

رقم القيد:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية



République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de L'enseignement Supérieur et de La
Recherche Scientifique

جامعة عين تموشنت بلحاج بوشعيب

Universite Ain Témouchent-Belhadj Bouchaib

كلية: الحقوق

قسم: الحقوق

مخبر: الأسواق، التشغيل، التشريع والمحاكاة في الدول المغاربية

أطروحة مقدّمة من أجل نيل شهادة الدكتوراه

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

شعبة: الحقوق

تخصص: قانون أعمال

من إعداد: زيغم محاسن ابتسام

العنوان

حماية المستهلك الالكتروني في مرحلة التعاقد (دراسة مقارنة)

ناقش علنا، بتاريخ 23 / 04 / 2024 ، أمام أعضاء لجنة المناقشة المكون من :

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة	مؤسسة الانتماء
صانف عبد الإله شكري	أ. محاضر أ	رئيسا	جامعة عين تموشنت - بلحاج بوشعيب
تروزين بلقاسم	أستاذ	مقرا ومشرفا	جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
شيخ نسيمة	أستاذة	مقرا ثانيا ومشرفا مساعدا	جامعة عين تموشنت - بلحاج بوشعيب
بن عصمان جمال	أستاذ	ممتحنا	جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
بلاق محمد	أستاذ	ممتحنا	جامعة ابن خلدون - تيارت
مزردى عبد الحق	أ. محاضر أ	ممتحنا	جامعة عين تموشنت - بلحاج بوشعيب

السنة الجامعية: 2024/2023

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

بسم الله الرحمن الرحيم

" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن
تراضٍ منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً "

صدق الله العظيم

سورة النساء (الآية 29)

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى:

من كافحت وضحت بالكثير في سبيل تعليمي، إلى التي رعتني حق الرعاية وكانت منبع الحنان والعطاء سندي في الشدائد أُمي الغالية حفظها الله وأطال في عمرها.

إلى والدي الكريم أدام الله صحته وعافيته.

إلى أعز الناس إلى فؤادي إخوتي سندي في الحياة حفظهم الله.

إلى كل الأصدقاء والأحباب اللذين أعانوني لإنجاز هذا العمل.

إلى أساتذتي الكرام بكلية الحقوق بجامعة عين تموشنت أصحاب الفضل علي.

شكر وعرفان

الحمد والشكر لله رب العالمين الذي بنعمته تتم الصالحات، إنه ليشرفني وقد وفقني الله لإنجاز هذا العمل أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان الى استاذي المشرف الدكتور تروزين بلقاسم لقبوله الاشراف على هذه الرسالة ودعمه لي من نصح وارشاد وتوجيه، جزاه الله خير الجزاء وأدام عليه الصحة والعافية.

أتوجه بالشكر الخاص لكل اساتذة وعمال إدارة كلية الحقوق بجامعة عين تموشنت.

كما يسعدني أن أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير الى السادة الاساتذة أعضاء لجنة المناقشة لتفضل سيادتهم بقبول مناقشة هذه الرسالة وإفادتهم لي بالملاحظات القيمة، فلهم مني كل الاحترام والتقدير.

قائمة المختصرات

اولا : باللغة العربية

ج رج : جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ق : قانون

ق ح م : قانون حماية المستهلك

ق م ج : قانون مدني جزائري

ط : طبعة

د س ن : دون سنة نشر

م : المادة

ع : عدد

ص : صفحة

ثانيا : باللغة الاجنبية

Liste des principales abréviations

Art. : Article

Cass. civ : Arrêts de la première chambre civile de la cour de cassation française

LGDJ : Librairie générale de Droit et de Jurisprudence

RDC : Revu de droit comparer

Obs. : observations

Ed : édition

JCP : La semaine juridique : juris-classeur périodique

Op. cit. : ouvrage précédemment cité

s. la dir. : sous la direction de

مقدمة

كان للتطور الهائل الذي شهده العالم في السنوات الاخيرة الأثر الايجابي لبروز ما اصطلح عليه بالثورة المعلوماتية وتكريس معالم التجارة الإلكترونية، فقد كان لظهور التقنية الرقمية التي تعاضمت وانتشرت بظهور شبكة الانترنت أثر واضح على المعاملات المدنية كما المعاملات التجارية فضلا على احداثها لتغيير جذري مس بالحياة الاقتصادية والاجتماعية للدول.

فمنذ أن دخل العالم الرقمي حيز العمل الواسع على شبكة الانترنت سقطت الحدود الجغرافية وبرزت الحاجة الملحة لحماية الأطراف المنخرطة في حركة التجارة الدولية وهذا من خلال التركيز على تطوير النظم القانونية التي تحكم تكوّن العلاقات التجارية وتقض النزاعات الناشئة عنها.

فبظهور التعاملات التي تتم عن طريق استعمال الوسائل التقنية الحديثة من خلال شبكة الانترنت التي يطلق عليها "بالتعاقد عن بعد" أو "عقود التجارة الإلكترونية" قد ساهمت بشكل ايجابي في إبرام صفقات تجارية الكترونية متطورة وهذا عن طريق التسويق الإلكتروني حيث أصبح يتم عرض السلع والمنتجات وتوفير الخدمات عن طريق شبكة الانترنت، فبدل العروض على واجهات المحلات التجارية أصبحت تتم العروض عبر مواقع الكترونية، وأصبح المستهلك يقتني السلع ويتلقى الخدمات وهو في مكانه، الامر الذي سهل الحركة الاستهلاكية، وخاصة أن هذه الشبكة لا تعرف حدود جغرافية.

ويتم عقد هذه الصفقة التجارية عن طريق العقد الإلكتروني الذي يتم في غالب الاحيان بين مستهلك و مورد، كما يعتبر الوسيلة القانونية التي يمكن للمستهلك من خلالها حصوله على السلع والخدمات المعروضة على المواقع الإلكترونية إذ يتم هذا التعاقد عن طريق تبادل الارادتين بين شخصين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان على أن يتم عرض محل البيع من مواصفات للسلع والتمن وكيفية التوصيل عن طريق مواقع الكترونية معدة لهذا الغرض.

وإذا كانت عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف من حيث مضمونها عن العقد التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي تتم بها والمتمثلة في الوسائط الإلكترونية، فإنها تثير اشكال هو أنه أغلب هذه العقود تتم بين مستهلك من جهة وبين مورد أو محترف وهذه العلاقة غالبا ما تتطوي على اختلال في التوازن وعدم التكافؤ بين الطرفين وهذا راجع الى حالة الضعف المسيطرة على المستهلك لمصلحة المورد إذ يتمتع هذا الأخير بمركز أقوى من حيث القدرة الاقتصادية والخبرة، فقد يقع المستهلك ضحية الدعاية المضللة للمورد التي تتم عبر موقعه الإلكتروني أو يتعرض للانتهاز والاذعان بقبول الشروط التعسفية لاقتنائه حاجياته الضرورية، أو التعرض للاعتداء على بياناته الشخصية، مما قد يؤدي الى اختلال في التوازن العقدي.

ومن هنا جاءت الحاجة الى ضرورة سن قوانين وتشريعات تتكفل بحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف بالدرجة الأولى ومنحه ضمانات قانونية تحميه من غبن المورد خاصة في ظل قصور القواعد العامة في القانون المدني عن تحقيق الحماية المنشودة له، فكان أول تكريس لحماية المستهلك الإلكتروني في فرنسا منذ سبعينات القرن الماضي من خلال القانون 73-1193 المؤرخ في 27 ديسمبر 1973 المتعلق بتوجيه التجارة والحرف المعروف باسم « royer » والقانون رقم 78-22 المؤرخ في 10 يناير 1978 المتعلق بمعلومات وحماية المستهلكين في مجال المعاملات الائتمانية والمعروف باسم « scrivener »، وغيرها من القوانين التي صدرت في هذه الفترة والتي مهدت الى نشوء مدونة الاستهلاك الصادرة من خلال القانون 93-949 المؤرخ في 26 يوليو 1993 والذي جعل فرنسا واحدة من البلدان التي لديها مدونة مخصصة للعلاقات بين المستهلكين والمهنيين مثل (إيطاليا، لكسمبورغ والبرازيل) ¹.

كما تم سن مبادئ توجيهية تسترشد بها الدول في وضع قوانين تحكم المعاملات الإلكترونية تهدف الى حماية المستهلك مثل القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI أو UNCITRAL) الصادر سنة 1996². بالإضافة الى جهود الاتحاد الاوروبي من خلال مختلف التوجيهات (directives) التي كان لها الدور الفعال في تعزيز حماية المستهلك في التعاقد عن بعد، وعلى الصعيد الوطني أصدر المشرع الجزائري عدة قوانين من أجل ارساء قواعد تحمي المستهلك منها قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والمعدل بقانون 09/18³ غير أنّ هذه القوانين أحكامها قاصرة على المستهلك التقليدي فقط، وبغية توفير حماية للمستهلك في مجال التعاقد الإلكتروني أصدر المشرع مؤخرًا قانون التجارة الإلكترونية 05/18⁴.

¹ Jean-Denis Pellier, *Droit de la consommation*, 3^e éd, 2021, Dalloz, paris, p 04.

² صدر هذا القانون عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة في 12/06/1996 وتم إقراره بناء على التوصية رقم 162/51 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1996 وتم إنشاؤها بموجب القرار رقم 2205 المؤرخ في 17/12/1966

³ القانون رقم 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018 يعدل ويتم القانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج رقم 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.

⁴ قانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ج عدد 28 بتاريخ 16 ماي 2018

وتكمن أهمية توفير حماية للمستهلك في مرحلة إبرام العقد باعتبارها من أهم المراحل في عملية التعاقد في العقود بصفة عامة والعقد الإلكتروني بصفة خاصة، من خلال ضرورة توفير حماية له قبل التعاقد وأثناء مرحلة الإبرام، فقد تبدأ حمايته في المرحلة السابقة على إبرام العقد من خلال خلق التوازن العقدي المفقود بين المستهلك وهو الطرف الضعيف اقتصاديا وقانونيا الذي تنقصه الخبرة مقارنة بالمورد، إذ تنصب الحماية في هذه المرحلة على التتوير المعلوماتي قبل التعاقد لكي يقدم على التعاقد برضا مستنير بعيدا عن تأثير الدعاية المضللة أو الخادعة، وتؤسس الحماية في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد على ذات الأسس التي تقوم عليها الحماية السابقة ولعل من أهم آليات الحماية في هذه المرحلة هو حمايته من البنود التعسفية التي تتغل كاهله وتعطي ميزة مفرطة للمورد للسيطرة على جميع مكونات العقد وفرضه لشروط قد تكون مجحفة في حق المستهلك. لقد أصبح المستهلك رهينة شروط المورد عند تعاقدته الإلكتروني من أجل شراء سلعة أو خدمة معينة، الأمر الذي يتطلب أن يكون هذا الأخير عالما بحقوقه لاسيما حقه في العدول عن العقد نظرا لعدم تمكنه من المعاينة الفعلية للسلع وتحققه من الاداء المناسب للخدمات.

وبالإضافة للمخاطر الكبيرة التي تنطوي عليها العملية الاستهلاكية في هذه المراحل فقد يتعرض المستهلك إلى الاعتداء على بياناته الشخصية عند ارسالها الى المورد في مرحلة إبرام العقد وما قد ينتج عنها من استخدام غير مشروع للبيانات المخزنة الكترونيا، الأمر الذي تصدى له المشرع الجزائري من خلال قانون التجارة الإلكترونية 05/18 السالف الذكر والزم المورد بحماية المعطيات الشخصية للمستهلك واحترام القيود القانونية المفروضة عند معالجة هذه المعطيات، بالإضافة إلى القانون 07¹/18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي والذي منح المشرع من خلاله للشخص المعني معالجة بياناته الشخصية مجموعة من الحقوق كضمانة لسيطرته الجزئية عليها.

وعلاوة على هذا فسواء تم إبرام هذا العقد بين الطرفين داخل دولة واحدة أو كان إبرام العقد عابراً للحدود فإن العملية الاستهلاكية برمتها تحتاج الى ضمانات يحمى من خلالها الطرف الضعيف ألا وهو المستهلك الإلكتروني، الذي هو محور دراستنا.

¹ القانون رقم 18-07 مؤرخ في 10 يونيو 2018 يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر ج عدد 34.

وعليه تركز الأهمية العلمية لموضوع البحث في توضيح المخاطر التي تواجه المستهلك خلال مرحلة تعاقد خاصة وأن اغلب عقود التجارة الإلكترونية التي يبرمها تكون خارج اقليم دولته مما يجعله عرضة للكثير من المخاطر، بالإضافة الى توعيته بالآليات القانونية التي تحكم تصرفاته وضرورة ادراكه بالأثار القانونية الناتجة عن التعامل عبر هذه الوسيلة الحديثة، وبرز مدى مواكبة التشريعات من خلال تحديث نصوصها الوطنية الخاصة بحماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية من خلال جميع المراحل التي يمر بها، مع طرح الأطر القانونية التي تلائم هذا النوع من التعاملات على نحو يكسب الثقة لدى المستهلك عند إبرام تعاملاته الإلكترونية.

ويتجلى الهدف من الدراسة في محاولة اثرائنا للبحث في مجال حماية المستهلك الإلكتروني من خلال القوانين المقارنة محل الدراسة، وهذا بمقارنة تجربة الدول الاخرى بنظيرتها الجزائرية بخصوص التنظيم التشريعي لحماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية. كما يسعى البحث عن الآليات والضمانات الممنوحة للمستهلك الإلكتروني خلال مراحل إبرام العقد الإلكتروني. والعمل على توعية المستهلك الإلكتروني بالأمور الايجابية والسلبية التي تنتج عن استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود الإلكترونية، بالإضافة الى بيان الوسائل القانونية الفعالة لحماية المستهلك عند حدوث نزاع.

لعل من أهم الاسباب التي أدت الى اختيار هذا الموضوع تتلخص في سببين أحدهما موضوعي والآخر ذاتي، فيتمثل الأول في حداثة موضوع حماية المستهلك الإلكتروني، فمع انتشار التجارة الإلكترونية وما أفرزته من انتشار للعقود الإلكترونية الاستهلاكية وظهور الحاجة الى اقتناء السلع والخدمات عن طريق شبكة الانترنت بدون الانتقال الى المحلات، خاصة ما شهدناه مؤخرا خلال انتشار جائحة كورونا وغلق الاسواق، أصبح المستهلكون يعتمدون بشكل أكبر على المنصات الرقمية من أجل التسوق عبر الانترنت واقتناء السلع والخدمات، الأمر الذي استدعى البحث عن توفير ضمانات تحمي المستهلك من الاخطار التي تواجهه عند إبرامه العقد الإلكتروني. أما عن السبب الذاتي لاختيار الموضوع فيتمثل في اهتمامنا بدراسة قانون حماية المستهلك بشكل عام والتعاقد عن بعد بشكل خاص.

لا يخلو البحث من الصعوبات خاصة ما تعلق بحدثة الموضوع في التشريعات العربية وبالتالي ندرة الدراسات القانونية المتخصصة في هذا المجال، مما استدعى اللجوء الى العديد من الانظمة الوطنية لكثير من الدول والاتفاقيات الدولية والتوجيهات الاوروبية. بالإضافة الى ندرة الاحكام القضائية في الجزائر والمتعلقة بالمستهلك الإلكتروني.

وعن الدراسات السابقة في ذات الموضوع فقد تنوعت بين كتب عامة ومتخصصة بالإضافة الى اطروحات الدكتوراه نذكر منها حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني للدكتور مرتضى احسان هادي حيث بينت هذه الدراسة مدى كفاية القواعد القانونية العامة الواردة في التشريع العرقي والمصري لحماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، و كتاب بعنوان حماية المستهلك الإلكتروني للدكتورة سعيد عدنان خالد الذي يمثل دراسة متعمقة عن مفهوم و ماهية المستهلك الإلكتروني و التزامات مقدمي السلع والخدمات الإلكترونية و مدى تحقيق التوازن العقدي في عقود التجارة الإلكترونية.. بالإضافة الى رسالة دكتوراه للباحثة خلوي نصيرة والذي جاء معنون بالحماية المدنية للمستهلك عبر الانترنت والذي تناولت فيه دراسة القواعد القانونية التي تنظم المعاملات الإلكترونية و بيان أهم النصوص القانونية الحديثة التي تحقق حماية للمستهلك.

- بناء على ما تم عرضه فإن إجراء عقد استهلاك عن بعد في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة آثار العديد من الاشكالات التي جعلت القواعد العامة قاصرة عن ايجاد الحلول لهذه الاشكالات الامر الذي اقتضى مواجهة ذلك بحلول غير تقليدية، وعليه نطرح التساؤل الآتي : هل أوجد المشرع الجزائري نطاقاً قانونياً متكاملاً لحماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني من خلال الاحكام المكرسة بموجب القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية؟

وتندرج ضمن هذه الاشكالية الرئيسية أسئلة فرعية تتمثل في:

- هل حقا تضمن التشريعات المقارنة تحقيق الأمان المناسب للمستهلك الإلكتروني في ظل مخاطر كثيرة تلابس نشوء العقد، أي في مرحلة المفاوضات أو في وقت إبرامه أم أنّ الواقع العملي يفرض أوضاع أخرى تتال من أمان المستهلك مقابل المورد؟
- ما نوع الحماية التي أقرها المشرع الجزائري للمتعاقد عن بعد؟

ولمعالجة الموضوع وللإجابة عن الاشكالية المطروحة تم الاعتماد على المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل ومقارنة مختلف التشريعات والاتفاقيات والتوجيهات الصادرة بشأن حماية المستهلكين في

العقود المبرمة عن بعد، بالإضافة الى الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية التي تعالج التعاقد الالكتروني، بما فيها قانون التجارة الالكتروني 05/18. ولمعالجة الموضوع تم اعتماد خطة تتكون من بابين يتضمن الأول الآليات القانونية لحماية المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد بينما يعالج الثاني الآليات القانونية لحماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد.

الباب الأول:

الآليات القانونية لحماية المستهلك
الإلكتروني في المرحلة السابقة للتعاقد

شهد العالم تطوراً كبيراً في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، إذ كثر التعامل عبر الوسائط الإلكترونية مما أثر على كافة مجالات الحياة بصفة عامة وعلى طائفة المستهلكين بصفة خاصة، فالتعاقد الإلكتروني زاد من مخاطر تعرض المستهلك للغش والخداع والقرصنة بالإضافة إلى عدم قدرته على معاينة الشيء معاينة حقيقية. أدى ذلك إلى اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد (مستهلك كطرف ضعيف في مواجهة مهني محترف عالم بطبيعة موضوع العقد) وذلك من حيث العلم والمعرفة للمنتوج أو الخدمة. من أجل تحقيق هذا التوازن المفقود في العلاقة التعاقدية وحماية الطرف الضعيف، فإنه من الأجدر مراعاة بعض الأمور التعاقدية في المرحلة السابقة لإبرام العقد، إذ تُعدُّ هذه الأخيرة من أهم المراحل وأخطرها نظراً لما تتضمنه من تحديد لمعظم حقوق أطراف العقد والتزاماتهم. كما تتميز هذه المرحلة بأنها الحجر الأساس للتعاقد لأن أهم ما يحتاج إليه المستهلك في هذه الفترة هو ذلك الكم الهائل من المعلومات والبيانات الخاصة بالسلعة أو الخدمة المطلوبة، عن طريق تنويره بالمعلومات الضرورية لكي يُقدم على التعاقد بإرادة حرة واعية، بعيدة عن تأثير الدعاية والاعلان المضلل. بالإضافة إلى ما ذكرناه آنفاً، فإنَّ إلْتزام المهني بإعلام المستهلك وتزويده بالمعلومات الضرورية المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، أو تحديد هوية المهني وغيرها من المعلومات اللازمة يبدو أكثر من ضروري لأجل انعقاد العقد وترتيب آثاره القانونية. فالحماية في هذه الجزئية قد تجمع بين التزامين، أولهما الاعلان أو الاشهار التجاري وثانيهما الالتزام بالإعلام، بحيث يتشابهان من حيث الهدف الأساسي المتمثل في منح المستهلك المعلومات والبيانات المتعلقة بالمنتجات والخدمات، مما يجعل رضاه سليم ومستدير.

تبعاً لما تقدّم سنقسم هذا الباب إلى فصلين، نعالج في الجزء الأول ماهية المستهلك الإلكتروني وحمايته من المنظورين الموضوعي والعضوي (الفصل الأول)، فيما سنخصص الجزء الثاني إلى حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التفاوض (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ماهية حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني

تقتضي الحماية القانونية للمستهلك أثناء التعاقد، بل وقبل هذه المرحلة الأخذ بعين الاعتبار طبيعة التعامل التي تنعكس في العقود الإلكترونية وكذا الإحاطة بالالتزامات التي تقع على عاتق المحترف الذي يتقاطع مع صفة المورد. على صعيد آخر ودائماً من الناحية القانونية، فالمقصود بالعقد في قانون التجارة الإلكترونية توافق إرادتين أو أكثر بغرض إحداث أثر قانوني يتم عن بعد، أي دون الحاجة إلى الحضور المادي للمتعاقدين، إذ يتحقق ذلك من خلال توافر وسائل تقنية إلكترونية في حالتنا هذه. إن الغرض من التطرق إلى هذه الجزئية ذو صلة وثيقة بالتحوّلات التي طرأت على قانون العقود من زاوية قبول التعاقد والرّضا بصفة عامّة¹.

تبعاً لما تقدّم فقد أحدث إدخال الوسائل التقنية الإلكترونية في التعاقد إعادة نظر ليس فقط في وضعية المتعاقدين بل أكثر من ذلك المبادئ التي يقوم عليها القانون التعاقدية². في هذا الصدد وتحت تأثير فكرة تدويل القوانين³ (l'internationalisation du droit)، صدر القانون الجزائري رقم 18-05 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية والذي أخذ بعين الاعتبار التداخل بين الجانب التقني والقانوني.

تتمحور الفكرة الرئيسة للتجارة الإلكترونية حول تجميع البائعين والمستهلكين في معرض أو مراكز تجارية افتراضية وبذلك أصبح المستهلك يلجأ إلى هذه المتاجر الافتراضية للتسوق واقتناء السلع وإبرام العقود⁴.

¹ حول هذه الفكرة، التحوّلات التي تمس الرّضائية في قانون العقود نتيجة الاستعانة بالوسائل الإلكترونية، انظر: بنيريس دي بارسبي لبيسترد - مقال باللغة الفرنسية):

Bérénice de Bertier-Lestrade, « Acte électronique et métamorphoses en droit des contrats », in *Métamorphoses de l'acte juridique*, s. la dir. de Marc Nicod, éd. Institut Fédératif de Recherche - Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2011, § 24 et suivant.

² Vincent Gautrais, « Les principes unidroit face au contrat électronique »", *Revue juridique Thémis*, (2002-01-01) Canada, p 05.

³ حول فكرة تدويل القانون أو القوانين بصفة عامّة (تأثر القانون الداخلي بقواعد القانون الدولي)، انظر: ميريال دالماس مارتي (مقال بالفرنسية)

Murielle Delmas-Marty, études juridiques comparatives et internationalisation du droit, leçon inaugural prononcée le jeudi 20 mars 2003, Collège de France, Paris 2003, pp. 11-57.
Disponible sur : book.openedition.org/cdf/2700

⁴ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص. 49

نشير أيضا في إطار دراستنا إلى فكرة عدم التكافؤ أو ما يُعبّر عنه في الأحكام التقليدية لقانون حماية المستهلك باختلال التوازن العقدي بين المحترف أو المورد، من جهة والمستهلك، من جهة أخرى فالتبيعة الخاصة لهذه العقود المبرمة عن بعد تقتضي حماية خاصة للمستهلك الإلكتروني، في مواجهة المتعاقد المحترف بسبب اختلاف المراكز الاقتصادية أثناء إبرام العقد في البيئة الإلكترونية.

وعلى هذا الأساس، فإن الدراسة في هذا الفصل ستدرج ضمن مبحثين، يتناولان على التوالي تحديد الإطار المفاهيمي لعقود التجارة الإلكترونية (المبحث الأول)، والوقوف بالتحليل عند دراسة أطراف عقد الاستهلاك (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم عقود التجارة الإلكترونية وطبيعتها القانونية

تهتم أغلب مواضع قانون التجارة الإلكترونية بالعقود أي العقود الإلكترونية والحال هذه، حيث يمكن أن يأخذ العقد عدّة أشكال حسب أطرافه وطبيعة موضوعه، فعلى سبيل المثال نجد في العقد الذي يربط المحترف بالزبون أنّ موضوع العقد قد ينطوي على تقديم معلومة أو أكثر، ممّا يوحي بالتوجّه إلى الخدمات. عموماً أوّل ما يعرض للزبون أثناء إبرام العقد عن بعد هو المخاطر التي تنطوي على هذا الإجراء¹، والعبارة في ذلك هي استعمال المعيار الاقتصادي لقياس مقدار الضّرر الاحتمالي الذي قد يلحق بالمستهلك جرّاء تعاقدّه عن بعد (كأن يكون الموقع غير حقيقي، أو حتّى في حالة التأكّد من صحّة الموقع قد لا تكون المعلومات المقدّمة على الموقع كافية لدفع المستهلك أو الزبون إلى التعاقد).

وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرّق في الأول إلى تعريف العقد الإلكتروني وبيان خصائصه، ثمّ نتناول في الثاني طبيعته القانونية.

المطلب الأول

تعريف العقد الإلكتروني

تحتاج العقود الإلكترونية لدرجة من الدقة والوضوح في بيان ماهيتها، سواء على ضوء الطريقة التي ينعقد بها العقد، أو من حيث مدى اعتبار هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد، فيترتب عن ذلك ضرورة تمييز هذه العقود عن غيرها، والتي تبرم في البيئة الإلكترونية، ثمّ بيان خصائصها وتحديد طبيعتها القانونية. بناء على ذلك سنعرّج في هذا المطلب إلى المقصود بالعقد الإلكتروني (الفرع الأول) ومن ثمّ تمييزه عن غيره من العقود الشبيهة له (الفرع الثاني).

¹ Xavier Linant de Bellefont, « Les contrats du commerce électronique », in *Le droit du commerce électronique*, 2005, p. 36. Disponible sur le lien : <https://www.cairn.info/le-droit-du-commerce-electronique--9782130533795-page-36.htm>

الفرع الأول

التعريف الفقهي والتشريعي للعقد الإلكتروني

سنعرض في البداية التعريف الفقهي، ثم ننتقل مباشرة إلى نظيره التشريعي.

البند الأول: التعريف الفقهي

وضع الفقه عدة تعاريف للعقد الإلكتروني وهي لا تبتعد عن تعريف أي عقد مع خصوصية العقد الإلكتروني، فلقد عرّفه البعض بأنه: "إتفاق بين شخصين أو أكثر، يتحقق فيه الإيجاب والقبول عبر تقنيات الاتصال عن بعد، بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها"¹.

نلاحظ أنّ هذا التعريف ضيق من وسائل إبرام العقد الإلكتروني في وسيلة واحدة هي شبكة الأنترنت دون الوسائل الأخرى مثل التلكس والفاكس²، ومن المعلوم أنّ تقنيات الاتصال متعدّدة ومختلفة وبالإمكان إبرام العقد عن طريقها. بالمقابل نرى أيضا أنّ التطور التكنولوجي ينحو في اتجاه هجران الوسائل التقنية التي سبقت ظهور الأنترنت كوسيلة اتّصال.

ويرى اتجاه آخر تعريفه بأنه: " إتفاق يقترن فيه الإيجاب مع القبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل"³.

نلاحظ من خلال هذا التعريف للعقد الإلكتروني أنه لم يبين النتيجة المترتبة على النقاء الإيجاب بالقبول وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات عقدية⁴، وإن كنّا نرى إغفال الأثر القانوني لم يأت سهواً وإنّما هو تحصيل حاصل كون أنّ العقد في نهاية المطاف يستهدف تحديد حقوق والتزامات كلّ طرف متعاقد.

كما ركز جانب من الفقه في تعريفهم للعقد الإلكتروني على الخصوصية التي ينفرد بها هذا الأخير وتتمثل في انعقاده عن بعد، وعرفه بأنه "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها

¹ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009، ص 148.

² مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 22.

³ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص 148.

⁴ خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر 2006، ص 52.

بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد¹.

تطرق هذا التعريف الأخير في حقيقة الأمر إلى العقد العابر للحدود (contrat transfrontalier ou contrat transfrontière)، إذ ما يهّمنا هنا أكثر هو ارتباط نفس العقد بأكثر من نظام قانوني.

ولأن العقد الإلكتروني يرتبط ارتباطا وثيقا بالتجارة الإلكترونية ويعد الأداة الأساسية لها، فإن هناك من الفقه من رأى بأن عقد التجارة الإلكترونية هو : "تنفيذ بعض أوكل المعاملات التجارية في السلع والخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أوبين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"².

البند الثاني: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

لقد حاولت التشريعات الوطنية والدولية بدورها وضع تعريف للعقد الإلكتروني وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي، دون إهمال ما جاء في القانون الأوروبي كقانون اندماجي يتوسط القانون الوطني أو الداخلي، من جهة والقانون الدولي، من جهة أخرى.

1. على المستوى الوطني: عرف المشرع الجزائري العقد الإلكتروني في المادة السادسة من الفقرة الثانية من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية التي نصّت على تعريف العقد الإلكتروني وفقا لما جاء في مفهوم القانون رقم 02-04 المعدل³.

¹ صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006 ص 12.

² محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 17/عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص. 148.

³ عرف القانون 02-04 العقد في المادة 4/3 على أنه: "كلّ اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حُرر مسبقا من أحد أطراف التّعاقد مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه. يمكن أن يُنجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقرر سلفا". قانون رقم 06-10 مؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق 15 أوت سنة 2010، يعدل ويتم القانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جمادى الاولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18 أوت 2010

ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني¹.

2. تعريف العقد الإلكتروني وفقا للتوجيهات الأوروبية:

نقصد بالتوجيهات (les directives) القوانين الصادرة عن إحدى مؤسسات الاتحاد الأوروبي أو بالتعاون فيما بينها (عادة مجلس الاتحاد وبرلمان الاتحاد)، حيث تكون هذه النصوص الفوق وطنية ملزمة للدول الأعضاء المخاطبة بها من منظور الهدف أو الأهداف المرجوة منها، في حين يُترك لنفس الدول حرية اختيار ادماج هذه القوانين ضمن أنظمتها القانونية الداخلية².

من ضمن هذه التوجيهات ذات الصلة بموضوعنا، نذكر التوجيه رقم 97-07 الصادر في 1997/05/20 والخاص بحماية المستهلك في العقود عن بعد. لقد تضمن هذا التوجيه تعريفا للعقد الإلكتروني من خلال التطرق لمعنى العقد عن بعد في المادة الثانية منه والتي تنص على أن "العقد عن بعد هو كل عقد متعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد³.

والملاحظ أن تعريف المشرع الأوروبي للعقد الإلكتروني جاء مركزا على الوسائل التي يتم إبرامه بواسطتها وكذلك على أطراف العلاقة التعاقدية والتي حصرها في المورد والمستهلك وبذلك يكون قد أخذ بالمعيارين الموضوعي والشكلي على حدّ السواء.

¹ نص المادة 2/6 من القانون 05/18، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ج، ع 28، المؤرخ في 16 ماي 2018.

² Article 288 TFUE (ex- art. 249 TCE) : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Pris du TFUE, in *JOUE*, C 326, p. 171.

³ Art 2 : contrat à distance : « tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même ». Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, in *Journal officiel CE*, n° L 144 du 04/06/1997, p. 21.

نشير إلى أنّ القانون التوجيهي أعلاه الصادر سنة 1997 قد تمّ استبداله بقانون آخر من نفس الطبيعة ويتعلّق الأمر بالقانون التوجيهي للاتحاد الأوروبي رقم 83/2011 والمتعلّق بحقوق المستهلكين¹.

نلاحظ أنّ تعريف العقد عن بعد الذي ورد في النقطة 7 من المادة 2 المعدلة بموجب القانون التوجيهي رقم 83/2011 قد أتى بالجديد في هذا المعنى والذي انعكس على وجه التّحديد في عبارة العقد المبرم بين الموردّ والمستهلك في إطار منظّم لبيع المنتج أو الخدمة عن بعد، دون الحضور المتزامن للأطراف، باللجوء الحصري لوسيلة أو أكثر من الوسائل التّقنية للاتصال عن بعد، إلى غاية وأثناء إبرام العقد². إذن بدأ هذا التّعريف أكثر وضوحاً في النسخة الجديدة للمادة 2 السّالفة الذّكر.

دائماً على الصّعيد الأوروبي فإنّ آخر تعديل ظهر بموجب القانون التوجيهي الأوروبي رقم 2161/2019 حيث عدّل بالإضافة إلى التوجيه 13/93، التوجيهات 6/98، 29/2005، و83/2011 حول التّطبيق الأفضل وتحديث قواعد الاتّحاد في موادّ حماية المستهلكين³.

حول هذا التوجيه الجديد الصادر في 2019 احتفظ المشرّع الأوروبي بتعريف العقد عن بعد الذي ورد في القانون التوجيهي رقم 83/2011 في المادة الثّانية فقرة 7، مع إضافة مفهوم السّوق عن بعد⁴.

3. تعريف العقد الإلكتروني في قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية :

نصت المادة الثانية من الفقرة الأولى من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنّه يُراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتمّ إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية

¹ Directive (UE) 2011/83 relative à la protection des consommateurs, in *JOUE*, n° L 304, 22/11/2011, p. 64.

² Art. 2 (contrat à distance) « tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu ». Directive (UE) 2011/83 relative à la protection des consommateurs, précitée.

³ Directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil (modifiant la directive 93/13/CEE et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs), in *JOUE*, n°, L 328, 18/12/2019, p. 7.

⁴ « place de marché en ligne»: un service utilisant un logiciel, y compris un site internet, une partie de site internet ou une application, exploité par un professionnel ou pour son compte qui permet aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec d'autres professionnels ou consommateurs ».

أو بصرية أو بوسائل مماثلة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي".

تضمنت الفقرة 2 من نفس المادة تعريف تبادل البيانات الإلكترونية، حيث "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى آخر، باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"¹.

نلاحظ أنّ قانون الأونسترال لم يُعرّف العقد الإلكتروني بطريقة مباشرة وصريحة، لكنّه عرّف الوسائل المستخدمة في إبرامه. كما يلاحظ أنّه توسّع في تعداد وسائل إبرام هذا العقد.

4. تعريف العقد الإلكتروني في القانون الفرنسي:

صدر الأمر رقم 741-2001 المتعلق بالبيع عن بعد، الذي تولى فيه المشرع الفرنسي وضع مفهوم للعقد عن بعد من خلال إضافة المادة 121-16 إلى تقنين الاستهلاك والتي تضمنت تعريفا للعقد عن بعد، باعتباره "عقد مبرم بين محترف ومستهلك، في إطار نظام بيع منظم أو تقديم خدمات عن بعد، دون التواجد المادي المتزامن للمحترف والمستهلك، عن طريق الاستخدام الحصري للعديد من تقنيات الاتصال عن بعد حتى إبرام العقد"².

نذكر أنّ المشرّع الفرنسي أغفل هذا التعريف بموجب القانون 301-2016 الصادر في 14 مارس 2016.

¹ حول القانونيين النموذجيين بخصوص العقود الإلكترونية الدولية الصادرين من لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (CNUDCI)، انظر: مريم الدرواسي، أطروحة دكتوراه (باللغة الفرنسية):

Meryem Edderouassi, Le contrat électronique International, s. dir. Martine Exposito Université Grenoble Alpes, 2017, p. 20.

² **Article L121-16 (abrogé)** "Contrat à distance" tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat. Abrogé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 - art. 34 (V) Modifié par LOI n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V).

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الفرنسي عرف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه للعقد عن بعد ذلك لأن العقد الإلكتروني يتم بوسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة دون الحضور المادي المتزامن لأطراف العلاقة العقدية¹.

5. تعريف العقد على مستوى التشريعات العربية :

كانت تونس من الدول العربية التي وضعت مبكراً تقنيناً خاصاً بالمعاملات الإلكترونية وهو ما تجسّد بموجب القانون رقم 2000 لسنة 83 حول المبادلات والتجارة الإلكترونية²، حيث نصّ المشرع التونسي في الفصل الأول من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على أن " ينطبق نظام العقود المكتوبة على العقود الإلكترونية، فيما يخص التعبير عن الإرادة، أثرها القانوني، صحتها وتنفيذها إلا في ما لم يتعارض ذلك مع هذا القانون"³.

أمّا المشرع الأردني⁴، فقد عرّفه في قانون المعاملات الإلكترونية في المادة الثانية على أنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كلياً أو جزئياً." نلاحظ هنا أنّ المشرع الأردني لم يأت بالإضافة المرجوة خاصة إذا ما علمنا أنّ جلّ هذه التعريفات مستلهمة من تشريعات الدول الأوروبية في مجال التعاقد الإلكتروني.

وعرفه القانون الإماراتي رقم 02 سنة 2002 لإمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، عرف المعاملات الإلكترونية على أنها " أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة

¹ عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 16 جوان، 2014، ص. 24.

² قانون رقم 83 مؤرخ في 09/08/2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر بتاريخ 11/08/2000، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع 64.

³ Art. 1^{er} al. 3 : « Le régime des contrats écrits s'applique aux contrats électroniques, quant à l'expression de la volonté, à leur effet légal, à leur validité et à leur exécution dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la présente loi ». Loi n° 2000/83 relative aux échanges et au commerce électronique, in Journal officiel de la République tunisienne, n° 64, 11 aout 2000, p. 1887.

⁴ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني. رقم 15 لسنة 2015، 19 ماي 2015، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، رقم 5292، ص 01.

المراسلات الإلكترونية " أما التجارة الإلكترونية فهي المعاملات الإلكترونية التي تبشر بواسطة المراسلات الإلكترونية " ¹.

الفرع الثاني

خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن ما يشبهه

البند الأول: خصائص العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بخصائص تميزه عن غيره من العقود التي تبرم بين المتعاقدين الذين يجمعهما مجلس واحد، فالعقد الإلكتروني يتم باستخدام وسائل أو وسائط إلكترونية ومن أهم خصائص العقد الإلكتروني أنه عقد يبرم عن بعد، حيث أنّ هذا الأخير لا ينشأ بين حاضرين موجودين في نفس المكان وإنما يتم إبرامه عبر شبكات الاتصال بين شخصين أو أكثر بخصوص سلعة أو خدمة معينة²، وهذا ما يُشكّل السمة البارزة فيه، إذ يتم بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي. نقصد بذلك أنه لا يُشترطُ الحضور المادي للمتعاقدين. بالتالي يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية، أي تقنية من خلال تبادل الايجاب والقبول الإلكتروني عبر الانترنت، فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكومي افتراضي.

نضيف أنّ العقد الإلكتروني ذو طابع تجاري، إذ يكتسي هذه الصفة من خلال المعاملات التجارية التي تبرم في ظلّ تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، كما يترتب على هذه الخاصية اعتبار العقد الإلكتروني من قبيل عقود الاستهلاك، حيث يتم التعاقد الإلكتروني بين المنتج والموزع أو بين الموزع والمستهلك وقد يكون العقد الإلكتروني بيعاً أو إيجاراً. تبعاً لذلك، ننوّه بأنّ العقد الإلكتروني يكون بحسب غرضه أو محله أو أطرافه، فقد يكون عقداً تجارياً أو عقداً مدنياً بحسب ما إذا كان الشخص الذي أبرمه تاجراً أو غير تاجر وأيضاً بحسب الهدف المطلوب من إبرام العقد³. فالمشرع الجزائري في القانون التجاري⁴ لم يعرف

¹ المادة 19/2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 الصادر في 2002/02/12.

² عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص. 150.

³ مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2011، ص 40.

⁴ قانون رقم 09/22 مؤرخ في 4 شوال عام 1443 الموافق ل 5 مايو 2022 يعدل ويتمم الامر رقم 59/57 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري ج ر عدد 32.

العقود التجارية لكنه عرف العمل التجاري في المواد 2، 3، 4 من القانون التجاري، وبالتالي لا تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة لتلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية¹.

على صعيد آخر يميّز العقد الإلكتروني عادة بطابعه الدولي، فهو عابر للحدود من الناحية الاقتصادية، بمعنى أنه يرتبط بأكثر من نظام قانوني من الناحية القانونية².

على الرغم من عالمية العقد إلا أنه قد يكون عقداً محلياً أو دولياً وفق لأحد معيارين، الأول قانوني يتمثل في اتصال هذه المعاملات بأكثر من دولة من خلال جنسية، أو موطن، أو دولة، أو مركز أعمال أطرافها؛ أي عندما تكون جنسية أطراف العقد مختلفة أو مكان إبرام العقد كذلك وتنفيذه يخضع لأكثر من نظام قانوني. مثال ذلك أن يقوم شخص بعرض خدمة أو سلعة للبيع عبر شبكة الإنترنت عرضاً عاماً ومتاحاً لكلّ الدول، ففي هذه الحالة يمكن لأي مستخدم أو مستهلك أياً كان مكان تواجده أن يقبل بهذا العرض ويقدم على إبرامه حول السلعة المعلن عنها. يُمكن أيضاً أن نفترض وجود اتفاق بين الموجب والقابل متى تواجدا في دولتين مختلفتين، حيث يتفقان على أن يتم تسليم البضاعة في دولة (أ) ودفع الثمن في دولة (ب)، ففي هذا المثال نلاحظ بأنّ العقد متصل بثلاث أنظمة قانونية مختلفة (بلد جنسية المتعاقدين، بلد مكان دفع الثمن وبلد التسليم)، ممّا يُضفي على تلك العلاقة صفة الدولية.

بالنسبة للمعيار الثاني فهو ذو طبيعة اقتصادية، إذ يَنصّف بطابعه الدولي إذا تعلّق بمصالح التجارة الدولية ويترتب عليه تدفق السلع والخدمات عبر الحدود؛ أي حرية المبادلات في إطار المعاملات الدولية عبر الحدود، فهي تهتم بالرابطة التي تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة. فوفقاً لهذا المعيار فإنّ صفة الدولية للعقد الإلكتروني تتطلب انتقال الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود وليس تمركز المعاملات وتنفيذها بدولة واحدة، لأنه في هذه الحالة يُعدّ العقد الإلكتروني ذو بعد داخلي فقط³، ومن ثمّ فإنّ العقود

¹ برني ندير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء مجلس قضاء قالمة، دفعة رابعة عشر، الفترة التكوينية 2006/2003، ص 11.

² راجع في هذا السياق ولكن على صعيد اندماجي ما جاء في القانون التوجيهي الأوروبي رقم 2121/2019 الصادر عن البرلمان الأوروبي ومجلس الاتحاد بتاريخ 2019/11/27 (النصّ الأصلي متوفّر باللّغة الفرنسية وبجميع اللّغات الرّسمية المعتمدة ضمن الاتحاد الأوروبي).

Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27/11/2019, modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, in *JOUE*, n° L 321, p. 1.

³ رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، بيروت، لبنان، 2016، ص. 41.

التي تبرم عبر شبكة الانترنت، يلحقها وصف العقود الدولية متى توفرت فيها المعايير اللازمة لوصف أيّ معاملة بالطابع الدولي.

عموما نقول إنّ من يفصل في دولية العقد في حالة النزاع هو الجهة المعروض عليها هذا الخلاف، حيث تنزع المحاكم الدولية، بل والمحاكم التّحكيمية الدولية في عديد الحالات على تغليب هذه الصّفة رغم اتّفاق الأطراف على خلاف ذلك. نستدرك هنا بالقول أنّ هذه الملاحظة تنطبق عادة على ما يُعرفُ بالنّزاعات عبر الوطنية (transnational)، غير أنّنا في حالتنا هذه؛ أي العقود الإلكترونيّة في نطاق حماية المستهلك، عادة ما نلجأ إلى القانون الداخلي لمحكمة الدولة المعروض عليها النزاع وهو ما يُعبّر عنه بقانون القاضي ((loi du juge saisi du litige – lex fori (lat.))، حيث يُشكّل هذا القانون (القانون المادّي لحماية المستهلك في دولة هذا القاضي) ما يُعرفُ بقواعد التّطبيق الآني أو قواعد الأمن أو البوليس وهو من النّظام العامّ أي يُطبّق مباشرة¹.

نُدكر بأهمّ ميزة للعقد الإلكتروني وتخصّ استخدام الوسائط الإلكترونيّة، حيث يعدّ ذلك من أهمّ مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنّها أساس هذا العقد، فيتمّ إبرامه عبر شبكة اتّصالات إلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الاطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يتميز فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتمّ باستخدام وسائط إلكترونية، وتلك الوسائط هي التي دفعت الى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدّعائم الورقية، لتحلّ محلها الكتابة الإلكترونيّة التي تقوم على دعائم إلكترونية².

وهذا ما يؤكده الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 07 أكتوبر 2020 حولة تأكيد واعتماد الكتابة الإلكترونيّة في مرحلة تكوين العقد، واعتبار أن رسائل البريد الإلكتروني تعادل الكتابة الورقية³.

¹ Belkacem Trouzine, « le droit européen vers une nouvelle source juridique concurrente dans les pays sud-méditerranéens », in *les sources du droit dans les pays européens et francophones*, éd Mare et Martin , paris, 2016, p 111.

² مرتضى احسان هادي، حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2020، ص. 30.

Cass. 1er civ., 7 octobre 2020, n° 19-18.135³

البند الثاني: تمييز العقد الإلكتروني (في مواد الاستهلاك) عن بعض العقود المشابهة

من دراستنا لتعريف العقد الإلكتروني وتحديد هذا العقد من طائفة العقود المبرمة عن بعد، فإنه يتوجب علينا أن نحاول تمييز العقد الإلكتروني عن العقود الأخرى التي يمكن أن تبرم إلكترونياً، وتجدر بنا الإشارة إلى أن عقد التجارة الإلكترونية ليس هو الوحيد الذي يتم إبرامه في البيئة الإلكترونية فهناك عقود أخرى تبرم في محيط البيئة الإلكترونية ومن الممكن أن تكون محيطة بالعقد ومتلازمة معه لأنه من الممكن أن تكون هي الأساس التي يركز عليها لإتمام المعاملات¹، وعليه وجب تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة في نفس البيئة الإلكترونية.

1. تمييز العقد الإلكتروني بحسب الطريقة التي ينعقد بها:

تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد بجهاز الفاكس:

بالنسبة لجهاز الفاكس فيتم استخدامه في إبرام العقود، حيث يعرف جهاز الفاكس بأنه جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات بكامل محتوياتها كأصلها تماماً، ويختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد عبر الفاكس من حيث أن الأخير يتميز بالتواجد المادي للوثيقة الورقية ولذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها عن طريق جهاز الحاسوب، بل كل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طبعها على الورق، في حين التعاقد الإلكتروني يتميز بالطبيعة غير المادية حيث أن مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية مهيورة بتوقيع الأطراف، بل تكون مثبتة على دعامة إلكترونية².

. تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد بالكتالوج :

يعتبر الكتالوج وسيلة من وسائل البيع، حيث يعرض البائع في الكتالوج وصفا للمبيع بالعبرة أو الرسم ويتخذ عدة أشكال وصور فقد يكون ورقياً كتابياً كما قد يكون صورة شرائط فيديو أو أسطوانات أو أقراص كمبيوتر مضغوطة بحيث يمكن الاطلاع عليها بواسطة أو جهاز الحاسوب، وهو ما يعرف بالكتالوج

¹ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 3، عمان، الاردن، 2011، ص 31.

² خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، ط 2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 95

السمعي البصري إذ يعد الأكثر انتشارا في الوقت الحالي، كما يتخذ الكتالوج الشكل الإلكتروني والموجود على موقع الويب الإلكتروني حيث يستطيع الزبون من خلاله مشاهدة السلع والمنتجات المراد اقتنائها¹.

ويتفق التعاقد عن طريق الكتالوج يتفق مع التعاقد الإلكتروني في وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب واقراره بالقبول، أي يتفقان في أنهما يبرمان في مجلس عقد افتراضي، غير أنهما يختلفان في طريقة التعبير عن الإرادة بالقبول، ففي التعاقد عبر الكتالوج يكون التعبير عن قبول بملاً الطلبية أو الاستمارة المرفقة به ثم يتم إرسالها عبر البريد العادي، بينما في التعاقد الإلكتروني يتم التعبير عن القبول بطرق إلكترونية، مما يؤدي إلى انتفاء الفاصل الزمني بين صدور الإيجاب والقبول².

كما تظهر أوجه الاختلاف بين النوعين من هذه العقود في أن العقد الإلكتروني عبر الإنترنت لا يتحقق إلا عبر جهاز الحاسوب أي بوسيلة تقنية، أي أن إبرام العقد يتم عن طريق الإنترنت على خلاف التعاقد بالكتالوج الورقي الذي يتم الاستعلام فيه لاحقا بطريق الاتصال الهاتفي أو المراسلة.

2. تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية:

أ. عقد الدخول الى شبكة الانترنت: يمكن تعريفه بأنه "تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية الموجب والقابل يكون محله السماح للطرف الآخر بالانتفاع واستخدام شبكة الانترنت، من خلال اتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من الدخول الى الشبكة والتجول بها، وإجراء التصفح للمواقع، وذلك من خلال توفير (الموديوم) والخط الواصل معه، لإمكانية ربطه مع الجهاز الحاسب والاقمار الصناعية التي من خلالها يتم بث اشارات رقمية يتم تحويلها للشكل الذي نجد شبكة الانترنت عليه³.

وعقد الدخول إلى الشبكة هو عقد ملزم للجانبين، إذ يقع على مقدم الخدمة التزام أساسي بتقديم خدمة الدخول، هو التزام بتحقيق نتيجة، في حين يلتزم مستخدم الانترنت بسداد قيمة الاشتراك مقابل الدخول والإبحار في الشبكة⁴. كما يلاحظ أن هذا العقد يتخذ صورة عقد إذعان، حيث إن العميل عليه إما أن يقبل هذا العقد المعروض والمنظم عن طريق مقدم الخدمة بكافة أجزائه وبياناته، وإما لا يقبل.

¹ حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 127 .

² خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة المرجع السابق، ص 96 .

³ محمد فواز المطالقة، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة المرجع السابق، ص 37 .

⁴ خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة المرجع السابق، ص 73 .

ويمكن القول أن عقد الدخول الى الشبكة هو عقد إلكتروني يلتزم فيه المزود بتوفير اكبر قدر ممكن من المعلومات المتعلقة باستخدام الشبكة وتيسير الامر على المستخدم ليتكمن من فهم الشروط الاساسية في استخدام شبكة الانترنت، حتى يتسنى له استغلالها بأفضل وجه ممكن. أما العقد الإلكتروني محل الدراسة هو العقد الذي يبرم في بعض صورته بواسطة شبكة الانترنت، ما يعني أن هذه الأخيرة تعد وسيلة للتعاقد وللتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني في حين تعتبر موضوعا للعقد في عقد الاشتراك وهوما يجعل الاختلاف بين العقدين واضح¹.

ب. عقد الايجار المعلوماتي : يسمى أيضا بعقد التوطين أو عقد الايواء ،و يلتزم في هذا العقد مقدم خدمة الانترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية لاستعمالها في تحقيق مصالحه وبالطريقة التي تناسبه،² ويحدث ذلك من خلال إتاحة انتفاع المشترك بجزء من إمكانيات الأجهزة والأدوات المعلوماتية كتخصيص مساحة القرص الصلب أو شريط المرور، ويستقبل مقدم الخدمة المعلومات والرسائل الخاصة بالمستخدم ويتيح لها فرصة الدخول الى الشبكة ،ويضمن المشترك تيسير استخدام الموقع الذي خزن فيه، ويمكن تكييف هذا العقد من عقود الايجار، لان غايته تكمين المستخدم من الانتفاع بالعين المؤجرة، بينما تبقى ملكية المعلومة لصاحبها ،فالعقد الايجار المعلوماتي يمكن أن يكون من العقود الإلكترونية إذا ابرم كليا أو في أي مرحلة من مراحلها عبر وسائل الكترونية³.

ت.. عقد إنشاء متجر افتراضي : هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع إلكتروني أو مركز تجاري افتراضي وذلك في مقابل أجر متفق عليه⁴، من خلال هذا التعريف يكتسب هذا العقد أهمية بالغة في مجال التجارة الإلكترونية لأنه يمكن التاجر من عرض بضاعته ومن إجراء الصفقات والتعاقد مع عملائه بشأنها، حيث يتم إنشاء مراكز تجارية افتراضية على شبكة الأنترنت ويضم المركز مجموعة من المتاجر ويسمى صاحب المتجر مشاركا حيث ينظم إلى المركز التجاري بعقد المشاركة، وتنقسم المراكز التجارية الافتراضية الى قسمين الأول يمكن الدخول إليه دون حاجة لإجراءات معينة ولكنه يسمح بالاطلاع والتصفح والتجول فقط من أجل عرض السلع

¹ عجالي خالد، المرجع السابق، ص 73 .

² خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 105.

³ محمد فواز المطالقة، المرجع نفسه، ص 39، 40 .

⁴ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة ،مصر

2006، ص 82 .

والخدمات والتعرف عليها دون شرائها، ويتمثل الاختلاف بين العقدين في أن المتجر الافتراضي موضوعه الالكتروني غير أنه لا ينعقد بالوسائل الإلكترونية¹.

ورغم ذلك يبقى الاشكال قائماً بشأن الطريقة الإلكترونية لعرض الخدمة أو المنتج ويكون ذلك بطريقة افتراضية (virtuelle) مما يوحي بوجود مساحة للتداخل بين العقدين².

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية

يمر عبر شبكة الإنترنت يومياً الآلاف من العقود التي تبرمها الأطراف المتعاقدة من بيع وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات الأمر الذي يدعونا إلى تحليل هذه العقود وإمعان النظر في طبيعتها وتصنيفها كعقود رضائية، تخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة أو عقود إذعان لا يكون لأحد الأطراف فيها حرية الإرادة التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد، ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعية من الطرف الآخر، دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها، وفي هذا الشأن انقسم الفقه إلى قسمين حول تحديد طبيعة عقود التجارة الإلكترونية، فاتجاه يرى بأنها عقود إذعان، والبعض الآخر يرى بأنها عقود مساومة، وكل اتجاه فقهي له حججه في ذلك، وهذا ما سأحاول التطرق إليه فيما يلي:

البند الأول: العقود الإلكترونية عقود إذعان

يرى الفقه الانجليزي وبعض الفقه الفرنسي أن العقود الإلكترونية هي في حقيقتها عقود إذعان ويستند أنصار هذا الرأي إلى حقائق موضوعية، فعقد الإذعان من ناحية التقليدية هو العقد الذي ينفرد به أحد المتعاقدين بوضع شروطه دون أن يسمح للطرف الآخر بمناقشة هذه الشروط هذا من جهة ومن جهة أخرى يتعلق بالسلعة أو الخدمة ضرورية التي تقع تحت احتكار قانوني أو فعلي³، من طرف المهني الذي يمتلك مركز اقتصادي ومعلوماتي قوي، وأن العقد يتعلق بسلع وخدمات لا غنى عنها للمستهلك الذي يسعى لتلبية حاجاته الشخصية أو حاجات أسرته بالإضافة إلى أن الإيجاب يعد عاماً موجه لجمهور غير

¹ عجالي خالد، المرجع السابق، ص 76.

² Bérénice de Bertier-Lestrade, « Acte électronique et métamorphose en droit des contrats », in revue métamorphose de l'acte juridique, s.la direction de Marc Nicod, 2017, §7.

³ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص. 153.

محدد، ولوقت غير محدد، وتتم صياغة شروطه في قالب نموذجي وأن الطرف المذعن يقبل بتلك الشروط دون مناقشتها ولا يملك احتمالية تعديلها وهذا ما نصت عليه المادة 70 من القانون المدني الجزائري¹ على أنه يحصل القبول في عقد إذعان بمجرد التسليم الشروط المقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقش، وهذا ما يؤدي الى وجود اختلال عقدي بين الطرفين.

كما عرف المشرع الجزائري عقد الإذعان في المادة 03فقرة 04 من القانون 04/02 المحدد للقواعد المطبقة على النشاطات التجارية²، بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه". مما يعني أن المشرع الوطني ذهب إلى اعتبار عقود الاستهلاك بمثابة عقود إذعان، فالقوة الاقتصادية للشركات تجعل المستهلك الإلكتروني فاقد لحرية الاختيار والمفاوضات، فيقبل العقد دون نقاش، وإذا قبلها كان متعاقدا³.

كما عرفه المشرع الفرنسي في القانون المدني في تعديله الأخير بمقتضى المادة 2/1110 على أنه "عقد الإذعان هو العقد الذي يتم تحديد شروطه العامة التي لم تكن محل مفاوضات مقدما من قبل أحد الطرفين"⁴. فالمشرع الفرنسي اعتنق مفهوما موسعا لعقود الإذعان، فلم يحدد المقصود بالشروط العامة في العقد، وإنما اكتفى بالنص على عدم مناقشة الطرف الضعيف شروط العقد.

إن نجد هذا الاتجاه اعتبر العقود الإلكترونية من عقود الإذعان، متى غابت القدرة على المناقشة فيما يتعلق بشروط العقد، ولا يملك الطرف الضعيف إلا التسليم بشروط العقد التي يضعها الموجب⁵.

¹ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو

2005، القانون رقم 05/07، ج ر ج، ع 31، المؤرخ في 13 مايو 2007

² لقانون رقم 02_04 الصادر في 23/06/2004 والمؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 32 يونيو سنة

2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية

³ بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، جامعة الجزائر (01)، كلية الحقوق،

2015-2016، ص. 238.

⁴ Art 1110 : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties, LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁵ رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص 43.

البند الثاني: العقود الإلكترونية عقود رضائية

يرى هذا الاتجاه أن العقود الإلكترونية عقود تسودها الرضائية على اختلاف أنواعها، ذلك لان حرية الاطراف غير مقيدة بمجرد الموافقة أو الرفض على شروط العقد الذي ينفرد بوضعها الموجب، إذ يجوز لأحد الأطراف شراء السلعة من منتج أو مورد آخر، إن لم تعجبه الشروط التي تظهر له على شبكة الانترنت بحيث له أن ينتقل من موقع إلى آخر ليختار ما يناسبه¹.

وينتهي الفقه إلى أنه لبيان طبيعة العقد الإلكتروني عما إذا كان عقد مفاوضة أم عقد إذعان لا بد من التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: إذا تم التعاقد من خلال بريد إلكتروني، أو من خلال برنامج المحادثة، فإن العقد الإلكتروني يكون عقد مفاوضة، حيث يتبادل الطرفين الآراء ووجهات النظر والاقتراحات عبر الوسائل الإلكترونية، أو باستخدام الوسائل السمعية والمرئية فيكون عقد رضائي، ويستطيع الموجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المطروحة عليه يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه.

الفرض الثاني: أما إذا تم العقد عن طريق مواقع الشبكة الدولية التي تستخدم غالباً عقود نموذجية

تكون شروطها معدة سلفاً ولا مجال للمناقشة فيها، فإن المتعاقدين لا يكونان على قدم المساواة لعدم التكافؤ في القدرة التعاقدية². فإن العقد الإلكتروني يكون عقد إذعان.

وخلاصة القول كلما كان هناك مجال للتفاوض حول شروط العقد وبنوده، خرج هذا العقد من نطاق عقود الإذعان وكان عقد رضائي، أما إذا استحال التفاوض حول بنود العقد أو مراجعة شروطه كان العقد الإلكتروني عقداً من عقود الإذعان³.

تبقى دائماً مساحة التداخل قائمة بشأن تكييف العقد الإلكتروني بين عقد الإذعان والعقد الرضائي وإن كانت العبرة بضمان حماية حقوق المتعاقد الكترونياً.

¹ رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع نفسه، ص 43

² خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 64 .

³ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص.

المطلب الثاني

خصوصية أركان العقد الإلكتروني

يشترط في عقد الاستهلاك وفقا للقواعد العامة في قانون الالتزامات للقوانين المقارنة، كما في سائر العقود اقتران إرادتين متطابقتين، فالإرادة باعتبارها مكونة للرضا ليس لها أي قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها¹، ويصدر التعبير عن الإرادة في صورة ايجاب يصدر في الغالب من مقدم الخدمة مع قبول مطابق يصدر من المستهلك، وعليه فإن الرضى في العقد الإلكتروني يتحقق عندما يتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية إذ تتعدد الصور والأساليب التي تتيحها الوسيلة الإلكترونية للتعبير عن الإرادة سواء كانت عن طريق خدمة البريد الإلكتروني أو عن طريق موقع الكتروني (web site) أو عن طريق المحادثة أو المشاهدة المباشرة، وغيرها من الخدمات الأخرى التي تقدمها الشبكة.

بناء على ما تقدم سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نبحت في الأول عن خصوصية الايجاب والقبول الإلكتروني فيما نخصص الثاني عن صحة التراضي في العقد الإلكتروني.

الفرع الأول

حماية المستهلك الإلكتروني لحظة تطابق الارادتين

يتميز عقد الاستهلاك الإلكتروني بغياب الحضور المادي المتعاصر للأطراف لحظة تبادل الرضا بينهما إذ يتم التعاقد عن طريق اقتران الايجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد. ونظرا لغياب الحضور المادي للأطراف في مجلس العقد فإنه تحفه بعض المخاطر التي قد تؤثر على رضا المستهلك الذي ينبغي أن يصدر صحيحا. وعليه فرضت التشريعات المقارنة عدة تدابير وآليات لحماية رضا المستهلك الإلكتروني والمتمثلة في إلزام المورد على تحديد وقت صلاحية إيجابه على شبكة الانترنت، وانتظار صدور القبول وتطابق الإرادتين، وهو ما نستعرضه في هذا الفرع.

أولا: الايجاب الإلكتروني

الايجاب هو أول تعبير عن إرادة التعاقد، "وهو تعبير عن إرادة التعاقد يصدر من أحد الأشخاص مفصحا من خلاله عن نيته في إبرام عقد بشروط أساسية ومحددة، وإذا اقترن الايجاب بقبول بدون تعديل أو تحفظ

¹ لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هوميه، الجزائر، 2012، ص 70.

انعقد العقد قانوناً¹. ويعرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد لسنة 1997 الايجاب الإلكتروني بأنه: " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل اليه أن يقبل التعاقد مباشرة ."، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الايجاب عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزماً به في حال قبوله من المتعاقد الآخر²، وعرف العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونسكوب الايجاب على أنه: " تمثل الرسالة إيجاباً إذا تضمنت إيجاباً لإبرام عقد مرسل الى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معروفين على نحو كاف، وكانت تشير الى نية مرسل الايجاب أن يلتزم في حال القبول، ولا يعتبر إيجاباً الرسالة المتاحة إلكترونياً بوجه عام مالم يشر الى غير ذلك"³. وعليه نلخص القول بأن الايجاب الذي يتم عبر شبكة الانترنت قد يكون إيجاباً خاصاً موجهاً الى أشخاص محددين ويكون عن طريق برامج المحادثة أو بواسطة البريد الإلكتروني، وقد يكون إيجاباً عاماً موجهاً الى أشخاص غير محددين الى جميع زائري الموقع عبر صفحات الويب.

كما لا يختلف الايجاب الإلكتروني عن الايجاب التقليدي إلا من حيث وسيلة التعبير عن الإرادة إلكترونياً عن طريق الاتصالات الإلكترونية كما سبق القول، بالإضافة الى الفاصل الزمني بين فترة صدور القبول وعلم الموجب به وهذا له أهمية كبيرة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد. ولكي يكون الايجاب إيجاباً قانونياً فعلاً لا بد من توفر ثلاثة عناصر وهي: . أن يكون محدداً وواضحاً: إذ يجب أن يشتمل على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فإذا لم يتضمن الايجاب أو العرض تحديداً واضحاً لعناصر العقد فإنه لا يعد إيجاباً، وإنما مجرد دعوة للتفاوض⁴، إذ يتعين على الموجب وصف المنتج أو الخدمة محل العقد وصفاً دقيقاً يتحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد علماً كافياً نافياً للجهالة⁵، ويوضح شروط التعاقد مثل وقت وميعاد التسليم وخدمات ما بعد البيع والصيانة وغيرها، كما يجب أن يشتمل على بيان

¹ محمد سعيد أحمد اسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2009 بيروت، لبنان، ص. 179.

² Cass. com. 6 mars 1990, in Bull. civ. n° 74.

³ كوثر السعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ط 2 الاسكندرية، 2016ص. 407.

⁴ تشير في هذا السياق أن الفرق بين الايجاب والدعوة الى التعاقد في الاثر القانوني المترتب على كل منهما فالإيجاب إذا صادفه قبول انعقد العقد بتلاقي الايجاب مع القبول، بينما الدعوة الى التعاقد إذا صادفت قبولاً، لا ينعقد العقد إنما يعتبر ذلك القبول إيجاباً.

⁵ محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق، ص 181.

هوية الموجب كالاسم، المواطن حتى يسهل على المستهلك التحقق من شخصية المورد لأنه تعاقد عن بعد¹. وأن يكون الايجاب باثا وقاطعا لا يحمل التأويل أو الغموض، وأن يكون الايجاب عبر وسيط إلكتروني أي يتطلب الايجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني، وهو مقدم الخدمة الإلكترونية حيث يقوم هذا الأخير بعرض الايجاب على الموقع، ويعبر عنه من خلال وسيلة مسموعة مرئية، ويتحقق الوجود الفعلي لهذا الايجاب منذ اللحظة التي يتم إطلاق الايجاب من خلال شبكة الأنترنت، ويتميز هذا الايجاب بأنه إيجاب عالمي أي لم يحدد الاشخاص الموجه اليهم، كما أن الايجاب يختفي بمجرد سحبه من موقع عرضه².

ويثير الايجاب الإلكتروني مسألة تحديد المدة الزمنية التي يظل الموجب ملتزما بإيجابه خلالها، خاصة وأن الايجاب الإلكتروني ليس مثل الايجاب التقليدي، إذ ينبغي الخروج عن القاعدة العامة التي تقر على عدم الزام الموجب بتحديد وقت صلاحية ايجابه، وبالتالي على الموجب تحديد وبدقة الوقت اللازم لصلاحية إيجابه، إذ في ذلك حماية للمستهلك أثناء التعامل التجاري الإلكتروني كي يتمكن من تدبر أمره من خلال المدة التي حددها الموجب³. حُددت هذه المدة وفقا لقانون اليونيسترال المتعلق بالعقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية بـ 24 ساعة اعتبارا من تسلم هذا الايجاب مالم يشر الى غير ذلك في الايجاب وإذا كان القبول في وقت لاحق فإنه يعتبر ايجابا جديدا.

من جانبه اعتبر المشرع المصري في القانون المدني⁴ أن الايجاب قد يقترن بمدة محددة من الموجب وفي هذه الحالة يكون الايجاب ملزما لصاحبه في المدة التي حددها، وإذا لم يتم تحديدها صراحة من الموجب في عرضه للتعاقد، فإن تحديد الميعاد للإيجاب يكون بالمدة المعقولة التي تستفاد من خلال طبيعة المعاملة أو من ظروف وملابسات التعاقد التي يرجع تقديرها الى قاضي الموضوع⁵.

¹ نصت في هذا السياق كل من المواد L 111-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016، والمادة 11 من ق 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري ، المادة 05 / 2 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018. على ضرورة إعلام المورد المستهلك بجميع البيانات التي من شأنها تحدد شخصيته وعلى الاخص عنوانه وطرق الاتصال به.

² كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص 416.

³ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، ط 1 ، 2011 ، ص. 169.

⁴ المادة 93، 94، من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 ، والمادة 64 من القانون المدني الجزائري.

⁵ محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق، ص 192.

نلاحظ أنّ هناك لجوء للقواعد العامة في بعض الحالات؛ بمعنى أنّ المتعاقدين قد يلجأ إلى القانون التّعاقدي (loi contractuelle) في حالة غياب التّحديد الواضح لمُدّة القبول، ما لم يوجد نصّ صريح أمر.

ثانياً: القبول الإلكتروني

القبول هو التعبير عن الإرادة الثانية في العقد، والتي تصدر ممن وجه إليه الإيجاب باستخدام وسيلة الكترونية، ويشترط في القبول أن يكون مطابقاً للإيجاب بالشروط التي تضمنها دون تعديل، ولا يكون القبول إلا صريحاً وواضحاً إذ يصعب أن يتم ضمناً لأنه يتم عن طريق أجهزة وبرامج الكترونية وبالتالي لا يمكن استنتاج إرادة المتعاقد إذا كان ضمناً¹، وكذلك السكوت لا يعتبر قبولاً من باب أولى إذ رفض بعض الفقه² الاعتراف بالسكوت كقبول للتعاقد الإلكتروني، إذ في اعتبار سكوت المستهلك عن الرد قبولاً يفرض عليه التعامل مع موقع إلكتروني محدد، وربما تكون هناك مواقع أخرى تعرض شروطاً أفضل وذلك لمجرد وجود سبق التعامل، كما يصعب اعتبار الإيجاب فيه نفع للمستهلك ونلزمه بالتعاقد في حالة عدم الرد، ومن ثم فالأفضل عدم اعتبار السكوت قبولاً في نطاق التعاقد الإلكتروني³.

وتتعدد صور القبول الإلكتروني، كما في القبول التقليدي، حيث أن القبول الإلكتروني يمكن أن يكون شفهيًا كالقبول الذي يتم في غرف المحادثة أو الدردشة مباشرة على الخط عبر شبكة الأنترنت، أو عن طريق الكتابة بواسطة البريد الإلكتروني، أو عن طريق ملئ استمارة معدة سلفاً موجودة على الموقع ويتم القبول عن طريق النقر على الأيقونة التي تحمل عبارة " موافق "، وقد يشترط الموجب في إيجابه وبغرض التأكد من صحة القبول أن يتم النقر مرتين على الأيقونة، نظراً لاحتمال أن يأتي الضغط على أيقونة القبول سهواً أو من غير قصد، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد⁴. وقد تشترط معظم القوانين الخاصة بحماية المستهلك الإلكتروني تأكيد القبول وفي ذلك حماية للبائع أيضاً حتى لا يطعن المشتري في العقد بحجة أن قبوله قد تم بطريق الخطأ⁵.

¹ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 86، 87.

² اسامة أحمد بدر، اسامة أحمد بدر حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر د ط، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 207.

³ كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 444.

⁴ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 174.

⁵ محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق، ص 202.

ثالثا: تحديد لحظة ومكان إبرام العقد الإلكتروني

قد يثير التعاقد الإلكتروني مشكلة تحديد زمان ومكان إبرام العقد، لكون التعاقد الإلكتروني لا يحمل أي معنى جغرافي إذ يتم دون التقاء أطرافه ماديا، وإنّ تحديد وقت وصول الرسالة يعد أمرا مهما لحفظ حقوق الطرفين، ومن ثم فإن عدم التمكن من تحديد لحظة إبرام العقد قد يكون من شأنه الإضرار بأحد الأطراف، ومن أجل ذلك طرح الفقه أربع نظريات أو مذاهب لتحديد وقت نشوء العقد بين الغائبين تتمثل في:

أ. لحظة إعلان القبول: وهي اللحظة التي يعلن فيها القابل قبوله، وفي العقود الإلكترونية تتحقق هذه اللحظة من خلال نقر القابل على الايقونة المخصصة لذلك على الشاشة. فهذه النظرية بالرغم من أنها تعبر عن اللحظة الحقيقية التي اقترن فيها الإيجاب بالقبول إلا أنّ الأخذ بها يشكل صعوبة اثبات القبول خاصة وأنّ الرسالة الإلكترونية التي حررها القابل ليس لها وجود إلا على حاسبه الخاص¹.

ب. لحظة إصدار القبول: بموجب هذه النظرية تتأخر اللحظة التي ينعقد فيها العقد مقارنة بالنظرية السابقة، وبالتالي ينعقد العقد في الوقت الذي يخرج فيه القبول من سيطرة القابل في طريقه إلى الموجب بحيث يفقد القدرة بالرجوع عنه. وعليه من خلال قياس هذه النظرية على شبكة الانترنت فستكون لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي تلي النقر على مفتاح القبول حيث ينفصل القبول عن إرادة القابل، ولا تعد له القدرة في السيطرة عليه².

ت. لحظة تسلم الموجب للقبول: حسب هذه النظرية فإن الوقت الذي ينعقد فيه العقد هو لحظة وصول القبول الى الموجب حيث يفترض علمه به، ويحدث ذلك عندما تدخل الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول صندوق الموجب الإلكتروني، وعدم قيامه بقراءة الرسالة وعلمه بالقبول. وبالتالي فالعقد ينعقد في اللحظة التي تم فيها تسلم الرسالة الإلكترونية حتى لو لم يعلم بها الموجب³.

¹ محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 211.

² محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 3، عمان، الاردن، 2017، ص 106.

³ فتيحة حزام، قانون المعاملات الإلكترونية دراسة على ضوء القانون 05/18، ألفا للوثائق للنشر والتوزيع، ط 1، 2022، الجزائر، ص 84 .

ث. لحظة علم الموجب القبول: وهي اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 67 من ق م بنصها: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". وعليه يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل فيهما القبول إليه. وبالرجوع أيضا إلى نص المادة 2/06 من قانون 05/18 السالف الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر أن العقد الإلكتروني هو العقد المبرم عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصالات الإلكترونية، وعليه يعتبر مجلس العقد الإلكتروني مجلس عقد حمكي وزمان مجلس العقد هو لحظة وصول القبول إلى علم الموجه إليه.

ونص المشرع التونسي في الفصل 28 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية السالف الذكر على أن "العقد ينشأ بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة الكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، نلاحظ أن المشرع التونسي بين صراحة أن زمان انعقاد عقد البيع الإلكتروني والذي يتم بالوسيلة الإلكترونية يتحدد باللحظة التي يقوم فيها البائع بموافقة طلب المستهلك بمعنى آخر ينعقد عند علم الموجب بالقبول ويثبت علمه بالقبول من خلال تأكيد طلبية المستهلك. ونص المشرع المصري في المادة 91 من القانون المدني على أنه "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يعم الدليل على عكس ذلك"¹.

وعليه نلاحظ من خلال هذه النصوص أن القوانين الوطنية تباينت في تحديد وقت ومكان إبرام العقد المبرم عن بعد وبالتالي فالتعبير عن الإرادة ينتج أثره عند اتصاله بعلم من وجه إليه، فوصول التعبير يعد قرينة على علم الموجب به. وبالنسبة لمكان إبرام العقد الإلكتروني فإنّ تحديده له أهمية كبيرة في تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع، هذا القانون الذي يجب على المستهلك أن يتمسك به لأجل ضمان فاعلية حقوقه المستمدة من هذا العقد². وعليه يتحدد بمحل إقامة المستهلك ذلك لكونه دائما في

¹ القانون رقم 131 لسنة 1948، الصادر في 29/7/1948

² أسامه احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص.

مركز ضعف مقارنة بالموارد بخلاف العقود التقليدية التي يتحدد فيها مكان إبرام العقد يتبع بتحديد زمان إبرامه¹.

نرى أن القبول ينتج أثره ابتداء من الاحالة بالمعلومات المقدمة من قبل الموقع حيث عادة ما يرافق تأكيد القبول تذكير الموجب بقراءة الشروط المقدمة على الموقع والنقر عليها.

الفرع الثاني

صحة التراضي في عقود التجارة الإلكترونية

تشير البيئة الإلكترونية الى العديد من الاشكالات المؤثرة على صحة التراضي، حيث تشترط القواعد العامة في نظرية العقد الى أن الاهلية شرط لصحة العقد، غير أن في التعاملات التجارية الإلكترونية يصعب على المورد التحقق من أهلية المستهلك وصفته الامر الذي يعرض العقود الإلكترونية لمخاطر التعاقد مع ناقصي أو فاقدي الاهلية، بالإضافة الى اشكالية أخرى متمثلة في إمكانية وقوع المستهلك في عيب الغلط أو التدليس، وعليه لكي يكون العقد الإلكتروني صحيحاً، لا بد أن تكون الارادة صادرة من شخص كامل الاهلية وغير مشوبة بأي عيب من عيوب الارادة، ولهذا سنتناول في هذا الفرع الاهلية القانونية في عقود التجارة الإلكترونية ونتطرق الى العيوب المؤثرة على صحة التراضي.

أولاً: الأهلية القانونية في عقود التجارة الإلكترونية

إن التحقق من الأهلية القانونية اللازمة للأطراف أمر غير ميسور في عقود التجارة الإلكترونية، حيث لا يعرف في التعاقد عبر شبكة الانترنت أن القابل هو قاصر أو فاقد الاهلية بسبب أحد العوارض، وعليه لحل هذه المشكلة أصبح من الممكن استخدام مواقع الويب من خلال برامج وانظمة التي تستطيع من خلالها التحقق من السن القانوني للمتعاملين معها، ويكون هذا متاحاً من خلال بطاقات الائتمان التي تكفل تحديد سن المستخدم وتحديد هويته، حيث تتم هذه العملية من خلال تسجيل المستخدم البيانات التي تكشف عن هويته للموقع الإلكتروني، ثم يقوم بإدخال الرقم السري لبطاقته، مما يسهل عملية التحقق من صحة البيانات واستفائها للشروط القانونية، فإذا ثبتت صحتها يمنح المستخدم رقماً خاصاً وكلمة المرور².

¹ موفق حماد عبد المرجع السابق ص 189 ، لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص. 121.

² محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق، ص. 204.

وهناك مشكل آخر متعلق بالمستهلك القاصر، فكثير من الاحيان قد يجذب المستهلك بسبب صغر سنه ورعونته الى الاقدام على التعاقد وإبرام عقود عبر شبكة الانترنت قد تسبب له أضرار تجعله غير مدرك لآثارها، وبالتالي فإنه يحتاج الى مضاعفة الحماية والرعاية له من خلال النصوص القانونية خصوصا وطبيعة هذا التعاقد من كونه يتم عن بعد. إلا أنه بالرجوع والبحث في أغلب النصوص القانونية الأجنبية والعربية الخاصة بحماية المستهلك نجد أنها لم تتضمن أي نص لحماية المستهلك القاصر، وعليه يجدر بنا الرجوع الى القواعد العامة التي تقضي بقابلية العقود التي يبرمها المستهلك القاصر للإبطال لمصلحته باعتبارها تصرفات دائرة بين النفع والضرر¹.

غير أننا نضيف أن القواعد الخاصة هي الكفيلة بإضفاء الحماية القانونية سواء أ كانت ذات طبيعة مدنية أو حتى جزائية.

ثانيا: عيوب الارادة في عقود التجارة الإلكترونية

تبرز في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني عيبين أساسيين من عيوب الارادة والمتمثلة في عيبي الغلط والتدليس كأحد العيوب التي تمس إرادة المستهلك، إذ يؤثران بشكل كبير في الارادة اللازمة للتعاقد الإلكتروني، إذ تعتبر نظرية الغلط الاكثر تطبيقا في التعاملات التجارية الإلكترونية، فقد يقع الغلط في شخص المتعاقد عندما تكون شخصية المتعاقد عنصر جوهري في العقد، وفي هذه الحالة يمكن التحقق من شخصية المتعاقد عن طريق شهادات التوثيق الإلكتروني الصادرة عن جهات مختصة، أو يكون الغلط في محل العقد الإلكتروني خاصة أنه يتم عن بعد فمثلا لو طلب شخص استئجار سيارة من أحد الشركات العالمية من موقعها عبر الأنترنت، وتقوم الشركة بإرسال السيارة ومعها عقد الملكية على أساس أنه عقد بيع، ففي هذه المسألة لا ينعقد العقد لاختلاف طبيعة العقدين²، كما يقع الغلط في العقد الإلكتروني بشأن المنتج المعروض على الانترنت بسبب العرض الناقص أو غير واضح وعليه اشترط المشرع وضوح العروض المقدمة للمنتجات والخدمات ضمن قانون 05/18، وألزم التوجيه الاوروبي رقم 31/ 2000 بشأن التجارة الإلكترونية في المادة 11 منه مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإعلامه بذلك بوسائل مناسبة وفعالة وسهلة البلوغ، وعلى نحو يمكنه من فهم

¹ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 482

² خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008، ص. 69

المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يكفل عدم وقوع العميل في غلط¹. ومتى كان الغلط جوهرى وقت إبرام العقد جاز للمتعاقد طلب ابطاله، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المواد 81 الى 85 من القانون المدني. وبالنسبة لعيب التدليس من الممكن تصور وجوده في العقد الإلكتروني نتيجة الكذب والكتمان في الدعايات الإلكترونية، فالمستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع، كما في التعاقد التقليدي، وإنما يعاين الشيء من خلال شاشة الحاسوب²، وبناء على هذا لقد اتاح القضاء الفرنسي للمستخدم في مجال برامج الكمبيوتر أن يطلب إبطال العقد بسبب التدليس الناجم عن كتمان مورد البرامج للمعلومات التي كانت تتيح له حسن اختيار البرامج والتعاقد في ضوء إرادة واعية ومبصرة³.

على سبيل المثال تشكل الاعلانات الخاصة بالاشتراك للاستفادة من خدمة متعامل ما للحصول على رقم هاتف نقل الكثير من الاشكالات، خاصة ما تعلق بخدمة بعض الاتصالات المجانية وترقيتها، كأن يتم التدليل على المكالمات المجانية بخط سميك ويضاف اليه عبارة تحديد زمن المحادثة بخط رفيع جدا وإن كان الغالب في هذه التعاملات مشروع من باب الاشهار الإلكتروني وحتى التقليدي.

وبغية حماية المستهلك عند إبرامه للعقود الإلكترونية اتجهت معظم التشريعات المقارنة المتعلقة بتنظيم المعاملات الإلكترونية على حماية فئة المستهلكين ومن أجل الحد من مظاهر الغش والتدليس عبر شبكة الانترنت، عملت على إلزام الموردين بذكر وبيان أوصاف الشيء المبيع وخصائصه ومخاطره، وهو ما سنتطرق اليه بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب.

¹ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص. 101.

² عبد الله نيب محمود، المرجع السابق، ص 137 .

³ خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني المرجع السابق، ص 67 .

المبحث الثاني

أطراف عقد الاستهلاك الإلكتروني

نتيجة إلى الثورة التكنولوجية التي ظهرت في منتصف القرن العشرين، وما أدت إليه من ضخامة الانتاج والتوزيع، ظهرت مشكلة حماية المستهلك، وفرضت نفسها على المشرعين في معظم دول العالم حيث كشفت عن قصور التشريعات القائمة عن بيان مفهوم حماية المستهلك، وعليه يعد ضبط المفاهيم الأساسية الخاصة بأطراف عقد الاستهلاك ضرورة منهجية ومبدئية لا بد منها، ولما كان موضوعنا يتمحور حول حماية المستهلك الإلكتروني، فإنه يحتاج منا الاحالة بمفهوم المستهلك والمهني باعتبارهما مفهومي متبنيان، ولذلك سنحاول في هذا المبحث الوقوف على مضامين هذه المفاهيم، كما سنخرج الى أسباب حاجة المستهلك الى الحماية في التعاقد الإلكتروني.

المطلب الأول

مفهوم المستهلك الإلكتروني ومعايير تمييزه عن المورد

لقد أدت التطورات التي أحدثتها ثورة الوسائط الإلكترونية في مجال التجارة، في الحقبة الاخيرة من القرن الماضي، الى قفزة رقمية اثرت على كافة جوانب الحياة من بينها حركة الاستهلاك، حيث افرزت التعاملات التجارية تعقيدات تستهدف المستهلك، قد تعرضه للاستغلال والاحتمار وغيرها من الممارسات التجارية غير العادلة، بحيث يصبح هذا الاخير، فريسة لمهني يملك كافة مقومات التفوق الاقتصادي والمعرفي.

ومن هنا برزت حاجة ملحة الى أن تكون ثمة نظم قانونية تحكم العلاقة التعاقدية بين الطرفين وفي هذا الاطار بدأت الدول بتطوير انظمتها وتشريعاتها الاقتصادية، من خلال سن قوانين خاصة، تتكفل بالحماية المنشودة للطرف الضعيف ألا وهو المستهلك.

الفرع الأول

تعريف المستهلك الإلكتروني

البند الأول: المفهوم الفقهي للمستهلك الإلكتروني

أولاً: المفهوم الضيق للمستهلك

يعرف الاتجاه الضيق المستهلك على " أنه كل شخص يتعاقد بهدف تلبية وأشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية"¹، كما عرف بأنه " ذلك الشخص الذي يبرم عقوداً مختلفة من شراء وإيجار وغيرها، من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وادوية لا شباع حاجاته الضرورية والكمالية الانية والمستقبلية دون ان تكون لديه نية المضاربة بهذه الاشياء عن طريق اعادة تسويقها، كما هو الحال بالنسبة للمنتج أو الموزع، ودون ان تتوفر له القدرة الفنية لمعالجة هذه الاشياء واصلاحها"².

ودعماً لانصار هذا الاتجاه ذهب الفقيه الفرنسي Calais –Auloy الى تعريف المستهلكين وفق المفهوم الضيق بأنهم: " الأشخاص الذين يحصلون أو يستعملون المنقولات أو الخدمات للاستعمال غير المهني"³. ومن خلال هذه التعريفات التي تصب في اتجاه الضيق نلاحظ أنه يجب توافر ثلاثة عناصر لاكتساب صفة المستهلك: 1. ان يكون المستهلك المستفيد النهائي للسلعة أو الخدمة : فالمستهلك هو الشخص الذي يحصل على السلعة أو الخدمة ،أما الشخص مقدم الخدمة فلا يمكن وصفه بالمستهلك، فحسب التوجيه الأوروبي⁴ رقم 7/97 الصادر في 20 مايو 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد في المادة الثانية منه: " كل شخص طبيعي يتصرف لإشباع حاجات لا تدخل في اطار نشاطه المهني أو التجاري، وبالتالي هذا التعريف يحصر مفهوم المستهلك في الأشخاص الطبيعيين الذين

¹ جمال زكي الجريدلي، البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 66

² علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، ط 1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2017، ص 87 .

³ « Le consommateur est une personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel ». Définition prise de l'ouvrage de Jean Calais-Auloy et Henri Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^{ème}, Paris, 2015, p7,8

⁴ Directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret, in *Journal officiel de CE*, n° L 144 du 04/06/1997 pp. 0019 – 0027.

يحصلون على السلع والخدمات من أجل حاجات استهلاكية، ويقصي الأشخاص المعنوية من المستهلكين متى كان نشاطهم غير مهني.

2. محل الاستهلاك (السلع والخدمات): كل الأموال تصلح لان تكون محلا لعقد الاستهلاك إذا تم استعمالها لغرض غير مهني فلا فرق في محل الاستهلاك بين المنقول والعقار، أو الأشياء التي يتم استهلاكها بمجرد الاستعمال الأول، وبالنسبة للخدمات على مختلف أنواعها سواء كانت يدوية أو ذهنية أو مالية، تصلح لان تكون محلا لعقد الاستهلاك طالما ان الهدف منها الحصول على اغراض شخصية أو عائلية ولغرض غير مهني¹.

3. الغرض غير المهني : يعتبر هذا العنصر الميزة الجوهرية للترقية بين المستهلك والمهني، فهذا الشرط يعتبر مستهلكا كل من يسعى الى اشباع حاجات شخصية غير مرتبطة ارتباطا وثيقا بمهنة المحترف وبالتالي لا يعتبر مستهلكا من يشتري سيارة لغرض نقل بضائع الشركة التي يملكها². فمن الجدير بالذكر أن الفقه الفرنسي يميل الى الاخذ بالمعيار الضيق للمستهلك لانه الأقرب الى التعبير عن ذاتية المستهلك، فضلا عن كون هذا المعيار يتميز بالبساطة والدقة القانونية.

ثانيا: الاتجاه الواسع

حاول رأي في الفقه³، اعطاء تصور واسع لمفهوم المستهلك بهدف اخضاع أكبر عدد من الأشخاص الذين يبرمون العديد من العقود مع المهنيين من الحماية التي وضعها المشرع للمستهلك، كما عرف هذا الاتجاه المستهلك على أنه: "كل شخص يقوم بتصرف قانوني من اجل استخدام السلع أو الخدمات لاستخدامه الشخصي أو المزود، أي ان المزود قد يكون شخصا طبيعيا، أو شركة أو منتجا وبذلك يشمل المعاملات التجارية بين المنتجين انفسهم"⁴.

¹ محمد احمد عبد الحميد احمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، د ط، دار الجامعة الجديدة، 2015 الاسكندرية ، مصر ،ص 21 .

² طارق الحاج، التسويق من المنتج الى المستهلك، ط 1، دار صفا للنشر، عمان، 1999، ص 49 .

³ J. P. Pizzio, « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », in *Dalloz*, chron. 1982, n° 20, p. 91.

⁴ عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص. 38.

وعرفه بعضهم¹ "المستهلك بأنه من يشتري مالا سواء أكان لحاجته الخاصة أم كان لحاجات نشاطه المهني في مجال لا يعود الى اختصاصه"، وقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي سواء كان تاجرا أم كان غير تاجر يتعاقد مع أحد المهنيين سواء لإشباع حاجته الشخصية ام العائلية .

وفي تعريف آخر "المستهلك من يتزود بسلع أو خدمات أيا كانت وسيلة التعاقد لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية إذا لم تتعلق بأعمال مهنته سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا وسواء كان مهنيا أم لا"².

فمن خلال ما تقدم يتبين أن أنصار هذا الاتجاه بخلاف الاتجاه الضيق أضفوا صفة المستهلك حتى على المهنيين الذين يبرمون عقود لها علاقة بنشاطهم المهني، كالتاجر الذي يتعاقد من أجل تركيب جهاز إنذار لمحلته، أو الطبيب الذي يشتري المعدات الطبية، وكل شخص يتعاقد لأغراضه المهنية . وعليه فإن العقد الذي يبرمه المهني يخرج من نطاق اختصاصه، وبالتالي يتعين أن تشملهم القواعد الحمائية للمستهلك³.

إلا أن هذا الاتجاه منتقد لان التوسع الكبير في مفهوم المستهلك يجعل كل شخص مستهلكا سواء أكان شخصا مهنيا تاجرا أو غير تاجر أو شخصا عاديا، فالمتعاقدون في هذه الحالة في هذه الحالة ليسوا بحاجة الى الحماية لانهم يقفون على قدم المساواة بالنسبة للطرف الاخر في التعاقد بخلاف المستهلك الذي يتسم بالضعف والذي من أجله جاءت قوانين حماية المستهلك لحمايته⁴.

¹ الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية بين الضمانات التقليدية والضمانات المتخصصة، دار النهضة العربية، ط 1، القاهرة، مصر، 2013، ص 16.

² عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص. 30.

³ بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2018، ص. 33 .

⁴ كوثر السعيد عدنان، المرجع السابق، ص. 49.

البند الثاني: التعريف القضائي

ترددت الاحكام القضائية في اتجاهين كالفقه بين إتجاهين واسع واتجاه ضيق، فقد كان للقضاء موقف غير مستقر من خلال التردد الذي انتابه في بعض أحكامه، فنجده أحيانا يأخذ بالمفهوم الضيق وأحيانا يميل الى الاخذ بالمفهوم الواسع، حيث اتجه القضاء الفرنسي بداية في التوسع في مفهوم المستهلك وهذا من خلال القانون الصادر في 10 يناير 1978، المتعلق بحماية واعلام المستهلكين للسلع والخدمات، حيث جاء عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في 28 أبريل 1987¹، في قضية اشترت فيها وكالة عقارية جهاز إنذار، حيث قضت بإبطال العقد الذي أبرمته إذ تبين أن الجهاز معيب، وقضت المحكمة بأن تخصص الشركة في مجال الانشطة العقارية، وبالتالي يعتبر خارج عن الاختصاص التقني المتخصص بأجهزة الإنذار، أي أن الشركة تعاقدت خارج نطاق اختصاصها فهي تعتبر جاهلة بالتقنية الخاصة بنظام الإنذار، كما أنها بصدد العقد محل النزاع توجد في نفس الحالة من الجهل مثلها مثل أي مستهلك آخر.

فلقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية الى اضافة صفة المستهلك على الشخص المعنوي، وتبنت فكرة غير المهني بوصفه مستهلكا، إذ يعتبر هذا القرار هو الأول من نوعه في تأكيد محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار غير المهني مستهلكا إذا تعاقد خارج نطاق تخصصه رغم أنه مهني². وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض بخصوص هذا الشأن في قضية تتلخص أحداثها في أن مزارع اشترى مطفاة حريق لمزرعته وذلك من مندوب شركة معينة، ثم عدل المزارع عن العقد لكن الشركة دفعت بأنه لا يحق له ذلك على أساس أنه لا يعتبر مستهلكا، وذلك لان المزارع قد اشترى مطفاة الحريق لمزرعته، فهي خاصة لشؤون مهنته ولكن محكمة النقض الفرنسية اعتبرته مستهلكا على أساس أن موضوع التعاقد يخرج عن نطاق اختصاصه، وأنه يعتبر مستهلكا³.

¹ Cass. Civ. 1^{ère} du 28 avr. 1987, n° 85-13674, in *Bull.civ.* 1, 1987, n°134, p. 103.

² أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 28.

³ Cass.1^{ère} civ. 25 mai 1992, in *Dalloz*, 1993, p. 87, note, Nicolau (G)

نقلا عن اسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، ط 1، جامعة طنطا دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص. 66.

لقد اتجه الفقه الى ضرورة استخدام معيار آخر الى جانب معيار عدم التخصص وهو معيار عدم الارتباط المباشر، فقد اتجهت المحاكم الفرنسية إلى تكريس هذا المعيار منذ عام 1995¹، وتبنت صيغة جديدة مضمونها "لا يعتبر مستهلكاً ولا يستفيد من قواعد الحماية الشخص، الذي يبرم عقداً له صلة مباشرة مع نشاطه المهني". تعني هذه الصيغة بمفهوم المخالفة، أن قواعد حماية المستهلك تطبق فقط في حالة ما إذا كان العقد له علاقة غير مباشرة مع النشاط المهني، وفي غالب الأحيان تكيف العلاقة التعاقدية مباشرة، وهذا المفهوم أقرب إلى المفهوم الضيق للمستهلك²، وقد تركت محكمة النقض لقاضي الموضوع سلطة تقدير ما إذا كان الارتباط مباشراً أو غير مباشر بين العقد المبرم والمهنة³.

وبهذا تكون محكمة النقض الفرنسية قد تبنت المفهوم الضيق للمستهلك. فوفقاً لهذا المعيار لا يمكن اعتبار المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه مستهلكاً، بل يجب أن لا تكون هناك علاقة مباشرة بين التخصص والعقد المبرم حتى يستفيد المهني من الأحكام المقررة لحماية المستهلك وظل هذا المعيار سائداً في اغلب قرارات القضاء الفرنسي لاعتبار المهني مستهلكاً⁴.

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من مفهوم المستهلك

أولاً : تعريف المستهلك في القانون الجزائري

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يورد في القانون 02/89 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك تعريف المستهلك تعريفاً مباشراً، لكن بالرجوع للمرسوم التنفيذي 39/90⁵ المؤرخ في 30 يناير 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش من المادة 9/2 تعريفاً للمستهلك على أنه: " كل شخص يقتني بثمن أو مجاناً منتجاً أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به ". ومن خلال هذا التعريف نلاحظ ان المشرع اخذ بالمعنى الواسع باستعماله لفظ " وسيطي "، أي سواء كان الغرض من المنتج مهني أو شخصي.

¹ C cass Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, in D. 1995. sommaire. 229, obs. Ph. Delebecque.

² كوثر السعيد عدنان، المرجع السابق، ص 54 .

³ C cass Civ. 1^{ère}, 17 juill. 1996 , in JCP 1996, II, 22747, note Paisant.

⁴ جريفي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص قانون خاص معمم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، السنة 2018/2017، ص 26.

⁵ مرسوم تنفيذي رقم 39-90 مؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 جانفي 1990 متعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، ج ر ج، ع 5، المؤرخة في 31 جانفي 1990.

و في قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹، عرفت م 3 منه بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به. نلاحظ ان المشرع من خلال هذا التعريف أضاف عبارة طبيعي أو معنوي لكلمة شخص المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 39/90 السالف الذكر ليرفع اللبس الذي احاط بالفقرة 9 م 2، كما استبدل عبارة معدين للاستعمال الوسيطى بعبارة موجهة للاستعمال النهائي، وبالتالي يصبح الغرض من التعاقد غير مهني . كما نص المشرع من خلال قانون التجارة الإلكترونية² على تعريف المستهلك بموجب م 3/6 منه على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو مجانا سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي". ومن هنا اعتبر المشرع المستهلك الإلكتروني كل شخص سواء طبيعي أو معنوي يقتني سلعة أو خدمة من المورد الإلكتروني سواء بعوض أو مجانا بهدف الاستخدام النهائي لهذه الخدمة أو السلعة.

ثانيا : مفهوم المستهلك في التشريعات المقارنة

أ. مفهوم المستهلك في التشريع الفرنسي.

لم يعرف المشرع الفرنسي المستهلك في قانون الاستهلاك رقم 949/93 المؤرخ في 26 يوليو 1993 حيث نص في مادته L111-1 على أنه: " يجب أن يوضح كل مهني بائع للسلع أو مؤد لخدمات للمستهلك، وقبل إبرام العقد السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة"³. هذا التعريف لم يعرف المستهلك بصفة مباشرة ولكن ذكر السلع والخدمات المقدمة له.

1 قانون رقم 09-03 المؤرخ 29 صفر عام 1430 في الموافق 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج ، ع 15، المؤرخة في 8 مارس 2009.

² القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر 28

³ Art L111-1 modifié par loi n°2014-344 du 17 septembre 2014- Art.6 abrogé par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016- Art.34 : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de service, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1° les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné.

2° « le prix du bien ou du service ... ».

وعند صدور تعديل 2014 بموجب القانون 344/2014 المؤرخ في 17 مارس 2014 الذي نص في المادة 3 منه على إضافة مادة تمهيدية تتقدم الكتاب الأول من قانون الاستهلاك نص فيها على ما يلي: بأنه: " كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في نشاطه التجاري الصناعي، أو المهني"¹. ووفقا لهذا التعريف فإن المستهلك هو الشخص الطبيعي الذي يتعاقد خارج نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الحر وبذلك يكون قد أخرج المشرع الفرنسي الشخص المعنوي من مفهوم المستهلك.

أما التعديل الجديد لقانون حماية المستهلك الفرنسي رقم 2016 -301 بتاريخ 14 مارس 2016 المعدل للقانون رقم 344-2014 بتاريخ 17 مارس 2014 نصت المادة التمهيدية فقرة 01 من هذا القانون على أن "المستهلك" هو "كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر أو الزراعي.

ونلاحظ من هذا التعريف أن المشرع الفرنسي أبقى على نفس التعريف الذي جاء به في تعديل 2014 وأضاف النشاط الزراعي، كما اعتبر الشخص الطبيعي الذي يهدف أو يتصرف لأغراض خارجة عن نشاطه المهني سواء كان نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو زراعياً أو حتى من قبيل الأعمال الحرة مستهلكاً، متبني في ذلك معيار الارتباط المباشر الذي سبق أن كرسه القضاء الفرنسي في أغلب أحكامه كما سبق وأن أشرنا في التعريف القضائي .

ب. مفهوم المستهلك في التوجيهات الأوروبية:

لقد عرفه في توجيه التجارة الإلكترونية رقم 31 الصادر في 8 يونيو 2000، إذ عرف المستهلك في المادة 2 البند (e) بأنه: "كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه المهني أو التجاري". ويلاحظ من هذا التعريف انه يقتصر على المستهلك الشخص الطبيعي الذي يتعاقد خارج لأهداف خارج نشاطه التجاري أو المهني، وبالتالي لا يعد الشخص المعنوي مستهلكاً، وهذا حماية للمستهلك بوصفه طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية.

¹ Art. 3 L de code de la consommation « consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou agricole ».

ت. مفهوم المستهلك في النصوص الدولية :

عرف مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لعام 1980 في مشروع اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين عرف المستهلك : "يعد مستهلكا الشخص الذي يشتري البضائع بصفة رئيسة من أجل الاستعمال الشخصي، العائلي أو المنزلي".

وعلى الصعيد العربي نلاحظ أن المشرع المصري عرفه في قانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018¹ في المادة 1 منه بأنه: "كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية، أو يجرى التعامل معه بهذا الخصوص"، فنلاحظ من خلال هذا التعريف أن المستهلك هو الشخص الذي يتعاقد من أجل الاستهلاك الشخصي أو العائلي .

الفرع الثاني

تحديد مفهوم المورد

قد تتعدد التسميات التي ذكرت بشأن المهني، أو مقدم الخدمة أو السلعة، مورد، متدخل أو محترف وغيرها، تبعا لاختلاف التشريعات النازمة لحماية المستهلك في الجزائر والتشريعات المقارنة . هذا ويعد المهني أو مقدم السلعة أو الخدمة الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية في عقود التجارة الإلكترونية في مواجهة المستهلك، وقد يكون شخص طبيعي أو معنوي. ولتحديد مفهوم المهني سنقسم دراستنا في هذا المطلب الى فرعين، سنتناول في الفرع الأول تعريف المهني، أما الفرع الثاني سنتناول فيه معايير تمييز المورد عن المستهلك .

البند الأول: تعريف المورد

يعرف (المورد) بأنه: " الشخص الذي يتعامل ويتصرف لحاجاته المهنية كمشراء سلع لإعادة بيعها أو الحصول على الخدمات لمصلحة حرفته، أو استئجار المحل التجاري، فالغاية من التصرف هو الذي يضع الشخص في مصافي المهنيين أو المستهلكين² ."

كما عرفه الفقه الفرنسي بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي سواء كان عاما أو خاصا يتصرف لأغراض تدخل في إطار نشاطه المهني سواء كان هذا النشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو حر أو غيره"¹ .

¹ قانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018 الصادر في 13 سبتمبر 2018، جريدة رسمية عدد 37.

² علاء عمر محمد الجاف، المرجع السابق، ص 100 .

وبناء على ما تقدم فإن أغلب الفقه يتفق على أن المهني كل شخص طبيعي أو معنوي يحترف الاعمال التجارية والحرفية وغيرها من اجل تحقيق الربح، فاحتراف التجارة² هو الذي يكسب الشخص صفة المهني.

أما على المستوى التشريعي نلاحظ ان المشرع الجزائري، استخدم مصطلح العون الاقتصادي في القانون 04/02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمعدل بقانون 10-06³، حيث نص في المادة 01/3 على أنه: " كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الاطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها . وبصدور قانون 09/03 المتعلق بحماية المستهلك تبنى المشرع لفظ المتدخل في نص المادة 3 بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات⁴ للاستهلاك. كما عرف المشرع في قانون التجارة الإلكترونية في م 4/6 المورد الإلكتروني بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير سلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية". ومن هنا عرف المشرع المورد الإلكتروني سواء كان شخص طبيعي أو معنوي يقوم سواء بتسويق سلعة أو اقتراح السلع والخدمات عبر مواقع شبكة الانترنت بحيث يتخذ كنافذة لعرض منتجاته وتسويقها.

وتأسيسا على ما تقدم فإن الطائفة التي لا تتدخل في عرض المنتج للاستهلاك لا يصح ادخالها ضمن مفهوم المهني، ولا تستفيد من الحماية المقررة في قانون حماية المستهلك. ولا تعتبر مستهلكا استنادا الى المفهوم الضيق بالرغم من أنها في نفس وضعية المستهلك العادي، الامر الذي يؤدي بنا الى التساؤل عن مدى اعتبار مقدم الخدمة أو المهني مستهلكا.

¹ J Calais-auoy et Henri Temple, *Droit de la consommation, op. cit*, p 04.

² الاحتراف : هو ممارسة الاعمال التجارية على سبيل التكرار بصفو منتظمة ومباشرة . ومستمرة واتخاذها مهنة للحصول على مصدر رزق. معترز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف مفهومه التزاماته ومسؤولياته، دار النهضة العربية، القاهرة، دس، ص 22.

³ قانون رقم 10-06 مؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق 15 أوت سنة 2010، يعدل ويتم القانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جمادى الاولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18 أوت 2010.

⁴ عرفت م 1 من قانون 03/09 المنتج بأنه : " كل سلعة أو خدمة يمكن ان يكون موضوع التنازل بمقابل أو مجانا " وعرفته م 2 من المرسوم التنفيذي 90/39 بأنه " كل شيء منقول يمكن ان يكون موضوع معاملات تجارية ".

لقد أثار هذا التساؤل جدلاً فقهيًا واسعاً، والعلّة في ذلك أن المهني الذي يتصرف لأجل مهنته لكن خارج نطاق تخصصه يكون في الواقع في مركز ضعف لا يختلف عن مركز المستهلك وإن كان تصرفه ذو صلة بنشاطه المهني، مثال ذلك الفلاح الذي يبرم عقد تأمين على نشاطه أو التاجر الذي يقيم نظام إنذار لمتجره، فالفلاح والتاجر هم حينئذ يتصرفون خارج نطاق تخصصهم لا فرق بينهم وبين المشتري العادي الذي لا دراية له بالسلعة أو الخدمة التي يتعاقد لأجلها، وقد يجدون أنفسهم في مواجهة متعاقد محترف فيكونون بذلك في وضعية لا تختلف عن وضعية المستهلك العادي، ما قد يجعلهم جديرين بأن تشملهم قواعد الحماية المقررة للمستهلك، وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي وأيده القضاء في بعض أحكامه¹.

في المقابل رفض جانب من الفقه والقضاء توسيع مفهوم المستهلك ليشمل هذه الطائفة، مبرراً توجهه بأن المهني الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه لا يكون بالضرورة في موقف ضعف كالمستهلك، ذلك أن الذي يتعاقد لحاجات مهنته يكون بوجه عام أكثر خبرة وحرصاً من ذلك الذي يتعاقد لحاجاته الشخصية وبالتالي له قدرة الدفاع عن مصالحه بشكل أفضل. وهذا ما أيده الاجتهاد القضائي في انحيازه للمعنى الضيق على حساب الموسع كما سبق التطرق إليه في المفهوم القضائي².

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإن قانون 09-03 وإن كان يستهدف حماية المستهلك بمعناه المذكور سلفاً، فإن صياغة بعض أحكامه توحى بأنها تسري على كل مقتن للسلعة أو الخدمة مطلقاً سواء حاز صفة المستهلك أم لم يحز، مثال ذلك نص المادة 13 باستثناء الفقرة 4 المتعلقة بالضمان القانوني، وكذا المادة 15 المتعلقة بالحق في التجربة، كما أن تعلق الكثير من أحكام ق 09-03 بالسلع والخدمات المعروضة للاستهلاك بصرف النظر عن صفة من يقتنيها كالأحكام المتعلقة بالزامية النظافة والسلامة وأمن المنتجات، يكفل الحماية في واقع الحال لكل من يقتني سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك مستهلكاً كان أو مهنيًا، ما من شأنه التقليل من أهمية صفة المستهلك كضابط لتطبيق أحكام القانون 09-03 من الناحية الفعلية، ولعل هذا ما تعكسه المادة الثانية من هذا القانون التي حددت نطاق تطبيقه حينما ركزت على محل الاستهلاك بدل شخص المستهلك³.

¹ J. Calais - Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*", 5^{ème}., Dalloz, 2002, p. 10.

² J. Calais - Auloy et F. Steinmetz, *op.cit.*, p.12.

³ محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 9 جوان 2013، ص 67.

وعلى مستوى التشريعات المقارنة فلقد عرفه المشرع الفرنسي في تعديله لقانون الاستهلاك بالمرسوم رقم 2017-203 الصادر في 21 فبراير 2017، في م الثالثة منه بانه : " كل شخص طبيعي أو اعتباري عام أو خاص يتعاقد لأغراض متعلقة بنشاطه التجاري أو الحرفي أو الزراعي أو الصناعي حتى لو تعاقد باسم أو نيابة عن شخص آخر مهني " ¹.

وعرفه المشرع المصري في قانون حماية المستهلك السالف الذكر في م الأولى منه بأنه: " كل شخص يمارس نشاطا تجاريا أو صناعيا أو مهنيا أو حرفيا يقدم خدمة للمستهلك أو ينتج سلعة أو يصنعها أو يستوردها أو يصدرها أو يبيعه أو يؤجرها أو يعرضها أو يتداولها أو يوزعها أو يسوقها، وذلك بهدف تقديمها الى المستهلك أو التعامل أو التعاقد معه عليها بأي طريقة من الطرق بما في ذلك الوسائل الإلكترونية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة ". فمن خلال التعريف نلاحظ ان المشرع المصري توسع في تعريف المورد إذ تطرق الى اغلب الصور التي ممكن ان يظهر بها المتعاملون مع المستهلك.

البند الثاني : معايير تمييز المورد عن المستهلك

إن العبرة من تمييز المورد عن المستهلك تكمن في تحديد الطبيعة القانونية لأثر فعل كل منهما، وهو ما يدفعنا الى الحديث عن معايير تمييز كل منهما.

أولاً: معيار الاحتراف

المقصود باحتراف الاعمال التجارية هو تكرار العمل بصفة دائمة ومنتظمة ومستمرة، واتخاذها مهنة للحصول على مصدر رزق كما يرى البعض ان عقود الاستهلاك لا يشترط في المزود ان يكتسب صفة التاجر، ولكن يكفي بشأن العلاقة مع المستهلك اعتياد الشخص القيام بعمل يتعلق بمهنته².

ثانياً: معيار الربح

يعتبر الربح معيار هام لتحديد تعريف المهني في علاقته مع المستهلك فالمهني يمارس نشاطه لتحقيق الربح، بحيث تعتبر قانون الاستهلاك المهني بأنه ذلك الشخص الذي يقوم بتقديم شيء ما وخدمة مقابل اجر أو مجانية لشخص يدعى المستهلك، فعنصر الربح لا يمكن أن يكون محل نظير في علاقة المستهلك بغيره نظرا لوجود حالات لا يكون فيها هدف الربح كما هو الحال بالنسبة للتعاونيات والتي تقدم

¹ V. Art. L 3 du code de la consommation : «professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ».

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

سلع أو خدمات وهذا ما ذهبت إليه لجنة تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي التي غضت النظر عن مسألة الربح عند الوقوف على مفهوم المهني¹.

فحسب هذا المعيار فالمهني هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي باشر حرفة تجارية أو صناعية أو فنية مهنية أو حرة أو زراعية أو مدنية على وجه الاحتراف، ويتمكن من خلال هذه الحرفة الحصول على السلع أو الخدمات وتقديمها للجمهور بمقابل وقد يكون هذا الشخص منتجا أو موزعا أو تاجرا، ما يهدف الحصول على ربح.

المطلب الثاني

دوافع حماية حقوق المستهلك المتعاقد عبر شبكة الانترنت

تكمن أهمية توفير الحماية للمستهلك في العقد الإلكتروني نظرا لمركزه القانوني الضعيف مقارنة بالمحترف الذي يملك من الخبرة ورأس المال ما لا يملكه المستهلك، فهذا التفاوت يسم مركز المستهلك بالضعف ويسم العقد بعدم التوازن وهذا ما يدعو المشرع إلى التدخل لبسط حمايته على الطرف الضعيف وإعادة التوازن للعقد، وتتخلص مبررات الحماية في مبررات القانونية (فرع الأول) ومبررات تقنية تتمثل في افتقار المستهلك إلى التنوير المعلوماتي التقني، وحاجة المستهلك إلى الخدمات الإلكترونية (فرع ثاني).

الفرع الأول

المبررات القانونية

يمكن حصر المبررات القانونية لحماية المستهلك في:

1 . المركز القانوني للمستهلك : يعد الاستهلاك المرحلة الأخيرة من مراحل الدورة الاقتصادية. إذ تبدأ هذه الدورة بإنتاج السلعة أو الخدمة وتتم بتوزيعها ثم تنتهي باستهلاكها. وهكذا فإن المستهلك يكون الشخص الأخير في العملية الاقتصادية. إذ تنتهي عند عملية التداول، فالسلعة والخدمة إذا آلت إليها فإنها تنتهي إلى الركود والسكون²، ويتحقق هذا المفهوم عندما يكون الغرض من الحصول على

¹ جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2002، ص. 29.

² باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، منشورات دار الحكمة، ط 2، بغداد، العراق، 1992، ص 35

السلعة أو الخدمة هو الاستعمال الشخصي كمن يشتري أثاثاً لمنزله أو واسطة نقل لاستعماله الشخصي أو يبرم عقد تأمين من السرقة على بيته أو عقد تأمين من الحوادث الشخصية على نفسه. فالمورد يختلف عن المستهلك من خلال غرضه في إبرام العقد، كمن يشتري السلعة بنية إعادة بيعها أو يشتري الآلات اللازمة لمصنعه أو يقترض من أحد المصارف لتمويل مشروعه الاقتصادي. فمثل هذه الأنشطة تدخل في حلقة الإنتاج والتوزيع وتخرج عن نطاق الاستهلاك وهذا الفارق الجوهرى هو الذي يبرر إحاطة المستهلك دون المحترف بالحماية فالمحترف يملك الخبرة والقدرة المالية، ويتضح ذلك من مفهوم الحرفة، فالحرفة على النحو الذي اتفق عليه الفقه تعني تكريس الشخص نشاطه بصورة منتظمة ومستمرة للقيام بعمل معين واتخاذ مهنة له ولما كانت الحرفة ذات طبيعة اقتصادية فإن القطاعات الاقتصادية التي تمارس خلالها الحرفة لا تعدو أن تكون مشاريع الإنتاج أو مشاريع الخدمات أو مشاريع التوزيع¹.

إذ إن ما يبرر وجود قواعد قانونية تحمي المستهلك هو عدم التوازن في العلاقات القانونية حينما يكون أحد الطرفين مستهلكاً والآخر محترفاً يتعامل مع المستهلك بهذه الصفة فالحماية في مثل هذا الفرض تنصب على إعادة التوازن قدر الإمكان إلى العلاقة القانونية ومنع تضرر المستهلك جراء استغلال المحترف لمركزه الأقوى في علاقتهما القانونية.

وعليه أن المركز القانوني للمستهلك في علاقته بالتاجر هو أساس فكرة إحاطته بالحماية القانونية، فالتاجر المحترف الأقوى اقتصادياً ومعرفياً يكون في مركز قوي ومركز معلوماتي كبير، خلافاً للمستهلك الذي يعاني من الافتقار المعلوماتي ويسعى إلى الحصول على أفضل المنتجات والخدمات ويكمن توضيح المركز القانوني للمستهلك في التجارة الإلكترونية في ما يلي: . أن التعاقد الإلكتروني يجري بين طرفين، أحدهما مستهلك لا يعرف الطرف الآخر إلا ما تسمح به التقنيات التي يملكها التاجر المحترف فضلاً عن وجودهما في دولتين مختلفتين لكل منهما نظامها القانوني وفي ظل وسيط لا مادي وتطور تكنولوجي كبير يسبق أي تطور قانوني².

¹ باسم محمد صالح، المرجع السابق ص 78 .

² أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2005، ص. 88.

إن المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية غير قادر على التفاوض على شروط العقد، فهذه الأخيرة تعد مسبقاً من قبل التاجر وليس أمام المستهلك سوى رفضها أو الامتنال لها، وقد تكون شروط تعسفية¹.
 . عدم معرفة العديد من المستهلكين بالجوانب القانونية للنظام التسويقي لكل من السلع والخدمات والتي يمكن اللجوء إليها وقت الضرورة لحمايتهم.

تغير النظرة القانونية والسياسية لموضوع الحماية، وقبول الحكومة التدخل لحماية مصالح المستهلكين واتجاه السياسيين لتأييد حماية المستهلك كوسيلة لكسب المزيد من الأصوات في مجال حماية المستهلك².

الفرع الثاني

المبررات التقنية

تكمن مبررات حماية المستهلك الإلكتروني في النقاط التالية:

أولاً: التطور الحديث على شبكة الانترنت:

على أساس أنّ أي قانون أو قاعدة قانونية لا يصدر إلا بعد ظاهرة اجتماعية وباعتبار أنّ ذلك ينطبق والحال هذه فإنّ الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني أضحت أكثر إلحاحاً بعد استحداث الظاهرة الإلكترونية التكنولوجية في مجتمعنا.

فالتطور التقني في هذا الجانب يمثل واقعا عمليا يأتي كل لحظة بالجديد، مما ينبغي أن يقود إلى تحسين الروابط التجارية بين المنتج والمستهلك بهدف الحصول على أفضل أداء للممارسات التجارية الإلكترونية، ويتمثل ذلك في عدم قدرة المستهلك على معاينة المبيع، بطريقة حقيقية، أو الالتقاء مع المنتج في مجلس عقدي تقليدي³. وعليه تعد شبكة الانترنت من أحدث خدمات التقدم التقني التي تعتمد على تفاعل

¹ عبد الله مخلافي زلينا زكرياء، مبررات حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد 3 عدد 2 جزء الثاني، 2019، العراق، ص. 62.

² صافي حمزة، حقوق المستهلك المتعاقد عبر شبكة الانترنت، الملتقى الدولي السابع عشر حول: "الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة" المنعقد يومي 10/11 أفريل 2017 منشور في مجلة الحقوق والحريات، العدد 4، أفريل 2017، ص. 388 .

³ مومني بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر التعاقد، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2004، ص-ص 10 و11.

المستهلك مع جهاز متصل بشبكة الانترنت مما يجعله يتمكن، الحاسوب أو الهاتف الذكي أو اللوح الإلكتروني من الوصول إلى العديد من السلع والخدمات بطريقة سهلة.

ثانياً: حاجة المستهلك للخدمات الإلكترونية

إن افتقار المستهلك إلى الخدمات الإلكترونية يجعله عاجز عن التفاعلية بتبصر مع المواقع التجارية غير شبكة الانترنت، لكن مع التطور الحاصل في شبكة الانترنت أدى إلى الاهتمام بالمواقع التجارية الإلكترونية¹. وعليه إن التطور الحاصل في شبكة الأنترنت أدى إلى الاهتمام بالمواقع التجارية التي تحتوي على خدمات متعددة كالخدمات العقارية السياحية والمصرفية وغيرها من الخدمات الأخرى المهمة فحاجة المستهلك الضرورية إلى الخدمات الإلكترونية تتبع من كونها توفر منتجات وخدمات ذات جودة عالية بأسعار معقولة بسبب كثرة المواقع الإلكترونية التجارية وزيادة المنافسة بين هذه المواقع على تقديم الأفضل للمستهلك، بالإضافة إلى الخدمات الممتازة لعلميات ما بعد البيع فأهمية الخدمات الإلكترونية الموجودة على شبكة الأنترنت تزيد من إقبال المستهلكين فهي محور طلب للكثير من المستهلكين، ومن هنا كانت الحاجة للبحث عن الحماية للمستهلك بشكل ملح وواضح².

بالإضافة الى ذلك افتقار المستهلك للثقافة الإلكترونية ونقصه المعرفي حول كيفية التعامل مع شبكة الانترنت والتعمق فيها قد تواجهه مشاكل من خداع وقرصنة من خلال مواقع وهمية.

¹ اسامة احمد بدر حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، دط، الاسكندرية، مصر، 2008، ص. 83.

² عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص. 31.

الفصل الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التفاوض

أضحت حماية المستهلك من الأولويات المهمة في جميع التعاملات التجارية، خاصة في مجال التجارة الإلكترونية لأن المستهلك في هذه البيئة يتعرض للكثير من المخاطر خاصة في مرحلة السابقة لإبرام العقد أو مرحلة التفاوض، لا سيما في إطار الاعلانات التجارية التي يتلقاها هذا الأخير عبر شبكة الانترنت باعتبار أن العقود التي يبرمها المستهلك هي عقود مبرمة عن بعد أو عقود التجارة الإلكترونية التي تتم باستخدام الوسائل التقنية الحديثة، فانه ليس في الوسع تجاهل التحديات الكبرى التي يواجهها المستهلك من خلالها، خاصة وانه يمثل الحلقة الضعيفة في علاقته القانونية مع الطرف المقابل المتمثل في مقدم الخدمة نظرا لكونه في مركز أقوى من المستهلك، إذ كثيرا ما تصادف الأعمال التجارية قبل إبرامها، شكل من أشكال الدعاية أو الاعلان قصد التعريف بالمنتجات والخدمات والترويج لها عبر وسائل الاعلام المرئية أو المقروءة أو المسموعة، إذ أصبحت تشكل أكبر المصادر دخلا وأكثرها ربحا، سواء على مستوى الأفراد أو الشركات أو حتى على مستوى الدول، خاصة في ظل زيادة التنافس بين التجار.

وقد يلجأ مقدم الخدمة من أجل الترويج عن منتجاته إلى بعض الطرق الاحتيالية كالغش والخداع للتأثير على سلوك المستهلك وقراره في الاقبال على التعاقد بشأن سلع أو خدمات لا تتماشى بالضرورة مع طموحاته، الأمر الذي يستدعي التدخل لحماية المستهلك في المرحلة السابقة لإبرام العقد أو مرحلة التفاوض.

وعليه سنحاول من خلال هذا الفصل أن نتطرق إلى دراسة التنظيم القانوني للإعلان التجاري الإلكتروني (المبحث الأول) ونتطرق الى الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التنظيم القانوني للإعلان التجاري الإلكتروني

أصبح يشكل الاعلان أهم آليات النشاط التجاري في المنافسة وتحقيق الربح عبر الشبكات الإلكترونية باعتباره وسيلة من وسائل الدعاية التي يلجأ اليها المنتجين والتجار من أجل الترويج بمنتجاتهم عبر شبكة الانترنت، من خلال حملات اعلانية مصممة ومجهزة من أجل جلب عدد أكبر من المستهلكين والتأثير على ارادته وجعله يقدم على التعاقد من دون تروي وتفكير. فبالرغم من المزايا والمحسن التي يحققها الاعلان وكونه أداة تنوير وتبصير للمستهلك عن المنتجات والخدمات المراد اقتنائها خاصة وانه يتعاقد عن بعد من وراء شاشة الحاسوب، ومدى قدرتها على الوفاء بحاجاته، إلا انها لا تخلو من المخاطر التي قد تؤثر سلبا على ارادة المستهلك، إذا ما لجأ المحترف الى اساليب الغش والكذب والخداع لتضليل المستهلك. وعليه فان حماية المستهلك من التضليل الاعلاني قد تحتل أهمية قصوى، لذلك سنتناول في هذا المبحث مفهوم الاعلان الإلكتروني (المطلب الأول) ومظاهر حماية المستهلك في مواجهة الاعلانات التجارية المضللة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية الاعلان التجاري الإلكتروني

La publicité commerciale électronique

يعتبر الاعلان الإلكتروني من طائفة العقود التي تبرم وتنفذ عبر الانترنت أو أي وسيلة الكترونية أخرى، فهو اهم مصدر للمعلومات بالنسبة للمستهلك من خلال امداده بالمعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة التي يود الحصول عليها، وعليه فان الوقوف على تعريف محدد للإعلان التجاري في ظل تباين اهدافه وتعدد مجالاته هو من اول المسائل الجديرة بالاهتمام في هذه الدراسة. أجل ذلك يتوجب علينا التطرق الى المقصود بالإعلان التجاري وضوابطه وطبيعته القانونية، فضلا عن بيان دوره في حماية المستهلك في المرحلة السابقة لا برام العقد.

الفرع الأول

مفهوم الاعلان التجاري الإلكتروني وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة

إن البحث عن ماهية الاعلان التجاري يقتضي منا تحديد مفهومه وإبراز عناصره التي من خلالها يمكن تمييزه عن ما قد يشته به من صور أخرى.

البند الأول: تعريف الاعلان التجاري

يعرف الاعلان بأنه: "كل وسيلة تهدف الى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية"¹. كما ويعرف بأنه: " اخبار يتولاه شخص محترف بقصد التعريف بمنتوج أو خدمة معينة وذلك بإبراز مزاياها ومدح محاسنها بغرض ترك انطباع مقبول عنها لدى جمهور المخاطبين بها، يؤدي الى اقباله على المنتجات والخدمات محل الاعلان"². كما وقد يعرف بأنه: "كل نشاط يعمل على عرض منتج أو خدمة ما للعمامة بأي وسيلة من وسائل الاعلان بطريقة مغرية ومثيرة، لقاء أجر بهدف جذب انتباههم اليه تحفيزا لهم على التعاقد من أجل تحقيق ربح مادي"³.

ولقد عرفه الفقيه الفرنسي (Yeves Guyon)⁴ بأنه "الاعلان التجاري الذي يهدف الى لفت أنظار العملاء الى صفات السلع أو الخدمات التي يقدمها التاجر".

لقد عرفه التوجيه الأوروبي المتعلق بالإعلانات المضللة رقم 450 الذي اعتمد في سنة 1984⁵ والمعدل بالتوجيه رقم 55 في عام 1999 لكي يشمل الاعلانات المقارنة، وعرف الاعلان في م 1/2 بأنه: "كل

¹ عبد الله زيب محمود، المرجع السابق، ص 67.

² بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006، ص 165.

³ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، ط 2، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 94.

⁴ La publicité commerciale a pour but d'attirer l'attention de la clientèle sur les qualités des biens ou des services offertes par un commerçant. Elle est l'art et l'industrie de la tentation exercée sur le consommateur et elle ne doit pas être confondue avec la publicité légale, qui est obligatoire, et qui a pour objet de porter un acte juridique à la connaissance des tiers ». Yves Guyon, Droit des affaires, tome 1, 12^{ème} éd. Delta, Paris, 2003, p 988.

⁵ Directive du conseil n°84/450 du 10 sept 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, JOCE n° L250 du 19/9/1984.

شكل من اشكال الاتصال الذي يتم في سياق النشاط التجاري، الصناعي والحرفي أو المهني من أجل تشجيع توريد السلع والخدمات بما فيها السلع العقارية والحقوق والواجبات¹. كما ان التوجيه المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 8 يونيو 2000، عرف الاعلان عبر الانترنت بأنه أي شكل من أشكال الاتصال يهدف الى الترويج بشكل مباشر أو غير مباشر للسلع أو الخدمات أو صورة مؤسسة أو شخص يمارس نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا يمارس مهنة منظمة².

وعرفه القانون البلجيكي³ في قانون الممارسات التجارية وحماية المستهلك في المادة 22 منه بأنه : " كل اتصال يهدف بشكل مباشر أو غير مباشر الى الرفع من مبيعات المنتجات أو الخدمات بما في ذلك الاموال العقارية والحقوق والالتزامات كيفما كانت الوسائل المستعملة، وفي أي مكان.

كما عرف المشرع الفرنسي الاشهار التجاري في القانون 79/1150 الصادر في 29 ديسمبر 1979 المتعلق بالإشهار والعلامات واللافتات في المادة 3 التي نصت على أنه: " يعتبر اشهار باستثناء الاشارات واللافتات كل نقش أو صورة تهدف الى اطلاق الجمهور أو لجذب انتباهه وأجهزة هدفها الرئيسي الحصول على مثل هذه النقوش والاشكال أو الصور بغرض اعتبارها اشهارات تجارية، كما عرف المشرع الفرنسي الاعلان في المرسوم المحدد للمبادئ العامة للالتزامات المتعلقة بخدمات الدعاية والاشهار رقم 280-92 المؤرخ في 27 مارس 1992⁴ والمتعلق بكيفية تطبيق المواد 27 و33 من قانون 87-1067 المؤرخ في 30 سبتمبر 1986 المتعلق بحرية الاعلام في المادة 2 منه على أنه: "أي شكل من أشكال نشر الرسالة التلفزيونية مقابل أجر أو أي مقابل آخر بقصد تنمية توريد السلع والخدمات بما فيها تلك التي تقدم تحت التسميات النوعية في سياق النشاط التجاري والصناعي، الحرفي أو المهني لضمان التسويق التجاري لمشروع عام أو خاص. كما لم يتضمن قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 تعريفا صريحا

Article 2-1 : « Toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens, ou de service, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations ».

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

² La directive sur le commerce électronique, adoptée le 8 juin 2000, appliquée aux services de la société de l'information qui a donné une définition à la publicité en ligne: « Toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne, ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée ».

³ القانون الصادر في 14 يوليو 1991

⁴ Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30/09/1986 relative à la liberté de communication (loi Léotard). Disponible sur le lien : www.legifrance.gouv.fr

للإشهار التجاري غير ان م 121-1 نصت على حضر كل دعاية تحتوي أي شكل من الاشكال الادعاءات أو المعلومات الكاذبة أو العروض المضللة سواء شمل التضليل طبيعة السلعة أو تكوينها أو كميتها أو طريقة الصنع أو صلاحيتها أو اسعارها¹. غير انه في اصداره لقانون الاستهلاك الاخير سنة 2016² نص على حضر الاشهار التجاري المضلل ضمن الممارسات التجارية الخادعة.

كما أن المادة 20 من القانون 2004-575 المؤرخ في 21 يونيو 2004 المتعلق بشأن الاقتصاد الرقمي، والمعدلة بموجب م 93 من ق 2008-3 نصت على أنه: " كل اعلان أيا كان شكله يتم التوصل اليه بناء على خدمة الاتصال العامة عبر شبكة الانترنت لا بد أن يكون محدد بوضوح ومن شأنه أن يتيح للشخص الطبيعي أو المعنوي امكانية التعرف على مصدره بوضوح"³.

وبالنسبة للتشريعات العربية فإن المشرع المصري لم يعرف الاعلان التجاري في قانون ح م رقم 181 لسنة 2018 وإنما اكتفى بتعريف المعلن في المادة 6/1 منه بأنه: " كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام اي وسيلة من الوسائل الاعلانية أو الاعلامية بما في ذلك الوسائل الرقمية ".

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقلد عرف الاشهار في المرسوم التنفيذي 39/90 السالف الذكر في المادة الثانية منه والتي نصت على: "جميع الاقتراحات أو الدعايات أو العروض أو الاعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة أسانيد بصرية أو سمعية بصرية". وعرفه كذلك في القانون 04/02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية من خلال المادة 3 منه بنصها:

¹Th Verbiest, « La protection juridique du cyber-consommateur, éd. Litec, 2002, p. 8.

² Ordonnance n °2016-301 du 14 mars 2016, Art 121-1 : « Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou elle est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service. Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateur ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe. Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses ».

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

"الاشهار كل اعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة الى ترويج السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة". تجدر الاشارة الى أن قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لم يعرف الاشهار التجاري ولم يتطرق لموضوع الاعلان التجاري. وفي قانون التجارة الإلكترونية 05/18 عرف الاشهار بموجب المادة 6/6 : "الاشهار كل اعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة الى ترويج بيع السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

نلاحظ أن هذا التعريف نفسه الوارد في قانون 02/04 غير أنه اضاف الوسيلة المستعملة في الاشهار وهي الاتصالات الإلكترونية .

نستنتج مما تقدم أن أغلب هذه التشريعات تنصب حول جذب المستهلك كمتعاقد لدفعه نحو إبرام العقد الإلكتروني.

البند الثاني: تمييز الاعلان التجاري عما قد يشتبه به من صور

هناك العديد من وسائل الاتصال الاخرى مع المستهلكين، إلا أن هناك فروقات جوهرية بينها وبين الاعلان التجاري وهي كالاتي :

أ. الإعلان والاعلام :

يعتبر الاعلان مصدر لنشر المعلومات والحقائق والابخار بين أفراد المجتمع، وما يميز الاعلان عن الاعلام هو ان الاعلان يهدف الى ترويج المنتجات أو الخدمات بقصد تحقيق الربح، باعتبار ان الاعلان مدفوع الاجر عادة، في حين أن الاعلام لا يستهدف تحقيق الربح لأنه لا يهدف الى ترويج المنتجات والخدمات، وإنما يهدف الى اشاعة المعلومات في الوسط المتلقي لها¹.

ب. الإعلان والدعاية :

يقصد بالدعاية النشاط الذي يؤدي الى التأثير في قناعة الجمهور ونشر أفكار وأراء معينة، وتختلف الدعاية عن الاعلان في أن الدعاية لا تقتصر على الجانب التعاقدى بل تشمل الدعاية التجارية التي تمثل الحد الاقصى للإعلان التجاري، حيث لا يكفي المعلن بالإعلان عن المنتج أو الخدمة فحسب بل يدعو لها بأساليب أكثر إيجابية يكون لها بعد أو أثر أكبر من الاعلان².

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 46.

² احمد شهاب أزغيب، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر 2016، ص. 129.

وتتفق الدعاية مع الاعلان في أنها تستخدم نفس وسائل الاعلان فضلا على ان الاعلان الجيد يستعمل يستخدم أساليب الدعاية في إبراز عوامل الجمال في المنتج والتأثير النفسي على المستهلك¹.

ت. الإعلان والترويج:

يشترك الترويج مع الاعلان التجاري في تحسين صورة المنتج أو الخدمة وإظهار مزاياها لدى المستهلك، إلا أن الترويج يمنح شيئا ملموسا مثل تخفيض الاسعار وإجراء المسابقات واعداد الكتالوجات وتقديمها. ومن ثم يفترض فيه التواجد في أماكن وجود العملاء وهو ما يفسر ان الترويج يتوجه الى عدد محدود من المستهلكين بخلاف الاعلان الذي يتوجه الى عدد غير محدود من المستهلكين².

البند الثالث: شروط الاعلان الإلكتروني

لكي تعتبر الاعلانات التجارية نزيهة، يجب ان تتوفر فيها شروط معينة في الاشهر التجاري تبنتها مختلف التشريعات حماية لإرادة المستهلك من التجاوزات التي قد يرتكبها المحترف اثناء ترويج منتجاته . وهذه الشروط تتمثل في:

أ . أن تكون المعلومات الواردة في الاعلان صادقة:

يتمثل الاعلان في مجموعة من المعلومات حول السلعة أو الخدمة المعلن عنها، حيث تحتوي هذه الاخيرة على الصفات المميزة للشيء المعلن عنه، ويجب أن تكون تلك المعلومات صادقة ومطابقة للواقع تماما. وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المرسوم 92-280 المؤرخ في 27 مارس 1992³ السالف الذكر في المادة 3 منه بنصها: "الاشهار يجب أن يتوافق مع متطلبات الصدق".

ب . أن تكون المعلومات واضحة:

يشترط في الاعلان أن يكون واضحا غير مبهم أو يحمل أكثر من معنى، وهذا مراعاة للمستهلك من اجل ان يقدم على التعاقد بإرادة واعية ومستنيرة، ولقد نص التوجيه الأوربي المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 2000 / 31 من خلال المادة السادسة بنصها : " يجب أن تكون الاتصالات التجارية محددة بوضوح ..."⁴. ونص المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 13-378¹، في م 36 منه على: "

¹ احمد شهاب ازغيب، المرجع السابق، ص. 130.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 48.

³ Art 3 du Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 : « La publicité doit être conforme aux exigences de véracité.

⁴ Art 6 de la directive n° 2000/31/CE DU Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment

يجب أن لا يوصف أو يقدم أي غذاء بطريقة خاطئة أو مضللة أو كاذبة أو من المحتمل أن يثير انطبعا خاطئا بخصوص نوعه بطريقة تؤدي الى تغييط المستهلك.

يجب أن لا تكون الادعاءات على الوسم وعرض المواد الغذائية الموضوعة حيز الاستهلاك: غير صحيحة أو غامضة أو مضللة ...".

وبالتالي كلما قدم المعلن معلومات جامعة ومانعة عن السلعة أو الخدمة كلما ساعد المستهلك على الاقبال الى التعاقد مطمئن بأن المنتج الذي سيحصل عليه سيجد فيه نفس المواصفات الواردة في الاعلان

ت . استعمال اللغة الوطنية في الاشهار :

لقد تعددت النصوص القانونية التي تؤكد ضرورة استعمال اللغة الوطنية في الاشهار التجاري، حيث نص التشريع الفرنسي بموجب قانون رقم 665/94 الصادر بتاريخ 4 اوت 1994 والمسمى بقانون Toubon² بموجب م 02 من هذا القانون على ضرورة استعمال اللغة الفرنسية بصفة إلزامية في تسمية أو عرض أو تقديم تعليمات الاستخدام ووصف نطاق وشروط ضمان المنتج أو الخدمة، كما نص مرسوم 95/240 الصادر في 5 مارس 1995³ على ان عدم استعمال اللغة الفرنسية في الاعلان المكتوب، الناطق أو المرئي المسموع يعاقب عليه بالغرامة المقررة للمخالفات من الدرجة الرابعة وهو ما ينطبق على الاعلان على شبكة الانترنت .

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على إلزامية استعمال اللغة الوطنية في الاعلانات التجارية بمقتضى المرسوم رقم 70/74 المؤرخ في 3 أفريل 1974⁴ المتضمن تعريب الاعلانات الخاصة بالإشهار

du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»):

Point a) la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle.

¹ المرسوم التنفيذي 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المحدد لشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ج . ر .

ع. 58.

² Art. 2 de la Loi n° 94-665 du 04 aout 1994 relative à l'emploi de la langue français : « Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire. Les mêmes dispositions s'appliquent à toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle ».

³ Décret n°95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

⁴ المرسوم رقم 70/74 المؤرخ في 10 ربيع الاول 1394 الموافق ل 3 افريل 1974 والمتضمن تعريب الاعلانات الخاصة بالإشهار التجاري ج ر ج رقم 1974/29

التجاري، حيث نصت م 1 منه على: " أن الأشهار التجاري الذي يوضع وينشر في التراب الوطني يجب ان يعبر عنه باللغة العربية ويسمح باستعمال لغة أجنبية لنفس الغاية ، وفي هذه الحالة يجب أن يأتي نص الأشهار باللغة الاجنبية على سبيل التكملة ويكون عبارة عن ترجمة للنص العربي أو نقلا عنه ". الى جانب المرسوم السالف الذكر نجد القانون رقم 05/91¹ الذي تضمن تعميم استعمال اللغة العربية، وهذا ما جاءت به م 19 والتي تنص : " يتم الأشهار بجميع انواعه باللغة العربية " .

كما نص المشرع في ق 03/09 السالف الذكر في المادة 18 على استعمال اللغة العربية بنصها: " يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان الاستعمال وكل معلومة أخرى معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا ...". أما عن الوضع في التشريع المصري فقد اوجب قانون ح م المصري لسنة 2018 في المادة 5 منه بأن يلتزم المورد بأن تكون جميع الاعلانات والبيانات والمعلومات والمستندات والفواتير والايصالات والعقود بما في ذلك المحررات والمستندات الإلكترونية وغير ذلك بما يصدر عنه في تعامله مع المستهلك مدونا باللغة العربية وبخط واضح تسهل قراءته "، ونصت م 6 : "يلتزم المورد بان يضع على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية بشكل ظاهر وواضح تسهل قراءتها، وعلى النحو الذي يتحقق به الغرض من وضع تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج وطريقة الاعلان عنه أو التعاقد عليه.

ث. احترام الضوابط والقيود في إشهار بعض المنتجات:

استلزمت بعض النصوص القانونية قيود على بعض الاشهارات والتي لها تأثير مباشر على المستهلك، حيث وضعت التشريعات تنظيمات خاصة مرتبطة بجزاءات مدنية وجنائية على المخالفين بخصوص بعض الاشهارات والتي منها الاشهار عن التبغ والمشروبات الكحولية والمنتجات الصيدلانية بين الحضر والتقييد . حيث نص المشرع الجزائري لأنواع التبغ والكحول وهذا طبقا لنص المادة 65 من ق 11/18² على أنه : " يمنع الاشهار لأنواع التبغ والكحول وأشار المشرع الى الزامية الترخيص المسبق للإشهار وذلك بخصوص المواد الصيدلانية، كما نص القانون 13/08³ المعدل والمتمم لقانون

¹ القانون 05/91 المؤرخ في 16/01/1991 يتضمن استعمال اللغة العربية، ج ر عدد 03

² قانون 11/18 المؤرخ في 11 يونيو المتعلق بالصحة ، ج ر ج عدد 46 صادر في 29 يوليو 2018

³ القانون 13/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدل ويتمم القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر ج ع

44 المؤرخة في 03 اوت 2008 .

05/85، من خلال المادة 194 منه : " على أن تخضع كل عملية إشهار تخصص المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري مسبقا على تأشيرة اشهار تسلمها الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية بعد أخذ رأي اللجنة المكلفة بمراقبة الاعلام الطبي والعلمي والاشهار " . نفس الحكم اخذ به المشرع الفرنسي بالنسبة للمنتجات الصيدلانية فقد نظم الاشهار في هذه المنتجات في المواد 1-5122 الى 16-5122 التي تتطلب وجود ترخيص بوجود ترخيص بوضع الادوية الموجهة للاستعمال الانساني والحيواني في السوق بناء على التوصيات الصادرة من الاتحاد الاوروبي وفق نظام CE N° 726/2004 الصادر من البرلمان الاوروبي، بالإضافة الى ترخيص مسبق من الوكالة الفرنسية لسلامة الادوية والمنتجات الصحية لإشهار المواد الصيدلانية¹.

البند الرابع: أشكال الاعلانات التجارية

تتنوع أشكال الاعلانات على شبكة الانترنت، حيث يتسم كل نوع بطبيعته الخاصة التي تميزه عن غيره وتتخذ هذه الاعلانات أحد الاشكال الآتية :

أولا : مواقع الانترنت les sites

من الصعب حصر المواقع المستخدمة في الاعلان عن السلع والخدمات نظرا لتعدددها، حيث يمكن لكل شخص أن يتصفح المواقع المستخدمة في الاعلان عن السلع والخدمات، وقد تشتهر صفحات الانترنت بالكتالوج الافتراضي، لأنه يظهر كل ما يتعلق بخصائص السلعة أو الخدمة، كما لا يقتصر دور صفحات الويب على الدعاية والاعلان فحسب وإنما تسمح بتنفيذ أوامر الشراء وإبرام الصفقات من خلاله وعادة ما يتم تصميم هذه المواقع بطريقة تجذب الجمهور بحيث تتضمن أشكال ورسومات والصور ملونة ومتحركة، كما يعتبر الاعلان على المواقع من اقل وسائل الاعلان تكلفة مقارنة بالوسائل الاخرى².

ثانيا : الشرائط الاعلانية Bandeaux publicitaire

الشريط الاعلامي مستطيل صغير الحجم مقارنة بصفحة الموقع، موجود أعلى الصفحة، ويظهر بشكل تلقائي دون أن يطلبه المستخدم، ولا يستطيع المستخدم غالبا التخلص منه، لعدم وجود ايقونة بإلغائه على

¹ جريفي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، السنة 2017/2018، ص 96 .

² شريف محمد غانم، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر 2011، ص 35 , 34.

الموقع¹. ويمكن الهدف التجاري للشريط الاعلاني هو دعوة الزائر الى النقر وزيارة الموقع الخاص بالمعلن ويتم الأخذ بالوصف التجاري إذا كانت العملية تعمل على تسويق سلعة أو خدمة أو سمعة مشروع أو منظمة أو شخص له نشاط تجاري، حرفي أو مهنة حرة². كما تلعب ابتكارات التسويق بشكل خاص على اللافتة والرسومات وهذا من خلال إعداد ألعاب ومسابقات حيث يستخدم المعلن عبارة تجذب انتباه المستخدم مثل " فز برحلة " أو شارك في مسابقة مجانية³.

ثالثا : الرسائل البينية les messages interstitiels

يطلق عليها بالرسائل التي تملأ الشاشة على اعتبار انها تشغل الشاشة كلها عندما تظهر، وهي إعلان يتم في صفحتين ولا يستمر إلا لحظات، ويستخدمها المعلنون في إشارة سريعة إلى مواقعهم أو الى البريد الإلكتروني الذي يمكن للمستخدم مخاطبتهم عليه، ويكون هذا بمجرد النقر على رابط ما⁴.

رابعا : البريد الإلكتروني : E-mail

عرفه قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي الصادر في 21 جوان 2004 في مادته الأولى بأنه: "كل رسالة، أيا كان شكلها نصية، أو صوتية، أو مصحوبة بصور وأصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل اليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها".⁵ فقد يستفيد المعلنون من مجانية البريد الإلكتروني، ويستخدموا هذا البريد في الترويج عن السلع والخدمات، حيث يتيح للمعلن فرصة الاتصال المباشر بالعملاء دون انتظار قدومهم اليه وجذب انتباههم بالوسائل الاعلانية الاخرى.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للإعلان التجاري الإلكتروني

عند تصفح الشخص صفحات الويب التي تعرض السلع والخدمات، قد لا يعرف إذا كان له الحق في النقاش على ما هو معروض، أو إذا كانت الصفحات تحتوي على إيجاب بالمعنى القانوني أم لا، وعليه

¹ شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 36.

² Thibault Verbiest, *Commerce électronique, le nouveau cadre juridique*, éd Larcier, 2004, p. 27.

³ Didier Gobert, *op cite*, p. 04.

⁴ شريف محمد غانم، المرجع السابق، ص 40

⁵ -Article 1 « On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à que ce dernier le récupère ».

فإن التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد أمر في غاية الأهمية خاصة، لأن الإيجاب يخضع لشروط قانونية صارمة عكس الأشهار، وعليه تضاربت آراء الفقهاء القانونيين واختلفت حول الطبيعة القانونية للاشهارات الإلكترونية فالبعض يرى بأنه إيجاب والآخر يرى بأنه دعوة للتعاقد .

الاتجاه الأول : الاعلان التجاري الإلكتروني إيجاب

يذهب أصحاب هذا الاتجاه الى اعتبار الاعلان إيجابا يوجه الى المستهلك، لأن لحظة إبرام العقد ستكون هي اللحظة التي يستقبل فيها إفادة من المورد بتسلم القبول، ويقصد بالإيجاب بأنه تعبير نهائي عن الإرادة، يتم به العقد إذا ما تلاقى به القبول، بحيث أنه يجب أن يتضمن العناصر الأساسية لقيامه كتحديد المبيع والتمن، وبذلك يعد إيجابا صحيحا وصالحا لأن يقترن به قبول مطابق فينقذ العقد¹. كما يرى البعض² أن إلزام المعلن بما ورد في رسالته الاعلانية يدفعه الى أخذ الحيطة قبل نشر الاعلان مما يؤدي ذلك الى صدق وموضوعية الاعلانات التجارية وهذا يزيد من ثقة المستهلك .

وعليه حتى يرقى الاعلان التجاري للإيجاب لا بد أن تتوافر فيه أركان الإيجاب كعرض الثمن والمدة، وإلا فانه يعدّ مجرد دعوة للتعاقد.

الاتجاه الثاني: الاعلان الإلكتروني دعوة للتعاقد

يعتبر الإعلان الذي لم يتضمن العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجابا وهذا ما يتفق مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية، فعرض البضائع والخدمات على شبكة الانترنت دون بيان السعر لا يعتبر إيجابا، وعليه فإن خلو الاعلان الإلكتروني من الشروط الأساسية للتعاقد يعتبر مجرد دعوة للتفاوض أو التعاقد.

¹ محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج 1، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1968، ص. 34.

² أحمد السعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2007، ص 193.

كما أن الدعوة الى التفاوض ليس لها الاثر القانوني وبالتالي يجوز العدول عنها دون أن تتوفر في هذا العدول أية مسؤولية، غير أنه إذا اقترن العدول بخطأ مستقل عن مجرد العدول ترتب عليه ضرر جاز للطرف المضروب طلب التعويض¹.

ونستنتج من خلال ما تقدم أن الاعلان التجاري الموجه الى المستهلك قد يكون ايجابا أو دعوة للتعاقد وهذا يرجع الى طبيعة الاعلان فإذا تضمن الاعلان الشروط الاساسية للتعاقد عدّ ايجابا، وإذا لم يحتوي العرض المقدم على شبكة الانترنت بيان أسعار السلع والخدمات فإنه مجرد دعوة للتعاقد، إلا أنه في رأينا هو ايجابا لان دراستنا تتمحور حول حماية الطرف الضعيف في العقد ألا وهو المستهلك وبالتالي فعند اخلال المعلن عن ما جاء في العرض سيرتب عليه مسؤولية، تكون ضمانا للمستهلك وتحميه.

الفرع الثالث

الاعلان الإلكتروني المقارن

La publicité comparative électronique

تعد الاعلانات المقارنة نوعا من الاعلانات التجارية، يقوم فيه المعلن بالمقارنة بين السلعة أو الخدمة التي يعلن عنها ومثيلاتها من السلع أو الخدمات المنافسة لها، وهذا من خلال إبراز محاسنها وفوائدها للمستهلك، فهي تؤثر على إرادته وتوجيه خياره، ولهذا الإعلان أهمية كبيرة على الصعيد التنافسي في السوق فهو قد يستخدمه المعلن للإساءة إلى سلع وخدمات منافسيه لكن مع ذلك يوفر معلومات للمستهلكين عن السلع المعروضة قد لا تكون متاحة لهم في ظروف أخرى، لهذا إن دراسة الإعلان المقارن تكتسب أهمية استثنائية كون التشريعات العربية عموما ومن بينها المشرع الجزائري لم ينظم هذا النوع من الأشهار بين ثانيا مواد. وبالتالي سنركز البحث في هذا الفرع الى إعطاء مفهوم للإعلان المقارن من خلال النصوص القانونية المنظمة له، والتطرق الى مشروعيته وصوره غير المشروعة.

البند الأول: مفهوم الاعلان المقارن

"يعرف الاعلان بصورة عامة بأنه الاعلان الذي يركز على إبراز مزايا منتج أو خدمة معينة من خلال مقارنتها بمواصفات ومزايا غيرها مع الإشارة إلى اسم التاجر المنافس أو اسم منتجاته على نحو يحط من قيمة المنشأة التجارية وسلعها وخدماتها ويؤدي الى إيقاع المستهلك في لبس وغموض"².

¹ بلحاج العربي، المشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، 2011، ص 20.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 69 .

لقد عرف التوجيه الأوروبي رقم 55 لسنة 1997 الصادر في 06 أكتوبر والذي جاء معدلا للتوجيه الأوروبي رقم 450 لسنة 1984، الاعلان المقارن بأنه في م 02 مكرر منه: "أي إعلان يكون صراحة أو ضمنا يحدد منافسا أو سلعا أو خدمات يقدمها منافس آخر"¹.

كما نص المشرع الفرنسي على الاعلان المقارن في المواد 8-121 إلى 14-121 من قانون الاستهلاك الصادر في 18/1/1992² والتي تقابلها حاليا المواد من قانون الاستهلاك لسنة 2016 L121-1 إلى 7-121 لوقد عرفته م 1/122 في قانون الاستهلاك لسنة 2016 بنصها: " كل إعلان يقارن السلع أو الخدمات من خلال تحديد صراحة أو ضمنا أحد المنافسين أو السلع أو الخدمات التي يقدمها أحد المنافسين غير مشروع إلا: لم يكن مضللا أو من شأنه ان يوقع في غلط. أن يرد على سلع أو خدمات تلبي الاحتياجات أو لها نفس الغرض. يقارن بموضوعية خاصة أو العديد من الخصائص الأساسية الملائمة الحقيقية والممثلة لهذه الاموال . وهذه الخدمات والتي يكون الثمن جزء منها . وبالتالي نلاحظ من خلال هذه المادة ان المشرع الفرنسي قد حدد الشروط الواجب توفرها في الاعلان المقارن حتى يكون مشروعا، كما اعتبر المشرع ان الاعلان المقارن يكون غير مشروع كل إعلان يقارن أموال أو خدمات يشير فيها لمنافس أو أموال أو خدمات كانت قد عرضت من طرف منافس آخر.

¹ Depuis la directive du 6 octobre 1997, la publicité comparative n'est plus interdite mais est strictement réglementée. Définie comme « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent».

² Loi n°92/60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs JORF n°170017 du 21/01/1992.

البند الثاني: مشروعية الاعلان التجاري المقارن

لقد اختلفت التشريعات حول مشروعية الاعلان المقارن بين المنع والاجازة، فقد ذهبت بعض التشريعات إلى تحريم الإعلان المقارن ويستند في ذلك إلى أدلة ونصوص قانونية، في حين ذهبت أخرى إلى إجازة الإعلان المقارن ولكن بشروط ويسوق أنصار هذا الاتجاه أدلة ونصوص قانونية تدحض سابقتها، واضعين في نظر الاعتبار التطور التشريعي في هذا المجال، حيث صدرت تشريعات جديدة دعمت رأيهم¹.

بداية ذهبت أحكام القضاء والفقهاء الفرنسيين إلى تحريم الاعلان المقارن باعتباره صورة من صور المنافسة غير المشروعة، ومن الأدلة التي استند إليها لتحريم الإعلان المقارن هي أحكام القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية بحيث يكون للمتضرر الحق في التعويض استناداً إلى المادة 1382 التي تقابلها المادة 1240 من التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي²، وقانون Royer الفرنسي الصادر في 27 ديسمبر 1973 الخاص بالإعلان المضلل الذي نظم عمل اتحاد التجارة والحرف التجارية والمنافسة غير المشروعة والغرف التجارية والصناعية وحماية المستهلكين، حيث اعتبرت الاعلان المقارن صورة من صور الاعلان المضلل، وعلى العكس من التشريع فقد أخذ غالبية الفقهاء بتأييد الاعلان المقارن بوصفه أحد أهم مصادر المعلومات للمستهلك³، ولقد تبلور لدى المشرع الفرنسي القناعة بمشروعية الإعلان المقارن وضرورة إجازته حيث سمح بالإشهار المقارن وذلك في القانون رقم 60/92 الصادر في 18/01/1992⁴ المتعلق بحماية المستهلكين في المادة 10 منه والتي جاءت لتعدل المادة (8-121-L / وم -14-121-L)⁵. و صدر التوجيه الأوروبي رقم 55 لسنة 1998 الصادر في 06 أكتوبر 1997 المعدل لأحكام التوجيه 450/84 المتعلق بالإشهار المضلل والذي نظم الاعلان المقارن وترك للدول حرية حظر الاعلانات المقارنة أو إباحتها وعلى ذلك فمن الدول من حظرت الاعلانات

¹ أحمد سامي مرهون المعموري، الحماية المدنية المترتبة عن الاعلان التجاري المقارن، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين العدد 14، سنة 2012، ص. 08 .

² Art 1240 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le répare », Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016

³ بتول صراوة عبادي، التضليل الاعلاني التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2011، ص، 79

⁴ Loi n°92/60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, in JORF n°170017 du 21/01/1992.

⁵ Jérôme Julien, *Droit de la consommation*, LGDJ, 3^{em} éd, Paris, 2019, p 103.

المقارنة لديها¹، ومنها من وضعت لها تنظيمًا خاصًا، وهناك دول لا تفرد تشريعًا خاصًا للإعلان المقارن ولم تنص عليه في قوانينها مثل المشرع الجزائري.

البند الثالث: صور الاعلان المقارن غير المشروع

يتخذ الاعلان المقارن غير المشروع صورتين هما:

أ. الاعلان المقارن المسيء لقيمة المنتجات : إن التضليل الاعلاني التجاري لا يأتي بصورة إعلان تجاري كاذب أو مضلل فحسب، وإنما يمتد لينال من قيمة سلع وخدمات التاجر المنافس وسمعته وذلك عن طريق الحط من تلك القيمة وتشويه سمعة منشأة تجارية، فهو إعلان يعمد لإظهار عيوب منتجات المنشأة ومقارنتها بمثلثتها²، ومن هنا تتمثل عناصر الاعلان المحط للقيمة في : . تضمن الاعلان ادعاءات مسيئة عن المنتجات والمنشأة المنافسة ذاتها . كذب وزيف هذه الادعاءات وقوع إضرار بالمنشأة المنافسة . وعليه لا بد من توفر سوء نية وضرورة وقوع أضرار بالمنشأة التجارية، ولا بد من اثبات وقوع خسائر مالية معينة ناجمة عن سلوك المدعى عليه³ .

ب. الاعلان المؤدي للخلط : يعمد اصحاب المشاريع التجارية الى جذب المستهلكين، وذلك بإحداث اللبس والخلط لديهم، فقد يقع الخلط عند استخدام الاعلان شعارا أو إسما تجاريا لمنشأة تجارية منافسة، مما يرسخ في ذهن المستهلك أن المنتجات المقدمة من قبل المنشأة معينة موثوق بها وبجودة منتجاتها، حتى يتفاجئ بعد ذلك أنه وقع في وهم بفعل الاعلان، ويجيز القضاء الفرنسي للتاجر الذي يخشى حدوث خلط بين منتجاته ومنتجات منافس آخر أن بنبه الجمهور في إعلاناته كأن يذكر مثلا: " تجنبوا الخلط "، "تأكد من جودة علامتنا التجارية". فيشترط في هذا الاعلان أن يؤدي فعلا الى وقوع المستهلك في لبس من خلال وجود منافسة تجارية بين التاجر المعلن والتاجر المنافس⁴.

¹ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 128.

² بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 81 .

³ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 74

⁴ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 75 .

المطلب الثاني

مظاهر حماية المستهلك في مواجهة الاعلانات التجارية المضللة

يلتزم المعلن بصفة أساسية بأن تكون المعلومات الواردة في الاعلان صادقة وحقيقية حتى يتكون لدى المستهلك صورة حقيقة عن المنتج الذي يقبل عليه، وعليه يجب على المعلن عدم المبالغة في ذكر مزايا ومحاسن الشيء محل الاشهار ،على نحو يؤدي الى الكذب وتضليل المستهلك وحثه على التعاقد ،إذ تمتد آثار التضليل الاعلاني الى أضرار شخصية تلحق بالمستهلك خلال المرحلة السابقة للتعاقد وتتعاكس آثاره أيضا لتشمل الحياة الاقتصادية للمجتمع بأكمله، ومن ثم فقد اتجهت غالبية القوانين المقارنة الى اعتبار التضليل جريمة جنائية، وضعت له جزاءات رادعة، بالإضافة الى الوسائل التي يقررها القانون المدني، لحماية المستهلك من الاعلانات الإلكترونية الخادعة¹. ومن خلال هذا المطلب سنخرج الى مفهوم التضليل الاعلاني (فرع الأول) والبحث عن الآليات والوسائل قانونية التي واجهته (فرع ثاني).

الفرع الأول

مفهوم التضليل الاعلاني التجاري

يثير تحديد مفهوم التضليل الاعلاني صعوبات كثيرة، ولاسيما في التشريعات التي تخلو من معايير قانونية خاصة بضبط الكذب والخداع، وعليه من خلال هذا الفرع سنتطرق الى صورتى الاعلان الكاذب والمضلل.

البند الأول: المقصود بالكذب

يمكن القول أن الكذب هو اظهار الفاعل خلاف الحقيقة وينطوي على سوء النية أثناء عرض السلعة أو الخدمة، مما يؤدي الى ايقاع المستهلك في خداع، وقد حظر المشرع الفرنسي الاشهار الكاذب حيث نصت م 44 من قانون 27 ديسمبر 1973 المسمى بقانون Royer السالف الذكر، على منع وتجريم كل العروض والاشهارات الكاذبة أو التي من شأنها أن تؤدي إلى إيقاع المستهلك في الغلط². غير أن

¹ مرتضى احسان هادي، حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2020، مصر، ص. 193.

² Art 44 : « Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après :
existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent

هذه المادة عدلت بالقانون الصادر في 1993/07/26 من مدونة الاستهلاك الفرنسية ونص المشرع في م 1-121 على أنه: "يمنع كل إشهار يتضمن بأي شكل من الأشكال ادعاءات أو بيانات أو عروض مزيفة أو من طبيعة تضليلية متى اشتملت على واحد أو أكثر من العناصر التالية وجود طبيعة، النوع المصدر، المقدار، طريقة وتاريخ الصنع، الخصائص، السعر وشروط بيع السلع أو الخدمات التي هي موضوع الإشهار، شروط استخدامها، النتائج الممكن الحصول عليها باستخدامها، أسباب أو إجراءات البيع أو تقديم الخدمة، مضمون تعهدات المعلن، صفة وهوية الصانع، البائعين، المروجين والعارضين¹".

ونص المشرع المصري في المادة 10/1 من ق ح م المصري رقم 181 لسنة 2018 وعرف السلوك الخادع بأنه كل فعل أو امتناع عن فعل من جانب المنتج أو المعلن يؤدي الى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو يؤدي الى وقوعه في خلط أو غلط " : فنلاحظ من هذا النص وبمفهوم المخالفة أن المشرع ألزم المورد بإعلام المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة السلعة، وخصائصها بما يحمي المستهلك من تكوين اعتقاد كاذب أو مضلل.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المرسوم التنفيذي 13-378 السالف الذكر في المادة 56 منه على أنه: " تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك . "

ومعيار تقدير الكذب في الاعلان التجاري يترك للقضاء على أساس موضوعي، وله أن يتحقق من الكذب بشتى الوسائل المتاحة لديه من الاستعانة بالخبراء، لان القضاء ينأى عن التقدير الذاتي أو الشخصي، فإذا كانت المزاعم تقدر ذاتيا فلا مجال حينئذ للحديث عن الكذب الذي يخضع للمساءلة القانونية، وعليه تقدير الكذب يكون على اساس موضوعي، وعلى أساس ما تتضمنه الرسالة الاعلانية من خداع للشخص المعتاد أم لا².

être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires , Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat ».

¹ Art. L. 121-1. « Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. LOI n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation , JORF n°0171 du 27 juillet 1993.

² بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 67، 68

البند الثاني: المقصود بالتضليل

الاعلان المضلل هو الاعلان الذي من شأنه خداع المستهلك أو من الممكن أن يؤدي الى ذلك فهو لا يتضمن بيانات كاذبة ولكنه يصاغ بعبارات تؤدي الى خداع المتلقي. وقد نص المشرع الفرنسي في م 121-2¹ من قانون الاستهلاك لسنة 2016 على حالات الممارسات التجارية المضللة إذا ارتكبت في الحالات التالية : 1- ° عندما تخلق ارتباكاً مع سلعة أو خدمة أخرى، أو علامة تجارية، أو اسم تجاري أو علامة مميزة أخرى للمنافس.

2 عندما يستند إلى ادعاءات أو مؤشرات أو عروض زائفة أو ذات طبيعة مضللة تتعلق بعنصر أو أكثر من العناصر التالية: أ . وجود السلعة أو الخدمة أو توفرها أو طبيعتها .

ب . الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، وهي: صفاتها الجوهرية وتكوينها وملحقاتها وأصلها وكميتها وطريقتها وتاريخ الصنع وشروط استخدامها ومدى ملاءمتها للاستخدام، وخصائصها والنتائج المتوقعة من استخدامها، وكذلك النتائج والخصائص الرئيسية للاختبارات وعمليات التفتيش التي تتم على السلعة أو الخدمة.

ج) السعر أو طريقة احتساب السعر والطبيعة الترويجية للسعر وشروط البيع ودفع وتسليم السلعة أو الخدمة.

كما أن التوجيه الأوروبي الصادر في 10 سبتمبر² 1984 أرسى مبدأ حضر الاعلانات المضللة وهذا من خلال م 02 منه حيث يفهم من خلالها الاعلان المضلل بأنه أي إعلان بأي طريقة كانت يحتوي في

¹ Art 121-2 modifié par loi n °2014 -344 du 17 mars 2014 art – 29 et abrogé par l'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 - art. 34 (V) : « Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :

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

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

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

b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ;

c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ».

² La directive du 10 septembre 1984 pose le principe de l'interdiction de la publicité trompeuse. Selon l'article 2 point 2 de la directive : « est entendue comme publicité

طريقة تقديمه على أي تضليل لهؤلاء الذين يوجه إليهم الاعلان...". كما نصت المادة 3 من التوجيه الاوروبي السابق على أن الاعلان المضلل يقع عن طريق إغفال الخصائص الجوهرية للسلعة المعلن عنها.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 28 من القانون 02/04 المعدل والمتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص على : "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهار غير شرعي وممنوعاً، كل إشهار تضليلي لاسيما إذا كان يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى التضليل. " فالمشرع لم ينص على الاشهار المضلل في حد ذاته إلا أنه منع كل إشهار يمكن أن يؤدي الى التضليل .وتجدر الإشارة الى أن المشرع استعمل لفظ الاشهار التضليلي بدل الاشهار الخادع.

ويستند تقدير التضليل في الاعلان التجاري لمعيارين ذاتي وموضوعي، فالمعيار الذاتي ينظر الى شخص المتلقي نفسه (المستهلك) لا الى التضليل في ذاته، وعليه يتحدد التضليل إذا من خلال شخص المتلقي، فيكون مضللاً حالة ما كان يخدع الشخص شديد الذكاء، أما إذا كان المتلقي من المستوى العادي المؤلف فإنه لا يعد الاعلام عندئذ مضللاً إلا إذا كان يقع فيه جمهور الناس، إلا أنه عيب على هذا المعيار لأنه يتطلب بحثاً في شخصية المتلقي وهذا الامر يصعب على القاضي كشفه، أما المعيار

trompeuse « toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent ».

Les éléments suivants sont pris en considération pour évaluer le caractère trompeur d'une publicité : les caractéristiques des biens ou services, le prix, la nature, les quantités et les droits de l'annonceur (article 3), Didier Gobert, « La publicité sur Internet – Le droit en (r)évolution » , in *Rrevue Biquité*, n° 7, déc. 2000, p. 17.

ونص التوجيه رقم 2005/29 الصادر في 11 ماي 2005 المعدل لتوجيه 450/1984 السالف الذكر في المادة 6 منه على تعريف الاعلان المضلل بانه:

« Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects ci-après et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement . Directive n° 2005/29/CE DU Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive n° 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»).

الموضوعي يجرّد المستهلك من ظروفه الشخصية، حيث يضع في الاعتبار الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس لا خارق الذكاء ولا شديد الفطنة، وعليه يتجه القضاء الفرنسي الى تبني هذا المعيار المجرد الذي بموجبه لا يقوم التضليل في الاعلان إلا إذا كان من شأنه تضليل المستهلك العادي¹.

والجدير بالذكر أن الفقه استعمل مصطلحي الاعلان الكاذب والاعلان المضلل كمرادفين، فبالرغم من أن لهما نفس النتيجة وهي تضليل الجمهور وإيقاعه في غلط يدفعه الى التعاقد إلا انهما يختلفان، فالإعلان الكاذب كما سبق البيان هو ادعاء مخالف للحقيقة الهدف منه تضليل المستهلك وخداعه، كما يتضمن ادعاءات أو مزاعم مخالفة للحقيقة، على عكس التضليل لا يتضمن بيانات كاذبة إلا أنه يصاغ في عبارات من شأنها أن تؤدي إلى خداع المستهلك². وعليه يمكن القول أن الفرق بين الاعلانيين في الدرجة وليس في الطبيعة، فالكذب يكون على درجة من الوضوح يدركها الشخص العادي، فلا يحتاج لذكاء شديد على عكس التضليل الذي يكون على درجة كبيرة من اليقظة وقد يكون دون المستوى العادي من الذكاء، فالتضليل يخدع شخص شديد الذكاء. كما أن مفهوم الاعلان المضلل أوسع من مفهوم الاعلان الكاذب لان كل إعلان كاذب هو مضلل دون العكس.

¹ بتول صراوة عبادي، المرجع السابق ص 72،73.

² أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الاعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق، عدد الرابع، الكويت، 1995، ص 171.

الفرع الثاني

وسائل حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية

إن المرحلة السابقة للتعاقد بين المستهلك والمهني، يغيب فيها وجود العقد حيث لا توجد رابطة بينهما، ومن ثم فلا يمكن مساءلة المهني عن أي تقصير من جانبه، في هذه المرحلة إذا سبب ضرراً للمستهلك إلا من خلال ما تقرره القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، ويمكن حماية المستهلك في مواجهته للإعلانات التجارية الخادعة بالاستناد إلى ضوابط النظرية العامة للعقد والمتمثلة أساساً في الجزاء المدني، كالتعويض مثلاً جبراً للأضرار التي لحقت به جراء تعاقدته نتيجة لإعلان كاذب ومضلل. خاصة إذا علمنا أن معظم التشريعات المقارنة¹ جرمت هذا السلوك المتمثل في الخداع والتضليل واعتبرته جريمة يعاقب عليها القانون، ولم تكفل للمستهلك نصوص خاصة توفر له حماية مدنية فبالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري²، نجد أن المشرع الجزائري نص على المبدأ العام وهو منع الإعلان المضل الذي من شأنه أن يخلق لبساً في ذهن المستهلك وبالتالي لم يحدد نصوص خاصة توفر الحماية المدنية للمستهلك من الإعلان التجاري المضلل. وبالتالي يتطلب منا البحث عن آليات ووسائل قانونية نص عليها القانون المدني في إطار القواعد العامة لنظرية الالتزام (البند الأول) والتطرق إلى الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلان الإلكتروني المضلل (البند الثاني).

البند الأول: حماية المستهلك في إطار القواعد العامة لنظرية الالتزام

1. دعوى التنفيذ العيني للالتزام

في حالة ما إذا أعلن المهني عبر شبكة المعلومات الدولية، عن سلع أو خدمات معينة لغرض التعاقد عليها، ووافق المستهلك على العرض غير أن المهني لم يحم بتنفيذ التزامه، بتسليم الشيء الذي تضمنه الإعلان التجاري³، فإن لقواعد العامة في القانون المدني وصغت حكماً لهذه الفرضية وأجازت التأسيس

¹ عاقب التشريع الفرنسي بداية بقانون 27 ديسمبر 1973 في المادة 44 المتعلق بتوجيه التجارة والحرف المعروف بقانون Royer وقانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016 في المواد L132-1 إلى L132-9.

² نصت م 60 من المرسوم التنفيذي 213-378 على أنه: "يمنع استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم أو وسم وكل أسلوب للإشهار أو العرض أو البيع من شأنه ادخال لبس في ذهن المستهلك....".
المادة 68 من ق 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش حيث نصت المادة على: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في م 429 من ق ع كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول كمية المنتوجات، تسليم المنتوجات، قابلية استعمال المنتج....".

³ مرتضى احسان هادي، المرجع السابق، ص 194

على دعوى التنفيذ العيني للالتزام، وهي الدعوى التي يجوز للمستهلك مباشرتها لإجبار المعلن على تنفيذ التزاماته من سلع وخدمات التي أعلن عنها، وعبر المستهلك رغبته فيها أو تعاقد بناء على الخصائص التي تضمنها الإشهار التجاري، حيث نصت المادة 164 من ق م ج¹ على أنه: "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادة 180 وم 181 على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكناً"². ونصت م 166 على: "... فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير الإخلال بحقه في التعويض"³. وهذا ما أكدته كذلك المادة 175 ق م، فإنه يحق للمستهلك أن يطالب المعلن بقيمة الشيء عن طريق التعويض⁴.

وبناء على ذلك فإن المستهلك يستطيع تأسيس دعواه على المادتين السالفتين الذكر من أجل إجبار المعلن على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، وأساس إلزام المعلن في تنفيذ التزامه هو اعتبار الاعلان ايجاباً

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 ط ديسمبر 2014، ج ر ج، ع 78، 2007، المؤرخة في 13 مايو 2007.

² تقابها المادة 10 art. - 20 avril 2018 - art. 10 LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 من القانون المدني الفرنسي بنصها :
Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier.

³ تقابها المادة 2 art. - 10 février 2016 - art. 2 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 من القانون المدني الفرنسي بنصها :

Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lu imême l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction

Art 1223 LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 10 : En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix

⁴ تنص المادة على مايلي : "إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين". 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 باتباع معايير معينة في خصوصه. معوض عبد التواب، الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني، جزء الأول، ط 4، منشأة المعارف، القاهرة، 1998، ص 607.

متى تضمن العناصر الجوهرية للعقد وانعقاد العقد إذا صادف هذا الإيجاب قبول مطابق¹، كما يشترط في التنفيذ العيني للالتزام ضرورة اعذار المدين بتنفيذ التزامه بالطرق القانونية المعروفة في الإعذار، كما يجب أن لا يكون التنفيذ العيني فيه إرهاقاً للمدين، بحيث إن لم يتمكن المستهلك من الحصول على نفس ما ورد في الإعلان فيقتصر حقه في الحصول على التعويض، بالإضافة ألا يكون إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً فيه مساس بحريته الشخصية كوجوب تدخل المدين شخصياً ويصر المدين على عدم تنفيذ.

2. دعوى التدليس وعلاقتها بالإشهار التضليلي:

تعد دعوى التدليس إحدى الوسائل القانونية، التي يقرها القانون المدني لحماية المتعاقد، ومن ثم يمكن حماية المستهلك من الاعلان الخادع استناداً على القواعد العامة، والتدليس هو " استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه الى التعاقد " ² . كما يعرف بأنه: " استعمال أحد المتعاقدين طرق احتيالية لتضليل المتعاقد الآخر تضليلاً يدفعه للتعاقد، ويلزم فيه أن تكون الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أقدم الطرف الثاني على إبرام العقد " ³ .

وبالرجوع الى أحكام القانون المدني الجزائري نص عليه المشرع في م 86 و 87 إذ جاءت المادة 86 تنص على ما يلي: " يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم . الطرف الثاني العقد ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم . العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " أما المادة 87 فجاء نصها كالتالي: " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس " . تقابلها المادة 1137 من ق م الفرنسي⁴، ويعتبر التدليس من أكثر عيوب الارادة شيوعاً في العقود

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 80.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 5، 2003، ص 50.

³ -رضا متولي وهدان، الخداع الإعلاني وأثره في معيار التدليس، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013، ص 36.

⁴ ART 1137 LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 5 :Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère

المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، ويتحقق التدليس من خلال استعمال المورد أساليب احتيالية تظهر السلعة على غير مظهرها، باستغلال تقنيات الحاسب الكروني¹. كما لا ترتب دعوى التدليس آثارها القانونية إلا بتوافر شروط التدليس تتمثل في ما يلي:

أولاً : استعمال الطرق الاحتيالية

تتمثل هذه الطرق في عنصرين أحدهما مادي، والآخر معنوي :

أ. العنصر المادي للتدليس : يتحقق الكذب والتضليل في الإشهار التجاري عن طريق عمل ايجابي متمثل في استخدام وسائل احتيالية متمثلة في إشهار خصائص غير حقيقية ومضلة للسلعة أو الخدمة التي تكون عبر شبكة الانترنت من أجل اقبال المستهلك عليها، وإيقاعه في غلط يدفعه الى التعاقد، ويأتي في مقدمة هذه الوسائل الكذب والتضليل من أجل التغيرير بالتعاقد، ويدخل أيضا ضمن الطرق الاحتيالية المكونة للعنصر المادي السكوت العمدي أو الكتمان عن ذكر بيانات معينة إذا كان من شأن العلم بها احجام المتعاقد عن إبرام العقد الإلكتروني، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية² عن دائرتها المدنية: "السكوت يعتبر تدليسا إذا كان من شأن العلم به منع المتعاقد الآخر من إبرام العقد" كما أشار لهذا الحكم القانون المدني المصري في م 2³/125 : " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم تلك الواقعة أو هذه الملاحظة . ونص عليه كذلك المشرع الجزائري في المادة 2 /86 بنصها : " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم . العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة ".

ب. العنصر المعنوي: يقصد به نية التضليل عن طريق خداع المستهلك بما يجعله يقدم على التعاقد استنادا على وجود مزايا بالسلع أو الخدمات ليس لها وجود، فان هذا السلوك يعتبر تغيريرا.

déterminant pour l'autre partie. Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation.

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 81

² -Cass. Civ3 du 02 oct. 1974, n°73-11.901 Bull civ3 N°330 P.251

³ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر في 9 رمضان سنة 1367 هـ (16 يوليو سنة 1948)

ثانيا : أن يكون التدليس دافعا للتعاقد

بمعنى أن يكون التدليس دافعا للتعاقد، ولقاضي الموضوع السلطة الواسعة في تقرير فيما إذا كان ما تضمنه الاعلان من الكذب والتضليل هو الذي غرر المستهلك ودفعه الى التعاقد أم لا¹ . ويفرق الفقه² بين التدليس الدافع للتعاقد، والتدليس غير الدافع، فيرى أن التدليس الدافع للتعاقد يعطي المتعاقد طلب وقف العقد أو نقضه، أما التدليس غير الدافع فليس له أي تأثير في حمل الشخص على التعاقد، وإنما الدور الذي يلعبه في العملية التعاقدية، ينحصر في انه يجعل المتعاقد، قابلا للعقد بشروط أشد، مما كان يرضاه المتعاقد لو علم بحقيقة الامر، ومن ثم فانه لا يعيب الارادة وإنما يقتصر اثره على طلب التعويض عما أصاب المستهلك من أضرار³ .

والحقيقة أن هذه التفرقة بين نوعي التدليس محل نقد كبير لان الارادة إما أن تكون سليمة خالية من العيوب فيتعقد العقد صحيحا، وإما ان تكون مضللة لان التدليس والتغريب يعد واقعا إذا كان دافعا الى التعاقد أو الى قبوله بشروط أشد⁴ .

ثالثا : اتصال التدليس بعلم المعلن

تنص المادة 89 من ق م ج على أنه : " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، مالم يثبت أن المتعاقد الاخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس". وتقوم دعوى التدليس على افتراض وجود عقد بين التاجر المحترف والمستهلك، بالإضافة الى اتصال التدليس بعلم المعلن، وأن يكون التضليل دافع للتعاقد قد تم بسوء نية، وكلها مسائل يصعب اثباتها، وحتى على فرض إمكانية الإثبات فان الجزاء هو وقف العقد أو ابطاله، وهذا أمر لا يتناسب مع مصلحة المستهلك الذي ينفق مصاريف في سبيل رفع الدعوى، ناهيك عن الصعوبات التي تعترضه في مواجهة المعلن الطرف القوي في العلاقة التعاقدية⁵ .

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 84

² عبد الرشيد مأمون، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 126

³ مرتضي احسان هادي، المرجع السابق، ص 199.

⁴ عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 126.

⁵ عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في اطار المعاملات الالكترونية، رسال الدكتوراه في العلوم ، كلية القانون والعلوم السياسية، قسم حقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص 70.

3. دعوى التعويض وعلاقتها بالإشهار التضليلي:

إن عبء إثبات الطرق الاحتمالية وفقا للقواعد العامة يقع على من يدعيه وهو المستهلك، ويمكن أن يقتصر طلب التعويض على من ارتكب الضرر الناتج عنه طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية¹، خاصة وأن الاعلان الإلكتروني يأتي في مرحلة سابقة على إبرام العقد، لان المعلن لا تربطه علاقة عقدية مع المستهلك وبالتالي الاضرار التي يرتكبها المعلن في هذه المرحلة ترتب المسؤولية التقصيرية، غير أن ما يعاب على إمكانية التمسك بدعوى المسؤولية التقصيرية ما طرحه من صعوبات خاصة إثبات الضرر فيما يتعلق بالمستهلك الإلكتروني، فهي تتغل كاهل المستهلك بالجهد والنفقات للدعاوى التي يرفعها².

كما أن طلب التعويض يكون استقلالا، دون تداخل مع دعوى تنفيذ الالتزام العيني ودعوى التدليس، حيث أن لكل من هاتين الدعوتين نطاقها الخاص من حيث الشروط والاهداف، فهو آلية قانونية أعطاهها المشرع للمستهلك يستطيع بمقتضاها جبر الاضرار الواقعة عليه كأثر لدخوله في علاقة مع المعلن اتسمت منذ بدايتها بالكذب والتضليل من جانب المعلن³.

وفي الأخير يمكن القول أن المستهلك الإلكتروني الذي تعاقد عبر الانترنت جراء استعمال الطرق الاحتمالية من طرف المعلن من خلال الاعلان الإلكتروني المضلل ولحقه ضررا نتيجة هذا التعاقد، له أن يستفيد من الحماية المدنية المقررة في القواعد العامة، حيث تتمثل هذه الحماية في دعوى التدليس المتمثلة في إبطال العقد، غير أن هذه الدعوى لا تمنح له مواجهة الاعلانات الإلكترونية المضللة لأنه في هذه الاخيرة يشترط وجود العقد، و يستقيم هنا الامر إذا اعتبرنا الاعلان الإلكتروني إيجابا، أما إذا كان الاعلان مجرد دعوى للتعاقد ووقع ضرر للمستهلك يجوز له طبقا لأركان المسؤولية التقصيرية رفع دعوى التعويض تأسيسا على المادة 124 مدني جزائري بعد الحكم له بإبطال العقد، وذلك جبراً للضرر الذي وقع له جراء إعلان كاذب أو مضلل.

¹ تنص م 124 ق م : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " .

² موفق حماد عبد ، المرجع السابق، ص 86.

³ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 175.

البند الثاني: الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلان الإلكتروني المضلل

قد لا يكفي الجزاء المدني وحده في مواجهة الاعلانات الإلكترونية المضللة، بل ينبغي توفير حماية جنائية الى جانب الحماية المدنية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ويعد الإعلان التجاري الإلكتروني المضلل جريمة في حال توافر عنصرين أساسيين هما: الأول العنصر المادي والذي يتكون من وسيلة دعائية تتمثل في شبكة الإنترنت وبعض الوسائل كالهاتف النقال والتلفاز ... إلخ، كما يمكن أن تستخدم هذه الوسائل بطرق احتيالية تضلل المستهلك وتوقعه في الخطأ ، كذلك يجب أن تتضمن السلعة معلومات خاطئة، وأن تكون هذه المعلومات من عناصر ومكونات الخدمة المقدمة. والعنصر الثاني من عناصر الجريمة الإعلان التجاري الإلكتروني فهو القصد الجرمي الذي هو عمود الفقري للمسؤولية الجنائية، وبهذا تكتمل عناصر جريمة الإعلانات¹.

1. أركان جريمة التضليل في الإعلان التجاري الإلكتروني

أ. الركن الشرعي لجريمة التضليل الإلكتروني : تقوم جل التشريعات على أن الجرم لا يكتمل إلا إذا توافرت فيه أركانه بما فيها الركن الشرعي فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولقد جرمت المادة 429 من قانون العقوبات الجزائري " كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقدين: سواء في الصفات الجوهرية أو في التركيب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع سواء في نوعها أو مصدرها، سواء في كمية الأشياء المسلمة أو في هويتها². كما نص المشرع الجزائري في م 68 من ق 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من ق ع كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة كانت حول : كمية المنتوجات المسلمة، تسليم المنتوجات غير تلك المعينة مسبقا، قابلية استعمال المنتوج، تاريخ أو مدد صلاحية المنتوج، النتائج المنتظرة من المنتوج، طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتوج .

ب. الركن المادي لجريمة الخداع الإلكتروني: يتمثل الركن المادي لجريمة الاعلان كل عرض للإعلانات التجارية التي تحتوي على معلومات كاذبة أو مضللة والتي من شأنها إيقاع المستهلك

¹ عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص 73، 74

² القانون رقم 14/21 المؤرخ في 23 جمادى الاولى 1443 الموافق ل 28 ديسمبر 2021 يعدل ويتم الامر رقم

156.66 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات .، ج ر 99

في اللبس والغلط، وذلك عن طريق وسيلة إلكترونية، ولا يهم إذا وقع هذا الاعلان بطريقة الخداع الايجابي أو السلبي، كما لا يهم أن يتحد هذا الاعلان الكاذب أو المضلل، أي شكل من الاشكال سواء كان نص مكتوبا أو صورة شفوية أو بالإشارة، فالفعل المجرم بمجرد أن يتم عرض الإعلان الخادع بوسيلة إلكترونية ويتم استقباله من طرف الجمهور¹.

ت. الركن المعنوي لجريمة الخداع الإلكتروني : يقصد بالركن المعنوي لجرم الاعلان الإلكتروني في قصد المعلن بخداع المستهلك من أجل حمله على التعاقد، ولقد أثار الركن المعنوي لجريمة الخداع العديد من النقاشات الفقهية نظرا لطبيعة هذه الجريمة وآثار من المباشرة على المستهلك، حيث أدى إلى ظهور اتجاهين ، اتجاه يقوم على أساس سوء النية لدى المعلن في جريمة الإعلان المضلل أو الكاذب، حيث جعل من القصد الجنائي ركن أساسي لمساءلة الجاني، وعليه تبقى الجريمة عمدية ولا مجال الافتراض سوء نية المعلن، ونظرا للمشاكل العملية التي واجهت تطبيق هذا المبدأ من طرف القضاء في الإثبات أدى إلى تضيق مجال العقاب، وهذا ما سمح بنجاة عدد كبير من المجرمين في هذا المجال²، أما الاتجاه الثاني فيقوم على فكرة استبعاد سوء النية لدى المعلن في جريمة الإعلان المضلل أو الكاذب فالمعلن يعتبر مسؤول جنائيا عن التضليل والكذب، وهذا دون النظر إلى سوء نية عند قيامه بالإعلان .

2. المسؤولية الجزائية المترتبة عن جريمة الاعلان الإلكتروني المضلل : العقوبات الجزائية للممارسات

المضلة

يعتبر المعلن الفاعل الاصلي في جريمة الاعلان الخادع، فهو يرتكب الجريمة لحسابه ولمصلحته، وبغض النظر عن الوسيلة المستعملة، فلقد أزم التوجيه الاوروبي رقم 29 الصادر في 2005³ حيث ألزمت المادة 13⁴ منه الدول الأعضاء بمعاينة الممارسات الخادعة، لكنه يترك لها خيار نظام العقوبات

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009. ص 94

² مامش نادية، مسؤولية المنتج، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، مذكر لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية

الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012. ص 121

³ Directive 2005/29/ce du parlement européen et du conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»)

⁴ Pour atteindre les objectifs communautaires en éliminant les entraves au marché intérieur, il est nécessaire de remplacer les clauses générales et principes juridiques divergents actuellement en vigueur dans les États membres. L'interdiction générale commune et unique

المطبق شريطة أن تكون فعالة ومنتاسبة وصادقة، فقلد نص المشرع الفرنسي على العقوبات في قانون حماية المستهلك المعدل في المواد 1-441 L حيث يعتبر الجاني شخص طبيعى معرض للسجن لمدة عامين وغرامة مالية قدرها 30000 يورو²، يجوز زيادة مبلغ الغرامة، بما يتناسب مع الفوائد المتأتية من الانتهاك، إلى 10 % من متوسط حجم الاعمال السنوي، بالنسبة للأشخاص الاعتباريين، وتضاعف الحد الأقصى للغرامة خمس مرات وفقا للمادة 38-131 من قانون العقوبات³.

بالإضافة الى ذلك، يتعرض الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون كعقوبات اضافية لحظر مهني مختلف⁴ .
نضيف أن هذه العقوبات وضعت لغرض اضاف هو حماية السوق الأوروبية، فالهدف من الاضافة الى كونه اجتماعي فهو ذو طابع اقتصادي أيضا.

établie par la présente directive couvre donc les pratiques commerciales déloyales altérant le comportement économique des consommateurs. Afin de renforcer la confiance des consommateurs, l'interdiction générale devrait aussi s'appliquer aux pratiques commerciales déloyales qui sont utilisées en dehors de toute relation contractuelle entre le professionnel et le consommateur ou consécutivement à la conclusion d'un contrat ou durant l'exécution de celui-ci. Cette interdiction générale est développée par les règles relatives aux deux types de pratiques commerciales de loin les plus nombreuses, à savoir les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives.

Création Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 - Art 1 441-1 : Il est interdit pour toute¹ personne, partie ou non au contrat, de tromper ou tenter de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :

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

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

² Art 454-1 Modifié par LOI n°2017-203 du 21 février 2017 - art. 11 La violation de l'interdiction prévue à l'article L. 441-1 est punie d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros.

³ Art 131-38 Modifié par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 55 () JORF 10 mars 2004 Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction.

Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 euros.

Jean Calais –auly , Henri temple , *droit de la consommation* ,9^e éd , dalloz , 2015 , p 101 ,⁴ 102

ونص المشرع الجزائري من خلال المادة 429 من ق العقوبات السالف الذكر على انه : " يعاقب بالحبس من شهرين الى ثلاثة سنوات وبغرامة من 2000 الى 20.000 أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد : . سواء في الطبيعة أو في الصفات الجوهرية أو في التركيب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع، . سواء في نوعها أو مصدرها، . سواء في كمية الاشياء المسلمة أو في هويتها، . وفي جميع الحالات فان على مرتكب المخالفة إعادة الأرباح التي حصل عليها دون حق ."

ونص المشرع المصري على الحماية الجزائرية للمستهلك من خلال م 68 من ق ح م لسنة 2018 على أنه : " يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو مثل قيمة المتفق عليها مع الوسيلة الاعلانية نظير الاعلان المخالف ايها اكبر " .

الفرع الثالث

موقف التوجيه الاوروبي لسنة 2005 من الممارسات المضللة: التقريب التشريعي لنصوص التوجيه

الاوربي مع التشريعات الوطنية (rapprochement des législations)

صدر التوجيه الاوروبي المتعلق بالممارسات التجارية غير العادلة (توجيه رقم 29 لسنة 2005) بعد موافقة البرلمان الاوروبي والمجلس الاوروبي عليه في 11 ماي 2005 . إذ يعتبر من المبادرات الحديثة التي صدرت في الاتحاد الاوروبي فيما يتعلق بوسائل معالجة الممارسات التجارية غير العادلة¹ حيث نظمت قواعده كل ممارسات التسويق التي ترتبط بإغراء وحث المستهلكين على شراء السلع والخدمات، كما نظمت قواعده مراقبة الاعلانات الكاذبة والمضللة. ويهدف هذا التوجيه إلى تعزيز وتنمية العلاقات والممارسات التجارية بين الشركات والمستهلكين في السوق الاوروبية، كما يعمل على تعزيز وتقوية الحماية الممنوحة للمستهلك .

¹ عرفت المادة الثانية في الفقرة د مصطلح لممارسات التجارية غير العادلة بأنها : " أي فعل أو اغفال أو سلوك أو تمثيل أو اتصالات تجارية بما في ذلك الاعلان والتسويق من قبل التاجر وترتبط مباشرة مع الترويج أو بيع أو توريد منتج ما للمستهلكين .

النص باللغة الفرنسية :

d)«pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs» (ci-après également dénommées «pratiques commerciales»): toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs.

يقوم التوجيه على التقريب بين القوانين الموضوعية للدول الاعضاء هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فهو لا يقرب بين آليات الانفاذ المعمول بها في الدول الاعضاء هذه الممارسات الغير عادلة¹، وفيما يتعلق بالممارسات المضللة فقد تضمن التوجيه نوعين من الممارسات ترتبط الأولى بأفعال معينة طبقا للمادة 6 بنصها : " تعتبر ممارسة تجارية ما مضللة إذا كانت تحتوي على معلومات خاطئة، وبالتالي غير حقيقية، أو إذا كانت تخدع أو من المحتمل أن تخدع بأي شكل من الاشكال بما في ذلك العرض العام " المستهلك العادي "، حتى لو كانت المعلومات صحيحة من الناحية الفعلية وذلك بالنسبة الى واحد أو أكثر من العناصر المشار اليها في نفس الفقرة، وفي كلتا الحالتين فان الممارسة تدفع أو من المحتمل أن تدفع المستهلك الى اتخاذ قرار يتعلق بمعاملة ما من المعاملات، ما كان يتخذه لولا هذه المعلومات².

¹ تنص المادة 11 من هذا التوجيه على

Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales afin de faire respecter les dispositions de la présente directive dans l'intérêt des consommateurs

Art 6 : Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects ci-après et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement

تضمنت الفقرة الثانية الافعال المضللة بنصها :

- a) l'existence ou la nature du produit;
- b) les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses avantages, les risques qu'il présente, son exécution, sa composition, ses accessoires, le service après-vente et le traitement des réclamations, le mode et la date de fabrication ou de prestation, sa livraison, son aptitude à l'usage, son utilisation, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur le produit;
- c) l'étendue des engagements du professionnel, la motivation de la pratique commerciale et la nature du processus de vente, ainsi que toute affirmation ou tout symbole faisant croire que le professionnel ou le produit bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect;
- d) le prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix;
- e) la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation;
- f) la nature, les qualités et les droits du professionnel ou de son représentant, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les récompenses et distinctions qu'il a reçues;

فالممارسات التجارية المضللة المتعلقة بالأفعال تهدف الى الاستفادة من معلومات غير صحيحة فهي تؤثر على المستهلك لاتخاذ قرار يتعلق بالمعاملة التجارية لم يكن له أن يتخذه لولا هذه المعلومات. أما النوع الثاني من الممارسات المضللة يتعلق بإغفال أو الامتناع عن القيام بعمل، كإغفال معلومات جوهرية أو تقديمها بطريقة غامضة وهذا ما نصت عليه المادة السابعة من التوجيه : " إذ تعتبر ممارسة ما مضللة عندما يخفي التاجر معلومات جوهرية أخذاً في الاعتبار الموضوعات المذكورة في الفقرة الأولى أو يقوم بتقديمها بطريقة غامضة أو غير مفهومة، أو غير واضحة أو عندما يفشل في تحديد القصد التجاري للممارسة التجارية إذا لم يكن واضحاً في حقيقة الامر من السياق، وفي هاتين الحالتين يدفع المستهلك الى اتخاذ قرار ما كان ليقوم به في غير هذه الظروف¹ .

Art 7 /2 : Une pratique commerciale est également considérée comme une omission¹ trompeuse lorsqu'un professionnel, compte tenu des aspects mentionnés au paragraphe 1, dissimule une information substantielle visée audit paragraphe ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte et lorsque, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

المبحث الثاني

الأحكام العامة للالتزام قبل التعاقد بالإعلام

إن عدم تكافؤ العلاقة العقدية بين المستهلك والمحترف أو عدم التوازن العقدي، يرجع إلى عنصر العلم فيما يخص المعلومات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة، لذلك وجد الالتزام بالإعلام لمواجهة حالة النقص التقني للتعاقد نتيجة التبعية الاقتصادية، والعمل على إرساء التوازن العقدي بين المستهلك الذي يعتبر طرف ضعيف يفترض فيه الجهل لنقص خبرته ودرايته، في مواجهة المحترف الذي يفوقه كثيرا في المستوى العلمي والمعرفي، والهدف من وجود هذا الالتزام هو قصور القواعد القانونية التقليدية القائمة على فكرة مبدأ سلطان الإرادة، والتي لم تعد كافية لتوفير حماية ناجعة للمستهلك، غير أنه ومع التطور الصناعي ودخول المنتجات الجديدة وما أصبحت تشكله من خطورة على المستهلك، بدأ الفقه الفرنسي¹ يميل إلى إلقاء عبء جديد على عاتق المحترف بالالتزام العام بالإعلام اتجاه المستهلك، ومن هنا تبرز أهمية إنارة إرادة المستهلك من خلال تزويده بكافة المعلومات المتعلقة بالسلعة والتي تسمح له باتخاذ قراره بالتعاقد أم لا.²

ومن أجل ذلك سعى كل من الفقه والقضاء والتشريع لتنظيم هذه العلاقة بأحكام قانونية خاصة يكون من شأنها إعادة التوازن المفقود بينهما عن طريق إعلام المستهلك بكل ما يجمله عن الشيء المبيع أو المنتج المراد إبرام العقد بشأنه، وتبعاً لما تقدم وما دام أن الالتزام بالإعلام يتمتع بهذه الأهمية كان لا بد أن تنطرق إلى مضمون هذا الالتزام بالتفصيل من خلال مطلبين تنطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الالتزام بالإعلام والمطلب الثاني إلى جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام .

¹ من بين الفقهاء الذين تناولوا الالتزام بالإعلام :

Jean Alisse , l'obligation de renseignements dans les contrat, thèse , paris I , 1975

Boyer , yves , l'obligation de renseignements dans la formation du contrat , thèse , Aix-Marseille , 1977

² Alexandre BRAUD , L'essentiel du Droit Commercial et des Affaires , 2em édition , Lextenso , Paris , 2010 , p 136

المطلب الأول

ماهية الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

إن ظهور فكرة التسوق الإلكتروني التي فرضها التطور التكنولوجي لم تعد تقتصر على المعرفة والاطلاع على ما هو موجود فقط، بل تعدت إلى إبرام العقود عن بعد دون حاجة إلى الوجود المادي للطرفين، مما دفع بالتشريعات المقارنة إلى التشدد في مثل هذه العقود من أجل حماية المستهلك الإلكتروني وهذا من خلال فرض التزامات على المحترف من بينها الالتزام بالإعلام، فهو التزام أساسي ومستحدث في نفس الوقت. وعليه فإن بيان مفهوم هذا الالتزام يقتضي منا تعريفه، تمييزه عن الالتزامات المشابهة، بيان شروطه، مضمونه، طبيعته القانونية، وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع الآتية.

الفرع الأول

تعريف الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

اختلف الفقه على عدة مسميات لهذا الالتزام غير أن مضمونه واحد¹، فالبعض²، يطلق عليه الالتزام بالإفصاح obligation de renseignement "ويقصد به إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الآخر بإخطار الطرف الآخر في العقد بكافة البيانات عند إبرامه للعقد، والتي تساهم في تكوين الرضاء الحر المستتير"، والبعض³ يطلق عليه الالتزام بالإفصاح بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد حيث عرفه الدكتور نزيه الصادق المهدي بأنه: "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لا يجاد رضاء سليم كامل مستتير على علم بكافة تفاصيل هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعته للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذا الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات ."

¹ استخدم الشراح الفرنسيون ألفاظاً مختلفة للدلالة على الالتزام بالإعلام من بينها عبارة (Renseignement) وتعني الإعلام، عبارة (Information) وتعني الإخبار، عبارة (conseil) وتعني النصح، عبارة (Avertissement) وتعني التنبيه والتحذير .

² عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع، دون دار النشر، 2005، ص 83، 84/ سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1، 2000، ص 77 .

³ نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 15، 16 .

كما عرفه البعض¹ بأنه " تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع إبرامه حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد " .

كما عرف بأنه " التزام أحد الطرفين بتقديم كافة المعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد أو تنفيذه بل حتى تحذيره ولفت انتباهه إذا استدعى الأمر"².

وعليه فقد اختلف الفقه بخصوص تعريف الالتزام بالإعلام، وإن كان ينطلق من أرضية مشتركة، وهي أن الالتزام بالإعلام يمثل التزاماً عاماً في عقود الاستهلاك يتوفر بصفة أساسية في المرحلة السابقة على التعاقد، لتنوير إرادة المستهلك، عما يوجد في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه. كما يتبين لنا أن المدين بالالتزام بالإعلام هو المهني أو المحترف أو مقدم الخدمة الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة التي بمقتضاها يحيط المستهلك بكل المعلومات الجوهرية المتعلقة بالسلعة أو الخدمة التي من شأنها أن تؤثر على اختياره وقراره بالدخول في العلاقة التعاقدية أو العزوف عنها .

كما تجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام ليس حديث النشأة في التشريعات الأجنبية، غير أن الحديث فيه ما تعلق بالعقود الإلكترونية، بحيث نرى أن التشريعات الأوروبية وحتى العربية قد نصت عليه ضمن نصوصها التشريعية والتنظيمية، حيث تعرض المشرع الجزائري لهذا الالتزام في المادة 352 ق م ج بنصها : " يجب أن يكون المشتري عالم بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه، وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا اثبت غش البائع". وإن كان نص المشرع على هذا الالتزام يندرج في إطار العقود التقليدية، حيث أنه وأمام قصور القواعد القانونية العامة وخاصة تلك المتعلقة بسلامة وصحة الرضا، اضطر المشرع التدخل لتنظيم العلاقات العقدية في إطار قانون الاستهلاك في الفصل الخامس المعنون "الزامية إعلام المستهلك" في المادتين 17 و 18 من القانون رقم 09-03 السالف الذكر، والتي تلزم كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك، بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

¹ سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 41

² محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 172

أما في المادة 18 تطرق فيها الى الزامية تحرير بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج، وكل معلومات أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول، والتي تحمل أية معلومة كانت عن السلعة ويرى المحترف أنها مهمة، كما نص عليه في المادة 4 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي تقتضي بأنه " يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع". ونص في المرسوم التنفيذي 378/13 في م 15/3 على كيفية الاعلام حول المنتجات بأن "يتضمن كل معلومات متعلقة بالمنتج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي"، فلقد استعمل المشرع عبارة "أية وسيلة أخرى" وبالتالي يدخل في ضمنها الاعلام الذي يتم باستعمال الوسائل الإلكترونية والتي يدخل ضمنها مفهوم التعاقد عن بعد وواجب الاعلام الذي يسبقه.

كما نص المشرع من خلال قانون التجارة الإلكترونية 05/18 على الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني في المواد 11¹، 12، 13 منه، إذ القى على عاتق المورد الإلكتروني مسؤولية اعلام المستهلك الإلكتروني بكل الشروط التعاقدية وبكل المعلومات والمواصفات الخاصة بالمنتج محل الطلب وبالتالي نلاحظ من خلال هذه المواد أن المشرع لم يضع تعريفا للالتزام بالإعلام وإنما تطرق الى مضمونه وحدد الوسائل والطرق التي يتم بها الاعلام. ولا يعتد ذلك سهوا من المشرع وإنما يترك التأويل الى القضاء في حالة نزاع.

وإضافة الى النصوص التشريعية التي تقرر الالتزام بالإعلام على مستوى التشريعات المقارنة، فقد نص المشرع الفرنسي في م 1-111 من قانون الاستهلاك¹، حيث يفهم من نص المادة أن الالتزام بالإعلام

¹ تنص المادة 11 على ما يلي: " . يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات: طبيعة وخصائص السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم، حالة توفر السلعة أو الخدمة، كفاءات ومصاريف وآجال التسليم، الشروط العامة للبيع، و ولا سيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع، طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقا، كفاءات وإجراء الدفع، شروط فسخ العقد عند الاقتضاء، وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية، مدة صالحية العرض عند الاقتضاء، شروط وآجال العدول عند الاقتضاء، طريقة تأكيد الطلبية، موعد التسليم وسعر المنتج موضوع الطلبية المسبقة وكفاءات إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء، طريقة إرجاع المنتج أو استبداله أو تعويضه " .

أو التبصير المستهلك يجب أن يتضمن ثلاثة عناصر - 1 : التبصير بالخصائص أو الصفات المميزة للسلع أو الخدمات المعروضة وهي جوهر فكرة الالتزام بالإعلام لان خصائص السلعة أو الخدمة قد تكون هي الباعث الرئيس لدى المستهلك على التعاقد، وفي إطارها يمكن أن يقع المستهلك ضحية للغش أو التدليس - 2 . التبصير بالثمن وشروط البيع خاصة ما تعلق منها بالمسؤولية العقدية للمستهلك، وكذا الشروط الخاصة أو الاستثنائية للبيع - 3 . التبصير بالبيانات الإلزامية في بعض العقود، ذلك أن القانون عادة ما يلزم المهني في بعض الأحيان أن يضمن العقد بيانات محددة مخصصة لا علام المستهلك.

ونلاحظ أن الصيغة الحالية لهذه المادة ناتجة عن قانون 17 مارس 2014 الذي ينقل التوجيه الأوروبي الصادر في 25 أكتوبر 2011²، فالمرشح الفرنسي قد سبق وأن حدد الالتزام بإعلام المستهلك منذ عام 1986 بالنسبة للأسعار و في سنة 1992 حدد الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، وأضاف في النص الحالي للمادتين 1-111 و 2-111، معلومات أخرى، وبالتالي توافق المرشح الفرنسي من خلال

¹ Art 111-1 : Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

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

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

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

² directive 2011/83/ue du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/cee du conseil et la directive 1999/44/ce du parlement européen et du conseil et abrogeant la directive 85/577/cee du conseil et la directive 97/7/ce du parlement européen et du conseil

نصوصه مع التوجيه الأوروبي لسنة 2011 . ومع ذلك فإن التوجيه يترك حرية معينة للدول الاعضاء¹، فهو يسمح لهم بالحفاظ على أو اعتماد متطلبات اضافية فيما يتعلق بالمعلومات السابقة للتعاقد، فهي تعمل على " الحد الأدنى من التنسيق " في هذه النقطة، لذلك كان المشرع الفرنسي قادرا على الحفاظ على التزامات المعلومات التي تتجاوز تلك المنصوص عليها في التوجيه².

وعلى صعيد التشريعات العربية التي عنيت بحماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، فرغم حدثتها لكنها لم تتأخر في النص على حق المستهلك الإلكتروني في الاعلام، حيث نص قانون حماية المستهلك المصري في المادة 4 من الباب الثاني على أنه: " يلتزم المورد بإعلام المستهلك بجميع البيانات الجوهرية عن المنتجات، وعلى الاخص مصدر المنتج وثنمه وصفاته الاساسية وأي بيانات أخرى تحدد لها اللائحة التنفيذية لهذا القانون بحسب طبيعة المنتج " .³

كما راعى قانون التجارة الإلكترونية للمعاملات الإلكترونية في إمارة دبي الصادر برقم 2002/02، قد أكد على ضرورة مصادقة مزود خدمات التصديق على صحة بيانات المعاملة الإلكترونية وأهمها هوية البائع أو مقدم الخدمة، كل ذلك من أجل أن يسود المعاملة الإلكترونية جوا من الثقة واليقين⁴.

و خصص المشرع اللبناني في ق رقم 659 الصادر في 4 شباط 2005 الخاص بحماية المستهلك، في الفصل العاشر منه للمعاملات التي تتم بين المهني والمستهلك عن بعد، وقد تضمن القانون وجوب تزويد المستهلك بمعلومات واضحة وصريحة تتناول المواضيع التي تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد وأوجب قانون

¹ في هذا السياق ترك التوجيه الأوروبي رقم 2000 / 31 الصادر في 8 جوان 2000 والذي يتعلق ببعض الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في السوق الداخلي، للدول الأعضاء مهمة صياغة قوانين وطنية تهدف إلى حماية المستهلك الإلكتروني، وتتضمن أحكام تعزز تنمية العقود التي تبرم عبر الشبكة، وأوجب التوجيه على الدول الأعضاء أن تضمن بوجه خاص أن النظام القانوني الذي يحكم عملية التعاقد لا يمنع استخدام العقود الإلكترونية، ولا يؤدي إلى حرمان وعدم ترتيب الأثر القانوني لصلاحيتها على أساس أنها تبرم الكترونيا. فقد نص التوجيه من خلال المادة 9 منه على :

Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178, 17 juillet. 2000 . (38) Article 9 : « Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ».

² Jean Calais-auoy , Henri temple , droit de la consommation 9 Ed , Dalloz , 2015 , p 62

³ قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018، المرجع السابق .

⁴ عبد الفتاح بيومي الحجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية، المجلد الثاني، التجارة الالكترونية في دولة الامارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص 36 .

التجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000¹ بأن يبين البائع للمستهلك بطريقة واضحة قبل إبرام العقد الإلكتروني هوية وعنوان البائع ومزودي الخدمات، وصفا كاملا لجميع مراحل انجاز المعاملة طبيعية وخاصة المنتج .

البند الأول: مبررات نشوء الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني

ترجع مبررات نشوء الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الى تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين، والى إعادة التوازن الى العقد .

أ. تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين: إن البحث عن وسيلة تعيد التوازن المفقود في العلم بين المتعاقدين وخاصة في المرحلة السابقة للتعاقد، أمر في غاية الأهمية، لذلك كان لا بد من إلقاء التزام على عاتق المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك الإلكتروني بتتويجه بكل ما هو ضروري عن السلعة أو الخدمة²، لأن الوسائل الإلكترونية التي يبرم بها العقد تؤدي الى الوقوع في عدة إشكالات، والتي تمثل ضعفا بالنسبة للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد بداية من الاعلان الإلكتروني الذي يؤثر على قراره ويدفعه الى التعاقد، ثم رضوخه للضروري لبند العقد النموذجي ليجد نفسه ملزما بتنفيذها أيا كانت الظروف، وبالتالي يجد المستهلك نفسه في نهاية المطاف قد أبرم عقد دون الحاجة اليه نتيجة لجهله لطرق التعاقد المعقدة³. وعليه فان عدم المساواة في المعرفة بين أطراف العقد تبرر تقرير الحق في الاعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني .

ب. إعادة التوازن الى العقد: إن عدم المساواة في المراكز العقدية والتباين بين طائفة المستهلكين والمحترفين أمر موجود وحتمي وخصوصا بعد ظهور العقود الإلكترونية، نظرا لغياب الحضور المادي للأطراف، بحيث يعتبر المورد الإلكتروني في مركز قوة في مواجهة المستهلك، وهذا يرجع لامتلاكه آليات إدارة السوق الإلكتروني مما يجعله متفوق في مركزه الاقتصادي، مقارنة بالمستهلك الطرف الضعيف، وبالتالي فحقه في الاعلام يعتبر أمر مطلوب في العقود المبرمة عن بعد . وتجدر الإشارة الى أن هناك من الفقه⁴ من يرى أن الأساس القانوني لحق الاعلام يجد

¹ قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، الصادر في تاريخ 11 أوت، 2000 المنشور في

جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 95 .

³ عبوب زهيرة، المرجع السابق، ص 91 .

⁴ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 97 .

مصدره في الحماية التقليدية للطرف المذعن في القانون المدني، إلا أن الرأي الذي عليه غالبية الفقه فإنه يرى بأن الأساس القانوني لهذا الحق موجود في قانون حماية المستهلك الذي أصبح يشكل نظرية مستقلة تجعل من المستهلك دائما الطرف الضعيف الذي لا يملك الخبرة في مواجهة البائع المحترف، مما يتوجب على هذا الأخير إعلامه مسبقا بكل المعلومات الضرورية حيث تتوازن الإرادتين وتتكافأ¹.

البند الثاني: تمييز الالتزام بالإعلام عن غيره من الالتزامات المشابهة

قد يختلط الالتزام بالإعلام بينه وبين الالتزامات الأخرى المشابهة له كالإعلان، والتحذير، وكذا بين الالتزام قبل التعاقد والالتزام التعاقدى بالإعلام .

أ. الالتزام بالإعلان والالتزام بالإعلام : يعتبر الإعلان نوع من الإشهار للسلعة إذ يتعرف المستهلك على السلع الجديدة التي تنزل إلى الأسواق كما يرشده إلى كيفية الاستعمال ويوضح له المزايا المتوفرة في سلعة دون غيرها، لكن الإشهار قد يتعدى هذه الحدود إلى تضليل المستهلك عن طريق الكذب²، بينما الالتزام بالإعلام يهدف إلى إحاطة المستهلك علما بمعلومات موضوعية عن طبيعة وأسعار ومميزات ومنشأ وتركيبية وصالحية السلع والخدمات لانفتاح بها والاستهلاك السليم لها، وهو أيضا وسيلة للتصدي للدعاية الكاذبة والمضللة³. كما أن الاعلان يهدف بصفة أساسية الى ترويج السلع والخدمات من أجل تحقيق الربح، عكس الاعلام فهو لا يهدف الى ترويج المنتجات والخدمات، وإنما يسعى الى نشر الحقائق والمعلومات بين الجمهور بقصد نشر الثقافة وتنمية الوعي .

ب. الالتزام بالإعلام والالتزام بالتحذير: يعتبر الالتزام بالتحذير⁴ بأنه التزام تبعي ، يتمثل في تحذير البائع المشتري أو المستهلك وإحاطة علما ولفت انتباهه بما يكتنف هذا العقد، من مخاطر مادية

¹ عبد الرحمن خلفي: حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري - دراسة مقارنة-، مجلة جامعة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية، فلسطين، مجلد 27، 2013، ص 08.

² -سي يوسف زاهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 142، 143 .

³ نزهة الخلد، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية - عقد البيع نمونجا - (أطروحة لنيل الدكتوراه) ، جامعة محمد الخامس أكدال الدار البيضاء المغرب، كلية الحقوق، 2004 - 2005، ص.138

⁴ يعرف الالتزام بالتحذير بأنه " التزام يقوم على لفت انتباه المتعاقد بخصوص أثر سلبي في العقد أو في الشيء موضوع التعاقد من المتعاقد الآخر وهذا الأثر هو عبارة عن خطر يتم التحذير بسببه " ، MURIEL Fabre Magnan, essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, thèse doctorat paris1,1991, P372

أو قانونية¹، وبالتالي فالهدف من هذا الالتزام هو حماية المشتري أو المستهلك ووقايته من جميع المخاطر التي قد تصيبه نتيجة استعماله المنتج، وبالرغم من وجود تشابه ما بين الالتزامين من خلال الإدلاء ببعض المعلومات والبيانات، إلا أن أوجه الاختلاف تكمن في: . أن الالتزام بالأعلام يتمثل في قيام البائع أو المتدخل بالإدلاء بكافة البيانات والمعلومات الضرورية لتتوير إرادة المشتري أو المستهلك، في حين أن الالتزام بالتحذير يقتصر على تزويد المشتري أو المستهلك بالمعلومات المتصلة بالصفة الخطرة للمنتجات، كذلك أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يجد أساسه في مبدأ حسن النية في العقود، إلا أنه عندما يتخذ شكل التحذير فإنه يعتبر تطبيقاً لالتزام أعم وأوسع منه وهو الالتزام بضمان السلامة وهو ما يتفق مع الغاية التي اتجه إليها القضاء الفرنسي² من وراء تكريس الالتزام بالتحذير على عاتق بائع المنتجات الخطرة لتحذير المشتري من الصفة الخطرة للشيء المبوع³.

ت . الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام بالإعلام التعاقدية:
ينشأ الالتزام بالإعلام التعاقدية مناسبة كل عقد على حدا وفي حدود ما يقتضيه ذلك العقد، أما الالتزام قبل التعاقدية بالإعلام هو التزام عام يشمل كل عقود الاستهلاك ويهدف إلى تتوير رضا المستهلك وسلامة رضاه⁴، كما يجد الالتزام قبل التعاقدية بالإعلام أساسه في مبدأ حسن النية في العقد كقاعدة عامة، وبالتالي أساسه بعيداً عن العقد ومستقل عنه ويقوم في المرحلة السابقة على التعاقد من أجل توفير حماية وقائية للمستهلك المتعاقد، هذا بخلاف الالتزام بالإعلام التعاقدية الذي يجد أساسه تنفيذ الالتزام العقدي فهو التزام مضمونه قيام أحد طرفي العقد بتزويد الطرف الآخر بما يحتاج إليه من معلومات تخص العقد⁵.

البند الثالث: شروط الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية

¹ نزيه محمد الصادق مهدي، المرجع السابق، ص 217 .

² -Cass. Civ. 14 dec.1982, Bull.civ, I, n°361

³ ميرفت ربيع عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004، ص 123

⁴ حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك - دار النهضة

العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 19

⁵ خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003، ص 103، 104 .

يحتم الالتزام بالإعلام على المهني، تقديم المعلومات الضرورية والخاصة باستعمال السلعة أو الخدمة للمستهلك. وكذا تحذيره من المخاطر المصاحبة لهذا الاستعمال، حتى يتمكن من استعمال المبيع والانتفاع به بشكل آمن، وبالتالي ويحتاج الالتزام بالإعلام الإلكتروني سواء كان سابقا أو لاحقا للتعاقد إلى تحقق شرطين هما :

1. جهل المستهلك بالمعلومات : إن واجب الالتزام بالإعلام قد يجعل المهني مدينا للمستهلك، نتيجة جهله للمعلومات، وهذا الجهل لا بد أن يكون مشروعا " الجهل المشروع " كما عبر عليه الفقيه "جيسن " Ghestin بحيث لا يمكن افتراض عدم علمه بأية بيانات عن العقد، فالتاجر المحترف لا يلتزم إلا بتقديم المعلومات المهمة، أما المعلومات التي لا تبلغ حدا من الأهمية فلا يلتزم بتقديمها، إذ يلتزم المستهلك أن يبذل جهدا في البحث والتحري عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد¹.

غير ان هناك أسباب ترجح عجز المستهلك في الحصول على المعلومات اللازمة لتتويره، وتتمثل هذه الأسباب في : أ. الاستحالة الموضوعية: نظرا الى نقص ثقافة المستهلك، قد يصطدم هذا الأخير في كثير من الأحيان باستحالة معرفة محل التعاقد نظرا لصعوبة الالمام بالمعلومات المتعلقة بمحل العقد، فقد يكون الشيء المبيع حديث التطور، وبالتالي ليس كل من تعاقد يمكنه ان يحصل من تلقاء نفسه على المعلومات الجوهرية لمحل التعاقد، ففي هذه الحالات يكون المهني مجبرا على الادلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد². ب. الاستحالة الموضوعية : " ويقصد بها استحالة علم المستهلك بالبيانات محل الالتزام قبل التعاقد لأسباب تتعلق بشخص هذا المستهلك كونه عديم الدراية أو قليل الخبرة الى الحد الذي لا يمكنه الاحاطة بهذه المعلومات أو استيعاب مضمونها بمفرده " ³. وبالتالي تتمثل هذه الاستحالة في عجز أغلب المستهلكين عن معرفة البيانات الهامة خاصة مع التطور الحاصل وظهور المنتجات بكمية هائلة وبصفة يومية⁴.

2 . علم التاجر المحترف بالمعلومات :

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 100 .

² بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام آلية لحماية المستهلك رسالة دكتوراه تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، السنة 2018/2017، ص 40، 41 .

³ نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 152 .

⁴ بن سالم المختار، المرجع السابق ص 40، 41 .

يشترط لقيام الالتزام بالإعلام أن يكون المحترف على علم بالوقائع والمعلومات الضرورية، فلا يعقل أن يلتزم المتعاقد بإدلاء ببيانات وهو على جهل بها، كما أن مقتضيات حماية المستهلك توجب التشديد في معيار علم المحترف بالبيانات والمعلومات العقدية كشرط لقيام الالتزام قبل التعاقد بالإعلام وهذا من أجل تنوير إرادة المستهلك لدى اقباله على التعاقد. وهذا استنادا الى مبدأ حسن النية الذي يقتضي من المحترف أن يعلم المستهلك بكافة المعلومات التي تحيط بالمنتج، وإلا اعتبر مستغلا لجهله¹، هذا ولا يمكن للمحترف لدفع مسؤوليته أن يدعي عدم علمه بالمعلومات التي من شأنها تنوير إرادة المستهلك بل يجب عليه أن يثبت أنه قام بالتحري والاستعلام بالمعلومات المتعلقة بالعقد². ولا يمكن له التذرع بجهله للمعلومات على أساس وجود التزام تبعي على عاتقه بالاستعلام عنها، كما أن المهني تقوم عليه قرينة الافتراض بعلمه بجميع المعلومات المتعلقة بالعقد أو موضوعه والتي لا يجوز له التحلل من التزامه بالإعلام ولا يعفى منه إلا بإثبات السبب الأجنبي³، وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 17 من قانون 03/09 والتي تقابلها المواد L111 1 و-L1112-، من قانون الاستهلاك الفرنسي التي وضعت على عاتق المهني واجب الإعلام بنصها على أنه " يجب على المهني إعلام المستهلك... وبالتالي فإن واجب الإعلام يقوم على قرينة قاطعة على علم المهني بجميع المعلومات والبيانات المتعلقة بمضمون العقد والتي يجب عليه إعلامها للمستهلك.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقد بالإعلام

إن الالتزام بالإعلام يقع على عاتق التاجر ومقدم الخدمة في التعاقد الإلكتروني، هدفه إمداد المستهلك بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالتعاقد وذلك حتى يكون تعاقدته عن إرادة مستنيرة، فيجب أن تقدم المعلومات بداية تطبيقا لمبدأ حسن النية التعاقدية إلى كل مستهلك مهني أو عادي⁴، غير إن تنفيذ التاجر أو مقدم الخدمة لالتزامه بالإعلام متوقف على تحديد طبيعة هذا الالتزام، وبهذا الصدد اختلف الفقه

¹ فرحات ريموش، الالتزام بالإعلام، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011/2012، ص 102

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 108، 111.

³ جريفي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، السنة 2017/2018، ص 141.

⁴ كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص 289.

فيما إذا كان الالتزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى هل هذا الالتزام التزام عقدي أم غير عقدي، وهذا ما سنعرض إليه في السطور القادمة.

البند الأول: الالتزام بالإعلام التزم ببذل عناية أم التزم بتحقيق نتيجة ؟

لقد تباينت الآراء حول الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام، فمنهم من يرى بأنه التزم بتحقيق نتيجة (أولاً) ومنهم من يرى بأنه التزم ببذل عناية (ثانياً).

أ. الالتزام بالإعلام هو التزم ببذل عناية:

حسب هذا الاتجاه فإن الالتزام بالإعلام هو التزم بوسيلة¹، لا سيما إذا كانت مراكز العقدية يوجد فيها توازن ومساواة فعلية في العلم والدراية من حيث المعلومات المتعلقة بمحل العقد، بحيث يكون المدين قد وفى بالتزامه، إذا اثبت انه بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي في نفس ظروفه، وهذا ما نص عليه المشرع ضمن القواعد العامة في نص المادة 172 من ق م ج، التي تنص على أن في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين القيام ببعض الأعمال من أجل المحافظة على الشيء وإدارته لتنفيذ التزامه فانه المدين يكون قد نفذ التزامه بعناية الرجل العادي أي يكون قد نفذ التزامه بعناية الرجل الحريص في سبيل ذلك . وفيما يخص مسؤوليته فلا تكون قاصرة على المعلومات التي يعرفها وإنما تمتد الى المعلومات التي يجهلها، وعلى الدائن أن يثبت بأن هذا المدين لم يستعلم عن المعلومات المتعلقة بموضوع العقد، وأنه أخل ببذل العناية المطلوبة، عناية الشخص العادي²، وعليه فالدائن يستطيع إثبات بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيئة والقرائن لان الإثبات في مسألة الحال ينصب على واقعة مادية³، وبالتالي على الدائن أن يجبر المدين باهتماماته وبالغرض الذي يهدف إلى تحقيقه من وراء العقد المراد إبرامه، وإذا لم يفعل ذلك يكون قد مكن البائع من أن يدعي بأنه لم يدلي بالمعلومات لأنه لم يكن يعلم بأهميتها⁴.

ب. الالتزام بالإعلام التزم بتحقيق نتيجة:

¹ " Logiquement , il faut selon nous en déduire que l'obligation de s'informer pour informer n'est qu' une obligation de moyen" . Muriel fabre- magan , op cite , p 194 .

² عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 260 .

³ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 111.

⁴ جواهره عبد الكريم، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2018، ص 229 .

يرى جانب من الفقه¹، هو التزام بتحقيق نتيجة أي ينصب على شيء مادي، وهذا نظرا لعدة حجج أهمها أنه يحقق حماية للمستهلك لأن فيه تخفيف لعبء الإثبات عن المستهلك باعتباره طرف ضعيف في مواجهة طرف قوي يملك نفوذ اقتصادي، فما على المستهلك في هذه الحالة إلا أن يثبت عدم التنفيذ من جانب المدين فقط لكي تتقرر مسؤوليته، ولا يستطيع المدين التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي وعليه فإن هذا الالتزام يكون مخففا بحيث يسمح للمدين بنفي الخطأ من جانبه وإقامة الدليل بتنفيذه للالتزام بالإعلام بشكل صحيح²، ومن هنا تبدو أهمية التفرقة بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، وهو عبء الإثبات في مجال قيام المسؤولية، فإذا كان الالتزام ببذل عناية فإن مسؤولية المدين لا تتحقق إلا إذا اثبت الدائن أن عدم تحقق النتيجة يرجع إلى أن المدين لم يبذل عناية الشخص العادي، أما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فإن مسؤولية المدين تقوم لمجرد عدم تحقق النتيجة، وبالتالي يكون المدين في موضع المتخلف عن تنفيذ الالتزام³.

ولقد انتقد هذا الرأي، على أساس أن المنتج حتى ولو أفضى بما لديه من معلومات أو بيانات لا يستطيع أن يضمن النتيجة المطلوبة والتي يتوقف تحقيقها على فهم المستهلك لما قدم إليه من بيانات وكيفية تعامله معها، وبالتالي فالمدين بالالتزام يلعب دورا هاماً في تحقيق النتيجة المبتغاة وهذا الدور هو الذي يضفي على النتيجة وصف الاحتمال، وبالتالي تجعل من الصعوبة أن يكون المدين ضامنا للنتيجة⁴.

و نلخص القول أن الطبيعة القانونية للالتزام بإعلام المستهلك في علاقته التعاقدية مع المحترف يحتاج إلى حماية فعالة من أجل إبرام العقد عن علم بكل البيانات الخاصة بمحلله، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة فهو يعطي للمستهلك حماية أكبر حيث لا يثبت إلا عدم أداء المدين لالتزامه حتى تقرر مسؤوليته، وعليه فهو يحقق حماية للمستهلك خاصة في المرحلة السابقة على التعاقد كما أن المدين لا يمكنه التحجج ونفي مسؤوليته بعدم علمه بالمعلومات الخاصة بالتعاقد، إلا بإثباته السبب الأجنبي، وهذا ما يوفر ضمانا كافية للمستهلك قبل إبرامه للعقد .

¹ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص 193.

² كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص 294 .

³ جريفي محمد، المرجع السابق، ص 138 .

⁴ جريفي محمد، المرجع السابق، ص 138 .

البند الثاني: الالتزام بالإعلام عقدي أم غير عقدي ؟

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام إلى رأيين، فالبعض يعتبره التزاما عقديا ويستمد وجوده من العقد، والبعض الآخر يعتبره التزاما غير عقدي ويستمد وجوده من مصادر أخرى ليس من بينها العقد¹، وسنتطرق لهذه الآراء كما يأتي :

أ. الالتزام قبل التعاقد بالإعلام التزام عقدي

وفقا لهذا الرأي فإنه يعتبره التزاما عقديا، وأن المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال به مسؤولية عقدية، وهذا ما يجعل الامر يسيرا بالنسبة للمستهلك لأنه يستفيد من قواعد الإثبات في المسؤولية العقدية ، وما عليه إلا أن يثبت عدم تنفيذ المدين للالتزام حتى تتقرر مسؤوليته²، على أساس أن أحكام المسؤولية العقدية يمكن أن تمتد لتشمل أخطاء سابقة على التعاقد، وذلك في حالة كون هذه الأخطاء قد أثرت في مرحلة ما قبل إبرام العقد أو أثناء إبرامه ولم تظهر آثارها إلا بعد إبرامه³.

كما يرى أنصار هذا الرأي أن إضفاء الطابع العقدي على هذا الالتزام له فوائد عملية عن طريق تحقيق حماية أكبر للمستهلك، وذلك من خلال استفادته من قواعد الإثبات في المسؤولية العقدية⁴.

ويرى كذلك مؤيدو هذا الرأي إلى أنه ينبغي من الناحية الواقعية في مجال الالتزام بتقديم المعلومات إهمال التفرقة بين الالتزام العقدي والالتزام غير العقدي، والتي لا تستند إلى أساس واقعي، وعليه من الأفضل بسط الطبيعة العقدية على كل منهما⁵.

كما اعترف القضاء الفرنسي بطبيعته التعاقدية، على الرغم من أننا في مرحلة تكوين العقد، إذ أنه يرتبط بالالتزام بالإخلاص وحسن النية الموجود في مرحلة تنفيذ العقد⁶.

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 121 .

² كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص 290.

³ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 42.

⁴ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 122.

⁵ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 205.

⁶ La jurisprudence cependant va plus loin puisqu'elle juge que cette obligation est de nature contractuelle et non pré contractuelle, bien que l'on se situe dans la phase de formation du contrat. Elle la rattache à l'obligation de loyauté et de bonne foi qui existe au stade de l'exécution du contrat. Lucile Archambault , la formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur , mémoire , université paris 1 panthéon – Sorbonne des droit de l'internet, administration et entreprise , 2003 – 2004 , p 21.

ب. الالتزام قبل التعاقد بالإعلام التزم غير عقدي :

جانب من الفقه يرى بأن تخلف المدين عن إعلام المستهلك يعد إخلال بالالتزام قانوني تترتب عنه في حالة حدوث ضرر للمستهلك المسؤولية التقصيرية، فهو التزم مستقل عن العقد ويجب الوفاء به قبل تكوين العقد¹، كما يدل أنصار هذا الرأي على صحة رأيهم، بأنه ليس من المقبول أن نعتبره التزما عقديا بالرغم من ميلاده ونشأته في مرحلة سابقة على ميلاد نشأة العقد الذي هو مصدر الالتزام².

ويبرر أنصار هذا الرأي موقفهم بكون الرضا الذي هو أحد أركان العقد لم يتحقق بعد، حيث أن الالتزام بالإعلام يتم في مرحلة سابقة على التعاقد، وبالتالي فليس من المنطق أن ينشأ فرع قبل نشوء أصله، أو أن ينشأ التزم قبل نشوء مصدره، فالعقد لم يبرم حتى يمكن القول بأن هذا الالتزام هو التزم عقدي³.

و حسب هذا الرأي أن الالتزام بالإعلام يلزم في مرحلة ما قبل التعاقد، ويهدف لتتوير إرادة المستهلك و إقامة التوازن بين طرفي العقد فيما يخص العلم بالبيانات المتعلقة بالعقد ، ففي هذه المرحلة فإن الالتزام بالإعلام يكون ذا طبيعة قانونية، ويعني ذلك أن المشرع هو الذي يفرضه ويبين المعلومات والبيانات التي يتعين الإدلاء بها ويحدد الجزاء الذي يطبق في حالة الإخلال به، إذن فالمسؤولية تقوم بحكم القانون⁴.

ويرى جانب آخر من الفقه أن أساس الالتزام قبل التعاقد بالإعلام إنما هو مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود العلاقة العقدية ليس فقط في مرحلة تنفيذها، وإنما منذ مرحلة التفاوض بشأنها، وهذا المبدأ له وجود ودور في القانون الجزائري وهو ما نص عليه المشرع في الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

وهذا الاتجاه هو الأقرب الى الصواب لان الالتزام بالإعلام هو التزم سابق على تكوين العقد، فلا يمكن اعتباره التزما عقديا والعقد لم ينشأ بعد، كما إن مضمونه هو تزويد المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالتعاقد والتي بناء عليها يقدم المستهلك على إبرام العقد أو ينسحب منه، وما يؤكد ذلك أن المنتج كذلك

¹ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 19.

² كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص 291.

³ موفق حماد عبد، المرجع نفسه، ص 123

⁴ أبو عمرو مصطفى أحمد، الالتزام بالإعلام في عقود المستهلكين دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية ، دار

الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 67.

يلتزم بإعلام وتبصير المستهلك، إذ عليه أن يرفق بالمنتج كل المعلومات اللازمة من مكونات المنتج وكيفية استعماله والصيانة وخطورته وكيفية الوقاية منها، فإذا أحل بالتزامه كان مسؤولاً أمام المستهلك¹.

المطلب الثاني

مضمون الالتزام بالإعلام وجزاء الاخلال به

الهدف من وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، هو تنوير إرادة المستهلك بالإدلاء إليه بالبيانات والمعلومات اللازمة التي يجهلها، ليكون هذا الأخير على بينة من أمره وهو بصدد إبرام العقد، ومما لا شك فيه أن تحديد مضمون الالتزام بالإعلام يلزم المهني في عقود التجارة الإلكترونية بإحاطة المستهلك بجملة من البيانات في المرحلة السابقة على التعاقد، إذ من شأن هذه البيانات أن تحصنه من الوقوع في عيب من عيوب الرضا، وبالتالي التعاقد برضا سليم ودراية كاملة وتامة مع من يتعاقد، وحول حقيقة الشيء المتعاقد عليه وبنود وشروط العقد، ولعل أهم المعلومات التي تشترك القوانين المقارنة في إلزامية تقديمها للمستهلك تلك المتمثلة في تحديد هوية التاجر إلى جانب جملة من البيانات التفصيلية لماهية المنتج محل الطلب، والشروط العامة للبيع، وهذا ما يتمثل في مضمون الالتزام بالإعلام، غير أنه في حالة ما تم تفويت فرصة الاعلام على المستهلك من شأنه أن يرتب مسؤولية وجزاء للمهني جراء اخلاله بالتزامه بالإعلام، وعليه سنتطرق في هذا المطلب الى مضمون الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام (فرع أول) وجزاء الاخلال به (فرع ثاني) .

الفرع الأول

مضمون الالتزام بالإعلام

حرصت التشريعات المقارنة على ضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني بجملة من البيانات في المرحلة السابقة على إبرام العقد الإلكتروني لتمكين المستهلك من معرفة هوية البائع أو الوسيط، وبيان المميزات الأساسية للسلعة أو الخدمة، بالإضافة الى الاعلام عن الاسعار وشروط البيع، وهذا من أجل تبصير وتنوير إرادة المستهلك حين اقدمه على التعاقد. وعليه سوف نعرض من خلال هذا المطلب الى مضمون الالتزام بالإعلام من خلال الفروع الآتية .

البند الأول: تحديد هوية المحترف ووسطاء خدمة الانترنت

¹ كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص 292.

لا يكفي أن يحيط المتعاقد بموضوع العقد، بل إلى جانب ذلك يجب أن يعرف مع من يتعاقد، وعليه فالاعتبار الشخصي للمهني يعد سببا أساسيا للتعاقد، ولعل من أهم المعلومات المتعلقة بتحديد هوية المحترف والتي اشتركت القوانين في وجوب تقديمها للمستهلك، تلك المتعلقة ببيان اسمه ووسيلة الاتصال به بالخصوص ذكر عنوانه، إذا كان شخصا اعتباريا وجب بيان مقره الرئيسي، فإن عدم تحديد هذه المعلومات قد تثير قلق المستهلك وتحد بالتالي إقباله على التعاقد¹، لان الافضاء بهذه البيانات يوفر عنصر الامان وضمان لوجود الرضا الكامل والصحيح من جانب المستهلك، فهذا الأخير يهيمه يقينا التعرف على المتعاقد معه والاطمئنان على خبرته وحسن سمعته وقدرته على تنفيذ الالتزامات التي يلقيها المشرع أو العقد على عاتقه .

فبالنسبة للمعلومات التي يجب أن تظهر في المواقع، لقد نص التوجيه الاوروبي المتعلق بحماية المستهلكين في عقود المسافة الصادر سنة 1997 في المادة 4 منه على إلزام المورد ب : . ذكر الاسم الأول والاخير للبائع إذا كان شخصا طبيعيا . اسم الشركة إذا كانت شخصية اعتبارية ورقم تسجيلها في سجل التجارة والشركات . عنوان المورد ورقم هاتفه . وأخيرا سعر المنتج أو الخدمة مع ذكر الضرائب ورسوم التوصيل .

فتهدف هذه المعلومات الى السماح للمستهلك بمعرفة ماهية العقد وربما التحقيق فيما إذا كانت شركة جادة وليست وهمية، كما يمكن استخدام هذه المعلومات لاختبار المركز المالي للتاجر ومعرفة إذا كان تحت تصفية أو انه موجود في حالة لا يمكن له أداء التزاماته الخاصة، لاسيما تسليم المنتج الذي تم شراؤه على الموقع² .

وفي نفس سياق هذه المادة من التوجيه الاوروبي نجد نص المادة 19³ رقم 2004 . 575 الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي فرضت على الممارسين للتجارة الإلكترونية الراغبين في

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 126.

Lucile Archambault , op cite , p 20²

³ Article 19 : « Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes.

: 1. S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et , s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale

. 2. L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique , ainsi que son numéro de téléphone . 3. Si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et

بيع منتجات أو خدمات أن يبرزوا على مواقع الانترنت التجارية المعلومات المتعلقة بهوية البائع عبر الشبكة ، وشركته والمنتجات أو الخدمات المباعة .

كما أشار قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 1-111 بالزامية مقدم السلعة أو الخدمة على ضرورة إعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة بهويته، وتفاصيل الاتصال به البريدية والهاتفية والإلكترونية، وانشطته¹ .

وبالنسبة لتشريعات الدول العربية، نجد المشرع المصري نص في المادة 05/2 ق ح م 181/2018 السالف الذكر ألزم المورد أن يضع البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته وعلى الاخص عنوانه وطرق الاتصال به، وبيانات قيده في السجل الخاص لنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت .

كما فرضت المادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية على البائع تحديد طبيعة على إلزام البائع في المعاملة التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد هوية وعنوان وهاتف البائع أو مؤدي الخدمات .

أما في القانون الجزائري فقد نص المشرع في المادة 53 من المرسوم التنفيذي 13-378 السالف الذكر على إلزام مقدم الخدمة أن يضع تحت تصرف المستهلك بصفة واضحة ودون لبس المعلومات المتعلقة باسم أو عنوان الشركة والعنوان والمعلومات الخاصة بمقدم الخدمات، بالإضافة إلى الشروط العامة المطبقة على العقد، كما نص في م 17 من ق 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على : " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع علامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة "، وكذا في القانون رقم 04 . 02 المؤرخ في

des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social . 4.i elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application

¹ ART 111-1 Modifié par LOI n°2020-105 du 10 février 2020 - art. 28

Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

- 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;
- 2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ;
- 3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;
- 4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte ;

23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بما ورد في المادة 4 منه « : يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع. " كما نص في قانون التجارة الإلكترونية 18/05 في المادة 2/11 و 3 على ما يلي : " يجب جيب أن يقدم المورد الإلكتروني المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، وليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني. رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي " .

فالمشروع الجزائري بموجب هذه النصوص وفي سبيل تحديد هوية التاجر الإلكتروني ألزم المورد الإلكتروني اثناء تقديمه للعرض التجاري الإلكتروني أن يحدد هويته وكل البيانات الخاصة به، ليتسنى للمستهلك التأكد من هوية المورد قبل التعاقد، وهذا ما يخلق له جو من الثقة والامان .

البند الثاني: بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة

تفرض القوانين المنظمة لحماية المستهلك الإلكتروني على البائع العارض على شبكة الأنترنت أن يبين وبوضوح على الشاشة الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة، وبصفة خاصة الصفات المتعلقة بالكم والكيف وطريقة الاستعمال¹، إذ ينبغي وصف المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا حتى يتحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة²، وهذا ما يقتضيه الالتزام بمبدأ حسن النية في التعامل³ .

وعلى غرار التشريعات المنظمة لحماية المستهلك الإلكتروني، نجد أن المشروع الفرنسي إثر تنظيمه للتعاقد عن بعد، نص في م⁴ 111-1 على أنه "يجب على البائع المحترف قبل إبرام العقد أن يعلم المستهلك

¹ محمد حسين منصور أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، د ط، 2006، ص 150.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 129.

³ تطبيقا لنص المادة 352 من ق م ج والتي تنص : " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غض البائع "، وفي هذا السياق تقابلها المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي الصادر في 16 مارس 1804 والتي تنص على أنه "البائع ملزم بشرح بوضوح للمشتري عند التعاقد على أي شيء يلتزم به، وأن كل اتفاق يتضمن لبس أو غموض يفسر ضد البائع " .

⁴ « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service » Modifié par LOI n°2020-105 du 10 février 2020

بجميع الخصائص الأساسية للمال أو الخدمة"، كما أُلزم في هذا الصدد التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 مايو 1997¹ بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد في م 4، الموردتين بإعلام المستهلكين ببيان للأوصاف الأساسية للسلع والخدمات وكذا بعض المعلومات الخاصة بالعقد كبيان الأثمان، طريقة أو كيفية الدفع التسليم والتنفيذ، إقرار حق العدول للمستهلك، ومدة صلاحية الإيجاب أو العرض.

كما فرضت المادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية على البائع تحديد طبيعة وخصائص وسعر المنتج أو الخدمة، الوصف الكامل لمختلف مراحل انجاز المعاملة، كيفية تسليم السلعة أو الخدمة ومبلغ التأمين، الضمانات المقدمة في البيع الإلكتروني وخدمات ما بعد البيع، طرق وإجراءات الدفع وطرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد إمكانية العدول عن الشراء وأجله، كيفية إقرار الطلبية والموافقة على الصفقة، شروط فسخ العقد. كما اشترط المشرع التونسي أن يتم توفير هذه المعلومات بطريقة الكترونية للاطلاع عليها في مرحلة المفاوضات وفي كافة مراحل المعاملة الإلكترونية. ونص المشرع المصري في المادة 6/2 من القانون ح م رقم 181 لسنة 2018 "يلتزم مقدم الخدمة أن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة التي يقدمها، ومميزاتها، وخصائصها وأماكن تقديمها ومواعيدها". وأوجب كذلك القانون اللبناني رقم 659 الصادر في 4 شباط 2005 الخاص بحماية المستهلك في المادة 52 تزويده بجميع المعلومات الخاصة بالسلعة أو الخدمة وكذا مختلف الشروط الأساسية المتعلقة بالعقد.

وبالرجوع للمشرع الجزائري قد أوجب ضمن القواعد الخاصة في المادة 17 من القانون 03/09 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش، على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة.."، وفي المرسوم

¹ Article 4 : « 1. En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes. a) identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse. b) caractéristiques essentielles du bien ou du service. c) prix du bien ou du service, toutes taxes comprises. d) frais de livraison, le cas échéant. e) modalités de paiement, de livraison ou d'exécution. f) existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3. g) coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base. h) durée de validité de l'offre ou du prix. i) le cas échéant, durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service ».

التنفيذي رقم 06 . 306¹، بمقتضى المادة 4 وجاء فيها: " يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع أو تأدية الخدمات، ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه". وكذا في القانون رقم 04 . 02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر بما ورد في المادة 4 منه « : يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع "، ونص في قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 3/11 " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني ... ويجب أن يتضمن على الأقل : " طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب الرسوم . وتنص المادة 13 /1: " يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية: الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات." وعليه يستشف من خلال النصوص السابقة وفي سبيل تمكين المستهلك الإلكتروني من الإقدام على التعاقد وهو على علم ويقني بتفاصيل الشيء المتعاقد عليه، فإنه ألقى على عاتق المورد الإلكتروني الالتزام بإعلام المستهلك بكل الخصائص والصفات الأساسية للمنتج، فإن كان محل العقد من السلع المادية فإن وصفها يكون بعرضها على شبكة الأنترنت وبيان صفاتها كاملة من حيث الحجم والوزن ودرجة الجودة، إلى جانب عرض صورها، أما إذا كان محل العقد غير مادي كبرامج الحاسب الإلكتروني فإن وصفه يكون من خلال بيان حجم البرنامج ونظام التشغيل والتجهيزات المطلوبة لتشغيله بصورة صحيحة².

البند الثالث: الإعلام على الاسعار وشروط البيع

قد لا تكون إرادة المستهلك مستنيرة بمجرد التعرف على خصائص السلعة أو الخدمة وشخصية المتعاقد الآخر، بل لا بد من تنويره بسعر المنتج أو الخدمة محل التعاقد، وهنا يتعين أن يعلم المستهلك بسعر السلعة بشيء من التفصيل للتأكد من تناسبها لتلك الخصائص وإمكانيته المالية³. فالهدف من الإعلام عن الأسعار هو إحاطة المستهلك علما بأسعار السلع والخدمات التي يريد اقتناءها هذا من جهة، وجعل السوق أكثر شفافية⁴ من جهة أخرى.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 ويحدد العناصر الأساسية في للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج رج رقم 56.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 131.

³ جريفي محمد، المرجع السابق، ص 154

⁴ قادة شهيدة، الالتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الاملاك، عدد 9، سنة 2011، ص 56.

ولقد نص التوجيه الأوروبي رقم 2011/83، في م الخامسة منه في فقرتها الثالثة¹ على إلزام المورد بتزويد المستهلك بجملة من المعلومات قبل إبرام العقد ومن بينها السعر الاجمالي للسلعة أو الخدمة بما في ذلك جميع الضرائب، في حال ما إذا كان الثمن غير قابل للحساب مقدما بشكل معقول بفعل طبيعة السلعة أو الخدمة، فعلى المهنيين تقديم صيغة حساب الثمن وعند الاقتضاء مجموع مصاريف النقل، التوصيل أو التخليص الى غيرها من المصاريف المحتملة، وإذا كانت المصاريف الإضافية غير قابلة للحساب مقدما في حدود المعقول، فعلى المهنيين أن يثيروا الى إمكانية فرض مقابلها.

كما نص المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك لسنة 2016 من خلال المادة 1²-112. على أنه " يقوم كل بائع لأي منتج أو كل مقدم خدمة بإعلام المستهلك عن طريق التدوين، الوسم أو الإلصاق أو أي طريقة ملائمة أخرى بالأسعار والشروط الخاصة بالبيع وتلك المتعلقة بتنفيذ الخدمات، وهذا طبقا لكيفيات يتم تحديدها بموجب قرارات يصدرها الوزير المكلف بالاقتصاد بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك". بالرغم من أن النص لا يحدد صراحة أن هذا الإعلام عام موجه للمستهلك، إلا أنه يفهم ذلك من مصطلحات " علامات، وسم، معلقات". ولا يكفي إعطاء معلومات لكل مستهلك بصفة فردية، بل يجي أن يعلم بها كل المستهلكين قبل إبرام العقد، دون الرجوع إلى البائع أو مقدم الخدمات لمعرفة السعر المطلوب دفعه، والشروط المعروضة عليه، ووفقا لهذه المادة يجب أن لا تتعلق المعلومات بالسعر فحسب، بل يجب أن تتعلق أيضا بالشروط المحددة للعقد وهذا الحكم له ما يبرره لان السعر ليس العامل

Art 5 : Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance¹ ou hors établissement, ou par une offre du même type, le professionnel fournit au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte: c) le prix total du bien ou du service toutes taxes comprises ou, lorsque le prix ne peut raisonnablement être calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service, le mode de calcul du prix et, s'il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement ou, lorsque ces frais ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, la mention que ces frais peuvent être exigible. DIRECTIVE 2011/83/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil² ART L.112-1, Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services informe le consommateur, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, sur les prix et les conditions particulières de la vente et de l'exécution des services, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. **Création Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 .**

الوحيد المحدد للمستهلك، إذ تعتبر شروط العقد مهمة أيضا ويمكن أن تؤثر على السعر¹. كما يشترط قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي في مادته 19 أن يتم ذكر السعر بشكل واضح لا لبس فيه ولا سيما إذا تم تضمين الضرائب والتسليم².

ولقد كرس المشرع الجزائري الاعلام عن الاسعار بموجب القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية السالف الذكر، حيث نصت المادة 04 منه حيث يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع، ونصت المادة 06 من نفس القانون على ما يلي: " يجب أن توافق الأسعار أو التعريفات المعلنة المبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء سلعة أو الحصول على خدمة."

ويجب أن يتم إعلام الطرف الضعيف عن الأسعار بواسطة وضع علامات أو ملصقات أو معلقات، وبكل وسيلة أخرى تجعله يطلع على الأسعار ويتم إعلامه بها، وهذا استنادا لنص المادة 1/5 من قانون 04-02. على أن تبيين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة، وهو ما تم تأكيده في نص م 5/2 من قانون 04-02، حيث إذا كانت غير ذلك سوف يصعب على المستهلك الاطلاع عليها ويمكن أن يقع في غلط. وفي فيما يخص اعلام المستهلك بأسعار الخدمات الزمت م 05 من المرسوم التنفيذي 65/09³ الذي يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الاسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع أو الخدمات المعينة بنصها: " يجب على العون الاقتصادي في إطار عملية إعلام المستهلك حول الاسعار والتعريفات المطبقة أن يطلع هذا الاخير قبل إنجاز المعاملة، على الخصوص على طبيعة السلع والخدمات ومجموع العناصر المكونة للأسعار والتعريفات الواجب دفعها وكيفية الدفع... " وبالتالي يمكن للمستهلك أن يطلع على كشف الحسابات الذي يتضمن أسعار الخدمات حسب طبيعتها وكذلك طرق الدفع، وهذا حتى لا يتفاجىء بالفاتورة التي لا تتناسبه في حالة إبرام العقد.

ونص المشرع المصري في ق ح م السالف الذكر في المادة 7 على ما يلي: " يلتزم المورد بأن يعلن أسعار السلع أو الخدمات التي يعرضها أو يقدمها، بشكل واضح على أن يتضمن السعر ما يفرضه

¹ Jean Calais- auoy , Henri temple , droit de la consommation , 9 ed , Dalloz , 2015, p 62

² Jean-Michel Bruguière , commerce électronique et protection du consommateur , juriscasseur commercial , Cote : 05,2009 , p 8

³ المرسوم التنفيذي 65/09 المؤرخ في 11 صفر 1430 الموافق سنة 2009، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الاسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع أو الخدمات المعينة، ج رج رقم 10.

القانون من ضرائب أو أي فرائض مالية أخرى وذلك وفقا للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

وفيما يخص الاعلام بشروط البيع نقول أنه لاستكمال تنوير إرادة المستهلك بشكل كامل، يتطلب الأمر إحاطته علما بشروط العقد المزمع إبرامه من حيث مراحل التنفيذ وأسلوب التسليم ومتى يتم التسليم وما يرد بالعقد من ضمانات وما إذا كانت هناك خدمة ما بعد البيع ستقدم له، ومدة العقد، وهذا ما نصت عليه م L.111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي بضرورة إعلام المستهلك بالتاريخ والأجل الذي يبرم المهنيون بتسليم السلعة أو تنفيذ الخدمة خلاله، كما ألزمت نفس المادة في الفقرة 5 بضرورة الإعلام حول الضمانات القانونية بكيفيات تنفيذها وبسائر الشروط التعاقدية، وأوجبت المادة 5-221 L. من قانون الاستهلاك الفرنسي بضرورة إعلام المستهلك بكافة المعلومات التي أوردتها المواد L. 111-1. و L. 111-2 المذكور أعلاه، بالإضافة إلى المعلومات الضرورية المتعلقة بشروط ممارسة حق العدول عن العقد، والمعلومات المتعلقة بخدمة ما بعد البيع وشروط فسخ العقد وجميع الضمانات القانونية، وهو ما نص عليه التوجيه الأوروبي 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد.

وفي التطبيق الجزائري، ألزمت المادة 4 من قانون 02/04 السالف الذكر المتعاقد القوي بإعلام الطرف الضعيف بشروط البيع فالسعر وحده لا يكفي لتحديد قرار المتعاقد الضعيف باقتناء السلعة أو الخدمة من عدمه، بل للشروط كذلك تأثير على رضاه مثل شرط تسليم المبيع في المنزل أو شرط ضمان التشغيل السليم لجهاز¹، كما نصت المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 السالف الذكر، "على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لببيع السلع وأو تأدية الخدمات".

وبالنسبة للمشرع التونسي أولى ذات الاهتمام بخصوص شروط البيع في المادة 25 من قانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية بنصها : . الشروط والضمانات التجارية والخدمة ما بعد البيع،. طرق أو إجراءات الدفع وشروط القروض المقترحة.

الفرع الثاني

جزاء الاخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام

¹ مكي فلة، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر 1، السنة الجامعية 2015/2016، ص 169.

يعد الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك من المواضيع بالغة الأهمية في غياب النصوص القانونية المنظمة للجزاء المدني المترتب عن هذا الإخلال، حيث أن المادة 5-111¹ من قانون الاستهلاك الفرنسي لم تتضمن غير توجيه المحترف الى إمداد المستهلك بالمعلومات والبيانات قبل إبرام العقد، وبالتالي نجد أن المشرع لم ينص على جزاء معين على مخالفة المحترف بالتزامه قبل التعاقد بالإعلام، وكل ما نص عليه في هذا الخصوص هو أن القواعد المنصوص عليها والخاصة بحماية المستهلك في العقود عن بعد هي قواعد متعلقة بالنظام العام²، وذهب الفقيه Calais-auloy إلى أن نصوص المجموعة المدنية الفرنسية لم تتضمن أيضا الإشارة الى هذا الجزاء، حيث لم ترد بها الإشارة إلا الى الالتزام بالإعلام بوجه عام وأن نص م 02³. 16 من القانون المدني الفرنسي تعتبر سند تشريعي للالتزام بالإعلام في عقد البيع وسائر العقود بصفة عامة، كما لم يتضمن النص تقرير أي جزاء على إخلال المهني أو البائع بهذا الالتزام، إلا ما جاء به من مكنة تفسير الشرط الغمض ضد مصلحة البائع.

و بالتالي فإنه وإزاء عدم وجود نص خاص بجزاء مخالفة الالتزام بالإعلام، قد تعددت آراء الفقه⁴ في اللجوء الى قواعد المسؤولية المدنية بوجه عام، فمنهم من يرى أن الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد يستند الى قواعد المسؤولية التصويرية بحجة أن الضرر سابق على إبرام العقد وللمستهلك في هذه الحالة أحد الخيارين، إما المطالبة بإبطال العقد على أساس وجود عيب في إرادته، أو رفع دعوى من أجل المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التصويرية، وعلى العكس من ذلك يرى الفقيه Ihering أن المسؤولية في هذه الحالة عقدية فالخطأ العقدي يقيم على عاتق المسؤول عنه مسؤولية عقدية، فهو يؤسس نظريته على أساس الخطأ عند تكوين العقد، وأن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاما بالتعويض باعتباره كعقد لا كواقعة مادية⁵. غير أن الرأي الراجح أن المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام هي مسؤولية تصويرية، وهذا ما يوسع من مسؤولية المنتج أو الموزع لتغطي جميع الأضرار التي تصيب المشتري خلافا للمسؤولية العقدية التي تتوقف حدودها عند الأضرار المتوقعة طالما

Art 111-5 : En cas de litige relatif à l'application des dispositions des articles L. 111-1, L. 111-1² et L. 111-4, il appartient au professionnel de prouver qu'il a exécuté ses obligations.

Sophie le Gac-pech droit de la consommation ,1^{er} éd , Dalloz , 2017 , p 25²

³ Art 16.02: Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.

⁴ محمد أحمد عبد الحميد أحمد، المرجع السابق، ص 294.

⁵ قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 66 .

أن المتعاقد لم يرتكب خطأ جسيماً¹. وقد اتجه الفقه والقضاء الفرنسي إلى أن الإخلال بالالتزام بالإعلام يرتب مسؤولية تقصيرية على أساس وجود نص قانوني يتضمنه القانون المدني حيث نصت م - 1112² من القانون المدني في تعديله الأخير على " يجب على الطرف الذي يعرف معلومات ذات أهمية حاسمة لرضا الطرف الآخر إبلاغه بها، طالما أن هذا الأخير يجهل هذه المعلومات جهلاً مشروعاً أو يثق في الطرف المتعاقد معه " كما نصت الفقرة الأخيرة من نفس م على أنه "...بالإضافة إلى مسؤولية المتعاقد المسؤول عن هذا الإخلال يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد وفقاً للمادة 1130 وما يليها³.

البند الأول: الجزاء المدني المترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام

سنتعرض إلى قابلية العقد للإبطال ثم إصلاح الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية نتيجة الإخلال بالالتزام بالإعلام.

أ. إبطال العقد

نلاحظ أن النصوص الخاصة في التشريعات الخاصة بحماية المستهلك لم تتضمن الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، وفي هذه الحالة لا بد من تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، والحقيقة أن نظرية عيوب الإرادة لها دور هام في إطار العقود الإلكترونية، إذ يمكن أن يشيب رضا المستهلك بعبء يدفعه إلى المطالبة بإبطال العقد والمتمثلة في الغلط والتدليس .

ففي إطار هذه العقود فإن المستهلك الإلكتروني معرض للوقوع في عيب من عيوب الإرادة، نتيجة إخلال المورد الإلكتروني بالتزامه المتمثل في تنوير وتبصير إرادته، ولقد خول المشرع الجزائري وبموجب نص المادة 14 من القانون 18/05 للمستهلك الإلكتروني والذي وقع في عيب من عيوب الإرادة، المطالبة بإبطال العقد الإلكتروني، إذ تنص المادة: "في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام م 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي حلق به".

وعليه سنبحث في إبطال العقد من خلال الغلط والتدليس وبيان ما إذا كانت أحكامها توفر حماية للمستهلك أم لا:

¹ كوثر السعيد عدنان، المرجع السابق، ص 384

² Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016

³ جريفي محمد، المرجع السابق، ص 163

1. الغلط: قد يؤدي إخلال المهني بالتزامه بالإعلام الى ايقاع المستهلك في غلط¹ نتيجة المعلومات المظلمة التي قدمها له، وقد نص المشرع الجزائري في م 82 من ق م ج والتي جاء فيها: "يعتبر الغلط جوهريا على الاخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدين جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية". إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد ."

وعليه يجب على المستهلك إذا أراد أن يثبت وقوعه في غلط معين أن يثبت جوهرية المعلومات التي وقع بشأنها الغلط سواء وقع الغلط في صفة جوهرية للشيء ،أو في المتعاقد أو صفة من صفاته².

غير أنه قد يتساءل البعض حول مدى كفاية الغلط كأساس لإبطال العقد الإلكتروني في حالة الاخلال بالتزام بالإعلام ،خاصة أمام صعوبة اثبات شروط هذا العيب، ومن ثمة فإن دائرة البطلان نجد أن المشرع قد ضيق منها، وعلى هذا الاساس كان لا بد من تدخل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام لسد هذه الفجوة، ذلك أن جميع البيانات التي يلتزم البائع أو المتدخل على تقديمها للمشتري قبل إقدامه على التعاقد تعد بيانات جوهرية لأنها تعمل على تنوير إرادته وتبصيرها، ويترتب نتيجة عد العلم بها أو عدم الالمام الكافي بها إما عدم إبرام العقد أو إبرامه³.

وهذا ما أخذ به الفقه والقضاء الفرنسي فإن المشتري أو المستهلك وكما سبقت الإشارة إليه يستطيع التوصل للمطالبة إلى إبطال العقد نتيجة إخلال البائع بالتزامه بالإعلام حتى ولو لم تتوافر شروط الغلط، لأنه يفترض في البائع أو المتدخل أن يكون عالما بالبيانات والصفات الجوهرية محل الالتزام، وأن هذه البيانات والصفات الجوهرية هي التي دفعت المستهلك للتعاقد⁴.

2. التندليس : كما أجاز المشرع المطالبة بإبطال العقد على أساس الغلط أجاز للمشتري المطالبة بإبطال العقد على أساس التندليس، ويتحقق التندليس كعيب من عيوب الارادة المؤدية الى بطلان العقد في اتيان

¹ يعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يعتقد الاشياء على غير حقيقتها، فهو تصور خاطئ للأمر والاشياء، حيث يتبين للشخص أن للشيء مواصفات معينة غير أن الحقيقة غير ذلك . علي فيلاي الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 108.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر السنة 2003، ص56.

³ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 135، 136.

⁴ حامق ذهبية، حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه دولة، جامعة الجزائر كلية الحقوق، السنة 2009/2010، ص 295.

المحترف سلوكا إيجابيا بالقول من خلال الكذب فيما يقدمه من معلومات متصلة بالعقد المراد إبرامه مع المستهلك، وذلك باستعمال طرق احتيالية من أجل إيقاعه في وهم بحيث يدفعه الى التعاقد، كما يمكن أن يكون السلوك سلبيا للمحترف من خلال كتمانها عن المستهلك المعلومات الجوهرية والتي من شأنها أن تضلله وتدفعه الى التعاقد¹.

وطبقا لنص المادة 86 من ق م ج نصت على ما يلي : " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملبسة " . و لقد حسم المشرع ج مسألة اعتبار كتمان أو سكوت أحد المتعاقدين على الإدلاء للطرف الآخر بواقعة أو ملبسة يهمله معرفتها، وتؤثر على رضاه يعد تدليسا، ففي عقود التجارة الإلكترونية فان كتمان أي معلومات عن المستهلك يعد إخلالا بمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود هذا النوع من التعاقد . حيث لا يكون أمام المستهلك إلا ما يقدمه المحترف من معلومات عن السلعة أو الخدمة².

ويكون السكوت العمدي أو الكتمان تدليسا كلما أخل المتعاقد بالتزامه بالإعلام قبل إبرام العقد وعليه يلتزم المحترف أن يقدم المعلومات الجوهرية للمستهلك لتمكينه من إعطاء رضا سليم ومتبصر، فلقد أخذ كل من الفقه والقضاء بهذا المبدأ واعتبر الكتمان تدليسا مؤديا إلى إبطال العقد كلما كان البائع ملزما في مواجهة المستهلك بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد وأي كان مصدر هذا الالتزام، يعتبر بمثابة كتمان تدليسي³ .

ب. طلب التعويض

إن حق المستهلك في فسخ العقد وإعادة الحال لما كان عليه قبل التعاقد ليس دائما هو الحل الأنجع لتوفير القدر اللازم من الحماية للمستهلك، فيكون بالإضافة لحق فسخ العقد، طلب التعويض عن الخطأ الذي اقترفه المحترف وسبب ضررا للمستهلك، وبالتالي يكون لهذا الأخير الجمع بين الفسخ وطلب التعويض طبقا لدعوى المسؤولية التقصيرية، لان الإخلال بالالتزام بالإعلام يقع قبل وقت التعاقد فهو إذا

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 136.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 137.

³ جواهرية عبد الكريم، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية

خطأ سابق على التعاقد، والخطأ السابق على التعاقد تترتب عليه المسؤولية التقصيرية التي تستوجب إصلاح الضرر نتيجة الخطأ المرتكب¹، وهذا استناداً لنص م 124 من ق م ج والتي تنص على : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض " وتقبلها م 1240² من ق م الفرنسي، ولذلك يتعين إثبات جميع عناصر المسؤولية التقصيرية المتمثلة في خطأ مقدم السلعة أو الخدمة بعدم تقديمه البيانات والمعلومات الجوهرية أو تقديمها ناقصة، والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، حتى يثبت له الحق في التعويض.

كما أن أساس الحكم بالتعويض يرجع الى تحقق الضرر، إذ لا تعويض دون ضرر، وعليه فالتعويض هو الجزاء المناسب سواء كان بديلاً أو مكملاً للإبطال وذلك لأسباب عديدة لعل أهمها عدم كفاية البطلان في تعويض المستهلك عما لحقه من ضرر، أو أن المستهلك يتمسك بالعقد ولا يريد ابطاله فيطالب بالتعويض فقط، وفي سبيل جبر الضرر الذي يتعرض له المستهلك الإلكتروني جراء إخلال المورد الإلكتروني بتنفيذ التزامه المسبق بالإعلام رتب المشرع ج التعويض، حسب ما جاء من م 14 من ق 18/05 .

البند الثاني: الجزاء الجنائي والاداري

إن الحماية المقررة في القانون المدني عبارة عن جزاءات غير كافية لحماية المستهلك، ومن أجل توفير حماية فعالة للمستهلك، تدخلت التشريعات بتكريس تقنيات دعمها بجزاءات إدارية وجنائية تطبق على المحترف عند إخلاله للالتزامات المفروضة عليه ومن بينها التزامه بالإعلام.

أ. الجزاء الاداري

لقد نص المشرع الفرنسي من خلال المادة 1-131 في قانون الاستهلاك على عقوبات إدارية تتمثل في غرامات إدارية تطبقها السلطة المسؤولة عن المنافسة والاستهلاك عند الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد المذكور في المواد 1-111 وم 3-111، حيث فرضت غرامة لا يمكن أن يتجاوز مبلغها 3000

¹ ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الاسلامي رسالة الدكتوراه المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، السنة 1999، ص 411.

² ART 1240 : Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer,
Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

يورو للشخص الطبيعي و15000 يورو للشخص الاعتباري، كما نص في المادة 3-131 L و4-131 L. على كل إخلال للالتزام بالإعلام الوارد في المادة و6-111 L. على غرامة تقدر ب 75000 يورو على الأشخاص الطبيعيين و375000 يورو على الأشخاص الاعتبارية¹.

ب. الجزء الجنائي

فرقت نصوص القانون 02/04 بين جزء الإخلال بالأسعار والتقصير في الإعلام بشروط البيع حيث نصت م 31 من قانون 02/04 الخاص بالممارسات التجارية على العقوبة المقررة لها وهي غرامة تتراوح بين خمسة آلاف دينار (5.000 د.ج) إلى مائة ألف دينار 100.000 ، أما فيما يتعلق بإخلال المتدخل للالتزام بالإعلام عن شروط البيع إن هذا الإخلال يعتبر هو الآخر جنحة، يعاقب عليها قانون 02/04 في المادة 32 بغرامة من عشرة آلاف دج 10.000 إلى مائة ألف دج 100.000، أما عن جنحة مخالفة النظام القانوني للوسم نصت المادة 78 من قانون 03/09 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش على عقوبة الغرامة من مائة ألف دج 100.000 إلى مليون دج 1.000.000 . كما نص المشرع المصري من خلال م 64 على أنه : " يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز خمسمائة ألف جنيه أو مثل قيمة المنتج محل المخالفة أيهما أكبر، كل مورد خالف أحكام المواد 3، 4، 5، 6، 7، 8، 12، 14، 16، 18، 21، 35، 38..."، كما نص المشرع التونسي في الفصل 49 من القانون رقم 83 لسنة 2000 السالف الذكر عاقب على مخالفة الالتزام بالإعلام المنصوص عليه في الفصل 25 من نفس القانون بغرامة خطية تتراوح بين 5.00 إلى 5.000 دينار .

يبقى من الملفت أن نشير إلى أن أغلبية التشريعات السابقة والتي قررت التزام البائع بالإعلام حددته في المرحلة السابقة على التعاقد أي قبل إبرام العقد، ولم تتوانى هذه التشريعات في القوانين الخاصة بالمستهلك من جعل الالتزام بالإعلام التزاماً قانونياً يقع على عاتق المهني مع توقيع جزاءات مدنية في حالة الإخلال به، تطبيقاً للقواعد العامة لإخلال المهني بالالتزام بالإعلام السابق على التعاقد يوجب المسؤولية التقصيرية، وما يمكننا قوله أن المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية 18/05 حسن ما فعل في تقرير التعويض لجبر ضرر المستهلك الإلكتروني، لإحداث نوع من العدالة وإعادة التوازن المفقود في العقود الإلكترونية، غير أنه سكت عن تقدير قيمة المبلغ المستحق للتعويض. كما أن التشريعات المقارنة لم تجعل حماية المستهلك قاصرة على الجزاءات المدنية المتمثلة في الإبطال أو التعويض طبقاً

¹ Sophie Le Gac-pech , *op cite* , p 25.

للقواعد العامة، بل نصت على عقوبات مالية وجزائية وهو ما يبين حرص هذه التشريعات في تعزيز نطاق الحماية خاصة في حماية رضا المستهلك المتعاقد.

الباب الثاني:

الآليات القانونية لحماية المستهلك
الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد

بعد التطرق للضمانات وآليات الحماية التي كرسها من قبل القوانين استهدفت التحضير لمرحلة إبرام العقد والتي إن تمت لا يجد المستهلك من مناص آخر إلا قبول ذلك العقد بالمشاركات والضمانات التي توفرت فيه حتى وإن كانت مجففة في حقه.

بالتواصل مع ما سبق من عرض أعلاه في الباب الأول فإن المستهلك الإلكتروني في أمس الحاجة إلى ضمانات تؤمنه من تكوين عقد يمكنه من الاستهلاك المجدي وهذا بعد ما حظي في المرحلة السابقة للتعاقد بآليات حماية أنسب على النحو السالف تفصيله. ولا تنقطع هذه المرحلة عن سابقتها فهي تتضمن معطيات جوهرية عديدة والمتمثلة في الحماية الموضوعية كونها تنصب على أصل الحق وليست وسيلته مثل الحق في حرمة الحياة الخاصة، الحق في مراجعة العقد، الحق في تعديله الشروط التعسفية أو إبطالها، لكن ضمانات الحماية لا تتوقف عند هذا الحد وإنما هناك وسائل إجرائية تمكن المستهلك الاستفادة من هذا الحق لأن الجانب الإجرائي هو الخادم لهذا الحق، خاصة إذا علمنا أن عقد الاستهلاك الإلكتروني يتصف بالطابع الدولي فإنه يثير مشكلة تنازع القوانين والسؤال الذي يفرض نفسه هنا هو مدى كفاية القوانين الداخلية في توفير حماية فعالة للمستهلك أم أن الأمر يتطلب وجود ضوابط اسناد خاصة بعقود المستهلكين تضمن تحقيق مصالح المستهلك في عقود التجارة الدولية. من خلال هذا الباب سنحاول التطرق إلى أهم الضمانات الممنوحة للمستهلك الإلكتروني في مرحلة الإبرام من خلال فصلين يتناول الأول مسألة تحقيق التوازن العقدي في عقود الاستهلاك أما الفصل الثاني سنتطرق خلاله إلى الجوانب التقنية والقانونية لحماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد.

الفصل الأول

تحقيق التوازن العقدي في عقود الاستهلاك

تنص القاعدة العامة في القانون المدني بأن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، إلا أن تطبيق هذه القاعدة تقتضى التساوي أو بالأحرى التوازن بين مراكز الاطراف وقت إبرام العقد .

غير أن تطور الطابع الفني للسلع والخدمات أدى الى ظهور صيغ جديدة للتعاقد، مما أدى الى اختلال المساواة بين المتعاقدين، حيث يلاحظ أن طبيعة العقود الإلكترونية توضح لنا طرفين غير متساوين في العقد، أولهما يتمثل في المهني ويكون في مركز اقتصادي احتكاري قوي وبالتالي ينفرد بوضع شروط العقد والتي غالبا ما تكون غير قابلة للمناقشة والتعديل فقد تكون في شكل عقود نموذجية محررة مسبقا من قبل الطرف القوي، وما على الطرف الضعيف إلا قبولها والاذعان لها. وإذا ما أراد التخلص من هذه الشروط المجحفة في حقه، فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد يقف حائلا دون ذلك، ومن هنا عملت التشريعات الحديثة على البحث عن الوسائل اللازمة لحماية المستهلك في البيئة الإلكترونية، وإعادة التوازن المفقود في العلاقة التعاقدية، وهذا من خلال حماية رضا المستهلك من خلال اقرار حقه في العدول الذي يعتبر خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، وحمايته في مواجهة الشروط التعسفية.

وبناء على ما تقدم سنقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول: الحق في العدول كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني

المبحث الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية

المبحث الأول

الحق في العدول كألية لحماية المستهلك الإلكتروني

تتعدد حقوق المستهلك عند التعاقد الإلكتروني، باعتبار أن العقد الذي يبرمه يغيب فيه الحضور المادي والمتعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهما، وبالتالي تلزم المرحلة السابقة على إبرام العقد المحترف بضرورة تقديم جميع المعلومات عن خصائص السلعة والخدمة، وهذا حتى يكون للمستهلك إرادة واضحة وحررة خالية من عيوب الرضا، وإلى جانب هذا الالتزام تفرض قواعد حماية المستهلك على المحترف باحترام فترة معينة للسماح للمستهلك بالتعبير عن رادته أو ما يسمى بحقه في العدول أو التراجع إذ يعتبر هذا الحق من الحقوق المستحدثة للمستهلك الإلكتروني تماشياً مع ظهور التجارة الإلكترونية، فقد يجد المستهلك نفسه أنه تسرع في إبرام العقد الإلكتروني متأثراً بوسائل الدعاية والاعلان أو يكتشف أن السلعة لا تتفق مع رغباته نظراً لعدم قدرته على معاينتها أو معرفة الاداء الحقيقي للخدمات، ولهذا اهتدت جل التشريعات الى منح المستهلك الإلكتروني ضمانات مستحدثة لحماية رضاه، تمكنه من التروي كي لا يبرم العقد إلا بعد أن تكون إرادته كاملة.

وتأسيساً على ما تقدم سنتطرق في هذا المبحث الى ماهية العدول عن العقد (مطلب الأول) وأحكام حق العدول (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني

يعتبر الحق في العدول عن العقد الإلكتروني من أحد الضمانات الهامة للمستهلك، ويعد من الآليات التي لجأت لها التشريعات الحديثة لحماية المستهلك، نتيجة التسرع وعدم التأني عند اقتتائه للسلعة أو طلبه للخدمة، وهذا من خلال منحه فترة معينة للتفكير فهو حق ارادي محض يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك وفقاً للضوابط القانونية، وفي سبيل التعرف على التنظيم القانوني الذي يحكم هذا العقد لابد من تحديد المفهوم الشامل للعدول وتمييزه عن الانظمة المشابهة له (الفرع الأول) والتطرق الى طبيعته ونطاق اعماله (الفرع الثاني، بالاضافة الى أساسه القانوني (فرع ثالث).

الفرع الأول

مفهوم الحق في العدول وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

حتى يتضح مفهوم حق المستهلك في العدول باعتباره وسيلة لحماية المستهلك، ينبغي تعريفه من الناحية الاصطلاحية والتعرض الى موقف التشريعات منه، مما يستتبع معه تمييزه عن الأنظمة القانونية المشابهة له، والتطرق الى مجال تطبيقه.

البند الأول: تعريف حق العدول

ينبغي التتويه الى أن هناك عدة مصطلحات أطلقها الفقه، قاصدا من خلالها التعبير عن حق العدول، فهناك جانب من الفقه سماه "حق أو خيار الرجوع" كما أطلق عليه "حق الندم" و"حق الانسحاب"¹. ومن مسمياته أيضا "الحق في إعادة النظر" أو "خيار الإرجاع" أو "الرد" و"الحق في التفكير"، واتخاذ القرار كما يطلق عليه في الفقه الفرنسي بمصطلح *renoncer*, أو *rétracter*².

تباينت التعريفات عند مختلف الفقهاء حول حق العدول، أو خيار الرجوع، كما يفضل البعض تسميته فيعرفونه بأنه: "مكنة أو قدرة أحد المتعاقدين على الرجوع في تعاقدته بإرادته المنفردة، استثناء من القواعد العامة، والتي تجعل للعقد بمجرد إبرامه قوة ملزمة تحول دون نقضه والرجوع فيه، إلا باتفاق الإرادتين وليس بإرادة واحدة"³. كما عرف أيضا بأنه: "وسيلة قانونية بمقتضاها يستطيع المستهلك إعادة النظر في العقد الذي ساهم بإرادته في إبرامه عن طريق الرجوع فيه بإرادته المنفردة دون أدنى مسؤولية تقع على عاتقه"⁴.

¹ يمينة حوجو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، دار بلقيس، ط 1، الجزائر، سنة 2016، ص 140.

² Droit de rétractation: « le droit de rétractation et sans doute l'une des techniques consuméristes de protection les plus utilisées par les consommateurs. C'est aussi une source classique de contentieux, qu'il s'agisse du formalisme imposé dans sa teneur et ses sanctions, des incidences sur les contrats accessoires », Dominique Fenouillet, « Choix d'options et droit de rétractation : les liaisons dangereuses », *in RDC*, n° 03, 19/09/2018, Paris 2018, p. 399.

³ مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016، ص 31.

⁴ كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، ط 2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016، ص 635.

وذهب الفقيه الفرنسي (Cornu)¹ الى القول أن "العدول تعبير عن ارادة مخالفة يعدل من خلالها صاحب التصرف، أو التصريح المنفرد بالإرادة عن ارادته ويسحبها وكأنها لم تكن، وذلك بغاية تجريدها من كل اثر ترتب عنها في الماضي أو سترتب عنها في المستقبل".
كما يعرفه آخر بأنه: "حق ممنوح في العقد يسمح بإعادة الشيء بسبب الإخلال بشرط القبول في العقد وهو حق بات ونهائي"².

أما بالنسبة لموقف التشريعات من حق العدول فرنسا ظهر هذا الحق ضمن القانون المؤرخ في 30 جوان 1926³ المتعلق بالملكية التجارية، ثم طبق بعدها في عام 1957⁴ في القانون المتعلق بالملكية الفكرية والأدبية، ثم اتسع استعماله في بعض العقود الخاصة كعقد التعليم بالمراسلة الذي منح للطالب حق العدول عن التعاقد ومع صدور قانون حماية المستهلك الفرنسي في 10 جانفي 1978⁵ خصص المشرع مادتين لبيان أحكام حق المستهلك في العدول عن العقد⁶.

ولا تختص فرنسا وحدها بإقرار حق العدول بل تبنته الكثير من الدول الغربية كإنجلترا في إطار تشريع حماية المستهلك والائتمان الاستهلاكي لسنة 1974، وألمانيا الغربية سابقا في القانون الصادر في 15 مايو 1974 المتعلق بالبيع بالتقسيط.

كما سبقه قانون عام 1969 بشأن البيوع الواردة على بعض القيم المنقولة، وعرف حق العدول أيضا في القانون الصادر في "لوكسمبورج" سنة 1961 بشأن البيع بالتقسيط⁷.

أما بخصوص التشريعات العربية فكانت هي الأخرى السبابة في تطبيق حق العدول ولم تكن فكرة العدول عن التعاقد بصفة عامة بعيدة عن التنظيم التشريعي، إذ نجد لها تطبيقا في التشريع المصري في

¹ Gérard Cornu: « La rétractation est une manifestation de volonté contraire par laquelle l'auteur d'un acte ou d'une manifestation de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue afin de la priver de tout effet passé et à venir. », Rapport sur la protection de consommateur et l'exécution du contrat en droit Français, *In travaux de l'association de Henri Capitant*, Tome 24, 1973, D 1975, p 726.

² P. Bresse et G. Kaufman, *Guide Juridique de l'internet et du commerce électronique*, librairie Vuibert, 2000, p. 215 .

³ Decret n° 53 -960 du 30 septembre 1953, *in JORF*, 1^{er} octobre 1953, sur la propriété commerciale.

⁴ LOI N° 57-298 DU 11 mars 1957 du code de propriété intellectuelle.

⁵ Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs.

⁶ يمينة حوجو، المرجع السابق، ص، ص 149، 150.

⁷ التشريع اللكسمبورجي الصادر في 19 مايو 1961.

المادة 42 من القانون رقم 354 لسنة 1954 الخاص بحماية الحقوق الملكية الفكرية الذي أعطى للمؤلف الحق في سحب مصنعه من التداول، كما أن هناك أفكار قانونية أخرى قريبة من حق العدول نص عليها القانون المدني¹. وأولى المشرع اللبناني أهمية قصوى لحماية المستهلك في مجال التعاقد، وذلك بمنحه حق العدول عن تنفيذ العقود المبرمة عن بعد من خلال قانون 2005² حيث أجاز للمستهلك حق العدول عن قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو استفاد من خدمة³.

ومنح المشرع التونسي هو الآخر الحق للمستهلك في العدول وذلك من خلال قانون 2000⁴ المتعلق بالمبادلات والتجارية الإلكترونية ذلك أنه يمكن للمستهلك أن يعدل عن الشراء وحدد له المهلة التي يمكن له أن يعدل من خلالها. وبالرجوع للمشرع الجزائري فإنه نظم الحق في العدول في القواعد العامة مثل خيار الرؤية في المادة 352 من القانون المدني وخيار التعيين في م 213 ق م ج والعيب في المبيع في المادة 379⁵ ق م ج، كما نص عليه في التشريعات الخاصة مثل الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة في المادة 1/24⁶، ونص عليه في قانون التأمين في تعديله الأخير بقانون 04-06 في المادتين 70 مكرر و90 مكرر⁷. ونص على العدول أيضا في قانون النقد والقرض في المادة 119 مكرر⁸ من الأمر 04-10. والقرض الاستهلاكي بمقتضى المادة 11¹ من المرسوم

¹ رشا علي جاسم العامري، الرجوع في التعاقد دراسة مقارنة، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2017، ص 146.

² القانون اللبناني رقم 655 الصادر في 4 شباط 2005 جريدة رسمية لبنانية، ع 6.

³ خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، د ط، الدار الجامعية، مصر 2007 ص ص 283، 284.

⁴ الفصل 30 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي الصادر في 9 أوت 2000 الرائد الرسمي، ع 64، المؤرخ في 11 أوت 2000.

⁵ تنص المادة 1/379 على: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من إنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها"
⁶ الأمر رقم 03-05، مؤرخ في 19 جمادي الأول عام 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ج، ع 44، المؤرخة في 23 يوليو 2003.

⁷ قانون 04-06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فيفري 2006 المعدل والمتمم لقانون 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات ج ر ج، ع 15 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006.

⁸ الأمر رقم 04-10 المؤرخ في المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت 2010، المعدل والمتمم لأمر 03-11 الملغى بموجب القانون 09/23

التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، كما نص عليه أيضا في نفس المرسوم في البيع بالمنزل في المادة 14. كما ورد ذكر العدول في نص المادة 11 من قانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ضمن البيانات الواجب توافرها في العرض التجاري الإلكتروني، وهذا ما يؤدي بنا الى التساؤل عما إذا كان المشرع يقصد من وراء ذلك عدول المستهلك أو عدول الموجب .

و تطرق المشرع الجزائري لمفهوم العدول بموجب القانون 09-18 المعدل والمتمم لقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في مادته 19² في فقرتها الثانية والتي تنص على أن "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب ...".

وتنص الفقرة الموالية على "للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية، كما تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتجات المعينة عن طريق التنظيم"، إذاً في هذا القانون نجد أن المشرع الجزائري قد أقر صراحة حق العدول ولكن يعاب عليه أنه لم يفصل في ضوابط ممارسته بعد مما ترتب عليه فراغ قانوني.

البند الثاني: تمييز العدول عن الأنظمة القانونية المشابهة له

1. حق العدول وحق التفكير:

لا جدوى من إحاطة المستهلك علما بالبيانات دون اعطائه مهلة للتفكير قبل الاقدام على إبرام العقد، لذلك يقال أنّ التفكير هو المكمل للإعلام، ويقصد به منح المستهلك فترة معينة قبل الارتباط بالعقد نهائيا، حيث يلتزم المهني خلال هذه الفترة بالإبقاء على العرض، ولا يستطيع أن يعدل عن ايجابه خلال هذه المدة التي تعطي للمستهلك فرصة للتروي في أمر التعاقد ومدى ملائمة العقد له فإن وجده في صالحه أتمه، وإن وجده غير ذلك فله أن يرجع عن اتمام العقد.

والهدف من هذا الحق هو القضاء على ظاهرة شائعة تتمثل في لجوء بعض المهنيين الى رفض تسليم نماذج العقود للمستهلكين إلا بعد التوقيع عليها بما يفيد التعاقد، وذلك على نحو يحرم المستهلك من

¹ المادة 11 من المرسوم التنفيذي 15-114 مؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق 12 مايو سنة 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي ج ر ج ، ع ، 24 مؤرخ في 13 مايو 2015.
² المادة 19 من قانون رقم 09-18 ج ر ج ج ، ع 35، يعدل ويتمم القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مؤرخ في 25 رمضان عام 1439، الموافق ل 10 يونيو سنة 2018، ج ر ج ، ع 35 ، مؤرخة في بتاريخ 13 يونيو 2018.

امكانية التفكير المسبق في شروط العقد قبل إبرامه¹. ولقد تم استحداث حق العدول وخيار التفكير أو التروي في ظل الانتاج الوفير والرغبة في التسويق الواسع من خلال المتاجر الكبرى.

ولعل ذلك ما أوجد نوعا من التشابه بين حق العدول وخيار التفكير أو التروي من حيث الهدف :

فالهدف الذي يرمي المشرع لتحقيقه من وراء المهلتين مهلة التفكير والتروي²، هو منح المستهلك مهلة التروي والتدبر وحسن التفكير، فبغير ذلك ونتيجة تسرع المستهلك في قرار التعاقد، قد يجد الأخير نفسه ملزما بعقد مجحف بحقوقه أو مضطرا للاستمرار في تعاقد لا حاجة له به .كما تتفق مهلة التفكير والتروي مع حق العدول من حيث المصدر الذي هو غالبا نص القانون وأحيانا اتفاق الطرفين.

ويشتركان من حيث الخصائص فكلا الحقين من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو الانتقاص من مدتهما وكلاهما حق مؤقت تتم ممارسته خلال مهلة محددة³.

وعلى الرغم من أوجه التشابه إلا أنها لا تنفي وجود اختلافات وفوارق بينهما، فحق التفكير والتروي يسعى لحماية المستهلك قبل إبرام العقد وقبل الالتزام به بشكل بات وهذا من خلال منحه فترة للتفكير والتروي أما حق العدول فيأتي دوره بعد إبرام العقد حتى لا يضطر المستهلك الى الاستمرار في عقد لا

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 41.

² نظم المشرع ج مهلة التفكير والتدبر في المرسوم التنفيذي 15-114 ، المرجع السابق، في م 6 منه على أنه: " يجب أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض الذي من شأنه السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه اكتتابه وكذا شروط تنفيذ العقد ". ويفهم من ذلك ضمنا هو إعطاء مهلة للمستهلك من طرف المقترض لتقييم العرض والتفكير فيه وتفحصه قبل الاقبال عليه وتوقيع عقد القرض .ويمكن تعريف مهلة التفكير والتدبر بأنها إعطاء المستهلك مدة زمنية للتفكير والتدبر في مدى ملائمة العرض المقدم له قبل ارتباطه بالعقد نهائيا، يلتزم المقترض خلال هذه المدة بالإبقاء على العرض ولا يستطيع أن يعدل عن ايجابه الى حين انتهاء هذه المدة . نقلا عن جريفي محمد وبخماوي شريف، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 11 ، س 6 ، قسم الدراسات القانونية والشرعية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، جانفي 2017، ص 31، 32.

³ سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دراسة مقارنة بين المصري والفرنسي والمغربي واللبناني والتونسي والتوجهات الأوروبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، مصر 2018، ص 156 .

يرضيه . ويختلفان من حيث علاقتهما بالقوة الملزمة للعقد إذ لا يوجد تعارض بين حق التفكير السابق على التعاقد والقوة الملزمة للعقد، أما حق العدول فهو يمثل اعتداء على القوة الملزمة للعقد¹.

يمكن تشبيه هذه المدة استنادا الى القواعد العامة في القانون المدني بالمهلة الممنوحة للمشتري الذي هو بحاجة الى مهلتين، الأولى راجعة لاكتشاف العيب في المبيع والثانية بتغيير هذا المبيع عينا.

2. حق العدول وخيار الرؤية:

يعرف خيار الرؤية² بقدرة من ثبت له هذا الحق على الرجوع في العقد بإرادته المنفردة وحل الرابطة العقدية أو امضاء العقد وطلب التنفيذ العيني³.

فهو الحق الذي يثبت لأحد المتعاقدين في فسخ العقد أو امضائه عند رؤية محل العقد عند إبرام العقد أو قبل ذلك، ومعنى الرؤية هنا ليس قاصرة على النظر فقط، وإنما تنطبق على اللمس والشم والذوق والسمع، فخيار الرؤية يسعف المستهلك في الكثير من العقود التي يبرمها، إذ يستطيع في كل مرة فسخ العقد الإلكتروني إذا ما أدرك أن إبرام العقد لا يحقق له مصلحة⁴.

ومن أوضح الأمثلة التي يظهر فيها خيار الرؤية هي العقود التي تتم عن بعد أو بالطرق الإلكترونية حيث لم يتوافر في تلك العقود الإدراك والعلم الكافي بالمبيع، والمستهلك لم ير السلعة رؤية حقيقية بل رأى صورتها أو علم بأوصافها المكتوبة على الشاشة التي أمامه، وخيار الرؤية ثابت في حق المستهلك عن بعد، وعليه يتفقان من حيث الهدف حيث يكمن الهدف من حق العدول في حماية رضا

¹ مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 48 .

² خيار الرؤية : هو حق المتعاقد في أن يبطل العقد أو يجيزه بعد رؤية محل العقد إن لم يكن قد رآه أثناء العقد أو بعده، ويعرف أيضا بأنه حق المشتري الذي لم ير محل العقد في امضاء العقد أو فسخه كما يتشابه الى حد بعيد مع الحق في التراجع . نقلا عن محمد سعيد جعفر، الخيارات العقدية في الفقه الاسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 1998، ص ص 75، 76. ونص عليه م 352 من ق م ج : " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه . الأمر 75-58 المعدل والمتمم، سابق الإشارة اليه، ص 74 .

³ جاسم علي جاسم الشامسي، الحماية القانونية المدنية للمشتري في البيوع التي تتم عن طريق التلفزيون، بحث مقدم في ندوة حماية المستهلك في الشريعة الاسلامية، كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية، 1998، ص 10، نقلا عن سالم يوسف العمدة، المرجع السابق، ص 165.

⁴ هيثم حامد المصاروة، أحمد عبد الرحمن المجالي، حماية المستهلك في العقود الالكترونية، مكتبة القانون والاقتصاد، ط 1، الرياض، السعودية، 2015، ص 81.

المستهلك الذي لم يتمكن من رؤية المبيع، وهو ما يتطابق مع خيار الرؤية الذي يحمي المشتري عندما لا يتمكن من رؤية المبيع فأتيح له حق فسخ العقد بإرادته المنفردة¹.

كما يتشابهان من حيث الطابع المؤقت، حيث يجب على المتعاقد اتخاذ قراره خلال مهلة محددة بالمضي في العقد أو فسخه.

ويختلفان من حيث العلة، فعلة خيار الرؤية عدم رؤية المبيع، أما العلة من حق العدول فتتمثل في إعطاء المستهلك ذلك الحق حماية له.²

3. العدول عن العقد والبطلان:

يتشابه النظامان في الأثر المترتب عليهما وهو زوال العقد واعتباره كأن لم يكن، غير أن هذه النتيجة لا تلغي ما بينهما من فوراق فالبطلان جزاء يترتب على ما يصيب العقد من خلل في أحد أركانه عند تكوينه فالعقد يكون منعدا من الناحية القانونية ولا تترتب عليه أي آثار، أما العدول عن التعاقد فإنه يلحق عقدا صحيحا نافذا، هذا فيما يخص البطلان المطلق أما البطلان النسبي فقد يتقارب العدول مع البطلان النسبي من خلال اختلال ركن الرضا فيهما، ويحق لأحد الطرفين خيار الاستمرار في العقد والابقاء عليه أو ازالته³.

يستطيع كل من طرفي العقد طلب إبطال العقد، إذا شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة، على عكس الحق في العدول لا يستفيد منه إلا المستهلك وحده، كما أنّ القابلية للإبطال لا تمنع العقد من انتاج آثاره في حين أن العدول يمنع العقد من انتاج آثاره حتى تمر المدة المحددة للممارسة حق العدول.

يهدف العدول الى حماية المستهلك وحقوقه من تأثير الدعاية الخادعة والمضلة والتي تدفعه للتعاقد بدون تدبر وتروي، بينما تهدف عيوب الارادة الى ضمان كون ارادة المتعاقد حرة ومستتيرة .

4. العدول والغاء العقد بالإرادة المنفردة:

يشترك النظامين في أن كلاهما تصرف ارادي يترتب انهاء الرابطة العقدية دون توقف ذلك على إرادة المتعاقد الآخر ودون أن يلتزم طالب الانهاء بتبرير تصرفه، غير أنه يمكن التمييز بين النظامين على

¹ أسامه أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص40.

² سالم يوسف العمدة، المرجع السابق، ص ص، 169، 167، 170.

³ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 220.

أساس أن الغاء العقد بالإرادة المنفردة قد يؤدي الى حل الرابطة العقدية بالنسبة للمستقبل دون المساس بالأثر الذي ترتب قبل حصول الالغاء، في حين أنّ العدول فيزيل العقد برمته ماضيا ومستقبلا ويتم قبل أن يرتب العقد أيا من آثاره. كما أنّ إلغاء العقد يكون نتيجة لطبيعة العقد مثل عقد الوكالة أو العارية أو نتيجة لحق ينشئه القانون لأحد طرفيه مثل الرجوع عن الهبة، أما حق العدول فلا يقرر إلا بإرادة المشرع في عقود معينة، ولا يمارسه المستهلك إلا استثناء من القاعدة العامة¹.

الفرع الثاني

نطاق حق العدول

إن دراسة حق العدول يقتضي منا تحديد مجال اعمال هذا الحق من حيث المحل الذي يرد عليه العقد ومن حيث الاشخاص الخاضعين لهذا الحق.

ثانيا: مجال حق العدول

نظرا لما يشكله حق العدول من أثر على العقد من استثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد التي تلزم الاطراف بتنفيذ ما أبرموه بإرادتهم الحرة، فإن مجال تطبيق هذا الاستثناء يجب أن يبقى محدودا في تصرفات قانونية تبرر طريقة إبرام العقود وكيفية حصول التراضي فيها بحيث لا يمكن أن يرد على كل أنواعها مهما كانت طبيعة المعقود عليه، كما لا يمنح لأي شخص بل يقتضي وجود مستهلك ومورد ناشئ بينهم عقد استهلاك إلكتروني فوجود صفة المتعاقدين تلعب دورا مهما في تحديد نطاق حق العدول لذا كان لا بد من تحديد مجال إعماله.

1. مجال حق العدول في مسائل العقود المبرمة عن بعد وخارج الموطن : يعرف التعاقد عن بعد بأنه أنه عقد يبرم بين تاجر محترف ومستهلك بقصد توفير السلع أو التعاقد على الخدمات، وتتم هذه العقود دون وجود مادي بين المحترف والمستهلك وباستخدام وسائل الاتصال الحديثة².

فالميزة الأساسية للتعاقد عن بعد أنه يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي وإنما افتراضي كما يتم بوسائل حديثة، فالتعاقد عن بعد لا يقتصر على البيع وحده بل يرد على السلع والخدمات دون

¹ سليمان براك دايع، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، مج 8 ع 14 ، جامعة النهدين ، بغداد، 2005، ص 10.

² R . Stone, The Modern Law of Contract, 5th éd, Cavendish Publishing Limited, Portland, Oregon , USA, 2002 , p. 64.

نقلا عن سالم يوسف العمدة المرجع السابق، ص 311 .

الحضور المادي للأطراف، وتتعدد الوسائل الحديثة التي أفرزتها التطورات التكنولوجية في هذا العصر فمنها الفاكس، التلكس، التليفون، وغيرها من الوسائل المبتكرة، ولكن الأكثر شيوعاً ورواجاً هو العقد الإلكتروني الذي يعرف بأنه: " ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة الكترونياً وتنشئ التزامات تعاقدية"¹. وعرفه التوجيه الأوروبي 83/2011 باعتباره العقد الذي يبرم دون الحضور المادي للمهني والمستهلك يشمل البيع والخدمات باستخدام تقنيات الاتصال عن بعد من ضمنها التعاقد عبر الانترنت، وبالنسبة لعقود خارج الموطن Contrat hors établissement فعرّفها المشرع الفرنسي بأنها كل عقد يربط المحترف والمستهلك في المكان الذي لا يمارس فيه المهني نشاطه الدائم أو بشكل اعتيادي مع الوجود الفعلي للطرفين المتعاقدين مع المتابعة الفعلية للعرض المقدم للمستهلك، أو في المكان الذي يمارس فيه المهني نشاطه الدائم والمعتاد لكن بتقنية الاتصال عن بعد بشكل فوري في الوقت الذي يكون فيه المستهلك في مكان آخر مخالف لمكان نشاط هذا المهني.²

2. عقد القرض الاستهلاكي:

إن الحاجة إلى السلع والخدمات أدت إلى ظهور أشكال جديدة للتمويل، حيث ظهرت المؤسسات المالية المتخصصة في تقديم قروض الاستهلاك وتوفير المال اللازم للحصول على السلع والمنتجات إلا أن رغم هذه المزية التي يقدمها، والتي تدفع بالمستهلك الذي هو بحاجة إلى مال من أجل سد حاجاته إلى القبول بعقد مجحف لا يستطيع أن يملئ شروطه، باعتباره في مركز ضعف وعليه أن يقبل بهذا العقد لأنه بحاجة إلى مال، وعلى هذا أقر حق المستهلك في العدول في مثل هذه العقود، يستطيع الرجوع عن العقد إذا ثبت له أن هذا العقد لا يلبي طموحاته³، ولقد عرف المشرع الجزائري القرض الاستهلاكي في قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09 السالف الذكر في م 3/20 بأنه "كل عملية بيع للسلع والخدمات يكون فيها الدفع مقسطاً أو مؤجلاً أو مجزئاً".

كما عرفه أيضاً في المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي في م 2 فقرة 2 بأنه: "كل بيع لسلعة يكون الدفع فيه إلى أقساط مؤجلاً أو مجزئاً

¹ معزوز دليّة، المرجع السابق، ص 08.

² جريفي محمد، المرجع السابق، ص 231 .

³ سالم يوسف العمدة، المرجع السابق، ص 318 .

فالقرض الاستهلاكي جاء محصوراً في كل عملية بيع للسلع أو الخدمات، كما يلحظ أن المشرع ج لم يتطرق للخدمات كما فعل في ق ح م فلقد حصر مجال القرض الاستهلاكي على السلع دون الخدمات¹. ونص المشرع الفرنسي هو الآخر على حق العدول في مجال عقد القرض الاستهلاكي، حيث نصت عليه م 19-312² "يجوز للمقترض العدول بدون سبب خلال أربعة عشر يوماً تحسب من تاريخ قبول عرض عقد الائتمان .

أما بالنسبة للعقود المستثناة من حق العدول نصت عليها المادة 28-221 على منع ممارسة العدول في بعض العقود وهذا إما بسبب طبيعة الخدمات المعينة، أو بسبب الضمانات المحيطة بإبرام العقد ، ومن بين هذه العقود³ .:

- العقود الخاصة بالنسبة لتوريد الخدمات المنفذة بالكامل قبل نهاية فترة العدول أو التي بدأ تنفيذها بعد الموافقة المسبقة الصريحة من المستهلك والتنازل الصريح عن حقه في العدول .
- توريد السلع أو الخدمات التي يعتمد سعرها على التقلبات في السوق المالية الخارجة عن سيطرة المحترف والتي من المحتمل أن تحدث خلال فترة العدول.
- توريد سلع مصنوعة وفقاً لمواصفات المستهلك أو مخصصة بشكل واضح له.
- توريد السلع المعرضة للتلف أو انتهاء الصلاحية بسرعة.
- توريد السلع التي تم فك ختمها من قبل المستهلك بعد التسليم والتي لا يمكن إرجاعها لأسباب تتعلق بالنظافة أو حماية الصحة .
- توريد السلع التي تختلط بعد تسليمها مع طبيعتها بمواد أخرى .
- توريد المشروبات الكحولية والتي يتم تأجيل توصيلها لأكثر من ثلاثين يوماً وتعتمد القيمة المتفق عليها عند إبرام العقد على تقلبات في المناولة خارجة عن إرادة المحترف .
- أعمال الصيانة أو الإصلاح التي يجب القيام بها بشكل عاجل في منزل المستهلك وطلبها صراحة في حدود قطع الغيار والعمل الضروري للغاية للاستجابة لحالة الطوارئ.

¹ جريفي محمد وبخماوي شريف، المرجع السابق، ص 27 .

² Loi n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs, relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services.

³ Jean-Denis Pelier, *Op. cit.*, p 182, 183.

- توريد التسجيلات الصوتية أو المرئية أو أجهزة الكمبيوتر عندما يتم فكها من قبل المستهلك بعد التسليم .
- العقود المبرمة في المزاد العلني.
- توفير خدمات الإقامة وغيرها من أماكن الإقامة السكنية، وخدمات نقل البضائع وكراء السيارات والمطاعم وغيرها من نشاطات الترفيه التي يجب تقديمها في فترات محددة .
- توريد محتوى رقمي غير مزود على وسيط مادي وقد بدأ تنفيذه بعد الموافقة المسبقة والصريحة للمستهلك والتنازل الصريح عن حقه في العدول .

الفرع الثالث

الأساس القانوني للحق في العدول

إن حق المستهلك في العدول هو في الحقيقة تخل ورجوع في عقد أبرم صحيحاً نافذاً ، وهذا الرجوع يجد مصدره إما في اتفاق المتعاقدين وإما في نصوص القانون ، ولما كان في ذلك العدول انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد فقد أثير التساؤل عن الأساس القانوني الذي يستند إليه هذا العدول¹ ، وفي هذا الشأن اختلفت الآراء بين نوعين من حق العدول ولكل منهما أساس يختلف عن الآخر هما العدول الإتفاقي والعدول التشريعي.

فالعدول الإتفاقي يعتبر استثناء من مبدأ القوة الملزمة للعقد ، لذا فيإمكان المتعاقدين مخالفة هذه القاعدة بالاتفاق على إعطاء حق العدول عن العقد لكليهما أو بأحدهما بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر وفي هذه الحالة يصبح العقد غير لازم وقابل للرجوع عنه. وهنا يطلق عليه بحق العدول ألاتفاقي ويعد اتفاق المتعاقدين هنا أساس العدول بناءً على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين بشرط أن يكون هذا الحق مقيداً بفترة زمنية محددة يتم من خلالها أعمال حق العدول ويصبح بانتهائها العقد باتاً ونهائياً لا رجعة فيه².

أما العدول التشريعي المترتب عن نص خاص في القانون فلقد اختلف الفقه في بيان أساسه القانوني إلى عدة آراء ، فمنهم من رأى¹ أن الأساس القانوني لحق العدول يكمن في اعتبار العقد المصحوب بهذا الحق

¹ _ عبد المجيد خلف منصور العنزي ، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي دراسة مقارنة مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، ع 2 ، س 6 ، أكاديمية سعد عبد الله للعلوم الأمنية . الكويت - يونيو 2018 . ص 114 .

² _ عيسى بخيت ، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني ، مجلة الدراسات القانونية ، ع 24 ، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية ، الجزائر ، سنة 2017 ، ص 144 .

معلقاً على شرط واقف وهو اختيار المستهلك لإبرام العقد بعد فوات المدة ، أو معلق على شرط فاسخ وهو قيام المستهلك بسحب رضائه خلال المدة المقررة للعدول² .
وهناك من أخذ³ بفكرة التعاقب في إطار تكوين العقد على أساس أن عقود الاستهلاك لا تبرم في لحظة زمنية واحدة ، هي لحظة ارتباط الإيجاب مع القبول ، وإنما لا بد من مرور مدة زمنية قبل أن يرجع المستهلك عن عقده ، وعليه العقد الذي ينطوي على حق العدول لا يبرم بصفة نهائية وهو ما يزال في طور التكوين ، وأن المهلة القانونية التي منحها المشرع للمستهلك ما هي إلا فترة للتفكير والتروي .
وهناك من ذهب الى القول⁴ بفكرة عدم لزوم العقد كأساس للعدول على اعتبار أن العقد الذي يتضمن حق المستهلك في العدول خلال مهلة محددة هو عقد غير لازم ، وهذا ما سوف ندرسه بالتفصيل في هذا المطلب من خلال الفروع الآتية⁵ .

¹ _ J.M.MOUSSERON , La duree dans la formation des contrats ,mélanges hauffert ,1974,p.59.

² _منصور حاتم محسن ، العدول عن التعاقد عبر الانترنت ، ع 2 ، س 4 ، مجلة المحقق الحلي للقانونية والسياسية ، جامعة بابل ، العراق ، 2012 ، ص 56.

³ _ مصطفى محمد جمال ، السعي إلى التعاقد مظاهره ، وآثاره القانونية ، د ط ، منشأة الكتب الجامعية ، مصر ، 2000 ، ص 222.

⁴ _ (B) STARCK, (H) ROLAND et (L) BOYER, droit civil , les obligations , tom 2 , 6ème éd . Litec ,1998 , n 410 .

⁵ _سالم يوسف العمدة ، المرجع السابق ، ص 51.

البند الأول: التعليق على شرط كأساس للعدول

تقوم فكرة الشرط كأساس قانوني للعدول ، نظرا لما يترتب عليه من أحكام تختلف بحسب ما إذا كان الشرط واقفا ، أو فاسخا.

فالشرط الواقف هو عدم الرجوع في العقد خلال الفترة المحددة كمهلة للرجوع ، أما شرط فاسخ هو قيام المستهلك بسحب رضائه خلال المدة المقررة للعدول. ففي الحالة الأولى لا ينتج العقد آثاره إلا عند تحقق الشرط ، فإن تحقق أنتج هذه الآثار من تاريخ إبرامه وفي الحالة الثانية ينتج العقد آثاره حتى يتحقق الشرط فإن تحقق زالت هذه الآثار بأثر رجعي¹.

إلا أن هذا الرأي² أنتقد فالشرط الواقف يعني اختيار من تقرر له الخيار عدم الرجوع في العقد في المهلة المحددة للرجوع فهذا الشرط غالبا ما يكون شرطا إراديا محضا ويكون غير قائم ، فاعتبار حق العدول شرط واقف غير ملائم ، لأن التزامات المستهلك وحدها هي التي يتوقف تنفيذها خلال فترة الخيار ، أما المهني فعليه تنفيذ التزاماته خلال هذه الفترة³.

أما الشرط الفاسخ الذي يعني اختيار المستهلك طريق الرجوع عن التعاقد خلال مهلة التفكير ، فإنه يتعارض مع قصد المتعاقدين وليس المقصود من إدراج الشرط تأجيل تنفيذ العقد حتى انقضاء مدة الرجوع ، فالأصل أن لا يحول الشرط دون تكوين عقد ثابت قابل للتنفيذ. وعليه فكرة الشرط الفاسخ تعبر عن أمر خارجي عن العقد بينما الخيار الناشئ عن فترة العدول يتعلق بالتراضي المكون للعقد وليس أمراً خارجاً عنه⁴.

وقد ذهب بعض الفقهاء⁵ الى القول بأن شرط التجربة⁶ يمثل أساسا للعدول ، طالما أن العقد إذا أبرم نجد أن المشتري يحتفظ بحق تجربة المبيع ، والبيع تحت هذا الشرط يجيز للمشتري أن يقبل الشيء

¹ _ أحمد ابراهيم حسين الحيارى ، عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الانترنت دراسة مقارنة في القانونين الاردني والفرنسي ، المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية ، مج 1 ، ع 2 ، الأردن ، 2009 ، ص 137.

² _ سليمان براك دايج ، المرجع السابق ، ص 174 .

³ _ أحمد السعيد الزقرد ، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي المقارن ، مجلة الحقوق الكويتية ، ع 2 ، س 19 ، جامعة الكويت ، كانون الأول ، 1995 ، ص 133.

⁴ _ رشا علي جاسم العامري ، المرجع السابق ، ص ص 40 ، 41.

⁵ _ مصطفى محمد جمال ، السعي إلى التعاقد مظاهره ، وآثاره القانونية ، د ط ، منشأة الكتب الجامعية مصر ، 2000 ، ص 145 .

⁶ _ نصت م 355 من ق م ج على : " في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه و على البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ... " ، الأمر 75-58 ، المعدل والمتمم ، سابق الإشارة اليه ، ص 74.

المبيع أو أن يرفضه فإن قبله تحقق الشرط الواقف وأنتج العقد آثاره وإن رفضه ، فإن الشرط يكون قد تخلف ومن ثم يمتنع البيع ويعد كأن لم يكن.

كما أن للمشتري أن يرجع في البيع إن هو اشترط التجربة ووجد المبيع غير ملائم له¹. ويجد هذا الرأي أن الاختلاف بين النظامين ليس سوى خاصية واحدة ، وهي أن شرط التجربة يثبت بالاتفاق في حين أن حق العدول يثبت بنص القانون.

وقد انتقد هذا الرأي² و يتمثل هذا النقد في أن مهلة التفكير الممنوحة للمستهلك حال ثبوت الحق في العدول عن العقد ، ليس الغرض منها التحقق من ملائمة المبيع للاستعمال المخصص له كما هو الحال بالنسبة للبيع بشرط التجربة بل اعطاء فرصة كافية لاكتمال ونضج الرضا لدى المستهلك والتأكد من عدم تسرعه في التعاقد ، فضلا عن ممارسة حق العدول تتوقف على محض إرادة المتعاقد ومشيئته ولا يخضع لأي تسبب أو رقابة³.

وعليه يتبين أن الشرط لا يصح أساسا قانونيا للعدول وهذا نظرا للاختلافات القانونية التي تترتب عن الشرط كما أن الشرط ، هو أمر خارج عن العقد يعلق أطرافه وجوده عليه في حين أن العدول هو يتعلق بالتراضي المكون للعقد ذاته وهو ليس أمرا خارجا عنه⁴.

البند الثاني : التكوين التعاقبي والفوري للعقد كأساس للعدول

لقد اختلفت آراء الفقه حول هذا الشأن ، فمنهم من رأى⁵ في التكوين التعاقبي للعقد أساسا لحق العدول ، ومنهم من رأى أن الأساس القانوني للعدول يتمثل في التكوين الفوري للعقد .

أولا: التكوين التعاقبي أو التدريجي للعقد كأساس للعدول

تقوم فكرة تكوين العقد على مراحل متعاقبة لتكون هي الأساس القانوني للعدول ، بحيث تقوم هذه النظرية على أن البيع الذي لا ينطوي على حق العدول ، لا يبزم بصفة نهائية ، وإنما هو مازال في طور التكوين.

وإن عقود الاستهلاك لا تبرم بلحظة واحدة هي لحظة ارتباط الإيجاب بالقبول بل يستغرق تكوينها فترة من الزمن تبدأ بالقبول وتنتهي بانقضاء فترة العدول ، ومعنى ذلك أن الاتفاق الذي تم بين

¹ _أشرف محمد رزق فايد ، حماية المستهلك دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني ، ط 1 ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، الجيزة ، مصر ، 2016 ، ص 952.

² _ محمد سعد خليفه ، البيع عبر الانترنت وحماية المستهلك في ضوء قانون المعاملات المدنية البحريني ، مجلة كلية الحقوق ، مج 5 ، ع 1 ، جامعة البحرين ، 2008 ، ص 25 .

³ _ سليمان براك دايج ، المرجع السابق ، ص 11 ، 12 .

⁴ _ سليمان براك دايج ، المرجع السابق ، ص 13.

⁵ _ مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 222.

المحترف والمستهلك لم يكن المقصود منه إبرام العقد بصفة نهائية ، وإنما مجرد الرغبة في إبرامه ولا وجود للعقد إلا بعد انقضاء المهلة.

وبالتالي تبادل الرضا بين طرفي العقد لا يكون قادراً بمفرده على اتمام التعاقد بل يحتاج الى رضا آخر يقويه يجعله قادر على إبرام العقد.¹

وعليه رضا المستهلك لا يتكون دفعة واحدة وإنما يصدر منه تصرفين الأول وهو قبوله للعقد في بداية المدة ، والثاني هو تأكيد ذلك القبول في نهايته وعليه يكون القبول في هذه العقود على مرحلتين ؛ القبول وتأكيد هذا القبول ، فإذا عمد المستهلك الى سحب الموافقة في مدة التفكير فإنه يحول بذلك دون إتمام العقد ، وبالتالي لا يشكل إخلالاً بمبدأ إلزامية العقد لأنه ينسحب من عقد غير تام وليس منعقد ملزم ، و بمعنى آخر العدول عن العقد هو عدم تأكيد القبول خلال فترة معينة ، ويترتب عليه عدم إبرام هذا العقد.

وعليه أيّاً كان العقد الذي ينطوي على حق العدول التشريعي لا يبرم بصفة نهائية وهو ما يزال في طور التكوين ، وأن المهلة القانونية الممنوحة للمستهلك ما هي إلا فترة للتفكير والتروي ولا يوجد العقد بالفعل إلا بعد انتهاء المدة التي قد تتيح للمستهلك الوقت للتفكير ومن ثم يكون رضاه قد نضج واكتمل². ويرى بعض من أنصار هذه النظرية³ أن التكوين التعاقبي للعقد لا يؤدي إلى انتهاك القوة الملزمة للعقد ، مادام العدول يحدث في وقت لم يكن فيه العقد قد أبرم بعد. ومعنى ذلك أن العقد لا ينعقد باستعمال هذا الحق ، وإنما يبرم تدريجياً وتبدأ لحظة تكوين العقد من قبول المستهلك للعرض المقدم من المحترف ، ولكن لا يتم إلا بعد انتهاء مدة العدول دون ممارسة المستهلك له.

كما أن المشرع يكون متشككاً في قيمة الرضا الاول لتسرع المستهلك في قبول الايجاب المعروض عليه دون أن يمنح الفرصة الكافية لدراسة مدى ملائمة البيع لحاجته.

ويبدو أنّ فكرة التكوين المتدرج للعقد قد تقدم تفسيراً منطقياً لمهلة التروي هذه التي لا ينعقد العقد قبل مضيها وأن أصدر المستهلك رضاه فهي تتفق مع طبيعة هذه المدة والغاية التي قررت من أجلها ويمكن اعتمادها أساساً للعدول في هذه الحالة⁴.

ولم تسلم هذه النظرية من الانتقادات وذلك أن العقد ينعقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما. والعدول لا يتصور أن يتم إلا على عقد موجود بالفعل ، كما أن رضا المستهلك وفق هذه

¹ _سالم يوسف العمدة ، المرجع السابق ، ص ص 52 ، 54

² _منصور حاتم محسن ، العدول عن التعاقد عبر الانترنت ، مجلة المحقق الحلبي القانونية والسياسية ، ع 2 ، ص

4 ، جامعة بابل ، العراق ، 2012 ، ص 56.

³ _BEAUCHARD (J.) , droit de la distribution et de la consommation , puf , 1996 , p 359

نقلا عن سالم يوسف العمدة ، المرجع السابق ، ص 52.

⁴ _منصور حاتم محسن ، المرجع السابق ، ص 56.

النظرية مجزئ إلى جزئين الأول إرادة مبدئية خالية من الأثر القانوني والثانية إرادة مؤكدة يترتب عنها إبرام العقد. كما يعاب على هذه النظرية أيضا انكارها لإبرام العقد قي الرضا الأول وهذا يتناقض مع واقع التعاقد وحقيقة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين خاصة أنه يؤخر الآثار المترتبة عن هذه الاتفاقات و إرجاء تنفيذها طالما أن مستقبلها غير مؤكد¹.

ثانيا : التكوين الفوري للعقد كأساس للعدول

وفقا لنظرية التكوين الفوري للعقد² ، فإن العقد المسموح فيه بالعدول يكتمل وجوده القانوني تماما بمجرد تبادل إرادتي المتعاقدين على الشروط الجوهرية ، التي لا ينعقد العقد بدونها ، وبه تنتقل الملكية الى المستهلك .

ويستند أنصار³ نظرية التكوين الفوري للعقد كأساس لحق العدول الى أن الملكية قد انتقلت إلى المستهلك ، وتسلم بالفعل الشيء المبيع ومن ثم يسري عليه ما يسري على عقود البيع من قواعد ، منها على سبيل المثال نقل تبعة هلاك المبيع.

فهي تقع على المستهلك الذي انتقلت إليه الملكية بالفعل ، حتى قبل انتهاء المدة المحددة للرجوع في البيع ، كما أن ممارسة حق العدول تأتي على عقد بدأ صحيحا.

إذ أن العدول لا يأتي إلا على عقد سبق تكوينه قبل ، أما في سياق التكوين للعقد فإنه لا يكون من المناسب إطلاق لفظ عقد عليه لأننا لازلنا في مرحلة مفاوضات ، ومن ثم فإن آثار العقد تبدأ منذ الإبرام له⁴ .

ولم تسلم هذه النظرية كذلك من النقد ، حيث أن القول بأن العقد ينعقد نهائيا بمجرد تطابق إرادتي المتعاقدين ، وكل ما هنالك أن للمستهلك خلال المدة المحددة للعدول أن يعدل عن العقد بإرادته المنفردة. وإن كان يتفق والمبدأ العام في القوة الملزمة للعقود ، بل وينهض أساسا معقولا لتفسير حق المستهلك بعد إبرام العقد في العدول عنه خلال مهلة قانونية ، إلا أنه لا يصلح سندا لتفسير حق المستهلك خلال ذات المهلة في استبدال المبيع دون الرجوع عنه⁵ .

البند الثالث: عدم لزوم العقد كأساس للعدول

¹ _أشرف محمد رزق فايد ، المرجع السابق ، ص 954.

² _محمود عبد الرحيم الشريقات ، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت دراسة مقارنة ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2011 ، ص 149.

³ _ (J) FLOUR et (J-L) AUBERT, droit civil , les obligations , l'acte juridique , 6ème éd, Armand collin , paris , 1994, n 187 .

⁴ _أحمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، د ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1994.، ص 94، 90 .

⁵ _أحمد السعيد الزقرد ، المرجع السابق ، 229.

تتأسس نظرية¹ حق العدول عن تنفيذ التعاقد المبرم على فكرة العقد غير اللازم² ، فالعقد الذي يتضمن خيارا للمستهلك بأن يرجع عنه خلال مدة محددة يكون عقدا غير لازم. ومن ثم جاز للمستهلك إن يرجع عنه بإرادته المنفردة و بهذا يمكن التوفيق بين القوة الملزمة للعقد وبين حق المستهلك في العدول لأن هذه القوة لا تثبت إلا للعقود النافذة واللازمة ، وعقود الاستهلاك هي ليست لازمة للمستهلك .

وعليه لا تثبت لها القوة الملزمة للعقد ، إذا فوسيلة حق العدول والأساس القانوني الذي تستند اليه تكمن في جعل العقد الذي يتضمنه عقدا غير لازم لمن تقرر له الخيار ، ولأن العقد غير اللازم هو العقد الذي يجيز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه³.

فالعقد رغم إبرامه صحيحا يكون لازماً في مواجهة أحد طرفيه فقط ، أما طرفه الآخر وهو من تقرر له هذا الحق فلا يلزمه العقد و هذا الأساس هو وسيلة بمقتضاها يجري التوفيق بين القوة الملزمة للعقد والرجوع فيه ، حيث لا يصير العقد باتا إلا بعد فوات مدة العدول⁴.

ولقد تعرضت فكرة العقد غير اللازم كأساس للعدول للنقد ، حيث أنها لا تحول دون ترتيب العقد لآثاره وكل ما هنالك أن المتعاقد يملك انهاء العقد بإرادته المنفردة ، أما حق العدول عن التعاقد فيحول دون نفاذ العقد حتى تمر المدة المحددة لممارسة حق العدول خلالها ، وأيضا إمكانية إنهاء العقد ليست مطلقة وإنما مقيدة بعدم الحاق الضرر بالغير⁵.

فإن تعلق حق الغير بعقد ما جاز للمتعاقد أن ينهيه على الرغم من كونه عقد غير لازم ، إلا أنه في ذلك مخالفة لفهم خيار الرجوع التشريعي عن التعاقد المقرر للمستهلك ، ذلك أن ممارسة هذا الخيار غالبا ما تتصاحب مع ضرر يلحق بالمزود أو المورد الذي تعاقد مع المستهلك ، فالمستهلك في أغلب الأحوال يستلم السلعة ويشرع باستعمالها وتجربتها ثم وخلال مهلة التروي يقوم بإعادتها أو طلب

¹ _ (B) STARCK, (H) ROLAND et (L) BOYER, op .cit , p 410 .

² _ يعرف العقد الغير لل لازم : هو العقد الذي يملك كل من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه دون رضاء الطرف الاخر ويكون في هذا العقد عدم اللزوم من الطرفين ، إما عملا بطبيعة العقد نفسه ، أو لمصلحة العاقد كالعقد المشتمل على الخيار . نقلا عن سليمان براك دايح ، المرجع السابق ، ص 176 .

³ _ أشرف محمد رزق فايد ، المرجع السابق ، ص 954

⁴ _ وليد خالد عطية و 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 ، مج 4 ، ع 15 ، جامعة كركوك ، العراق ، 2015 ، ص 912 .

⁵ _ سليمان براك دايح ، المرجع السابق ، ص 13 .

إلغائها ، وفي ذلك ضرر يلحق بالمزود أو المورد دائما ، وإن اقتصر على تلف مواد التغليف أو استخدام البيانات المتعلقة بالخدمة¹.

كما أن حق العدول يحول دون ترتيب العقد لآثاره حتى تمر المدة المحددة لممارسة العدول ، أي تتوقف آثار العقد حتى يتنازل المستهلك عن ممارسة حقه في الرجوع صراحة هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن حق العدول هو مكنة مطلقة وإرادة ومشئية لا تخضع لتبرير أو تعويض معين للمحترف ، لأن المستهلك يمارس حقا متاحا له ، على خلاف المتعاقد في فسخ العقد في حالة لزومه .

وهذه الفكرة لم تسلم من النقد أيضا إذ يذهب رأي إلى القول ، بأنه إذا اعتبرنا أن عقد البيع في أول الأمر عقد غير لازم خلال فترة العدول ، وبعد مضي فترة العدول ينتهي العقد ذاته إلى عقد لازم² . يعني ذلك أن نقر للعقد بطبيعتين مختلفتين ومتعارضتين فهو أول الأمر عقد غير لازم ثم يتحول بعد ذلك إلى عقد لازم ، وهذا القول غير مقبول كون صفة اللزوم أو عدم اللزوم يجب أن تكون صفة ابتداء وانتهاء فأما أن يكون عقد لازما أو غير لازم ولا يمكن أن تجتمع الصفتان في عقد واحد .

كما أن القول بفكرة العقد غير اللازم كأساس قانوني للعدول ، يثير التساؤل حول طرف التعاقد المعني بعدم لزوم العقد له فهل العقد غير لازم لكلا الطرفين ؟ وإذا كان الأمر كذلك فهذا مؤداه أن يكون العقد غير اللازم للمحترف ، وهذا الأمر غير صحيح ، حيث أن العقد لازم للمحترف منذ إبرامه ولا يستطيع الرجوع عنه³.

وعليه فإن أغلب الآراء التي طرحت لبيان الأساس القانوني للعدول لم تسلم من النقد ، فالأساس المنفق عليه هو النص القانوني الصريح كأساس للعدول ، الذي أعطى للمستهلك خيار الرجوع فالقوة الملزمة للعقد تثبت للعقود الصحيحة النافذة ما لم يقرر المشرع أو الاتفاق خلاف ذلك ، وفي عقود الاستهلاك قضى المشرع بخلاف المبدأ الذي يثبت القوة الملزمة للعقد بأن أعطى للمستهلك مكنة الرجوع استثناءً من المبدأ العام وذلك لاعتبارات رآها جديرة بالخروج على هذا المبدأ ، فكون المستهلك في مركز تعاقد ضعيف من الناحية الفعلية مع المتعاقد الآخر ، وليس في النظرية العامة للعقد ما يشفع لهذا المستهلك في حماية مصالحه⁴.

وخروجاً عليه اقتضت حماية الطرف الضعيف عموماً والمستهلك في عقود الإذعان على وجه الخصوص ، وهذا يمثل بلا شك ضمانه للمتعاقد الضعيف إذ يستطيع التراجع عما تعهد به خلال المهلة

¹ _ عبد المجيد خلف منصور العنزي ، المرجع السابق ، ص 118.

² _ محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ، ط 1 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2004 ، ص 66.

³ _ سليمان براك دايج ، المرجع السابق ، ص 180.

⁴ _ عيسى بخيت ، المرجع السابق ، ص 145.

المحددة قانوناً ، هذه الاعتبارات رأتها التشريعات جديرة بالخروج على هذا المبدأ لأن المستهلك يوجد في مركز تعاقدى ضعيف مقارنة بالمتعاقد الآخر¹.

فهذا النص القانوني الصريح هو اداة تشريعية تلعب دوراً أساسياً في حماية هؤلاء الذين يتعاقدون دون تمهل وتفكير ودون إمكانية مناقشة والتفاوض على شروط العقد ويخضعون لتأثير الاعلان و ما يحمله بين طياته من حث على التعاقد .

المطلب الثاني

أحكام حق العدول

إن العلة من تقرير حق العدول تتمثل في محاولة اعادة التوازن المفقود بين المتعاقدين، وعليه عندما يمارس المستهلك هذه المكنة فإنه يكون مقيد بعدة قيود تحفظ للعقد توازنه، ولعل من أهم هذه القيود ما يتعلق بتحديد المدة التي يمارس فيها المستهلك حقه في العدول وهذا حفاظاً على استقرار التعامل بين الاطراف وايضا حفاظاً على توازن العقد، كما لهذه الآلية آثار بالنسبة لأطراف العقد (المستهلك والمورد) وأيضا بالنسبة لعقد الاستهلاك والعقود المرتبطة به، وسنبحث من خلال هذا المطلب عن تنظيم هذا الحق من خلال ضوابط ممارسته (الفرع الأول) وآثار ممارسته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ممارسة حق العدول

يعتبر حق العدول حق مؤقت يتمتع به المستهلك ويمارسه خلال مدة محددة، والتي تختلف بحسب محل العقد إن كان منتجات وسلع أو كان تأدية خدمة، حيث يُعتبر شرط المدة من أهم الشروط الواجب استثناءها حتى تُضمن فعاليته، وعليه سوف نقوم بتحديد مدة العدول ونتطرق بعدها الى اجراءات ممارسة هذا الحق.

أولاً: مهلة العدول

تسمح فترة العدول للمستهلك بالتفكير وعدم الدخول في العقد على الفور، فله التراجع عن العقد واتخاذ قراره بمعرفة تامة عن الحقائق، وفي هذا الصدد يبدو وجود مهلة العدول أمراً ضرورياً، لأن ممارسة حق العدول ترتبط بشكل أساسي باحترام المدة التي حددتها مختلف التشريعات المقارنة، فبالنسبة

¹ _موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 299.

للتوجيه الأوروبي رقم 83 لسنة 2011¹ نص على ضرورة توحيد المدة وجعلها بأربعة عشر يوم وهذا في عقود المبرمة عن بعد، ولقد سار المشرع الفرنسي على نفس خطى التوجيهات الأوروبية باعتبارها تنعكس لا محالة على أحكام تشريعات حماية المستهلك في دول الاتحاد الأوروبي، وعلى رأسها فرنسا حيث كانت مدة العدول سبعة أيام قبل القانون الصادر في 17 مارس 2014 وتم تمديدها الى أربعة عشر يوماً، فقلد نصت المادة² 18-221 في هذا الصدد أن للمستهلك مهلة اربعة عشر يوماً لممارسة حقه في الرجوع عن العقد المبرم عن بعد دون الحاجة لتبرير قراره أو تحمل تكاليف أخرى غير تلك التي نصت عليها المواد 23-221 الى 25-221، وتختلف نقطة انطلاق الفترة حسب طبيعة العقد المبرم عن بعد . : بالنسبة لعقود تقديم الخدمات، تبدأ الفترة من يوم إبرامها. وبالنسبة لعقود البيع تبدأ من استلام البضاعة من قبل المستهلك أو طرف ثالث غير الناقل الذي يحدده لعقود نقل البضائع، وبالنسبة للعقود المبرمة خارج الموطن يجوز للمستهلك ممارسة حقه في الرجوع من يوم الإبرام³.

كما حدد نفس المدة في قانون التأمين⁴ أي بأربعة عشر يوم يبدأ سريانها من تاريخ إبرام العقد . أما قانون البناء والتعمير فقد حدد مهلة العدول بسبعة أيام تحسب من اليوم التالي لتسلم المستهلك للخطاب المتضمن⁵ بيانات العقد.

¹ _ 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, in *Journal officiel de l'Union européenne*, L304/64., 22/11/2011.

² Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation

Jean –Denis pellier, *op cit*, p 184 .³

⁴ _ Art.112-9 Modifié par ordonnance n°2017-1433 du 4 octobre 2017 de code de l'assurance : Toute personne physique qui fait l'objet d'un démarchage à son domicile, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, et qui signe dans ce cadre une proposition d'assurance ou un contrat à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle, a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée ou par envoi recommandé électronique avec demande d'avis de réception pendant le délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de la conclusion du contrat, sans avoir à justifier de motifs ni à supporter de pénalités.

⁵ _ Art .271-1 Modifié par [Loi n°2000-1208 du 13 décembre 2000](#) du code de la construction et de l'habitation : Pour tout acte sous seing privé ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte.

وتحدد المدة قانونا وتحتسب بالأيام الكاملة وإذا تضمنت آخر المدة يوم عطلة فإنها تمتد إلى اليوم الموالي لأول يوم عمل¹.

وبالرجوع الى التشريعات العربية فقلد نص كل من المشرع التونسي في الفصل 30 من قانون رقم 2002/83 الخاص بالتجارة الإلكترونية²، والمشرع اللبناني³ في قانون الاستهلاك في المادة 55 على مدة عشر أيام، تحتسب بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك، وبالنسبة للخدمات بداية من تاريخ العقد .

وحددها المشرع المصري في قانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018 في المادة 17 بأربعة عشر يوما من تاريخ تسلم السلعة .

وبدوره المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات قد حدد المدة المقررة لهذا الحق في م 1/22 من قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيث نص: " في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني في آجال التسليم يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة ارسال المنتج على حالته في أجل أقصاه 4 ايام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض على الضرر . وحددها أيضا في نص المادة 11⁴ الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بالقرض الاستهلاكي والتي تنص: "... غير أنه يتاح للمشتري أجل العدول مدته ثمانية أيام عمل تحسب من تاريخ امضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، فحددها في هذا المرسوم ب 08 أيام عمل ابتداء من تاريخ تبليغ الموافقة على الحصول على القرض حسب ما نصت عليه المادة 12 / 2 والتي جاء فيها: "لا تسري

¹ Art 221-19 : Conformément au règlement n° 1182/71/ CEE du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes :

1° Le jour où le contrat est conclu ou le jour de la réception du bien n'est pas compté dans le délai mentionné à l'article L. 221-18 ;

2° Le délai commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai ;

3° Si ce délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

² نص الفصل 30 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي، سابق الإشارة اليه " يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشر أيام تحتسب بالنسبة للبضائع من يوم تسلمها والخدمات من تاريخ إبرام العقد ."

³ المادة 55 من قانون اللبناني بشأن حماية المستهلك " يجوز للمستهلك بالعدول عن قراره بالشراء وذلك خلال عشر أيام... " ق رقم 655 الصادر في 4 شباط 2005 ج ر، ع 6.

⁴ المرسوم التنفيذي 15-114 مرجع السابق، ص 12.

أثار عقد البيع إذا لم يعلم المقترض البائع بتخصيص القرض في أجل 8 أيام عمل، ابتداء من تاريخ تبليغ الموافقة على الحصول على القرض.

كما نص في المادة 1/14 من نفس المرسوم على أنه "عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون بسبعة أيام مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة¹.
ونص على مهلة العدول أيضا في قانون التأمين وحددها من خلال م 90² مكرر مدة شهرين، كما حدد مهلة العدول في قانون النقد والقرض في م 119 مكرر 1 بأجل ثمانية أيام من تاريخ التوقيع على العقد³.

ثانيا: إجراءات ممارسة الحق في العدول

بالنسبة لإجراءات ممارسة الحق في العدول لقد نص المشرع الفرنسي من خلال المادة 21-221 على أن للمستهلك أن يمارس حقه في العدول وهذا من خلال ابلاغ المورد بقراره بالعدول عن طريق ارسال أو أي تصريح آخر بدون غموض يبدي فيه رغبته في العدول قبل انتهاء المدة المحددة قانونا. كما قد يسمح المورد للمستهلك بإرسال النموذج أو الاعلان عبر الانترنت على موقع المورد، وفي هذه الحالة يمكن له إبلاغ المستهلك دون تأخير بوصول الاستلام⁴.

كما يعتبر هذا الحق تقديري بالنسبة للمستهلك فلا يتعين عليه تبرير قراره بالعدول. وتنص المادة -221 22 على أن عبء اثبات ممارسة حق العدول يقع على المستهلك⁵.

وأي خرق للقواعد المتعلقة بالحق في العدول يعرض المورد لغرامة إدارية، لا يجوز أن يتجاوز مبلغها 15000 أورو للشخص الطبيعي و75000 أورو للشخص الاعتباري، ومع ذلك قد يلجأ المحترفون الى استعمال وسائل غير قانونية لإعاقة حق المستهلك في العدول، فكل ما عليهم فعله هو

¹ جريفي محمد وبحموي شريف، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في الشريعة الجزائرية ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، ع 11، قسم الدراسات القانونية والشرعية، المركز الجامعي لتمنراست ، الجزائر، جانفي ، 2017 ص ص 37، 38.

² قضت المادة 90 مكرر من قانون التأمين على الحياة : "باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين كحد أدنى أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط". القانون 06-04 ، المرجع السابق، ص 06 .

³ قضت المادة 119 مكرر 1 من قانون النقد والقرض على : " يمكن للشخص الذي اكتتب تعهد أن يتراجع عنه في اجل ثمانية أيام من تاريخ التوقيع على العقد ". الأمر رقم 04-10 سابق الاشارة اليه ، ص 05.

⁴ Calais –Auloy et Henri Temple , *op cit* , p 571.

⁵ Jean –Denis pellier , *op cit* , p 186

طلب ايداع السعر كاملا بمجرد توقيع العقد، مما يصعب على المستهلكون مقاومة مثل هذه المطالب فمن جهة يحتفظون نظريا بحقهم في العدول لكنهم يثنون عن ممارسته، غير متأكدين من استرداد المبالغ المدفوعة، وعليه حتى لا يكون هذا الحق مجرد حبر على ورق يرى الاستاذ calais-auoy أنه لا بد أن يحظر القانون أي مدفوعات خلال فترة الممنوحة للعدول¹.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري في قانون النقد والقرض السابق الإشارة اليه في م 119 مكرر 1 لم يحدد الطريقة التي يتم فيها الاعلان عن الرجوع عن القرض، على عكس ما فعل نظيره الفرنسي كما لم يحدد أيضا الجزاء المترتب على مخالفة المورد أحكام حق المستهلك في العدول². وعليه نأمل من المشرع تدارك هذا النقص من اجل توفير حماية فعالة للمستهلك . وبالمقارنة مع المشرع المغربي فقد نص على صيغة محددة للعدول في قانون حماية المستهلك في المادة³47، حيث ألزم في عقود البيع خارج المحلات التجارية استمارة قابلة للاقتطاع، والهدف منها هو تسهيل ممارسة المستهلك لحقه في العدول.

¹ Calais –Auoy et Henri Temple , op cit , p 571.

² مكي فلة، المرجع السابق، ص 225 .

³ المرسوم رقم 2-12-503 الصادر بتاريخ 2013/9/11 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ع 6192، ج ر م م، المؤرخة في 3 أكتوبر 2013 .

الفرع الثاني

آثار ممارسة الحق في العدول

يجوز للمستهلك الذي تعاقد عن بعد العدول عن قراره في التعاقد من خلال المدة المحددة قانوناً وهو ما يترتب عنه زوال العقد وانقضائه واعتباره كأن لم يكن، ولممارسة حق العدول لها آثار بالنسبة لطرفي العلاقة التعاقدية سواء تعلق الأمر بالنسبة للمستهلك أو المورد.

أولاً: آثار العدول بالنسبة للمورد الإلكتروني

إذا انقضت المدة المحددة للمستهلك الإلكتروني في ممارسة حقه في العدول يصبح العقد ملزماً للطرفين وباتاً، لكن في حالة ما استعمل المستهلك حقه خلال المدة المحددة قانوناً، فإنه يترتب على المورد التزام بإعادة المبالغ التي تقضاها من المستهلك، فقد أوجبت المادة 13 من التوجيه رقم 83 / 2011 على المحترف رد المبالغ إلى المستهلك خلال مدة أربعة عشر يوماً التالية لتاريخ اعلام المورد بالعدول، ونصت كذلك م 24-221 من تقنين الاستهلاك الفرنسي على إلزام المورد بإرجاع جميع المبالغ المدفوعة إلى المستهلك، بما في ذلك مصاريف التسليم دون تأخير وفي أجل 14 يوماً على الأكثر من تاريخ ابلاغه بقراره في العدول، وبالنسبة لعقود بيع البضائع مالم يقترح المورد استرداد السلع بنفسه، يجوز للمورد تأجيل السداد حتى استرداد البضائع أو حتى يقدم المستهلك دليلاً على شحن هذه البضائع، كما يقوم المورد بإرجاع ثمن السلع باستخدام نفس وسائل الدفع التي استخدمها المستهلك للمعاملة الأولية ما لم يوافق المستهلك على استخدام وسيلة دفع أخرى وإلى الحد الذي لا ينتج عنه تسديد نفقات للمستهلك، كما لا يمكن أن يطلب من المورد أن يسدد تكاليف إضافية إذا كان المستهلك قد اختار صراحة طريقة تسليم أكثر تكلفة من طريقة التسليم العادية المقترحة من طرف المورد¹.

وتنص المادة 4-242 على أنه في حالة تأخير المورد عن دفع المبالغ للمستهلك تتم زيادة المبالغ المستحقة طبقاً لمعدل الفوائد القانونية إذا تم السداد في آخر عشرة أيام بعد انقضاء المهلة المحددة وب5% إذا كان التأخير ما بين عشرة وعشرين يوماً، ب10% إذا كان التأخير ما بين عشرين وثلاثين يوماً

¹ المادة 24-221 من القانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016.

وب20 % إذا كان التأخير ما بين ثلاثين ستين يوما، وب50 % بين ستين وتسعين يوما، وخمسة نقاط إضافية عند كل شهر تأخير جديد زيادة عن النسب المحددة من قبل¹.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي تشدد مع التاجر لصالح المستهلك إلى درجة تجريم فعل عدم إرجاع المبلغ فعاقب المورد بغرامة إدارية لا يمكن أن تتجاوز قيمتها 15000 أورو بالنسبة للشخص الطبيعي و75000 أورو للشخص المعنوي، وهذا حتى يمنع أي مجال للتماطل أو أي رغبة في عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

ونصت المادة 22 من قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري على أنه في حالة عدم احترام المورد لآجال التسليم وفي حالة ارجاع المنتج من طرف المستهلك خلال مدة اربعة أيام من تسلمه وهو في هذه الحالة وجب على المورد الإلكتروني أن يرجع للمستهلك الإلكتروني للمبلغ المدفوع وكذا النفقة المتعلقة بإعادة ارسال المنتج خلال أجل 15 يوما من تاريخ استلامه للمنتج .

ويتضح من أحكام النصوص بأنها اتفقت على إلزام المورد برد المبالغ التي دفعها للمستهلك خلال مهلة محددة، إلا أنها اختلفت بشأن تحديدها، وهذا دون أن يكون المستهلك ملزم بدفع أي تعويض الى المورد لأنه يمارس حقه القانوني.

ثانيا : آثار العدول بالنسبة للمستهلك الإلكتروني

إن ممارسة المستهلك حقه في العدول يستتبع نقض العقد المبرم، فهو حق مجاني في مواجهة المورد الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية متى تمسك به المستهلك خلال المدة المنصوص عليها قانونا وبالمقابل لا يتحمل أي تبعات ما عدا مصاريف النقل لإرجاع المنتج كما تسلمه أو التنازل عن الخدمة ولقد نصت المادة 23-221 من تقنين الاستهلاك الفرنسي على إلزام المستهلك برد البضائع الى المورد أو الى الشخص الذي يعينه هذا الاخير دون تأخير لا داعي له وفي غضون أربعة عشر يوما على الاكثر بعد ابلاغه قرار الرجوع طبقا للمادة 21-221، مالم يعرض المورد استرداد البضائع بنفسه، ولا يتحمل المستهلك إلا التكاليف المباشرة لإعادة البضائع مالم يوافق المورد على دفعها، وبالنسبة للعقود المبرمة خارج الموطن عندما يتم تسليم البضائع الى منزل المستهلك في وقت إبرام العقد يقوم المورد باستيراد السلع على نفقته مالم يتمكن من ارجاعها عن طريق البريد بسبب طبيعتها .

¹ Calais –Auloy et Henri Temple , *op cit* , p 572.

كما جاء المشرع الانجليزي أكثر تنظيماً فيما يتعلق بإلزام المستهلك برد السلعة الى المحترف حيث نص في اللائحة (2013-3134)¹ الخاصة بالعقود الاستهلاكية على إلزام المستهلك بأن يقوم بتسليم السلعة أو بإرسالها إلى المزود أو المورد دون تأخير غير مبرر، وخلال موعد لا يتجاوز أربعة عشر يوماً من تاريخ إعلان المستهلك للمزود برغبته في إنهاء العقد وممارسته حقه في العدول².

ومن الالتزامات الأخرى التي تترتب على المستهلك هي واجب المحافظة على البضائع خلال فترة العدول، فما هو مسموح له خلال هذه الفترة هو فقط تجربة البضائع، وهذه التجربة تكون بالاستعمال الضروري. ومعيار ذلك ما يقوم به المستهلك عندما يتعامل ويجرب بضاعة في متجر للوقوف على خصائص ووظائف وطبيعة البضاعة، فإذا أخل المستهلك بهذا الواجب وتجاوز حد الاستعمال الضروري بهدف التجربة، كان مسؤولاً عن التعويض. كما يجري احتساب هذا التعويض على أساس أن هذه البضاعة أصبحت مستعملة وليست جديدة. فالفرق بين قيمة البضاعة جديدة وقيمتها مستعملة هو مبلغ التعويض الذي يلزم به المستهلك وإلزام المستهلك على التعويض يجب ألا يؤثر سلباً على فعالية حق العدول³.

و في مجال عقد القرض الاستهلاكي، نص المشرع الفرنسي في المادة 26-312 على أنه يلتزم المستهلك عند ممارسة حقه في العدول أن يسدد المقرض للمقرض رأس المال المدفوع، ويدفع الفائدة المتراكمة على رأس المال هذا من تاريخ دفع الائتمان له حتى التاريخ الذي يتم فيه سداد رأس المال دون تأخير لا مبرر له وفي موعد لا يتجاوز ثلاثين يوماً بعد ارسال إشعار العدول الى المقرض ويتم احتساب الفائدة على أساس معدل الاقتراض الظاهر في العقد، ولا يحق للمقرض الحصول على أي تعويض يدفعه المقرض في حالة العدول.

تبعاً لما تقدم نشير إلى أنّ التشريعات عملت على تحقيق حماية فعالة للمستهلك من خلال حقه في العدول عن العقد حيث جعلت أحكامه متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

¹ regulation 30 of Consumer Protection 2013 No. 3134 ,The Consumer Contracts (Information,Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013.

² عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي دراسة مقارنة مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، ع 2، س 6، أكاديمية سعد عبد الله للعلوم الأمنية . الكويت -يونيو 2018 . ص 135.

³ نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني دراسة في ضوء قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري مقارنة بالتوجيه الأوروبي لحقوق المستهلك ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 4، س 6، كلية القانون جامعة قطر، 2018، ص 216.

الفرع الثالث

آثار مباشرة حق العدول على عقد الاستهلاك والعقود المرتبطة به

إذا لم يباشر المستهلك حق العدول خلال المهلة المحددة فإنه يترتب على ذلك إلحاق صفة لزوم بالعقد ويصبح على الطرفين تنفيذه، وينقضي حق المستهلك في العدول عنه نهائياً، إلا إذا كان هناك أسباب أخرى تؤدي إلى انقضاء العقد خلاف العدول، وعلى ذلك فإن عدم ممارسة المستهلك لحق العدول تجعل العقد يستقر ويرتب كافة آثاره. أما إذا باشر المستهلك العدول خلال مهلته القانونية وعلى النحو الذي يحدده القانون، فإن العقد يزول بأثر رجعي. ويعتبر كأن لم يكن ويتم إعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وترتب على ذلك كافة الآثار القانونية المترتبة على العدول¹.

كما يمتد أثر عدول المستهلك عن عقد الاستهلاك الى كل عقد مرتبط به ارتباط لزوم، فإذا ما قرر المستهلك العدول عن العقد الأصلي ترتب على ذلك زوال كل عقد تابع له. فعلى سبيل المثال إذا أبرم المستهلك عقد لشراء سلعة أو منتج ما. وللوفاء بالثمن أبرم عقد قرض فإن عقد القرض يرتبط بعقد البيع فإذا لم يكن عقد البيع موجود لما وجد عقد القرض المرتبط به. ومن ثم ينقضي عقد القرض بالتبعية لزوال عقد البيع، وتزول كافة الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي²، وكذلك عن العقد التابع له ويصبح عقد القرض عقد فرعي أو تابع وعقد البيع عقد أصلي، فالعقد الفرعي يستقل عن العقد الأصلي، إلا أنه يظل مرتبطاً به من حيث مآله. وعليه إذا انقضى العقد الأصلي ينقضي بالتبعية معه العقد الفرعي ويترتب على إثر ذلك فسخ عقد القرض المبرم تمويلاً للعقد الذي عدل عنه المستهلك.

ونص المشرع الفرنسي في م 54-312 على أنه عندما يمارس المستهلك حقه في العدول في عقد بيع أو عقد تقديم خدمات فيتم إنهاء عقد الائتمان الذي يهدف إلى توفير التمويل تلقائياً بدون أي رسوم أو تعويض باستثناء التكاليف المتعلقة بفتح ملف الائتمان، ونص قانون المبادلات الإلكترونية التونسي في الفصل 30 على أنه: "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً من قبل البائع والغير فإن رجوع المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض"³، ونص المشرع المغربي أيضاً في قانون

¹ منصور حاتم محسن، منصور حاتم محسن، العدول عن التعاقد عبر الانترنت، مجلة المحقق الحلي للقانونية والسياسية، ع 2، س 4، جامعة بابل، العراق، 2012، ص 47.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 243، 244.

³ الفصل 30 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي، السالف الذكر.

الاستهلاك المغربي¹ في م 2/90 كذلك على أنه: " يفسخ العقد الأصلي للبيع أو تقديم الخدمة بقوة القانون ودون تعويض اذا مارس المقترض حقه في التراجع في الأجل المحددة²، وبخصوص المشرع ج فقد نص في المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بالقرض الاستهلاكي في نص م 8 منه على أنه: "لا تسري واجبات المقترض إلا ابتداء من تسليم السلعة التي استوفى القرض من أجلها وفي حالة عقد بيع متوال فإن واجبات المقترض تسري ابتداء من بداية تسليم السلعة وتتوقف في حالة انقطاع هذا التسليم ونص كذلك في المادة 10 من نفس المرسوم على أنه: " لا يمكن اكتتاب أي التزام من طرف المشتري تجاه البائع في إطار القرض الاستهلاكي ما لم يتحصل هذا الأخير على الموافقة المسبقة للقرض.

¹ قانون الاستهلاك المغربي، ظهير شريف رقم 01.11.03، مرجع السابق .

² مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول دراسة مقارنة، ط 1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016، ص156.

المبحث الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية

المبدأ العام في العلاقات التعاقدية هو التراضي، غير أن تطور الأوضاع الاقتصادية، دفع بالطرف القوي الانفراد بوضع شروط العقد والتي غالباً ما تكون غير قابلة للمناقشة والتعديل، ووضع نماذج عقود معدة سلفاً، بحيث لا يكون للمستهلك الحق في مناقشتها أو التفاوض بشأنها، مما يجعل إرادة المستهلك تحت تأثير التعقيدات والشروط المجحفة في حقه، وهذا ما يخل بالتوازن العقدي في العلاقة ما بين المهني والمستهلك . لذلك قررت جل التشريعات النص على آليات قانونية لمواجهة الشروط التعسفية وحماية الطرف الضعيف، ومن خلال هذا المبحث سنتطرق الى مفهوم الشرط التعسفي (مطلب أول) ومظاهر حماية المستهلك من البنود التعسفية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

ماهية الشروط التعسفية

تختلف العقود الإلكترونية عن العقود التقليدية في طريقة إبرام العقد، فقد ينفرد التجار وأصحاب الشركات الإلكترونية، بإعداد شروط العقد، دون أن يكون للطرف الاخر مناقشتها، مستندا في ذلك على تفوقه الاقتصادي والمعلوماتي، مما يجد المستهلك نفسه على القبول بها دون مناقشتها وهذا ما يجعل العلاقة تنسم بعدم التكافؤ، ومن هنا يثار التساؤل عن الكيفية التي يعرف بها الشرط التعسفي وعناصره وخصائصه، ومدى كفاية القواعد العامة في حماية المستهلك وما أضافته التشريعات المقارنة بهذا الشأن، وهو ما سنتعرض له في هذا المطلب .

الفرع الأول

مفهوم الشرط التعسفي

لقد برزت ظاهرة الشروط التعسفية في أواسط النصف الاخير من القرن الماضي وارتبطت في نشأتها ك مجال لحماية المستهلك بحركة التشريعات الحديثة الخاصة بحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية أو كآلية لإعادة التوازن العقدي، فلقد اختلفت الانظمة في مكافحة الشروط التعسفية ،حيث ظهرت فكرة الشرط التعسفي أو الشرط غير العادل *clause abusive* أولاً في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام 1962 في قانون التجارة الموحد *common law* ثم انتقلت بعد ذلك الى البلدان الأوربية كوسيلة تسمح للقاضي بإلغاء كافة الشروط التي تبدو تعسفية، وذلك بعد عام 1970، حيث ظهرت في السويد عام 1971، وبريطانيا 1973،1977، الدنمارك 1974، وألمانيا 1976 بالقانون الصادر في 9 ديسمبر المتعلق بالشروط العامة للعقود¹، وفي فرنسا ظهرت القواعد المتعلقة بالحماية من الشروط التعسفية في عام 1978 (23-78) الصادر في 10 يناير 1978² المعروف باسم *scrivener* المتعلق بحماية وإعلام مستهلكي المنتجات والخدمات، وقد تم تعديله عدة مرات بعد ذلك تحت تأثير التوجيه الاوروبي رقم 13/93 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين والمعدل بتوجيه³ 2019/2161 وتم نقل احكام التوجيه بموجب القانون 95-96 الصادر في 1 فيفري 1995، وأخيرا نص قانون الاستهلاك لسنة 2016 على الاحكام المنظمة للشروط التعسفية في المواد 1-212 الى 3-212⁴، وبالتالي تهدف هذه القوانين الى محاربة الاختلال المفرط الذي قد يكون المستهلك ضحية له كما تهدف الى إنشاء توازن تعاقدى معين، وهو ما عجز القانون العام للعقود عن تحقيقه لأنه لم يكن هناك في ظل إمبراطورية قانون نابليون مبدأ عام يضمن مباشرة توازن العقد⁵.

أولاً: التعريف الفقهي

¹ Jean Calais-Auloy. et H. temple, *op cit*, p164.

² Décret n°78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produit et de servies JORF du 25 Mars 1978.

³ Directive (ue) 2019/2161 du parlement européen et du conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/cee du conseil et les directives 98/6/ce, 2005/29/ce et 2011/83/ue du parlement européen et du conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'union en matière de protection des consommateurs

Avant l'ord du 14 mars 2016 , il s'agissait des art L 132-1 et 132-5 a ce sujet⁴
Jean-Denis Pellier ,*Droit de la consommation* , 3^e éd, 2021 , DALLOZ , paris p 127.⁵

تعددت التعاريف التي اعتمدها الفقه في تعريف الشرط التعسفي، فلقد عرفه الدكتور أحمد محمد الرفاعي بأنه: " شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي الى حصوله على ميزة فاحشة " ¹، كما عرف بأنه: " ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدى لصالح المحترف والذي يفرضه على الطرف الآخر الذي لا خبرة له أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية في مواجهة الطرف الآخر " ².

وبالتالي نلاحظ من خلال هذه التعاريف أن الشرط التعسفي يحتوي على عنصرين وهما استعمال المحترف للقوة والنفوذ الاقتصادي، واختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين مما يؤثر على مصلحة المستهلك .

ثانياً : التعريف التشريعي في القانون المقارن (الاندماجي)

نص التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المؤرخ في 05 أبريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين حيث عرفت م 3/1 منه الشرط التعسفي كما يلي "يعتبر الشرط الذي يرد في العقد وينطوي على تفاوت جلي خلافاً لما يقضي به حسن النية، وضد مصلحة المستهلك بين حقوق والتزامات الاطراف على حساب المستهلك " ³.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 35 من قانون رقم 78-23 الصادر في 10 يناير 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات بأنه: " في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحرفين والمستهلكين، قد تكون محظورة، أو محددة، أو مقيدة أو منظمة...الشروط التي فرضت على غير المهنيين أو المستهلكين بسبب التعسف في استخدام القوة الاقتصادية للطرف الآخر والتي تمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة ". والواضح من هذا التعريف أن المشرع الفرنسي استخدم معيارين في

¹ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1994، ص 215

² حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997، ص 53 .

³ 1.03/1 directive 93/13/cee du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs le conseil des communautés européennes, « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

تعريف الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يفرض على غير المهنيين أو المستهلكين نتيجة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر في العلاقة التعاقدية والذي يمنحه ميزة مفرطة أو فاحشة.

وبصدور القانون 96/95 لسنة 1995 عدلت هذه المادة بموجب المادة 1- L132 حيث أصبحت الصياغة الجديدة كالتالي " :في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين والمستهلكين تعتبر شروطاً تعسفية الشروط التي ينشأ عن موضوعها أو ينتج عن آثارها على حساب غير المهني أو المستهلك عدم توازن ظاهر في حقوق والتزامات أطراف العقد¹. فهذا التعريف متقارب مع نص المادة 35 حيث اعتمد نفس المعايير الشرط التعسفي بالإضافة معيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

كما عرف المشرع الألماني الشروط التعسفية وهو بصدد الحديث عن الشروط العامة في العقد، وذلك بموجب المادة 09 من قانون 1976 الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن، والذي بدأ العمل به في 01 أبريل 1977، بقوله: " تعتبر الشروط العامة لاغية حينما تكون النصوص ضارة، ومجحفة بالشريك في العقد مع المشتري بطريقة غير معقولة، ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية"². فالمشرع الألماني لا يقصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين، كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الاذعان مع استثناء المفاوضة والمساومة وقد اشترط القانون للاعتداد بها اعلام الطرف الآخر بها خاصة المستهلك³.

وعلى صعيد التشريعات العربية عرفه المشرع الجزائري في م 03 فقرة 7 من ق 02/04 السالف الذكر المعدل والمتمم بالقانون 10-06 بأنه " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد." فالملاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري تأثر بالتعريف الوارد في القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي، واعتمد معيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف .

¹ تقابل هذه المادة نص المادة 1- L212 بنصها :

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

² شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للكتاب، مصر 2007، ص 271 .

³ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط 1، 2007، ص 16 .

وفي قانون التجارة الإلكترونية 05/18 نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف الشرط التعسفي، إلا أنه يستفاد من نص م 1/12 انه نص عليه ضمنا بنصها : " وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة " .

كما عرفه المشرع اللبناني في قانون حماية المستهلك رقم 659 سنة 2005 في م 26 منه بنصها : " تعتبر بنودا تعسفية البنود التي ترمي الى أو قد تؤدي الى اختلال التوازن فيما بين حقوق وواجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الاخير ". كما حددت الفقرة الثانية من نفس المادة كيفية تقدير الطابع التعسفي للبند بتاريخ التعاقد وبالرجوع الى احكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن .

وبالنسبة للمشرع المصري فإنه لم يعرف الشرط التعسفي في قانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018 السالف الذكر، إلا أنه يفهم من نص م 28 بطلان الشرط التعسفي بنصها : " يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو في وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأنه خفض أي من التزامات المورد الواردة بهذا القانون أو لائحة تنفيذية أو إعفاء منها .

وعرفه المشرع المغربي في م 15 من قانون رقم 08-31¹ القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك بأنه : " كل شرط يكون الغرض منه أو يرتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك " .

البند الثاني: تحديد الطابع التعسفي للشروط

من خلال تحديد مفهوم الشرط التعسفي في البند الأول، اتضح لنا أن الشرط التعسفي في عقد الاستهلاك يتحقق من خلال عنصرين هما:

أ. تعسف النفوذ الاقتصادي:

إن معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية (la violence économique) يعد سببا هاما يقوم عليه تحديد مدى تعسفية الشرط، وذلك بأن يسيء المحترف استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق حينما يتعاقد مع المستهلكين، وذلك بفرض الشروط التعاقدية بالطريقة التي يريد، ويجد هذا المعيار أساسه

¹ القانون المغربي، ظهير شريف رقم 01.11.03، الصادر في 14 ربيع الاول 1432 الموافق ل 18 فبراير 2011 بتنفيذ القانون 31.08 قاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، منشور في ج ر م، ع 5932.

القانوني في المادة 35 من قانون 23/78 الفرنسي السالف الذكر عند تعريف الشرط التعسفي حين ذكر أن التعسف يقوم نتيجة استعمال المحترف لسلطته الاقتصادية¹.

ولقد اختلف الفقه في تقدير القوة الاقتصادية، فهناك من يرى أن القوة الاقتصادية للمحترف تقاس بحجم المشروع الذي يستغله والوسائل التي يملكها في ممارسة نشاطاته، وهناك من يرى بأن ضخامة المشروع لا تعني دائما القوة الاقتصادية فقد يتمتع تاجر صغير باحتكار محلي يجعله يتمتع بقوة تشبه قوة مشروع قومي. وهذا ما يتقل كاهل المستهلك في الاثبات أن تعسف المهني كان بسبب استعمال قوته الاقتصادية، ويرى جانب من الفقه أن معيار التفوق في الخبرة الفنية والتقنية الحديثة أكثر من القوة الاقتصادية، لان هذا التفوق هو الذي يمكن المهني من فرض شروطه التعسفية لأن هذا الأخير متعود على إبرام العقود والصفقات ويعرف جيدا الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد².

يمكن القول أن التعسف الاقتصادي يشبه الى حد ما الاكراه الاقتصادي، حيث لا يقتصر ذلك على حماية المستهلك وانما يتعداه الى حماية المؤسسات الضعيفة في السوق.

ب. الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني:

يعد هذا المعيار نتيجة للمعيار الأول، أي أن الميزة المفرطة هي النتيجة المحصلة لاستخدام النفوذ الاقتصادي، فالمزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف بفضل تعسفه واستعمال نفوذه الاقتصادي يؤدي الى اختلال التوازن بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد³، غير أن هذا المعيار أثار عدة إشكالات قانونية وعملية من طرف الفقه حول الكيفية التي يمكن بها تقدير الميزة المفرطة هل هذه الميزة ذات طابع مالي فقط أو أكثر من ذلك؟ وهل تقدير الميزة يجب النظر فيه للشرط منعزلا عن غيرهم من الشروط أم أنه يجب النظر الى مجموع العقد؟

فعن الإشكال الأول وهو معيار الميزة المفرطة غير محدودة الكمية، فالميزة المفرطة تشمل كل أنواع المزايا سواء كانت نقدية أو غير نقدية، وذلك أن نص م 35 من القانون 23/78 لم يحميها في نوع معين، وبالتالي فالميزة ليست بالضرورة ذات طابع مالي، أما بخصوص الاشكال الثاني فإن البعض يسلم، بأنه يجب النظر في تقدير عدم التوازن الى مجموع شروط العقد أي وجوب النظر إلى جميع الشروط المدرجة في العقد الواحد لتقدير عدم التوازن العقدي لأن الشرط بمفرده قد يبدو تعسفيا إلا أنه يكون مبررا إذا نظرنا

¹ بوشارب ايمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، 2018، ص 80.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 252.

³ رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص 196.

إليه من خلال مجموع شروط العقد كما هو الحال بالنسبة لشروط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شرط آخر يتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك.

ت . معيار الاخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات :

ركزت مختلف التشريعات على معيار الاخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات لتحديد الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود التي تتم بين المستهلكين والمهنيين، حيث نصت المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي 96/95 السالف الذكر على أنه " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين والمستهلكين تعتبر شروطاً تعسفية الشروط التي ينشأ عن موضوعها أو ينتج عن آثارها على حساب غير المهني أو المستهلك اختلالاً ظاهراً بين حقوق والتزامات أطراف العقد"، فلقد اعتبر المشرع أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يسبب اختلالاً ظاهراً في حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو المعيار نفسه الذي جاء في التوجيه الأوروبي رقم 13/93 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية .

فالمشرع الفرنسي تولى عن معيار التفوق الاقتصادي ومعيار الميزة الفاحشة نظراً للانتقادات الموجهة لهما، ويعتبر أن معيار الاخلال الظاهر بالتوازن هو أمثل معيار يمكن الاستناد إليه في تحديد الشروط التعسفية فهو معيار موضوعي وقانوني على عكس معيار التفوق الاقتصادي الذي يعتبر معيار شخصي¹.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري هو الآخر أخذ بهذا المعيار واستفاد من الانتقادات الموجهة للقانون الفرنسي بشأن المعيارين (التعسف في استعمال القوة ومعيار الميزة الفاحشة)، ويظهر ذلك من خلال نص م 3/5 من قانون 02_04 المعدل والمتمم بقوله: "كل بند أو شرط... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."

وقد علق بعض الفقه على هذا المعيار واعتبره هو نفسه معيار الميزة الفاحشة بألفاظ مختلفة، غير أن البعض الآخر يرى بأن تفضيل المشرع الفرنسي لعبارة "عدم التوازن الظاهر" عن عبارة "الميزة المفرطة" أراد أن يكون تعريفه موافقاً للتعريف الذي جاء به التوجيه الأوروبي دون النظر إن كان لهذا التعبير أثر وأهمية من الناحية العلمية².

يمكن الحديث أيضاً عن بعض الشروط التي لا يكون الطابع التعسفي فيها واضحاً بما فيه الكفاية إذ يرجع الفصل فيها أمام القاضي المعروض عليه النزاع.

¹ بوشارب ايمان، المرجع السابق، ص 84 .

² رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص 198 .

الفرع الثاني

عناصر الشرط التعسفي

لقد حدد كلا من المشرع الفرنسي والجزائري عناصر لتحقق الشرط التعسفي ومن بين هذه العناصر أن يكون محل الشرط عقد استهلاك (أولاً)، أن يكون الشرط مكتوباً (ثانياً)، وأن يؤدي إلى إخلال ظاهر لتوازن العقد (ثالثاً)، حيث سنحاول استعمال ذلك في مرحلة موالية على العقد الإلكتروني.

أولاً : أن يكون محل الشرط عقد استهلاك

من خلال المادة 35 من ق 78/23 السالف الذكر نلاحظ أن المشرع الفرنسي حصر نطاق الشرط التعسفي في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، أما بالنسبة للمشرع الجزائري لقد تطرق لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وهذا من خلال تبنيه للمفهوم الحديث للعقد حيث عرف عقد الإذعان في نص المادة 3 من القانون 02-04 المعدل والمتمم بأنه¹: "العقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير أحداث تغيير حقيقي فيه". ومن هذا التعريف نستخلص أنه لوصف الشرط بأنه تعسفي ينبغي أن يكون محل العقد بيع سلعة أو تأدية خدمة كما وسع المشرع من نطاق الحماية ضد الشروط التعسفية، حيث قصر تطبيق نصوص القانون 02/04 على عقود الإذعان فقط، بخلاف المشرع الفرنسي الذي جعل النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود كعقد البيع، الإيجار، التأمين، وسواء انصبت على سلع أو خدمات ومهما كان شكلها فهي لا تسري فقط على عقود الإذعان².

كما يتضح من خلال المادة 1 من قانون 02/04 أن المشرع وسع من الحماية ضد الشروط التعسفية ليشمل الأعوان الاقتصاديين، على خلاف ما جاء به المشرع الفرنسي الذي ضيق من نطاق الحماية من الشروط التعسفية في القانون 23/78 الذي افرد الحماية للمستهلكين فقط واستثناء المحرفين صراحة من الحماية، ويتجلى موقف المشرع الجزائري من تبنيه للاتجاه الموسع من خلال م 1 من ق 02/04 حيث نصت على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين المستهلكين وكذا حماية المستهلك أو إعلامه"، فيرى في توسيع دائرة

¹ كرر المشرع الجزائري هذا التعريف في المادة 1 من القانون 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية المعدل والمتمم بالقانون 08-44 المؤرخ في 26 محرم 1429 الموافق ل 3 فبراير 2008.

² بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 109، 112

الحماية الى المحترفين أن المحترف يظهر احيانا غير مختص عند إبرامه لعقد معين ويجد نفسه في وضعية إذعان ولا يملك قدرة التفاوض على بنود العقد¹.

وعليه موقف مشرنا جاء موافقا للعديد من التشريعات الموسعة لنطاق الحماية ومن بينها نذكر: القانون الالمانى الصادر في 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد مد الحماية الى كل طرف في عقد الاذعان، كذلك القانون الانجليزي لسنة 1977، والقانون المدني لمقاطعة كيبيك وفقا للمادة 1437 لم تقصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلكين وحدهم، وإنما يمتد لكل طرف في عقد الاذعان.

ثانيا : أن يكون الشرط مكتوبا

استنادا الى نص م4/3 من ق 02/04 بنصها : "... ويمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها، تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقدره سلفا ". فالمقصود بالكتابة هنا ليس الكتابة الرسمية، وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في وثائق مختلفة سواء في شكل فاتورة أو طلب شراء أو سند ضمان أو وصل التسليم وغيرها².

ثالثا : أن يؤدي الشرط إلى إخلال ظاهر بالتوازن العقدي بين حقوق وواجبات أطراف العقد

أكد المشرع الجزائري من خلال المادة 5/3 من القانون 02/04، أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكون من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري يأخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرطها تعسفيا متأثرا بما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما أخذ بنفس المعيار بموجب المادة 132-1 قانون الاستهلاك والذي نقله هذا الأخير عن التعلية الأوروبية لسنة 1993 ، وهذا قبل تبنييه للمعيارين السابق التطرق اليهما (معيار التعسف في القوة، ومعيار الميزة المفرطة³).

الفرع الثالث

أسلوب القوائم كآلية لتحديد الشرط التعسفي

¹ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 124

² بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع نفسه، ص 118 .

³ بصدد هذه الفكرة نقول أنّ معيار الميزة المفرطة هو نتيجة محصلة من استعمال النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية وعليه فهذا المعيار يرتبط ارتباط وثيق بسابقه والمتمثل في معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 35 من القانون 23/78 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين السالف الذكر.

اعتمدت التشريعات المقارنة في تحديدها للشروط التعسفية على إعداد أسلوب القوائم، تحصر من خلالها جملة من أنواع الشروط التعسفية، إلا أنه لحد الآن هذه الشروط محددة على سبيل المثال ويبقى الاجتهاد حول تحديدها مستمر، فكل مرة يتم منع بعض الأنواع سواء بموجب القانون أو المراسيم أو من طرف لجنة الشروط التعسفية . ويتمثل هذا الأسلوب في إعداد قوائم تحتوي على شروط تعتبر تعسفية، يقوم المشرع بمنع إدراجها في عقود الاستهلاك ويفترض الطابع التعسفي فيها وهذا الافتراض قد يكون قطعياً لا يجوز إثبات عكسه ويتمثل في أسلوب القائمة السوداء لشروط التعسفية (liste noire)، وقد يكون بسيطاً يجوز إثبات عكسه ويتمثل في أسلوب القائمة الرمادية (liste gris) ¹.

ومن بين أول التشريعات التي اعتمدت أسلوب القوائم نجد المشرع الألماني قسم الشروط التعسفية وحددها ضمن قائمتين على أساس مدى قابليتها للتقييم والسلطة التقديرية للقاضي، حيث يشمل القسم الأول : القائمة السوداء تضم ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة، نصت عليها م 10 من قانون الصادر في 1976/12/9 والمتعلق بالشروط العامة للعقد، وتتمثل في : -إطالة أجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف - أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه - حقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله آخذاً في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك - الحق في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه - الحق في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة². أما القسم الثاني فيشمل عشرة أصناف من الشروط التعسفية نصت عليها م 11 وتعلق بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى ثمنها خلال مدة 4 أشهر - استبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس - حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي - الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي. أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه، واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير.

¹ مكي فلة، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة 2016/2015، ص 256 .

² بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 21.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي قد منح القانون الصادر في 1978 للسلطة التنظيمية مهمة تحديد البنود التي تعتبر تعسفية بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية والذي نص على ثلاثة بنود تعتبر تعسفية ألغى واحد من هذه البنود من طرف مجلس الدولة، ولم يغير إصلاح قانون 1995 الناتج عن التوجيه الأوروبي عام 1993 كثيرا، حيث أضيف ملحق الى المادة 1-132 L يتضمن قائمة بسبعة عشر شرطا تعسفيا، غير أن هذه القائمة إرشادية بحثة ولم تعفي المدعي من تقديم الدليل على اثبات الطابع التعسفي للشرط (يشار إليها غالبا بالقائمة البيضاء)¹، وبصدر قانون 4 اوت 2008² المتعلق بعصرنة الاقتصاد والمكمل بالمرسوم رقم 302-2009 المؤرخ في 18 مارس 2009³ قام بإصلاح عميق للتصنيف القانوني للشروط التعسفية وهذا عن طريق إزالة القائمة البيضاء وإثراء القائمة السوداء وإنشاء قائمة رمادية يفترض فيها التعسف بصفة قاطعة⁴، حيث عدل المادة 1-132 L من قانون الاستهلاك والغي القائمة التي نص عليها قانون 96/95، ومن تم تراجع المشرع الفرنسي عن الأسلوب التشريعي في تقدير الشرط التعسفي.

أ. القائمة السوداء : تنص المادة 1-132⁵ L على 12 شرط وتتمثل في :

- النص في العقد على إذعان غير المهني أو المستهلك لشروط لم ترد في العقد المكتوب، أو التي تكون مدرجة في وثيقة أخرى، ولم يتم الإشارة إليها صراحة عند إبرام العقد، والتي لم يعلم بها قبل إبرامه.
- الحد من التزام المهني في احترام الالتزامات التي تقع على عاتق تابعيه أو وكلائه.
- تفرد المهني بحق تعديل شروط العقد الخاصة بمدته بمميزات وثمان المال أو الخدمة
- منح المهني بصفة منفردة، حق تقدير ما إذا كان الشيء المسلم أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد، أو منح المهني الحق المطلق في تفسير بعض شروط العقد .
- إلزام غير المهني أو المستهلك بتنفيذ التزاماته، في حين انه بالمقابل لم ينفذ المحترف التزاماته بتسليم أو ضمان المال، أو التزاماته بتقديم الخدمة.

Jean Calais-Auloy , Henri temple , *op cite* , p 173¹

-Loi n°2008-776 du 04 Aout 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°0181 du 05² Aout 2008

³ -décret n°2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L.132-1 du code de la consommation, JORF N°0067 du 20 mars 2009.

⁴ Jean-Denis pellier , *op cite* , p 138 .

⁵ تقابلها المادة 1-212 L من قانون الاستهلاك لسنة 2016 .

- استبعاد أو تحقيق الحق في التعويض عن الضرر المترتب على غير المهني أو المستهلك، في حالة إخلال المهني بتنفيذ احد التزاماته .
 - حرمان غير المهني أو المستهلك من الحق في طلب إبطال العقد أو فسخه، في حالة عدم تنفيذ المهني لالتزاماته، بالتسليم أو ضمان المال، أو التزامه بتقديم الخدمة.
 - منح المهني حق إنهاء العقد بصفة تقديرية، دون منح غير المهني أو المستهلك مثل هذا الحق.
 - السماح للمهني بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعت له كمقدمات مقابل التزامات لم يتم تنفيذها من جانبه، عند قيامه بفسخ العقد بطريقة تقديرية .
 - إخضاع الفسخ في العقود محددة المدة لأجل طويل بالنسبة لغير المهني أو المستهلك، مقارنة مع المهني
 - تعليق الفسخ في العقود محددة المدة من قبل غير المهني أو المستهلك، بدفع مبلغ تعويض لصالح المهني.
 - إلقاء عبء الإثبات على غير المهني أو المستهلك، الذي وفقا للقانون المطبق ينبغي أن يفرض على الطرف الآخر في العقد.
- ب. القائمة الرمادية : نصت عليها م 2-132L وتتمثل في :
- النص على التزام المهني أو المستهلك بشكل نهائي، في حين أن التزامات المهني يتوقف تنفيذها على إرادته المنفردة .
 - السماح للمهني بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل غير المهني أو المستهلك في حالة تراجع عن إبرام أو تنفيذ العقد، دون النص على حق غير المهني أو المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة، أو ضعفها في حالة دفع العربون طبقا لنص المادة 1-114L، وذلك عند تراجع المهني عن التعاقد- إلزام غير المهني أو المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته بدفع تعويض مبالغ فيه.
 - السماح للمهني بإنهاء العقد دون إخطار سابق بمدة معقولة .
 - السماح للمهني بالقيام بإنهاء العقد دون مرافقة غير المهني أو المستهلك، إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الحقوق الممنوحة لغير المهني أو المستهلك.

– احتفاظ المهني بصفة فردية بحق تعديل شرط العقد المتعلقة بحقوق والتزامات الطرفين، غير تلك المنصوص عليها في الفقرة 3 من L 132-1

– تحديد تاريخ لتنفيذ العقد في غير الحالات التي يسمح بها القانون .

– إخضاع إبطال أو فسخ العقد لشروط أو كفاءات أكثر صرامة بالنسبة لغير المهني أو المستهلك مقارنة مع المهني .

– تقييد بدون وجه حق، وسائل الإثبات المتاحة لغير المهني أو المستهلك .

حرمان أو عرقلة المستهلك من ممارسة حق التقاضي أو اللجوء إلى طرق الطعن، لاسيما إلزامه باللجوء فقط لقضاء التحكيم غير الخاضع لأحكام قانونية، أو توجيهه فقط عن طريق نظام بديل لتسوية النزاعات.

وبالتالي يتم تعزيز حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، حيث يتم إعفاءه من إقامة الدليل على الطابع التعسفي للشرط، وإنما على المهني إثبات أن الشرط محل النزاع لا ينشئ إخلال ظاهر بين التزامات الطرفين، و إذا فشل أصبح الشرط محل النزاع نفس شرط القائمة السوداء¹ .

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الانجليزي في تشريعه الصادر عام 1977 باسم الشروط التعاقدية غير العادلة، لم يضع قائمة الشروط التعسفية كما فعلت غيره من القوانين ولكنه يحظر بعض أنواع الشروط المقيدة من مسؤولية المحترف في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية² .

بعد التطرق الى دراسة القانون الالمانى والفرنسي بهذا الشأن، يبدو أن المشرع الجزائري اتبع نفس اسلوب القوائم حيث احدث قائمتين بالشروط التعسفية الأولى حددها في القانون رقم 02/04 من خلال نص م 29 من ق 02/04 أين ذكر ثمانية أنواع من الشروط اعتبرها تعسفية في العقود بين البائع والمستهلك، وحدد القائمة الثانية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة ما بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية من خلال م 05 منه.

أ. القائمة الواردة بموجب القانون 02/04 :

¹ . Jean-Denis pellier , *op cite* , p 142

² " يعرف العقد النموذجي بأنه عبارة عن مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزودة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد "، عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص 129 .

تتضمن القائمة العديد من الشروط، فهناك شروط تتعلق بحقوق والتزامات الاطراف، شروط خاصة بالتعديل الانفرادي لعناصر العقد الاساسية كالثمن وخصائص المنتج أو الخدمة دون موافقة المستهلك، شروط تتعلق بتفسير العقد وشروطه، الزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها، رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام، التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة، وأخيرا تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك لشروط جديدة غير متكافئة .

ب. القائمة الواردة بموجب التنظيم :

تطبيقا لأحكام المادة 30 من ق 02/04 والتي تقضي بأنه : " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية "، وبهذا منح المشرع السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية المستهلك وحقوقه. وصدر من خلاله المرسوم التنفيذي 306/06 حيث نصت م 05 منه على ما يلي :

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 فقرة 03 من نفس المرسوم
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض .
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته .
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد .
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه .
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته .
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك .
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

- يعفى نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته .
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

وعليه هذه القوائم المذكورة على سبيل المثال لا الحصر وهذا من أجل توسيع نطاق الحماية للمستهلك، وحتى لا يقوم العون الاقتصادي بوضع شروط تحمل طابع التعسف، وقد انتقد أسلوب إعداد قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية، على أساس أنه ضيق من سلطة القاضي التقديرية في الحكم بإبطال الشروط العقد التي يقدر انها تعسفية، وليس له إلا الحكم ببطلانها¹، لأنها محظورة طبقاً لما قررت المادة 30 من قانون 02/04 الخاص بالممارسات التجارية السابق الذكر على أنه يمنع العمل بها بالتالي تعتبر محظورة.

المطلب الثاني

مظاهر حماية المستهلك من البنود التعسفية

إن أغلب التشريعات قررت وضع حماية قانونية للطرف الضعيف في العقد الإلكتروني وهذه الحماية تجسدت أساساً في مظهرين الأول يتمثل في حماية المستهلك من الشروط التعسفية من خلال تخويل القاضي سلطة تعديل مثل هذا النوع من العقود والمظهر الثاني يتمثل في إرساء نظام حماية ضد الشروط التعسفية من خلال الرقابة والمتمثلة في جهاز إداري استشاري ووقائي يهدف الى حماية الطرف الضعيف في مرحلة إبرام العقد، كما أقرت أيضاً جزءاً مدني وجنائي في حالة ما تترتب على تضمين العقد شروطاً تعسفية، وهو ما سنعالجه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول

الرقابة القضائية على البنود التعسفية

بالرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني نستخلص بعض النقاط الكفيلة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية وضعها المشرع لحماية الطرف الضعيف، فقد منح القاضي السلطة في التدخل لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه كما أورد المشرع نصوص أكثر وضوحاً في مجال تفسير العقود لصالح الطرف المدعن، ولتوضيح أحكام حماية الطرف المدعن من الشروط التعسفية ارتأينا أن نتطرق في هذا البند الى تفسير الشك لمصلحة المدعن وسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية والغائها .

¹ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 136

أ. تفسير الشك لمصلحة الطرف المدّعن: أقرت م 1/112 من ق م ج¹ على أنه : " متى قام لدى القاضي شك في تحديد المقصود من عبارة أو عبارات تعاقدية معينة، يجب أن لا يضر هذا الشك أبدا بمصلحة المدين بل يجب أن تصب في مصلحته .وعليه إذا كانت عبارات النص غامضة أو مبهمّة فالشك في تفسيرها يؤول الى مصلحة المدين ،غير أنه في عقود الإذعان ينفرد الطرف القوي في وضع شروطه بصفة مستقلة دون تدخل الطرف الآخر، ومن ثم فإن الطرف القوي في ضوء استقلاله بوضع شروط العقد فانه يتحمل تبعه غموض الصياغة، وبذلك فان الشك يفسر لمصلحة الطرف المدّعن (الطرف الضعيف) بغض النظر عما إذا كان دائنًا أو مدينا وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة " غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدّعن"، وهذا الاستثناء يعد خروجًا عن القاعدة التي مفادها تفسير الشك لمصلحة المدين، وهذا بهدف إسباغ الحماية على الطرف المدّعن في مواجهة الشروط الغامضة.

ورغم السلطات الواسعة الممنوحة للقاضي في التدخل لحماية الطرف المدّعن من الشروط التعسفية إلا أن هذا لا يمنع من خضوعه لرقابة المحكمة العليا في حالة مخالفته لتفسير عبارات النص فبالرغم من أن المحكمة العليا هي محكمة قانون وليست محكمة واقع، إلا أن لها دور مراقبة التطبيق الصحيح والسليم للقانون من قبل القضاة وخاصة في إطار عقود الإذعان. وهو ما ذهب اليه الفقه في مصر بحيث يرى أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع، في تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم².

ب. سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغاؤها :

¹ تقابلها المادة 151 من من القانون المدني المصري التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين بقولها "... ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا لمصلحة الطرف المدّعن، القانون رقم 131 لسنة 1948 الصادر في 09 رمضان 1367، الموافق ل 16 يوليو 1948 . وتقابلها المادة 1190 من القانون المدني الفرنسي المعدل بنصها :

Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé.

Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016

² بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، المرجع السابق، ص 81.

تنص المادة 110 من ق م ج على ما يلي : " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " ¹. ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري منح للقاضي إمكانية توقيع الجزاء المناسب للشرط التعسفي من خلال سلطة التعديل المتمثلة في الإبقاء على الشرط ورفع أوجه التعسف الذي شاب العقد أو إعفاء الطرف المذعن منه نهائياً واعتباره كأن لم يكن ². وهذا النص يعتبر خروجاً عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهذا لحماية الطرف المذعن وإعادة التوازن في العقد الذي يتم بطريقة الإذعان، ووفقاً للنص السابق فإن سلطة تعديل والاعفاء من الشرط التعسفي لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب الطرف المذعن ³. وحرصاً من المشرع في حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية، قرر بطلان كل اتفاق يخالف حكم المادة 110، لذلك فإنه يقع باطلاً كل اتفاق يهدف إلى حرمان الطرف المذعن اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعديل .

وسلطة القاضي في التدخل بتعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسفية من الأمور المتعلقة بالنظام العام وبالتالي يبطل أي اتفاق أو شرط يحول دون تدخل القاضي.

وبالنسبة للمعايير التي يرجع إليها القاضي في تقدير الشرط التعسفي، نجد أن المشرع سهل مهمة القاضي في تقدير طابع التعسف، وهذا من خلال نصه على نظام القوائم كما سبق التطرق إليه في المواد 29 من ق 02/04 وم 05 من المرسوم 306/06، فهذه الأخيرة يستعين بها القاضي لاستنتاج الشرط التعسفي، فينظر للشرط فيما إذا كان موجوداً ضمن القائمة المنصوص عليها في م 29 وم 5 أولاً، وإذا لم يجد هذا الشرط في هذه القوائم، فإنه يلجأ إلى نص المادة 5/3 من قانون 02/04 التي عرفت وحددت معيار الشرط التعسفي، والمتمثل في معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين كما

¹ تقابلها م 149 من قانون المدني المصري، بحيث يكون للقاضي المصري سلطة تقديرية حيال الشروط التعسفية بإبطالها أو تعديلها.

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 269 .

³ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 77 . وذهبت محكمة العدل الأوروبية في حكم حديث لها إعطاء القاضي حق التعرض من نفسه للشرط التعسفي حيث قررت في حكمها الصادر في 2002/11/21 قد ارست مبدأ قضائياً وهو جواز تعرض القاضي من تلقاء نفسه. مشار إليه عند كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص 538.

يمكن له أن يستعين بلجنة البنود التعسفية في تقرير الطابع التعسفي للشرط نظرا للدور الاستشاري الذي تقوم به والمتمثل في إبداء الآراء والتي تدخل ضمن المهام المخولة لها قانونا، وللقاضي سلطة الاخذ بآرائها¹.

الفرع الثاني

الرقابة الادارية على البنود التعسفية (لجنة البنود التعسفية)

Commission du contrôle des clauses abusives

في إطار حماية المستهلك من الشروط أحدثت التشريعات المقارنة جهازا إداري استشاري خاص عرف بلجنة البنود التعسفية، إذ يجوز لهذه اللجنة أن توصي بحذف أو تعديل الشروط التي يمكن أن تكون تعسفية، ففي فرنسا تم انشاء لجنة البنود التعسفية لأول مرة في قانون 10 يناير 1978 المتعلق بحماية المستهلك²، وهي هيئة إدارية منصبة من طرف الوزارة المسؤولة عن الاستهلاك، تحكمها المادتان L 822-4 وما يليها و L822-18 من قانون الاستهلاك لسنة 2016، وطبقا للمادة L 822-18 تتشكل اللجنة من 13 عضوا موزعين على النحو التالي : منهم قاضي رئيس، وقاضيان من القضاء العادي أو الإداري أو أعضاء مجلس الدولة أحدهما نائب الرئيس، وشخصان مؤهلان في مادة القانون العقود يتم اختيارهما بعد التشاور مع المجلس الوطني للاستهلاك، وأربعة ممثلين عن المهنيين اربعة ممثلين للمستهلكين، يتم تعيين هؤلاء الاعضاء بمرسوم من الوزير المكلف بالاستهلاك لمدة ثلاث سنوات، وتكون ولاية كل منهم قابلة للتجديد وجميعها لديها نائب، باستثناء الرئيس، وبالنسبة للقضاء فيتم تعيينهم بناء على اقتراح وزير العدل حافظ الاختام، بطبيعة الحال الحياد ضروري وبالتالي لا يجوز لأي عضو من أعضاء اللجنة المشاركة في المداولات عندما تكون له مصلحة مباشرة وشخصية في القضية³.

وتتمثل المهام الرئيسية للجنة غالبا في إصدار الآراء ومن بينها : . إعطاء الرأي كهيئة استشارية في جميع مشاريع المراسيم التي تقترحها السلطة التنظيمية بخصوص تحديد الطابع التعسفي للبنود التي تعتبر

¹ بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص 182 .

² المادتان (1-534 و 3-534) من قانون 10 يناير 1978 .

³ Jean-Denis pellier , *op cite* , p 143

تعسفية بموجب التنظيم، وتعتبر هذه الاستشارة إلزامية بالنسبة للسلطة بموجب نص م 1-212. تقديم رأيها بناء على طلب القاضي في الدعاوى المعروضة عليه بموجب قرار غير قابل للطعن حول الطابع التعسفي لأحد الشروط المعرفة في المادة 1-212 من قانون الاستهلاك، وعلى اللجنة إبداء رأيها في أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ إحالة الطلب عليها، ولا يعتبر هذا الرأي ملزماً للقاضي. بالإضافة إلى مهمتها في دراسة الاتفاقيات النموذجية التي يتم تقديمها عادة للمستهلكين وغير المختصين وإصدار التوصيات بحذف أو تعديل البنود ذات الطبيعة التعسفية طبقاً للمادة 6-822 لغير أن هذه التوصيات ليس لها قوة الزامية، إلا أنها تساهم في توجيه القاضي والمشرع¹.

وأسوة بالمشرع الفرنسي اقتبس المشرع الجزائري تنظيم لجنة البنود التعسفية من خلال المرسوم التنفيذي رقم 306/06 السالف الذكر، وهذا حماية لمصلحة الطرف الضعيف الذي يضطر إلى إبرام العقد مع العون الاقتصادي، غير أن وجود هذه اللجنة في الجزائر لم ير النور إلا مؤخرًا حيث تم تنصيبها في 20 فيفري 2018 بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 27 نوفمبر 2017²، وتشكل هذه الأخيرة طبقاً للمادة 8 المعدلة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي: ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية، ممثلان عن وزير العدل حافظ الاختصاص مختصان في قانون العقود، ممثلان عن مجلس المنافسة، متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الاعمال والعقود، ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الاعمال والعقود، يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها³.

ومقارنة مع تشكيلة نظيرتها الفرنسية فإن هذه الأخيرة تتشكل من 13 عضو، أما التشكيلة الجزائرية تتكون من 10 أعضاء نصفهم دائمين والنصف الآخر مستخلفين كما يكمن الاختلاف في ممثلي أطراف العلاقة التعاقدية، ففي التشكيلة الفرنسية لا يشترط أن يكون الممثلين ينتمون إلى جهة معينة كما هو

¹ Jean-Denis pellier , op cite ,p 145.

² جريدة رسمية رقم 75 المؤرخة في 27 نوفمبر 2017.

³ المادة 02 من المرسوم التنفيذي 44/08 المؤرخ في 03 فبراير 2008 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر رقم 07 المؤرخة في 10 فبراير 2008.

الحال بالنسبة للتشكيلة الجزائرية وهذا راجع الى نقص الوعي لدى المستهلكين والمتعاملين الاقتصاديين الجزائريين¹.

وبالنسبة لمهام اللجنة تكلف لجان البنود التعسفية " ذات طابع استشاري طبقا لمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06/ 306 ب: - بالبحث ومراقبة وفحص في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تقوم بصباغة توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، ويمكنها كذلك أن تقوم بكل دراسة أو خبرة تتعلق بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، كما يمكنها أيضا مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها . وتقوم أيضا بإعداد تقرير سنوي يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة وفقا للمادة 3/12 من نفس المرسوم .

وتجتمع لجنة البنود التعسفية مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر في دورة عادية باستدعاء من رئيسها، ويمكنها أن تجتمع أيضا، في دورة استثنائية، بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل، وحتى يكون الانعقاد صحيحا لا بد من حضور نصف أعضائها على الأقل، ومع ذلك، يمكن للجنة أن تجتمع بعد ثمانية أيام بصفة صحيحة بعد استدعاء ثان حتى وإن لم يكتمل النصاب، وتداول مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين، وتتخذ قرارات اللجنة بأغلبية الأصوات الحاضرة، وفي حالة تعادل الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا².

وفيما يتعلق بإخطار اللجنة فقد جاء في نص المادة 11 من نفس المرسوم ما يلي: " يمكن اللجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك . وبالتالي فالمشرع لم يحدد الجهة المكلفة أو وسيلة النشر، مقارنة بفرنسا تتم عملية نشر تقريرها السنوي بموقعها الإلكتروني³ .

¹ زوطاط نصيرة، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 7، عدد 1، السنة 2019، ص 32 .

² المادة 13 من المرسوم التنفيذي 06/ 306 .

Site officiel des clauses abusive français <http://www.clauses-abusives.fr/>³

وفي الأخير يظهر لنا أن كلا القانونين قد وضعا ضوابط وقائية تتعلق بتنظيم هذه الهيئة غرضها منع العون الاقتصادي من وضع شروط تعسفية في نماذج عقود الاستهلاك قبل إبرامها، وبهذه الطريقة يمكن تجنب حدوث نزاع ووقوع ضرر للمستهلك.

الفرع الثالث

الجزء المترتب على الشرط التعسفي

عقد الاستهلاك كغيره من العقود يتكون من عدة شروط، قد يكون أحد هذه الشروط يتصف بالتعسف وعملا على ضمان حماية المستهلكين وتحقيق التوازن في العقد، اقرت التشريعات المقارنة بالنص على جزاءات مدنية (البند الأول) وجزاءات جنائية (البند الثاني) تترتب على تضمين العقد شروطا تعسفية، وهذا ما سنعرج اليه في هذا الفرع .

1 البند الأول: الجزاء المدني

نص المشرع الفرنسي في المادة L 241-1 على أنه : " الشروط التعسفية تعد وكأنها غير مكتوبة " ونصت الفقرة الموالية " يبقى العقد قابل للتطبيق في جميع أحكامه باستثناء التي قضي بأنها شروطاً تعسفية إذا كان يمكن للعقد أن يستمر دون هذه الشروط " ¹، وبالتالي يمكن للمستهلك أن يتصرف ضد المحترف ليحصل من القاضي سحب البند من العقد، وهو ما يترتب بطلان جزئي أي بطلان الشرط لا بطلان العقد وهذا البطلان، هو بطلان نسبي يتلاءم مع مصلحة المستهلك إذ يؤدي الى ابقاء العقد وعليه يستفيد المستهلك من السلعة أو الخدمة محل التعاقد ²، كما ألزمت م 1/6 من التوجيه الاوربي رقم 93-13 السالف الذكر، الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي بالنص في قوانينها الداخلية على أن

Art 241-1 : Les clauses abusives sont réputées non écrites.¹

Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public.

Jean-Denis pellicier , *op cite* ,p 150 ²

الشروط التعسفية التي تظهر في العقد المبرم مع المستهلك من قبل المحترف لا تلزم المستهلكين وتعتبر باطلة مع امكانية الابقاء على هذا العقد إذا كان ذلك ممكنا بعد ابطال تلك الشروط¹.

وعلى صعيد التشريعات العربية نص المشرع المصري في م 28 من قانون حماية المستهلك رقم 181 لسنة 2018، على أنه : " يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأنه خفض أي من التزامات المورد الواردة بهذا القانون أو لاثحته التنفيذية أو إعفائه منها ". من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع المصري اعتبر كل شرط يصيغه الطرف القوي في عقد الاستهلاك والذي بمقتضاه يعفى به نفسه من أي التزام يعد شرطا باطلا ولكن العقد يبقى قائما ببقية الشروط، كما اعتبر المشرع المغربي بمقتضى م 19 من ق 08-31 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك السالف الذكر، أن الشرط التعسفي الوارد في العقد بين المورد والمستهلك باطلا وقرر بقاء العقد مع بطلان الشرط . وعلى نقيض التشريعات المقارنة لم ينص المشرع الجزائري في ق 02/04 بمادة صريحة عن الجزاء المدني وهذا ما يعتبر فراغ تشريعي نأمل من المشرع استدراكه وهذا ما يجعل القاضي الرجوع الى القواعد العامة طبقا للمادة 110 من ق م ج.

وفي الاخير نستنتج من خلال ما سبق أن النصوص التي جاءت بها التشريعات السابقة تهدف إلى حماية المستهلك وهذا بإبطال الشرط الذي يعتبر متقلا لكاهله والإبقاء على العقد .

البند الثاني: الجزاء الجنائي

نص المشرع الجزائري على الجزاء الجنائي للشرط التعسفي وهذا من خلال م 38 من من القانون 04-02 بقوله: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26-27-28-29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من 50.000 دج إلى 5.000.000 دج، كما الحال بالنسبة للقانون الفرنسي نص المشرع على جزاء إداري بمقتضى م 2-241² من قانون الاستهلاك تتمثل في غرامة إدارية تقدر ب 3000 أورو بالنسبة للشخص الطبيعي و 15000 أورو بالنسبة للشخص

¹ Art 6/1 : Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives.

² art. L. 241-2 « Dans les contrats mentionnés à l'article L. 212-1, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du quatrième alinéa de l'article L. 212-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale... »

الاعتباري . في حالة تضمن العقد المبرم بين المهنيين وغير المهنيين والمستهلكين واحد أو أكثر من الشروط التعسفية.

الفصل الثاني

الجوانب التقنية والقانونية لحماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد

لا يستطيع أي شخص الوصول الى حقه عند النزاع إلا إذا طلب من القضاء حماية هذا الحق، لهذا تحتل قواعد الاثبات أهمية بالغة في كافة فروع القانون. فقد تظهر مشكلة إثبات التصرفات القانونية عند نشوب أي نزاع بشأنها، الأمر الذي أدى بجل التشريعات ومنها التشريع الجزائري الى البحث عن القوة الثبوتية للعقد الإلكتروني والبحث عن السبل القانونية لحل النزاعات، وحتى يكتسب العقد هذه القوة القانونية لجأ المشرع الجزائري الى توثيقه بغية حمايته ومنحه حجية في الاثبات، وهذا من خلال المحررات الإلكترونية والسجل الإلكتروني، بالإضافة الى التوقيع والتصديق الإلكترونيين باعتبارهم من أهم وسائل الاثبات في مجال عقود التجارة الإلكترونية .

وإضافة الى اكتساب العقد الإلكتروني قوة ثبوتية وإضفاء حماية أكبر للمستهلك الإلكتروني عند تعاقدته عبر الانترنت على وجه الخصوص قد تتعرض بيناته والمعلومات الخاصة به الى للكشف والانتهاك وهو ما قد يؤدي باستخدامها استخداما ضارا مما يجعل المستهلك عرضة للغش والاحتيال، لذلك تدخلت غالبية التشريعات لحماية هذه الخصوصية عن طريق سن قوانين تجرم انتهاك الحق في الخصوصية.

وهذا ما سنحاول التطرق اليه في هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين :

- المبحث الأول: الشكلية في العقد الإلكتروني واحترام حق المستهلك الإلكتروني في خصوصيته
- المبحث الثاني: آليات حماية المستهلك الإلكتروني عند حدوث نزاع

المبحث الأول

الشكالية في العقد الإلكتروني واحترام حق المستهلك الإلكتروني في خصوصيته

لا تعني حقيقة إبرام العقد الكترونياً أنه سيتم التخلي تماماً عن النموذج المكتوب، فالكتابة التي يشترطها القانون قد تستلزم لانعقاد العقد أو تكون لغرض الإثبات، وعليه فإفراغ العقد الإلكتروني في الغالب المكتوب يضمن حماية لحقوق المستهلك الإلكتروني وخاصة حقه في احترام حياته الخاصة. لأن التعاملات التي يقوم بها هذا الأخير قد تحمل معلومات تتعلق بشخصيته أو حياته الخاصة، ومن ثم قد يُساء استعمالها لتحقيق غرض غير مشروع كالإختراق والسرقة، الأمر الذي يؤثر سلباً على سير التجارة الإلكترونية، ولهذا تسعى التشريعات إلى الاهتمام بموضوع البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني. وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن إشكالية إثبات العقد المبرم عن بعد، أما في المطلب الثاني سنتكلم عن حماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول

إشكالية إثبات العقود الإلكترونية

في ظل استخدام التقنيات الحديثة عبر شبكة الانترنت وانتقال الدعائم الورقية إلى دعائم الكترونية أتاح التعامل بنوع جديد لم نألفه من قبل متمثل في الكتابة والتوقيع اللذين يتسمان بالطابع الإلكتروني، مما استدعت الضرورة إلى إعادة النظر في المبادئ التقليدية للإثبات، والعمل على تحقيق المساواة بين المستند الورقي والمستند الإلكتروني من حيث المضمون، وبعث قدر من الثقة والأمان بين الأطراف المتعاقدة من خلال توثيق التعاملات الإلكترونية. وبناء عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول المحرر الإلكتروني والسجل الإلكتروني والتطرق إلى مدى حجيتهما في الإثبات ونخصص الفرع الثاني والثالث إلى دراسة التوقيع والتصديق الإلكترونيين كآلية لحماية المستهلك.

الفرع الأول

وسائل اثبات العقود الإلكترونية ودورها في حماية المتعاقد الإلكتروني

إذا كانت النظرية العامة للعقد وقانون حماية المستهلك متكاملة فيما بينها من حيث حماية المستهلك فإنه يمكن تطبيقها على العقود الإلكترونية وهو ما يشكل ضمان لحماية المستهلك غير أنّ خصوصيات هذه العقود استلزم الأمر التدخل بقواعد جديدة، وفعلا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 19 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية¹ على أنه: " من خلال إبرام العقد الإلكتروني يتعين على المورد الإلكتروني ارسال نسخة الكترونية من العقد المذكور الى المستهلك" . نلاحظ من خلال نص المادة أنّ الكتابة هي وسيلة للحماية لأنها تهدف الى لفت انتباه المستهلك الى أهمية التزام المورد، ومع ذلك قد نتساءل عما إذا كانت الشروط المعروضة على شاشة الكمبيوتر لها نفس قيمة الكتابة على الورق؟.

البند الأول: المحرر الإلكتروني والسجل الإلكتروني ومدى حجيتهما في الاثبات

بالإضافة الى المحرر الإلكتروني اشترطت معظم التشريعات وجود سجل إلكتروني كوسيلة توثق المعاملات الإلكترونية وتخزن البيانات وتحفظ حقوق الاطراف إذا ثار النزاع بينهم من خلال إقامة دعوى تثبت الحق بناء على ما سجل من بيانات متبادلة داخل الكمبيوتر.

وبناء على ما تقدم يتعين علينا تحديد مفهوم المحرر الإلكتروني والتطرق الى مدى حجيته في الاثبات ثم نتطرق الى السجل الإلكتروني ونتعرض لحجيته في الاثبات في عقود التجارة الإلكترونية.

1. المحرر الإلكتروني ومدى حجيته في الاثبات

يرتبط مفهوم المحرر الإلكتروني بمفهوم آخر هو الكتابة الإلكترونية، فكرة الكتابة لم تتغير وإنّما حصل التغيير على الوسيلة المستخدمة في الكتابة، وأصبح تدوين المحررات الإلكترونية يتم اللجوء فيه للوسائط الإلكترونية²، وبالرجوع لمفهوم الكتابة أورد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المقصود بمفهوم الكتابة،

¹ المادة 19 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السالف الذكر، ص 07.

² بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017، ص 304.

حيث أشار الى أنه يشمل رسالة البيانات إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع اليها لاحقاً، وهذا يعني أن أي وثيقة ينطبق عليها هذا المفهوم تعد وثيقة كتابية¹.

وعرف المشرع الجزائري المحرر الإلكتروني في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني بنصها: "يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالاثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص التي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

نلاحظ من خلال هذا النص أنّ المشرع اعترف بمبدأ المساواة بين المحررين الإلكتروني والورقي لينتج بذلك اثبات مزدوج أمام القضاء، كما أنه وضع حدا للغموض والجدل الذي كان يكتنف هذا النوع من الكتابة .

كما نجد أيضاً أنّ المشرع الفرنسي من خلال المادة 1316 من القانون المدني أنّه وسع من مفهوم الكتابة الإلكترونية ليشمل كل أنواع الكتابة الورقية والإلكترونية واعترف للكتابة الإلكترونية بنفس حجية الكتابة الورقية، بشرط أن يكون بالإمكان التحقق من هوية من صدر عنه².

وبالرجوع الى المشرع المصري نجد أنه بصدر قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 عرف المحرر الإلكتروني في المادة 2/1 بأنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة " كما منح الكتابة الإلكترونية الحجية القانونية الكاملة حيث نصت المادة 15 منه على أن للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية ذات الحجية المقررة للكتابة، والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط

¹ لزهري بن سعيد، لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هوم، الجزائر، 2012، ص 142.

² Art 1316-1 : L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

Abrogé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3

Création Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 - art. 1 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF 14 mars 2000 .

المنصوص عليها وفقا لهذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون¹.

وحتى يعتد بالمحرر الإلكتروني في الاثبات ربطت غالبية التشريعات والقوانين القوة الثبوتية للمحرر بعدة شروط لا بد أن يستوفيتها حتى تكون له الحجية في الاثبات، من بينها تحقق خاصية القراءة إذ يجب أن يكون المحرر مقروءاً وواضحاً خاصة أنه يتم على وسائط الكترونية بلغة الآلة وقد تكون مشفرة لا يمكن للشخص قراءتها بشكل مباشر، وبالتالي قد تم ايجاد برامج خاصة تجري تحميلها على جهاز الحاسب تقوم بترجمة لغة الآلة الى لغة الانسان وهذا من خلال تحويل رموز الآلة الى حروف مقروءة وواضحة حتى يتحقق شرط القراءة في المستندات الإلكترونية، إضافة الى شرط الاستمرارية والدوام بمعنى أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه ويمكن الرجوع الى المحرر كلما تعين ذلك مثل حفظها على ذاكرة الحاسوب أو البريد الإلكتروني، وحتى يصبح المحرر دليلاً في الاثبات لا بد أن يكون خالي من أي عيب يؤثر على شكله الخارجي وهذا ما أكدته أغلب التشريعات² على وجوب حفظ المحرر من أي تعديل ينقص من قيمته، وسعياً وراء تثبيت بيانات المحرر دون اجراء أدنى تعديل غير ملحوظ لقد تم ابتكار برنامج يقوم بتحويل النص الإلكتروني الى صورة ثابتة تحافظ على بقاء النص على صورته النهائية يسمى هذا البرنامج³ (document image processing).

وعليه من خلال الشروط المشار إليها نلاحظ أن المحرر الإلكتروني دليلاً يعول عليه في الاثبات ويسمح للأطراف الرجوع اليه في حالة نشوب نزاع لأنه يؤدي نفس وظائف الكتابة على الورق.

2. السجل الإلكتروني:

نظراً لأهمية السجل الإلكتروني في توثيق المعاملات الإلكترونية اشترطت أغلب التشريعات وجود سجل الكتروني يحفظ ويوثق المعلومات المتبادلة بين الأطراف، ومن بين هذه التشريعات نجد المشرع الجزائري الذي أُلزم المورد الإلكتروني من خلال المادة 25 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

¹ القانون المصري رقم 2004/15، المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وانشاء هيئة صناعة تكنولوجيايات المعلومات، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 17 الصادر في 2004/04/22.

² من بين هذه التشريعات نجد أن المشرع الجزائري نص في م 323 مكرر 1 على أن تكون الكتابة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

³ محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 3، 2017، عمان، الاردن، ص

بضرورة حفظ سجلاته الخاصة بمختلف المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلكترونياً إلى المركز الوطني للسجل التجاري، وبما أن تطبيق هذه المادة يكون عن طريق تنظيم، أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 89/19 المؤرخ في 5 مارس 2019 والمحدد لكيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري¹، حيث عرف السجل الإلكتروني بموجب المادة 02 منه والتي نصت على: "سجل المعاملات التجارية ملف إلكتروني يودع فيه المورد الإلكتروني عناصر المعاملة التجارية المنجزة الآتية: العقد . الفاتورة أو الوثيقة التي تقوم مقامها . كل وصل استلام أو الاستعادة أو الاسترداد ،حسب الحالة . وتتص الفقرة الموالية على أنه "يجب تخزين العناصر المذكورة في الفقرة أعلاه من قبل المورد الإلكتروني بطريقة تمكن من الولوج إليها وقراءتها وفهمها لتمكين الاعوان المؤهلين من تفحصها، كما يجب أن يتم حفظ هذه العناصر من طرف المورد الإلكتروني في شكلها الأصلي أو في شكل غير قابل للتعديل أو الاتلاف في محتواها".

وعرف القانون الاردني للمعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015² السجل الإلكتروني من خلال المادة 7/2 بأنه: "رسالة المعلومات التي تحتوي على قيد أو عقد أو أي مستند أو وثيقة من نوع آخر يتم إنشاء أي منها أو تخزينها أو استخدامها أو نسخها أو إرسالها أو تبليغها أو تسلمها باستخدام الوسيط الإلكتروني".

وبالنسبة للمشرع التونسي فإنه لم ينص صراحة على تعريف السجل الإلكتروني في القانون المبادلات والتجارة الإلكترونية إلا أنه من خلال المادة 14 "أوجب على كل شخص طبيعي مختص بخدمة المصادقة والتوثيق الامساك بسجل إلكتروني خاص بشهادة المصادقة على ذمة المستعملين مفتوحا للاطلاع الكترونيا وبحماية هذا السجل الإلكتروني من كل تغيير أو تحريف غير مرخص به".

ومن خلال التعريفات المقدمة حول السجل الإلكتروني يتضح أن الهدف من السجل الإلكتروني هو توثيق المعلومات بطريقة تضمن سلامتها وتمكن الاطراف من الرجوع اليها عند اللزوم.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 89/19 المحرر في 28 جمادى الثانية 1440 الموافق ل 5 مارس 2019، والمحدد لكيفيات حفظ

سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري، ج ر عدد 17

² القانون الاردني للمعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015، الصادر عن غرفة تجارة عمان الاردن في 19 أيار

و حتى يعتبر السجل الإلكتروني دليلاً في الإثبات يقدم الى القاضي عند حدوث نزاع، لا بدّ من ارتباطه بطريقة تكفل سلامته وهو ما أكدته أغلب التشريعات من بينها المشرع الجزائري متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 02 الفقرة 2 و3 من المرسوم التنفيذي 89/19 حيث تعد قرينة قانونية يمكن اثبات عكسها، وبدوره المشرع الاردني في المادة 07 من قانون المبادلات الإلكترونية السالف الذكر أعطى للسجل الإلكتروني نفس الآثار القانونية المترتبة على الدفاتر التجارية التقليدية بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث الزامها لأطرافها، أو صلاحيتها في الإثبات وأنه لا يجوز انكار الاثر القانوني للسجلات الإلكترونية لمجرد أنها أجريت على وسائل الكترونية¹.

الفرع الثاني

التوقيع الإلكتروني

حتى يقبل المحرر الإلكتروني كدليل كتابي في الإثبات ذو حجية قانونية يشترط بالإضافة الى الكتابة أن يشمل على التوقيع، باعتباره العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعدّ للإثبات إذ يعد توثيقاً للسجل الإلكتروني الصادر عن المرسل، كما يعتبر من أهم التقنيات التي تركز عليها التجارة الإلكترونية وأحد أهم الوسائل التي تحمي أمن وخصوصية المستهلك في المجال الإلكتروني، ولذلك فإن معظم التشريعات المقارنة وفرت الحماية المدنية له بغية خلق الثقة والأمان في التعاملات الإلكترونية . وسنعرض فيما يلي التعريف التوقيع الإلكتروني وصوره ثم شروط صحته.

البند الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني وشروط حجته :

1. تعريفه :

منذ ظهور التوقيع الإلكتروني سارعت الدول الى دراسة التنظيم القانوني له للاستفادة منه في الإثبات وحماية المتعاملين به، وقد كانت التعاملات البنكية هي المجال الأول لظهوره من خلال بطاقات الائتمان²

¹ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 138.

² عرفت بطاقة الائتمان أو credit card بأنها " بطاقات بلاستيكية أو ورقية مصنوعة من مادة يصعب العبث بها تصدرها جهة ما بنك أو شركة استثمار يذكر فيها اسم العميل الصادرة لصالحه ورقم حسابه، حيث يملك الحامل تقديم تلك البطاقة للتاجر لتسديد ثمن مشترياته ويقوم هذا الأخير بتحصيل تلك القيمة من الجهة المصدرة التي تقوم بدورها باستقاء تلك المبالغ من الحامل " ، وبالتالي بموجب هذه البطاقة يمنح فيها البنك لحاملها تسهيلات إئتمانية، حيث يستطيع استعمالها للحصول على السلع والخدمات ويتولى البنك السداد، ولا يمنح البنك هذه البطاقة إلا بعد التأكد من ملاءة العميل أو

للسحب النقدي، ليزداد انتشارا بإبرام العقود عبر الانترنت، فاختلفت التشريعات في تعريفه فعلى المستوى الوطني نرى بأن المشرع الجزائري بالرغم من أنه أجرى تعديلات من خلال الامر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 والمتضمن القانون المدني إلا أنه لم يضع تعريفا للتوقيع الإلكتروني بالرغم من ذكره في المادة 2/327 بنصها" ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه إلا أنه تدارك الأمر وعرفه في المادة 1/02 من القانون 04/15 المؤرخ في 1 فبراير والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه" بيانات في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق".

أما على مستوى التشريعات المقارنة فلقد عرفه قانون اليونسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 الصادر عن الامم المتحدة في المادة 2 منه على أنه "بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة اليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعريف هوية الموقع بالنسبة الى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في الرسالة البيانات ". وعرفه التوجيه الاوروبي السابق بشأن التوقيعات الإلكترونية رقم 93 لسنة الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1999 والملغى بالتوجيه رقم 910/2014، حيث نصت المادة 1/2 على أنّ التوقيع يعني البيانات الموجودة في شكل الكتروني والتي يتم ارفاقها أو ربطها منطقيا ببيانات الكترونية أخرى والتي تستخدم كوسيلة للمصادقة¹.

وإذا انتقلنا الى التشريعات العربية نجد المشرع الاردني عرفه في المادة 9/2 من قانون المعاملات الإلكترونية² بأنه :البيانات التي تتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات، أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو أي وسيلة أخرى مماثلة في السجل الإلكتروني، أو تكون مضافة عليه أو

الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية . ومن أمثلتها مثل البطاقة الزرقاء بفرنسا (carte bleue) و" فيزا الكترون " بدولة الامارات" ،و ماسترد كارد . نضال اسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، الاردن، 2005، ص 88

¹ art 2 : signature électronique", une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification; **directive 1999/93/ce du parlement européen et du conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, journal officiel n° l 013 du 19/01/2000, abrogé par règlement (ue) no 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur**

² القانون الاردني للمعاملات الالكترونية رقم 15 لسنة 2015، الصادر عن غرفة تجارة عمان الاردن في 19 أيار 2015، ج ر 5292

مرتبطة به بهدف تحديد هوية صاحب التوقيع وانفراده باستخدامه وتمييزه عن غيره. وعرفه القانون المصري في قانون التوقيع وإنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا المصري رقم 15 لسنة 2004 في المادة 1 فقرة ج بأنه ما يوع على المحرر الإلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره¹.

ومن التعاريف السابقة يتضح لنا أنها تتشابه وإن كانت تختلف في بعض الالفاظ المستعملة، وأنّ للتوقيع الإلكتروني له وظيفتين أولهما تحديد هوية صاحب التوقيع والثانية يعتبر دليل على التعبير عن رضا الشخص بمضمون العقد وموافقته عليه.

2. شروط حجية التوقيع :

تتطلب النصوص القانونية التي تنظم عملية التوقيع مجموعة من الشروط من أجل اضاء الحجية عليه واعتبارها دليلاً في الاثبات، وتتمثل هذه الشروط في :

أ. أن يكون التوقيع خاصاً بصاحبه ومعرفاً به:

وهذا ما كرسته المادة 07 من القانون 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين السالف الذكر، إذ من البديهي أن يكون التوقيع دالاً ومحدداً لهوية لشخص الموقع وتمييزه عن غيره، فعملية التوقيع الإلكتروني تركز على استخدام مفاتيح العام والخاص والذي يتم في نطاق السرية والكنمان² ويستطيع المتعاقد من خلالها التأكد من ارتباط التوقيع بالمرسل، وهذا من خلال مقارنة التوقيع المصاحب لسالة المعلومات مع المفتاح العام للمرسل³.

ب. التعبير عن إرادة الموقع :

يعتبر التوقيع المحرر بمثابة تعبير عن إرادة الموقع برضائه بمضمون التصرف القانوني وإقراره له، فعندما يقوم الموقع بالتوقيع بذلك يعني بالتزامه بما ورد في السند الإلكتروني، وهذا

¹ قانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا المصري الصادر في 22 أبريل 2004، ج ر عدد 17 .

² نشير الى هذا السياق بأن الإجراءات المتبعة في تأمين التوقيع عن طريق الرقم السري الخاص بالبطاقة البنكية، تحقق قدراً من الثقة في التوقيع الإلكتروني وانتسابه لصاحبه بطريقة لا تترك أدنى شك في سلامة التوقيع الإلكتروني.

³ بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص 345.

الشرط يرتبط بسابقه من حيث وجوب تمييز هوية الشخص الموقع ليكون لأي تصرف حجة على من يقوم بها.

ت. ارتباط التوقيع بالمحرر الكتابي:

الى جانب ما سبق من شروط، يتعين في التوقيع أن يرتبط بالمحرر الكتابي وأن يتصل به بشكل مباشر، إذ لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر بحيث يكون دليلاً على اقرار الموقع بما ورد في السند،¹ وهذا الامر مرتبط بكفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر الإلكتروني.

ث. أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع :

حدد المشرع الجزائري من خلال المادة 5/7 هذا الشرط حتى يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية الكاملة في الاثبات بأن يكون للموقع دون غيره السيطرة على الوسائل التي أنشأ بواسطتها، كحيازته لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة والكود السري الخاص بها، ويفقده السيطرة على هذه البيانات، ولا يعتبر للتوقيع حجة في الاثبات².

البند الثاني: صور التوقيع الإلكتروني

تتعد أشكال وصور التوقيع الإلكتروني، ومرد ذلك الى التطورات التقنية في مجالات الاتصالات :

أ. التوقيع الرقمي: La signature numérique

يعد من أهم صور التوقيع وأفضلها لما يتمتع به من قدرة على تحديد الشخص الموقع وتمييزه عن غيره، فهو عبارة عن مجموعة من الأرقام أو الحروف يختارها صاحب التوقيع ويتم تركيبها وترتيبها في شكل كود معين ويتم عن طريقه تحديد شخصية صاحبه، فيقوم هذا التوقيع على وسائل التشفير الرقمي³ الذي

¹ محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 137.

² جفالي حسين، الحماية الجنائية لتوقيع المستهلك الإلكتروني في التشريع الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 3، مجلد 01، جامعة عمار ثلجي، بالأغواط، ص 264.

³ التشفير هو عبارة عن إجراء يسمح بنقل البيانات والمحافظة على سريتها ويعتبر وسيلة وقائية تحمي قاعدة البيانات الإلكترونية، ويظهر التشفير من الناحية الفنية في إعادة كتابة رسالة البيانات قبل تصديرها باستخدام مفتاح معين. وله عدة أنواع : تشفير متماثل يستعمل مفتاح واحد لتشفير الرسالة، والنوع الثاني تشفير غير المتماثل : يتمثل في مفتاحين عام

يعتمد على معدلات حسابية ورياضية لضمان سرية المعلومات بحيث يستعمل مفتاح معين لتشفير الرسالة الإلكترونية سواء كان تشفيراً متماثلاً يقوم على فكرة مفتاح الواحد الذي يتبادلته الطرفان لفك رموز الرسالة، أو تشفير غير متماثل يقوم على وجود مفتاحين غير متناسقين، فإذا ظهرت الرسالة بعد فك التشفير كان توقيع المرسل صحيحاً¹. وغالباً ما يستخدم في التعاملات البنكية والمراسلات الإلكترونية حيث اعتمد في مجال استعمال بطاقة فيزا والماستر كارد. وعملية التحقق من التوقيع الرقمي بأن الرسالة تم تشفيرها بمفتاح خاص أو عام تقوم به جهات متخصصة تسمى بسلطات التصديق (certification autorité) وهي التي تقوم بتقديم شهادات إلكترونية. والتي سنتطرق إليها بالتفصيل في الفرع الثالث.

ب. التوقيع البيومتري:

يعد من التطورات التقنية المبتكرة التي تستخدم في التعاقدات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، ولقد اعتمده المشرع الجزائري من خلال إصداره لبطاقة التعريف البيومتري وجواز السفر، حيث يقوم هذا التوقيع على أساس التحقق من شخصية المتعامل بالاعتماد على الصفات الجسمية مثل بصمة الاصبع، الكف، قزحية العين، نبرات الصوت والتعرف على الوجه البشري، ويتم تخزينها على ذاكرة جهاز الحاسب الآلي عن طريق التشفير ويعاد فكها للتأكد من صحة التوقيع².

ت. التوقيع بالقلم الإلكتروني :

يتمثل هذا التوقيع في نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي ثم تخزينه في الحاسوب وبعد ذلك يتم نقل هذه الصورة إلى الملف أو العقد الذي يراد إضافة التوقيع إليه لإعطائه الحجية اللازمة، أو يقوم الشخص المراد توثيق توقيعه بكتابة توقيعه الذي يحدده هو على شاشة الحاسب الآلي وبعد التأكد من توقيعه يقوم بالضغط على مفاتيح معينة بجهاز الحاسب من أجل حفظه وتخزينه بطريقة التشفير³.

الفرع الثالث

وخاص، وتشفير مزدوج : والذي هو عبارة عن خليط بين التشفير العام والخاص، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري تطرق إلى التشفير من خلال القانون 04/15 في المادة 02 فقرة 9 و8.

¹ حسان سعاد، المرجع السابق، ص 79.

² إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، ، بيروت، لبنان

2016، ص 129.

³ بان سيف الدين محمود المشهداني، عباس يوسف جابر، التعبير عن الإرادة في عقود الاستهلاك الإلكتروني، دار الوفاق للنشر والتوزيع، ط 1 ، عمان، الأردن، 2022 ، ص 220.

التصديق الإلكتروني كآلية لحماية التوقيع الإلكتروني للمستهلك

يتعرض المستهلك الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية لمخاطر قد يكون مصدرها المورد الذي يمثل الطرف الآخر معه في العلاقة التعاقدية بحيث يتسم سلوكه بالغش والتحايل على المستهلك الطرف الضعيف، كما يقع الخطر أيضا في حالة اختراق أو تداول البيانات المخزنة في الشبكة الإلكترونية وسرقتها وإعادة استخدامها على نحو يضرّ بالمستهلك، وعليه فالعلة لحماية المستهلك من خلال توقيعه الإلكتروني سببها اعتبارات الأمن والخصوصية على شبكة الانترنت، ولتفادي هذه الصعوبات ارتأت التشريعات الدولية والاقليمية والوطنية إيجاد وسيط وظيفته إضفاء الثقة والأمان على التوقيع الإلكتروني للمستهلك، يتمثل في سلطات التصديق الإلكتروني أو ما تسمى بمقدمي خدمات التصديق، تقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية لإثبات التصرفات التي تتم عبر الانترنت، وسنتناول في هذا الفرع ماهية التصديق الإلكتروني.

البند الأول: تحديد معنى التصديق الإلكتروني

تعتبر مرحلة التصديق الإلكتروني أهم مرحلة في إبرام العقد الإلكتروني، وذلك لما لهذه المرحلة من دور بارز ومهم في إثبات انعقاد العقد وتحقيق الثقة والأمان بين أطرافه، ونظرا للأهمية التي يحظى بها التصديق الإلكتروني سنبين مفهوم شهادة التصديق والسلطة المختصة بإصدارها.

1. مفهوم جهة التوثيق الإلكتروني

تلعب جهة التوثيق دورا هاما في حياة المعاملات الإلكترونية فهي تعدّ همزة وصل بين المرسل والمرسل اليه وتختص هذه الجهات بموضوع التشفير حيث تمد طرفي المعاملة بمفاتيح تشفير وفك التشفير للرسائل والتوقيعات الإلكترونية، ولقد تعددت التعاريف والتسميات للجهة المختصة بإصدار شهادات التصديق فالبعض يطلق عليها اسم مزود خدمات التصديق والبعض يسميها جهة التوثيق أو سلطات التصديق إلا أن كلها تؤدي نفس المهام وهي إصدار شهادة التصديق، ويعرف مقدم خدمة التوثيق بأنه جهة أو منظمة

عامة أو خاصة مستقلة ومحايمة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية بإصدار شهادات الكترونية¹.

أما على الصعيد التشريعي وبالتأمل في نصوص القانون 15-04 نجد أنه من أهم آليات التي تدخل المشرع بواسطتها من أجل حماية التوقيع الإلكتروني، عندما أوكل مسألة منح شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة إلى هيئات محايدة عن العقد هي إما الطرف الثالث الموثوق والذي عرفته المادة 2 في الفقرة 11 بأن "شخص معنوي يقوم بمنح شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي"²، كما يمكن أن يكون مانح شهادة التصديق الإلكتروني أيضا مؤدي خدمات التصديق والذي عرفته المادة 2 الفقرة 12 من القانون 15-04 بأنه "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

كما عرفها التوجيه الأوروبي لسنة 1999 السالف الذكر في المادة 11/2 بأنه: كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني أو يقدم خدمات مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني، وعرفها قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مقدم خدمات التصديق في المادة 2 في الفقرة ه بأنه شخص يصدر شهادات ويجوز أن يقدم خدمات ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية.

ونجد أغلب التشريعات بما فيها القانون المصري والتونسي والاردني لم تخرج عن نفس السياق العام في تعريف جهات التصديق كونها عبارة عن شخص معنوي أو طبيعي يؤدي خدمات محددة في إطار قانوني كما ركزت في تحديدها لجهات التصديق على بيان الوظيفة التي تقوم بها هذه الجهة وهي إصدار شهادة التصديق.

ويشترط في مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مجموعة من الشروط حددتها المادة 34 من القانون 15/04 بنصها: " يجب على كل طالب ترخيص لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني أن يستوفي الشروط الآتية :

¹ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 172.

² حسب نص المادة 13/2 المتدخلون في الفرع الحكومي هم المؤسسات والادارات العمومية والهيئات العمومية المحددة في التشريع المعمول به، والمؤسسات الوطنية المستقلة وسلطات الضبط والمتدخلون في المبادلات ما بين البنوك، وكذا كل شخص أو كيان ينتمي الى الفرع الحكومي بحكم طبيعته أو مهامه". القانون 15/04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني.

- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي.
- أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي.
- ألا يكون قد سبق الحكم عليه في جنائية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

والملاحظ أن المشرع بالرغم من أنه أورد مجموعة من القيود على مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني حتى يمارس مهمته، إلا أنه من جهة أخرى منح كل من الشخص الطبيعي والمعنوي حق ممارسة هذه السلطة، مع أنه في الواقع يصعب على الشخص الطبيعي القيام بهذا العمل كون خدمات التصديق الإلكتروني تحتاج إمكانيات مادية وتقنية مكلفة جدا¹.

وبالنسبة لشهادة التوثيق الإلكتروني الصادرة عن مقدم خدمات التصديق قد عرفت بأنها الشهادات التي تصدرها جهات التوثيق، المرخص لها من قبل الجهات المسؤولة في الدولة لتشهد بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب الى من أصدره ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل اثبات يعول عليه²، كما عرفت أيضا بأنها سجل الكتروني يبين مفتاحا عاما الى جانب اسم صاحب الشهادة ويؤكد بأن الموقع المرتقب والمحددة هويته في الشهادة هو حائز المفتاح الخاص³. فمن خلال هذه التعريفات يتضح أنّ هذه الشهادات صادرة عن جهات مرخص بها تضم مجموعة من البيانات التي تتعلق بأطراف العقد والغرض منها هو تأكيد صحة التوقيع الإلكتروني واكسابه الحجية القانونية شأنه شأن التوقيع الخطي التقليدي.

ولقد قسم المشرع الجزائري شهادات التصديق الإلكتروني الى نوعين شهادات بسيطة وشهادات موصوفة، فبالنسبة للشهادات البسيطة أو العادية نصت عليها المادة 7/02 من القانون 04/15 والتي تنص على أنها : وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقيق من التوقيع الإلكتروني والموقع. " من خلال نص المادة يتضح أنها عبارة عن وثيقة تصدرها الجهة المختصة بالتصديق الإلكتروني دون أن

¹ مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري تنظيم ومهام ومسؤوليات، د ط، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2013، ص 17.

² عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 106.

³ بان سيف الدين محمود المشهداني، عباس يوسف جابر، المرجع السابق، ص 234.

تحدد بيانات مسبقة والتي يمكن الاستعانة بها كدليل أمام القضاء في حالة حدوث نزاع، مع إثبات أن الشهادة تمت بطريقة موثقة، وتثبت صحة البيانات وهوية الشخص، أما الشهادة الموصوفة فهي شهادة تصدرها جهات مؤهلة لإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، تحتوي على بيانات محددة قانوناً، والتي من شأنها دعم عنصر الائتمان في التعاملات التجارية الإلكترونية، وبالرجوع إلى المادة 15 من قانون 04/15 حددت شروطها على النحو التالي :

- يجب أن تمنح من طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الموافق عليها.

- يجب أن تمنح للموقع دون سواه - يجب أن تتضمن على الخصوص إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي ينتمي إليه، اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته، إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني إدراج بيانات تتعلق بالتحقيق من التوقيع الإلكتروني وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، الإشارة إلى مدة بداية ونهاية صالحة لشهادة التصديق الإلكتروني، رمز شهادة التصديق الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو الطرف الثالث الموثوق لشهادة التصديق الإلكتروني، بيان حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء، حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء، الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي عند الاقتضاء.

والنسبة لشروط ممارسة نشاط مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني قام المشرع الجزائري بموجب المادة 33¹ من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بإدراج نشاط التصديق الإلكتروني في المجال الاقتصادي ضمن نظام الترخيص التي نصت عليه المادة 39 من القانون رقم 2000-03 المتعلق بتحديد القواعد العامة المرتبطة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية² التي تم انشاؤها بموجب

¹ تنص المادة على أنه "يخضع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني".

² قانون رقم 18-04 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية ج.ر. عدد 27 مؤرخة في 27 شعبان عام 1439 الموافق 13 مايو سنة 2018.

المادة 10 منه، وتمنح هذه السلطة الترخيص بعد موافقة السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني لأي شخص طبيعي أو معنوي يلتزم باحترام الشروط التي تحددها في مجال انشاء واستغلال خدمات التصديق الإلكتروني، حيث عرفت المادة 10/2 من القانون 04/15 الترخيص بأنه "نظام استغلال خدمات التصديق الإلكتروني والذي يتجسد في وثيقة رسمية ممنوحة لمؤدي خدمات بطريقة شخصية تسمح له بالبدء الفعلي في توفير خدماته .

وحددت المادة 35 من قانون 04/15 شروط على كل طالب ترخيص لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني أن يكون خاضعا للقانون الجزائري، والتمتع بقدرة مالية كافية، والتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الاعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي، وأن لا يكون قد سبق الحكم عليه بجناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

2. سلطات التصديق الإلكتروني وفقا للقانون 04/15:

من خلال القانون 04/15 الذي يحدد القواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين نجده تضمن في الفصل الثاني منه تحديد سلطات التصديق الإلكتروني كالاتي:

أ. السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني

نظمت أحكامها بموجب المواد 16 الى 25 حيث نصت المادة 16 على تعريفها بأنها سلطة إدارية مستقلة تنشأ لدى الوزير الأول تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي"، وحسب نص المادة 19 فإنها: " تتشكل من مجلس ومصالح تقنية وإدارية، ويتشكل مجلس السلطة من 5 أعضاء كفاء لا سيما في مجال العلوم التقنية المتعلقة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال، وفي مجال قانون تكنولوجيات الاعلام والاتصال وفي اقتصاد تكنولوجيات الاعلام والاتصال"، وتكلف السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني بمقتضى نص المادة 18: "بترقية استعمال التوقيع والتصديق الإلكترونيين وتطويرهما وضمان موثوقية استعمالهما¹.

ب. السلطة الحكومية لتصديق الإلكتروني

نظمت أحكامها المواد 26 الى 28 فهي تنشأ لدى الوزير المكلف بالربيد وتكنولوجيا الاعلام والاتصال وتتمتع بالاستقلال المالي والشخصية المعنوية وحسب نص المادة 28 نجده كلفها "بمتابعة ومراقبة نشا

¹ المواد 16، 18، 19 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين .

ط التصديق الإلكتروني للأطراف الثالثة الموثوقة، وكذلك توفير خدمات التصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي¹.

ت. السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني

بناء على المادتين 29 و30 من نفس القانون تعين هذه السلطة من طرف السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وتكلف هذه السلطة عموما بمتابعة ومراقبة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع والتصديق لصالح الجمهور².

البند الثاني: التزامات، ومسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

نظرا للدور المهم الذي يؤديه مقدم خدمات التصديق الإلكتروني وخطورة النتائج التي تترتب على هذه الخدمات عمدت معظم التشريعات الى تحديد الالتزامات المفروضة عليه سواء كانت هذه الالتزامات في مواجهة صاحب الشهادة الذي تربطه علاقة عقدية أو في مواجهة الغير، ومن خلال هذا الفرع سنتطرق الى الالتزامات القانونية المفروضة على عاتق مزود خدمات التصديق في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة أولا ومن ثم التطرق الى المسؤولية المدنية لمزود خدمات التصديق الإلكتروني ثانيا.

1. التزامات مقدم خدمات التصديق الإلكتروني

بعد توافر الشروط في مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ومنحه الترخيص لذلك، فإنه يقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات أي إخلال بها يعرضه للمسؤولية حددها كل من المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة تتمثل في :

أ. في التشريع الجزائري

حدد المشرع الجزائري مجموعة من الواجبات التي يقوم بها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني تتمثل في:

- الالتزام بالتحقق من صحة البيانات :

يعتبر هذا الالتزام من أكثر الالتزامات دقة ومسؤولية نظرا لخطورته وما ينتج عنه من آثار سلبية، فقد يلتزم مؤدي الخدمات بالتعويض في حالة تضمين بيانات غير صحيحة، وعليه يلتزم مقدم خدمات

¹ المواد 26 و28 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

² المواد 29، 30 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

التصديق الإلكتروني بالتحقق من صحة البيانات المقدمة من الأشخاص المصدر لهم شهادات التصديق الإلكتروني وصفاتهم المميزة التي تم تضمينها في الشهادة وهذا ما نصت عليه المادة 44 من القانون 04/15" يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني قبل منح شهادة التصديق الإلكتروني أن يتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع. ويمنح مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة أو أكثر لكل شخص يقدم طلبا وذلك بعد التحقق من هويته وعند الاقتضاء التحقق من صفاته الخاصة".

ويتم التحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع من خلال توافق مفتاح التشفير العام مع مفتاح التشفير الخاص حتى يتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني، كما ألزم التحقق من هوية الموقع سواء كان شخصا طبيعيا أو ممثلا قانونيا للشخص المعنوي وأوجب عرض نتيجة التحقق وهوية الموقع بطريقة واضحة وصريحة¹.

- بالالتزام بإصدار شهادة التصديق :

تعد شهادة التصديق الإلكتروني من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق مؤدي خدمات التصديق، ويطلق عليها بطاقة اثبات الهوية الإلكترونية، تصدر هذه الشهادة أثناء عملية التوقيع الإلكتروني ويكمن الهدف الرئيسي من هذه الشهادة هو تأكيد نسبة التوقيع الإلكتروني الى شخص معين هويته بشكل دقيق، ويعتبر هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وهو صدور شهادة التصديق مستوفية كل البيانات الأساسية وفي حالة ما كانت الشهادة تخل بأحد الشروط التي وجب توافرها فيها فعلى مقدم الخدمات إلغائها أو تعليق العمل بها².

- الالتزام بالمحافظة على السرية :

من أخطر الالتزامات الملقاة على عاتق مقدم الخدمات هو عدم افشاء سرية البيانات المسلمة اليه بحيث لا يحصل على المعلومات الشخصية إلا الشخص نفسه أو برضائه الصريح، وقد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات المنظمة لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، فقد

¹ خشبية حنان، الحماية المدنية للمستهلك في المجال الإلكتروني، اطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، المركز الجامعي مغنية، السنة 2022/2021، ص 195.

² فتحة حزام، المرجع السابق، ص 147 .

نص بموجب المادة 42 من نفس القانون على أنه: " يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة".

و تنتهي مسؤولية مقدم خدمات التصديق الإلكتروني في حال ما إذا رخص صاحب الشهادة كتابيا أو الكترونيا بنشرها أو في حال صدور حكم قضائي يجيز نشر تلك البيانات أو الاعلام عنها .

- الالتزام المتعلق بتأمين وحماية المعلومات:

ألزم المشرع الجزائري على مقدم خدمات التصديق من خلال المادة 60 من القانون 04/15 أن يكتتب عقود التأمين المنصوص عليها في سياسة التصديق الإلكتروني للسلطة الاقتصادية، وعليه يلتزم مقدم خدمات التصديق بوضع متطلبات فنية وتقنية مؤمنة تتفق مع حماية التوقيع الإلكتروني وذلك من خلال توفير أجهزة مادية وعاملين مختصين وفق منظومة متكاملة¹.

ب. في التشريعات المقارنة

نصت المادة 8 من التوجيه الاوروبي لسنة 1999 السالف الذكر على بعض الالتزامات بنصها" يجب على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني أن يتلقى المعلومات ذات الطابع الشخصي بشكل مباشر من الشخص المعني نفسه أو بناء موافقة صريحة منه بشرط أن تكون هذه المعلومات ضرورية لاستخراج شهادة التصديق الإلكتروني وحفظها، كما نصت المادة 9 من القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية السالف الذكر لسنة 2001 على مجموعة من الالتزامات من بينها أو يولي قدرا معقولا من العناية في إصدار الشهادة ويراعي هوية الموقع، وعلى صعيد التشريعات العربية نص المشرع التونسي على التزامات مؤدي خدمات التصديق في الفصل 12 و13 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لسنة 2000 بحيث منح مؤدي خدمات التصديق إصدار وتسليم الشهادات وفق شروط يحددها القانون ونص في الفصل 13 على أنه:" يتعين على مزود خدمات المصادقة الإلكترونية استعمال وسائل موثوق بها لإصدار وتسليم وحفظ الشهادات واتخاذ الوسائل اللازمة لحمايتها من التقليد والتدليس وفقا لكراس الشروط المنصوص عليه بالفصل 12 من هذا القانون"، كما يلتزم مؤدي خدمات التصديق مسك سجل إلكتروني لشهادة المصادقة على ذمة المستعملين حتى يتمكن الغير ولمن له مصلحة من إطلاع على هذه المعلومات، وكما يتعين على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني حماية السجل والشهادة المصادق عليها

¹ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 179.

من كل غير مرخص به، إضافة الى ذلك: يتعين على مزودي خدمات المصادقة الإلكترونية وأعاونهم المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاطي أنشطتهم باستثناء تلك التي رخص صاحب الشهادة كتابيا أو الكترونيا في نشرها أو الإعلام بها أو في الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل¹.

2. مسؤولية مقدم خدمات التصديق الإلكتروني

المسؤولية عموما تمثل جزءا على مخالفة الشخص أحد الواجبات الملقاة على عاتقه، ومقدم خدمات التصديق مسؤول عن صحة البيانات والمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الصادرة، وعليه ماهي المسؤولية المترتبة عن الاخلال بالتزاماته هل هي عقدية أم تقصيرية؟

أ. المسؤولية وفقا للقواعد العامة لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني

- المسؤولية العقدية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني

إن المسؤولية العقدية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني لا تقوم إلا بوجود عقد صحيح يربطه مع صاحب الشهادة، حيث تضمن هذه الجهة بموجب العقد صحة المعلومات التي تضمنتها شهادة التصديق الإلكتروني، وفي حال ثبوت تقصير أي طرف من أطراف التعاقد ونتج عنه ضرر فإن المسؤولية العقدية تطبق بتوافر أركانها والمتمثلة في ركن الخطأ العقدي والذي يكون عند إخلال المدين بتنفيذ التزاماته كحالة تقديم جهات التصديق شهادة غير صحيحة².

وحسب نص المادة 172 من القانون المدني الجزائري فإن الاخلال بالالتزام العقدي إما أن يكون التزام بتحقيق نتيجة مثلا كالتزام مؤدي خدمات التصديق بالسرية وعدم إفشاء الاسرار الخاصة بصاحب الشهادة أو يكون التزاما ببذل عناية في التحقق من صحة المعلومات، وحتى تقوم مسؤولية مقدم خدمات التصديق لا يكفي أن يكون هناك خطأ عقدي فقط، وإنما يجب وجود ضرر لحق صاحب الشهادة جراء هذا الخطأ وبالتالي يلتزم بالتعويض للمضرور بقدر حجم الضرر وفقا لأحكام المسؤولية العقدية باعتبار أن الضرر مباشر ومتوقع، باستثناء إذا ما أثبت مقدم خدمات التصديق أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه

¹ الفصل 14 و15 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

² فتحة حزام، المرجع السابق، ص 151 .

كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور استنادا لنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري .

- المسؤولية التقصيرية لمقدم خدمات التصديق الإلكتروني

نقصد بالمسؤولية التقصيرية لمقدم خدمات التصديق هي التزامه بتعويض الغير عن الضرر الذي لحقه ونقصد بالغير هنا هو كل شخص لا تربطه أية علاقة عقدية مع جهة التصديق، ويشترط لقيام المسؤولية التقصيرية وفقا لنص المادة 124 من القانون المدني قيام عناصر ثلاث متمثلة في الخطأ التقصيري والضرر والعلاقة السببية بينهما، فبالنسبة لركن الخطأ يتمثل في الانحراف عن السلوك الواجب مع ادراك هذا الانحراف بأنه يضرّ بالغير فالخطأ الناتج عن اهمال وتقصير مقدم خدمات التصديق، من شأنه الاخلال بالالتزام العام القانوني المتمثل في احترام حقوق الاخرين وعدم الاضرار بهم ومثال ذلك اصدار مقدم خدمات التصديق شهادات دون الحصول على ترخيص من الجهة المختصة، والخطأ هنا ناتج عن الاخلال ببديل مقدم الخدمات العناية اللازمة من الحيطة والتبصر وهو ما يجب على الغير اثباته واقامة الدليل بأن مقدم خدمات التصديق لم يبذل العناية اللازمة من الحيطة والتبصر، أما بالنسبة لركن الضرر فلا بدّ من تحققه حتى تقوم المسؤولية التقصيرية ومثاله الخسائر المالية التي تلحق الغير نتيجة شهادة صادرة عن جهات التصديق تتضمن بيانات خاطئة، بالإضافة الى ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وإذا انتفت هذه العلاقة لا تقوم المسؤولية التقصيرية¹.

و انطلاقا مما سبق ذكره نستنتج بأن القواعد العامة في المسؤولية العقدية والتقصيرية لا تحقق القدر اللازم من الحماية للأطراف في نطاق العاملة الإلكترونية مما استوجب الامر وضع قواعد خاصة بمسؤولية جهات التصديق تضمن للمتعاملين حقوقهم كما سنبينه لاحقا .

3. مسؤولية مقدم خدمات التصديق الإلكتروني وفقا لقانون 04/15

نظرا لأهمية عمل مقدم خدمات التصديق الإلكتروني نظم المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات مسؤولية مقدم خدمات التصديق من خلال المواد 53 و54 والتي جعلت مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي كان أو معنوي اعتمد على هذه الشهادة وذلك من خلال :

¹ عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 126

1. التأكد من صحة المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة.
 2. التأكد عند منح شهادة التصديق الإلكتروني أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، في التاريخ الذي منحت فيه ووجود جميع البيانات الواجب توفرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة.
 3. التأكد من امكانية استعمال بيانات انشاء التوقيع والتحقق منه بصفة متكاملة، إلا في حالة ما قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال¹.
- وتنص المادة 54 من نفس القانون على أنه: " يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني هذه والذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمد على تلك الشهادة، إلا إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال.
- وعليه تقوم مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بمجرد مخالفته أحد البنود الواردة في المادة 53 وهي قرينة مفترضة على مؤدي خدمات التصديق الذي أصدر شهادة التصديق، في حالة ارتكابه إهمالاً يلحق ضرراً بكل شخص اعتمد على الشهادة بصفة معقولة، ومع ذلك يمكن إثبات عكس ما دلت عليه هذه القرينة، كما قد أجازت المادة لمؤدي خدمات التصديق استبعاد مسؤوليته أو تقييدها باشتراط ذلك في الشهادة التي تصدرها، وحددت أيضاً اعفائه من المسؤولية وذلك إذا أثبت عدم اقترافه أي إهمال أو خطأ أو إثبات أن ضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.
- ومن خلال مقارنة بالتوجيه الأوروبي رقم 1999/93 السالف الذكر نلاحظ أنه حدّد من خلال المادة السادسة منه نفس المسؤولية التي حددها المشرع الجزائري واعتبر مقدم خدمات التصديق مسؤولاً في مواجهة كل شخص أولى ثقته في التوقيع الإلكتروني أو الشهادات المعتمدة منه وخاصة فيما يتعلق بصحة البيانات الواردة في الشهادة وذلك من تاريخ تسلمها، وارتباط التوقيع الإلكتروني بشخص موقعه وذلك في الحالات التي يستخدم فيها مفتاحاً مزدوجاً للتوقيع، إغفال تسجيل ونشر القرار بوقف أو إلغاء الشهادة .

¹ المادة 53 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

إلا أنه ما تجدر الإشارة إليه من خلال هذه المادة في الفقرة الأخيرة منها لم يشر التوجيه الأوروبي إلى مسؤولية الجهة التي شهادات التصديق الإلكتروني في حالة الغاء الشهادة، على عكس المشرع الجزائري الذي ألقى على عاتق مؤدي خدمات التصديق المسؤولية عن الضرر الناتج عن الغاء شهادة التصديق الإلكتروني .

ونفس الشيء ما نص عليه المشرع التونسي في الفصل 22 من القانون رقم 23 لسنة 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية والتي نصت على أنه " يكون مزود خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولاً عن كل ضرر حصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها في الفصل 18 من هذا القانون.

المطلب الثاني

حماية البيانات الشخصية للمستهلك

تثير عملية إبرام العقود عبر الانترنت عدة تحديات بشأن توفير الحماية القانونية للمستهلك خاصة ما تعلق منها بحمايته من الاطلاع على بياناته الشخصية التي يقدمها في مرحلة إبرامه للعقد الإلكتروني، إذ عادة ما يقوم المستهلك ملء استمارات الكترونية تتضمن معلومات شخصية كاسمه ومقر إقامته وأرقام بطاقة الائتمان الخاصة به، وغير ذلك من البيانات التي لا يرغب بالكشف عنها لولا ضرورة المعاملة الإلكترونية، يرسلها الى المهني في إطار التأكيد على عملية البيع¹، وقد يسئ المهني استخدام هذه البيانات في غير الأغراض المخصصة لها كأن يرسلها الى متعاملين آخرين دون إذن صاحبها مما يعرض حياته للخطر، ونتيجة لهذه المخاطر التي يتعرض لها المستهلك أقرت التشريعات المقارنة وضع آليات لحماية حرمة وسرية حياته الخاصة وحظر أي اعتداء يقع عليها، وهذا ما سأحاول التطرق إليه بالتفصيل في هذا المطلب .

الفرع الأول

مفهوم الحق في الخصوصية وصور التعدي عليه

إن التقدم الكبير في مجال الاتصالات والمعلومات أدى في أحيان كثيرة الى الاعتداء على البيانات الشخصية للمتعاقدين إذ تعددت طرق وأساليب الاعتداء على حياة المستهلك وذلك من خلال استعمال

¹ علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2017، ص 298 .

بيانات شخصية غير حقيقية أو التعامل في البيانات بدون ترخيص، أو انشاء بيانات بصورة غير شرعية ومن ثم إساءة استعمالها، ونتيجة لهذه الاعتداءات التي يتعرض لها المستهلك ظهر مفهوم الحق في الخصوصية المعلوماتية وهو موضوع دراستنا والمتمثلة في القواعد التي تحكم جمع وإدارة البيانات كمعلومات بطاقات الهوية والمعلومات المالية والسجلات الحكومية¹، وهي المحل الذي يتصل عادة بمفهوم حماية البيانات الشخصية.

البند الأول: تعريف الحق في الخصوصية

حظي مبدأ الحق في الخصوصية باهتمام كبير من طرف الفقه والتشريعات المقارنة، إذ نصت على حماية هذا الحق في دساتيرها وقوانينها، فبالنسبة للتعريف الفقهي عرفه الفقيه الفرنسي كاربونييه الحق في الحياة الخاصة بأنها "المجال السري الذي يملك بشأنه سلطة استبعاد أي تدخل الغير وهي حق الشخص في أن يترك هادئاً أي يستمتع بالهدوء، أو أنها الحق في احترام الذاتية الشخصية"². كما عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه : " حق الشخص في أن يعيش حياته كما يريد مع أقل حد ممكن من التدخل"³. وفي تعريف آخر لها " هي تلك البيانات التي تتعلق بحرمة الحياة الخاصة للإنسان، ومنها ما يسمح برسم صورة لاتجاهاته وميولاته الشخصية ومنها تلك المتعلقة باتجاهاته السياسية ومعتقداته الدينية وتعاملاته المالية والبنكية وجنسيته وهواياته"⁴.

ويمكن القول أن البيانات الاسمية أو الشخصية التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية هي البيانات المتعلقة بالأشخاص أطراف التعاقد ومنهم "المستهلك"، وذلك عندما يتعلق الأمر بطلب السلع أو الخدمات، وهذه البيانات يمكن أن تتعلق برغبات المستهلك وميوله وعليه فهي محل اعتبار وحماية في التشريعات المقارنة فعلى الصعيد الدولي تناول هذا الحق الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 217 المؤرخ في 10/12/1948 في م 12 منه بنصها : " لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو الحملات على شرفه أو سمعته،

¹ خلوي عنان نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الانترنت دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم حقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018/07/2، ص 136 .

² صافي حمزة، حقوق المستهلك المتعاقد عبر شبكة الأنترنت، مجلة الحقوق والحريات، عدد 4، افريل 2017، ص 393 .

³ خلوي عنان نصيرة، المرجع نفسه، ص 137 .

⁴ عبد الفتاح بيومي الحجازي، الحماية الجنائية لنظام التجارة الالكترونية، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، سنة 2007، ص 64.

ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات " وأكدت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الموقعة بين الدول المنظمة للمجلس الأوروبي في روما 1999/11/04 على ضرورة احترام الحقوق التي تضمنها الاعلان العالمي لحقوق الإنسان واهتمت بالحفاظ على الحقوق العامة والشخصية، وتحريم المساس بحرمة الحياة الخاصة¹ .

أما بالنسبة لتعريف البيانات الشخصية والذي يعتبر كمفهوم حديث للحق في الخصوصية المعلوماتية، نجد أن التوجيه الأوروبي رقم 2016/679² في المادة 4 منه نص على تعريف البيانات الشخصية بأنها: " البيانات التي تتعلق بشخص طبيعي محدد أو قابل للتحديد معروف أو قابل للتعريف بشكل مباشر أو غير مباشر على وجه الخصوص بالرجوع الى المعرف مثل الاسم أو رقم التعريف أو بيانات الموقع عبر الانترنت أو مميزات الشخصية والعقلية والاقتصادية والثقافية أو الاجتماعية "، وأيضاً التوجيه الأوروبي لسنة 2002/58³ الخاص بحماية المعطيات الخاصة في نطاق الاتصالات الإلكترونية يهدف الى المحافظة على البيانات الشخصية وعدم معالجتها دون موافقة صاحبها، وضمان خصوصية الاتصالات. والجزائر على غرار دول كثيرة كدول الاتحاد الأوروبي ودول الجوار أعطت أولوية قانونية لحماية الحياة الخاصة للأفراد حيث نصت على الحق في الخصوصية في م 39 من الدستور: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ". ونصت م 47: " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه لكل شخص الحق في حماية مراسلاته واتصالاته الخاصة في أي شكل كانت"⁴

¹ جامع مليكة، حماية المستهلك المعلوماتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي اليابس،

سيدي بلعباس، السنة 2017/2018، ص 112.

² Règlement (ue) 2016/679 du parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/ce (règlement général sur la protection des données) , journal officiel de l'union européenne 4.05.2016

³ **directive 2002/58/ce du parlement européen et du conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques)**

journal officiel n° l 201 du 31/07/2002 p. 0037 - 0047

⁴ دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر عدد

76، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 18/07/2008 ج ر عدد 63 الصادر في 16 نوفمبر

2008 والمعدل بالقانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج ر رقم 14، والمعدل بالقانون 2020 ج ر عدد 82

المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 .

ونص في م 03 من ق 07/18 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية¹ على تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي بانها : " كل معلومة بغض النظر عن دعامتها متعلقة بشخص معرف أو قابل للتعريف .. بصفة مباشرة أو غير مباشرة لاسيما بالرجوع الى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية".

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة " الشخص المعني " كل شخص طبيعي تكون المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به موضوع معالجة.

ونلاحظ من خلال هذا النص أنّ المشرع قصر الحماية على البيانات المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين فقط، كما نص على بعض الأمثلة للمعطيات الشخصية التي تبين هوية الشخص بنصه "لا سيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة البدنية أو الفيزيولوجية، فهذه الأمثلة جاءت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وهذا يعني أنه تشمل أية بيانات يمكن اعتبارها بيانات شخصية طالما تتعلق بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعرف عليه.

ومن خلال هذه التعاريف نلاحظ أن التوجيه الأوروبي كان المرجع لكثير من التشريعات الدولية المقارنة وهذا راجع للانسجام العام بين التوجيه ومعظم التشريعات المقارنة التي تبنت أفكاره .

وعلى صعيد التشريعات العربية عرفها القانون المصري رقم 151 لسنة 2020 المتعلق بحماية البيانات الشخصية² في نص المادة 1 البيانات الشخصية : " أي بيانات متعلقة بشخص طبيعي محدد، أو يمكن تحديده بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الربط بين هذه البيانات أو أي بيانات أخرى كالاسم، أو الصوت أو الصورة، الرقم التعريفي، أو محدد للهوية عبر الانترنت أو أي بيانات تحدد الهوية النفسية، أو الصحية أو الاقتصادية، أو الثقافية، أو الاجتماعية.

وبالنسبة لدور المورد الإلكتروني في مجال حماية البيانات الشخصية فهو الشخص المؤمن من قبله البيع الإلكتروني للسلع أو الخدمات كما يؤدي وظيفة محرر الموقع، وبمناسبة هذا النشاط الاقتصادي ففي الواقع فإن المورد الإلكتروني من خلال موقعه لديه نشاط نشر خدمة اتصال عامة عبر الانترنت، وبالتالي فإنه يخضع للالتزامات المختلفة لمحرر الموقع، فعن طريق الموقع يطلب من المستهلكين

¹ القانون رقم 18-07 مؤرخ في 10 يونيو 2018 يتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر عدد 34 .

² قانون رقم 151 لسنة 2020 المتعلق بحماية البيانات الشخصية المصري، ج ر عدد 28 الصادر في 15 يوليو 2020

الراغبين في الاستفادة من سلعة أو خدمة ما إدخال البيانات المتعلقة بهم ويتم معالجتها عن طريق تسجيلها أو تخزينها وعليه فالمورد الإلكتروني بصفته مراقب البيانات فإنه يخضع للالتزامات المنصوص عليها في الباب الثاني من الفصل الأول من قانون رقم 07/18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في معالجة البيانات الشخصية السالف الذكر.

كما أنه مطالب بمراعاة توصيات السلطة الوطنية لحماية البيانات الشخصية وهي سلطة إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري، والكائن مقرها بمدينة الجزائر وهي مسؤولة عن ضمان تنفيذ معالجة البيانات الشخصية بأنها تتم وفقا للقانون وتضمن أيضا أن استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لا ينطوي على أي تهديدات فيما يتعلق بحقوق الإنسان والحريات العامة والخصوصية، ومن الصعب التعليق على هذه السلطة الوطنية في حماية البيانات الشخصية نظرا لكونها حديثة الظهور ففي فرنسا يرى الفقه أن اللجنة الوطنية لمعالجة البيانات والحريات هي ما يعادل سلطة البيانات الشخصية في القانون الجزائري، وتثبت بأنها ضامن فعال لاحترام حماية البيانات الشخصية للأشخاص المعنيين بالحماية في قطاع التجارة الإلكترونية¹.

البند الثاني : صور الاعتداء على البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني

قد يتعرض المستهلك الإلكتروني للاعتداء على خصوصيته بسبل عديدة أتاحتها التطور التكنولوجي من جهة وأتاحتها الثغرات القانونية نظرا لحدائتها بهذا النوع من الاعتداءات من جهة أخرى، وسنحاول التركيز على أهم صور الاعتداء:

أ. جمع البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني بدون موافقته : يتحقق هذا النوع من الاعتداء على البيانات الشخصية للمستهلك عند قيامه بعملية الشراء لسلعة أو خدمة عبر الانترنت، حيث يتم ارسال بياناته الشخصية كبياناته المصرفية أو الأرقام السرية لبطاقة الائتمان الى المورد عن طريق البريد الإلكتروني، ويكون الاعتداء في هذه الحالة من خلال طبع الرسائل أو حذف أو تعديل محتواها دون موافقة المستهلك²، أو يكون الاعتداء عن طريق اختراق المواقع والأجهزة الشخصية أو التصنت على المكالمات وغيرها من الأساليب التي تمكن الجاني من جمع البيانات الشخصية بشكل غير مشروع وبدون موافقة صاحبها .

¹ - Mohammed harrat, la protection du e-consommateur dans le contrat électronique (étude comparative), *revue de droit et société*, vol : 08 no : 01, année : 2020,p 610

² صافي حمزة، المرجع السابق، ص 394 .

ب. الاطلاع غير المشروع على البيانات الشخصية : ويكون ذلك من طرف شخص غير مرخص له بالدخول الى المعطيات المخزنة داخل نظام الحاسوب وبدون رضى المسؤول عن هذا النظام، حيث يتم الاطلاع على البيانات الشخصية للمستهلك من خلال استخدام وسائل فنية وتقنية كإدخال برنامج "الفيروس"، أو باستعمال كلمة السر الحقيقية .

ت. افشاء البيانات الشخصية للمستهلك بصورة غير قانونية : يتمثل هذا الاعتداء في الافشاء الغير المشروع للبيانات الشخصية للمستهلك المتعلقة بحياته الخاصة أو بيناته المصرفية من قبل الاشخاص القائمين على حفظها والمؤمنين على هذه المعلومات بأي صفة كانت سواء تحصلوا عليها بطريقة شرعية أو غير شرعية¹.

ث. الاعتداء على البريد الإلكتروني للمستهلك: يلجأ بعض الاشخاص الى ارسال آلاف رسائل البريد الإلكتروني الى المستهلك بقصد اتلاف صندوق البريد الخاص به، لأنه قد يتسبب ذلك في تعطل الشبكة، مما يمنع المستهلك من تلقي رسائل البريد الإلكتروني خاصة إذا كانت الرسائل مليئة بالفيروسات أو بحجم معين، عندما نعلم أنّ مزود خدمات الانترنت عادة ما يمنح مستخدمى الانترنت مساحة محدودة ب10 جيجا بايت على الاكثر، هذا ولم تعد رسائل البريد الإلكتروني العشوائية مجرد وسيلة لإرسال رسائل اباحية أو عروض مالية احتمالية، بل على العكس من ذلك فقد أصبحت عمليات متطورة للغاية تميل الى سرقة الهوية الإلكترونية واختراق البيانات الشخصية للمستخدمين واستعمالها في عمليات الاحتيال، الامر الذي قاد المفوضية الأوروبية في بداية 2005 الى تشجيع حكومات الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي على تشديد العقوبات عند ارسال هذا النوع من البريد².

البند الثالث: شروط الوفاء بالتزام المورد الإلكتروني بحماية المعطيات الشخصية للمستهلك

يتعين على المورد الإلكتروني التقيد بضوابط معالجة البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني التي تشكل احدى الضمانات القانونية التي تحمي حق المستهلك في خصوصيته ومن بين هاته الشروط ما يلي:

أ. إعلان المورد الإلكتروني عن البنود الخاصة بحماية المعطيات الشخصية: نصت المادة 11 من قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على وجوب أن يحتوي العرض التجاري الإلكتروني الشروط العامة للبيع لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، وعليه يتعين على المورد أن يقدم

¹ جامع مليكة، المرجع السابق، ص 114 .

, Mohammed HARRAT, *Op cite*, p 611²

معلومات كافية للمستهلك حول أسلوب نقل المعطيات وكيفية استخدامها وآليات حمايتها، كما يلتزم بعدم كشفها للغير بدون موافقة المستهلك¹. وبالتالي فإن هذا الالتزام يحقق فكرة الاعلام المسبق بمسألة مهمة من مسائل العقد.

ب. التقيد بضوابط معالجة المعطيات الشخصية للمستهلك الإلكتروني:

نصت على هذا الالتزام نص المادة 26 من قانون 05/18 والتي جاء فيها: "ينبغي للمورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ويشكل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين، ألا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية كما يجب عليه :

- الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات .
- ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات .
- الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال..."

نلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع وضع عدة قيود من أجل ضمان حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي للمستهلك وألزم المورد بجمع البيانات اللازمة لصحة التعاقد لكن ضمن حدود معينة وهي ضرورة الحصول على موافقة المستهلك قبل جمع بياناته، بالإضافة الى ضرورة ضمان أمن وسرية هذه البيانات.

الفرع الثاني

آليات حماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني

نظرا للمخاطر والاعتداءات التي يتعرض لها المستهلك على بياناته الشخصية في البيئة الافتراضية من خرق لخصوصيته وبدون إذنه، يتطلب منا البحث عن الآليات الحمائية للتغلب على هذه الصعوبات والمحافظة على البيانات الشخصية للمستهلك واحاطتها بالسرية وهذا بغية تعزيز ثقة المستهلك المتعامل عبر شبكة الانترنت، فمن المهم الإشارة الى هذه الوسائل الكفيلة بتحقيق الحماية له سواء كانت هذه الوسائل فنية أم تشريعية، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

البند الأول: الوسائل الفنية والتنظيمية لحماية البيانات الشخصية للمستهلك

¹ سهام قارون، التزام المورد الإلكتروني بحماية المعطيات الشخصية للمستهلك في القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلد 07، عدد 02، السنة 2020، ص 1019 .

1. الوسائل الفنية:

تتمثل وسائل الحماية الفنية للبيانات الشخصية في :

أ. الكتابة المشفرة :

تتمثل هذه الطريقة بجعل الكتابة تظهر بصورة مغايرة لحقيقتها بحيث لا يمكن قراءتها إلا باستخدام مفتاح خاص، أو باستعمال كلمة السر، أي عن طريق التشفير ولهذا النوع من الكتابة وظائف عديدة تتمثل في عدم قدرة الغير الذي تمر المعلومات عبر قنواته من الاطلاع على مضمون هذه المعلومات، التأكد من أن المعلومات التي وصلت الى المرسل اليه، بأنها هي نفسها التي ارسلت بدون تحريف أو حذف، كما تلعب هذه الاخيرة دورا غير مباشر في تحديد الاشخاص المتعاقدين، إذ أن مفاتيح الارقام الكودية لا يعلمها إلا أصحاب العلاقة التعاقدية¹. كما تعتبر من التقنيات المهمة لحماية البيانات من القرصنة وتمنع الآخرين من عدم الاطلاع على البيانات الشخصية للمستهلك عند قيامه بشراء سلعة أو خدمة عن طريق الانترنت.

ب. تدخل طرف ثالث :

يتولى هذا الوسيط التأكد من شخصية كل من طرفي العقد، وتأمين سرية المعلومات والبيانات المتبادلة والتأكد من صحتها، كما يقوم هذا الشكل من الوساطة منح علامة الجودة لبعض المواقع التي تتميز بالشفافية والنزاهة، إذ تظهر هذه العلامة بصفة دائمة على صفحات الموقع فتحقق نوعا من الامان والثقة للمستهلك².

ث. تقنية كشف مضادات الفيروسات :

تكشف هذه التقنية عن وجود ثغرات كثيرة إذ تستخدم لمنع واكتشاف ازالة البرمجيات والفيروسات الخبيثة، ومخترقي الحاسوب الذين يقومون بحذف الملفات والوصول الى البيانات الشخصية.

2. الوسائل التنظيمية:

تتمثل هذه الوسائل في المبادئ العامة التي تحكم مجال التجارة الإلكترونية وهذا بغية تحقيق حماية فعالة لخصوصية المستهلك الإلكتروني، وتتمثل هذه المبادئ في :

¹ علاء عمر محمد الجاف، المرجع السابق، ص 300 .

² علاء عمر محمد الجاف، المرجع السابق، ص 301.

- مبدأ المشروعية في جمع البيانات الشخصية: ويعني هذا أن يكون الهدف من جمع البيانات الشخصية عن المستهلك لغرض مشروع ويعلم به صاحب البيانات مسبقا وتقديم الاسباب الكافية عن جمع البيانات المتعلقة بالزبون.
- مبدأ الحماية : ويقضي هذا المبدأ بالفرض على الشركات والمؤسسات على توفير الضوابط الفنية والإدارية لحماية البيانات الشخصية للمستهلك¹.
- مبدأ التوعية : وهذا من خلال توعية الزبون من طرف مستخدمي البيانات الشخصية عن كيفية الحفاظ على بياناته ووتقديم الارشادات والتوجيهات التي تحول دون تعرض خصوصيته للاختراق.

البند الثاني: الوسائل القانونية لحماية البيانات الشخصية

اهتمت العديد من دول العالم بوضع العديد من الضمانات القانونية التي تحمي البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني من الاعتداءات، بحيث تتفق معظم التشريعات الأوروبية على ضرورة احترام الحق في الخصوصية، فعلى سبيل المثال نص القانون الفرنسي رقم 78/17 الصادر في 06 جانفي 1978 المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والملفات والحريات، على حماية الخصوصية ومعالجة البيانات² . وكذلك في القانون رقم 646 في 10/07/1991 والخاص بحماية سرية الاتصالات والذي يتميز بنطاق تطبيقه، كما نجد أن مجلس الدولة الفرنسي أقر أن ذات القانون يختص بحماية الرسائل الإلكترونية، كما عاقب على جرائم الاعتداء على البيانات الشخصية في المواد 16/226 الى 24/226 من قانون العقوبات³، يعاقب 5 سنوات حبس وبغرامة 300000 أورو كل من يجري أو بأمر بإجراء معالجة الكترونية للبيانات الشخصية، دون اتخاذ الاحتياطات الملائمة لحماية هذه البيانات ."

وبالنسبة للتشريعات العربية نجد المشرع التونسي نص في القانون رقم 63 لسنة 2004 وقانون رقم 83 لسنة 2008 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية السالف الذكر، في الباب السادس منه على حماية المعطيات الشخصية حيث نص في الفصل 38 منه على أنه: " لا يمكن للمزود خدمات المصادقة

¹ خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان، سنة 2016/2017، ص 147.

² خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص 158 .

³ art 226-16 : le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en oeuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. code penale , modifié par ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018

الإلكترونية معالجة المعطيات الشخصية إلا بعد موافقة المعني، ويمكن اعتماد الاعلام الإلكتروني بالموافقة إذا ضمن المزود: . إعلام صاحب الشهادة بحقه في سحب الموافقة في كل وقت، إمكانية تحديد هوية الاطراف المستعملة للمعطيات الشخصية، الاحتفاظ بحجة الموافقة التي لا يمكن تغييرها " . ونص في الفصل 94 من قانون حماية المعطيات الشخصية التونسي على العقاب بالحبس مدة 3 اشهر وخطية قدرها ألف دينار كل من خالف أحكام الفصل 18، والذي يتضمن توفير الوسائل الفنية اللازمة لحماية المعطيات الشخصية من أشكال الاعتداء عليها.

وفي المغرب سار المشرع المغربي التوجه التشريعي للعديد من الدول التي تهدف الى تحقيق حماية فعالة للبيانات الشخصية، حيث أصدر قانون 08-09 المتعلق بحماية الاشخاص الذاتيين اتجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي، وتظهر أهمية هذا القانون في أنه ساهم في تقوية ثقة المستهلك المغربي في المعاملات الإلكترونية والاستفادة من مزايا التجارة الإلكترونية¹، ولقد عاقب في م 54 منه بالحبس من 3 أشهر الى سنة وبغرامة من 20.000 الى 200.000 درهم كل من قام بجمع معطيات ذات طابع شخصي بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو أنجز معالجة لأغراض أخرى غير تلك المصرح بها " .

وفي مصر حضي الحق في الخصوصية أو حرمة الحياة الخاصة بعناية خاصة في الدستور المصري المعدل الصادر عام² 2019 فاعتبره حقا من الحقوق الدستورية المطلقة حيث نصت المادة 99 منه أن "كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وللمضرور إقامة الدعوى الجنائية بالطريق المباشر، وتنص الفقرة الثانية من المادة على أنه تكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء، وللمجلس القومي لحقوق الإنسان إبلاغ النيابة العامة عن أي انتهاك لهذه الحقوق، وله أن يتدخل في الدعوى المدنية منضماً إلى المضرور بناء على طلبه، وذلك كله على الوجه المبين بالقانون.

وبالنسبة للمشرع الجزائري لم يكتفي بالنص على الحماية القانونية للحق في الخصوصية في الدستور الجديد فقط، وإنما نص عليه في قوانين متناثرة، وهذا ما نلاحظه من خلال المادة 42 من القانون 15-

¹ جامع مليكة، المرجع السابق، ص 119 .

² متوفر على الموقع <https://manshurat.org/node/14675>

04¹ المحدد للقواعد العامة للتصديق الإلكتروني على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة، كما حظر المشرع بموجب المادة 43 من ذات القانون القيام بجمع البيانات الشخصية إلا بعد الموافقة الصريحة من صاحبها، كما ألزم المشرع بموجب ذات المادة على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بألا يتجاوز في جمعه البيانات وإنما يكتفي بجمع البيانات الضرورية فقط لمنح وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني، وألا يستغلها لأغراض غير التي جمعت لأجلها².

كما نص مؤخرا في قانون التجارة الإلكترونية 05/18 على ضرورة حماية البيانات الشخصية للمستهلك، حيث نص في م 26 منه على إلزام المورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي أن يحصل علة موافقة المستهلكين الإلكترونية قبل جمع البيانات، وبضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات كما سبق التطرق اليه، غير أن هذا القانون جاء خالي من أي عقوبة جزائية للمورد ذات صلة بالبيانات الشخصية، كما حدد القانون 04-18 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية³ في المادة 97 منه بعض الضوابط والشروط اللازم احترامها بخصوص إنشاء واستغلال شبكات الاتصالات الإلكترونية المفتوحة للجمهور وتقديم الاتصالات للجمهور فكان من بين تلك الشروط الواجب احترامها هو شروط خصوصية البيانات والمعلومات التي تم إيصالها بواسطة الاتصالات الإلكترونية، وكذا شروط حماية الحياة الخاصة للمشاركين والبيانات ذات الطابع الشخصي.

وإضافة لهذه القوانين وبغية توفير حماية وقائية أكثر وفي إطار مواصلة تحديث المنظومة التشريعية الوطنية أصدر مع المستجدات الحاصلة على المستوى الدولي، أصدر المشرع ق 07/18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي السالف الذكر، إذ يهدف هذا القانون الى حماية الأشخاص الطبيعيين في إطار احترام الكرامة الانسانية والحياة الخاصة والحريات

¹ القانون 04-15 مؤرخ في أول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ج رج رقم 06 المؤرخة في 10 فبراير 2015.

² بساعد سامية، حماية البيانات الشخصية للمستهلك من خاطر الدفع الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد 15، العدد 01، سنة 2022، ص 1405.

³ قانون رقم 04-18 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية ج.ر عدد 27 مؤرخة في 27 شعبان عام 1439 الموافق 13 مايو سنة 2018

العامّة تماشياً مع مبادئ الدستور الجزائري، كما شدد بمقتضى المادة 07 منه على أنه لا يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلا بالموافقة الصريحة للشخص المعني.

وسعيًا من المشرع على ضمان تطبيق الأحكام القانونية التي تضمنها هذا القانون نص على إنشاء سلطة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي مكونة من 13 عضو معينون بموجب مرسوم رئاسي، تسهر على مطابقة معالجة المعطيات ذات طابع شخصي مع أحكام هذا القانون، وهذا من خلال منح اللجنة صلاحية القيام بمنح التراخيص للمسؤولين الراغبين في معالجة هذه المعطيات، وتقوم هذه اللجنة بإعداد تقرير سنوي حول نشاطها ترفعه إلى رئيس الجمهورية، ويتعين على أعضائها المحافظة على الطابع السري طيلة مدة عهدهم التي تمتد إلى خمسة سنوات¹.

وفي تعديله لقانون العقوبات بالقانون رقم 15/04²، وذلك من خلال القسم السابع مكرر الموسوم ب : المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات اعتبرها جريمة معاقب عليها في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7، حيث نص على جريمة الدخول عن طريق الغش إلى النظام في م 394 مكرر : " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج كل من يدخل عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة المعالجة الآلية للمعطيات، ونص أيضا على جريمة إتلاف نظام المعالجة الآلية للمعطيات في م 394 : " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 5000.000 دج إلى 20.2000.000 كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها " .

وبعد تعديل المشرع لقانون العقوبات استحدث قوانين أخرى بغية تعزيز هذا القانون، حيث أصدر قانون 04/09³ المتعلق بالقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها إذ نص في م 11 منه على إلزام مقدم الخدمة بحفظ المعطيات المتعلقة بالخصوصية لمدة سنة واحدة

¹ معزز دليلية، حماية المعطيات الشخصية في البيئة الافتراضية في التشريع الجزائري الواقع والتحديات ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد 10، عدد 1، السنة 2021، ص 137 .

² قانون رقم 04-15 مؤرخ في 10/11/2004، المتضمن لجرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات ج ر عدد 7

³ القانون رقم 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009، تتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47.

وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام تقوم المسؤولية الجزائية لمقدم الخدمة بالحبس من ستة أشهر إلى خمسة سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج .

المبحث الثاني

آليات حماية المستهلك الإلكتروني في حالة النزاع

تتم عقود الاستهلاك الإلكترونية من خلال شبكة مفتوحة عالميا لا تتقيد بحدود المكان فهي عقود دولية ترتبط بأكثر من نظام قانوني أو عقود عابرة للحدود تتم في الغالب بين أطراف تختلف جنسياتهم وأماكن اقامتهم فقد يكون المستهلك في دولة والمورد في دولة أخرى، وقد يتم إبرام العقد في مكان يختلف عن مكان التنفيذ، وهذا ما يثير مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود وكذلك تحديد الاختصاص القضائي.

ولما كانت عقود التجارة الإلكترونية تتسم بالطابع الدولي فإنها تخضع لقاعدة التنازع التقليدية، التي تحكم العقود الدولية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، والتي تتمثل في حرية اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق الاطراف المتعاقدة، غير أنّ السؤال الذي يطرح نفسه عن مدى كفاية قواعد التنازع التقليدية في توفير حماية فعالة للمستهلك أم أنّ الامر يستدعي وجود قواعد خاصة تخرج عن الحلول العامة وتطبق في الحالة التي يكون فيها أحد أطراف العقد الإلكتروني مستهلكا؟

وقبل الاجابة عن هذا التساؤل نرى أن من الضروري الاشارة الى حقيقة هامة، وهي أن الاطار القانوني الحالي يعاني من القصور التشريعي، فالقانون غير قادر على متابعة التطورات السريعة في تقنية المعلومات والاتصال على نحو يواكب تلك الثورة المعلوماتية الهائلة، وازاء ذلك ولسد الفراغ والقصور التشريعي يجب الاستعانة بالمفاهيم التقليدية السائدة في القانون الدولي الخاص. ومن خلال هذا المبحث سنحاول دراسة المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق ودورها في حماية المستهلك الإلكتروني من خلال مطلبين نتطرق في المطلب الأول الى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية بإخضاعها لقواعد التنازع التقليدية في مسائل العقود الدولية لا سيما في ظل عدم وجود ضوابط اسناد خاصة بمعاملات التجارة الإلكترونية، فيما نخصص المطلب الثاني الى امكانية اللجوء للوسائل البديلة لفض المنازعات الاستهلاكية.

المطلب الأول

القواعد التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق لحماية المستهلك

تواجه التجارة الإلكترونية صعوبة مزدوجة، حيث يتعذر تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تُثار بشأنها فتطفو امكانية تطبيق قانون الارادة عليها إذ يعد المبدأ الأساسي المطبق على العقود الدولية أو ما يسمى بمبدأ سلطان الارادة الذي يمنح حرية للمتعاقدن لتضمين عقدهم بند يقضي بتحديد قانون معين يحكم العلاقة التعاقدية، وهو ما كرسته غالبية التشريعات الوطنية والدولية، و في إطار تطبيق هذا المبدأ على عقود التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك الإلكتروني يقتضي الامر بيان ما إذا كان يمكن توفير حماية للمستهلك من عدمها، وعليه سنتطرق في هذا المطلب الى حالة اتفاق الاطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق (الفرع الأول)، وتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب اتفاق الأطراف(الفرع الثاني).

الفرع الأول

اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف

تتفق غالبية التشريعات على الاعتداد بالإرادة كضابط اسناد بالنسبة للعقود الدولية، إذ تعتبر قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الارادة من أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرسيتها قواعد تنازع القوانين في جل الانظمة القانونية، ومفاد هذه القاعدة السماح للأطراف في عقد الاستهلاك الإلكتروني الدولي الاختيار من بين العديد من القوانين واخضاع عقدهم للقانون الذي اختاروه .

ومن أهم مبررات خضوع عقد الاستهلاك الإلكتروني لقانون الارادة هي:

أ. التوافق مع توقعات الأطراف: إن القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع لا يكون محددًا لدى المستهلك لحظة إبرام العقد وإنما يتراخى الى ما بعد رفع النزاع، كما أن قاعدة تنازع القوانين هي قاعدة غير محددة المضمون لأنها لا تحدد قانون معين بالذات ولا تعطي حلا مباشرا للنزاع وإنما تكتفي بتحديد القانون الذي يحل النزاع بقواعده الموضوعية، وعليه فحرية الاطراف في اختار القانون الواجب التطبيق الذي يتماشى مع رغبتهم وتطلعاتهم يحقق لهم الامان القانوني¹.

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 392 .

ب. رعاية مصالح الأطراف المتعاقدة ومصالح التجارة الدولية: إنَّ لجوء الأطراف المتعاقدة في تحديد قانون معين يحكم عقدهم إنما يستند إلى رعاية مصالحهم وذلك بتحقيق أهداف العقد فقد يختار كلا المتعاقدين قانون أجنبي غير معروف في القانون الوطني ينظم عقدهم، أو قد يكون القانون الأجنبي الذي يحكم هذا النوع من العقود الأنسب في التطبيق، كما أنَّ اختيارهم للقانون الأكثر توافقاً مع مصالحهم يخدم مصالح التجارة الدولية من حيث تقدمها وتطورها ذلك أنَّ قاعدة تنازع القوانين التي تحكم العقود الدولية هي قاعدة عامة تنطبق على سائر العقود الدولية دون مراعاة الطبيعة الخاصة لكل عقد¹.

ومن القوانين الدولية والوطنية التي اعترفت بقانون الإرادة نجد على مستوى الوطني المشرع الجزائري الذي كرسه المادة 18 من القانون المدني بنصها "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد"، وعليه فقد أعطى المشرع أولوية لإرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يرغبان بتطبيقه على العقد إلا أنه قيد هذه الحرية بقوله "إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد" ولعل الحكمة من ذلك هو عدم مخالفة القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف للنظام العام والآداب العامة. كما نص المشرع المصري² هو الآخر في المادة 19 من القانون المدني بقوله: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطناً فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنَّ قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه.".

هذا ولم يقتصر الاعتراف بمبدأ قانون الإرادة في القوانين الوطنية فقط بل تبنته العديد من الاتفاقيات الدولية نذكر منها اتفاقية لاهاي الصادر في 15 يونيو سنة 1955 بشأن البيع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية والتي نصت في المادة 02 منها على أنَّ البيع يكون منظماً بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة، كما نصت المادة 1/28 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بشأن التحكيم سنة 1985 على أنه "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للقانون المختار بواسطة الأطراف".

ويترتب على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون إرادة المتعاقدين نتيجتين تتمثل في :

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 394.

² القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، الصادر في 09 رمضان 1367، الموافق ل 16 يوليو 1948 الوقائع المصرية عدد رقم 108.

- السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود الإلكترونية فيصح أن يتفقا على اخضاع تكوين العقد لمحل إبرامه واخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ¹.
- عدم لزوم توافر صلة بين القانون المختار والعقد، وذلك يعود الى أن التعاقد من خلال الانترنت يفترض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن ووقت واحد نتيجة انفتاح الشبكات على العالم بأسره مما يصعب تحديد تلك الرابطة بين القانون المختار والعقود الإلكترونية².

البند الأول: كيفية اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق

على غرار النظم القانونية، جعل المشرع الجزائري الإرادة هي ضابط الإسناد الأصلي، ولا شك أن إعمال قانون الإدارة يستلزم فرضين هما حالة وجود اتفاق صريح على اختيار القانون الواجب التطبيق، وفي حالة ما إذا سكت المتعاقدان عن هذا الاختيار تستخلص الإرادة من ظروف وملابسات العقد، وهذا ما يؤدي إلى الحديث عن الاختيار الصريح والاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق.

أ. الاختيار الصريح لقانون الإرادة: ويقصد به افصاح الأطراف في عقد التجارة الإلكترونية عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة وهذا من خلال الرسائل الإلكترونية التي يتبادلها الأطراف على شبكة الانترنت، أو البريد الإلكتروني، أو أية وسيلة أخرى من الوسائل الإلكترونية بعد الاتفاق على البنود التعاقدية كالمحل والثلث وغيرها على الشبكة نفسها³.

كما يمكن للمتعاقدين أن يقدروا بكل حرية اخضاع عقدهم لقانون دولة تفر بصحة التوقيعات الإلكترونية دون اشتراط أي صلة بين القانون المختار والعقد، كما أن الاصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد لحظة إبرامه بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروطه العقد الاصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه، إلا أنه يمكن أن يتأخر الى مرحلة لاحقة على إبرام العقد، والحكمة من ذلك قد ترجع الى محاولة تدارك تراخي الاطراف في اختيار القانون لحظة إبرام العقد ومنحهم فرصة لإجراء هذا الاختيار نظرا لأهمية الاختيار الصريح في تحديد القانون الواجب التطبيق⁴، هذا ويجوز لهم تعديل اختيارهم السابق الى اختيار آخر في أية فترة لاحقة على إبرام العقد بشرط عدم المساس بصحة العقد الأصلي.

¹ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 195 .

² عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 385.

³ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 201

⁴ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 405 .

وعليه فالاختيار الصريح للأطراف للقانون الواجب التطبيق يعد تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة ويحقق عنصر الامان القانوني لأطراف العقد كونه يحد ابتداء من تنازع القوانين، ويسهل عملية حل أي نزاع ينشأ عن بنود العقد لان كلا المتعاقدين ساهم في اختيار هذا القانون ويعلم أحكامه التي يمكن أن تطبق على أي نزاع لذلك يفضل أن يلجأ طرفا العقد الى تحديد هذا القانون صراحة في بنود العقد¹. وما تجدر الإشارة اليه أن قاعدة تطبيق القانون الذي تم اختياره صراحة من قبل الأطراف لا تطبق بصورة مطلقة وإنما ترد عليها بعض القيود في حالة ما إذا كان تطبيق القانون المختار يخالف النظام العام في بلد القاضي، وبالتالي فحدود هذا المبدأ تتعلق بالنظام العام.

ب. الاختيار الضمني: وهو اختيار حقيقي للأطراف لكنه غير معلن عنه ويستخلصه القاضي من ظروف الحال والتقىّد بالبحث عن الإرادة الاكيدة والحقيقية على ضوء فحص نصوص العقد وظروف ووقائع القضية المعروضة عليه، والاستعانة بأي مؤشرات تدل على هذه الإرادة ومن بينها استخلاص نية الأطراف الى تطبيق قانون معين كمكان إبرام العقد أو اشتراط تنفيذه في مكان معين أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو الجنسية المشتركة لهما، ومن المؤشرات التي لا تعتبر حاسمة أو ذات أهمية قليلة في اختيار القانون هو اللجوء الى لغة أو عملة دولة معينة ذلك لان أغلب التعاملات عبر الانترنت تتم باللغة الانجليزية حيث أصبحت هذه اللغة بمثابة لغة رسمية للتجارة الإلكترونية²، وتؤكد كافة التشريعات على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، من بينهم المشرع المصري الذي دعم فكرة الانتقال إلى الإرادة الضمنية في حالة عدم وجود إرادة صريحة، فلقد نص في المادة 19 من القانون المدني مصري السالفة الذكر عبارة " ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر الذي يراد تطبيقه"، على عكس المشرع الجزائري الذي لم يضع فقرة في المادة 18 من القانون المدني تبين الاعتماد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم وجود ارادة صريحة لهما، وهو ما يفيد بأن المشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين.

الفرع الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود اتفاق

¹ محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الاردن، 2009، ص87.

² محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 89.

إذا لم يتفق الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية صراحة على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية، فإنه يتعين على القاضي أن يجتهد حتى يصل الى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر الى ما كان يقصده المتعاقدان، حيث يقوم القاضي بتعين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة كمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد¹.

البند الأول: الإسناد الجامد للرابطة العقدية

يُقصد بالإسناد الجامد أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية وفقا لما يراه المشرع مثل قانون جنسية أو موطن الأطراف أو قانون بلد تنفيذه، وقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية هذا الاتجاه من بينها المشرع الجزائري في نص المادة 1/18 و2 من القانون المدني "وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد" ونص المشرع الجزائري أيضا في قانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 02 منه على أنه: "يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية، مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري.

واعتق المشرع المصري كذلك معيارا جامدا بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين في المادة 1/19 من القانون المدني المصري حيث تقرر أنه "في حالة غياب هذا الاختيار، فإن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون خاضعة لقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد"، ويتضح من خلال النصين أن كلا المشرعين لم يتركوا للقاضي تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهما الضمنية، وأتى بضوابط اسناد احتياطية متمثلة في الموطن المشترك والجنسية المشتركة ومحل إبرام العقد. وسوف نعرض تلك الضوابط على النحو التالي:

أولاً: اسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك

¹ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 382

اعتبر المشرع الجزائري الموطن المشترك ضابط اسناد ثاني بعد ضابط الارادة، وهذا راجع لأهمية الموطن في التعاملات المالية، إلا أنه يصعب الاستناد الى ضابط الموطن المشترك في التعاملات الإلكترونية لان المورد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة التجرم تلك الأعمال الغير الشرعية، كما قد يكون مكان غير دائم¹، بالإضافة الى أنّ العناوين الإلكترونية لا تشكل بأي حال محل إقامة ثابت بالمعنى المفهوم في الاتفاقيات الدولية، علاوة على أن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على تطابق توطينا حقيقيا للأطراف².

ثانيا: اسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة

لضابط الجنسية المشتركة دور مهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إذا كان للمتعاقدين جنسية مشتركة، حيث يمكن افتراض أن المتعاقدين كانا يقصدان اخضاع عقدهما الى قانون الدولة التي ينتميان اليها بجنسيتها، إلا أنه من الصعب التعويل عليه في مجال العقود التجارية وعقود المعاملات المالية ذات الطابع الدولي لأنها لا تعدّ عنصر مؤثر في المعاملات الدولية، كما الاعتداد بجنسية المتعاقدين يتطلب التحقق من هوية الأطراف، وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد وهذا أمر صعب تحققه في التجارة الإلكترونية³.

ثالثا: اسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد

تستعين العديد من التشريعات بضابط محل إبرام العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال انتقاء الارادة الصريحة أو الضمنية للأطراف المتعاقدة، وقد قيل في تأييد هذا الاسناد الجامد بأنه يمثل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول، كما أنه القانون الانسب في رجوع طرفي العقد اليه للتأكد من سلامة الشروط التي يردون إدراجها من الناحية القانونية مع ضمانه لوحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية⁴، غير أنّ بالرغم من ملائمة قانون محل إبرام العقد كضابط اسناد للرابطة العقدية في مجال العقود التجارية التقليدية التي تتم بين التجار، إلا أنه يعدّ أمرا من الصعوبة تطبيقه في ميدان العقود

¹ خشبية حنان، المرجع السابق، ص 280.

² بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص 389.

³ صالح المنزلاوي، قانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص

⁴ محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 166.

التي يتم إبرامها من خلال شبكة الأنترنت، وذلك لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني حيث يمكن للمتعاقد إبرام عقد وهو ينتقل من دولة الى دولة أخرى ويكون في أماكن غير خاضعة لإقليم دولة معينة وبالتالي صعوبة تركيز تلك المعاملات تركيزا مكانيا¹.

البند الثاني: اعتماد الاسناد المرن للرابطة العقدية

نظرا للانتقادات الموجهة الى ضوابط الاسناد الجامدة والتي برهنت عدم ملائمتها وصعوبة تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية وعدم كفايتها في توفير حماية فعالة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك². وعليه يعمد القضاء الى استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز العقد عن طريق تحديد طبيعته الذاتية وهو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الموحدة في ضوء فكرة محل الأداء المميز للعقد، التي تقوم على المكان الذي تم فيه تنفيذ الالتزام الرئيس المتميز عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد، كما لا يتم اللجوء الى ضابط الأداء المميز إلا عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد فهو اسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد وبالتالي يحقق للأطراف الاستقرار في معاملاتهم التجارية³، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره ومن ثم يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، إذ هناك طرف واحد في الحياة الاقتصادية للعقد له دور بارز في إبرام العقد فهو الذي يقوم بعملية البيع والقرض أما الطرف الآخر فإن دوره ليس أساسيا يلزم فقط بدفع الثمن وهنا يكون من السهل تحديد الأداء المميز للعقد وهو الاداء الذي يلتزم به الطرف الأول في العقد نظرا الى وظيفته في الحياة الاقتصادية لعقد⁴.

ونجد العديد من التشريعات الوطنية والدولية أقرت ضابط الأداء المميز كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من بينها اتفاقية لاهاي المبرمة في 10 ماي 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنفولات المادية، إذ اعتدت المادة 03 من هذه الاتفاقية على محل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط اسناد رئيسي لتحديد القانون الذي يحكم العقد، كما قررت المادة

¹ مرتضى احسان هادي، المرجع السابق، ص 230

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 433.

³ لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 215 .

⁴ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 434

117 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1987 على أنه عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد يخضع الأخير لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد¹.

ولكن بالرغم من بساطة هذا المعيار في تطبيقه وموافقته لتوقعات المستهلك إلا أنه يضر بمصالحه كونه طرف ضعيف في العلاقة، ضف الى ذلك فإن الأداء المميز غالباً ما ينصف المورد لأنه يسند العقد لقانون دولته بوصفه المدين بالأداء المميز، فمثلاً في عقد البيع أو عقد توريد الخدمات التي تتم عبر شبكة الانترنت المدين بالأداء المميز في هذين العقدين هو البائع أو مقدم الخدمة ومن ثم يكون قانون دولتهما هو الواجب التطبيق²، كما أن تطبيق هذا المعيار لا يحسم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في كل الأحوال، ويستبعد تطبيقها في الحالة التي لا تستطيع المحكمة تحديد ما هو الأداء المميز بالاعتماد على مكان تنفيذ العقد خاصة إذا كان هذا الأخير يبرم وينفذ عبر شبكة الإنترنت، حيث أنه لا يوجد اقليم معين يتم فيه تنفيذ العقد بسبب البيئة الإلكترونية.

البند الثالث: تقييد مبدأ قانون الارادة لحماية المستهلك

إن مبدأ سلطان الارادة يتيح لأطراف العقد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية هذا نجده مقبولاً في مجال العقود الدولية بصفة عامة، إلا أنّ خضوع العقد لقانون الارادة دائماً ما يسعى الى تحقيق مصلحة الطرف القوي إذ غالباً ما نجده يبحث عن القانون الأكثر صلاحية له ملبياً لطموحاته التعاقدية دون أدنى اعتبار لمصالح الطرف الآخر (الطرف الضعيف)، وهذا نتيجة الضعف المخيمة على المستهلك³، ولهذا أقرت مختلف التشريعات المقارنة قواعد تحمل في طياتها جانب من الخصوصية في مجال العقود الإلكترونية وقيدت من مبدأ سلطان الارادة معللة في ذلك أنه يؤدي الى فقدان التوازن في العقد، لأنّ عدم التكافؤ بين الاطراف من شأنه أن يؤدي الى تعسف الطرف القوي واملائه لشروطه من بينها تحديد القانون الذي يخدم مصالحه، كاختياره قانون يسمح باستبعاد النصوص الأمرة الواجبة التطبيق

¹ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 387

² سالم عبد الكريم، عقد الاستهلاك الدولي بين الخصوصية والقانون الواجب التطبيق، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 06، العدد 01، جوان، 2021، ص 353

³ نجلاء عبد حسن الأسدي، تدويل عقود المستهلكين وأثره في تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2020، بيروت، لبنان، ص 79 .

في دولة المستهلك واستبداله بقواعد القانون المختار¹، وعليه تسعى مختلف التشريعات لإقامة نوع من التوازن بين مصلحتين متعارضتين مصلحة المحترف في الحصول على أكبر قدر من الربح وتطبيق الدولة التي يوجد فيها مقره الرئيسي، ومصلحة المستهلك في الحصول على السلع والخدمات بأقل ثمن وتطبيق قانون محل اقامته.

إن تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لا يهدف فقط الى حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف فحسب وإنما الهدف الأساسي هو تجنب استخدام الاطراف لقانون الارادة لإفلات عقدهم من الخضوع لأي نظام قانوني، وتكمن هذه القيود في وجود قواعد آمرة في القانون الداخلي تحمي المستهلك، وهذه القواعد لا يمكن استبعادها بمقتضى قانون الارادة، هذا ويتحقق تقييد قانون الارادة من خلال دمج قاعدة اسناد محل الإقامة مع ترك الحرية التامة للقاضي في المقارنة بين مدة الحماية والضمانات الموجودة في القانون المختار من قبل الاطراف، وقانون محل إقامة المستهلك حتى يتوصل الى القواعد الأكثر حماية للمستهلك².

ومن أجل حماية المستهلك قد يلجأ المحترف الى وضع شروط أو حلول من أجل إبرام العقد مع المستهلك تتمثل أهمها في وضع حدود لدخول المواقع المخصصة للمستهلك فالكثير من الموردين يفضلون التعامل مع المستهلكين المقيمين في دول محددة كدول الاتحاد الأوروبي مثلاً باعتبار أن هذه الأخيرة تحتوي على تشريع موحد من خلال مختلف التوجهات التي يصدرها الاتحاد الأوروبي. كذلك يحث العديد من الموردين على إدماج شرط "الاعتراف الإداري" وكذلك من خلال حث الطرف الثاني في العقد على إدخال المعلومات المتعلقة به بغية معرفة القانون الواجب التطبيق والآثار المترتبة على ذلك³.

¹ غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي

وزو، 2012، ص 92

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 414

³ غدوشي نعيمة، المرجع السابق، ص 93.

المطلب الثاني

امكانية اللجوء للوسائل البديلة لفض المنازعات الاستهلاكية

أدى التزايد المستمر في حجم التجارة الإلكترونية الى زيادة معدل المنازعات الناجمة عنها مما استدعى البحث عن طرق بديلة لتسوية تلك المنازعات بطرق الكترونية تتماشى مع طبيعة المعاملات من حيث السرعة ويعد فض المنازعات عن بعد، أو ما أطلق عليه تسميات من قبيل "التحكيم الإلكتروني"، أو "التحكيم بواسطة الأنترنت"، أو "التحكيم عن بعد"، من أبرز مظاهر التطور الرقمي في الوقت الحاضر ويعد من أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات، كما توجد أساليب أخرى تهدف الى تسوية النزاعات كالتفاوض والوساطة، وعليه سنقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع نتناول في الفرع الأول التفاوض عبر الانترنت ونتطرق في الفرع الثاني التحكيم الإلكتروني، ثم نتطرق في الفرع الثالث الى الوساطة.

الفرع الأول

التفاوض عبر الأنترنت

يعد التفاوض عبر الانترنت من أهم الآليات المستخدمة في مراكز تسوية المنازعات عبر الانترنت ويتم هذا التفاوض بين الاطراف دون الحاجة الى تدخل طرف ثالث، وينقسم التفاوض عبر الانترنت الى نوعين النوع الأول وهو التفاوض الالي الذي يتم بين طرفي النزاع على الانترنت من خلال برامج كمبيوتر خاصة تقدمها مراكز تسوية المنازعات عبر الانترنت منها مركز (cyber settle) حيث تتم المفاوضة الإلكترونية من خلال عروض يقدمها الاطراف للبرنامج، إذ يبدأ برنامج التفاوض الآلي الذي يستخدمه المركز بإعطاء رقم سري للطرفين من خلاله يستطيع كل منهم الدخول الى الصفحة على الموقع ويطلب كل منهم بإدخال ارقام تعبر عن المبالغ التي يمكن أن يقبلها الطرفان لتسوية النزاع ثم يقوم البرنامج بعقد مقارنة بين المبالغ المدخلة ويقوم بتحديد المبلغ المستحق في تسوية النزاع¹.

¹ حسام أسامة شعبان، الاختصاص بمنازعات التجارة الالكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الانترنت دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط 1، الاسكندرية، مصر، 2019 ص 160، 161.

أما النوع الثاني فيتمثل في التفاوض بمساعدة الكمبيوتر أي يتم بين الأطراف مباشرة لكن دون استخدام برامج كمبيوتر خاصة مثل التفاوض الآلي فيكون الكمبيوتر مجرد وسيلة اتصال بين الأطراف وتبادل وجهات النظر من خلال تبادل الرسائل المكتوبة أو باللقاء الافتراضي عبر الانترنت¹.

وعليه نستنتج مما سبق ذكره أن التفاوض عبر الانترنت من خلال مساعدة الكمبيوتر أكثر فعالية من التفاوض الآلي لان التفاوض بمساعدة الكمبيوتر الأطراف هم اللذين يطرحون الحلول بأنفسهم وهو ما يتناسب مع أهمية اللقاء الافتراضي ونجاح المفاوضات بصفة عامة بالإضافة الى سهولته وعدم تكلفته كما هو الحال في التفاوض الآلي.

الفرع الثاني

التحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم الوسيلة الأكثر فعالية ونجاعة في حل نزاعات التجارة الدولية وتحقيق متطلباتها الخاصة القائمة على حرية التجارة واقتصاد السوق، خاصة بعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في انجاز الاعمال الإلكترونية وإبرام العقود وتنفيذها عبر الانترنت، فتظهر أهميته كونه يحقق العدالة الاتفاقية التي يلجأ اليها الأطراف بمحض إرادتهم لحل النزاعات الناشئة عن العقد القائم بينهم، وللوقوف على مفهوم نظام التحكيم الإلكتروني سنحاول تحديد معناه ومميزاته وصوره.

أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني

التحكيم بصفة عامة هو اتفاق أطراف النزاع على اسناد مهمة الفصل فيه الى شخص محايد يملك سلطة اصدار حكم ملزم مع استبعاد ولاية القضاء الوطني بشأن النزاع، فهو طريق خاص لحل المنازعات قوامه الخروج عن التقاضي العادي ويعتمد أساسا على أن أطراف النزاع هم اللذين يختارون قضائهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقومون فيه²، كما عُرف بأنه "إحالة النزاع أو الخلاف القائم بين شخصين على الاقل من أجل حسمه بعد سماع أطراف النزاع بوسيلة قضائية، وذلك بواسطة شخص أو أشخاص ليسوا من قضاة محاكم الدولة"³.

¹ بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص 432 .

² عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 391 .

³ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 12، 13.

أما التحكيم الإلكتروني يعرف بأنه "قيام شخص ثالث محايد بإصدار حكم ملزم في نزاع ما بين طرفين بشرط أن تتعدّد الجلسات ويصدر الحكم عبر الأنترنت"¹، كما يعرف بأنه نظام قضائي من نوع خاص يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد (مقدم خدمة التسوية الإلكترونية) لتعيين شخص أو عدة أشخاص (هيئة التحكيم الإلكتروني) لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع وأسلوب التسوية، وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف ودون التواجد المادي لهم في مكان واحد².

وبذلك يختلف التحكيم العادي عن التحكيم عبر الأنترنت في أنّ الأول يتم بحضور الأطراف لجلسات التحكيم في دولة مقر التحكيم، أما الثاني فيتم على الأنترنت دون حضور الأطراف وتتم الجلسات باستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية التي تسمح للأطراف بالانتقاء التزامني مع محكمهم.

و عيّنت التشريعات الدولية بنظام التحكيم الإلكتروني وأشارت إليه في العديد من النصوص والاتفاقيات فعلى المستوى الدولي أو الإقليمي، نجد قانون التحكيم النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI)، وكذا تلك التي وضعها قانون التحكيم الذي أنجزته غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) ونجد أيضا التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 من خلال المادة 17 سمح للدول الأعضاء في حالة النزاع، بين مقدمي خدمة المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية هذه الخلافات خارج المحاكم وباستخدام الوسائل الإلكترونية³، كما قامت اللجنة الأوروبية المعنية بتسوية المنازعات لا سيما التي تتم بين

¹ حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 172.

² أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الأنترنت، المرجع السابق، ص 147،

148.

Article 17 directive 2000/31/CE : «Règlement extrajudiciaire des litiges 1. Les États³ membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés. 2. Les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées. 3. Les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique. directive 2000/31/ce du parlement européen et du conseil du 8 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 des Communautés européennes*, 17.7.2000

المستهلكين باعتماد سلسلة من التوصيات بخصوص حل المنازعات عبر الانترنت منها التوصية الصادرة التوصية الصادرة في 2000/05/25 بتأسيس شبكة أوروبية لتسوية المنازعات مباشرة على الخط، وكذا حل كافة المنازعات المتعلقة بالمستهلك الأوروبي خاصة في قطاع الخدمات، ووضع مبادئ عامة يتوجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الإنترنت، والتوصية رقم 2001/310 المؤرخة في 4 أبريل 2001 بشأن المبادئ الواجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الإنترنت¹. وعلى المستوى الوطني نجد أن المشرع الجزائري نظمه في قانون الاجراءات المدنية والادارية في المواد من 1006 الى 1061 حيث عرفته المادة 1011 بأنه الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشؤه على التحكيم .

ثانيا: مزايا التحكيم الإلكتروني

يتصف التحكيم الإلكتروني بعدة مميزات ترتبط كلها بالوسيلة الإلكترونية التي يباشر بها إجراءاته وتتمثل هذه الصفات في :

- السرعة في اصدار حكم التحكيم: وذلك لسهولة وسرعة تقديم الاوراق والمستندات وذلك عن طريق استخدام البريد الإلكتروني وهذا على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم التقليدي وتعتبر هذه الميزة في كونها توفر على الاطراف مشقة الانتقال إلى محكمة التحكيم التي قد تبعد عن المكان أو الدولة المقيمين فيها.
- السرية : تعتبر من أبرز سمات التحكيم الإلكتروني بحيث لا تكون جلساته علنية والعبارة من ذلك هو تجنب الأضرار التي تلحق بسمعة الأطراف المحكّمين، وفي سبيل ذلك يدرجون من الشروط ما يهدف الى تشديد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات²، خاصة في مجال العلاقات التجارية الدولية التي تيرم بطريقة إلكترونية.
- يعتبر التحكيم الإلكتروني الأكثر ملاءمة من غيره لتحقيق العدالة في منازعات التجارة الإلكترونية كونه يتميز باليسر والمرونة حيث لا يلزم أطراف النزاع بالحضور المادي أمام

¹ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 398، 399.

² لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 244.

المحكمين، بل يمكن سماع المتخاصمين عن طريق الاتصالات الإلكترونية¹. علاوة على أنه يتم بأقل تكلفة من حيث تقليل نفقات السفر والانتقال.

– ملائمة التحكيم الإلكتروني لعقود الاستهلاك الإلكترونية : قد تتلاءم قواعد التحكيم الإلكتروني مع عقود الاستهلاك الإلكترونية من حيث انخفاض التكاليف فمع ظهور مراكز التحكيم أصبح في مقدور المستهلك في أي مكان وفي أي وقت أن يمارس حقه في اللجوء الى التحكيم والحصول على حقه دون أدنى تكليف منه حتى وإن وجدت تكاليف فإنها تكون معقولة بالنسبة لقيمة النزاع وبالقدر الذي لا تتقل من كاهله، كما ينشأ التحكيم الإلكتروني خصيصا لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك الإلكترونية، فلقد ظهرت العديد من المراكز المتخصصة في تسوية المنازعات² الناشئة عن هذه العقود حيث تقدم هذه الاخيرة خدمات الوساطة والتحكيم حيث تبدأ بالوساطة ثم تنتقل الى التحكيم في حالة فشل الوساطة خلال مدة المحددة، هذا وتعتبر الوساطة ملائمة للمستهلك من حيث عدم الزاميتها بالنسبة له لأنه يملك رفض الحل المقترح من قبل الوسيط، أما التحكيم الذي تقدمه هذه المراكز قد تطور ليصبح متناسبا مع عقود الاستهلاك الإلكترونية واعتبارات حماية المستهلك.

ويكون التحكيم ملزما لجانب واحد فيلتزم بالقرار الصادر عن هيئة التحكيم المحترف وحده دون أن يلتزم المستهلك بذلك إلا إذا قبله، أما لو اعترض عليه فله حق اللجوء الى القضاء، كما هناك التحكيم الغير ملزم وهو الذي يصدر عنه قرار غير ملزم للطرفين ولا يمكن تنفيذه إلا إذا ارتضياه

¹ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 399

² ظهرت هذه المراكز على الانترنت ونشأت خصيصا لتسوية النزاعات بين المحترفين والمستهلكين وتمارس عملها من خلال استخدام علامة ثقة تعطيها للبائعين الذين يتمتعون بعضويتها لكي توضع على صفحات المواقع الالكترونية الخاصة بهم، وتمنح هذه العلامة بناء على اتفاق يبرم بين مركز التسوية والبائع يتم النص فيه على حق البائع في استخدام علامة الثقة المملوكة لمركز التسوية على موقعه الالكتروني مقابل التزام البائع بمجموعة من الالتزامات في عروضه ويختص مركز التسوية بالنظر في النزاع بمجرد أن يعلنه أحد عملاء البائع من المستهلكين برغبته في تسوية نزاع ما مع هذا البائع وإذا امتنع البائع عن تنفيذ أحكامها تسحب منه العلامة ويمتنع عليه وضعها على موقعه الالكتروني، ومن أهم المراكز التي تقدم خدمات تسوية المنازعات عبر الأنترنت باستخدام علامة الثقة نجد موقع webtrader وموقع trustee كما يوجد مركز square trade يختص بتسوية النزاع وذلك إذا أعلن المستهلك برغبته في التسوية، مشار اليه عند حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 214، 215.

معاً، وعليه فالتحكيم في نهاية المطاف يصب في مصلحة المستهلك وهو صاحب القرار في قبوله أو رفضه إذ يعدّ خيار آخر للمستهلك في سبيل الوصول الى حقه بجانب القضاء¹.

ثالثاً: صور التحكيم

هناك صورتين لاتفاق التحكيم وهما شرط التحكيم ومشاركة التحكيم:

1. شرط التحكيم : وهو الشرط الذي يرد في العقد ويكون سابقاً على نشوء النزاع، حيث يتفق الأطراف بشكل مسبق على احالة أي نزاع أو خلاف بينهم الى التحكيم، ويدرج كبنء في العقد وفق قوالب نموذجية يتم التعاقد من خلالها ولا يكون للمستهلك إلا القبول دون التفاوض والذي يقضي، بأنه في حال قيام نزاع حول العقد المبرم بين الطرفين فان السبيل الوحيد لحلّه هو اللجوء الى التحكيم الإلكتروني²، ولا مانع من أن يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل أو لاحق عن العقد الأصلي، فالميزة الأساسية لهذا الشرط أنه يرد كبنء من بنوء العقد قبل نشوء النزاع، وهو ما يجعله يتعلق بمنازعة لم تنشأ بعد³.

2. مشاركة التحكيم : وهو الشرط الذي يبرمه طرفي العقد بعد وقوع النزاع، ويعني هذا أن اتفاق التحكيم في هذه الصورة يكون اتفاقاً لاحقاً ومستقلاً، عن العقد الأصلي المبرم بين الاطراف

¹ محمد الحسني، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014، ص 346.

² نضيف الى هذه الفكرة أنه تحظر بعض التشريعات هذا الشرط إذا جرى قبل قيام النزاع وتعتبره من الشروط التعسفية نذكر منها الاتحاد الأوروبي رقم 93/13 وقانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995 من خلال المادة 123. كما رفضت المحكمة العليا في كندا شرط التحكيم الوارد في عقد البيع عبر الانترنت في حكم لها صادر في 13/06/2007 حول قضية تتلخص وقائعها في أن شركة ديل تباع معدات كمبيوتر بالتجزئة عبر الأنترنت لديها مكتب رئيس في تورنتو الكندية ومكان عمل في مونتريال، في 4 ابريل 2003 عرضت الشركة من خلال موقعها على شبكة الأنترنت بيع أجهزة كمبيوتر محمول بأسعار منخفضة، وبعدها بفترة وجيزة عدلت الشركة الأسعار باعتبار أن هنا خطأ في العرض، رفعت جماعة المستهلكين الدعوى القضائية على الشركة حيث دفعت الشركة بوجود شرط التحكيم وفقاً لشروط التحكيم الواردة في العقد. محكمة أول درجة رفضت اعتراض الشركة في 2004، وسمحت بإقامة الدعوى الجماعية ضدها، استأنفت الشركة أمام محكمة الاستئناف، والتي رفضت استئناف الشركة في 2005 باعتبار أن هذا الشرط يخل بالتوازن العقدي بين الطرفين وفي تاريخ 13/2/2007 حكمت المحكمة العليا برفض استئناف الشركة وأكدت صحة ما جرى في محكمة أول درجة وثاني درجة. أنظر حكم القضية عبر الموقع الآتي:

<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2007/2007scc34/2007scc34.html>

تاريخ الاطلاع 2022/10/16 على الساعة 18.50

³ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 250.

بحيث يتم الاتفاق بين المحترف والمستهلك على اللجوء الى مركز من مراكز التسوية الإلكترونية المتاحة للجميع لتسوية النزاع القائم بينهما من خلال تقديم طلب الى هذه المراكز لتسوية النزاع¹، فلا يتم الاتفاق على مشاركة التحكيم إلا بعد نشوء النزاع، وتتضمن مشاركة التحكيم تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين على عكس شرط التحكيم لا يحدد موضوع النزاع كونه لم ينشأ بعد.

رابعاً : اجراءات التحكيم

تمر الخصومة الإلكترونية بجملة من الإجراءات وصولاً الى مرحلة صدور الحكم التحكيمي وتتمثل هذه الاجراءات في :

1. طلب اللجوء الى التحكيم : تبدأ اجراءات التحكيم بطلب التحكيم وهو العمل الاجرائي الذي تفتح به الخصومة، حيث يتم تقديم طلب من قبل أحد طرفي الاتفاق الى مركز التحكيم يُخطره برغبته في رفع النزاع الى التحكيم وهذا عن طريق ملئ نموذج التحكيم المعد سلفاً على الموقع الإلكتروني من قبل المركز ويتضمن الطلب أسماء أطراف النزاع وعناوينهم وتحديد وسيلة الاتصال بينهم وبين ملخص عن طبيعة النزاع والحلول المقترحة، ويقوم بإرفاق الطلب بنسخة من اتفاق التحكيم بالإضافة الى قائمة البيانات الأدلة لا ثبات ادعائه، وبعد أن يسلم مركز التحكيم طلب التحكيم يأتي دورها في قبول أو رفض نظر النزاع، فإذا قبل المركز نظر النزاع فيتعين عليه اخطار الطرف الثاني بواسطة البريد الإلكتروني مع تزويده بنموذج الرد². وقد نصت المادة 2/3 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية على طرق ابلاغ الاخطارات والمراسلات الموجهة من الامانة العامة وهيئة التحكيم الى آخر عنوان للطرف المعني بهذه الاخطارات والمراسلات أو من يمثله، ويجوز ارسال تلك الإخطارات عن طريق التسليم مقابل ايصال أو بالبريد الإلكتروني أو بأي وسيلة اخرى من وسائل الاتصالات التي من شأنها توفير سجل بإرسالها³.

¹ وتتعدد المراكز التي تقدم خدمات التحكيم عبر الأنترنت نذكر منها على سبيل المثال مركز Tribunal Cyber، مركز Cyber arbitration ومركز clicknsettle .

² خشبية حنان، المرجع السابق، ص 297 .

³ قواعد التحكيم، قواعد الوساطة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ICC والمنشورة على الموقع الاتي:

<https://cms.iccwbo.org> تاريخ الاطلاع 2022/08/15 على الساعة 22.28.

2. انشاء موقع الكتروني : يتم انشاء موقع خاص بكل قضية لتسهيل اجراءات التحكيم وتمكين أطراف خصومة التحكيم من ايداع وتقديم طلبات والمستندات وذلك بموجب ارقام سرية، كما يوفر امكانية استلام في أي وقت ومن أي مكان عبر شبكة الانترنت¹ .

3. جلسات التحكيم الإلكتروني : تتولى هيئة التحكيم عقد جلسات سرية مع الاطراف بهدف ابداء كل طرف دفاعه من الوثائق والمستندات وأدلة الاثبات التي يستند اليها ويتم عقد الجلسات بين هيئة التحكيم والاطراف بطريقة سمعية بصرية (téléconférence) في شكل محادثة الكترونية حيث يتواجد الاطراف بطريقة افتراضية² .

4. صدور الحكم: تنتهي الخصومة التحكيمية بمجرد صدور الحكم التحكيمي، فإذا كانت المحكمة مشكلة من أكثر من محكم واحد فإن الحكم يصدر بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده الهيئة مالم يتفق أطراف التحكيم على غير ذلك³، ويشترط أن يكون حكم التحكيم مكتوباً وموقعا من المحكمين الكترونياً حيث نصت المادة 1/35 من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية على أنه يجب على الامانة العامة أن تبلغ الأطراف بنص حكم التحكيم موقعا من قبل محكمة التحكيم حال اصداره شريطة أن يكون الأطراف أو أحدهم قد دفع مصاريف التحكيم كاملة الى غرفة التجارة الدولية، وتسلم هيئة التحكيم الى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين اللذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، كما لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر جزء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم وهذا حفاظاً على سرية التحكيم .

و بخصوص تنفيذ الحكم فإنه حسب نص المادة 35 من قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بمجرد صدوره يكون ملزماً للأطراف ويجب عليهم تنفيذه دون تأخير، ويتعين على من صدر الحكم لصالحه أن يستصدر أمر بتنفيذه من المحكمة المختصة في البلد المراد تنفيذه فيه. كما يتمتع هذا الحكم بحجية الشيء المقضي فيه فبمجرد صدوره يتقيد أطراف الخصومة به

¹ خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 311

² بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص 474.

³ نصت عليه المادة 32 من قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية .

والالتزام بعدم عرض النزاع الذي صدر الحكم بشأنه أمام محكمة تحكيم أخرى لإعادة الفصل فيه من جديد¹.

الفرع الثالث

الوساطة الإلكترونية

لقد نصت التشريعات على هذه الآلية لتسوية منازعات الاستهلاك بهدف محاولة التوفيق بين أطراف النزاع، وتتم الوساطة عبر وسيط شخص محايد يقدم للأطراف النصح والارشاد ويقوم بحل النزاع القائم بينهم فمهمة الوسيط هي تقريب وجهات النظر والتوفيق بين الاطراف مع منحهم كامل الحرية في قبول الوساطة أو رفضها، وفي حالة قبولهم بها يصبح لزاما عليهم تنفيذها. ويقصد بالوساطة الإلكترونية اتصال طرف ثالث محايد مع طرفي النزاع على شبكة الانترنت من أجل الوصول الى تسوية نهائية لهذا النزاع ويمكن أن يكون هذا الاتصال في لحظة زمنية واحدة من خلال غرف الحديث (chat room) من خلال استخدام الفيديو بحيث يكون للوسيط امكانية الحديث الخاص مع كل طرف على حدة²، فجوهر الوساطة الإلكترونية لا يختلف عن الوساطة التقليدية إلا من خلال الوسيلة التي تتم بها وهي شبكة الانترنت. و عرفت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 بأنها "عملية يتم من خلالها حل النزاع وديا، سواء بالوساطة أو بالتوفيق مع محاولة الوسيط الوصول إلى حل ودي للنزاع العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل"³.

ويمكن اجمال خصائص الوساطة في كونها تتسم بالسرعة في فض النزاعات بالإضافة الى ما يتمتع به الوسيط من حياد واستقلالية واختصاص وسرية فهي عوامل كلها من شأنها تزرع الثقة لدى الاطراف

¹ جامع مليكة المرجع السابق، ص 277.

² حسام أسامة شعبان، المرجع السابق، ص 168

³ نشير أيضا أن المادة 1-611 من قانون الاستهلاك الفرنسي نصت على نطاق تطبيق الوساطة في حالة وجود نزاع تعاقدى بين المستهلك والمهني وسواء كان النزاع وطنيا أو عابر للحدود ن ففي مفهوم هذه المادة يحق لكل مستهلك اللجوء مجانا الى وسيط المستهلك بهدف التوصل الى حل ودي للنزاع بينه وبين المحترف كما حددت حالات اللجوء الى الوساطة واجراءاتها . للمزيد أكثر أنظر نص المادة على الموقع الرسمي : <https://www.legifrance.gouv.fr/>

المتنازعة، بالإضافة الى توفيرها الجهد والوقت للأطراف من خلال اجراء جلسات الوساطة عن طريق الانترنت وتقديم الادلة والطلبات عن بعد.

ومن بين المراكز المتخصصة في حل النزاعات عن طريق الوساطة نجد مركز¹ (square trade) والذي يعتبر من أول المراكز المخصصة لتسوية النزاع عن طريق الوساطة، حيث يقوم المركز بتلقي طلب يتضمن البيانات الشخصية كالاسم، والمهنة والعنوان، والهاتف والبريد مع ذكر ملخص عن موضوع النزاع، وبعد استلام المركز الطلب يقوم بدراسة الطلب وارسال تأكيد عن قبوله مهمة النظر في النزاع، لينتقل فيما بعد لربط الاتصال بالطرف الآخر وترويده بنسخة من طلب الوساطة فإذا كان جوابه بالإيجاب، فيظهر من خلال تعبئة نموذج الاتفاق، وبعدها تبدأ عملية الوساطة فعليا، حيث يقوم المركز بتزويد أطراف النزاع قائمة تتضمن اسماء الوسطاء ومؤهلاتهم حتى يتسنى لهم اختيار الوسيط الذي يتولى فض النزاع القائم بينهم بشكل ودي².

¹ الموقع الإلكتروني لهذا المركز : <https://www.squaretrade.com/>

² محمد إبراهيم أبو الهجاء: "التحكيم الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية لفض النزاعات -الوساطة-التوفيق -التحكيم -المفاوضات المباشرة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، 2010. ص 35

الختامة

يعتبر موضوع حماية المستهلك الإلكتروني من أهم التحديات التي طرحتها التجارة الإلكترونية، فقد يتعرض هذا الأخير الى العديد من المخاطر في البيئة الإلكترونية منها ما يتعلق بالوسيلة الإلكترونية في حدّ ذاتها التي تقتضي وجود ائتمان الكتروني كضعف البنية التحتية للإنترنت لا سيما من حيث السرعة والموثوقية مما ينتج عنه شبكة غير مستقرة، ومنها ما يتعلق بالموارد الإلكتروني الذي يكون في وضعية تفوق اقتصادي ومعرفي في العلاقة العقدية، فضلا عن الاعلانات المضللة والممارسات التجارية التي يعرضها على المستهلك فيما يتعلق بالسلع والخدمات ومعلومات الاسعار المجزأة، فغالبا لا يتم ابلاغه بالسعر النهائي حتى تنتهي العملية برمتها، أيضا افتقاره إلى المعلومات حول اجراءات تسوية المنازعات وغيرها من الصعوبات التي تمنعه من اللجوء الى التعاقد بهذه الطريقة (تعاقد عن بعد).

وعليه تدخل المشرع الجزائري كغيره من المشرعين في الدول بهدف تنظيم التجارة الإلكترونية بالقانون رقم 05/18، وكان هذا التدخل التشريعي ضروريا بعد أن أصبحت هذه الطريقة في تسويق المنتجات والخدمات التجارية حقيقة اقتصادية، لكن يجب الاعتراف بأن لجوء المستهلك الإلكتروني الجزائري الى التجارة الإلكترونية من أجل شراء السلع والخدمات لا يزال يعتبره بعض الغموض والمخاوف، وهو وما استدعى بنا البحث عن آليات توفر حماية كافية للمستهلك الإلكتروني خلال المرحلة التعاقدية.

وفي نهاية دراستنا لموضوع حماية المستهلك الإلكتروني في ظل الدراسة المقارنة تم التوصل الى جملة من النتائج والتوصيات نعرضها فيما يلي:

أولاً: النتائج

- اتجه المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات المقارنة الى تعريف المستهلك الإلكتروني من خلال القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنه الشخص الذي يبرم تصرفات قانونية عن طريق الوسائل الإلكترونية من أجل الحصول على سلعة أو خدمة من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي، فالمستهلك الإلكتروني هو نفسه المستهلك بمفهومه التقليدي غير أنه يختلف عنه من حيث طريقة التعاقد التي تتم بوسيلة الكترونية.
- تتميز عقود التجارة الإلكترونية بالسرعة في الإبرام ودون الحضور المادي لأطراف العقد ويقوم على ذات الاركان التي يقوم عليها العقد التقليدي من رضا ومحل والسبب والاهلية.
- لكي يبرم العقد الإلكتروني صحيحا يشترط فيه تطابق الايجاب والقبول حتى يعتد كعقد رضائيا خاليا من عيوب الارادة.

- توصلنا الى أن تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني لا يدع أي غموض أو نقص في اعتباره عقد يبرم عن بعد، فكلما كان هناك مجال للتفاوض حول شروط العقد وبنوده، خرج هذا العقد من نطاق عقود الاذعان وكان عقد رضائي، فالأمر يتوقف على امكانية التفاوض حول شروط العقد.
- إن تحديد لحظة إبرام العقد الإلكتروني يترتب عليه مسألة مهمة تتمثل في الإثبات وعليه تنازعت النظريات في تحديد وقت انعقاد العقد كالحظة اعلان القبول أو لحظة استلامه، وتبين لنا أن نظرية العلم بالقبول هي التي تتلاءم مع العقد الإلكتروني لما فيها من تحقيق توازن بين مصالح المتعاقدين وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة من قانون التجارة الإلكترونية 05/18.
- تتخذ الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني خلال المرحلة السابقة على إبرام العقد عدة ضمانات باعتباره الطرف الضعيف في العقد من وذلك بضمان حمايته من الاعلانات المضللة والخادعة التي تؤثر على رضائه اضافة الى ضمان حقه في الاعلام والتبصر.
- يعتبر الاعلان التجاري من أهم الآليات القانونية المكرسة لمد المستهلك الإلكتروني بالمعلومات والخصائص الاساسية للسلع والخدمات، ولكي تكون اعلانات تجارية نزيهة يشترط فيها أن تكون المعلومات واضحة، دقيقة وصادقة.
- أجازت بعض التشريعات الاعلانات المقارنة الإلكترونية بشرط أن ترد المقارنة على سلع وخدمات متماثلة، وأن ترد على عناصر موضوعية، وننوه أن التشريعات العربية عموما ومن بينها المشرع الجزائري لم ينظم هذا النوع من الاشهار بين ثانيا مواد.
- لم يحدد المشرع الجزائري نصوص خاصة توفر الحماية المدنية للمستهلك من الاعلان التجاري المضلل، مما أدى الى ضرورة اللجوء الى القواعد العامة.
- إن الالتزام بالإعلام السابق على إبرام العقد يتم بموجبه تحديد شخصية المورد ووصف المنتج أو الخدمة محل التعاقد، ويعد جوهر هذا الالتزام هو الدافع الرئيسي لحماية المستهلك من الغش والتدليس.
- إن استخدام الوسائط الإلكترونية لإبرام العقد أدى الى اختلال توازن في العلاقة بين المستهلك والمورد، فالتفاوت المعرفي والاقتصادي بين أطراف عقد الاستهلاك يؤدي بالمورد الى فرض شروط تعسفية تزيد من التزامات المستهلك و تنتقص من التزامات المورد، وبالتالي تكون مجحفة

- في حق المستهلك، لذا تم منح القاضي في العديد من التشريعات سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إلغاءها أو فسخ العقد بين المورد والمستهلك من أجل تحقيق التوازن العقدي بين الاطراف.
- توفير حماية كافية للمستهلك الإلكتروني شددت بعض التشريعات على رأسها المشرع الفرنسي ادراج قوائم تتضمن شروط إذا تخللت العقد اعتبرت باطلة.
- لم يتطرق المشرع الجزائري صراحة في قانون التجارة الإلكترونية الى تنظيم الشروط التعسفية ضمن العقود الإلكترونية.
- زيادة على حق المستهلك في حمايته من الشروط التعسفية، أورد المشرع الجزائري مجموعة من الآليات القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني خلال مرحلة إبرام العقد في القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والتي تجلت في حق المستهلك الإلكتروني في العدول إضافة الى ضمان حماية معطيائه الشخصية.
- يعتبر الحق في العدول من أهم الضمانات المكرسة قانونا، إذ يعتبر من أهم وسائل حماية المستهلك الإلكتروني نظرا لعدم تمكنه من المعاينة الفعلية للسلع وتحققه من الأداء المناسب للخدمات.
- ألزم المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية 05/18 المورد الإلكتروني بحماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني وذلك من خلال احترام القيود القانونية المفروضة عند معالجة هذه المعطيات كالحصول على الموافقة المسبقة للمستهلك قبل جمع بياناته وضمان نظام أمن المعلومات وسرية المعلومات.
- يلعب اثبات التعاقد الإلكتروني دور مهم في التجارة الإلكترونية حيث يعد من أهم الوسائل خاصة عند حدوث النزاع بين الاطراف حول بنود العقد، وهو ما تم التوصل اليه باعتبار أن الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لهما نفس قوة الاثبات الكتابية التقليدية.
- مراعاة لخصوصية التعاقد الإلكتروني تدخل القانون بتشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية لحماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر التعاقد، ومن هذه التشريعات قانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الذي سعى نحو تعزيز الحماية صوب البيانات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني من خلال وضع آلية التشفير، وتوثيق العقد من خلال تدخل طرف ثالث المتمثل في جهات التصديق الكروني الذي يقوم بإصدار شهادة الكترونية تحتوي على مجموعة من البيانات تؤكد العلاقة ما بين الموقع وتوقيعه الإلكتروني .

- يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العقد الإلكتروني من خلال الاتفاق الصريح أو الضمني للأطراف وفي حالة عدم وجود اتفاق بينهم يتم اللجوء الى مكان إبرام العقد. ولما كان ضابط الإدارة هو ضابط الإسناد الأصلي في عقود التجارة الإلكترونية، فإنه يشكل مصدر قلق للمستهلك لأن أعمال القواعد التقليدية على منازعات التجارة الإلكترونية لا يهدف الى تحقيق حماية أفضل له باعتباره الطرف الضعيف، لان خضوع العقد لقانون الإرادة دائما ما يسعى الى تحقيق مصلحة الطرف القوي إذ غالبا ما نجده يبحث عن القانون الأكثر صلاحية له ملبيا لطموحاته التعاقدية دون أدنى اعتبار لمصالح المستهلك، الامر الذي جعل العديد من التشريعات وضع قيود على مبدأ سلطان الإرادة من أجل حماية المستهلك، حيث أوجبت أن ألا يكون من شأن هذا الاختيار الإخلال بالقواعد الامرة في قانون موطن المستهلك.
- تتنوع الاليات المستخدمة في تسوية منازعات الاستهلاك من خلال الطرق الودية لحل المنازعات والمتمثلة في التحكيم والوساطة التي تعتبر من أنجع الوسائل للفصل في المنازعات التي تتم بين المستهلك والمورد لما تتمتع به هذه الوسائل من سرعة في البث في النزاع وانخفاض التكاليف وسهولة في التنفيذ.

ثانيا: الاقتراحات.

ومن الاقتراحات التي خرجنا بها من خلال دراستنا لموضوع حماية المستهلك الإلكتروني ما يلي:

- نأمل من المشرع اعادة ضبط قانون التجارة الإلكترونية لا سيما فيما يتعلق بالشروط التعسفية.
- العمل على تنظيم أحكام وضوابط ممارسة الحق في العدول والعمل على ادراج مواد موحدة بين التشريعات بخصوص مهلة العدول.
- ضرورة اصدار مراسيم تنظيمية خاصة بحماية المستهلك الإلكتروني .
- العمل على تكوين المكلفين بالتحقيق خصوصا الاعوان التابعين لوزارة التجارة في مجال العقود الإلكترونية.
- الاستفادة من خبرات وتجارب التوجيهات الأوروبية في مجال حماية المستهلك الإلكتروني والعمل على المصادقة على اتفاقيات دولية التي تأطر العقد الإلكتروني.
- ضرورة تدعيم المنظومة القانونية بنصوص خاصة تنص على القانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية.

- نأمل من المشرع الجزائري توفير حماية خاصة للمستهلك الإلكتروني من خلال الدفع الإلكتروني بهدف تسهيل عملية التعاقد وجذب المستهلكين لهذا النوع من المعاملات، حيث تشمل بيئة الدفع الإلكتروني مجموعة من المخاطر منها ماينجم عنا لاستخدام غير المشروع للبطاقة البنكية، وفي سبيل تأمين هذه البيئة يتوجب العمل على إيجاد الضمانات الكفيلة بذلك، وتوفير الحماية القانونية اللازمة لوسائل الدفع الإلكتروني الخاصة بالمستهلك.
- العمل على تحسيس وتوعية المستهلك الإلكتروني بحقوقه وهذا من خلال التعاون مع جمعيات حماية المستهلك والمجتمع المدني .

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

❖ المصادر :

القرآن الكريم : سورة النساء اية 29

• النصوص القانونية:

أولا النصوص القانونية الأجنبية :

1. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، الصادر في 09 رمضان 1367، الموافق ل 16 يوليو 1948 .
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الصادر في 9 رمضان سنة 1367 هـ الموافق 16 يوليو سنة 1948
3. التشريع للكسمبورجي الصادر في 19 مايو 1961.
4. الفصل 30 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي الصادر في 9 أوت 2000 الرائد الرسمي ، ع 64 ، المؤرخ في 11 أوت 2000
5. قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 ، الصادر في تاريخ 11 أوت، 2000 المنشور في جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية
6. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 الصادر في 2002/02/12.
7. القانون الاساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ 2004/07/27 والمتعلق بحماية المعطيات الشخصية، والصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، س : 147، ع 61، بتاريخ : 2004/07/30
8. القانون المصري رقم 2004/15 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وانشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات، الجريدة الرسمية المصرية، عدد 17 الصادر في 2004/04/22
9. القانون المغربي، ظهير شريف رقم 01-11-03، الصادر في 14 ربيع الأول 1432 الموافق ل 18 فبراير 2011 بتنفيذ القانون 31-08 قاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، منشور في ج ر م م، ع 5932.
10. المرسوم رقم 2-12-503 الصادر بتاريخ 2013/9/11 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ع 6192، ج ر م م، المؤرخة في 3 أكتوبر 2013
11. القانون الاردني للمعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015، الصادر عن غرفة تجارة عمان الاردن في 19 أيار 2015 ج ر 5292
12. قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018 الصادر في 13 سبتمبر 2018 جريدة رسمية عدد 37
13. قانون رقم 151 لسنة 2020 المتعلق بحماية البيانات الشخصية المصري، ج ر عدد 28 الصادر في 15 يوليو 2020

ثانيا النصوص التشريعية الداخلية:

أ- الدستور:

دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 18/07/2008 ج ر عدد 63 الصادر في 16 نوفمبر 2008 والمعدل بالقانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج ر رقم 14، والمعدل بالقانون 2020 ج ر عد 82 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020.

ب- الأوامر:

1. الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 ط ديسمبر 2014، ج ر ج ج، ع 78، 2007، المؤرخة في 13 مايو 2007

2. الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19/07/2003 يتعلق بالمنافسة، ج ر رقم 43 بتاريخ 20 يوليو 2003

3. الأمر رقم 03-05، مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ج ج، ع 44، المؤرخة في 23 يوليو 2003.

4. الأمر رقم 04-10 المؤرخ في المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت 2010، المعدل والمتمم لأمر 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثاني عام 1424 الموافق 26 غشت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، ع 52 المؤرخة في 27 غشت 2003.

5. الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 15/08/2010 يعدل ويتمم الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج ر رقم 46 بتاريخ 18 أوت 2010

ج- القوانين:

01. قانون 11/18 المؤرخ في 11 يونيو المتعلق بالصحة، ج ر ج ج عدد 46 صادر في 29 يوليو 2018

02. القانون 05/91 المؤرخ في 16/01/1991 يتضمن استعمال اللغة العربية، ج ر عدد 03

03. قانون رقم 2000-03 مؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1421 الموافق ل 05 أوت 2000 يحدد القواعد العامة المرتبطة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 48

04. القانون رقم 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 64، 65، 2003.

05. قانون رقم 04-15 مؤرخ في 10/11/2004، المتضمن لجرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات ج ر عدد 7

06. قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد الطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج، ع 41، مؤرخة في 27 جوان 2006.

07. القانون 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية المعدل والمتمم بالقانون 08-44 المؤرخ في 26 محرم 1429 الموافق ل 3 فبراير 2008
08. قانون 06-04 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فيفري 2006 المعدل والمتمم لقانون 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات ج ر ج ج، ع 15 الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006.
09. قانون رقم 03/09 - المؤرخ 29 صفر عام 1430 في الموافق 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر ج ج، ع 15، المؤرخة في 8 مارس 2009
10. القانون رقم 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009، تضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47
11. قانون رقم 10-06 مؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق 15 أوت سنة 2010، يعدل ويتمم القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 18 أوت 2010
12. القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر 28
13. القانون رقم 18-07 مؤرخ في 10 يونيو 2018 يتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج ر عدد 34
14. قانون رقم 09-18 ج ر ج ج، ع 35، يعدل ويتمم القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مؤرخ في 25 رمضان عام 1439، الموافق ل 10 يونيو سنة 2018 ، ج ر ج ج، ع 35، مؤرخة في بتاريخ 13 يونيو 2018 .
15. القانون رقم 14/21 المؤرخ في 23 جمادى الأولى 1443 الموافق ل 28 ديسمبر 2021 يعدل ويتمم الامر رقم 15666 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات .، ج ر 99
16. ق 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق في 25 فبراير سنة 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، ج. ر. عدد 21، المعدل والمتمم بالقانون 13/22 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق ل 12 يوليو سنة 2022 ج ر عدد 48.
17. قانون رقم 09/22 مؤرخ في 4 شوال عام 1443 الموافق ل 5 مايو 2022 يعدل ويتمم الامر رقم 59/57 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري ج ر عدد 32

د- المراسيم:

1. مرسوم تنفيذي رقم 39-90 مؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 جانفي 1990 متعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، ج ر ج ج ، ع 5، المؤرخة في 31 جانفي 1990
2. المرسوم رقم 70/74 المؤرخ في 3 افريل 1974 يتضمن تعريب الاعلانات الخاصة بالإشهار التجاري ج ر رقم 1974/29
3. المرسوم التنفيذي رقم 06/306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 ويحدد العناصر الأساسية في للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر رقم 56
4. المرسوم التنفيذي 44/08 المؤرخ في 03 فبراير 2008 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر رقم 07 المؤرخة في 10 فبراير 2008
5. المرسوم التنفيذي 09/65 المؤرخ في 11 صفر 1430 الموافق سنة 2009، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الاسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع أو الخدمات المعينة، ج ر رقم 10
6. المرسوم التنفيذي 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المحدد لشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ج . ر . ع . 58.
7. المرسوم التنفيذي 15-114 مؤرخ في 23 رجب عام 1436 الموافق 12 مايو سنة 2015 يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي ج ر ج ج ، ع ، 24 مؤرخ في 13 مايو 2015

❖ المراجع:

المراجع باللغة العربية :

أولاً: الكتب

أ- المراجع العامة :

1. أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الانترنت، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط 1، 2017.
2. إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لبرام العقد الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، بيروت، لبنان 2016.
3. باطلي غنية، وسائل الدفع الإلكترونية، دار هومه، ط 1، الجزائر، 2018
4. بشار محمود دودين، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، 2006
5. بلحاج العربي، المشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، 2011
6. جلال عايد الشورة، وسائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، الاردن، 2008
7. حسام أسامة شعبان، الاختصاص بمنازعات التجارة الإلكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الانترنت دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط 1، الاسكندرية، مصر، 2019

8. **حسان سعاد**، اثبات التعاملات الإلكترونية وفقا للقانون الجزائري والتشريعات المقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، 2019، الاسكندرية، مصر
9. **حسن عبد الباسط جميعي**، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك – دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996،
10. **حمودي محمد ناصر**، عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012
11. **خالد جمال أحمد**، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003
12. **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006
13. **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008 2009
14. **رضا متولي وهدان**، الخداع الإعلاني وأثره في معيار التدليس، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013
15. **سي يوسف زاهية حورية**، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009
16. **شهيدة قادة**، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للكتاب، مصر 2007
17. **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006
18. **عبد الرزاق السنهوري**، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالفقه العربي)، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998
19. **عبد الرشيد مأمون**، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
20. **عبد الفتاح بيومي الحجازي**، مقدمة في التجارة الإلكترونية، المجلد الثاني، التجارة الإلكترونية في دولة الامارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر 2001
21. **عصام عبد الفتاح مطر**، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والاجنبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر 2009
22. **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 5، 2003 ،
23. **فتيحة حزام**، قانون المعاملات الإلكترونية دراسة على ضوء القانون 05/18، الفا للوثائق للنشر والتوزيع، ط 1، قسنطينة، الجزائر، 2022
24. **لخضر رفاف**، بطاقة الائتمان والالتزامات الناشئة عنها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2016 .
25. **محمد حسن قاسم**، مراحل التفاوض في عقد المكنة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.س.ن

26. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر 2003.
27. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي القاهرة، مصر، د ط، 2006 .
28. محمد سعيد أحمد اسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2009 بيروت، لبنان.
29. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 3، عمان، الاردن، 2011
30. محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، الاردن،
31. معوض عبد التواب، الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني، جزء الأول، ط 4، منشأة المعارف، القاهرة، 1998
32. مقتي بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري تنظيم ومهام ومسؤوليات، د ط، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2013.
33. مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2009.
34. مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.
35. ميرفت ربيع عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004.
36. محمد إبراهيم أبو الهجاء، "التحكيم الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية لفض النزاعات -الوساطة- التوفيق -التحكيم -المفاوضات المباشرة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2، 2010.
37. مصطفى محمد جمال ، السعي إلى التعاقد مظاهره ، وآثاره القانونية ، د ط ، منشأة الكتب الجامعية مصر ، 2000 .
38. محمد أمين الرومي ، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت ، ط 1 ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ، مصر ، 2004
39. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
40. يمينة حوجو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري ، ط 1، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2016.
- ب- المراجع المتخصصة :**

1. أبو عمرو مصطفى أحمد، الالتزام بالإعلام في عقود المستهلكين دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
2. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
3. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1994.
4. اسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، ط 1، جامعة طنطا دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.
5. اسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، دط، الاسكندرية، مصر، 2008.
6. بان سيف الدين محمود المشهداني، عباس يوسف جابر، التعبير عن الارادة في عقود الاستهلاك الإلكتروني، دار الوفاق للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، الاردن، 2022.
7. بتول صراوة عبادي، التضليل الاعلاني التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2011.
8. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006،
9. بوشارب ايمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، 2018.
10. جمال زكي الجر يدلي، البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنت، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008.
11. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997.
12. خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008.
13. خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، د ط، الدار الجامعية، مصر، 2007.
14. رشا علي جاسم العامري، الرجوع في التعاقد دراسة مقارنة، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2017.
15. سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دراسة مقارنة بين المصري والفرنسي والمغربي واللبناني والتونسي والتوجهات الاوروبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر 2018.
16. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1، 2000.
17. شريف محمد غانم، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص
18. طارق الحاج، التسويق من المنتج الى المستهلك، ط 1، دار صفا للنشر، عمان، 1999.
19. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، د ط، دار النهضة العربية، 1996.
20. عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع، دون دار النشر، 2005.

21. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، الاسكندرية، مصر، 2008
22. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012
23. علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، ط 1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2017
24. علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2017
25. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ط 2 الاسكندرية، 2016
26. لزهرة بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومه، الجزائر، 2012
27. محمد احمد عبد الحميد احمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، د ط، دار الجامعة الجديدة، 2015
28. محمد الحسني، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014
29. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008
30. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006
31. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002
32. مرتضى احسان هادي، حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2020
33. مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول دراسة مقارنة، ط 1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016.
34. مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016،
35. مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011،
36. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف مفهومه التزاماته ومسؤولياته، دار النهضة العربية، القاهرة،
37. مومني بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر التعاقد، عالم الكتب الحديث، الاردن 2004
38. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، ط 2، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990
39. هيثم حامد المصاروة، أحمد عبد الرحمن المجالي، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية، مكتبة القانون والاقتصاد، ط 1، الرياض، السعودية، 2015
40. الهيثم عمر سليم، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية بين الضمانات التقليدية والضمانات المتخصصة، دار النهضة العربية، ط 1، القاهرة، 2013

ثانيا: الرسائل الجامعية :

أ- أطروحة الدكتوراه:

1. احمد شهاب أزغيب ، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر 2016
2. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2015
3. بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، جامعة الجزائر (01)، كلية الحقوق، 2015-2016،
4. بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام آلية لحماية المستهلك رسالة دكتوراه تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، السنة 2017/2018
5. بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017
6. جامع مليكة، حماية المستهلك المعلوماتي، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس السنة الجامعية 2017/2018
7. جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2002
8. جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، السنة 2017/2018
9. جواهره عبد الكريم، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2018
10. حامق ذهبية، حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، دكتوراه دولة، جامعة الجزائر كلية الحقوق، السنة 2009/2010
11. خشبية حنان، الحماية المدنية للمستهلك في المجال الإلكتروني، اطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، المركز الجامعي مغنية، السنة 2021/2022
12. خلوي عنان نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الانترنت دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم حقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018/07/2
13. عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في اطار المعاملات الإلكترونية، رسال الدكتوراه في العلوم كلية القانون والعلوم السياسية، قسم حقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018 ،
14. عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 16 جوان ، 2014
15. فرحات ريموش، الالتزام بالإعلام، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011/2012
16. مكي فلة، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر 1، السنة الجامعية 2015/2016

17. ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، د ارسنة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الاسلامي رسالة الدكتوراه المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة السنة 1999
18. نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية - عقد البيع نموذجاً - (أطروحة لنيل الدكتوراه)، جامعة محمد الخامس أكادال الدار البيضاء المغرب، كلية الحقوق، 2004 – 2005
- ب- مذكرات الماجستير :

1. عبد الله نيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الخاص، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009
2. غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012
3. لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008
- ج-المدارس العليا :

1. برني ندير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء مجلس قضاء قالمة، دفعة رابعة عشر، الفترة التكوينية 2006/2003

ثالثا: المقالات العلمية :

1. أحمد السعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الاعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق، عدد الرابع، الكويت، 1995
2. أحمد ابراهيم حسين الحيارى ، عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الانترنت دراسة مقارنة في القوانين الأردني والفرنسي ، المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية ، مج 1، ع 02 ، جامعة مؤتة عمادة البحث العلمي ، الأردن ، تموز 2009
3. أحمد سامي مرهون المعموري، الحماية المدنية المترتبة عن الاعلان التجاري المقارن، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد 14، سنة 2012
4. بساعد سامية، حماية البيانات الشخصية للمستهلك من خاطر الدفع الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلد 15، العدد 01، سنة 2022
5. بن علي نريمان، حمودي ناصر، الدفع الإلكتروني في الجزائر بين العوائق التي تواجهه والحماية الفنية والجزائية المقررة له، مجلة دراسات وابحاث المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلد 13، عدد 4، السنة الثالثة عشر، 2021
6. جريفلي محمد وبحموي شريف، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في الشريعة الجزائري ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، ع 11، قسم الدراسات القانونية والشرعية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، جانفي، 2017
7. جفالي حسين، الحماية الجنائية لتوقيع المستهلك الإلكتروني في التشريع الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 3، مجلد 01، جامعة عمار تلجي، بالأغواط

8. **حورية سي يوسف زاهية**، حق العدول عن العقد الية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مج 7، ع 2، المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أخموخ تمناست معهد الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، رمضان 2018.
9. **زوطاط نصيرة**، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 7، عدد 1، السنة 2019
10. **سالم عبد الكريم**، عقد الاستهلاك الدولي بين الخصوصية والقانون الواجب التطبيق، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 06، العدد 01، جوان، 2021
11. **سلام منعم مشعل**، وسائل الدفع الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، مجلد 10، العدد 1، السنة 2008
12. **سليمان براك دايج**، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، مج 8، ع 14، جامعة النهريين، بغداد، 2005، ص 10
13. **صافي حمزة**، حقوق المستهلك المتعاقد عبر شبكة الانترنت، الملتقى الدولي السابع عشر حول: "الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة" المنعقد يومي 11/10 أفريل 2017 منشور في مجلة الحقوق والحريات، العدد 4، افريل 2017
14. **عبد العزيز صحراوي**، فعالية استخدام وسائل الدفع الإلكترونية الحديثة في الوقاية من جائحة كورونا بطاقة الدفع الإلكتروني (الذهبية) لبريد الجزائر نموذجاً، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، المجلد 13، عدد 03، 2020
15. **عبد الله مخلفي زائنا زكرياء**، مبررات حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد 3 عدد 2 جزء الثاني، 2019، العراق
16. **عيسى بخيت**، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، ع 24، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، سنة 2017
17. **عبد المجيد خلف منصور العنزي**، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي دراسة مقارنة مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 2، س 6، أكاديمية سعد عبد الله للعلوم الأمنية. الكويت - يونيو 2018
18. **قادة شهيدة**، الالتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الاملاك، عدد 9، سنة 2011
18. **قميش خولة وبلعة جويده**، وسائل الدفع الإلكتروني في بريد الجزائر الواقع والتحديات، مجلة المغاربية للإدارة التنظيمية، المجلد 05، عدد 01، السنة 2021
19. **معزوز دليلة**، حماية المعطيات الشخصية في البيئة الافتراضية في التشريع الجزائري الواقع والتحديات، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد 10، عدد 1، السنة 2021
20. **منصور حاتم محسن**، منصور حاتم محسن، العدول عن التعاقد عبر الانترنت، مجلة المحقق الحلبي للقانونية والسياسية، ع 2، س 4، جامعة بابل، العراق، 2012.

21. نسرين محاسنة، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني دراسة في ضوء قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية القطري مقارنة بالتوجيه الأوروبي لحقوق المستهلك ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 4، س 6 ، كلية القانون جامعة قطر، 2018،
19. هادف حيزية، نجاح وسائل الدفع الإلكتروني والتحول الجوهري الى عمليات التفاعل مع التجارة الإلكترونية : استعراض لتجارب بعض الدول الاوروبية، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحيا فارس المدية ، مجلد 8، عدد 02، 2014
20. وليد خالد عطية و عباس عبد الصمد عباس ، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول عن العقد دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الاسلامي، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، مج 4 ، ع 15 ، جامعة كركوك ، العراق ، 2015
- المراجع باللغة الأجنبية :

OUVRAGES :

1. Bensouan Alain , le commerce électronique, aspects juridiques, Editions Hernés, Paris 1998.
2. Bertier de Bérénice -Lestrade, « Acte électronique et métamorphoses en droit des contrats », in Métamorphoses de l'acte juridique, s. la dir. de Marc Nicod, éd. Institut Fédératif de Recherche - Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2011.
3. Geoffray BRUNAUX , 'le contrat à distance au XXIe siècle , préf, de natachea sauphanor –Brouillaud , 'bibliothèque de droit privé , tome 524 ,LGDJ , 2010
4. Calais-auoy Jean et TEMPLE Henri, Droit de la consommation, Dalloz, 9ème, Paris, 2015
5. HARRAT Mohammed, LA PROTECTION DU E-CONSOMMATEUR DANS LE CONTRAT ELECTRONIQUE (ETUDE COMPARATIVE), Revue de Droit et Société, Vol : 08 No : 01, Année : 2020
6. Pizzio J.P., L'introduction de la notion de consommateur en droit française D., chron. 1982, N°20, P91
7. Jean-Denis Pellier ,Droit de la consommation , 3e éd, 2021 , DALLOZ , paris
8. J.M.MOUSSERON , La dureedans la formation des contrats ,mélanges hauffert ,1974
9. Bruguière Jean-Michel commerce électronique et protection du consommateur , jurisclasseur Commercial , Cote : 05,2009 ,

10. Julien Jérôme , Droit de la consommation ,LGDJ ,3em éd ,paris , 2019
11. Archambault LUCILE , la formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur , mémoire , université paris 1 panthéon – Sorbonne des droit de l'internet, administration et entreprise , 2003 – 2004 ,
12. fabre muriel magnan, essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, thèse doctorat paris1,1991
13. Delmas Martie Murielle, « Etudes juridiques comparatives et internationales du droit », in Annuaire du Collège de France, 2007-2008 Disponible sur le lien : <https://www.cairn.info/le-droit-du-commerce-electronique--9782130533795-page-36.htm>
14. LE TOURNEAU Philippe, la responsabilité civile professionnelle , Économique , 3 Paris , 1991
15. LE GAC-pech Sophie droit de la consommation ,1er édition , dalloz , 2017
16. Daoudi Tahar ,Les opérations de banque , collection banque , ed El maarif el jadida , rabat , maroc , 2004
- 17.VERBIEST Thibault, Commerce électronique, le nouveau cadre juridique , éd LARCIER , 2004
- 18.(B) STARCK, (H) ROLAND et (L) BOYER, droit civil , les obligations , tom 2 , 6ème éd . Litec ,1998 , n 410
- 19.(J) FLOUR et (J-L) AUBERT, droit civil , les obligations , l'acte juridique , 6ème éd, Armand collin , paris , 1994

Thèse du doctorat :

-Edderouassi Meryem, Le contrat électronique International, s. dir. Martine Exposito Université Grenoble Alpes, 2017

RUVUE :

1. Gautrais Vincent, Les principes unidroit face au contrat électronique, Revue juridique Thémis , (2002-01-01) canada
2. DIDIER GOBERT La publicité sur Internet – Le droit en (r)évolution , revue Biquité , n° 7 , dec 2000
3. (P.) BRESSE et (G.) KAUFMAN, Guide Juridique de l'internet et du commerce électronique, librairie vuibert ,2000
4. Bertier de Bérénice -Lestrade, acte électronique et métamorphose en droit des contrats, in revue métamorphose de l'acte juridique, s.la direction de marc nicod 2017

TEXTE JURIDIQUE :

1. Ordonnance n° 2004-1199 du 12/11/2004, JORF du 14/11/2004
2. Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016
3. Ordonnance n °2016-301 du 14 mars 2016
4. LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique modifié par la Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 v. art. 20/1
5. LOI n°2018-287 du 20 avril 2018 – code civil français
6. LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations
7. Cass. Civ. 14 dec.1982, Bull.civ, I, n°361
8. Cass.com.6 mars 1990 bull .civ.iv N°74
9. Code de la consommation française, Dernière modification du texte le 01 janvier 2017
10. Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 : La publicité doit être conforme aux exigences de véracité
11. Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et33 de la loi n°86-1067 du 30/09/1986 relative a la liberté de communication (loi Léotard),www legifrance.gouv.fr
12. Directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil (modifiant la directive 93/13/CEE et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs), in JOUE, n°, L 328, 18/12/2019
13. DIRECTIVE 2000/31/CE DU PARLEMENT EUROPE´ EN ET DU CONSEIL du 8 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»):
14. DIRECTIVE 2011/83/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil
15. Directive 97/7 du parlement européen et du conseil du 20 Mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat a distance (journal officiel n° L144 du 04 Juin 1997).

16. Directive du conseil n°84/450 du 10 sept 1984 relative au rapprochement des disposition législative réglementaires et administratives des états membres en matière de publicité trompeuse JOCE N°L250 du 19/9/1984

17. Directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret, in Journal officiel de CE, n° L 144 du 04/06/1997 pp. 0019 – 0027.

الفهرس

الفهرس

1 مقدمة
7	الباب الأول: الآليات القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني في المرحلة السابقة للتعاقد
9	الفصل الأول: ماهية حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني.....
11	المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية وطبيعتها القانونية.....
11	المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني.....
12	الفرع الأول: التعريف الفقهي والتشريعي للعقد الإلكتروني.....
18	الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن ما يشبهه.....
24	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية.....
27	المطلب الثاني: خصوصية أركان العقد الإلكتروني.....
27	الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني لحظة تطابق الإرادتين.....
33	الفرع الثاني: صحة التراضي في عقود التجارة الإلكترونية.....
36	المبحث الثاني: أطراف عقد الاستهلاك الإلكتروني.....
36	المطلب الأول: مفهوم المستهلك الإلكتروني ومعايير تمييزه عن المورد.....
37	الفرع الأول: تعريف المستهلك الإلكتروني.....
44	الفرع الثاني: تحديد مفهوم المورد.....
48	المطلب الثاني: دوافع حماية حقوق المستهلك المتعاقد عبر شبكة الانترنت.....
48	الفرع الأول: المبررات القانونية.....
50	الفرع الثاني: المبررات التقنية.....
52	الفصل الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التفاوض.....
53	المبحث الأول: التنظيم القانوني للإعلان التجاري الإلكتروني.....
	المطلب الأول: ماهية الاعلان التجاري الإلكتروني La publicité commerciale
53électronique
	الفرع الأول: مفهوم الاعلان التجاري الإلكتروني وتمييزه عن بعض المصطلحات
54المشابهة
62	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإعلان التجاري الإلكتروني.....

La publicité comparative المقارن الإلكتروني الاعلان الثالث: الفرع	
64 électronique	
المطلب الثاني: مظاهر حماية المستهلك في مواجهة الاعلانات التجارية المضللة .	68
68 الفرع الأول: مفهوم التضليل الاعلاني التجاري	
73 الفرع الثاني: وسائل حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية	
الفرع الثالث: موقف التوجيه الاوروبي لسنة 2005 من الممارسات المضللة:	
التقريب التشريعي لنصوص التوجيه الاوربي مع التشريعات الوطنية	
82 rapprochement des législations))	
المبحث الثاني: الأحكام العامة للالتزام قبل التعاقد بالإعلام	85
86 المطلب الأول: ماهية الالتزام قبل التعاقد بالإعلام	
86 الفرع الأول: تعريف الالتزام قبل التعاقد بالإعلام	
95 الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقد بالإعلام	
المطلب الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام وجزاء الاخلال به	100
100 الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام	
108 الفرع الثاني: جزاء الاخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام	
الباب الثاني: الآليات القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد ...	116
118 الفصل الأول: تحقيق التوازن العقدي في عقود الاستهلاك	
119 المبحث الأول: الحق في العدول كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني	
119 المطلب الأول: ماهية العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني	
120 الفرع الأول: مفهوم الحق في العدول وتمييزه عن الانظمة المشابهة له	
127 الفرع الثاني: نطاق حق العدول	
130 الفرع الثالث: الأساس القانوني للحق في العدول	
138 المطلب الثاني: أحكام حق العدول	
138 الفرع الأول: ممارسة حق العدول	
143 الفرع الثاني: آثار ممارسة الحق في العدول	

الفرع الثالث: آثار مباشرة حق العدول على عقد الاستهلاك والعقود المرتبطة به	146
المبحث الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية.....	148
المطلب الأول: ماهية الشروط التعسفية.....	148
الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي.....	149
الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي.....	155
الفرع الثالث: أسلوب القوائم كآلية لتحديد الشرط التعسفي.....	156
المطلب الثاني: مظاهر حماية المستهلك من البنود التعسفية.....	162
الفرع الأول: الرقابة القضائية على البنود التعسفية.....	162
الفرع الثاني: الرقابة الإدارية على البنود التعسفية (لجنة البنود التعسفية)	
Commission du contrôle des clauses abusives.....	165
الفرع الثالث: الجزاء المترتب على الشرط التعسفي.....	168
الفصل الثاني: الجوانب التقنية والقانونية لحماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد.....	171
المبحث الأول: الشكلية في العقد الإلكتروني واحترام حق المستهلك الإلكتروني في	
خصوصيته.....	172
المطلب الأول: إشكالية إثبات العقود الإلكترونية.....	172
الفرع الأول: وسائل اثبات العقود الإلكترونية ودورها في حماية المتعاقد الإلكتروني	
.....	173
الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني.....	177
الفرع الثالث: التصديق الإلكتروني كآلية لحماية التوقيع الإلكتروني للمستهلك.	181
المطلب الثاني: حماية البيانات الشخصية للمستهلك.....	193
الفرع الأول: مفهوم الحق في الخصوصية وصور التعدي عليه.....	193
الفرع الثاني: آليات حماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني.....	199
المبحث الثاني: آليات حماية المستهلك الإلكتروني في حالة النزاع.....	206
المطلب الأول: القواعد التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق لحماية المستهلك	
.....	207
الفرع الأول: اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف.....	207

210	الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود اتفاق
216	المطلب الثاني: امكانية اللجوء للوسائل البديلة لفض المنازعات الاستهلاكية.....
216	الفرع الأول: التفاوض عبر الأنترنت
217	الفرع الثاني: التحكيم الإلكتروني
224	الفرع الثالث: الوساطة الإلكترونية
226	الخاتمة
232	قائمة المصادر والمراجع.....
248	الفهرس



الملخص:

أدى شيوع وانتشار التعاملات الإلكترونية إلى تعدد وكثرة المخاطر المحيطة بالمستهلك الإلكتروني باعتباره طرف ضعيف من حيث المعرفة القانونية والاقتصادية مقارنة مع المورد الإلكتروني الذي يملك جميع مقومات التفوق الاقتصادي والمعرفي في العلاقة التعاقدية، مما استدعى الأمر إلى تفعيل آليات وميكانيزمات تحمي المستهلك الإلكتروني في المرحلة التعاقدية بما فيها المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة إبرام العقد، نظرا لخصوصية هذا النوع من التعامل الذي يتعدى الحدود الجغرافية للدول، لذا كان لزاما وضع قوانين تركز الحماية الفعالة للمستهلك الإلكتروني في هذين المرحلتين، إذ تبدو هذه الحماية على ضوء القانون الجزائري من خلال الدور الذي يلعبه القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية إضافة إلى ما نصت عليه القواعد العامة لتكريس هذه الحماية مقارنة بالتشريعات المقارنة على رأسها القانون الأوروبي والفرنسي.

الكلمات المفتاحية: المستهلك الإلكتروني، المورد الإلكتروني، الحماية القانونية، التجارة الإلكترونية، خصوصية التعاقد.

Résumé:

La prévalence des transactions électroniques a conduit à la multiplicité et à l'abondance des risques entourant le consommateur électronique entant que partie faible en termes de connaissances juridiques et économiques par rapport au fournisseur électronique qui possède tous les éléments de supériorité économique et de connaissance dans la relation contractuelle, ce qui nécessite l'activation de mécanismes qui protègent le consommateur électronique au stade contractuelle y compris la phase précontractuelle et la phase du conclusion de contrat, compte tenu de la confidentialité de ce type de transaction qui transcende les frontières géographiques des pays, il était nécessaire d'élaborer des lois qui consacrent une protection apparait au regard de la loi algériens à travers le rôle joué par la loi n° 18/05 relative au commerce électronique en outre de ce qui était stipulé dans les règles générales pour consacrer cette protection par aux législations comparées notamment européenne et française.

Mots clés: consommateur électronique, fournisseur électronique, la protection juridique, le commerce électronique, confidentialité des contrats.

Abstracts:

The wide spread of electronic transaction has led to the multiplicity and several risks surrounding the electronic consumer since he is considered as a weak part in terms of legal and economic knowledge compared to the electronic supplier who possesses all the elements of economic superiority and knowledge in the contractual relationship , which includes the activation of mechanisms that protect the electronic consumer at the contractual stage requiring the precontractual phase as well as the phase of the conclusion of the contract , taking into account the confidentiality of this type of transaction which has passed the geographical borders of the countries , it was necessary to develop laws that pass protection appears under Algerian law throughout the system of the applied law n°18/05 on electronic trade in addition to what was monitored in the general rules to conduct this protection by comparative legislation, particularly the European countries and France.

Keywords: e-consumer, e-supplier, legal protection, e commerce, contract, confidentiality.