأساسي وضابط الإسناد الرئيسي في العقود الدولية⁴، إذ يخضع العقد الدولي للقانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم الحرة لما

¹ حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/09/30، ص. 490.

² يوسف سليمان عبد الرحمان الحداد، القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النقط، ورقة بحثية مقدّمة في المؤتمر السنوي التاسع عشر، حول "التحكيم في عقود النقط والإنشاءات الدولية"، في الفترة الممتدة بين 26 و 28 أغسطس 2014، المنعقد في صلالة، عمان، ص. 03.

AKOTEICHEICHE Lama, La loi Applicable aux contrats du commerce électronique, mémoire Pour L'obtention d'un Diplôme d'études Approfondies, droit internet et international des Affaires, faculté de droit et des sciences politiques et administratives, Université libanaise, 2005, P. 16.

³ ترجع تاريخياً نشأة قاعدة قانون الإرادة إلى المدرسة الإيطالية التي كانت تطبق على التصرفات بصفة عامة قانون مكان إبرامها شكلاً وموضوعاً، على أن إرادة المتعاقدين الضمنية اتّجّحت إلى اختيار هذا القانون أو ذاك، كما ساهم الفقيه الفرنسي ديمولان في إظهار قاعدة سريان إرادة الأطراف المتعاقدة، انطلاقاً من استخدامه لفكرة الإرادة المفترضة للأطراف، واعتمد بذلك مبدأ قانون الإرادة ضمن قواعد التنازع، وأصبح العقد يخضع للقانون المختار، بينما بقي شكله خاضعاً لقانون محلّ إبرامه ليتبنّاها بعد ذلك المشرّع الفرنسي.

طيب زيروتي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثمانية، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2008، ص. 240.

⁴ لقد اعتمد الفقه في تعريف العقد الدولي على معيارين: المعيار القانوني، والمعيار الاقتصادي: فبالنسبة لتعريف العقد الدولي وفقاً للمعيار القانوني، يعرفه الأستاذ باتيفول بأنّه: "العقد الذي يتّصل بأكثر من نظام قانوني واحد، من حيث العناصر الضرورية لانعقاد العقد أو تنفيذه، أو مركز طرفيه من ناحية جنسيتهم أو موطنهم، أو مكان وجود الشئ محلّ العقد".

إسعد الدين امحمد، العقد الدولي بين التّوطين والتّوويل، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشّلف، كلية الحقوق، 2007-2008، ص. ص 09. 10.

أما تعريف العقد الدولي وفقاً للمعيار الاقتصادي، فيقصد به العقد الذي يتّصل بمصالح التجارة الدولية.

محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص. ص 17. 18.

في ذلك من مزايا عديدة لا يمكن أن تحقّقها قاعدة التنازع الجامدة التي تحدّد القانون الواجب التطبيق وفقاً لضابط إسناد محدّد مسبقاً (كقانون محلّ الإبرام أو قانون محلّ التنفيذ) فقانون الإرادة يؤدّي إلى حماية اليقّين القانوني والتّوقّعات المشروعة للأطراف، كما يؤدّي إلى مراعاة مصالح هؤلاء الأطراف والمساهمة في تقدّم وتطوّر التجارة الدوليّة واستقرارها¹.

وفي هذا الصّدّد أقرّ المؤتمر الوطني لمندوبي الولايات المتحدة الأمريكية في تموز 1999، الذي ألغى معيار العلاقة المقبولة²، وأقرّ مبدأ أساسياً وهو أنّه: "في غير عقود المستهلك فإنّ الأطراف يحقّ لهم اختيار القانون الواجب التطبيق"³.

كما أكّد القانون الأمريكي الصّادر عام 1997 بخصوص التجارة الإلكترونيّة على ضرورة العمل مع كافّة الدّول لمنح طرفي العقد سلطة اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي⁴.

إلا أنّ حرّية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق تثير العديد من المسائل لذا يتطلّب الأمر تحديد تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونيّة (الفرع الأوّل) و دور القانون المختار في حماية المستهلك الإلكتروني (الفرع الثاني)، مع إبراز العوائق التي تواجه القانون المختار وفقاً لإرادة الأطراف (الفرع الثالث).

¹ شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي، مجلّة دفاثر السياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 04، جانفي 2011، ص. 228.

² لقد نصّ القانون التجاري الموحد الأمريكي على أنّه: "عندما تكون للصفقة علاقة معقولة بهذه الولاية أو ولاية أخرى فيمكن للأطراف الاتفاق على أنّ القانون الذي يحكم تلك الحقوق والواجبات إمّا قانون هذه الولاية أو تلك الولاية"، فالعلاقة المعقولة تقوم مثلاً في مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو جز منه، ومع ذلك فإنّ الصفقات التي تتمّ عبر الانترنت تبقى المشكلة فيها قائمة لصعوبة تحديد مكان الانعقاد أو التنفيذ.

³ هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونيّة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بغداد، 2011، ص. 253.

⁴ أبو الهيجاء محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 116.

الفرع الأول: تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية:

إذا كانت القاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت هو تطبيق قانون الإرادة، إلا أن أعمال هذه الفكرة يقتضي منا البحث على المبررات التي أدت إلى إخضاع هذا النوع من العقود إلى هذا النظام القانوني (أولاً)، والبحث كذلك على الاعتراف بقانون الإرادة في الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري (ثانياً)، وتحديد نطاق الإرادة في اختيار قانون العقد الإلكتروني (ثالثاً).

أولاً: مبررات خضوع عقد الاستهلاك الإلكتروني لقانون الإرادة:

إن من أهم المبررات التي أدت إلى إخضاع عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي إلى قانون الإرادة، ما يلي:

1: التوافق مع التوقعات المشروعة:

إن قانون الإرادة سيكون موافقاً لتوقعات الأطراف، على عكس قواعد التنازع التي لا تكون محددة مسبقاً لدى المستهلك وإنما يتراخى ذلك التحديد إلى ما بعد رفع الدعوى، وأن اختيار القانون سيتمشى مع رغباتهم وتطلعاتهم، فالإرادة التي تمارس وظيفة الإسناد في قاعدة التنازع تؤدي إلى تحقيق العدالة الموضوعية بتطبيقها إذا ما أراد المتعاقدين الخضوع لها¹.

2: رعاية مصالح الأطراف المتعاقدة:

يرى الأستاذ M. PELICHET أن قبول مبدأ سلطان الإرادة في المجال التعاقدية يعدّ مبرراً ومسلماً به، فإذا كان الإسناد الموضوعي يجعل الأطراف في الغالب جاهلين بالقانون الواجب التطبيق على عقودهم، فإن مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى توقع وتحديد المجال الذي تندرج فيه علاقاتهم التعاقدية، وإذا كانت مختلف أنظمة القانون الوضعي قد فضلت في مجال العقد الدولي القانون المختار بواسطة الأطراف على القانون المفروض عليهم بقاعدة التنازع في دولة القاضي، فإن ذلك يرجع إلى التحديد الحكمي لهذا الأخير، على أن الأول

¹ علاء عمر محمد الجاف، المرجع السابق، ص. 376.

يعدّ الأفضل في توافقه مع رغبات الأطراف وتوافقه مع العقد، ويعدّ في الحقيقة أساس تطبيق القانون المختار على هذا العقد¹.

3: رعاية مصالح التجارة الدولية:

إنّ اختيار القانون الواجب التطبيق يعدّ أحد أهمّ الوسائل في حلّ منازعات عقود التجارة الإلكترونية بيسر، فهو يساهم في تسهيل التجارة الإلكترونية، ويمكن تجاوز أحد أهمّ معوّقاتها²، ذلك أنّ قاعدة تنازع القوانين التي تحكم العقود الدولية هي قاعدة عامة تنطبق على سائر العقود الدولية دون مراعاة الطّبيعة الخاصّة لكلّ عقد³.

ثانياً: الاعتراف بقانون الإرادة في الاتفاقيات الدولية والتشريع الجزائري:

سنبيّن من خلال هذه الجزئية موقف الاتفاقيات الدولية، وكذا موقف المشرّع الجزائري من الاعتراف بقانون الإرادة.

1: الاعتراف بقانون الإرادة طبقاً للاتفاقيات الدولية:

تجمع الاتفاقيات الدولية رغم اختلافها على إخضاع عقود التجارة الدولية بشكل عام وعقود المعاملات الإلكترونية بشكل خاصّ في جانبها الموضوعي إلى ما يسمّى بقانون الإرادة، والذي وفقاً له يكون لأطراف العقد الحرّية في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التجارية التي تربطهم⁴.

¹ خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص. 85.

² هبة ثامر محمود، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية -دراسة مقارنة-، مجلّة الجامعة الإسلامية، قسم الحديث والعقيدة، كلية البنات، العراق، العدد 22، السنة 2009، ص. 382.

³ حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص. 07.

⁴ أمينة أضربينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، كلية الحقوق، 2014-2015، ص. 391. 392.

ومن بين الاتفاقيات التي منحت مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، اتفاقية لاهاي¹ الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية الموقعة في 05 يونيو 1955²، والتي نصت في فصلها الثاني على أنه: "يُطبق على البيع القانون الوطني الذي عيّنه الأطراف المتعاقدون، هذا التعيين يجب أن يكون بصورة صريحة، أو يستنتج من خلال معطيات العقد، والقانون الذي تم اختياره من طرف المتعاقدين هو الذي يحدّد شروط العقد".

ونصت المادة 01/03 من اتفاقية روما³ المبرمة في 19 يونيو 1980، على: "يكون العقد محكوماً بالقانون المختار بواسطة الأطراف، وهذا الاختيار يكون صريحاً أو ناتجاً بشكل مؤكّد من نصوص العقد أو ظروف التعاقد....."، لقد طبقت اتفاقية روما في فرنسا بتاريخ 01 نيسان 1991 ولقد اعتبرت أنّ مبدأ سلطان الإرادة مبدأً أساسياً وهذا ما جاءت به المادة 01/03 بأن يكون العقد خاضعاً للقانون الذي يختاره الأطراف⁴.

يلاحظ على اتفاقية روما أنّها تُخضع جميع العقود لقانون الإرادة بما فيها عقد الاستهلاك كأصل عام ومنحت بموجبه للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، إلّا أنّها وضعت بنداً مفاده عدم السماح للمتعاقد بحرمان المستهلك عند الاختيار من الحماية التي تضمنها له النصوص القانونية الآمرة لقانون محل إقامة المستهلك العادية⁵.

¹ اتفاقية لاهاي منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:

www.f.law.net/law/shouthread.php

² اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية الصادرة بتاريخ 15 يونيو 1955، هذه الأخيرة عرفت باتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للبضائع الصادرة في 01 أكتوبر 1955.

³ اتفاقية روما بشأن توحيد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الصادرة بتاريخ 19 يونيو 1980، منشورة على الموقع الإلكتروني:

www.eeaa.gov/cmuc/arabic/main/pic.asp

⁴ عادل أبو هشيمة محمد حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. 86.

⁵ لقد نصت المادة 02/05 من اتفاقية روما على: "في العقود المبرمة مع المستهلكين: -1-.....-2- بالرغم من أحكام المادة 03 يجب أن لا يؤدي اختيار الأطراف للقانون الواجب تطبيقه إلى حرمان المستهلك من الحماية التي تؤمنها له الأحكام الآمرة المنصوص عليها في قانون البلد، حيث محل إقامته المعتادة".

أما في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق وكانت أحكام العقد أو ظروف القضية لا توحى بتحديد هذا القانون فقد اتخذت اتفاقية روما حلاً مفاده الاستعانة بتطبيق قانون البلد الذي يرتبط به العقد الإلكتروني بالروابط الأكثر ملائمة فيسري على العقد قانون البلد الذي له أكثر الروابط به وثوقاً¹.

أما اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للسلع، والتي طبقت في فرنسا في 01 كانون الأول 1988، كرّست بدورها حماية المستهلك، حيث نصّت المادة 02 منها على: "لا تدير عمليات بيع السلع التي تمّ شراؤها من أجل الاستعمال الشخصي العائلي أو المنزلي، إلا إذا علم البائع قبل أو أثناء إبرام العقد أنّ هذه السلع قد تمّ شراؤها لهذا الغرض".

ويّضح من هذه المادة أنّه يجب أن نبحت من الناحية العلمية بأية صفة قام المشتري بالتعرّف على البائع أو الاعتماد على حجم السلع التي تمّ شراؤها وطبيعة الزبائن الذين يتعامل معهم البائع².

إلا أنّ تطبيق أحكام اتفاقية فيينا لا ينسجم مع ما يحصل على شبكة الانترنت إذ يصعب على البائع معرفة كون المتعاقد الآخر مستهلكاً أو غير ذلك عند التعاقد بالطريقة الإلكترونية، فضلا عن صعوبة إثبات كون البائع يعلم بأنّ الطرف الثاني كان مستهلكاً³.

2: الاعتراف بمبدأ قانون الإرادة في التشريع الجزائري:

لقد أصبح مبدأ قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض ثابتاً في مختلف قوانين الدول، بغض النظر عن النهج الذي تنتهجه الدول، سواء كانت تأخذ بنظام اقتصاد السوق الحرّ أو تلك التي تأخذ بالاقتصاد الموجه، وسواء كانت دول متقدّمة صناعياً أو اقتصادياً أو في طريقها للتقدّم.

¹ المادة 01/04 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق.

² علاء عمر محمّد الجاف، المرجع السابق، ص. 379.

³ المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

والمشرّع الجزائري ساير باقي التشريعات¹ في الاعتراف بالمبدأ، وذلك بالنص عليه في المادة 01/18 من القانون المدني²، والتي نصّت على: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

فلقد أعطى المشرّع الجزائري صراحة في نصّ المادة 18 من القانون المدني للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، ومعنى ذلك أنّه بإمكان المتعاقدين أن ينصّا صراحة في أحد بنود العقد الذي يبرم عبر الانترنت على اختيار قانون دولة معينة ليطبّق على أيّ نزاع يثور بخصوص هذا العقد، أو أن يكون الاختيار الصريح عن طريق تبادل رسائل المعلومات بين أطراف العقد وقع على اختيار هذا القانون، فإذا ورد مثل هذا الشرط في العقد، فإنّه يطبّق نصّ المادة 18 قانون مدني جزائري.

ثالثا: نطاق الإرادة في اختيار القانون المطبّق على العقد الإلكتروني:

يقوم المتعاقدان في نطاق العقود الدولية باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وقد يتمّ هذا الاختيار صريحا، كما يمكن استخلاصه من قرائن تكشف عن إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد³.

1: الاختيار الصريح لقانون الإرادة في مجال العقود الإلكترونية:

يسري قانون الإرادة على التجارة العادية والتجارة الإلكترونية إلا أنّ هناك خصوصية للتجارة الإلكترونية على الرّغم من أنّها تتساوى مع التجارة العادية من ناحية تبادل السلع والخدمات مقابل مبلغ نقدي أو عيني، حيث تشمل التجارة الإلكترونية سواء من حيث تكوين

¹ نصّ المشرّع المصري على هذه القاعدة في المادة 01/19 من القانون المدني المصري، المشرّع العراقي في نصّ المادة 01/25 قانون مدني عراقي، المادة 01/19 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة 36 من القانون الأردني رقم 2001/31 الصادر في 14 يونيو 2001 بشأن التحكيم.

² المادة 18 الفقرة 01 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدّل والمتمّم للقانون المدني.

³ محمد الأيوبي، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة القانون التجاري، المغرب، العدد 02، 2015، ص. 156.

العقد أو تنفيذه أو إنجازه على تقنيات نقل حديثة لبيانات التعاقد في إطار فضاء إلكتروني عن طريق شبكات المعلومات والاتصال مثل الانترنت¹.

فالتعيين الصريح للقانون المطبق يقصد به أن يكون هناك اتفاق صريح بين المستهلك والمهني على إخضاع عقدهم التجاري المبرم بطريقة الكترونية لقانون معين، حيث يلتزم القاضي بإعمال هذا الاختيار ما لم تكن هناك دوافع مشروعة لاستبعاده².

ويتم الاختيار عبر شبكة الانترنت بصيغ متعددة، فيمكن أن يتم من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة أو من خلال البريد الإلكتروني، وذلك بالاتفاق على البنود العقدية كالمحل والثمن والتسليم والسعر.....³.

وإذا كان الأصل العام أنه يجوز للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق عند إبرام العقد، بمقتضى نص صريح في صلب العقد ذاته أو في اتفاق مستقل فإنه لا مانع من أن يتراخى اختيار القانون الواجب التطبيق إلى مرحلة لاحقة لإبرام العقد⁴.

يلاحظ على التشريع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني أن صياغتها جاءت بصفة عامة دونما تحديد لطرق التعبير عن الإرادة.

2: الاختيار الضمني لقانون الإرادة في مجال العقود الإلكترونية:

يستمدّ التعبير الضمني عن إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق من ظروف الواقع وملابساته⁵، ولا يثير أمره حكماً خاصاً بشأن العقود الإلكترونية لأنه يتعلق بمسألة واقع يترك تقديره إلى قاضي الموضوع⁶، ولكن يشترط على هذا الأخير لكي يأخذ

¹ سلطان عبد الله محمودي الجواربي، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص. 103.

² أمينة أضربيينة، المرجع السابق، ص. 394.

³ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2006، ص. 284.

⁴ خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 88.

⁵ أيمن أحمد محمد الدلوع، المسؤولية المدنية الناشئة عن التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015، ص. 178.

⁶ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 321.

بالإرادة الضمنية أن يستنتجها بشكل مؤكد، بمعنى أن لا يكون هناك مجال للشك في عدم وجود إرادة ضمنية، فحالة الشك تدفع القاضي الذي يختص في البحث عن هذه الإرادة إلى عدم الأخذ بها، ويتحقق هذا التأكيد عن طريق رجوع القاضي إلى محتوى العقد بحيث يوجد في نصوصه ما يدل على وجه اليقين على هذه الإرادة، أما إذا لم يتأكد من ذلك فيمكن له الرجوع إلى ظروف الحال، والتي يقصد بها الظروف الخارجية المحيطة بالتعاقد¹.

وما يلاحظ على نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، أنها لم تجمع بين هاتين القريبتين، حيث نصت على أنه: "يسري على الالتزامات العقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

فالمشعر الجزائري استخدم "أو" بدلا من "الواو"، وهذا ما هو إلا دليل على كفاية أحدهما لتأكيد وجود الإرادة الضمنية.

الفرع الثاني: دور قانون الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني:

إذا كان مبدأ قانون الإرادة هو المبدأ الأساسي وضابط الإسناد الرئيسي في العقود الدولية إذ يخضع العقد الدولي للقانون الذي يحدده الأطراف بإرادتهم الحرة لما في ذلك من مزايا عديدة لا يمكن أن تحققها قاعدة التنازع الجامدة التي تحدّد القانون الواجب التطبيق وفقا لضابط إسناد محدد مسبقا، (كقانون محل الإبرام، أو قانون محل التنفيذ)، فقانون الإرادة يؤدي إلى حماية اليقين القانوني والتوقعات المشروعة للأطراف، كما يؤدي إلى مراعاة مصالح هؤلاء الأطراف والمساهمة في تقدم وتطور التجارة الإلكترونية واستقرارها، فإن هذا المبدأ (قانون الإرادة) يعدّ من الخطورة بما كان على العقود المبرمة من قبل المستهلكين وذلك لأنه يعدّ وسيلة للضغط من جانب الطرف القوي على الطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك، مما يؤدي إلى فقدان التوازن بين الأطراف في العقد.

¹ خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008-2009، ص. 161.

وإزاء خطورة مبدأ قانون الإرادة على العقود التي تنظم طرفاً ضعيفاً، واجه انتقادات عديدة في هذا المجال، التي تراوحت بين من يرى ضرورة استبعاده كلياً في مجال عقود الاستهلاك (أولاً)، وبين مؤيد للإبقاء عليه مع تقييده بقيود (ثانياً).

أولاً: حماية المستهلك الإلكتروني عن طريق استبعاد مبدأ قانون الإرادة:

إن فكرة استبعاد قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً بحاجة إلى الحماية، لاقت انتقادات شديدة في ضوء الغاية التي ترمي إليها وهو ما يتطلب البحث في تقرير المبدأ، ثم التطرق للانتقادات الموجهة إليه.

1: فكرة استبعاد مبدأ قانون الإرادة:

إن الاتجاه السائد فقها وتشريعاً هو أن اختيار الأطراف للقانون يستتبع حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل العقد باعتباره الطرف الضعيف أمام شركات الإنتاج والخدمات العملاقة، وأن رضائه يكون مضغوطاً بفعل إغراءات الدعاية والإعلانات الخادعة والمبهرة، والتي لا يكون أمام المستهلك الإلكتروني إلا قبول العرض وفحص محل العقد، فالأمر يتعلق بنوع من العقود المفاجئة التي لا تكون للمستهلك معرفة مسبقة بها¹.

لهذه الأسباب نجد المشرع السويسري يدعو صراحة إلى استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف، إذا كان يوجد قانون وطني معين مفروض بالنظر إلى الحاجة الخاصة لحماية أحد الأطراف، وهو الحكم الذي جاءت به المادة 120 من القانون الدولي السويسري لعام 1987 على أنه: "يسري على عقود الاستهلاك.... قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك:

- إذا كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة.
- إذا كان إبرام العقد في تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية، وقام المستهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد.

¹ هبة ثامر محمود، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص. 385.

- أو كان المستهلك قد استحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها طلبه¹.

وفي نفس السياق صدر الحكم القضائي الاسكتلندي الصادر عام والذي يتعلّق بصحة عقد بيع سيارة بالتقسيط، أبرم بين شركة إنجليزية ومشتري اسكتلندي مستوطن في اسكتلندا وتمت المفاوضات بشأن العقد في اسكتلندا، في حين وقع القبول من جانب المشتري في انجلترا، وقد تضمن العقد شرط اختيار القانون الانجليزي كقانون واجب التطبيق على العقد لكن بالرغم من وجود هذا الشرط فقد طبق القاضي الاسكتلندي التشريع الاسكتلندي الخاص بالبيع بالتقسيط الصادر عام 1932، بالنظر إلى تضمّنه نصوصا أمره بشأن صحة العقد، ويجب تطبيقه على العقود التي تدخل في مجال سريانه، بالإضافة إلى أنّ هذا القانون يهدف إلى حماية المشتري عند إبرام عقود لا يعلمها جيدا².

2: الانتقادات الموجّهة لفكرة استبعاد قانون الإرادة:

لقد تعرّضت فكرة استبعاد قانون الإرادة لانتقادات، من أهمّها:

أ: أنّ الأخذ بفكرة استبعاد قانون الإرادة من شأنه الإضرار بمصالح التجارة الدولية وذلك أنّ هذا المبدأ كان واحدا من أهم أسباب تقدّم التجارة الدولية بما يقدّمه من حلول واقعية تتلاءم وحاجات تلك التجارة، وعليه فإنّ استبعاد هذا المبدأ قد يؤدي إلى إعاقة تطوّر التجارة الدولية، لذلك يكون من غير المقبول استبعاد المبدأ كلياً في مواجهة العقود التي تظمّ عاقدا ضعيفا كالمستهلك.

ب: إنّ القانون المختار ليس ضاراً دائماً بالمستهلك³.

¹ هذه المادة وردت في مرجع أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، وفقا لمنهاج القانون الدولي الخاص، 2008، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

www.Arablawinfo.com

² راجع الحكم مشاراً إليه:

ANNE-Cathrine- IMHOFF-Scheier, Protection du consommateur et contrats internationaux, George, Genève, 1981, P. P 57. 58.

³ موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص 411.

ج: إنّ الاستبعاد الكلي لقانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق قد يؤدي إلى نتائج تتعارض مع مصلحة المستهلك فمثلا لو تعاقد مستهلك جزائري مع تاجر فرنسي على شراء سلعة ما، وتمّ الاتفاق على أنّ القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق عند حصول نزاع يتعلّق بالعقد، فإنّ عدم الاعتداد بما اتفق عليه الأطراف وتطبيق قانون محلّ الإقامة المعتاد للمستهلك وهو القانون الجزائري سوف يلحق ضررا بالغا بالمستهلك الجزائري، لأنّ القانون الفرنسي يتضمّن بهذا الصدد قواعد أمرّة تتضمّن قدرا كبيرا من الحماية تفوق بكثير تلك التي يتضمّنها القانون الجزائري لذلك من غير المبرّر حرمان المستهلك من إمكانية اختيار قانون يكون أكثر صلاحية له من قانون محلّ إقامته المعتاد فإن كانت حماية المستهلك هي مهمّة القواعد الأمرّة، فإنّ ذلك لا يعني أنّ هذه القواعد هي الأفضل دائما لحماية المستهلك، بل على العكس قد يتضمّن القانون المختار نصوصا أكثر حماية للمستهلك من النصوص الأمرّة في قانون محلّ إقامته المعتاد¹.

ثانيا: تقييد مبدأ قانون الإرادة لحماية المستهلك:

إذا كان اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي من المبادئ المستقرّة في القانون الدولي الخاصّ لمعظم النظم القانونية، إلّا أنّ الأخذ بهذا المبدأ في عقود الاستهلاك الإلكترونيّة قد يسمح للطرف القويّ بفرض نفوذه الاقتصادي وخبرته الفنيّة وذلك بتمرير شروطه القاسية على المستهلك، بما في ذلك شرط القانون الواجب التطبيق².

وعلى هذا الأساس كان لزاما فرض جملة من القيود على هذا المبدأ تحقيقا لحماية الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية الدولية، وتتمثّل هذه القيود أساسا في عدم مخالفة النّظام العام والآداب العامة، و ضرورة أن يكون الاختيار ضمن القانون.

¹ موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. ص 411. 412.

² أبو العلا علي أبو العلا النمر، انعكاسات الطابع الدولي للحماية القانونية في مجال التجارة الإلكترونية، بحث مقدّم للدورة التدريبية التي نظّمها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، في الفترة الممتدة ما بين 08 إلى 13 مارس 2003، ص. ص 13 و 14 و 15.

1: القيد الأول: عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة:

من أهم القيود التي ترد على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هي أن لا يكون القانون المختار مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وهذه الأخيرة تضيق وتتسع تبعا للأفكار السائدة في المجتمع، والتي تعني مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع ككل¹.

ويعرّف البعض النظام العام والآداب العامة على أنهما: "مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية، والتي تلبّي كلّ متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية الدولية، أو بعبارة أخرى "هو مجموعة الأسس والقواعد العامة التي لا تتعلّق بالمصالح الأساسية لمجتمع معيّن، وإنما تتعلّق بالمصالح الأساسية خاصة بالجماعة الدولية"².

فوفقا لهذه التعريف فإنه يمنع على الإرادة أن تتّجه إلى ما يخالفها.

ونصّ القانون المدني الجزائري³ على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة واستبداله بالقانون الجزائري، فإذا كان القانون الأجنبي المختار من قبل الطرفين فيه أضرار كبير بالطرف المستهلك كسماحه بوجود شروط تعسفية أو سماحه بإعفاء الطرف المحترف من المسؤولية عن الأضرار التي تسببها منتجاته، ففي هذه الحالة يعتبر هذا القانون مخالفا للنظام العام الجزائري على اعتبار أنّ قواعد حماية المستهلك في القانون الجزائري هي قواعد ضابطة ومن النظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁴.

¹ عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، دار النهضة العربية، لبنان، 1978، ص. 76.

² صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 297.

³ تنصّ المادة 24 الفقرة 01 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدّل والمتمّم للقانون المدني على: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر.....".

⁴ شبة سفيان، المرجع السابق، ص. ص 231. 232.

تجدر الإشارة إلى أنّ الاتفاقيات الدولية جعلت من مبدأ حرية اختيار القانون الواجب التطبيق لا يمكن تطبيقه إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في بلد القاضي وهو ما أكدته اتفاقية روما المشار إليها سابقاً- والتي من جانب آخر بحسب 05 منها قيّدت مبدأ حرية الاختيار بتطبيق قانون مقرّ المستهلك، إذا كان يوفّر له حماية أوسع من تلك الحماية الممنوحة بموجب القانون الذي اختير¹.

2: القيد الثاني: أن يكون اختيار القانون ضمن حدود القانون:

تقرّر أغلب التشريعات في شتى أنواع العالم، بأنّ اختيار القانون الواجب التطبيق يجب أن لا يتجاوز حدود القانون، وذلك تماشياً مع سياستها العامة، ومثال ذلك ما أقرّه القانون المدني الإيطالي لعام 1942 للأفراد حرية التعاقد، والتي تعني الحرية في اختيار نوع العقد وشروطه، بحيث يكون هذا الاختيار ضمن الحدود التي تفرضها المبادئ القانونية التي تحكم المصلحة العامة في إيطاليا.

ويدخل ضمن مفهوم هذا القيد أيضاً تحديد القانون المعايير التي يخضع لها أطراف العقد عند ممارستهم حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن ذلك ما تضمنته المادة 52 من القانون الإيطالي التي بينت ثلاث معايير يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق، وهي تطبيق قانون جنسية طرفي العقد إذا اشتركا في ذلك، وفي حالة اختلاف الجنسية يتم تطبيق قانون محلّ تنفيذ العقد، وأخيراً فإنّه يجوز في المعيارين السابقين الاتفاق على اختيار قانون آخر ليحكم العقد، ومع ذلك يتعيّن أن تكون هناك علاقة منطقية بين القانون الذي اختير وبين موضوع العلاقة القانونية بينهما، خاصة عندما يكون الطرفان من جنسية واحدة، وقد تمّ التأكيد على هذه المبادئ في القانون المدني الإيطالي عند إقراره القانون رقم 613 الصادر في تشرين الثاني 1985².

¹ زياد محمد صالح بشابشة، أحمد الحراكي، عماد قسان، دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقاً للقانون الأردني، -دراسة مقارنة-، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 30، الجزء 01، حزيران 2013، ص. 365.

² المرجع نفسه، ص. 364. 365.

الفرع الثالث: العوائق التي تواجه القانون المختار وفقا لإرادة الأطراف:

إن تطبيق منهج التنازع على عقود التجارة الإلكترونية سيتعارض مع الخصوصية التي تتميز بها التجارة الإلكترونية والفضاء الإلكتروني غير الملموس، الذي يتم فيه إبرام العقود وتنفيذها أحيانا أخرى، ذلك أن هناك عوائق يطرحها إعمال هذا المنهج سواء حين تكون الإرادة صريحة (أولا)، أو تكون ضمنية (ثانيا)¹.

أولا: العوائق المتعلقة بالتعيين الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد:

إن العوائق المتعلقة بالتعيين الصريح للقانون الواجب التطبيق نوعين: عوائق معاصرة لاختيار قانون العقد، وأخرى لاحقة عليه.

1: العوائق المعاصرة لاختيار قانون العقد:

وهذه المشاكل تظهر في التحقق من وجود إرادة التعاقد، وكذا تحديد هوية الأطراف.

أ: صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد:

بالرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي أن العقد ينشأ باتفاق طرفيه² ما لم يقض القانون بإجراءات خاصة كالكتابة، ويترتب على هذا أن العقد المبرم شفويا صحيح في أغلب الأنظمة القانونية لأن المتعاقدين يتمتعون بحرية كاملة في إبرامه³.

ولكن المشكلة تثور في حالة التعبير عن الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية، أي عندما يقوم الحاسوب المبرمج ببيت رسائل مشوبة بالخطأ بشكل

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 350.

² الأصل في العقود قاعدة التراضي لانعقاد العقد، وهذا حتما ينطبق العقد الإلكتروني الذي لا يمكن تبادل الإرادة فيه إلا بطريق إرسال رسائل البيانات بين الأطراف أو عن طريق البريد الإلكتروني، دون أن يشترط القانون وجود شكل معين من أجل صحة العقد أو إجراءات خاصة لإبرامه.

رغد فوزي عبد، الشكلية في العقد الإلكتروني (شكلية لانعقاد أم للإثبات)، مجلة كلية الإسلامية الجامعة، النجف الأشرف، 2015، ص. 529.

³ يوسف نورالدين، بروك إلياس، تطبيقات منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد 13، (دون ذكر السنة)، ص. 253.

يستحيل معه توقّعه من جانب الشّخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه، ممّا يثير التساؤل عن الآثار القانونية المترتبة عن الخطأ في التعاقد عبر الانترنت، فهل ينسب إلى الجهاز، أم إلى الشّخص القائم به أي الطرف المتعاقد؟

كما تنثور مشكلة التّحقّق من مصدر الإرادة من شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن الشّخص الأصلي، أو إذا تمّ التّلاعب في مضمون الرّسالة الإلكترونيّة أو تمّ تغيير محتواها نظراً لما تتعرّض له الشّبكة من اختراقات وتدخل من طرف الغير.

للتّحقّق من وجود إرادة التّعاقد فلقد أثبتت الدّراسات الأكاديمية والعلمية أنّ تحديد إرادة التّعاقد يمكن أن التحقّق منها عن طريق اتّفاق المتعاقدين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محلّ التّعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق من هويّتهم عن طريق كلمة المرور حيث يقترن استخدام هذه الكلمة بالمتعاقد، كذلك يضمن المفتاح السّري والمفتاح العلني تحديد هوية المتعاقد الحقيقي عندما يوقّع الطرف المرسل بمفتاحه السّري، ويتمّ التّحقّق من قبل المرسل إليه من الرّسالة عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السّري وإذا ثبتت صلاحيتها تأكّد المرسل إليه أنّ الباعث بالرّسالة هو المتعاقد الحقيقي، وتطبيقاً لذلك يستلزم اتّفاق رابطة المحامين الأمريكيّة من المتعاقدين أن يعتمدوا رمزا أو شفرة إلكترونية للتّحقّق من هويّة المتعاقد¹.

أمّا فيما يخصّ الحلول المقترحة لإسناد الإرادة للمتعاقد، فلقد ظهرت ثلاث اتّجاهات يمكن ذكرها فيما يلي:

- **الاتّجاه الأوّل:** قدّم حلاً مضمونه أنّ الوسائط الإلكترونيّة كالحاسوب وما يتبعه من أجهزة وبرامج إلكترونية لها شخصية قانونية تتمتع بأهلية التّعاقد، وهذا الرّأي في حقيقة الأمر يصعب التّسليم به، لأنّ الشّخصية القانونية تثبت للأشخاص الطّبيعيين أو المعنويين، ولا تثبت لغير ذلك إلاّ بنص القانون صراحة.

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، التّجارة الإلكترونيّة وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2004، ص. ص

- الاتجاه الثاني: الذي يعتبر الحاسوب نائباً عن المتعاقد يتعاقد باسمه ولحسابه، ولكن النيابة تفرض أن يعبر النائب عن إرادته عند إبرام العقد، والحاسوب عديم الإرادة.
- الاتجاه الثالث: الذي يعتبر الحاسوب مثله مثل باقي الوسائط الإلكترونية، التي تسمح بالتعاقد عن بعد¹، فهو مجرد وسيلة للاتصال يقتصر دوره في نقل إرادة المتعاقدين وهو بهذا الوصف لا يعبر عن إرادة ذاتية خاصة به وإنما يقوم فقط بنقل إرادة المتعاقدين، وهو الرأي الراجح الذي يعطي الحل لإسناد إرادة المتعاقد، لأن إرادة المتعاقد لا تنسب إلى الحاسوب بل تنسب إلى مستخدم الحاسوب²، وهذا الرأي يتماشى مع ما أخذ به قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بموجب المادة 13.

ب: صعوبة تحديد هوية الأطراف:

تتميز عقود التجارة الإلكترونية بغياب التواجد المادي لأطراف العقد لحظة إبرامها الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين، خاصة إذا كان من شأن تحديد هوية الأطراف المتعاقدة يؤدي إلى التعرف على القانون الواجب التطبيق على العقد، مثلما يأخذ به التقنين الفرنسي الخاص بحماية المستهلكين والذي يركز على ضرورة أن يتضمن الإيجاب ما يفصح عن هوية المورد، فالتاجر يحرص في أغلب الحالات على معرفة هوية الطرف الآخر الذي يقدم له الخدمة أو السلعة، حتى يتأكد من أن الطرف الذي قبل عرضه يتمتع بأهلية التعاقد³.

للتأكد من أهلية المتعاقدين في العقد الإلكتروني يحتاج الأمر إلى تدخل خبراء متخصصين في الانترنت والتجارة الإلكترونية لأنها مسألة فنية بالدرجة الأولى، ومن التقنيات المستخدمة نجد تقنية الحائط الناري لتجميع الآليات البرمجية والتي يمكن عن طريقها بث رسالة تحذيرية عندما تكون الشبكة معرضة للاختراق، أيضاً للتأكد من أهلية التعاقد نجد الوثائق الإلكترونية، إذ يجب الاعتراف بها ومنحها حجية، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال

¹ عماد مجدي عبد الملك، التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2011، ص. 82.

² عمر خالد الزريقات، عقد التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، 2007، ص. 408. 409.

³ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 355.

إمكانية التّحقّق من صحّة تلك الوثائق والتّحقّق من هويّة مرسلها، وتطبيقا لهذا يوجب الاتّفاق النّمونجي لتبادل البيانات إلكترونيا للمملكة المتحدة أن تحدّد جميع الرّسائل هويّة الرّاسل والمرسل إليه، وينصّ الاتّفاق النّمونجي الأوروبي للتّبادل الإلكتروني أن تشمل جميع الإجراءات الأمنية التّحقّق من منشئ الرّسالة¹.

2: العوائق اللاحقة على اختيار القانون الواجب التّطبيق:

هناك مشكلتان رئيسيتان يمكن توقّعهما عقب اختيار القانون الواجب التّطبيق، تتمثّل الأولى في صعوبة التّحقّق من جدّيّة التّعاقّد وإثباته، والثّانية في عدم تنظيم القانون المختار من المتعاقدين للعمليات الإلكترونية.

أ: صعوبة التّحقّق من جدّيّة التّعاقّد وإثباته:

يتميّز التّعاقّد الإلكتروني بغياب الدّعامات المادية الخطيّة حيث أنّه يتمّ بوسائل معلوماتية، في صور بيانات تظهر على شاشات الحواسيب ممّا يصعب تقديم قواعد الإثبات عكس ما هي عليه في عقود التّجارة التّقليدية أين يلتزم الطّرفان بتقديم دليل كتابي لإثبات التّصرّف القانوني، وما يزيد من صعوبة الإثبات في المعاملات الإلكترونية اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلّة الإثبات، فمنها من تتبنى قواعد إثبات مرنة ممّا يمنح للأطراف حرّيّة تقدير الأدلّة التي تقنع القاضي، وللقاضي الحرّيّة المطلقة في تكوين عقيدته بينما نجد نظم قانونية أخرى تفرض منهج قانوني صارم وتضع طرقا محدّدة للإثبات لا يستطيع القاضي أو أطراف العقد الحياد عنها².

فهذه المشاكل عموما منها فنيّة، كحدوث عطل داخل الأجهزة الإلكترونية ممّا يؤدي إلى ضياع البيانات المخزّنة داخلها، كما قد يتمّ تحميل البرنامج على الأجهزة كما أنّه قد يتمّ التّلاعب في مضمون السّند الإلكتروني، أو الاطلاع على البيانات التي يتضمّن بها بغرض

¹ صالح المنزلاوي، المرجع السّابق، ص. ص 381. 382.

² إيناس الخالدي، التّحكيم الإلكتروني، الطّبعة الثّانية، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 2009، ص. ص 103. 104.

استغلالها على نحو مشروع، ومنها مشاكل قانونية تتمثل في اختلاف الأنظمة التشريعية في تقدير أدلة الإثبات¹.

وتبدو هذه الصعوبات أيضا في أنّ صحّة الاتفاقيات التعاقدية بين الأطراف في اتفاق تبادلي يتعلّق بمدى قبول الأدلة الإلكترونية في الإثبات في نظام قضائي معيّن، فبقدر ما تكون الأحكام المعنية بالأدلة إلزامية فلن تكون هناك فعالية للاتفاقيات التعاقدية، وبالتالي لا يمكن التّعويل عليها في المنازعات الأخرى التي تتطوي على أطراف مختلفين، ومجمل مشاكل التجارة الإلكترونية في مجال الإثبات، تنحصر في الكتابة والتوقيع والمستند، وهذه المفاهيم التقليدية لم تعد ملائمة للتطبيق على العمليات الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت².

ب: اختيار الأطراف لقانون لا يمتّ لهم بصلة:

تتمثل هذه الإشكالية في اختيار أطراف العقد المنتمين لدول مختلفة لقانون ما بدون أيّ صلة موضوعية أو حتىّ شخصية بالعقد، بل أحيانا ما يجري التعبير عن إرادة المتعاقد بغرض تجنّب واحد أو أكثر من القوانين الواجبة التطبيق، ويتمّ ذلك من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة والاتفاق على بنود العقد الأخرى، وأنّ الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعقود لم تستلزم وجود صلة بين العقد والقانون المختار، مثل اتفاقية روما لعام 1980، لم تعالج هذه الإشكالية بشكل صريح، فهي تقرّر مبدأ حرية الاختيار بدون تحديد مدى دولية العقد الذي يخضع للقانون المختار عن طريق الأفراد، على أساس أنّ التحليل الشخصي يؤدّي إلى تطبيق قانون غير معلوم للأطراف³، حيث تنصّ المادة 04 / 01 منها على أنّه: "حينما لا يتمّ اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإنّ العقد سوف يحكم بواسطة قانون الدولة الأكثر ارتباطا بها، ومع ذلك يمكن على سبيل الاستثناء أن يحكم بواسطة قانون هذه الدولة".

¹ أحمد مهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 2004، ص. ص 83. 84.

² المرجع نفسه، ص. ص 87. 88.

³ عبد الفتاح محمود كيلاني، المرجع السابق، ص. 378.

ثانيا: صعوبات تطبيق الاختيار الضمني:

تتمثل صعوبة تطبيق الاختيار الضمني في صعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية¹، فمثلا لا يمكن الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد في تحديد الإرادة، لأن اللغة الإنجليزية أصبحت لغة التخاطب في مجال المعاملات الإلكترونية، وأيضا لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها، بعد أن أصبح مقابل الخدمة يؤدي بطريقة آلية عن طريق تحويل النقود إلكترونيا أو بواسطة بطاقة الوفاء، وبالتالي يستطيع الشخص أن يسدد بأي عملة وفي أي وقت².

ويصعب القول بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الإلكترونية الأخرى المرتبطة به لأن مسألة الارتباط نادرة الحدوث على الشبكة وأيضا يصعب الاستناد إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، لأن هذه الضوابط جميعها تؤدي في النهاية إلى توطين أو تركيز العلاقة مكانيا، في حين أن توطين العقد وفقا لهذه المعايير التقليدية في العالم الإلكتروني لن يكون أمرا سهلا³.

المطلب الثاني: القانون الواجب على التطبيق عند غياب قانون الإرادة

إذا انعدمت الإرادة الصريحة حول اختيار القانون الواجب التطبيق وتعدّر على القاضي الكشف عن نيتهم الضمنية، يحدّد القاضي القانون الذي يحكم هذا العقد عن طريق تركيز العقد أو توطينه أي وضعه في مكان يخضع لقانونه باعتباره الأنسب لحكم المنازعات المترتبة عليه، بحيث يفترض أن طرفي العقد كانا سوف يختارانه فيما لو واجها مسألة اختيار

¹ محمد الأيوبي، المرجع السابق، ص. 163.

² عبد العزيز الزعابي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

Legalblog01.blogspot.com.blog-post_81

³ المرجع نفسه.

قانون لحكم عقدهما، لأنه الأكثر ارتباطاً به، فالبحت هنا يجري عن رابطة موضوعية تربط العقد بقانون معين، بحيث يعتقد أو يفترض أن إرادة أطرافه اتّجهت إلى تطبيق هذا القانون¹. ويقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة تتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية كمكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه (الفرع الأول)، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد، ومن أهم هذه الضوابط، ضابط الأداء المميّز (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضوابط الجامدة لإسناد الرابطة العقدية:

يفضّل بعض المشرّعين أحياناً أن يحدّد بصفة مسبقة القانون الذي يراه أكثر صلة بالعقود الدولية عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد.

ويتميّز هذا الاتجاه بأنه يكفل للمتعاقدین فرصة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد عند سكوتهم عن الاختيار، وهو ما يحقّق لهم الأمان القانوني الذي ينشدونه ويحافظ على توقّعاتهم إلى جانب تحقيق الاستقرار في معاملات التجارة الدولية².

وإنّ أكثر ضوابط الإسناد استخداماً في التشريعات المقارنة ولدى القضاء كأساس للإسناد الجامد للعقود الدولية بصفة عامة هما: ضابط بلد إبرام العقد (أولاً)، وضابط بلد تنفيذ العقد (ثانياً).

أولاً: ضابط بلد إبرام العقد:

تستعين العديد من التشريعات بضابط محلّ إبرام العقد لتعيين قانون العقد، ولقد قيل في تأييد هذا الإسناد الجامد بأنّه:

1: إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد³.

¹ عزة علي محمد حسن، الإطار القانوني والتشريعي للتجارة الإلكترونية، دراسة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة الخرطوم، السودان، كلية القانون، 2005، ص. 262.

² محمد فواز محمد المطالفة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته، التفسير، التوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص. 416.

³ محمد بلاق، المرجع السابق، ص. 54.

2: يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل، ناهيك عن كونه يمكنهم من العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، مما يضمن لهم الأمان القانوني المنشود ويصون لهم توقعاتهم¹.

3: أنّ قانون دولة الإبرام هو القانون الذي يسهل على المتعاقدين الرجوع إليه للتأكد عند التعاقد من صحة الشروط التي يزعمون إدراجها في العقد، كما أنّ هذا الإسناد يكفل وحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية².

ونظرا لخصوصية العقد الإلكتروني تظهر صعوبات أعمال هذا ضابط مكان إبرام العقد، فالفكرة اللامادية التي تنطوي عليها هذه العقود، يصعب معها تحديد مكان إبرام العقد ومكان تسلّم الأشياء اللامادية المباعة عبر الخط، وهو ما يسمّى بصعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للعقود الإلكترونية وهي صعوبة نجدها في العقود الإلكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية، مثل بيع البرامج التجارية، والخدمات المالية عبر الخط³.

وتثير صعوبة توطين العقد بغية تحديد مكان إبرامه العديد من الصعوبات خاصة إذا كانت الأنظمة القانونية متباينة بشأن تعيين محلّ إبرام العقد بصدد العقود التقليدية التي تتم بين غائبين، وما زاد من صعوبة ذلك هو اتساع النطاق العلمي للتجارة الإلكترونية، وتوسّع دائرة التعاملات عن طريق شبكة المعلوماتية، التي لا تقوم على تواجد حقيقي في مكان محدّد وبالتالي يكون على من يدعي إبرام العقد أن يقدم الدليل على صحة ادعاءاته⁴.

¹ محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 2004، ص. 90.

² BATIFOL Henri et LAGARD Paull, Traité de droit international privé, Tom II, 7^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 1981, P. 371.

³ فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص. 692.

⁴ بشار محمد دودين، الإطار العام للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2006، ص. 44.

وما يمكن تسجيله عن هذا الضابط وإعماله في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، هو أنّ البيئة الإلكترونية لا تشكّل مكاناً محدداً يمكن الاستناد إليه واعتبار العقد قد تمّ فيه، كونها عبارة عن مكان مستقلّ بذاته لا يمكن لنا أن نحدّد من خلاله مكان إبرام العقد، ومن جهة ثانية يرى البعض في هذا الصّدّد أنّ العقد الإلكتروني قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة عقدية وجادة بين العقد ومحلّ الإبرام، كأن يتمّ عبر الحاسوب النّقال لشخص متجوّل من دولة لأخرى بأن يستغلّ جهازاً غير تابع له أو أن يبرم عقده من خلال مقهى من مقاهي الانترنت وهي أمور كلّها تجعل من المسألة عرضية ولا تشكّل معياراً يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني¹.

ويرى بعض الفقه² أنّه يمكن تفادي الصّعوبات المتعلقة بضابط محلّ تنفيذ العقد عن طريق تضمين العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت سواء كان محلّها تسليم بضائع مادية خارج الشبكة، أم أداء خدمات عبر الشبكة من قبل أطرافها، بنوداً صريحة تشير إلى تحديد المكان الذي يجب فيه تنفيذ العقد أمراً يقطع النزاع ويساعد القضاء في تحديد المحكمة المختصة بنظره بصورة يسيرة وواضحة، استناداً إلى الضوابط التي جاء بها تشريع بروكسل لعام 2001، ولا سيما أنّ التشريع قد استهلّ الفقرات (01 و 02 و 04) من المادة 15 المتعلقة بتحديد زمان ومكان إرسال واستلام رسالة البيانات بعبارة: (ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك....)، أي أنّ مكان تنفيذ الالتزامات التعاقدية يكون هو المكان الذي يتفق عليه الأطراف ببند صريح يتضمّن عقدهم.

ثانياً: ضابط محلّ تنفيذ العقد:

لتحديد ضابط محلّ تنفيذ العقد نحدّد مفهومه ومدى تطبيقه في عقود التجارة الإلكترونية.

¹ ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، العدد 05، ديسمبر 2008، ص. 155. 156.

² عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص. 316.

1: مفهوم ضابط محلّ تنفيذ العقد:

في ظلّ العقود الدولية كان محلّ تنفيذ العقد أهمّية بالغة في فقه القانون الدوليّ الخاصّ باعتباره ضابطاً يمكن من تلافي مشاكل محلّ إبرام العقد، وبعدّ الأستاذ سافيني أول من نبّه إلى أهمّية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محلّ التنفيذ على أساس أنّ العلاقة التعاقدية ترتّب آثارها في هذه الدولة، كما أنّه يعدّ من أقوى ضوابط الإسناد الجامدة تعبيراً عن الصّلة الوثيقة التي تربط العقد بالقانون الواجب التّطبيق، فصلته بالعقد صلة حقيقية وليست وهمية أو فجائية مثل مكان إبرام العقد، ويقوم الإسناد إلى قانون دولة محلّ التنفيذ على أساس أنّ مصالح المتعاقدين والغير ترتكز مادياً، وهو ما يتماشى مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدوليّ الخاص والتي تعتمد في التّركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر إلى العالم الخارجي، ومن جهة أخرى فإنّ هذا الإسناد يتّفق مع مصالح المتعاقدين على أساس أنّ التنفيذ يحقّق الهدف من التّعاقد، ففي مكان التنفيذ يحصد المتعاقدون ثمار تعاقدهم وفيه أيضاً تتحقّق المسؤولية عن عدم التنفيذ، وأخيراً إذا كان من العسير طبقاً للرأي الرّاجح أن تخضع إجراءات تنفيذ العقد لغير قانون دولة التنفيذ، فإنّ تطبيق قانون هذه الدولة على الرّابطة العقدية في مجموعها، سوف يزيل التّعارض المتصوّر في الأحكام الواجبة التّطبيق، ويكفل على هذا النّحو وحدة العقد وانسجامه¹.

2: مدى تطبيق ضابط محلّ تنفيذ العقد على عقود التجارة الإلكترونية:

بالرّغم من المزايا التي يتمتّع بها ضابط محلّ تنفيذ العقد إلّا أنّه يصعب توطين عقود التجارة الإلكترونية استناداً إلى مكان تنفيذه، وهو ما اتّجهت إلى تأكيده المادة 05 / 01 من اتفاقية بروكسل المبرمة في 1968/12/27، والتي احتفظت للمدعي عليه بالحقّ في رفع دعواه أمام محكمة إقامته المعتادة متى كان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصّفقة يقع في دائرة الاختصاص هذا من جهة².

¹ هشام علي صادق، تنازع القوانين -دراسة مقارنة-، مطبعة المعارف، القاهرة، (بدون سنة نشر)، ص. 423.

² صالح المنزلاوي، المرجع السّابق، ص. 370.

ومن جهة أخرى أنّ عقود التجارة الإلكترونية قد يتمّ التنفيذ فيها استناداً إلى أماكن مختلفة ومتعدّدة، ممّا يجعل العقد خاضعاً لأكثر من قانون ممّا يصعب معه تحقيق الانسجام المقصود من القانون بسبب اختلاف مفاهيم النظم القانونية حول محلّ التنفيذ¹.

كما أنّ هذا الضابط لا يمكنه توفير الحماية اللازّمة للمستهلك في العقد الإلكتروني إذ يمكن للمهني أن يربط العقد بنظام قانوني متجرّد من كلّ أشكال الحماية، مثلاً العقد الذي يبرمه مكتب سياحي يتعهّد فيه بتقديم خدمة في بلد آخر لا يقرّر قانونه أيّة حماية للمستهلك².

الفرع الثاني: الإسناد المرن للرابطة العقدية:

يلجأ إلى الإسناد المرن للرابطة العقدية في الحالة التي لم يختار فيها المتعاقدان القانون المختص ولم يحدّد فيها المشرّع ضوابط جامدة، فيعمد القضاء إلى استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز العقد عن طريق تحديد الطّبيعة الدّاتية، وهو ما يسمح بالإسناد المستقلّ لكلّ فئة من العقود ذات الطّبيعة الموحّدة في ضوء فكرة "محلّ الأداء المميّز"³، على أنّه يبقى للإسناد وفقاً لهذا المنهج خاصّيته الأصليّة، من حيث كونه إسناداً مسبقاً لا يختلف من عقد لآخر من العقود ذات الطّبيعة الموحّدة خاصّة وأنّه يقوم على افتراض مسبقاً مؤداه محلّ تنفيذ الأداء المميّز هو موطن المدين بهذا الأداء، ممّا يضمن استقرار العلاقات التجاريّة الدوليّة ويصون توقّعات الأطراف المشروعة.

لذا نحدّد فكرة التّركيز الموضوعي للرابطة العقدية بوصفها أساساً للإسناد المرن والتي يقوم عليها الأداء المميّز (أولاً)، ثمّ نحدّد مفهوم ضابط الأداء المميّز (ثانياً).

أولاً: التّركيز الموضوعي للرابطة العقدية:

ظهر منهج التّركيز الموضوعي للعقد كوسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدوليّة على إثر الانتقادات الموجّهة لقانون الإرادة بما يتضمّنه من مخاطر على

¹ أمينة أضربيينة، المرجع السّابق، ص. 405.

² المرجع نفسه، ص. 406.

³ محمّد بلاق، المرجع السّابق، ص. 54.

حماية العاقد الضعيف بصفة عامة، وعلى المستهلك بصفة خاصة، حيث تأخذ منهجية التركيز الموضوعي بعين الاعتبار مصالح المستهلك بوصفه طرفاً ضعيفاً عند تحديد القانون الواجب التطبيق، في حين يتم اختيار هذا القانون طبقاً لقانون الإرادة اعتماداً على مبدأ سلطان الإرادة بصفة أساسية دون النظر إلى مصالح المستهلك¹.

فدراسة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية تقتضي تحديد مضمونها، ثم تقييم نظرية التركيز الموضوعي في تحقيق حماية المستهلك.

1: مضمون فكرة التركيز الموضوعي:

ترجع فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني الشهير "سافيني"، ثم تطورت فيما بعد على يد الفقيه الفرنسي "باتيفول"²، ومؤدى هذه الفكرة أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية والتي يرجع فيها القاضي في تعيين القانون المختص بناءً على دور الإرادة في تحديد مقرّ العقد باعتباره عنصراً أساسياً في عملية التركيز رغم أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، بدليل أنه يمكن إهمالها في الحالات التي لا تعبر فيها حقيقةً عن المكان الذي يتعين فيه تركيز العقد³.

فنظرية التركيز الموضوعي تسمح بالإبقاء على دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ولكن مع الرّفص الكامل لفكرة اندماج هذا القانون في العقد وإنزاله منزلة الشروط العقدية بما يسمح للأطراف إلى اختيار أيّ قانون ولو كان منبث الصلة مع العملية التعاقدية مع إمكانية التجميد الزمني لقانون العقد، وعدم الاعتراف بأيّ تعديل يطرأ على القانون بعد إبرام العقد، فضلاً عن استبعاد النصوص الآمرة من القانون المختار وهو ما يمثل خطورة شديدة على حماية الطرف الضعيف باستبعاد النصوص المعدة خصيصاً لحمايته⁴.

¹ موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. 418.

² خالد عبد الفتاح محمّد خليل، المرجع السابق، ص. 130.

³ محمّد بلاق، المرجع السابق، ص. 56.

⁴ خالد عبد الفتاح محمّد خليل، نفس المرجع، ص. ص 129. 130.

وعلى ذلك فإن الاعتراف بقدرة الإرادة على اختيار القانون إنما يستند إلى قاعدة من قواعد التنازع في قانون القاضي وليس لمطلق مبدأ سلطان الإرادة، ومنه تكون الإرادة قادرة على الاختيار لأن القانون قد منحها تلك القدرة¹.

وتترتب على إعمال فكرة تركيز العقد النتائج التالية:

أ: استبعاد نظرية العقد المتجرد من كل قانون، فعملية التركيز تؤدي حتما إلى ربط العقد التجاري الدولي بقانون دولة ما².

ب: وجوب توافر صلة بين العقد والقانون المختار، لأن للقاضي دورا واسعا في تحديد هذا الأخير، مادام الأمر يتعلق بالوقائع وليس بالقانون³. وإذا انعدمت هذه الصلة كان من حق القاضي تعيين القانون الذي يراه مناسبا.

ج: إن فكرة تركيز العقد تحتم على طرفي العقد مراعاة كل الأحكام الواردة بالقانون الذي يحكم عقدهما، سواء المطبقة منها أثناء إبرام العقد أو اللاحقة، لأن الأطراف المتعاقدة تصبح ملزمة باحترام كل الآثار المترتبة عن هذا القانون⁴.

د: الاعتداد بالتعديلات التشريعية اللاحقة ذلك أن القانون المختار ينطبق بصفته قانونا مما يتعين معه في هذه الحالة إعمال القوانين المعدلة استنادا إلى صفتها الآمرة والتي لا يحق للمتعاقدین استبعادها⁵.

¹ محمود محمد الياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، القاهرة، 2000، ص. 96.

² محمد بلاق، المرجع السابق، ص. 56.

³ الطيب زروتي، النظام القانوني لل عقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية، 1990-1991، ص. 229.

⁴ حيار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1990، ص. 94.

⁵ بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2009/11/05، ص. 107.

2: تقييم نظرية التركيز الموضوعي في حماية المستهلك:

إنّ تقييم نظرية التركيز الموضوعي في حماية المستهلك يظهر من خلال إبراز دور هذه النظرية في حماية المستهلك، ثمّ نبحت في الانتقادات الموجّهة لها.

أ: دور نظرية التركيز الموضوعي في حماية المستهلك الإلكتروني:

تؤدي نظرية التركيز الموضوعي دوراً مهماً في حماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد من خلال القيود التي تفرضها على الطرف القوي مما يؤدي إلى الحد من الأضرار التي يمكن أن تلحق المستهلك جزاء الحرية المطلقة لمبدأ سلطان الإرادة فالمتعاقدون عندما يقع اختيارهم على قانون معين يكون واجب التطبيق عند حصول النزاع بينهما لا يهدفان إلى اختيار القانون الأفضل لحكم العلاقة أو القانون الأوثق صلة بها، وإنما يسعى المحترف بوصفه الطرف القوي في العقد إلى اختيار قانون لا يضمن حماية كافية للمستهلك، أو يخفف من مسؤوليته كتاجر محترف، فهو بالدرجة الأولى يسعى إلى تحقيق مصالحه.

وبمقتضى نظرية التركيز الموضوعي يحتفظ القانون بسلطته ولا ينزل منزلة الشروط العقدية كما أنّ الأطراف لا يمكنهم الاقتصار على اختيار النصوص المكملّة في القانون الواجب التطبيق، وإهمال النصوص الآمرة التي سنّها المشرع خصيصاً لحماية العاقد الضعيف¹، ضف إلى ذلك أنّه ليس للأطراف بمقتضى نظرية التركيز الموضوعي اختيار قانون ليست له الصلة بالرابطة العقدية، حيث أنّ اختيار القانون الواجب التطبيق لا يكون إلاّ عنصراً مادياً يستعين به القاضي في تركيز العلاقة القانونية ومن ثمة يمكنه إهدار هذا الاختيار متى كان يتضمّن تركيزاً غير حقيقي للعقد، وبذلك يتمّ تدارك مخاطر التّحاييل على القانون الناتجة عن مبدأ حرية اختيار القانون الواجب التطبيق².

وهذه النتيجة تؤثر إيجاباً في حماية المستهلك بوصفه طرفاً ضعيفاً في العقد فالغالب أنّ الطرف القوي كالبائع المحترف في عقد البيع يسعى إلى اختيار القانون الواجب التطبيق

¹ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص. 25.

² خالد عبد الفتاح محمد خيل، المرجع السابق، ص. ص 126. 127.

الذي من خلاله يمكنه التهرب من نتائج القانون الواجب التطبيق، موضوعيا تساعده في ذلك خبرته والاستعانة بمستشارين قانونيين مختصين¹.

ويضرب الأستاذ **Leclerc** مثلا يتعلّق بمستهلك فرنسي أبرم عقد بيع بالمراسلة مع ممثّل هولندي حيث قام البائع بتسليم منتج غير ملائم كما تقاعس عن إعلام المستهلك فإذا كان القانون المختار لحكم العقد والوارد ضمن الشّروط العامة للعقد لا يعرف السّكوت التّدليسي كذلك لا يعرف الالتزام بالإفضاء على خلاف الحال في القانون الفرنسي، والمستبعد حسب قاعدة التّنازع القائمة على إرادة الأطراف، وكان الطّرف المتعاقد مع المستهلك على علم جيّد بمضمون القانون الفرنسي ومدى حمايته للمستهلك، فإنّه يسعى إلى استبعاده باختيار قانون آخر أقلّ حماية، وهنا تلعب نظرية التّركيز الموضوعي دورا في منع التّحايل وتطبيق القانون الفرنسي المختصّ².

ب: الانتقادات الموجهة إلى نظرية التّركيز الموضوعي:

واجهت نظرية التّركيز الموضوعي انتقادات عديدة سواء فيما يتعلّق بالنّظرية بصفة عامة، أو فيما يتعلّق بدورها في حماية المستهلك بصفة خاصّة.

- يرى بعض الفقهاء³ أنّ توجّهات نظرية التّركيز الموضوعي تخالف أحكام اتّفاقية روما لسنة 1980، الخاصّة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التّعاقدية، حيث أشارت في المادة 1/3 من هذه الاتّفاقية إلى أنّ العقد يكون محكوما بقانون الإرادة الذي اختاره الأطراف ولم تشر إلى عدّ الاختيار عنصرا في تركيز العقد.

- تؤدّي نظرية التّركيز الموضوعي إلى الإخلال بتوقّعات الأطراف أيضا في مجال العقود التي تضمّ عاقدا ضعيفا كالمستهلك، فإذا كان المنهج القائم على البحث عن مركز ثقل العقد يفتح المجال لمعطيات حديثة تتعلّق ببحث القاضي عن أفضل نتيجة للحماية

1 موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. ص 423. 424.

² FRÉDÉRIC Leclerc, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Études de conflits de lois), Brulant, Bruxelles, 1995, P.134.

³ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص. 27.

السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فإنّ ذلك سيؤدّي بطبيعة الحال إلى حماية الطرف الضّعيف، ولا يوجد اعتراض عن ذلك¹.

أمّا في حالة إطلاق سلطة القاضي وعدم تأييده بأيّة نتيجة فإنّ ذلك سيؤدّي بالضرورة إلى وجود عدم الأمان وعدم تبصّر أو توقّع بشأن القانون الواجب التطبيق².

ثانياً: مفهوم ضابط الأداء المميّز:

فدراسة مفهوم ضابط الأداء المميّز يقتضي تحديد تعريفه ومدى الاعتراف به، ثمّ تحديد أثر هذا الضابط في حماية المستهلك.

1: تعريف ضابط الأداء المميّز وأهميته كضابط إسناد:

ظهرت فكرة الأداء المميّز في الفقه السويسري في العقد الثّالث من القرن العشرين وكان أوّل من اقترح فكرة إسناد العقد لمحلّ إقامة المدين بالأداء الجوهري، هو القاضي السويسري CHEVALLY C.GENIMPORTETEX S A، حيث تقرّر في الحكم "في حالة سكوت المتعاقدين عن القانون الدّي يحكم العقد فإنّه يخضع للقانون الدّي يرتبط به أوثق صلة وهو قانون محلّ إقامة الطرف المدين بالأداء المميّز في العقد³.

ويقوم هذا الضابط على معيار مسبق يتّخذ من التّركيز الموضوعي للعلاقة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتيّة سبيلاً إلى تحديد الأداء المميّز فيها، حيث يتمّ إسناد العقد إلى محلّ التّنفيذ المفترض لهذا الأداء، والدّي افتراض فيه أن يتمّ في محلّ إقامة المدين بهذا الأداء، أو في مركز إدارته إذا كان شخصاً اعتبارياً، وحتى يأتي ضابط فكرة الأداء المميّز على وجه أمثل تصدّى الفقه إلى تقسيم العقود ذات الطّبيعة الواحدة، والتي يمكن أن تماثل

¹ خالد عبد الفتاح محمّد خليل، المرجع السّابق، ص. 141.

² حسام الدّين فتحي ناصف، المرجع السّابق، ص. 29.

³ هشام علي صادق، المرجع السّابق، ص. 586.

في شأنها فكرة الأداء المميّز وحدّد لكلّ طائفة قاعدة إسناد تشير إلى اختصاص القانون السائد في محلّ إقامة المدين بهذا الأداء¹.

لذا يعرف بعض الفقه² الأداء المميّز للعقد بأنّه: "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى".

فمن خلال هذا التعريف يمكن القول أنّ فكرة الأداء المميّز للعلاقة التعاقدية قد كفلت للمتعاقدين ضمان القانون دون أن تفقد مع ذلك المرونة المتطلّبة في الإسناد بخصوص طبيعة العقد محلّ النزاع هذا من ناحية³.

ومن ناحية أخرى أنّ معيار الأداء المميّز يسمح بتمييز عقد عن آخر، ففي نطاق عقد البيع عبر شبكة الانترنت فالأداء المميّز هو أداء البائع والذي يتمثّل في نقل ملكية المبيع إلى المشتري، فيكون القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو محلّ إقامة البائع أمّا في نطاق عقد الإيجار المعلوماتي فإنّ الأداء المميّز هو أداء المؤجّر، والذي يتمثّل في وضع الشّيء محلّ الإيجار تحت تصرّف المستأجر، ومن هنا يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون محلّ إقامة المؤجّر⁴.

أمّا في نطاق عقد الاشتراك في بنوك المعلومات عبر شبكة الانترنت فإنّ الفقه يكيّف هذا العقد على أنّه عقد مقاولّة أو عقد مشروع⁵ وعليه فإنّ أداء المقاول أو المورد هو الأداء المميّز، فهذا الأخير هو الذي يهيئ المعلومات ويضعها تحت تصرّف العميل ويتيح له الفرصة للبحث داخل شبكة المعلومات من أجل الحصول على ما قد يلزمه من معلومات مناسبة لحاجة مشروعه، فكان من الطبيعي أن يعهد إلى قانون محلّ إقامة المقاول أو المورد

¹ جليل الساعدي ، تنازع القوانين في التّعاقد عبر شبكة الانترنت، المجلّد 22، الإصدار 01، جامعة بغداد، 2007، ص. 167.

² حابت آمال، المرجع السابق، ص. 500.

³ مهند عزمي أبو مغلي منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونيّة ذات الطابع الدولي، مجلّة الدّراسات، علوم الشريعة، المجلّد 49، العدد 02، 2014، ص. 1358.

⁴ جليل الساعدي، نفس المرجع ، ص. 167.

⁵ مدحت محمّد عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. ص 79. 80.

ليحكم آثار الالتزامات الناشئة عن العلاقة العقدية، ففي ضوء هذا القانون يمارس المقاول أو المورد نشاطه وينظم قاعدة المعلومات التي يتم من خلالها الوفاء بمحلّ العقد الإلكتروني وهو وضع خدمة المعلومات تحت تصرف العميل، ومع ذلك فإنّ التزام العميل في عقد الاشتراك في بنوك المعلومات عبر شبكة الانترنت لا يقتصر فقط على دفع الأجرة بل هو يقوم بنشاط إيجابي وذلك لنفاذ العقد، فهو الذي يتحمّل عبء البحث في قاعدة المعلومات من أجل الحصول على ما يتفق مع حاجاته من معلومات، أما صاحب هذه القاعدة الذي يقدم خدمة الاشتراك في بنوك المعلومات عبر شبكة الانترنت فإنّ موقفه يتسم بالسلبية بحيث إذا لم يشترك أيّ شخص في قاعدة المعلومات فإنّ المعلومات المودعة بها لن تعبر الحدود¹.

تجدر الإشارة إلى أنّه قد يتعدّر على القاضي في بعض الفروض أن يحدّد الأداء المميّز في العقد ممّا يستحيل معه الكشف عن القانون الواجب التطبيق بل قد يتبيّن له في فروض أخرى أنّه وعلى الرّغم من إمكان تحديد هذا الأداء إلاّ أنّ ظروف التعاقد وملابساته تشير إلى وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة العقدية، وهو ما ينهار معه أساس الافتراض بأنّ محلّ إقامة المدين بالأداء المميّز هو أقرب القوانين صلة بهذه الرابطة².

وحتى يستدرك أنصار الإسناد إلى قانون دولة محلّ إقامة المدين بالأداء المميّز للعقد الوضع ويجعلوا هذا الإسناد أكثر قبولاً فقد أوردوا عليه تحفظاً استثنائياً يتمثّل في تصريحهم للقاضي أن يقوم بتركيز العقد في ضوء ظروف التعاقد وملابساته، والتي قد تكشف عن ارتباط العقد بصلة أوثق بقانون دولة أخرى غير تلك التي يقيم فيها المدين بالأداء المميّز³.

¹ فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2002، ص. 17. 18.

² بن غرابي سمية، المرجع السابق، ص. 119.

³ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص. 57.

2: إقرار ضابط الأداء المميز في القضاء والتشريعات:

لقد لقيت نظرية الأداء المميز صدى لدى القضاء والتشريعات في كثير من الدول.

أ: موقف القضاء من ضابط الأداء المميز:

يعدّ القضاء السويسري أولّ قضاء أقرّ الاستناد إلى قانون محلّ إقامة المدين بالأداء المميز في العقد فلقد أصدرت المحكمة الفيدرالية السويسرية قرارا لها في 11 ماي 1966 قضت فيه بخضوع الروابط العقدية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد بروابط وثيقة وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محلّ إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد¹.

وفي فرنسا تبنت محكمة استئناف Grenoble ضابط الأداء المميز في حكمها الصادر في 31 سبتمبر 1995، وذلك بصدد عقد بيع مبرم بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيسي في إيطاليا ومشتري فرنسي، حيث قرّرت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد، واستندت المحكمة في ذلك إلى المادة 04 / 02 من اتفاقية روما لعام 1980 والتي تطبق في حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من جانب الأطراف القانون الذي يحكم العقد، فيكون العقد خاضعا للنصوص العامة في اتفاقية روما².

ب: موقف التشريعات من ضابط الأداء المميز:

وجد ضابط الأداء المميز تقنيا له على صعيد القانون الدولي الخاص في العديد من الدول بوصفه ضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود ذات الطابع الدولي ومن ذلك القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، والتي نصّت المادة 01/117 منه على أنه: "يكون العقد محكوما عند انتفاء اختيار الأطراف بقانون الدولة التي يرتبط معها العقد بروابط أكثر وثوقا"، ثم أوضحت الفقرة الثانية من ذات المادة "أنّ هذه الروابط تتحقّق مع الدولة التي يوجد بها محلّ الإقامة المعتاد، للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز".

¹ خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 159.

² المرجع نفسه، ص. 160.

ثم أوردت الفقرة الأخيرة أمثلة لما يعدّ أداءً مميزاً في بعض العقود من ذلك أداء ناقل الملكية في عقد نقل الملكية، وأداء المودع لديه في عقد الوديعة وأداء الكفيل في عقد الكفالة، وعلى منوال القانون السويسري أخذ بالمبدأ القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 في المادة 28 منه، كذلك القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 في مادته 25، كذا القانون الدولي الخاص الروسي لعام 2001 في مادته 1211¹.

تجدر الملاحظة إلى أنّ نظرية الأداء المميّز تعدّ إحدى أهمّ المبادئ الأساسية التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية بموجب المادة 03، كما أنّ اتفاقية روما لعام 1980 أقرت ضابط الأداء المميّز وهذا في المادة 04، فكلّ هذا يؤكد بأنّ معظم الأنظمة القانونية قد أخذت بنظرية الأداء المميّز لتحديد القانون الواجب التطبيق².

3: تقييم ضابط الأداء المميّز في تقرير حماية المستهلك الإلكتروني:

رغم حداثة نظرية الأداء المميّز إلا أنّها لم تسلم هي الأخرى من النقد :

أ: أنّ أعمال هذا الضابط سيؤدّي لا محالة إلى إسناد العقد لقانون الطرف القويّ في العقد والتّضحية بمصلحة الطرف الضّعيف وهو المستهلك وهذا ما يتعارض مع مصلحة المستهلك³.

ب: يصعب تطبيق هذه النظرية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميّز بإبرام عقد عن طريق حاسوب يمتلكه مقدّم خدمات يقيم في نفس البلد لأنّ القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزوّد الخدمة لا قانون المدين بالأداء المميّز⁴.

¹ علاء الدين محمد ذيب عبابنة، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، أطروحة لاستكمال رسالة الدكتوراه في القانون، كلية الدراسات القانونية العليا، عمّان، 2004، ص. 249.

² المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

³ محمد الأيوبي، المرجع السابق، ص. 175.

⁴ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 345.

ج: تقوم نظرية الأداء المميز على افتراض مسبق مفاده أنّ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بالأداء كضابط إسناد رئيسي، ولقد اتّجه التّوجيه الأوروبي الصادر في 8 نينيو 2000 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونيّة إلى تحديد مكان إقامة مؤدي الخدمات عبر الانترنت بالمكان الذي يمارس فيه أنشطته الاقتصادية بشكل دائم ومستقر غير أنّه وكما سبق ذكره يصعب التّحقّق من العناوين الإلكترونيّة والتي تكون أغلبها مؤقتة¹.

د: أنّ من الصّعوبة تحديد الأداء المميز في بعض صور العقد ذات الطّبيعة الخاصّة كعقد المقايضة الذي يتمّ بموجبه تبادل حقّ الملكية، كأن يتّفق الطرفان على تبادل عقارين مملوكين لهما، وعقد الفندق الذي يبرم بين التّزليل والفندق فهو عقد مختلط، إذ هو عقد إيجار بالنّسبة للغرفة وعقد بيع بالنّسبة لتناول الأطعمة وعقد ودیعة بالنّسبة للأمتعة، ويترتّب على تعذّر تحديد الأداء المميز في بعض العقود فقد الميزة التي يحقّقها ضابط الأداء المميز في تحقيق الأمان القانوني، والتّوافق مع التّوقعات المشروعة للأطراف بشأن العلم بالقانون الواجب التّطبيق².

وعلى الرّغم من الانتقادات الموجّهة لنظرية الأداء المميز كونها نظرية قاصرة عن تقديم حماية فعّالة للمستهلك فلقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنّه بإمكان القضاء أن يدعّم هذه الحماية عن طريق اعتبار المستهلك هو المدين بالأداء المميز، بما يؤدّي إلى تطبيق قانونه الذي قد يوفّر له حماية خاصّة في مواجهة الطّرف القويّ في العقد، بحيث يظهر الأداء المميز وكأنّه أداء المستهلك، وذلك لأسباب اجتماعية واقتصادية وسياسية تتطلّب تطبيق نظام حماية بشأن المستهلك بوصفه طرفاً ضعيفاً في العقد، أو إيجاد قاعدة إسناد خاصّة، وعدم تطبيق قانون محلّ إقامة المدين بالأداء المميز عندما يتعلّق الأمر بعقود المستهلكين وهذا ما أكدته اتفاقية روما لعام 1980 بموجب المادة 04 منها حيث أشارت إلى دور الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التّطبيق ن مع إشارتها إلى قاعدة

¹ خليفى سمير، حلّ النزاعات في عقود التّجارة الإلكترونيّة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصّص قانون التّعاون الدوليّ جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2010/04/28، ص. 50.

² موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. 439.

إسناد خاصةً بعقود الاستهلاك في 2/5 منها والتي جعلت الاختصاص لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك¹.

المطلب الثالث: الاتجاه الحديث في تحديد القانون الواجب التطبيق حماية للمستهلك الإلكتروني

أمام قصور ضوابط الإسناد المختلفة التي أشارت لها الدراسة في تحقيق حماية كافية للمستهلك بوصفه طرفاً ضعيفاً في العقد كان لابد للفقهاء والقضاء والتشريع من إيجاد ضوابط إسناد أخرى من شأنها تحقيق تلك الحماية، ولقد توصل إلى أن أفضل حماية للمستهلك في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي هي الأخذ بضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك (الفرع الأول)، فإذا كان هناك قانون آخر أكثر صلاحية له من قانون محل إقامته المعتاد، وجب الأخذ به عن طريق منح القاضي سلطة اختيار القانون الأصلح للمستهلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضابط محل إقامة المستهلك:

فدراسة ضابط محل إقامة المستهلك يقتضي التطرق إلى مبررات تطبيقه (أولاً)، وكذا التطرق إلى تقنين التشريعات لهذا المبدأ (ثانياً).

أولاً: مبررات اعتماد ضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك:

يستند الأخذ بضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك إلى عدّة اعتبارات نذكر منها:

1: حماية التوقعات المشروعة للمستهلك، بحيث يعتبر قانون محل إقامة المستهلك هو القانون الأكثر دراية من طرف المستهلك، إذ يسهل على هذا الأخير معرفته وتحديد الآثار المترتبة على تنفيذ التزامه التعاقدية وتطبيق قانون محل إقامة المستهلك يحمي رضاه ويراعي توقعاته².

¹ موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. 440.

² أمينة أضرينية، المرجع السابق، ص. 410.

كما أنّ الإسناد إلى قانون محلّ إقامة المستهلك هو إسناد عادل في العقود المبرمة بواسطة المستهلكين وذلك بالنظر إلى أنّه يتمّ تطبيق قانون يعرفه هؤلاء¹.

2: يؤدّي هذا الإسناد إلى تفادي مشكلات الإسناد الجامد لا سيما في العقود التي تبرم بين غائبين وتستخدم فيها وسائل الاتصال الحديثة ومن أهمّها الانترنت، كما يتغلّب على تحديد الأداء المميّز في بعض صور العقود².

3: إنّ من مصلحة دولة محلّ الإقامة المعتادة للمستهلك تطبيق قانونها على العقود التي يكون هذا الأخير طرفاً فيها، لأنّها تسعى إلى حماية مصالح معيّنة³، مثل تحقيق توازن في عقود الاستهلاك الإلكترونية من خلال استبعاد تعسّف التّفوذ الاقتصادي للمهني، خاصّة في ظلّ التوجّهات التشريعية الجديدة التي تهدف إلى حماية المستهلك وذلك بوضع قواعد حماية تهدف إلى خلق توازن عقدي في مجال عقود الاستهلاك⁴.

ثانياً: ضابط محلّ إقامة المستهلك في التشريعات والاتفاقيات الدولية:

يؤكد أهمية تطبيق قانون محلّ الإقامة المعتاد للمستهلك في العقود المبرمة بواسطة المستهلكين أنّ العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية اعتبرت القواعد الآمرة في هذا القانون هي الحد الأدنى للحماية في عقود الاستهلاك.

وعليه، حدّد ضابط محلّ إقامة المستهلك في الاتفاقيات الدولية، وكذا في التشريعات الوطنية.

1: ضابط محلّ الإقامة المعتاد للمستهلك في التشريعات الوطنية:

نظراً لما يحقّقه ضابط محلّ إقامة المستهلك من ضمانات للطرف الضعيف دأبت التشريعات المهتمّة بحماية هذا الأخير، إلى تقنينه بشكل يراعي خصوصية التعاقد

¹ PINGEL Isabelle, La protection de la partie faible en droit international privé (de salarié au consommateur), revu de droit social, Paris, n° 02, Février 1986, P. 133.

² حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص. 62.

³ المرجع نفسه، الموضوع نفسه.

⁴ أمينة أضربيينة، المرجع السابق، ص. 410.

الإلكتروني حيث نصّ القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987¹ في المادة 120 منه على: "1- العقود التي يكون محلّها أداء استهلاكي مخصّص للاستعمال الشخصي والعائلي للمستهلك، والذي ليس له صلة بالنشاط المهني أو التجاري، يحكمها قانون دولة محلّ إقامته المعتاد:

أ: إذا كان المورد قد تلقى الطلب من المستهلك في هذه الدولة.

ب: إذا كان إبرام العقد قد سبقه عرض خاص أو دعاية في هذه الدولة، وقام المستهلك باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد فيها.

2: إذا حثّ المستهلك بواسطة المورد للانتقال إلى دولة أجنبية لإبرام العقد".

كما أخذ القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1978² في المادة 01/41 منه بضابط محلّ إقامة المستهلك، عندما نصّ على أنّه: "تخضع العقود لقانون الدولة التي يوجد بها محلّ الإقامة المعتاد للطرف الذي يبرمها بوصفه مستهلكا، إذا كان القانون الخاص فيها يوفر له حماية ذاتية،"

2: ضابط محلّ الإقامة المعتاد للمستهلك في الاتفاقيات الدولية:

لقد تبنت مختلف الاتفاقيات ضابط محلّ الإقامة المعتاد للمستهلك، نذكر منها:

أ: ضابط محلّ الإقامة المعتاد للمستهلك وفقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1955:

لقد تبنت اتفاقية لاهاي³ ضابط محلّ الإقامة المعتاد للمستهلك في القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، حيث نصّت 2/3 على تطبيق قانون الدولة

¹ نصوص هذا القانون منشورة في:

Revue critique de droit international privé, 1988, p. 409 et suite.

² نصوص هذا القانون منشورة في:

Revue critique de droit international privé, 1979, P. 174 et suite.

³ موقع اتفاقية لاهاي لسنة 1955 منشور على الموقع التالي:

www.f-law.net/law/showthread.php

التي يوجد فيها محل الإقامة المعتاد للمستهلك إذا تم تسليم الطلب إلى البائع وممثله المقيم أو غير المقيم في تلك الدولة¹.

ب: ضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك وفقا لاتفاقية روما لسنة 1980:

لقد أفردت اتفاقية روما لسنة 1980²، الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بحماية الطرف الضعيف بموجب المادة 05 منها والمخصصة لعقود الاستهلاك، والمادة 06 المتعلقة بعقود العمل.

فلقد نصت المادة 2/5 من هذه الاتفاقية على: "مع عدم المساس بنصوص القانون، فإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تقرها النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة:

- إذا كان العقد قد سبقه في هذا البلد عرض خاص أو دعاية، وإذا كان المستهلك قد قام باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في هذا البلد.

- إذا تلقى المتعاقد مع المستهلك أو ممثليه الطلب من المستهلك في هذا البلد.

- إذا كان العقد يتعلق ببيع بضائع، وانتقل المستهلك من هذا البلد إلى بلد أجنبي وأبرم العقد، بشرط أن تكون الرحلة منظمة بواسطة البائع من أجل حث المستهلك على إبرام عقد البيع".

والسؤال الذي يثار هنا، هو عما إذا كان بالإمكان حماية المستهلك طبقا لنص المادة 02/05 من اتفاقية روما في عقود التجارة الإلكترونية؟

بصورة عامة يمكن القول أن تطبيق نص المادة 02/05 من اتفاقية روما بشأن حماية المستهلك الإلكتروني يثير صعوبات عديدة تتعلق بكون الإعلانات على الشبكة مفتوحة دوليا وليست موجهة لبلد معين بالذات، كما أنه من الصعوبة التحقق من كون المستهلك قد أجرى الطلب عبر جهاز الحاسب الإلكتروني في مقر إقامته المعتادة بناءً على تشجيع من البائع

¹ BATIFOL Henri et LAGARD Paull, op. cit, P. 312.

² موقع اتفاقية روما لسنة 1980 منشور على الموقع التالي:

www.eaa.gov.eg/cmunic/arabic/main/pic.asp

ومن هنا يمكن القول أنّ تطبيق نصّ المادة 02/05 على عقود الاستهلاك الإلكتروني ذات الطابع الدولي يتوقّف في النهاية على إرادة المحكمة التي تتولى الفصل في النزاع، ولاشكّ أنّها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال على أنّ الخشية من تجريد المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية من الحماية المقرّرة بموجب النصوص الآمرة في قانون محلّ إقامته المعتادة بسبب صعوبة تطبيق شروط المادة 02/05 من اتفاقية روما لا تجد لها محلاً إذا علمنا أنّه يمكن استبعاد القانون الواجب التّطبيق على عقود المستهلكين من خلال تطبيق نصّ المادة 07 من ذات الاتفاقية، والتي تتعلّق بالقوانين ذات التّطبيق الضّروري¹.

فكأنّما اتفاقية روما وضعت نظامين متكاملين لحماية المستهلك في العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت:

ب: 1 النظام الأوّل: نصّت عليه المادة 02/05 من اتفاقية روما يتعلّق بالحالات التي يتوجّه فيها المستهلك إلى مركز شركة أجنبية نظّمت معرضاً لها في بلد محلّ الإقامة المعتادة له وكذلك عندما يتمّ التعاقد معه عن طريق فرع أو وكيل لشركة أجنبية في بلد محلّ إقامته المعتادة².

ب: 2 النظام الثاني: فقد تضمّنته المادة 07 من اتفاقية روما أن تكون هذه الأنشطة موجّهة نحو دولة محلّ الإقامة المعتادة للمستهلك، فهذا النصّ الأخير يضمن الحماية التي كفلها التّوجيه الأوروبي لسنة 1997 في المادة 03/11 ، بحيث فرض التّوجيه على الدّول الأعضاء في الاتّحاد الأوروبي اتّخاذ كافة الإجراءات الضّرورية لكي لا يحرم المستهلك من الحماية التي يوفّرها له هذا التّوجيه بسبب اختيار قانون دولة أخرى لكي يطبّق على العقد عندما يتّصل العقد بعلاقة وثيقة بإقليم أيّ دولة من الدّول الأعضاء في الاتّحاد الأوروبي³.

¹ عادل أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية، في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص. ص. 136-132.

² خليل عبد الفتاح محمّد خليل، المرجع السابق، ص. 193.

³ أمينة أضربيينة، المرجع السابق، الهامش رقم 885، ص. 412.

الفرع الثاني: تطبيق القانون الأصلح لحماية المستهلك الإلكتروني:

ارتأت أغلب التشريعات إخضاع العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا للقانون الأصلح للمستهلك.

لذا فدراسة هذه الجزئية تتطلب التّطرق إلى مبررات هذا القانون (أولا)، وكذا التّعرّض إلى موقف التشريعات والاتفاقيات الدولية منه (ثانيا)، ثمّ في نقطة أخيرة تقييم هذا الضّابط (ثالثا).

أولا: مبررات الاستناد إلى القانون الأصلح للمستهلك:

إنّ الاستناد إلى القانون الأصلح للمستهلك، هو في حقيقة الأمر يستند إلى عدّة مبررات نذكر منها:

1: توسيع صلاحية القضاء في البحث عن القانون الأصلح للمستهلك:

ففي الحالة التي يكون فيها قانون الإرادة هو الأكثر حماية للمستهلك من قانون محل إقامة المستهلك فيمكن للقاضي تطبيق قانون الإرادة لما يقدّمه هذا الأخير من قواعد حماية¹.

2: تطويع دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التّطبيق:

تؤدي إرادة الأطراف دورا فعّالا في مجال حماية الطرف الضعيف في حالة اختيارها لقانون أكثر صلاحية لهذا الأخير ، وعلى ذلك فإنّ إلغاء دور مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التّطبيق قد يتأتى على حساب المستهلك الطرف الضعيف، في حين أنّ حماية هذا الأخير قد تبدو متوافقة مع مبدأ سلطان الإرادة، في حالة اختيار القانون الأفضل والأصلح له².

¹ أمينة أضربيينة، المرجع السابق ، ص. 413.

² حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص. 67.

3: إرساء دور الإسناد التّخييري في تطبيق القانون الأكثر صلاحية للمستهلك:

يؤدي نظام الإسناد التّخييري دورا هاما كوسيلة لحماية الضّعفاء من ناحية، وكوسيلة لحماية الأشخاص حسني النّية من جهة ثانية، كما يتميز هذا النّظام بتحقيق نتيجة موضوعية في مجال حماية المستهلك، وتتمثّل هذه النّتيجة في تطبيق القانون الذي يساهم بطريقة فعّالة في حماية المستهلك والوصول إلى هذه النّتيجة لا يكون إلا بالنّظر إلى ما يؤدّي إليه تطبيق كلّ قانون وعدم التّحديد المسبق للقانون الواجب التّطبيق على العقد، حيث يؤدّي التّحديد المسبق للقانون الواجب التّطبيق إلى تجاهل مصلحة الطّرف الضّعيف وعدم الالتفات إليها عند إسناد العقد، ولا تكون النّتيجة محلّ اعتبار في هذه الحالة¹.

ثانيا: ضابط القانون الأصلح للمستهلك في التّشريعات والاتّفاقيات الدّولية:

لقد أخذت مختلف التّشريعات والاتّفاقيات بضابط القانون الأصلح للمستهلك، وهو ما سنتولى بيانه:

1: ضابط القانون الأصلح للمستهلك في التّشريعات الدّولية:

نجد المادة ل232-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي² تنصّ على استبعاد تطبيق القانون على العقد، إذا كان هذا القانون راجع لدولة خارج الاتّحاد الأوروبي، وكانت فيه مخالفة الأحكام الحمائية الواردة في قانون الاستهلاك، وخصوصا إذا خالف نصّ المادة ل232-1 وهي تتوافق مع توجيهات الاتّحاد الأوروبي.

وفي النّمسوا نجد نصّ المادة 02/41 من القانون الدّولي الخاصّ النّمساوي لسنة 1978 تنصّ على استبعاد اختيار الأطراف للقانون الواجب التّطبيق على العقود التي تبرم بين المستهلكين في حالة كون هذا القانون ضارّا بالمستهلك، بمعنى وجوب الإبقاء على

¹ خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السّابق، ص. ص. 203. 204.

² Article L232-1 c. consom. f créé par Ordonnance n° 2016-301-art « Lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'union européenne, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par un Etat membre de l'union européenne en application de la directive 1999/44/CE du parlement européenne et du conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et de des garanties des biens de consommation et qui ont un caractère impératif lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire de cet Etat membre ».

اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق عندما يكون القانون المختار أصح للمستهلك ويوفر له حماية أفضل من الحماية التي يوفرها له قانون محل إقامته المعتادة وهذا الأخير يطبق بصورة آمرة في حالة عدم وجود اختيار من جانب الأطراف¹.

2: ضابط القانون الأصح للمستهلك في الاتفاقيات الدولية:

لقد تبنت مختلف الاتفاقيات ضابط القانون الأصح للمستهلك، نذكر منها:

أ: ضابط القانون الأصح للمستهلك في اتفاقية روما لسنة 1980:

نجد اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تعامل العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا معاملة خاصة يمكن وصفها بأنها تطبق مبدأ "القانون الأصح للمستهلك"، فهي تسمح للأطراف بتطبيقه في العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، بأن يختاروا القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويصبح هذا القانون هو الواجب التطبيق، لكن بشرط أن يحترم هذا القانون المختار الحد الأدنى من الضمانات الممنوحة للمستهلك، في القانون الذي يوجد به محل إقامته المعتادة²، وهو ما يستنتج من نص المادة 02/05 التي تقرّر: "إن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تقرّها له النصوص الآمرة في قانون محل إقامته المعتادة".

2: ضابط القانون الأصح للمستهلك في اتفاقية لاهاي لسنة 1980:

لقد أخذت اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين سنة 1980، بضابط القانون الأصح للمستهلك، وهو ما أكدته المادة 01/06 منها على: "القانون الذي اختاره الأطراف يكون واجب التطبيق على البيوع الواردة في هذه الاتفاقية، دون أن يترتب على هذا الاختيار حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له النصوص الآمرة في قانون بلد إقامته المعتادة"³.

¹ خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. ص 206. 207.

² شبة سفيان، المرجع السابق، ص. 230.

³ أمينة أضربيينة، المرجع السابق، ص. 413.

وما يلاحظ 06 السالفة الذكر، أنها جاءت بإسناد يعتد باختيار الأطراف المقيد بحماية المستهلك وفقا للقواعد الآمرة في دولة محل إقامة المعتادة، كما أن هذه الاتفاقية لم تستبعد دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد كما هو الحال في القانون الدولي السويسري.

ثالثا: تقييم ضابط القانون الأصلح للمستهلك:

على الرغم من أهمية ضابط القانون الأصلح للمستهلك في تحديد القانون الواجب التطبيق وتوفير حماية له، إلا أنه تعرض لعدة انتقادات نذكرها فيما يلي:

1: صعوبة تحديد القانون الأصلح للمستهلك:

يعد الإسناد إلى القانون الأصلح من شأنه توفير حماية للمتعاقد الضعيف عندما يختار الأطراف قانونا معيناً لحكم عقدهم، ويتم أعمال المقارنة بين هذا القانون والقانون المختص موضوعيا لتحديد أي القانونين أصلح للعائد الضعيف وتطبيقه على العقد.

أما في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق فلا تثار مشكلة القانون الأكثر صلاحية للعائد الضعيف حيث يتم تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك على أساس أن ما يقرره ذلك القانون هو الحد الأدنى للحماية¹.

2: أعمال القانون الأصلح للمستهلك من شأنه تجزئة العقد:

بمعنى أن الأخذ بالقانون الأصلح للمستهلك من شأنه إخضاع العقد لأكثر من قانون أي إخضاعه لقانون الإرادة وقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، صف إلى ذلك أن التجزئة من شأنها إطلاق العنان للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فقد يختار الأطراف قانونا ليحكم تكوين العقد، وآخر لحكم موضوع العقد، وثالث لحكم شرط من شروطه، إلا أن العقد بموجب هذا الحل الذي يتعلّق بتقييد مبدأ سلطان الإرادة بالتصوّص الآمرة في قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك يكون خاضعا للقانون الأكثر حماية من بين

¹ موفق حماد عبده، المرجع السابق، ص. 454. 455.

القانونيين المتنازعين، وهما قانون الإرادة وقانون محلّ الإقامة المعتادة للمستهلك وأيّهما أكثر حماية يطبّق على العقد¹.

3: الإخلال بالأمان القانوني والتوقعات المشروعة للأطراف:

يقال أنّ الإسناد إلى القانون الأكثر صلاحية للعائد الضعيف يؤدّي إلى الإضرار بالأمان القانوني والتوقعات المشروعة للأطراف بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث يجعل هذا النهج مسألة القانون الواجب التطبيق مسألة غير معروفة ومحدّدة مسبقاً وتعتمد على تحديد القانون الأصح للمستهلك والعائد الضعيف، وهو ما يضرّ بتوقعات الأطراف ومصالحهم خاصّة المستهلك².

ومع ذلك فإنّ القانون الأصح للمستهلك يساهم بدرجة كبيرة في حماية المستهلك اتّجاه الحرّية الممنوحة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وما يترتّب على ذلك من ضغوط على الطرف الضعيف من قبل المحترف.

¹ شبة سفيان، المرجع السابق، ص. 231.

² خالد عبد الفتاح محمّد خليل، المرجع السابق، ص. 213.

خاتمة:

إنّ حماية المستهلك الإلكتروني هو هدف أساسي يتطلّبه التطور المذهل الذي يشهده الواقع، وفي إطار هذه المتغيّرات وما تبعها مخاطر على المستهلكين كان لابدّ من إيجاد آليات قانونية ملائمة تحمي المستهلك في جميع مراحل التعاقد، بدءاً من المرحلة السابقة إلى مرحلة تنفيذ العقد، وهو ما حاولنا من خلال هذه الدراسة التطرّق إليه، ولقد خلصنا إلى جملة من النتائج نذكرها:

- لا يقتصر مفهوم المستهلك على الشخص الذي يتعاقد للحصول على السلعة، أو الاستفادة من الخدمة، بل يشمل كلّ من يحصل على السلعة أو يستفيد من الخدمة دون التعاقد عليها مثل عائلة المستهلك المتعاقد، وعلى ذلك فإنّ المستهلك هو ذلك الشخص الطبيعي الذي يستفيد أو يحصل على السلع أو الخدمات من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية، فهو جدير بالحماية كونه الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية.

- إنّ ظهور الإعلان الإلكتروني يعود إلى عامل تطوّر وسائل تكنولوجيا الاتصال الحديثة وخاصّة الانترنت التي كان لها الفضل في توفير الواقع الافتراضي الذي استطاع إيجاد أشكال عديدة للإعلان الإلكتروني الذي يشترط فيه ضرورة أن تتوفّر في الرسالة الإعلانانية أيّاً كان شكلها الشّروط العام والتي يكون مصدرها التّنظيمات القانونية المختلفة التي تنطبق على الإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت سواء على المستوى الوطني أو الدولي، أو كانت مستمدّة من تقنيات السلوك التي تحكم أنشطة الإعلانات، فهذه التّنظيمات تشترط في الإعلان الذي يبيث عبر الشبكة أن يكون محدّداً، أميناً، واضحاً بكلّ جزئياته وعموميّاته، وكلّ ما من شأنه التأثير على رضا المستهلك في الإقدام على إبرام معاملة إلكترونية أم لا، ومتى كان الإعلان مخالفاً لذلك عدّ إعلاناً مظللاً، ممّا يستلزم معه توفير حماية المستهلك وذلك بالزام المعلن بتنفيذ التزاماته الواردة في الإعلان متى كان ذلك ممكناً أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد إذا كان ذلك ممكناً، أو الحكم بالتعويض في غير هاتين الحالتين.

ولقد تطرّق المشرّع الجزائري إلى الإعلان من خلال تعريفه دونما تنظيم محكم له من خلال المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، كما عرّفته المادة 03 / 03 من القانون 04-02 الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية.

- لم يعد يقتصر عدم التوازن في الالتزامات على التفاوت بين مركزي الطرفين من الناحية الاقتصادية نتيجة احتكار قانوني أو فعلي كما نجده في عقود الإذعان، بل قد يعود عدم التوازن من حيث مستوى العلم والمعرفة، لذلك حرصت مختلف التشريعات المقارنة على تبني الالتزام قبل التعاقد بالإعلام وما يقتضيه من ضمانات مهمّة، لذلك كان من الضروري أن يكون التزام المهني بالإعلام الإلكتروني مشدّدًا بما يتلاءم مع طبيعة وأهميّة وسيلة التعاقد وهي شبكة الانترنت، وهو ما يستلزم على المحترف أن يعلم المستهلك بكلّ المعلومات الوافية والصّحيحة والمفيدة والتي من شأنها تنوير إرادة المستهلك كتحديد هويّة المحترف ووصف المنتج أو الخدمة.

ولضمان تنفيذ هذا الالتزام في المرحلة السّابقة للتعاقد لحماية للمستهلك الإلكتروني فرضت جزاءات قانونية في حالة الإخلال بهذا الالتزام القانوني بإعطاء خيارات أمام المستهلك بوصفه طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، إمّا يكون له حقّ إبطال العقد متى تضمّن الإخلال بالالتزام السّابق على التعاقد تدليسا، أو في حالة عدم وفاء المحترف بالتزاماته مما جعل المستهلك يقع في غلط في صفة جوهرية لمحلّ العقد، أو في شخصية المتعاقد المحترف إذا كانت شخصيته محلّ اعتبار، وإمّا يكون للمستهلك حقّ طلب التعويض أو المطالبة بالإبطال والتعويض معًا على أساس دعوى المسؤولية التقصيرية بأن يثبت المستهلك عدم قيام التاجر المحترف بالتزامه بالإعلام السّابق على التعاقد أو قام بتقديم التزامه لكنّ بصورة خاطئة أو ناقصة.

- لا يختلف الإيجاب والقبول الإلكتروني في العقود المبرمة عبر الانترنت عن الإيجاب والقبول للعقد التقليدي، ولكن الاختلاف يظهر في وسيلة التعبير عن الإرادة التي تتمّ عبر عدّة طرق، مثل: التعبير عن الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة أو أيّة وسيلة إلكترونية إلّا أنّ إجازة التعبير عن الإرادة عبر الانترنت يثير العديد من المشاكل

والصعوبات، أهمها تحديد هوية المتعاقد وأهليته للتعاقد، وهو ما من شأنه أن يثير مسألة إثبات حصول التراضي عبر الوسائط الإلكترونية، لذا يمكن التغلب عليها عن طريق إعداد عقود نموذجية توضع على الموقع التجاري بحيث يمكن من خلالها أن يشترط صاحب الموقع شروطاً تحدّد هوية الطرف المتعاقد وأهليته، وأي شخص ينوي التعاقد مع الموقع الاتفاق عليها، شريطة أن تصاغ هذه العقود بلغة بسيطة ومفهومة.

- إن مجلس العقد بصدد المعاملات الإلكترونية هو مجلس مفترض أو مجلس حكمي ولقد أثير خلاف بشأن مسألة تحديد طبيعته القانونية حيث ظهرت أربع نظريات النظرية الأولى ترى أنّ التعاقد عبر الانترنت هو تعاقد بين غائبين نظراً لوجود فترة زمنية بين علم الموجب بالقبول وقبول القابل، أمّا النظرية الثانية فهي عكس النظرية الأولى ترى أنّ التعاقد عبر الانترنت هو تعاقد بين حاضرين، كونه يتم عبر شبكة الانترنت التي تتيح لكلا الطرفين رؤية كلٍ منهما للآخر، أمّا الرّأي الثالث فيميّز بين عدّة حالات، إذ يرى أنّه إذا وجد فاصل زمني بين صدور الإيجاب والقبول اعتبر العقد بين غائبين، أمّا في الحالة العكسية أي إذا لم يوجد فاصل زمني عدّ التعاقد بين حاضرين، أمّا الاتجاه الرابع فهو يكيّف المعاملة الإلكترونية حسب الوسيلة المستخدمة للتعاقد، فإذا كانت الوسيلة الإلكترونية تتيح نقل الصورة عدّ هذا التعاقد تعاقد بين حاضرين، حضوراً مفترضاً من حيث الزّمان وغائبين من حيث المكان، أمّا إذا كانت الوسيلة المستخدمة تسمح بنقل الرسائل بطريقة فنية دون وجود فاصل زمني اعتبر التعاقد تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزّمان وغائبين من حيث المكان، أمّا إذا وجد الفاصل الزمني اعتبر التعاقد في هذه الحالة تعاقدًا بين غائبين، وهو الرّأي الذي نرجّحه.

- من خلال دراسة النظريات التي قيلت بشأن تحديد زمان انعقاد المعاملات الإلكترونية يمكن القول أنّ شبكة الانترنت لها جوانب تقنية تختلف عن وسائل الاتصال العادية ويجب مراعاة هذا الجانب التقني في اختيار النظرية التي تحدّد زمان ومكان إبرام العقد عبر الانترنت، بما يتفق مع المنطق ويحقّق العدالة ويراعي مصالح طرفي العقد (الموجب والقابل).

ويمكن القول أنّ أفضل وسيلة لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني هي الجمع بين نظرتي تصدير القبول والعلم به، بحيث ينعقد العقد بالنسبة للموجب له لحظة تصدير القبول، في حين أنّ العقد لا ينعقد في جانب الموجب إلاّ من لحظة علمه به.

- إنّ تحديد مكان انعقاد العقد له أهميّة في تحديد القانون أو العرف الذي يحكم العقد وتحديد الجهة القضائية المختصة للنظر فيه، فوفقاً للقواعد العامة فإنّ مكان انعقاد العقد المبرم بين غائبين يكون في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول وهو ما أكدته المادة 64 من القانون المدني الجزائري، إلاّ أنّ هذا الأمر يصدق على المعاملات التقليدية دون المعاملات الإلكترونية، إذ أنّ تطبيق القواعد العامة يكون بالصعوبة بمكان على المعاملات الإلكترونية كون أنّ تركيز العقد في دولة معيّنة أمر صعب التحقيق نظراً للطبيعة الدولية لشبكة الانترنت هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى عدم انسجام القواعد التقليدية مع صور القبول، كون هذا الأخير قد يتم صراحةً كما قد يكون بصورة ضمنية كما هو الشأن بالنسبة للسكوت الملابس الذي يُعدّ قبولاً في المعاملات الإلكترونية.

- حماية للمستهلك في مرحلة إبرام المعاملات الإلكترونية خوّلت له التشريعات مهلة التّروي والتّفكير وذلك بغية إعطاء المستهلك الفرصة الكافية لمراجعة العقود التي تُعرض عليه من قبل المنتج أو الموزّع للسلعة أو الخدمة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنّ عقود الاستهلاك لا تتمّ في فترة زمنية واحدة، بل تحتاج إلى فترة زمنية ابتداء بالقبول وانتهاء بانقضاء مدّة العدول وهو حقّ أقرّته جلّ التشريعات وعلى رأسها التّشريع الفرنسي، أمّا المشرّع الجزائري لم ينصّ عليه لا بصورة صريحة ولا ضمنية وهذا يعدّ نقصاً في تشريعنا.

- في مجال تطبيق عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت يمكن القول بأنّه إذا كانت نظرية عيوب الإرادة لها تطبيقات على درجات متفاوتة في العقود الإلكترونية مقارنة بتطبيقاتها في العقود التقليدية المبرمة في العالم المادي فإنّ هذا لا يعني التقليل من أهميّة هذه النّظرية في البيئة الإلكترونية، بل إنّ هذه النّظرية تحتفظ بأهميّتها شأنها في ذلك شأن بقية القواعد العامة الرّاسخة في النّظام القانوني للعقد، وأنّ اختلاف الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد لا يُغيّر من الطّبيعة الجوهرية للعقد والقواعد التي يقوم عليها في العالمين المادي والافتراضي، ولكن ما هو جدير بالاهتمام هنا أنّ في البيئة

الإلكترونية تكون الوقاية من الوقوع في عيوب الإرادة وذلك نتيجة للطبيعة العالمية لشبكة الانترنت وما تتطلبها من ثقافة خاصة لاستخدامها تجعل المستهلك واعيا بالنسبة إلى خطورة إبرام التصرفات القانونية وما يترتب عنها من مشاكل.

- أما بشأن حماية المستهلك الإلكتروني من آثار مبدأ القوة الملزمة للعقد فلقد بين الواقع أن التقدم العلمي والتكنولوجي كان له الأثر في اتساع الفجوة بين المهني والمستهلك والذي أدى إلى زيادة اختلال التوازن العقدي، وذلك في مدى جوازية العدول عن العقد بعد إبرامه وفي مجال الشروط التعسفية:

ففيما يخص العدول عن التعاقد هو ميزة أو مكنة قانونية أعطاهها المشرع للمستهلك بعد إبرامه عقدا صحيحا الرجوع عنه، دون أن تترتب عن الرجوع أية مسؤولية للمستهلك ومن دون أن يقدم أي تبرير.

فحق العدول هو حق مفروض بموجب قواعد أمرة من النظام العام والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، كما أنه خيار انفرادي يستأثر به المستهلك دون المحترف، وهو خيار يمارس دون مقابل باستثناء مصروفات إرجاع السلعة، وهو حق مؤقت أي أن ممارسته تكون مرتبطة بمهلة زمنية محددة، ولا يمكن للمستهلك ممارسته إلا بتوافر أسباب قوية ومقنعة تبرر وجوده وتتلاءم وجدوى هذا الالتزام لأنه في حقيقة الأمر يُعد خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد.

وفي تحديد الطبيعة القانونية للعدول عن العقد المبرم إلكترونياً فلقد ظهرت أربع اتجاهات، الاتجاه الأول يرى بأن حق العدول حق شخصي، الرأي الثاني يرى أن حق العدول هو حق عيني، الرأي الثالث يرى بأنه رخصة، أما الرأي الرابع فيرى أن العدول هو حق تقديري يمكن للمستهلك ممارسته بإرادته المطلقة، وهذا الرأي الأخير هو الرأي الذي تم ترجيحه.

أما في مجال الشروط التعسفية فيمكن القول أن التعاقد عن بُعد هو أكثر العقود التي ينفرد فيها المهني بوضع شروط العقد دون مناقشة مستندا في ذلك إلى تفوقه الاقتصادي والمعرفي فتتسم هذه العلاقة بعدم التكافؤ، وحماية للمستهلك بوصفه طرف ضعيف في

العلاقة التعاقدية فلقد سعت التشريعات إلى إعداد قوائم بالشروط التعسفية، كما فعل المشرع الجزائري حيث قام بإعداد قائمتين نصّ عليهما في نصّ المادة 29 من القانون 04-03 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وتضمنت القائمة الأولى بنودا ذات طابع ملزم ومذكورة على سبيل المثال لا الحصر، أما القائمة الثانية فهي أيضا كانت ذات طابع ملزم ومذكورة على سبيل المثال لا الحصر تضمنت اثني عشر (12) بندا، هذا فضلا عن إيراد المشرع الجزائري تعريفاً للشروط التعسفي بموجب المادة 03/05 من القانون 04-02 المذكور سالفاً وهو يكون بهذا قد منح القاضي السلطة التقديرية في تقدير الطابع التعسفي.

كما أنشأ المشرع الجزائري لجنة الشروط التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 مهمتها البحث عن الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود الاستهلاكية، إلا أنّ هذه اللجنة لم يتم تنصيبها إلى يومنا هذا فدورها منعدم في حماية المستهلك.

- يمكن القول بشأن الالتزام بضمان سلامة المستهلك الإلكتروني أنّه لا توجد خصوصية للالتزام بضمان السلامة في إطار المعاملات الإلكترونية، ممّا كان لزوما الاستعانة بما هو وارد في القواعد العامة وتطبيقها على مثل هذه المعاملات.

ف نجد أنّ الفقه أكدّ منذ مدّة على وجود الالتزام بضمان السلامة لكنّه ظلّ يخضعه لقواعد ضمان العيوب الخفية، ولقد كان للقضاء الفرنسي الفضل في تكريس استقلاله وذلك بإخراجه عن الأحكام الواردة في ضمان العيوب الخفية مسائرا بذلك التوجيه الأوروبي المؤرخ في 5 جويلية 1985 المتعلق بالمسؤولية عن منتجاته المعيبة، ليضيف بذلك التزاما محددا بالسلامة لمصلحة المستهلك المضرور.

أما المشرع الجزائري ورغبة منه في توفير الحماية اللازمة للمستهلك، وضع ركائز تمكّن المستهلك من الاستناد إليها، تتمثل أساسا في نصّ المادة 379 من القانون المدني الجزائري، وكذا المواد من 03 إلى 13 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266، وكذا المواد من 04 إلى 16 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقع الغش.

- بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ودوره في تكريس حماية المستهلك، يمكن القول أنه لا توجد قاعدة إسناد صريحة تحدّد القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود، ممّا يكون لزاما الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني بتطبيق ما هو وارد في نصّ المادة 18 من القانون المدني الجزائري، وذلك بإعمال القانون المختار من قبل الأطراف، شريطة أن يكون لهذا القانون صلة حقيقة بالعقد، سواء كان الاختيار صريحا أم ضمنيا، أو الاستناد في حالة غياب إرادة الأطراف لضوابط جامدة تتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية، كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد، ومن أهمّ هذه الضوابط، ضابط الأداء المميّز.

إلا أنّ إعمال ضوابط الإسناد التقليدية على المعاملات الإلكترونية يثير عدّة صعوبات، سواء كان اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين أو كان اختياره من قبل القاضي، ففي الحالة الأولى فإنّه يصعب إثبات إرادة المتعاقدين لتطبيق قانون معيّن وإثبات أنّ التصرّف صادر عن الشخص الحقيقي، خصوصا أنّ المعاملات الإلكترونية تتمّ في عالم لا مادي.

أمّا إذا كان القانون المختار من قبل القاضي فإنّه من الصّعبة الاستناد إلى ضابط محلّ الإقامة لتحديد القانون الواجب التطبيق، كون إعمال هذا الضابط في مجال المعاملات الإلكترونية يصعب تحديده، كما لا يمكن الاستناد إلى ضابط مكان تنفيذ العقد كون أنّه في مجال المعاملات الإلكترونية يتمّ في أماكن متعدّدة ممّا يجعل العقد خاضع لأكثر من قانون ممّا يصعب معه تحقيق الانسجام المطلوب من القانون بسبب اختلاف الأماكن القانونية لتنفيذ العقد.

- صعوبة الاعتماد على نظرية التّركيز الموضوعي في مجال المعاملات الإلكترونية لأنها تقوم على مرتكزات جغرافية لا تتسجم مع المعاملات الإلكترونية التي تتخطّى الحدود الجغرافية، فإعمال هذا المبدأ من شأنه تطبيق قانون بلد المهني أو مقدّم الخدمة في حالة عدم الاتّفاق على قانون معيّن، وهو ما يتعارض مع مقتضيات حماية المستهلك.

وتعزيزا لهذه النتائج نقترح التوصيات التالية:

1. ضرورة سنّ المشرّع الجزائري قانونا خاصا بالإعلان باعتباره ضرورة يتطلّبها الوقت الحالي.
2. إنشاء لجنة متخصصة تتولّى دور الرقابة على الإعلانات الإلكترونية.
3. إنّ الالتزام قبل التعاقد هو التزام من صنع الفقه والقضاء وليس المشرّع، ولأنّ الاستعانة بما هو وارد في القواعد العامة من أجل الوصول إلى التعويض والإبطال في حالة عدم تنفيذ الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني ما هو إلاّ حيلة من أجل سدّ الفراغ التشريعي، ونهيب على المشرّع الجزائري التّدخل من أجل سدّ الفراغ التشريعي بتنظيم الالتزام قبل التعاقد بنصوص صريحة، حماية للمستهلك الإلكتروني في المرحلة السابقة على التعاقد.
4. من أجل التّغلب على صعوبة إثبات هويّة المتعاقدين عند إبرام المعاملة الإلكترونية يمكن الاستعانة بنماذج من العقود الإلكترونية التي توضع على الموقع التجاري، بحيث يمكن أن يشترط صاحب الموقع على أيّ شخص يودّ التعاقد من خلال هذا الفضاء لتحديد هويته وأهليته، شريطة أن تصاغ هذه الشّروط بلغة سهلة، سلسلة، ومفهومة.
5. توحيد قواعد المعاملات الإلكترونية من أجل التّقليل من مشكلة تحديد مكان انعقاد المعاملة الإلكترونية وما يترتّب على ذلك في تحديد القانون الواجب التّطبيق.
6. ضرورة تفعيل دور لجنة الشّروط التّعسّفية المنشأة بموجب المرسوم التّنفيذي 06-306 وذلك بتطبيق المواد من 06 إلى 16 من هذا المرسوم من أجل إعطائها الوجود الواقعي لمباشرة نشاطها.
7. ضرورة نصّ المشرّع الجزائري على مكنة العدول الإلكتروني في نصّ قانوني مع الأخذ بعين الاعتبار القيود التي أقرتها التشريعات سواء بتنظيمه في نصوص القانون المدني أو في إطار قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مساهرا بذلك الدّول التي تبنت هذه المكنة.

8. تشديد مسؤولية المحترف الملزم بضمان السلامة وإن كان المشرع الجزائري يخضع هذه المسألة إلى ما هو وارد في نصوص القانون المدني، وكذا نصوص قانون حماية المستهلك وقمع الغش.
9. حماية للمستهلك في تحديد القانون الواجب التطبيق، نوصي بتطبيق القانون الأصلح للمستهلك بوصفه طرف ضعيف في العلاقة العقدية، وبغض النظر إذا كان هذا القانون نتاج اتفاق بين الأطراف أم لا.
10. على المشرع الجزائري سنّ قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية والاستفادة بما هو وارد في التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك المتعاقد عن بعد.
11. ضرورة توحيد القوانين الخاصة بحماية المستهلك المتعاقد عن بعد على مستوى الدول العربية كما هو الشأن بالنسبة لدول الاتحاد الأوروبي.
12. توسيع نطاق حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية ليشمل الشّخص المعنوي إلى جانب الشّخص الطبيعي، والمهني المتخصّص إلى جانب الشّخص غير المهني المتخصّص، ويتمّ تنظيم ذلك في قانون خاص بالتجارة الإلكترونية.

-تمّ بحمد الله-

الشلف: في 02 نوفمبر 2017

قائمة المصادر والمراجع:

١: المصادر:

1: القرآن الكريم:

- سورة إبراهيم، الآية 38.
- سورة النحل، الآية 19.
- سورة النساء، الآية 29.

2: الأحاديث النبوية:

- أخرجه ابن ماجة في سننه في كتاب التّجارات، باب الخيار، 736/2 / وابن حبان في صحيحه في كتاب البيوع، باب البيع المنهى عنه، 340/11.
- أخرجه أحمد في مسنده 72/5 والدارقطني في سننه في كتاب البيوع 26/3 وأبو يعلى في مسنده 140/3.

٢: المراجع:

أولاً: المراجع باللّغة العربية:

1: الكتب:

أ: الكتب العامة:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، الطّبعة الأولى جامعة الكويت، 1995.
2. ابن تيمية (مجموعة فتاوى)، جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصي النجدي الحنبلي، المجلّد 25، الطّبعة الأولى، الجزء 09، المبيع، الرياض، 1313هـ.
3. ابن منظور، لسان العرب، المجلّد 09، الطّبعة الرابعة، دار صادر، لبنان، 2005.

4. _____، لسان العرب، المجلد 04، القاهرة، دار الكتاب المصري، مطبعة المعارف، (دون سنة نشر).
5. أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية-البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية، القاهرة، 2006.
6. أحمد بن محمد علي القيومي المقريء، المصباح المنير، مكتبة لبنان، 2006.
7. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحقّ وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010.
8. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون، الجزء 04، دار النهضة العربية القاهرة، 1986.
9. _____، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع الجزء 04، البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2000.
10. _____، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد 02، العمل الضار والإثراء بلا سبب، الطبعة الثالثة، تنقيح المستشار أحمد مدحت الرفاعي، 2006.
11. أحمد فراح حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية القاهرة، 1987.
12. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002.
13. أسامة الشيخ عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2008.
14. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة، دار اقرأ، لبنان، 1981.
15. أشرف أبو مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظلّ أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي، منشأة المعارف، القاهرة 2008.

16. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى دار الثقافة، عمان، 2009.
17. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2005.
18. أنور طلبة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار أبو المجد للطباعة القاهرة، 2003.
19. أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
20. أيوب حسن، فقه المعاملات المالية في الإسلام، الجزء 01، الطبعة الأولى، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، 1998.
21. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، "دراسة مقترنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية للطباعة، القاهرة، 2003.
22. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية (تاريخها، ونظرية الملكية والعقود) مؤسّسة شباب الجامعة، القاهرة، (بدون سنة نشر).
23. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي الطبعة الأولى، المؤسّسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000.
24. حسام كمال الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
25. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
26. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام وأحكام الالتزام وإثبات الالتزام، بدون دار نشر، بغداد، 1976.
27. حسين محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الفكر، القاهرة، 2007.
28. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
29. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2007.

30. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد 02 في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة (بدون دار وبلد نشر)، 1988.
31. شريف أحمد شريف العاصي، التسويق، النظرية والتطبيق، دار الكتب المصرية القاهرة، 2004.
32. طيب زيروتي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.
33. عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، لبنان، 1988.
34. عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة نشر).
35. عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.
36. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء 02، مصادر الالتزام، (بدون دار نشر)، 1954.
37. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، "الجزء 01"، المكتبة القانونية، بغداد، 1980.
38. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، (دون دار ومكان النشر)، 1984.
39. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
40. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2005.
41. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بغداد، 1971.
42. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2009.
43. كفاح عبد القادر الصوري، التغير وأثره في العقود، الطبعة الأولى، دار الفكر عمان، 2008.
44. لحطاب بن محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء 04، دار الفكر، القاهرة، (دون سنة نشر).

45. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون ذكر السنة).
46. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 1990.
47. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
48. _____، شرح أحكام المبيع، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، 1998.
49. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء 01 النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة دار الهدى، الجزائر، 2010.
50. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء 01، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، 2003.
51. محمود التلي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
52. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، القاهرة 1968.
53. _____، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة القاهرة، (دون سنة نشر).
54. محمود محمد الياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، القاهرة، 2000.
55. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002.
56. منذر فضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء 01، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية والوضعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
57. ناجي علا، رائف توفيق، أصول التسويق، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان 2002.

58. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسمّاة، عقد البيع، الطبعة الثّانية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2004.

59. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

60. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، مطبعة المعارف، القاهرة، (بدون سنة نشر).

61. يعقوب يوسف صرخوة، النّظام القانوني للعلامة التّجارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة الكويت، 1993.

ب: الكتب المتخصّصة:

1. إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشّروط التّعسّفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي "عقود الإذعان وعقود الاستهلاك"، بدون طبعة دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2014.

2. السيد محمّد السيد عمران، الالتزام بالإخبار، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة 1999.

3. _____، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، "دراسة مقترنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصّة بحماية المستهلك، الدّار الجامعية للطباعة القاهرة، 2003.

4. _____، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التّعاقد على شبكة الانترنت، الدّار الجامعية، لبنان، 2006.

5. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، دراسة الجوانب القانونية للتّعامل عبر أجهزة الاتّصال الحديثة، التّراسل الإلكتروني، مجلس النّشر العلمي، الكويت، 2003.

6. _____، العقد غير اللّازم، دراسة مقارنة معمّقة في الشّريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، (دون سنة نشر).

7. أبو الهيجاء محمّد إبراهيم، عقود التّجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار التّقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان، 2005.

8. أحمد السعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، (بدون طبعة)، (بدون دار نشر وسنة نشر).
9. أحمد بوصوف، الضوابط القانونية للإعلانات التجارية، الطبعة الأولى، دار القلم المغرب، 2015.
10. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، دروس دكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، جامعة عين شمس، القاهرة، (دون سنة نشر).
11. أحمد مهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتاب القانونية، القاهرة 2004.
12. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
13. _____، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، الكتاب الأول، المدخل لقانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
14. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2005.
15. _____، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2011.
16. أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك، دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2016.
17. إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008.
18. العبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997.
19. أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، 2001.
20. _____، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل، عمان، 2006.

21. أناس الخالدي، التّحكيم الإلكتروني، الطّبعة الثّانية، دار النّهضة العربيّة، القاهرة 2009.
22. أنس محمّد عبد الغفار، آليات مواجهة الشّروط التّعسّفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقّه الإسلامي، دار الكتب القانونيّة، القاهرة، 2013.
23. أيمن أحمد محمد الدلوع، المسؤوليّة المدنيّة الناشئة عن التّعاقّد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015.
24. بشار محمّد دودين، الإطار العام للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، الطّبعة الأولى، دار النّقافة، عمّان، 2006.
25. بودالي محمد، الشّروط التّعسّفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007.
26. ———، مسؤوليّة المنتج عن منتجاته المعيّبة، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والجزائري، الطّبعة الأولى، دار الفجر، القاهرة، 2010.
27. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقّه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2001.
28. جابر محجوب علي، خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة، دار طيبة للطباعة، القاهرة، 1995.
29. جيل ت فريز، التّسوّق بذكاء عبر الانترنت، الطّبعة الأولى، الدّار العربيّة للعلوم لبنان، 2001.
30. حسام الدّين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 2004.
31. حساني علي، حماية المستهلك، نحو نظرية عامّة في التّشريع الجزائري، الطّبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2016.
32. حسن العامري محمّد، الإعلان وحماية المستهلك، العربي للنّشر والتّوزيع، القاهرة 2007.
33. حسن حسين البراري، التّزام المؤمّن بالأمانة في عقد التّأمين في مرحلة إبرام العقد دراسة مقارنة، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، 2010.

34. حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
35. _____، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة في ضوء تطوّر القضاء الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع، 19 مايو 1998، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
36. حسين فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
37. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
38. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009.
39. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2005.
40. _____، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الدار الجامعية القاهرة، 2007.
41. _____، التّحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008.
42. _____، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية القاهرة، 2008.
43. _____، حجّية البريد الإلكتروني في الإثبات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008.
44. خالد موسى توني، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات الخادعة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
45. رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة 1999.
46. رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2016.
47. زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009.

48. **سامح عبد الواحد التهامي**، التّعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة 2007.
49. **سعد حسين عبد ملحم**، التّفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، 2004.
50. **سعيد سعد عبد السلام**، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية القاهرة، 2000.
51. **سلطان عبد الله محمودي الجواربي**، عقود التّجارة الإلكترونيّة والقانون الواجب التّطبيق، دراسة مقارنة، الطّبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001.
52. **سليم سعداوي**، حماية المستهلك، الجزائر نموذجاً، الطّبعة الأولى، دار الخلدونية الجزائر، 2009.
53. **سمير حامد عبد العزيز الجمال**، التّعاقد عبر تقنيات الاتّصال الحديثة، دراسة مقارنة، الطّبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
54. **سمير كامل**، ضمان العيوب الخفيّة في بيع الأشياء المستعملة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
55. **سه نكه علي رسول**، حماية المستهلك وأحكامه، دراسة مقارنة، الطّبعة الأولى دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2016.
56. **سهير منتصر**، الالتزام بالتّبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
57. **شحاتة غريب شلقامي**، التّعاقد الإلكتروني في التّشريعات العربية، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2008.
58. **شريف محمّد الغنام**، التّنظيم القانوني للإعلانات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.
59. **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الإلكترونيّة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008.
60. **طوني ميشال عيسى**، التّنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتّفاقات الدوليّة، الطّبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2001.

61. عادل حسن علي، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية، الطبعة الأولى مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، 2008.
62. عادل أبو هشيمة محمد حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
63. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الطبعة الأولى، دار الثقافة عمان، 2002.
64. عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسب، الطبعة الأولى، دار الثقافة عمان، 2008.
65. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 1997.
66. عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك، الدليل القانوني للمستهلك، مركز قانون الالتزامات والعقود، كلية الحقوق، المغرب، 2006.
67. عبد الحميد الديسطي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2009.
68. عبد الحميد بسيوني، أساسيات ومبادئ التجارة الاقتصادية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001.
69. عبد العزيز المرسي حمود، الحماية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص، (بدون دار وبلد نشر)، 2005.
70. عبد العزيز بن محمد الشعبي، جلال عبد الفتاح الملاح، دراسة تحليلية لأثر الوعي الاستهلاكي في حماية المستهلك، قسم الاقتصاد والإرشاد الزراعي، كلية العلوم الزراعية والأغذية، جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية، (دون سنة نشر).
71. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي القاهرة، 2004.

72. _____، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2006.
73. _____، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، القانون العربي التّموذجي، دار شنان للنشر والبرمجيات، مصر المحلة الكبرى، القاهرة، 2007.
74. عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2011.
75. عبد الفضيل محمّد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، (بدون سن نشر).
76. عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة) الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2010.
77. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمّان، 2012.
78. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء 01، مصادر الالتزام، مطابع مؤسّسة دار الكتب للطباعة والنّشر، بغداد، (دون سنة نشر).
79. عبد المنعم فرج الصّدّة، عقود الإذعان في التّشريع المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأوّل، القاهرة، 1946.
80. _____، مصادر الالتزام، (بدون دار نشر)، القاهرة، 1950.
81. _____، أصول القانون، دار النّهضة العربية، لبنان، 1978.
82. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
83. عدنان السرحان، نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمّان، 2005.
84. عصام عبد الفتاح مطر، التّجارة الإلكترونية في التّشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015.

85. علاء عمر محمّد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التّجارة الإلكترونيّة، دراسة مقارنة، الطّبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2017.
86. علي السيّد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النّهضة العربيّة، القاهرة 1990.
87. علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامّة لحماية المستهلك والمسؤولية المتربّبة عنها في التّشريع الجزائري، (بدون طبعة)، دار الهدى، الجزائر، 2000.
88. علي فتّاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2013.
89. عماد مجدي عبد الملك، التّجارة الإلكترونيّة، الطبعة الثّانية، دار المطبوعات الجامعيّة، القاهرة 2011.
90. عمر خالد الزريقات، عقد التّجارة الإلكترونيّة، عقد البيع عبر الانترنت، الطّبعة الأولى، دار الحامد، عمّان، 2007.
91. عمر محمّد عبد الباقي، الحماية العقديّة للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون، منشأة المعارف، القاهرة، 2004.
92. غسان رياح، قانون حماية المستهلك الجديد، الطّبعة الثّانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2011.
93. فاتن حسين حوي، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون اللّبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد إلكترونيًا، الطّبعة الأولى منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
94. فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التّجارة الإلكترونيّة، الطّبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
95. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2002.
96. فاروق حسين، البريد الإلكتروني، الهيئة العامّة للكتاب، القاهرة، 1999.
97. فراح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات في القانون الجزائري، الطّبعة الأولى دار الهدى، الجزائر، 2009.

98. **فريد منعم جبور**، حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
99. **فيصل محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
100. **قادة شهيدة**، مسؤولية المنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2007.
101. **كوثر سعيد عدنان خالد**، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة القاهرة، 2012.
102. **كيلاني عبد الرحمان محمود**، حق المستهلك في العدول عن العقد بين متطلبات الحماية والقوة الإلزامية للعقد، دراسة في القانون الفرنسي بالتطبيق على عقود البيع في محل الإقامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
103. **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2011.
104. **محمد أحمد عبد الحميد أحمد**، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015.
105. **محمد السعيد رشدي**، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بالتليفون، مجلس النشر العلمي، مطبوعات جامعة الكويت، 1998.
106. **محمد المرسي زهرة**، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية القاهرة، 2011.
107. **محمد أمين الرومي**، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2004.
108. **محمد بودالي**، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2004.
109. **محمد حسن رفاعي العطار**، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.

110. **محمد حسن قاسم**، التّعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التّجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2005.
111. **محمد حسين عبد العال**، القيمة القانونية للمستندات الإعلانية في القضاء الفرنسي، دراسة تحليلية مقارنة، دار النّهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة نشر).
112. **محمد حسين منصور**، أحكام البيع التقليديّة والإلكترونية وحماية المستهلك دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2006.
113. **محمد عبد الرحيم الشريقات**، التّراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار النّقافة، عمّان، 2009.
114. **محمد علي عمران**، الالتزام بضمان السّلامة وتطبيقاته في بعض العقود دراسة فقهية وقضائية في كلّ من مصر وفرنسا، دار النّهضة العربية، القاهرة 1980.
115. **محمد فواز محمد المطالقة**، الوجيز في عقود التّجارة الإلكترونيّة، أركانه، إثباته القانون الواجب التّطبيق، حمايته، التّشهير، التّوقيع الإلكتروني، دار النّقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان، 2008.
116. **محمود عساف**، أصول الإعلان، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1966.
117. **مدحت محمد عبد العال**، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات دار النّهضة العربية، القاهرة، 2001.
118. **مصطفى أحمد أبو عمرو**، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2006.
119. _____، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2010.
120. _____، مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2011.
121. **ممدوح محمد خيرى هاشم**، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2000.
122. _____، الحماية المدنية من الإعلانات التّجارية الخادعة دار النّهضة العربية، القاهرة، (بدون سنة نشر).

123. **ممدوح محمد مبروك**، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني المصري والفرنسي والفقہ الإسلامي وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات الفنية، القاهرة، 1999.
124. **منى أبو بكر الصديق**، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات الخطيرة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2013.
125. **موفق حماد عبد**، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.
126. **ميرفت ربيع عبد العال**، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة (بدون سنة نشر).
127. **نائل عبد الرحمان صالح**، حماية المستهلك في التشريع الأردني، منشورات زهران، عمان، 1991.
128. **نزیه محمد الصادق المهدي**، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية، دار النهضة العربية القاهرة، 1999.
129. **نضال سليم برهم**، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2009.
130. **نور الدين الرحالي**، التوجهات الجديدة لقانون الاستهلاك بالمغرب: الثابت والمتغير، مكتبة الرشد، المغرب، 2014.
131. _____، التطبيقات العملية الحديثة في قضايا الاستهلاك، مكتبة الرشد، المغرب، (بدون سنة نشر).
132. **نوري حمد خاطر**، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000.
133. **هادي مسلم يونس البشكاني**، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية المحلة الكبرى، القاهرة، 2009.
134. **هبة ثامر محمود عبد الله**، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى منشورات زين الحقوقية، بغداد، 2011.

135. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

136. هيثم نيازي فهمي، رحلة عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، (بدون دار وبلد نشر)، 1996.

2: الرسائل والمذكرات:

أ: أطروحات دكتوراه:

1. أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
2. أحمد رياحي، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2008.
3. أمينة أضربيينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، كلية الحقوق 2014-2015.
4. الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية والإدارية 1990-1991.
5. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.
6. بن دريس حليلة، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق 2013-2014.
7. ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني الصانع والموزع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1987.

8. **حابت آمال**، التّجارة الإلكترونيّة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كّلية الحقوق والعلوم السّياسية، 2015/09/30.
9. **حبار محمّد**، قانون العقد والمسؤولية العقديّة في القانون الجزائري والمقارن أطروحة دكتوراه في القانون الخاصّ، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونيّة والإدارية 1990.
10. **حمدي أحمد سعد**، الالتزام بالإفشاء بالصّففة الخطرة للشّيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقّه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كّلية الحقوق 1998.
11. **حوحو يمينّة**، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصّص قانون، جامعة الجزائر، كّلية الحقوق، 2011-2012.
12. **خالد شويرب**، القانون الواجب التّطبيق على العقد التّجاري الدّولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، جامعة الجزائر، كّلية الحقوق، 2008-2009.
13. **خليفة مريم**، الرّهانات القانونيّة للتّجارة الإلكترونيّة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاصّ، جامعة أبي بكر بقايد، تلمسان، كّلية الحقوق والعلوم السّياسية، 2011-2012.
14. **زمام جمعة**، العدالة العقديّة في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة الجزائر، كّلية الحقوق، 2014-2015.
15. **زوبة سميرة**، الأحكام القانونيّة المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كّلية الحقوق 2016/03/13.
16. **سليمان براك دايج الجميلي**، الشّروط التّعسّفية في العقود، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كّلية الحقوق، جامعة النّهرين، العراق، 2002.
17. **شوقي بنّاسي**، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه علوم، تخصّص قانون خاصّ، جامعة الجزائر، كّلية الحقوق، 2015-2016.
18. **طارق عبد الله عيسى مجاهد**، تنازع القوانين في عقود التّجارة الدوليّة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كّلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2001.

19. **عادل عميرات**، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، دراسة في القانون الجزائري، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصصّ قانون خاصّ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كّلية الحقوق والعلوم السّياسية، 2015-2016.
20. **عبد الله العلفي**، أحكام الخيارات في القانون المدني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه حقوق، عين شمس، القاهرة، 1988.
21. **مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة**، إبرام العقد عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2010.
22. **عجالي بخالد**، النّظام القانوني للعقد الإلكتروني في التّشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كّلية الحقوق 2014/06/16.
23. **العرعاري عبد القادر**، ضمان العيوب الخفيّة وفقا لقانون الالتزامات والعقود، رسالة لنيل دبلوم الدّراسات العليا في القانون الخاصّ، جامعة محمد الخامس، كّلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 1985.
24. **عزّة علي محمد حسن**، الإطار القانوني والتّشريعي للتّجارة الإلكترونية، دراسة مقدّمة لنيل درجة دكتوراه، كّلية الدّراسات العليا، كّلية القانون، جامعة الخرطوم، السّودان 2005.
25. **عزّة محمود أحمد خليل**، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، دراسة مقارنة، في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994.
26. **علاء الدين محمّد نيب عبابنة**، القانون الواجب التّطبيق على العقد الإلكتروني الدّولي في القانون الأردني والمقارن، أطروحة دكتوراه في القانون، كّلية الدّراسات القانونية العليا، عمّان، 2004.
27. **فرحات ريموش**، الالتزام بالإعلام، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، جامعة الجزائر 01، كّلية الحقوق، 2012.
28. **محمّد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كّلية الحقوق، القاهرة، 2004.

29. **محمد زعموش**، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي دراسة مقارنة، رسالة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه دولة، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق، 2004-2005.
30. **محمد محمود محمد حسن**، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، القاهرة، 2010.
31. **معزوز دليّة**، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية (ضمان التعرّض والاستحقاق في العيوب الخفية)، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصّص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2014.
32. **ولد عمر طيب**، النّظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاصّ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.
- ب: مذكرات الماجستير:**

1. **ابراهيم هانية**، الحماية المدنية للمستهلك في ظلّ القانون 04-02 المتعلّق بالممارسات التجاريّة، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، جامعة قسنطينة 01، كلية الحقوق، 2012-2013.
2. **أحمد يحيى سليمة**، آليات حماية المستهلك من التعسّف الاقتصادي، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2010-2011.
3. **المّر سهام**، التزام المنتج بالسلامة "دراسة مقارنة"، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2008-2009.
4. **بن غرابي سمية**، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، تخصّص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق، 2009/11/5.
5. **خالد محمد البساتين**، تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك، الهيئة الفلسطينية المستقلّة لحقوق المواطن، هيئة رام الله، فلسطين، 2002.

6. **خديجة قندوزي**، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصّص قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2001/2000.
7. **خلوي (عنان) نصيرة**، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، (دراسة مقارنة) مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق، 2013/09/25.
8. **خليفة سمير**، حلّ النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، تخصّص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2010 /04/28.
9. **خميس سناء**، المسؤولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة دراسة مقارنة، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، تخصّص قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2015/06/04.
10. **رفاوي شهيناز**، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، تخصّص قانون الأعمال، جامعة سطيف 02، كلية الحقوق 2016/2015.
11. **رنا علي كاضم الزبيدي**، عدول المستهلك عن العقد، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق، 2007.
12. **سعد الدين امحمد**، العقد الدولي بين التّوطين والتّدويل، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، جامعة حسبية بن بوعلي، الشلف، كلية الحقوق 2008/2007.
13. **شعباني (حنين) نوال**، التزام المتدخّل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2012/03/08.
14. **صراع كريمة**، واقع وآفاق التجارة الإلكترونية في الجزائر، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، تخصّص إستراتيجية، جامعة وهران، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، 2014/2013.

15. **عتيق حنان**، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، تخصّص قانون التعاون الدولي، مدرسة دكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة 2012/01/19.
16. **عليان عدّة**، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصّص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق، 2009/2008.
17. **كيموش نوال**، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون 2011/2010.
18. **لما عبد الله صادق لهب**، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، قانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النّجاح الوطنية، فلسطين، 2008/12/27.
19. **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2011/2010.
20. **محمد عبد الرحمان محمد حنتولي**، المسؤولية المدنية للمنتج عن أضرار منتجاته الخطرة، دراسة مقارنة، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزت، فلسطين، 2009.
21. **مرزوق نور الهدى**، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، تخصّص فرع المسؤولية المهنية، مدرسة دكتوراه القانون الأساسي والعلوم السياسية، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012/05/08.
22. **مسودي غادة جواد**، التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، مذكرة ماجستير، جامعة بيرزيت، رام الله، فلسطين، 2007.
23. **معوش رضا**، حماية المستهلك من الشّروط التّعسّفية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014.

24. **ملال نوال**، جريمة الإشهار الخادع في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاصّ، تخصّص علاقات الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، كلية جامعة وهران، الحقوق والعلوم السياسية، 2013/10/28.
25. **مولود بغدادي**، حماية المستهلك من الشّروط التّعسّفية في عقد الاستهلاك، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، تخصّص حماية المستهلك والمنافسة، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2015/2014.
26. **نواف محمّد مفلح الذيابات**، الالتزام بالتّبصير في العقود الإلكترونيّة، مذكرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الشّرق الأوسط، كلية الحقوق، 2013.
27. **هدى أوزاينية**، الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التّجاري المضلّ، مذكرة ماجستير، (القانون التّجاري)، جامعة اليرموك، عمّان، 2010-2011.
28. **وائل نافذ سفر جلاني**، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع، مذكرة ماجستير جامعة بيروت العربية، لبنان، 2001.

3: المقالات:

1. **إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، الرجوع عن التعاقد كوسيلة لحماية الرّضا، دراسة لفكرة العقد غير اللّازم في الشريعة الإسلاميّة وتطبيقاته في القانون الوضعي، مجلة المحامي الكويتية، السّنة الثّانية، (يوليو، أغسطس، سبتمبر)، 1985، ص11-50.
2. **أحلام ترة**، حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، العدد 04، السّنة الثّانية، 2013، ص202-ص218.
3. **أحمد إبراهيم الحيارى**، عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الانترنت "دراسة مقارنة في القانونين الأردني والفرنسي"، المجلة الأردنيّة في القانون والعلوم السياسيّة، المجلد 01، العدد 02، 2009، ص121-ص151.
4. **أحمد السّعيد الزقرد**، الحماية القانونيّة من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السّنة 19، العدد 04، 1995 ص 143-290.

5. _____، حقّ المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون
مجلة الحقوق، الكويت، العدد 03، 1995، ص179-ص243.
6. أحمد خديجي، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي، مجلة دفاتر
السياسة والقانون، ورقلة، العدد 11، 2014، ص19-ص29.
7. أحمد رياحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في
القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف
العدد 05، 2009، ص343-ص368.
8. _____، الطّبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية
والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد
10، 2013، ص96-ص105.
9. _____، المبادئ العامة لحقّ العدول عن العقد وفق التّوجيه الأوروبي رقم 83-
2000، المتعلّق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي، مجلة الدراسات
القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، كلية الحقوق والعلوم السياسية
العدد 03، 2016، ص134-ص151.
10. أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية وفقا
لمنهاج القانون الدولي الخاص، 2008، منشور على الموقع الإلكتروني التالي:
www.Arablawinfo.com
11. إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة طنجيس، كلية
العلوم القانونية، جامعة عبد المالك السعدي، المغرب، العدد 03، 2003، ص54-
ص12.
12. أسامة ربيع أمين سليمان، معوقات تبني إستراتيجية للإعلان الإلكتروني في
سوق التأمين المصري، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 09
2009، ص11-ص22.
13. إسماء خيضر مظلوم، منصور حاتم محسن، العدول عن التّعاقّد عبر الانترنت
مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلّد 04، العدد 02
2012، ص85-ص48.

14. **أقدس صفاء الدين رشيد**، التّعاقد عبر الانترنت ومدى مشروعيته في القانون العراقي، مجلة الجامعة العراقية، العراق، المجلّد 27، العدد 01، 2011، ص344-315.
15. **أكرم حسين البدو وإيمان محمد ظاهر**، الالتزام بالإفشاء وسيلة للالتزام بضمان السّلامة، مجلة الرّافدين للحقوق، العراق، المجلّد 01، العدد 24، 2005، ص9-47.
16. **أكرم فاضل سعيد و طالب محمّد جواد عباس**، حماية المستهلك في عقود الخدمة الإلكترونيّة، مجلة جامعة النّهريّن، العراق، المجلّد 01، العدد 01، 2009، ص217-182.
17. **أكرم محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله**، أثر موضوعية الإرادة التّعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرّافدين للحقوق، العراق، المجلّد 13، العدد 49 السّنة 16، ص448-404.
18. **آلاء يعقوب النعيمي**، الحماية القانونيّة للمستهلك في عقود التّجارة الإلكترونيّة مجلة الحقوق، جامعة النّهريّن، بغداد، المجلّد 18، العدد 14، 2005، ص61-112.
19. **الهيثم عمر سليم**، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكاريّة المؤدّية إلى الإذعان، مجلة الحقوق، الكويت، المجلّد 10، العدد 06، ص173-263.
20. **أم كلثوم صبيح محمّد**، المفاوضات الممهّدة للتّعاقد (ماهيتها وأحكامها) دراسة مقارنة بين الواقع العلمي والفراغ التّشريعي، مجلة كّلية الحقوق، جامعة النّهريّن العراق، المجلّد 16، الإصدار 03، 2014، ص281-324.
21. **أمان التيس**، الشّروط التّعسّفية بين سؤال الماهية وسبل الحماية -دراسة مقارنة- مجلة الملف، الدّار البيضاء، المغرب، العدد 21، 2013، ص162-179.
22. **أمان طارق الشكري، هيدر عبد الهادي**، جزاء الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع (دراسة مقارنة)، مجلة المحقّق الحلي للعلوم القانونيّة والسياسية، العراق، المجلّد 06 العدد 04، 2014، ص162-179.
23. **أماني أحمد**، دراسة في التّوقيع الإلكتروني 2007، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التّالي:

<http://www.f.law.net/law/shouwthread.php9681> ؟

24. أنسام عوني رشيد، التّجارة الإلكترونيّة (دراسة مقارنة)، مجلّة جامعة النّهرين، كليّة العلوم السّياسية، العراق، المجلّد 01، العدد 614، 2015، ص603-ص622.
25. أيمن مساعدة وعلاء خصناوة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلّة الشريعة والقانون، العدد 46، أبريل 2011، ص157-ص210.
26. إيناس هاشم رشيد، التّعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونيّة، مجلّة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كليّة القانون، العراق، المجلّد 01، العدد 02، 2009، ص186-ص189.
27. بليدي سميرة، القواعد الوقائية المنظمة للرسالة الإشهارية في الجزائر، مجلّة جيل للأبحاث القانونية المعمّقة، العدد 07، 2016، ص55-ص71.
28. فراس بحر محمود، التّعبير الإلكتروني، مجلّة كليّة الحقوق، جامعة النّهرين العراق، المجلّد 16، الإصدار 03، 2014، ص29-ص56.
29. فراس جبار كريم، المستهلك وأساليب توعيته، "دراسة مقارنة"، مجلّة رسالة الحقوق، كليّة القانون، جامعة كربلاء، العراق، السّنة 05، العدد 03، 2013، ص261-ص247.
30. محمّد سعد خليفة، البيع عبر الانترنت وحماية المستهلك (في ضوء قانون المعاملات الإلكترونيّة البحري)، مجلّة كليّة الحقوق، جامعة البحرين، المجلّد 05 العدد 01، 2008، ص8-ص132.
31. محمّد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، مجلّة جامعة بابل للعلوم الإنسانيّة، العراق، المجلّد 66، العدد 04، 2014، ص776-ص783.
32. محمّد جمال محمّد طاهر، التّعاقّد بين حاضرين وخصوصيّة في عقود التّجارة الإلكترونيّة (دراسة مقارنة)، مجلّة الرّافدين للحقوق، العراق، المجلّد 12، العدد 54، 2012، ص42-ص89.
33. تأثير الحقّ في التّراجع على التّوازنات العقديّة، المعرفة القانونية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التّالي:

https://anibrass.blogspot.com/2015/01/blog-post_37.htm

34. **جابر محجوب علي**، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية الميعة، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 04، السنة 20، ديسمبر 1996 ص 189-303.
35. **جليل الساعدي**، تنازع القوانين في التعاقد عبر شبكة الانترنت، المجلد 22 الإصدار 01، جامعة بغداد، العراق، 2007، ص 135-185.
36. **حاج بن علي محمد**، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة في الشيء المبيع، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد 06، 2011، ص 74-84.
37. **حدّي حسين الفقي**، محمد جفار حدّي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 02، السنة 05، 2013، ص 23-44.
38. **حسام الدين الأهواني**، المفاوضات في الفترة الممتدة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، بحث منشور في كتاب الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص 49 - ص 105.
39. **حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي**، اختلال التوازن العقدي الناتج عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العراق، المجلد 26 الإصدار 02، 2011، ص 240-285.
40. **حوالف عبد الصمد**، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة الشلف، العدد 15، جانفي 2016، ص 124-130.
41. **خليفي مريم**، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، دفا تر السياسة والقانون، جامعة بشار، العدد 04، 2011، ص 204-253.
42. **خويلد عفاف**، فعالية الإعلان في تكنولوجيا المعلومات والاتصال لدى المؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مجلة الباحث، جامعة ورقلة، العدد 07، 2009-2010، ص 353-365.

43. دينا محمود حبال، حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، بحث علمي قانوني مقدّم لنيل لقب أستاذة في المحاماة، 2007، منشور على موقع الإلكتروني التالي: www.startimes.com
44. ذكري محمد حسين، نصير صبار، الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية، مجلة جامعة بابل للعلوم القانونية، المحقق حلي، العراق، المجلد 01، العدد 11، 2009، ص 60-ص 125.
45. رنا سلام أمانة، مدى صلاحية السكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة في عقد البيع في القانون المدني العراقي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، الإصدار 02 المجلد 14، 2012، ص 197-ص 225.
46. رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 04، 2002، ص 229-ص 260.
47. رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الحقوق، المنصورة، العدد 42، 2007، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:
- lawfac.mans.edu.eg/newsmenu/139-publishing/fac-magazine
48. رعود كاتب الأنباري، المفاوضات العقدية عبر الانترنت، مجلة رسالة الحقوق جامعة كربلاء، العراق، المجلد 01، العدد 02، 2009، ص 199-ص 213.
49. رغد فوزي عبد، الشكلية في العقد الإلكتروني (شكلية للانقضاء أم للإثبات)، مجلة كلية الإسلامية الجامعة، النجف الأشرف، 2015، ص 527-ص 567.
50. رنا محمد راضي، العقد شريعة المتعاقدين في العقود الإدارية، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، المجلد 13، العدد 02، 2011، ص 323-ص 348.
51. رؤى عبد الستار صالح، خمائل عبد الله، الإيجاب في العقود الإلكترونية، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، العراق، الإصدارين 13-14، المجلد 02، 2011، ص 265-ص 282.
52. زاهية حورية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية "دراسة مقارنة" مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، العدد 18، جوان 2008، ص 187-ص 216.

53. _____، حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المظلل، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر العدد 04، 2010، ص183-ص206.
54. زايد عماد الموساوي، إيمان فريق شكري، الحماية الخاصّة للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، مجلّة المحقّق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 03، 2015، ص76-ص111.
55. زروق يوسف، حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التّعاقّد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلّة السّياسة والقانون، جامعة ورقلة، العدد 09، جوان 2013، ص133-ص144.
56. زغبى عمار، الحقّ في العدول عن التّعاقّد ودوره في حماية المستهلك، مجلّة المفكّر، كليّة الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 09، 2009، ص117-ص132.
57. زياد محمد صالح بشابشة، أحمد الحراكي، عماد قضان، دور إرادة أطراف التّعاقّد في اختيار القانون الواجب التّطبيق في الالتزامات التّعاقديّة الدّولية وفقا للقانون الأردني، "دراسة مقارنة"، مجلّة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 30، الجزء 01، حزيران 2013، ص353-ص392.
58. زياد خلف عليوي الجوالي، الحماية المدنية للمستهلك في عقد الإذعان (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلّة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلّد 03، العدد 19، 2013، ص413-ص450.
59. سالم محمد عبود، رشا كيلان شاكر، الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري مجلّة الحقوق، جامعة المستنصرية، العراق، المجلّد 04، العدد 19، 2012، صص.296-254.
60. سليمان براك دايج الجميلي، الرّجوع التّشريعي في عقود الاستهلاك، مجلّة الحقوق، جامعة التّهرين، العراق، المجلّد 08، العدد 04، 2005، ص164-ص187.
61. شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدّولي، مجلّة دفا تر السّياسة والقانون جامعة ورقلة، العدد 04، جانفي 2011، ص223-ص235.

62. طارق كميل، حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، المجلد 0، العدد 0، (دون ذكر السنة) ص63-ص83.

63. عبد الحي القاسم عبد المؤمن، أركان العقد الإلكتروني، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية، العدد 11، 2014، ص1-ص20.

64. عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 28، 2013 ص1-ص24.

65. عبد العزيز الزعابي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

Legalblog01.blogspot.com.blog-post_81

66. عبد الله بولحي، الحقوق والضمانات الممنوحة للمستهلك بمقتضى قانون حماية المستهلك، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.addiwane.com

67. عبد الله محمد رابعة، عدنان محمد يوسف رابعة، بحث بعنوان التعاقد الإلكتروني، دراسة فقهية اقتصادية قانونية، مجلة القصيم، 1432هـ، (بدون ذكر السنة والعدد)، ص1-ص34.

68. عبد المجيد الصالحين، الإعلانات التجارية أحكامها وضوابطها في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، الكويت، العدد 21، يونيو 2004، ص17-ص138.

69. عدنان إبراهيم سرحان، حق المستهلك في الحصول على الحقائق، (المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات) دراسة مقارنة في القانونين الإماراتي والبحريني، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة العدد 08، 2012، ص12-ص39

70. عددي جابر هادي، الحماية الجزائية للبريد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، جامعة القادسية، العراق، العدد 03، السنة 02، 2010، ص154-ص179.

71. **العربي مياد**، مقاومة الشّروط التّعسّفية في العقد، مجلة القانون المغربي، الرّباط العدد 13، فبراير 2013، ص5-ص30.
72. **عقيل فاضل حمد الدهان**، غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة أهل البيت، العدد 05، (بدون ذكر السّنة) ص203-ص226.
73. **علوان رامي محمد**، التّعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التّعاقّد الإلكتروني، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 04، 26 ديسمبر 2002، ص229-ص255.
74. **علي ممطر عبد الصاحب**، حماية المستهلك في التّعاقّد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية، العراق، المجلّد 27، العدد 01، 2012 ص193-ص221.
75. **غازي أبو العرابي**، حماية رضا المستهلك، دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلّد 36، العدد 01، 2009، ص187-ص204.
76. **غني ريسان جادر**، يوسف عودة غانم، الالتزام بالإعلام في عقد التّأمين، "دراسة مقارنة"، مجلة رسالة الحقوق، مكتبة القانون، جامعة كربلاء، العراق، السّنة 05، العدد 02، 2013، ص96-ص143.
77. **قارة سليمان محمد خليل**، تكوين عقد البيع الإلكتروني، ملخص لمذكرة ماجستير تخصّص قانون الأعمال، مجلة المؤسسة والتجارة، جامعة وهران، العدد 07، 2011، ص135-ص140.
78. **محمد الأيوبي**، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التّطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة القانون التجاري القانونية، المغرب، العدد 02، 2015، ص151-ص176.
79. **محمد سادات**، حماية المستهلك من الشّروط التّعسّفية في القانون الإنجليزي، مجلة الحقوق، البحرين، المجلّد 16، العدد 1، ص464-ص508.

80. **محمود حمودة صال منزل**، إشكالات العقود الإلكترونية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السودان، العدد 18، 2011، ص1-ص54.
81. **منصور حاتم محسن و إيمان طارق مكي**، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، العراق، المجلد 11، العدد 01، 2009، ص281-ص342 .
82. **منصور حاتم محسن**، العدول عن التعاقد عبر الانترنت، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 02، السنة 04، 2012، ص49-ص85.
83. _____، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي، دراسة مقارنة مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد 04، السنة 07، 2015، ص154-ص187.
84. **مهند عزمي أبو مغلي منصور عبد السلام الصرايرة**، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 41، العدد 02، 2014، ص1339-ص1372.
85. **ناصر حمودي**، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، المركز الجامعي آكلي محند أولحاج، البويرة، العدد 05، ديسمبر 2008، ص149-ص187.
86. **ناصر خليل جلال**، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونياً عن بعد، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد 09، العدد 18، 2012، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:
www.lawjo.net/.../showthread.php?...-الأساس-القانوني-لعدول-المس
87. **نبيل محمد أحمد صبيح**، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 02، السنة 32، يونيو 2008، ص163-ص265.
88. **ندى زهير الفيل**، إبرام العقد الإلكتروني من قبل المعوق بكلتا يديه، دراسة مقارنة مجلة الزافدين للحقوق، العراق، المجلد 14، العدد 51، السنة 16، 2011، ص1-ص51.

89. نوارا كاضم الزاملي، ميعاد إبرام العقد الإلكتروني، مجلة القادسية للقانون والسياسة، العراق، العدد 05، المجلد 0، 2009، ص353-ص375.
90. نورالدين شارف، خدمات الانترنت ودورها في زيادة فعالية مزيج الاتصال التسويقي للمؤسسة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلي الشلف، العدد 08، 2012، ص40-ص50.
91. هبة ثامر محمود، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية، "دراسة مقارنة"، مجلة الجامعة الإسلامية، قسم الحديث والعقيدة، كلية البنات، المجلد 01، العدد 22، 2009، ص375-ص394.
92. وفاء الصالحي، مبدأ الالتزام بضمان السلامة، مجلة الدفاع، العدد 06، أكتوبر 2011، "عدد خاص بأشغال الندوة العلمية التي نظمتها الهيئة بالشراكة مع مختبر قانون الأعمال، بكلية الحقوق بجامعة الحسن الأول بسطات، قراءة في القانون رقم 08-31 المتعلق بتدابير حماية المستهلك بتاريخ 17 يونيو 2011، ص33-ص54.
93. وصال عبد الواحد خضير الخرساني، مريم عبد الحسين التميمي، العدول في القرآن الكريم، مجلة الكلية الإسلامية، النجف الأشرف، العدد 40، المجلد 01، 2016، ص543-ص569.
94. وليد خالد عطية، عباس عبد الصمد عباس، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد-دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، المجلد 04، العدد 15، 2015، ص868-ص964.
95. وعود كاتب الأنباري، المفاوضات العقدية عبر الانترنت، مجلة رسالة الحقوق جامعة كربلاء، العراق، المجلد 01، العدد 02، 2009، ص199-ص213.
96. يمينة بلمان، الإشهار الكاذب أو المظلل، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري قسنطينة، العدد 32، المجلد "ب"، ديسمبر 2009، ص289-ص312.
97. يوسف شندي، خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، يوليو 2010، ص255-ص298.

98. يوسف نورالدين، بروك إلياس، تطبيقات منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة العدد 13 ص251-ص269.

4: الملتقيات والمؤتمرات:

1. أبو العلا علي أبو العلا النمر، انعكاسات الطابع الدولي للحماية القانونية في مجال التجارة الإلكترونية، بحث مقدّم للدورة التدريبية التي نظّمها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية المنعقد بكلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، في الفترة الممتدة ما بين 08 مارس إلى 13 مارس 2003.
2. _____، تغيير حماية المستهلك في مواجهة انهيار الحدود الجغرافية للإعلام، ورقة عمل مقدّمة إلى المؤتمر العلمي الثاني في الفترة الممتدة من 09 إلى 10 مارس 1999، تحت عنوان: "الإعلام والقانون"، كلية الحقوق، جامعة حلوان.
3. أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، بحث مقدّم للمؤتمر العالمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية المنعقد في دبي، أيام 26-28/04/2003، أكاديمية شرطة دبي، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: > ... > kambota.forumarabia.net
4. العيد حدّاد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، المؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 30 أكتوبر 2009، ص1-ص15.
5. جابر بن مرهون فليفل الوهبي، ندوة الويبو الوطنية حول "حقوق الملكية الفكرية" تنظّمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية "الويبو" بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ووزارة التربية والتعليم، 15-16 فبراير 2005، ص3-ص13.
6. جبار جميلة، حماية المستهلك في التشريع الجزائري أثناء تكوين العقد، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الخامس بعنوان: "أثر التحوّلات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، المنعقد بكلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي-الشلف يومي 05 و06 ديسمبر 2012، (مداخلة غير منشورة)، ص1-ص14.

7. **حسني حسن المصري**، الكمبيوتر كوسيلة فنية لانسياب المعلومات عبر الحدود الدولية وصور استغلاله التجاري الدولي، بحث مقدّم إلى مؤتمر الكويت الأول جامعة الكويت، مؤسّسة الكويت للتقدّم العلمي، 1994، ص40-ص80.
8. **حوالف عبد الصمد**، الحماية القانونية الخاصّة للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، أقيمت في الملتقى الوطني الخامس الموسوم ب: "أثر التحوّلات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك"، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي-الشلف، يومي 05 و06 ديسمبر 2012، (مداخلة غير منشورة)ص1-ص40.
9. **سماتي الطيب**، حماية رضا المستهلك في عقد البيع، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الخامس المعنون ب: "أثر التحوّلات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك"، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، يومي 05 و06 ديسمبر 2012، (مداخلة غير منشورة)، ص1-ص30.
10. **سميحة القليوبي**، غش الأغذية وحماية المستهلك، مؤتمر حماية المستهلك في القانون والشريعة، جامعة عين شمس، القاهرة، 1995، منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:
- www.eulc.edu.eg/eulc_v5/Libraries/start.aspx?fn
11. **عادل عميرات**، حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد، أبحاث ملتقى ندوة حماية المستهلك في ظلّ الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي الوادي، يومي 13 و14 أبريل 2008، ص171-ص192.
12. **عبد الكريم عباد**، دور القضاء في حماية المستهلك، أشغال اليوم الدراسي حول حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتّمثيلية والإنصاف إليه، المنظم من قبل مختبر البحث قانون الأعمال بجامعة الحسن الأول بسطات، مطبعة المعارف الجديدة المغرب، 2015ص99-ص120.
13. **علي هادي العبيدي**، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، مؤتمر المعاملات الإلكترونية، التجارة الإلكترونية، (بدون ذكر السنة)، ص361-ص398.
14. **فايز عبد الله الكندري**، الإنترنت والإرادة العقدية، بحث مقدّم لمؤتمر: "القانون والحاسوب"، جامعة اليرموك، عمّان، 12-14 يوليو 2004، ص5-ص30.

15. **قینان عبد الله الغامدي**، التوافق والتآفر بين الإعلام التقليدي والإعلام الإلكتروني، ورقة بحثية مقدّمة إلى ندوة الإعلام والأمن الإلكتروني، جامعة الأمير نايف العربية للعلوم الأمنية، ماي 2012، ص1-ص35.
16. **كريم كريمة**، خصوصية الالتزام بإعلام المتصل بالانترنت باعتباره مستهلكا للمعلومات، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الخامس تحت عنوان: "أثر التحوّلات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، المنعقد بجامعة الشّلف، كلیة الحقوق والعلوم السياسية، يومي 05 و06 ديسمبر 2012. (مداخلة غير منشورة).
17. **كسال سامية**، أهمیة الالتزام بالإعلام في حماية المستهلك في العقود الإلكترونية مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الخامس تحت عنوان: "أثر التحوّلات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك"، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف، يومي 05 و06 ديسمبر 2012، (مداخلة غير منشورة)، ص1-ص21.
18. **محمد إبراهيم بنداري**، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدّم في ندوة "حماية المستهلك في الشريعة والقانون"، التي نظمتها كلیة الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة ما بين 06 و07 ديسمبر 1998، بفندق هيلتون العين، ص1-ص24.
19. **مركز الأعمال الأوروبي للتدريب والتطوير**، البرنامج التدريبي المتخصّص الإستراتيجيات المتقدّمة في إدارة العقود وأفضل الأساليب للممارسات القانونية في المناقصات، من 05 إلى غاية 09 أبريل 2008.
20. **نعيم حافظ ابو جمعة**، الخداع التّسويقي في الوطن العربي، مداخلة أقيمت في الملتقى: "التّسويق في الوطن العربي، الواقع وآفاق التّطور"، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، يومي 15 و16 أكتوبر 2002، ص1-ص18.
21. **يوسف سليمان عبد الرحمان الحداد**، القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النّفط، ورقة بحثية مقدّمة في المؤتمر السنوي التّاسع عشر حول: "التّحكيم في عقود النّفط والإنشاءات الدّولية"، في الفترة الممتدة بين 26 و28 أغسطس 2014، المنعقد في صلالة، عمّان، ص1-ص159.

5: النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالتشريع الجزائري:

أ: الأوامر والقوانين

1. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني.
2. أمر رقم 97-06، مؤرخ في 21 يناير 1997، الجريدة الرسمية عدد 06، يتعلق بالعتاد الحربي والذخيرة.
3. أمر رقم 03-06، مؤرخ في 19 يوليو 2003، الجريدة الرسمية عدد 44 يتعلق بالعلامات.
4. قانون رقم 91-05، مؤرخ في 16 يناير 1991، الجريدة الرسمية عدد 03 يتضمن تعميم اللغة العربية.
5. قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، الجريدة الرسمية عدد 41 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
6. قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية عدد 15 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
7. قانون رقم 15-04، مؤرخ في 01 فبراير 2015، الجريدة الرسمية عدد 06 يحدد القواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

ب: المراسيم

8. مرسوم رئاسي رقم 90-198، مؤرخ في 30 يونيو 1990، الجريدة الرسمية عدد 27، يتضمن التنظيم الذي يطبق على المواد المتفجرة.
9. مرسوم تنفيذي رقم 90-39، مؤرخ في 30 يناير 1990، الجريدة الرسمية عدد 05 يتعلق برقابة الجود وقمع الغش.
10. مرسوم تنفيذي رقم 90-266، مؤرخ في 15 سبتمبر 1990، الجريدة الرسمية عدد 40، يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات.
11. مرسوم تنفيذي رقم 98-96، مؤرخ في 18 مارس 1998 الذي يحدد كفاءات تطبيق الأمر رقم 97-06، المؤرخ في 21 يناير 1997، الجريدة الرسمية عدد 17، يحدد العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة.

12. مرسوم تنفيذي 2000-307، المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، يعدّل المرسوم التنفيذي رقم 98-257، المؤرخ في 25 غشت 1998، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت، الجريدة الرسمية عدد 15.
13. مرسوم تنفيذي رقم 03-452، مؤرخ في 01 ديسمبر 2003، الجريدة الرسمية عدد 75، يحدد الشروط الخاصة المتعلقة بنقل المواد الخطرة عبر الطرقات.
14. مرسوم تنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الجريدة الرسمية عدد 56، يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية.
15. مرسوم تنفيذي رقم 08-44، مؤرخ في 03 فيفري 2008، الجريدة الرسمية عدد 07، يعدّل المرسوم التنفيذي رقم 06-306، مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية.

ثانيا:المراجع باللّغة الفرنسية:

A. Les ouvrages généraux :

1. **ALEXANDER Hiam –CHARLES Schewe**, Marketing Synthèse des meilleurs cours Américains, Edition Maxima, France, 1994.
2. **AULOY -Jean Calais**, Ne mélangeons plus conformité et sécurité Chron, 1993.
3. _____, Les ventes agressives, Chron, 1970.
4. **BATIFOL Henri et LAGARD Paull**, Traité de droit international privé Tom 2, 7^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 1981.
5. **BERNARD Gross**, La notion de l'obligation de garantie dans les contrats, L.G.D.J, Paris, 1963.
6. **BLAISE Jean- Bernard**, Droit des affaires, commerçant, concurrence distribution, Delta, Paris, 1999.
7. **BRICKS Bricks**, Les clauses abusives, L.G.D.J, Paris, 1982.
8. **BRIGITTE Hess Fallon- ANNE Marie Simon**, Aide- mémoire Sirey Droit civil, Dalloz, Paris, 2005.
9. **CHRISTIAN Larroumet**, Droit civil, Tom3, les obligations, Economica Paris, 1986.

10. **Christiane féral- Schuhl, Cyberdroit**, Le droit à l'épreuve de l'internet 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2001.
11. **CORNU Gérard**, In travaux l'association de Henri Capitant, Tom 24, Dalloz, Paris, 1975.
12. **DANIEL Mainguy**, Contrats spéciaux, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2002.
13. **DEFFERRARD Fabrice**, Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère, Dalloz, Paris, 1999.
14. **FRANCOIS Chabas, MAZEAUD Henri, MAZEAUD Léon, MAZEAUD jean**, Traité théorique et pratique de responsabilité civile délictuelle, Tom3, L.G.D.J, Paris, 2013.
15. **FRÉDÉRIC Leclerc**, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, (Études de conflits de lois), Brulant, Bruxelles, 1995.
16. **FROGER Didier**, Les déposition d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, Dalloz, Paris, 1980.
17. **HÈLÈ NEDAVO YVES PICOD**, Droit de la consommation, Dalloz Armand collin, Paris, 2005.
18. **JACK BUSSY**, Droit des affaires, Presses de Science politique, Dalloz Paris, 1998.
19. **JACKUES Ghestin**, Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers), L.G.D.J, Paris, 1983.
20. **JACKUES Ghestin**, Traité de droit civil, les obligations, les contrats formation, L.G.D.J, Paris, 1988.
21. **LE TOURNNEAU Philippe**, La Responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz, Paris, 2001.
22. **MALAUURIE Philippe, AYNÈS, Laurent, STOFFEL MUNCK Philippe**, Droit civil, droit des obligations, 2^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 2005.
23. **MARKOVITS Yvan**, La directive C.E.E du 25 Juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, Tom221, L.G.D.G, 1990.
24. **MEKKI Mustafa**, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, L.G.D.J, Paris, 2004.
25. **MIRABAIL Solang**, La rétractation en droit privé français, L.G.D.J Paris, 1997.
26. **NADJAR Ibrahim**, Le droit d'option, contribution à l'étude de droit positif et de l'acte Unilatéral, L.G.D.J, Paris, 1967.
27. **SERYAN (G)**, Dictionnaire le mout kan, dar El Rateb, 2007.
28. **SINAY-CYTERMAIN Anne**, Les relations entre les professionnels et les consommateurs en droit français, Ouvrage collectif sur la protection de la partie faible dans les rapports contractuelles, Dalloz, Paris, 1996.

29. VINCENT Heuzé, La vente internationale de marchandise, droit uniforme, Delta, Paris, 2000.

30. VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, 2^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 1998.

B. Les ouvrages spéciaux :

1. AULOY -Jean Calais et FRANCK Steinmetz, Droit de la consommation, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000.

2. AULOY -Jean Calais, TEMPLE Henrie, Droit de la consommation, 8^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2010.

3. BRICKS Hélène, Les clauses abusives, L.G.D.J, Paris, 1982.

4. CALAI-Auloy, Droit de la consommation, précis, 3^{ème} édition, Dalloz Paris, 1992.

5. Frédérique Leclarc, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, étude de conflits de lois, Bruylaxt, Bruxelles, 1995.

6. GHESTIN Jacques & MACHESSAUX Isabel, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in acte de la table ronde du 12 décembre 1990, les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, L.G.D.J, 1991.

7. GUY Raymond, Droit de la consommation, 2^{ème} édition, LITEC, Paris 2008.

8. KARIMI Abbas, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit L.G.D.J, Paris, 2001.

9. LAGOA- Agnés Rabagny, Droit du commerce électronique, ellipse, Paris, 2000.

10. LIONEL Bochurberg, Internet et commerce électronique. Site web-Applications multimédia-Contrat-Responsabilité-Contentieux, 1^{ère} édition, Delmas, Paris, 1999.

11. OLIVIER d'Auzon, Le droit du commerce électronique, édition du Puits Fleuri, Paris, 2004.

12. PATRICK Thieffry, Commerce électronique : droit international et européen, Litec, Paris, 2002.

13. SCHUHL Christiane Féral - Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2001.

14. SCHULTZ Tomas, Réguler le commerce Électronique par la Résolution des litiges en ligne, cahiers du centre de recherches informatique et droit, Bruxelles, 2005.

15. SOLANGE Mirabail, La rétractation en droit privé français, L.G.D.J, Paris, 1997.

16. VERBIEST Thibault- et WERY Etienne, Le droit de l'internet et de la société de l'information, droit européen Belge et Français, 2001.

17. VERBIEST Thibault et WERY Étienne, Le droit de l'internet et de la société de l'information, droit européen Belge et Français, Bruxelles, Larcier 2001.

18. VERBIEST Thibault, Commerce électronique, le nouveau .cadre juridique, Larcier, Bruxelles, 2004.

C. Thèses et mémoires :

1. ABI-RIZK Georges Daladier, L'internet au service des opérations Bancaires et financières, Thèse pour le doctorat en droit (arrêté du 30 Mars 1992, modifier par L'arrêté du 25 Avril 2002, présenté et soutenue publiquement le 17 Mars 2006), Université de panthéon-Assas (paris II).

2. AKOTEICHEICHE Lama, La loi Applicable aux contrats du commerce électronique, mémoire Pour L'obtention d'un Diplôme d'études Approfondies, droit internet et international des Affaires , faculté de droit et des sciences politiques et administratives, Université libanaise, 2005.

3. DAID Basco, Droit rétraction d'un aspect des rapports du droit commun des contrats ,mémoire pour l'obtention du D.E.A de droit privé de la faculté de droit et de science politique –Marseille, 1999.

4. EK Elodie, La directive du 25 Octobre 2011 et la loi Hamon du 17 Mars 2014 relative aux droits des consommateurs sur la vent à distance mémoire de master 2 recherche , mention droit des contrats, université PARIS-SUD, 2013-2014.

5. GESLAK Virginie, La protection du consommateur et le contrat en ligne, mémoire master consommation et concurrence, université Montpellier 1, centre de droit de la consommation et du marché, 2010.

6. GIAUME Charles, La protection du consommateur contre les clauses abusives, thèse de doctorat, droit privé, université de Nice, 1989.

7. IMHOFF-SCHEIR Anne-Cathrine, Protection du consommateur et contrats internationaux, George, Genève, 1981.

8. LAURENT Bruneau, Contribution à l'étude de fondements de la protection du Contractant, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université des sciences sociales, Toulouse, 2005.

9. NAIMI CHARBONNIER Marine, La formation et les exécutions du contrat électronique, thèse de doctorat, université panthion-assas, Paris II 2003.

10. SHANDI Yousef, La formation du contrat à distance par voie électronique, thèse doctorat, nouveau régime, mention droit privé,

université Robert Schumani, Strasbourg III, faculté de droit, de sciences politique, et de gestion, 28/06/2005.

11. **YAMMAHI Salem**, La protection du consommateur dans les contrats électronique de consommation, thèse doctorat en droit privé, université de Rouen, 2009.

D. Les articles :

1. **ARMEL Benard**, Le droit de rétraction dans le commerce électronique sur internet», disponible sur le site :
www.cgv-expert.fr/article/droit-retractation-commerce-electronique-internet_6.htm
2. **BOUAICH Mohamed et KHELFAANE Karim**, Qualité des aliments et sécurité de citoyen, Revue algérienne des sciences juridiques économiques, politiques, n°2, 2002 ,p55-p101.
3. **GAUTRAIS Vincent**, Les principes d'unidroit face un contrat électronique, R.T.D-, 2002 ,p158-p516.
4. **GHESTIN Jackes**, Conformité et garanties dans la vente, Revue international de droit comparé, 1983, p868-p871.
5. **GHESTIN Jackues, MACHESSAUX Isabeb** « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in acte de la table ronde du 12 Décembre 1990, les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, L.G.D.J ,Paris, 1991.p3-p101.
6. **LINANT DE BELFONDS Xavier**, Commerce électronique et avenir des circuits distribution de l'expérience des étas unis aux perspectives françaises, aspects juridiques et fiscaux, la problématique française colloque du 13/05/1998, Gaz Pal, 1998, p16-p20.
7. **NOGUERO David**, L'acceptation dans le contrat électronique, le contrat électronique au cœur du commerce électronique, université de Poitiers.
8. **PINGEL Isabelle**, La protection de la partie faible en droit international privé (de salarié au consommateur), revu de droit social, Paris, N° 2 Février 1986 ,p133-p139.
9. **SAHRI Fadhila**, La protection juridique du consommateur contre les clauses abusive à travers la loi 04-02 du 23/06/2004 et le décret exécuté 06-306 du 10-09-2006, revue des sciences juridique, faculté Badji Mokhtar ANNABA, n°12, Juin 2008, p216-p228.

E. Les principaux textes législatifs et réglementaires français :

1. Loi n° 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, J.O, 11 Janvier 1978.
2. Loi n° 78-23 du 10 Janvier 1978 relative à l'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations crédit, J O R F, du 11 Janvier 1978.
3. Décret n° 78-464 du 24 Mars 1978 portant application du chapitre IV de loi 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection de l'information des consommateurs de produits et services.
4. Loi n° 79-1150 du 29 Décembre 1979, relative à la publicité aux enseigne et préenseignes, J O R F du 30 Décembre 1979.
5. Loi n° 86-1067 du 30 Septembre 1986 relative de communication (Loi Léotard), J O R F, du 1 Octobre 1979.
6. Loi n° 92-60 du 18 Janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, J O R F 170017 du 21 Janvier 1992.
7. Décret n° 92-280 du 27 Mars 1992 pris pour l'application du 1° de l'article 27 et 33 de la loi 86-1067 du 30 Septembre 1986, et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de téléachat, J O R F n° 75 du 8 Mars 1992.
8. Code de la consommation française modifié par la Loi n° 93-949 du 26 Juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative), J O R F n° 171 du 27 Juillet 1993.
9. Loi n° 94-665 du 04 Août 1994 relative à l'emploi de la langue française J O R F n° 180 du 5 Août 1994.
10. 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.R F du 02 Février 1995.
11. Loi n° 99-533 du 25 Juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de loi n° 95-115 du 4 Février 1995 d'orientation pour l'aménagement territoire (1) J O R F n° 148 du 29 Juin 1999.
12. Loi du 14 Août 2000 relative au commerce électronique modifiant le code civile, le nouveau code pénal et transposant la directive 1999/93 relative à un cadre communautaire pour les signatures juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE concernant la vente à distance des biens et des services autre que les services financiers.
13. Loi n° 2001-1062 du 15 Novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, J O R F n° 266 du 16 Mai 2001, texte n° 01.
14. Décret n° 2013-137 du 14 Février 2013 portant dispositions relatives aux praticiens attachés, J O R F n°0039 du 15 Février 2013, texte n° 03.

15. Code consommation français Dernière modification le 01 Janvier 2017, Document généré le 06 Janvier 2017, Copyright©2007-2017).

F. Les directives européennes :

1. Directive C.E.E. n° 95-13, 05 Avril 1993, **concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs**, J.O.C.E. 21 Avril 1993.
2. Directive 97/7 du parlement européen et du conseil du **20 Mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance (journal officiel n° L144 du 04 Juin 1997)**.
3. Directive 2000/31/ce du parlement européen et du conseil du 08 Juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. (directive sur le commerce électronique) « journal officiel L178 du commerce électronique ».
4. Directive 2008/48/CE du parlement européen et du conseil du 23 Avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du conseil, Journal officiel de l'Union européenne 22/05/2008, L 133/66
5. Directive 2011-83 du parlement européen du conseil du 25 Octobre 2011 relative aux droit des consommateurs, modifiant la directive 93/3/CEE du conseil et la directive 1999/44/CE du parlement européen et du conseil et a -directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil. (journal officiel de l'union européenne, 22/11/2011, L304/64.

فهرس المحتويات

1	المقدمة.....
15	الباب الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني
17	الفصل الأول: التتوير المعلوماتي لحماية المستهلك الإلكتروني قبل التعاقد ..
18	المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني من التظليل الإعلاني
21	المطلب الأول: تعريف الإعلان الإلكتروني وتمييزه عما يشابهه من مصطلحات
22	الفرع الأول: تعريف الإعلان الإلكتروني
30	الفرع الثاني: تمييز الإعلان الإلكتروني عما يشابهه من مصطلحات
34	المطلب الثاني: أشكال وطبيعة الإعلانات عبر الانترنت
35	الفرع الأول: أشكال الإعلانات عبر الانترنت
39	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني
44	المطلب الثالث: قواعد حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية ..
45	الفرع الأول: اشتراط وضوح الإعلان التجاري عبر شبكة الانترنت
48	الفرع الثاني: تحريم الإعلان الإلكتروني المظلل
57	الفرع الثالث: الرقابة على الإعلان المقارن
62	المطلب الرابع: الحماية المدنية للمستهلك ضدّ الإعلان الكاذب
63	الفرع الأول: دعوى تنفيذ الالتزام العيني
64	الفرع الثاني: دعوى التدليس
70	الفرع الثالث: دعوى التعويض
72	المبحث الثاني: الالتزام قبل التعاقد بالاعلام ضمانا لحماية المستهلك الإلكتروني
73	المطلب الأول: مفهوم الالتزام قبل التعاقد بالاعلام

75	الفرع الأول: المقصود بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام
89	الفرع الثاني: مبررات نشوء الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني
93	الفرع الثالث: شروط الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني
99	الفرع الرابع: تمييز الالتزام بالإعلام الإلكتروني عما يشابهه من مصطلحات
104	المطلب الثاني: مضمون الإعلام قبل التعاقد الإلكتروني
105	الفرع الأول: إعلام المستهلك بشخصية التاجر الإلكتروني
109	الفرع الثاني: إعلام المستهلك الإلكتروني بحقيقة المنتج أو الخدمة محلّ التعاقد
119	المطلب الثالث: اشتراط إعلام المستهلك باللغة الوطنية
120	الفرع الأول: اشتراط إعلام المستهلك باللغة الوطنية في القانون الفرنسي ...
121	الفرع الثاني: اشتراط إعلام المستهلك باللغة الوطنية في التشريعات العربية
125	المطلب الرابع: جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام
126	الفرع الأول: إبطال المستهلك العقد الإلكتروني استنادا إلى عيوب الرضا ...
132	الفرع الثاني: قيام المسؤولية المدنية للمتدخل
138	الفصل الثاني: حماية المستهلك أثناء تكوين عقد التجارة الإلكترونية
139	المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني من خلال الأحكام العامة للتراضي الإلكتروني
139	المطلب الأول: صيغة التعبير عن الإرادة إلكترونيا
140	الفرع الأول: حماية المستهلك من الإيجاب الإلكتروني
148	الفرع الثاني: حماية المستهلك في القبول الإلكتروني
164	المطلب الثاني: زمان ومكان إبرام عقد التجارة الإلكتروني (مجلس العقد) ...
166	الفرع الأول: زمان إبرام عقد التجارة الإلكتروني
178	الفرع الثاني: مكان إبرام عقد التجارة الإلكتروني
184	المبحث الثاني: إقرار قواعد خاصة في مرحلة إبرام العقد حماية للمستهلك الإلكتروني

184	المطلب الأول: مهلة التّروي ضمانه للمستهلك الإلكتروني في مرحلة الإبرام
185	الفرع الأول: مفهوم مهلة التّروي (خيار القبول)
190	الفرع الثاني: موقف التّشريعات من مهلة التّروي كحق للمستهلك.....
194	المطلب الثاني: حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعيوب الإرادة الإلكترونية
194	الفرع الأول: حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعيوب الغلط في المعاملات الإلكترونية
195	الفرع الثاني: حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعيوب التّدليس في المعاملات الإلكترونية
197	الفرع الثالث: حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعيوب الإكراه في المعاملات الإلكترونية
199	الفرع الرابع: حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعيوب الاستغلال في المعاملات الإلكترونية
202	الباب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقد
204	الفصل الأول: حماية المستهلك الإلكتروني من آثار مبدأ القوة الملزمة للعقد
206	المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في العدول عن التّعاقّد
207	المطلب الأول: مفهوم حقّ المستهلك في العدول
207	الفرع الأول: تعريف الحقّ في العدول
210	الفرع الثاني: تمييز حقّ العدول الاستهلاكي عن النّظم القانونية المشابهة له
217	الفرع الثالث: الطّبيعة القانونية لحقّ العدول
221	المطلب الثاني: التّظيم التّشريعي لخيار العدول
222	الفرع الأول: ضوابط ممارسة خيار العدول
236	الفرع الثاني: آثار ممارسة خيار العدول
248	المبحث الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشّروط التّعسّفية
250	المطلب الأول: ماهية الشّروط التّعسّفية

251	الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي
257	الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي
263	الفرع الثالث: صور الشروط التعسفية
269	المطلب الثاني: آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود التجارة الإلكترونية
270	الفرع الأول: الرقابة السابقة للتعاقد (رقابة الحظر)
277	الفرع الثاني: الرقابة اللاحقة للتعاقد (رقابة الإلغاء)
282	الفرع الثالث: الاتجاه الحديث لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية
285	الفصل الثاني: الآليات التقليدية لحماية المستهلك الإلكتروني عند تنفيذ العقد الإلكتروني
287	المبحث الأول: الالتزام بضمان سلامة المستهلك الإلكتروني
287	المطلب الأول: تأصيل الالتزام بضمان السلامة
288	الفرع الأول: دعوى العيب الخفي كمصدر للالتزام بضمان السلامة
297	الفرع الثاني: الخطر مصدر الالتزام بضمان السلامة
318	المطلب الثاني: التنظيم القانوني للالتزام بضمان السلامة
318	الفرع الأول: دور القضاء الفرنسي في إرساء أسس الالتزام بضمان السلامة
322	الفرع الثاني: مفهوم الالتزام بضمان السلامة
332	المبحث الثاني: أثر تحديد القانون الواجب التطبيق على حماية المستهلك الإلكتروني
333	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية باتفاق الأطراف (الإسناد الشخصي)
335	الفرع الأول: تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية
341	الفرع الثاني: دور قانون الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني
347	الفرع الثالث: العوائق التي تواجه القانون المختار وفقا لإرادة الأطراف
352	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق عند غياب قانون الإرادة (الإسناد

(الموضوعي)

353 الفرع الأول: الضوابط الجامدة لإسناد الرابطة العقدية
357 الفرع الثاني: الإسناد المرن للرابطة العقدية
368	المطلب الثالث: الاتجاه الحديث في تحديد القانون الواجب التطبيق حماية للمستهلك الإلكتروني .
368 الفرع الأول: ضابط محل إقامة المستهلك
373 الفرع الثاني: تطبيق القانون الأصلح لحماية المستهلك الإلكتروني
378 خاتمة
430 قائمة المراجع
431 فهرس

الملخص:

لقد شهد العالم تطورًا كبيرًا في مجال التكنولوجيا، وخاصة في مجال الصناعة وإنتاج السلع وتوفير الخدمات فضلًا عن التطور الهائل في مجال تكنولوجيا الاتصالات، إذ كثر التعامل عبر الوسائط الإلكترونية وخاصة شبكة الانترنت، فالتعاقد الإلكتروني زاد من مخاطر تعرض المستهلك للغش والخداع والقرصنة، بالإضافة إلى عدم قدرته على معاينة السلعة مباشرة مما أدى إلى توسيع الفارق في العلم بين المستهلك والمحترف.

لهذا الأساس أصبحت حماية المستهلك بحد ذاتها ضرورة ملحة في جميع مراحل إبرام المعاملة الإلكترونية، بدءًا من مرحلة التفاوض وصولًا إلى مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني. وتهدف حماية المستهلك الإلكتروني إلى ضمان عدم وقوعه في اللبس أو التضليل لكونه لم يكن موجودًا وقت التعاقد، ولكونه لم تعط له الفرصة لمعاينة واختيار السلعة محل التعاقد.

Résumé :

Le monde a connu un grand développement dans le domaine de technologie, en particulier dans le celui de l'industrie, de la production de marchandises et de prestation de services, ainsi que l'énorme développement dans le domaine des technologies, de communication, car le traitement est devenue beaucoup plus à travers des médias électroniques et surtout à travers le réseaux internet.

Les contrats électroniques ont augmenté le risque d'exposer le consommateur à la fraude, à tromperie et au piratage, en plus son incapacité d'examiner directement la marchandise, ce qui a conduit à l'expansion de l'écart dans l'information entre le consommateur et le professionnel.

C'est pour cela que la protection du consommateur elle-même est devenue une nécessité importante dans toutes les étapes pour conclure la transaction électronique, à partir de la phase de négociation jusqu'à la phase d'exécution du contrat électronique.

La protection du consommateur électronique a pour objet de garantir à ce qu'il ne tombe pas dans la tromperie pour son absence au moment du contrat et on lui a pas donner l'occasion pour examiner et pour choisir la marchandise objet du contrat.