



جامعة باتنة 1 الحاج لخضر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الحماية القانونية للمستهلك في العقد

الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل. م. د الطور الثالث في الحقوق
تخصص: قانون الأعمال

إشراف الأستاذ الدكتور :
مخلوفي عبد الوهاب
المشرف المساعد : ادباطلي غنية

إعداد الطالبة الباحثة:
عبابشة أميرة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	السنة
أ. د. زارة سألحي الواسعة	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	رئيسا
أ. د. مخلوفي عبد الوهاب	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	مشرفا ومقررا
أ. د. باطلي غنية	أستاذ التعليم العالي	جامعة سطيف 2	مشرفا مساعدا
د. ثابتي وليد	أستاذ محاضرا	جامعة باتنة 1	عضوا ممتحنا
د. زروق نوال	أستاذ محاضرا	جامعة سطيف 2	عضوا ممتحنا
د. محمودي سباح	أستاذ محاضرا	المركز الجامعي بريكة	عضوا ممتحنا

السنة الجامعية
2020, 2021

الاهداء:

إلى التي تحت قدمها الجنان وكرّمها العليّ الرّحمان ،إلى نبع الحنان فيض الأمان إلى من تتربّع على عرش قلبي بما فيه من وجدان ،إلى من أكن لها كلّ الحب والتقدير والعرفان ،إلى من أوصى ببرها العليّ الرّحمان .إلى من أضاءت الأنوار واحتزقت كلّ مساء بشوق الحرمان إلى من ذللت أمامي الصعاب وجعلت الأشواك في دربي أزهار ،وعلمّمتي أنّ النجاح يكون بالكفاح والأمل والإرادة مهما طال الانتظار ،إلى من ساندتني ولا تزال وراء سرّ نجاحي في مسيرة العلميّة .إليك حبيبتي الغالية أمي الحنون .

إلى من للنجاح والتألق ساعدني إلى من شجعتني وكان أنيس وحدتي ،إلى من عبد لي الدّرب وخفّف ألمي ،إلى من ضحى بوقته وسعادته من أجلي ،إلى من حلق معي من تشريع إلى تشريع كمنحلة تراقص الزهور على نغمات الربيع... .

إليك أبي الحبيب ففخر وشرف عظيم لي أن أحمل اسمك ،أمّدكما الله بالصحة والعافية ،وأبقاكما أنت وأمي تاجا فوق رؤوسنا .

إلى من اقتسموا معي هذا العناء إخوتي غزلان ،سمية ،وسيف علي .

إلى جميع الأصدقاء الذين جمعنتي بهم الحياة بوخميلة سميرة ،خشة سكيّنة ،قطاف محمد طارق .

إلى روح الدكتور قرواش رضوان الذي فارقنا قبل اكتمال العمل ،رحمك الله أستاذي وأسكنك فسيح جنانه بجوار الأنبياء والصحابية الكرام ،وجعل قبرك روضة من رياض الجنة .

شكر وعرّفان:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ،والحمد لله حتى يبلغ الحمد منتهاه ،على توفيقه لي في إتمام هذا العمل ،وبعد الصلاة والسلام على خير خلق الله سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ،أتقدم بجزيل الشكر والعرّفان للأستاذ الدكتور مخلوفي عبد الوهاب على قبوله الإشراف على هذه الرسالة ،وعلى كل المجهودات المبذولة جزاك الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرّفان لدكتورة باطلي غنية على قبولها المساعدة في الإشراف وعلى جميع النصائح والتوجيهات المقدمة ،فجزاك الله عني خير الجزاء.

وأتوجه بشكر خاص للأستاذة الدكتورة زرارة صالحى الواسعة التي سهرت على تكويننا وعلى نصائحها القيمة ،فجزاك الله عنا خير الجزاء.

كما أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين سيعطون هذا العمل قيمة علمية مضافة ،فشكرا على تعبكم وعلى تحملكم عناء السفر ،خصوصا في هذه الأوضاع التي تعيشها البلاد ،وجزاكم الله عني خير الجزاء.

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد ،بمد يد العون حين كنت أبحث ولو بكلمة طيبة أثلجت صدري حين ضاقت الدنيا على نفسي ،وانقطعت جميع الحبال ليأتي بصيص الأمل من أحبتي ،جزاكم الله عني خير الجزاء.

ولا يفوتني في هذا المقام إلا أن أذكر بالمقولة الشهيرة للعلامة قاضي الفضل عبد الرحيم البيساني ،وهو يعتذر إلى العلامة العماد الأصفهاني بقوله: "إني رأيت أنه لا يكتب أحد كتابا في يومه إلا وقال في غده ،لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد هذا لكان يستحسن ولو قدم هذا لكان أفضل ،ولو ترك هذا لكان أجمل .وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استلاء النقص على جملة البشر".

Abréviation :	أهم المختصرات :
Art :article	ص :الصفحة .
JORF :Journal officiel de la république français .	ص .ص :من الصفحة إلى الصفحة .
éd :édition .	ج .ر .ع :الجريدة الرسمية عدد .
p :page .	ط :الطبعة .
c .Consum .F :code de la consommation français .	ق .م :القانون المدني .
IP :Internet Protocol Internet .	ق .ت .إ :قانون التجارة الإلكترونية .
Op.cit. :Œuvre précitée .	ق .ح .م .ق .غ :قانون حماية المستهلك وقمع الغش .
Cass.crim :cassation criminelle .	
Cass.civ :cassation civil .	ق .ح .م :قانون حماية المستهلك .
CNIL :la commission national du informatique et libertés .	ق .إ .ف :قانون الاستهلاك الفرنسي .
Gouv :gouvernement .	م :المادة .
T.P.V :Terminal de Paiement de Vente .	ف :الفقرة .
T.P.E : Terminal de Paiement Electronique .	ب :البند .
S.S.T :Secure Electronic Transactions .	د .س .ن :دون ذكر سنة النشر .
S.S.L : :Secure Socket Layers .	د .ب .ن :دون ذكر بلد النشر .
	المشعر :المشعر الجزائري .

أدى التطور التكنولوجي في مجال الاتصال، والمعلوماتية، وظهور تقنية الانترنت إلى التطوير في وسائل التواصل والتعاقد، وفي ظهور أنماط جديدة من العقود، فضلا عن أساليب جديدة لإبرام هذه الأخيرة لم تكن معروفة سابقا، تحت مسمى العقود الالكترونية والتي انتشرت بشكل كبير مع ميلاد التجارة الالكترونية، تلك التي تقوم على السرعة التي يتميز بها حقل الاعمال، أثرت بشكل كبير على النظام القانوني للعقود المبرمة من تقليدية إلى إلكترونية. حيث يقدم التعاقد الالكتروني الكثير من المزايا والتسهيلات بالنسبة لكل الأطراف، فلم يعد من اللازم تواجد كل من المتعاقدين في مجلس عقد حضوري، أو بمعنى آخر الحضور المادي، وإنما يمكن التعاقد عن بعد والاتفاق على كل الامور، والمسائل الجوهرية والثانوية .

ومن هذا المنطلق أصبح الكلام عن السوق الافتراضية، والتسويق الالكتروني، الذي يعتبر من الوسائل التي تعتمد في التجارة الالكترونية لما له من دور كبير في توسيع نشاط أي تجارة تتم عن بعد. أين بدأت في الإنتشار بوتيرة متسارعة لأنها تختصر الكثير من الوقت والجهد والتكاليف، فضلا عن إعتماها على الدعاية والاشهار بغرض إيصال المعلومات التي تخص المنتجات سواء كانت سلعا أو خدمات إلى المتلقي والمستهلك بكل سهولة بغض النظر عن مكان تواجدهم .

وقد برزت إلى الأفق عقود جديدة اتسمت بنوع من الخصوصية، عقود غير مألوفة يسيطر فيها المورد بحكم تحكمه في التقنية المستعملة، باتباع أساليب جديدة للتعاقد يجعلها المستهلك. أين يضع المورد شروط العقد بإرادته المنفردة، هذا ما يفسر عدم التوازن في بنود العقد.

ولما كانت فكرة العقد شريعة المتعاقدين هي السائدة لعقد من الزمن حيث لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الاطراف، وهو الأمر الذي جعل المورد وهو الطرف القوي في العلاقة التعاقدية يتحكم في العلاقة بغية تحقيق مصالحه على حساب الطرف الضعيف وهو المستهلك. هذا الأمر أدى إلى تدخل المشرع في جل الدول في العلاقات القانونية لإعادة صياغة المبادئ القانونية التقليدية وتقييد دور الإرادة فيها، والتي لم تعد هي أساس القوة الملزمة للعقد، وما يهمنا هو عقد الاستهلاك الإلكتروني كاتفاق يتم بين المورد والمستهلك.

وتتجلى أهمية الموضوع في أن جميع المعاملات والأنشطة التجارية أضحت تتم عبر الخط أو عن طريق الانترنت، فقد تحول العالم ومواقع التواصل الاجتماعي إلى سوق الكترونية

كبيرة يجتمع فيها الباعة والمستهلكين ،حيث يعمل المورد على تقديم كل ما يحتاجه المستهلك ،وهي الطريقة التي لاقت إقبالا كبيرا من طرف هذا الأخير ،وبالخصوص في الظروف الاستثنائية مثل ما مر عليه العالم بخصوص جائحة كورونا ،والتي حتمت على المستهلك ضرورة الشراء عن بعد ،كونها الوسيلة الأكثر أمانا للمحافظة على صحته وسلامته فضلا عن المزايا الأخرى كونها تجنبه تكبد عناء البحث ،وتوفر له الجهد .فمجرد الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص بالمورد يتم تحديد الطلبية وهو في بيته ،ويتم التعاقد بعد إتفاقهما على كافة الشروط ،وعلى طريقة الدفع سواء عن بعد بموجب البطاقات الإلكترونية أو أي وسيلة دفع إلكترونية أو عند استلامه للمنتج .ووجد المورد مصلحته كذلك في التجارة الإلكترونية والتعاقد عن بعد حيث وفرت عليه الكثير من التكاليف ،ورأس المال ،والجهد وساعدتهم في الترويج لمنتجاتهم .

وبهذا فقد حولت الإنترنت العالم إلى قرية صغيرة ،حيث قربت المسافات واختزلت الزمن بإعتبارها وسيلة سريعة لتدفق البيانات في مختلف الميادين ،وهو ما انعكس على المستهلك الذي تأثر بدوره بالسرعة التي يعيشها العالم اليوم ،فلم يعد له الوقت الكافي للتسوق لذلك أصبح يتعاقد من مكتب عمله ،أو من منزله عن طريق تصفح الشبكة العنكبوتية ،وما تحمله من إشهارة تعرّف بالمنتجات المختلفة ،فما يصدر في الصين يمكن للمستهلك الجزائري رؤيته في ثوان دون تحمله عناء السفر .

رغم المزايا التي تمنحها المعاملات الإلكترونية للمتعاقد ،إلا أن طابعها الدولي خلق جملة من المخاوف في نفسية المستهلك ،نتيجة المخاطر التي قد يتعرض لها ،كونه يتعاقد مع شخص يجهل هويته ،وهو ما قد يمس بصحة بعض العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي ،فالشخص يجهل مع من يتعاقد ،وفيما إذا كان شخصا حسن النية أم لا ،وفيما إذا كان المتعاقد معه راشدا أم قاصرا .

بالإضافة إلى المخاطر التي تنجم عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة كأن يقع ضحية إعلان خادع سواء بالكذب أو بالتضليل ،أو تشتيته من خلال الإعلانات

المقارنة، والتي تجعله في حيرة من أمره، مما يصعب عليه إتخاذ قرار صائب حول التعاقد من عدمه. أو أن يقع ضحية الإشهار التجاري غير المرغوب فيه، والتي تغزو فيه الرسائل بريده الإلكتروني .

فضلا عن ذلك فإن من مخاطر المعاملات الإلكترونية أن المستهلك يتعاقد حول منتجات لا يراها سوى خلف شاشة حاسوبه، مما لا يتحقق معه العلم الكافي بالمبيع، فمن الذي يضمن له أن المنتج مطابقا للمواصفات المتفق عليها، ولرغباته المشروعة، وللغرض الذي أعد لأجله، على إعتبار أن شرط الرؤية هنا يتحقق بعد تسلمه لمحل العقد، وبعد معاينته فعليا له قد يتأكد المستهلك من عدم ملاءمة المبيع، وأنه تعاقد خوفا من فقدان فرصة العثور على مثل هذا المنتج مرة أخرى، ما يجعله في حيرة من أمره ويدفعه إلى التفكير في طريقة تضمن له إعادة المنتج واسترداد ثمنه.

إن العقود المبرمة عن بعد عبر الشبكة العنكبوتية أغلبها عقود نمطية، يتم تحديد شروط وبنود العقد فيها مسبقا في شكل نموذج، لا يسمح فيه للمستهلك بالمفاوضة، الأمر الذي يسمح به هو ملاءمة الاستمارة أو الطلبية من خلال كتابة المعلومات التي تتضمنها وعليه يقترب عقد الاستهلاك الإلكتروني من عقود الإذعان.

ومما لا شك فيه أن المستهلك قد يقع ضحية شروط تعسفية، من خلال تضمين العقد بنودا تخدم المورد على حساب المستهلك، أي تكون هذه البنود مجحفة في حقه، إما بالزيادة في إلتزاماته والإنقاص من إلتزامات المتعاقد معه، أو بحرمانه من كل أو بعض حقوقه ما يؤدي إلى إختلال التوازن العقدي، لذا كانت الحاجة ملحة للبحث عن الآليات التي تضمن له حماية فعالة من تعسف المورد.

وهو ما يفرض على المشرع ضرورة التدخل لحماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة المورد نظرا لاختلاف المراكز الاقتصادية قبل إبرام العقد، وأثناء التكوين، وحتى أثناء التنفيذ

حيث يضمن المورد تنفيذ مضمون العقد .وذلك باللجوء إلى النصوص التقليدية الموجودة مسبقا أو للقوانين الخاصة التي استحدثها المشرع بموجب النصوص الجديدة.

وتظهر أهمية الموضوع كذلك في ظل البيئة الإلكترونية من خلال مصير المعطيات الشخصية وذات الطابع الشخصي ،التي تم الإدلاء بها خصوصا وأن إرسالها يتم في فضاء إلكتروني واسع ،فمن يضمن معالجة سرية وخصوصية هذه المعطيات من أي إعتداء قد يطالها.

وتتمثل الأهمية من خلال معرفة الضمانات المقدمة للمستهلك المتعاقد إلكترونيا فيما يتعلق بالدفع الإلكتروني والتحديات المتعلقة به ،إذ يشكل الوفاء أهم إلترام يقع على عاتق المستهلك ،أين يخشى من تقديم رقم بطاقته البنكية لشخص يجهل هويته ،أو أن الموقع الإلكتروني وهمي أنشأ بغرض سرقة أرقام البطاقات البنكية ،أو الإعتداء على أي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني.

فضلا عن البحث في الطبيعة القانونية للدفع الإلكتروني ،ومكنة أو جواز رجوع المستهلك عن الأمر بالدفع ،والعملة التي يتم بها الوفاء إذا تم التعاقد بين شخصين متواجدين في دولتين مختلفتين .إضافة إلى ذلك يثير السداد عن بعد مسألة أخرى ،وهي الوفاء بقيمة منتجات غير موجودة فعلا في المخزن ،أو بعبارة أخرى ماهي الضمانات التي تقدم للمستهلك في أن السلعة موجودة فعلا لدى المورد وقت تسديده للثمن ،أو أن الدفع المسبق أو دفع تسبيق قبل تسلّم المنتج يضمن له تسلّم منتج مطابق لما تم الإتفاق عليه.

قد يحدث وأن يكتشف المستهلك بعد دفعه لقيمة المنتج أنه تسرع وندم عن إبرام العقد ويرغب في عدم تنفيذ التزاماته ،دون تحمله أية مسؤولية قد تترتب عن ذلك ،ودون دفع أي تعويض أو مصاريف إضافية للمتعاقد معه.

هذا ما دفع بأغلب التشريعات إلى إقرار حق المستهلك في العدول عن العقد ،دون تحمله لمصاريف إضافية ،ودون تبريره لقراره هذا ما يعد خروجاً عن المبدأ العام ،وهو القوة الملزمة للعقد ،فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الأطراف .هذا ويثير الحق في العدول بعض التساؤلات التي ستتم الإجابة عليها بين طيات هذه الدراسة.

ومن المشاكل التي تزيد صعوبة وتعقيدا في كل مسائل التعاقد عن بعد ،هي مسألة عدم سرعة تدفق الإنترنت وجودتها ،لضمان علم الطرفين ووصول الرسالة إليهما ،ما يضمن عدم ضياعها .

تبرز أهمية وضرورة البحث في هذا الموضوع من أجل الوقوف على الحلول القانونية التي تضمن حماية فعالة للمستهلك المتعاقد إلكترونيا ،باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ،في مواجهة المورد الذي له من الخبرة والدراية ما يسمح له من التفوق عليه خصوصا وأنها مخاطر تزرع من ثقة المستهلك في المعاملات الإلكترونية ،فيحجم عن التعاقد رغم مزاياها سواء على الطرفين أو على الإقتصاد الوطني .

وتظهر أهمية هذا الموضوع في نطاق التعاقد الإلكتروني ،والذي يظهر من خلال عدم التوازن بين أطراف العقد حيث يعتبر المستهلك دائما الطرف الضعيف لقلة خبرته ودرابته بفنون وبتقنيات العرض ،والتسويق ،وعدم قدرته على استيعاب ما يعرض على المواقع .هذا ما دفع بأغلب التشريعات الأوروبية والوطنية ،إلى الاسراع في تبني نظام قانوني يوفر الضمانات الفعالة والفعلية ،لحماية المستهلك من مخاطر التعاقد الإلكتروني .

وتهدف هذه الدراسة إلى بحث وتقصي ما جاء به المشرع في قانون التجارة الإلكترونية والقوانين الموازية ،وتفسير الأحكام المتعلقة بالمستهلك ،ومعرفة الضمانات التي تضمنها .

كما تهدف الدراسة إلى تشجيع المستهلك العربي بصفة عامة والجزائري على وجه الخصوص ،وزرع الثقة والطمأنينة في مثل هذا النوع من المعاملات ،وعدم التخوف منها وذلك

من خلال إبراز جملة الحقوق، والضمانات التي يتمتع بها، بدءاً من المرحلة السابقة عن التعاقد إلى غاية مرحلة تنفيذ العقد.

وتهدف أيضاً إلى تبصير المورد بالالتزامات التي يجب عليه تأديتها، والضمانات الممنوحة للمستهلك في حال إخلاله بها، فضلاً عن مسؤوليته التي تقوم جراًء هذا الإخلال.

وذلك من خلال تحديد الدراسة في أوجه الحماية المدنية المقررة لحماية المستهلك المتعاقد إلكترونياً عبر الإنترنت على ضوء النصوص القانونية المستحدثة، منها قانون التجارة الإلكترونية 18-105¹، وقانون حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي 18-207² وقانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-303³، والقانون 18-409⁴ المعدل له، فضلاً عن القانون 04-502⁵ المتعلق بالممارسات التجارية بصفة أساسية، دون التطرق إلى الحماية الجنائية موضوعية كانت أو إجرائية، أو المؤسساتية وذلك لعدم الحصول على موافقة الجهات المختصة لإعطاء العمل جانبا تطبيقياً، مع وجود بعض الدراسات في هذا المجال فالهدف من البحث هو محاولة سد الثغرات لا إعادة ما كتب .

كما سيتم تحديدها في العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، وبذلك تخرج باقي العقود المبرمة عبر غير هذه الوسيلة من نطاق الدراسة.

¹ ق رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في 10 ماي 2018، ج. ر. ع. 28، المؤرخة يوم 16 ماي 2018.
² ق رقم 18-07 المؤرخ في 10 جوان 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج. ر. ع. 34، المؤرخ في 10 جوان 2018 .
³ ق رقم 03-9 مؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر. ع. 15، المؤرخة في 08 مارس 2009 .
⁴ ق رقم 18-09 مؤرخ في 10 جوان 2018، المعدل والمتمم للقانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر. ع. 35، مؤرخة في 13 جوان 2018.
⁵ ق 02-04 المؤرخ في 23 جويلية 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. ع. 41 المؤرخة في 27 جوان 2004.

ويرجع سبب إختيار الموضوع إلى أسباب ذاتية ،وأخرى موضوعية ،فأما الأسباب الذاتية فنتمثل في :

- بإعتباري مستهلكة ليس لديها الوقت الكافي للتسوق بهدف تلبية إحتياجاتي الشخصية ،الأمر الذي جعلني أتوجه إلى صفحات الإنترنت سواء المواقع الإلكترونية ،أو مواقع التواصل الإجتماعي من أجل البحث عن المنتجات التي أرغب بالحصول عليها .لكن ورغم سهولة البحث عبر هذا الفضاء الإفتراضي ،لأنه ما عليك سوى كتابة ما ترغب به ثم النقر على أيقونة بحث ،تجد الآلاف من المواقع الإلكترونية ظهرت أمامك في ثوان معدودات ،ومع ذلك أتخوف كثيرا من إحتمالية أن هذه المواقع قد تكون وهمية ،ومدى صحة الإشهارات التي تروج لمختلف السلع ،فضلا عن أن هوية التعاقد معه محل اعتبار شخصي ،فلا يمكن أن تمنح معطياتك الشخصية لطرف تجهله .

- أن الإنترنت خلقت من الكل تاجرا ،فأصبح كل من ليس لديه عمل يقوم بشراء مجموعة من المنتجات ،وإعادة بيعها بهدف تحقيق الربح فقط ،وأن الدفع إما أن يكون كليا وسابقا على التعاقد ،أو دفع تسبيق ،فما هي الضمانات التي تضمن تسلم منتج مطابق لما تم الاتفاق عليه ،والأكثر من ذلك الخوف من إخلال المورد بالتزامه بالتسليم ،كلها تساؤلات صادفتني وجعلتني أعزف عن التعاقد في كثير من المرات ،لذا تم إختيار هذا الموضوع من أجل معرفة الحلول والضمانات القانونية التي توفر عدم الوقوع ضحية أي إحتيال .

أما عن الأسباب الموضوعية فتكمن في أن :

- حداثة الموضوع بالنسبة للنظام القانوني الجزائري ،وأنه موضوع حديث الساعة يفرض نفسه ،ويطرح جملة من التساؤلات القانونية الواجب الإجابة عليها .

- الرغبة في إثراء المكتبة بدراسات متخصصة في مجال حماية المستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية .

- الرغبة في تنبيه المشرع إلى الثغرات القانونية الموجودة من أجل سدها

وقد واجهتنا في إعداد هذا البحث جملة من الصعوبات تتمثل في:

- عدم الاستفادة من التربص القصير المدى بالخارج طيلة سنوات التسجيل الخمس والتي كانت ستعطي العمل وجهًا آخر، للاستفادة من الفقه الأجنبي، وبعض النصوص القانونية، والأحكام القضائية التي لم نستطع العثور عليها .
- عدم الحصول على المعلومات من مختلف الجهات الأمنية والقضائية، والمؤسسات التي لها علاقة بحماية المستهلك بحجة المحافظة على السر المهني .
- فضلًا عن ذلك حداثة الموضوع في التشريع الوطني الذي أحال في العديد من المرات إلى التنظيم، الذي لم يصدر إلى غاية الإنتهاء من تحرير الرسالة .
- بالإضافة إلى غموض النصوص القانونية المستحدثة في هذا المجال .

إن الموضوع يطرح الإشكالية الرئيسية التالية : إن التطورات التكنولوجية والسرعة التي يشهدها العالم اليوم، واعتماد التقنية الحديثة على كل المستويات حتم ضرورة التواصل والتعاقد عن بعد، ومن هنا كان لا بد من تفعيل النصوص القانونية الخاصة بالمستهلك وتفعيل وسائل الدفع الإلكتروني في عقود الاستهلاك، فألى أي مدى وفق المشرع الجزائري بموجب القوانين المستحدثة في تكريس ضمانات حقيقية كفيلة بحماية المستهلك المتعاقد إلكترونياً عبر الإنترنت ؟

ويتفرع عن الإشكالية الرئيسية الأسئلة الفرعية التالية:

ما هي الضمانات التي تحمي المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد، وبالتحديد من الإشهارات التجارية الإلكترونية؟

وما هي الضمانات التي توفر الحماية الفعالة في مرحلة التعاقد سواء عند تكوين العقد أو أثناء تنفيذه ؟

للإجابة على هذه الإشكالية سيتم إتباع المناهج التالية :

- **المنهج الوصفي:** نظرا لحدثة الموضوع ومن أجل معرفة أسبابه، والوقوف على الحلول، لا بد من تحديد الإطار المفاهيمي له، من خلال التعريف بالمصطلحات المستعملة، وتحديد خصائصها، وتمييزها عن غيرها من المفاهيم المشابهة لها، مع عرض النصوص التي كرستها دون مناقشتها .
 - **المنهج التحليلي:** وذلك من خلال تحليل الآراء الفقيه والنصوص القانونية التي تطرقت للموضوع، وطنية كانت أو أجنبية بهدف تحديد الثغرات الموجودة، والتي يوصى المشرع بضرورة معالجتها، بتعديل ما يجب تعديله، وحذف ما لا يتناسب، وإضافة ما تجب إضافته من نصوص قانونية .
- وبذلك سيتم معالجة الموضوع من خلال تقسيمه إلى بابين، وفق الخطة التالية: يدرس الأول حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني، من خلا حماية المستهلك من الإشهار التجاري الإلكتروني غير المشروع. والضمانات حماية المستهلك من مخاطر الإشهار التجاري الإلكتروني .

في حين سيتم التطرق في الباب الثاني إلى حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني، سواء بحمايته في مرحلة تكوين العقد الإلكتروني، أو في مرحلة تنفيذه.

الباب الأول :حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

لقد أدى التطور السريع لتكنولوجيات الإتصال وظهور شبكة الإنترنت إلى جعل العالم عبارة عن قرية صغيرة ،مكنت من الحصول على المنتجات دون حاجة إلى التنقل إلى محل البائع ،فأصبح المستهلك يقنتي السلع والخدمات من منزله أو من مكتب عمله عبر سوق إفتراضية تغزوها الآلاف من الإعلانات التجارية ،التي يحاول من خلالها طرفا العقد التفاوض حولها ،إن كان العقد المزمع إبرامه من العقود الرضائية .

ونظرا لكثرة الإعلانات التجارية وتشعب المواقع الإلكترونية ،وتعدها فإنّ توخي المستهلك للحيطه والحذر أمر مطلوب ،وذلك لكي لا يكون ضحية لمخاطر الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة ،سواء بخداعه بالتضليل أو بالكذب عليه ،أو من خلال إغراقه بجملة من الرسائل الإعلانية غير المرغوب فيها .

إن العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت من القضايا المستحدثة في ذهنية المستهلك العربي بصفة عامة والجزائري بصفة خاصة ،وبذلك تطرح مسألة التعاقد عبر الشبكة العنكبوتية تساؤلات عديدة في ذهن المستهلك ،الذي يفتقر إلى الخبرة التقنية اللازمة التي تمكنه من إبرامه ،مما يجعله يتخوف من مخاطره كيف لا وهو يجهل شخصية المتعاقد معه فهل يتعاقد مع شخص بالغ أو ناقص أهلية ؟ وكيف يمكن إبداء قبوله حول السلع والخدمات المراد التعاقد حولها؟ وكيف يمكنه أن يتأكد من وصول محل العقد إليه ؟بالإضافة إلى مخاطر الدفع الإلكتروني عند تسويته للثمن؟

كما يتخوف المستهلك من مسألة مهمة وهي عدم تمكنه من فحص المبيع فحصا دقيقا للتأكد من مدى تحقيقه لرغباته المشروعة ،فالمعاينة تتم عبر شبكة الإنترنت من خلال مشاهدة الصور عبر الكاتالوجات المعروضة ،أو من خلال مقاطع الفيديو ،ومهما اختلفت طريقة

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

العرض ودرجة تدخل المورد لتعديل الصور باستخدام تقنيات تكنولوجيا تسمح بذلك إلا أن النتيجة واحدة وهي عدم مطابقتها أو مواكبتها للمعاينة الواقعية للمبيع، وهو ما يجعل المستهلك عرضة لمخاطر عديدة تجعله ضحية احتيال لعدم تبصيره، لذا كانت الحاجة ماسة لفرض التزام عام بالإعلام قبل إبرام العقد كضمانة فعالة لمواجهة هذه المخاطر، بالإضافة إلى ذلك لا بد على كل مورد أن يلتزم بالشروط الواجب توفرها في الإعلانات، وذلك تحت طائلة قيام مسؤوليته المدنية، مما يمنح المستهلك حقا في رفع الدعاوى المدنية والمطالبة بالتعويض عن أي ضرر يصيبه .

ومن أجل الوقوف على هذا النظام القانوني يجب تحديد مفهومه، والتطرق إلى الأحكام القانونية المنظمة له ثم دراسة أوجه الحماية المدنية للمستهلك من الإشهارات التجارية الإلكترونية. وبهذا سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: حماية المستهلك من الإشهار التجاري الإلكتروني غير المشروع .

الفصل الثاني: ضمانات حماية المستهلك من مخاطر الإشهار التجاري الإلكتروني .

الفصل الأول : حماية المستهلك من الإشهار التجاري الإلكتروني غير

المشروع .

في معظم العمليات التجارية المتعلقة بعرض المنتجات وتقديم الخدمات ،يلجأ المتدخل إلى وسيلة قانونية في تقديمها للزبون ،أو بعبارة أخرى للمستهلك ،وتتمثل هذه الوسيلة في الإشهار التجاري ،ويعتبر الإشهار أو الإعلان التجاري وسيلة أو ضمانة قانونية لإعلام المستهلك سواء كان تقليديا أو متعاقدًا إلكترونيا.

ونظرا للأهمية الكبيرة التي يكتسبها الإشهار بإعتباره وسيلة لعرض المنتجات وإعلام الغير بها ،فقد خصه المشرع بجملة من الأحكام التي تلزم المورد بضرورة إحترامها ،بإعتباره مرحلة مهمة في حياة العقد ،فإمّا أن يطمئن له المستهلك ويقدم على التعاقد ،وإمّا أن يشعر بالحيرة لعدم تمكنه من تحديد درجة جدية الإعلان مما يفقده الثقة فيحجم عن التعاقد .

إنّ الخطورة التي قد تشكلها الإشهارات التجارية تتمثل في إمكانية ورودها في صور غير مشروعة ،فليس كل ما يعرض عبر الفضاء الافتراضي حقيقي ،إذ يعتمد بعض الموردين إلى تقديم معلومات خاطئة ومخالفة للحقيقة وهو ما يعطيه وصف الإشهار الكاذب ،كما قد يرد صحيحا لكن بأسلوب يثير الشك واللبس لدى المستهلك فيجعله ضحية تضليل ،وقد يصاب المتصفح للعالم الرقمي بالحيرة خصوصا إذا صادفته إشهارات مقارنة مما يصعب عليه إتخاذ القرار السليم بالتعاقد من عدمه .

ولا تتوقف مخاطر الإشهارات التجارية الإلكترونية عند هذا الحد ،بل قد أدى التطور التكنولوجي إلى وجود نوع متميز عن الصور التقليدية ،وهو الإشهارات التجارية غير المرغوب فيها وما تحمله من مخاطر تمس بأمن وسلامة المستهلك ،وما لها من مساس بخصوصيته لإحتوائها على برامج التتبع التي قد تكون فحا للحصول على معطياته الشخصية فقط .

الباب الأول : حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

لهذا توجب قبل التفصيل في مخاطر الإعلانات التجارية الإلكترونية ،أنّ يتم الوقوف على مفهومها ،وبذلك قسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : التنظيم القانوني للإشهار التجاري الإلكتروني .

المبحث الثاني :مخاطر الإشهار التجاري الإلكتروني .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المبحث الأول : التنظيم القانوني للإشهار التجاري الإلكتروني .

لقد اختلفت التشريعات في وضع تعريف جامع ومانع للإشهار التجاري وذلك لإختلاف الزاوية التي ينظر منها إليه وما يهمننا هنا هو الإشهار التجاري فقط ،مما يتطلب ضرورة تدخل الفقه لوضع تعريف له ،فلا يختلف عن الإشهار التقليدي سوى من حيث الوسيلة التي يتم عبرها ،والخصوصيات التي تفرضها هذه الوسيلة ،والذي يفترض ضرورة توفر عنصرين أحدهما مادي ،والآخر معنوي هذا من جهة ،ومن جهة أخرى تفرض هذه الوسيلة تعدد وسائل عرضه فيمكن أن يرد عبر المواقع الإلكترونية (صفحات الويب) ،أو عبر البريد الإلكتروني ،كما يمكن أن يتم عبر فضاءات إعلانية أخرى .

كما تثار مسألة مهمة متعلقة بالإشهار هل يعد دعوة للتعاقد لا ينعقد العقد إلا بصور قبول من المعلن؟ أم يعتبر إيجابا إذا ما إقترن بقبول من المستهلك إنعقد العقد ،وهو ما يستوجب ضرورة تحديد الطبيعة القانونية للإشهار التجاري ،نظرا للآثار المترتبة عن كل تكييف .

وليعتبر الإشهار التجاري الإلكتروني قانونيا لابد من أن تتضمن الرسالة الإعلانية جملة من الشروط تضي عليه طابع المشروعية ،والتي يمكن إعتبارها في حد ذاتها من قبيل الحماية الوقائية للمستهلك من مخاطر الإعلانات غير المشروعة ولهذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مفهوم الإشهار التجاري الإلكتروني .

المطلب الثاني : الضوابط التي تحكم الإشهار التجاري الإلكتروني .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المطلب الأول: مفهوم الإشهار التجاري الإلكتروني .

تعتبر الإشهارات التجارية أول ما يواجهه المستهلك عند محاولته التعاقد إلكترونياً عبر الإنترنت، فيختار المنتج إنطلاقاً من العروض التي يحتويها الإعلان الذي يغزو المواقع الإلكترونية، ومختلف مواقع التواصل الاجتماعي، وحتى البريد الإلكتروني، مما يجعله في حيرة من أمره، وهو ما يحتم ضرورة تحديد المقصود بها، وتحديد طبيعته القانونية .

الفرع الأول: تحديد المقصود بالإشهار التجاري الإلكتروني .

الفرع الثاني: التكيف القانوني للإشهار التجاري الإلكتروني

الفرع الأول: تحديد المقصود بالإشهار التجاري الإلكتروني.

يختلف مدلول الإشهار أو الإعلان¹ باختلاف الزاوية التي ينظر منها إليه، والمدلول الذي سنتناوله هذه الدراسة هو القانوني، وبالتحديد الإشهار التجاري لأن الإشهار فقط له مدلول آخر يخرج عن محتوى هذه الدراسة والذي يقصد به إشهار التصرفات التي تنتج آثارها القانونية .

وقد اختلفت التشريعات في وضع تعريف جامع مانع للإشهارات التجارية الإلكترونية كما لم يتفق الفقه على وضع تعريف موحد لها، لذا سيتم التطرق إلى التعريف التشريعي والفقهني (أولاً)، ثم تمييزه عن المصطلحات المشابهة له (ثانياً) .

أولاً: تعريف الإشهار التجاري الإلكتروني: سيتم التطرق إلى التعريف التشريعي في نقطة أولى، ثم التعريف الفقهني في نقطة ثانية، ليتم من خلالها تحديد خصائصه .

¹ تجب الإشارة إلى أن الإعلان والإشهار مصطلحان مرادفان لبعضهما البعض يختلفان من حيث الاستعمال لا المعنى فدول المشرق العربي تستخدم مصطلح الإعلان كالأردن ومصر، في حين تستخدم دول المغرب العربي مصطلح الإشهار أنظر الحديدي منى الإعلان، الدار المصرية اللبنانية، مصر، د. س. ن. ص. 15. (المشرع استخدم مصطلح الإشهار وعرفه بأنه الإعلان) .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

1/ التعريف التشريعي للإشهار التجاري الإلكتروني: عرف التوجيه الأوروبي رقم 450 لسنة 1984 المتعلق بالإعلانات المضللة والمقارنة والمعدل بالتوجيه رقم 55 لسنة 1997 المعدل بالتوجيه رقم 114 لسنة 2006 الإعلان بموجب م 1/2، بأنه: "كل شكل من أشكال الإتصال الذي يتم في سياق النشاط التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو المهني، من أجل تشجيع توريد السلع والخدمات بما فيها السلع العقارية والحقوق والواجبات"¹.

يلاحظ على هذا التعريف أنه واسع لا يقتصر على الإشهار التجاري فقط، ولا على السلع والخدمات، كما اقتصر على جزء من الجانب المعنوي كونه يهدف إلى تشجيع الإقبال على المنتجات دون التطرق إلى الجانب الآخر كونه يهدف إلى تحقيق الربح، وهو ما يصيب عليه الطابع التجاري .

في حين عرفه المشرع الفرنسي بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 79-1150 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 1979 والمتضمن الحماية من اللافتات الإعلانية المعلقة على الجدران بأنه: "يعتبر كل نقش يهدف إلى إعلان الجمهور وجذب انتباهه سواء كان نقشا نموذجيا أو صورة"²، يلاحظ على هذا التعريف أنه جاء بصورة عامة لا محددة للإعلان بحيث اعتبره كل نقش مهما كان شكله، كما ركز على الهدف منه وهو جلب انتباه المستهلك لحمله على التعاقد دون أن يحدد الوسيلة التي يتم بها الإعلان .

ومن جهته حاول المشرع بموجب النصوص القانونية منها ما لم يصدر ومنها ما كان مشروع قانون³، ومنها ما صدر فعلا وضع تعريف للإعلان بداية بالمرسوم التنفيذي رقم 90-

¹ بسام فنوش الجنيد، المسؤولية المدنية عن الإعلانات التجارية عبر الإنترنت، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع مصر، 2018، ص 124.

² إبراهيم خالد ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية، مصر، 2007، ص 81.

³ استثنى المشرع الجزائري من قانون الإعلام 90-07 المؤرخ في 03 أبريل 1990، ع 14، الإشهار من مجال تطبيق هذا القانون، لتحويله م 10 منه على قانون خاص لم يتم إصداره، حتى القانون العضوي الجديد المتعلق بالإعلام 12-05 المؤرخ في 12 جانفي 2012 ج. ر. ع 05 لم يتضمن أي نص خاص يتعلق بالإشهار الذي أحالت عليه م 10 من القانون السابق، ثم حاول تنظيمه بموجب

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بموجب م 02 منه ،والتي عرفته بأنه : "جميع الإقتراحات أو الدعايات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج وتسويق سلعة أو خدمة بواسطة أساليب بصرية أو سمعية بصرية"¹، ما يلاحظ على نص المادة أن المشرّع لم يدرج تعريفا واضحا للإعلان بل ذكر مجموعة من الوسائل التي قد يرد بموجبها هذا من جهة ومن جهة أخرى يعاب على المشرّع الجزائري كثرة المصطلحات الواردة التي لا تعتبر مرادفات لبعضها البعض.

ونظرا لهذه الإنتقادات فقد حاول المشرّع إعادة وضع تعريف دقيق للإشهار بموجب نصوص قانونية أخرى ،منها القانون 04-02 السابق الذكر ،حيث نصت م 03 على أنّ: "الإشهار كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع والخدمات مهما كان المكان أو وسائل الإتصال المستعملة " .

ما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري جاء بتعريف واسع للإشهار الذي يرادفه الإعلان وليس جزءا منه ،والذي يقصد بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج السلع والخدمات لجلب الزبائن للإقدام على التعاقد حولها، مهما كانت الوسيلة المستعملة محاولة منه مسايرة التطورات العلمية والتكنولوجية في مجال وسائل الإعلام والإتصال ،وقد أصاب المشرّع عندما

المشروع التمهيدي لقانون الإشهار لسنة 1988 الذي يعاب فيه على المشرّع ركاكة الأسلوب وغموضه ،مع ربطه لمصطلحي الإشهار والإعلام رغم أن لكل منهما معنى خاص به ،ثم أعاد تنظيمه من خلال مشروع قانون الإشهار لسنة 1992 تضمنته ج ر لمداولات مجلس الأمة لسنة 1999 ومشروع 1999 الذي تضمن بموجب م 2 منه تعريفا للإشهار "يقصد بالإشهار ،كل أسلوب اتصالي الذي يعدّ ويقدم في الأشكال المحددة في هذا القانون مهما كانت الدعائم المستعملة قصد تعريف وترقية أي منتج أو خدمة أو علامة تجارية أو سمعة أي شخص طبيعي أو معنوي " .

ويعتبر هذا التعريفا واضحا على التعريف السابق حيث حدد فيه المشرع أساليب الإشهار التجاري ،سواء كان تقليديا أو إلكترونيا ،ووسع مجاله ليشمل تعريف وترقية المنتج أو الخدمة بهدف جذب الزبائن أو لترقية سمعة أي شخص طبيعي او معنوي أو علامته التجارية .وقد يقصد بها الإشهارات الموجهة للمزود .

¹ المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 ،المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش ، ج . ر . ع 05 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ترك الباب واسعا ، ولم يضيق على الوسيلة المستعملة ليفتح المجال أمام التجارة الإلكترونية التي تروج فيها السلع والخدمات بموجب الإعلان التجاري الإلكتروني كما تدارك فعلا الإنتقادات الموجهة إليه عندما عرّف الإشهار بجملة من المصطلحات الواردة بالمرسوم التنفيذي 90-39 السابق الذكر بنصه على الإعلان .

كما نصت المادة 7 ف 28 من القانون 14-04 المؤرخ في 24 فيفري 2014 والتضمن النشاط السمعي البصري بأنه : "أي شكل مصمم أو رسالة محررة أو صوتية أو سمعية بصرية تبث مقابل أجر أو تعويض ، سواء من أجل ترقية تقديم سلع أو خدمات في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرّة أو من أجل ضمان ترقية تجارية لمؤسسة"¹. وقد أصاب المشرّع الجزائري إذ يستشف من نص المادة أن الإعلان قد يكون تقليديا أو إلكترونيا بموجب الوسائل المستحدثة.

وفي الأخير تبنى المشرع بموجب م 06 ف 06 من ق التجارة الإلكترونية 18-05 السابق الذكر تعريفا للإشهار الإلكتروني بأنه : "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية". ما يمكن ملاحظته أن هذا التعريف يقترب من التعريف الوارد بموجب م 03 من ق 04-02 السابق الذكر .

في حين عرّفه المشرع المصري بموجب القانون رقم 66 لعام 1956 ، بأنه: "أية وسيلة أو تركيبية أو لوحة صنعت من الخشب أو المعدن أو الورق أو القماش أو البلاستيك أو الزجاج تكون معدة للعرض أو للنشر بقصد الإعلان بحيث تشاهد من الطريق أو بداخل أو خارج وسائل النقل العام"².

¹ القانون رقم 14-04 ، المؤرخ في 24 فيفري 2014 ، المتعلق بالنشاط السمعي البصري ، ع 16 ، الصادرة بتاريخ 16 مارس 2014 .

² ابراهيم خالد ممدوح ، المرجع السابق ، ص 80.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

إن أول ما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع المصري لم يعرّف الإعلان في حد ذاته بل عدّد أو ذكر الوسائل والدعامة التي يمكن أن يتخذها المعلن أو يستعملها في عرضه للسلع والخدمات، وبعبارة أخرى ذكر القالب أو القوالب التي يمكن أن يستعملها المعلن في عرضه للسلع والخدمات هذا من جهة، كما لم يتعرض للهدف من الإشهار أو الإعلان وهو الترويج للمنتجات والخدمات بغرض جذب الزبائن للتعاقد عليها، ومن جهة أخرى فإن التعريف السابق اقتصر على شكل واحد من الإعلانات وهو الإعلان المقروء والذي يمكن تعليقه ولم يتطرق للإعلان التجاري الذي يتم بالقنوات المسموعة أو بالوسائل الحديثة كالإعلان التجاري الإلكتروني، الإعلان عن طريق الإذاعة أو بواسطة البث التلفزيوني وذلك يرجع إلى صدور القانون قبل وجود تقنية البث التلفزيوني في مصر¹، وهو الأمر الذي حاول تداركه نوعاً ما عند إصداره لقانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006².

لكن الملاحظ أنه لم يورد تعريفاً للإعلان بل نص على تعريف المعلن، حيث عرّفه بأنه: " كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أي وسيلة من الوسائل " .

لقد حسن ما فعل المشرع المصري حينما ترك المجال مفتوحاً ولم يحدد وسيلة معينة وهو ما يفهم منه أن الإعلان مثلما قد يكون تقليدياً قد يرد إلكترونياً بالوسائل الحديثة .

وعرف المشرع المغربي الإشهار بموجب نص م 02 من القانون رقم 03-77 المتعلق بالاتصال السمعي البصري: "الإشهار كل شكل من أشكال الاتصال الإذاعي أو التلفزيوني خاصة عن طريق الصور، الرسوم الأشكال، الخطابات المكتوبة أو الشفوية موجهة من أجل إعلام

¹ كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص. 105.

² القانون رقم 67 لسنة 2006 المتعلق بحماية المستهلك المصري، الجريدة الرسمية ع 20 مكر، 20 ماي 2006. ولم يتضمن التعديل الجديد لقانون حماية المستهلك 181/18 ج ر ع 37 (تابع) المؤرخة في 2018/09/13 تعريفاً للإشهار التجاري .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الجمهور أو لفت انتباهه بهدف تشجيع استهلاك منتجات أو خدمات وذلك في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو مهني أو حرفي أو زراعي أو أي مهن حرة أو التعريف بمؤسسة عامة أو خاصة¹. ويعتبر تعريف المشرع المغربي من أحسن التعريفات باعتباره عرّف الإشهار في حد ذاته مع ذكره للوسيلة المستخدمة والتي تشمل الوسائل التقليدية والحديثة، مع تحديده للهدف المرجو منه وهو إعلام ولفت انتباه الجمهور للإقدام على التعاقد حول المنتجات والخدمات محل الإعلان الترويجي لها، مع تعدد نوع الإشهار فقد يكون تجاريا وهو المهم في هذه الدراسة وقد يكون صناعيا أو مهنيا أو نشاطا معرفيا بالمؤسسات سواء كانت عامة أو خاصة .

أما المشرع التونسي فقد عرّف هو الآخر الإشهار بموجب الفصل 35 من القانون رقم 40 المتعلق بطرق البيع والإشهار التجاري المؤرخ في 02 جوان 1998 بأنه: "يعتبر إشهارا في معنى هذا القانون كل عملية إتصال تهدف بصفة مباشرة إلى تنمية بيع منتجات أو إسداء خدمات مهما كان المكان أو وسائل الإتصال المعتمدة"². الشيء نفسه بالنسبة للمشرع التونسي الذي عرّف الإشهار على أنه: عملية إتصال تهدف بصفة مباشرة لتنمية ممكن قصد بها لترويج بيع المنتجات والخدمات مع التوسيع في الوسائل المستخدمة لتشتمل كما سبق ذكره الوسائل التقليدية وحتى المستحدثة.

من خلال التعريفات التشريعية السابقة، يمكن القول أنها عرّفت الإشهار بالوسائل التي قد يتخذها وأهملت جانبا مهما جدا وهو الجانب النفسي للمستهلك وكيفية التأثير عليه لحمله على التعاقد حول المنتجات والخدمات المعروضة بصفة واضحة صادقة خالية من أي كذب أو تضليل .

¹ القانون رقم 03-77، المؤرخ في 07 جانفي 2005، المتعلق بالإتصال السمعي البصري، الجريدة الرسمية المغربية

عدد 5288، السنة الرابعة و التسعون (94) المؤرخة يوم 03 فيفري 2005.

² الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 02 جوان 1998، ع 44، السنة 141.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

2 / التعريف الفقهي للإشهار التجاري الإلكتروني: اختلف الفقهاء في وضع تعريف شامل جامع ومانع للإعلان التجاري فهناك من عرّفه ،بأنّه: "مجموعة الوسائل المستعملة لتعريف الجمهور بعمل ما ،أو حالة قانونية معينة"¹. وهو تعريف شامل لا يعني الإشهار أو الإعلان التجاري بالمعنى الحقيقي المرجو منه ،ويصح تطبيقه على الإشهار القضائي " بإبلاغ الخصم بتاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوة أمام المحكمة ،أو بإجراء قانوني آخر بطريقة رسمية"². وما يلاحظ أن التعريفين لا يوضحان المقصود من الدراسة بل الإشهار المراد دراسته هو الإشهار التجاري الذي ينصب على الترويج بالسلع والخدمات .

في حين عرّفه البعض بأنّه : "كل الوسائل سواء السمعية أو المرئية أو المقروءة التي يلجأ إليها المزود من أجل تحفيز المستهلك على الإقدام على المنتجات والخدمات بهدف التعاقد حولها"³، وعرّف بأنّه : "إخبار أو إعلام تجاري أو مهني يهدف إلى التعريف بالسلع والخدمات محل التعاقد من خلال إظهار مميزاتها ومحاسنها لحمل الجمهور على الإقبال عليها"⁴.

وعرّفته الأستاذة بتول صراوة عبادي بأنّه : "كل إخبار تجاري غايته إيصال العلم والمعرفة حول منتج أو خدمة ما عن طريق إظهار محاسنها ومزاياها على نحو يؤدي لخلق تقبل جيد من قبل الجمهور، ينعكس إيجابيا على المنتجات بزيادة الإقبال عليها دون قصر الإخبار على وسيلة إعلانية معينة"⁵. وهو تعريف مقبول بحيث ركزت الدكتورة على عناصر الإشهار التجاري من عنصر مادي يتمثل في النشاط الإخباري الهادف لإعلام الجمهور بمحاسن

¹ أحمد السعيد الزقرد ، "الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والقانون المقارن" ،مجلة الحقوق ،جامعة الكويت ،ع 04 ،1995، ص. 153.

² بتول صراوة عبادي ،التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2011، ص.22.

³ عبد المنعم موسى ابراهيم ،حماية المستهلك ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2007، ص. 186.

⁴ عبد الفضيل محمد أحمد ،الإعلان عن المنتجات والخدمات ،مكتبة الجلاء الجديدة ،مصر ،1991، ص. 19 .

⁵ بتول صراوة عبادي ،المرجع السابق ،ص. 24.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المنتجات والخدمات بهدف الإقبال عليها، مهما كانت الوسيلة المستعملة هذا من جهة ،ومن جهة أخرى العنصر المعنوي الهادف إلى تحقيق الربح باعتباره إشهارا تجاريا .

وفي الأخير يمكن تعريف الإعلان التجاري ،بأنه :النشاط أو العمل التجاري الذي يقوم به المورد باستخدام وسائل تقليدية أو إلكترونية، تهدف إلى التعريف بالمنتجات والخدمات والترويج لها بتحديد محاسنها ومميزاتها بهدف التأثير الإيجابي والمشروع على نفسية المستهلك لدفعه على الإقبال عليها ،كما يهدف إلى تحقيق الربح .

وبذلك يتضمن هذا التعريف عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي،النشاط الإخباري الذي يهدف إلى التعريف بالسلع والخدمات محل الإعلان والترويج لها ،و من جهة أخرى يهدف إلى تحديد مميزاتها ومحاسنها وهو الأمر الذي سيؤثر في نفسية المستهلك فيحمله على التعاقد ،ولم يحدد التعريف الوسيلة المستعملة ،وبذلك للمورد الحرية التامة في إختيار الوسيلة الملائمة فإن كان إبرام العقد وفقا للقواعد العامة فيتخذ شكل من أشكال التعاقد التقليدي ،وإن كان عقدا إلكترونيا فالوسيلة ستكون إلكترونية كما أن الهدف من النشاط الإخباري هو هدف تجاري أي يهدف المورد من ورائه إلى تحقيق الربح (معنوي).

3 /خصائص الإشهار التجاري الإلكتروني : من خلال جملة التعاريف السابقة يمكن القول بأن الإشهار التجاري الإلكتروني يتميز عن التقليدي بجملة من الخصائص تفرضها وسيلة العرض الإلكترونية ،سواء تمّ عبر شبكة الإنترنت أو البريد الإلكتروني¹ ،وتتمثل في مايلي :

أ .الإشهار التجاري الإلكتروني وسيلة إلكترونية تستخدم في عرض السلع والخدمات
وتعتبر أهمّ خاصية تميزه عن الإعلان التجاري التقليدي ،وهي السمة التي تمنح للإشهار

¹ خميخ محمد ،الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ،أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد ،تلمسان ،2016-2017 ،ص 29.وشريف محمد غنام التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الأنترنت ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2008 ،ص . 32.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

التجاري الإلكتروني بعض الخصوصية بإعتباره يخضع للقواعد العامة في تنظيمه مع مراعاة الخصوصية التي تفرضها وسيلة العرض الإلكترونية.

ب. الإشهار التجاري الإلكتروني وسيلة إلكترونية في العرض ذات طبيعة تجارية: كل عمل يسعى إلى تحقيق الربح يعد عملا تجاريا ،وبذلك فالهدف الأساسي للمعلن من استعماله للإعلان هو تحقيق الربح ومنه فكل إشهار يهدف إلى تحقيق الربح يعد إعلانا تجاريا ،وإذا كانت الوسيلة المستخدمة في عرضه إلكترونية فهو إعلان تجاري إلكتروني¹.

ت. الإشهار التجاري الإلكتروني وسيلة عرض تجارية موجهة للمستهلك: إذ يجب أن توجه الرسائل الإعلانية الإلكترونية إلى المستهلكين ،عبر قناة إتصال إلكترونية ،والمتمثلة في المواقع المخصصة لهذا الغرض ،ويرى الأستاذ شريف محمد غنام ضرورة توجيه الإعلان إلى جمهور المستهلكين دون تخصيصه لجهة معينة.² إلا أنّ هذا الرأي نسبي غير مطلق على أساس أن الإعلانات الإلكترونية اليوم يمكن أن يتم تخصيصها لفئة معينة من المستهلكين ،مثال منتج مخصص للأطفال أو النساء أو ملابس رجالية يتم عرضها بوسيلة إلكترونية ،كالمواقع مثلا فهي موجهة لفئة خاصة من المستهلكين دون باقي الفئات الأخرى في حين أن المنتجات الغذائية مثلا قد توجه لكافة المستهلكين مع مراعاة بعض الخصوصيات التي تتميز بها هذه المنتجات ،أو في مجال الخدمات كالترويج لخدمات مؤسسة استشفائية خاصة موجه لكافة الفئات مهما اختلف جنس المستهلك أو عمره.

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 111-112.

² شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص 29.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ث .الإشهار التجاري الإلكتروني وسيلة عرض تجارية موجهة للمستهلكين بغرض حملهم على التعاقد :يسعى المعلن من عرضه للإعلان التجاري إلى التأثير في نفسية المستهلك من أجل جذبته وتحفيزه على التعاقد حول السلع والخدمات محل عملية العرض¹.

من الخصائص السابقة الذكر يمكن القول ،أنه لا يمكن الحديث عن إعلان تجاري إلكتروني إلا إذا اجتمع فيه عنصرين أحدهما مادي وهو وسيلة العرض الإلكترونية ،والآخر معنوي يتمثل في الهدف من الإعلان وهو تحقيق الربح الذي يقع على السلع والخدمات.

ثانيا :تميز الإشهار التجاري الإلكتروني عن غيره من الأنظمة المشابهة له :يعتبر الإشهار التجاري الإلكتروني تلك الوسيلة المستخدمة في عرض المنتجات والخدمات بهدف الترويج لها لجذب المستهلك وتحفيزه للتعاقد حولها ، وبذلك وجب التمييز بينه وبين بعض الأنظمة المشابهة له كالإعلام والدعاية .

1/ تمييز الإعلان التجاري الإلكتروني عن الإعلام :يجب التفريق وعدم الخلط بين الإلتزام بالإعلام والذي يقصد به لغة :نشر معلومات رسمية ،إشعار، إخطار.² أما اصطلاحا :فيقصد به :"نشر المعلومات والحقائق بقصد إنارة الجمهور وتثقيفهم ،وبالتالي يعتبر وسيلة اتصال وربط بين الأفراد ،كما يتميز بالموضوعية لأنه يسعى إلى تنمية الوعي والإدراك بحقائق السلع والخدمات ،ولا يهدف إلى تحقيق الربح"³.

والإلتزام بالإعلام إلتزام قانوني يقع على عاتق المتدخل بنشر المعلومات ،والبيانات اللازمة لتتوير المستهلك من أجل التعاقد وتنفيذ الإلتزامات المترتبة عن العقد ،أما الإعلان التجاري

¹ خميخ محمد ، المرجع السابق ،ص .29.

² المنجد الوسيط في العربية المعاصرة ،دار الشرق ،لبنان ،2003،ص .751.

³ قرواش رضوان ،الضمانات القانونية لحماية أمن وسلامة المستهلك ،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة ،2012-2013 ،ص .256.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

فكما سبق تعريفه فهو النشاط الذي يهدف إلى جذب المستهلك وإثارة رغبته للإقبال على المنتجات والخدمات محل العملية العقدية، مقابل تحقيق ربح معين، وبذلك فإن أول فرق يلاحظ هو الاختلاف في الهدف فإذا كان الإعلان التجاري يسعى إلى إغراء المستهلك والعمل على الترويج للسلع والخدمات مقابل تحقيق مكسب مالي، فإن الإلتزام بالإعلام يهدف إلى تكوين فكرة لدى المستهلك حول محل العقد، بالإضافة إلى دعم ثقته حولها¹.

2/ تمييز الإعلان التجاري الإلكتروني والدعاية التجارية: يقصد بالدعاية: "النشاط الذي يؤدي إلى التأثير في عقيدة الجمهور، سواء لجعله يؤمن بفكرة أو مبدأ أو عقيدة معينة، فهي نشاط يستهدف نشر أفكار وآراء معينة وتجميع أنصار لهذه الأفكار"، ومنه فالدعاية هي عمل يستهدف التأثير على العقل لإقناعه بفكرة ما وتكوين مؤيدين لها، وقد تكون ايدولوجية سياسية، أو تجارية وما يهمنا هنا هو الدعاية التجارية، فالهدف من الإعلانات التجارية الإلكترونية كوسيلة دعائية، هو إظهار طبيعة السلع وثنائها ويكمن الفرق بينها وبين الدعاية في اعتبار الإعلان وسيلة مدفوعة الأجر تهدف إلى التأثير على نفسية المستهلكين لإقناعهم بالتعاقد مع المعلن، بخلاف الدعاية التي لا تسعى إلى تحقيق الربح فغالبا ما تكون مجانية².

ومما سبق يمكن القول بصعوبة التمييز بين الدعاية والإعلان التجاري باعتبار كليهما يهدف إلى التأثير في نفسية المستهلك للفت انتباهه حول السلع والخدمات من أجل التعاقد حولها ومع ذلك يبقى عنصر تحقيق الربح مبدئيا هو المعيار الفاصل في التمييز بينهما فالإعلان التجاري يهدف المعلن من ورائه إلى الترويج وتحقيق الربح بخلاف الدعاية التي لا تسعى إلى تحقيق الربح.

¹ خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص. 84-85.

² المرجع نفسه، ص. 84.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الفرع الثاني: التكييف القانوني للإشهار التجاري الإلكتروني .

لكي يتمكن المتدخل من عرض السلع والخدمات لأبد عليه من أن يتعاقد مع وكالة الإشهار¹ التي تهتم بالإعلان، حيث تقوم إما بإنشاء ما يعرف بالواجهة الإلكترونية، أو تطلب من المتدخل شراء مساحة إعلانية على شبكة الإنترنت، ليتم تنفيذ العقد بمجرد دفع المتدخل المبلغ المتفق عليه²، ويمكن أن يرد الإعلان في عدة صور، والتي تؤثر في التكييف القانوني له بين إعتبره دعوة للتعاقد، أم إيجابا إذا ما إقترن بقبول من المستهلك إنعقد العقد لذا سيتم التطرق إلى الوسائل التي يرد من خلالها في نقطة أولى، ثم تحديد طبيعته القانونية في نقطة ثانية .

أولا: الوسائل التي يتم بها الإشهار التجاري الإلكتروني: توجد عدة وسائل أو قنوات يمكن أن يبيث الإشهار من خلالها، وتتمثل فيمايلي :

1/ الإشهار التجاري عبر المواقع الإلكترونية: تنتوع صفحات الويب أو المواقع الإلكترونية مما يصعب معه إحصاء المواقع المستعملة في عملية الإعلان عن المنتجات والخدمات، إذ

¹ لعال لامية، حماية المستهلك في معاملات التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، 2016-2017، ص 22.

² يقصد بالوكالة الإشهارية: "شركة مستقلة ذات ملكية خاصة تعمل على تقديم الخدمات المتخصصة في مجال الإشهار بصفة خاصة والتسويق بصفة عامة"، مع التحفظ على مصطلح شركة، كما عرفت بأنها: "منشأة تسويقية متخصصة تساعد المنشآت المعلنة على تخطيط و إعداد إشهاراتها"، من التعريفين السابقين يمكن الخروج بالتعريف التالي: أن الوكالة الإشهارية هي شركة تابعة للقطاع الخاص تتمتع بالاستقلالية المالية تهدف إلى تقديم خدمات إشهارية للمعلنين من خلال تنظيم وإدارة النشاطات الإشهارية تؤدي خدماتها بالتعاقد مع المعلن من خلال الإتفاق حول الثمن، مدة الإعلان، والصورة أو الصور التي يمكن أن يتخذها الإعلان. ويشترط في الوكالة الإشهارية أن تتمتع بالاستقلال أي عدم التبعية، وأن تتوفر على رأس مال يساعدها على تأدية مهامها بالإضافة إلى توفير خبراء في ميدان التخطيط والتسويق، والإشهار. أنظر كوسة ليلي، واقع و اهمية الإعلان في المؤسسة الاقتصادية الجزائرية، دراسة حالة مؤسسة إتصالات الجزائر للهاتف النقال - موبليس -، مذكرة ماجستير في العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري قسنطينة، 2007-2008، ص 85-86.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

يمكن للمستخدم الوصول أو الولوج إلى الموقع الإلكتروني بواسطة عنوانه ليتصفح ويعلم كل محتوياته، لذلك شبه الموقع الإلكتروني بالكاتالوج الافتراضي الذي يوضح العناصر المتعلقة بالمنتجات والخدمات محل العقد، أو يمكنه من استخدام الكلمات الدالة عليه في حال ما إذا تعذر عليه معرفة اسم الموقع، ويعبر المتدخلون في مواقعهم الإلكترونية عن هويتهم، وأنشطتهم، والخدمات التي يقدمونها، فتسمح هذه الصفحات بتكوين قناة إتصال مباشرة بين المتدخلين والمستهلكين¹.

وما يميز صفحات الواب Web أو المواقع الإلكترونية أنها سهلة الاستعمال من طرف المستهلك دون جهد كبير، فهذه المواقع مصممة بالصوت والصور الملونة والمتحركة، بطريقة تجذب المستخدم إليها، وقد تتضمن هذه المواقع إشارة إلى مواقع أخرى يتم الانتقال إليها مباشرة عن طريق الموقع الأصلي بواسطة ما يعرف بالارتباط التشعبي Hyper Link فإذا تضمن الموقع الإلكتروني إعلانا فلا يكون تجاريا إلا إذا كان متعلقا بالمنتجات والخدمات وأن يبرز المقابل المالي لها لحث الجمهور على الشراء².

وقد عرّف المشرع الجزائري الويب بموجب م 2 ف 1 و 2 من المرسوم التنفيذي رقم 98-257 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها على أنه: " تعرف خدمات "أنترنات" كما يأتي: خدمة " وab " :الواسعة النطاق (W.W.W .WEB) Word Wide Web خدمة تفاعلية للإطلاع أو إحتواء صفحات متعددة الوسائط "Multimédia" (نصوص ،رسوم بيانية ،صوت أو صورة) موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص

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

Christophe Masse ,la publicité trompeuse dans le commerce électronique ,p.22-23.

Sur le site <https://www.jurscom.net> Voir le 21/12/2016.

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 34-36.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

متعددة "Hyper Texte"¹. وبالتالي تعتبر خدمات الواب وسيلة من وسائل التسويق والترويج للسلع والخدمات ،تبين كل العناصر الواجب توفرها للتعريف بالمنتجات كتحديد مميزاتها ،نوعها وحتى سعرها .

ومما سبق يمكن القول أن الموقع الإلكتروني يعتبر وسيلة من وسائل الترويج للسلع والخدمات محل التعاقد ،كما يعد أكثر الوسائل استخداما وذلك راجع إلى سهولة البحث والإطلاع ،فحتى ولو لم يتمكن المستهلك من الولوج إليه فإنه يمكنه الوصول إليه بمجرد وضع الكلمات المفتاحية في المكان المخصص بالبحث ،فيتم تزويده بالصفحات التي لها علاقة بطلبه ،مثال :استخدام موقع Google في البحث .

2 /الإشهار عبر البريد الإلكتروني : للبريد الإلكتروني نفس وظيفة البريد التقليدي تقريبا ويكمن الإختلاف في الوسيلة المستخدمة ،وهي شبكة الإنترنت مما تجعل البريد الإلكتروني فوريا كما يمتاز بمجانيته ،وأنه وسيلة يستخدمها المعلنون في الترويج عن المنتجات والخدمات² وهو عبارة عن أيقونة يتم العمل بها عن طريق استعمال شبكة الإنترنت كصندوق للبريد ،بحيث يرسل من خلاله المستخدم الرسائل الإلكترونية لشخص أو مجموعة من الأشخاص المستخدمين للإنترنت مجانا وفي وقت قياسي إذ لا يستغرق وصول الرسالة سوى بضعة ثواني³ .

لقد سبقت الإشارة إلى أنه ومن أجل الحديث عن إعلان تجاري لابد أن يكون هذا الأخير موجها لجمهور المستهلكين دون تحديد شخص بحد ذاته ،لكن الملاحظ في استخدام البريد الإلكتروني في الغالب أن الرسالة فيه تتميز بالخصوصية ،أي محددة الوجهة ،وهو ما يؤدي

¹ المرسوم التنفيذي رقم 98-257 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها ، ج . ر . ع 63 ،المؤرخة في 26 أوت 1998 .

² شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص .45-46 .

³ خالد ممدوح ابراهيم ،حجية البريد الإلكتروني في الإثبات ،دار الفكر الجامعي ،مصر ،2010 ،ص . 09 .

أسامة أبو حسين مجاهد ،خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ،دار النهضة العربية ،مصر ،2003 ،ص . 08 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

إلى طرح التساؤل التالي: هل يعتبر استخدام البريد الإلكتروني للترويج بالسلع والخدمات إعلانا تجاريا؟ والإجابة على هذا السؤال تتحدد: بين ما إذا كانت الرسالة محددة الوجهة أي خاصة فلا يمكن اعتبار محتواها إعلانا تجاريا، وما إذا كان مضمون الرسالة موجه إلى مجموعة كبيرة من المستخدمين فإنه يمكن اعتبارها إعلانا تجاريا - لا يتغير محتوى الرسالة - وهو الأمر الذي استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية، حيث اعتبرت أن الرسائل المرسله من المعلن إلى جمهور المستهلكين تعتبر: "إعلانا تجاريا يخضع لما تخضع له هذه الإعلانات من تنظيم، خاصة التنظيم الخاص بالدعاية المضللة وأن إرسال ثلاثمائة دعوة من المشروع لعملائه عن طريق البريد، يعد إعلانا تجاريا"¹.

والإعلان التجاري الإلكتروني بواسطة البريد الإلكتروني يتم باحدى الطريقتين أو الأسلوبين إما بأسلوب بولميديا Pull média أو بأسلوب بوشميديا Push média²، حيث تسمح تقنية بولميديا للمستهلك بكتابة اسم المورد واسم المنتج أو الخدمة ويتلقى مباشرة الصفحات المطلوبة التي تحتوي على البيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة المراد التعامل حولها، ويمكن للمستهلك بموجب هذه التقنية أن يقوم بتحميل هذه الرسائل مباشرة على جهاز الكمبيوتر للإطلاع عليها فيما بعد، وما يتم ملاحظته على هذه التقنية أنها تعطي للمستهلك دورا إيجابيا في التعامل، بدليل أنها تترك له الحرية التامة فالمبادرة بطلب البيانات والمعلومات الخاصة بمحل العقد، دون وجود أي تدخل من المورد وبالفعل هي طريقة ايجابية لأن المستهلك هو الذي يبحث عن المعلومات ولا ترسل إليه بطريقة قد تزعجه. أما تقنية بوشميديا فهي مخالفة تماما للتقنية الأولى حيث يكون دور المستهلك فيها سلبيا باعتبار أن المورد هو الذي يقوم بإرسال الرسالة الإعلانية لبريد المستهلك بصفة عشوائية دون طلبها منه، وقد تتماشى هذه التقنية مع تقنية

¹Cass.crim, 05 mai 1981, Bull, crim.1981, p.410

نقلا عن شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص . 48 .

² لعجال لامية، المرجع السابق، ص. 28-29.

أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص. 94-98 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أخرى تسمى بسبامينغ Spamming التي تعدّ من الممارسات الإعلانية غير المرغوب فيها ، لأنها تمس بحق المستهلك في الخصوصية فبمجرد إتصاله بالإنترنت تصله الرسائل بكثافة ، بالإضافة إلى نسخها بواسطة الطابعة دون إعطاء أمر لها بذلك ، وهي تقنية غير مرغوب فيها وسيتم التطرق لها بشيء من التفصيل لاحقاً .

3/ الإشهار بواسطة فضاءات إعلانية أخرى :بتطور البرامج الإلكترونية ظهرت أنواع جديدة من الفضاءات (البرامج) الإلكترونية ،التي يمكن أن تستخدم كوسيلة لعرض المنتجات والخدمات كالشرائط الإعلانية ،منتديات النقاش ،والإعلانات عبر الفواصل ،والنوافذ الصغيرة وهو ما سيتم التطرق إليه :

أ/ الإشهار عبر الشرائط الإلكترونية :هي عبارة عن مستطيل صغير الحجم ،يظهر عادة في أعلى الصفحة بشكل تلقائي أي دون أن يطلبه متصفح الموقع ،والذي لا يمكنه التخلص منه لعدم توفره - الشريط - على أيقونة تسمح بإلغائه وحذفه ،كما قد تختفي تلقائياً لتعاود الظهور من جديد¹ .

وما تجب الإشارة إليه هنا أن فعالية الشريط الإلكتروني كوسيلة إعلانية تحدد بمدى قدرته على دفع المستهلك لتصفح موقع المعلن وليس على مجرد جذب انتباهه إليه وقد تتخذ الشرائط الإلكترونية عدة أشكال كأن تكون ثابتة أو متحركة في شكل رسوم متحركة باستخدام تقنيات حديثة كتقنية GIF ،التي تسمح باستخدام الصور من أجل عرض المنتجات والخدمات بالإضافة إلى تقنية GIF anime ،التي تسمح بإدراج رسوم وأشكال تتحرك بسرعة مختلفة ،وتظهر في مختلف الجوانب كأنها صورة حية مع استخدام الصوت ،كما ظهرت تقنية الـ

¹ شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص . 36-37.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

Multimédia والتي تتضمن ملفات فيديو تجمع عناصر الصوت ،الصورة والحركة ،وقد تعمل إمّا تلقائياً أو بمجرد الضغط عليها¹.

فالهدف من الشريط الإعلاني هو دعوة المتصفح إلى الضغط وزيارة الموقع الخاص بالمعلن ،ويأخذ بالوصف التجاري إذا كانت العملية الإعلانية قائمة على تسويق منتج أو خدمة أو سمعة مشروع معين أو منظمة أو شخص له نشاط تجاري أو سمعة شخص حرفي أو صاحب مهنة حرة.²

ب /الإشهار عبر منتديات النقاش والدرشة :عبارة عن فضاء إلكتروني يلتقي فيه مجموعة من المستخدمين ذوي الإهتمامات المشتركة لتبادل الحديث والنقاش حول البيانات والمعلومات المتعلقة بموضوع أو قضية معينة³ .مع إمكانية مشاهدة بعضهم البعض عبر كاميرات الحاسوب أو الهاتف المتصلة بشبكة الأنترنت .

وما تجب الإشارة إليه أن منتديات النقاش أصبحت تعرف رواجاً واسعاً في وقتنا الحالي خاصة ،وأنها تتيح فرصة مناقشة الطرفين – المستهلك والمورد – لعناصر العقد المراد إبرامه كما قد تحقق التواجد الزماني دون المكاني كأن يتم إنشاء منتدى على حساب الفايسبوك يتم من خلال عرض المنتجات والخدمات لجمهور المستهلكين الذين ما عليهم إلا الولوج إلى صفحة المنتدى أو المجموعة من أجل رؤية صور المنتجات ومعرفة الخدمات المقدمة ،وقد يفضل المستهلك هذه الطريقة لأنها قد تمكنه من مناقشة شروط وبنود العقد قبل الإقدام على

¹ شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص . 37-38.

² كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص . 115-116.

³ لما عبد الله صادق سلهب ،مجلس العقد الإلكتروني ،مذكرة ماجستير في القانون ،كلية الدراسات العليا ،جامعة النجاح

الوطنية نابلس ،فلسطين ،2008 ،ص . 11.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

إبرامه وإمكانية إجراء محادثة بالصوت والصورة مع عارض السلع أو مقدم الخدمات للتوصل إلى اتفاق بموجبه ينعقد العقد .

ت/ الإشهار التجاري الإلكتروني عن طريق الرسائل البينية : **Les messages**

interstitiels: تسمى الرسائل البينية كذلك بالرسائل المتحولة التي تملأ الشاشة على أساس أنها تشغل الشاشة كلها عندما تظهر، وهي تلك الرسائل التي تظهر بين صفحتين أو أكثر من صفحات الواب عندما ينتقل المتصفح بين هذه الصفحات، تظهر على نحو سريع حيث تدوم بضعة ثوان فقط، ويستخدم الموردون هذه الطريقة - الرسائل البينية - من أجل الإشارة إلى مواقعهم التي يعرضون من خلالها المنتجات والخدمات، أو للإشارة إلى بريدهم الإلكتروني، ليترك الباب واسعاً أمام فضول المستهلك الذي يتحقق به الهدف المنشود إلا بالدخول لرؤية محتوى الرسالة بالضغط عليها¹.

ث/ مواتير البحث والأدلة : (الإحالة بأدوات البحث) **(Le référencement par des**

outils de recherche : مواتير البحث هو عبارة عن "برنامج استكشافي يسمى "Robot" يزور كل الصفحات المسجلة على الشبكة و يربط بينها بطريقة تلقائية عن طريق قاعدة البيانات"²، ويتم البحث فيه بمجرد كتابة كلمات مفتاحية لها علاقة بالموضوع أو بالمجال المراد البحث فيه، فبعدما يدرج المستخدم الكلمات المفتاحية يقوم البرنامج تلقائياً بعملية البحث ليزوده في النهاية بقائمة الصفحات التي تحتوي المواقع محل موضوع البحث³.

¹ شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص. 40. كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 116.

² شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص. 40.

³ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 117-118. وشريف محمد غنام، المرجع السابق، ص. 40-41.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

في حين يشبه استخدام تقنية البحث بالأدلة أدلة الهاتف ،فبمجرد كتابة المستخدم للكلمات المفتاحية يتم عرض قائمة تتضمن عناوين المواقع المطلوبة¹ .

وبذلك تختلف التقنيتين في أنّ مواتير البحث ،ترتب المواقع أبجديا وحسب عدد الكلمات المستخدمة دون تعليق على محتواها ،في حين البحث باستخدام الأدلة يظهر المواقع مرتبة حسب الموضوع المختار ولا تظهر مجردة بل تحدد اسم الموقع ،والعنوان الإلكتروني ،كما يتم التعليق على محتوى المواقع بشيء من الإختصار² .

ثانيا :تحديد الطبيعة القانونية للإشهار التجاري الإلكتروني :لقد أثرت عدّة تساؤلات حول الطبيعة القانونية للإعلان التجاري الإلكتروني هل هو إيجاب ينعقد به العقد بمجرد قبول أو موافقة المستهلك أو يعتبر دعوة للتعاقد ؟ للإجابة على هذا التساؤل سيتم تحديد المقصود بالإيجاب والدعوة إلى التعاقد أو التفاوض، ثم التطرق لأراء الإتجاهين الذين برزا في تحديد الطبيعة القانونية للإعلان التجاري الإلكتروني .

1 /المقصود بالإيجاب والدعوة للتعاقد :إنّ تحديد المقصود بالإيجاب والدعوة للتعاقد يعني وضع حد فاصل بين مرحلة التفاوض وإبرام العقد ،وللتمييز بينهما أهمية كبيرة من الناحية القانونية وذلك أن المتفاوض لا يلزم بإبرام العقد مباشرة مع أول شخص يستجيب لدعوته أي أن قبول الدعوة إلى التعاقد لا يترتب عليه هذا الأثر القانوني (إبرام العقد) ،وإذا كان المتفاوض لا يلتزم بأي التزام قانوني ،فإنه يقع عليه إلتزامات أخلاقية كالتفاوض بحسن نية وأمانة للوصول إلى إمكانية إبرام العقد³ .

¹ شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص .40-41.

² المرجع نفسه ،ص .41-42.

³ بلحاج العربي ،الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقد ،دار هومه ،الجزائر ،2014 ،ص .30.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

يعرف الإيجاب بأنه: "العرض الصادر من شخص يعبر به عن وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"¹.

فليعتبر الإشهار التجاري الإلكتروني إيجابا لا بد من أن يكون جزما وباتا، أي التعبير النهائي الكامل عن الإرادة (بصفة نهائية) المؤدي إلى إبرام العقد بمجرد اقترانه بالقبول وأن يتم بصفة كاملة أي عرض المعلومات والبيانات المبينة لطبيعة العقد المزمع إبرامه وشروطه الأساسية بصفة واضحة أي غير غامضة فلا يبقى لإبرام العقد إلا صدور قبول مطابق².

أما الدعوة إلى التعاقد فهي: " الدعوة التي يوجهها شخص ما إلى شخص آخر أو إلى الجمهور بهدف حثهم على التعاقد معه دون تحديد للمسائل الجوهرية، ولا تتوافر لديه نية الارتباط مباشرة بالتعاقد إذا قبل الغير هذه الدعوة"³، فالدعوة إلى التعاقد هي: ذلك العرض المقدم من أحد الأشخاص للجمهور دون أن تكون له نية حقيقية في التعاقد في حال ما إذا صادفه ردّ إيجابي من شخص ما، مع عدم تحديد المسائل الجوهرية في التعاقد .

وبالتالي يكمن الفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد في أن الإيجاب يجوز العدول عنه إذا لم يرتبط بمدة معينة فإذا حدث ذلك - ارتبط بمدة محددة - فلا يجوز العدول عنه إلا بسقوط المدة دون تلقّي ردّ من الطرف الآخر يفيد قبوله فينعقد العقد، أما الدعوة للتعاقد فيجوز الرجوع عنها دون أن يترتب عن هذا الرجوع مسؤولية قانونية إلا إذا وقع ضرر ناتج عن خطر مستقل عن الرجوع، فهنا يجوز للمتضرر المطالبة بالتعويض جبرا للضرر⁴ .

¹ تقيّة محمد، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1984، ص. 83.

² محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص. 113.

³ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 135.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 30-39.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ومنه يمكن القول أن المعيار الفاصل في التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض هو الرغبة في إبرام العقد، فإذا اتجهت نية الشخص صراحة إلى إبرامه وتمّ تحديد المسائل الجوهرية فالعرض عبارة عن إيجاب متى صادفه قبول انعقد العقد، والعكس صحيح .

2/الإشهار التجاري الإلكتروني بين الإيجاب والدعوة للتفاوض (أو التعاقد) :لقد أثّرت عدّة تساؤلات حول طبيعة الإشهارات التجارية الإلكترونية، هل هي دعوة إلى التعاقد في حال قبولها من الطرف الآخر تعتبر إيجاباً بحاجة لقبول من الطرف الأول - مصدر الدعوة - إذا وافق انعقد العقد، أم إنها عبارة عن إيجاب ينعقد به العقد بمجرد صدور قبول من الطرف المراد التعاقد معه ؟

وبذلك سيتم التطرق إلى الإتجاهين الفقهيين الذين درسا الطبيعة القانونية للإعلان التجاري الإلكتروني محاولين التطرق لبعض التشريعات التي عالجت هذه المسألة وقوفاً عند موقف المشرّع الجزائري ؟

أ /الإشهار التجاري الإلكتروني عبارة عن دعوة للتفاوض أو التعاقد :يرى الأستاذ علوان رامي محمد أنّ :الإعلان الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت لا يعتبر إيجاباً بل دعوة للتعاقد بشرط أن لا يتضمن المسائل الجوهرية للعقد، فالإعلان عن المنتجات والخدمات بواسطة الإنترنت يشبه العرض التقليدي لها، فإذا تضمن الإعلان سعر المنتجات أعتبر إيجاباً شأنه في ذلك شأن الإعلان عن المنتجات مع بيان سعرها عبر واجهات المحلات التجارية¹ .

كما يضيف أنصار هذا الإتجاه أن طبيعة عقود التجارة الإلكترونية تتطلب اعتبار الإعلانات الإلكترونية دعوة للتعاقد كونها تمكن المورد من رفض الطلبات التي تفوق الكمية المطلوبة وقد ترجع زيادة الطلبات إلى أن الإعلان موجه للعامة دون تحديد أو تغيير الأسعار

¹ علوان رامي محمد، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، ع 4، الكويت

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

يعتبر دعوة للتعاقد حتى ولو تضمن الإعلان وصفا للعناصر الأساسية للمنتجات والخدمات، بما فيها تحديد الثمن وحثهم في ذلك: "أن مجرد النقر على لوحة العرض يعدّ من قبيل تصفح الإعلان غالبا ما يتضمن أيقونة خاصة أو فراغ خاص تفيد معنى الطلب أو الشراء و عندئذ إذا ما دخل إليها العميل واستكمل ملء البيانات اللازمة، ينقلب ذات العرض إلى إيجاب من العميل بالطلب إلى العارض و ليس العكس"¹ .

أي مجرد رؤية الإعلان على صفحات الإنترنت يعتبر دعوة للتعاقد يقبلها المستهلك بمجرد تصفحه للإعلان بالدخول عليه عن طريق النقر على الأيقونة المخصصة لذلك، فإذا ما قام - المستهلك - بملء البيانات التي يحتويها النموذج فتصرفه يكيف قانونا على أنه إيجاب ينعقد به العقد إذا ما قبله العارض .

ويمكن القول أن الإعلان التجاري الإلكتروني حسب هذا الرأي هو عبارة عن دعوة للتعاقد بشرط أن لا يتضمن العرض تحديدا للشروط الأساسية للعقد كتحديد ثمن المنتجات والخدمات، والشروط التي سيتم بها البيع .

ب /الإشهار التجاري الإلكتروني عبارة عن إيجاب: يعتبر أنصار هذا الإتجاه أن الإعلان التجاري الإلكتروني الموجه لجمهور المستهلكين إيجابا إذا تضمن الشروط الجوهرية للتعاقد كوصف السلع والخدمات وصفا نافيا للجهالة وتحديد الثمن ،الشروط الجوهرية للعقد وطبيعة المنتج أو الخدمة ،كيفية السداد ميعاد ومكان التسليم².

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 135-136. وشحاتة غريب محمد شلقامي ،العقد الإلكتروني في التشريعات العربية ،دار النهضة العربية ،مصر، 2005، ص 87.

² عبوب زهيرة ،الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية ،رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو، 2018، ص . 42 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

حيث يرى البعض أنّ الإعلان لا يعتبر إيجاباً إلا إذا كان جازماً معبراً عن إرادة مصممة وعازمة بصفة نهائية على إبرام العقد، والذي يتحقق بمجرد صدور قبول مطابق له وأن يكون محدداً وكاملاً، ويتحقق ذلك بتضمين العرض بصفة واضحة لا لبس فيها على الأقل المعلومات والعناصر الأساسية التي توضح طبيعة العقد المراد إبرامه بحيث ينعقد بمجرد صدور قبول مطابق له¹ .

وتجب الإشارة إلى أنّ الإعلان التجاري الإلكتروني للسلع والخدمات يتم بوسائل عرض مختلفة كالإعلان عبر المواقع الإلكترونية، البريد الإلكتروني، أو عن طريق منتديات المحادثة أو المناقشة، فهل تختلف الطبيعة القانونية للإعلان التجاري الإلكتروني باختلاف الوسيلة المستخدمة؟

يعتبر الإعلان عبر المواقع الإلكترونية إيجاباً من العارض، لأنّه يدوم على مدار الساعة بالإضافة إلى أنّه موجه لجمهور المستهلكين وليس لشخص محدد، وبذلك لا يختلف عن الإيجاب التقليدي أي الإيجاب الصادر مباشرة من طرفي العقد المراد إبرامه² .

في حين يتراوح الإعلان عبر البريد الإلكتروني ما بين الإيجاب والدعوة للتفاوض، فإذا تم الإتصال المباشر بين العارض والمستهلك فهو إيجاب متى صدر قبول من المستهلك انعقد العقد بشرط تحديد العناصر الأساسية لمحل العقد والعكس صحيح، إذا كان هناك فترة زمنية بين إصدار العرض وإطلاع المستهلك عليه فهي دعوة للتفاوض ولا ترقى إلى درجة الإيجاب³، فالعبرة هنا بعدم وجود اتصال زمني بين طرفي العقد - لا يجمعها مجلس عقد واحد لا مكانياً

¹ خلوي عدنان نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الأنترنت، مذكرة ماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص. 12-13.

² خميخ محمد، المرجع السابق، ص. 32.

³ عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، "العقود الإلكترونية" على الموقع الإلكتروني [https:// www.Startiumes.com](https://www.Startiumes.com)

تاريخ الإطلاع 2016/11/18، على الساعة : 22:23.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ولا زمانيا - ، أمّا الإعلان عبر المحادثة أو المشاهدة فيعتبر إيجابا ، لأنّ العارض يحاول من خلاله اقناع المتعاقد معه ، بعرض الشروط الجوهرية للمنتجات والخدمات طبيعتها، ميعاد و مكان التسليم و يعتبر إيجابا من نوع خاص لأنه يستهدف مجموعة من المستهلكين فقط¹ .

وفي الأخير يمكن القول أن الطبيعة القانونية للإشهار التجاري الإلكتروني تتحدد بحسب المعلومات التي يتضمنها ، وهي مسألة مهمة يتوقف عليها تحديد المسؤولية المترتبة عن مخالفة المعلن لإلتزامه ، بين مسؤولية عقدية إذا أعتبر الإشهار التجاري الإلكتروني إيجابا ، ومسؤولية تقصيرية إذا عدّ دعوة للتفاوض أو التعاقد ، ترتب حق المستهلك في المطالبة بالتعويض ليس على أساس عدول المعلن عن دعوته ، وإنما على أساس ما يلحق المستهلك من ضرر نتيجة العدول .

ورغم الخلاف الفقهي إلا أنّ المشرع وبموجب أحكام القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية قد قطع باب الخلاف وهو ما يمكن الوقوف عليه بموجب م 11 منه ، والتي ألزمت المرد بأن يضمن العرض التجاري الإلكتروني البيانات التالية :

- رقم التعريف الجبائي ، والعناوين المادية والإلكترونية ، ورقم هاتف المورد الإلكتروني؛
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي؛
- طبيعة و خصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم؛
- حالة توفر السلعة أو الخدمة؛
- كفاءات ومصاريف وآجال التسليم؛
- الشروط العامة للبيع ، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي؛
- شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع؛
- طريقة حساب السعر ، عندما لا يمكن تحديده مسبقا؛
- كفاءات وإجراءات الدفع؛

¹ خميخم محمد ، المرجع السابق ، ص 33.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

- شروط فسخ العقد ، عند الإقتضاء؛
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية؛
- مدة صلاحية العرض ، عند الإقتضاء؛
- شروط وآجال العدول ، عند الإقتضاء؛
- طريقة تأكيد الطلبية ؛
- موعد التسليم وسعر المنتج موضوع الطلبية المسبقة وكيفية إلغاء الطلبية المسبقة عند الإقتضاء؛
- طريقة إرجاع المنتج أو استبداله أو تعويضه؛
- تكلفة استخدام وسائل الإتصالات الإلكترونية عندما تحسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها".

من خلال نص المادة يتضح أن المشرّع اعتبر الإعلان إيجاباً صادراً من المورد الإلكتروني بحيث لا بد من أن يتضمن الشروط الأساسية للبيع ،تحديد الثمن ،مكان وزمان التسليم وباقي المعلومات الجوهرية الخاصة بالعقد ،وقد رتب المشرّع عقوبات جزائية في حال مخالفة المورد الإلكتروني لأحد الإلتزامات المنصوص عليها بالمادة 11 المذكورة أعلاه وبذلك أسقط المشرّع فرضية إمكانية اعتبار الإعلان التجاري الإلكتروني دعوة للتعاقد أو التفاوض .

وقد أصاب المشرع في ما ذهب إليه لأن الهدف من الإشهار هو جذب أكبر قدر ممكن من الزبائن وحثهم على التعاقد ،وقد يعتمد المورد الإلكتروني في المبالغة - ولو المشروعة - في وصف المنتجات ،وهو الأمر الذي يتنافى والميزة الأساسية في الإيجاب وهي الوصف الدقيق دون مبالغة أو لبس أو غموض هذا من جهة ،ومن جهة أخرى إذا تمّ النظر إلى مصلحة المستهلك أي لتوفير حماية فعّالة له ،فمن باب أولى اعتبار الإشهار إيجاباً ليتخذ المورد الإلكتروني كافة الاحتياطات الضرورية في عرضه للسلع والخدمات بعيداً عن الإغراء والمبالغة ،مما يجنبه مخاطر قيام مسؤوليته المدنية .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المطلب الثاني : الضوابط التي تحكم الإشهار التجاري الإلكتروني .

من حق المستهلك أن يتلقى إعلانات صادقة ونزيهة ،أيّ مطابقة للحقيقة وبعيدة كل البعد عن التضليل والخداع ،وليعتبر الإعلان التجاري الإلكتروني قانونيا لابد من أن تتضمن الرسالة الإشهارية جملة من الضوابط والقواعد التي تضي عليه المشروعية ،فإذا تخلفت أعتبر الإعلان غير مشروع ،مما يلحق ضررا بالمستهلك ،وهو ما يتطلب ضرورة توفير حماية فعالة له ،والتي تتحقق بتشديد المسؤولية على المعلن¹.

الفرع الأول :وضوح الإشهار التجاري الإلكتروني .

يقصد بشرط الوضوح والتحديد أن يتضمن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة والتي من شأنها أن تخلق تفكيرا واعيا متبصرا يعمل على تكوين إرادة واعية ومستنيرة لدى المستهلك وهو بصدد الإقبال على التعاقد² ،وأن تتم صياغته بالكيفية التي لا تحدث أي لبس أو خلط فيه بين ما هو أساسي وثانوي ،والذي يخص بصفة أساسية الإعلانات المتعلقة بالخدمات³.

وبذلك لابد من أن يتميز الإعلان بخاصية الوضوح ،أي أن يكون غير غامض ،من خلال تزويد المستهلك بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالسلعة (المنتج) أو الخدمة محل

¹ سي يوسف زاهية حورية ،"حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل" ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،ص .188.

² ممدوح محمد خيرى هاشم ،الحماية المدنية من الإعلانات التجارية الخادعة ،دار النهضة العربية ،مصر ،د .س.ن .ص.28.

خالد ممدوح إبراهيم ،المرجع السابق ،ص . 89.

³ عبوب زهيرة ،المرجع السابق ، ص .45.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

العقد ،وهو الأمر الذي يسمح للمستهلك من التعبير عن إرادته بالتعاقد عن وعي وإدراك كاملين¹.

ويفترض في المعلن أن يستخدم - في الإعلان - أداة من أدوات التعبير المتعددة كالإعلانات المكتوبة أو المقروءة ،والمتمثلة في الصحف والمجلات ،وإعلانات سمعية ومرئية كالتلفزيون والإنترنت وإعلانات الراديو أو ثابتة كاللافتات الإعلانية ،والألواح الضوئية والملصقات الجدارية وواجهات المحلات ،وإعلانات الشوارع وغيرها من الأساليب المستخدمة لجذب انتباه جمهور المستهلكين².

لقد نص المشرع على ضرورة تحديد الإعلان ووضوحه ،فضلا عن بعض التشريعات الأخرى .

أولا :مبدأ وضوح الإشهار التجاري الإلكتروني في التشريع الجزائري : نظرا لإنتشار القنوات الإلكترونية التي تعرض السلع والخدمات عبر الشبكة العنكبوتية ،أصدر المشرع القانون 18-05 السابق الذكر لينظم بعض مواضيع التجارة الإلكترونية منها الإشهار³ ،حيث نصت م 30

¹ عمارة مسعودة ،"الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني من خلال الإعلان التجاري الكاذب وحق المستهلك في الإعلام" ،مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ،كلية الحقوق ،جامعة سعد دحلب ،البلدية ،ع 2 2012 ،ص . 322.

خالد ممدوح ابراهيم ،المرجع السابق ،ص .89.

² موفق حماد عبد ،الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية ،منشورات زين الحقوقية ،لبنان ،2011 ،ص .43.

³ نص المشرع سابقا على هذا الشرط حيث تضمنته المادة 144 من م ت 91-101 رقم 91-101 المؤرخ في 20 أبريل 1991 ،يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون ،ج . ر . ع 19 ،مؤرخة في 24 أبريل 1991 ،بنصها : " يجب أن يكون الإعلان عن البلاغات الإشهارية على الحالة التي هي عليها بوضوح ،ويبث عند التوقف العادي للبرامج". بالإضافة إلى المادة 41 من م.التنفيذي رقم 91-103 بنصها : "يكون الإعلان عن البلاغات الإشهارية وتحديدها على الحالة التي هي عليها بوضوح". م ت رقم 91-103 المؤرخ في 20 أبريل ،يتضمن منح إمتياز عن الأملاك الوطنية العقارية والمنقولة والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالبت الإذاعي السمعي إلى المؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة ، ج . ر . ع 19 ، مؤرخة في 24 أبريل 1991 . كما

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

منه على ما يلي : "دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الإتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية:

- أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية؛
 - أن تسمح بتحديد الشخص الذي تمّ تصميم الرسالة لحسابه؛...
 - أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا، في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا، ..."
- حسب هذه المادة يقصد بالوضوح أنّه يجب أن يكون الإشهار (الإعلان) واضح الدلالة بحيث يجب على المعلن أن يستخدم عبارات سهلة المعنى دقيقة لا لبس فيها ولا غموض توصل المعنى السليم للمستهلك فتجعله يقدم على التعاقد بإرادة حرة وسليمة.

أما التحديد فيمس مسألتين : تتعلق الأولى بتحديد شخصية من صممت الرسالة لحسابه وهو المعلن ،وقد حددت م 11 من ق 05-18 السابق الذكر بعض المعلومات التي يتعين على المورد ذكرها:

كرقم التعريف الجبائي ،العناوين المادية والإلكترونية ،ورقم الهاتف الخاص بالمورد الإلكتروني ،رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي ،وهي البيانات التي تسمح بالتحقق من هوية المعلن والوصول إليه في حال وجود أي نزاع وهو ما يضمن حماية قانونية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا .

نصت م 57 من م التنفيذي رقم 16-222 على أنّه: "يجب أن تكون كل رسالة إشهارية متميزة بوضوح عن الإعلام مهما يكن شكل الدعائم المستعملة ،وأن تكون مسبقة بملاحظة "إشهار" وتقدم بطريقة تبرز طابعها الإشهاري على الفور".م ت رقم 16-222 ،المؤرخ في 11 أوت 2016 ،يتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبت التلفزيوني أو للبت الإذاعي ، ج . ر . ع 48 ،مؤرخة في 17 أوت 2016 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أما المسألة الثانية فتتعلق بمضمون الرسالة الإشهارية فلا بد من أن يحدد تحديدا نافيا للجهالة وباستقراء م11 من القانون نفسه ،فإنها تحدد على سبيل المثال لا الحصر بعض البيانات الأساسية التي يجب أن يتضمنها العرض التجاري كتحديد طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم ،حالة توفر السلعة أو الخدمة كجيفيات ومصاريف وأجال التسليم ،الشروط العامة للبيع ،الضمان ،خدمة ما بعد البيع إجراءات الدفع الفسخ أو العدول عند الإقتضاء ،مدة صلاحية العرض ،كيفية تأكيد الطلبية موعد التسليم ،سعر المنتج ،طريقة إرجاع المنتج واستبداله أو تعويضه ،وشمولها أيضا - الرسالة الإشهارية - على أي فرص تخفيض أو مكافآت أو هدايا سيتم تقديمها للمستهلكين لأن هذا النوع من البيوع غالبا ما يستغله الموردون لخداع جمهور المستهلكين وتضليلهم.

ثانيا : شرط الوضوح والتحديد في تشريعات أخرى : نصّ المشرّع الفرنسي على شرط الوضوح بموجب م 20 ف 1 من قانون الثقة في الإقتصاد الرقمي الفرنسي ،حيث وضع شرطين للإعلان التجاري يتعلق الأول بأن يتضمن الإعلان على كافة البيانات والمعلومات التي تسمح بتحديد ماهيته ،أما الشرط الثاني فيتعلق بشخصية المعلن حيث لابد من احتواء الإعلان على كل البيانات المحددة لها¹.

ونصّ عليه المشرّع التونسي بموجب الفصل 25 من قانون المبادلات التجارية حيث ألزم البائع في ظل المعاملات الإلكترونية بأن يوفر للمستهلك قبل إبرام العقد جملة من البيانات بطريقة واضحة ومفهومة².

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص . 142-143.

²الفصل 25 من القانون ع 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي ،المؤرخ في 09 أوت 2000 الرائد الرّسمي للجمهورية التونسية ،ع 64 ،الصادرة يوم 11 أوت 2000 .كما نصّ المشرّع الفلسطيني بموجب قانون الإستهلاك على ضرورة وضوح الإعلان التجاري ،وهو ما تضمنته م 15 "على كل من يقوم بالترويج والإعلان للمنتجات

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وبذلك يتضح أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي ،وبعض التشريعات العربية إذ اشترط ضرورة تحديد الإشهار التجاري ووضوحه سواء تم بوسائل تقليدية أو إلكترونية ،وأن يشمل التحديد والوضوح مضمون الرسالة الإشهارية وشخصية المورد وذلك بهدف حماية المستهلك من أي تضليل وخداع أو احتيال قد يشوب إرادته .

إن شرط استعمال اللغة الوطنية في الإشهار يجسد فكرة ضرورة وضوح الإعلان ودقته باعتبار أن اللغة المفهومة تساهم بشكل كبير في وضوحه ،وهو ما سيتم التطرق إليه عند دراسة الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام والذي اشترط فيه المشرع استخدام اللغة العربية .

الفرع الثاني :مشروعية المعلومات الواردة في الإشهار الإلكتروني .

تتحقق المشروعية بصدق المعلومات وعدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة وتناول المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات العربية مسألة صدق المعلومات التي تتضمنها الإعلانات التجارية الإلكترونية ،وضرورة احترامها للنظام العام والقواعد العامة .

أولاً :صدق المعلومات محل الإشهار التجاري الإلكتروني :الصدق هو الإخبار بحقيقة الشيء من خلال ذكر مواصفاته ،كتحديد مميزات المنتجات أو الخدمات وخصائصها كما هي في الواقع دون زيادة ولا نقصان ،ومنه يتحقق شرط صدق المعلومات بأن تكون كل خاصية يذكرها المورد أو مقدم الخدمة في إعلانه موجودة بالفعل في المنتجات والخدمات بحيث إذا ذكر أنّ المنتج مصنوع من القطن الخالص أي قطن 100% فلا بد أن يكون كذلك في الواقع ،وأن لا يتفاجئ المستهلك بعد استلامه للملابس بأنها مصنوعة من مادة أخرى كالبولستير مثلاً ،وإذا تم الإعلان على أنّ محرك السيارة يحمل علامة معينة لا بد من أن يحملها فعلاً في الحقيقة ،أمّا بالنسبة للخدمات فإذا أعلنت شركة سياحية أنها تستخدم حافلات مكيفة في نقل المسافرين

أن يراعي توافق ما يعلن عنه ،وواقع مواصفات المنتجات المعلن عنها..." قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 ،جريدة الوقائع الفلسطينية ،ع 63 ،ص 29.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أو أن الإقامة ستكون بفنادق خمسة نجوم ،فلا بد عليها من تحقيق كل ما ذكرته في الإعلان¹

ولقد نصّ المشرّع الجزائري على ضرورة احترام شرط الصدق في الإشهار التجاري وهو ما تضمنته م 08 من القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر حيث نصت على أنه : " يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج ،بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس ..."

كما نصّت م 60 من م التنفيذ 16-222 السابق الذكر على أنه: "يجب ان يكون مضمون الرسالة الإشهارية المبنوثة حقيقيا ونزيها ولائقا". ويمكن أن يستشف من نص م 30 البند الأخير من ق 18-05 السابق الذكر ضرورة صدق المعلومات ،من خلال نصه على ضرورة التأكد من أنّ جميع الشروط الواجب استفاؤها للإستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة ،ولا يتحقق ذلك إلاّ إذا كان محتوى الرسالة الإعلانية صادقا ونزيها

أقر المشرّع المصري بموجب قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006² وجوب إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة حول طبيعة السلع وخصائصها ،حيث نص بموجب م 06 ف 1 منه على ما يلي : "على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط".

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 143-144.

² القانون رقم 67 لسنة 2006 ،المتعلق بقانون حماية المستهلك المصري ،ج .ر ع 30 (مكرر) المؤرخة في 30 ماي 2006.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

كما أكدت م 36 صراحة على ضرورة الصدق بنصها: "يجب أن يتصف الإعلان أو الترويج للمنتج بالصدق و الحقيقة التي تعبر عن جوهر المنتج وجودته دون لبس أو غموض".

وقد نصّ المشرّع التونسي على ضرورة صحة وصدق المعلومات المقدّمة للمستهلك بموجب قانون حماية المستهلك¹ وذلك بمنعه من أن يتضمن الإشهار (الإعلان) على إدعاءات أو إشارات غير صحيحة أو قد توقع المستهلك في خطأ وذلك ما نص عليه الفصل الثالث عشر منه: "تمنع كل عملية إشهار لمنتوج تتضمن بأي شكل من الأشكال إدعاءات أو إشارات غير صحيحة أو من شأنها أن توقع في الخطأ وخاصة عندما تتعلق بأحد العناصر التالية:

- وجود المنتج أو طبيعته تركيبه أو صفاته الجوهرية أو كمية العناصر النافعة به أو نوعه أو مصدره وكميته أو طريقته وتاريخ صنعه.
- صفات وسعر وشروط بيع المنتجات موضوع الإشهار.
- شروط الاستعمال والنتائج المنتظرة.

¹ القانون عدد 117 المتعلق بحماية المستهلك، المؤرخ في 07 ديسمبر 1992، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع 83 السنة 135، المؤرخة يوم 15 ديسمبر 1992.

أما قانون حماية المستهلك السوري فهو الآخر نصّ بموجب م 14 منه على حظر ومنع كل إعلان مخالف للواقع أي حظر الإعلانات غير الصادقة بنصها: "يحظر الإعلان أو الترويج لمنتجات تحمل رموزا بما في ذلك الترميز بالخطوط أو أشكالا غير مطابقة لواقع المنتج أو المقلدة والتي من شأنها أن تؤدي للخطأ مهما كانت الوسيلة المستخدمة بالنسبة للمتطلبات التالية:

- أ - وجود المنتج وتركيبه وصفاته الجوهرية وصفه ونوعه وكميته وطريقة صنعه منشأه وتاريخ انتاجه وعلامته التجارية.
- ب - خواصه وسعره وشروط البيع وأسلوب الإعلان والترويج.
- ج - طريقة الاستعمال والنتائج المتوقعة.
- د - أسلوب البيع وعرض المنتج.
- هـ - الكفاءة والصفات المسرح بها على المنتج". القانون رقم 02 المتعلق بحماية المستهلك السوري، المؤرخ في 06 مارس 2008، الصادر في 10 مارس 2008.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

• أساليب وطرق بيع المنتج.

• هوية أو صفة أو كفاءة المعلن."

مما سبق يمكن القول أن المشرّع الجزائري حذا حذو معظم التشريعات في اشتراط ضرورة صدق المعلومات المقدمة من طرف المورد أو المعلن للمستهلك ،وحسن المشرّع ما فعل بنصه على ضرورة صدق المعلومات ،وهو الأمر الذي يساهم بشكل كبير في توفير حماية قانونية فعالة للمستهلك ،ومن جهة أخرى حملته على التعاقد بإرادة واعية ومستنيرة دون خوف من مضمون أو محتوى الرسالة الإعلانية .

وأن هذه الحماية مقررة مهما كانت الوسيلة المستخدمة في الإشهار سواء تقليدية كانت أو إلكترونية ،مع ضرورة الإشارة أن أهمية الصدق تكون لها قيمة جوهرية في العقود المبرمة عن بعد أكثر ،باعتبار أن المستهلك يتعاقد حول منتجات وخدمات لا يتحقق فيها العلم الكافي ولا إمكانية رؤية محل العقد .

ومن الضروري أن لا يستعمل المعلن في إعلانه نتائج بحث أو مقطع مستمد من مؤلف أو مصنف تقني أو علمي بطريقة غير مشروعة ،كما يجب عليه أيضا أن لا يقدم إحصائيات مبالغ فيها ،وأن لا يستعمل مصطلحات علمية في غير محلّها أي :عدم استخدامه لمصطلحات علمية بهدف منح الإعلان قيمة علمية غير صحيحة ،وهو ما يطلق عليه بالالتزام بالشفافية ولتحقيقه يكفي أن توجد وسيلة تمكن مستخدم الإنترنت من الحصول على البيانات المرغوب فيها حول الإعلانات الموجهة إليه¹ .

ولا يكف مجرد الإدعاء بصدق المعلومات بل لابد من تقديم المعلن للأدلة المؤكدة لصدقها من خلال التأكد من النشرة أو الملصق الذي يحتويها ،فإذا تعلق الإعلان بمستحضر تجميلي مثلا فلا بد عليه من تقديم آراء المختصين والخبراء بالإعتماد على نتائج دراستهم في

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 144-145.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

هذا المجال ،وتختلف الأدلة باختلاف المنتجات أو الخدمات المقدمة ،ففي حال وجود أي نزاع يكفي تقديم هذه الدراسات أو وصفة المنتج (كاتالوج) ليتملص من أي مسؤولية قد ترتب على إتهامه بتقديم معلومات مغلوطة غير صادقة.

ثانيا :عدم مخالفة الرسالة الإشهارية للنظام العام والآداب العامة :وذلك بأن لا يخالف الأسس الأخلاقية والمبادئ والقيم المتعارف عليها في المجتمع مهما كان شكلها ،ومصطلح النظام العام مصطلح فضفاض يختلف مفهومه في الدولة الواحدة فما بالك إذا كنا أمام نظام عام دولي ،باعتبار أن الإشهار التجاري الإلكتروني قد يتسع ليشمل الحدود الدولية على أساس أن الشبكة العنكبوتية لا تعرف حدودا بل تقرب بين الشعوب كقرية صغيرة .

فالآداب العامة إذا تشكل الجانب الأخلاقي للنظام العام وهي جزء أصيل لا يتجزء منه¹. فعلى المعن إذا مراعاة المبادئ الأخلاقية ويتحقق ذلك بأن لا يشتمل إعلانه على أية عبارات أو إشارات أو صور أو رسوم أو أصوات مخالفة لها².

وتأكيدا لهذا فقد سبق وأن قامت مجموعة من النشطاء المصريين والعرب بحملة إلكترونية سميت بـ: **"حملة بالإنترنت ضد إعلانات خليعة"** لمقاطعة منتجات شركة مصرية استخدمت إعلانا مخالفا للنظام العام والآداب العامة في ترويجها لمنتجاتها من **العصائر**³.ومنه

¹ فيلالي علي ،الإلتزامات ،النظرية العامة للعقد ،موفم للنشر ،الجزائر ،2002 ،ص 270.

² كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 152 .

³ حدث في مصر و أن تمّ عرض إعلان مخالف للنظام والآداب العامة للترويج للعصائر ،حيث كانت الشركة تروج له عن طريق التلفزيون وقام المعن باستخدام قناة تؤدي رقصات خادشة للحياء ،مما دفع بمجموعة من النشطاء المصريين والعرب بحملة ضدها من أجل مقاطعتها ،سميت بـ " حملة بالإنترنت ضد إعلانات خليعة " ،ونتيجة لها أوقفت الشركة الإعلان ،ولم تقتصر الحملة الهجومية على ذلك فقط ،بل قامت كذلك حملات لمقاطعة شراء أغاني الفيديو الخليعة ،وبعض الصحف التي تنشر صوراً خليعة عارية ،حيث يستخدم المقاطعون طرق ودية من خلال الإتصال بأصحاب هذه الشركات لتقديم النصيحة بضرورة توقيفها ،وفي حال لم يستجيب أصحاب الشركات تتم الحملة الإلكترونية بالمقاطعة تحت شعار الآية القرآنية : "إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون . " (سورة النور

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

فإن الإعلانات التجارية التي تتضمن العنف والإجرام كتعاطي المخدرات أو الممارسات المخلة بالحياة محظورة.

وبالرجوع إلى أحكام ق 18-05 نجد أنّ المشرع قد نص بدوره على هذا الشرط بدءاً بنص م 03 منه : "تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع و التنظيم المعمول بهما، غير أنه، تمنع كل معاملة عن طريق الإتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي :

- لعب القمار و الرّهان واليناصيب؛
- المشروبات الكحولية والتبغ؛
- المنتجات الصيدلانية؛
- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية؛
- كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به؛
- كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي؛"

فهل كل الحالات الواردة بنص المادة 03 تشكل مخالفة للنظام العام والآداب العامة حتى ولو كانت مشروعة ،وبعبارة أخرى ما هي الحكمة أو الهدف من وراء تحديد المشرّع لتلك الحالات؟ للإجابة على هذا السؤال يمكن القول أن المشرّع الجزائري في ميدان المعاملات الإلكترونية ساير معظم التشريعات العربية والغربية في حرية ممارسة التجارة الإلكترونية كأصل أو كمبدأ عام ،غير أنّه أورد جملة من الإستثناءات بموجب نص م 03 ويتعلق الأمر بالقمار ،الرّهان واليناصيب ،بالإضافة إلى المشروبات الكحولية والتبغ المنتجات الصيدلانية وكل ما من شأنه المساس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية ،وكل سلعة أو خدمة تستوجب عقد رسمي.

19/) . وقد استجاب التلفزيون المصري لحملة إلكترونية " إيزي موزو " وهو مشروب تبيعه شركة مصرية استخدمت إعلاناً خليعاً فلم يرق التلفزيون المصري بنشره .

محمد جمال عرفة " بالإنترنت ضد إعلانات خليعة " ،مصر ،5 جويلية 2003 ،إسلام أون لاين . نت على الموقع الإلكتروني : [https:// www.paldf.net](https://www.paldf.net) أطلع عليه يوم 28/09/2018 ، على الساعة 10:30 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

فإن حظر التعامل في المنتجات الصيدلانية، التبغ والكحول وبالتالي حظر الترويج لها كان بسبب خطورة هذه المنتجات على صحة و سلامة المستهلك والتي قد تباع بطريقة غير مشروعة أي مخالفة للقواعد الصحية ،فقد يستغل بعض الأشخاص غير الصيادلة فرصة المتاجرة بالأدوية من خلال إنشاء صيدليات إلكترونية يتعاملون من خلالها بأدوية مخدرة أو وصف أدوية بطريقة عشوائية . فلا بد إذا من وجود قانون خاص ينظم التعامل بهذه المنتجات _ المنتجات الصيدلانية _ لأنها في الواقع مشروعة وبالتالي لا يتعلق حظرها بمساسها بالنظام العام والآداب العامة إذا استعملت وفقا للشروط القانونية والأمر ذاته يطبق على المنتجات الفكرية ،الصناعية والتجارية لما فيها من حماية معنوية ومادية للمنتج سواء بالنسبة للمستهلك أو لصاحبها . أمّا فيما يتعلق بالقمار والرهان واليناصيب فهي ممارسات غير مشروعة مخالفة للنظام العام وبالتالي لا يجوز التعامل فيها ولا الترويج لها .

وفيما يتعلق بحظر التعامل بالمنتجات والخدمات التي يستوجب إعدادها إفراغها في قالب رسمي ،فإذا تم التسليم بهذا البند فهل يعني ذلك أن عقود التجارة الإلكترونية لا يتطلب فيها الرسمية بل يكفي لانعقادها مجرد تطابق الإرادتين (الإيجاب والقبول)؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التسليم بفكرة إخراج المعاملات التي يتطلب إبرامها عقدا رسميا قد يترتب أو يترتب عليه فعلا حصر للمعاملات التجارية وبذلك تخرج عدة خدمات ومنتجات من باب المعاملات الإلكترونية كالتعامل في العقارات.

أمّا م 05 من ق ت إ 18-05 فقد منعت صراحة كل معاملة إلكترونية قد تمس النظام العام بنصها: "تمتع كل معاملة عن طريق الإتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات المحددة عن طريق التنظيم المعمول به ،وكذا كل المنتجات أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي".

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وتتص م 30 من القانون نفسه بصفة واضحة و صريحة بموجب البند 03 ف 01 على أن لا يمس الإعلان بالآداب العامة و النظام العام. ("...ألا تمس بالآداب العامة والنظام العام ...").

وقد رتب المشرع عقوبات جزائية على مخالفة أحكام م 30 و ذلك بموجب م 40 منه بنصها: "دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض ،يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج كل من يخالف أحكام المواد 30 و 31 و 32 و 34 من هذا القانون".

كما حظر المشرع بموجب أحكام قانون العقوبات¹ الإعلانات المخالفة للنظام العام والآداب العامة حيث نصت م 333 مكرر على ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2.000 دج كل من صنع أو حاز أو استورد أو سعى في إسترداد من أجل التجارة أو وزع أو أجر أو لصق أو أقام معرضا أو عرض أو شرع في التوزيع كل مطبوع أو محرر أو رسم أو إعلان أو صور أو لوحات زيتية أو صور فوتوغرافية أو أصل الصورة أو قالبها أو أنتج أي شيء مغل بالحياء".

لقد وفق المشرع إلى حد بعيد في حظر الإعلانات التجارية الإلكترونية المخالفة للنظام العام والآداب العامة بجملة من النصوص القانونية، ورتب لها عقوبات جزائية يختلف الحكم فيها بين عقوبات وق التجارة الإلكترونية، حيث ينص ق ع على الغرامة والحبس، أما ق ت إ فنص على الغرامة فقط. ما يحسب للمشرع في م 333 مكرر أنها أوردت جملة من الأفعال قد يرتكبها المعلن وبذلك غلقت المنفذ أمامه في أي محاولة للتملص من المسؤولية.

كما حاول المشرع بموجب قانون العقوبات حماية القاصر إذا كانت الرسالة الإعلانية موجهة إليه للترويج لمنتجات أو خدمات تلبي إحتياجاته، أين أقر بمضاعفة العقوبة إذ تعلق

¹ القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982، المعدل والمتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات المؤرخ في 08 جوان 1966، ج . ر عدد 07، السنة 19، المؤرخة في 16 فيفري 1982.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

موضوع الفعل المرتكب بشخص قاصر، وهو ما تضمنه نص م 333 مكرر 1¹ على ما يلي : " يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج كل من صور قاصرا لم يكمل 18 سنة بأي وسيلة كانت و هو يمارس أنشطة جنسية بصفة مبينة، حقيقية أو غير حقيقية، أو صور الأعضاء الجنسية للقاصر لأغراض جنسية أساسا أو قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو ترويج أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية متعلقة بالقصر" .ولو أنّ الجانب الجنائي يخرج من موضوع الدراسة .ومثالها أن يتم الإعلان أو الترويج عبر المواقع الإلكترونية لأفلام إباحية تحتوي فيها الرسالة الإعلانية على صور قصر سواء كان القاصر ذكر أو أنثى، أو الإعلان لألبسة خاصة بالفتيات ويتم استخدام قاصرات في عرض هذه الملابس .

كما يتحقق صدق ومشروعية الإعلانات التجارية بمنع الإعلانات غير النزيهة كالإعلان الإلكتروني الخادع (الكاذب والمضلل) ،بالإضافة إلى حظر الإعلانات غير المرغوب فيها (Spam) مع ضرورة فرض رقابة على الإعلانات المقارنة .

¹ القانون رقم 14-01 مؤرخ في 04 فيفري 2014، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن ق ع ، ج . ر ع 07 ، المؤرخة في 16 فيفري 2014 ، ومنع المشرع بموجب هذا القانون الإعلانات التجارية المهدة لسلامة المستهلك .

المبحث الثاني: مخاطر الإشهار التجاري الإلكتروني .

لحماية المستهلك المتعاقد إلكترونياً يجب منع بعض صور الإعلانات الإلكترونية غير المشروعة التي قد يلجأ إليها المعلن في عملية عرض المنتجات، بطريقة قد تؤدي إلى خداع المستهلك فتجعله في حالة تذبذب وحيرة بين الشراء والامتناع عن الإقتناء (الإعلان الخادع)، أو أن يلجأ إلى أسلوب المقارنة بين منتجاته (سلع / خدمات) ومنتجات متعامل آخر، وهي الطريقة التي تمس بصفة مباشرة بالمورد، والمستهلك بطريقة غير مباشرة، ويشكل الخداع الإعلاني بصورتيه (الكذب والتضليل) والإعلان المقارن الصور التقليدية للإعلانات غير المشروعة .

كما يمكن أن يعتمد المعلن في عرضه لسلعه وخدماته على إرسال رسائل إلكترونية مزعجة عبر البريد الإلكتروني، دون الحصول على الموافقة المسبقة لصاحبها، وإذا كان لهذا الأسلوب مزايا تعود بالفائدة على المورد، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمستهلك؛ حيث تشكل الإعلانات غير المرغوب فيها تهديداً واضحاً لصحة وسلامة، وأمن المستهلك، وبصفة خاصة

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

تشكل مساسا لحقه في الخصوصية ،وذلك راجع إلى استعمال تقنية الكوكيز التي تسمح بتتبع رغباته وميوله ،ثم إغراقه بالرسائل التي تعد مصدرا للقلق والإزعاج وتتطلب الجهد والوقت في إزالتها .فضلا على ذلك قد تلحق بالمستهلك أضرارا أخرى سيتم التطرق لها لاحقا ،وهي الصور التي تشكل خطرا على المستهلك ما يستوجب حمايته منها .

سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول :الصور التقليدية للإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة .

المطلب الثاني :الإعلانات المزعجة صورة مستحدثة عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة .

المطلب الأول :الصور التقليدية للإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة .

يسعى المورد دائما إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح من خلال التأثير على المستهلك دون مراقبة الوسيلة المستخدمة ودون عذر من إمكانية خداع المتعاقد معه (المستهلك) سواء بالتضليل أو بالكذب ،أو أنّ يوقع المتصفح للإعلان في دوامة المقارنة بين المنتجات وبذلك تتمثل الصور التقليدية في الإعلانات التجارية الكاذبة والمضللة والإعلانات المقارنة.

الفرع الأول :الإشهار التجاري الإلكتروني الكاذب والمضلل .

من أجل تكريس حماية فعالة للمستهلك لابد من القضاء على الإعلانات المضللة والكاذبة التي تؤدي إلى خداعه ،لذلك كان لزاما الوقوف على المقصود بالكذب والتضليل مع تحديد شروطه والمحل الذي يقع عليه.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أولاً: المقصود بالإشهار التجاري الإلكتروني الكاذب: للوقوف على معنى الإعلان التجاري الإلكتروني الكاذب لابد من تعريف الكذب، والذي يقصد به لغة: "الإخبار عن الأمر بخلاف ما هو عليه أو نكران ما يعرف أنه واقع وحقيقة"¹ .

أمّا اصطلاحاً فيقصد به "إدعاء أو زعم مخالف للحقيقة من أجل خداع المتلقي (المستهلك) عن طريق تزيف الحقيقة أو بث تأكيدات غير صحيحة وغير مطابقة للواقع أو لا يمكن الوفاء بها من الناحية العلمية"².

1/ التعريف التشريعي للإشهار التجاري الكاذب: أمام عجز بعض القوانين الفرنسية³ على حماية المستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة وتعريفها، عمل المشرع الفرنسي على اعتماد التعريف الوارد بالتوجيه الأوروبي رقم 450 لسنة 1984 المتعلق بالإعلانات المضللة والمقارنة والمعدل بالتوجيه رقم 55 لسنة 1997، المعدل بالتوجيه رقم 114 لسنة 2006، والذي أدرجه بالمادة 1-121 من قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 93-249⁴ حيث حظرت الإعلان الخادع

¹ المنجد الوسيط في العربية المعاصرة، المرجع السابق، ص 893.

² بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص 64 .

أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والإجتهد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1999، ص 93. ³ عمل المشرع الفرنسي على حماية المستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة بإصدار أربعة قوانين متعاقبة، ويعتبر القانون الصادر في 2 جويلية 1963 أول قانون يتناول الإعلان التجاري الكاذب كجريمة مستقلة حيث حظرت م 5 وم 6 منه المزاعم الكاذبة والمضلة واعتبرتها جريمة يعاقب عليها القانون لكن ما يعاب على هذا القانون أنه لم يكن كافياً لوضع حد للآثار الضارة للإعلانات التجارية، فأصدر المشرع الفرنسي قانون يوجه التجار والمهنيين سمي بقانون Royer سنة 1973 حيث نصت م 44 منه على حظر المزاعم والعروض والإشارات الكاذبة، والتي قد تؤدي إلى تضليل المستهلك وبذلك وسع المشرع الفرنسي من دائرة الحظر حيث يكفي لتجريم الإعلان الكاذب إيقاع التعاقد في الغلط أو الخداع، ثم أصدر سنة 1978 قانون حماية وإعلام المستهلك عدل بموجب المواد من 39 إلى 42 القانون السابق. عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 139.

⁴ Art.L.121-1 : Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme ce soit, des allégations ; indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, ..."

Loit n° : 93-949 du 26 juillet 1993, relative au code de la consommation (partie législative) JORF n° : 0171, du 27 juillet 1993, p. 10538.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

: "يحظر كل إعلان أيا كان شكله يتضمن إدعاءات وبيانات أو عروض مزيفة أو من شأنها أن تؤدي إلى التضليل ...".

كما نصّ المشرّع الفرنسي على الكذب في التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك لسنة 2018 في القسم المتعلق بالممارسات التجارية المضللة بموجب م . ل 121 -2: "يعتبر من قبيل الممارسات التجارية المضللة ...

1_ عندما تتضمن إدعاءات (مزاعم) ،إشارات ،عروض زائفة أو كاذبة ،أو يمكن أن تؤدي إلى التضليل..."¹.

يستشف من نص المادة أن المشرّع الفرنسي لم يعرف الكذب في حدّ ذاته وإنما حظر الأفعال المؤدية له، كما اعتبر الكذب صورة أو حالة من صور أو حالات التضليل.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري فقد نصّ المشرّع على الإعلان الكاذب بموجب م التنفيذي رقم 13-378² المتعلق بالشروط والكيفيات الخاصة بإعلام المستهلك من خلال نص المادتين 36 و56 منه ،حيث تنص م 36 منه : " 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 إلى تغليب المستهلك " ،كما نصت م 56 أيضا على حظر الكذب بقولها : "تمنع كل معلومة أو إشهار كاذب من شأنها إحداث لبس في ذهن المستهلك .

¹ Art L.121-2 : Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :

² lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur...".

Dernière modification de code de la consommation , le 13 janvier 2018 , <http://www.lagifrance.gouv.fr>

² المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013 ،يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ،ج. ر ج

. ع 58 مؤرخة يوم 18 نوفمبر 2013.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أما بالنسبة للمشروع المصري فقد أصدر القانون رقم 66 لسنة 1956 المنظم للإعلانات إلا أنه لم يتطرق صراحة أو ضمنا لمسألة الإعلانات الكاذبة أو الخادعة ،وبصدور قانون ح.م رقم 67 لسنة 2006 أورد نصا واحدا فقط فيما يخص الإعلانات ،وذلك بموجب م 06 منه حيث تنص على ما يلي : "على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط .

ويعفى المعلن من المسؤولية متى كانت المعلومات التي تضمنها الإعلان فنية يتعذر على المعلن المعتاد التأكد من صحتها ،وكان المورد قد أمده بها ."

يلاحظ من نص المادة أن المشروع المصري لم يحدد حالات وصور الكذب وهو ما تداركه بموجب م 16 و 17 من اللائحة التنفيذية رقم 886 لقانون ح . م 67 لسنة 2006¹ حيث عرّف بموجب نص المادتين السلوك الخادع (م16) ،والإعلان الخادع (م17).

إذ تنص م 16 على ما يلي : "يعد سلوكا خادعا كل فعل أو امتناع من جانب المورد أو المعلن يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك ،أو يؤدي إلى وقوعه في خلط أو غلط ،وذلك متى انصب هذا السلوك على أي عنصر من العناصر المبينة في المادة 17 من هذه اللائحة" ،في حين نصت م 17 من اللائحة على ما يلي : "يعد إعلانا خادعا الإعلان الذي يتناول منتجا أو يتضمن عرضا أو بيانا أو إدعاء كاذبا أو أي أمر آخر ينصب بصفة خاصة على عنصر أو أكثر من العناصر التالية متى كان من شأنه أن يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل وأيا كانت وسيلة هذا الإعلان ..."

¹ اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 ،الصادرة بقرار من وزير التجارة والصناعة رقم 8886 في

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وبذلك حدّد المشرّع المقصود بالإعلان الكاذب وصوره أو حالته، وهو كل عرض لمنتوج أو بيان أو إدعاء غير صحيح يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي لدى المستهلك مما يوقعه في الغلط .

كما يلاحظ أن المشرّع المصري قد أخذ بالأثر الحقيقي أو المحتمل " ... يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خلق انطباع غير حقيقي ... "، وحسن ما فعل عندما أضاف عبارة " ... أيا كانت وسيلة الإعلان ... "، أي سواء كانت تقليدية أو إلكترونية وهو ما أكد عليه بموجب م 01 ف 10 و م 109 من القانون 181 لسنة 2018² المتعلق بحماية المستهلك، والذي يلغي أحكام القانون 67 لسنة 2006 .

وأشار المشرّع المغربي للإعلان الكاذب بموجب م 21 من ظهير شريف رقم 03 . 11 . 31، والتي نصت على: "... يمنع كل إشهار يتضمن، بأي شكل من الأشكال إدعاء أو بيانا أو عرضا كاذبا". وبذلك حظر المشرع الإشهار الكاذب دون أن يعرفه .

¹ م 01 ف 10: " السلوك الخادع: يعد سلوكا خادعا كل فعل أو امتناع عن فعل من جانب المنتج أو المعلن يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك، أو يؤدي إلى وقوعه في خلط أو غلط".
م 09: "يلتزم المورد أو المعلن بتجنب أي سلوك خادع وذلك متى انصب هذا السلوك على أي عنصر من العناصر الآتية:

يعد سلوكا خادعا كل فعل أو إمتناع عن فعل من جانب المنتج أو المعلن يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو يؤدي إلى وقوعه في خلط أو غلط ... " وتطرق المشرّع اللبناني أيضا للإعلان الكاذب من خلال نصّه على صور الإعلان الخادع وهو ما تضمنته م 11 ف 1 من ق-ح-م لسنة 2005 بنصّها: "الإعلان الخادع هو الإعلان الذي يتم بأية وسيلة كانت ويتناول سلعة أو خدمة، ويتضمن عرضا او بيانا أو إدعاء كاذبا ...". ق رقم 659 المؤرخ في 04/02/2005 المتعلق بحماية المستهلك، ج ر ع 06، المؤرخة في 10/02/2005 .

² القانون رقم 181 لسنة 2018 (18-181) المتعلق بحماية المستهلك، ج ر ع 37 (تابع) المؤرخة في 13 سبتمبر 2018.

³ ظهير شريف رقم 03 . 11 . 1. صادر في 18 فيفيري 2011 يتعلق بتنفيذ القانون رقم 08 . 31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج ر ع 5932 مؤرخة يوم 07 أفريل 2001، المغرب.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ونصّ المشرّع التونسي بدوره على منع الإعلان الكاذب بموجب الفصل الثالث عشر من ق ح م¹: "تمنع كل عملية إشهار لمنتوج تتضمن بأي شكل من الأشكال إدعاءات أو إشارات غير صحيحة أو من شأنها أن توقع في الخطأ...". كما نصّ الفصل الثاني ف 08 القرار المتعلق بالقواعد السلوكية للإشهار في وسائل الإتصال السمعي والبصري² على مايلي: "يمنع الإشهار الكاذب المتضمن لمغالطات". فالإشهار الكاذب حسبه هو كل إعلان يتضمن مغالطات أو إدعاءات مخالفة للحقيقة .

ما يلاحظ أن غالبية التشريعات المدروسة لم تتناول تعريفا واضحا للإعلان الكاذب .

2 /التعريف الفقهي للإشهار التجاري الكاذب :بعد التطرق إلى بعض التشريعات التي تناولت مسألة الكذب في الإعلانات التجارية سيتم التطرق إلى الإشهار التجاري الكاذب من الناحية الفقهية ،والذي عرف بأنه: "كل إعلان يتضمن بيانات إدعاءات كاذبة ومن شأنها الإيقاع في الغلط سواء تعلق الأمر بالمكون أو تاريخ الاستعمال ،سعر أو شروط البيع المحظورة" ،كما عرّف بأنه : "الإعلان الذي يتضمن إدعاءات أو بيانات أو تقديمات كاذبة أو من شأنها أن تضلل" وعرّفته الأستاذة كوثر سعيد عدنان خالد بأنه : "هو ذلك الإعلان الذي يقوم فيه المعلن (سواء كان تاجرا - او مقدمة خدمة) باستخدام ألفاظ وعبارات كاذبة حول الخصائص والمميزات الجوهرية للسلعة أو الخدمة المعلن عنها إلكترونيا ،بما يؤدي إلى إيقاع المستهلك في خداع إعلاني يدفعه إلى التعاقد أو يزيد من إقباله على التعاقد"³ .

¹ القانون ع 117 لسنة 1992 المؤرخ في 07 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك ،الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع 83 ،السنة 135 ، مؤرخ يوم 15 ديسمبر 1992.

² قرار عدد 01 لسنة 2018 المؤرخ في 15 فيفري 2018 المتعلق بالقواعد السلوكية للإشهار في وسائل الإتصال السمعي والبصري ،صادر عن الهيئة العليا المستقلة للإتصال السمعي والبصري ،الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ،ع 15 ،السنة 161 مؤرخة يوم 20 فيفري 2018 .

³ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 180.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

كما تم تعريفه بأنه: "الإعلان الذي يتضمن بيانات غير حقيقية بشكل يعرض المحاطين به إلى الخداع"¹.

فالكذب هو: "إدعاء أو زعم مخالف للحقيقة، الهدف منه تضليل المتلقي بتزييف الحقيقة أو إصدار تأكيدات غير صحيحة أو غير مطابقة للحقيقة"².

كما عرّف بأنه: "الإدعاء أو القول على خلاف الحقيقة عمدا بقصد الخداع"³. فالإشهار الكاذب هو: "الإعلان الذي يتضمن عبارات تهدف إلى الكذب ومخالفة الحقيقة"⁴.

ويمكن القول أن الإعلان الكاذب: هو إعلان يتضمن إشارات بيانات، أو إدعاءات مزيفة ومخالفة لحقيقة المنتجات بهدف خداع المستهلك وحمله على التعاقد أو الإقبال على التعاقد مهما كانت الوسيلة المستعملة، بصفة مباشرة أو غير مباشرة .

ويعتبر من قبيل الكذب السكوت عن واقعة ما، لو علم بها المستهلك لما أقدم على إبرام العقد، وبذلك فإن التعريف المقترح يشمل تعريف الكذب وهو مخالفة الحقيقة والتزييف أيّ انعدام الصدق، كما يشمل الصور التي قد يرد عليها: وتشمل الإشارات، البيانات، الإدعاءات والهدف هو خداع المستهلك لإجباره على التعاقد أو لزيادة الإقبال على التعاقد، صراحة أو ضمنا، أمّا عن الوسيلة فتشمل حتى الإعلان الإلكتروني .

ومما سبق يمكن تعريف الإعلان الكاذب بأنه: كل إعلان يفقد للصدق بحيث لا يتطابق والواقع، يتضمن إدعاءات، إشارات أو بيانات أو عروض زائفة مخالفة للحقيقة بهدف خداع

¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 127.

² بليمان يمينة، الإشهار الكاذب أو المضلل، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ب، ع. 32، جامعة منتوري قسنطينة، ديسمبر 2009، ص. 292.

³ Calais –Auloy (j), Droit de la consommation, 2^{ème}, Dalloz, France, 1994, p. 56.

⁴ Belimane Yamina, le droit et la publicité commerciale, thèse pour l'obtention, du diplôme doctorat science option, droit des affaires, faculte de droit et des sciences politiques, univercité Mentouri, Constantine, Alger, 2011, p.234.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المستهلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة لحملة على التعاقد أو لزيادة الإقبال على التعاقد مهما كانت الوسيلة المستعملة .

وللمحاسبة على كذب المعلن لابد من أن تكون الواقعة المزعومة كاذبة من الناحية الموضوعية، يمكن الكشف عليها عن طريق الإستعانة بخبير ليثبت الكذب، كأن يتم الكذب في المساحة أو الوزن فيمكن التحقق من عدم الصدق بمجرد إعادة القياس أو الوزن، ولا يعتد بالكذب الذي يخضع للتقدير الشخصي للمستهلك لتعذر التحقق من مدى صدق المعلن في إعلانه¹، وهو طرح منطقي لوجود تفاوت معرفي بين المستهلكين فما يعتبر كذبا بالنسبة لمستهلك قد لا يعد كذلك لمستهلك آخر، فدرجة الذكاء تلعب دور كبير في التفرقة وتبقى مسألة تقدير درجة الكذب أمرا صعبا إذ تخضع للقاضي حسب ظروف كل قضية كما تجدر الإشارة أن الكذب قد يتحقق بعمل إيجابي كتضمن المعلن إعلانه بيانات أو إدعاءات أو عروض مخالفة للحقيقة، كأن تعلن شركة متخصصة في صناعة الحليب المجفف عبر شبكة الأنترنت بأن منتجاتها هي البديل الكامل لحليب الأم، لكن الحقيقة "أنّ الثابت لدى منظمة الصحة العالمية أن ملايين الأطفال، خاصة في دول العالم الثالث يموتون سنويا قبل السنة الأولى من أعمارهم بسبب إعتماهم في التغذية على الألبان الصناعية"².

كما قد يتحقق بعمل سلبي بالإمتناع عن ذكر بعض المعلومات التي لها دور في التأثير على إرادة المستهلك في التعاقد حول المنتجات، بحيث لو علم بها لما أقدم على طلب السلعة أو الخدمة محل العقد ويستوي في ذلك أن يتم السكوت عن كل البيانات أو عن جزء فقط، ففي كلتا الحالتين يحمل المعلن المسؤولية القانونية عن تصرفه³.

¹ بسام فنوش الجنيدي، المرجع السابق، ص. 184.

² يوسف عودة غانم المنصوري، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2015، ص. 184.

³ بسام فنوش الجنيدي، المرجع السابق، ص. 184-185.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

إن ذكر نصف الحقيقة والسكوت على النصف الآخر يعتبر كذبا ويقترّب ذلك من السكوت أو الكتمان في التدليس المدني إذا احتوى خرقا لشرط الصدق والمصارحة¹.

وتأكيدا لذلك أدانت محكمة النقض الفرنسية مدير معهد للتدريب على التكنولوجيات الجديدة لقيامه بالإعلان التجاري عبر الأنترنت عن استعداد معهده لمنح شهادة (DUT) في تقنية المعلومات، تخصص التقنيات الجديدة البديلة، في حين أن هذه الشهادة غير موجودة في الواقع فقضت: "بأن تلك البيانات التي تضمنها الإعلان التجاري عبر شبكة الإنترنت كانت كاذبة ومن شأنها خداع الطلبة المتقدمين للتسجيل في المعهد"².

كما أصدر القضاء المصري العديد من الأحكام التي أدانت المعلن لتضمين إعلانه بعض البيانات الكاذبة حيث قضت محكمة الجناح الإقتصادية بتاريخ 28 مارس 2010 بإدانة إحدى الشركات المصرية لقيامها بالإعلان على أنها مركز صيانة معتمدة لشركة (LG) العالمية رغم أن الشركة لم تصرح بشكل مباشر أو غير مباشر للمشكو في حقها للقيام بأعمال الصيانة³.

كما حكمت محكمة جناح (المطرية / القاهرة) بالغرامة على صاحب المؤسسة الهندسية المتحدّة للصيانة لإدعاء المركز بأنه مركز خدمة (Westinghouse /General Electric)

¹ يوسف عودة غانم المنصوري، المرجع السابق، ص. 227-228. بسام فنوش الجنيد، المرجع السابق، ص. 185. أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 174.

² cass. Crim, 24 Octobre 2006, N° : de pourvoi 05-86920.

منشور على الموقع :

<http://www.juritravail.com/jurisprudence/appaire/05-86920/putton/rechercher>.

<http://www.le gifrance.gouv.fr/affich.judi.do>

وعلى الموقع :

أطلع عليه يوم : 2016/11/18.

³ حكم محكمة الجناح الاقتصادية في السلام أول رقم 62 لسنة 2009، 28 مارس 2010، منشور على الموقع الرسمي لجهاز حماية المستهلك المصري .

http://www.cpa.gov.eg/cour_tissues

أطلع عليه 2017/12/15، على الساعة 23:55 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

(، وأنه وكيل مبيعات قطع غيار ، وأجهزة منزلية لأشهر الماركات العالمية من شركة كولومبيا كوربوريشن (corporation) لولايات المتحدة الأمريكية ، مما يوقع المتعاقدين في غلط بين الشركة مالكة العلامة ، وبين المركز الذي لم يصرح له من الشركة بالصيانة وخدمة ما بعد البيع ، كما أن المركز غير حاصل على شهادة اعتماد صلاحية من مصلحة الرقابة الصناعية¹.

كما حكمت محكمة الجناح الاقتصادية للقاهرة في قضية شركة الشرق الأقصى ناشيونال (National) لايت بالحبس والغرامة ، بالإضافة إلى غلق المنشأة لإدعاء الشركة بيعها لمنتجات باسم ناشيونال وأنها يابانية الصنع على خلاف الحقيقة².

والسؤال المطروح هل كل كذب في الإعلان يعتبر خداعاً؟ من خلال ما تم دراسته يصعب القول بوجود إشهار صادق ،بدليل وجود بعض البيانات التي يخفيها المعلن حول محل العقد المراد إبرامه ، إذ يكفي بذكر المزايا أو بعض جوانب المنتج ، وأنها (المنتجات) الأفضل والأحسن مع المبالغة في ذكر المحاسن باستعمال التقنيات المستحدثة (الصوت و الصورة) ، ولا يمكن للمعلن أن يصرح بمحاسن وعيوب المنتج في الوقت نفسه ، عملياً تنعدم عبارة " هذه هي مزايا منتجاتنا و لكن انتبهوا ...فهذه عيوبها"³.

ويمكن القول بنسبية الحقيقة في الإشهار بحيث أن الجانب السلبي سيبقى مخفياً ، وبذلك انعدام الحقيقة المطلقة في الإشهار بشرط عدم الوقوع في إشهارات كاذبة تخدع المستهلك.

¹ حكم محكمة الجناح الاقتصادية في المطرية رقم 17703 لسنة 2009 بتاريخ 2009/11/12 ، على الموقع الرسمي لجهاز حماية المستهلك :

http://www.cpq.gov.eg/cour_tissues

² حكم محكمة جناح اقتصادية القاهرة، رقم 293 لسنة 2015 بتاريخ 2015/05/25، على الموقع الرسمي لجهاز حماية المستهلك الرسمي : http://www.cpq.gov.eg/cour_tissues أطلع عليه يوم: 2018/11/30 ، على الساعة 16:18.

³ ملال نوال ، جريمة الإشهار الخادع في القانون الجزائري والقانون المقارن ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة وهران ، الجزائر ، 2013 ، ص 32 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

(أي المعيار الذي يؤخذ به جواز المبالغة المشروعة دون الوقوع في الكذب الذي يؤدي إلى خداع المستهلك).

ثانيا :المقصود بالإشهار المضلل :اتفقت غالبية التشريعات على ضرورة النص على الإعلان المضلل ،وهو ما جسده الفقهاء من أجل حماية المستهلك من التضليل الإعلاني¹.

1 /التعريف التشريعي للإشهار المضلل :عرّف التوجيه الأوروبي رقم 84-450 الصادر في 10 سبتمبر 1984 بموجب م 2 ف 2 الإشهار المضلل بأنه : "كل إعلان مهما كانت طريقة عرضه يؤدي إلى تضليل الأشخاص بسبب طبيعته الخادعة ،مما قد يؤثر على سلوكهم الاقتصادي"².

أما المشرّع الفرنسي فقد نص بموجب م ل 1-121 من قانون حماية المستهلك على الإعلان المضلل وبين الحالات التي قد يقع فيها التضليل وهي 15 حالة وردت على سبيل الحصر لا المثال تتعلق بالتضليل في المنتج أو التضليل في الشروط التجارية³.

في حين نصّ المشرع المصري على الإعلان المضلل بموجب نص م 06 من ق.ح.م رقم 67 لسنة 2006 السابق الذكر : "على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات

¹ يقصد بالتضليل لغة :عدم الاهتمام إلى وجه الصواب ،وقع في الارتباك والأضاليل أباطيل وأوهام ،أما مضلل فيقصد بها الشخص الذي يجعل المرء غير قادر على التصرف كما ينبغي ،خادع يرمي التضليل تحت ظواهر الحقيقة ،والمضلل خداع كذاب" .المنجد الوسيط في العربية المعاصرة ، المرجع السابق ، ص.655-656.

و منه قد ينطوي التضليل على الكذب فكل إعلان كاذب مضلل والعكس غير صحيح أي ليس كل إعلان مضلل كاذب (قد يحتوي الصدق التام) .

² Art:2 A...2) publicité trompeuse : toute publicité qui , d'une manière quelconque , y compris sa présentation , induit en erreur ou est susceptible d' induire en erreure les personnes aux quelles s'adresse ou qu elle touche et qui en raison de son caractère trompeur , est susceptible d'affecter leur comportement économique"
Directive 84/450/CEE du Conceil, 10 septembre 1984, relative au rapprochement des disposition législatives, reglementaires et administratives des état, membres en matière de publicité trompeuse, journal officiel, n° : L250 du 19 septembre 1984, p .0017.

³ Art L 121-1 du code de la consommation francais.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط وغلط".

وعرّفته م 16 من اللائحة التنفيذية رقم 886 السابقة الذكر عندما تطرق بموجبها المشرّع إلى الإعلان الخادع: "يعدّ سلوكا خادعا كل فعل أو امتناع من جانب المورد أو المعلن يؤدي إلى خلق انطباع ... أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط ..."، وهو ما أكدت عليه م 17 من نفس اللائحة، وكذلك ق ح م المصري الجديد 181 لسنة 2018 السابق ذكره.

ولم يكن المشرّع الجزائري بمعزل عن هذه التشريعات¹ فنصّ على الإشهار المضلل بموجب م.28 من القانون 04-02 السابق الذكر: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان يعتبر إشهار غير شرعي وممنوعا كل إشهار تضليلي لا سيما إذا كان:

¹ أمّا المشرّع اللبناني فقد نصّ على الإعلان المضلل بموجب م 11 ف 1 من ق.ج.م السابق ذكره: "هو الإعلان الذي يتم بأي وسيلة كانت ويتناول سلعة أو خدمة، ويتضمن عرضا أو بيانا أو إدعاء كاذبا، أو كأنه مصاغ لعبارات من شأنها أن تؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خداع وتضليل المستهلك"، وهو نفس النصّ الذي أخذه المشرّع السوري بموجب م 1 منه، قانون حماية المستهلك السوري رقم 02، الصادر في 2008/03/06، على الموقع الإلكتروني: <https://www.moj.gov.sy>

أطلع عليه يوم 01 ديسمبر 2018 على الساعة 13:52..

كما نصّ على تعريف الإعلان المضلل بموجب م 01 ف 13 من القانون 14 المتضمن قانون التجارة الداخلية وحماية المستهلك: "الإعلان المضلل ... الإعلان الذي يتم بأي وسيلة كانت ويتناول سلعة أو خدمة او يتضمن عرضا أو بيانا أو إدعاء كاذبا أو مصوغا بعبارات من شأنها أن تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى خداع أو تضليل المستهلك" القانون رقم 14 لسنة 2015، يتعلق بالتجارة الداخلية وحماية المستهلك، على الموقع الإلكتروني: <http://www.pministry.gov.sy> أطلع عليه يوم 01 ديسمبر 2018 على الساعة: 14:03 .

وذكره المشرّع السعودي في قانون مكافحة الغش بموجب المرسوم 11 في 1404/05/29 بموجب م 01 منه: "كل من خدع أو شرع في أن يخدع بأية طريقة من الطرق ومنها وصف السلعة أو الإعلان عنها أو عرضها بأسلوب يحتوي بيانات كاذبة أو مضللة". بسام فنوش الجنيد، المرجع السابق، ص . 189.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

1- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمته أو بكميته أو وفرته أو مميزاته ...".

بالإضافة إلى نص م 36 من م .ت 13- 378 السابق الذكر الواردة بالفصل العاشر تحت عنوان الإدعاءات بنصها: "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 إلى تغليب المستهلك.

يجب أن لا تكون الإدعاءات المستعملة على الوسم وعرض المواد الغذائية الموضوعة حيز الاستهلاك :

- غير صحيحة أو غامضة أو مضللة؛
 - تثير شكوكا فيما يتعلق بالأمن أو تطابقها غذائيا مع مواد غذائية أخرى؛
- كما نصت م 60 من نفس المرسوم على: "يمنع استعمال كل بيان أو إشارة أو كل تسمية خيالية أو كل طريقة تقديم أو وسم و كل أسلوب للإشهار أو العرض أو الوسم او البيع من شأنه إدخال لبس في ذهن المستهلك، لاسيما حول الطبيعة والتركيبية والنوعية الأساسية وطريقة تناول وتاريخ الإنتاج و تاريخ الحدّ الأقصى للاستهلاك والكمية ومنشأ أو مصدر المنتج...".

بالإضافة إلى نص م 30 من ق.ت.إ : 18-05 السابق الذكر بنصها: "دون المساس بالأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في هذا المجال، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الإتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية:

- أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية؛
- أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه؛

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

- ألا تمس بالآداب العامة و النظام العام؛
- أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكفآت أو هدايا، في حال ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا؛
- التأكد من أن جميع الشروط الواجب استفاؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة".

2 / التعريف الفقهي للإعلان المضلل :تناول الفقه تعريف الإعلان المضلل ،حيث عرّفه البعض بأنّه : "ذلك الإعلان الذي من شأنه خداع المستهلك من خلال تكوين انطباع غير حقيقي عن المنتجات أو الخدمات المعلن عنها ،بحيث تصاغ عباراته بأسلوب مبهم يثير اللبس ويؤدي إلى تضليل المستهلك ووقوعه في الغلط"¹.

كما عرّف بأنّه : "الإعلان الذي من شأنه خداع المستهلك ،أو يمكن أن يؤدي إلى وقوعه في خلط وخداع فيما يتعلق بعناصر أو أوصاف جوهرية للمنتج "². أو هو : "تشر معلومات تجارية أو صناعية غير دقيقة لخداع الرأي العام حول المنتجات أو الخدمات التي تباع للعملاء، و يختلف التضليل تبعا للصفات والمهارات التي يمتلكها هؤلاء العملاء" أو هو : "الإعلان الذي لا يشترط أن تظهر فيه معلومات كاذبة بل يكفي أن يظهر فيه خداع للمتلقي أي من شأنه خداع المستهلك، أو أنه محاولة لتقديم معلومات غير صحيحة أو ينطوي على إغفال للحقيقة أو أية ممارسة يمكن أن تقود إلى تضليل المستهلك الذي حاول أن يتصرف بعقلانية و بطريقة تحقق مصلحته"³.

¹ يوسف عودة غانم المنصوري ،المرجع السابق ،ص .229.

² خالد ممدوح ابراهيم ،المرجع السابق ،ص .92-93.

³ فاطمة نجم محمد العبيدي ،النظام القانوني لعقد الإعلان الإلكتروني ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2019 ،ص .125-

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وعرّف أيضا بأنه: "الإعلان الذي لا يتضمن بيانات كاذبة إلاّ أنّه مصاغ بعبارات من شأنها أن تؤدي إلى خداع المتلقي"¹.

مما سبق يمكن تعريف الإعلان المضلل بأنه: كل إعلان مهما كانت وسيلة عرضه يتضمن إدعاءات بيانات أو إشارات تصاغ بطريقة غامضة ومبهمّة من شأنها تضليل المستهلك أو يمكن أن تؤدي إلى تضليله ووقوعه في الغلط حول طبيعة السلعة، أو تركيبها، أو خصائصها الجوهرية، أو العناصر المكونة لها وكمية هذه العناصر، مصدر السلع وزنها أو حجمها، أو طريقة صنعها وتاريخه، أو تاريخ انتهاء صلاحيتها، أو شروط استعمالها ومخاطره، شروط التعاقد، ومقدار ثمنها الإجمالي، وكيفية تسديده، بهدف خداع المستهلك وحمله على التعاقد.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بإدانة شركة Google France لعرضها إعلانا تجاريا مضللا من خلال استخدام برنامج (ad words) للبحث عن بعض السلع المقلدة لشركة لويس فويتون مالوتير (Louis Vuitton malletier) مما أدى إلى تضليل المستهلك الذي يعتقد أن هناك علاقة بين الشركة والموقع الإلكتروني، الذي في الحقيقة يقوم بعرض منتجات مقلدة لا علاقة لها بالشركة ضحية الإعلان المضلل، وهي الشركة المسجلة تحت عنوان إرتباطات دعائية، وأنّ الإعلان لم يتضمن معلومات حقيقية عن السلع المعروضة، ويفترض أن توفر معلومات عن منتجات حقيقية وليست مزيفة فتؤدي إلى تضليل جمهور المستهلكين، وذلك عن طريق عرضها في الجانب الأيمن من الشاشة لمعلومات الإتصال الخاصة بالمعلن من خلال موقعه الإلكتروني المرتبط بها مع رسالة قصيرة عن الإعلان².

¹ أحمد سعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق، ع 04، د.م.ن السنة 19، 1995، ص 170.

² خميخ محمد، المرجع السابق، ص 44.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ: "الإدعاء بحصول المعلن على موافقة من وزارة البريد والاتصال في الحملة الإعلانية لتسويق منتج من نوع (فاكس مودم) قبل أن يتحصل المعلن فعلا على موافقة الوزارة شكل إعلانا مضللا ،حسب م 39/3 من قانون البريد والاتصالات و م 121/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي مما يؤدي إلى جذب المستهلكين لاقتنائه ،معتقدين أن المنتج ذو جودة تتفق والمواصفات المطلوبة قانونا للحصول على الموافقة الرسمية عليه ،لكن الحقيقة أن المنتج يعتبر من نوعية رديئة بالموازاة مع التطور التكنولوجي¹ وفقا للمادة 39/3 من ق البريد والاتصالات الفرنسي ،والحقيقة أن الحصول على الموافقة يعادل علامة الجودة في ذهن المستهلك العادي حسب م 06 من التوجيه الأوروبي رقم 301-88 الصادر في 18 ماي 1988 .

وكما هو الحال في الإعلان الكاذب فإنّ الإشهار المضلل كذلك قد يقع بفعل إيجابي أو بعمل سلبي ،حيث يتحقق التضليل بعمل إيجابي عن طريق تضمين الإعلان بيانات غامضة عن السلع والخدمات ،مما يخلق لبسا أو خداعا في ذهن المستهلك ،كما قد يتحقق التضليل بعمل سلبي حينما يمتنع عن ذكر بعض المعلومات الجوهرية المتعلقة بالسلع والخدمات فتظهر للمتعاقد إيجابيات السلع والخدمات ،أو تختفي عنه بعض الإلتزامات ،ليقع ضحية خداع إعلاني².

وتجدر الإشارة إلى أنّ غالبية التشريعات تستعمل الكذب والتضليل كمترادفين رغم الاختلافات الموجودة بين المصطلحين ،والتي تصعب من تحديد الفرق بينهما ،فالإعلان الكاذب هو زعم أو إدعاء مخالف للحقيقة بانعدام الصدق ،أمّا التضليل فهو خداع المستهلك (المتلقي أو المتعاقد) عن طريق استعمال عبارات تدفعه إلى الاعتقاد جزما بصحتها لكن في

¹ cass .crim.23 May 2000, N° de pourvoi : 99-84553.

منشور على الموقع الإلكتروني : [http:// www.legiFrance.gouv.fr](http://www.legiFrance.gouv.fr) : أطلع عليه يوم 2018/11/15 على الساعة : 01:30

² يوسف عودة غانم المنصوري ، المرجع السابق ، ص 231.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الحقيقة هي خلاف ما ذكر . كما أن التضليل قد يقع دون اللجوء للكذب كأن يتم استخدام عبارات فضفاضة أو غامضة وأن الكذب أعلى درجة من التضليل ،فكل إعلان كاذب مضلل والعكس غير صحيح أي ليس كل إعلان مضلل كاذب، ومادام أن كلاهما يهدف إلى خداع المستهلك فكان من باب أولى إيراد مصطلح يشملهما معا ،ولعل أقرب مصطلح يجمعهما هو "الإعلان الخادع" لإتحادهما في العلة والغرض وهو الخداع.

ويمكن إذا تعريف الإعلان الخادع ،بأنه :ذلك الإعلان الذي يؤدي أو يمكن أن يؤدي إلى خداع المستهلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من أجل إبرام العقد أو زيادة الإقبال على التعاقد عن طريق إدراج عبارات ،إشارات ورموز،إدعاءات ،بيانات ،مزاعم أو أي إحاءات تحمل نوعا من اللبس أو الغموض من شأنها تضليل المستهلك ،أو كاذبة لا تتطابق وحقيقة المنتجات محل العقد مهما كانت الوسيلة المستعملة ويعدّ السكوت من قبيل الكذب والتضليل

وبذلك فإن التعريف المقترح يشمل صور الخداع ،وهما :الكذب :أي انعدام الصدق عن طريق اللجوء لعبارات مخالفة وغير مطابقة للحقيقة (الصورة الأولى) ،والصورة الثانية وهي التضليل :أي أن الإعلان غير واضح يحتوي عبارات تتضمن لبس وغموض ،ويتضمن الأفعال المشكلة للخداع سواء ذكر بيانات أو إدعاءات أو مزاعم أو رموز أو إيحاءات أو عبارات ،وحتى السكوت عن ذكر الحقيقة ،كما يشمل الهدف وهو خداع المستهلك لإبرام العقد أمّا النتيجة فيقع الخداع سواء كانت النتيجة محققة أو احتمالية الوقوع ،وعن الوسيلة فتشمل الإعلانات التقليدية والإعلانات الإلكترونية .

3 /معايير تقدير الكذب والتضليل في الإعلان التجاري الإلكتروني :انطلاقا من حكم محكمة باريس القائل :ليس محظورا أن يقوم التاجر بامتداح منتجاته أو خدماته حتى درجة المبالغة

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

في وصف مزاياها والزعم أنّها أفضل من غيرها"¹، توجب على المشرع وضع معايير لتقدير درجة المبالغة، وبعبارة أدق ألا تعتبر المبالغة في الإعلانات من قبيل التضليل أو الكذب خاصة وأنّ السماح بها قد يجعل المعلن يضخم حجم هذه المزايا مما قد يوقعه في الكذب، وللإجابة على هذا السؤال توجب الإشارة إلى أنّ الفقهاء قد اتفقوا على ضرورة وضع معايير لتقدير الكذب والتضليل، لكنهم اختلفوا حول الأساس الذي يبنى عليه المعيار فهناك جانب منهم يأخذ بالمعيار الشخصي، في حين يأخذ جانب آخر من الفقه بالمعيار الموضوعي .

أ/ **المعيار الشخصي**: يقوم المعيار الشخصي في تقدير الكذب والتضليل على الأثر الإعلاني الذي يلحق المستهلك من أجل التحقق من مدى انخداعه به، بناء على درجة اليقظة وحسن التدبير التي يتمتع بها المستهلك، فكلما زادت درجة فطنته قل انخداعه بالإعلان التجاري، وبذلك يتسع نطاق المبالغة المشروعة فيه، والعكس صحيح أي كلما نقصت درجة يقظة المتلقي زادت فرصة انخداعه بالإعلان بأبسط أساليب الكذب والتضليل الإعلاني².

فالمعيار الشخصي ينظر إلى شخص المتلقي لا إلى التضليل في حد ذاته، بحيث يأخذ بكل حالة على حدى أي مستقلة عن باقي الحالات الأخرى، وبعبارة أدق إذا كان المستهلك قليل الذكاء أعتبرت المبالغة تضليلاً أمّا إذا كان فطنا وذكياً فإنّ الإعلان لا يعتبر مضللاً إلا إذا وقع فيه جمهور الناس³.

ويرى أصحاب المعيار الشخصي أن اللجوء إليه يسمح بتوفير حماية قانونية فعالة للمستهلك وعلى وجه الخصوص فئة الأطفال والسذج والمغفلين، غير أنّ هذا المعيار عرف عدة انتقادات لصعوبة وتعدّر تطبيقه واقعياً باعتباره يبحث في شخصية كل مستهلك على

¹ يوسف عودة غانم المنصوري، المرجع السابق، ص. 240.

² المرجع نفسه، ص. 240-241.

³ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، د. ب. ن. 2011، ص

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

حتى للكشف عن درجة فطنته وذكائه هذا من جهة ،ومن جهة أخرى صعوبة الحصول على نتائج دقيقة بدليل اختلاف درجات الذكاء والفطنة لدى جمهور المستهلكين¹.

إنّ هذا المعيار لا يصدق أن يتم تطبيقه لما فيه من تناقض في النتائج المتوصل إليها ،فقد يأخذ إعلان تجاري واحد وصف المضلل والمشروع في نفس الوقت ،وهو أمر مستحيل أن يتم الجمع بين المتناقضات بدليل أنه قد يعتبر مضلل بالنسبة للمستهلك الأقل ذكاء ،ومشروعا بالنسبة للمستهلك الذكي، لذلك لا بد من البحث عن معيار آخر يتم اللجوء إليه لتقدير الكذب والتضليل في الإعلانات التجارية .

ب / المعيار الموضوعي: حسب القضاء الفرنسي فإن تقدير الإعلان التجاري إذا كان مضللا أو غير مضلل يرجع إلى القضاء ،الذي يستعين بالمعيار الموضوعي فقط دون المعيار الذاتي (الشخصي) فالتضليل لا يقع إلاّ عندما يمس الإعلان المستهلك العادي². (متوسط الذكاء) وهو الحكم الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 15 ماي 2012 حيث نص على : "إن طبيعة الإعلانات الخادعة بالمعنى المقصود في م . 1-121 من قانون الاستهلاك يتم تقييمها بالإشارة إلى المستهلك العادي"³.

ويتم تحديد موصفات المستهلك العادي بتجريده من ظروفه الشخصية ،بحيث يمثل جمهور المستهلكين "فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الندرة ،ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض"⁴.

¹ يوسف عودة غانم المنصوري ،المرجع السابق ،ص .242.

² خالد ممدوح ابراهيم ،المرجع السابق ،ص .94.

³ Cass. Crim ; 15 mais 2012 ; n°dr pouvoi : 11-84125(2).

منشور على الموقع الإلكتروني : <http://www.legifrance.gouv.fr> ،أطلع عليه يوم :18/11/2017 على الساعة 10:10 .

⁴ يوسف عودة غانم المنصوري ، المرجع السابق ،ص.243.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وتجب الإشارة إلى أن اعتماد معيار المستهلك العادي لا يعني استبعاد الظروف الخارجية المحيطة بجمهور المستهلكين ،حيث يؤخذ في عين الاعتبار ظروف العمر الجنس ،والحالة الاجتماعية في الإعلانات التجارية الموجهة للأطفال على أن يتم تقدير الخداع الإعلاني بالنظر إلى سلوك المستهلك البالغ والأمر نفسه بالنسبة للإعلانات الموجهة للنساء فلا يصح قياس سلوكهن بسلوك الرجال ،،فيمكن إذا حسب المعيار الموضوعي الإعتداد بالطائفة أو الفئة التي يوجه إليها الإعلان فقط دون سائر المستهلكين فيمكن حينها حماية طائفة الأطفال والنساء من الإعلانات الخادعة الموجهة إليهم ،أمّا إذا كان الإعلان موجه لجميع المستهلكين دون تحديد فئة بذاتها ،فلا ينظر للعمر والجنس والحالة الاجتماعية باعتبارها ظروف شخصية فيتم تجريد المستهلك العادي منها¹.

مما تم عرضه يمكن القول بترجيح المعيار الموضوعي على المعيار الذاتي ،باعتبار المعيار الأول منضبط ومحدد يسمح بتقدير ما إذا كانت المبالغة في الإعلان التجاري تشكل خداعاً أم لا ،وهو المعيار الذي يسمح بتحديد مشروعية الإعلان من عدم مشروعيته هذا من جهة ،ومن جهة أخرى يمكن القول أن المعيار الموضوعي يتسم بوحدة النتائج وعدم تناقضها - خلافاً للمعيار الشخصي الذي يؤدي إلى الجمع بين المتناقضات وهو أمر غير منطقي - بدليل أن المعيار واحد يطبق على جميع المستهلكين وهو معيار المستهلك العادي ، مما يجنب القاضي مشقة البحث في خبايا الأنفس ،كما أنّ الأخذ بالمعيار الموضوعي يحقق توازن المصالح بين مصلحة في حمايته من أضرار الإعلان الخادع ،وبين مصلحة المعلن فجوهر الإعلان هو الميل إلى المبالغة في تحديد مزايا السلع والخدمات ،خلافاً للمعيار الذاتي الذي أولى الأهمية للمستهلك على حساب جوهر الإعلان من خلال تصنيف نطاق الإعلان بما يتناسب مع أقل مستويات الذكاء².

¹ المرجع نفسه ،ص.243-244.

² يوسف عودة غانم المنصوري ،المرجع السابق ،ص . 244 -245.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

لقد أخذ الاجتهاد الفرنسي بالمعيار الموضوعي في تحديد مشروعية الإعلان فيما إذا كان مضللاً أو كاذباً أم لا ،فجاء في قرار محكمة النقض الفرنسية¹ : "حيث أن التضليل ينتفي في الإعلان إذا لم يكن من شأنه تضليل المستهلك متوسط الانتباه ،مما يترتب معه انتفاء جريمة الإعلان المضلل بشأن مصدر المنتج بإعلان بائع قطع الغيار الذي حرص على بيان بكتابة غير بارزة ولكنها مقروءة ،وضعت بجوار العلامة التجارية للمنتجات التي يبيعها ... اسم شركته وعنوانها ،فالمستهلك متوسط الانتباه بمقدوره التأكد بمجرد قراءة الإعلان أن عرض قطع الغيار صادر عن البائع و ليس المنتج".

كما حكمت محكمة باريس في حكمها الصادر في جانفي 1985² بأنّ : "قيام أحد الأندية بالإعلان عن تقديم برنامج ترفيهي لأعضائه يشمل تقديم حفلات وعروض مسرحية ونزهات دون أن يشير إلى أن ذلك بمقابل يعد لبسا من شأنه تضليل الشخص المعتاد الذي ليس له أن يتوقع أن يكون مثل هذا البرنامج الحافل مجانياً".

وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قضت لصالح المعلن في قضيته حول إعلان تجاري عن حقائب (سامسو نايت) ،تمّ إبرازها على شكل مباراة لكرة القدم بين فريقين ،مع استبدال لاعبي الفريق بمجموعة من البلدوزرات من طراز (Tracto-pelle) واستبدال كرة القدم بحقائب سامسو نايت ، بحيث كانت عجلات البلدوزر تمرّ على تلك الحقائب دون أن تؤثر فيها ،وقد أسست المحكمة قرارها ببراءة المعلن من تهمة الإعلان الخادع على إعتبار أنّ : "الشخص المعتاد لا يمكن أن ينخدع بهذا الإعلان بل سيتقطن إلى ما يتضمنه من مبالغة و إثارة ،ولا يوجد بين أوساط الناس من يصدق أن هناك حقيقة يمكن أن تخرج سليمة بعد أن

¹ cass. crim, 17 Octobre 2000, N°de pourvoi 99.84155

نقلا عن يوسف عودة غانم ، المرجع السابق ، ص 245-246.

² Paris, 31 janvier 1985, Gaz, Pal, 1985, II, somm, p.221.

نقلا عن موقف حماد عبد ،المرجع السابق ،ص 62.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

تمرّ عليها عجلات البلدوزر بل أن مثل هذه المبالغة لا تثير لدى أوساط الناس سوى الضحك و السخرية¹.

مما سبق يتضح أنّ المعيار الموضوعي أنسب من المعيار الشخصي في تقدير الكذب والتضليل مما سيؤدي إلى استقرار المعاملات هذا من جهة ،ومن جهة أخرى يسهل على القضاء الفصل في النزاعات المعروضة دون أن يتأثر القاضي بشخصية المستهلك.

الفرع الثاني: الإشهارات التجارية المقارنة.

لقد أثارت الإشهارات التجارية المقارنة جدلاً واسعاً بين الفقهاء باعتبارها تخلق نوعاً من التعارض بين مسألتين مهمتين ،هما حرية الإعلان والتي تتضح في مبدأ حرية التعبير ،ومسألة عدم جواز المقارنة مع منتجات العون المنافس إذا كان من شأنها المساس بمبدأ نزاهة مهنة الإعلان وشفافيتها ،وهو ما أثر على موقف التشريعات من الإعلانات المقارنة بين مؤيد ومعارض لها ،أو بين القائل بمشروعيتها ،كالقانون الأمريكي ،الإيرلندي الكندي ،وقوانين الدول الإسكندنافية ،والقانون الألماني يجيز الإعلانات المقارنة بصفة استثنائية ،بشرط أن يلجأ إليها المعلن بصدد الدفاع عن نفسه ،بالردّ على المعلن المنافس².

لذلك سيتم تعريف الإشهار المقارن وتمييزه عن المصطلحات المشابهة ثم الخوض في مدى مشروعية الإشهار المقارن ،مع تحديد موقف المشرّع الجزائري منها .

أولاً: تعريف الإشهار المقارن عبر الإنترنت : لا يختلف تعريف الإعلان التجاري الإلكتروني المقارن عن التقليدي سوى في الوسيلة المستعملة ،وهي شبكة الإنترنت حيث تطرقت بعض

¹ cass.crim 21 mai 1984 , D.1985 , p.105.

نقلا عن يوسف عودة غانم المنصوري ،المرجع السابق ،ص 246.

² هند رشيد حسن الحصري ،الحماية المدنية من الدعاية التجارية المضللة ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،مصر ،2018، ص 182.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

التشريعات إلى تعريفها ،وباعتبار أنّ ضبط المصطلحات والوقوف على معناها له دور مهم في فهم ،ودراسة أيّ موضوع ،فقد تدخل الفقه بدوره لتحديد المقصود منها .

1 /التعريف التشريعي للإشهار التجاري الإلكتروني المقارن : عرفها التوجيه الأوروبي رقم 450 لسنة 1984 المتعلق بالإعلانات المضللة والمقارنة ،والمعدل بالتوجيه رقم 55 لسنة 1997 السابق الذكر ،والمعدل بالتوجيه رقم 144 بسنة 2006 ،بأنها :**"كل دعاية تتعرض لشخص المنافس بطريقة صريحة أو ضمنية أو تتعرض للأموال والخدمات التي يقدمها هذا المنافس"**.

ما يلاحظ أنّ التوجيه الأوروبي قد وسع من مفهوم الإشهار المقارن ،بحيث يمس التعرض المنافس كما قد يمس المنتجات التي يعرضها¹ ،فلا تتوقف المقارنة على المقارنة الشخصية فقط ،ولكن تتجاوز ذلك إلى الجاني الموضوعي وتسمى بالمقارنة الموضوعية لأنها تمس السلع والخدمات موضوع العقد المراد إبرامه وتجب الإشارة إلى وجوب استبعاد المقارنة التي قد تكون بين عناصر موضوعية يصعب تقديرها كالذوق ،بالإضافة إلى استبعاد المقارنة المبنية على إبداء الآراء الشخصية أو التقديرات الفردية أو الجماعية وهو ما أكده المجلس الكندي عندما وضع القواعد المتعلقة بالإعلانات التجارية المشروعة ،إذ نص بموجب م 05 منه على العناصر الموضوعية التي قد يرد عليها الإعلان المقارن بأنها العناصر التي يمكن تقديرها فقط².

¹ بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص 256-257.

² شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص 78.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

كما عرفه المشرع الفرنسي بموجب التعديل الأخير لقانون الاستهلاك بنص المادة 1-121 بأنه: "كل إعلان يقارن بصفة ضمنية أو صريحة السلع والخدمات من أجل التعرف على المنافس أو السلع أو الخدمات المقدمة من طرفه"¹.

أما المشرع الجزائري فقد تناول الإشهار المقارن بصفة غير مباشرة من خلال نصوص القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية السابقة الذكر وذلك بموجب المواد 26، 27 و 28 منه، حيث تنص م 26 على أنه: " تمنع كل الممارسات التجارية غير النزيهة المخالفة للأعراف التجارية النظيفة والنزيهة و التي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون أو عدة أعوان اقتصاديين ."

ونصت م 27 منه على مايلي: "تعتبر ممارسة تجارية غير نزيهة في مفهوم هذا القانون لا سيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يأتي:

- 1- تشويه سمعة عون اقتصادي منافس ينشر معلومات سيئة تمس بشخصه أو بمنتجاته أو خدماته ،
- 2- تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به قصد كسب زبائن هذا العون إليه بزعم شكوك وأوهام في ذهن المستهلك ،
- 3- استغلال مهارة تقنية أو تجارية مميزة دون ترخيص من صاحبها ،
- 4- اغراء مستخدمين متعاقدين مع عون اقتصادي منافس خلافا للتشريع المتعلق بالعمل ،
- 5- الإستفادة من الأسرار المهنية بصفة أجير قديم أو شريك للتصرف فيها قصد الإضرار بصاحب العمل أو الشريك القديم ،

¹ Art 122-1 c – conson : " Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en indifiant, implicitement ou explicitement un concurrent ou biens ou services offerts par un concurrent ... "

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

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

كما نصت م 28 من القانون نفسه على: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان ... ويتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الإلتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه، ..."

انطلاقاً من النصوص التشريعية يمكن تعريف الإعلان التجاري الإلكتروني المقارن بأنه: كل إعلان بواسطة الإنترنت يلجأ من خلاله المعلن إلى إجراء مقارنة بين منتجاته ومنتجات منافس آخر، كما يعتبر من قبيل الإعلان المقارن :

- 1- تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات تسيئ بشخصه أو بمنتجاته ،
- 2- تقليد العلامات المميزة للعون الإقتصادي المنافس أو تقليد منتجاته أو خدماته ،
- 3- إغراء مستخدمين متعاقدين مع عون اقتصادي منافس خلافاً للتشريع المتعلق بالعمل (قد يتم اكتشاف أسرار تجارية تسمح بالمقارنة بين المنتجات المعلن عنها ومنتجات العون المنافس قصد إبراز عيوب منتجات المنافس وبالتالي التأثير سلباً على إرادة المستهلك).

2 /التعريف الفقهي للإعلان المقارن :لقد حاول الفقهاء بدورهم وضع تعريف للإعلان المقارن، وان اختلفوا في الألفاظ فإن المعنى واحد ،فعرّف بأنه : "قيام المعلن (المنتج الموزع ،البائع) بالدعاية لمنتجاته عن طريق المقارنة ،أي إبراز مزايا السلعة المعلن عنها مقارنة بعيوب غيرها من السلع المنافسة"¹.

¹ يوسف عودة غانم المنصوري ،المرجع السابق ،ص .343.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

كما عرّف بأنه : "التقنية التي بموجبها يضع المعلن بالموازاة نوعيات منتجاته أو خدماته ونوعيات الأموال أو الخدمات من طبيعة ما يقدمه المنافس"¹.

وهناك من عرّفها بأنها : "تلك الإعلانات التي يسعى المعلن من خلالها إلى إقناع المستهلكين بأن الفائدة التي يتحصلون عليها من السلعة أو الخدمة محل الإعلان ستكون أفضل من تلك التي سيحصلون عليها من سلعة أو خدمة أخرى منافسة"².

ويمكن تعريف الإعلان التجاري الإلكتروني المقارن بأنه: ذلك الإعلان الذي يتم بوسيلة إلكترونية (شبكة الإنترنت) يهدف من خلالها المعلن بصفة صريحة أو ضمنية إلى مقارنة السلع والخدمات التي يعرضها بسلع وخدمات المنافس الآخر، مع تحديد هوية هذا الأخير، بغرض إقناع جمهور المستهلكين بمزايا منتجاته من أجل حثهم على التعاقد أو زيادة الإقبال على التعاقد مع إبراز عيوب منتجات المنافس الآخر.

من خلال ما سبق يمكن القول أنه ومن أجل الحديث عن إعلان مقارن يشترط وجود إعلان تجاري، أي إصدار المعلن لرسالته الإعلانية التي يروج من خلالها لمنتجاته (سلع وخدمات)، وأن تتضمن هذه الرسالة مقارنة بين سلع المعلن وخدماته، ومنتجات المنافس الآخر الذي يشترط أن يتم تحديد هويته بذكر اسمه سواء بصفة صريحة أو بصفة ضمنية .

ثانياً: تمييز الإشهار المقارن عن غيره من الإشهارات المشابهة: يتشابه الإعلان المقارن وبعض المصطلحات الأخرى كالتجارب المقارنة، الإعلان الخادع (الكاذب والمضلل)، بالإضافة إلى الالتزام بالإعلام:

1/ التمييز بين الإشهار المقارن والتجارب المقارنة: يقصد بالتجارب المقارنة الدراسات العملية، والبحثية التي يتم إجراءها على السلع المعروضة في الأسواق والتي لها نفس الوظيفة

¹ بسام فنوش الجنيد، المرجع السابق، ص. 259.

² محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 97-98. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 69.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

لكن من علامات مختلفة، بحيث ترد المقارنة على السعر، الصفات الجوهرية وسلامة الاستعمال، ليتم نشر النتائج المتحصل عليها في مجلات مخصصة لموضوع الإستهلاك، بغرض معرفة الأفضل منها للمستهلك عندما تتم عملية نشر تلك التجارب، وبالتالي فإن الإعلان المقارن يتفق مع التجارب المقارنة في ما يلي¹:

➤ كلاهما يقوم على مبدأ المفاضلة بين السلع والخدمات لتحديد الأفضل .

➤ كلاهما يقوم على نشر النتائج المتوصل إليها من عملية المقارنة لتتوفر جمهور المستهلكين بصفة خاصة والرأي العام بصفة عامة .

➤ كلاهما يقع أو يرد على منتجات (سلع وخدمات) متماثلة تؤدي وظيفة واحدة .

رغم نقاط التشابه هناك نقاط أو أوجه اختلاف تتمثل فيما يلي² :

➤ من حيث أن التجارب المقارنة يتم إجراؤها من طرف باحثين متخصصين، أو جهات متخصصة ليس لها أي مصلحة من إجراء عملية المفاضلة بين المنتجات سوى حماية المستهلك من المنتجات المعيبة، وقد تكون هذه الجهات عبارة عن منظمات جمعيات حماية المستهلك أو بعض الجرائد المتخصصة، فهي جهات تتمتع بالاستقلالية و بموضوعية النتائج المتوصل إليها، أما الإعلان المقارن فيلجأ إليه المعلن مهما كانت صفته من أجل الإساءة إلى الشخص المنافس، بعرض عيوب ومساوئ منتجاته، بهدف تحقيق الربح عن طريق جذب الزبائن، و بالتالي فإن المقارنة التي يعتمدها خالية من الموضوعية.

➤ **من حيث النتائج:** فإن النتائج المتوصل إليها من النتائج المقارنة فقد سبق القول بأنها نتائج موضوعية لاستنادها إلى أبحاث مخبرية وفنية دقيقة، باعتماد أسلوب علمي ممنهج عند اختيار المنتجات محل المقارنة، بخلاف النتائج التي يتوصل إليها المعلن فهي لا تقوم على أسس علمية أو نتائج معملية، ولا يجوز له حتى الإدعاء باللجوء إليها لأنه لم يتم إنجازها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن غايته ليست نشر نتائج

¹ بسام فنوش الجنيد، المرجع السابق، ص 260.

² المرجع نفسه، ص 261-262.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

التجارب لحماية المستهلك بل لإبراز مزايا سلعته مقارنة بعيوب السلع الأخرى ،وهو ما قضت سبه محكمة باريس التي منعت المعلن من الاعتماد على نتائج التجارب المقارنة المنجزة من طرف المعهد القومي للاستهلاك ،في الإعلان لسلعته واعتبرت المعلن تاجرا لا يحق له إعادة نشر نتائج التجارب المقارنة للترويج لمنتجاته .

➤ **من حيث الغاية:** فإن الهدف الذي يرجو المعلن تحقيقه من الإعلان المقارن هو الترويج لمنتجاته بقصد التأثير على المستهلك وجذبه للتعاقد بإبراز محاسن منتجاته وسلبيات أو عيوب المنتجات المنافسة ،قصد تحقيق الريح وهو هدف تجاري ،أما الهدف من التجارب المقارنة فهو إعلام المستهلك بصدق وسلامة المنتجات المعروضة في السوق¹.

2 /**التمييز بين الإشهار المقارن والإشهار الخادع (الكاذب أو المضلل):** يشبه الإعلان المقارن الإعلان الخادع في أنّ كلاهما يهدف إلى إيهام المستهلك وخداعه ،فكلاهما يسعى إلى تفضيل المنتجات المعلن عنها غير أنّهما يختلفان في أوجه أخرى²:

➤ **يلجأ المعلن في الإعلان الخادع إلى استعمال طرق الاحتيال أو التضليل لخداع المستهلك ،بينما لا يشترط بالضرورة اللجوء للاحتيال في الإعلان المقارن ،فقد يكتفي المعلن بالمقارنة فقط بذكر بيانات صحيحة ،المهم أن تتم المفاضلة بين السلع والخدمات .**

➤ **ما يحظر في الإعلان الخادع هو لجوء المعلن إلى طرق ووسائل الاحتيال بينما المحظور في الإعلان المقارن هو لجوء المعلن إلى المقارنة في حد ذاتها .**

➤ **إن الإعلان الخادع يؤثر على المستهلك فقط ،بينما يؤثر الإعلان المقارن على الشخص المنافس بصفة مباشرة ،والمستهلك بصفة غير مباشرة ،حيث يمكن للمستهلك فقط أو لجمعيات حمايته أن ترفع دعوى ضد الإعلانات الخادعة ،بينما يمكن للمستهلك والجمعيات التي تدافع عنه ،أو للعون المنافس رفع دعوى ضد صاحب الإعلان المقارن كل حسب مركزه القانوني.**

¹ بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص 262.

² المرجع نفسه ،ص 262-263.

الباب الأول :حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

(الدعوى التي يرفعها المنافس هي دعوى المنافسة غير المشروعة ،أما الدعوى

التي يرفعها المستهلك أو الدعوى الجماعية فسيتم تحديدها لاحقا).

3 /التمييز بين الإشهار المقارن والإلتزام بالتبصير أو الإعلام : إن الإلتزام بالإعلام إلتزام

سابق على التعاقد يتعهد بموجبه أحد الأطراف وهو المورد بأن يزود الطرف الآخر وهو

المستهلك ،بجملة المعلومات الكافية التي تجعله يقدم على التعاقد بإرادة حرة مستتيرة وسليمة

فلولا المعلومات المقدمة لما أبرم المستهلك العقد وهو ما سيتم تأصيله لاحقا.

يتفق الإعلان المقارن والإلتزام بالإعلام في أنّ كلاهما يساهم في تقديم المعلومات

للمستهلك ،والتي تؤثر على قرارهم الإقتصادي ،بحيث يتوقف إبرام العقد من عدمه على

المعلومات المقدمة ،والتي يفترض علم المورد بها وجهل المستهلك لها .

ورغم أنّ الإعلان المقارن والإلتزام بالإعلام يلتقيان في نقطة مهمة ،وهي تزويد المستهلك

بمعلومات متعلقة بالمنتجات محل العقد المراد إبرامه إلا أنّهما يختلفان في بعض المسائل يتم

إيجازها فيما يلي¹ :

➤ أن الإلتزام بالإعلام إلتزام قانوني سابق على التعاقد فرضه القضاء الفرنسي تم

اعتماده في تشريعات حماية المستهلك ،يلتزم بموجبه المورد بإعلام المستهلك ،أما

الإعلان المقارن فلا يعد إلتزاما قانونيا مفروضا على المعلن ،بل الأكثر من ذلك

فقد اعتبر تصرفا غير مشروعاً في بعض التشريعات (كالمشرع الجزائري) ،لذلك

يوجد اختلاف جذري في الأساس القانوني لكل منهما ،بحيث تترتب المسؤولية

التقصيرية للمعلن عن إخلاله بالتزامه بالإعلام في المرحلة السابقة على العقد

والمسؤولية العقدية إذا تم الإخلال بالإلتزام العقدي بالإعلام .

➤ يختلف مفهوم الصدق في الإعلان المقارن عن الإلتزام بالإعلام ،بحيث يقبل

الإعلان الذي لا يتضمن حقائق كاملة عن المنتج ،أو حتى المبالغة في ذكر

¹ بسام فنوش الجنيدي ،المرجع السابق ،ص 263-265.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

محاسنه ،في حين لا يقبل من المنتج تقديم جزء من المعلومات وإغفال الجزء الآخر خاصة في المنتجات الخطيرة ،أو ذات تقنيات معقدة ،بحيث يسأل المنتج عن المعلومات المقدّمة وعن ما تم إخفائه ،غير أنّ القانون لا يحاسب المعلن إذا لم يذكر كل المعلومات المتعلقة بالمنتج محل الإعلان المقارن .

وتجب الإشارة إلى تباين موقف التشريعات بصدد قبول الإعلانات التجارية المقارنة بسبب أن الإعلانات المقارنة تثير تعارضا بين مبدئين ،مبدأ حرية التعبير عموما ،والذي تعد حرية الإعلان أهم جوانبه وهي حرية لا يمكن مصادرتها واستبعادها بالكامل هذا من جهة ومن جهة أخرى مبدأ مثالية مهنة الإعلان التي تأبى إجراء مقارنة قد ترد على مشروع منافس أو على منتجاته (سلع و خدمات)¹.

فظهر إتجاهين² أحدهما مؤيد للإعلان المقارن وبالتالي فهو مشروع ،وآخر معارض يرى بعدم مشروعيته مما يستوجب حظرها ،فأجازتها صراحة مع وضع شروط الولايات المتحدة الأمريكية بموجب قانون لجنة التجارة الإتحادية ،وقانون العلامات الإتحادي لسنة 1999 وأدخلته بلجيكا (الإعلان المقارن) بموجب القانون الصادر في 25 مارس 1999 بالإضافة إلى قوانين الدّول الإسكندنافية (فلندا ،السويد ،النرويج ،الدانمارك).

في حين هناك دول رفضت الإعلانات المقارنة ،فحظرها كل من المشرع الإيطالي والإسباني مشرع دولة النمسا ولكسمبورغ ،أمّا القوانين العربية كمصر وسوريا مثلا فلم تتناول الإعلانات المقارنة فهل يعني إغفالها إمكانية اللجوء إليها لعدم وجود نص يجيزها أو يحظرها؟،وفي فرنسا فقد تأرجح المشرع الفرنسي بين الحظر تارة والإجازة تارة أخرى ،إذ منع

¹ بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص 265. يوسف غانم عودة المنصوري ،المرجع السابق ،ص 351. وهند رشيد حسن الحصني ،المرجع السابق ،ص 282.

² بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص 265-272. هند رشيد حسن الحصني ،المرجع السابق ،ص 182-186. يوسف غانم عودة المنصوري ،المرجع السابق ،ص 350-359. وكوثر سعيد خالد عدنان ،المرجع السابق ،ص 161-186.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الإعلانات المقارنة قبل صدور القانون الخاص بتنظيمها في 18 كانون الثاني 1992 بموجب م 8-121 إلى 14-121 من تقنين إ.ف. رقم 93/949 السابق الذكر حيث منع الإعلان المقارن استنادا إلى القواعد العامة في المسؤولية التصويرية م . 1382 ق.م.ف ، التي تنص على ما يلي: " كل عمل أيا كان يلحق ضررا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه" (يقابلها نص م 124 ق.م. 1¹ ، "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض")، فالمعلن ارتكب خطأ يتمثل في جذب العملاء إلى منتجاته في مقابل الإضرار بالمنافس عن طريق الإساءة لسلعته فتقام مسؤوليته على أساس دعوى المنافسة غير المشروعة، حيث قضت محكمة باريس سنة 1980 في قضية شركة تتاجر بمضاد حيوي منذ عام 1968 فقامت شركة أخرى بتصنيع نفس المضاد الحيوي سنة 1974 مع توزيع رسائل إعلانية على الأطباء تقارن بموجبها المنتج الذي تصدره، بمنتج الشركة المنافسة (1968) بطريقة تفاضل فيها منتجها عن منتج الشركة الأولى، فقضت المحكمة بأن ما قامت به الشركة الثانية يعد خطأ تقصيريا يستوجب التعويض حسب م 1382 ق م ف على أساس أنها منافسة غير مشروعة ، لكن بعد صدور قانون 18 كانون الثاني 1992 فصل المشرع في الخلاف والجدال القائم في فرنسا أين أجاز الإعلانات المقارنة، كما أجازها أيضا التوجيه الأوروبي رقم 55-97 المعدل للتوجيه 450-84 السابق الذكر لجوء المعلن للإعلان المقارن لكن بشروط منها²:

- أن يكون الإعلان صادقا غير تضليلي ،بالإضافة إلى شروط متعلقة بالمنتج محل المقارنة بتحديدته تحديدا كافيا ،بحيث يظهر العلامة التجارية للمنتج أو الخدمة ،عنوان الشركة ،الاسم التجاري ،والأ كانت المقارنة غير مشروعة .

¹ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني ،المؤرخ في 26/09/1975 ،المعدل والمتمم بالقانون 07-05 ،المؤرخ في 13/05/2007 ،ج.ر.ع 31 ،المؤرخة في 13/05/2007.

² بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص . 273-282. يوسف غانم عودة المنصوري ، المرجع السابق ، ص.359-363.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

- أن ترد المقارنة على منتجات تلبي نفس الاحتياجات ،أو لها نفس الهدف أي من طبيعة واحدة وأن تكون متوفرة في السوق .
 - تحري الموضوعية والبعد عن الذاتية (الشخصية) في عملية المقارنة .
- وعن الشروط المتعلقة بالأسعار فيجب أن تحقق تماثل المنتجات من حيث الكم ،والوزن النوع ،العلامة الحجم ، الطول ، اللون ،مثال الإعلان عن بيع قارورة كوكا كولا لتر واحد بسعر أقل من السعر الذي تباع به لدى منافس آخر، أمّا الشروط الشكلية فيجب إعلام العون المنافس قبل نشر الإعلان ،بالإضافة إلى ضرورة مراعاة مبادئ المنافسة المشروعة.
- لقد حظر المشرّع الجزائري الإعلان المقارن وذلك بموجب م 26 ، 27 ، 28 من القانون 04-02 السابق الذكر .

وحسن ما فعل المشرّع الجزائري لأته ومهما بلغت درجة النزاهة في المقارنة إلا أنّها لن تصل إلى الموضوعية والنزاهة المطلوبة ،بالإضافة إلى أن المقارنة ورغم إيجابيتها قد تكون وسيلة في يد المعلن لكي يؤثر سلبا على المستهلك ،وبذلك فإنّ تفعيل سبل الرقابة يسمح بتجنب هذا النوع من الإعلانات .

قد يتبادر إلى ذهن البعض ما فائدة الحديث عن الإشهار المقارن ،خاصة وأن المتضرر هو العون الاقتصادي أو التاجر أو كما اصطلح عليه المشرّع في ق.ت.إ 18-05 بالمورد والذي يمكنه رفع دعوى المنافسة غير المشروعة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه وبذلك فإنه يمكن القول أن الحماية من الإعلانات المقارنة فيه حماية غير مباشرة للمستهلك الذي قد يقع ضحية هذا النوع من الإعلانات ،وبالتالي يكون ضحية تضليل لما فيه من زرع الشكوك والأوهام في ذهنه .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المطلب الثاني: الإعلانات المزعجة صورة مستحدثة عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة.

قد يلجا مقدم خدمات الإنترنت من أجل عرض منتجاته إلى إرسال رسائل إلكترونية عبر البريد الإلكتروني لأكثر قدر من الزبائن بهدف دعوتهم إلى التعاقد دون علمهم، أو دون رغبتهم لذلك سمي بالإعلان غير المرغوب فيه، ولما فيه من إزعاج لجمهور المستهلكين أطلق عليه وصف الإعلان المزعج وهناك من يصطلح عليه بإعلانات البريد الإلكتروني غير المرغوب فيها، كما يطلق عليه مصطلح الـ Spam وقد تم استخدام هذا المصطلح عبر الإنترنت سنة 1993 للتعبير عن إغراق شبكة الأنترنت بكم هائل من نفس الرسالة التي ترسل إلى مجموعة من الأشخاص وفي نفس الوقت¹.

وبهذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: تعريف الإشهار الإلكتروني غير المرغوب فيه وخصائصه.

الفرع الثاني: مزايا وعيوب إعلانات Spamming

الفرع الأول: تعريف الإشهار الإلكتروني غير المرغوب فيه وخصائصه.

سيتم التطرق إلى تعريف الإعلانات غير المرغوب فيها، ثم تحديد خصائصه .

أولا: تعريف الإعلانات التجارية الإلكترونية غير المرغوب فيه :لقد عرفت اللجنة الوطنية

المعلوماتية والحرية بفرنسا (CNIL) Commission National d informatique et

Liberté الإعلان الإلكتروني المزعج الـ Spam بأنه : "إرسال كمية كبيرة من البريد بشكل

¹ Spam اختصار لكلمة "Le spamming" بمعنى الرسائل غير المرغوب فيها.

شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص. 87.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

متكرر وغير مرغوب فيه وله محتوى غير مشروع إلى أشخاص ليس بينهم وبين المرسل أية علاقة عقدية ويكون قد تم اختيار بريدهم الإلكتروني بشكل غير منتظم¹.

وهو تعريف مقبول ما عدا القول بأنّ محتوى الرسالة غير مشروع لأنّ انتفاء المشروعية يعني مخالفة النظام العام والآداب العامة، والتي لها معنى مطاط يختلف داخل أرجاء الدولة الواحدة، ما بالك إذا كان نظام عام دولي، كما قد يقصد بعدم المشروعية احتواء الرسالة على تقليد لعلامات أو أسماء تجارية أو مواقع إلكترونية مملوكة للغير، لكن قد يكون محتوى الرسالة مشروعاً كأن يتم الإعلان عبر البريد الإلكتروني لمنتوج ما (وسلعة أو خدمة) مملوك فعلاً للمورد (صاحب الإعلان) موجه لجمهور المستهلكين، وأنّ المنتج مطابق لكل المعايير القانونية وطنية ودولية، فلا يصح حينها القول بعدم مشروعية محتوى الرسالة الإعلانية بل يعد مجرد إرسالها - الرسالة - لعدد كبير من المستهلكين عبر بريدهم الإلكتروني دون علمهم أو أخذ موافقتهم المسبقة أمراً غير مشروع .

وبالتالي فعدم المشروعية يكمن في إزعاج المستهلك سواء كان محتوى الرسالة مشروعاً أو غير مشروع، كما تجب الإشارة إلى أنّ التطور التكنولوجي قد أدى إلى ظهور تطبيقات إلكترونية جديدة، كالفيسبوك وما يحتويه من منتديات المناقشة (الدرشة) الفايبر، التويتير وغيرها، وبذلك لا بد من أن يواكب مفهوم الإعلان غير المرغوب فيه هذا التطور، أي لن يقتصر الإزعاج على البريد الإلكتروني فقط بل يشمل كذلك التطبيقات السابقة الذكر .

كما عرفت م 2 ف (هـ) (h) من التوجيه الأوروبي رقم 58 الصادر سنة 2002 والمتعلق بمعالجة البيانات الشخصية وحرمة الحياة الخاصة البريد الإلكتروني بأنه: "كل رسالة في شكل نص **Texte** أو صوت **Voix** أو صورة **Son** عن طريق شبكة الإتصالات العالمية والتي من الممكن أن تخزن عبر الشبكة مباشرة أو في نقطة تخزين خاصة بالمستهلك حتى يمكنه

¹ المرجع نفسه، ص. 88.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

استعادتها بعد ذلك" ،وهو ذات التعريف الذي أورده م 11 من القانون الفرنسي الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي رقم 575-2004 الصادر في 21 جوان 2004¹.

كما عرّف الإشهار غير المرغوب فيه بأنه : "إرسال نسخ مكررة لعدد كبير من نفس الرسالة عبر النظام التراسلي للبريد الإلكتروني بما يترتب عليه عدم انتظام سير النظام التقني المعلوماتي"².

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نصّ ولم يعرف الإعلانات المزعجة بموجب م 31 إلى 33 من ق 05-18 السابق الذكر ،حيث إعتبر أنّ الاستبيانات المباشرة التي تعتمد على إرسال الرسائل عبر الإتصالات الإلكترونية باستعمال معلومات شخص طبيعي دون موافقته المسبقة أمرا ممنوعا ،وهو ما نصت عليه م 31 ق.ت. إ بقولها : "يمنع الاستبيان المباشر اعتمادا على إرسال الرسائل عن طريق الإتصالات الإلكترونية باستعمال معلومات شخص طبيعي ،بأي شكل من الأشكال ،لم يبد موافقته المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الإتصال الإلكتروني".

ومما سبق يمكن تعريف الإشهار التجاري الإلكتروني غير المرغوب فيه بأنه :قيام المعلن مهما كانت صفته من أجل الترويج لمنتجاته بإرسال وبصفة عشوائية كما هائلا من الرسائل عبر وسيط إلكتروني لأشخاص لا تجمعهم بالمرسل أية علاقة عقدية ،دون الحصول على رضائهم المسبق مهما كان محتوى الرسالة.

ثانيا :خصائص الإشهار التجاري غير المرغوب فيه :من خلال التعريفات السابقة يمكن استنتاج الخصائص التالية :

¹ بسام فنوش الجنيدي ،المرجع السابق ،ص.230. شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص.93.

² خالد ممدوح ابراهيم ،أمن المستندات الإلكترونية ،الدار الجامعية ،مصر ،2008 ،ص 158.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

1 /رسائل توجه لعدد كبير من المستهلكين عشوائيا وبصفة متكررة :حيث يتم إرسالها من طرف المعلنين إلى أكبر قدر ممكن من الزبائن دون تمييز بينهم ،عبر بريدهم الإلكتروني¹ مثلما نصت عليه اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحرية ،حيث يتم اختيار البريد الإلكتروني عشوائيا بطريقة غير منتظمة ،باستخدام برامج معدة لتتولى عملية الإرسال المتكرر للإعلانات المزعجة بصورة آلية مما قد يؤدي إلى تضخيم عمل البريد الإلكتروني للمتلقي وعدم قدرته على التحكم فيه بإغلاقه أو بفتحه² .

كما يمكن استعمال أي وسيلة من وسائل الإتصالات الإلكترونية فلا يقتصر الأمر على البريد الإلكتروني فقط وهو ما احتوته م . 31 ق.ت.إ 18-05 السابق الذكر .

وتختلف طرق جميع عناوين البريد الإلكتروني للمرسل إليهم فيمكن شراء قواعد بيانات كاملة تتضمن الملايين من العناوين الإلكترونية من الشركات المتخصصة في إنشاء مثل هذه القواعد ،حيث يستخدم المعلنون قوائم الأسماء الموجودة في هذه القواعد لإرسال رسائلهم وتمتاز هذه الطريقة بسهولةها وقلة مقابل الشراء ،إذ يمكن شراء ملايين الأسماء بعشرات الدولارات فقط³ .

¹ يعد البريد الإلكتروني من البيانات الشخصية للفرد ،ويعتبر بوابة للحصول على معلومات مهمة عن صاحبه ،يتألف من جزئين يفصلهما الرمز " @ " ويطلق عليه بالعربية " آت " فالجزء الذي يقع على يسار هذا الرمز يدل على اسم المستخدم أو صاحب البريد الإلكتروني ،وهو الشق الذي يميز صاحب البريد عن بقية الأشخاص ،فيما يدل الجزء الواقع على يمين " @ " إلى مقدم الخدمة فمثلا يشير الرمز " com " إلى النشاط الخاص بالشركات التجارية ،في حين يدل الرمز " edu " إلى المعاهد ،الجامعات ،والمؤسسات العلمية ،أما الرمز " gov " فيدل على الهيئات الحكومية ،وأما الرمز " org " فيدل على المنظمات الدولية ،و قد يحتوي العنوان الإلكتروني على رمز الدولة التي ينتمي إليها صاحب العنوان بحيث يدل الرمز " sy " على سوريا ،والرمز " lb " على لبنان ،أما الرمز " eg " فعلى مصر ،في حين يرمز " Fr " إلى فرنسا و " ir " إلى العراق . بسام فنوش الجنيدي ،المرجع السابق ،ص.236-237 .

" dz " يرمز للجزائر ،حيث ألزم المشرع الجزائري بموجب م 08 من ق.ت.إ. المورد الإلكتروني بضرورة نشر موقع أو صفحة إلكترونية على الإنترنت مستضاف في الجزائر بامتداد " com.dz " .

² بسام فنوش الجنيدي ،المرجع السابق ،ص.231 .

³ محمد شريف غنام ،المرجع السابق ،ص.100-101 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

يتم جمع العناوين من خلال الدخول إلى الساحات العامة للإنترنت ،كمنتديات النقاش القوائم البريدية والأدلة ،وصفحات الواب¹ كما يمكن استخدام تقنية الكوكيز " cookies " من أجل الإحتفاظ بمعلومات رواد المواقع التجارية الإلكترونية.

كما يمكن للمعلن أن يلجأ إلى نظام القاموس المهاجم ،حيث أطلق على هذا النظام هذه التسمية على أساس أنّ المعلنين يعتمدون على طريقة وضع الكلمات في القاموس بالترتيب الأبجدي للحرف ،وداخل كل حرف يوجد ترتيب أبجدي آخر ليحصلوا على الملايين من الأسماء التي يتم استعمالها بعد ذلك في ال Spam وتتم هذه الطريقة بشكل آلي عبر جهاز الكمبيوتر بالاستعانة بالبرامج المخصصة لهذا الغرض² .

2 /رسائل توجه دون طلب من المستهلك : إن توجيه المعلن للرسائل الإعلانية عبر وسائل الإتصال الإلكترونية لجمهور المستهلكين يتم دون رضاهم أي دون طلب منهم ،ودون أخذ موافقتهم المسبقة بشأن إرسال أو استلام تلك الرسائل بدليل تفاجئ المستهلك عند فتحه لبريده الإلكتروني بعدد هائل من الرسائل التي لم يسبق له وأن طلبها ،أو علم بوجودها لإبداء رغبته أو رفضه لها³.

وتجب الإشارة إلى أن طلب المستهلك الحصول على أي معلومة وتمّ الرد عليه من طرف المعلن لا يعد من قبيل الإعلان المزعج ،وغالبا ما تصادفنا هذه الحالة في المتجر الإلكتروني على صفحة الفايسبوك فبمجرد أن تقوم بإرسال طلب استفسار فإنّ تلقي أي رد من المعلن لا يشكل إعلانا مزعجا .

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص .211.

² محمد شريف غنام ،المرجع السابق ،ص .102.

³ بسام فنوش الجنيدي ،المرجع السابق ،ص .211.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

3 /انعدام وجود تعامل مسبق بين المرسل والمستهلك :ينعدم في غالب الأحيان وجود صلة بين المعلن والمستهلك ،لأنّ المعلنين يقومون بالتجميع العشوائي للبريد الإلكتروني المراد إرسال الرسالة الإعلانية إليه دون سبق معرفتهم للمرسل إليه ،لكن هذا لا يمنع من احتمالية وجود تعامل مسبق بين الطرفين ، لأن كثرة التعامل والإرسال العشوائي والمتكرر يؤدي إلى احتمالية ارسال كم هائل من الرسائل الإعلانية المختلفة المحتوى لنفس المستهلك¹.

4 /رسائل غير مرغوب فيها :تعتبر خاصية الإزعاج أهمّ ميزة في رسائل spam ،لأنّ هذه الرسائل غير مرغوب فيها من طرف المستهلك كونها تشكل مصدر إزعاج له ،ويكمن مصدر الإزعاج فإن هذا النوع من الرسائل (spam) يصل بكم هائل للمستهلك دون أن يطلبه أو يوافق على إرسالها إليه ،ويصعب عليه حذفها لكثرتها وقد يكون لها تأثير عكسي².

فالتوجيه الأوروبي الصادر في 12 جويلية 2002 الخاص بالتعامل في البيانات الشخصية وحرمة الحياة الخاصة وصف بموجب م 13 ف 1 منه الإعلان غير المرغوب فيه "spam" بصفة واحدة ،وهي صفة عدم القبول أو عدم الرغبة في تلقي هذا البريد³.

و قد سائر المشرع التوجيه الأوروبي الصادر في 12 جويلية 2002 بأخذه بصفة عدم القبول أو عدم الرغبة وذلك بموجب م 31 ق.ت.إ 18-05 السابق الذكر بنصها :**"يمنع الاستبيان المباشر اعتمادا على إرسال الرسائل عن طريق الإتصالات الإلكترونية ...لم يبدي موافقته المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الإتصال الإلكتروني"**.

¹ المرجع نفسه ،ص .232.

² كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص .212. شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص .90-91.

³ بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص .232-233.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

كما نص بموجب م¹³² من نفس القانون المذكور أعلاه على إلزام المورد بوضع منظومة إلكترونية تسمح للمستهلك بالتعبير عن رغبته بعدم تلقي أي إعلان من المعلن ويكون إبداء رغبته مجاناً دون أي مصاريف ودون تبرير ،كما ألزمه بموجب الفقرة الثانية بضرورة تسليم وصل استلام عن طريق الإتصالات الإلكترونية يؤكد فيه للمستهلك بأنه قد تمّ تسجيل طلبه بعدم الحصول على أيّ إعلان دون رغبته أو دون موافقته المسبقة ،وحسن ما فعل المشرع حينما ربط هذا الإلتزام بسرعة التنفيذ ،حيث منح المورد الإلكتروني مهلة يوم واحد لإتخاذ كل التدابير الضرورية التي تمكن من تلبية رغبة المستهلك .

ويقع عبئ الإثبات في حال وجود أي منازعة بصدد إرسال إعلان غير مرغوب فيه على عاتق المورد الإلكتروني ،حيث ألزمه المشرع بموجب م²³³ من ق.ت.إ 18-05 السابق الذكر ضرورة إثبات أن إرسال الإعلانات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرّة للمستهلك .

5/ أنّ تهدف رسائل spam إلى الترويج للمنتجات : إنّ لرسائل الـ spam أهداف متعددة لكنها تقتصر في ميدان الإعلان الإلكتروني على الترويج للسلع والخدمات محل العقد المراد إبرامه ،وبالتالي تحقيق هدف تجاري عن طريق تحفيز المستهلك على زيارة المواقع الإلكترونية المعلن عنها بهدف إلقاء نظرة على المنتجات المعروضة من أجل التعاقد حولها³.

¹ م. 32 ق.ت.إ 18-05 : " يجب على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الإتصالات الإلكترونية ،دون مصاريف أو مبررات وفي هذه الحالة يلزم المورد الإلكتروني بما يأتي :

- تسليم وصل استلام عن طريق الإتصالات الإلكترونية يؤكد من خلاله للشخص المعني تسجيل طلبه .
- اتخاذ التدابير اللازمة لتلبية رغبته في غضون 24 سا ."

² م 33 : " في حالة نزاع ،ينبغي للمورد الإلكتروني أن يثبت أن إرسال الإشهارات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرّة ،وأن شروط المادة 30 أعلاه قد تم استفاؤها ."

³ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 212.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الفرع الثاني: مزايا وعيوب إعلانات Spamming :

رغم مخاطر spam إلا أنّ لها جملة من المزايا يستفيد منه المعلن ،أمّا بالنسبة للمستهلك فتشكل مضارا ومخاطرا.

أولا: مزايا إعلانات spam : لعل أهمّ ميزة فيها هي قلة تكلفة الإعلانات ،لأنّ تكلفة إرسال رسالة واحدة بالبريد العادي تساوي تكلفة إرسال الآلاف من الرسائل عبر البريد الإلكتروني ،ومهما زاد عدد الرسائل تبقى التكلفة ثابتة لا تتغير،إذا ما قورنت بغيرها من الوسائل التقليدية ،ومن جهة أخرى تضمن سرعة وصولها للمستهلك التي تفوق بكثير سرعة وصول الإعلانات بأيّ طريق آخر ،بحيث يمكن أن تصل الرسالة إلى الملايين من الأشخاص في مختلف أنحاء العالم وفي نفس التوقيت ،فبعد المسافة لا يؤثر على سرعة وصول الرسالة ،حيث تصل إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالمستهلك في ظرف ثوان من إرسالها،كما أنّها تحتوي في غالب الأحيان على وسائل جذب قوية للمستهلك تحثه على فتح الرسالة والإطلاع على محتوى الإعلان ،كاستعمال الصور الملونة ومقاطع الفيديو وغيرها¹.

ويمكن للمستهلك من خلال تلك الإعلانات أن يتعرف على المنتجات المعلن عنها بالإضافة إلى التعرف على المواقع الجديدة التي تعرض السلع والخدمات ،وهو ما يحقق للمعلنين زيادة عدد الزبائن حتى ولو لم يقدّم هؤلاء بالتعاقد مع المعلنين فمجرد التعرف على المواقع والمنتجات يعد ميزة في حد ذاتها².

ثانيا: عيوب الإعلانات المزعجة spam : وإن كان للإعلان غير المرغوب فيه بعض المزايا ،إلا أنه يحتوي على مخاطر تمس بأمن وسلامة المستهلك ،وهو ما يؤكد وجود طرفين في

¹ شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص. 95.

² كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص. 213.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

إعلانات spam أحدهما قوي وهو المعلن ،والثاني ضعيف وهو المستهلك بحيث يسمح للطرف القوي بأن يستغل الطرف الضعيف ويعتدي على حقه في الخصوصية¹.

إن للإعلانات غير المرغوب فيها آثار سلبية لا تقتصر فقط على إزعاج المستهلك ،بل أضحت تهدد حقه في الخصوصية ،بالإضافة إلى اعتبارها وسيلة لإلحاق أضرار مادية عديدة بالمستهلك ،بحيث تحمله جهود ذهنية ومصاريف إضافية في مقابل الوقت الضائع لقراءة الإعلانات ومحاولة حذفها ،من خلال إطالة ساعات الإتصال بشبكة الأنترنت دون فائدة ،لأنه سينهمك في تصفية بريده الإلكتروني فقط². (وهو أمر شاق ومقلق) .

ومن جهة أخرى تؤدي تلك الإعلانات إلى التزاحم في بريده الإلكتروني مما يعيق حركة هذا البريد ويمنعه من تلقي المزيد ،أو على الأقل يضعف من مساحته التخزينية ،مما قد يؤدي إلى عرقلة عمل البريد الإلكتروني بصفة كلية ،أو عدم إمكانية وصول رسائل جديدة إليه ،فغالبية موردي خدمة البريد الإلكتروني المجاني يحددون مساحة تخزينية محددة للمستخدم أي يمنح حجم معين يسمح له فيه بتخزين رسائله ،فامتلاء البريد الإلكتروني بالرسائل المزعجة قد يؤدي إلى الإزالة الآلية لرسائل قد تكون مهمة بالنسبة للمستهلك ،وقد تشكل رسائل spam خطورة كبيرة على المتلقي (المستهلك) خاصة إذا كانت تتضمن برامج فيروسية والتي تؤدي بمجرد فتحها إلى تعطيل جهاز المتلقي بأكمله ،لما تحتويه من قدرة على التدمير والتخريب كالإتلاف ،التعديل ،النسخ و الحذف³.

كما قد يفضي إرسال الإعلانات التجارية غير المرغوب فيها "المزعجة" إلى تعرض بعض المستخدمين إلى خسارة مالية بسبب العروض الزائفة التي يتلقونها ،من خلال تلك الإعلانات خاصة وأنّ محترفي النصب الإلكتروني يتمتعون بقدر عال من الذكاء مما يسمح لهم بخداع

¹ شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص . 94 .

² يوسف غانم عودة المنصوري ،المرجع السابق ،ص .186.

³ المرجع نفسه ،ص .186-187.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وتضليل المستهلك بجعل إعلاناتهم تظهر وكأنها مشروعة ؛كتلك الإعلانات التي تغري المستهلك بأنها تحقق له نتائج معينة كالإعلان عن أقراص أو لصق أو دهان أو منتج يؤدي إلى إنقاص الوزن دون الإلتزام بنظام غذائي أو ممارسة الرياضة ،أو الرسائل الإعلانية التي تدعي " أن منتجا ما هو (العلاج المعجزة) ،أو (طفرة علمية) ،أو (علاج من العصور القديمة) ،أو (علاج سريع لمجموعة متنوعة من العلل والأمراض) ،أو الرسائل الخاصة بمسابقات اليناصيب المزيفة¹.

إمكانية تضمين الإعلانات التي تتم بواسطة البريد الإلكتروني برامج بغرض التجسس بحيث تسمح بالإطلاع على المعلومات الشخصية للمستهلك ،والتي لا يسمح لغيره بالإطلاع عليها ،ومن بين برامج التجسس لجوء المعلن إلى برنامج الكوكيز " Cookies " ،وهي كما سبق ذكره تقنية تسمح باصطياد وتتبع البيانات الشخصية والإسمية للمرسل إليه ،ويسمح أيضا بإمكانية الإنتقال والتخزين على القرص الصلب لجهاز المتلقي بمجرد فتح الرسالة الإعلانية التي تتضمنه ؛كما يمكن أن تتم عملية جمع المعلومات الشخصية للمستخدم عن طريق الوصول إلى عنوان بروتوكول الإنترنت الخاص بجهازه الشخصي " IP Address " والإطلاع على كل المعلومات المخزنة به ،وتسمح تقنية الكوكيز بمعرفة عادات المستخدم وهواياته وآرائه واتجاهاته في التسوق من خلال تتبع المواقع التي اعتاد المستهلك زيارتها والمدة التي استغرقها في الإطلاع ،كما يمكنه حتى الوصول إلى اسم المستخدم الحقيقي من خلال اللجوء لبعض البرمجيات الخاصة بلغة " Java " أو جافا سكريبت " java script " حيث تسمح بالتعمق أكثر داخل الأجهزة والحصول على معلومات شخصية عن أصحابها².

يمكن أن تكون الإعلانات المزعجة مصدرا لانتحال البعض عنوان شخص معين بقصد تضليل المستهلك ؛فإذا كان بالإمكان الكشف عن صاحب الرسالة في ظل البريد العادي نظرا

¹ بسام فنوش الجنيدي ،المرجع السابق ،ص .235.

² يوسف عودة غانم المنصوري ،المرجع السابق ،ص .191.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

لسهولة الإجراءات التي تتطلب ضرورة احتواء الرسالة على جملة من البيانات منها اسم صاحب الرسالة ،عنوانه ،توقيعه بالإضافة إلى ختم الدولة عليه ؛فإن الأمر صعب بالنسبة للبريد الإلكتروني لعدم وجود آلية تضمن تصديق المرسل مما يؤدي إلى امكانية إرسال الرسائل بأي عنوان ،بالتلاعب بالرسالة ،أو بإختراق البريد الإلكتروني لبعض الأشخاص وإرسال الرسائل بواسطة البريد الذي تم اختراقه إلى البريد المراد وصول الرسالة إليه ؛وهو ما تم استعماله في إطار إعلانات spam من خلال قيام المعلن باختيار عناوين معروفة بحيث يخدع بها المتلقي ليظن أنها مرسله من قبل أحد الأصدقاء أو من مصادر موثوقة لإيهامه بجديّة الرسالة لفتحها والإطلاع عليها¹. وقد تكون رسائل spam وسيلة للترويج لإعلانات مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

ويلخص موقع التجمع الفرنسي لمواجهة الـ spam بطريقة واضحة مضارها بقوله : "أنّه يؤدي إلى فقد أو صعوبة حركة مواتير البحث والخدم في كل أنحاء العالم ،وأنّه يهدر الوقت في التخلص منه ،وأنّه لا يحترم العادات والتقاليد المتعلقة باستخدامات الإنترنت ،وأنّ فاعليه لا يحترمون الحياة الخاصة ،لأنّهم يصلون إلى البريد الإلكتروني الخاص للأشخاص دون علمهم ورضاهم ،وتكلفته يتحملها من يتسلم الرسائل البريدية لا العكس ،كما أنّه في غالبية الوقت موضوعه غير مشروع أو منافي للآداب العامة ،وأنّه في النهاية مخالف لكل القوانين الفرنسية"².

وتجب الإشارة أنّ ما قيل على الإعلانات الإلكترونية المزعجة التي تتم بواسطة البريد الإلكتروني يطبق كذلك على منتديات المناقشة وعلى الرسائل الخاصة على صفحات الفايبيوك.

¹ يوسف عودة غانم المنصوري ،المرجع السابق ،ص 194-195.

² شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص 96.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

من خلال ما سبق يمكن القول أن إعلانات spam تشكل خطورة كبيرة على أمن المستهلك لما فيها من إعتداء على حرمة حياته الخاصة ،مما يقلل من ثقته في التسوق عبر شبكة الإنترنت ،وهو ما قد ينعكس سلبا على اقتصاد الدول .

الفصل الثاني: ضمانات حماية المستهلك من مخاطر الإشهار التجاري الإلكتروني .

إن الإنترنت عالم مغري أوجدته التطورات الإقتصادية والتكنولوجية ،التي فرضت ضرورة تغيير وسائل إبرام العقود من تقليدية إلى معاملات إلكترونية تتسم بسرعة الإنعقاد مما حتم ضرورة مواكبتها .

ورغم المخاوف التي تعتري المستهلك نظرا لجهله وإفتقاره للخبرة الفنية والموضوعية اللازمة ،وعدم تمكنه من فحص المبيع ،إلا أنّ تأثير التكنولوجيا عليه واضح ،من خلال زيادة الإقبال على التعاقد عن بعد ،وهو ما انعكس إيجابا على اقتصاديات الدول فتحررت التجارة وانفتحت الأسواق لتصبح عبارة عن سوق واحدة لا تفرقها المسافات ولا الحدود تغزوها الآلاف من الإشهارات .التي تمّ التطرق إليها بشيء من التفصيل ،من خلال تعريفها وتميزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة وتحديد طبيعتها القانونية ،ثم معالجة الإعلانات التجارية المحظورة وهيّ الإعلانات التي يجب على المشرع مواجهتها لتوفير حماية فعالة للمستهلك من المخاطر التي قد تصيبه ،وتتمثل في الصور التقليدية للإعلانات غير المشروعة ،سواء بالكذب أو التضليل ،أو بالمقارنة والتي قد تضلل المستهلك وتمس بإرادته الحرة .

بالإضافة إلى نوع جديد - بالنسبة للقانون الجزائري - نص عليه المشرع بصفة صريحة وحظره بموجب أحكام ق.ت.إ. 18-05 السابق الذكر ،ويتعلق الأمر بحظر الإعلانات المزعجة أو كما يطلق عليها بإعلانات البريد الإلكتروني غير المرغوب فيها spam .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ولا يكف مجرد التطرق إليها بل لابد من الوقوف على أوجه الحماية المدنية التي كرسها المشرع لضمان أمن وسلامة المستهلك في البيئة الإلكترونية ، خاصة وأنه يعتبر الطرف الضعيف في مواجهة المورد الإلكتروني ؛ إذ تشمل أوجه الحماية المدنية الحماية القبلية (قبل وجود أي نزاع) وتتمثل فضلا عن مجموعة القواعد الواجب مراعاتها لتفادي أي إعلان غير مشروع قد يضر بالمستهلك لاحقا ، وهي نفسها الشروط الواجب مراعاتها في الإعلانات والتي سبق ذكرها. لذا سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : ضمانة الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني .

المبحث الثاني : الجزاءات المدنية المقررة لمواجهة الإشهار التجاري الإلكتروني غير المشروع.

الباب الأول : حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المبحث الأول : ضمانات الإلتزام قبل التعاقد الإلكتروني .

إنّ تعامل المستهلك عبر الوسائط الإلكترونية أعطاه بعض الخصوصية عن المستهلك المتعاقد بطريقة تقليدية ، أين أصبح الحق في العلم بالمنتج ومواصفاته من أهمّ الحقوق التي لا بد أن يتمتع بها كل مستهلك ، ومن حقه أيضا معرفة شروط العقد وكيفية إبرامه ، وكل ما يتعلق بالجوانب الفنية لمحل العقد ؛ ونظرا للضغوطات والإغراءات التي يعيشها المستهلك نتيجة الإعلانات غير المشروعة من جهة وتعدر التخلّص من الحملات الدعائية والإعلانية المكثفة ومقاومتها من جهة أخرى ، فضلا على ذلك يصعب عليه في غياب الإعلام إتخاذ قراره السليم بالتعاقد من عدمه ، فقد ألزمت مختلف التشريعات الموردين بضرورة إعلام المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بمحل العقد ، وكيفية إبرامه وتنفيذه ، فيحقق بذلك الإلتزام بالإعلام مصلحة الطرفين¹ . وهو وجه من أوجه الحماية المقررة للمستهلك من الأضرار التي تلحقه نتيجة الإعلانات غير المشروعة .

إنّ التعاقد عن بعد لا يسمح للمستهلك من معاينة المنتج وفحصه ، بل يكفي بمشاهدته وبالمعلومات المقدمة إليه عبر المواقع الإلكترونية ، هذا ما دفع بالتشريعات إلى تحديد التنظيم القانوني للإلتزام بالإعلام ، من حيث مفهومه ، شروطه ، حدوده ، وضوابطه ، فيلتزم بموجبها المورد بأن يعلم المستهلك بكل ما يجمله قبل التعاقد لذا يلعب هذا الإلتزام دورا مهما إذ يبعث الثقة والطمأنينة في نفسية المستهلك مما يسمح له بالإقبال على التعاقد عبر الإنترنت ، فيعد الإلتزام بالإعلام الإلكتروني بمثابة تنسيق بين المتعاقدين² . كما تقوم مسؤولية المورد عن الإخلال به ، مما يتوجب تطبيق الجزاءات القانونية عليه .

¹ خالد مصطفى فهمي ، الإلتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك ، دار الفكر الجامعي ، مصر 2019 ، ص 6.

² المرجع نفسه ، ص 8-9.

الباب الأول : حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : التنظيم القانوني للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني .

المطلب الثاني : جزاء الإخلال بالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المطلب الأول: التنظيم القانوني للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني .

يعتبر الإلتزام بالإعلام من بين أهمّ الضمانات القانونية المقررة لحماية المستهلك ليتعاقد على علم ودراية تامة بالمنتج، فيبرم العقد بإرادة حرة ومستتيرة، كما يعتبر ضمانة فعالة للحد من الإعلانات غير المشروعة باعتباره إلتزاماً قائماً على تبصير المستهلك بالمعلومات الأساسية عن المنتجات محل العقد المراد إبرامه .

وإذا كان الإلتزام بالإعلام مفروضاً في إطار العقود التقليدية، فإنّ أهميته وأساس وجوده يتضحان في العقود الإلكترونية، التي يتعاقد فيها المستهلك حول منتجات لا يراها إلا خلف شاشة الكومبيوتر، وهو ما يعزز فكرة أن الإلتزام بالإعلام في العقود التي تبرم عن بعد يجد أساسه في المرحلة السابقة عن التعاقد .

وعليه فإن بيان التنظيم القانوني للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني يستوجب التطرق إلى مفهومه، ثم تحديد مضمونه، وبذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: مفهوم الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني .

الفرع الثاني: مضمون (محل) الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني .

الفرع الأول: مفهوم الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني.

لتحديد المقصود بالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني لابد من التطرق إلى بعض التعريفات التشريعية والفقهية، والتي خصته بجملة من الخصائص وميزته عن بعض المفاهيم المشابهة له (أولاً)، والتي سيتم الإستناد إليها في محاولة تحديد طبيعته القانونية (ثانياً).

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أولاً: تعريف الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له
لمصطلح الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام عدة تسميات ،كالإلتزام بالتبصير ،الإلتزام بالإفشاء
أو الإلتزام بالإخبار ،ويتشابه مع مصطلحات أخرى لذلك سيتم التطرق في نقطة أولى إلى
تعريف الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام، ثم تمييزه عن المصطلحات المشابهة له في نقطة ثانية .

1 /تعريف الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني : سيتم التطرق إلى التعريف التشريعي
فالتعريف الفقهي ،وتجب الإشارة إلى عدم وجود إختلاف بين الإلتزام بالإعلام في صورته
التقليدية أو الإلكترونية ،ماعدا الوسيلة المستخدمة والتي تضي عليه بعض الخصوصية .

أ /التعريف التشريعي للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني : نصّ المشرع الجزائري على
الإلتزام بالإعلام بموجب م 17 و 18 الفصل الخامس من ق.ح.م.ق.غ رقم 09-03 ولم
يعرفه ،كما لم يميز بين الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام والإلتزام التعاقدى - قبل أو بعد التعاقد
- حيث نصت م 17 ف1 من ق.ح.م.ق.غ. على ما يلي :**"يجب على كل متدخل أن يعلم
المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم أو
العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة ..."**

وتطبيقاً لأحكام ف2 م 17 من ق.ح.م.ق.غ أصدر المشرع م-التنفيذي رقم 13-378
الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ،حيث نص بموجب م 2 منه على
حق المستهلك في الإعلام إذ يطبق المرسوم على كل السلع والخدمات الموجهة للإستهلاك
مهما كان منشأها أو مصدرها .

وعرّف الإلتزام بالإعلام سواء التقليدي أو الإلكتروني بموجب م 3 ب 15 من المرسوم
نفسه بنصها :**" إعلام حول المنتوجات :كل معلومة متعلقة بالمنتج موجهة للمستهلك على**

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

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

وعرّف تقنية الإتصال عن بعد بموجب ب 22 م 03 بأنها : "كل وسيلة بدون الحضور الشخصي والمتزامن للمتدخل والمستهلك ،يمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين ."

في حين نصت م 04 من المرسوم نفسه على : "أن يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع العلامات أو الإعلان أو بأي وسيلة أخرى مناسبة عند وضع المنتج للإستهلاك ويجب أن يقدم الخصائص الأساسية للمنتج طبقاً لأحكام هذا المرسوم" ،ونص كذلك على الإلتزام بالإعلام بموجب م 04 من ق 04-02 السابق الذكر بنصها : "يتولى البائع وجوب إعلام الزبائن أيضا بأسعار وتعريفات السلع والخدمات ،وشروط البيع".

كما نص على الإلتزام بالإعلام بموجب م-ت رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية¹ حيث نصت م 04 منه على ما يلي : "يتعين على العون الإقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/ أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه".

فضلا عن نص م 11 من ق.ت.إ 18-05 بنصها: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ويجب أن يتضمن على الأقل ،ولكن ليس على سبيل الحصر،المعلومات الآتية ...".

¹ المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ،الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ،ج.ر.ع 56 ،مؤرخة في 11 سبتمبر 2006 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ما يمكن ملاحظته أن المادة تضمنت جملة المعلومات أو البيانات التي يجب على المورد الإلكتروني إعلام المستهلك بها قبل إبرام العقد، وذلك بتضمينها في العرض التجاري.

ب /التعريف الفقهي للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني :ساهم الفقه بشكل كبير في تكريس تعريف للإلتزام بالإعلام ،حيث عرّفه البعض بأنّه :«الإلتزام قانوني يقع على عائق المدين به لتزويد المتعاقد الآخر بكل المعلومات المتعلقة بمحل العقد و الكفيلة بتنوير رضائه و تسهيل تنفيذ العقد»¹.

وعرّفه بأنّه :«الإلتزام قانوني يقع على عائق مقدم السلع والخدمات والذي يفرض عليه تقديم جميع البيانات والمعلومات اللازمة التي تهم الطرف الآخر أوالمستهلك»².

وعرّفه د/ نزيه محمد الصادق المهدي ،بأنّه :«الإلتزام سابق على التعاقد يتعلق بالإلتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد ،البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد ،وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله ،أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهم أن يلم ببيانات معينة ،أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر،الذي يلتزم بناء على جميع هذه الإعتبارات بالإلتزام بالإدلاء بالبيانات»³ .

وعرفته د/كوثر سعيد عدنان خالد بأنّه :«الإلتزام يقع على عائق التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة بمقتضاه يخبر المستهلك بشخصه وبياناته التجارية وكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي

¹ قرواش رضوان ،المرجع السابق ،ص .256.

² المرجع نفسه ،ص .256.

³ موفق حمادة عبد ،المرجع السابق ،ص .92-93. عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص .189.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

بناء عليها يتخذ المستهلك قراره بالإقدام على التعاقد أو عدم التعاقد بناء على إرادة حرة مستنيرة¹.

وعرّفه البعض الآخر، بأنه: "الإلتزام سابق على التعاقد يتعلق بالإلتزام أحد المتعاقدين بأنّ يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل ومستنير وعلم بكافة تفاصيل هذا العقد، وكافة الظروف والمعلومات المحيطة بالمنتج وذلك لعدم إمكانية طرف من الأطراف الإلمام بتلك البيانات والتي من الواجب معرفتها لإعطاء للطرف الآخر ثقة بالتعاقد"، والإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني، هو: "الإلتزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة"².

ويعرّفه د/ خالد مصطفى فهمي، بأنه: "الإلتزام قانوني أو إتفاقي يقع على المنتج أو المورد أو المهني في التعاقدات التي تتم عن بعد بتمكين المستهلك من التعرف على كافة البيانات والمعلومات الخاصة بالسلعة أو الخدمة محور التعاقد الذي سوف يبزمه على النحو الذي يمكنه من إتمام التعاقد، وبعد التعاقد، وكذا كافة الضوابط الخاصة بحقه في الرجوع عن التعاقد في كافة مراحل العقد"³.

وهو تعريف مقبول إلاّ أنه لا يمكن إعتبار الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني إلتزاماً إتفاقياً وذلك لأهمية هذا الإلتزام وتجنب خداع المستهلك، فضلاً على ضرورة إعتبار أيّ مساس بهذا الإلتزام سواء بالإعفاء منه، أو بالإنقاص فيه شرطاً تعسفياً .

¹ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 280.

² خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص. 24-25.

³ المرجع نفسه، ص. 26.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ومنه يمكن تعريف الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني بأنه: إلتزام قانوني عام سابق على التعاقد يلتزم بموجبه المورد الإلكتروني بأن يخبر أو يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة به - المورد - وبكافة البيانات والشروط الجوهرية للمنتجات - سلع أو خدمات - محل العقد الإلكتروني المراد إبرامه، والتي بناء عليها يتخذ المستهلك قراره بالتعاقد من عدمه بإرادة حرة مستنيرة.

يتضح من التعريفات السابقة أن الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني يقوم على شرطين أساسيين، أمّا الشرط الأول فهو علم المدين (المورد الإلكتروني) بالمعلومات والبيانات محل العقد المراد إبرامه، وأمّا الشرط الثاني فهو جهل الدائن (المستهلك) للمعلومات الأساسية، والتي بناء عليها يتخذ قراره بالتعاقد من عدمه، فإن انتفى الشرط الأول: أعتبر المدين مخلاً بإلتزامه بالإعلام، أمّا في حالة انتفاء الشرط الثاني فلا يكون المستهلك بحاجة إلى إعلامه بتلك المعلومات لإنتفاء الشرط، وهو جهله بها فما دام على علم بها فلا حاجة للإعلام، ومع ذلك لا يمكن للمدين أن يثبت علم الدائن بالمعلومات لينفي قيام مسؤوليته جراء إخلاله بإلتزامه بالإعلام باعتباره- الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام - إلتزاماً قانونياً عاماً مقرراً في جميع العقود دون تفرقة بين مستهلك وآخر، والذي يعتبر دائماً طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية .

2 / خصائص الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له
يتميز الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني بجملة من الخصائص، تميزه عن غيره من النظم المشابهة له، لذا سيتم التطرق إلى خصائصه، ثم تمييزه عن غيره من المصطلحات المشابهة له .

أ / خصائص الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني: من التعريفات السابقة يمكن القول أن الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني يتميز بعدة خصائص، فمن حيث النطاق يتميز

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

بالعمومية، ومن حيث الهدف يتميز بالوقائية، ومن حيث النشأة فإنه يتميز بالاستقلال سيتم تفصيلها فيما يلي¹ :

أ . 1 . **من حيث النطاق** : هو إلتزام يتصف بالعمومية باعتباره إلتزاما سابقا على جميع العقود فلا يقتصر على عقد معين، غير أنّ أهمية وجوده في بعض العقود تكون أكثر من بعضها الآخر كالعقود التي يكون محلها أشياء معقدة فنيا، أو ينطوي استعمالها على خطورة ما، لتحقيق الفائدة المرجوة منها، والحفاظ على أمن وسلامة المستهلك .

أ . 2 . **من حيث الهدف** : فهو إلتزام ذو طبيعة وقائية إذ أنّ الهدف من إنشائه أو تقريره هو حماية العقود في المستقبل من أي إنهيار أو بطلان، وهو ما يحقق الدور الوقائي لهذا الإلتزام، بدليل أن تنفيذ المدين لإلتزامه بالإعلام قبل التعاقد يؤدي إلى تنوير المستهلك وتبصيره بمحل العقد المراد إبرامه ليتعاقد بإرادة حرة مستنيرة، مما يجنبه الوقوع ضحية أي عيب من عيوب الإرادة وبالتالي تفادي المطالبة بإبطال العقد .

أ . 3 . **من حيث النشأة** : فهو إلتزام مستقل حيث أنّ تقرير القضاء الفرنسي لهذا الإلتزام كإلتزام مستقل هو الأمر الذي برّر ضرورة نشوئه ووجوده، وأنّ الهدف من تقريره هو مواجهة انعدام التوازن في العلم بين المتدخل والمستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد، وذلك في الحالات التي تعجز فيها النظريات التقليدية عن مواجهته .

إن ما يعزز فكرة استقلال الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام عن غيره من الإلتزامات الأخرى هو²:

- أن الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام يتميز عن نظرية عيوب الرضا في قيام المسؤولية لدى الإخلال بهذا الإلتزام رغم عدم وجود أي عيب من عيوب الرضا التي قد تصيب إرادة

¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 196-198.

² المرجع نفسه، ص 197-198.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الدائن - تقوم المسؤولية عن الإخلال به حتى ولو كانت إرادة الدائن سليمة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا - .

- يتميز عن نظرية الضمان في أنّ سبب وجوده غير مرتبط بحدوث أي شيء يوجب الضمان على عائق المدين .
- كما أنّه ليس تطبيقاً من تطبيقات الحماية المقررة للطرف المذعن في عقود الإذعان ،لأنّه لا يوجد أي نص من نصوص القانون المدني تقر بحماية الطرف المذعن في المرحلة السابقة على التعاقد .

ب / تمييز الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني عن المفاهيم المشابهة له :قد يختلط الأمر بين الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام وبعض المفاهيم المشابهة له ،كالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام والإلتزام التعاقد بالإعلام ،وبين الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام والإعلان التجاري أو الإشهار ،كما قد يختلط الأمر بين الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام والإلتزام بالتحذير أو بالإلتزام بتقدير المشورة الفنية.

ب . 1 . الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام والإلتزام التعاقد بالإعلام :يتجلى الإلتزام بالإعلام في صورتين¹ الأولى سابقة على التعاقد سميت بالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام باعتباره إلتزاماً منفصلاً عن العقد ،بحيث ينشأ في المرحلة السابقة على التعاقد ،يسمح للمستهلك بأن يقبل وبارادة حرة ومستتيرة إبرام العقد أو رفضه ،والثانية في مرحلة التعاقد ويطلق عليه الإلتزام التعاقد بالإعلام ،فالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام يختلف عن الإلتزام التعاقد بالإعلام والذي يسميه الفقه بالإلتزام التعاوني لأنه يشمل الإدلاء بالبيانات والمعلومات اللازمة لتنفيذ العقد ،كما يجنب المستهلك الأضرار الناجمة عنه. إنّ الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام هو إلتزام عام في شأن كل عقود الإستهلاك يهدف إلى تنوير المستهلك مما يجعل سلامة وصحة الرضا شرطاً

¹ قرواش رضوان ،المرجع السابق ،ص 260-261.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أساسيا لوجوده، بخلاف الإلتزام بالإدلاء بالبيانات أو المعلومات المتعلقة بالعقد فإنه ينشأ بمناسبة كل عقد على حدة وفي حدود ما يقتضيه ذلك العقد .

أنّ الإلتزام العقدي بالإعلام أقرب إلى الإلتزامات العقدية العادية إذ يجد أساسه ومصدره في العقد، لذا تم إعتبره مجرد إلتزام تبعي يسمح بحسن تنفيذ الإلتزامات القانونية الأصلية المتولدة عن العقد على خلاف الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الذي لا يعد إلتزاما عقديا بل إلتزاما مستقلا عن العقد يجد أساسه ومصدره في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية قبل التعاقد بوجه عام، وهو إلتزام يجب الوفاء به قبل تكوين العقد، وأنّ الإخلال به يؤدي إلى نشوء المسؤولية التقصيرية، أمّا الإخلال بالإلتزام العقدي بالإعلام فيؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية¹

وقد فصل المشرع الجزائري بموجب ق.ت.إ 18-05 السابق الذكر بين الإلتزام بالإعلام والإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الذي نصّ عليه بموجب م 11 منه على أن يسبق كل معاملة تجارية إلكترونية (عقد) عرضا تجاريا إلكترونيا، والذي لا بد أن يتوفر على البيانات المنصوص عليها بموجب م 11.

ب . 2 . الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالإعلان : لا بد من التمييز بين الإلتزام بالإعلان والإلتزام بالإعلام فالإلتزام بالإعلان هو ذلك النشاط الذي يؤدي إلى التأثير في عقيدة الجمهور إمّا إيجابا بحيث يجعله يؤمن بفكرة ما أو مذهب معين، أو سلبا بحيث يجعله ينصرف عن تلك الفكرة أو المذهب، أمّا الإلتزام بالإعلام فهو ذلك الإلتزام الذي يقوم بموجبه المورد بالإدلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه².

¹ قرواش رضوان، المرجع السابق، ص 261.

² المرجع نفسه، ص 260 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

إن الإلتزام بالإعلان يعد وسيلة ليتعرف المستهلك بموجبها على المنتجات الجديدة التي تغزو الأسواق ،كما يرشده إلى طريقة الإستعمال ويوضح له مزايا السلع المعروضة على غيرها من السلع أو الخدمات الأخرى ،لكن الإعلان قد يتجاوز هذا الهدف إلى خداع المستهلك وتضليله عن طريق الكذب¹ .

أما الإلتزام بالإعلام فيهدف إلى إحاطة المستهلك بكل المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه كطبيعة السلع وأسعارها ومميزاتها منشأها وتركيباتها، وصلاحيات المنتجات للإنتفاع السليم بها².

إن الإلتزام بالإعلان والإلتزام بالإعلام إلتزامين متداخلين مكملان لبعضهما البعض حيث يعتبر الإلتزام بالإعلان وسيلة من وسائل إعلام المستهلك بالسلع والخدمات المعروضة عليه ،هذه الوسيلة لا بد من أن تحتوي على بعض المعلومات والتي تشكل إلتزاما بالإعلام هذا الأخير يعتبر ضمانا فعالة لحماية المستهلك من أي تلاعب أو خداع .

ب . 3. الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام والإلتزام بتقديم المشورة الفنية : حاول الفقهاء الفرنسيون وضع نظرية عامة تحكم الإلتزام بتقديم المشورة الفنية باعتباره إلتزاما ناشئا عن العقد ؛محله قيام المتعاقد المحترف صاحب الخبرة الفنية أو القانونية - المستشار - بتقديم معلومات محددة في العقد ولازمة لقيام عملية يتفق عليها المتعاقدان مسبقا ،كالإلتزام المهندس المعماري بتقديم المعلومات الفنية والتكنولوجية طبقا لأصول الهندسة المعمارية وفتحها بوصفه محترفا في هذا المجال ،وكالإلتزام المحامي والمحاسب والطبيب وكل من له خبرة فنية بتقديم المشورة الفنية يتطلب وجود اتفاق يقرره ،ولا ينشأ إلا في مرحلة ما بعد إبرام العقد ،فهو إلتزام عقدي يكون

¹ عبيدي محمد ،"حق المستهلك في الإعلام ،يوم دراسي حول الوسم وإعلام المستهلك" ،الجزائر ،2007 ،ص .02.

² المرجع نفسه ،ص .02.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الوفاء به تنفيذاً لمحل إلتزام أصلي في العقد يتم بمقابل، بخلاف الإلتزام بالإعلام الذي يتم مجاناً¹.

إن الإخلال بالإلتزام بتقديم المشورة الفنية يترتب المسؤولية العقدية، أمّا الإخلال بالإلتزام بالإعلام فيترتب المسؤولية التقصيرية، وأنّ الهدف من الإلتزام بتقديم المشورة الفنية هو توجيه إرادة الدائن ومساعدته في إتخاذ قراره النهائي حول موضوع الإستشارة، أمّا الهدف من الإلتزام بالإعلام فهو تنوير إرادة المستهلك حول العقد المراد إبرامه².

ب . 4 . التمييز بين الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام والإلتزام بالتحذير: لقد نشأ الإلتزام بالتحذير كنتيجة حتمية للتطورات العلمية والتكنولوجية، التي أدت إلى تمييز بعض المنتجات بالخطورة سواء من حيث العناصر المكونة لها، أو من حيث طرق استخدامها، إذ يهدف إلى حماية أمن وسلامة المستهلك من مخاطر هذه المنتجات، والذي لا يتحقق إلاّ بإعلام المستهلك بمصادر هذه الخطورة، وأبعادها، وإحاطتهم علماً بكيفية تجنب وقوعها³.

إنّ تقرير مثل هذا الإلتزام يبعث الطمأنينة في نفسية المستهلك و يشجعه على التعاقد لذلك فإنّ تنفيذ هذا الإلتزام يتطلب درجة عناية خاصة، لا يكفي لتنفيذه بالقول أو الكتابة بل لابد من التأكيد على تنبيه المتعاقد معه بالخطورة الناشئة. وهو ما جعل بعض الفقه يعرفه بأنّه: "الإلتزام تبعي يقع على عاتق أحد الطرفين، بأن يحذر الطرف الآخر أو يثير انتباهه إلى ظروف أو معلومات معينة، بحيث يحيطه علماً بما يكتنف هذا العقد أو ما ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية"، يختلف عن الإلتزام بالتحذير في بعض النقاط سيتم إيجازها فيما يلي⁴:

¹ موفق حمادة عيد، المرجع السابق، ص. 113-114.

² المرجع نفسه، ص. 114.

³ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 219-221.

⁴ المرجع نفسه، ص. 221-223.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

- **من حيث النطاق:** إنّ الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام إلتزام عام في جميع العقود لا يتحدد نطاقه في مجال معين ،بحيث يشمل كل ما من شأنه التأثير في نفسية المستهلك لحمله على التعاقد ،بينما يقتصر نطاق الإلتزام بالتحذير في الإدلاء بالمعلومات التي تتعلق بمخاطر المنتجات ،من حيث حيازتها فقط أو من حيث استعمالها.
 - **من حيث الأساس:** يجد الإلتزام بالتحذير أساسه في فكرة ضمان السلامة ،أمّا الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام فيجد أساسه في نظرية صحة وسلامة الرضا ،يلتزم فيه المدين بالإدلاء بكافة المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه وظروفه ليتعاقد المستهلك بإرادة حرة مستتيرة .
 - **من حيث وقت الإلتزام:** يتم الوفاء بالإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد ،بخلاف الإلتزام بالتحذير حيث ذهب جانب من الفقه إلى اعتباره إلتزاما سابقا على التعاقد كإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام فيعد بذلك صورة من صورهِ ،لأنّ الإدلاء بهذه البيانات - مكنم الخطورة- من شأنه التأثير على رضا المستهلك حول التعاقد من عدمه ،في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتباره - الإلتزام بالتحذير- إلتزاما عقديا لأنّه إلتزام تابع ومكمل للإلتزام الأصلي إذ يكفي فيه بالإدلاء بنوع محدد من المعلومات التي تتعلق بخطورة الشيء محل العقد ،أمّا الرأي الراجح فيعتبره إلتزاما سابقا على التعاقد إذا تعلق مصدر الخطورة بالأخطار الناتجة عن طبيعة الشيء ،أو صفاته الأساسية ،وإلتزاما تبعا ومكملا للإلتزام الأصلي إذا كان مصدر الخطورة هو استعمال الشيء محل العقد.
- وعلى الرغم من القول بوجود اختلاف بين الإلتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام والإلتزام بالتحذير ،إلاّ أنّه يبقى جزءا من الإلتزام بالإعلام بصفة عامة ،والإختلاف يكون في وقت تنفيذه فحتى الإلتزام بالتحذير هو إلتزام بالإعلام خاص تفرضه المنتجات محل العقد بخلاف الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام فهو إلتزام عام موجود في كل العقود .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ثانيا :مبررات نشوء الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام الإلكتروني :يكتسي الإلتزام بالإعلام سواء كان عقديا أو سابقا عن التعاقد أهمية كبيرة بالنسبة للمستهلك ،لأنه يهدف إلى جعله على بيئة تامة بالعقد المراد إبرامه ،فيساهم في خلق نوع من التوازن العقدي بين الطرف القوي والطرف الضعيف مما يساعد في تحقيق نوع من المساواة في العلم بين المتعاقدين فضلا على اعتباره ضمانا فعالة لمواجهة مخاطر الإعلانات التجارية غير المشروعة والإحتيال ،وذلك من خلال المعلومات المقدمة بطريقة موضوعية عن المنتجات (سلع او خدمات) .ولاشك أن أهمية الإلتزام بالإعلام تزداد في إطار العقود المبرمة عن بعد التي يفتقر فيها المستهلك للخبرة الفنية والتقنية خصوصا أمام غزو التكنولوجيا لعالم التجارة .

وبذلك فمن بين أهم المبررات التي أدت إلى نشوء الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام ما يلي:

1 /تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين :يعتبر التفاوت وعدم المساواة في العلم بين المتعاقدين من أهم الأسس التي أدت إلى ضرورة تقرير الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام ،حيث يرجع التفاوت إلى التطورات العلمية والتكنولوجية التي غزت الأسواق بمنتجات ذات تقنيات عالية ،فأصبح من الصعب على المستهلك التعرف على مميزاتها والتفاصيل الخاصة بها.وهو ما دفع بالفقه والقضاء إلى البحث عن وسيلة لإعادة التوازن في العلم بين المتعاقدين في المرحلة السابقة على التعاقد ،وهي إحلال معيار رجل الحرفة أو الخبرة محل معيار الرجل العادي في تقرير إلتزام المهنيين أو الحرفيين في مواجهة المستهلك .فالمستهلك حين يقدم على إبرام العقد فإنه يفتقر إلى البيانات والمعلومات الأساسية التي تنوره وترشده إلى تحديد أوصاف محل العقد ،ومدى ملائمتها لرغباته المشروعة ومدى كفايتها لإشباع حاجاته ،لذلك فإن عدم المساواة في المعرفة بين طرفي العقد يبرر وجود الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام بالبيانات

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

والمعلومات التي يجهلها المستهلك ولا يمكن له الحصول عليها بوسائله الخاصة، إلا إذا قدمت له من طرف المحترف¹.

إن عدم المساواة في العلم بين المتعاقدين يتحقق بصفة كبيرة في عقود التجارة الإلكترونية أكثر من العقود التقليدية.

2 / إعادة التوازن إلى العقد: يلعب الإلتزام بالإعلام بالمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه دورا مهما في حماية رضا المستهلك، الذي يعتبر طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية بحكم جهله لتلك المعلومات، وهو ما جعل بعض الفقه ينظر إلى هذه الحماية على أنها تطبيق من تطبيقات الحماية المقررة للطرف المذعن في عقود الإذعان بحجة أنّ: "عدم التعادل في المراكز العقدية بين المحترفين والمستهلكين فضلا عن حاجة المستهلكين لهذه السلع والخدمات، والتي تجعلهم يقدمون على الشراء مذعنين لإبرام العقد دون الإستعلام الكافي عن بياناتها، وتأثرا بالإعلانات التي يقوم بها التجار المحترفون لترويج منتجاتهم والتي قد تكون كاذبة أو مضللة، كل ذلك أدى إلى سيطرت المحترف وإعاقته لحرية المستهلكين في اختيار السلع والخدمات، وبالتالي فإنّ الحماية التقليدية للطرف المذعن هيّ الأساس في تقرير هذا الإلتزام وحماية المستهلك بوصفه طرفا مذعنا² .

وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأى إلا أنّه يمكن القول بوجود اختلاف جوهري بين الحماية التقليدية في عقد الإذعان وبين الحماية المقررة للطرف الضعيف في عقود الإستهلاك - المستهلك - من خلال إلزام المحترف بالإعلام قبل التعاقد، ولا يوجد أي نص في القانون المدني الجزائري يقرّ بضرورة توفير حماية للطرف المذعن في المرحلة السابقة على التعاقد بل هي حماية لاحقة لإبرام العقد تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تعديل أو إلغاء

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 95-96. قرواش رضوان، المرجع السابق، ص. 262-263 .

² موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 96-97.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد المراد إبرامه ، والتي يتعرض فيها الطرف الضعيف دائما إلى الإستغلال من قبل الطرف القوي .

3/ التطورات الإقتصادية: لقد أدى التطور العلمي والصناعي إلى استحداث تقنيات متطورة في مجال إنتاج وتوزيع السلع ، التي اختلفت أشكالها وأحجامها وفوائدها ، وحتى مميزاتها وكيفية استخدامها ، كما تطورت أساليب وطرق تأدية الخدمات بشكل ملفت للنظر وهو التطور الذي أحدث ضجة في العلاقات بين أطراف عقود الإستهلاك فتعددت العقود وتعقدت وأصبح المستهلك يعيش في حيرة من أمره حيث يقبل على الشراء لمسايرة روح العصر فقط دون علم بالمنتجات التي اشتراها ، كما قد يجهل إن كانت من قائمة الضروريات أو الكماليات ، وهل هي قديمة أم مستحدثة ؟ وهل تتناسب وحاجياته أم لا ؟

وأمام هذه التطورات الإقتصادية وجهل المستهلك لما يتم إبتكاره ، كانت الضرورة ملحة لفرض الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام لإحاطة المستهلك بالخبرة الفنية والتقنية قبل إقدامه على إبرام العقد¹.

ثالثا: الطبيعة القانونية للإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام الإلكتروني: تعتبر مسألة تحديد الطبيعة القانونية للإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام من بين أهم المسائل التي أثارت جدلا واسعا بين الفقهاء ، فمنهم من اعتبره إلتزاما عقديا ومنهم من ينكر الطبيعة العقدية عليه هذا من جهة ومن جهة أخرى هناك من يعتبر الإلتزام بالإعلام إلتزاما يبذل عناية في حين هناك من يرى بأنه إلتزام بتحقيق نتيجة .

1 / الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام إلتزام عقدي أم غير عقدي: إنَّ اختلاف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للإلتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام هل هو إلتزام عقدي أو غير عقدي؟ يرجع إلى الأساس الذي يبنى عليه هذا الإلتزام ، فمن يرى أن أساسه - الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام

¹ قرواش رضوان ، المرجع السابق ، ص 264-265.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

- هو العقد اللاحق عليه وبالتالي فإنه إلتزام عقدي ،يترتب عن الإخلال به قيام المسؤولية العقدية ويقع على عاتق المستهلك إثبات عدم تنفيذ المدين لإلتزامه بالإعلام ،وهو الرأي الذي أخذ به القضاء الفرنسي إذ يعتبر أن الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام إلتزام ذو طبيعة عقدية يستند إلى الإلتزام بالإخلاص وحسن النية الذي يوجد في مرحلة تنفيذ العقد¹ .

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى إعتبار الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام إلتزاما ذو طبيعة غير عقدية لأنه لا يعقل أن يتصور نشأة الإلتزام قبل نشوء العقد الذي يعتبر مصدرا أو أساسا لوجود الإلتزام ،فالرضا الذي يعد أحد أركان العقد لم ينشأ بعد ،وأن الإخلال به (الإلتزام) يرتب قيام المسؤولية التقصيرية².

ولعل الرأي الأقرب هو الذي يأخذ بالطبيعة غير العقدية للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام لأنه :إلتزام سابق على إبرام العقد ،الذي يعد مصدرا لوجوده فلا يمكن أن يوجد الفرع (الإلتزام) دون وجود أصله (العقد) هذا من جهة ،ومن جهة فإن رضا المستهلك يكتمل ويزال عنه الغموض عندما يعلمه المحترف بالمعلومات اللازمة لإبرام العقد فيتعاقد بإرادة حرة ومستتيرة ،فحاجة المستهلك لهذه المعلومات تكون قبل التعاقد وليس بعده خصوصا في ظل العقود الإلكترونية التي يفنقر فيها المستهلك للخبرة الفنية والتقنية ويتعاقد حول منتجات لا يراها أمامه.

بالإضافة إلى أن مقتضيات حماية المستهلك تتطلب أن يكون الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام إلتزاما غير عقدي للاستفادة من دعوى المسؤولية التقصيرية التي يكفي فيها إخلال المدين بإلتزامه بالإعلام ،ومن الناحية الواقعية فإنه إلتزام غير عقدي لعدم وجود أي عقد يربط

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 283.

² عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص 205-206.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

بين المنتج والمستهلك . فالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام إلتزام قانوني - غير عقدي - يجد أساسه في نصوص القوانين التي تقرره .

2 / الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام إلتزام بتحقيق نتيجة أم إلتزام ببذل عناية (وسيلة) : إنَّ التمييز بين الإلتزامات بنتيجة وبذل عناية يهدف إلى تحديد نطاق الإلتزام الملقى على عاتق المدين ، وبالتالي تحديد مضمون الخطأ العقدي المترتب عليه ، ومنه فإنَّ الخطأ الذي يرتكبه المدين يختلف باختلاف نوع الإلتزام ، إذ يتمثل في عدم تحقق النتيجة المرجوة بالنسبة للإلتزام بوسيلة ، ويصدق أن يطبق هذا التمييز سواء في الإلتزام العقدي بالإعلام ، أو الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام ، وذلك لما له من تأثير مباشر على المستهلك¹ .

أ / الإلتزام بالإعلام إلتزام بتحقيق نتيجة : يرى جانب من الفقه أنَّ الإلتزام بالإعلام إلتزام بتحقيق نتيجة لأنه يهدف إلى ضمان سلامة المستهلك فيكفي أن يثبت ما أصابه من ضرر وما على المورد إلا إثبات أن الضرر يرجع لسبب أجنبي² .

ويستند أنصار هذا الإتجاه إلى أنَّ إعتبار الإلتزام بالإعلام إلتزاما ببذل عناية يفقد هذا الإلتزام أهميته فالإلتزام بالإعلام حسبهم يهدف إلى تحقيق سلامة المستهلك ، وما على المدين إلا أن يبذل في تنفيذ إلتزامه العناية اللازمة سواء وجد الإلتزام بضمان السلامة أم لم يوجد ، لأنَّ الإلتزام بالسلامة حسبهم لا بد أن يكون إلتزاما بتحقيق النتيجة المرجوة ؛ وهو الرأى الذي تم انتقاده لأنه سيخلق معيارا جديدا لتحديد طبيعة الإلتزام بالإعلام ، يستمد وجوده من جدوى هذا الإلتزام بالنسبة للدائن³ .

¹ بوعبيد عباسي ، الإلتزام بالإعلام في العقود ، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك ، المطبعة والوراقة الوطنية ، المغرب 2008 ص . 79 .

² قرواش رضوان ، المرجع السابق ، ص . 283-284 .

³ مصطفى أحمد أبو عمرو ، الإلتزام بالإعلام في عقود الإستهلاك ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2016 ، ص . 74 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

فقد استقر الفقه على أنّ طبيعة الإلتزام تتحدد بدرجة الإحتمال الذي يتعلق بالنتيجة المطلوبة، أو على أساس الدور الذي يلعبه الدائن في تحققها، فمهما كانت المعلومات دقيقة فإنّ النتيجة احتمالية تتوقف على درجة فهم الدائن للبيانات المقدمة له، وكيفية تعامله معها فله دور هام في تحققها¹.

كما أنّ القول بأنّ الإلتزام بالإعلام إلتزام ببذل عناية من شأنه أن يؤدي إلى اختلاف الأحكام المطبقة على الأضرار الناجمة عن أخطار المنتجات، أو تلك المطبقة في حالة مسؤولية الأشياء غير الحية في إطار عيوب المبيع، أين تنشأ المسؤولية بمجرد إثبات أنّ الضرر قد تحقق نتيجة تدخل إيجابي للشئ، ولا يمكن للمدين دفع المسؤولية عنه إلاّ بإثبات أنّ الضرر ناتج عن سبب أجنبي، أمّا في حالة المنتجات فيجب على المستهلك إثبات أنّ الضرر ناتج عن خطأ المورد ليحصل على التعويض اللازم. وهذا التبرير هو الآخر محل إنتقاد لأنّه لا يوجد أي سبب يتطلب إخضاع نوعي الضرر لقواعد موحدة من حيث أساس التعويض فالمنتج في حالة الضرر الناجم عن عيب في المبيع يمكنه توقع هذه العيوب وأن يزيلها قبل عرضها للتداول باعتباره هو من قام بصنعها وبذلك يحول دون وقوع أي ضرر؛ أمّا بالنسبة للضرر الناجم عن خطورة المنتجات فمهما حرص المتدخل على تقديم المعلومات اللازمة والتوجيهات الضرورية للمستهلك وتحذيره من المخاطر لا يستطيع ضمان استعاب المستهلك لها ولا يضمن احترامه لها، فضلاً على أنّ الضرر الناشئ عن المنتجات في حد ذاتها يتطلب قيام المسؤولية العقدية، أمّا باقي الأضرار الأخرى فتخضع للمسؤولية التقصيرية، فتشدد المسؤولية في الحالة الأولى لأنّ علمه بالعيب مفترض والعكس صحيح².

ب / الإلتزام بالإعلام إلتزام ببذل عناية :لقد استقر الفقه والقضاء على وجود معيارين لإعتبار الإلتزام بالإعلام إلتزاما ببذل عناية ،يتعلق المعيار الأوّل بدرجة احتمال النتيجة ،في حين

¹ قرواش رضوان، المرجع السابق، ص. 284.

² المرجع نفسه، ص. 284-285.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

يتمحور المعيار الثاني حول الدور الذي يلعبه المستهلك (الدائن) في تحققها أو عدم تحققها. فإذا كانت النتيجة حسب المعيار الأول: احتمالية غير مؤكدة الوقوع يكون الإلتزام بالإعلام إلتزاما ببذل عناية، فما على المدين به إلا تقديم المعلومات والبيانات اللازمة ولا يضمن اهتمام المستهلك بها، ولا فهمه أو الإستفادة منها، حيث تبرأ ذمته بمجرد تقديم المعلومات التي تتور إرادة المستهلك قبل التعاقد أو تضمن سلامته حين تنفيذ العقد، وحسب هذا المعيار فإن الإلتزام بالإعلام بالصفة الخطرة للمبيع يدخل ضمن إطار الإلتزام ببذل عناية، لأنّ الهدف هو تجنب المستهلك لمخاطر الإستعمال فقط دون أن يتعهد المدين بأكثر من ذلك، فالتحذير لا يكفي لوحده لتجنب مخاطر الإستعمال وهيّ النتيجة المرجوة، بل يتوقف على مدى استجابة المستهلك له والإلتزام به¹.

أما المعيار الثاني: فيتعلق بالدور الذي يلعبه الدائن في تنفيذ الإلتزام بالإعلام فقد يكون دورا إيجابيا وبالتالي فالإلتزام بالإعلام إلتزام ببذل عناية، وقد يكون دورا سلبيا فيكون إلتزاما بتحقيق نتيجة. فالمستهلك الدائن -بالإلتزام بالإعلام- يلعب دور مهما في تحقيق النتيجة المرجوة من عدم تحققها، فقد يستجيب للتحذير وقد لا يستجيب له، بل الأكثر من ذلك قد يخالف التعليمات المقدمة له، فتكون النتيجة إحتمالية فلا تكون محلا لإلتزام المورد بها².

ويعود سبب الخلاف الفقهي إلى النتيجة التي ستترتب باعتماد أي الإتجاهين وأثرها على المستهلك، من حيث إمكانية إثباته لمسؤولية المدين في حال إخلاله بهذا الإلتزام فإذا تم إعتبار الإلتزام بالإعلام إلتزاما ببذل عناية فإنّه يقع على عاتق المستهلك، عبء إثبات خطأ المدين حتى تتقرر مسؤوليته، أمّا إذا تم إعتباره إلتزاما بتحقيق نتيجة فإنّه لا يقع على المستهلك في هذه الحالة إلاّ إثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه لقيام مسؤوليته، والذي لا يمكنه دفعها عنه إلاّ

¹ قرواش رضوان، المرجع السابق، ص 285-286.

² المرجع نفسه، ص 286.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

بإثبات السبب الأجنبي أو خطأ الغير وبذلك فإنّ إعتبره إلتزاما بتحقيق نتيجة يعطي حماية أكبر للمستهلك¹.

وقد أكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه أنّ الإلتزام بالإعلام هو إلتزام ببذل عناية، حيث "قضت محكمة استئناف باريس أثناء فصلها في دعوى ضد مورد أجهزة الإعلام الآلي، بأنّ الإلتزام بالإعلام هو إلتزام ببذل عناية، وأكدت على أنّ المورد ليس ملزما بتحقيق نتيجة، لأنّ الأصل هو بذل العناية اللازمة غير أنّه لا يمنع من أنّ يكون إلتزاما بتحقيق نتيجة خاصة فيما يخص الإلتزام التعاقدى بالإعلام الذي يجد مجال تطبيقه في مرحلة العقد"².

ومنه يمكن القول أنّ الإلتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام هو إلتزام قانوني يتضمن إلتزامين أحدهما بتحقيق نتيجة من خلال نقل المعلومات المتعلقة بالشيء محل التعاقد بصدق وأمانة ونصح، وتوجيه وتحذير والآخر إلتزام بوسيلة من خلال استعمال كافة الوسائل والطرق اللازمة والملائمة لنقل هذه المعلومة على أن يتم بذل عناية الرجل المعتاد.

الفرع الثاني : مضمون (محل) الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام الإلكتروني .

يقع عبئ تنفيذ الإلتزام على عاتق كل متدخل في عملية عرض المنتجات، حيث عرف المشرع بموجب م 3 ب 7 من ق.ح.م.ق.غ المتدخل بأنّه "كل شخص طبيعي ومعنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للإستهلاك".

ويمكن تقسيم المدينين بالإلتزام بالإعلام إلى أربع فئات³: المنتج، المستورد، مقدم الخدمة والمورد الإلكتروني .

¹ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.287.

² خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص. 75.

³ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 288-289.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

- المنتج :وهو :«صانع السلعة الذي أعدها في هيئتها النهائية التي عرضت بها في التداول سواء أكانت جميع الأجزاء التي تتركب منها السلعة من صنعه أم استعان بـ«أجراء من صنع الغير ...» ،أيّ هو من يقوم بتصنيع السلعة من المواد الأولية ووضعها في شكلها النهائي لتكون صالحة للإستعمال من طرف المستهلكين .
 - المستورد :يعتبر كذلك مدينا بالإلتزام بالإعلام ،لأنه يقوم بشراء السلع (المصنعة بصفة تامة ،أو نصف مصنعة) لإعادة بيعها لجمهور المستهلكين ،وبما أنه محترف للنشاط التجاري فيلتزم كالتاجر في إعلام المستهلك وتبصيره بالمعلومات المتعلقة بالسلعة محل عملية الشراء.
 - مقدم الخدمة :ويلتزم هو الآخر بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالخدمات التي يعرضونها عبر المواقع الإلكترونية .
 - المورد الإلكتروني :ويقصد به حسب م 6 ف 4 من ق.ت.إ 05/18 السابق الذكر :«كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية».
- لقد نص المشرع على ضرورة إعلام المستهلك بجملة من البيانات والمعلومات ،والتي يجب توفرها ضمن العرض التجاري،وذلك حسب م 11. ق.ت.إ ،التي نصت على ما يلي :
- "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ،ويجب أن يتضمن على الأقل ،ولكن ليس على سبيل الحصر،المعلومات الآتية:
- رقم التعريف الجبائي ،والعناوين المادية والإلكترونية ،ورقم هاتف المورد الإلكتروني ،
 - رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي ،
 - طبيعة ،و خصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم ،
 - حالة توفر السلعة أو الخدمة ،

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

- كيفية و مصاريف و آجال التسليم ،
 - الشروط العامة للبيع ، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي ،
 - شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع ،
 - طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقا ،
 - كيفية وإجراءات الدفع ،
 - شروط فسخ العقد عند الإقتضاء ،
 - وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية ،
 - مدة صلاحية العرض ، عند الإقتضاء ،
 - شروط وآجال العدول عند الإقتضاء ،
 - طريقة تأكيد الطلبية ،
 - موعد التسليم وسعر المنتج موضوع الطلبية المسبقة وكيفية إلغاء الطلبية المسبقة ،
 - عند الإقتضاء ،
 - طريقة إرجاع المنتج أو استبداله أو تعويضه ،
 - تكلفة استخدام وسائل الإتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير
- التعريفات المعمول بها".

الباب الأول :حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

كما تنص م 09 من القانون نفسه على ما يلي : "تنشأ بطاقة وطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري ،تضم الموردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية أو الحرفية .

لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري.

تنشر البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونيين عن طريق الإتصالات الإلكترونية ،وتكون في متناول المستهلك الإلكتروني".

وتنص م 12 ف 6 من م.ت. 378/13 السابق الذكر ،على ما يلي : "تتضمن المعلومات حول المواد الغذائية المنصوص عليها في م 09 أعلاه ،مع مراعاة الاستثناءات المذكورة في هذا الفصل البيانات الإلزامية للوسم الآتية : ...

(6) الإسم أو التسمية التجارية والعلامة المسجلة وعنوان المنتج أو الموضب أو الموزع أو المستورد إذا كانت المادة مستوردة ...".

في حين تنص م 38 ب 3 على ما يلي : "زيادة على البيانات الإلزامية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما ،يجب أن يشمل الإعلام المتعلق بالمنتجات غير الغذائية حسب طبيعتها وطريقة عرضها ،البيانات الإلزامية الآتية :

(3) الإسم أو عنوان الشركة أو العلامة المسجلة وعنوان المنتج أو الموضب أو الموزع أو المستورد ... " ونصت م 54 م ت 378/ 13 ."

كما نصت م 55 على مايلي : "يجب على مقدم الخدمة أن يعلم المستهلك ،بكل الوسائل ،حسب طبيعة الخدمة بالمعلومات الآتية:

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

1) اسم مقدم الخدمة ومعلوماته الخاصة وعنوانه أو إذا تعلق الأمر بشخص معنوي عنوان شركته ، ومقر شركته وعنوان المؤسسة المسؤولة عن الخدمة إذا كان مقدم الخدمة شخصا آخر ...".

2) رقم القيد في السجل ..."

يستشف من النصوص السابقة أن المحترف الإلكتروني ملزم بإعلام المستهلك بالمعلومات الجوهرية المتعلقة به ، وبالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالمنتج محل العقد المراد إبرامه.

أولا :إعلام المستهلك المتعاقد إلكترونيا بالمعلومات الخاصة بالموارد الإلكتروني :من أجل مزاولة نشاط التجارة الإلكترونية في الجزائر، اشترط المشرع حسب م 08 من ق.ت.إ فضلا عن التسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية ضرورة نشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الإنترنت ،مستضاف في الجزائر بامتداد com.dz ""،حيث يقوم المورد الإلكتروني بعرض منتجاته عبره ،وسواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا يزاول النشاط التجاري باسمه ولحسابه من خلال الشبكة العنكبوتية .

فهو ملزم بإعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة به ،من خلال تزويد موقعه أو صفحته الإلكترونية بالبيانات التي تمكن المستهلك من تحديد شخصه (المورد) ونشاطه والمعلومات التي تمكن من الإتصال به لما له من أهمية بالغة في محاربة المواقع والصفحات الإلكترونية الوهمية ،التي يكون غرضها الأساسي الإحتيال على المستهلك بإجباره على التعاقد حول منتجات وهمية بهدف سرقة معلوماته الشخصية ،وبيعها للأعوان المنافسين (إذا كانت شركة) أو بهدف سرقة الحسابات المصرفية من خلال الحصول على أرقام البطاقات البنكية ،فإذا تحقق المستهلك من المعلومات تمكن من التعاقد بأريحية تامة وتتمثل تلك المعلومات في:

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

اسم البائع أو مقدم الخدمة ،عنوانه الشخصي والإلكتروني ،مقره إذا كان المورد عبارة عن شخص معنوي بيان رقم الهاتف والفاكس ،وكل وسيلة تمكن من التعرف عليه ،رقم القيد في السجل التجاري ،أو رقم البطاقة المهنية .وقد ضمن المشرع بموجب م 9 من ق ت إ للمستهلك حقه في معرفة الشخص المتعاقد معه من خلال إلزام المورد الإلكتروني أو مقدم الخدمة بالتسجيل في البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونيين ،وأن يتم نشرها عن طريق الإتصالات الإلكترونية ،ومكن المستهلك من الإطلاع عليها .

ثانيا :إعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالمنتوج أو الخدمة محل التعاقد : إن افتقار المستهلك للخبرة التقنية أو الفنية وعدم مواكبته للتطورات التكنولوجية ،فضلا عن عدم تمكنه من معاينة السلعة كان سببا في فرض الإلتزام بالإعلام من خلال تزويده بالمعلومات الكافية التي تجعله يتعاقد بإرادة حرة ومستتيرة بإعلامه بالخصائص الأساسية للسلعة المعروضة إلكترونيا .

حيث يلتزم المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك حول ماهية المنتجات التي يود التعاقد حولها ويزداد هذا الحق أهمية بالنسبة للمستهلك الذي يتعاقد عبر الشبكة العنكبوتية ،لعدم تمكنه من المعاينة المادية لمحل العقد ،حيث يكتفي بالرؤية الافتراضية فقط .

وقد نص المشرع الجزائري بموجب ب 3 ،4 من ق ت إ على ضرورة أن يتضمن العرض التجاري الإلكتروني طبيعة ،وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات وحالة توفر السلعة أو الخدمة .

كما نص المشرع على ضرورة إلتزام إعلام المستهلك بموجب م 4 من م .ت 13- 378 : " يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع العلامات أو الإعلان أو بأية وسيلة أخرى مناسبة عند وضع المنتج للإستهلاك ،ويجب أن يقدم الخصائص الأساسية للمنتوج طبقا لأحكام هذا المرسوم" ، كما خصصت المواد من 12 إلى 35 المستهلك بالمواد

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الغذائية من حيث ذكر تسمية بيع للمواد الغذائية، الكمية الصافية المكونات، تعريف الحصة وتاريخ الصنع تاريخ التجميد والتجميد المكثف وطريقة الإستعمال .

وتجب الإشارة إلى أنّ المشرع قد استثنى بموجب م 5 ف 1 من م.ت 13-378 الإلتزام بالإعلام بمدة صلاحية المنتج إذا تم البيع عبر الإنترنت، إذ تقدم البيانات الإلجبارية قبل إتمام الشراء، على أن تقدم كل البيانات الإلجبارية وقت التسليم أي بما فيها التاريخ، كما نصت المواد من 37 إلى 50 على وسم المنتجات غير الغذائية، فزيادة على البيانات الإلجبارية التي تضمنتها م 12 من المرسوم نفسه، يجب أن يشمل الإعلام المتعلق بالمنتجات غير الغذائية البيانات التي تضمنتها م 38: " 1... / تسمية البيع للمنتج ،

2/ الكمية الصافية للمنتج، والمعبر عنها بوحدة النظام المتري الدولي، بلد المنشأ أو المصدر، طريقة الاستعمال، تعريف الحصة أو السلسلة وتاريخ الإنتاج، الإحتياجات المتخذة في مجال الأمن، وعلامة المطابقة المتعلقة به، شروط التخزين، بيان الإشارات أو الرموز التوضيحية للأخطار" .

وتضمنت المواد 51 إلى 55 الإعلام بالخدمات، حيث نصت م 52 على ضرورة إلزام مقدم الخدمة بإعلام المستهلك بالخدمة المقدمة، والتعريفات والحدود المحتملة للمسؤولية التعاقدية والشروط الخاصة بتقديم الخدمة، كما تضمنت م 53 وقت تنفيذ الإلتزام بالإعلام وهو المرحلة السابقة على إبرام العقد بنصها: "يجب على مقدم الخدمة، قبل إبرام العقد إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة، في حالة عدم وجود عقد مكتوب يطبق هذا الإلتزام قبل بداية تنفيذ الخدمة المقدمة".

وأوجب المشرع بموجب م 55 من المرسوم نفسه ضرورة الإعلام بتكاليف النقل والتسليم والتركيب، كيفية التنفيذ والدفع، مدة صلاحية العرض وسعره، المدة الدنيا للعرض عندما يتضمن تزويدا مستمرا أو دوريا للخدمة، البنود المتعلقة بالضمان، شروط فسخ العقد. وأضافت م

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

11 من ق.ت.إ بعض المعلومات الأخرى والمتعلقة ب: كيفية ومصاريف وآجال التسليم، الشروط العامة للبيع خصوصا البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، شروط الضمان وخدمة ما بعد البيع، طريقة حساب السعر عندما لا يتم تحديده مسبقا كصفات وإجراءات الدفع، شروط فسخ العقد عند الإقتضاء، وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية، مدة صلاحية العرض عند الإقتضاء، شروط وآجال العدول طريقة تأكيد الطلبية، موعد التسليم وسعر المنتج موضوع الطلبية المسبقة وكصفات إلغائها طريقة إرجاع المنتج أو استبداله أو تعويضه، تكلفة استخدام وسائل الإتصالات الإلكترونية.

من خلال النصوص القانونية السابقة يمكن القول أنه: من الصعب إلزام المورد بإعلام المستهلك بكل الصفات المتعلقة بالمنتج، لذلك فقد نص المشرع على المعلومات الجوهرية التي يجب أن يعلم بها المستهلك قبل إبرامه العقد، وهي المعلومات التي تشكل الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام، ويمكن تصنيفها إلى:

1/ إعلام المستهلك بالوضع المادي للمبيع: من حيث إعلامه بخصائص المبيع بوصفها وصفا دقيقا جامعا مانعا، كذكر حجمه، مكوناته، حالة توفره، مصدره... الخ .

2/ إعلام المستهلك بالثمن وشروط البيع: بتحديد ثمن السلعة أو الخدمة، وإذا ما كان السعر شاملا لمصاريف التسليم والرسوم المضافة ورسوم استعمال الوسائل الإلكترونية، أم أنه يخص السلعة أو الخدمة فقط، وبذلك يحتاج لتفصيل ثمن كل إجراء على حدى، أما عن شروط البيع فلا بد أن يتم إعلام المستهلك بشروط التعاقد ليتعاقد بإرادة حرة ومستتيرة كتحديد مكان التسليم وكفائته، وآجال الدفع وإجراءاته والعملة التي يجب الوفاء بها، حقه في العدول عن العقد وإجراءاته، خدمة ما بعد البيع، وكيفية إصلاح المنتج، أو استبداله أو رده، كما لا بد أن يتم إعلام المستهلك بالجهة القضائية المختصة، والقانون الواجب التطبيق شروط فسخ العقد .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وقد نص المشرع بموجب م 12 ف 1 ق ت إ على ضرورة إعلام المستهلك بالشروط التعاقدية بنصها:

" تمر طلبية منتج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية: وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة ،

التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني ، لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة ، والسعر الإجمالي والوحدوي والكميات المطلوبة ، بغرض تمكينه من تعديل الطلبية وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة ،

تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد".

3/ إعلام المستهلك بكيفية استخدام المبيع ومخاطر استخدامه: لم يعد المستهلك قادرا على مواكبة التطورات العلمية ، وغزو التكنولوجيا لعالم التجارة لذلك توجب على المورد إعلامه بكيفية استخدام المبيع وإحاطته علما بمخاطره . وهو ما يطلق عليه بالإلتزام بالتحذير أو الإلتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة في الشيء المبيع ، وإعلامه أيضا بكيفية الوقاية من المخاطر ، وكيفية التعامل معها في حال حدوثها . إنَّ جهل المستهلك بكيفية استخدام المبيع ومخاطر استخدامه قد تكون في كثير من الحالات سببا في امتناعه عن إبرام العقد .

لقد أوجب المشرع بموجب م 18 من ق ح م ق غ ضرورة تحرير البيانات محل الإعلام بصفة سهلة الفهم بطريقة مرئية ومقروءة ، أمّا شرط تعذر محوها فينطبق في العقود التقليدية لا الإلكترونية لأنها تتم عبر جهاز الكمبيوتر ، على أن تحرر باللغة العربية ، وهو ما يعزز قاعدة وضوح الإعلان وإمكانية فهم المستهلك العربي له ، مع إمكانية إدراج لغة أو أكثر إلى جانب اللغة الأساسية - العربية - .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وتجب الإشارة إلى أنّ اللغة تشكل الهوية الوطنية لأي دولة، وتعتبر من بين معالم ورموز السيادة الوطنية كما تعد حقا دستوريا في معظم الدول. إن لغة الإعلان والبيانات الواجب الإعلام بها تعتبر مسألة في غاية الأهمية لأنها البوابة الرئيسية لحماية المستهلك من أي تلاعب أو خداع قد يلجأ إليه المعلن في إعلانه وأمام صعوبة فهم اللغات يبقى المستهلك متذبذبا وغير قادر على إتخاذ قراره بالشراء، وقد يعزف في حالات كثيرة عن التعاقد نظرا لأن الإعلان يتم بلغة لا يفهما، فليس كل مستهلك مثقف وبذلك ليس كل مستهلك قادر على استيعاب اللغة الفرنسية أو الإنجليزية أو غيرها من اللغات.

وعمل المشرع على دسترت اللغة العربية في جميع النصوص الدستورية، آخرها التعديل الدستوري لسنة 2016¹، أين أضاف المشرع اللغة الأمازيغية كلغة وطنية رسمية إلى جانب

¹ ق رقم 01-16 المؤرخ في 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ع 14، المؤرخة في 2016/03/04. نص المشرع على استعمال اللغة العربية بموجب القانون 91-05 والمتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، إذ نص في مادته 16 على ما يلي: "يتم الإشهار بجميع أنواعه باللغة العربية" وتضيف م 20 من القانون نفسه: "تكتب باللغة العربية، وحدها، العناوين، واللافتات، والشعارات، والرموز، واللوحات الإشهارية وكل الكتابات المطبوعة أو المصنوعة أو المنقوشة، التي تدل على مؤسسة أو هيئة، أو محل، أو التي تشير إلى نوعية النشاط الممارس، مع مراعاة جودة الخط وسلامة المبنى والمعنى".

أما اللغة الأجنبية فقد أقر بإمكانية استعمالها ولكن بشرط الحصول على ترخيص مسبق، وهو ما نصت عليه ف2 م 19 من القانون 91-05: "... يمكن استثناء استعمال لغات أجنبية إلى جانب اللغة العربية عند الضرورة وبعد إذن الجهات المختصة". مما يتضح معه أنّ المشرع قد وسع في مجال التعريب ليشمل كل الوسائل الإشهارية سواء التقليدية والمعاصرة في تلك الفترة مع إمكانية تطبيقها حاليا، حيث ترك الباب واسعا أمام إمكانية دخول وسائل إعلانية جديدة كالإنترنت، وذلك حرصا منه على مواكبة التطورات العلمية و التكنولوجية. القانون رقم 91-05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، المؤرخ في 16 جانفي 1991 ج.ر.ع 03 الصادرة في 16 جانفي 1991.

كما يستشف من نص المادة أنّ الأصل في بث الإعلانات التجارية هو استعمال اللغة العربية، لكن هناك عدة استثناءات على السماح باستعمال اللغات الأجنبية إلى جانب الأصل بشرط الحصول على ترخيص مسبق، دون أن يحدد الجهة المختصة بمنح الترخيص، وباستقراء بعض النصوص القانونية التي لها علاقة بالإشهار يمكن الإستعانة بـ م . ت 91-01 الذي أوكل بموجب م 43 منه إلى المجلس الأعلى للإعلام مهمة منح التراخيص حيث تنص م 43 على ما يلي: "تثبت البلاغات الإشهارية باللغة العربية غير أنه يمكن الإخلال بهذا الحكم عندما يكون استعمال علامات عبر التراب الوطني، تتضمن

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

العربية اللغة الأم ،حيث نصت م 03 منه على أن :**"اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية ،تظل العربية اللغة الرسمية للدولة" .**

يحدث لدى رئيس الجمهورية مجلس أعلى للغة العربية.

يكلف المجلس الأعلى للغة العربية على الخصوص بالعمل على ازدهار اللغة العربية وتعميم استعمالها في الميادين العلمية والتكنولوجية والتشجيع على الترجمة إليها لهذه الغاية". كما نصت م 4 من الدستور نفسه :**"تمازيجت هي كذلك لغة وطنية و رسمية"**.

كما نصت م 56 من م التنفيذ 16-222 السابق الذكر على أن يتم الإشهار باللغة الوطنية ،وهي حسب التعديل الدستوري لسنة 2016 السابق الذكر للغة العربية والأمازيغية مع إمكانية استعمال اللغة الأجنبية بشرط الحصول على ترخيص من سلطة ضبط السمعي البصري ،باعتبار الإشهار هنا يتم بواسطة البث التلفزيوني الإذاعي ،وتطبيق النص على

ألفاظا وبيانات ضرورية بلغة اجنبية ،نوعية كانت أو توضيحية بالنسبة للمنتوجات أو الخدمات المعنية ،ويمنح المجلس الأعلى للإعلام رخصة بذلك " .م ت رقم 91-101 المتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون ،المؤرخ في 20 أبريل 1991 ، ج . ر ع 19 . وتجب الإشارة أن المجلس الأعلى للإعلام قد تم حلّه سنة 1993 بموجب المرسوم التشريعي 93-13 حيث نصت بموجب م 01 على إلغاء الأحكام الخاصة بالمجلس الأعلى للإعلام المتضمنة القانون 90-07 ،ونقل المشرع كل اختصاصات المجلس إلى أجهزة ملائمة دون تحديدها وذلك حسب م 02 من المرسوم نفسه ،وقد أوكل المشرع مهمة تسيير ممتلكات المجلس ومستخدميه للوزير المكلف بالاتصال وبصفة مؤقتة ،كما ألغى م الرئاسي 93-252 المتعلق بالمجلس الأعلى للإعلام ،المؤرخ في 26 أكتوبر 1993 ، ج . ر ع 69 . كل أجهزة وهيكل المجلس الأعلى للإعلام المحددة بموجب م . ر رقم 90-339 والمتعلق بضبط أجهزة المجلس الأعلى للإعلام وهيكله وتحديد القواعد القانونية الأساسية المطبقة على بعض المستخدمين فيه .م ت رقم 93-13 المتضمن بعض احكام القانون 90-07 ،المؤرخ في 26 أكتوبر 1993 ، ج . ر ع 69 مؤرخة في 27 اكتوبر، 1993.

كما عاقب المشرع كل معطن لا يستعمل اللغة العربية بغرامة مالية تتراوح بين 5.000 دج و10.000 دج وهو ما نصت عليه م 31 من القانون 91-05 بقولها :**"كل مخالفة لأحكام المواد 17، 18، 19، 20، 21 و22 أعلاه، يعاقب بغرامة مالية تتراوح بين 5.000 دج و 10.000 دج"**.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الإعلان الإلكتروني بواسطة الإنترنت يمكن أن يتم الترخيص من طرف سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية باعتبارها القطاع المعني، وعلى الرغم من صدور القانون 18-04¹ المتعلق بالبريد والمواصلات الإلكترونية إلا أنه لم ينص صراحة على ذلك.

ويحقق النص على لغة الإعلان كوسيلة للإعلام بالمنتجات حماية فعالة للمستهلك لأنه يسمح له من التعاقد بإرادة واعية ومستتيرة، كونه يجيد اللغة العربية وبالتالي فالإعلان بالنسبة له واضح من حيث اللغة، أما استخدام النص الأجنبي إلى جانب اللغة الوطنية يسمح للأجانب بفهمه، فالمنتجات المعروضة عبر الإنترنت موجهة لكافة الجنسيات واللغات، ولا تقتصر على مستهلكي دولة بحد ذاتها دون الدول الأخرى .

أما المشرع الفرنسي² فقد اوجب ضرورة استخدام اللغة الفرنسية سواء في العرض أو التعيين أو في تحديد طرق الإستخدام، وشروط ضمان السلعة أو الخدمة والفواتير وحتى الإيصالات، ويشمل أيضا كل الإعلانات سواء المكتوبة، المرئية أو السمعية بما فيها الإعلانات عبر شبكة الإنترنت والمنشورة في فرنسا منذ قانون 04 أوت 1994، ويستوي أن يكون المعلن الإلكتروني فرنسيا أو أجنبيا، المهم لا بد عليه من استخدام اللغة الفرنسية وبطريقة مقروءة وواضحة و ذلك ما أقره المنشور الصادر في 19 مارس 1996.

ولقد أثرت مسألة استخدام اللغة الفرنسية على الإنترنت في أول قضية حول مواقع الإنترنت الفرنسية، وهي القضية التي إدعت فيها جمعية الدفاع عن اللغة الفرنسية أمام محكمة المخالفات ضد معهد جورجيا للتكنولوجيا لاستخدامه اللغة الإنجليزية لعرض محاضرات المعهد على الموقع الإلكتروني، وهي القضية التي رفضتها المحكمة. وقد أقر المشرع الفرنسي على

¹ القانون رقم 18-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، المؤرخ في 10 ماي 2018، ج . ر

ع 27، المؤرخة في 13 ماي 2018.

² كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 147-148.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

عدم استخدام اللغة الفرنسية في الإعلان المكتوب الناطق أو المرئي المسموع عقوبة الغرامة المقررة للمخالفات المرتكبة من الدرجة الرابعة وذلك بموجب مرسوم 240 لسنة 1995 .

كما نصت م 14 من التوجيه الأوروبي 79-112 المتعلقة بالتقريب بين تشريعات الدول الأعضاء المتعلقة بالعنوان وعرض المواد الغذائية والإعلان بشأنها¹، التي تسمح باستعمال لغة معينة في تغليف المواد الغذائية مع امكانية استعمال لغة أخرى سهلة الفهم من طرف المشتري كما لا تمانع أن يتم استعمال عدّة لغات.

4/ إعلام المستهلك بحقه في مهلة للتروي والتفكير: تعتبر ظاهرة إقدام المستهلك على إبرام العقد دون أن يمنح لنفسه الوقت الكافي للتأمل أو التفكير في العقد المراد إبرامه ظاهرة قديمة، غير أنها ازدادات بشكل كبير وملحوظ في العصر الحديث، نتيجة للتغيرات الاقتصادية، وللدور الذي أصبحت تلعبه مؤسسات الانتاج والتوزيع في حث المستهلكين على الحصول على الخدمات واقتناء السلع التي تطرحها في الأسواق، معتمدة في إقناعهم على الإعلان التجاري².

فمهلة التفكير والتروي³ تعتبر ضمانا وحقا مهما كفه المشرع للمستهلك من أجل حماية نفسه من المخاطر التي قد يتعرض لها.

¹ Art.14 du DIRECTIVE DU CONSEIL, du 18 décembre (12) 1978, relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard, (79/112) CEE

² زعبي عمار، "الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك"، مجلة المفكر، ع 09، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص ص (117-132)، ص.119 (منشورة)

³ يقصد بالحق في التروي والتفكير: "منح المستهلك فترة زمنية معينة قبل الارتباط بالعقد نهائيا، حيث يلتزم المهني خلال هذه الفترة بالإبقاء على العرض ولا يستطيع أن يعدل عن إيجابه خلال هذه المدة التي تعطي للمستهلك كي يتروى ويتدبر في أمر التعاقد ومدى ملائمة العقد له، فإذا وجد أن في التعاقد مصلحته أكمل باقي الإجراءات، أما إذا وجد غير ذلك فإنه يعدل عن إبرام العقد". زعبي عمار، المرجع السابق، ص.119.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

فحق التروي والتفكير هو: مكنة قانونية تخول للمستهلك في فترة معينة وقبل الإبرام النهائي للعقد فرصة التفكير والتدبر والتمعن بروية ودون تسرع في مدى ملائمة العقد المراد إبرامه لمتطلباته ورغباته المشروعة، فإذا وجد أن مصلحته تتحقق في إتمام العقد أكدّه، أمّا إذا ندم عن تسرعه جاز له إعلام الموجب بأي وسيلة برجوعه عن قبوله الأول دون أن يتحمل أية مسؤولية عن عدوله، هذا ما يجعل العقود الإلكترونية تتميز ببعض الخصوصية، التي تتطلب إقرار قواعد خاصة بها. كون أن القبول الأولي لا يبرم به العقد بل يتطلب إصدار قبول ثاني يؤكدّه .

ويتميز الحق في مهلة التروي والتفكير بجملة من الخصائص تتمثل في¹ :

- **من حيث طبيعته فهو حق إرادي:** فإذا كان التروي والتفكير في أمر العقد يعتبر تصرفاً قانونياً يمارسه المستهلك بإرادته فهل يعتبر حقاً شخصياً أم حقاً عينياً؟ إن حق المستهلك بالتروي والتفكير لا يعتبر حقاً شخصياً، لأن هذا الأخير ينشأ عن علاقة شخصية بين الدائن والمدين، فلا يمكن للدائن أن يتحصل على حقه إلا من خلال تدخل المدين، كما لا يعد حقاً عينياً، لأن الحق العيني يخول لصاحبه سلطة على الشيء محل الحق، وهو ما يؤدي إلى إعتبار حق التروي مكنة قانونية تمنح لصاحبها حقاً إرادياً يختلف عن الحقوق الشخصية والعينية، لأنها تمنحه قدرة في إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة دون تدخل إرادة شخص آخر.
- **من حيث وقت صدوره:** يعد حق التروي والتفكير حقاً مؤقتاً أي محددًا بمدة معينة وفي حال عدم استخدامه يعتبر العقد ملزماً لطرفيه من وقت انتهاء مهلة التروي والتفكير، وهذا ما يميزه عن حق المستهلك في العدول أو الرجوع عن العقد، فكلاهما مكنة وضمانة قانونية لحماية المستهلك من تسرعه في إبرام العقد؛ لأنهما يختلفان من حيث وقت صدورهما، حيث أن مهلة التروي والتفكير وضمانة لحماية المستهلك من القبول

¹ أسامة شهاب أحمد، "حق المستهلك بالتروي والتفكير"، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، ع2، السنة التاسعة، جامعة بابل العراق، 2017، ص ص (625-672)، ص 629-630.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المتسرع تكون في مرحلة إبرام العقد وتكوينه يستخدمها المستهلك لتعطيل أو إيقاف إبرام العقد، فالعقد منذ البداية لم يكتمل وبذلك لا ينتج آثاره القانونية، أمّا حق العدول فيعتبر ضماناً فعالة لحماية المستهلك من العقد الذي تم إبرامه، فيستخدم المستهلك حقه في العدول لعدم تنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد المبرم، وهو استثناء عن القوة الملزمة للعقد. لذلك يجب عدم الخلط بين مهلة التروي والتفكير كضمانة لحماية المستهلك من قبوله المتسرع، وبين حق العدول كضمانة لإنهاء العقد أو التملص من التزاماته بإرادة منفردة .

- **حق التروي والتفكير حق مقيّد لأطرافه:** إن حق التروي والتفكير يجعل القبول مقيداً بعدم الاعتداد به لمدة محددة، كما يجعل الإيجاب ملزماً للموجب بالإبقاء على عرضه خلال المهلة المحددة للتفكير حتى ولو لم يكن الإيجاب محدّد المدّة، وبذلك لا يمكن له العدول عن إيجابه إلاّ بعد نهاية المهلة، إمّا برفض المستهلك إتمام العقد أو بعدم إرسال رسالة تفيد إتخاذ قراره بالرفض .

ولعل الحكمة من تقرير حق المستهلك في التروي والتفكير تكمن في حمايته من حالات الندم التي قد تنتابه نتيجة قبوله المتسرع على التعاقد، دون أن يفكر في مدى ملائمة العقد المراد إبرامه لرغباته المشروعة وقدراته المادية. فقد أدت التطورات التكنولوجية إلى ظهور اختراعات ومنتجات جديدة على اختلاف أشكالها وأنواعها، وطرق استخدامها وهو الأمر الذي جعل المستهلك يتعاقد دون دراية كافية بالمنتجات المعروضة، و دون تمكنه من رؤيتها وفحصها فحصاً دقيقاً بحيث لا تتحقق له سوى الرؤية الافتراضية للمنتج من خلال معاينة الصور المعروضة على الشبكة العنكبوتية، بالإضافة إلى جهله لكيفية استعمالها يجازف دون تفكير في قبول ذلك العرض مما يجعله في أغلب الحالات وبعد الضغط على أيقونة القبول نادماً على ذلك .

ونظراً لأن المستهلك هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فضلاً عن اتسام عقود التجارة الإلكترونية بالسرعة وإنعدام الفحص الدقيق للمبيع هذا من جهة، واتسامها بإنعدام

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

التوازن العقدي نظرا لجهل المستهلك الموضوعي لمحل العقد ،والتقني للوسيلة التي يبرم بها من جهة أخرى ،كانت الحاجة ملحة إلى منحه مهلة للتفكير والتروّي في العرض المقدم له ليتمكن من التعاقد بإرادة حرّة مستتيرة خالية من أي ضغط أو تسرّع .

ومما سبق فإن مهلة التروّي ضمانا لحماية المستهلك من أي قبول متسرّع مصحوب بندم أي حمايته من نفسه ،لذا توجب على المورد إعلامه بهذا الحق ليعطيه نوعا من الأمان والثقة يجعله يطمئن للعقود المبرمة عن بعد .

كما تجب الإشارة أنّ الحق في مهلة التروّي والتفكير يشمل صورتين :إذ نص المشرّع الجزائري عليه بموجب م 12 ق.ت.إ 05-18 السابق الذكر ،بنصّها : " تمر طلبية منتج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية :

وضع الشروط التعاقدية في تناول المستهلك الإلكتروني ،بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة .

التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني ،لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة ،والسعر الإجمالي والوحدوي ،والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية أو إلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة ،

تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد ... "

يستشف من نص المادة أن صور التروّي والتفكير متعددة أهمّها تأكيد الطلبية :إمّا الطلبية الأولى التي صدر بها القبول أو تأكيد الطلبية الجديدة بعد مراجعة الطلبية الأولى وذلك من أجل تصحيح الأخطاء المحتملة الوقوع أو من أجل تعديل مضمونها ،أمّا الصورة الثانية فتتجلى في إلغاء الطلبية ،والذي يهم هنا هو إلغاء الطلبية ،لأنه يترتب عن ذلك انتهاء العقد ،واعتباره كأن لم يكن .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

إن تعبير المستهلك عن إرادته قد لا يمثل إيجابا ، كما قد لا يكون بالضرورة قبولا ، وبذلك يختلف باختلاف التكيف القانوني للعرض المقدم من الموجب فإذا كيّف على أنه دعوة للتعاقد فيكون التعبير الصادر عنه إيجابا ، والعكس صحيح أي يعدّ التعبير الصادر عنه قبولا إذا كيّف العرض الإلكتروني بأنه إيجابا ، والذي يمكن حسب القواعد العامة الرجوع عنه ما لم يقترن بقبول مطابق ، أو ما لم يكن ملزما لإقترانه بمدة معينة¹ .

وما يلاحظ أنه إذا كانت هذه القواعد العامة توفر حماية لطرفي العقد ، وتحقق مصالحهما فإنها لا تحقق مصلحة المستهلك المتعاقد إلكترونيا كما لا تتناسب ، وخصوصية الوسيلة المستعملة في العقود الإلكترونية ، والتي تتميز بالسرعة في التعبير عن إرادة الأطراف إذ يحدث بمجرد الضغط على أيقونة الموافقة قبول الإيجاب ، وهو ما جعل القضاء يتطلب ضرورة أن يكون التعبير عن الإرادة واضحا .

وإذا كانت السرعة ميزة التجارة الإلكترونية إلاّ أنها قد تشكل حاجزا أمام المستهلك من خلال إعاقته عن أخذ الاختيار السليم والصائب ، فقد يضغط على أيقونة القبول عن خطأ منه متأثرا بوسائل الإعلان الحديثة ، أو أن يكون ضحية إغراءات من المورد فلم يأخذ وقته الكافي للتفكير والتأمل في العقد المراد إبرامه .

كما قد يشعر المستهلك بالندم على قبوله المتسرع للإيجاب فيرغب في تعديله وتصحيح السهو الذي وقع فيه وهو الأمر الذي لا تتضمنه القواعد العامة ، لأن العقد يكون قد أبرم بمجرد اقتران الإيجاب بقبول مطابق له .

¹ موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص. 193-199.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

مما سبق وليكون تعبير المستهلك عن إرادته جازما ومترويا بما يحقق مصلحته يبعد عنه الأضرار ،فقد تمّ إقرار قواعد خاصة تهدف إلى منحه فرصة لإعادة النظر فيما صدر عنه من تعبير ،وتتجلى هذه القواعد في صورتين :

الصورة الأولى :إعطاء المستهلك الحق في إعادة النظر :يسعى هذا الحق إلى منح المستهلك مهلة للتروي والتفكير من خلال إعادة النظر فيما صدر عنه قبل أن يرتب تعبيره عن الإرادة أثرا قانونيا ،ويتحقق ذلك من خلال قيام المستهلك بتأكيد ما صدر عنه من إرادة للقول بأن الرضا صادر من وعي حقيقي ،كأن تقوم بعض المواقع الإلكترونية بإرسال قيمة الطلبية إلى المستهلك على أن يقوم بإعادة إرسالها مقرونة بتوقيعه الأصلي .

كما تتبع بعض المواقع الأخرى رسائل تحذيرية الغاية منها جذب انتباه المستهلك من أجل التدقيق في اختياره مع الإشارة إلى ضرورة التأكيد عليه مرّة أخرى ،والألا لا يكون لقبوله أي أثر قانوني أو أن يتم تضمين عبارات التعاقد رسالة قبول نهائي لتجنب أخطاء اليد أثناء استخدام جهاز الكمبيوتر ،كأن تستخدم عبارة هل تؤكد القبول على أن يخصص مكان للإجابة بنعم أم لا ،وبذلك يتم القبول بلمستين لا لمسة واحدة وهو ما أخذ به التوجيه الأوروبي رقم 97 الذي اشترط ضرورة تأكيد القبول الموقع عليه من جانب المستهلك وإلا لا يبرم العقد .

أما المشرّع فقد اشترط على المورد الإلكتروني أن يسمح للمستهلك من مراجعة الطلبية من أجل تأكيد القبول الذي يؤدي إلى تكوين العقد وذلك حسب م 12 من ق.ت.إ 18-05 السابق الذكر،بنصها : " ... التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكترونيبغرض تمكينه من تعديل الطلبية ،والغائها ،أو تصحيح الأخطاء المحتملة ،

-تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد " .

لقد سبق القول أن المشرّع قد قطع باب الخلاف حول الطبيعة القانونية للعرض التجاري بحيث اعتبره إيجابا يحتاج إلى قبول مطابق له من المستهلك لينعقد به العقد ،إن المشرّع حسب

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

م 12 من ق.ت.إ لا يأخذ بالقبول الأول كأثر للتعبير عن إرادة المستهلك ،بل لابد من صدور قبول ثان مؤكد للطبيّة وفق حالتين :

الحالة الأولى :إمّا تأكيد الطليبة التي صدرت بها إرادة المستهلك منذ البداية .

الحالة الثانية :هي تأكيد طليبة جديدة بعد مراجعة الطليبة الأولى التي صدر بموجبها القبول الأوّل .

كما أن مضمون المراجعة يتطلب أيضا حالتين :

الحالة الأولى : أن تكون المراجعة لتصحيح الأخطاء المحتملة التي يقع فيها المورد الإلكتروني بخطئه ،وهنا لا إشكال يثار لأن المستهلك سيقوم بتنبيه المورد بالخطأ ،كأن يقع في ماهية المنتج حيث يطلب المستهلك مثلا هاتف نقال من نوع سامسونغ طراز معين ليتفاجئ بأنه فعلا هاتف سامسونغ لكن من طراز آخر ، أو هاتف من علامة تجارية أخرى فيقوم بتصحيح الخطأ بإعادة طلبه ،أو أن يكون الخطأ في الكمية المطلوبة أو السعر الإجمالي أو الوحدوي ،كأن يطلب المستهلك هاتفين سعر الواحد منهما 42000 دج فإن سعرهما 84000 دج ،فإذا بالطليبة تتضمن مبلغ 90000 دج أو لوجود اختلاف بين السعر بالأرقام و بالكتابة فالتصحيح هنا لا يؤثر على طبيعة التصرف الصادر من المستهلك .

الحالة الثانية :وتفترض قيام المستهلك بمراجعة الطليبة لتعديلها كأن يتم تغيير المنتج أو للزيادة في الكمية المطلوبة وكأن المستهلك يتدارك خطأه لا خطأ المورد كالحالة السابقة فما حكم هذا التصرف ؟

إن تصرف المستهلك في هذه الحالة يعتبر تعديلا في إيجاب الموجب وبذلك يعدّ إيجابا جديدا يتطلب صدور قبول من الموجب الأوّل (المورد) لينعقد العقد ،فإذا قبل المورد التعديل فإن العقد يبرم صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية ،لكن ماذا لو رفض الموجب الأوّل (المورد)

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

التعديل فهل من حق المستهلك الرجوع عليه في هذه الحالة؟ الظاهر أنه لا يمكن إجبار المورد على قبول الدخول في علاقة عقديّة فوق إرادته، إكمالاً لمبدأ سلطان الإرادة لأن المورد (الموجب الأول) لم يرتكب أي خطأ بل الأكثر من ذلك قام و بحسن نية بتنفيذ التزام قانوني، بتمكين المستهلك من فحص طلبيته التي أبدى موافقته الأولى عليها ففي حال تعديلها يسقط الإيجاب القديم ويحل محله إيجاب جديد من طرف المستهلك فإن قبله المورد انعقد العقد، و إن لم يقبله وله الحق في ذلك لا يبرم العقد .

والتساؤل الآخر الذي يمكن أن يثار ألاّ يعتبر حق المستهلك في تعديل الطلبية مناقشة لشروط و بنود العقد وبذلك يكون ضماناً لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، ومن عقود الإذعان؟

وتجب الإشارة إلى أنّ حق تعديل الطلبية وتصحيحها لا يعدّ حماية للمستهلك من الشروط التعسفية، لأن دور المستهلك يقتصر إمّا على تصحيح خطأ المورد، وإمّا على تغيير الطلبية وكأن المستهلك سيتحقق من تفاصيل العقد المراد إبرامه فقط من حيث الكمية والمواصفات المطلوبة، لكن لا يمكنه مثلاً أن يناقش أو يعدّل الثمن .

لقد حرص المشرّع بموجب م 12 ق.ت.إ على حماية المستهلك حتى من نفسه بحمايته من إصدار قبول متسرّع سيندم عليه لاحقاً، ولعل الضمانة التي توفر هذه الحماية هي إقراره لمهلة التروي والتفكير، بأن لا يعتد بالقبول الأوّل بل لابد من إصدار تعبير آخر ليؤكد بموجبه قبوله أو يلغيه، وإذا وفق المشرّع إلى حدّ كبير بنصه على هذه الضمانة إلاّ أنه يعاب عليه أنه لم ينص على مدّة هذه المهلة، أم يكون قد قصد عدم النص عليها وتركها لإرادة الأطراف؟

لقد حذا المشرّع الجزائري حذو المشرّع التونسي الذي لم ينص هو الآخر على مدّة مهلة التروي والتفكير بموجب قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 السابق الذكر، واكتفى

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

بتحديد حق المستهلك في التروّي بموجب الفصل 27 منه بنصه: "يتعين على البائع، قبل إبرام العقد، تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته، وكذلك الإطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية المتعلقة بإمضائه".

وقد نص المشرّع المصري بموجب م 38 من ق.ح.م لسنة 2018 السابق الذكر، على ضرورة تأكيد المستهلك لقبوله وتحديد مدّة لذلك، بنصّها: "إذا أبدى المستهلك قبوله للتعاقد عن بعد وجب أن يتم تأكيد موافقته، وأن يتاح له الحق في تصحيح طلبه، أو تعديله خلال سبعة أيام عمل من القبول، ما لم يتفق الطرفان على مدّة أطول..."، حسب نص المادة فالأصل هو تحديد الطرفين لمهلة التروي والتفكير إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد، غير أنه وفي حال سهو الأطراف فإنّ المشرع المصري عمل على سد الثغرة، وتحديدًا بسبعة أيام عمل وبذلك تحسب الآجال كاملة، وإذا صادفت آخر يوم يوم عطلة، فيمتدّ الأجل لأول يوم عمل.

الصورة الثانية: العدول عن التعاقد بعد قبول الإيجاب: تفترض القواعد العامة في تكوين العقد أن ينعقد بمجرد اقتران القبول بالإيجاب، أي بمجرد تطابق إرادتي طرفيه ما لم يشترط القانون ضرورة إفراغها في قالب معين، ولما كانت أغلب العقود الإلكترونية - عبر الأنترنت - تتعلق بعقود الإستهلاك فقد سعت غالبية التشريعات في توفير حماية للمستهلك من خلال عدم الإعتداد بالقبول الأول بل للمستهلك حق العدول عن قبوله¹.

فلم يعد إذا تطابق الإرادتين في العقود الإلكترونية كافياً لانعقاد العقد، بل لابد من مرور مدة زمنية قد يحددها المشرع أو يتفق الأطراف على تحديدها، فضلاً عن عدم عدول المستهلك عن قبوله خلاله هذه المدّة حتى ينعقد العقد، سعياً منه - المشرّع - على حماية المستهلك

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 199.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

القابل بأن يقدم على العقد بعد تفكير ودراية، وما يترتب عنه أن كل قبول قبل انقضاء مهلة التروّي يكون عديم الأثر فلا ينعقد به العقد .

فعدول المستهلك عن القبول إذا تحول دون إبرام العقد، أي أن العقد لا ينتهي ولا يفسخ بل يتعطل إبرامه لأنه لم ينشأ منذ البداية؛ وقد أخذ المشرّع الفرنسي بصيغة العدول بموجب م 9 من القانون الخاص بالتعليم بالمراسلة، والتي نصّت على عدم إبرام العقد قبل مرور ستة أيام على تسلّم وسائل التعليم، بالإضافة إلى القانون 79-576 والخاص بإعلام وحماية المقترض في النطاق العقاري، والذي يتضمن بطلان كل موافقة تصدر عن من وجه إليه عرض خاص بعقد قرض عقاري في مهلة العشرة أيام، التي تلي تسليم العرض إليه¹ .

ويتجلى العدول عن القبول في ق.ت.إ 18-05 السابق الذكر في إلغاء الطلبية أو عدم تأكيدها .

مما سبق يمكن القول أن مهلة التروّي والتفكير مكنه قانونية تحمي المستهلك من نفسه باعتبارها توفر له حماية من قبوله المتسرّع الذي سيندم عليه لاحقاً، وأنه لولا ضعف المستهلك في مواجهة المورد، وعدم تمكنه من معاينة المبيع، وجهله به فضلاً عن جهله التقني لما وجدت الحاجة الملحة لإقرارها .

كما أن مهلة التروّي والتفكير وكأنها إبرام للعقد على شرط واقف أي يتوقف إبرام العقد على صدور قبول ثان منه وإلا لا ينعقد العقد .

وترى الدكتورة عبوب زهيرة² "أن المشرّع الجزائري قد نصّ على هذه التقنية - مهلة التروّي والتفكير - من أجل تفعيل الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام لحماية المستهلك بصفة عامة، وحمايته من الشروط التعسفية بصفة خاصة من خلال منح المستهلك مهلة للتفكير وقد

¹ المرجع نفسه، ص. 200.

² عبوب زهيرة، المرجع السابق، ص. 193.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

استندت على نص م 04 من م.ت 06-306 السابق الذكر والتي تنص على ما يلي : "يتعين على العون الإقتصادي إعلام المستهلك بكافة الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و / أو تأدية الخدمات ، ومنحهم مدة كافية لفحص العقد " .

غير أن مهلة التروي والتفكير في العقود الإلكترونية تمنح للمستهلك كضمانة لحمايته من قبوله المتسرع ، فبالرجوع إلى القواعد العامة فإن العقد قد أبرم ، لكن وحرصا من المشرع على مواكبة خصوصيات البيئة الإلكترونية فقد نصّ على مهلة للتفكير تبدأ من لحظة صدور القبول الأول ، أما المادة 04 من م .ت السابق الذكر ، فتتعلق فعلا بمهلة التفكير ولكن القبول لم يصدر والعقد لم يبرم أصلا . فآثار مهلة التروي والتفكير في العقود الإلكترونية تختلف عن آثارها وهدفها في العقود التقليدية ، فإذا كانت في إطار هذه الأخيرة تسعى إلى منح المستهلك فرصة للتفكير قبل إصدار قبوله ، فإنها في إطار العقود الإلكترونية تسعى إلى حماية المستهلك من قبول قد صدر بصفة متسرفة ، وكأن العقد قد أبرم على شرط واجب التحقق ، وهو صدور تأكيد أو إلغاء للقبول الأول ليبرم العقد بصفة نهائية .

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني .

لا تكتمل الحماية المدنية للمستهلك بمجرد تقرير الإلتزام ما قبل التعاقد بالإعلام بل لابد من تضمينه الجزاء الذي يترتب عن الإخلال به ، وباستقراء بعض النصوص المتعلقة بحماية المستهلك ، والإلتزام بالإعلام وحتى ق .ت .إ ، لوحظ أن المشرع لم ينص على الجزاء المدني الذي يطبق في حالة مخالفة الإلتزام ما قبل التعاقد بالإعلام ، لذلك لابد من تطبيق القواعد العامة ، فيكون للمستهلك الحق في المطالبة بإبطال العقد والمطالبة بالتعويض كأثر لقيام مسؤولية المتخل ، ومنه سيتم دراسة هذا المطلب في فرعين ، يتناول الفرع الأول :قابلية العقد للإبطال ، في حين يعالج الفرع الثاني :قيام المسؤولية المدنية للمتخل .

الفرع الأول :قابلية العقد للإبطال .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

يهدف المشرع بتقريره للإلتزام بالإعلام إلى حماية المستهلك من أي تلاعب أو إحتيال فضلا عن حماية الرضا ليتعاقد المستهلك بإرادة حرة ومستتيرة، فإذا أخل المتدخل بهذا الإلتزام فإن العقد يكون قابلا للإبطال، إمّا بوجود غلط أو لاستعمال طرق احتيالية (تدليس) كعيبين من عيوب الإرادة التي قد تمس المستهلك المتعاقد إلكترونيا، وسيتم استبعاد عيب الإكراه والإستغلال لعدم تصور وجودهما في العقود المبرمة عن بعد، حيث أنّ الإكراه يتطلب خلق رهبة نفسية في ذهن المتعاقد من طرف المتعاقد معه ودون وجه حق، وهو ما نصت عليه م 88 ق.م.ج، أمّا في العقود الإلكترونية فإنها تبرم بين شخصين لا يعرفان بعضهما البعض - لا يجمعهما مجلس عقد واحد - . أمّا عيب التدليس سيتم التطرق إليه لاحقا عند معالجة الدعاوى التي يمكن أنّ يلجأ إليها المستهلك كوجه من أوجه الحماية المدنية من الإعلانات التجارية الإلكترونية غير المشروعة .

من المعروف أنّ الإلتزام بالإعلام يتطلب تعيين أو وصف محل العقد وصفا دقيقا وكافيا، وقد نص المشرع بموجب م 352 من ق م ق على ضرورة إعلام المشتري بالمبيع إعلاما كافيا، فهل يمكن أنّ يتم تأسيس بطلان العقد لإخلال المتدخل بإلتزامه بإعلام المستهلك على أساس أحكام عدم العلم الكافي بالمبيع ؟

أولا :إبطال العقد على أساس وقوع المستهلك في غلط : يلعب الغلط دورا مهما في مجال العقود المبرمة عن بعد ويرجع ذلك لخصوصية الوسيلة المستعملة، والتي تتميز بالتعقيد وأنها من العقود التي لا يجمع بين طرفيها مجلس عقد واحد، ويعرف الغلط بأنه: "وهم أي اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد"¹.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط. 4، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص.162.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وقد نص المشرع على نظرية الغلط بموجب أحكام القانون المدني ،حيث نصت م 81 منه على أنه :**"يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"**. فليتمكن المستهلك من التمسك بعيب الغلط للمطالبة بإبطال العقد لابد من أن يكون الغلط جوهريا ويكون كذلك - غلط جوهري - إذا بلغ حدا من الجسامة ،وهو الأمر الذي أكدته م 82 من ق.م بنصها :**"يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط "**.

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

وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ،وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد ."من خلال نص م 81 و 82 ق.م يتضح ضرورة وجود شرطين للتمسك بإبطال العقد وهما¹ :

1 / أن يكون الغلط جوهريا :فليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال ،بل لابد من أن يكون الغلط جوهريا ،ويكون كذلك إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى إبرام العقد وهو ما نصت عليه م 81 من ق.م ،وحددت م 82 منه أمثلة لحالاته ليكون مؤثرا ،كالغلط في صفة جوهرية فالشياء أو في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته .

2 /إتصال الغلط بالمتعاقد الآخر :ويعتبر كذلك إذا وقع المتعاقد معه فيه ،أو كان على علم بوقوع المتعاقد (المستهلك) فيه.والسؤال المطروح هنا ما علاقة مخالفة الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام ببطلان العقد للغلط؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب معرفة ،مدى تأثير تنفيذ

¹ المرجع نفسه ،ص .167-172.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

هذا الإلتزام على تجنب بطلان العقد للغلط وأثر الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام على مجال الطعن بالبطلان للغلط .

أ / أثر تنفيذ الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام على تجنب بطلان العقد للغلط : من شأن تنفيذ المتدخل لإلتزامه قبل التعاقد بالإعلام تنفيذًا صحيحًا وكاملًا ، أن يؤثر بصفة إيجابية على صحة رضا المستهلك ليتعاقد بإرادة حرة ومستتيرة ، أي بإرادة حرة خالية من أي عيب من العيوب التي قد تشوبها فتبطل العقد ، وبذلك يمكن القول بأنّ للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام دورًا وقائياً من وقوع المستهلك في أي غلط سواء في شخص المتعاقد معه أو في المنتج محل التعاقد¹ .

ومما سبق فإن علاقة الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام مع نظرية بطلان العقد للغلط ، هي علاقة تكاملية فكلما نفذ المدين إلتزامه بالإعلام بصفة كاملة تجنب المستهلك الوقوع في الغلط والعكس صحيح .

ب / أثر الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام على مجال الطعن بالبطلان للغلط : يهدف المشرع من سنه للنصوص القانونية إلى توفير قدر من التوازن بين المصالح المتعارضة للأفراد أطراف العلاقات التعاقدية من أجل استقرار المعاملات المبرمة ، وهو النهج الذي إتبعه في تقريره لنظرية الغلط ، حيث عمل على تضيق دائرة الطعن بالبطلان لوقوع المتعاقد في غلط ويتضح ذلك من خلال الشروط التي يجب توفرها ليتمكن المتعاقد من التمسك به - البطلان للغلط - وذلك من أجل إيجاد قدر من التوازن بين حماية الإرادة المعيبة وبين المحافظة على مبدأ استقرار المعاملات . وليتمكن المتعاقد من طلب إبطال العقد للغلط لابد عليه أن يثبت جوهرية المعلومات التي وقع في غلط بصدها ، فضلاً عن إثبات إتصال الغلط بالمتعاقد معه ، وقد أدى هذا المسلك بصورة مباشرة إلى تحقيق هدف المشرع في تصنيف دائرة الطعن بالبطلان

¹ عمر محمد عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص . 270-271 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

بسبب الغلط وهو المنهج الذي اعتبره البعض وسيلة محدودة لتحقيق الحماية للمستهلك ،بالنظر إلى الشروط والقيود التي تحكم تمسك المستهلك بإبطال العقد في هذه الفروض¹.

وبذلك ليس من الصعب التمسك بنظرية الغلط ،لعدم صعوبة إثبات جوهرية المعلومات محل الغلط ،وأنها هي الدافع من التعاقد ،فضلا عن عدم صعوبة إثبات علم المتعاقد معه بالغلط أو إحتمالية علمه به ،وذلك راجع إلى أن لتنفيذ الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام دورا وقائيا من الوقوع في الغلط ،حيث يكفي إثبات المستهلك عدم قيام شروط هذا الإلتزام ليتمكن من المطالبة بإبطال العقد .

فمن شروط تنفيذه علم المدين بالمعلومات محل العقد المراد إبرامه ،وهي المعلومات التي تعتبر جوهرية بحيث يتوقف عليها إبرام العقد من عدمه ،وبذلك فإن الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام يساهم في حماية المستهلك من الغلط ،كما يسهل عليه إثبات جوهرية المعلومات وإثبات إتصاله بالمتعاقد معه ،ومع ذلك لا توفر نظرية الغلط حماية فعالة للمستهلك لأنه قد لا يترتب عن الإخلال بهذا الإلتزام تعيب لإرادته ،ومع ذلك يلحقه ضرر نتيجة عدم أدائه .

ثانيا :إبطال العقد على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع : تنص م 352 من ق.م على ضرورة علم المشتري بالمبيع علما كافيا ،ويعتبر كذلك إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه ،فهل يمكن للمستهلك من أن يتمسك ببطلان العقد لإخلال المتعاقد معه بإلتزامه قبل التعاقد بالإعلام على أساس عدم علمه الكافي بالمبيع؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من التمييز بين الجزاء المترتب على عدم العلم الكافي بالمبيع عن غيره من الجزاءات في أنظمة قانونية متشابهة ،ثم التطرق إلى العلاقة بين بطلان العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع ،وببطلان لمخالفة الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام.

¹ عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص 270-271.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

1/ تمييز الجزاء المترتب على عدم العلم الكافي بالمبيع عن غيره من الجزاءات في أنظمة قانونية متشابهة: قد يختلط لدى البعض الجزاء المقرر لعدم العلم الكافي بالمبيع بالجزاء المقرر لعدم تعيين المبيع والجزاء المقرر لتعيب الإرادة نتيجة الغلط .

أ. التمييز بين بطلان العقد لعدم العلم الكافي، والجزاء المترتب عن مخالفة أحكام تعيين المبيع: حسب القواعد العامة في تعيين محل العقد، يترتب عن عدم تعيين المبيع، عدم قيام العقد أصلاً فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً، لأن القانون لا يأخذ بمثل هذه التصرفات، وهو ما نصت عليه م 94 من ق.م: "إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره و إلا كان العقد باطلاً"، أمّا عدم العلم الكافي بالمبيع فلا يمنع من انعقاد العقد صحيحاً منتجا لآثاره، إلا أنه قابل للإبطال لمصلحة المشتري إذا تمسك بذلك¹.

ب. تمييز الجزاء المترتب على عدم العلم الكافي بالمبيع عن الجزاء المقرر لتعيب الإرادة نتيجة الغلط: قد يختلط لدى البعض الجزاء المترتب لعدم العلم الكافي بالمبيع عن الجزاء المقرر لتعيب الإرادة للغلط (م 81 ق.م)²: كلاهما يترتب عنه بطلان العقد لمصلحة المشتري المتعاقد الذي وقع في غلط، باعتباره التزاماً مقرراً بنص القانون حيث تنص م 94 ق.م على بطلان العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع، في حين نصت م 81 على بطلان العقد إذا وقع المتعاقد في غلط. بالإضافة إلى ذلك كلاهما يهدف إلى حماية رضا المتعاقد لدى إبرام العقد.

غير أن الخلاف بينهما يكمن في السبب المؤدي إليهما، حيث لا يشترط وقوع المشتري في غلط ليتمسك ببطلان العقد لعدم علمه الكافي بالمبيع، لذا لا بد من الأخذ بفكرة بطلان العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع بصفة مستقلة عن أحكام الغلط، حيث يكفي في هذه الحالة أن يثبت المشتري جهله بالمبيع ليتمسك ببطلان العقد حتى ولو لم يقع في غلط .

¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 278.

² المرجع نفسه، ص 278-279.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

2 /العلاقة بين البطلان لعدم العلم الكافي والبطلان للإخلال بالإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام :لابد من القول بتطابق الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام وشرط العلم الكافي بالمبيع خاصة فيما يتعلق بإعفاء الدائن من إثبات شروط الغلط عند التمسك ببطلان العقد ،ومن إثبات أيّ تعيب لإرادته ،حيث يكفي فيهما إثبات أنّ العقد قد جاء خاليا من بيان أوصافه وسماته الأساسية ،مع إثبات عدم بذل المدين أي جهد لاستدراك ذلك¹.

إن وصف المدين لمحل العقد المراد إبرامه وصفا دقيقا جامعا مانعا قبل إبرام العقد يمثل تنفيذا لإلتزامه بالإعلام ،ليتعاقد المستهلك بإرادة حرة ومستتيرة ،فيكون عالما بمحل العقد المراد إبرامه ،وهو ما يؤدي إلى إعتبار شرط العلم الكافي بالمبيع تطبيقا تشريعيًا نموذجيا للإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام ،فيما يتعلق بالمعلومات التي تتصل بمحل العقد فقط حيث أن نطاق المعلومات الواجب الإدلاء بها تنفيذا للإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام أوسع من شرط العلم الكافي بالمبيع. فضلا على أنّ جزء عدم العلم الكافي هو البطلان النسبي للعقد ،ما لم يتضمن العقد إشارة إلى علم المشتري بالمبيع فحينها يسقط حقه في المطالبة بالبطلان ،وهو ما أكدته ف.2.م.352.ق.م : "وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال العقد بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع "وهو ما يتطابق مع الجزاء المقرر لدى الإخلال بالإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام إعمالا لوحدة الأساس ،وهو جهل المستهلك لبعض المعلومات التي لو علمها لما أبرم العقد ،وعملا بوحدة الهدف وهو إعادة الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد².

ومنه فإنّ التمسك بعدم العلم الكافي بالمبيع يعد صورة من صور الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام ،أو تطبيقا من تطبيقاته.

الفرع الثاني :قيام المسؤولية المدنية للمورد .

¹ عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص 279.

² عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص 279-280.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

قد يقع المستهلك ضحية إعلام غير كامل، ومع ذلك لا يرغب في إبطال العقد بل يتمسك به، مع استعمال حقه في المطالبة بالتعويض كجزاء عن إخلال المدين بالتزامه - قبل التعاقد بالإعلام - فعلى أي أساس يمكنه المطالبة بحقه في التعويض؟

للإجابة على هذا التساؤل سيتم التطرق إلى طبيعة المسؤولية المدنية للمدين بالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام (أولاً)، ثم دراسة التعويض كأثر لقيام هذه المسؤولية (ثانياً) .

أولاً: طبيعة المسؤولية المدنية للمدين بالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام: المسؤولية المدنية هي الجزاء الذي يقرره المشرع نتيجة مخالفة الشخص للإلتزامات المترتبة على عاقته، قد تكون مسؤولية عقدية أو تقصيرية. ولقد ثار خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية لمسؤولية المدين عن إخلاله بهذا الإلتزام بين من يرى بأنها مسؤولية عقدية، ومن يرى بأنها مسؤولية تقصيرية .

1 / الطبيعة العقدية لمسؤولية المدين عن إخلاله بالتزامه قبل التعاقد بالإعلام: يقصد بالمسؤولية العقدية الجزاء الذي يترتب عن عدم تنفيذ الإلتزام الناشئ عن العقد. ويذهب جانب من الفقه إلى أنّ مسؤولية المدين بالإلتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك، هي مسؤولية عقدية لوجود عقد سابق على العقد الأصلي يعد هو مصدر الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام¹، ويستندون في ذلك إلى الحجج التالية²:

أ / الإتجاه الأول: يؤسس أصحاب هذا الإتجاه الإلتزام بالإعلام على نص م 1135 من ق م.ف المقابلة لنص م 107 ق.م.ج والمتعلقة بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، فعلى الرغم من عدم نص المشرع صراحة على هذا الإلتزام الذي قد لا يتضمنه العقد، إلا أنه يمكن للقاضي

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د. س. ن. ص. 384.

² عبوب زهيرة، المرجع السابق، ص. 136-137.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

إدراجه في مضمون عقد البيع تطبيقاً لقواعد العدالة والعرف التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو المستهلك ،وتحقيقاً للتوازن بين المصالح المختلفة فقد تقتضي طبيعة بعض العقود تضمينها بعض الإلتزامات إلى جانب الإلتزامات الأصلية حتى ولو لم يتم النص عليها صراحة ،كالإلتزام بالسلامة الذي يجب توفره في بعض العقود التي قد يترتب عن تنفيذها تهديد بصحة وسلامة المستهلك ،ويعتبر الإلتزام بالإعلام إلتزاماً ناشئاً عن الإلتزام العام بالسلامة فأىّ تقصير من المتدخل بعدم تنفيذه لهذا الإلتزام يترتب قيام مسؤوليته العقدية عما يصيب المستهلك من ضرر .

ب / الإجاه الثاني: يسمح إعتبار مسؤولية المدين عن إخلاله بالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام بأنها عقدية ،من إمكانية رجوع المستهلك على أي من المتدخلين الوستاء ،وهو الأمر الذي لا يكون إلاّ في إطار مجموعة عقدية ،فيمكن إذا للمستهلك ممارسة دعوى عقدية ضد أيّ متدخل ،حتى ولو لم يتعاقد معه مباشرة ،فتداخل العلاقات في المجموعة العقدية يمثل بديلاً عن التعاقد المباشر .ويرفض أغلب الفقه هذا التكييف الخاطئ للإلتزام والمسؤولية الناجمة عن الإخلال به لعدم وجود أي دليل على قيام تعهد عقدي سابق في كل العقود ،وأنّ افتراض وجود مثل هذا العقد يؤدي إلى إعتباره تعهداً ثانوياً يبطل التصرف الأصلي ،ويقضي على فكرة استقلالية الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام¹.

ومما سبق فإنّه لا يمكن الأخذ بفكرة الطبيعة العقدية للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام لأنّه: فعلاً لا يوجد أي عقد بين الطرفين ينص على هذا الإلتزام ،وأنّ القول بالطبيعة العقدية يقضي على خاصية مهمة للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام ،وهي ميزة الإستقلالية ،التي تميزه عن غيره من الإلتزامات الأخرى.

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم ،المرجع السابق ،ص 384.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

2 / الطبيعة التقصيرية لمسؤولية المدين عن إخلاله بالإلتزام قبل التعاقد نص المشرع على المسؤولية التقصيرية بموجب م 124 ق.م¹، ويقصد بها: "تلك المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بالإلتزام فرضه القانون وذلك بتعويض الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن هذا الضرر وبين المضرر"².

رغم صحة هذا التعريف إلى حد ما، إلا أنه يجب التحفظ حول عبارة "...دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن الضرر وبين المضرور"، لأنه قد تنشأ المسؤولية التقصيرية في علاقة عقدية ومع ذلك يكون الخطأ غير عقدي، كأن يكون سابقا عن التعاقد أو لاحقا عنه فليست العبرة هنا بوجود العقد من عدمه، وإنما العبرة بنوع الخطأ المرتكب، إذا كان عقديا فهي مسؤولية عقدية وإذا كان غير عقدي فيترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية.

فالمسؤولية الناجمة عن إخلال المدين بالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام إذا هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية، لأنه إلتزام قانوني وأن الخطأ غير عقدي بإعتباره سابقا عن التعاقد وبذلك يسأل المدين بتعويض كل الأضرار التي تصيب المستهلك.

ثانيا: التعويض كأثر لقيام المسؤولية التقصيرية: يجد التعويض عن الضرر كجزاء لقيام المسؤولية التقصيرية أساسه في نص المادة 124 ق.م، و م 65 ف 2 ق.م.ت³، فحسب م 124 ق.م فإنه يشترط لتمسك الدائن بدعوى المسؤولية التقصيرية والمطالبة بالتعويض ضرورة توفر أركانها، وهي: الخطأ، الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

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

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 12.

³ م 65 ف 2: "كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

1 /الخطأ :يتمثل الخطأ هنا في إخلال المدين بالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام ،وقد يكون الخطأ سلبيا كعدم قيام المدين بإعلام المستهلك بالمعلومات الواجب الإدلاء بها ،وقد يكون إيجابيا كتقديم معلومات غير صحيحة حول محل العقد المراد إبرامه.

2 /الضرر :لابد من أن يلحق المستهلك ضررا نتيجة عدم إعلامه ،أو عدم صحة المعلومات المقدمة له ،فلا تعويض دون ضرر،سواء كان ضررا ماديا أو معنويا ،وهو ما نصت عليه م 19 ق.ح.م.ق.غ :**"يجب ألا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية ،وأن لا تسبب له ضررا معنويا"**.

وقد يكون الضرر المادي جسديا كأن يمس بصحة وسلامة المستهلك ،أو ماليا كعدم النص أن الثمن لا يشمل مصاريف استخدام الشبكة العنكبوتية أولا يشمل بعض المصاريف الإضافية كمصاريف الشحن والنقل.

أما الضرر المعنوي فقد يتحقق إذا لحق المستهلك أذى في عقيدته مثلا ،كأن لا يتم إعلامه من طرف شركات خدمات التوصيل أن المشروب يحتوي على الكحول ،أو لا يتم إعلامه بأن قالب الحلوى الذي طلبه مصنوع من جيلاتين حيواني يعود للحم الخنزير .

3 /العلاقة السببية بين الخطأ والضرر :حيث لا يكفي إخلال المدين بالإلتزامه قبل التعاقد بالإعلام ،بل لابد من أن يلحق المستهلك ضررا ليتمكن من ممارسة حقه في المطالبة بالتعويض ،فلا تعويض دون ضرر. وتتحقق العلاقة السببية بأن يكون الضرر ناتجا عن الخطأ .ويقع على الدائن عبئ إثبات الضرر الذي لحقه ،وما على المدين إلا إثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة ويتحقق هنا - في الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام - إذا أثبت أنه خطأ فني أو تقني لايد له فيه ،أو أن يثبت خطأ الغير كأن يكون الإخلال راجع إلى المعلن إن لم يكن هو المتدخل ،وتجب الإشارة إلى أنه يمكن للمستهلك أن يتمسك بالتعويض بصفة مستقلة عن طلب إبطال العقد ،الذي يعتبر جزاء غير فعال في حماية المستهلك ،وقد يكون جزاء غير

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ملائم للضرر الذي أصابه، كما يمكن له المطالبة بالتعويض مع إبقاء العقد قائماً. وهو ما يذهب إليه أيضا الأستاذ خالد مصطفى فهمي¹ .

والسؤال المطروح: هل تكفي أو توفر هذه الجزاءات من الناحية الواقعية حماية فعالة للمستهلك المتعاقد إلكترونياً في ظل التحديات التكنولوجية، وجهل المستهلك الفني والتقني بها، فضلاً عن جهله بالمعلومات الواجب معرفتها عن المنتج ليتعاقد بإرادة حرة مستتيرة؟

مما سبق يمكن القول أنّ هدف المستهلك من الإقدام على التعاقد هو تحقيق رغباته المشروعة دون أي خداع ليستفيد من المنتج، فلا يمكن أن يتصور أن المستهلك سيقوم بالتعاقد من أجل أن يبطل العقد أو يطالب المورد بالتعويض، لأن في ذلك إرهاب له من جميع النواحي، وهو تفكير لا يتناسب مع العقل السليم، كما أن الحكم بالبطلان لا يتناسب والهدف من التعاقد وهو الاستفادة من المنتج هذا من جهة، ومن جهة أخرى فحتى ولو تم افتراض وقوع المستهلك ضحية إعلام غير كامل أو غير صحيح، فإنّ اللجوء إلى القضاء يتطلب طول الإجراءات فضلاً عن الخسارة المادية والتعب الجسدي الذي قد تفوق قيمته قيمة المنتج الذي تعاقد حوله، مما يجعل عديد المستهلكين يرفضون أو يتهربون من اللجوء للقضاء ربحاً للوقت والمال والجهد، (قد تكون نفقات التقاضي أكبر من قيمة التعويض) .

كما أن التفاوت المعرفي بين المدين والدائن بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام يسمح للمدين من البحث عن الثغرات التي تمكنه من التهرب من المسؤولية، فلا يمكن للمستهلك أن يثبت الخطأ والضرر الذي لحقه، وإنّ سهل إثبات الخطأ، فمن الصعوبة بما كان إثبات وقوع الضرر وعلاقته بالخطأ، فضلاً عن صعوبة تقدير الضرر، وإذا كان الإثبات صعباً في العقود التقليدية، فما بالك بالعقود الإلكترونية التي تعرف تدخل العديد من الوسطاء مما يصعب معه تحديد المسؤوليات، فضلاً عن ما إذا كان أحد المتعاقدين طرفاً أجنبياً وهو ما يخشى منه المستهلك

¹ خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص. 215-217.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

،ونظرا لهذه الصعوبات فإنّ المستهلك ورغم تضرره إلاّ أنّه لا يفضل اللجوء إلى القضاء لا للمطالبة بالبطلان ،ولا بالتعويض .

إن تقرير هذا الجزء - البطلان والتعويض - لا يحقق حماية فعالة للمستهلك المتعاقد إلكترونيا من إخلال المدين بالتزامه قبل التعاقد بالإعلام ،لأنّ الخبرة الفنية والتقنية للمهني ستسمح له بالتهرب من المسؤولية خصوصا أمام التعقيدات التكنولوجية

فالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني يشكل ضمانا فعالة لحماية المستهلك من أنّ يقع ضحية إحتيال إلكتروني ،فمتى ما توفرت المعلومات وامتازت بالدقة والوضوح والتفصيل إطمأن المستهلك وازدادت ثقته في محتوى الإعلان ،وتأكد من جديته ،والعكس صحيح إذا لم ينور ولم يعلم بتفاصيل العقد وشروطه الجوهرية نقصت ثقته فيه ،وتغلغل الشك في نفسيته عن جدية محتوى الإعلان ،وأنته لا يعد وسيلة للإحتيال عليه وإلحاق أضرار مادية أو معنوية به .

وتجب الإشارة إلى أنّ المشرع قد أقرّ حق المستهلك في العدول عن العقد دون أي سبب ودون تحمل مصاريف إضافية من جانبه ،وهو نظام يختلف عن البطلان الذي لا بد من إثبات أركانه ليتمكن المستهلك من التمسك به ،ولا يخفى على أحد أنّ حماية المستهلك من الإخلال بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد يستمر إلى وقت تنفيذ العقد ،وهي اللّحظة التي يكتشف فيها الدائن إخلال المدين بهذا الإلتزام ،فهل يشكل نظام العدول حماية للمستهلك من إخلال المدين بالتزامه قبل التعاقد بالإعلام؟ وهو ما سيتم الإجابة عليه لاحقا عند دراسة نظام العدول .

المبحث الثاني: الجزاءات المدنية المقررة لمواجهة الإعلانات التجارية الإلكترونية غير المشروعة .

إنّ الإنترنت سلاح ذو حدين فرغم مميزاتها والتسهيلات التي منحتها للأطراف، إلا أنّ مخاطرها عديدة حيث أصبحت تشكل تهديدا خطيرا على صحة وسلامة مستخدميها، يكون مصدرها-الخطورة- في أغلب الأوقات الإعلانات التي تغزوها وتكسبها وصف الإعلانات غير المشروعة، والتي سبق تحديدها - الإعلانات التجارية الكاذبة والمضللة، الإعلانات غير المرغوب فيها، والإعلانات المقارنة - .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

قد يكون المورد هو المعلن في حد ذاته خصوصا إذا توفرت فيه الخبرة التقنية والفنية اللازمة في تصميم وتركيب الإعلان وعرضه ،كما قد لا يكون كذلك لأنّ الإعلان الإلكتروني قد يتطلب تدخل مجموعة من الأشخاص في عملية إعداده وبثه ،كأن يعهد المورد إلى وكالة الإعلان من أجل أنّ تتولى هذه المهمة فهل تقوم مسؤوليتهم المدنية عن محتوى الإعلانات غير المشروعة ؟

إنّ عملية عرض الإعلانات عبر الإنترنت عملية فنية معقدة تتطلب تدخل جهات أخرى كوسطاء الشبكة العنكبوتية ،أو الأشخاص القائمين على تسييرها وتنظيمها ،بدءا بمورد خدمة الدخول إلى الشبكة ،مرورا بمقدمي خدمات البحث فمزودي خدمات الإيواء والذين يتولون مهمة إيواء وحفظ المعطيات لصالح المستخدم فمزود المعلومات أو مورد المعلومات يتولى مهمة بث المعلومات محل البحث ،فما هو الدور الذي يلعبه هؤلاء الأشخاص في عملية بث الإعلانات ؟ ،وبعبارة أدق ما علاقتهم بالإعلانات التجارية الإلكترونية غير المشروعة إذا لم يشاركوا في إعدادها وبثها ،خصوصا وأنّ أغلبهم له دور فني فهل تمتد أحكام المسؤولية المدنية لتشملهم ؟

وبهذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأوّل: المسؤولية المدنية لأطراف عقد الإشهار التجاري الإلكتروني غير المشروع.

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للقائمين على تنظيم خدمة الإنترنت .

المطلب الأول: المسؤولية المدنية لأطراف عقد الإشهار التجاري الإلكتروني غير المشروع.

في حال ما إذا تضرر المستهلك من الإعلانات التجارية الإلكترونية لعدم مشروعيتها فإنّ القانون خول له بموجب القواعد العامة إمكانية رفع الدعاوى المدنية ضد المعلن ، وذلك لمطالبته إمّا بالتنفيذ العيني إنّ كان ممكنا ، أو اللّجوء إلى دعوى إبطال العقد لوقوعه ضحية تدليس ،بالإضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض عن مختلف الأضرار التي لحقتة .

فالمعلن هو المسؤول الأوّل مدنيا عن تأثير الإعلانات التجارية غير المشروعة على المستهلك ،والتّي تدفعه إلى التعاقد حول منتجات لم تكن محل إهتمامه سابقا ،أو تدفعه إلى

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

تغيير إرادته للتعاقد حول منتجات لم تكن هي المقصودة منذ البداية .ولقد سبقت الإشارة إلى أنّ مسؤولية المعلن تختلف باختلاف الطبيعة القانونية للإعلان بين عقدية إذا اعتبر الإعلان إيجابا ،وتقصيرية إذا عدّ الإعلان دعوة للتفاوض .

وبذلك سيقسم هذا المطلب إلى فرعين ،يدرس الفرع الأول :رفع الدعاوى المدنية ضد المعلن ،في حين يدرس الفرع الثاني :الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لأطراف عقد الإعلان التجاري غير المشروع .

الفرع الأول :رفع الدعاوى المدنية ضد المعلن .

قد تلحق المستهلك مجموعة من الأضرار نتيجة بث إعلانات تجارية إلكترونية غير مشروعة كما أنّ آثار الخداع الإعلاني لا تتوقف على شخص معين ،بل تمتد لتشمل الحياة الإقتصادية للمجتمع بأكمله ،وهو ما جعل عديد التشريعات الدولية والوطنية تعتبر الخداع الإعلاني جريمة يعاقب عليها القانون ،تستوجب التعويض لجبر الضرر الذي لحق بالمستهلك ،ولم يكن المشرع الجزائري بمعزل عن هذا الطرح حيث أقرّ حظر الإعلانات الكاذبة والمضللة بالإضافة إلى الإعلانات المقارنة ،والإعلانات غير المرغوب فيها (spam) .

ومن البديهي أن لا يتصور وجود عقد يجمع المستهلك والمعلن في المرحلة السابقة عن التعاقد ،وبذلك تتعدّد المسؤولية التقصيرية للمعلن عن الأضرار التي تلحق المستهلك نتيجة الأخطاء المرتكبة من طرفه -المعلن .

أمّا إذا تمّ إبرام العقد فلا بد حينها من حماية المستهلك من آثار الخداع الإعلاني ،حيث يمكن له حسب القواعد العامة في القانون المدني أن يطالب بالتنفيذ العيني للإلتزام إن كان ممكنا أو التنفيذ بمقابل ،كما يمكنه التمسك بإبطال العقد لوقوعه ضحية تدليس ،فضلا عن حقه في المطالبة بالتعويض .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أولاً: دعوى التنفيذ العيني للإلتزام: قبل التطرق إلى موضوعها ،لابد من تحديد المقصود بالتنفيذ العيني ،ومدى صلاحية تطبيقه في العقود المبرمة عن بعد.

1/ المقصود بالتنفيذ العيني للإلتزام: تسمح قواعد القانون المدني للمستهلك -باعتباره مدينا- الذي وقع ضحية إعلان إلكتروني غير مشروع أن يطالب المعلن بتسليم مبيع من النوع ذاته الذي تضمنه الإعلان ،وهو ما نصت عليه م 164 من ق.م.ج :**"يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً"** ،ويقصد بالتنفيذ العيني للإلتزام إعطاء المدين للدائن الشيء نفسه الذي تمّ الإعلان عنه ،فالأصل هو التنفيذ العيني ،بالشروط التي تمّ الإتفاق عليها إعمالاً لمبدأ حسن النية ،وسمي بالتنفيذ العيني للإلتزام لأنّ المدين يلزم بتقديم عين ما أتفق عليه فإذا أخل بهذا الإلتزام جاز للدائن رفع دعوى لإلزامه بالتنفيذ.

وتجب الإشارة إلى أنّه على الرغم من اعتبار أن التنفيذ العيني للإلتزام هو الأصل في أنواع التنفيذ ،وأنّ الإخلال به يسمح للدائن برفع دعوى للمطالبة به ،إلاّ أن الدعوى - دعوى التنفيذ العيني - تتوقف على مسألة مهمة لطالما أسالت حبر الفقهاء ،وهي القيمة القانونية للإعلانات التجارية الإلكترونية ،ومدى اعتبارها إيجاباً أو دعوة للتعاقد.

لقد سبق وأن تمت معالجة مسألة الطبيعة القانونية للإعلانات التجارية الإلكترونية والتي يستوجب تكييفها على أنّها إيجاب صادر من المعلن متى ما تضمنت شروطه ،وذلك بتحديد الخصائص الجوهرية للشيء محل العقد ،وهو ما يتماشى ومتطلبات حماية المستهلك لما فيه من حرص للمعلن بتوخيّه الحيطة والحذر قبل بثّ الإعلانات ،الأمر الذي سينعكس إيجاباً على صدق ونزاهة الإعلانات مما يعزز ثقة المستهلك في التعاقد عن بعد هذا من جهة ،ومن جهة أخرى سيسمح اعتبار الإعلان إيجاباً للمستهلك من أن يؤسس دعواه على أساس المسؤولية العقدية ،أفضل من اعتباره مجرد دعوة للتفاوض ،والذي يترتب عليه قيام المسؤولية التقصيرية

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

للمعلن ،ولا يخفى على أحد أن تأسيس الدعوى على أساس المسؤولية العقدية أضمن وأسهل للمستهلك ،لسهولة الإثبات حيث يكفي مجرد إخلال المعلن بإلتزامه لقيام مسؤوليته ،أمّا المسؤولية التقصيرية فيقع عبئ الإثبات فيها على المستهلك ،بحيث يجب عليه إثبات أن الضرر ناجم عن خطأ من جانب المعلن .

2/ شروط المطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام :نص المشرع الجزائري على التنفيذ العيني للإلتزام بموجب أحكام القانون المدني ،واشترط للمطالبة به جملة من الشروط تتمثل في :

الشرط الأول : أن يكون التنفيذ العيني ممكنا :قبل التحدث عن أي شرط لابد من التحقق من أن التنفيذ العيني للإلتزام ممكن التطبيق ،وبعبارة أخرى لابد أن يكون للمستهلك (الدائن) الحق في مطالبة المعلن (المدين) بالتنفيذ العيني مادام ذلك ممكنا¹ ،فإذا استحال التنفيذ بخطأ من المعلن فيكون التنفيذ عن طريق التعويض ،أمّا إذا كانت الإستحالة بسبب أجنبي لايد للمعلن فيه ينقضي الإلتزام العيني² ،وبذلك يشترط للحكم بالتنفيذ العيني ،أن يكون ممكنا فإذا استحال تنفيذه عينا ،حكم على المدين بالتعويض لعدم الوفاء بإلتزامه ما لم يثبت أن الإستحالة بسبب أجنبي لايد للمدين فيه ،وهو ما نصت عليه م 176 من ق.م.ج: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه إلتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لايد فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه".

¹ م 164 ق.م.ج ،"يجبر المدين بعد إذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذا عينا ،متى كان ذلك ممكنا".

² محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ،ص 22-23.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الشرط الثاني: أن يطلب الدائن التنفيذ العيني: وهو شرط بديهي فإن لم يطلب المستهلك من المعلن تنفيذ عين ما تم الإتفاق عليه لا يمكن الحديث عن دعوى التنفيذ العيني للإلتزام وتكون المطالبة بالتنفيذ بعد إعداره للمدين حسب م 164 ق.م.ج - السابقة الذكر.

الشرط الثالث: إعدار المدين (المعلن): نصت على هذا الشرط م 164 من ق.م.ج والإعذار هو تنبيه المدين بضرورة الوفاء بإلتزامه، وهو إجراء وجوبي في التنفيذ العيني، فإن لم يتم الدائن بإعداره ورفع دعوى للمطالبة بالتنفيذ وعرضه المدين فإن الدائن هو من يتحمل مصاريف الدعوى¹.

سيتم التفصيل فيه عند التطرق إلى حق المستهلك في المطالبة بالتعويض سواء عند عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ. فإذا لم يتم المعلن بتنفيذ إلتزامه رغم توافر هذه الشروط جاز للمستهلك أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المعلن بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة (الشيء محل العقد المراد) دون إخلال بحقه في التعويض وهو ما نصت عليه ف 2 م 166 ق.م.ج².

وتجب الإشارة إلى أنه لا يمكن المطالبة بالتنفيذ العيني في كل العقود الإلكترونية، أيّ أن للتنفيذ العيني للإلتزام خصوصية في العقود المبرمة عن بعد فإذا كان موضوعه ممكن التطبيق في كل العقود التقليدية كنقل حق عيني أو إنشائه، والإلتزام بالقيام بعمل، أو أن يكون محله الإمتناع عن عمل، وبالتالي كل الممارسات ممكنة، فإنّ موضوعه أو محله في العقود الإلكترونية مختلف بدليل حظر المشرع لكل معاملة إلكترونية يتعلق محلها بسلعة أو خدمة

¹ المرجع نفسه، ص 22.

² م 166 ف.2 ق.م.ج: "...فإذا لم يتم المدين بتنفيذ إلتزامه، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

تستوجب إعداد عقد رسمي ،وهو ما نص عليه بموجب م 03 ف 2 ب(البند) 06 من ق.ت.إ. : "...غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الإتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي:

... كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي".

فإذا وقع وأن تمّ الإعلان عن سلعة أو خدمة تستوجب عقد رسمي كالتعامل في العقارات فإنّ المستهلك ضحية الإعلان غير المشروع لا يمكنه رفع دعوى التنفيذ العيني لبطان محل العقد ؛لأنّ العقود التي تتطلب إفراغها في قالب رسمي كنقل العقارات أو الحقوق العقارية مثلا تخرج من دائرة المعاملات الإلكترونية ،وفي هذه الحالة لا يبقى للمستهلك ضحية الإعلانات غير المشروعة إلاّ حق المطالبة بالتعويض .

ولعلّ الحكمة من إخراج العقود الرسمية من دائرة المعاملات الإلكترونية تكمن في خطورة هذه المعاملات كونها تمس بمراكز قانونية ثابتة ،بالإضافة إلى خطورتها على أمن وسلامة التراب الوطني فالعقار مثلا يعتبر جزءا لا يتجزأ من إقليم الدولة هذا من جهة ،ومن جهة أخرى فإنّ الإفتقار إلى الجهات القانونية التي تتولى بصفة فعلية مهمة التوثيق وخدمات التصديق الإلكترونية ،قد يكون سببا في إخراجها حيث لا تزال وتيرة إنجازها تعرف بطنا كبيرا وبمجرد تجهيز البيئة الإلكترونية اللازمة قد يدخل المشرع العقود الرسمية في دائرة المعاملات الإلكترونية .

ويمكن اللجوء إلى التنفيذ العيني للإلتزام إذا كان الضرر الذي لحق بالمستهلك ناجم عن الإعلانات المزعجة عن طريق إزالة الإعلان المزعج الذي تم مخالفة لرغبة المستهلك حيث نصت م 32 من ق.ت.إ. على ما يلي : "يجب على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أيّ إشهار منه عن طريق الإتصالات الإلكترونية ،دون مصاريف أو مبررات .

وفي هذه الحالة ،يلزم المورد الإلكتروني بما يأتي :

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

• تسليم وصل استلام عن طريق الإتصالات الإلكترونية يؤكد من خلاله للمعني تسجيل طلبه؛

• إتخاذ التدابير اللازمة لتلبية رغبته في غضون 24 ساعة".

من خلال نص المادة يلزم المورد بتمكين المستهلك من إبداء رغبته بعدم تلقي أي إعلانات إلكترونية ،من خلال وضع منظومة إلكترونية تسمح بذلك ،وفي حال ما إذا قام بإرسال رسالة إلكترونية تحتوي إعلانا تجاريا لسلعة أو خدمة مخالفة لرغبة المستهلك ،فإنه يجوز له حسب القواعد العامة المطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام ،والذي يكون ممكنا من خلال إزالة الإعلانات المزعجة فضلا عن حقه في المطالبة بالتعويض ،وهو ما تضمنته م 40 من ق.ت.إ.ج بنصها على :**"دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض ...من يخالف أحكام المواد 30 و 31 و 32 و 34 من هذا القانون "** .

ولا يعفى المعلن من المسؤولية إلاّ إذا أثبت قيامه بوضع منظومة إلكترونية تسمح للمستهلك من التعبير عن إرادته بعدم تلقي أي إعلانات ،ومع ذلك لم يسجل المستهلك طلبه والعكس صحيح يمكن للمستهلك استظهار الوصل الذي يؤكد تسجيل طلبه بعدم تلقي أي إعلان إلكتروني ليثبت قيام مسؤولية المعلن .

فإذا وقع العمل المخالف للإلتزام بالإمتناع ،فإنّ التنفيذ العيني للإلتزام يكون ممكنا من خلال إزالة ما وقع فإذا لم يقدّم بذلك جاز للمستهلك أن يحصل على رخصة من القضاء لإزالته على نفقة المعلن ،وهو ما نصت عليه م 173 من ق.م.ج :**"إذا التزم المدين بالإمتناع عن عمل وأخل بهذا الإلتزام جاز للدائن أن يطالب بإزالة ما وقع مخالف للإلتزام ويمكنه أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين "** .

وما يلاحظ مما سبق صعوبة اللجوء إلى التنفيذ العيني للإلتزام في إعلانات البريد المزعجة Spam ،بحيث لا يمكن للمستهلك أن يسمح للمعلن بالحصول على كلمة المرور لدخول

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

بريده الإلكتروني وإزالة الإعلانات المزعجة، بل سيقوم بنفسه بإزالة يبقى له فقط المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به سواء كانت مادية إذا تمت الطباعة المباشرة للإعلانات بمجرد تشغيل الطباعة، أو الضرر المعنوي الناجم عن الوقت الضائع الذي استغرقه المستهلك في حذف الرسائل. فللتنفيذ العيني للإلتزام خصوصية في ظل المعاملات الإلكترونية لا بد من مراعاتها .

وأقر المشرع للمستهلك حق المطالبة بالتعويض عن إخلاله بالإلتزامه بالإمتناع عن إرسال رسائل إعلانية عبر الإتصالات الإلكترونية، وهو ما تضمنته م 40 من ق ت إ، وألزم المشرع بموجب م 32 من نفس القانون المورد بضرورة إنشاء منظومة إلكترونية يسمح من خلالها للمستهلك بأن يبدي رغبته برفضه تلقي أية رسالة إعلانية، كما ألزمه أيضا بضرورة تسليم وصل استلام عبر الوسائط الإلكترونية يؤكد من خلاله للشخص المعني بأنه قد تم تسجيل طلبه، على أن يتم ذلك في أجل 24 ساعة من تلقيه رغبته برفض الرسائل الإعلانية وتقوم مسؤولية المورد في حال ما إذا لم يتحصل على الموافقة المسبقة للشخص المعني بتلقي رسائل إعلانية، وليعفي نفسه منها يقع عليه عبئ إثبات أن إرسال الإعلانات قد تم بعد الحصول على موافقة المستهلك المسبقة، وهو ما تضمنته م 33 من نفس القانون بنصها: "في حالة نزاع، ينبغي للمورد الإلكتروني أن يثبت أن إرسال الإشهارات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرّة، وأنّ شروط المادة 30 أعلاه قد تمّ استيفائها" .

ولم يحدد المشرع وسيلة الإثبات، والتي تستشف من نص م 32 أين يعتبر وصل الاستلام الذي يتضمن موافقة الشخص المعني على تلقي الإعلانات دليلا على إنقضاء المسؤولية المدنية للمورد. أمّا إذا تضمن الوصل رفض المستهلك لها لا يمكن للمورد أن يتهرب من المسؤولية .

ثانيا: دعوى إبطال العقد لوقوع المستهلك ضحية تدليس: يجيز القانون المدني لكل من وقع ضحية تدليس أن يرفع دعوى لإبطال العقد كوسيلة لحماية المتعاقد، فهل يمكن للمستهلك

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

في إطار العقود الإلكترونية اللجوء لهذه الوسيلة ،وبعبارة أخرى هل يمكن تطبيق أحكام دعوى التدليس على العقود الإلكترونية؟

نص المشرع الجزائري على التدليس بموجب م 86 و 87 ق .م حيث تنص م 86 على ما يلي : "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .

ويعتبر تدليسا سكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة".

أمّا م 87 من ق.م فنصت على ما يلي : "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ،ما لم يثبت أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم ،أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

يلاحظ أن المشرع لم يعرف التدليس بل اكتفى بالنص عليه فقط ،ويقصد به : "استعمال وسائل الحيلة أو الخدعة أو أساليب التضليل بقصد إيهام الشخص بغير الحقيقة والتأثير على إرادته وإيقاعه في غلط يحمله على التعاقد". أو قيام شخص باستعمال طرق احتيالية لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى إبرام العقد¹.

إنطلاقا من التعريف السابق فإن التدليس يتحقق بتوفر الشروط التالية:

1 / استعمال طرق احتيالية من طرف المعلن : إن التدليس نوعان ،قد يكون بعمل إيجابي باستعمال وسائل احتيالية بهدف إيقاع المستهلك في غلط يدفعه إلى التعاقد ،مثمنا قد يقع بعمل سلبي وهو سكوت المعلن عن ذكر بعض المعلومات المفيدة التي لو علم بها المستهلك لما

¹ يوسف عودة غانم المنصوري ،المرجع السابق ،ص . 319.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أقدم على إبرام العقد¹، وهو ما نصت عليه م 86 ف 1 و 2 ق.م، وتتمثل الطرق الاحتمالية في عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي².

أ/ **العنصر المادي**: يتجسد العنصر المادي في الوسائل والطرق الاحتمالية، والتي تتمثل في التصرفات التي تهدف إلى التأثير في نفسية المستهلك لإيهامه بأن الصفقة مريحة له، ليتفاجئ بعد ذلك بأنه وقع ضحية تدليس، وتختلف وسائل التدليس وتتعدد باختلاف وتعدد محل العقد المراد إبرامه .

ولا يخفى على أحد أن الشبكة العنكبوتية تعتبر فضاء خصبا للتدليس والخداع خصوصا وأن المستهلك يتعاقد حول سلع و خدمات لا يراها ولا يعلم هوية المعلن عنها فضلا عن عدم تمكنه من الإستفسار حولها .

ب/ **العنصر المعنوي**: يتمثل في نية التضليل بهدف الوصول إلى غرض غير مشروع فإذا انعدمت نية التضليل فلا وجود للتدليس، وإن وقع المستهلك في غلط فإن العقد يكون قابلا للإبطال بسبب الغلط لا التدليس.

2/ **أن يكون التدليس دافعا للتعاقد**: يجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، حيث نصت م 86 ف 1 ق.م 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" وبذلك يكون التدليس عيبا من عيوب الإرادة ولقاضي الموضوع أن يقدر - حسب سلطته التقديرية - درجة جسامة الوسائل المستعملة في التدليس .

3/ **صدور التدليس من المعلن او علمه به إذا صدر من الغير**: ليطمسك المستهلك بدعوى التدليس للمطالبة بإبطال العقد فقد اشترط المشرع بموجب م 186 ف 1 و م 87 ق.م أن

¹ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 98.

² هند رشيد حسن الحصني، المرجع السابق، ص. 154-155. بتول صراوة عبادي، المرجع السابق، ص. 183-184.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

تصدر الطرق الاحتيالية من أحد المتعاقدين (المعلن) أو عن نائبه، أو أن تصدر من غير المتعاقد معه (المعلن) لكن بشرط علمه أو احتمالية علمه بأن الطرق المستعملة تدليسية .

وعن مدى إمكانية تطبيق نظرية التدليس المنصوص عليها في القانون المدني على الإعلانات التجارية الإلكترونية المشروعة، وهل توفر حماية للمستهلك المتعاقد إلكترونياً أم لا؟ يمكن القول مبدئياً أن دعوى التدليس لا تصلح لتطبيق على كافة الإعلانات المحظورة فإذا كانت قد تجد لها تطبيقاً في ظل الإعلانات الخادعة (الكاذبة والمضللة) مع التحفظ على صلاحية تطبيقها لعدة اعتبارات، فإنها لا تصلح لتطبيق على الإعلانات المزعجة، ولا على الإعلانات التجارية الإلكترونية المقارنة التي تستهدف العون الإقتصادي المنافس.

إن دعوى التدليس (المدني) لا توفر حماية فعالة للمستهلك المتعاقد عن بعد من الإعلانات التجارية غير المشروعة للأسباب التالية :

- أن إقامة دعوى التدليس للخداع الإعلان تفترض وجود عقد بين المعلن والمستهلك هذا من جهة ومن جهة أخرى ضرورة صدور الوسائل الإحتيالية من المعلن أو من ينيوه، أو من الغير مع علمه - المعلن - بذلك وهو أمر صعب جداً في ظل العقود الإلكترونية التي تنتقل فيها المنتجات من شخص لآخر؛ فقد تصل إلى البائع الذي يتعامل فيها مع المستهلك دون علمه بما يحتويه الإعلان من كذب أو تضليل، ففي هذه الحالة لا يمكن مساءلته ولا يحق للمستهلك المطالبة بإبطال العقد لأنّ الخداع لم يكن من البائع باعتباره ليس المعلن ولا يعلم بذلك .

- صعوبة إثبات التدليس في ظل العقود التقليدية فما بالك بالعقود الإلكترونية التي يفترق فيها المستهلك للخبرة الفنية والتقنية وحتى الخبرة والمعرفة بالمنتجات محل التعاقد، فضلاً عن صعوبة اكتشافه أصلاً، مع تعذر اكتشاف نية المعلن .

- أن القول بجسامة الطرق الاحتيالية المستخدمة في الاحتيال على المستهلك قد يمس بمصلحته ويجعله يتخوف من اللجوء للقضاء للمطالبة بحقه، نظراً لافتقاره للخبرة التي

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

تسمح له بتحديد جسامه الوسائل التديسية ،وهو أمر صعب على قاضي الموضوع فما بالك بالمستهلك!

- إن الهدف من الاستجابة للإعلان إقدام المستهلك على التعاقد للإنتفاع بالمنتجات التي قام بإقتنائها فالقول بإبطال العقد نظرا لوقوعه ضحية تدليس لا يتناسب والغايات المشروعة للمستهلك .

ولهذه الاعتبارات يمكن القول أن تطبيق دعوى التدليس بالشروط المنصوص عليها في ظل القواعد العامة لا تصلح لحماية المستهلك من الإعلانات الإلكترونية غير المشروعة لذلك لابد من تعديل أحكامها لتتناسب مع العقود الإلكترونية ،وأن يتم إدراجها بنصوص خاصة ضمن قانون التجارة الإلكترونية ،أو إيجاد وسائل حماية أخرى.

ثالثا: دعوى التعويض : إن إتمام الإعلان التجاري بالخداع يفترض وجود خطأ ما من جانب المعلن ،حيث يسعى إلى خداع المستهلك عن طريق إبراز صفة أو أكثر في السلعة أو الخدمة المعلن عنها ،غالبا ما تكون جوهرية بالنسبة للمستهلك بصورة غير التي هي عليها في الحقيقة ،فتدفعه إلى التعاقد معتقدا أنها تلبى حاجياته المشروعة ؛بينما الحقيقة خلاف ذلك ويترتب على وجود هذا الإختلاف بين حقيقة مقومات المنتجات وبين الصورة المعلن عنها إلحاق ضرر بالمستهلك بما يتحقق معه شروط قيام مسؤولية المعلن فيكون للمستهلك في هذه الحالة الحق في المطالبة بالتعويض.¹

وطلب التعويض يتم بصفة مستقلة دون وجود أي تداخل بين المطالبة بالتعويض ودعوى تنفيذ الإلتزام التعاقدية ،أو دعوى التدليس ،حيث أنّ لكل منهما مجالها الخاص بها من حيث الشروط والأهداف ،وهو - طلب التعويض - مكنة منحها المشرع للمستهلك ليستطيع بموجبها

¹ موفق حماد عبد ،المرجع السابق ،ص 86.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

جبر الأضرار الواقعة عليه ،كأثر لدخوله في علاقة مع المعلن اتسمت منذ بدايتها بالخداع من جانب المعلن.¹

فبالنسبة لدعوى التنفيذ العيني للإلتزام فالمشرع لم يهمل حق المستهلك في التعويض متى كان ذلك ممكنا وهو ما نصت عليه م 166 ف2 ق.م "...كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض ."

وبالنسبة لدعوى التدليس فإنه يجوز أيضا للمدلس عليه أن يرفع دعوى بتعويض الأضرار الناجمة عن استعمال المعلن لوسائل احتيالية ،وذلك حسب قواعد المسؤولية التقصيرية ،والتي نص عليها المشرع بالمواد من 124 إلى 140 مكرر 1 ق.م .

وليرفع المستهلك دعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية أمام القضاء المدني لابد عليه من إثبات أركانها ،وهي الخطأ بإثبات وقوعه من جانب المعلن أو من ينوبه (وكالة الإعلان، الناشر الإلكتروني إذا كان على علم، متعهد الإيواء ...سيتم دراستهم عند التطرق للمسؤولية المدنية الناتجة عن الإعلانات التجارية الإلكترونية غير المشروعة) الضرر والعلاقة السببية ،أي أن الخطأ هو من تسبب في ذلك الضرر أو بعبارة أخرى أن الضرر ناجم عن ذلك الخطأ ،ولولاه لما أقدم المستهلك على إبرام العقد.

ولم يهمل كذلك المشرع حق المستهلك في التعويض عن الإعلانات غير المشروعة بل نص عليه أيضا بموجب م 40 ق.ت.إ: "دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض يعاقب بغرامة من 50.000 إلى 500.000 دج كل من من يخالف أحكام المواد 30 و31 و32 و34 من هذا القانون ."

¹ المرجع نفسه ،ص 87.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لأطراف عقد الإعلان التجاري الإلكتروني غير المشروع.

يعتبر المعلن الشخص المسؤول عن إلحاق أي ضرر بالمستهلك جراء الإعلانات التجارية غير المشروعة لأن الإعلان يتم على مسؤوليته القانونية، فيسأل مدنيا بتعويض المستهلك عن الضرر الذي لحقه، ولا يمكن إعفاؤه منها. والذي قد يكون هو المورد في حد ذاته أو أن يعهد هذا الأخير إلى وكالات الإعلان، أو الناشر الإلكتروني مهمة تصميم الإعلان وبثه، فهل تختلف المسؤولية باختلاف شخصية المعلن؟ وبعبارة أخرى هل تسأل وكالة الإعلان، والناشر الإلكتروني عن محتوى الإعلان الذي قام المورد بإعداده؟

سيعالج هذا الفرع مسألتين تتعلق الأولى بالمسؤولية المدنية للمعلن، ليتم تحديد مسؤولية وكالات الإعلان والناشر الإلكتروني ثانيا .

أولا: المسؤولية المدنية للمعلن عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة¹: لا بد من التطرق إلى المقصود بالمعلن الإلكتروني، ثم تحديد مسؤوليته المدنية التي اختلف فيها بين مسؤولية عقدية أو تقصيرية .

1 / المقصود بالمعلن: لم تتفق التشريعات في تعريفها للمعلن، كما لم يتحد الفقهاء في تعريفهم لهذا المصطلح، لذلك سيتم التطرق إلى التعريف التشريعي، فالتعريف الفقهي .

أ / التعريف التشريعي للمعلن: لم يعرف المشرع المعلن بصفة صريحة في ظل ق.ت.إ 05/18 السابق الذكر، بل إكتفى بتعريف المورد الإلكتروني بموجب م 6 ف 4، بأنه: "كل شخص

¹ المعلن لغة: كلمة مشتقة من الفعل عُن بمعنى ذبوع، إنتشار، وعلن أمام الناس، وأعلن: أذاع وأشاع ونشر، وبث ويأح: أعلن الخبر، إعلان جمع إعلانات ما ينشر في الصحف أو الإذاعة...في منشورات خاصة مما يهم المعلن أن يطلع الناس عليه...معلن من يعلن أمرا وينادي به. إعلاني غايته الإعلان، مختص بالإعلانات". المنجد الوسيط المرجع السابق، ص. 752.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع والخدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية". وعرف بموجب م 03 من ق.ح.م.ق.غ 09-03 السابق الذكر المتدخل، بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك". وبذلك يمكن أن يكون كل مورد عبارة عن معلن والعكس غير صحيح، فوكالة الإعلان مثلا مخصصة لتقديم خدمات الإعلان الذي يتضمن المنتجات ولا يقوم بالتعامل فيها، بخلاف المورد الذي يتعامل في المنتجات محل الإعلان، الذي قد يكون من تصميمه .

في حين عرّفه المشرع الكويتي بموجب م 01 من ق.ح.م.ق. رقم 39 السابق الذكر، بأنه: "كل شخص طبيعي أو اعتباري يقوم بذاته أو بواسطة غيره بالإعلان عن السلعة أو الخدمة أو الترويج لها بمختلف وسائل الدعاية والإعلان سواء كان المعلن هو المزود نفسه أو شخص مرخص له بذلك" .

أما المشرع التونسي فقد عرّفه بموجب الفصل 01 ف.ج.م.ق. رقم 117 السابق الذكر، بأنه: "كل مزود يقوم بإشهار لمنتجاته"، وعرّفه بموجب الفصل 02 ف 02 من ق رقم 40 لسنة 1998¹، بأنه: "كل شخص يقع لحسابه إشهار المنتج أو الخدمة" .

في حين عرفه المشرع اللبناني بموجب ق.ح.م.ق. رقم 659 السابق الذكر بأنه: "كل شخص يطلب بث أو نشر الإعلانات بواسطة أي وسيلة" .

كما عرف المشرع المصري بموجب م 01 ف 06 من ق.ح.م.ق. رقم 18-181 السابق الذكر المعلن بأنه: "كل شخص طبيعي أو اعتباري يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أية وسيلة من الوسائل بما في ذلك الوسائل الإلكترونية وغير ذلك من وسائل التقنية الحديثة" .

¹ ق رقم 40 لسنة 1998، المؤرخ في 02 جوان 1998، المتعلق بطرق البيع والإشهار التجاري، الراءد الرسمي التونسي ع 44، مؤرخ في 02 جوان 1998 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ويعد معلنا طالب الإعلان ، والوسيط الإلكتروني والوكالة الإعلانية ، ووسيلة الإعلان وذلك وفقا للمواصفات القياسية المصرية بإشتراطات الإعلان عن السلع والخدمات".

في حين عرّفه المشرع العراقي بموجب م 01 من ق.ح.م¹، بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أي وسيلة من وسائل الإعلان".

وبذلك يمكن أن يكون كل مورد عبارة عن معلن والعكس غير صحيح ، فوكالة الإعلان مثلا مخصصة لتقديم خدمات الإعلان الذي يتضمن المنتجات ولا يقوم بالتعامل فيها بخلاف المورد الذي يتعامل في المنتجات محل الإعلان ، الذي قد يكون من تصميمه .

ب /التعريف الفقهي للمعلن :ومن جانب الفقهاء فقد تعدت تعريفاتهم للمعلن ،حيث عرّف بأنه : "المعلنون هم التجار أو الهيئات أو المصالح الحكومية أو الجمعيات أو الأفراد الذين يستخدمون الإعلان في سبيل التعريف بمنتج أو خدمة أو أي غرض آخر"².

يلاحظ على هذا التعريف أنه قد ورد بصفة واسعة ، إذ لا يتعلق بالإعلانات التجارية الإلكترونية فقط بل يشمل كل ما ورد بالتعريف . هذا ما دفع بجانب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه : " صاحب السلعة أو المنفعة أو الخدمة والذي يريد الإعلان عن سلعته أو منفعته أو خدمته لقاء أجر يدفعه إلى وكالة الإعلان أو وسيلته"³ .

كما عرّف المعلن بأنه : "منتج أو موزع أو مستورد السلع والخدمات التي يجري التعامل فيها بواسطة وكالة الإعلان بشراء حيز أو وقت للإعلان من وسائل نشر الإعلان بقصد

¹ ق رقم 01 لسنة 2010 المتعلق ب :حماية المستهلك العراقي ،الوقائع العراقية ،ع.4143 ،المؤرخ في 08 فيفري 2010.

² فاطمة نجم محمد العبيدي ،المرجع السابق ،ص .87.

³ عبد المجيد الصلاحين ،"الإعلانات التجارية -إحكامها وضوابطها في الفقه الإسلامي ،مجلة الشريعة والقانون ، ع.21 جامعة الإمارات العربية المتحدة ،جوان 2004 ،ص .45.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

التعريف بالسلعة والترويج لها"¹. فالمعلن هو : "الأمر بالنشر وله سلطة قانونية لإصدار الإعلان"².

مما سبق يمكن تعريف المعلن ، بأنه : كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بنفسه ، أو بواسطة جهات أخرى بالترويج لمنتجاته مهما كانت الوسيلة المستعملة في ذلك .

2 / التكييف القانوني للمسؤولية المدنية للمعلن عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة : لقد سبق وأن تمت معالجة مسألة الطبيعة القانونية للإعلانات التجارية التي تتحدد بحسب ما إذا تمّ النص على العناصر الجوهرية للعقد من عدمه فيعتبر إيجاباً إذا تمّ تحديدها - العناصر الجوهرية- ، أمّا إذا لم يذكر المعلن الخصائص الأساسية للعقد أعتبر الإعلان دعوة للتعاقد أو التفاوض ، وبناء على هذا تختلف المسؤولية المدنية للمعلن ، فتكون عقدية إذا أعتبر الإعلان إيجاباً ، وتقصيرية إذا أعتبر دعوة للتفاوض ، في حين ظهر إتجاه ثالث يرى بقيام مسؤولية المعلن العقدية والتقصيرية .

أ / المسؤولية العقدية للمعلن الإلكتروني : يرى أصحاب هذا الإتجاه بقيام المسؤولية العقدية للمعلن عن الإعلانات التجارية الإلكترونية غير المشروعة ، قياساً على مسؤولية المعلن في الإعلانات التقليدية ؛ حيث يعتبرون الإعلان التجاري الإلكتروني إيجاباً إذا تمّ تحديد كل الصفات الجوهرية لمحل العقد المراد إبرامه ، فالإيجاب هو تعبير دقيق ومحدود لا يبقى معه لإبرام العقد سوى صدور قبول من المستهلك ، وبذلك لا يحق للمعلن أن يعدل عن إيجابه وإلاّ أعتبر عدوله مساساً بمبدأ إلزامية الإيجاب مما يلحق ضرراً بالمستهلك ويضع الإعلان في موضع الشك والريبة . ويعتبر جانب من الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الأستاذ جاك غستان³ أنّ

¹ فاطمة نجم محمد العبيدي ، المرجع السابق ، ص .88.

² بتول صراوة عبادي ، المرجع السابق ، ص .33.

³ جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، ط2 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2008 ، ص .44. نقلاً عن فاطمة نجم محمد العبيدي ، المرجع السابق ، ص.163.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المستندات الإشهارية المحددة بدقة وتفصيل لها قيمة عقدية بإعتبارها تلعب دورا مهما في تحديد رضا المستهلك . لذلك توجب حمايته من أي إعلان يتضمن معلومات غير صحيحة عن المنتجات المعلن عنها¹ . - مما يتطلب إعتبار الإعلان إيجابا - .

وهو الإتجاه الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية في عديد قراراتها منها ، ما قضت به الغرفة المدنية الثالثة سنة 1979 : "بمسؤولية شركة بناء بسبب تسرب المياه الواقع في عقار بالإستناد إلى الوصف الإعلاني الذي تضمن أنّ أرض المرآب يجب أن تكون مكسوة بطبقة من الإسمنت المنحوت"² .

كما صدر عن المحكمة المدنية الفرنسية سنة 1996 حكم مفاده : "أنّ الإعلان الذي تصدره إحدى شركات صناعة السيارات يجب أن ينص دون أيّ لبس على الضمانات التي تمنح للزبون في حالة حصول أضرار للسيارة ، لتكون لهذه الوثيقة الإعلانية قيمة تعاقدية"³ .

ب /المسؤولية التقصيرية للمعلن الإلكتروني :يذهب جانب آخر من الفقه ومن أنصارهم د/ عدنان السرحان ود/ نوري حمد خاطر إلى القول بقيام المسؤولية التقصيرية للمعلن ، إذ يعتبرون الإعلان دعوة للتعاقد لا ترتقي لدرجة الإيجاب بدليل عدم توفره على الصفات الجوهرية للعقد ،حيث أنّ الإيجاب يكون باتا في حين أنّ المعلن قد يمنح لنفسه حق الخيار في قبول العقد من عدمه .بالإضافة إلى ذلك فالإيجاب يكون موجها لشخص محدد ،بينما الإعلان لا يوجه لشخص معين بل لمجموعة من الأشخاص ،فالعرض الذي لم يستوف عناصر الإيجاب يبقى مجرد دعوة للتعاقد .وقد تبنى هذا الإتجاه التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية لعام 2000 بموجب م 11 ف1 التي نصت على مايلي : "تضمن الدول الأعضاء أنّ تطبق المبادئ

¹ فاطمة نجم محمد العبيدي ،المرجع السابق ،ص .162.

² الحكم الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة ،محكمة النقض الفرنسية ،1979/04/02 ،أورده جاك غستان ،المرجع السابق ص 414-415.نقلا عن فاطمة نجم محمد العبيدي ،المرجع السابق ،ص .164.

³ Cass.civ.1,du 27/02/1996,n°93-21.845 sur le site web legifrance.gouv.fr

فاطمة نجم محمد العبيدي ،المرجع السابق ،ص .164.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

التالية في الحالات التي يكون فيها المستهلك مستفيد من الخدمة أنّ يضع أمره من خلال وسائل إلكترونية... "وبالتالي فإنّ المستهلك هو الذي يقوم بمنح طلب الشراء ويعد هذا الطلب إيجابا .وقد أخذ بهذا الإتجاه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه منها محكمة استئناف "Reims" في حكمها الصادر سنة 1987 ،والذي نص على : "أنّ المستندات الإعلانية لا تتمتع بقيمة عقدية لإعتمادها على المبالغة والمدح المبالغ فيه "¹.

ت /المسؤولية العقدية والتقصيرية للمعلن الإلكتروني :ظهر إتجاه فقهي ثالث يجمع بين الإتجاهين السابقين في تحديده للمسؤولية المدنية للمعلن عن الإعلانات التجارية الإلكترونية غير المشروعة ،حيث يرى أصحابه أنّ الأصل هو إقرار المسؤولية التقصيرية للمعلن لا العقدية ،ذلك أنّ الهدف من الإعلان الإلكتروني بصفة أساسية هو حث المستهلك على التعاقد ،فهو مجرد دعوة للتفاوض وليس إيجابا ،ولكن هذا لا يمنع من إحتتمالية قيام المسؤولية العقدية للمعلن ،وذلك في حالتين ²:

- **الحالة الأولى:** إذا إتجهت نية المعلن إلى إبرام العقد ،والتّي تستشف من مضمون العرض ،من خلال تضمين الإعلان ما يفيد إلّتزام المعلن بإبرام العقد إذا ما صدر قبول من المستهلك .
 - **الحالة الثانية:** إذا سمح المعلن للمستهلك بإبداء رغبته أو موافقته على إبرام العقد من خلال إعطائه حقا في إرسال الرد عبر شبكة الإنترنت أو بواسطة البريد الإلكتروني يعلمه بقبوله إبرام العقد ؛وهو الإتجاه الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1990 مفاده : "أنّ عرض التعاقد بين متعاقدين لا يكون إيجابا إلاّ إذا كانت إرادة الموجب جازمة وعازمة على إبرام العقد حال إقترانه بقبول مطابق " .
- ولعلّ الإتجاه الأقرب إلى الصواب هو الإتجاه الثالث ،والقائل بأنّ المسؤولية المدنية للمعلن عن الإعلانات التجارية الإلكترونية غير المشروعة تتحدد بحسب طبيعتها القانونية إذا

¹ المرجع نفسه ،ص .164-165.

² فاطمة نجم محمد العبيدي ،المرجع السابق ،ص .166-168.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

كانت إيجاباً فتقوم مسؤوليته العقدية وإذا كانت دعوة للتعاقد فتقوم معها مسؤوليته التقصيرية ولا يمكن إعفاؤه من المسؤولية .

والأكثر من ذلك هو المسؤول الأول عن محتوى هذه الإعلانات ، كما يسأل عن عدم تنفيذ الإلتزامات الواردة بالإعلانات إذا ما تمّ العدول عنها ، هذا ما يدفع بالباحثة إلى القول بأنّ الإعلانات التجارية الإلكترونية تتميز بإزدواجية تكييفها ، بين إيجاب إذا ما تضمن الشروط الجوهرية للعقد ، ويترتب عن العدول قيام المسؤولية العقدية ، ودعوة للتفاوض إذا لم يتضمن الإعلان الشروط الجوهرية للعقد ، فتقوم مسؤوليته التقصيرية عن أيّ ضرر قد يلحق بالمستهلك .

وإذا كان المعلن عبارة عن شخص معنوي فإنّ المسؤولية تقع على مديره ، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها بقولها : "عندما يكون المعلن الذي نشر الإعلان لحسابه شخصاً معنوياً ، تقع المسؤولية على مديره ، ولا يراد بهذا اللفظ الممثل القانوني للشخص المعنوي فقط"¹ .

ثانياً : المسؤولية المدنية لوكالة الإعلان والناشر الإلكتروني عن الإشهارات التجارية غير المشروعة : قد يتولى المعلن بنفسه مهمة إنجاز الإعلان فيتعاقد مباشرة مع الناشر الإلكتروني وذلك إذا لم يكن للإعلان أهمية كبيرة ، أو إذا كان له تقنيين يساعده في عملية التخطيط ومتابعة تنفيذه ، إلاّ أنّه قد يلجأ أحياناً إلى التعاقد مع وكالة متخصصة في الإعلان ، يوكل إليها مهمة إعداده والتعاقد مع الناشر الإلكتروني ، فهل تسأل وكالات الإعلان والناشر الإلكتروني إتجاه المستهلك عن الإعلانات التجارية التي تتولاها ؟

¹ Cass. Crim ,15 février, n94-80226

فتيحة محمد قوراري ، "الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضلة دراسة في القانون المدني الإماراتي والمقارن" مجلة الحقوق ، ع 33 ، جامعة الكويت ، 2009 ، ص .302 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

1 /المسؤولية المدنية لوكالة الإشهار الإلكتروني في مواجهة المستهلك :لقد سبق وأن تمّ تعريف وكالة الإعلان بأنها عبارة عن منشأة تجارية مسؤولة نيابة عن المعلن الإلكتروني بشراء المساحات الإعلانية من الناشر الإلكتروني ،ولوكالة الإعلان أهمية كبيرة بالنسبة للمستهلك ،باعتبارها ستجري بحثا حول مضمون الإعلان لتبدي رأيها بموضوعية هل يمكن للمعلن أن يقوم بالترويج لمنتجاته أم لا ،وهو ما يؤثر إيجابا على إرادة المستهلك¹ .

وللوقوف على مدى إمكانية مساءلة وكالة الإشهار عن محتواه لا بد من تحديد مركزها القانوني ،والذي يقصد به طبيعة العلاقة التي تجمع بين المعلن الإلكتروني ووكالة الإعلان فقد يقتصر دورها على السمسرة أو الوساطة فقط ،من خلال التقريب بين المعلن والناشر الإلكترونيين دون أن تشارك في العملية الإعلانية من حيث التخطيط والتنفيذ .وقد تعتبر وكالة الإعلان وكيلا عن المعلن إذا تصرفت باسمه ولحسابه مع الناشر الإلكتروني وتتصرف بالالتزامات الى ذمة طرفي عقد الاعلان الالكتروني دون أن تكتسب الوكالة من هذا العقد حقا أو تتحمل إلتزاما ،وذلك حسب القواعد العامة في عقد الوكالة. وقد تتصرف وكالة الإعلان كوكيل بعموله ،عندما تتعامل لحساب المعلن الالكتروني مع الناشر كما لو كانت تتصرف لحسابها ،فهي تتلقى الأوامر من المعلنين وتتولى تنفيذها عن طريق التعاقد مع الناشر الالكتروني ،وتتحمل بذلك الإلتزامات الناجمة عن ذلك في مواجهة هذا الأخير ؛وقد ذهبت بعض الأحكام القضائية في فرنسا الى القول بعدم مسؤولية وكالة الاعلان ،اذا ما إحتوى كذبا أو تضليلا ،وبذلك لا يمكن مطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت المستهلك ،لكن تغير موقف القضاء الفرنسي وأقر بمسؤولية وكالة الإعلان متى أمكن إسناد الخطأ إليها ،ومن هذه الأحكام الحكم الصادر عن محكمة باريس يوم 19 مارس 1969 : "أقامت المحكمة بمقتضاه المسؤولية المدنية لوكالة الإعلان الذي يعتبر عملا من أعمال المنافسة

¹ هند رشيد حسن الحصني ،المرجع السابق ،ص 128-130.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

غير المشروعة ،وأشارت إلى أن القواعد المرعية في مجال الإعلان تلقي على عاتق وكالة الإعلان واجبا أساسيا وهو تبصير المعلن بالمخاطر التي قد تنتج عن الاعلان¹.

مما سبق يمكن القول أن وكالات الإعلان الإلكتروني تسأل مدنيا عن الأضرار الناجمة عن الإعلانات غير المشروعة متى لم يقتصر دورها على مجرد الوساطة فقط بين المعلن والناشر الإلكترونيين ،مع ضرورة إثبات الخطأ من جانبها والضرر الذي يلحق المستهلك .

2 /مسؤولية الناشر الإلكتروني تجاه المستهلك :يقصد بالناشر الإلكتروني كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى عملية نشر الإعلان للترويج بمنتجات المعلن عبر وسيلة إلكترونية (المواقع الإلكترونية ،البريد الإلكتروني منتديات المناقشة ...إلخ) ،وبذلك يعتبر طرفا في عقد الإعلان الإلكتروني فهل يسأل عن محتوى الإعلانات غير المشروعة ؟ يجب الحذر فيما يتعلق بمسؤولية الناشر الإلكتروني في مواجهة المستهلك عن محتوى الإعلان ،بحيث لا يفترض علمه بصحة البيانات والمعلومات التي يحتويها الإعلان محل النشر ،فالمسؤول الأول عنها هو المعلن الإلكتروني هذا من جهة ،ومن جهة أخرى قد يكون الناشر الإلكتروني مسؤولا بالتضامن مع المعلن عن الأضرار التي تلحق المستهلك جراء عدم مشروعية محتوى الإعلان الإلكتروني ،بحيث يلزم الناشر بالتأكد من صحة المعلومات قبل نشرها من خلال اللجوء الى الخبراء والمختصين حول كل منتج أو خدمة محل الإعلان ،وهو الاتجاه الذي أخذ به القضاء الفرنسي في حكم صادر عن محكمة مونبلييه في 02 أكتوبر 1986 بشأن :«إعلان عن بيع سيارة في إحدى النشرات المختصة في بيع السيارات ذكر فيه أن السيارة بحالة جيدة جدا مع بيان مكتوب عليها بأن محركها قديم وقد تم تعمييره ،وبعد شرائها من قبل أحد المستهلكين تبين له أن السيارة لا تصلح للاستعمال وهو ما أكد له الخبراء لأنها تحتوي على عيوب كثيرة غير المحرك المعمر ،لذا قام المشتري برفع دعوى على المعلن بأن إعلانه

¹ فاطمة نجم محمد العبيدي ،المرجع السابق ،ص 99-100.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

كان مضللاً حول المكونات الأساسية للسيارة. فأصدرت المحكمة حكمها بمسؤولية المعلن على أساس تقديم معلومات خاطئة حول السمات الأساسية للشيء المعلن عنه، فضلاً عن إعتبار مدير الإعلانات (ممثل الناشر) مسؤولاً بالتضامن مع المعلن لأنه ساهم في تضليل المشتري"¹.

إن مسؤولية الناشر في مواجهة المستهلك تبنى على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية ذلك لعدم وجود عقد بين الطرفين، وبذلك يسأل الناشر مدنياً عن تعويض المستهلك عن الأضرار التي لحقت به جراء الإعلانات التجارية غير المشروعة، سواء بالكذب عليه أو بالتضليل، أو كما يطلق عليه الخداع الإعلاني، أو عن طريق الإعلانات التجارية غير المرغوب فيها (المزعجة)، وعلى المستهلك إذا أراد الرجوع على الناشر الإلكتروني إثبات الخطأ والضرر، وما على الناشر من أجل التخلص من المسؤولية إلا إثبات أن الخطأ راجع لقوة القاهرة، أو أنه بذل العناية التامة في التأكد من صدق الإعلانات أو عدم علمه بوجود الخطأ².

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للقائمين على تنظيم خدمة الإنترنت .

قبل وصول المعلومات والبيانات التي تتضمنها الإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت إلى المستهلك فإنها تمر بعدة أطراف، لأن استخدام الشبكة العنكبوتية يتطلب تدخل مجموعة من الأشخاص لتقديم الخدمات الوسيطة عبر الشبكة، بدءاً من مورد منافذ الدخول إلى الإنترنت، ومزودي الخدمات، فمتعهدي الإيواء، ثم موردي المعلومات .

وفي هذه النقطة من البحث سيتم تحديد مسؤولية القائمين على تنظيم خدمة الإنترنت عن الأضرار التي تلحق المستهلك جراء مضمون المعلومات غير المشروعة التي تتضمنها الإشهارات كل حسب دوره .

¹ فاطمة نجم محمد العبيدي، المرجع السابق، ص 169-170.

² فاطمة نجم محمد العبيدي، المرجع السابق، ص 171.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وبهذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول :المسؤولية المدنية لمزودي الخدمات .

الفرع الثاني :المسؤولية المدنية لوسطاء شبكة الإنترنت .

الفرع الأول :المسؤولية المدنية لمزودي الخدمات .

يطلق على مزود الخدمة تسميات عديدة منها متعهد الوصول متعهد الخدمة ،ومقدم الخدمة ،لذلك سيتم التطرق في هذا الفرع الى المسؤولية المدنية عن محتوى الإعلان الإلكتروني والأضرار التي يسببها للمستهلك ،وتجب الإشارة إلى أن مزود الخدمة لا يعد طرفا في عقد الإعلان التجاري الإلكتروني ،إلا أنه سيتم التطرق إلى مسؤوليته من زاوية أن خصوصية الإعلانات التجارية التي تتم عبر الإنترنت تتطلب تدخله باعتباره سيقوم ببحثها عن بعد .وبذلك سيتم التطرق في نقطه أولى إلى التعريف بمزود خدمة الانترنت ،ثم تحديد موقف كل من التشريع الفقه والقضاء من المسؤولية المترتبة عليه في نقطة ثانية.

أولا /تعريف مزود خدمة الانترنت :تعتبر خدمة الدخول إلى الشبكة أو كما يطلق عليها كذلك بخدمة الاتصال أو الوصول إليها ،من أهم الخدمات التي توفرها الإنترنت باعتبارها بداية كل الخدمات ،وتقدم من طرف مورد الدخول بموجب عقد مع المستخدم يسمح له بالولوج الى عالم الانترنت ،وقد عرف قانون تنظيم حرية الاتصالات الفرنسي الصادر في 30 سبتمبر 1986 مزود الخدمة بموجب م 02 ف01 منه ،بأنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي يستغل شبكة الاتصالات عن بعد والمفتوحة للجمهور أو يورد لهم خدمة الاتصالات عن بعد"¹ .

¹ فاطمة نجم العبيدي ،المرجع السابق ،ص .172.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

كما عرفته م 09 من القانون الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي لسنة 2004 بأنه: "الشخص الذي يؤمن نشاطه الوصول الى خدمات الاتصال بالجمهور عن طريق الاشتراك مع شركة خدمات الاتصال بالشبكة"¹.

أما المشرع فقد عرف مزود خدمة الإنترنت بموجب م 02 ف.د من القانون 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها²: "مقدمي الخدمات أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته ،القدرة على الإتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام للاتصالات".وبذلك فقد نظم المشرع نشاط استغلال خدمات الإنترنت ،مما يترتب عليه اعتباره - مقدم الخدمات - متعاملا اقتصاديا يخضع لقانون الاستهلاك بصفة غير مباشرة وذلك في علاقته مع المستهلك باعتباره موردا .

كما ورد تعريف مقدم الخدمات بموجب م 08 ف08 من ق رقم 03-2000 السابق الذكر على أنه : "كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلوكية واللاسلكية " .

أما المشرع المصري فقد عرف مزود الخدمة بموجب م 01 من قانون تنظيم الاتصالات بأنه : "أي شخص طبيعي أو إعتباري مرخص له من الجهاز (الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات) بتقديم خدمة أو أكثر من خدمات الاتصالات للغير"³.

¹ Art 09 loi n°2004-575 du 21 juin 2004, relative a la confiance dans l'economie numerique, JORF n°143, du 22 juin 2004, p.1168.

² ق رقم 04-09 مؤرخ في 05 أوت 2009 ،يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها ،ج.ر.ع 47 ،مؤرخة في 16 أوت 2009 .

³ ق رقم 10-03 ،المتضمن تنظيم الإتصالات المصري ،على الموقع الإلكتروني الرسمي للجهاز القومي لتنظيم الإتصالات www.tra.gov.eg أطلع عليه يوم 18 نوفمبر 2019 على الساعة 15:15 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وقد حاول الفقهاء كذلك وضع تعريف لمزود خدمة الانترنت فعرف بأنه : "الشخص الذي يضطلع بتقديم خدمات ذات طبيعة فنية بإمداد مشتركه بالوسائل المادية التي تمكنهم من استخدام شبكة الانترنت"¹.

أو هو : "كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن مستخدمى الإنترنت من الوصول إلى المواقع أو البريد الإلكتروني للأشخاص الذين يريدون مخاطبتهم"².

ومما سبق يمكن تعريف مزود الخدمات بأنه : كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتزويد أو ربط مستخدمى الإنترنت بالشبكة العنكبوتية بموجب عقد اشترك يسمح لهم بالولوج الى عالم الإنترنت مقابل مبلغ مالي معين .

ثانيا /موقف التشريعات المقارنة ،الفقه والقضاء من المسؤولية المدنية للمزود تجاه المستهلك :بالرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية العقدية والتقصيرية فقد حاول الفقهاء تحديد مسؤولية مزود الخدمة حسب طبيعة العمل الذي يزاوله ،إنطلاقا من الرقابة التي يمكن أن يمارسها على محتوى الاعلانات التجارية الإلكترونية ،ورغم اختلاف الفقه والقضاء في تحديد مسؤولية المزود الالكتروني إلا أنهم اتفقوا على أن مناط المسؤولية هو علم المزود بالمحتوى غير المشروع للإعلانات التجارية ،ثم جاءت النصوص القانونية لتنظم هذه المسألة .

1 /موقف بعض التشريعات المقارنة من المسؤولية المدنية لمزود خدمة الإنترنت : لقد صدرت بعض القوانين الخاصة التي تنظم المسؤولية المدنية لمزود خدمة الإنترنت ،منها

تعتبر اتصالات الجزائر كمزود لخدمة الإنترنت في الجزائر حيث تتولى مهمة تزويد المستهلك بالإنترنت عن طريق ربطه بالشبكة بموجب عمليات فنية منها أن يكون لديه خط هاتف ثابت ثم يتم ربطه بكوابل تحتوي ألياف بصرية وباستخدام الجهاز المخصص -مودم- يتم تزويد المستهلك بخدمة الإنترنت .

¹ فاطمة نجم محمد العبيدي ،المرجع السابق ،ص .173.

² شريف محمد غنام ،المرجع السابق ،ص .145.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

القانون الأمريكي لحماية حق المؤلف عبر شبكة الانترنت الذي دخل حيز النفاذ في 01 أكتوبر 2000 ،أين أكد على عدم مسؤولية مزود خدمة الانترنت الذي لم يثبت علمه بالمحتوى غير المشروع ،والذي لم تبلغه السلطات الأمريكية المختصة ،كما لم يبلغ من طرف المتضرر ،وبرأ بموجب م 02 ف 05 المزود الذي يقتصر دوره على مجرد نقل بسيط للمعلومات من الغير إلى الموقع الإلكتروني ،من أي مسؤولية ناتجة عن المحتوى غير المشروع لهذه البيانات¹ .

وعلى المستوى الاوروبي فقد نظم التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية رقم 31-2000 السابق الذكر بموجب المواد من 12 الى 15 مسؤولية المؤدين المهنيين ،حيث أقر التوجيه عدم إلتزام الوسطاء الفنيين برقابة مشروعية المعلومات والإعلانات التي تبث عبر الموقع ،بل فرضت عليهم أن يعملوا على منع وصول الإعلانات غير المشروعة إلى الموقع ،وقد نصت م 12 منه على إعفاء مزود خدمة الإنترنت من المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة التي يحتويها الموقع الالكتروني إذا اقتصر دوره على النقل ،بشرط أن لا يكون هو مصدر الضرر ،وأن لا يختار المرسل إليه الذي ينقل إليه المعلومة ،بالإضافة إلى عدم إختيار المعلومات المنقولة وعدم تعديل محتواها ،وأن التخزين المؤقت لا يثير مسؤوليته المدنية ولا يرقى به إلى مهام متعهد الإيواء ،على أن يكون التخزين لحالات الضرورة فقط² .

في حين خصص المشرع الفرنسي المواد من 05 الى 09 من الفصل الثاني من القانون الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي لتنظيم عمل المؤدين الفنيين حيث نصت م 06 ف 01 منه على وجوب إخطار مزودي الخدمة المشتركين بوجود وسائل تقنية تسمح لهم بغلق الخدمة أو توقع جزاءات عليهم إذا توافرت شروط توقيعها ،أما ف 06 و 07 فقد أعفت مزودي الخدمة

¹ بسام فنوش الجنيدي ،المرجع السابق ،ص 430-431.

² محمد شريف غنام ،المرجع السابق ،ص 160-162.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

من البحث عن المواقع التي تتضمن الأنشطة غير المشروعة، بالإضافة إلى إعفائهم من الالتزام بالإشراف والرقابة على مضمون المعلومات التي ينقلونها¹.

وعلى مستوى التشريعات العربية فقد نص المشرع السوري بموجب م3 ف ب من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية لسنة 2012²، على أنه "مقدم خدمة النفاذ إلى الشبكة غير مسؤول عن مراقبة المحتوى المتبادل عن طريقه أو المخزن لديه أو لدى من يعهد إليه بذلك وفق ف -أ- من هذه المادة، ولكن عليه أن يمنع الوصول إلى أي جزء من هذا المحتوى خلال مهلة 24 ساعة في حال ورود أمر بذلك من السلطات القضائية المختصة"، ويقصد بمصطلح مقدم خدمات النفاذ إلى الشبكة مزود الخدمة وذلك حسب المادة الأولى من القانون نفسه: "الشخص الذي يقتصر دوره على مجرد توفير إمكانية الدخول إلى الشبكة والوصول إلى المعلومات أو الخدمة المتوفرة، دون أن تكون له صلاحية تزويد الشبكة بالمحتوى أو إدارته أو تعديل مضمونه"، ولم يفرض القانون على مزود الخدمة التزام بالرقابة السابقة على مضمون البيانات، وهذا لا يعني تشجيعه على إتخاذ دور سلبي، فيمكن استصدار أمر من السلطة القضائية يتضمن إلزام مزود الخدمة بمنع الوصول إلى أي جزء من المحتوى خلال مهلة 24 ساعة³.

كما أضافت ف -ج- من م 03 على ضرورة أنّ: "يوفر مقدم خدمات النفاذ إلى الشبكة الوسائل التقنية التي تسمح للمستخدمين لديه بمنع وصولهم إلى بعض المواقع الإلكترونية

¹ بسام فنوش الجنيدي، المرجع السابق، ص. 432-433.

² م.ت رقم 17 المؤرخ في 08 فيفري 2012، المتضمن القانون الخاص بتنظيم التواصل على الشبكة ومكافحتها الجريمة المعلوماتية، على الموقع الإلكتروني :

<http://www.moct.gov.sy> أطلع عليه يوم 18 نوفمبر 2018

³ أروى نقوى، "المسؤولية المدنية للمواقع الإلكترونية الإعلامية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 30 ع.01، 2014، صص (443-472)، ص. 457.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أو بعض أصناف المحتوى على الشبكة عند رغبتهم بذلك "، ما يلاحظ أن القانون قد ألزم مزود الخدمة بتوفير وسائل تقنية لمنع وصول المشتركين إلى بعض المواقع بناء على رغبته بذلك¹.

أما المشرع البحريني فقد أصدر قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية لسنة 2014² والذي نص بموجب م 19 ف 01 منه على أنه: "لا يسأل وسيط الشبكة مدنيا أو جنائيا عن أية معلومات واردة في شكل سجلات الكترونية -تخص الغير- إذا لم يكن هو مصدر هذه المعلومات واقتصر دوره على مجرد توفير إمكانية الدخول عليها، وذلك اذا كانت المسؤولية قائمة على :

أ /إنشاء أو نشر أو بث أو توزيع هذه المعلومات أو أية بيانات يتضمنها .

ب / التعدي على أي حق من الحقوق الخاصة بتلك المعلومات ."

كما اشترطت ف 02 من م 19 ثلاث شروط للإعفاء من المسؤولية بنصها على أنه "يشترط لإنتفاء مسؤولية وسيط الشبكة استنادا إلى أحكام البند السابق ما يلي :

أ /عدم علمه بأنه ينشأ عن هذه المعلومات أية مسؤولية مدنية أو جنائية .

ب /عدم علمه بأية وقائع أو ملابسات من شأنها أن تدل ،بحسب المجرى العادي للأمر على قيام مسؤولية مدنية أو جنائية .

ج /قيام وسيط الشبكة على الفور-في حالة علمه بما تقدم -بإزالة المعلومات من أي نظام للمعلومات تحت سيطرته ،ووقف توفير إمكانية الدخول على تلك المعلومات أو عرضها ."

¹ بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص .437.

² القانون البحريني رقم 28 الصادر في 14 سبتمبر 2002 ،بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية ،ج.ر.ع 2548 ،مؤرخة في 18 سبتمبر 2002 .

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

في حين أصدر المشرع الكويتي القانون رقم 70 لسنة 2002 بشأن أسس وضوابط التراخيص لمقدمي خدمات الإنترنت ،حيث نص بموجب م 03 منه على جملة من الإلتزامات الواقعة على عاتق مقدمي خدمات الانترنت ، أهمها "الإلتزام بتركيب وتشغيل أنظمه الرقابة الكفيلة بمنع المواد والمواقع الالكترونية الإباحية أو المخالفة للدين والعادات والأمن ،أو تلك التي تتضمن تحقير وتشويه سمعة التاجر المنافس ،مع ضرورة العمل على تحديث هذه المواقع والعناوين بصفة دورية ومستمرة ،مع ضرورة تسجيل المعلومات الأساسية الخاصة بمستخدمي خدمات الانترنت ،ومنع تقديم خدمات الانترنت للقصر".فهو تشريع يتماشى وأحكام الشريعة الاسلامية والتطور التكنولوجي¹.

وتجب الإشارة إلى أنّ المشرع لم ينص على المسؤولية المدنية لمقدمي خدمة الإنترنت عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة ،بل ألزمهم بموجب م 12 من القانون 04-09 المحدد للقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاتصال ومكافحتها السابق الذكر ،بضرورة التدخل الفوري لسحب المحتويات التي يسمحون بالإطلاع عليها بمجرد علمهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة بمخالفتها للقوانين ،وأن يتم تخزينها أو جعل الدخول إليها غير ممكن ،على أنّ يتم إتخاذ الإجراءات التقنية اللازمة التي تسمح بحصر إمكانية الدخول إلى الموزعات التي تتضمن معلومات مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وإخبار المشتركين لديهم بوجودها .وبذلك فالأصل هو عدم قيام مسؤولية المزود عن الإعلانات التجارية غير المشروعة ما لم يعلم بأيّ طريقة بعدم مشروعيتها ،على أن يتخذ كافة الإجراءات اللازمة لإزالتها وإعلام المشتركين بذلك لتقاضي أيّ ضرر،الاستثناء هو قيام مسؤوليته إذا كان يعلم بعدم مشروعية الإعلان ،أو إذا إكتشف ذلك ولم يتخذ الإجراءات اللازمة لمنع الدخول إليها .

¹ عبد الفتاح محمود الكيلاني ،المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت ،دار الجامعة الجديدة مصر ،د.س.ن ،ص.194.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

2/ موقف الفقه والقضاء من المسؤولية المدنية لمزود خدمة الإنترنت عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة: يرى جانب من الفقه أن دور مزود الخدمة عبر الشبكة العنكبوتية يقتصر على توفير الوسائل الفنية التي تسمح بإطلاع المستخدم على الموقع الذي يبحث عنه، فهو مجرد دور فني لا يمارس أية رقابة على محتوى المعلومات التي يتضمنها الموقع المختار¹.

أمّا غالبية الفقه فتبني مسؤولية المزود على نوع الخدمة أو الدور الذي يقوم به، فإذا قام بعمل الناقل الذي يربط بين كمبيوتر المستخدم والخادم فقط، فهو غير مسؤول عن عدم مشروعية الإعلانات التي تبث عبر الموقع، أمّا إذا تعدى دوره إلى دور متعهد الإيواء الذي يؤجر مساحة للمعلن أو وكالة الإعلان لنشره عبر الموقع الإلكتروني، ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليته المدنية تجاه المستهلك عن الأضرار التي قد تصيبه نتيجة الإعلانات غير المشروعة، لأن متعهد الإيواء يمكنه الاطلاع على مضمون الإعلان قبل أن تتم عملية نشره².

أمّا عن موقف القضاء فقد تأرجحت كفته بين مسألة مزود الخدمة عن المحتوى غير المشروع وبين عدم قيام مسؤوليته المدنية، حيث حكمت محكمة باريس الابتدائية في أكتوبر 1999 في قضية E D V التي نشرت مقال دون إذن صاحبه، واستندت إلى شركتين مزودتين للخدمة وهما شركة UUNET technologie INC و UUNET France حيث رفع المؤلف دعواه ضد الشركة صاحبة الموقع والشركتين مزودتي الخدمة من أجل سحب المقال والتعويض عن الأضرار التي أصابته، إلا أن المحكمة قد أكدت على عدم مسؤولية مزودي الخدمة لأنّ: "عملهما اقتصر على نقل المعلومات من الموقع إلى المستخدم ولذا فإن الشركتين مزودتا الخدمة غير مسؤولتين عن طبيعته ومشروعيته البيانات التي تم بثها على هذا

¹ محمد الشريف غنام، المرجع السابق، ص 146. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 298-300.

² محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص 146-147.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

الموقع ،في حين أقرت محكمه باريس سنة 2000 بمسؤوليه المزود في قضية إتحاد طلبة اليهود التي رفعت ضد شركه ياهو باعتبارها مزودة الخدمة ،إنتهت فيها المحكمة بالفصل بمسؤوليه الشركة عن عدم مشروعية الإعلانات والأعمال التي تمت عبر الموقع Yahoo.com المخصص لبيع أشياء تتعلق بالنازية بالمزاد العلني ،ولكن مسؤوليتها تنشأ فقط منذ العلم بالمحتوى غير المشروع للموقع¹.

مما سبق يمكن القول أن المسؤولية المدنية لمزود الخدمة عن الإعلانات التجارية المحظورة تقوم بمجرد علمه بالمحتوى غير المشروع للموقع ،وعدم العلم يعتبر شرطاً لإعفائه من المسؤولية ،وإذا تحقق علمه بمضمون الإعلان توجب عليه العمل على منع وصوله الى المستخدمين وإلاّ اعتبر مسؤولاً من لحظة علمه بذلك .

وإذا كان بإمكان مزود الخدمه منع الإعلانات الخادعة أو المقارنة التي تتم عبر الموقع الإلكتروني ،فإن المشكل يثار بالنسبة لإعلانات البريد الإلكتروني باعتبار أن الإعلان عبره يختلف عن الإعلان عبر الموقع ،وذلك لأن الرسائل الاعلانية تصل إلى المستخدم مباشرة دون بحث عنها وهو ما يعد من قبيل الإعلانات غير المرغوب فيها ،فهل يمكن في هذه الحالة لمزود الخدمة أن يفسخ عقود الاشتراك فيها إذا استعمل البريد في بث الإعلانات غير المشروعة² ؟

رغم اختلاف الفقهاء وأحكام المحاكم حول جواز فسخ عقود الاشتراك ،إلاّ أن الباحثة تتجه إلى وجوب فسخ عقد الاشتراك في خدمة البريد الإلكتروني إذا استعمله صاحبه من أجل بث إعلانات غير مشروعة أو تمت إساءة استخدام البريد الإلكتروني بإرسال الإعلانات التجارية في شكل Spam .

¹ محمد شريف غنام ،المرجع السابق ،ص 147-148.

² المرجع نفسه ،ص 149-159.

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية لوسطاء شبكة الإنترنت .

على الرغم من الإتفاق حول قيام المسؤولية المدنية للوسطاء عن مضمون الإعلانات التجارية، إلا أن الخلاف يقوم حول طبيعة هذه المسؤولية، لذلك سيتم تحديد مسؤولية كل متدخل على حدى بدءا بمتعهد الإيواء، فمورد المعلومات ومنظمي منتديات المناقشة .

أولا: المسؤولية المدنية لمتعهد الإيواء عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة: يطلق على متعهد الإيواء عدة تسميات، منها: "مورد الإيواء، المستضيف المورد"، إلا أن مصطلح متعهد الإيواء هو المصطلح الأكثر استعمالا. وقبل التطرق إلى مسؤوليته المدنية لابد من الوقوف على المقصود به، وتحديد طبيعة عمله والإلتزامات التي تترتب على عاتقه، ثم التطرق إلى طبيعة مسؤوليتهم حسب القواعد العامة والخاصة التي تنظم مهنتهم .

1/تعريف متعهد الإيواء: سيتم التطرق إلى التعريف التشريعي لمتعهد الإيواء في نقطة أولى ثم التطرق إلى التعريف الفقهي في نقطة ثانية .

أ /التعريف التشريعي لمتعهد الإيواء: عرف المشرع الفرنسي متعهد الإيواء بموجب م 06 ف 02 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر سنة 2004، بأنه: "مجموعة الاشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يتعهدون بشكل مجاني أو بمقابل بالتخزين المباشر والمستمر للمعلومات من أجل يضعوا تحت تصرف الجمهور اشارات أو كتابات أو صور أو أغاني أو رسائل وكل ما من طبيعة المكان استقباله"¹ .

¹ Art n°6/2 "Les personnes physiques ou morales assurent ,même à titre gratuit , pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne , le stockage que de signaux , d'écrits ,D'images , de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ..."

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أمّا المشرع وعلى الرغم من عدم نصه صراحة على خدمة متعهد الإيواء، إلا أنه يمكن أن يستشف تعريفا له من خلال الرجوع إلى م 02 ف د- من ق 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها السابق الذكر، والتي عرفت مقدمو الخدمات وبالتحديد البند 02 منها: "وأي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو لمستعملها".

وهو النص الذي ينطبق على متعهدي الإيواء باعتبارهم أشخاصا طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمعالجة وتخزين المعلومات .

ب /التعريف الفقهي لمتعهد الإيواء: حاول الفقهاء بدورهم تعريف متعهد الإيواء، فعرّفه جانب من الفقه الفرنسي، بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين التطبيقات والسجلات التقنية والمعلوماتية لعملائه على أن يمنحهم الوسائل التقنية والمعلوماتية التي تمكنهم من الوصول إلى ذلك المخزون عبر الإنترنت خلال 24 ساعة يوميا"¹.

أو هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين وحفظ البيانات والمعلومات لعملائه، ويوفر الوسائل الفنية والمعلوماتية التي تمكنهم من الحصول على هذه البيانات والمعلومات طوال ساعات اليوم، وذلك عبر الإنترنت"².

كما عرف بأنه: "شخص طبيعي أو معنوي يضع بعض امكانياته المعلوماتية تحت تصرف مستخدمي الشبكة وعلى وجه الخصوص يتيح له الإنتفاع بحيز من القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المتصل بالشبكة على نحو معين"³.

¹ Cholet Sylvie ,la responsabilité du fournisseur d'hebergement ,France ,2001 ,p.02.

بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص .460.

² سمير حامد عبد العزيز الجمال ،المرجع السابق ،ص .305.

³ بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص .460.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

مما سبق يمكن تعريف متعهد الإيواء، بأنه: كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتخزين وحفظ البيانات والمعلومات على قرصه الصلب بصفة دائمة ومباشرة لفائدة عملائه، سواء كان ذلك بمقابل أو مجاناً .

2 / طبيعة عمل متعهد الإيواء : إن عمل متعهد الإيواء يكمن في إيواء المواقع عبر شبكة الإنترنت، ثم تقديم مساحة إعلانية عليه تخزن فيها الرسوم والكلمات من جانب شركة الإعلانات، فمتعهد الإيواء يعتبر بمثابة مؤجر للمكان على الشبكة، ولا يتدخل في محتوى ما ينشر عليه من معلومات من جانب المستأجر، وهو ما جعل جانبا من الفقه الفرنسي يشبه عمل متعهد الإيواء بمدير التحرير في الصحف المكتوبة الذي يخصص مساحة إعلانية لإعلانات شركة معينة، فلا يعتبر متعهد الإيواء مالكا للموقع، بل يقتصر دوره على إيواء المواقع على الشبكة، ولا يعتبر بذلك معلنا إلكترونيا، بل يقتصر دوره في تأمين خدمة ظهور الإعلانات لفائدة الجمهور عبر شبكة الإنترنت، وذلك من خلال الموقع الذي سيختاره، ولولاه - مورد الإيواء - لما تمكن الناشر أو المعلن من نشر إعلانه عن بعد¹.

ويقوم متعهد الإيواء بهذا الدور من خلال عقود الإيواء²، التي تجمع بينه وبين صاحب الموقع من جهة، وبين المعلن عبر الإنترنت من جهة أخرى، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وفي حالة البريد الإلكتروني يقوم متعهد الإيواء بتسكين هذه الخدمة على الموقع حتى

¹ فاطمة نجم محمد العبيدي، المرجع السابق، ص. 178-179. بسام فنوش الجنيد، المرجع السابق، ص. 462-463. محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص. 169.

² يقصد بعقد إيواء المعلومات، بأنه: "عقد من عقود تقديم الخدمات وبمقتضاه يضع متعهد الإيواء تحت تصرف المستخدم البعض من إمكانيات أجهزته الإلكترونية، كقيام مقدم خدمة الإيواء بالسماح للعميل بأن يكون له عنوان إلكتروني، وبذلك يخصص له حيزا من القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص به، والتمتص بشبكة الإنترنت مما يتيح له حرية التصرف بالمعلومات الموجودة في الموقع، وذلك بمقابل مادي فضلا عن توفير موقع للمتصفح (Web) لأحد الزبائن من خلال جهاز الحاسوب العائد له والتمتص بالشبكة". عبد المهدي كاظم ناصر، "المسؤولية المدنية لوسطاء الإنترنت"، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، ع 02، كلية القانون، جامعة القادسية، 2009، ص ص (224-225)، ص. 241.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

تكون متاحة لجمهور المستخدمين وبهذا يختلف دور متعهد الإيواء عن عمل مزود الخدمة؛ فإذا كان دور هذا الأخير يقتصر على تمكين مستخدم الإنترنت من الدخول إلى المواقع بإعتباره يؤمن الوسيلة التي تضمن للمستخدم وصوله إليه، فإن دور متعهد الإيواء يكمن في تمكين المعلن من بث إعلاناته عبر الشبكة، وإذا كان دور مزود الخدمة يقترب من دور الموزع في الصحافة المكتوبة، فإن دور متعهد الإيواء يقترب من دور مدير التحرير¹.

وتجب الإشارة إلى أن متعهد الإيواء يلتزم بجملة من الواجبات، منها: تخزين المعلومات وعرضها، وضمان إجراء رقابة على المحتوى الإلكتروني، حيث يمكن حذفه إذا كان غير مشروع، وبذلك يستطيع التحقق من طبيعة المحتوى محل عملية النشر. كما يلتزم بحفظ البيانات المتعلقة بأصحاب المواقع من أجل الرجوع إليهم عند الإقتضاء، بالإضافة إلى ذلك يتعين عليه إجراء عملية مسح وتحديث للموقع الإلكتروني².

3 / الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لمتعهد الإيواء عن المحتوى غير المشروع للإعلانات التجارية الإلكترونية: لقد أثارت مسؤولية متعهد الإيواء عن الإعلانات التجارية الإلكترونية غير المشروعة جدلاً كبيراً قبل صدور قوانين خاصة تنظم مسؤوليتهم، لذلك سيتم معالجة الأسس التي تبنى عليها مسؤولية متعهدي الإيواء في ظل القواعد العامة، ثم التطرق إلى الأسس التي تبنى عليها المسؤولية المدنية له بناء على القواعد الخاصة بها .

أ / مسؤولية متعهد الإيواء طبقاً للقواعد العامة: تبنى الفقه والقضاء أسساً مختلفة لقيام مسؤولية متعهد الإيواء عن الإعلانات التي تبث عبر المواقع الإلكترونية التي يستضيفونها .

¹ محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص. 169-170.

² بسام فنوش الجنيدي، المرجع السابق، ص. 482-488.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أ. 1 /موقف الفقه من مسؤولية متعهد الإيواء :انقسم الفقه في تقريره لمسؤولية متعهد الإيواء عن المحتوى غير المشروع للإعلانات الإلكترونية إلى رأيين¹ :

حيث يرى أصحاب الرأي الأول بعدم قيام مسؤولية متعهد الإيواء عن المعلومات المخزنة، بحجة أنّ طبيعة عمله الفنية لا تمكنه من السيطرة على محتواها، فدوره لا يتعدى مجرد إتاحة الوسائل الفنية ووضع أجهزته تحت تصرف العميل لمدة معينة، لذا يعتبر وسيطاً محايداً في نقل المضمون فلا علاقة له به، وبذلك لا يعد مسؤولاً عن الأضرار التي قد تصيب المستهلك، ولا تعتبر مهمة مراقبة مشروعية الإعلانات من الإلتزامات التي يجب عليه الوفاء بها .

في حين ذهب جانب آخر من الفقه بالقول بضرورة إقامة مسؤولية متعهد الإيواء عن المحتوى غير المشروع للإعلانات، إذا علم بذلك على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية (لعدم وجود نصوص خاصة تبني عليها مسؤوليته)، فأساس المسؤولية هو علمه بالمحتوى غير المشروع، أو احتمالية علمه به. ويرى أصحاب هذا الاتجاه بضرورة منح القاضي سلطة تقديرية للتأكد من حقيقة الخطأ المرتكب من طرف متعهدي الإيواء وعدم إعفائه من تحمل المسؤولية بصفة كاملة .

ويمكن القول بضرورة الأخذ بالرأي الثاني القائل بضرورة قيام مسؤولية متعهد الإيواء والتي تتحقق بمجرد علمه أو احتمالية علمه بالمحتوى غير المشروع للإعلانات فلا بد من تحمله جزءاً من التعويض عن الأضرار التي تلحق المستهلك طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية على أن يتم التخفيف منها في إطار عقود الاستهلاك الإلكترونية وذلك لصعوبة كشف عدم مشروعية المحتوى، فضلاً عن صعوبة الإثبات. بالإضافة إلى وجوبية النص على ضرورة حذف الإعلانات غير المشروعة بمجرد العلم بذلك، لأنّ طبيعة عمله ليست فنية بحتة، بل يمكنه فرض رقابة سابقة على الإعلانات من خلال فحص محتواها مع إجراء رقابة لاحقة

¹ فاطمة نجم محمد العبيدي، المرجع السابق، ص 182-183. بسام فنوش الجنيد، المرجع السابق، ص 467-469.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

ينتج عنها إما نشر الإعلان ،أو حذفه لعدم مشروعيته سواء تمّ الحذف قبل النشر أو بعده. ويعتبر متعهد الإيواء سيء النية إذا علم بالمحتوى غير المشروع ومع ذلك قام ببث الإعلان أو إذا لم يتخذ الإجراءات اللازمة لحذفه بعد علمه بذلك ،ولا يمكن إعفاؤه من المسؤولية إلاّ لجهله أو عدم علمه بالمحتوى .

أ.2/ موقف القضاء من المسؤولية المدنية لمتعهد الإيواء :لم تكن أحكام القضاء الفرنسي موحدة في منطوقها ،بل عرفت اختلافا في الأساس الذي أقرت بموجبه مسؤولية متعهد الإيواء من عدمها ،فاستندت تارة إلى قانون الاتصالات السمعية والبصرية ،والى أحكام المسؤولية التقصيرية تارة أخرى .

لقد استند القضاء الفرنسي في إحدى القضايا لتقرير مسؤولية متعهد الإيواء إلى قانون الاتصالات السمعية والبصرية ،حيث يعتبر أن الانترنت كدعامة إعلانية تنطبق عليها ذات الأحكام التي تنطبق على الدعامات السمعية والبصرية ،وبذلك يسأل متعهد الإيواء عن المحتوى غير المشروع للإعلانات التي تبث عبر المواقع الإلكترونية ،مثلما يسأل متعهد الإيواء في قانون الاتصالات السمعية والبصرية ،وهو ما أخذت به محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 10 فيفري 1999 الذي انتهت فيه المحكمة الابتدائية في 8 جوان 1998 بتقرير مسؤولية شركة Altern كمتعهد للإيواء على أساس أحكام قانون الاتصالات السمعية والبصرية ،وتعود ملاسبات القضية إلى قيام الشركة متعهدة الإيواء بإيواء الموقع Altern.com ،وهو موقع مجاني يسمح للمستخدمين بتخزين بعض البيانات الخاصة بهم أين قام أحد المستخدمين بتخزين وعرض صور مخلة لعارضة الأزياء Estelle Hallyday التي رفعت دعوى ضد الشركة متعهدة الإيواء عن هذه الإعلانات غير المشروعة التي تضمنها ،وأجابت المحكمة طلب المدعية أين أمرت الشركة المدعى عليها باتخاذ كل الإجراءات المناسبة لسحب هذه الصور ،ومنع نشر هذه الإعلانات مرة أخرى على الموقع الذي تستضيفه .ورفضت المحكمة حجة الشركة المدعى عليها بأن دورها كمتعهد إيواء دور فني خالص يتمثل في إيواء المواقع

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

على الشبكة، وأنه من المستحيل عليها إجراء أية رقابة على مضمون المواقع التي تستضيفها، وأكدت المحكمة على دور متعهد الإيواء في وجوب مراقبة وفحص الإعلانات التي تبث على المواقع الإلكترونية التي يستضيفونها¹.

وفي حكم آخر استندت فيه المحكمة إلى القواعد العامة لأحكام المسؤولية التقصيرية لتقرير مسؤولية متعهد الإيواء، وتم الاعتماد على أحكام م 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي، وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية Nanterre في حكمها الصادر في 8 ديسمبر 1999، والذي تم تأييده من محكمة الاستئناف Versailles في 8 جوان 2000 لأنه: "يقع على عاتق متعهد الإيواء التزام عام بالحرص والاحتياط يفرض عليه أن يستخدم وسائل معقولة تمكنه من فحص المعلومات، والبيانات قبل تسكينها على شبكة الإنترنت"، وأضافت محكمة الاستئناف أن: "التزام متعهد الإيواء في هذا الصدد التزام ببذل عناية يفرض عليه اتخاذ الاحتياطات الضرورية لمنع الاعتداء على حقوق الآخرين، ومنع نشر الإعلانات ذات المحتوى غير المشروع، سواء في مرحلة إبرام عقد الإيواء أو مرحلة تنفيذه، ففي مرحلة إبرام العقد يفرض عليه الالتزام أن يدرج شروطا تعطيه الحق في فسخ العقد في حالة علمه بالمحتوى غير المشروع بشكل تلقائي، وفي مرحلة التنفيذ عن طريق إصلاح الموقع ذي المحتوى غير المشروع باستبعاد مصدر عدم المشروعية"².

وقد اتجهت التطبيقات الحديثة للأحكام القضائية إلى تقرير مسؤولية متعهد الإيواء على أساس امكانية إجراء رقابة سابقة على محتوى الاعلانات المنشورة عبر الموقع الإلكتروني، حيث حكمت محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في 17 جانفي 2003 بضرورة قيام متعهد الإيواء بسحب لعبة على هيئه صورة لرجل السياسة المعروف ب: Jean-Marie

¹ محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص 171.

² المرجع نفسه، ص 172-173.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

le Pen حيث أكدت المحكمة بأن متعهد الإيواء ليس مسؤولاً عن محتوى الموقع أو مضمونه، إذا تصرفوا بشكل مناسب لسحب المحتوى غير المشروع منذ علمهم بوجوده¹.

في حين استند القضاء الهولندي في تقريره لمسؤولية متعهد الإيواء إلى علم هذا الأخير بالمحتوى غير المشروع، فنقوم مسؤوليته من لحظة علمه بعدم مشروعية المحتوى وبلتزم حينها بسحبه في أسرع وقت ممكن أو على الأقل عرقلة الوصول إليه، وهذا ما أكدته المحكمة الهولندية في حكمها الصادر في 9 جوان 1999 في قضية Church of Spiritual Technology، حيث اقتنع القاضي بأن متعهد الإيواء غير مسؤول إلا من وقت علمه بالمحتوى غير المشروع، ومنذ تلك اللحظة لابد عليه من أن يعمل على استبعاده كما اقتنع أنه من الناحية الفنية لا يستطيع متعهد الإيواء القيام بهذه الرقابة السابقة فلا تقام مسؤوليته. وهو ما طبقته محكمة Puteaux في حكمها الصادر في 28 سبتمبر 1999 حيث أكدت على أن: "متعهد الإيواء يساهم فقط في عملية النشر عن طريق الوسائل التي يضعها تحت تصرف المعلن، ومن ثم فهو على خلاف مدير النشر في خدمة الاتصال السمعي البصري لا يتدخل بأي شكل في إرسال المعلومات، والإعلانات ولا يستطيع تحديد موضوعها، كما أنه لا يستطيع أن يختار أو يعدل في المعلومات قبل نشرها على الشبكة فهو والحال كذلك لا يقوم بأي رقابة أو سيطرة على محتوى المعلومات قبل أن تكون متاحة على الانترنت"، وانتهت المحكمة إلى الإقرار بعدم قيام مسؤولية متعهد الإيواء².

ب /مسؤولية متعهد الإيواء في ظل قواعد خاصة تنظم مسؤوليتهم: استبعد المشرع الأمريكي بموجب القانون الصادر في 28 أكتوبر 1998 قيام مسؤولية متعهد الإيواء عن المعلومات غير المشروعة، بشرط أن لا يكون لديه علم بطبيعة أو سبب عدم المشروعية وفي حالة علمه لابد عليه من

¹ محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص. 173.

² المرجع نفسه، ص. 173-174.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

العمل على سحبه من الموقع بشكل لائق ،وأن لا يكون قد استفاد من نشر هذا المضمون الذي يعد في الحقيقة غير مشروع¹.

وعلى المستوى الأوروبي فقد نصت م 14 من التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة 2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية ،على عدم قيام مسؤولية متعهد الإيواء عن مضمون المعلومات إذا لم يعلم بعدم مشروعيتها ،أو في حالة ما إذا علم بعدم المشروعية وتصرف بشكل مناسب وفعال لإزالته أو اتخاذ الإجراءات المناسبة لمنع الوصول إليه² .

أما في فرنسا فقد نصت م 6 ف 2 من القانون الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي السابق الذكر على أن متعهد الإيواء غير مسؤول عن الأنشطة أو المعلومات غير المشروعة التي تم تخزينها بطلب من العميل متى لم يكن عالما بعدم مشروعيتها ،أو أنه منذ لحظة علمه تصرف بشكل مناسب لسحبها أو لمنع الوصول إليها .وأضافت ف 4 حكما جديدا يقضي : "بمعاقبة كل شخص أخطر متعهد الإيواء بوجود محتوى غير مشروع للبيانات والإعلانات التي تبث على الموقع بهدف حذف أو إلغاء هذا المحتوى أو وقف نشره مع علمه بعدم صحة ذلك" .وأعفت ف 7 متعهد الإيواء من إجراء رقابة سابقة على محتوى الاعلانات ،وتم اعفاؤهم أيضا من البحث عن الوقائع أو الظروف التي تشير إلى الأنشطة غير المشروعة³ .

أما المشرع السوري فقد نص بموجب م 4 ف -أ- من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية رقم 17 السابق الذكر بأنه ،"لا يجوز لمقدم خدمات الاستضافة على الشبكة أن يسمح بأي تغيير على المحتوى المخزن لديه إلا من قبل صاحب هذا المحتوى أو المسؤول المعني بهذا المحتوى أو بطلب أو بموافقة من أحدهما" .وتضيف ف -ب- على أنه : "لا يكون مقدم خدمات الاستضافة مسؤولا عن مراقبة المحتوى

¹ محمد شريف غنام ،المرجع السابق ،ص 177-178.فاطمة نجم محمد العبيدي ،المرجع السابق ،ص 179-182.

² فاطمة نجم محمد العبيدي ،المرجع السابق ،ص 182.

³ محمد شريف غنام ،المرجع السابق ،ص 182.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المخزن لديه ، وفرضت عليه التزاما بأن يسحب أي جزء من هذا المحتوى من التداول أو يمنع الوصول اليه خلال أربع وعشرين ساعة ، وذلك في حالة ورود طلب من صاحب ذلك المحتوى أو المسؤول المعني بهذا المحتوى ، أو ورود أمر من السلطة القضائية المختصة أو حصول معرفته الفعلية بالطابع غير المشروع لذلك المحتوى وفق أحكام هذا القانون وتعليماته التنفيذية¹.

يستشف من نص المادة أن الدور الفني لمتعهد الإيواء يكمن في توفير الوسائل الفنية التي تجعله بمثابة وسيط محايد في نقل المعلومات ، وبذلك لا يسأل عن الأضرار التي تلحقها هذه المعلومات ، لعدم وجود أي علاقة له بها ، بالإضافة إلى عدم التزامه بإجراء رقابة على مدى مشروعيتها . غير أنه يعتبر مسؤولا بمجرد علمه بالمحتوى غير المشروع لهذه المعلومات والإعلانات ، وكان بإمكانه سحبها في ظرف 24 ساعة ولم يقم بذلك ، فيكون حينها مسؤولا من لحظة علمه بذلك ، سواء بطلب من صاحبه أو من المسؤول المعني به ، أو بطلب من الجهات القضائية ، أو بالمعرفة الفعلية بالطابع غير المشروع².

أما المشرع فلم ينص صراحة على الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية لمتعهد الإيواء ، على عكس مقدم خدمة الانترنت الذي تقوم مسؤوليته المدنية بمجرد علمه بالمحتوى غير المشروع ، أين ألزمه المشرع بضرورة التدخل الفوري لسحبه ومنع الاطلاع عليه ، من خلال اتخاذ كل الإجراءات اللازمة التي تسمح بمنع الوصول الى الموزعات التي تحتوي على هذه المعلومات غير المشروعة ، وهو ما نصت عليه م 12 من القانون 09/04 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها السابق الذكر ، كما لم ينص المشرع المصري ولا المشرع العراقي على مسؤولية متعهد الإيواء .

¹ بسام فنوش الجنيد ، المرجع السابق ، ص 481.

² أروى تقوى ، المرجع السابق ، ص 460-461.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

مما سبق يمكن القول بأن الأصل هو إعفاء متعهد الإيواء من قيام مسؤوليته حول المحتوى غير المشروع للاعلانات التجارية بشرط عدم علمه بذلك ،أو قيامه بإتخاذ كل الإجراءات المناسبة التي تسمح له بمنع الوصول والاطلاع على المحتوى غير المشروع ،فإن علم ولم يقم بهذا الإجراء -والمتمثل في السحب ومنع الاطلاع- ،أعتبر مسؤولاً مدنيا عن الأضرار التي تلحق المستهلك جراء بث إشهارات غير مشروعة عبر الموقع الإلكتروني .

ثانيا :المسؤولية المدنية لمورد المعلومات عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة : يقصد بتوريد المعلومات تمكين الجمهور من الاطلاع على محتواها ،إما بقراءتها أو رؤيتها أو عن طريق سماعها .فخدمة توريد المعلومات عبر شبكة الإنترنت تكيف على أنها وسيلة اتصال علنية تهدف إلى وضع محتوى معلوماتي مهما كان نوعه أو شكله تحت تصرف مستخدمي الشبكة ،وبذلك فمورد المعلومات هو الشخص الذي يغذي الشبكة بالمعلومات ،والذي تلاحقه دعاوى المسؤولية المدنية عن الأضرار التي قد تلحقها المعلومات بالمستخدمين ،وله سلطة فعلية في رقابة محتوى هذه المعلومات فضلا على ذلك له إمكانيه التحكم الحقيقي في نشرها¹.

لم يعرف المشرع مورد المعلومات بصفة مباشرة ،والذي قد يكون مورد المنتجات في حد ذاته ،لأنه هو صاحب المعلومات محل الإعلان ،ونظرا لأن مورد المعلومات يعد أهم شخص من أشخاص الإنترنت لابد من تحديد المقصود به ،قبل تحديد مسؤوليته المدنية .

1 /التعريف بمورد المعلومات :سبقت الإشارة إلى أنّ المشرع لم يورد تعريف لمورد المعلومات ،لذلك سيتم تعريفه وفق بعض التشريعات المقارنة في نقطة أولى ،ثم التعريف الفقهي في نقطة ثانية .

¹ بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص .488.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

أ /التعريف التشريعي لمورد المعلومات : قد يكون مورد المعلومات هو مورد المنتجات في حد ذاته ،لأنه هو الشخص الذي يملك المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات محل الإعلان التجاري الإلكتروني ،ولقد سبق التطرق إلى تعريف المورد الإلكتروني بموجب ف 4 من م 6 من ق ت إ 18-05 السابق الذكر، بأنه : "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو إقتراح توفير السلع والخدمات عن طري الاتصالات الإلكترونية " .

وعرف المشرع الفرنسي بموجب م 43 -01 من التعديل الذي أجراه على قانون حرية الاتصالات رقم 1067 لسنة 1986 مورد المعلومات ،بأنه : "الشخص الذي يقوم نشاطه على توفير خدمات الاتصال السمعية والبصرية " .يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أخلط بين مفهوم مزود خدمة الإنترنت وبين مورد المعلومات ،هذا الأخير يتولى مهمة تزويد الجهات المختصة بالمعلومات المتعلقة بالإشهار .

كما عرفه المشرع المصري بموجب م 01 من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 ،بأنه : "كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو انتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الإتجار في أحد المنتجات والتعامل عليها ،وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد معه عليها بأي طريقة من الطرق" .يستتف من نص المادة أن المشرع المصري قد حصر مفهوم مورد المعلومات في الشخص المتعامل بالمنتجات فقط .

ب /التعريف الفقهي لمورد المعلومات :حاول الفقه بدوره إعطاء تعريف لمورد المعلومات فعرف بأنه : "الشخص الذي يزود الوسطاء الآخرين بالمعلومات والبيانات التي تبث على الموقع ،والبيانات التي يحددها هذا المورد قد تكون في شكل نصوص مكتوبة أو صور أو قطع موسيقية أو علامات تجارية يعلن عنها " ،كما عرف بأنه : "كل شخص طبيعي أو معنوي

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

يقوم ببث المعلومات والرسائل المتعلقة بموضوع معين على الإنترنت بحيث يتمكن مستخدم هذه الشبكة من الحصول عليها مجاناً أو بمقابل مادي¹.

ويعتبر مورد المعلومات بمثابة القلب النابض لبث الحياة في الشبكة العنكبوتية ،لأنه المسؤول الأول عن هذه المعلومات ،باعتباره يملك سلطة الرقابة على مشروعيتها والتحكم في بثها ،فهو من يقوم بتحليل المساحة المستأجرة ،أو المعارة من القرص الصلب أو من أجهزة التخزين المركزية التابعة لمتعهد الإيواء بالمعلومات التي سبق له وأن قام بتأليفها أو بجمعها حول موضوع معين ،وهو الذي يتولى الإختيار والتجميع والتوريد للمادة المعلوماتية حتى تصل إلى الجمهور عبر الشبكة ،ويرى الأستاذ عبد الفتاح محمود الكيلاني أن : "مورد المعلومات يشبه القائم بالدعاية الإعلانية الأخرى في الصحافة المكتوبة أو الإذاعة والتلفزيون أو الفضائيات المختلفة بل أكثر من ذلك لسعة شبكة الإنترنت في العالم أجمع"².

2 /التزامات مورد المعلومات : يقع على عاتق مورد المعلومات جملة من الإلتزامات سيتم التطرق إليها فيما يلي³:

أ /الإلتزام بالشفافية : يسأل مورد المعلومات بالدرجة الأولى عن محتوى الإعلانات والصور التي يبثها عبر الإنترنت بإعتباره ناشرا لها ،إذا فهو صاحب القدرة الفعلية في السيطرة عليها والتحكم في نشرها ،فهو ملزم بمراقبة المحتوى المعلوماتي الذي يحوزه ،وتحقيقاً لمبدأ الشفافية فإن مورد المعلومات ملزم بإخطار الجهات المختصة في الدولة بأي نشاط إلكتروني غير مشروع بواسطة مدير النشر .

¹ عبد الفتاح محمود كيلاني ،المرجع السابق ،ص 487.

² المرجع نفسه ،ص 488.

³ بسام فنوش الجنيد ،المرجع السابق ،ص 497-500.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

يتعين على مورد المعلومات أن يسمح لمستخدمي الانترنت ومتعهدي الإيواء والوصول من التعرف عليه وعلى النشاط الذي يمارسه من خلال ذكر مجموعة من المعلومات كتحديد اسم وكنية المورد وعنوانه إذا كان شخصا طبيعيا ،أما إذا كان شخصا معنويا فعليه التعريف باسم الشخص المعنوي ،طبيعة نشاطه بالإضافة إلى مركز إدارته الرئيسي ،كما يتعين عليه تعيين مدير للنشر وحسب الحاجة لابد من تعيين رئيس التحرير ،فضلا على ذلك لابد عليه من الكشف عن اسم متعهد الإيواء ،رقمه ،عنوانه ومركز إدارته الرئيسين وهو ما نصت عليه م 6 ف 3 ب 1 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي ،وتجب الإشارة إلى أن هذه المعلومات لابد من أن تظهر للجمهور على الصفحة الرئيسية للموقع الإلكتروني ،أو أن تنشر في شكل أيقونه أو إشارة تمكن المستخدم من الاطلاع عليها بمجرد الضغط .

ب /الالتزام بإتاحة حق الرد :مكن المشرع الفرنسي بموجب م 6 ف 2 ب 1 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي كل شخص طبيعي أو معنوي من حقه في الرد على أي محتوى منشور على الانترنت ،إذا كان ماسا بشرفه ،أو سمعته ،أو ينتهك حقوقه ،وحدد مهلة ثلاثة أشهر ليستعمل المتضرر حقه في الرد ،على أن يقدمه لمدير النشر ،وتحسب المهلة من تاريخ وقف بث المنشور غير المشروع .على أن يلتزم مورد المعلومات بأن يوفر الوسائل التقنية والفنية الضرورية لتمكين المتضرر من استعمال حقه في الرد ،كما سمح بموجب م 6 ف 4 ب 2 و3 للمتضرر أن يطالب بتصحيح أو شطب المحتوى غير المشروع من على شبكة الانترنت .

3 /حالات قيام مسؤولية مورد المعلومات :قد تقوم المسؤولية العقدية لمورد المعلومات إذا ما أخل بالتزام أو أكثر من الالتزامات المفروضة عليه بموجب عقد التوريد الذي يجمعه بمقدم الخدمة ،أو بأحد الوسطاء المهنيين في مجال الخدمات المعلوماتية ؛كما قد تقوم مسؤوليته

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

العقدية إذا أخل بالتزام أو أكثر من الالتزامات التي يفرضها عليه عقد الاشتراك الذي يجمعه بأحد عملائه¹.

أما إذا تسبب بخطئه في إلحاق ضرر بالغير سواء بنشر معلومات أو بيانات ضارة ،أو مغلوبة فتتعدد مسؤوليته التقصيرية حسب القواعد العامة التي تفرض عليه ضرورة إحترام حقوق الغير ،وعدم إلحاق أي أذى أو ضرر بهم ،كأن ينشر معلومات تشكل إعتداء على الحياة الخاصة للغير أو تمس بشرفهم أو بسمعتهم ،أو بنشر معلومات خاطئة أو ناقصة . كما قد تجتمع المسؤولية العقدية والتقصيرية لمورد المعلومات في حال بثه معلومات غير مشروعة عندما يكون مؤلفا أو منتجا أو ناشرا لها على موقعه ،بحيث تلحق الضرر بعملائه الذين يرتبط معه بعقد اشتراك أو توريد ،كما تلحق أيضا ضررا بالغير حتى ولو لم يرتبط معهم بعقد².

سيتم التطرق إلى دور النصوص التشريعية في تكريس مسؤولية مورد المعلومات ،ثم تدعيمها بموقف القضاء والفقهاء منها .

أ /تكريس التشريعات للمسؤولية المدنية لمورد المعلومات عن الإشهارات غير المشروعة :بالنسبة لتشريعات بعض الدول فعلى الرغم من إصدارها لقوانين خاصة بوساطة شبكة الإنترنت ،إلا أن أغلبها لم يتناول موضوع مسؤولية المورد عن المحتوى غير المشروع للإعلانات التجارية الإلكترونية ،وبالرجوع إلى المشرع الألماني فقد نص على مسؤولية مورد المعلومات عند تطرقه لمسؤولية مزود الخدمة بموجب القانون المنظم لخدمة الاتصالات والمعلومات الصادر سنة 1997 ،والذي أقر بالمسؤولية التقصيرية لمزود الخدمة إذا أدى كذلك دور مورد المعلومات حيث استند في ذلك إلى القواعد العامة ،ويعتبر القانون الوحيد الذي تعرض مباشرة

¹ عبد المهدي كاظم ناصر ،المرجع السابق ،ص 249.

² المرجع نفسه ،ص 249-250.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

لمسؤولية مورد المعلومات . أما المشرع الأمريكي فقد طبق على مورد المعلومات النظام القانوني الخاص بمقدم الخدمات ومتعهد الإيواء ، في حين لم ينص المشرع الفرنسي على قواعد خاصة بمورد المعلومات بل ترك تنظيم خدماته للقواعد العامة ، لكن إذا كان مورد المعلومات شخصا معنويا فيسأل مديره عن المحتوى المنشور طبقا لقانون الصحافة¹ . كما لم ينص المشرع الجزائري على نص خاص يقرر بموجبه المسؤولية المدنية لمورد المعلومات عن المحتوى غير المشروع للاعلانات التجارية الالكترونية.

وحسب أحكام التوجيه الأوروبي رقم 31 - 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السابق الذكر يعتبر مورد المعلومات المسؤول الأول عن محتوى المعلومات المنشورة بواسطة الإنترنت ، ويعفى من المسؤولية إذا أثبت عدم علمه بالمحتوى غير المشروع ، بالإضافة إلى عدم علمه بالوقائع التي نشرت فيها المعلومات ، على أن يعمل على توقيف بثها بمجرد علمه بعدم مشروعيتها ، أو أن يعمل على منع حدوث أي اتصال بها أو إمكانية الحصول عليها وهو ما نصت عليه م 14 من هذا التوجيه².

ب / دور القضاء والفقهاء في تكريس المسؤولية المدنية لمورد المعلومات : لقد صدر عن القضاء الفرنسي في إحدى القضايا المعروضة عليه حكم يقضي بمسؤولية مورد المعلومات باعتباره مؤلفا وناشرا للمحتوى وتتلخص وقائعها في أن رجلا أراد الانتقام من صديقه فنشر عبر الإنترنت إعلانا يتضمن اسمها وعمرها وتفاصيلها عن حياتها ، تحت عنوان "امرأة تبحث عن رجل" ، مما تسبب لها في تلقي رسائل كثيرة تحتوي عبارات تسيء إلى سمعتها مما ألحق ضررا بها . وهو ما جعل المحكمة تقر بمسؤوليته كمورد للمعلومة³.

¹ بسام فنوش الجنيد ، المرجع السابق ، ص 495-496.

² بسام فنوش الجنيد ، المرجع السابق ، ص 495. أشرف محمد رزق فايد ، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، مصر ، 2017 ، ص 100-101.

³ بسام فنوش الجنيد ، المرجع السابق ، ص 494.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وقد اختلف الفقه¹ حول أساس المسؤولية المدنية لمورد المعلومات ،فهناك من يرى أن التزام موردا معلومات هو التزام ببذل عناية ،فلا يعد مقصرا في تنفيذه إذا بذل عناية في رقابة المحتوى ،حتى ولو تضرر الغير من المحتوى المنشور ،في حين ذهب آخرا من الفقه إلى التفرقة بين ما إذا كان مورد المعلومات شخصا مهنيا أو عاديا ،حيث يكون التزامه ببذل عناية إذا كان شخصا عاديا ،والتزام بتحقيق نتيجة إذا كان مهنيا لأن جمهور المستهلكين ينتظرون منه أكثر مما ينتظرون من الشخص العادي ،كذلك لا بد عليه من الحرص في الرقابة لضمان نشر معلومات صحيحة غير خادعة .ولا يعفى من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه قد قام ببذل عناية الرجل الحريص في تنفيذ التزامه ،ويكون ذلك بتحقق النتيجة المرجوة منه ،وبالتالي فالمعيار الذي تبنى عليه مسؤوليته هو معيار الرجل الحريص لا العادي ،ويمكن أن يعفى من المسؤولية إذا أثبت وجود سبب أجنبي حال دون إمكانية تنفيذه لالتزامه².

في حين هناك من يرى بتطبيق نظام المسؤولية المتتابعة ،مثل ما هو مطبق في مجال الصحافة والنشر ،حيث لا يسأل مرتكب الفعل لوحده بل تترتب عليه مسؤولية المسؤول عنه (يسأل رئيس التحرير أو المسؤول عن النشر ثم المؤلف ثم الطابع ،فالموزع ،فالمعلن) وبالتالي يسمح نظام المسؤولية المتتابعة من تحديد المسؤول عن الضرر الذي لحق بالغير لكن ما يعاب عليه أنه إذا كان فعلا يصلح في ميدان الإعلام المقروء فإنه لا يصلح أن يطبق على الفضاء الإلكتروني باعتباره فضاء مفتوحا لا تقيده حدود جغرافية ،بالإضافة إلى خصوصية المعاملات الإلكترونية³ .

¹ عبد المهدي كاظم ناصر ،المرجع السابق ،ص 250-252.عبد الفتاح محمود كيلاني ،المرجع السابق ،ص 491-492.

² عبد المهدي كاظم ناصر ،المرجع السابق ،ص 250-252.

³ المرجع نفسه ،ص 249-250.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وأمام عجز النظريات السابقة فقد ظهر اتجاه آخر يرى بإمكانية تطبيق القواعد العامة في المسؤولية لتحديد مسؤولية مورد المعلومات عبر شبكة الانترنت ، والتي تبنى على أساس مدى مشروعية المحتوى المراد نشره أو أنه مخالف للقواعد العامة ويشكل بذلك اعتداء على حقوق الغير¹.

فمورد المعلومات إذا يعتبر هو المسؤول الأول عن المحتوى غير المشروع للاشهارات التجارية ، وغالبا ما يكون هو المؤلف والناشر وبذلك يعد شخصا مهنيا لا بد عليه من اتخاذ كل الإجراءات الضرورية لمراقبة محتوى الإعلانات المنشورة فيسأل مدنيا عن الأضرار التي يتسبب بها للمستهلك على أساس المسؤولية التقصيرية ، ولا يمكن إعفائه منها إلا إذا أثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي ، ويعد علمه بعدم مشروعية المحتوى وعدم اتخاذه للإجراءات اللازمة لإزالته ، أو تقاعس في التزامه بالرقابة قرينة على قيام مسؤوليته ، وعلى القاضي أن يراعي في تقديره للوقائع خصوصية المعاملات الالكترونية .

ثالثا :المسؤولية المدنية لمنظمي منتديات المناقشة عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة : إن منتديات المناقشة عبارة عن نظام اتصال يسمح للأفراد بتبادل آرائهم بحرية تامة عبر فضاء افتراضي مهما كان مكان تواجدهم².

حيث تقوم شركات متخصصة في انتاج برامج المحادثة عبر الشبكة العنكبوتية ، تمكن المستخدم من الاتصال والتواصل المباشر مع غيره من الاشخاص سواء بالكتابة فقط ، أو بالصوت والصورة مع امكانية الكتابة ، وذلك من خلال الكاميرات الرقمية الموصولة بجهاز الكمبيوتر الخاصه بالمتحدثين³.

¹ عبد الفتاح محمود كيلاي ،المرجع السابق ،ص 492-493.

² محمد شريف غنام ،المرجع السابق ،ص 184.

³ عبد الفتاح محمود كيلاي ،المرجع السابق ،ص 506.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

وقد تستخدم منتديات المناقشة لإرسال رسائل تتضمن إعلانات تجارية خادعة أو مقارنه، كما يمكن أن تكون إعلانات مزعجة، فهل يسأل منظمو منتديات المناقشة عن الأضرار الناجمة عن الاعلانات التجارية غير المشروعة؟ أم أن دورهم يقتصر فقط على تنظيم مساحة إعلانية للتعبير عن الرأي؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من تحديد المقصود بمنظمي منتديات المناقشة، ثم التطرق إلى طبيعة مسؤوليتهم .

1 /تعريف منظمي منتديات المناقشة: يقصد بمنظم منتديات المناقشة: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتنظيم المنتدى ليجعله صالحا لتلقي الآراء والرسائل"، وقد يكون منظم المنتدى هو صاحب موتور البحث يقوم بتخصيص مساحة تسمح بتثبيت المنتدى عليها، فيجمع بين صفته كمنظم وصفة متعهد الإيواء، وبذلك يخضع للأحكام المطبقة على متعهد الإيواء والعكس صحيح¹.

2 /أنواع منتديات المناقشة: تنقسم منتديات المناقشة إلى مجموعتين أساسيتين²:
المجموعة الأولى: تتم عبر أنواع مختلفة من منتديات المناقشة، وتشمل منتديات الأعضاء منتديات الشبكة منتديات الدردشة، والمنتديات الإخبارية .

- منتديات الأعضاء: هو ذلك المنتدى الذي يجمع بين أشخاص متحدين في الثقافة أو ينتمون إلى جماعة أو طائفة معينة، والذين يبذلون رأيهم بحرية حول المواضيع محل المناقشة، ولا يجوز لهم الخروج عن هذا الحد أو الغرض .
- منتديات الشبكة: وهو المنتدى الذي يتم توطينه على موقع معين عن طريق خدمة التوطين الخاصة بالمنتديات، ويتميز هذا النوع بسهولة الانضمام إليه دون أي قيد فهو مفتوح لكل الأشخاص الراغبين بالانضمام إليه .
- منتديات الحوار أو غرف الدردشة: هي تلك المنتديات التي تستخدم في الحوار المباشر بين مجموعة من الأشخاص في وقت واحد، أو هي مكان افتراضي يلتقي فيه الأفراد

¹ محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص 184.

² بسام فنوش الجنيدي، المرجع السابق، ص 502-505. عبد الفتاح محمود كيلاني، المرجع السابق، ص 505-509.

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

للتعبير عن آرائهم ،من خلال ارسال الرسائل عبر مكان مخصص لهذا الغرض ،ويتم الاطلاع على الرسائل التي يرسلها الغير .

• منتديات الأخبار :تهدف لتبادل الأفكار حول موضوع معين ،لا تحتاج إلى اشتراك مسبق فهي مفتوحة للجميع ،تستخدم برامج متخصصة لإنشائها تسمى قارئ الأخبار .

المجموعة الثانية: تتم هذه المجموعة عن طريق البريد الإلكتروني وتنقسم إلى :

• قوائم مناقشة وحيدة الاتجاه :يقصر دور المشترك فيها على تلقي البريد الوارد إليه من مدير المجموعة عبر بريده الإلكتروني .

• قوائم مناقشة مزدوجة الاتجاه :إما أن تعمم الرسائل على جميع المشتركين دون إخضاع محتواها إلى الرقابة وتعرف بالقوائم الحرة ،أو تخضع لمراقبة المحتوى قبل تعميمها على المشتركين من طرف مدير المجموعة الذي له الحق في إهمال أو حذف أي رسالة مخالفة لقواعد النشر وتعرف بقوائم المراقبة ،كما يمكن أن تكون قوائم مفتوحة يسمح بالاشتراك فيها لكل من يرغب بذلك ،أو مغلقة يقتصر الدخول إليها على طائفة معينة فقط دون غيرها ،كالقضاة ،المحاميين الأطباء المهندسين ... الخ .

3 /الطبيعة القانونية لمسؤولية منظمي منتديات المناقشة :على الرغم من الانتشار الواسع

لمنتديات المناقشة ،والتي قد تكون سببا في إبرام عقود إلكترونية محلها منتجات أو تأدية خدمات ،إلا أن مسؤولية القائمين عليها عن الأضرار التي قد تتسبب فيها للغير لم تحظ باهتمام تشريعي لا على المستوى الدولي ولا الوطني ،فلا بد إذا من تطبيق القواعد العامة في المسؤولية ،بالإضافة إلى البحث في مدى إمكانية إخضاع مسؤولية منظمي المنتدى لقانون الصحافة ،ووسائل الاتصالات السمعية والبصرية .

أ /مسؤولية منظم منتدى المناقشة وفقا للقواعد العامة :يمكن مساءلة منظمي منتديات

المناقشة طبقا للقواعد العامة للمسؤولية وذلك حسب م 1383 من ق.م.ف ،التي تقر بمسؤولية كل من تسبب بخطئه في إلحاق ضرر بالغير ،سواء كان الخطأ نتيجة لفعل إيجابي من جانب المسؤول ،أو فعل سلبي كالإهمال وعدم الاحتراز .واستنادا لهذا النص يمكن مساءلة منظم

الباب الأول: حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني .

المنتدى عن الأضرار الناتجة عن الرسائل أو الآراء التي يتم تداولها بالمنتدى ،على أساس إهمال المنظم أو عدم إنتباهه لمثل هذا النوع من الرسائل التي يسمح بتداولها عبر المنتدى¹.
ب /مسؤوليه منظم المنتدى وفق لقانون الصحافة ووسائل الاتصال السمعية البصرية :إذا تم اعتبار منظم المنتدى كمدير للنشر حسب قانون الصحافة ووسائل الاتصال السمعية والبصرية الفرنسي الصادر في 29 جويلية 1982 ،فإنه يسأل عن الأضرار اللاحقة بالغير والناجمة عن الأنشطة التي تنشر عبر المنتدى حيث اعتبرت م 39 /3 من القانون المذكور أعلاه أن مدير النشر يعد الفاعل الأصلي في جرائم الصحافة إذا تم الفحص المسبق للرسائل التي تنشر قبل أن تصل للجمهور² .

ويشترط إذا لتطبيق النص أن يتم نشر الرسائل عبر وسيلة اتصال سمعية بصريه ،مع ضرورة تحقق الفحص المسبق للمحتوى المنشور ،وما ينطبق على منظم المنتدى باعتبار شبكة الانترنت وسيلة اتصال سمعية بصرية ،مع امكانية تدخل منظم المنتدى لفحص المضمون قبل بثه للجمهور ،أما إذا لم يتم بواجب الفحص المسبق سيسأل على أساس أنه شريك الفاعل الأصلي وهو صاحب الرسالة بدليل أنه مكنه من نشر محتوى غير مشروع .

فلا بد إذا من تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية ،في ظل غياب قوانين تنظم مسؤولية منظمي منتديات المناقشة ،وذلك لتفادي التهرب من المسؤولية هذا من جهة ،ومن جهة أخرى لتفادي إصدار أحكام قضائية مختلفة لاختلاف السند القانوني .

ولا يمكن أن يعفى منظم المنتدى من المسؤولية لإمكانية الفحص المسبق للمحتوى غير المشروع ،قبل وصوله للجمهور ،بالإضافة إلى عدم نشر المحتوى إلا بعد اطلاع أعضاء المنتدى عليها ،مثمما يحدث في مجموعات الدردشة عبر صفحات الفيسبوك ،وعليهم القيام بسحب المحتوى إذا ثبتت عدم مشروعيته لمجرد علمه بذلك .

¹ محمد شريف غنام ،المرجع السابق ،ص .189.م 1383 ق م ف يقابلها م 124 ق م ج "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ،ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

² محمد شريف غنام ،المرجع السابق ،ص .189.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني.

إن أهم ما يميز عقود التجارة الإلكترونية أنها إختصرت الزمن ،وقلصت المسافات حيث أصبحت العقود تبرم من المنزل ،أو من مكان العمل بمجرد ضغط المستهلك على زرّ تأكيد القبول ،لنتظهر له استمارة معلومات توجب عليه كتابة البيانات الخاصة به ،وبالمنتج .

لكن هذه الميزة تشكل عائقا أمام المستهلك المتعاقد إلكترونيا ،والذي لا يمكنه فحص المبيع ،ولا مناقشة بنود العقد ،وهو الأمر الذي أدى إلى اختلال التوازن بين طرفيه ،المورد وما يتمتع به من تفوق اقتصادي من جهة ،ومن جهة أخرى المستهلك الذي يجهل المعلومات المتعلقة بالمنتج ،ما يجعله الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية .

فضلا عن ذلك قد يتضمن العقد بنودا تمنح المورد مزايا لا يمتلكها المستهلك ،ما يجعله ضحية شروط تعسفية ،تستوجب تصدي المشرع لها ،بتوفير الضمانات التي تكفل حماية فعالة للمستهلك ،وتعيد للعقد توازنه .

ولعل أكثر ما يخشاه المستهلك في ظل العقود الإلكترونية ،هو مصير المعطيات أو البيانات التي يقدمها للمعالج ،والذي قد يتجاوز حدود الاختصاصات المخولة له ،وبذلك يعرض هذه المعطيات لمخاطر عديدة ،لذا عمل المشرع على حمايتها ،وتوفير الضمانات الكفيلة بذلك ولعل أهمها دسترت الحق في حماية المعطيات الشخصية ،وهو ما تضمنه التعديل الدستوري لسنة 2020 ،والذي سيتم التطرق إليه لاحقا ،فضلا عن إصدار قانون خاص بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي 18-07 السابق الذكر ،الذي كرس بموجبه المشرع بعض الضمانات التي قد تكفل حماية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا ،وهو ما سيتم مناقشته لاحقا .

ولعل أهم إلتزام يقع على عاتق المستهلك سواء في ظل العقود التقليدية بصفة عامة والإلكترونية بصفة خاصة ،هو الوفاء بقيمة السلعة أو الخدمة المقدمة . إذ يعتبر الدفع حجر

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الزاوية في ظل البيئة الإلكترونية ،حيث يتخوف المستهلك من تسديد الثمن دون تسلمه لمحل العقد ،لذا يتطلب من المشرع ضرورة تقديم الضمانات الكفيلة بتأمين بيئة الدفع الإلكتروني .

بالإضافة إلى ما سبق ذكره ،قد يشعر المستهلك عند رغبته في تسديد الثمن سواء عن بعد ،أو أثناء تسلمه للمنتوج بندمه وتسرعه في التعاقد ،فحسب القواعد العامة لا يمكنه التراجع عن التزاماته بإرادته المنفردة ،وإلا تحمل المسؤولية جراء إخلاله بها ،لكونه يمس بمبدأ مهم وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد .لكن نظرا للخصوصية التي تتمتع بها العقود الإلكترونية فقد أجاز المشرع للمستهلك بالعدول أو الرجوع عن العقد وإيرادته المنفذ ،دون تحمله مصاريف إضافية ودون حتى تبرير موقفه هذا .

وبهذا سيتم تقسيم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول :حماية المستهلك في مرحلة تكوين العقد الإلكتروني .

الفصل الثاني :حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني .

الفصل الأول :حماية المستهلك في مرحلة تكوين العقد الإلكتروني.

بمجرد تأكيد المستهلك لقبوله الأولي ينعقد العقد الإلكتروني بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد ،أحدهما يدعى المورد الذي يمتلك من الخبرة والدراية ما يسمح له بالتفوق إقتصاديا ،وفرض شروط التعاقد دون السماح للمتعاقد معه بمناقشتها ،حتى ولو كانت تكسبه حقوقا ،أو تعفيه من تحمل التزامات ،ودون أن يكون للطرف الآخر مثل هذه المزايا ،مما يؤدي إلى إختلال التوازن العقدي لمصلحة الطرف القوي .

وبين الطرف الثاني الذي يطلق عليه وصف المستهلك ،الذي يعد الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية ،كونه يجهل المعلومات المتعلقة بمحل العقد ،فضلا عن جهله للوسيلة المستعملة في إبرامه .

هذا ويفرض إبرام العقد ضرورة ملئ المستهلك لاستمارة تتضمن بياناته الشخصية ،التي لولا ظروف المعاملة ،لما رغب في الإفصاح عنها ،كونها محل اعتبار شخصي ،إذ يخشى أن يكون ضحية المخاطر التي قد تهدد خصوصية وسرية هذه المعطيات .

وهو ما سيتم دراسته في هذا الفصل ،الذي قسم إلى مبحثين :

المبحث الأول: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية .

المبحث الثاني :حق المستهلك في حماية معطياته ذات الطابع الشخصي .

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

المبحث الأول : حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية .

للتطور العلمي والتكنولوجي دور كبير في تنوع المنتجات وابتكار وسائل جديدة في إبرام العقود ،حيث أصبحت هذه الأخيرة تبرم عن بعد بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد. لأحدهما حق وضع شروط العقد بصفة منفردة ،ومسبقة دون السماح للطرف الآخر بمناقشتها مستغلا قوته الاقتصادية ويطلق عليه وصف المورد ،أما الطرف الآخر فما عليه إلا إبداء قبوله بإبرام العقد بالشروط التي وضعها المورد ،ويطلق عليه وصف المستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية لجهله للتقنية المستعملة ولمحل العقد ،هذا الوضع (تفوق طرف على طرف اقتصاديا ووضعه لبود العقد دون السماح للطرف الآخر بمناقشتها) أدى إلى اختلال التوازن بين الطرفين ،حيث يعتبر المستهلك طرفا مذعنا في العقود الاستهلاكية لإنعدام فرصة المفاوضة والمساومة لشروط التعاقد .

لذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مفهوم الشروط التعسفية .

المطلب الثاني : مكافحة الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية .

الأصل في إبرام العقود هو الرضائية، فالعقد شريعة المتعاقدين تلعب فيه إرادة الأطراف دورا كبيرا بتضمن عقديهما الشروط التي تحقق مصلحتها، أين تتاح لهما فرصة لمناقشة بنوده بإرادة حرة، ومستتيرة خالية من أي ضغط أو توجيه لهما .

غير أن التطورات العلمية وغزو الإنترنت لعالم التجارة أحدث تحولا كبيرا في المجال الإقتصادي، ففرضت السرعة في إبرام المعاملات التجارية، أين أصبح المستهلك يتعاقد بشروط محددة مسبقا ما عليه سوى إبداء موافقته دون أن تتاح له فرصة مناقشة شروط العقد المراد إبرامه .

هذه التحولات الجديدة زعزعت استقرار المعاملات التجارية حيث خلفت اختلال التوازن العقدي من جهة، ومن جهة أخرى فقد زعزعت مبدأ مهم وهو مبدأ الرضائية في إبرام العقود والسؤال الذي يطرح هنا هل كل شرط معدّ مسبقا لا يمكن للمستهلك مناقشته يعتبر شرطا تعسفيا ؟

وللاجابة على هذا السؤال سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: تحديد المقصود بالشرط التعسفي .

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن غيره من المصطلحات المشابهة له .

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي .

تبرم أغلب عقود التجارة الإلكترونية بصفة نموذجية في شكل عقود نمطية، ما على المستهلك إلا كتابة المعلومات الخاصة به دون مناقشة شروط العقد، التي قد تكون في بعض الحالات مجحفة

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

له ،فيكون ضحية شروط تعسفية ،مما يستوجب تحديد المقصود بها ،وهو ما سيتم التطرق إليه في هذا الفرع :بدءا بالتعريف التشريعي ،فالتعريف الفقهي .

أولا /التعريف التشريعي للشروط التعسفي :تباينت مواقف الدول الغربية والعربية في نصها على الشروط التعسفية لذلك سيتم التطرق إلى تعريف الشروط التعسفية طبقا للقوانين الغربية (أ) ،ثم تعريفها وفقا للقوانين العربية (ب).

1 / تعريف الشروط التعسفية على صعيد الدول الغربية :كانت الولايات المتحدة الأمريكية هي السباقة في تناول موضوع الشروط التعسفية ،رغبة من المشرع الأمريكي في حماية الطرف الضعيف في العلاقة الإقتصادية ،فكانت المبادرة منذ 1962 وتجسدت بموجب قانون التجارة الموحد ،ثم انتقلت الفكرة بعد 1970 إلى عديد من الدول الأوروبية كآلية تسمح للقضاء بإلغاء كافة البنود التي تتضح أنها تعسفية ،منها السويد سنة 1971 ،الدنمارك سنة 1974 ،وألمانيا سنة 1976¹.

ولم يكن المشرع الفرنسي بمعزل عن هذه التطورات بل ساهم بدوره في مكافحة الشروط التعسفية وذلك سنة 1978 بموجب القانون المعروف ب loi scrivener ،أين عرفها بموجب م 35 من الفصل الرابع المخصص لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية من القانون 78-23 والصادر في 10 جانفي 1978² بأنها :**"تلك الشروط المفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين عن طريق إساءة استخدام القوة الإقتصادية للمحترف والتي تمكنه من الحصول على ميزة مفرطة " (أو مجحفة) .**

¹محمد أحمد عبد الحميد ،الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2015، ص .80.

²La loi n°78-23 du 10 janvier 1978 ,sur la protection et l'information des consommateurs de produit et des services, sur le site web : www.legifrance.fr voir le 06/12/2019.

Art 35 :« ...telles clauses apparaissent imposes aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique dz l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ... »

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

في حين عرّفها بموجب م 1-132 من القانون 95-96 الصادر سنة 1995 والمتعلق بالشروط التعسفية بأنها : "تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك الشروط التي تهدف إلى إحداث ضرر للأطراف غير المهنية أو للمستهلكين نتيجة الإختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة"، وهو التعريف الذي أخذ به المشرع الفرنسي بموجب الأمر 16/131² المعدل لقانون الاستهلاك الفرنسي بموجب م (1-1212 L) .

باستقراء النصوص المذكورة يتضح أن المشرع الفرنسي قد لجأ بموجب م 35 من ق 78-23 إلى استخدام معيارين في تعريفه للشرط التعسفي ، يتجسد المعيار الأول في :إساءة استخدام التفوق الاقتصادي للمحترف في حين يتمثل المعيار الثاني في :الرغبة في تحقيق ميزة مفرطة ،وهو ما سيتم التطرق له لاحقا ،وأضاف بموجب نص المادة(1-132 L) إلى جانب المعيارين السابقين معيارا آخرًا يتمثل في :الإختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد .

أما التوجيه الأوروبي رقم 13/1993³ المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين فقد تطرق للشرط التعسفي بموجب م 03 منه ،بأنه : "ذلك الشرط العقدي الذي لا

¹Loi n°95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contractes et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JORF, n°28. Art .1er art L.132-1 du c. consom. F est ainsi rédigé : « **Dans les contrats conclus entre professionnels et non – professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour effet de créés, au détriment des non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.** »
<http://www.legifrance.gouv.fr>, voir le :07/12/2019 à 09 :30 H

²Art L 212 -1 dul'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, modifié le c. consom. F : « **Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.** »sur le site web <http://www.legifrance.gouv.fr> voir le :09/12/2019 à 10 :10 H

" في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين ،تعتبر شروطا تعسفية الشروط التي يكون هدفها أو أثرها هو إحداث ضرر بالمستهلك ،نتيجة الإختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد ."

³Directive 93/13/CEE du Conseil, du 05 /04 /1993 concernant les consommateurs, JOL95, du 21/04/1993, P.29.
Art :03 : «1- **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 obligations des parties découlant du contrat.**
2-**une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas du avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion.** » Sur le site web :

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

يقبل التفاوض عليه ، بحيث يلحق ضررا بالمستهلك نتيجة الإختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف المنشأة للعقد خلافا لما يقضي به مبدأ حسن النية" .

ويعتبر الشرط دائما غير قابل للتفاوض عندما يتم وضعه مسبقا ، بحيث لا يمكن للمستهلك التأثير في محتواه العقدي بإضافة بعض العناصر " ، و بعبارة أخرى : "هو ذلك الشرط الذي لا يمكن للفرد مناقشته والذي خلافا لمبدأ حسن النية يلحق ضررا بالمستهلك نتيجة الإختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة". ويعتبر الشرط دائما غير قابل لمناقشة الفرد له إذا تم إعداده - أو وضعه - مسبقا بحيث لا يمكن للمستهلك إحداث أي تأثير في محتواه ، خصوصا بإضافة بعض العناصر " .

ويتضح جليا تأثير المشرع الفرنسي بالتوجيه الأوروبي في تعديلاته وإضافته لمعيار جديد وهو معيار الإختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد كما سبق التطرق إليه .

2 /تعريف الشروط التعسفية على صعيد بعض الدول العربية :لم تتطرق عديد قوانين الدول العربية إلى موضوع الشروط التعسفية كقانون المستهلك الإماراتي ،قانون المستهلك المصري قانوني المستهلك والمعاملات الإلكترونية التونسي ،بالإضافة إلى قانوني المستهلك والمعاملات الإلكترونية الأردني وذلك حسب ما تم الإطلاع عليه .

أما المشرع الجزائري فقد عرّف الشرط التعسفي بموجب م 3 بند 05 من القانون 04-02 السابق الذكر ، بأنه : "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد " .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

فقد عرّف المشرّع البنود أو الشروط التعسفية استنادا إلى الأثر المترتب عنها، وهو الإخلال الظاهر للتوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، متأثرا بالتعديلات التي أجراها المشرع الفرنسي .

كما عرّف المشرّع المغربي الشرط التعسفي بموجب م. 15. القسم الثالث المعنون بحماية المستهلك من الشروط التعسفية من ظهير شريف رقم 03-11-01 المتعلق بتنفيذ ق رقم 08-31 المحدد لتدابير حماية المستهلك السابق الذكر، بنصّها: "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك...تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد ...".

من خلال نص م 15 يتضح أن المشرّع المغربي قد تناول موضوع الشروط التعسفية في العقود التقليدية بالإضافة إلى العقود الإلكترونية، وهو ما يستشف من عبارة تطبيق الأحكام المذكورة مهما كان شكل العقد المبرم أو الوسيلة المعتمدة في إبرامه، على خلاف المشرّع الجزائري الذي ورغم تنظيمه لمسائل التجارة الإلكترونية وآليات حماية المستهلك فيها من حيث نصه على حرية التعاقد وإبداء إرادته بحرية تامة دون أي توجيه، إلا أنه لم يعالج مسألة حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وهو الأمر الذي يعاب عليه المشرّع فالمتصفح لقانون ت. 18-05 يتضح له أن هذا القانون قد وجد لحماية واضعه باعتباره موردا أكثر من حمايته للمستهلك.

ثانيا: **التعريف الفقهي للشروط التعسفية**: يقصد بمصطلح شرط: "ما يدخله المتعاقدان من بنود في العقد لمجرد تنظيم علاقتها العقدية، ويقصد بالتعسف الجور أو التعدي"¹.

¹كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 512.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

عرّف الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك، من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الإقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة " ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف أنه ارتكز على الشخص واضع هذا الشرط والغرض من وضعه¹. أو هو: "ذلك الشرط الذي يترتب عليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح " المفقوت " بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمرتبة على عقد الإستهلاك"².

كما عرّف الشرط التعسفي، بأنه: "شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الإقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرّفص، وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من آثاره"³.

وعرّفت الأستاذة كوثر سعيد عدنان خالد الشروط التعسفية في إطار عقد الإستهلاك الإلكتروني بأنها: "الشروط التي يدرجها التاجر أو مقدّم الخدمة في العقد الإلكتروني المبرم مع المستهلك والتي تؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، ضد مصلحة المستهلك"⁴.

¹ حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي مصر، 1997، ص. 51.

² المرجع نفسه، ص. 52.

³ خالد محمود إبراهيم المرجع السابق، ص. 195.

⁴ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 519.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

إذا يمكن تعريف الشروط التعسفية ،بأنها :كل شرط أو مجموعة شروط يضعها المحترف بصفة مسبقة دون السماح للمستهلك بمناقشتها ،مما يؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد ،مهما كانت الوسيلة المتبعة في إبرامه .

أو هي :في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين ومهما كانت الوسيلة المتبعة في إبرامها تعتبر شروطا تعسفية كل شرط أو بند بصفة منفردة أو مجموعة شروط أو بنود يضعها المحترف بصفة مسبقة دون السماح للمستهلك بمناقشتها ،مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بمصلحة المستهلك نتيجة اختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين .

من خلال التعريفات السابقة للشروط التعسفية يتضح أنها تتمتع بمجموعة من الخصائص فضلا عن قيامها على بعض المعايير أو العناصر فإذا ما وجدت أعتبر الشرط تعسفيا .

1 /خصائص الشروط التعسفية :يتميز الشرط التعسفي بالخصائص التالية¹ :

- أن الشرط التعسفي شرط صحيح غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.
- أن الحماية من الشروط التعسفية تستمد وجودها من فكرة التفاوت الإقتصادي بين طرفي العقد والذي يترتب عنه اختلال كبير بين حقوق والتزامات الأطراف.
- إن قياس التعسف في البند لا يتم بالنظر إلى ذلك البند بصفة مستقلة عن باقي البنود الأخرى ،بل تقاس درجة التعسف بالنظر إلى مجموع تلك البنود ،فيمكن أن يكون أحد البنود قد وفر ميزة للمحترف في حين يكون هناك بند آخر قد منح المستهلك ما يقابل تلك الفائدة أو الميزة .
- إن مدلول مصطلح التعسف في الشرط التعسفي يختلف عن المقصود به في نظرية التعسف في استعمال الحق ،لأن وجود شرط يخل بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على قيام التعسف أو احتمالية قيامه ،سواء قصد المورد إلحاق الضرر بالمستهلك أم لم يقصده ،ولا يعفى المورد من المسؤولية بمجرد التمسك بحسن نيته ،لأن الهدف الواجب

¹موفق حماد عبد ،المرجع السابق ،ص .252-253.

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

تحقيقه هو حماية المستهلك وليس معاقبة المحترف ،فإثبات التعسف يكون مفترضا من خلال إثبات المنفعة التي حولها الشرط للمحترف .

2 /عناصر الشروط التعسفية : من جملة التعريفات السابقة يمكن القول ،أنه :ورغم اختلاف التعريفات التشريعية والفقهية للشروط التعسفية من حيث الصياغة ،إلا أنها تصبّ في نفس المعنى ،إذ تهدف إلى حماية المستهلك من هذه الشروط ،حيث يتحقق الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك من خلال توفر عنصرين ،أولهما تعسف المحترف (المشتري) من خلال إساءة استخدام تفوقه الإقتصادي ،أما العنصر الثاني فيتعلق بالميزة المفرطة التي يسعى المورد إلى تحقيقها ،والتي ينجم عنها اختلال للتوازن العقدي لصالح المحترف على حساب المستهلك (الطرف الضعيف) .

أ .إساءة استخدام التفوق الإقتصادي للمحترف :لقد اشترطت م 35 من ق .78-23 السابق الذكر لاعتبار الشرط تعسفيا أن يستغل المورد تفوقه الإقتصادي في مواجهة المستهلك وفرض شروط العقد عليه وهو ما يعتبر عيبا من عيوب الإرادة قد يتخذ شكل الإكراه أو الاستغلال ؛وتمت مناقشة هذه المسألة بموجب الأعمال التحضيرية للقانون الخاص بالمستهلك لسنة 1978 ،حيث ارتكزت المناقشة على فكرة "التعسف في استعمال الحق " لأن :مشروع القانون يجيز ضمنا للمحترف إمكانية أن يقوم بإدراج شروطه ولكنّه يحظر عليه في ذات الوقت الإنحراف بهذه السلطة بما يضرّ بالمستهلك ... وهو ما يتفق مع فكرة إساءة استعمال الحق باعتبارها انحراف بالغاية الاجتماعية للحقوق¹ .

¹محمد أحمد عبد الحميد أحمد ،المرجع السابق ،ص .82-83.إبراهيم عبد العزيز داود ،حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2014 ،ص

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لقد وجّهت عدّة انتقادات لهذا الرأي من طرف بعض فقهاء القانون الفرنسي ،لأنّه :لا يمكن التسليم بفكرة إساءة استعمال الحق ،كونها تعرف تطبيقا قضائيا لها في المجال العقدي¹.

ونظرا إلى أن أعمال الشرط التعسفي في مرحلة إبرام العقد ،يؤدي إلى قيام عيب من عيوب الرضا الذي قد يلحق الإرادة ،باعتباره - التعسف - أقرب إلى التذليس فقد ذهب بعض الفقه إلى اعتباره تعسفا في الموقف رغبة منهم في تمييزه عن التعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة ،والذي يقصد به تجاوز الغاية الإجتماعية للحقوق الشخصية حيث يعتبر هذا التفسير منطقيا في ضوء ما تشهده معاملات اليوم من تفوق اقتصادي وعلم للمورد مقارنة بالمستهلك الذي يعدّ الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ،والإقتصادية مما يجعله خاضعا للمورد من أجل تلبية احتياجاته دون أن تتاح له فرصة مناقشة شروط العقد ،بل له الحق في إبداء رأيه بقبوله للتعاقد أو رفضه له فقط ،وهو ما يجسّد فكرة انعدام المقدرة على الإختيار²

كما اختلف الفقه في تقديره للقوة الاقتصادية للمورد فمنهم من يرى بأنّها تقاس على أساس حجم المشروع الذي يستغله والوسائل التي يملكها في ممارسة نشاطه ،في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن : "ضخامة المشروع لا تعني دائما القوة الإقتصادية ،فقد يتمتع تاجر صغير بإحتكار محلي يجعله يتمتع بقوة تشبه قوة مشروع قومي كما أنه يصعب تحديد حصة المهني ومدى انتشاره في السوق " ،حيث يرجع - حسب هذا الإتجاه- تقدر القوة الإقتصادية إلى المركز الشخصي للمستهلك المتوسط الذي لا يكون له الحق في مناقشة العناصر الجوهرية للعقد ،بل يقتصر دوره على قبول التعاقد من عدمه³.

¹محمد أحمد عبد الحميد أحمد ،المرجع السابق ،ص .83.

²عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص .404.

³حمد الله محمد حمد الله ،المرجع السابق ،ص .59.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ب .الميزة المفرطة التي يتحصل عليها المورد :تتجسد في حصول المورد الإلكتروني على ضمانات أو حقوق مبالغ فيها في شكل شروط يتضمنها العقد المراد إبرامه مع المستهلك .

وعرّفت الميزة المفرطة أو الفاحشة ،بأنها :**"حصول المهني على مقابل مغالى فيه مفروض على المستهلك بواسطة شرط مخالف للقانون المدني أو القانون التجاري ،ويؤدي إلى عدم التوازن في الأدعاءات بين المهني والمستهلك نتيجة الشروط المخالفة للقانون العام للإلتزامات"**¹.

من التعريف يتضح أنّ الميزة المفرطة ما هي إلاّ نتيجة أو هدف منبثق من المعيار السابق ،فالمورد عندما يتمسك بقوته الإقتصادية في مواجهة المستهلك ويتعسف في استعمالها إنما يهدف إلى الحصول على مزايا تفوق المزايا التي يتحصل عليها المستهلك فتكون مجحفة في حقه مما يجعله الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ،وهو ما يشكل في حد ذاته إختلالا في التوازن العقدي ،فالأفضل عدم إعتبارها معيارا قائما بحد ذاته في تقدير درجة التعسف .

قد يثار التساؤل حول كيفية تقدير المزايا المفرطة فهل تتعلق بالثمن فقط ؟ هناك من يرى أن المزايا المفرطة تقدر حسب طابعها المالي أي تتعلق بالثمن فقط ،ويستندون إلى فكرة الغبن ،رغم الإختلاف القائم بين محل كل منهما ،فإذا كان الغبن ينصب على الثمن ،فإن الشروط التعسفية تتعلق بشروط مقترنة بالعقد².

وهو ما جعل بعض الفقه الفرنسي وعلى رأسهم BRUSCHI MARC يرى بأن مسألة تقدير الصفة التعسفية لا تتعلق بالثمن فقط أو بمحلّه ،وإنما يتم تقديرها بناء على الإختلال الكبير في التوازن بين إلتزامات وحقوق الأطراف ،وذلك من أجل توفير حماية شاملة للمستهلك فلا

¹ خالد ممدوح إبراهيم ،المرجع السابق ،ص .197.

² عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص .405.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

تتخصر الميزة المفردة في مجال ضيق بل يتم النظر إلى الأثر الذي تحققه وهو اختلال التوازن العقدي بين الحقوق والالتزامات¹.

أما عن لحظة تقدير الطابع التعسفي فيرى بعض الفقه الفرنسي، ويؤيده الأستاذ حمد الله محمد حمد الله بأن تقدير الشرط التعسفي يرجع إلى لحظة إبرام العقد ولا يجب الانتظار إلى غاية تنفيذه، فيعتبر الشرط تعسفيا إذا ما كان لحظة إبرام العقد يرتب اختلالا كبيرا في التوازن دون انتظار وقوع النتيجة أو عدم وقوعها - الإختلال بين الحقوق والالتزامات - عند تنفيذ العقد².

في حين تعفي العديد من المحاكم الفرنسية إقتداء بمحكمة النقض، المستهلك من إثبات تعسف المورد في استعمال نفوذه الإقتصادي لصعوبة إثباته، غير أنه يقع عليه (المستهلك) عبئ إثبات الميزة المفردة التي أضرت بمصلحته فبمجرد إثبات المستهلك وجود اختلال بين التزاماته وحقوقه، والالتزامات والحقوق التي يتحصل فيها المورد على مزايا يثبت التعسف في استعمال المورد لقوته الإقتصادية، وبعبارة أخرى يعتبر إثبات التعسف في استعمال المورد لقوته الإقتصادية مفترضا، إذا ما تمكن المستهلك من إثبات حصول الطرف الآخر على مزايا مفردة عندما يبرم العقد عن طريق الإذعان³.

3/ صور الشروط التعسفية: أمام التطورات الإقتصادية وتغير وسائل إبرام العقود من تقليدية إلى إلكترونية، فإن حصر الشروط التي تعتبر تعسفية في قائمة محددة يعد أمرا صعبا خصوصا وأن المورد سيستغل مبدأ حرية التعاقد من أجل خلق مزايا لمصلحته سواء بالإنقاص من التزاماته أو الإعفاء منها، أو بالتقليل من حقوق المستهلك وتحميله التزامات مرهقة له .

¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 406. الزوجال يوسف، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات عقد التأمين نموذجا، منشورات دار الأمان، المغرب، 2013، ص. 236-237. محمد أحمد عبد الحميد أحمد، المرجع السابق، ص. 83-85.

² حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص. 61.

³ المرجع نفسه، ص. 60.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

نص المشرع الجزائري بموجب م 29 من ق 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر ،و م 05 من م .ت 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية على بعض صور الشروط أو البنود التي تعتبر تعسفية والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر .

حيث نصت م 29 من ق 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر على مايلي : " تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :

1. أخذ حقوق و/أو إمتيازات لا تقابلها حقوق و/ أو إمتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،
2. فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود ،في حيث أنه يتعاقد هو بشروط متى أراد ،
3. إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك ،
4. التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في إتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية ،
5. إلزام المستهلك بتنفيذ إلتزاماته دون أن يلزم نفسه بها ،
6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالإلتزام أو عدة إلتزامات في ذمته ،
7. التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة ،
8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديد غير متكافئة " .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

في حين نصت م 05 من م ت 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية السابق الذكر على ما يلي :تعتبر تعسفية ،البنود التي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يأتي :

. تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه ،

. الإحتفاظ 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 أية وسيلة طعن ضده ،

. فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد ،

. الإحتفاظ 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 الإقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه ،

. تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ،دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الإقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ،

. فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك ،

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

. الإحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق ،

. يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته ،

. يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته .

يلاحظ من نص م 29 من ق 04-02 السابق الذكر أن المشرع قد نص على صور الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر ،وتنقسم إلى شروط تعسفية تحقق ميزة للمورد سواء بالتخفيف من إلتزاماته ،أو بالزيادة في الحقوق الممنوحة له ،وشروط تعسفية من شأنها إلحاق ضرر بالمستهلك سواء بالزيادة في أعبائه أو بحرمانه من بعض حقوقه .

أ /شروط تعسفية تحقق ميزة للمورد :تتحقق هذه الميزة للمورد بصورتين تتمثل الصورة الأولى في التخفيف من إلتزاماته ،في حين تتحقق الصورة الثانية بالزيادة في الحقوق الممنوحة له .

أ . 1 شروط تؤدي إلى التخفيف من إلتزامات المورد :قد تتجلى في :الشروط المحددة أو المعفية للمسؤولية مثلما نصت عليها م 05 ب 4 ، 11 و 12 من م .ت 06-306 السابق الذكر وم 29 ب 06 من ق 04-02 السابق الذكر ،ومن الشروط التي تخفف من إلتزامات المحترف الإلكتروني أيضا :

. الشروط التي تسمح للمحترف بتسليم غير مطابق للمواصفات المدرجة في العقد .

. الشروط المعفية من الضمان سواء ضمان العيوب الخفية في غير الحالات المسموح بها ،أو الضمان في حال عدم تنفيذ إلتزاماته .

أ . 2 شروط تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة للمورد :قد تتمثل في :

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

. شروط تسمح للمحترف بتعديل العقد و إنهائه بإرادة منفردة دون تبريره ، أو التفرد في تحديد آجال التسليم .

. تحديد الثمن طبقا للسعر المتعارف عليه وقت التسليم .

ومثالها ما نص عليه المشرع بموجب ب 1، 3، 4، 7، م 29 من ق 04-02 السابق الذكر ، و ب 2 م 5 من م ت 06-306 السابق الذكر .

ب .شروط تعسفية تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمستهلك :قد يتحقق الضرر بإدراج العقد بنودا من شأنها الزيادة في أعباء المستهلك ،أو من خلال تضمين العقد شروطا تؤدي إلى حرمانه بعض حقوقه .

ب . 1 شروط تؤدي إلى زيادة إلتزامات المستهلك :قد تتمثل في :

. تحديد المدة التي يمكن التعاقد خلالها .

. إشتراط توقيع المستهلك بأنه على علم ودراية تامة بكافة بنود العقد المراد إبرامه ،وبحالة السلع أو طبيعة الخدمات رغم جهله بذلك .

. إلتزام المستهلك بتعويض المحترف نتيجة إخلاله بإلتزامه على أن يكون تعويضا باهضا .

ومثالها ب 2، 5، 8، م 29 ق 04/02 السابق الذكر ،ب 6، 3، 7، 8، 9، 10، 12 من م 5 م ت. 06-306 السابق الذكر .

ب . 2 شروط تؤدي إلى حرمان المستهلك من بعض حقوقه :فضلا عن الشروط التعسفية التي قد تفرض أعباء على كاهل المستهلك بالزيادة من إلتزاماته والتقليص من إلتزامات المورد ،قد يقع المستهلك ضحية بنود تعسفية تحرمه من بعض حقوقه مثل :

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- . تحديد المورد للثمن بإرادة منفردة وعدم مناقشة المستهلك له .
- . البنود التي تحد من حرية المستهلك في التعاقد مع الغير .
- . تنازل المستهلك عن حقه في فسخ العقد حتى ولو كان سبب الفسخ يرجع إلى خطأ المورد .
- . إسقاط حق المستهلك في اللجوء إلى الجهات القضائية لفض المنازعة ،أو اشتراط اللجوء إلى الطرق البديلة لفض المنازعات مباشرة ،دون اللجوء إلى القضاء ،ومثالها ب 6 من م 29 ق 02-04 السابق الذكر ،ب 5 من م 5 من م .ت 06-306 السابق الذكر .

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن غيره من المصطلحات المشابهة له .

قد يتشابه الشرط التعسفي مع بعض المفاهيم المشابهة له ،كعقود الإذعان والعقود النموذجية لذلك لا بد من التمييز بين الشرط التعسفي وعقود الإذعان ،وبين الشرط التعسفي والعقد النموذجي الذي قد يحتوي شروطا نموذجية .

أولاً: التمييز بين الشرط التعسفي وعقود الإذعان :لقد أفرزت التطورات الإقتصادية تفاوتاً كبيراً في المراكز المالية لأطراف العقد ،فخلقت اختلالاً في التوازن العقدي ،وفرضت حتمية الخروج عن مبدأ التراضي في إبرام العقود ،إذ دفعت بالمورد إلى وضع شروط العقد وفرضها على المستهلك دون أن يسمح له بمناقشتها ،وهو ما يعرف بعقود الإذعان حسب القواعد العامة ،كما سمحت الأوضاع الإقتصادية الراهنة للمحترف بأن يستغل تفوقه الإقتصادي لإدراج شرط أو أكثر في العقد لتحقيق مزايا مفرطة ،وهو ما يعرف بالشروط التعسفية و أمام هذا التشابه والتداخل بين عقود الإذعان والشروط التعسفية كيف يمكن التمييز بينهما ؟

إنّ الإجابة على هذا التساؤل تتطلب تعريف عقود الإذعان ،ثم المقارنة بينها وبين الشروط

التعسفية .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

1/ تعريف عقد الإذعان :عرّف المشرّع العقد بموجب م 54 من ق.م بأنه : "إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

إذا حسب م 54 من ق.م فالعقد هو اتفاق بين طرفين أو أكثر من أجل منح المدين بالالتزام للدائن به شيئاً أو بأن يقوم بفعل شيء ،أو أن يلتزم بعدم القيام به ،فالعقد هنا هو التراضي بين أطرافه ولا يبزم من غير ذلك. في حين نصت م 70 من ق.م على بعض العقود التي يقبل فيها الدائن التعاقد دون مساومة أو دون إتفاق على كل بنود العقد ،حيث نصت على مايلي :
"يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

كما عرف العقد بموجب م 3 ب 4 من ق 02-04 السابق الذكر ،بأنّه : "كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة ،حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

في حين أضاف المشرع بموجب م 6 من ق ت إ 05-18 السابق الذكر فقرة جديدة - 02- لم يتضمنها ب 4 م 3 من ق 02-04 السابق الذكر ،بنصها : "العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،ويتم إبرامه عن بعد ،دون الحضور الفعلي والملتزم لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني".

يعاب على المشرع في هذه الفقرة حصره للعقود التي تتم عن بعد في العقود التي تبرم بوسيلة لا تسمح بالحضور الفعلي والملتزم لأطرافه ،أين أخرج وسائل الإتصال التي تسمح بالحضور الملتزم صوتا وصورة من طائفة وسائل إبرام العقود الإلكترونية ،والتي تشهد تطورا واستعمالا واسعا من طرف المستهلك .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

فالأصل في التعاقد إذا هو حرية الأطراف في مناقشة بنود العقد ،ومساومة كل طرف للطرف الآخر ،غير أنه يوجد نوع من العقود يضمنها أحد أطرافها بصفة مسبقة جملة من البنود،وما على الطرف الآخر إلاّ قبولها كما هي أو رفضها .وحسب القواعد العامة فإن عقد الإذعان يتميز ببعض الصفات ،من حيث أنه يرد على منتج ضروري للناس بحيث لا يمكنهم الاستغناء عنه ،كعقود التوريد بالكهرباء والغاز والماء ،عقود التأمين ،عقود الإشتراك في خدمة الهاتف الثابت وغيرها من العقود ،فكلها عقود ضرورية لا يمكن للمستهلك الاستغناء عنها .فضلا على ذلك فهي منتجات محتكرة من طرف المتعاقد معه ،والذي يضع بنود التعاقد حولها بصفة مسبقة عن عرضها ويتم إبرام العقد بمجرد إعلان المستهلك موافقته على التعاقد .

فعقد الإذعان حسب المشرع هو ذلك العقد الذي يسلم فيه المستهلك بشروط مقررة ومحددة من طرف المورد ولا يسمح بمناقشتها .

لقد فرض تطور وسائل إبرام العقود فضلا عن سرعة المعاملات التجارية حتمية التعاقد بشروط معدة سابقا ،وهو ما يستوجب ضرورة التوسع في مفهوم عقود الإذعان بأن لا تتعلق بسلع أو خدمات ضرورية محتكرة من طرف المورد ،بل لا بد من أن تشمل كل عقد أعدت بنوده بصفة مسبقة ولا يسمح بمناقشتها ،وهو ما تتطلبه مقتضيات حماية المستهلك في ظل غزو وسائل التكنولوجيا لعالم التجارة ،وهو التوجه الذي سايره المشرع بأن إعتبرعقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان .وذلك من خلال استقراء نص م 6 ف 2 ق 18-05 ،و ب 4 م 3 ق 04-02 السابق ذكرهما .

ومع ذلك لا يمكن إعتبار كل عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان رغم ما يوفره هذا الطرح من حماية للمستهلك ،وذلك لأنّ الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود تختلف باختلاف الوسيلة المستعملة ،فإذا كانت هذه الأخيرة تسمح بمناقشة بنود العقد ،وبالتواصل الفعلي والمتزامن

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

بين أطرافه ،كالهاتف الإلكتروني واستخدام كاميرا الكمبيوتر ،أو تمت المناقشة عبر مواقع الدردشة وغرف المحادثات ،فالعقد يغلب عليه طابع الرضائية فلا يعد من قبيل عقود الإذعان .

أما إذا تم التعاقد عبر المواقع الإلكترونية أو عبر البريد الإلكتروني بشكل لا يمكن من تحقيق التواصل المتزامن في صورة عقود معدة مسبقا ،ولا يسمح فيها للمستهلك فيها بمناقشة بنودها،بل ما عليه إلا إبداء رغبته في التعاقد من عدمه من خلال النقر على أيقونة القبول أوالرفض ،أو الإلغاء ؛عد العقد هنا من قبيل عقود الإذعان ويفسر الشك لمصلحة المدين ويصح هنا الأخذ بما تضمنته م 3 ب 4 من ق 04-02 السابق الذكر " العقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأديّة خدمة ،حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه " .

أما من جانب الفقه فقد عرّف الأستاذ زيد قدرى الترجمان عقد الإذعان بأنه :**"العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بإملاء شروطه ،بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر سوى الرّضوخ لهذه الشروط كلّها أو رفضها جملة وتفصيلا فليس له أن يناقش هذه الشروط بالإضافة إليها أو النقصان منها "**¹ .

وعرّفته د/ نزهة الخدي ،بأنّه :**"العقد الذي يتم دون مناقشة ولا مساومة بين الطرفين بحيث يستطيع أحدهم بحكم وضعه الفعلي أو القانوني أن يفرض على غيره من أطراف العقد شروط الإتفاق في جملتها دون أن يكون من حقهم مناقشتها أو تعديلها بل لا يكون أمامهم سوى الإذعان لما يعرض عليهم من شروط "**².

¹ الزوجال يوسف ،المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات عقد التأمين نموذجا ،منشورات دار الأمان ،المغرب 2013،ص 101.

²الزوجال يوسف ،المرجع السابق ،ص 101.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

إذا يمكن تعريف عقد الإذعان الإلكتروني، بأنه: ذلك العقد الذي يضع فيه المورد باعتباره الطرف القوي شروط العقد على أن يسلم بها المستهلك ويقبلها كما هي دون أن يكون له الحق في مناقشة شروطها، بل ما عليه إلا إبداء موافقته بها أو رفضه لها بالضغط على أيقونة القبول أو الرفض .

2 / التمييز بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان : تتفق الشروط التعسفية وعقود الإذعان في أن كلاهما يحتوي بنودا معدة مسبقا من طرف شخص يتمتع بالقوة الإقتصادية وتفرض على المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، غير أنهما يختلفان فيما يلي :

- تتميز الشروط التعسفية عن عقود الإذعان في أن هذه الأخيرة تعتبر عقودا حقيقية قائمة بذاتها، تتعلق بإرادة الطرفين بحيث يهيمن الطرف القوي اقتصاديا على بنود العقد دون أن يسمح للطرف الضعيف أن يعدل شرطا منها، أمّا الشرط التعسفي فهو شرط وارد في العقد المراد إبرامه أي لا يعد عقدا حقيقيا قائما بذاته، يحتوي هذا الشرط في مضمونه على كل المسائل المتعلقة به، أو يقتصر على جزء منها¹.
- قد لا تهدف عقود الإذعان إلى الإضرار بمصلحة المستهلك، في حين تهدف الشروط التعسفية إلى خلق اختلال في التوازن العقدي من خلال إحداث تفاوت كبير بين حقوق والتزامات الأطراف بطريقة تمنح للمورد كطرف قوي تعسف في استغلال تفوقه المعرفي والإقتصادي مزايا مفرطة، تلحق ضررا بالمستهلك. كما قد تحتوي عقود الإذعان على شروط تعسفية وجب حماية المستهلك منها .

ثانيا : التمييز بين الشرط التعسفي عن العقد النموذجي : قبل التطرق إلى أوجه التمييز بين الشرط التعسفي والعقد النموذجي لابد من الوقوف على المقصود بالعقد النموذجي .

¹ عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص 121.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

1 /تعريف العقد النموذجي :لابد من عدم الخلط بين العقد النموذجي وعقود الإذعان ،فليس بالضرورة أن يكون كل عقد نموذجي هو عقد إذعان ،غير أنه يمكن إعتبره من أهم وسائل إبرامها ،خصوصا في العقود الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت¹.

يعرّف العقد النموذجي ،بأنّه : "عبارة عن مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة ،يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة ،ويلتزمون بإرادتهم الحرّة بإتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة"².

كما عرّف بأنّه : "مجرد صيغة معدّة من قبل منظمة مهنية أو من قبل الإدارة هذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد "³ .

وعرّفت العقود النموذجية أو النمطية ،بأنها : "عقود تنطوي على حقيقة التعاقد وتحيل الأطراف فيها إلى نموذج وضعته أو قرّره سلطات عامة أو هيئات نظامية مثل التجمعات المهنية والوطنية "⁴ .

وعرّف العقد النموذجي ،بأنّه : "صيغة قائمة بذاتها حيث يستطيع الطرفان الإعتماد عليها بشكل كامل دون حاجة إلى صيغة كتابية أخرى بما يلائم مقتضيات التعامل بينهما وما عليهما سوى إدراج أسمائهم وملء البيانات الأخرى ،كالثمن والكميّة وميعاد التسليم "⁵ .

¹خالد ممدوح إبراهيم ،المرجع السابق ،ص 207.

²نغم حنا رؤوف ،"العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية" ،مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ،المجلد 14 ،ع 06 كلية التربية ،جامعة تكريت ،العراق ،جوان 2007 ،ص ص . (325-356) ،ص 328.

³خالد محمود إبراهيم ،المرجع السابق ،ص 208.

⁴المرجع نفسه ،ص 208 .

⁵عبد الله ذيب محمود ،المرجع السابق ،ص 129.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

يتميز إذا العقد النموذجي بثلاث خصائص ،من حيث أنه عقد موجه للجمهور ،أي لعدد غير محدد من الأشخاص لا لشخص محدد بذاته ،وأنه عقد معد بصفة مسبقة من طرف المتعاقد الذي يتمتع بمقدرة نافذة على التعاقد ،أما الخاصية الثالثة فتنتمثل في قبول المتعاقد معه للإيجاب الموجه إليه كما هو دون أن يناقش أو يفاوض الموجب على أي شرط من شروط العقد المراد إبرامه¹.

وقد إعتبر البعض أن العقود النموذجية من قبيل عقود الإذعان ،كونها الوسيلة الغالبة في إبرام عقود الإذعان لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب ومعد لإنضمام المتعاقد المذعن إليه ،و رغم ذلك فإن هذه العقود تكاد تهمل حرية المتعاقد الذي ينضم إليها في التعبير عن إرادته ،حيث أنها لا تمنح منذ البداية بل يتفاجئ بها المتعاقد لحظة إبرام العقد مما لا يسمح له بالإطلاع عليها ومناقشتها².

ويعتبر الشرط النموذجي شبيها بالعقد النموذجي باعتبار أنهما يعدان مسبقا ،فالشرط النموذجي هو صيغة تعد مسبقا من قبل طرف له قدرة نافذة على التعاقد ،و ما على الطرف الآخر إلا قبول الإيجاب كما ورد ،دون أن يفاوض أو يناقش الطرف القوي في هذا الشرط النموذجي الذي يعدّ شرطا أساسيا في العقد ولا يمكن تعديله³.

2 / أوجه الاختلاف بين الشرط التعسفي والعقد النموذجي والشرط النموذجي :يتفق الشرط التعسفي والعقد النموذجي والشرط النموذجي فيما يلي⁴:

• يتفق الشرط التعسفي والشرط النموذجي في أن كلا الشرطين لا يقبلان التفاوض حولهما غير أنهما يختلفان في أن الشرط التعسفي قد لا يشترط دائما إعداده بصفة مسبقة من

¹ خالد ممدوح إبراهيم ،المرجع السابق ،ص .208.

² المرجع نفسه ،ص .210.

³ عبد الله ذيب محمود ،المرجع السابق ،ص .131.

⁴ المرجع نفسه ،ص .133-134.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

طرف هيئة أو منظمة على خلاف الشرط النموذجي الذي يعدّ مسبقا من طرف هيئة أو منظمة .

● أن العقد الذي يحتوي شروطا نموذجية يمكن أن يكون موجها للعامة ،في حين أن الشرط التعسفي قد لا يوجه للعامة بل يخص شخصا بحد ذاته .

● كما أن الشرط النموذجي أخف وأقل وطأة على المستهلك ،بينما يهدف الشرط التعسفي إلى الإضرار بمصلحة المستهلك من خلال تحقيق مزايا مجحفة في حقه مما يحقق مصلحة المورد ،ويأتي مخالفا لمبدأ حسن النية أما الشرط النموذجي فلا يأتي مخالفا لمصلحة المستهلك ولا لمبدأحسن النية في إبرام العقود ،كما لا يعطي الشرط النموذجي لواقعه مزايا مفرطة .

● ويتفق العقد النموذجي مع الشرط النموذجي في أنهما يعدان مسبقا في شكل صيغة موجهة للعامة غير أنه يختلف عن الشرط النموذجي في أنه معدّ من قبل جمعيات تجارية ومنظمات دولية ،في حين أن الشرط النموذجي قد يعدّ من طرف أحد المتعاقدين .

● تستمد الشروط النموذجية قوتها من الإخلال بمبدأ حرية التعاقد باعتبارها تفرض من الطرف القويّ على الطرف الضعيف الذي ما عليه إلا قبولها دون اعتراض .

● إذا فالشروط النموذجية لا تعدّ عقدا قائما بحد ذاته ،بخلاف العقود النموذجية التي تشكل عقدا قائما بحد ذاته .

وبالنسبة للشروط التعسفية فلا تعد عقدا قائما بذاته قد توضع بصفة مسبقة وتفرض على المستهلك بصفة مخالفة لمبدأ حسن النية ،لأنها تضر بمصلحته كونها تخلق إختلال واضحا بين حقوق والتزامات الأطراف فضلا على أنها تمنح المورد مزايا لا تمنح للمستهلك .

وأنّ عقود الإذعان هي عقود قائمة بحد ذاتها تعدّ وتفرض على المستهلك لكنها لا تهدف إلى الإضرار به ،شأنها في ذلك شأن العقود النموذجية ،التي فرضتها السرعة في إبرام العقود ،والتي تبقى هي الوسيلة المتبعة في إبرام عقود الإذعان ،قد تتضمن شروطا تعسفية تضر بمصلحة المستهلك فما هي الآليات أو الضمانات التي توفر له حماية من الشروط التعسفية

؟

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

المطلب الثاني: آليات مكافحة الشروط التعسفية في ظل العقود الإلكترونية .

إن إبرام العقود عبر الإنترنت ،وسرعة المعاملة التجارية لسرعة الوسيلة المبرمة ولمواكبة العصر من حيث اختصار الزمن ،فرضت حتمية الانتقال من عقود تفاوضية يساوم فيها كل طرف الطرف الآخر ،إلى عقود إذعان ما على المستهلك إلا قبولها أو رفضها ،والأكثر من ذلك قد تتضمن شروطا تعسفية تجعل من المستهلك طرفا مذعنا لها نظرا لحاجته إلى التعاقد .

وهو ما دفع بتشريعات بعض الدول إلى استحداث آليات لحماية المستهلك من الشروط التعسفية ،ومكافحتها ولم يكن المشرع بمعزل عن هذه التشريعات بل نص هو الآخر على بعض الآليات التي تضمن حماية المستهلك ولعل أهمها أسلوب أو آلية الرقابة ،هذه الأخيرة قد تكون سابقة عن التعاقد وتسمى برقابة الحظر، أو لاحقة عن التعاقد وتسمى رقابة الإلغاء أو التعديل ،وبهذا سيقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول :أسلوب الرقابة القانونية كآلية لمكافحة الشروط التعسفية .

الفرع الثاني :استحداث لجنة لمكافحة البنود التعسفية.

الفرع الأول : الفرع الأول :أسلوب الرقابة القانونية كآلية لمكافحة الشروط التعسفية :

يستعمل هذا النوع من الرقابة كرقابة قانونية على أعمال الشروط التعسفية ،من خلال تحديد الدولة للشروط التي تعتبر تعسفية ،فضلا عن تدخل القضاء في عملية المكافحة .

أولا :الرقابة القانونية على أعمال الشرط التعسفي :وهي الرقابة التي يتم إجراؤها من خلال وضع قائمة تحتوي أو تتضمن الشروط التعسفية الواجب حظر إدراجها في العقود المراد إبرامها وهو إجراء إداري تنظيمي ،حيث تختص السلطة الإدارية في التقدير العملي للشروط التعسفية ويعتبر المشرع الألماني من بين التشريعات السباقة لإصدار قانون خاص بمكافحة الشروط التعسفية ،والذي صدر فعلا بموجب القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود المؤرخ في:09

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ديسمبر 1976 ، يتضمن قائمة بالشروط الباطلة لتحقيق التوازن العقدي الذي تخل به الشروط العامة - التعسفية - سواء وردت بالعقد أو انفصلت عنه¹.

أين قسم المشرع الألماني قائمة الشروط التعسفية الباطلة إلى قائمتين ، يحتوي النوع الأول على القائمة السوداء الي تضمنت ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة ، نصت عليها م 10 وسمح القانون بتقويمها ، تتعلق " بإطالة آجال التسليم أو التنفيذ ، إلترام المحترف ، ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ إلترامه ، وحقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله وحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه ، وحقه في إختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول ، إذا لم يبرر هذا الإختيار بوجود مصلحة مشروعة " ؛ أما النوع الثاني فهي القائمة الرمادية وهي : الشروط التعسفية الباطلة التي لم يسمح القانون فيها بإمكانية تقويمها ، نصت عليها م 11 حيث وردت في عشرة أصناف تتعلق خصوصا ب : " حق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى ثمنها في خلال مدة أربعة أشهر ، وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة ، أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس ، ويحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه ، خال من النزاع أو ثابت في سند نهائي ، والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد ، أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه ، أو استبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير"² .

أما في فرنسا فقد تبنى المشرع الفرنسي نظام القائمة الإرشادية بعد ما نقلها عن المرسوم الأوروبي الصادر سنة 1993 ، على أن يتحمل المستهلك عبئ إثبات أن الشرط المدرج في العقد

¹محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن -دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ، دار الكتاب الحديث ، مصر ، 2006، ص 234.

²محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 236. إبراهيم عبد العزيز داود ، المرجع السابق ، ص 141-142.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

يعد تعسفاً، وبذلك يختلف نظام القائمة الرمادية التي يمكن إثبات التعسف بقريئة بسيطة قابلة لإثبات العكس من جانب المورد، ونظام القائمة الإرشادية التي يقع فيها على المستهلك عبئ إثبات التعسف، هذا ما دفع بجانب من الفقه (N.Rzepecki) يرى: "بأن المشرع الفرنسي لم يأخذ بنظام القائمة الرمادية، بل تبنى نظاماً مغايراً سمي بنظام القائمة البيضاء"¹.

ثم تبنى المشرع الفرنسي نظام تدخل الحكومة في فرض رقابة على الشروط التعسفية بموجب مراسيم قد تكون صادرة عن مجلس الدولة أو عن الحكومة. فلم يتبع المشرع الفرنسي نفس النهج الذي اتبعه المشرع الألماني في أساليب تحديد الشروط التعسفية الذي استعان في ذلك بأسلوب القائمة، وقسمها إلى رمادية وسوداء، أما المشرع الفرنسي فقد اتبع أسلوباً أكثر تعقيداً لتعدد مصادر قوائم الشروط التعسفية، بين أساليب ملزمة وأخرى غير ملزمة، وهو المسلك الذي اتبعه بعض الفقهاء واعتبروه مسلكاً محموداً منعا لحدوث أي تضارب².

فأسلوب التحديد الإلزامي للشروط التعسفية يكون بموجب مرسوم صادر من مجلس الدولة، حيث يجب التعامل مع هذه الشروط على أنها تعسفية لكن بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، وهو ما نصت عليه تقريرا م 35 ف1 من القانون 78-23 السابق الذكر، والتي قضت بأنه: "يمكن للشروط أن تكون محظورة، محددة، منظمة بواسطة مراسيم تصدرها الحكومة بعد مصادقة مجلس الدولة واللجنة المشكلة وفقا للقانون والمسماة لجنة الشروط التعسفية"³.

هذا ما دفع جانبا من الفقهاء إلى تشبيه هذا الأسلوب -الفرنسي- بما هو معمول به في ألمانيا، الذي تبنى نظام القائمة السوداء، المحددة للشروط التعسفية تحديداً إلزامياً رغم انتقادهم

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 143.

² محمود علي رحمة، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 226.

³ محمود علي رحمة، المرجع السابق، ص 226-227.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لعدم التوسع في إصدار المراسيم وعدم تضمينها أنواعا من الشروط التعسفية المحددة بشكل ملزم¹.

إن القول بإصدار مرسوم من مجلس الدولة يحدد الشروط التعسفية قد يؤدي إلى القول بإسقاط دور القاضي بحيث لا يكون له أي سلطة في تقديرها، بل يقتصر دوره في الكشف عن مدى وجود الشروط التعسفية دون إنشائها، وعليه في حال اكتشافها إبطالها لمخالفتها لقاعدة أمره صادرة عن مجلس الدولة؛ غير أن السؤال الذي يطرح هنا: هل يختص مجلس الدولة بإصدار مراسيم تحدد الشروط التعسفية المحظورة فقط؟ لأن القول بذلك يؤدي إلى إعدام دور القضاء الفرنسي في تقدير الشرط التعسفي، وليس عليه سوى الحكم ببطلان الشروط التي حددها المرسوم. إن الإجابة على هذا التساؤل أثارت جدلا بين فقهاء القانون الفرنسي، الذين انقسموا إلى اتجاه مضيق يرى أن المشرع قد أعطى سلطة تحديد الشروط التعسفية لجهة الإدارة فقط بموجب المراسيم التي يصادق عليها مجلس الدولة، إلا أنه رأي منتقد لأن الواقع العملي أكد صعوبة الإستجابة لهذا الإتجاه الذي لم يأخذ به القضاء والفقهاء متبنين موقفا آخر موسعا يستجيب للضرورات العملية، حيث يرون بإحتفاظ القضاء بسلطته في تقدير الشروط التعسفية حتى وإن تم تضيقها في حالة إصدار المراسيم من مجلس الدولة².

ومع ذلك إلا أن المشرع الفرنسي لم يصدر سوى مرسوم واحد يحدد ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية، وهو المرسوم 464 لسنة 1978 الصادر بتاريخ 24 مارس 1978، ألغى منها نوعا يتعلق بشروط الإحالة، التي يذعن فيها العميل لشروط تعاقدية غير مكتوبة في ذات المحرر الذي سيوقع عليه³.

¹ حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص. 65.

² محمود علي رحمة، المرجع السابق، ص. 228. إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص. 137-141.

³ محمود علي رحمة، المرجع السابق، ص. 228.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

أما التحديد غير الإلزامي فيتعلق بقائمة الشروط التي تعد تعسفية ويتم إلحاقها بقانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 ،والأسلوب غير الإلزامي الثاني يتجسد في ما تقره لجنة مقاومة الشروط التعسفية ،وهي وسيلة من الوسائل الإدارية لمكافحة البنود التعسفية .

بالرجوع إلى التشريع الجزائري فقد حذى المشرع حذو المشرع الفرنسي في حمايته للمستهلك من البنود التعسفية ،وذلك من خلال اتباع أسلوب القائمة الذي تضمنته م 29 من ق 04-02 السابق الذكر .ونص أيضا بموجب م 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 السابق الذكر على قائمة أخرى للشروط التعسفية .

1 .الإعتماد على نظام القائمة لمكافحة الشروط التعسفية الصادرة بموجب مراسيم :نصت م 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية السابق الذكر على قائمة تتضمن ثمانية بنود تعسفية وردت على سبيل المثال لا الحصر ،وهو ما يستشف من بداية المادة ،بنصها "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير ..." فعبارة لاسيما تدل على أن الشروط جاءت على سبيل المثال لا الحصر وقد سبق وأن تم ذكر هذه الشروط وهي :

أ .شروط تعسفية متعلقة بتكوين العقد :كاستفادة العون الاقتصادي من امتيازات وحقوق لا تمنح للمستهلك واستفادته من أجل لتنفيذ العقد في حين يلزم المستهلك بتنفيذ التزامه فورا دون أن يكون له أجل .

ب .شروط تعسفية متعلقة بتنفيذ العقد :كالحق في تعديل العقد بصفة منفردة من جانب المورد،من حيث عناصره الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك على ذلك ،أو أن ينفرد في تفسير بند أو أكثر من بنود العقد ،أو اتخاذ قرار من أجل الفصل في مطابقة العملية للشروط التعاقدية دون رضا المستهلك ،وهو خروج عن مبدأ العقد

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين ،أو لأسباب يقرها القانون الذي تضمنته م 106 ق.م . ج .

كما تتضح أيضا الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد في إلزام المستهلك بتنفيذ إلتزاماته دون أن يعمل المورد نفسه ضرورة تنفيذ إلتزاماته ،بالإضافة إلى منح المورد لنفسه حق تغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة .

ت .شروط تعسفية تتعلق بإنقضاء العقد :وهما شرطان حسب م 29 ،يتمثلان في حرمان المستهلك من استعمال حقه في فسخ العقد إذا ما أحل المورد بإلتزام أو عدة إلتزامات في ذمته . أو يتجسد في تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بسبب رفضه الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

يستشف من نص المادة 29 أن المشرع اتبع أسلوب القائمة السوداء بعرضه للشروط التي تعتبر تعسفية في علاقة المورد بالمستهلك .

2/ رقابة الدولة على الشروط التعسفية بموجب مراسيم :نصت م 30 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر على ما يلي :**"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 "** .

يستشف من نص المادة أن المشرع منح للحكومة حق التدخل لمكافحة الشروط التي تعتبر تعسفية ،ليس في العقود التي تجمع المورد بالمستهلك بل في جميع العقود بشرط أن تتضمن بنودا تعسفية ،وبذلك فقد وسع المشرع من نطاق تدخل الحكومة بموجب م 30 ،في حين اقتصر م 29 على تحديد المشرع للقائمة في العقود التي تجمع المورد بالمستهلك فقط .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وتطبيقاً لنص م 30 فقد صدر المرسوم التنفيذي 06-306 السابق الذكر ،حيث أوردت شروطاً تتعلق بتكوين العقد ومنها ما تعلق بآثاره وانقضائه .

أ. شروط تتعلق بتكوين العقد :نصت م 05 على شرطين وردا بالبندين 1 و6 منها وتتعلق بتقليص عناصر العقد الأساسية ،وهي العناصر المحددة بموجب م 03 من م ت 306/06 والمتمثلة في :

- ❖ خصوصيات السلع و/ أو الخدمات وطبيعتها ،
- ❖ الأسعار والتعريفات ،
- ❖ كفيات الدفع ،
- ❖ شروط التسليم وآجاله ،
- ❖ عقوبات التأخير عن الدفع / أو التسليم ،
- ❖ كفيات الضمان ومطابقة السلع / أو الخدمات
- ❖ شروط تعديل البنود التعاقدية ،
- ❖ شروط تسوية النزاعات ،
- ❖ إجراءات فسخ العقد ."

بالإضافة إلى الشرط المتعلق بفرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد وهو ما أوردته م 5 ب 6 من م.ت 06-306 السابق الذكر ،إذ يفرض خضوع المستهلك لشروط يجهلها وقت إبرام العقد .

ب. الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد :وتضمنتها ثمانية بنود ،وهي : ب2 ، 4 ، 7 ، 8 ، 09 ، 10 ، 11 ، 12 .

- ❖ الحق في الإنفراد بتعديل العقد أو فسخه دون تعويض المستهلك .
- ❖ تخلي العون الإقتصادي عن مسؤوليته بصفة منفردة في تعويض المستهلك لعدم التنفيذ الجزئي أو الكلي لإلتزاماته ،أو تنفيذها بشكل غير صحيح .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- ❖ احتفاظ العون الإقتصادي بالمبالغ المدفوعة من المستهلك بشرط عدم تنفيذ المستهلك لإلتزامه أو فسخ العقد ،دون أن يلزم نفسه بتعويض المستهلك في حال ما إذا لم ينفذ العون الإقتصادي إلتزامه ،أو قام بفسخه .
- ❖ تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من المستهلك الذي لا ينفذ واجباته دون أن يلزم العون الإقتصادي نفسه بتعويض المستهلك إن لم ينفذ العون الإقتصادي واجباته .
- ❖ فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك وهو ما يفيد بتحميل المستهلك فوق طاقته.
- ❖ إلزام المستهلك وإجباره على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بهدف التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق الذي أكسبه لنفسه .
- ❖ إعفاء العون الإقتصادي لنفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسته لواجباته ويحملها للمستهلك وهما شرطان بديهيان أي حتى ولو حذف الشرط الثاني إلا أنه يستشف من سياق الشرط الأول .

ت. الشروط التعسفية المتعلقة بإنقضاء العقد :وهو الشرط الذي نصت عليه م 5 ب 3 بقولها :
"عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد ،إلا بمقابل دفع تعويض ."

وهو شرط مخالف للقواعد العامة التي تجيز فسخ العقد لقوة القاهرة حسب ما نصت عليه م 121 ق.م.ج :
"في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون" ،وهو ما يبرر إبطال الشرط المخالف لنص م 121 من ق.م.ج ،لأن القوة القاهرة تجعل من تنفيذ الإلتزام أمرا مستحيلا .

فضلا عن حرمان المستهلك من حقه في اللجوء إلى الجهات القضائية وحرمانه من استعمال أي وسيلة طعن ضده - العون الإقتصادي - وهو ما نص عليه ب 5 .

ثانيا :رقابة القضاء على الشروط التعسفية :منح المشرع بموجب القواعد العامة في القانون المدني للقضاء حق التدخل لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان ،من خلال حق القاضي في تعديلها أو إعفاء الطرف المدعن منها ،وهو ما نصت عليه م 110 من ق م :
"إذا تم العقد بطريقة الإذعان ،وكان قد تضمن شروطا تعسفية ،جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ."

فبيبطل كل إتفاق يمنع الطرف المذعن من اللجوء إلى القضاء إما لتعديل بنود العقد أو للإعفاء منها ، وهو استثناء عن الأصل ،الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ،فلا يجوز نقضه ،أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون " .حسب م 106 من ق م .

كما منح المشرع حسب م 112 ق م للقاضي سلطة في تفسير وتأويل الشك لمصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن تأول العبارات الغامضة في عقود الإذعان بصفة تضر بمصلحة الطرف المذعن .

مما سبق يمكن القول أن المشرع خول القاضي في ظل القواعد العامة سلطة تقديرية للتصدي للشروط التعسفية في عقود الإذعان ،من خلال حق تعديلها أو إلغائها ،والذي يعد استثناء عن القاعدة العامة التي تخول للقاضي حق التدخل لتفسير إرادة الأطراف ،وتحديد المقصود منها ولا يجوز لهم الإتفاق على إقصاء دور القاضي في مراقبة العقد ،وبعد هذا الشرط في حد ذاته تعسفا يترتب عنه البطلان هذا من جهة ،ومن جهة أخرى لا يجوز للقاضي إثارة المسألة من تلقاء نفسه ،بل لابد أن يطلبه أحد الأطراف وهو المتضرر،وبذلك لا يعد من النظام العام بل يتعلق بحماية مصلحة خاصة .

كما قرر المشرع حماية الطرف المذعن من خلال تكريسه لقاعدة أن تفسير العبارات الغامضة يكون لمصلحة الطرف المذعن ،وبعد المستهلك هو الطرف المذعن في عقود الاستهلاك ،في مواجهة المورد الذي له من الخبرة والدراية ما يسمح له بتضمين العقد بنودا تعسفية .

ما يمكن ملاحظته أن هذه القواعد تصلح لحماية المستهلك التقليدي ،أو المتعاقد إلكترونيا داخل إقليم الدولة الواحدة فلا يثار بصدها أي إشكال ،غير أن الأمر يختلف بالنسبة للعقود

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الإلكترونية التي تتميز بطابعها الدولي، والتي تعد ميدانا خصبا لعقود الإذعان وللشروط التعسفية، فما يعتبر شرطا تعسفيا في دولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، وأن الحلول التي قد يلجأ إليها القضاء الجزائري قد لا تعد نفس الحلول التي يلجأ إليها القاضي الأجنبي، والأكثر من ذلك قد يختلف القضاة داخل إقليم الدولة الواحدة بالنسبة للشروط المستحدثة والتي لم تنظم بعد، شأنها في ذلك شأن فكرة النظام العام، فما يعتبر من النظام العام في دولة قد لا يعد كذلك داخل إقليم دولة أخرى. لذا توجب على المشرعين إيجاد قوانين موحدة تتضمن طرق وإجراءات لمكافحة الشروط التعسفية والضرر الناجم عن عقود الإذعان¹.

هذا وتتولى السلطة القضائية مهمة إجراء رقابة الإلغاء من أجل التصدي للشروط التعسفية، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن كيف يتصدى القاضي للشروط التعسفية التي لم يصدر بصددها نص يحددها؟ فهل يمكنه إلغاؤها على الرغم من عدم تحديدها وهو موقف الإتجاه الموسع؟ أم لا يمكن له التوسع في التفسير وهو ما تبناه أصحاب الإتجاه المضيق؟ وهما الإتجاهين السائدين في القضاء الفرنسي.

1. اتجاه التفسير الضيق للشرط التعسفي: لا تتولى السلطة القضائية حسب هذا الاتجاه مهمة إبطال البنود التعسفية إذا لم يصدر بشأنها نص يسمح بذلك، وبالتالي فدورها يكاد يكون منعما حيث كفل المشرع الفرنسي للسلطة التنفيذية مهمة تحديد البنود التي تعتبر تعسفية عن طريق القائمة، التي يستند إليها القضاء لتقدير ما إذا كان الشرط محل النزاع تعسفيا فيقضي بإلغائه أم لا وبالتالي ليس للقضاء سلطة تقديرية في إلغاء البنود التي لم تحتويها القائمة، حتى ولو ظهرت له بأنها كذلك. ويرى أنصار هذا الإتجاه أن منح القاضي سلطة التصدي للبنود التعسفية بإبطالها

¹ وهي النتيجة التي توصل لها أيضا الدكتور موفق حماد عبد، أنظر مؤلفه، المرجع السابق، ص 292-294.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

فيما لم يصدر نص بصدده يؤدي إلى إنعدام استقرار المعاملات ،فغالبا ما يكتنف مفهوم مصطلح التعسف والميزة المفرطة نوع من الغموض مما قد يسمح بإبطال عناصر غير محددة¹ .

2. اتجاه التفسير الواسع للشرط التعسفي: وجهت عدة انتقادات للمشرع الفرنسي عندما قيد دور القاضي في تحديد البنود التعسفية ،هذا ما دفع ببعض المنتقدين إلى القول بإمكان القضاء أن يحدد مفهوم البند التعسفي ويُلغى بنودا حتى ولو لم يتم تحديدها بموجب مرسوم تنفيذي وذلك راجع إلى الغموض الذي يكتنف م 35 من قانون 1978 ،وأن القاضي هو الذي له الحق في التصدي لهذا الغموض ،وعليه أن يحدد البنود التي يعتبرها تعسفية بإعتماده على معيار موضوعي بحت يستتبط من ظروف وملابسات القضية محل النزاع² .

فرغم تحديد الدولة لهذا النوع من البنود ،إلا أن الواقع العملي يكشف عن وجود بنود مستحدثة لا بد من تدخل القضاء لإلغائها .

وتجب الإشارة إلى ضرورة مواكبة عقود التجارة الإلكترونية والإتجاه الحديث لحماية المستهلك كونها تتفرد بخاصية مهمة ،وهي تميزها بالطابع الدولي بإعتبارها عابرة للحدود في أغلب الحالات ،هذا ما قد يؤثر على تكييف البنود التعسفية ،فما يعتبر بندا تعسفيا في دولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى ،والأكثر من ذلك قد يعتبر تعسفيا في كلتا الدولتين ،غير أن الحكم فيها مختلف فقد يرتب قانون الدولة الأولى البطلان المطلق ،في حين يقر قانون الدولة الأخرى البطلان النسبي ،وهي المسألة التي عالجها الإتحاد الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية رقم 13-93 السابق الذكر ،حيث أورد تعريفا للشروط التعسفية والذي يعتبر تعريفا عاما ،كما حدد البنود التي تعتبر تعسفية على سبيل المثال لا الحصر³ .

¹ موفق حماد عبد ،المرجع السابق ،ص .287.

² المرجع نفسه ،ص .288-289.

³ موفق حماد عبد ،المرجع السابق ،ص .292.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

على الرغم من سلبياته إلا أنه يتميز بأنه قد منح للقضاء سلطة واسعة في معالجة البنود التعسفية، وهو الأمر الذي تتطلبه مقتضيات التجارة الإلكترونية، باعتبارها عقوداً متنوعة لا تقتصر على عقد البيع فقط، وبذلك لا يمكن حصر ما قد يرد بها من بنود تعسفية، والقول بذلك لا يعني أن للقاضي مطلق السلطة في تحديد ما يعد من قبيل البنود التعسفية من عدمها، بل تتحكم في ذلك جملة من المعايير لابد على القاضي مراعاتها والأخذ بها. فينتفي الشرط التعسفي في عقود بيع السلع أو تأدية الخدمات بناء على مواصفات خاصة يشترطها المستهلك غير أن إعداد شرط واحد لا يكون للمستهلك معه حق الخيار يجعل من فرضية التعسف أمراً وارداً¹.

الفرع الثاني: استحداث لجنة لمراقبة الشروط التعسفية .

لقد اهتمت الكثير من تشريعات الدول بموضوع حماية المستهلك من الشروط التي تعتبر تعسفية باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، الذي قد يكون ضحية عقود معدة بصفة مسبقة تحتوي شروطاً تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين المحترف والمستهلك، وأمام عجز نظام القائمة على احتواء البنود المستحدثة خصوصاً إذا لم يصدر مرسوم يحددها ويعمل على حظرها، كانت الضرورة ملحة إلى إيجاد وسيلة أخرى فعالة لحماية المستهلك، ومكافحة البنود التعسفية للمحافظة على التوازن العقدي لذلك تم إنشاء لجنة تتولى هذه المهمة سميت بـ: لجنة البنود التعسفية، فما هي هذه اللجنة وكيف تمارس دورها في مراقبة هذه البنود و مكافحتها ؟

أولاً: مفهوم لجنة البنود التعسفية: من أجل تحديد الدور الذي تلعبه اللجنة في مكافحة البنود التعسفية، لابد من تحديد المقصود بها، والوقوف على تشكياتها .

¹ المرجع نفسه، ص. 293.

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

1/ تعريف لجنة البنود التعسفية : لا يوجد تعريف تشريعي في النصوص القانونية التي تم البحث فيها للجنة الشروط أو البنود التعسفية¹، ويمكن تعريفها ،بأنها : "جهاز إداري موضوع لدى السلطة التنفيذية يهدف إلى حماية مصالح المستهلك من إدراج أي بنود أو شروط تؤدي إلى اختلال التوازن في العقود التي يبرمونها مع المهنيين وبصفة عامة في العقود التي يكون فيها المستهلك طرفاً مدعناً" .

و قد نصت م 06 من م.ت 06-306 السابق الذكر على إنشاء جهاز استشاري يسمى باللجنة : "تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص " اللجنة " .

يرأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة .

تعد اللجنة نظامها الداخلي الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة .

تسير أمانة اللجنة من طرف المصالح المعنية للوزارة المكلفة بالتجارة " .

2/ تكوين اللجنة (لجنة البنود التعسفية) : حددت م 08 من م .ت 06-306 السابق الذكر أعضاء اللجنة حيث تتكون من :

- ❖ " ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة مختص في مجال الممارسات التجارية ،رئيساً ،
- ❖ ممثل (1) عن وزير العدل ،مختص في قانون العقود ،
- ❖ عضو (1) من مجلس المنافسة ،
- ❖ متعاملين اقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود ،

¹تم إنشاء لجنة البنود التعسفية في فرنسا سنة 1978 ،وذلك من أجل إعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين ،غير أنها لم تتناول كل مجالات الاستهلاك رغبة منها في مواكبة تطور وتوسع هذا النوع من الشروط كما قامت اللجنة بإصدار بعض التوصيات التي مست عقود الاستهلاك على اختلاف مجالاتها .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

❖ ممثلين (2) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني ،مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود ،

يمكن اللجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدھا في أعمالھا ."

وقد أعيد ضبط هذه التشكيلة بموجب م 02 من م .ت رقم 08-44¹ المعدل للمرسوم

التنفيذي 06-306 السابق الذكر ،حيث عدلت م 08 منه وفق ما يلي :

" تتكون اللجنة من خمسة (05) أعضاء دائمين وخمسة (05) أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي :

❖ ممثلان (02) عن الوزير المكلف بالتجارة ،مختصان في مجال الممارسات التجارية ،

❖ ممثلان (02) عن وزير العدل ،حافظ الأختام ،مختصان في مجال قانون العقود ،

❖ ممثلان (02) عن مجلس المنافسة ،

❖ متعاملان اقتصاديان (02) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ،مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود ،

❖ ممثلان (02) عن جمعيات حماية المستهلكين ،مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود يمكن اللجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدھا في أعمالھا."

يستشف من توسيع المشرع لتشكيلة أعضاء اللجنة رغبته وحرصه على مكافحة الشروط

التعسفية .

يعين أعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة ،بمساعدة من الوزراء والمؤسسات

المعنية الذين لهم الحق في الإقتراح ،على أن يتم تعيينهم لمدة 03 ثلاثة سنوات قابلة للتجديد

وتنتهي عهدهم حسب الأشكال نفسها أي بقرار من الوزير المكلف بالتجارة وذلك حسب ما نصت

¹م ت 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود

المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبند التي تعتبر تعسفية ،ج ر ع 07 ،الصادرة يوم 10 فيفري 2008 .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

عليه م 09 من م.ت 06-306 السابق الذكر. كما قد تنتهي مهامهم في حالة الإنقطاع النهائي لعهددة العضو ،أين يتم استبداله بعضو جديد يمارس مهام العضو المنقطع إلى غاية نهاية العهدة وهو ما نصت عليه م 10 من المرسوم نفسه .

ثانيا :دور اللجنة في مكافحة البنود التعسفية : تم استحداث جهاز ذو طابع استشاري سمي بلجنة البنود التعسفية وذلك بموجب م.ت رقم 06-306 السابق الذكر المعدل والمتمم بالقانون 08-44 (المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية) ،حيث نصت م 06 منه على ما يلي :**"تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص " اللجنة " .**

وتتولى هذه اللجنة مهمة البحث والكشف عن الطابع التعسفي للبنود التي قد يتم إدراجها في العقد المراد إبرامه وقد كرّست م 07 من المرسوم نفسه المهام التي تضطلع بها اللجنة ،وهي :**"تكلف اللجنة لا سيما بالمهام الآتية:**

❖ **تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة أو المؤسسات المعنية،**

❖ **يمكن أن تقوم بكل دراسة و/ أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين ،**

❖ **يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها" .**

يستشف من نص المادة أن للجنة البنود التعسفية دور وقائي يتمثل في :إعداد الدراسات والخبرات اللازمة لتوضيح طريقة تطبيق العقود اتجاه المستهلكين ،فتتضح لهم الشروط التي تعد تعسفية فلا يدرجونها في العقد هذا من جهة ،ومن جهة أخرى دور علاجي من خلال دراسة العقود المبرمة والبحث فيها إذا ما احتوت بنودا تعسفية أم لا ،ولها أيضا دورا استشاريا من خلال تمكينها الحق في اطلاع الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية بالتوصيات التي تراها ملائمة في هذا الشأن .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لقد خول المشرع للجنة حق نشر آرائها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة وهو ما تضمنته م 12 من م.ت 06-306 السابق الذكر .

كما تقوم كل سنة بإعداد تقرير نشاطها يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة ، وهو الأمر الذي أكدته ف 3 من المادة نفسها .

من خلال ما سبق يمكن تكييف أو تحديد الطبيعة القانونية للجنة البنود التعسفية على أنها سلطة إدارية استشارية غير مستقلة لأنها موضوعة لدى الوزير المكلف بالتجارة ، وهو جهاز تنفيذي لذلك يمكن القول بعدم تمتع اللجنة بالاستقلالية ، وبالتالي فأراؤها وتوصياتها تفتقر للقوة الإلزامية ومع ذلك يبقى لها الدور الإستشاري في أي قضية أو تعديل قانوني متعلق بالشروط التعسفية .

ومن أجل قيامها بالدور المنوط بها فقد حدد المشرع كيفية تسييرها ، وعقد إجتماعاتها ، فضلا عن كيفية إخطارها .

1/ تسيير اللجنة : لقد خول م.ت 06-306 السابق الذكر وبالتحديد نص م 06 في فقرتها الثالثة والرابعة اللجنة حق إعداد نظامها الداخلي على أن تتم المصادقة عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة ، ويتم تسيير أمانتها من طرف المصالح المعنية للوزارة المكلفة بالتجارة وهو الأمر الذي يدعم فكرة عدم استقلاليتها .

2/ اجتماعات اللجنة : تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل ثلاثة (03) أشهر في دورة عادية باستدعاء من رئيسها كما يمكن أن تعقد دورة استثنائية بمبادرة من رئيسها ، أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل ويكون انعقادها صحيحا بحضور نصف أعضائها على الأقل م 13 من م.ت 06-306 ، على أن يتم حضورهم بناء على إرسال استدعاءات فردية مع تحديد تاريخ الاجتماع وتوقيته ومكانه وجدول أعماله وذلك قبل خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الاجتماع ،ويمكن أن تقلص المدة إلى ثمانية (08) أيام فيما يخص الدورات الإستثنائية حسب م 14 من م.ت نفسه .

كما يعتبر اجتماعها صحيحا بعد 08 أيام باستدعاء ثان حتى وإن لم يكتمل النصاب ويتم إجراء المداولات مهما كان عدد الحاضرين ،فكأصل عام تتخذ قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين ،على أن يرجح صوت الرئيس في حال ما إذا تساوت الأصوات .

3/ إخطار اللجنة : نصت م 11 من م ت 06-306 السابق الذكر على الجهات التي تتولى مهمة الإخطار وهي :**"يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة و كل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك "** .

يستشف من نص م 11 أن المشرع قد وسع من جهات الإخطار وفق ما يلي :

- ❖ الإخطار التلقائي أو الذاتي حيث يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها ،
- ❖ الإخطار من جهات أخرى ،تتمثل هذه الجهات في :
 - ✓ الوزير المكلف بالتجارة يمثل وزارة التجارة .
 - ✓ المؤسسات الإدارية دون تحديدها (مثلا وزارة العدل ،أو مجلس المنافسة) .
 - ✓ الجمعيات المهنية .
 - ✓ جمعيات حماية المستهلكين .

كما يستشف أيضا أن المشرع حريص جدا على حماية مصلحة الإقتصاد الوطني بصفة عامة ومصلحة المستهلك على وجه الخصوص ،حيث مكن لكل شخص مهمة الإخطار بوجود عقود تحتوي بنودا تعسفية ،وأن نجاح اللجنة في تأدية الدور المنوط بها (وهو محاربة البنود التي تعتبر تعسفية) مرهون بضمان استقلاليتها واستحداث الآليات الملائمة التي تمكنها من تولي مهمة الرقابة .فضلا عن عدم الإكتفاء بدورها الإستشاري مع إضفاء الطابع الإلزامي لقراراتها

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

فمتى ما تحررت اللجنة نجحت في توفير الحماية الفعالة للمستهلك من أن يكون خاضعا لبنود لا تحقق مصلحته من التعاقد، أو الأكثر من ذلك تلحق ضررا بصحته وسلامته وأمنه .

المبحث الثاني: حق المستهلك في حماية معطياته ذات الطابع الشخصي.

تقتضي المعاملات الإلكترونية ضرورة إدلاء المستهلك بجملة من المعطيات الخاصة به من أجل تحديد هويته، ورقم هاتفه، ومكان إقامته، وهي المعلومات التي تعتبر جوهرية وسرية بالنسبة لصاحبها، الذي يخشى من إساءة استخدام المتعامل معه لها .

حيث أن حجم المعلومات الواجب الإدلاء بها من جهة، وخصوصية وسرية هذه المعطيات من جهة أخرى، يشكل تحديا أمام مختلف التشريعات الدولية والوطنية، خصوصا أمام كثرة الإختراقات التي قد تطالها من طرف قرصنة المعلومات، والتي تستوجب ضرورة إتخاذ كافة الإجراءات اللازمة من أجل التصدي لهم .

ولعل المشرع الجزائري لم يكن بمعزل عن هذه التشريعات، حيث أصدر القانون 18-07 المتعلق بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، فضلا عن دسترت الحق في حمايتها. وهو ما سيتم التطرق له في هذا المبحث الذي قسم إلى مطلبين :

المطلب الأول: مفهوم المعطيات ذات الطابع الشخصي .

المطلب الثاني: ضمانات حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي .

المطلب الأول: ماهية المعطيات ذات الطابع الشخصي .

نص المشرع بموجب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السابق الذكر، على عدم جواز المساس بالمعطيات الشخصية للمستهلك بموجب نص م 26 منه، وتطبيقا لذلك صدر

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

القانون 07-18 السابق الذكر ،الذي ينظم مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي كوجه مستحدث من أوجه حماية الحق في الخصوصية¹.

كما اعتبر المشرع حماية الأشخاص عند معالجة معطياتهم ذات الطابع الشخصي حقا أساسيا ودستوريا وذلك بموجب التعديل الدستوري الأخير² ،وهو ما سيتم دراسته في هذا المطلب بتقسيمه إلى فرعين :

الفرع الأول :مفهوم المعطيات ذات الطابع الشخصي .

الفرع الثاني :معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي .

الفرع الأول :مفهوم المعطيات ذات الطابع الشخصي :

قبل التطرق إلى تعريف المعطيات الشخصية تجب الإشارة إلى وجود إختلاف في التسمية (المعطيات والبيانات) فتسمى في الجزائر والمغرب بالمعطيات ذات الطابع الشخصي وفي تونس

¹ لا يوجد تعريف قانوني محدد للحق في الخصوصية لصعوبة التوصل إلى تعريف جامع مانع للخصوصية ،وقد عرفها الأستاذ I.F.Westin بأنها : "حق الأفراد بأن يقرروا بأنفسهم زمن وكيفية ومدى نقل المعلومات عن أنفسهم إلى الآخرين والخصوصية ،منظورا إليها من علاقة الفرد بالمشاركة الاجتماعية هي انسحاب الفرد الطوعي والمؤقت من المجتمع العام عبر وسائل نفسية أو مادية "،وعرفها خبراء مكتب العلوم والتقنية للبيت الأبيض الأمريكي بأنه : "حق الفرد في أن يحدد بنفسه ما يتقاسمه مع الآخرين من أفكاره وعواطفه والحقائق المتعلقة بحياته الشخصية "، أنظر أشرف محمد رزق قايد حماية المستهلك دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني ،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع مصر ،2016، ص 441-442.

فالحق في الخصوصية إذا هو :حق الشخص في حماية أكبر قدر ممكن من المعلومات المتعلقة به أو بعائلته من الاعتداء عليها بما في ذلك الإطلاع عليها ونشرها ،مهما كانت دعامتها أو شكلها تقليدية أو إلكترونية ،ويعتبر خاصا كل ما لا يرغب الشخص إظهاره لعامة الناس على أن يكون مما هو متعارف على اعتباره أمرا خاصا .

² م ر رقم 442/20 مؤرخ في 30 ديسمبر 2020 ،يتضمن اصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020 ، ج . ر . ع . 82 ،مؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

بالمعطيات الشخصية، أما البحرين وقطر فتسمى بالبيانات الشخصية، في حين يطلق عليها في لبنان وصف البيانات ذات الطابع الشخصي، ومهما اختلفت التسميات إلا أنها تصب كلها في معنى واحد وهو حق الشخص في سرية وخصوصية معلوماته، وعدم افشائها لذا توجب الدراسة ضرورة تحديد المقصود بها. وبذلك سيتم التطرق من خلال هذا الفرع أولاً إلى التعريف التشريعي والفقهي للمعطيات الشخصية، ثم تحديد علاقتها بالحق في الخصوصية ثانياً .

أولاً: تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي: سيتم التطرق إلى التعريف التشريعي، ثم التعريف الفقهى .

1/ التعريف التشريعي للمعطيات ذات الطابع الشخصي: سيتم تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي في بعض التشريعات الأجنبية، ثم تعريفها وفق بعض التشريعات العربية .

أ /تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي في بعض التشريعات الأجنبية: توجد مجموعة من التشريعات الأجنبية التي تطرقت إلى تعريف المعطيات الشخصية، بدءاً بالإتفاقيات الدولية منها توصيات المجلس الأوروبي بشأن المبادئ التوجيهية التي تحكم حماية الخصوصية وتدقق البيانات الشخصية عبر الحدود الصادرة عن منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية رقم 80-58 المعدل سنة 2013، وإتفاقية سترنسبورغ المتعلقة بحماية الأشخاص اتجاه المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي لسنة 1981، فالتوجيه الأوروبي 95-46 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي وحرية تداول هذه المعطيات، ثم سيتم بعد ذلك التطرق إلى التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي .

أ. 1. تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي حسب الإتفاقيات الأوروبية: عرفت إتفاقية حماية الأشخاص اتجاه المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي، الصادرة عن مجلس أوروبا

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

سنة 1981¹ المعطيات الشخصية بموجب م 02 منها :أ. معطيات ذات طابع شخصي :تعني كل معلومة تتعلق بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعريف ("الشخص المعني ") .

كما أصدر المجلس الأوروبي توصيات حدد بموجبها المبادئ التوجيهية التي تحكم حماية الخصوصية وتدفق البيانات الشخصية عبر الحدود ،الصادرة عن منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية 58-80 المعدل سنة 2013²،حيث عرف المعطيات الشخصية بموجب م 1 ف ب بأنها : "معطيات شخصية تعني كل معلومة تتعلق بفرد معرف أو قابل للتعريف (موضوع البيانات)".

وعرف التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي رقم 95-46³ المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي وحرية تداول هذه المعطيات ،بموجب

¹ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données a caractère personnel, conseil de l'Europe, série des traités européens n°108, Strasbourg, 28 janvier 1981.

Art :02 « Aux fins de la présente convtion :a. « **données à caractère personnel** » signifie :**toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable** « **personne concernée** »

Sur le site : <https://www.coe.int/fr> .

voir le 24/03/2020 à 13:30.

² Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data (c (80)58/final ,as amended on 11 July 2013 by c(2013)79)OECD guilden lines .

« 1.for the purposes of these Guidelines:...b. « **Personel data** « **means any information relating to an identified or identifiable individual (data subject)** » . sur le site web:[https //www.Coe.int.en](https://www.Coe.int.en)

Voir le 24/03/2020 à 13 :30 .

³ Directive n°95/46 CE du Parlement Européen et du conseil ,du 24 octobre 1995 ,relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à libre circulation de ces données ,abrogeant par les règlements (UE) 2016/679 du parlement Européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes phisiques à l'égard du traitement des données a caractère a personnel et à la libre circulation de ces données .jo.UEL119/1 du du 04 mai 2016 sur le site :<https://www.eur-lex .Europa .eu> .

Voir le :24 mars 2020 à15 :15 .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

م 02 ف أ : "معطيات ذات طابع شخصي " :كل معلومة تتعلق بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعريف (الشخص المعني) ؛ويعد قابلا للتعريف الشخص الذي يمكن أن يعرف ،بصفة مباشرة أو غير مباشرة ،لاسيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو إلى عنصر أو أكثر ،يحدد هويته الجسمية ،الفيزيولوجية ،النفسية ،الإقتصادية ،الثقافية ،أو الإجتماعية " .تم إلغاؤها بموجب القواعد الصادرة عن المجلس الأوروبي سنة 2016 المتعلقة بحماية الأشخاص الطبيعيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي وحرية تدفق هذه المعطيات ،أين اعتبرت حماية المعطيات الشخصية للأشخاص الطبيعيين من بين الحقوق الأساسية ،وهو ما تضمنته م 01 من القانون التشريعي 2016/679 .

أ 2. تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي حسب بعض التشريعات الوطنية الأجنبية :لقد كانت فرنسا من بين الدول السباقة في ضمان الحق في الحياة الخاصة ،وتكريس حماية للمعطيات الشخصية وهو ما تضمنه قانون الإعلام والحريات رقم 17/78¹، أين عرف المعطيات ذات الطابع

¹La loi n° :2004/801 du 06 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard ces traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n°78/17 du 06 janvier 1978 relative à l'informatique ,aux fichiers et aux libertés ,(qui modifiant par la loi n°:2018/493 à la protection des données personnelles ,j o r f n°141 du 21/06/2018) ,j o r f n° 182 ,du 07/08/2004,p .14063 ,texte n°02 .

Art :02 : « constitue une données à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée ,directement ou indirectement ,par référence à un numéro d'identification à un ou plusieurs élément qui lui sont propres .Pour déterminer si une personne est identifiable ,il convient de considérer l'ensemble des moyen en vue de permettre son identification dont dispose ou aux quels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne » .

Sur le site :legifrance.gouv.fr voir le 27/03/2020 à 10 :50 .

حتى المشرع السنغالي كان سباقا في ايراد قانون خاص بحماية المعطيات الشخصية

Loi n°2008-12 fait le 25 janvier 2008 ,relatif à la protection des données à caractère personnel ,la république du Sénégal .

Art 04 : "...6)Données à caractère personnel :toute information relative à des données à caractère personnel une personne phisique identifiée ou identifiable directement ou indirectement ,par référence à un numéro d'indentification ou à un ou plusieurs élément ,propres à son identité physique ,physiologique ,génétique ,psychique ,culturelle ,sociale ,ou économique . » sur le site :https://www.wipo.int ,voir le 24/03/2020.

أين عرفها بموجب م 04 ف 06 من القانون رقم 12/08) 12/2008 : "معطيات ذات طابع شخصي :كل معلومة تتعلق بشخص طبيعي معرف أو يمكن تعريفه بصفة مباشرة أو غير مباشرة ،عن طريق رقم تعريفه أو بواسطة عنصر أو أكثر من العناصر الخاصة به ،لتحديد طبيعته الجسمية ،الفيزيولوجية ،الوراثية ،النفسية ،الثقافية الإجتماعية أو الإقتصادية " .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الشخصي بموجب م 02 منه: "تعتبر معطيات ذات طابع شخصي كل معلومة تتعلق بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعريف بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، عن طريق رقم التعريف أو بالرجوع إلى عنصر أو أكثر من العناصر الخاصة به .

من أجل تحديد ما إذا كان الشخص معرفا يجب النظر إلى مجموعة الوسائل التي تسمح لتحديد هويته ، أو تلك التي يمكن أن يطلع عليها المسؤول عن المعالجة أو أي شخص آخر ."

ب /تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي وفق بعض التشريعات العربية :أقر الدستور الجزائري 16-101¹ مبدأ حرمة الحياة الخاصة وعدم جواز المساس بها ،وهو ما تضمنته صراحة م 46 منه بنصها : "لا يجوز انتهاك حرمة المواطن الخاصة ،وحرمة شرفه ،ويحميها القانون. سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة .

لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر مغل من السلطة القضائية ،ويعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم .

حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه ."

وعرف المعطيات ذات الطابع الشخصي بموجب م 03 من القانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي السابق الذكر بأنها : "كل معلومة بغض النظر عن دعائها متعلقة بشخص معرف أو قابل للتعرف عليه والمشار إليه أدناه ،"الشخص المعني" بصفة مباشرة أو غير مباشرة لاسيما بالرجوع إلى رقم

¹ قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 ،المتضمن التعديل الدستوري ،ج . ر . ع . 14. ،مؤرخة في 07 مارس 2016. وهو ما كرسه التعديل الدستوري الجديد 2020.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية أو الإقتصادية أو الثقافية أو الإجتماعية ...".

في حين عرف الشخص المعني بأنه : "كل شخص طبيعي تكون المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به موضوع معالجة".

وعرفها المشرع التونسي بموجب الفصل الرابع من قانون حماية المعطيات الشخصية¹ بنصها : "تعتبر معطيات شخصية على معنى هذا القانون كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها والتي تجعل شخصا طبيعيا معرفا أو قابلا للتعريف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة باستثناء المعلومات المتصلة بالحياة العامة أو المعتبرة كذلك قانونا". وحدد الفصل الخامس الأشخاص القابلين للتعريف : "يعد قابلا للتعريف الشخص الطبيعي الذي يمكن التعرف عليه بصورة مباشرة أو غير مباشرة من خلال مجموعة من المعطيات أو الرموز المتعلقة خاصة بهويته أو بخصائصه الجسمية أو الفزيولوجية أو الجينية أو النفسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية أو الثقافية".

كما عرف المعطيات الشخصية بموجب الفصل الثالث من القرار رقم 04 والمتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية في مجال الصحة² تحت عنوان تعريف المفاهيم : "المعطيات الشخصية كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها والتي تجعل شخصا طبيعيا معرفا أو قابلا للتعريف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ،من خلال العديد من المعلومات أو الرموز ولاسيما من خلال عنصر محدد للهوية مثل اللقب أو رقم التعريف أو الوضعية العائلية".

¹ القانون الأساسي ع 04-63 المؤرخ في 27/07/2004 ،المتعلق بحماية المعطيات الشخصية ،الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ، ع 61 ،مؤرخ في 30/07/2004.

²قرار ع 04 مؤرخ في 05/09/2018 ،المتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالصحة ،مجموعة النصوص المتعلقة بحماية المعطيات الشخصية ،30/02/2019 ، ص.ص (45-55) ، ص 47.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وعرفها المشرع المغربي بموجب م 01 ف 02 من القانون 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي¹، بأنها: "معطيات ذات طابع شخصي: كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه والمسمى بعده بالشخص المعني .

ويكون الشخص قابلاً للتعرف عليه إذا كان بالإمكان التعرف عليه بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولا سيما من خلال الرجوع إلى رقم تعريف أو عنصر أو عدة عناصر مميزة لهويته البدنية أو الفزيولوجية أو الجينية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الإجتماعية ."

ما يمكن ملاحظته أن أغلب التشريعات الوطنية عربية كانت أم أجنبية، قد أخذت بالتعريف الوارد في الإتفاقيات الأوروبية، وبالتحديد التوجيه الأوروبي 46/95 الملغى، والذي كان مرجعاً لأغلب التشريعات في انتهاج تعريف للمعطيات الشخصية رغم اختلاف المصطلحات المستعملة.

¹ ظهير شريف رقم 1/09/15 مؤرخ في 18/02/2009 المتعلق بتنفيذ القانون 08-09 والمتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي المغربي، ج ر ع 5711، مؤرخة في 23/02/2009 . كما عرف المشرع اللبناني البيانات ذات الطابع الشخصي بموجب م 01 ف 12 من القانون رقم 18-81 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي، بنصها: "جميع أنواع المعلومات المتعلقة بشخص طبيعي التي تمكن من التعرف به، على نحو مباشر أو غير مباشر، بما في ذلك عن طريق مقارنة المعلومات المتعددة المصادر أو التقاطع فيما بينها ."

القانون رقم 18-81 المؤرخ في 10 أكتوبر 2018، المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي اللبناني ج ر ع 45، مؤرخة في 18/10/2018 .

أما المشرع القطري فقد عرفها بموجب م 01 ف 08 من القانون رقم 13 لسنة 2006 والمتعلق بحماية خصوصية البيانات الشخصية، بأنها: "بيانات عن الفرد الذي تكون هويته محددة، أو يمكن تحديدها بصورة معقولة، سواء من خلال هذه البيانات أو عن طريق الجمع بينها وبين أية بيانات أخرى". وعرف الفرد بأنه: "الشخص الطبيعي الذي تتم معالجة البيانات الشخصية الخاصة به" القانون رقم 13 لسنة 2016، المؤرخ في 03/11/2016، المتعلق بحماية خصوصية البيانات الشخصية القطري، ج ر ع 15، مؤرخة في 29/12/2016 .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

كما يلاحظ أن كل التشريعات المدروسة بدءا بإتفاقية ستراسبورغ لسنة 1981 قد شرعت لحماية الأشخاص الطبيعيين أثناء جمع ومعالجة معطياتهم الشخصية ،حماية لحقهم في الخصوصية ،وهو ما يفهم معه أن هذه القوانين تستثني من دائرة تطبيقها الأشخاص الإعتبارية. ويلاحظ أيضا أن التعريف الوارد بإتفاقية المجلس الأوروبي ستراسبورغ قد جاء ناقصا مما قد يجعل به ثغرات تكون وسيلة للإعتداء على الحق في الخصوصية بحجة قيام المسؤول عن المعالجة بتطبيق النص ،مما يضيق من مسؤوليته ،وهو نفس التعريف الذي أخذت به المبادئ التوجيهية 2013/79 ،والذي يفتقر لتحديد المعلومات التي تساعد على تعريف الشخص المعني .

2 /التعريف الفقهي للمعطيات ذات الطابع الشخصي : عرفت المعطيات ذات الطابع الشخصي بأنها : "كل ما يتعلق بالمعلومات الشخصية التي تخص الشخص الطبيعي في المجال التقني"¹. يلاحظ على هذا التعريف أنه قد إقتصر على المعطيات ذات الطابع الشخصي التي يتم التعامل بها إلكترونيا فقط ،بمعنى آخر أخرج المعطيات التي لا يتم التعامل فيها عبر الوسائط التقنية .

كما عرفت بأنها :تلك البيانات التي تتعلق بحرمة الحياة الخاصة للإنسان ،ومنها ما يسمح برسم صورة لإتجاهاته وميولاته الشخصية ،ومنها تلك المتعلقة بإتجاهاته السياسية ومعتقداته الدينية وتعاملاته المالية والبنكية وجنسيته وهواياته"². ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف أنه :تعريف واسع بحيث شمل كل معلومة تتعلق بالشخص المعني .

¹ خميخ محمد ،المرجع السابق ،ص .141.

² المرجع نفسه ،ص .141.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وقد عرف الدكتور خميخ محمد البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني، بأنها: "تلك البيانات التي تتعلق بالحياة الخاصة للفرد عندما تكون محلا للمعالجة الآلية أو يتم إرسالها أو نقلها عن طريق شبكات الاتصال المختلفة أو عبر المواقع الإلكترونية"¹.

في حين عرفتها د/ مروة زين العابدين صالح بأنها: "البيانات والمعلومات التي تتعلق بشخص طبيعي أو إعتباري محدد ومعروف أو قابل للتعريف عن طريق تلك البيانات والتي تستخدم لتمييز الشخص عن غيره وتحديد هويته سواء كانت تلك البيانات دقيقة أم غير دقيقة، تعد في حد ذاتها بيانا أو تحتاج إلى معلومات إضافية للتوضيح سواء كانت في شكل مادي أم إلكتروني وكل بيان أو معلومة يعبر عن الحالة العقلية، الصحية الثقافية، الاجتماعية أو المهنية وكل ما يرتبط بالشخص ومعاملاته وآرائه أو آراء الغير فيه تعد بيانات شخصية"².

أول ما يلاحظ على هذا التعريف أنه شمل الشخص الطبيعي والإعتباري على خلاف التشريعات الدولية أو الوطنية التي خصت حماية البيانات الشخصية للشخص الطبيعي فقط وحسن ما فعلت الأستاذة لأن الشخص الإعتباري له أيضا خصوصية وأن بياناته تعتبر شخصية، مادام تم منحه الشخصية المعنوية .

وأن مخاطر التعدي على الخصوصية، والتعامل في المعطيات الشخصية أو ذات الطابع الشخصي بالنسبة للشخص المعنوي تكون محتملة الوقوع والتأثير أكثر من الشخص الطبيعي، لأن شراء بيانات متعلقة بشركة معينة وبيعها لشركة منافسة سيؤدي حتما إلى خسارة مالية لها وقد يدفع بها إلى شهر إفلاسها، وهو ما سيؤثر سلبا على الإقتصاد الوطني .

¹ خميخ محمد، المرجع السابق، ص. 141.

² مروة زين العابدين صالح، الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الإنترنت بين القانون الدولي الإتفاقي والقانون الوطني، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص. 77.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

كما شمل التعريف البيانات الشخصية في شكلها المادي أو الإلكتروني مما وسع من نطاق الحماية .

وقد عرف د/ بلعيساوي محمد الطاهر :المعطيات ذات الطابع الشخصي بأنها :كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها ،بما في ذلك الصوت والصورة والمتعلقة بشخص طبيعي معروف أو قابل للتعرف عليه ،بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولاسيما من خلال الرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر من عدة عناصر مميزة لهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجنسية أو الجينية أو النفسية أو الإقتصادية أو الثقافية أو الإجتماعية " 1 .

في حين عرف المعطيات الشخصية بأنها : "كل معلومة (معطى) والتي تسمح مباشرة بالتعرف الطبيعي المعني ،كالاسم واللقب ،والعنوان والصورة أو البصمة ،وغيرها ... أو بطريقة غير مباشرة كالمعلومات الخاصة برقم العريف ،رقم تسجيل السيارة ،رقم بطاقة الضمان الإجتماعي ،RIB أو RIP ... " 2 .

لقد ميز الدكتور من حيث المصطلحات بين المعطيات ذات الطابع الشخصي والمعطيات الشخصية ،لكن ما يلاحظ هو :مسايرته في تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي لنص م 3 من القانون 07-18 السابق الذكر ،وأنه لم يميز في التعريف بين المصطلحين حيث يعتبر تقريبا نفس التعريف : "كل معلومة تسمح بالتعرف على شخص طبيعي بصفة مباشرة أو غير مباشرة ،وأن الاختلاف بينهما يكمن في أنه قد وضح في تعريفه للمعطيات الشخصية بين الطرق المباشرة وغير المباشرة .

¹ بلعيساوي محمد الطاهر، "حقوق الشخص المعني والتزامات المسؤول عن المعالجة وفقا للقانون 07/18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي"، مجلة العلوم السياسية والقانون ، ع 15 ،المجلد 03 المركز الديمقراطي العربي ،ماي 2019 ،ص 47 .

² المرجع نفسه ،ص 48.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ويمكن تعريف المعطيات ذات ذات الطابع الشخصي بأنها :كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها تتعلق بشخص طبيعي ،وتسمح بصفة غير مباشرة من تحديد هويته ،كرقم بطاقة التعريف الوطني ،أو رخصة السياقة ،رقم تسجيل سيارته أو رقم هاتفه الشخصي أو المحمول المعلومات المتعلقة بجهاز المودام...إلخ .

أما المعطيات الشخصية :فهي كل البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها تتعلق بشخص طبيعي ،وتسمح بصفة مباشرة من تحديد هويته :كالاسم واللقب ،بياناته الوراثية الصحية الاقتصادية ،الإجتماعية ،السياسية الفيزيولوجية

من هنا يتضح أن الاختلاف ليس إختلاف مصطلحات و فقط ،بل يتعداه إلى أن كلا المصطلحين متكاملين لا يمكن إعتداد مصطلح دون الآخر ،فالمعطيات أو البيانات ذات الطابع الشخصي لا تعد معطيات شخصية لأنها لا تتعلق في حد ذاته بشخص الإنسان (جسدية كانت -المعطيات -أو فكرية)، وإنما تتعلق بوسيلة من الوسائل التي تسمح بصفة غير مباشرة من تحديد هوية الشخص المعني ،ونظرا لكونها ذات طابع شخصي ومحتواة - إن صح التعبير والإقتباس من لغة الرياضيات -في دائرة المعطيات الشخصية عدت كذلك .

فلولا المعطيات ذات الطابع الشخصي لما تمكن المسؤول عن المعالجة أو أي شخص آخر من تحديد هوية الشخص المعني ،مثلا :الرصيد البنكي هو بيان شخصي معبئ داخل بطاقة بنكية تحتوي جملة من البيانات الشخصية كالاسم واللقب ،تاريخ ومكان الميلاد ،رقمها السري ،فالبطاقة هي معطى ذو طابع شخصي بإعتباره وسيلة تساعد على تحديد هوية حاملها وخصوصيته المالية .فلولا استخدام المسؤول عن المعالجة أو من يمثله للبطاقة البنكية لما تمكن من الحصول على المعطيات الشخصية لحاملها ومعرفة رصيده المالي .

أو كأن يتعاقد المستهلك عبر الإنترنت من أجل الحصول على سلعة معينة ،ثم يوقع عليه ببصمة أصبعه فالبصمة الوراثية هي معطى شخصي بإعتبارها تسمح من تحديد هوية الشخص

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

المعني مباشرة .أو أن يقوم بتقديم بطاقة الشفاء الخاصة به من أجل إقتناء الدواء فبطاقة الشفاء هي معطى ذو طابع شخصي ،تحتوي معطيات شخصية تسمح بتحديد هوية الشخص المعني بصفة غير مباشرة .

أمّا البيانات الشخصية :فهي المعطيات أو المعلومات اللصيقة بشخص الإنسان ،والتي تكفي لوحدها للتعرف عليه شخصيا دون الإعتماد على أي وسيلة تساعد في التعرف عليه .

أو الإكتفاء بمصطلح بيانات شخصية وتعرف على أنها :كل معلومة مهما كان مصدرها أو شكلها تتعلق بشخص طبيعي معرف بصفة مباشرة بالإعتماد على بياناته الشخصية كالاسم واللقب ...إلخ ،أو قابل للتعرف عليه بصفة غير مباشرة باللجوء إلى أي وسيلة من الوسائل ذات الطابع الشخصي .

وبذلك فإن الإعتماد على مصطلح دون الآخر يؤدي إلى تقليص البيانات الواجب حمايتها بموجب الحق في الخصوصية .

لذلك لا بد على التشريعات دولية كانت أو إقليمية أو وطنية تبني مصطلح موحد يسمح بحماية البيانات الشخصية فضلا عن البيانات التي لا تعد في حد ذاتها شخصية ،وإنما تعتبر كذلك لأنها تحمل في طياتها طابعا شخصيا ،ولعل أقرب المصطلحات التي يمكن أن ينطوي تحتها كلا المصطلحين هو الحق في الخصوصية المعلوماتية تقليدية كانت أو رقمية ،أو دمج المصطلحين معا ليصبح المعطيات الشخصية والمعطيات ذات الطابع الشخصي .

وباعتبار الدراسة تتعلق بحماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا ،فإن الخصوصية اللتي تهم هنا هي الخصوصية الرقمية ،والتي يمكن تعريفها بأنها :كل المعلومات أو المعطيات أو البيانات مهما كان مصدرها أو شكلها محل المعالجة الآلية عبر الإنترنت ،والتي تسمح بتحديد هوية

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الشخص المعني مباشرة بالرجوع إلى بياناته الشخصية أو تجله قابلا للتعرف عليه بصفة غير مباشرة من خلال الرجوع إلى معطى أو أكثر من المعطيات ذات الطابع الشخصي .

ثانيا :أنواع المعطيات ذات الطابع الشخصي :للمعطيات الشخصية وذات الطابع الشخصي أهمية بالغة في حياة أي مستهلك ،فقد يرفض أحيانا التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية خوفا من المساس بحياته الخاصة والتلاعب بمعطياته الشخصية وبذلك تتعدم ثقته في عقود التجارة الإلكترونية .

إن الحق في الخصوصية بصفة عامة حق ففاض وواسع ،فما يعد سريرا وخاصا لدى شخص معين قد لا يعد كذلك لدى شخص آخر ،وما قد يعد معطى شخصي لدى فرد قد لا يعتبر كذلك لدى فرد آخر ،وهو ما يؤكد تعدد أنواع المعطيات ،والأكثر من ذلك ما يعتبر معطى شخصي اليوم قد لا يعد كذلك بالأمس ،فقبل استخدام الإنترنت وتكنولوجيا المعلومات لم يكن هناك ما يسمى بالخصوصية الرقمية ،وهو ما يؤدي إلى القول بصعوبة تحديد أنواع المعطيات الشخصية هذا من جهة ،ومن جهة أخرى صعوبة الفصل بين ما يعد معطى شخصي وما يعتبر بيانا ذو طابع شخصي .وهو الأمر الذي يستوجب توحيد المصطلحات لتفعيل أكبر قدر ممكن من الحماية .

1 /تقسيم البيانات الشخصية عند د/ حسام محمد نبيل الشنراقي :حدد الدكتور مجموعة البيانات التي تعتبر معطيات شخصية ،وهي كالاتي¹:

أ .**الاسم واللقب :**يعتبر الاسم وسيلة لتمييز الأفراد وتحديد هويتهم ،ويقسم إلى اسم أصلي يتم ذكره في شهادة ميلاد المعني وبطاقته الشخصية ،ويتعامل به في جميع معاملاته اليومية ،فهو

¹ حسام محمد نبيل عبد الرؤوف الشنراقي ،حماية البيانات الشخصية عبر الإنترنت التحديات والحلول ،منشورات المجلة العربية للإدارة ،المنظمة العربية للتنمية الإدارية ،جامعة الدول العربية ،إصدار خاص ملحق ع 02 ،المجلد 38 ،2018 ص 14-

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

المميز له أمام القانون ،واسم الشهرة ،وهو الاسم الذي يطلقه عليه الناس ولا يتعامل به أمام الجهات الرسمية ،واسم مستعار يتخذه الشخص لنفسه سواء عند قيامه بنشاط فني أو أدبي معين لإخفاء هويته الحقيقية .

أما اللقب فهو: اسم العائلة التي ينتمي إليها الإنسان ،وتتحد من أصوله .

ب . الصوت والصورة : اقتضت البيانات الشخصية لوقت من الزمن على البيانات الاسمية فقط لكن مع التطورات الحاصلة فقد اعتبرت لجنة الحريات الفرنسية في توجيهها الحديث الصورة والصوت من قبيل البيانات الشخصية ،المعتمدة في ذلك على التوجيه الأوروبي الخاص لحماية البيانات الشخصية لسنة 1955 الذي اعتبرهما بيانات شخصية قد تكون محل معالجة آلية ،مما يستوجب حمايتهما .

ت . الأرقام الشخصية : أي رقم يمنح للشخص الطبيعي يعتبر شخصيا أي خاصا به وحده فقط فيكون هذا الرقم محددًا لهويته ومميزا له عن غيره ،بحيث لا يمكن أن يتكرر مع أشخاص آخرين .

ث . العنوان : يعد العنوان الذي يقطن به الإنسان بصفة دائمة أو مؤقتة ،أو عنوان مكان عمله من بين البيانات الشخصية الواجب حمايتها قانونا .

ج . الحالة الإجتماعية : وتحدد وضعيته من حيث إذا ما كان له أبناء أو أحفاد أم لا ،وغير ذلك مما يتعلق بعائلته .

ح . الخصائص الجسدية : ومن بين البيانات التي تعتبر شخصية تلك المتعلقة بالخصائص الجسدية للإنسان حسب ما قضت به أحكام القضاء الفرنسي .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

خ .**الحالة الصحية** :لقد اعتبرت البيانات المحددة للحالة الصحية للشخص من بين البيانات الشخصية ،وهو ما أكدته العديد من التشريعات منها م 08 ق حماية البيانات الشخصية الفرنسي .

د .**الأصول العرقية** :كل المعلومات المتعلقة بعرق الإنسان والمحددة للأصول التي ينحدر منها تعد بيانا شخصيا يستوجب حمايته .

ذ .**الجنسية** :أقرت اللجنة القومية الفرنسية للحريات أن المعلومات المتعلقة بجنسية الشخص من البيانات الشخصية .

ر .**الآراء والمعتقدات الدينية** :إن كل المعلومات المتعلقة بالآراء السياسية والفلسفية من البيانات الشخصية فضلا على المعتقدات الدينية التي يتبناها الإنسان ،كما تعتبر المعلومات المتعلقة بإنتمائه النقابي من بين البيانات الشخصية .

ز .**نتائج الإختبارات النفسية** :تعد جزءا من حالته الصحية لذلك تعتبر بيانات شخصية .

س .**البصمة** :إن بصمة الإنسان شخصية تميزه عن غيره من الأشخاص بحيث يستحيل أن تتكرر نفس البصمة ويمكن أن تكون محل معالجة آلية ،أو أن يتم تجميعها .

ش .**رقم الهاتف** :سواء كان ثابتا أو محمولا فهو بيان شخصي .

ص .**رقم السيارة** :إن الرقم الذي تحتويه السيارة هو رقم شخصي يرتبط بصاحبه .

ض .**رقم الحساب البنكي** :من البيانات الشخصية الحسابات البنكية والتي لا يجيز القانون الإطلاع عليها إلا بشروط محددة .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ط. عنوان البريد الإلكتروني: من حق كل مستخدم للإنترنت تملك حساب بريدي، أو عنوان إلكتروني لإرسال الرسائل، وهو عنوان خاص به لا يمنح لغيره، يحدد هوية مالكة لذا يعتبر بياناً شخصياً تستوجب القوانين ضرورة حمايته .

ظ. عنوان الكمبيوتر (الرقم التعريفي): كل جهاز حاسوب متصل بالإنترنت له رقم تعريف خاص بالاتصال بشبكة الإنترنت IP، يمكن من خلاله تحديد هوية صاحبه .

3/ تقسيم البيانات الشخصية عند د/ مروة زين العابدين صالح: قسمتها إلى بيانات شخصية من الناحية التكنولوجية، بيانات شخصية من الناحية الإجتماعية، بيانات شخصية من الناحية الصحية، وبيانات شخصية من الناحية المهنية والتعليمية والمالية، وفق مايلي¹ :

أ /البيانات الشخصية من الناحية التكنولوجية: وهي المعطيات محل المعالجة أو التداول أو النشر الإلكتروني والتي تسمح بتعريف الشخص المعني إلا أنه تعريف منتقد على أساس أنه لا يعرّف البيانات الشخصية، بل عرّف الوسيط الذي تتم به عملية تداول المعلومات .

كما أن للتطور التكنولوجي دور مهم في تعميقه لمفهوم البيانات الشخصية التي قد يطلق عليها بالخصوصية المعلوماتية، "ومن ثم فجميع البيانات التي تتداول عبر الوسيط الشبكي وتكون متصلة بشخص بعينه يمكنها تعريفه منفرداً، أو عن طريق إضافتها لبيانات أخرى مثل الاسم والحسابات الإلكترونية من بريد إلكتروني أو حسابات على مواقع التواصل الإجتماعي بالإضافة إلى الأرقام السرية بالإضافة إلى الصور والأخبار والتعليقات والآراء ."

ب /البيانات الشخصية من الناحية الإجتماعية: وتشمل اسم الفرد الشخصي والعائلي، اسم الشهرة والاسم المستعار، وحتى الاسم التجاري. كما تشمل الموطن، السن، تاريخ الميلاد وشهادة الميلاد، أرقام الهاتف، الحالة الإجتماعية للشخص (متزوج، أعزب، مطلق ...) أرقام بطاقات

¹ مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص. 81-87.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

تعريف الهوية ،مثل :بطاقات الرقم القومي جواز السفر ،ورقم التأمين الإجتماعي الديانة ،الجنس والنوع ،الإنتماء السياسي لدولة معينة سواء الاتصال به بالدم أو بالميلاد الآراء ووجهات النظر ،الصورة والفيديو التي قد يظهر فيها الشخص ،المراسلات .

ت /البيانات الشخصية من الناحية الصحية :يقصد بالبيانات الشخصية الصحية : "أي معلومات عن التاريخ الصحي للشخص أو تاريخ التشخيص والتي يمكن أن تستخدم لتعريف شخص بعينه ،أو التي استخدمت من قبل لتقديم خدمة طبية مثل :التشخيص أو العلاج ،بالإضافة إلى بيانات الحمض النووي للشخص وغيرها من التحاليل والفحوصات الطبية الخاصة بالشخص " .

ث /البيانات الشخصية من الناحية المهنية والتعليمية والمالية :تعتبر البيانات المتعلقة بوظيفة الإنسان أو تاريخه الوظيفي من البيانات الشخصية ،بالإضافة إلى البيانات المتعلقة بأدائه الوظيفي ،رقم تعريفه في العمل المرتبات الاستحقاقات المادية والمعنوية ،إجراءات الإختيار والتعيين ،والمراقبة أثناء القيام بالعمل ،سواء في المكاتب ،أو عبر الهاتف ،أو البريد الإلكتروني .

فضلا على ذلك يعتبر من قبيل البيانات الشخصية كل ما يتعلق بالحياة المالية للشخص كالحسابات البنكية والتقارير المنجزة حولها ،بطاقات الإئتمان ،البيانات المتعلقة بالقرروض الممنوحة .

يتضح مما سبق أن كل اتجاه قد حاول أن يحدد صورا للبيانات الشخصية رغم صعوبة العملية ،لأنه يستحيل وضع أو حصر صورها بشكل دقيق .

ويمكن تقسيم الخصوصية المعلوماتية إلى صورتين :معطيات شخصية ،ومعطيات ذات طابع شخصي ،ولكل منهما صور لا يمكن تحديدها بدقة ،فللتطور التكنولوجي وتأثيره على العالم الرقمي دور كبير في تطور مفهوم الخصوصية المعلوماتية وظهور أوجه مستحدثة .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

البيانات (المعطيات) ذات الطابع الشخصي :	البيانات (المعطيات) الشخصية :
<p>الأرقام الشخصية للهاتف الثابت أو المحمول البريد الإلكتروني ،حساباته الشخصية على مواقع التواصل الإجتماعي .رقم تسجيل سيارته (البطاقة الرمادية) رقم الحساب البنكي وكلمة السر ،الرقم التعريفي للكمبيوتر بطاقة التعريف الوطني ،أو جواز السفر رخصة السياقة ،بطاقة الضمان الإجتماعي البطاقة المهنية ،البطاقة البنكية...إلخ .</p>	<p>البيانات الإجتماعية :كالاسم واللقب ،تاريخ الميلاد العنوان سواء كان محل إقامته المعتادة أو غير المصرح به ،أو مكان عمله وحالته الإجتماعية :متزوج أعزب ،أرمل ،مطلق ،له أبناء أم لا ،عدد زوجاته ،سوابقه القضائية ،مستواه الإجتماعي .</p> <p>البيانات الصحية :أي معلومة تتعلق بوضعيته الجسدية أو النفسية :كالبيانات الوراثية ،الفزيولوجية الصوت والصورة تاريخه المرضي .</p> <p>البيانات الفكرية والثقافية :كل معلومة تتعلق بمعتقداته الدينية ،الفكرية ،الفلسفية ،التعليمية الثقافية ،العرقية ميولاته ،هواياته ،رغباته .</p> <p>البيانات المالية والاقتصادية :أي معلومة تتعلق بوظيفته ،راتبه ،الترقيات ،العقوبات الإحصائيات أو الأرقام التي تحدد مركزه المالي ،المبالغ المالية أو رقم الأعمال وضعيته الإقتصادية (ميسور أم مفلس أم معسر</p>

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

	،تحصل على قروض أو لا) استثماراته مشاريعه... إلخ .
--	---

• **معيار التقسيم** : هو درجة إمكانية تعريف البيان لهوية الشخص بصفة مباشرة ،دون الحاجة إلى استخدام وسيلة تحتوي بيانات شخصية تمكن من التعرف عليه بصفة غير مباشرة فالاسم واللقب يعرف صاحبه مباشرة ،ولا يجوز لأي شخص المساس به ،أو الإعتداء عليه وهو ما كفله المشرع بموجب م 48 من ق م : "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر ،ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

في حين أن بطاقة التعريف هي وسيلة تمكن من التعرف على الشخص بصفة غير مباشرة ،ولا تتعلق بشخص الإنسان لا من الناحية الجسدية ولا الفكرية ،فمادام أن لها علاقة به ،فتعتبر معطيات ذات طابع شخصي .

الفرع الثاني: معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي :

إن البيانات المقدمة من طرف المستهلك أثناء قيامه بإقتناء السلعة ،أو الحصول على الخدمة لابد أن تكون محل معالجة آلية يقوم بها شخص يسمى المسؤول عن المعالجة ،أو مقدم الخدمة .وبذلك تمر عملية المعالجة بعدة مراحل وتتطلب في ذلك ضرورة إحترام جملة من الشروط أو الضوابط ،وذلك من أجل تفادي مخاطر هذه العملية التي تهدد خصوصية هذه المعطيات .

وهو ما سيتم دراسته في هذا الفرع من خلال تحديد المقصود بعملية المعالجة أولاً ،ثم تحديد المخاطر التي تهدد خصوصية المعطيات محل عملية المعالجة .

أولاً : مفهوم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي : إن التطرق لمفهوم المعالجة يستوجب تعريفها ،وتحديد مراحلها وشروطها .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

1 /تعريف معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي :سيتم التطرق إلى التعريف في ظل بعض التشريعات الأجنبية ،ثم تعريفها وفق بعض التشريعات العربية .

أ .تعريف معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حسب بعض التشريعات الأجنبية :عرفت إتفاقية حماية الأشخاص اتجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي الصادرة عن المجلس الأوروبي بستراسبورغ 1981 السابقة الذكر معالجة المعطيات بموجب م 02 ف ج منها :تعني مجموعة العمليات المنجزة كلياً أو جزئياً بواسطة هذه العمليات الآلية :تسجيل المعطيات ،والتطبيق عليها عمليات منطقية و/أو حسابية ،أو تعديلها ،أو محوها استخراجها ،نشرها " .

أمّا المبادئ التوجيهية المتعلقة بحماية الخصوصية وتدفع البيانات عبر الحدود 79/2013 السابقة الذكر ،فلم تتطرق إلى تعريف معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي .

في حين عرفت لائحة البرلمان الأوروبي 679/2016 السابقة الذكر المعالجة بموجب م 04 ف 02 : "المعالجة: كل عملية أو مجموعة العمليات المنجزة بواسطة طرق آلية أو بدونها ،والمطبقة على معطيات أو مجموعة من المعطيات ذات الطابع الشخصي ،كالجمع التسجيل ،التنظيم ،الهيكلية ،الحفظ ،التكليف ،التعديل ،الاستخراج الإطلاع ،الاستخدام الاتصال عن طريق الإرسال ،النشر ،أو أي شكل آخر من أشكال التقارب أو الربط البيئي التحديد ،المحو ،أو التدمير" .

وهو نفس التعريف تقريبا الذي إعتمده التوجيه الأوروبي رقم 680/2016 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي من طرف الهيئات المختصة بالوقاية والكشف عن الجرائم الجنائية ،للتحقيقات والمتابعة في مجال تنفيذ العقوبات الجنائية والتداول الحر لهذه المعطيات ¹،والذي تضمنته م 03 ف 02 أين أضاف فقط عبارة

¹ Directive (UE) 2016/680 du parlement Européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physique à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétente et des fins de prévention et de détection des infraction pénales ,d'enquêtes et du poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

:"...المطبقة على معطيات ذات طابع شخصي أو مجموعة من المعطيات ذات الطابع الشخصي
..."

وعرّف المشرع الفرنسي عملية معالجة المعطيات بموجب م 02 ف 03 من القانون
801/2004 المعدل للقانون 78-17 السابق الذكر ،بأنها :تعتبر معالجة للمعطيات ذات الطابع
الشخصي كل عملية أو مجموعة العمليات المنجزة على هذه المعطيات ،مهما كانت العملية
المستخدمة ،ولاسيما الجمع ،التسجيل ،التنظيم ،الحفظ ،التكييف ،التعديل الاستخراج ،الإطلاع
،الاستخدام ،التواصل عن طريق الإرسال ،البحث ،أو أي شكل آخر من أشكال التقارب أو الربط
البيني ،وكذلك الإقفال ،المحو ،أو التدمير ."

وعرفت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات الفرنسية CNIL ،بأنها :كل عملية أو
مجموعة العمليات المتعلقة بهذه المعطيات مهما كانت العملية المستخدمة ،لاسيما الجمع
التسجيل ،التنظيم ،الحفظ ،التكييف ،التعديل الاستخراج ،الإطلاع ،الاستخدام ،التواصل عن
طريق الإرسال ،النشر ،أو أي شكل آخر من أشكال التقارب البيني ،وكذلك الإقفال المحو
أو التدمير ."

مثال :كعمليات اعداد الملفات الإدارية للطلبة والموظفين ،الدليل الرقمي لقدماء المتخرجين
،الفضاء الرقمي للعمل¹ .

ب .تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي في بعض التشريعات العربية :عرّف المشرع معالجة
المعطيات ذات الطابع الشخصي :بموجب م 03 من القانون 18-07 السابق الذكر بأنها

pénales ,et à la libre circulation de ces données ,et abrogeant la décision cadre 2008/977/JAI du conseil ,j o u e L119
,59e année ,du 04 mai 2016 ,pp(89-131),p .106.

Sur le site :https://www.eur-lex.europa.eu voir le :24/03/2020 à 15 :15.

Les guides de la CNIL , « l'informatique et libertés » ,pour l'enseignement du second degré ,2010 ,p .02. sur le site
:https://www.cnil.fr voir le 24/03/2020 à15 :30.

¹ Les guides de la CNIL , « l'informatique et libertés » ,pour enseignement du second degré ,2010 ,p .02. sur le site
:https://www.cnil.fr voir le 24/03/2020 à15 :30.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

"المشار إليه أدناه "معالجة" كل عملية أو مجموعة عمليات منجزة بطرق أو بوسائل آلية أو بدونها على معطيات ذات طابع شخصي ،مثل الجمع أو التسجيل أو التنظيم أو الحفظ أو الملائمة أو التغيير أو الاستخراج أو الإطلاع أو الاستعمال أو الإيصال عن طريق الإرسال أو النشر أو أي آخر من أشكال الإتاحة أو التقريب أو الربط البيني وكذا الإغلاق أو التشفير أو المسح أو الإتلاف " .

وعرف بموجب ب 05 من نفس المادة المعالجة الآلية بأنها : "العمليات المنجزة كليا أو جزئيا بواسطة طرق آلية مثل تسجيل المعطيات وتطبيق عمليات منطقية و/أو حسابية على هذه المعطيات أو تغييرها أو مسحها أو استخراجها أو نشرها " .

في حين عرفها المشرع التونسي بموجب الفصل 06 ف 01 من قانون حماية المعطيات الشخصية 04-63 السابق الذكر، بأنها : "العمليات المنجزة سواء بطريقة آلية أو يدوية من شخص طبيعي أو معنوي والتي تهدف خاصة إلى جمع معطيات شخصية أو تسجيلها أو حفظها أو تنظيمها أو تغييرها أو استعمالها أو إرسالها أو توزيعها أو نشرها أو إتلافها أو الإطلاع عليها وكذلك جميع العمليات المتعلقة باستغلال قواعد البيانات أو الفهارس أو السجلات أو البطاقات أو بالربط البيني " .

وعرّف المشرع المغربي عملية معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي بموجب م 01 ف 02 من قانون حماية الأشخاص الذاتيين اتجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي 09/08 السابق الذكر : "المعالجة "كل عملية أو مجموعة من العمليات تنجز بمساعدة طرق آلية أو بدونها وتطبق على معطيات ذات طابع شخصي مثل التجميع أو التسجيل أو التنظيم أو الحفظ أو الملاءمة أو التغيير أو الاستخراج أو الإطلاع أو الاستعمال أو الإيصال عن طريق الإرسال أو الإذاعة أو أي شكل آخر من أشكال إتاحة المعلومات ،أو التقريب أو الربط البيني وكذا الإغلاق أو المسح أو الإتلاف " .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ما يمكن ملاحظته من خلال هذه التعريفات هو تأثر التشريعات الوطنية بالتشريعات الدولية ،حيث حذت حذوها في محاولتها لتحديد المقصود بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ،رغم صعوبة وضع تعريف دقيق جامع ومانع ،وذلك لتعدد صور العمليات التي يمكن أن تمر بها عملية المعالجة .

كما حاولت مختلف التشريعات المدروسة تعداد بعض الصور التي يمكن أن تتضمنها عملية المعالجة ،والتي وردت على سبيل المثال لا الحصر لصعوبة حصرها ،فضلا عن توسع بعض التشريعات في تعدادها لصور أخرى .

ولعل السبب في التوسع واضح وهو رغبة المشرعين في توفير أكبر قدر ممكن من الحماية ،وسد الثغرات في مواجهة المسؤول عن المعالجة أو أي شخص آخر لمنعه من التهرب من المسؤولية ،ولعل هذه الأفعال تشكل الركن المادي لأي إعتداء على هذه المعطيات سواء كان من المسؤول عن المعالجة أو من أي شخص آخر ،كما أنها تشكل صورا للخطأ الذي يستوجب قيام مسؤولية المعالج بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمستهلك نتيجة الإعتداء على معطياته الشخصية ،أو ذات الطابع الشخصي .

ويمكن تعريف معالجة المعطيات الشخصية أو ذات الطابع الشخصي :كل عملية أو مجموعة العمليات مهما كان نوعها والمنجزة بصفة كلية أو جزئية ،بطرق آلية أو غير آلية على معطى أو أكثر من المعطيات الشخصية أو ذات الطابع الشخصي ،منذ التصريح بها إلى غاية محوها أو تدميرها .أو هي كل تعامل مع معطيات شخصية أو ذات طابع شخصي مهما كان نوعها والوسيلة المستخدمة في ذلك .

3/ مراحل المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي :تبدأ عملية المعالجة بجمع المعطيات وإدخالها إلى جهاز الحاسوب ،ليتم بعد ذلك تخزين هذه المعلومات بذاكرة الحاسوب سواء كان التخزين قبل أو بعد تحليلها.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

بعدها تأتي مرحلة التشغيل :سواء عن طريق إجراء عمليات متنوعة للحصول على نتائج محددة وذلك بواسطة وحدة التشغيل المركزية ،أو عن طريق عدة عمليات تنجز آليا بغية استغلال البيانات بما في ذلك التقريب والربط والدمج مع معلومات أخرى وتحليلها ،بغية الحصول على بيانات ذات مدلول خاص "1.

بعد جمع المعطيات وتخزينها وتشغيلها تأتي مرحلة إيصال المعطيات إلى أصحابها وإتخاذ القرارات الملائمة بشأنها ،وقد يتم تداول هذه المعطيات في دولة واحدة أو عدة دول².

كما نص المشرع على جملة من الشروط والضوابط التي يجب على المسؤول عن المعالجة احترامها سيتم التطرق إليها لاحقا ،لأنها تشكل بالنسبة للمستهلك ضمانات حقيقية لتوفير حماية فعالة له من أي إعتداء على حقه في خصوصية معطياته سواء الشخصية أو ذات الطابع الشخصي .

ثانيا :المخاطر التي تهدد خصوصية المعطيات ذات الطابع الشخصي :قد يكون المستهلك عند قيامه بتصفح الشبكة العنكبوتية عرضة لمخاطر عدة ،أهمها تلك التي تشكل اعتداء على حياته الخاصة سواء بتحديد هويته أو تتبعه بتقنية الكوكيز لمعرفة رغباته وميوله في التسوق ليتم إغراؤه بجملة من الاعلانات .

كما قد يكون ضحية عملية قرصنة تفقده جزءا من بياناته ،هذا إذا لم يفقدها كلها لتتم المتاجرة بها ، وهو ما سيتم التطرق اليه .

1/ جمع المعطيات ذات الطابع الشخصي دون موافقة المستهلك لتحديد هويته:يقوم المستهلك في معاملته اليومية بالإدلاء بالعديد من المعطيات الخاصة به لإتمام إبرام هذه المعاملات والتي

¹ حسام محمد نبيل عبد الرؤوف الشنراقي ،المرجع السابق ،ص 18-19.

² المرجع نفسه ،ص 19.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

تكون محلا لجمعها من طرف الجهات المختصة، إذ تطلب منه بعض المعلومات المرتبطة بوضعه المادي العائلي، الصحي، لكن وفي إطار حصولها على هذه المعطيات تقوم بجمع معطيات أخرى بهدف تطبيق نظرية "التسويق المباشر"¹، وهو ما يشكل انتهاكا لحق المستهلك في الحماية القانونية الذي كفله له المشرع بجملة من الحقوق والضمانات سيتم تطرق إليها لاحقا .

لقد سمح تطور الإنترنت بنقل جميع النشاطات من العالم المادي الى العالم الرقمي في بيئة إفتراضية، أين يترك المستهلك آثار كثيرة تدل عليه، إذ توجد عدة معلومات تتعلق به تعرف بمعلومات رأس الصفحة وهي: "المعلومات التي يزودها الكمبيوتر المستخدم للكمبيوتر الخادم الذي يستضيف مواقع الإنترنت"²، وقد تتضمن: عنوان بروتوكول الإنترنت (IP adresse) المعلومات الأساسية عن المتصفح، نظام التشغيل تاريخ ووقت تصفح الموقع ومدة مكوثه مواقع الإنترنت وعنوان الصفحة السابقة التي زارها المستخدم قبل دخوله الصفحة في كل زيارة معلومات محرك البحث، بيان المعلومات التي ارسلت واستقبلت . وتوجد عدة وسائل يمكن من خلالها تحديد هوية مستعملي الإنترنت، منذ تسجيلهم الأولي عبر مزودي الخدمات إلى غاية تحديد بروتوكول الإنترنت، الذي عادة ما يرتبط بحسابات على الشبكة العنكبوتية، لكن قد تستدعي الضرورة في بعض الحالات الإفصاح عن هوية المستخدمين من أجل توفير بعض الخدمات على الشبكة، كأن يتم تعريف هوية المستخدمين كإجراء من إجراءات الإشتراك في الشبكة اللاسلكية، أو من

¹ تتمحور هذه النظرية حول: اهتمام المؤسسة التجارية بكل زبون من زبائنها على حدة فتسوق له منتجاتها حسب ميوله الخاص، ثم تقوم بجمع كل المعلومات الممكنة عنه، كأساس عملها يقوم على إدارة علاقاتها مع زبائنها عن طريق معرفة سلوكهم واحتياجاتهم، بهدف التقرب من الزبون وتقديم المنتجات التي يرغب بها، وتلقى قبولا منه .وبلك فالهدف الأساسي من هذه النظرية هو إنشاء قاعدة بيانات للزبون تضم كافة معطياته الشخصية تقريبا من خلال ترويج المنتجات الخاصة بها والأكثر من ذلك هناك مؤسسات تجارية تقوم بمنح منتجات مجانية للعملاء بهدف جمع معطياتهم الشخصية فقط . نقلا عن حسام محمد

نبيل عبد الرؤوف الشنراقى، المرجع السابق، ص. 25.

² مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص. 330-331.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

خلال شراء هاتف نقال - أو شريحة هاتف - فمثل هذا التسجيل حسب د/ مروة زين العابدين صالح يعرض المستهلك للتنازل عن حقه في خصوصية معطيائه¹.

وإذا وفقت الدكتوراة في اعتبار أنّ المستهلك قد تنازل عن بعض معطيائه الشخصية للضرورة التي تستدعيها إجراءات التسجيل والتعامل، إلا أن هذا لا يعني بأنه قد تنازل عن حقه في خصوصية هذه المعطيات، لأن تنازله أمر حتمي وذلك من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة الذي لا يعني بالضرورة أنه قد تنازل عن حقه في الخصوصية كونه حقا مشمولاً بالسرية وعدم إفشائها للغير فضلا عن إلتزام المسؤول عن المعالجة بحفظ وحماية هذه المعطيات من أي إعتداء قد يمسها تحت طائلة قيام مسؤوليته .

فمشاركة المستهلك للمسؤول عن المعالجة جزءاً من معطيائه الشخصية لا ينفي عنها طابع الخصوصية سواء بالنسبة للمعالج أو للغير .

ومع تطور استخدام الإنترنت أصبح بإمكان المورد الحصول على المعطيات الشخصية عن طريق اصطيادها وتتبعها عبر تقنية الكوكيز، إذ عملت عدة مؤسسات تجارية على إنشاء مواقع إلكترونية خاصة بها تتيح لها جمع المعطيات لمستعملي الإنترنت، وتقديم عروضها مع تزويد الصفحة بتقنية الكوكيز، وهي عبارة عن ملف يضعه الموقع الخاص بالمؤسسة على القرص الصلب لجهاز المتصفح لموقعها يقوم بجمع كافة المعلومات الخاصة، بالإضافة لأي معطيات أخرى يقوم المتصفح بإضافتها، ثم يغذى هذا الملف موقع المؤسسة بكافة معطيات المتصفح، والذي من خلاله يمكن للمؤسسة أن ترسل له جميع العروض التي تتناسب مع ذوقه أو ميوله سواء بالبريد الإلكتروني أو عبر موقعه على شبكة الإنترنت².

¹ المرجع نفسه، ص. 329-331.

² حسام محمد نبيل عبد الرؤوف الشراقي، المرجع السابق، ص. 26.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

والكوكيز كلمة إنجليزية « Cookies » تعني : "ملفات تعريف الارتباط"، وهي: "معلومات يتم تخزينها من قبل متصفح الويب الخاص بك عن الإجراءات التي أنجزت سابقا على موقع ما على الإنترنت. وهذه المعلومات تمكنك من أن تكون أي إجراء لمشترياتك ومقتنياتك على الإنترنت، معلومات تسجيل الدخول الخاصة بك والصفحات التي قمت بزيارتها الأزرار التي نقرت عليها"¹.

وتقنية الكوكيز كما سبق ذكره²، على أنها: "برنامج للتجسس يسمح بالإطلاع على المعطيات الشخصية للمستهلك اصطفاها وتتبعها، وتسمح بالانتقال والتخزين على القرص الصلب لجهاز المتلقي بمجرد فتح الرسالة الإعلانية التي تتضمنه، كما يمكن بواسطتها الوصول إلى عنوان بروتوكول الإنترنت الخاص بجهاز المستهلك والإطلاع على كل المعلومات المخزنة به. ويمكن كذلك بواسطة هذه التقنية معرفة عادات المستهلك، هواياته وآرائه واتجاهاته في التسوق من خلال تتبع المواقع التي إعتاد زيارتها، والمدة الزمنية التي قضاها في الإطلاع كما يمكنه الوصول إلى الاسم الحقيقي للمستهلك من خلال اللجوء لبعض البرمجيات الخاصة "جافا" أو "جافا سكريبت"، إذ تسمح بالتعمق أكثر داخل الأجهزة والحصول على المعطيات الشخصية لأصحابها"³.

يجد أغلبية المستخدمين تقنية الكوكيز وسيلة جيدة بإعتبارها توفر لهم الوقت والطاقة والتكرار، من خلال تخزين معلوماتهم ككلمات السرّ أو الصفحات التي قاموا بزيارتها سابقا للحد من التكرار، ومنع إعادة كتابة المعلومات في كل مرة، في حين يجدها البعض الآخر تقنية مضرّة ولا يفضلون تخزين أي معلومات عن نشاطهم عبر الإنترنت؛ إذ تكمن خطورتها (الكوكيز) في محتوياته كونها تجمع جميع المعلومات المتعلقة بالمستهلك من رقم بروتوكول الإنترنت، نوع

¹ مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص. 333.

² إحالة إلى الباب الأول، ص. 88.

³ مروة زين العابدين صالح، المرجع السابق، ص. 335.

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الموديم ،نوع الحاسوب والمعالج ،مدة الإتصال ،معلومات البطاقة المصرفية فضلا عن إهتماماته (المستهلك) ،فرسائل الكوكيز إذا تشكل وسيلة مهمة لتتبع المستهلك وجمع معلوماته وتحليلها ،إما لأغراض إعلانية أو للدراسات التسويقية على الخط ،أو لاستغلالها في أغراض غير مشروعة دون علم صاحبها¹.

كما تشكل برمجيات التتبع والإلتقاط (الشم) وسيلة خطيرة لتتبع وجمع أكبر قدر ممكن من المعطيات الشخصية ،فضلا عن ذلك يتم اللجوء لبرامج الدعاية " adware "،والبرمجيات المؤذية "mal ware" والفيروسات ،حيث يتم جمعها لأغراض إجرامية كسرقة الأموال ،أو اساءة استخدام هذه المعطيات ،وتتدرج برامج الدعاية ضمن "فئة البرمجيات المعتدية على الخصوصية والمتجاهلة لموافقة المستخدم ،وهي برمجيات يتم تخزينها على أجهزة الكمبيوتر دون قصد ،وهي عبارة عن برمجيات يصعب على المستخدمين إدراكها لأنها عادة ما تظهر في شكل برنامج مكافحة الفيروسات أو أداة بحث أو تقنية مماثلة يرغب المستخدم في استخدامها كما أنها وغالبا ما تجتمع مع البرامج التي تبدو مجانية"².

2/ تصنيف المعطيات الشخصية : بعد جمع المعطيات الشخصية يقوم المورد بإنشاء ملف لكل زبون يحتوي معطياته الخاصة ،بعد ذلك يتم إنشاء قواعد بيانات بكافة المعطيات التي تم جمعها عن المستهلك ،والتي تساعد المورد على تطبيق نظرية التسويق المباشر ،من خلال تصميم عروض دعائية تتناسب مع رغبات كل زبون على حدى ،مما يزيد من معدل مبيعاتهم .ويعتمد تصنيف المعطيات على تقنيات وبرامج خاصة تسمح بذلك فضلا عن إتاحتها إمكانية فرزها والربط بينها ،فيكفي جمع البيانات ليقوم الكمبيوتر بترتيبها وتنظيمها ،وهو ما يفسر عدم مطالبة المورد بأي معلومات من المستهلك عند قيام هذا الأخير بالإتصال به ليطلب منه الحصول على المنتج ،فيتعرف عليه من رقم هاتفه ،كما قد يلجأ المورد إلى تكملة المعطيات فيقوم بجمعها من

¹ المرجع نفسه ،ص 335-338.

² حسام محمد نبيل عبد الرؤوف الشراقي ،المرجع السابق ،ص 27-28.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

جهات أخرى مما يشكل تعاملاً واتجاراً بالمعطيات ،وهو ما يعد إنتهاكا خطيرا لحق الشخص في خصوصية معطياته الشخصية¹.

3 /فقد المعطيات الشخصية أو سرقتها :قد يترتب عن جمع المعطيات حتى بصفة مشروعة خطر فقدانها والاستلاء عليها ،فالمعطيات المخزنة بقواعد بيانات الكمبيوتر المتصل بشبكة الإنترنت قد تصبح هدفا لقرصنة المعلومات ،وذلك عن طريق إختراقها فيقومون بمعالجتها دون رضا صاحبها ،أو حتى بيعها والمتاجرة بها ،وفي هذا الصدد "إعترفت إحدى دور النشر بسرقة بيانات آلاف المشتركين من قاعدة بياناتها ،كما أعلنت إحدى المؤسسات المالية الأمريكية عن تعرض قواعد بيانات عملائها للقرصنة ما تسبب في سرقة ملايين أرقام بطاقات الإئتمان" ويمكن أن تفقد المعطيات عن خطأ من الجهة المالكة مثلما حدث مع إحدى الشركات الفرنسية التي فقدت أسطوانة تتضمن معطيات الآلاف من العمال².

وقد أكد أحد الخبراء في مجال المعلوماتية على أن كل شخص معرض لسرقة بياناته فهو غير آمن من السرقة بقوله :**"من يعتقد بأنه آمن من سرقة بياناته الشخصية على الإنترنت فهو شخص واهم لأن الكل معرض للإعتداء وأكد على ضرورة إتباع إجراءات وقائية كتغيير كلمة السر المستخدمة في الدخول إلى النظام بشكل دوري وعدم استخدام كلمة سر واحدة لكل الحسابات الإلكترونية"**³.

وقد نشرت مقالة في الموضوع تحت عنوان **"سرقة بيانات ومعلومات مصرفية ل :26 ألف عميل لمتاجر دبنهامز"** ،وهو متجر بريطاني معروف ببيع الزهور ،تمت سرقة معطيات زبائنه المصرفية الموجودة على قاعدة بيانات المتجر ،أين أوقفت إدارة المتجر الموقع الإلكتروني

¹ المرجع نفسه ،ص .28-29.

² حسام محمد نبيل عبد الرؤوف الشنراقي ،المرجع السابق ،ص .28-29.

³ عبد الرحمان خليفة الرواس ،أثر التشريعات المتعلقة بحماية البيانات الشخصية على فعالية التجارة الإلكترونية ،منشورات زين الحقوقية ،لبنان ،2019، ص .131.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

، وتم إبلاغ مكتب مفوضية المعلومات لإتخاذ الإجراءات اللازمة ،حيث صرح مدير المتجر لشبكة سكاى نيوز أنه قد تم إبلاغ المستهلكين بحادثة السرقة وتمت مساعدتهم لتغييرها بسرعة ،مع إصدار بيان للبنوك البريطانية جاء في فحواه وقف التعامل مع أي حسابات بنكية تعود للمستهلكين ضحية قرصنة معطيائهم .ويعد الإختراق الثاني في ظرف عامين ،إذ تعرضت سنة 2015 شبكة الإتصالات البريطانية "Talk Talk" لسرقة معطيات أزيد من 15.656 مشترك في خدمة الإتصالات مسجل على موقعها الإلكتروني¹.

كما أشارت حلقة برنامج "الإقتصاد والناس" الموسومة ب: "السرقة على الإنترنت"² إلى صدمة كبيرة تعرض لها مستخدمى موقع إيباي «Ebay» وهو موقع مزادات يعتبر الأول على الإنترنت حيث يمثل دور الوسيط بين البائع والمشتري - عبر العالم ،إذ تم إختراق حساباتهم وسرقة معطيائهم الشخصية .كما أوضحت الحلقة أن المؤسسات المالية تعتبر الأكثر عرضة للقرصنة بنسبة 30 % ،ويفقد بسببها العالم سنويا تريليون دولار،في حين تعرضت 17 % من المؤسسات غير المالية للقرصنة ،وهو ما دفع المدير الإقليمي لشركة سيمانتك عامر شبارو إلى توجيه نصيحة بضرورة عمل مسح لذاكرة الجهاز بشكل مستمر ودوري ،من أجل الكشف عن

¹ المرجع نفسه ،ص 131-132.

² "السرقة على الإنترنت" ،حلقة برنامج "الإقتصاد والناس" ،المقدمة من طرف الإعلامي أحمد شبتو ،على قناة الجزيرة ،يوم 31 ماي 2014 ،على الموقع الإلكتروني: <http://www.aljazeera.net> تمت مشاهدته يوم 2020/04/30 على الساعة 23:23 .

وحسب الأستاذ عامر شبارو تتم القرصنة إما بهجمات مباشرة وشخصية تستهدف شخصا معروفا لدى المهاجم كأن يعرف رقم بطاقته البنكية ،ومكان عمله وباستخدام الفايبروك يعرف هواياته ،مثلا يهوى سباق السيارات فيقوم بهجوم مخصص له يجمع فيه عدة جوانب يهتم بها ضحية القرصنة ،ليوصله إلى مرحلة الضغط على الرابط المرسل إليه ليبدأ الهجوم ويدخل إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالضحية .وإما بهجمات غير مباشرة يستهدف أي شخص دون شرط معرفته ،أين مثله بصيادة السمك ترمي الشبكة وكل من وقع فيها يكون ضحية له .لذلك لا بد على المستهلك من مراعاة الجانب التقني للتجارة الإلكترونية في تعاملاته .

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

جميع البرامج الخطيرة وغير المرغوب بها على الجهاز ،وبإزالتها يتم توفير حماية أفضل للجهاز وللمعطيات .

4 /محركات البحث والمتاجرة بقواعد البيانات : تعتبر محركات البحث من بين أهم وسائل الوصول المباشر للمعلومات المبحوث عنها من طرف المستخدم ،إذ تتيح الوصول إلى الموضوع أو الموقع المطلوب أو إلى الشخص المبحوث عنه بلغات متعددة .وتقوم محركات البحث بعمليات جمع وتبويب معلومات الاستخدام وتحليلها بوسائل تسمح بتخزين معلومات الزائرين على حواسيبهم كتقنية الكوكيز مثلا ،وذلك لمساعدة الموقع على التعرف على توجهاتهم الخاصة ،وتحديد اتجاهات الإعلانات ،وتقديم المحتويات بصفة لا تعلم فيها غالبية المواقع المتصفح عن هذه العمليات ؛عكس ما يسير عليه التنظيم الذاتي لقطاعات التجارة الإلكترونية التي تشترط ضرورة الإعلام المسبق للمستخدم قبل القيام بذلك ،وأن يتيح الموقع لزائره خيار قبوله جمع وتبويب وتحليل وتوجيه إختياراته أو رفضه لها¹.

ومن أمثلة الممارسات غير المقبولة في هذا المجال² ما قامت به كبرى شركات صناعة المعالجات " إنتل " التي عمدت إلى وسم أحد منتجاتها من الحواسيب بهدف تمييزه ،بحيث كلما استعمله المستخدم فإن معطيائه الخاصة تظهر على نحو يعرف به ويميزه عن غيره من الأشخاص والمستخدمين .ومن الأمثلة أيضا ما حدث سنة 1998 من أن أحد أكبر مواقع الإنترنت التجارية « **Double click** » أي سيزود معلومات عملائه التسويقية ،قراراتهم ،إلى نظام طورته إحدى شركات ولاية ماسشوسيتش ،والتي تنتبع أزيد من 30 مليون مستخدم وتسجل ما يقومون به دون علمهم .كما تم بيع مجموعة حواسيب بسعر لا يزيد عن 1000 دولار سنة 1999 والتي تسمح بتتبع مسار المستخدمين ،وكافة المعطيات المتعلقة بهم وبعائلاتهم .

¹ يونس عرب ،المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي ،على الموقع الإلكتروني

<http://www.alyaseer.net/vb/showthead.php?t:1903> أطلع عليه يوم 2020/05/02 على الساعة 13:46.

² المرجع نفسه .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

أما عن المتاجرة في المعطيات الشخصية فقد أصبحت محلا للتعامل بها بين الجهات التي تقوم بجمعها ،حيث تعمل على تبادل المعطيات فيما بينها من أجل الوصول إلى معلومات متكاملة عن جميع الأشخاص ،وتكمن الخطورة في جهل المستهلك لعملية تبادل معطياته وإمكانية رسم صورة متكاملة عنه .ومع التطور التكنولوجي أصبحت إمكانية تبادل المعلومات تتم بصفة تلقائية دون حاجة لتدخل بشري ،فأصبحت عملية المتاجرة بها تتم على نطاق واسع ما دفع بالأشخاص المعالجين إلى إمتنان الإتجار بها بإعتبارها سلعة رائجة وقيمة ،وهو ما دفع ببعض الشركات إلى بيع المعطيات الشخصية لزبائنها من أجل تسديد ديونها وتصفية حساباتها مع المؤسسات الدائنة لها¹.

المطلب الثاني: ضمانات حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي .

بصدور القانون 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معاينة المعطيات ذات الطابع الشخصي السابق الذكر ،يكون المشرع قد خطى خطوة مهمة في إرساء ضمانات للمستهلك تركز حقه في الخصوصية وعدم المساس بها ،مما سيؤدي إلى زيادة الإقبال على العقود المبرمة عن بعد ،على أن تتم معالجتها وفق الأهداف المسطرة لهذا القانون وهو ما كرسته م 02 منه : "يجب أن تتم معاجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ،مهما كان مصدرها أو شكلها ،في إطار إحترام الكرامة الإنسانية والحياة الخاصة والحريات وألا تمس بحقوق الأشخاص وشرفهم وسمعتهم " .

كما ضمن له الدستور الجديد 20-442 السابق الذكر الحق في الحماية عند معالجة معطياته ذات الطابع الشخصي ،أين اعتبره حقا أساسيا ،وهو ما كرسته م 47 في فقرتها الرابعة .
لقد كرس القانون قواعد وقائية تشكل ضمانات للحماية من جهة ،ومن جهة أخرى تعتبر شروطا لا بد من الإلتزام بها عند معاجة المعطيات ،وتتمثل في قواعد وقائية في صورة إلتزامات

¹ حسام محمد نبيل عبد الرؤوف الشراقي ،المرجع السابق ،ص 26-27.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لا بد على كل معالج إحترامها والإلتزام بتطبيقها ،بالإضافة إلى جملة الحقوق التي سيتمتع بها المستهلك قبل وأثناء وبعد عمایة المعالجة .

وليعزز المشرع من فعالية الحماية نص بموجب هذا القانون على ضرورة إنشاء سلطة وطنية تعنى بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي وخولها جملة من الصلاحيات والإجراءات الإدارية التي ستتخذ في حالة ما إذا أخل المسؤول عن المعالجة بالإلتزامات المفروضة عليه .

كما كرس هذا القانون مجموعة من الأحكام الجزائية وكيفية البحث والتحري عن الجرائم المرتكبة في هذا المجال ،والتي تخرج عن نطاق هذه الدراسة .وبذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول :حقوق الشخص المعني بالمعاجة .

الفرع الثاني :إلتزامات المسؤول عن المعالجة .

الفرع الأول :حقوق الشخص المعني بالمعاجة :

إن المبرر الأساسي لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي هو الحصول عليها بصفة مشروعة ،وأن لا يتم استغلالها خارج هذا النطاق فلا يتم استخدامها مثلا للحصول على معلومات تحدد مصدر ثروة صاحبها أو مركزه المالي أو أي معلومة أخرى تتعلق بحياته الخاصة¹ .

لقد منح المشرع للمستهلك جملة من الحقوق ،كالحق في الإعلام ،الولوج ،التصحيح والإعتراض ،والحق في منع الاستكشاف المباشر ،ليضمن أمن معطياته التي تناولها المشرع ضمن الباب الرابع من القسم الثاني بخمسة فصول بموجب م 32 إلى 37 من القانون 07-18 السابق الذكر ،وهو ما سيتم دراسته في هذا الفرع الذي سيقسم بدوره إلى نقطتين ،تتناول النقطة الأولى

¹ حزام فتيحة ،"الضمانات القانونية لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي دراسة على ضوء القانون رقم 07/18" ،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية ،المجلد 08 ،ع 04 ،لسنة 2019 ،ص 281-298.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

حقوق الشخص المعني (المستهلك) السابقة على عملية المعالجة، في حين تعالج النقطة الثانية حقوق الشخص المعني (المستهلك) أثناء معالجة معطاته بالشخصية.

أولاً: حقوق الشخص المعني (المستهلك) السابقة على عملية المعالجة: وتتمثل في الحق بالإعلام، ومنع الاستكشاف المباشر .

1 / حق المستهلك في الإعلام: كرس المشرع بموجب م 32 من القانون 07-18 السابق الذكر حق المستهلك في الإعلام، والذي أطلق عليه مصطلح الشخص المعني¹ بنصها: "ما لم يكن على علم مسبق بها، يجب على المسؤول عن المعالجة² أو من يمثله إعلام مسبقاً وبصفة صريحة ودون لبس، كل شخص يتم الإتصال به قصد تجميع معطاته ذات الطابع الشخصي بالعناصر الآتية :

- هوية المسؤول عن المعالجة وعند الإقتضاء، هوية ممثله ،
- أغراض المعالجة ،
- كل معلومة إضافية مفيدة، لاسيما المرسل إليه والزامية الرد و الآثار المترتبة عن ذلك وحقوقه ونقل المعطيات إلى بلد أجنبي .
- إذا لم يتم جمع المعطيات ذات الطابع الشخصي لدى الشخص المعني، يجب على المسؤول عن المعالجة أو من يمثله، قبل تسجيل المعطيات أو إرسالها للغير، أن يزوده بالمعلومات المشار إليها أعلاه، ما لم يكن قد علم بها مسبقاً .

¹ عرف المشرع بموجب م 03 ف 02 من ق 07-18 السابق الذكر الشخص المعني بأنه: "كل شخص طبيعي تكون المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به موضوع معالجة".

² عرف المشرع بموجب م 02 ف 02 ب 08 من ق 07-18 المسؤول عن المعالجة بأنه: "شخص طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص أو أي كيان آخر يقوم بمفرده أو بالاشتراك مع الغير بتحديد الغايات من معالجة المعطيات ووسائلها، المعالج من الباطن: "كل شخص طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص أو أي كيان آخر يعالج معطيات ذات طابع شخصي لحساب المسؤول عن المعالجة".

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

في حالة جمع المعلومات في شبكات مفتوحة ،يجب إعلام الشخص المعني ،ما لم يكن على علم مسبق ،بأن تتداول في الشبكات دون ضمانات السلامة وأنها قد تتعرض للقراءة و الاستعمال غير المرخص من طرف الغير".

يستشف من نص المادة أن الأصل هو إلترام المسؤول عن المعالجة أو من يمثله بإعلام الشخص المعني بصفة صريحة ،ودون لبس قبل التعامل أو جمع معطياته لا أثناء ذلك ويقصد بالإعلام الصريح هنا إتخاذ كل الوسائل المناسبة التي تدل صراحة لا ضمنا على أن معطيات الشخص المعني ستكون محلا لعملية جمعها بصدد معالجتها .

فمن حق المستهلك إذا أن يعلم كيف سيتم معالجة معطياته ،وماهي المعطيات التي سيتم جمعها أو التعامل بها ،وما مصيرها .

وأن إلترام المسؤول عن المعالجة أو من يمثله إلترام قانوني ،بحيث لا يمكنه التهرب من المسؤولية إذا ما أخل به إلا إذا أثبت العلم المسبق للشخص المعني بالمعلومات أو العناصر الواجب الإدلاء بها أو للأسباب التي نصت عليها م 39 من نفس القانون .

كما يستشف من نص المادة أن محل الإلترام بالإعلام هو الإدلاء بالبيانات أو العناصر التالية :

- هوية المسؤول عن المعالجة أو هوية ممثله عند الإقتضاء .
- الأغراض أو الأهداف التي تسعى عليها عملية المعالجة .
- كل معلومة إضافية مفيدة ،خصوصا المرسل إليه مدى إلزامية الرد والآثار المترتبة عنه فضلا عن ذلك إعلامه بكافة حقوقه وهي :_زيادة عن حقه في الإعلام _حقه في الولوج التصحيح ،الإعتراض ومنع الاستكشاف المباشر .
- إعلامه بكل ما يتعلق بنقل معطياته للخارج .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

إن الهدف من منح المستهلك هذا الحق يجد مبرره في ضمان مبدئ الشفافية في مرحلة الجمع ،بإمكانية إبدائه لرأيه بقبوله معالجة معطياته أو الاعتراض على ذلك¹ .

وإذا لم يتم جمع المعطيات فلا بد على المسؤول عن المعالجة أو من يمثله أن يعلم المستهلك بكافة العناصر المحددة بموجب م 32 من ق 07-18 السابق الذكر ،على أن يتم ذلك قبل تسجيل معطياته أو إرسالها للغير ويمكن إعفاؤه من هذا الإلتزام إذا علم به الشخص المعني وبصفة مسبقة ،أو إذا تعذر الإعلام حسب الحالات التي حددتها م 33 منه ،وهي :إذا تمت المعالجة لأهداف إحصائية أو تاريخية أو علمية ،أو إذا تمت المعالجة تطبيقا لنص قانوني يلزم القيام بها ،أو إذا تمت لأغراض صحفية أو فنية أو أدبية ."

فإذا كان المبدأ أو الأصل هو إلتزام المسؤول عن المعالجة أو من يمثله _المعالج من الباطن_ بإعلام المعني قبل تجميع معطياته ،إلا أنه ليس مبدءا مطلقا بل يرد عليه إستثناء وهو تعذر الإعلام حسب ما نصت عليه م 33 السابقة الذكر ،بنصها : "لا تطبق إلزامية الإعلام المنصوص عليها في المادة 32 من هذا القانون :

أ .إذا عذر إعلام الشخص المعني ،ولاسيما في حالة معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي لأغراض إحصائية أو تاريخية أو علمية ،يلتزم المسؤول عن المعالجة في هذه الحالة بإشعار السلطة الوطنية باستحالة إعلام الشخص المعني وتقديم لها سبب الاستحالة ،

ب .إذا تمت المعالجة تطبيقا لنص قانوني ،

ج .إذا تمت المعالجة حصريا لأغراض صحفية أو فنية أو أدبية² .

¹ بلعيساوي محمد الطاهر،المرجع السابق ،ص 50.

² وعرفت ف 1 و2 من م 22 من ق 07-18 السابق الذكر السلطة الوطنية بأنها : "سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري ،تنشأ لدى رئيس الجمهورية ،ويحدد مقرها بالجزائر العاصمة " ما يمكن ملاحظته هو

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لم ينص المشرع التونسي بصفة صريحة على حق المستهلك في الإعلام بأن معطيائه ستكون محل جمع أو معالجة بموجب القانون 04-63 السابق الذكر، بل نص على حقه في إبداء موافقته قبل الشروع في عملية المعالجة، وذلك بموجب الفصل 27 ف 1 والذي ينص: "فيما عدا الصور المنصوص عليها بهذا القانون أو بالقوانين الجاري بها العمل لا يمكن معالجة المعطيات الشخصية إلا بالموافقة الصريحة والكتابية للمعني بالأمر".

يعتبر بطريقة غير مباشرة بمثابة إقرار بحق المستهلك في الإعلام، لأنه لا يمكن إبداء موافقته الكتابية أو رفضه لعملية المعالجة إلا بعد إعلامه بأن معطيائه ستكون محلاً للمعالجة ويسقط الحق في الإعلام أو الحصول على الموافقة حسب الفصل 29 منه¹، إذا كانت عملية المعالجة ستتم تحقيقاً لمصلحة الشخص المعني، أو إذا تعذر الإتصال به، أو لأن الحصول على الموافقة يتطلب مجهودات مرهقة، للأحوال التي يقتضيها القانون أو إتفاق الأطراف .

كما نص الفصل 23 من القرار ع 04 لسنة 2018 المتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالصحة السابق الذكر على الحق في الإعلام، محددًا العناصر الواجب الإدلاء بها والتمثلة في:

- هوية المسؤول عن المعالجة والبيانات الخاصة به أو بالمناول عند الإقتضاء .
- الغرض من المعالجة والمرجع القانوني أو التعاقد الذي تأسست عليه .
- مدة المحافظة على تلك المعطيات .
- الجهات المحالة إليها تلك المعطيات .

انعدام الاستقلالية إذا كانت هذه السلطة ستتشأ لدى رئيس الجهاز التنفيذي، وأن ميزانيتها تقيد في ميزانية الدولة وتخضع للرقابة المالية وفقاً للتشريعات المعمول بها حسب ف 03 م 22، وبالتالي تعد السلطة الوطنية آلية حماية إدارية .

¹ الفصل 29 من ق حماية المعطيات الشخصية التونسي السابق الذكر: "لا تخضع لموافقة المعني بالأمر معالجة المعطيات الشخصية التي تكون من الجلي أنها تعود عليه بالمصلحة وتعذر الاتصال به أو كان الحصول على موافقته يتطلب مجهودات مرهقة أو إذا كانت معالجة المعطيات الشخصية يقتضيها القانون أو اتفاق يكون المعني بالأمر طرفاً فيه".

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

• حق المعني بالمعالجة في الاعتراض على معالجة معطاته الشخصية المتعلقة بالصحة أو الرجوع في موافقته على معالجتها .

• شروط وآليات ممارسته لحق النفاذ إلى تلك المعطيات وطلب تحيينها أو فسخها .

• إمكانية معالجة معطاته لاحقا لغايات أخرى يقتضيها القانون وطبق أحكام هذا القرار

• التقنيات المستعملة لمعالجة تلك المعطيات .

• إمكانية تقديم شكاية إلى الهيئة في صورة وجود نزاع حول معالجة تلك المعطيات "

تضمنت المادة تقريبا كل المعلومات التي يحتاج المستهلك أن يعلمها قبل التعامل في معطاته

،وأحيانا قبل التعاقد لأن مسألة حماية المعطيات الشخصية قد تكون هي المفتاح الرئيسي لانتشار

عقود التجارة الإلكترونية من عدمه ،على أن يتم الإعلام قبل الشروع في تجميع المعطيات ،وقد

يسقط هذا الإلتزام لاستحالة تنفيذه ،أو إذا تمت المعالجة تحقيقا لغايات توثيقية في إطار المصلحة

العامة أو لغايات البحث العلمي أو العمل الإحصائي.

واشترط القرار أن يتم الإعلام بصفة واضحة وسهلة الفهم ليتمكن الشخص المعني من فهم

العملية وغاياتها ،أما إذا كان فاقدا للأهلية فيتم إعلام الشخص الممثل له .ويسقط إلتزام المسؤول

عن المعالجة بالإعلام إذا وجد الشخص المعني في وضعية يستحيل معها إعلامه ،أو لوجود

خطر داهم ،وبزوال هذه الحالات لابد من تنفيذ الإلتزام بالإعلام .

في حين نص المشرع المغربي على حق الشخص في الإعلام بموجب م¹05 من القانون

رقم 08-09 السابق الذكر،الذي أطلق عليه مصطلح الحق في الإخبار ،ولم يحدد كافة المعلومات

¹ م 05 من ق 08-09 السابق الذكر : "الحق في الإخبار أثناء تجميع المعطيات :

1 .يجب على المسؤول عن المعالجة أو من يمثله إخبار كل شخص تم الاتصال به قصد تجميع معطاته الشخصية إخبارا

مسبقا وصريحا ولا يحتمل اللبس بالعناصر التالية ،ما عدا إذا كان على علم مسبق بها :

أ .هوية المسؤول عن المعالجة وعند الاقتضاء هوية ممثله ؛

ب .غايات المعالجة المعدة لها المعطيات ؛

ج .كل المعلومات الإضافية ،مثل :

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الواجب الإدلاء بها كمدة حفظ المعطيات ،وهو النص الذي يتطابق تقريبا مع نص م 32 من القانون 07-18 السابق الذكر خصوصا ب 3 و 4 .

في حين نصت المادة م 06 منه ق 08-09_ على حدود الحق في الإخبار ،وهي الاستثناءات الواردة بنص م 33 من ق 07-18 السابق الذكر ،مع إضافة حالة تتمثل في ما إذا كانت عملية جمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ضرورية للدفاع الوطني والأمن الداخلي أو الخارجي أو للوقاية من الجريمة ووضع حد لها .

كما نص المشرع اللبناني على الحق في الإعلام بموجب م 88 و 89 من ق رقم 18- 81 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي السابق الذكر ،أين حدد العناصر الواجب الإدلاء بها ،وهي نفس العناصر المحددة وفق قانون المعطيات الشخصية المغربي ،ما يحسب على المشرع اللبناني كإضافة هو نصه على مدة الحفظ ،والذي لا يكون مشروعا إلا خلال المدة أو الفترة المبنية في التصريح عن المعالجة أو القرار المرخص لها وهو ما نصت عليه م 90 منه ،بأن يلتزم المسؤول عن المعالجة إذا لم يجمع المعطيات من الشخص المعني أن يعلمه شخصيا وبصفة صريحة عن مضمون المعطيات ،أهداف المعالجة وبحقه في الاعتراض عن إجراء المعالجة ،ما لم يسبق له العلم بذلك أو ما لم يتعذر إعلامه .

ما يلاحظ أن المشرع اللبناني لم يحدد المدة التي يجب فيها إخطار أو إبلاغ الشخص المعني بعملية المعالجة والمعطيات التي تحصل عليها من الغير ،على خلاف المشرع البحريني الذي حددها بموجب م 17 ب 02 : "في حالة الحصول على البيانات من غير صاحبها ،على مدير البيانات إحاطة صاحب البيانات خلال خمسة أيام من البدء في تسجيل هذه البيانات " .

*المرسل إليهم أو فئات المرسل إليهم ؛

*ما إذا كان الجواب على الأسئلة إجباريا أو اختياريا وكذا العواقب المحتملة لعدم الجواب ؛

*وجود حق في الولوج إلى المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به وتصحيحه ؛

د . خاصيات وصل التصريح لدى اللجنة الوطنية أو خاصيات الإذن المسلم من لدن اللجنة المذكورة ..."

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

2 / منع الاستكشاف المباشر : لقد منع المشرع بموجب م 137¹ من ق 07-18 السابق الذكر إجراء الاستكشاف المباشر بأي وسيلة كانت ، باستعمال بيانات شخص طبيعي مهما كان شكلها دون الحصول على موافقته المسبقة. وهو ما نص عليه المشرع المغربي بموجب م 10 ف 01 من ق 08-09 المتعلق بالمعطيات ذات الطابع الشخصي².

وقد عرف بموجب م 02 ف 03 من القانون 07-18 السابق الذكر الاستكشاف المباشر بأنه : "إرسال أي رسالة ، مهما كانت دعامتها وطبيعتها ، موجهة للترويج المباشر أو غير المباشر لسلع أو خدمات أو لسمعة شخص يبيع سلعا أو يقدم خدمات"³.

كما منع بموجب م 37 ف 02 من القانون نفسه إرسال رسائل بواسطة آليات الإتصال الهاتفية وجهاز الاستنساخ البعدي والبريد الإلكتروني لأجل الاستكشاف دون الإشارة إلى بيانات صحيحة لتمكين المرسل إليه من أن يرسل طلبا يتضمن توقيف هذه الإيصالات دون مصاريف ما عدا تلك المتعلقة بإرسالها . كما منع المشرع إخفاء هوية الشخص الذي أوصلت الرسائل لفائدته .

حسن ما فعل المشرع عند نصه على حق الشخص في تقديم طلب لوقف الاستكشاف المباشر لما فيه من انتهاك لحق المستهلك في الخصوصية ، وضمنه بمجانيته ما عدا مصاريف الارسال ، كما ضمنه أيضا بضرورة تقديم بيانات صحيحة تمكن المرسل إليه من تقديمه .

¹ م 37 من ق 07-18 : "يمنع الاستكشاف المباشر ، بواسطة آلية اتصال أو جهاز الاستنساخ البعدي أو بريد إلكتروني أو أي وسيلة تستخدم تكنولوجيا ذات طبيعة مماثلة ، باستعمال بيانات شخص طبيعي ، في أي شكل من الأشكال ، لم يعبر عن موافقته المسبقة على ذلك".

² أطلق المشرع المغربي على الاستكشاف المباشر مصطلح الاستقراء المباشر بموجب م 10 ف 01 التي تضمنت نفس محتوى م 37 ما عدا بعض المصطلحات : "يمنع الاستقراء المباشر... شخص ذاتي... رضاه المسبق... عن استقبال الاستقراءات المباشرة بهذه الوسيلة".

³ وهو نفس التعريف الوارد بموجب ف 03 م 10 من ق 08-09 ما عدا الاختلاف في بعض العبارات.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ويلاحظ أن المشرع لم يحدد المدة التي يجب فيها إرسال الطلب، وشكله، وقد يرجع السبب في ذلك إلى مراعاة ظروف المستهلك وعدم تقييده بشكل معين، أما عن وقت إرسال الطلب فلا بد من تدخل المشرع لتحديده ضمانا لاستقرار المعاملات .

وإذا كان الأصل هو حق الشخص في منع الاستكشاف المباشر، غير أنه يرخّص به بواسطة البريد الإلكتروني إذا ما طلبت البيانات مباشرة من المرسل إليه بهدف بيع أو تقديم خدمات، أو إذا تعلق بمنتجات أو خدمات مشابهة يقدمها نفس الشخص الطبيعي أو المعنوي على أن يتم الاعتراض بصفة صريحة لا يشوبها أي لبس ودون أية مصاريف ما عدا التكلفة المرتبطة بالرفض على استعمال بياناته وقت جمعها . وهو ما نص عليه المشرع المغربي بموجب ف 03 من م 10 من ق 09-08 السابق الذكر .

وإذا كان منع الاستقراء المباشر يخدم بصفة أساسية المورد الإلكتروني، إلا أنه يحمي بصفة غير مباشرة المستهلك من أن يقع ضحية تضليل والدخول في متاهة المقارنة بين المنتجات .

ثانيا : حقوق الشخص المعني (المستهلك) عند معالجة معطاته الشخصية : أقر المشرع للمستهلك قبل البدء في عملية المعالجة الحق في إعلامه بذلك بالإضافة إلى حقه في رفض الاستكشاف المباشر، أما عند معالجة معطاته فقد خوله المشرع جملة من الحقوق تضمن خصوصية معطاته الشخصية وسلامتها، كالحق في الولوج، التصحيح، والحق في الاعتراض .

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

1 / حق الولوج¹ : نص المشرع الجزائري على الحق في الولوج بموجب م 34 من القانون 18-07 السابق الذكر ،بنصها : "يحق للشخص المعني أن يحصل من المسؤول عن المعالجة على :

- التأكيد على أن المعطيات الشخصية المتعلقة به كانت محل معالجة أم لا ،وأغراض المعالجة وفئات المعطيات التي تنصب عليها والمرسل إليهم ،
 - إفادته وفق شكل مفهوم ،بالمعطيات الخاصة به التي تخضع للمعالجة ،وكذا بكل معلومة متاحة حول مصدر المعطيات .
- يحق للمسؤول عن المعالجة أن يطلب من السلطة الوطنية تحديد آجال الإجابة على طلبات الولوج المشروعة ويمكنه الاعتراض على الطلبات التعسفية ،لا سيما من حيث عددها وطابعها المتكرر ،ويقع على عاتقه إثبات الطابع التعسفي لهذا الطابع " .

إن أول ما يلاحظ على نص المادة أن المشرع لم يحدد المقصود بحق الولوج الذي يمكن تعريفه بأنه :حق الشخص المعني في الإطلاع أو الوصول إلى معطياته الشخصية بهدف معرفة ما إذا كانت محلًا للمعالجة أم لا ،والهدف من هذه العملية ونوع المعطيات موضوع المعالجة ،والأشخاص الذين أرسلت إليهم .

كما لم يحدد المشرع بصفة صريحة شكل الطلب ولا الجهة التي يرسل إليها ،غير أنه يمكن أن يستشف ذلك من ف 02 م 34 أعلاه ،بأن الطلب يكون مكتوبًا ويرسل للسلطة الوطنية _هيئة مكلفة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي_ التي بدورها توجهه إلى المسؤول عن المعالجة ،والذي له الحق في أن يطلب منها أجلًا ليتمكن من الرد بشكل مفهوم لا لبس فيه عن موضوع الطلب والمحدد بالفقرة 01 من م 34 .

¹ يسمى في الجزائر والمغرب بحق الولوج ،ويعرف في تونس بحق النفاذ ،أما المشرع اللبناني فيطلق عليه مصطلح النفاذ .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وتخضع دراسة الطلبات والإجابة عليها للسلطة التقديرية للمسؤول عن المعالجة بحسب جديّة الطلبات، وأنها غير تعسفية ويقع عليه عبئ إثبات ذلك، أما عن مدة الفصل فيه فتخضع لعدد الطلبات المقدمة وطابعها المتكرر، ولعل المنطق يسير وفق الأسبقية في تاريخ تقديمه لذلك كان لزاماً على المشرع أن ينص على كيفية تقديم الطلب مع إمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية في ذلك .

وقد نص المشرع المغربي على حق الولوج دون عوض أو مصاريف بموجب م 07 من القانون 08-09 السابق الذكر، وهو النص الذي أورده المشرع بموجب م 34 مع الإختلاف في الصياغة وإضافة فقرة .

أما المشرع التونسي فقد إصطلح عليه مصطلح الحق في النفاذ والذي كرسه بموجب القانون 04-63 السابق الذكر، أين عرفه بموجب الفصل 32 منه: "يقصد بحق النفاذ، على معنى هذا القانون، حق المعني بالأمر أو ورثته أو وليه في الإطلاع على جميع المعطيات الشخصية الخاصة به... الحق في الحصول على نسخة من المعطيات بلغة واضحة ومطابقة لمضمون التسجيلات وبطريقة مبسطة إذا تمت معالجتها آلياً" .

وعرف أيضاً الحق في النفاذ بموجب ف 16 من الفصل الثالث من القرار ع 04 المتضمن معالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالصحة السابق الذكر، بأنه: "حق المعني بالمعالجة في الولوج إلى معطياته الشخصية المعالجة وفي الحصول على نسخة منه" .

ونص بموجب الفصل 33 من ق ع 04-63 السابق الذكر، على عدم جواز الإتفاق المسبق على التنازل عن الحق في النفاذ، وهو حق مطلق غير محدود إلا في حالتين حددهما الفصل 35: "إذا كانت معالجة المعطيات الشخصية لأغراض علمية وبشرط أن يكون مساس المعطيات الشخصية بالحياة الخاصة محدوداً إذا كان القصد من الحد من النفاذ حماية المعني بالأمر نفسه أو الغير" .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وينتقل هذا الحق الى ورثة المعني أو وليه وذلك ما يستشف من نص الفصل 32، 34، 35 أمّا عن شكل الطلب فقد أجاب عليه الفصل 37 من ق ع 04-63 السابق الذكر بإرساله بطريقة إلكترونية من خلال إلزام المسؤول عن المعالجة أو المناول - المسؤول عن المعالجة - بتوفير كل الوسائل التقنية التي تمكن المعني بالأمر من ذلك ،وهذا إذا كانت المعالجة قد تمت بصفة آلية ،وفي غير ذلك يقدم طلب النفاذ مكتوباً مهما كانت الوسيلة التي يكون لها أثراً كتابياً ويخضع طلب الحصول على نسخة من المعطيات المعالجة للإجراءات نفسها .وحددت مدة تسليمها في حدود الشهر من تاريخ طلبها وهو ما تضمنته ف 01 من الفصل 38 من نفس القانون .

كما يجوز للمعني بالأمر أو لمن يمثله (ورثته أو وليه) الطعن في قرار رفض طلب النفاذ أو تسليم نسخة منه أو تأجيل الإطلاع عليه من طرف المسؤول عن المعالجة أو المناول أمام الهيئة في أجل أقصاه شهر يسري من تاريخ الرفض وهو ما تضمنته ف 02 من الفصل 38 .

وألزمت ف 03 من نفس الفصل الهيئة بسماع الأطراف والتحري عن سبب الرفض والسماح بإذن منها بالإطلاع على المعلومات المطلوبة أو تسليم نسخة منها ،وإما أن تتخذ قرارها بالمصادقة على الرفض ،وحددت مهلة شهر فقط لا يمكنها أن تتجاوزته تسري من تاريخ تعهدها .

ومثل القانون الجزائري 18-07 السابق الذكر ،يجوز للمسؤول عن المعالجة الاعتراض على الطلبات ذات الطابع التعسفي ويقع عليه عبئ إثبات ذلك ،وهو ما تضمنته ف 02 من م 100 من ق 18-81 السابق الذكر .

2 /الحق في التصحيح : لا يثبت الحق في التصحيح إلا للشخص الذي تمت معالجة معطياته بصفة غير دقيقة أو ناقصة ،أو تم الحصول عليها أو استخدامها وحفظها ،أو تبليغها بطريقة غير مشروعة ،على أن يؤكد هويته للمسؤول عن المعالجة ،ومن حق الشخص هنا الوصول

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

والإطلاع على معطياته للتأكد من مدى تصحيحها ،أو أن يمنحه - الشخص المعني - المسؤول عن المعالجة نسخة معدلة ليتأكد من استجابت الجهة المعالجة لطلب التصحيح¹.

وهو ما نص عليه المشرع بموجب م 35 من ق 18-07 السابق الذكر ،وجعله حقا مجانيا لفائدة صاحبه ،حيث ألزم المسؤول عن المعالجة بالقيام بالتصحيح في أجل عشرة أيام تسري من تاريخ إخطاره ،وما يلاحظ أنه إذا كانت مهلة العشرة أيام في مصلحة المسؤول عن المعالجة نظرا للضغوطات وكثرت الطلبات ،إلا أنها لا تسري في مصلحة الشخص المعني أو المستهلك وسرعة المعاملات ،فحبذا لو يتدخل المشرع لتقليصها إلى خمسة أيام على الأقل .

ويمكن المشرع الشخص المعني من الطعن في حالة ما إذا رفض طلبه المتضمن التصحيح ،أو إذا لم يتم الرد عليه ،على أن يودع الطعن لدى السلطة الوطنية التي تكلف بدورها أحد أعضائها للقيام بالتحريات وإجراء التصحيحات اللازمة في أقرب الآجال ،وإخبار الشخص المعني بمآل طلبه وهو ما تضمنته ف 02 م 35 يعاب على المشرع عدم تحديده للأجل الذي تعالج خلاله الهيئة الطعن الموجه إليها ،وأن عبارة أقرب الآجال عبارة فضفاضة فهل يقصد بها أيام ؟أم أشهر أم أكثر من ذلك ،وهو ما قد يدفع بعضو اللجنة إلى التماطل في الرد ،لذا يتوجب على المشرع التدخل لتحديد أجل يتناسب ومصلحة المعني وسرعة المعاملات .

كما ألزمه بتبليغ الغير الذي وصلت إليه المعطيات الشخصية بكل إجراء يتعلق بالتصحيح أو يشملهُ بالمسح أو الإغلاق²،وهو ما نصت عليه ف 03 من م 35 .يعاب على المشرع أنه لم يحدد الأجل الذي يتم فيه التبليغ لذا توجب عليه التدخل لتحديده ،فضلا على ذلك عليه تحديد المهلة التي يسري فيها هل تبدأ من يوم طلب التصحيح أم من يوم إجراء التصحيح ،في حين حددها المشرع البحريني بخمسة عشر يوم عمل تسري من تاريخ استجابته للطلب .

¹حسام محمد نبيل الشنراقى ،المرجع السابق ،ص 34.

² يقصد بإغلاق المعطيات : "جعل الدخول إليها غير ممكن". وهو ما نصت عليه ف 04 م 3 من ق 18-07 السابق الذكر .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

إن الحق في التصحيح يمكن أن يمارسه صاحبه كما يمكن أن ينتقل إلى الورثة وذلك حسب ف 04 من 35 كان على المشرع أن ينص على مثل هذه الإجراءات بالنسبة للحق في الولوج .وهو نفس النص الذي تضمنته م 08 من ق 08-09 المغربي السابق الذكر ،مع الإختلاف في الصياغة .

أما المشرع التونسي فلم ينص بموجب ق 04-63 السابق الذكر على الشخص المعني في التصحيح بصفة صريحة ،بل نص عليه تحت مسمى التحيين بموجب الفصل 21 منه بنصه :**"يجب على المسؤول عن المعالجة والمناول أن يبادرا بإصلاح البطاقات التي بحوزتهما أو إتمامها أو تعديلها أو تحيينها أو التشطيب على المعطيات التي تضمنتها إذا بلغهما العلم بعدم صحة المعطيات الشخصية المضمنة بها أو نقصها . وفي هذه الحالة يجب على المسؤول عن المعالجة والمناول إعلام المعني بالأمر والمستفيد من المعطيات بصفة مشروعة بكل تغيير أدخل على المعطيات الشخصية التي سبق أن تحصل عليها .**

ويتم الإعلام في أجل شهرين من تاريخ التغيير برسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا " .حتى المشرع التونسي حدد مهلة الشهرين للإبلاغ .

في حين تضمن الفصل 26 من القرار ع 04 المتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالصحة السابق الذكر ،الحق في التحيين والفسخ والإعتراض ويبنى هذا الحق على أسباب مشروعة ،وعلى المسؤول عن المعالجة القيام بالتصحيح أو الفسخ النهائي للمعطيات مكرسا في ذلك حق النسيان ،ويمكن أن يحتج المسؤول عن المعالجة بإتمامها مع تسبب هذا القرار ،كأن يرفض للأسباب التي يرى أن لها الأفضلية على الأسباب التي قدمها صاحب الطلب ،أو إذا قام بإخفاء هوية الأشخاص المعنيين بالمعالجة .

ويحسب لهذا القرار أنه سمح للمعني بالمعالجة أن يطعن في قرار الهيئة الراض لطعنه في قرار المسؤول عن المعالجة ،ويتم الطعن بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية حسب إجراءات

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وآجال التقاضي الخاصة بتجاوز السلطة المنصوص عليها بالقانون المتعلق بالمحكمة الإدارية

وهو ما يفرض إذا رقابة من القضاء الإداري على قرارات الهيئة الرافضة للطعن الموجه من المعني بالمعالجة ضد قرار المسؤول عن المعالجة الرافض للتحيين أو الفسخ أو الاعتراض، ولا تعتبر من النظام العام بل لا بد من تدخل المعني بالمعالجة أو من يمثله لرفع دعوى الإلغاء أمام الجهات الإدارية .

في حين نص المشرع اللبناني على الحق في التصحيح بموجب م 101 من ق 18-81 المتعلق بحماية البيانات الشخصية السابق الذكر، إذ سمح لصاحب البيانات ولورثته أن يطلب من المسؤول عن المعالجة تصحيح المعطيات وإكمالها وتحديثها ومحوها، ولا يتم استعمال هذا الحق إلا إذا تضمنت المعالجة معطيات غير صحيحة أو ناقصة أو يشوبها لبس، أو منتهية الصلاحية، أو غير متوافقة مع غايات المعالجة، وكذلك إذا كانت هذه المعطيات ممنوعة الجمع أو المعالجة أو الاستخدام، والحفظ أو النقل، وهو ما نصت عليه ف 01 من م 101 .

وهو ما لم ينص عليه المشرع بموجب م 35 من ق 18-07 السابق الذكر، فما مصير المعطيات التي اكتشف المسؤول عن معالجتها بأي وسيلة كانت بأنها تحتاج إلى تصحيح، فهل يجب إخطار المعني بالأمر مباشرة من أجل تصحيحها، أو لا بد من إخطار الهيئة فقط لمعالجة الوضع؟ وهل يتحمل المسؤول عن المعالجة المسؤولية عن الأخطاء أو النقص في المعطيات أو عدم دقتها؟ وبعبارة أخرى هل تخفف أو يعفى من المسؤولية إذا أبلغ بحسن نية عن الخطأ الوارد منه؟ وما هي الإجراءات الواجب إتباعها؟

وهو الإشكال الذي أجاب عليه المشرع اللبناني بأن سمح بالتصحيح التلقائي مما لا يدع مكانا للإجابة عن بقية الأسئلة، كما عالج المشرع التونسي هذه المسألة بموجب الفصل 21 من ق 04-63 السابق الذكر. وعليه توجب على المشرع التدخل وأن يحذو حذوهما .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

فالحق في التصحيح إذا حق واسع يعطي لصاحبه ضمانه تعديل ،تكملة وتحديث المعطيات ،بالإضافة إلى إمكانية مسحها أو حجبها .وهو حق مكمل للحق في الولوج إذ يعتبران وجهان لعملة واحدة ،فلا فائدة من تكريس الحق في الولوج أو الإطلاع على المعطيات الشخصية أو ذات الطابع الشخصي ،إذا لم يكفل بحق تصحيح ما ورد مخالفا لصحة ودقة المعلومات المقدمة من المستهلك ،أو لرغبته في المسح أو الإغلاق ،وحتى الاعتراض .

3 /الحق في الاعتراض : نص المشرع على حق الشخص المعني في الاعتراض بموجب م 36 من ق 07-18 السابق الذكر ،بنصها :**"يحق للشخص المعني أن يعترض لأسباب مشروعة على معالجة معطياته ذات الطابع الشخصي .**

وله الاعتراض على استعمال المعطيات المتعلقة به لأغراض دعائية ،ولاسيما التجارية منها ،من طرف المسؤول الحالي عن المعالجة أو مسؤول عن معالجة لاحقة".

ما يمكن ملاحظته أن إعتراض المعني مقرون بمشروعية الأسباب ،بحيث لا يمكن له الاعتراض إلا بعد تسبيب طلبه -لإعتبارات مشروعة - ،فمن له الحق في تقدير مدى مشروعية هذه الأسباب ؟

إن الإشكال لا يثار إذا ما قبل المسؤول عن المعالجة إعتراض المعني ،ولم يوجد بينهما نزاع حول مسألة المشروعية فيتم معالجة الطلب والفصل فيه ،بل يثار إذا ما وجد نزاع بين الطرفين وتم رفض الطلب لعدم مشروعية الأسباب المؤدية للإعتراض -أين يتمسك المعني بمشروعية طلبه في حين يتمسك المسؤول عن المعالجة بعدم مشروعيته - فما الحل ؟

لم يعالج المشرع هذه المسألة لكن يمكن القول بأن يتم اللجوء لطرف ثالث تخول له مهمة تقدير مدى مشروعية الأسباب التي أدت بالمعني إلى تقديم طلب يتضمن الاعتراض على معالجة

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

معطيته الشخصية أو استعمالها لأغراض دعائية، ويمكن هذا الطرف في السلطة الوطنية على أن تمارس هذه المهمة بحياد وأن لا تتحاز لأي طرف .

ويفقد الشخص المعني كاستثناء حقه في الإعتراض لسببين تناولتهما ف 03 من م 36 من ق 07-18 السابق الذكر، ويتمثلان في :

- إذا كانت المعالجة تستجيب لإلتزام قانوني .
 - أو إذا تمّ استبعاده بموجب إجراء صريح في المحرر الذي يرخص بالمعالجة .
- وهو الاستثناء الذي كرسه المشرع المغربي بموجب م 09 ف 03 من ق 08-09 السابق الذكر .

مما سبق يمكن القول بأنّ جميع الحقوق مكتملة لبعضها البعض فما فائدة الولوج إذا لم يتضمن تأكدا من صحة المعلومات، أو تصحيحها، أو لتقديم الإعتراضات اللازمة، وهي حقوق تتضمن ملكية الشخص لمعطيته وتحكمه في معالجتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

كما يلاحظ وجود تناقض غير مفهوم من المشرع أين يضمن بعض الحقوق إمكانية إنتقالها إلى الورثة كالحق في التصحيح، دون إمكانية إنتقاله لوليه أو القائم في حقه، هذا ما يدفع الباحثة إلى طرح التساؤل التالي: ماذا لو فقد الشخص أهليته بعد تقديمه لمعطيته الشخصية أو لحقه عارض من عوارض الأهلية؟ أفلا يحق لوليه القيام مقامه وتقديم طلب التصحيح؟ والأكثر من ذلك أن المشرع لم يضمن فضلا عن الحق في الولوج، الحق في الإعتراض إمكانية إنتقاله للورثة فماذا لو توفي الشخص المعني؟ أفلا يحق لورثته تقديم طلب للولوج أو الإعتراض؟ رغم أن ف 02 م 07 من ق 07-18 السابق الذكر لا تسمح لعديمي أو ناقصي الأهلية إبداء موافقتهم الصريحة والمسبقة عن معالجة معطياتهم الشخصية، وتخضع الموافقة هنا للقواعد العامة (استعمل المشرع عبارة القانون العام والتي قد تعني خطأ في الترجمة والأصل هو الرجوع للقواعد العامة التي تحكم معاملات الأشخاص ناقصي الأهلية أو شابها عارض من العوارض).

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

فهل يعقل أن لا تنطبق هذه الأحكام على الحق في الولوج والإعتراض؟ وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على تسرع وعدم تزيث المشرع عند سنه للقانون 07-18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين اتجاه معالجة معطيائهم ذات الطابع الشخصي، فلم يأخذ الوقت الكافي لإعداده .

ولقد تأثر المشرع بالمادة 09 من ق 09-08 المتعلق بحماية المعطيائ ذات الطابع الشخصي المغربي السابق الذكر، أين تضمن نفس النص ما عدا التغيير في الصياغة، وأن المشرع المغربي جعل هذا الحق مجانيا دون تحمل مصاريف، مع ضرورة تقديم الشخص المعني ما يثبت هويته .

عكس المشرع التونسي الذي نظم حق الإعتراض بأن سمح للمعني بالأمر بالإعتراض على معالجة معطيائه الشخصية، كما يمكن أن ينتقل هذا الحق لورثته أو لوليه على أن يتم استعماله لأسباب مشروعة وجدية تتعلق بطالبه كما جعله حقا مطلقا يمكن استعماله في أي وقت، وهو ما حددته ف 01 من الفصل 42 من ق 04-63 المتعلق بحماية المعطيائ الشخصية .

كما حدد المشرع التونسي بموجب ف 03 من نفس الفصل وقت ممارسة هذا الحق، والذي يتم أثناء المعالجة بنصها: "ويوقف الإعتراض المعالجة فورا"، وهو ما يثبت أن المعالجة لم تنتهي .

أما عن الإعتراض بعد نهاية عملية المعالجة فيمكن تقديم طلب لإجرائه، ما دام الشخص يمكن أن يطلع على معطيائه المعالجة، وأن يطلب تصحيحها أو مسحها أو إغلاقها فلا يوجد ما يمنع الإعتراض على استعمال هذه المعطيائ بعد المعالجة، وإذا تم استعمالها رغم وجود إتفاق بالإمتناع عن ذلك قامت مسؤولية المسؤول عن المعالجة، ويلزم قضائيا بإزالة ما وقع مخالفا، لكي ينحصر عدد الأشخاص الذين إطلعوا عليه، فضلا عن حقه في المطالبة بالتعويض .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

كما لم يحدد المشرع شكل الطلب المقدم إلى المسؤول عن المعالجة، والذي لا يوجد ما يمنع أن يقدم كتابة أو إلكترونياً مع الإشعار بالوصول .

الفرع الثاني: التزامات المسؤول عن المعالجة .

نص المشرع على جملة الإلتزامات التي ينبغي على المسؤول عن المعالجة مراعاتها وهي تشكل في حد ذاتها ضمانات للحق في خصوصية المعطيات الشخصية، وحرمتها وعدم جواز الإعتداء عليها ،على أن تمارس بإحترام مجموعة من المبادئ .وسيقسم هذا الفرع إلى نقطتين: تعالج النقطة الأولى: الإلتزام بإحترام المبادئ الأساسية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، في حين تدرس النقطة الثانية: الإلتزام بالقيام بالإجراءات المسبقة عن المعالجة .

أولاً: الإلتزام بإحترام المبادئ الأساسية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي: تتمثل هذه المبادئ في مبدأ الموافقة الصريحة والمسبقة للشخص المعني ،ضمان المشروعية والنزاهة فضلاً على ذلك لا بد من ضمان سلامة وسرية المعالجة .

1 /مبدأ الموافقة الصريحة والمسبقة للشخص المعني: ألزم المشرع بموجب م 07 من ق 18-07 السابق الذكر المسؤول عن المعالجة بضرورة الحصول على الموافقة المسبقة للشخص المعني، والتي يقصد بها: "كل تعبير عن الإرادة المميزة يقبل بموجبه الشخص المعني أو ممثله الشرعي معالجة المعطيات الشخصية المتعلقة به بطريقة يدوية أو إلكترونية"¹.

فكل معالجة تتم دون الحصول على الموافقة المسبقة للشخص المعني تعتبر معالجة غير مشروعة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهو ما نصت عليه ف 05 من م 07 من القانون 07-18 السابق الذكر: "غير أن موافقة الشخص المعني لا تكون واجبة، إذا كانت المعالجة ضرورية :

¹ م 03 ف 01 من ق 07-18 السابق الذكر .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- لإحترام إلتزام قانوني يخضع له الشخص المعني أو المسؤول عن المعالجة ،
 - لحماية حياة الشخص المعني ،
 - لتنفيذ عقد يكون الشخص المعني طرفا فيه أو لتنفيذ إجراءات سابقة للعقد اتخذت بناء على طلبه ،
 - للحفاظ على المصالح الحيوية للشخص المعني إذا كان من الناحية البدنية أو القانونية غير قادر على التعبير عن رضاه .
 - لتنفيذ مهمة تدخل ضمن مهام الصالح العام أو ضمن ممارسة مهام السلطة العمومية التي يتولاها المسؤول عن المعالجة أو الغير الذي يتم إطلاعها على المعطيات ،
 - لتحقيق مصلحة مشروعة من قبل المسؤول عن المعالجة أو المرسل أو المرسل إليه مع مراعاة مصلحة الشخص المعني و/أو حقوقه وحرياته الأساسية ."
- كما سمح المشرع للشخص المعني أن يتراجع في أي وقت عن موافقته حسب م 07 ، لكن يعاب عليه عدم تحديده للأسباب المشروعة التي تجعل الشخص المعني يتراجع عن موافقته لأن النص على مثل هكذا حق دون تدعيمه بالضمانات اللازمة سيزعزع استقرار المعاملات .
- 2 / الإلتزام بالمشروعية والنزاهة¹ : كرسه المشرع بموجب م 02 من ق 18-07 السابق الذكر بنصها : "يجب أن تتم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ، مهما كان مصدرها أو شكلها في إطار إحترام الكرامة الإنسانية والحياة الخاصة والحريات العامة وألا تمس بحقوق الأشخاص وشرفهم وسمعتهم".
- فالمشروعية إذا ترتبط إرتباطا وثيقا بالكرامة الإنسانية وعدم الإعتداء عليها ، وبمفهوم المخالفة فكل تصرف يمس بسمعة الإنسان وشرفه وكرامته ، أو يشكل إعتداء على الحياة الخاصة يعتبر غير مشروع ولا علاقة له بالنزاهة .

¹ نص عليه المشرع التونسي بموجب الفصل 10 ، 11 ، 12 ، من ق 04-63 السابق الذكر ، ونص عليه المشرع المغربي بموجب م 03 من ق 18-07 السابق الذكر ، وتضمنته م 03 من ق 18-30 البحريني السابق الذكر ، وكرسه المشرع اللبناني من خلال نص م 87 من ق 18-81 السابق الذكر .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وقد نص عليه صراحة بموجب ب - أ - من م 09 من ق 07-18 السابق الذكر
:"يجب أن تكون المعطيات الشخصية معالجة بطريقة مشروعة ونزيهة". إذا تم تطبيق المعنى
الحرفي للنص يمكن أن يتبادر إلى ذهن البعض أن عملية جمع المعطيات تخرج عن نطاق مبدأ
المشروعية والنزاهة، إلا أنه أمر غير منطقي وخطير وذلك لما لها -عملية الجمع - من حساسية
، وأن المعالجة تشمل الجمع وهو ما أكده المشرع بموجب ب 03 من م 03 من ق 07-18
السابق الذكر ،عندما حدد المقصود بالمعالجة بنصها : "كل عملية أو مجموعة عمليات منجزة
بطرق أو بوسائل آلية أو بدونها على معطيات ذات طابع شخصي ،مثل الجمع أو التسجيل أو
التنظيم أو الحفظ أو الملائمة أو التغيير أو الاستخراج أو الإطلاع أو الاستعمال أو الإيصال
عن طريق الإرسال أو النشر أو أي شكل آخر من أشكال الإتاحة أو التقريب أو الربط البيئي
وكذا الإغلاق أو التشفير أو المسح أو الإتلاف". إذا كل هذه العمليات مشمولة بمبدأ المشروعية
والنزاهة ،وأن الإلتزام بالإعلام يشكل ضمانا فعالة لتكريس مبدأ المشروعية ،وحسن نية المسؤول
عن المعالجة .

وأن مبدأ المشروعية يمتد ليشمل مبادئ أخرى تتضمنه كمبدأ تحديد الغاية من المعالجة
،حيث نص ب -ب- من م 09 من ق 07-18 على مشروعية الهدف أو الغاية من معالجة
المعطيات بنصها : "ب -مجموعة لغايات محددة ،وواضحة ومشروعة وألا تعالج لاحقا بطريقة
تتناهى مع هذه الغايات".

وهو ما يحقق واجب الإلتزام بتحديد الغاية أو الغرض من المعالجة المراد تحقيقها بصفة
مشروعة ،والذي يفرض على المسؤول عن المعالجة إلتزاما عاما بعدم الخروج عن الأهداف التي
سطرت منذ البداية .

كما يفرض مبدأ المشروعية ملائمة المعطيات محل المعالجة والغرض من ذلك ،فتكون
مناسبة وغير مبالغ فيها وهو ما تضمنه ب -ج- من م 09 من ق 07-18 السابق الذكر بنصه

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

"ملائمة ومناسبة وغير مبالغ فيها بالنظر إلى الغايات التي من أجلها تم جمعها أو معالجتها".

وهي عبارات فضفاضة تستوجب تدخل المشرع لتحديد المقصود بها أو من له السلطة التقديرية في تحديدها . ويتعلق مبدأ المشروعية أيضا بصحة المعطيات ودقتها ،حيث نص على ذلك بـ د- م 09 من ق 18-07 السابق الذكر : "صحيحة وكاملة ومحينة إذا إقتضى الأمر".

وصحة المعطيات لا تعني أن تكون مطابقة للحقيقة فقط بل يجب أن تكون صحيحة بالنظر إلى الغاية من جمعها ومعالجتها ،ويلتقي هذا الإلتزام مع حق الشخص المعني في التصحيح ،فعلى المسؤول عن المعالجة أن يتخذ كافة الإجراءات اللازمة لضمان صحة المعطيات أو مسح وتصحيح الخطأ الذي وقع فيه ،أو تكملة المعطيات الناقصة¹.

إنّ مبدأ المشروعية إذا مبدأ عام تتولد أو تتفرع منه عدة مبادئ ،كمبدأ الغائية والذي يقصد به تحديد الغاية من التعامل فيها وأن تتناسب معها ،فلا تجمع إلاّ المعطيات الضرورية لإكمال العملية ،وإلاّ سقط مبدأ الملائمة والتناسب . أمّا عن الصحة فيقصد بها :أن تكون المعطيات صحيحة غير خاطئة وغير ناقصة ،وأن لا تخالف الغاية من معالجتها .

ما يأخذ عليه المشرع عدم تحديده للسلطة أو الهيئة المختصة بتقدير مدى مشروعية المعالجة ،ولعل الأقرب في ذلك هي السلطة الوطنية إذا ما رفع إليها طلب بذلك ،أما إذا رفع النزاع إلى القضاء فإن القاضي هو المسؤول عن تحديد وتفسير مبدأ المشروعية ،ويختلف إختصاص القاضي باختلاف شخص المعالج إذا ما كان شخصا خاضعا للقانون العام فيعود

¹تومي يحيى ،"الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ضوء القانون رقم 18-07 دراسة تحليلية" ،مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،المجلد 04 ، ع 02 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد بوضياف ،المسيلة السنة 2019 ،ص ص (1521-1554) ،ص ص 1535-1536.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الإختصاص للقضاء الإداري، أمّا إذا كان شخصاً خاضعاً للقطاع الخاص فيعود الإختصاص للقضاء العادي .

3 /الإلتزام بسرية وسلامة معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي¹ :لقد أُلزم المشرع بموجب م38 من ق 18-07 السابق الذكر، المسؤول عن المعالجة بضرورة ضمان سرية وسلامة معالجة المعطيات، بنصها : "يجب على المسؤول عن المعالجة وضع التدابير التقنية والتنظيمية الملائمة لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي من الإلتلاف العرضي أو غير المشروع أو الضياع العرضي أو التلف أو النشر أو الولوج غير المرخصين خصوصاً عندما تستوجب المعالجة إرسال معطيات عبر شبكة معينة وكذا حمايتها من أي أشكال المعالجة غير المشروعة .

ويجب أن تضمن هذه التدابير مستوى ملائماً من السلامة بالنظر إلى المخاطر التي تمثلها المعالجة وطبيعة المعطيات الواجب حمايتها ."

يستشف من نص المادة أن المشرع أُلزم المسؤول عن المعالجة بضرورة حماية المعطيات الشخصية وتأمين عملية معالجتها من أي وصول وإطلاع غير مرخص أو غير مسموح به، ومن أجل ذلك توجب عليه اتخاذ كافة إجراءات الحماية التقنية والتنظيمية المسبقة لمنع أي إختراق قد يؤدي إلى إلتلاف هذه المعطيات سواء بصفة عرضية، أو غي عرضية، أو عن طريق إلتلافها، أو بواسطة الولوج أو النشر غير المسموح بهما . فلا بد عليه حمايتها من أي تلف .

كما ينشأ عن السرية حفظ المعطيات وعدم تمكين الغير من الإطلاع عليها لمدة لا تتجاوز المدة اللازمة لإنجاز الغرض الذي تم معالجتها لأجله، وهو ما نص عليه المشرع بموجب ب -

¹نص عليه المشرع المغربي بموجب م 23 من ق 09/08 السابق الذكر، وكرسه المشرع البحريني بموجب م 08 و 09 من ق 18-30 السابق الذكر، في حين نظمه المشرع اللبناني بموجب م 93 من ق 18-81 السابق الذكر .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

هـ- من م 09 من ق 18-07 السابق الذكر ،دون أن يحدد مدة الحفظ ،وهو ما قد يمس بسرية وسلامة هذه المعطيات .

غير أنه وبالرجوع إلى ف 03 من م 11 من ق 09-04 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها¹، يلاحظ أن المشرع قد نص على مدة الحفظ إذ حددها بسنة واحدة تسري ابتداء من تاريخ التسجيل². إن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن ما مصير المعطيات المعالجة بعد إنتهاء مدة الحفظ؟ الأمر الذي يستوجب تدخل المشرع لتحديد مدة الحفظ هذا من جهة ،ومن جهة أخرى إقرار حق جديد للمستهلك أو الشخص المعني تدخل بمقتضاه المعطيات المعالجة طي النسيان ،تحت ما يسمى حق المستهلك في النسيان .والذي يجد مبررات وجوده في ظل المعالجة الآلية للمعطيات ،لأن المعالجة غير الآلية بالوثائق مثلا تسمح بإتلافها وجعل الوصول إليها غير ممكن ومستحيلا كحرقها مثلا .

أمّا المعالجة الآلية للمعطيات فتتطلب ضرورة محوها وتدميرها وجعل الوصول إليها أمرا مستحيلا ،وغير متاح وهو ما عبر عليه المشرع التونسي بموجب الفصل 45 من ق 04-63 السابق الذكر ،"إعدامها" بنصه :**"يجب إعدام المعطيات الشخصية بمجرد إنتهاء الأجل المحدد**

¹ق رقم 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009 ،المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها ،ج ر ع 47 ،مؤرخة يوم 16 أوت 2009 .
² م 11 من ق 09-04 السابق الذكر :تحت عنوان حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير :مع مراعاة طبيعة ونوعية الخدمات يلتزم مقدمو الخدمات بحفظ :

أ. المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة ،

ب. المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية المستعملة للإتصال ،

ج. الخصائص التقنية وكذا تاريخ ووقت ومدة كل اتصال ،

د. المعطيات المتعلقة بالخدمات التكميلية المطلوبة أو المستعملة ومقدميها ،

هـ. المعطيات التي تسمح بالتعرف على المرسل إليهم الإتصال وكذا عناوين المواقع المطع عليها .

بالنسبة لنشاطات الهاتف ،يقوم المتعامل بحفظ المعطيات المذكورة في الفقرة "أ" من هذه المادة وكذا تلك التي تسمح بالتعرف على مصدر الإتصال وتحديد مكانه .

تحدد مدة حفظ المعطيات المذكورة في هذه المادة بسنة واحدة ابتداء من تاريخ التسجيل ."

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لحفظها بالتصريح أو بالترخيص أو بالقوانين الخاصة أو في صورة تحقق الغرض الذي جمعت من أجله أو إذا لم تعد ضرورية لنشاط المسئول عن المعالجة. ويحرر في ذلك محضر رسمي بواسطة عدل منفذ وبحضور مختص تعينه الهيئة .

وتحمل أجرة المختص التي تقدرها الهيئة وكذلك مصاريف العدل المنفذ على المسئول عن المعالجة ."

وعرف القرار ع 04 السابق الذكر الحق في النسيان بموجب ف 18 من الفصل الثالث بأنه : "حق الشخص المعني في فسخ معطاته الشخصية أو إخفاء هويته في الصور وحسب الآجال التي يحددها القانون" .

إن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن: ما مصير المعطات الشخصية عند توقف المسئول عن المعالجة عن أداء مهامه ؟

لم يعالج المشرع هذه المسألة ،في حين تطرق إليها المشرع التونسي بموجب الفصل 24 من ق 04-63 السابق الذكر،بنصه : "على المسئول عن معالجة المعطات الشخصية أو المناول الذي يعتزم التوقف نهائيا عن نشاط المعالجة إعلام الهيئة بذلك قبل ثلاثة أشهر من تاريخ التوقف عن النشاط .

وفي صورة وفاة المسئول عن المعالجة أو المناول أو تفليسه أو حل الشخص المعني يجب على الورثة أو أمين الفلسة أو المصفي حسب الحالة إعلام الهيئة بذلك في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ حصوله .

وتأذن الهيئة في أجل لا يتجاوز شهرا من تاريخ إعلامها طبق الفقرة المتقدمة بإعدام المعطات الشخصية."

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ويمكن للشخص المعني أو ورثته أو كل شخص له مصلحة حتى النيابة العامة أن يقدم طلبا يتضمن ضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ المعطيات وحمايتها ،أو إعدامها .وهو ما تضمنه الفصل 26 بنصه :**"في حالة توقف نشاط المسؤول عن المعالجة أو المناول للأسباب المذكورة بالفصل 24 من هذا القانون ،يمكن للمعني بالأمر أو ورثته أو كل شخص له مصلحة أو النيابة العمومية أن يطلبوا في كل وقت من الهيئة اتخاذ التدابير الملائمة لحفظ المعطيات الشخصية وحمايتها أو إعدامها .**

وعلى الهيئة أن تصدر قرارها في أجل عشرة أيام من تاريخ تعهدها ."

يلاحظ أن هذا الطلب من النظام العام يجوز لكل ذي مصلحة تقديمه ،بما فيه صاحب المصلحة والحق العام ممثلا في النيابة العامة ،وهذا دليل على أهمية المعطيات الشخصية وخصوصيتها وضرورة حمايتها من أي إعتداء قد يمسه .وحيثا لو يتدخل المشرع لوضع نص يسمح بتحديد مصير المعطيات إذا ما توقف المسؤول عن المعالجة أو من يمثله عن القيام بنشاطه مهما كان السبب ،وذلك من أجل تفادي حدوث أي إشكالات في الواقع العملي .

وتطبيقا للإلتزام بالسرية والسلامة نص المشرع بموجب م 40 من ق 18-07 السابق الذكر ،على ضرورة المحافظة على السر المهني وعدم إفشائه ،بنصها :**"يلزم المسؤول عن المعالجة والأشخاص الذين إطلعوا ،أثناء ممارسة مهامهم على معطيات ذات طابع شخصي بالسر المهني ،حتى بعد انتهاء مهامهم تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ."**

يستشف من نص المادة حرص المشرع على سرية المعطيات وعدم إمكانية إفشائها ،فلا يمكن للمسؤول عن المعالجة أو من يمثله أن ينهرب من المسؤولية -لإفشاء الأسرار- بحجة انتهاء مهامه،بل يمتد السر المهني حتى بعد توقفه عن ممارسة نشاطه تحت طائلة توقيع العقوبات

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

المنصوص عليها .وحسن ما فعل المشرع عندما جعل واجب المحافظة على السر المهني واجبا مستمرا ،وهو ما يعزز ثقة المستهلك ويزيد من إقباله على التعاقد إلكترونيا .

ولضمان سلامة المعطيات وتعزيز سريتها ألزم المشرع المسؤول عن المعالجة بضرورة حسن إختيار المعالج من الباطن ،إذ حدد معيار الإنتقاء بتقديم الضمانات الكافية بإتخاذ إجراءات السلامة التقنية والتنظيمية للمعالجات الواجب إجراؤها مع السهر على إحترامها ،وهو ما تضمنته م 39 من ق 07-18 السابق الذكر بنصها : "عندما تجرى المعالجة لحساب المسؤول عن المعالجة ،يجب على هذا الأخير ،اختيار معالج من الباطن يقدم الضمانات الكافية المتعلقة بإجراءات السلامة التقنية والتنظيمية للمعالجات الواجب القيام بها ويسهر على إحترامها .

تنظم عملية المعالجة من الباطن بموجب عقد أو سند قانوني يربط المعالج من الباطن بالمسؤول عن المعالجة وينص خصوصا على ألا يتصرف المعالج من الباطن إلا بناء على تعليمات من المسؤول عن المعالجة وعلى تقييده بالإلتزامات المنصوص عليها في المادة 38 أعلاه .

تفيد عناصر العقد أو السند القانوني المتعلق بحماية المعطيات وكذا المتطلبات المتعلقة بالتدابير المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 38 أعلاه ،كتابة أو في شكل آخر معادل ،وذلك لأغراض حفظ الأدلة ."

يلاحظ على نص الفقرة الأخيرة تعزيز المشرع لإجراءات الحماية ،إذ اشترط في إبرام العقد الذي يجمع الطرفين الكتابة أو أي شكل معادل لها ويقصد بالأولى الكتابة التقليدية على الورق ،في حين يقصد بالثانية الكتابة الإلكترونية أو بعبارة أدق المحرر الإلكتروني ،وهي شكلية للإنعقاد يقع باطلا مخالفتها ،ويتم بها إثبات أي مخالفة قد تقع ،وحسن ما فعل المشرع لأنها تعتبر دليلا ملموسا يحدد مسؤولية كل طرف في مواجهة الطرف الآخر ،وبالتالي مواجهة أي إخلال قد يقع

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ثانيا :الإلتزام بالقيام بالإجراءات المسبقة عن عملية المعالجة :لابد على المسؤول عن معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي أن يقوم باتخاذ كافة الإجراءات القانونية اللازمة قبل البدء في المعالجة ،والمتمثلة في ضرورة الحصول على الترخيص والتصريح المسبقين ،وهو ما تضمنته م 12 من ق 07-18 السابق الذكر بنصها : "ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك ،تخضع كل عملية معالجة معطيات ذات طابع شخصي لتصريح مسبق لدى السلطة الوطنية أو لترخيص منها طبقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ."

1/ التصريح المسبق¹ :ألزم المشرع بموجب م 12 أن تخضع كل عملية معالجة للحصول على تصريح مسبق على أن يتم إيداعه حسب م 13 من نفس القانون لدى السلطة الوطنية ،إما في شكل ملف مكتوب أو في شكل محرر إلكتروني يرسل عبر البريد الإلكتروني ،ليتسلم فوراً وصلا بنفس طريقة إيداعه (يدوي أو إلكتروني) في أجل 48 ساعة من الإيداع ،ويمكن للمسؤول عن المعالجة إذا مباشرة مهامه بمجرد استلامه للوصل .

هذا وخفف المشرع بموجب ف 03 من م 13 من كثرة طلبات الحصول على تصريح مسبق ،بشرط أن تكون المعالجات تابعة لنفس المسؤول وأن تتم لنفس الغرض ،أو لأغراض مرتبطة ببعضها البعض ،فيجوز تقديم طلب واحد بشأنها .

كما اشترط المشرع أن يتضمن طلب الحصول على تصريح مسبق جملة من البيانات تضمنتها م 14 من ق 07-18 السابق الذكر ،وهي :

- اسم وعنوان المسؤول عن المعالجة وعند الإقتضاء اسم وعنوان ممثله ،
- طبيعة المعالجة وخصائصها والغرض أو الأغراض المقصودة منها .

¹نص عليه المشرع التونسي بموجب الفصل 07 و08 من ق 63/04 السابق الذكر .والمشرع المغربي بموجب م 13 إلى 19 من ق 08-09 السابق الذكر ،في حين كرسه المشرع اللبناني بنص م 94 إلى 96 من ق 18-81 السابق الذكر يقدم الطلب لوزارة التجارة والإقتصاد .وتطرق إليها المشرع البحريني من خلال نص م 14 من ق 18-30 السابق الذكر على الإخطار المسبق وم 15 على التصريح المسبق .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- وصف فئة أو فئات الأشخاص المعنيين والمعطيات أو فات المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة بهم .
 - المرسل إليهم أو فئات المرسل إليهم الذين قد توصل إليهم المعطيات .
 - طبيعة المعطيات المراد ارسالها إلى دول أجنبية .
 - مدة الحفظ المعطيات .
 - المصلحة التي يمكن الشخص المعني عند الإقتضاء ،أن يمارس لديها الحقوق المخولةالمخولة له بمقتضى أحكام هذا القانون وكذا الإجراءات المتخذة لتسهيل ممارسة هذه الحقوق .
 - وصف عام يمكن من تقييم أولي لمدى ملائمة التدابير المتخذة من أجل ضمان سرية وأمن المعالجة.
 - الربط البيني أو جميع أشكال التقريب الأخرى بين المعطيات ،وكذا التنازل عنها للغير أو معالجتها من الباطن ،تحت أي شكل من الأشكال ،سواء مجانا أو بمقابل".
- وألزم المشرع بموجب ف 02 و03 من م 14 ق 18-07 المسؤول عن المعالجة بإخطار السلطة الوطنية بصفة استعجالية بأي تغيير للبيانات الواردة بالتصريح ،أو بأي حذف يطال المعالجة ،وفي حالة التنازل عن ملف معطيات يلزم المتنازل له بإتمام إجراءات التصريح الواردة بالقانون 18-07 .
- وإذا كان الأصل هو حصول المسؤول عن المعالجة على تصريح مسبق ،فقد أورد المشرع استثناء يتمثل في إمكانية إعفائه من التصريح ،بشرط إعلام المعني مقدم الطلب ببعض البيانات الأساسية ،وذلك في الحالات التي حددتها م 16 من ق 18-07 السابق الذكر ،بنصها : "لا تطبق إلزامية التصريح على المعالجات التي يكون الغرض منها فقط مسك سجل مفتوح ليطلع عليه الجمهور ،أو لكل شخص يثبت أن له مصلحة مشروعة في ذلك ...ويجب على المسؤول عن المعالجة المعفى من التصريح ،أن يوصل إلى كل شخص قدم طلبا بذلك المعلومات المتعلقة بالغاية من المعالجة وهوية المسؤول عنها وعنوانه والمعطيات المعالجة والمرسل إليهم " .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

كما سمح المشرع بموجب م 15 من ق 07-18 السابق الذكر للسلطة الوطنية صلاحية تحديد قائمة بأصناف معالجات المعطيات ذات الطابع الشخصي التي ليس من شأنها الإضرار بحقوق وحریات الأشخاص المعنیین بالمعالجة ولا بحياتهم الخاصة، وتكون محل تصريح بسيط. غير أن هذه الحرية في تحديد القائمة مقيدة بضرورة أن يتضمن التصريح المبسط إشارة للبنود من 01 إلى 06 من م 14 من نفس القانون .

2 / الترخيص المسبق¹ : خول المشرع بموجب م 17 من ق 07-18 السلطة الوطنية أن تقرر بموجب قرار مسبب إخضاع المعالجة محل طلب التصريح إلى ترخيص مسبق، وذلك إذا تبين لها عند دراستها للطلب أن المعالجة المراد إنجازها تتضمن أخطارا ظاهرة على إحترام، وحماية الحياة الخاصة والحریات والحقوق الأساسية للأشخاص . على أن تبلغ قرارها المتضمن ضرورة الحصول على الترخيص للمسؤول عن المعالجة في أجل عشرة أيام التي تلي تاريخ إيداع التصريح .

لقد منع المشرع بموجب ف ف 01 من ق 07-18 السابق الذكر معالجة المعطيات الحساسة، والتي عرفها ب 02 ف 02 من م 03 من نفس القانون، بأنها: "معطيات ذات طابع شخصي تبين الأصل العرقي أو الإثني أو الآراء السياسية أو القناعات الدينية أو الفلسفية أو الإلتناء النقابي للشخص المعني أو تكون متعلقة بصحته بما فيها معطياته الجينية". غير أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء كرسته ف 02 أين أجازت استثناء إمكانية معالجتها، وذلك في الحالات التالية :

- للأسباب المتعلقة بالمصلحة العامة، على أن تكون ضرورية لضمان ممارسة المهام القانونية أو النظامية للمسؤول عن المعالجة .
- إذا تمت المعالجة بناء على الموافقة الصريحة للمعني بالأمر .

¹نص عليه المشرع التونسي بموجب الفصل 07 من ق 63/04 السابق الذكر، والمشرع اللبناني بموجب م 97 من ق 81-18.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- إذا وجد نص قانوني يسمح بذلك ،كالحالات المحددة بموجب ف 03 : "يمنع الترخيص بمعالجة المعطيات الحساسة أيضا في الحالات التالية :
- ❖ أ) إذا كانت المعالجة ضرورية لحماية المصالح الحيوية للشخص المعني أو لشخص آخر وفي حالة وجود الشخص المعني في حالة عجز بدني أو قانوني عن الإدلاء بموافقته ،
- ❖ ب) تنفيذ المعالجة بناء على موافقة الشخص المعني من طرف مؤسسة أو جمعية أو منظمة غير نفعية ذات طابع سياسي أو فلسفي أو ديني أو نقابي ،في إطار نشاطاتها الشرعية ،شرط أن تخص المعالجة فقط أعضاء هذه المنظمة أو الأشخاص الذين تربطهم بها اتصالات منتظمة تتعلق بغاياتها وألا ترسل المعطيات إلى الغير دون موافقة الأشخاص المعنيين .
- ❖ ج) إذا كانت المعالجة تخص معطيات صرح بها الشخص المعني علنا عندما يمكن استنتاج موافقته على معالجة المعطيات من تصريحاته .
- ❖ د) أنّ المعالجة ضرورية للإعتراف بحق أو ممارسته أو الدفاع عنه أمام القضاء وأن تكون قد تمت حصريا لهذه الغاية .
- ❖ هـ) معالجة المعطيات الجينية ،باستثناء تلك التي يقوم بها أطباء أو بيولوجيون والتي تعد ضرورية لممارسة الطب الوقائي ،والقيام بتشخيصات طبية وفحوصات أو علاجات ."
- أو بترخيص من السلطة الوطنية إذا كانت معالجة المعطيات تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة للبحث أو الدراسة والتقييم في مجال الصحة ،في إطار إحترام المبادئ المنصوص عليها في هذا القانون وبالنظر إلى المصلحة العامة التي يهدف إلى تحقيقها البحث والتقييم ،وهو ما تضمنته ف 01 من م 21 من ق 18-07 السابق الذكر .
- ومن أجل الحصول على الترخيص المسبق يجب حسب م 20 من القانون المذكور أعلاه أن يتضمن الطلب المعلومات المذكورة بموجب م 14 منه ،على أن تتخذ السلطة الوطنية قرارها في أجل شهرين من تاريخ إخطارها ،ويمكن أن يمدد الأجل لمدة شهرين آخرين بقرار مسبب من رئيس السلطة الوطنية ،ويعتبر عدم ردها في الآجال القانونية أي بعد أربعة أشهر بمثابة رفض .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

مما تم التطرق إليه ودراسته يمكن القول أن الأصل هو تقديم المسؤول عن المعالجة طلبا إلى السلطة الوطنية من أجل الحصول على تصريح مسبق لمعالجة المعطيات ؛لكن إذا كانت هذه الأخيرة ذات طابع حساس أو للحالات التي يحددها القانون (م 18،19،20) ،فلا بد من الحصول على ترخيص مسبق لمعالجتها ،إما تلقائيا من طرف السلطة الوطنية حسب م 17 من ق 18-07 السابق الذكر ،وإما بطلب من المسؤول عن المعالجة حسب م 20 من نفس القانون المذكور أعلاه .

ولضمان تنفيذ المسؤول عن المعالجة لمهامه ،وحرصا على تكريس حقوق الشخص المعني أقر المشرع جملة من الإجراءات الإدارية حددتها م 46 من نفس القانون المذكور أعلاه :كالإنذار ،الإعذار ،السحب المؤقت لمدة لا تتجاوز سنة ،أو السحب النهائي لوصل التصريح أو الترخيص ،فضلا عن إمكانية توقيع غرامات مالية والتي يمكن أن تصل إلى 500.000 دج ضد كل مسؤول عن المعالجة يرفض دون مبرر مشروع حق المستهلك في :الإعلام ،الولوج التصحيح ،والإعتراض ؛أو لعدم إحترامه لإجراءات الحصول على التصريح وإلزاميته ،أو لمخالفته للشروط المطلوبة للمعالجة .كما يمكن أن يسحب وصل التصريح أو الترخيص المسبق إذا تمت المعالجة بشكل يمس بالأمن الوطني أو بالآداب العامة ،وهو ما تضمنته م 48 من ق 18-07 السابق الذكر .

فضلا عن العقوبات الجزائية المنظمة بموجب المواد 54 إلى 74 من هذا القانون ،والتي تخرج عن نطاق هذه الدراسة التي خصصت لمعالجة الحماية المدنية فقط .

وعن المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بحماية المعطيات الشخصية وذات الطابع الشخصي فلم يتطرق إليها المشرع ،وبذلك يمكن القول أن تحديد المسؤولية يختلف باختلاف محل الإلتزام ؛فإذا تم قبل الحصول على الموافقة المسبقة للشخص المعني (المستهلك) فهي

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

مسؤولية تقصيرية، لأن الضرر ناجم عن إخلال بالالتزام قانوني يلزم المعالج أو من يمثله بالحصول على الموافقة المسبقة للمعني، مالم ينص القانون على إعفائه منها .

ونفس الأحكام تنطبق إذا ما أخل بالالتزام بإعلام الشخص المعني بكافة حقوقه لإخلاله بالالتزام عام بالإعلام، أمّا عن عدم تمكينه من حقوقه الناشئة بموجب عقد فيرتب قيام مسؤوليته العقدية.

وأمام عدم نص المشرع على الجزاءات المدنية توجب الرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني، بحيث يلتزم المسؤول عن المعالجة أو من يمثله بإزالة ما وقع مخالفا لالتزامه بالإمتناع عن إتيان ذلك التصرف، فضلا عن حق الشخص المعني في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر مادي أم معنوي، وقد يكون التعويض في صورة تمكينه من نسيان تلك المعطيات وجعل الولوج إليها أمرا غير ممكن ومستحيلا .

الفصل الثاني: حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني :

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

بمجرد تطابق الإيجاب والقبول ينعقد العقد صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية ،أين يلتزم طرفيه بتنفيذ الإلتزامات التي يتضمنها ،مع مراعاة مبدأ حسن النية في التنفيذ ،ولعل أهم إلتزام يقع على عاتق المستهلك ،هو دفع قيمة السلعة أو الخدمة المراد الحصول عليها .

ونظرا لتخوف المستهلك من دفع ثمن المنتج دون تسلمه له ،فقد أجاز له المشرع أن يختار ،وبحرية إما الوفاء عن بعد عن طريق وسائل الدفع الإلكتروني عبر منصات الدفع المستغلة من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر و بريد الجزائر ،أو دفع قيمة المنتج وقت تسلمه له .

إنّ عملية الدفع الإلكتروني تشوبها جملة من المخاطر ،قد ترجع إلى الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية ،أو إلى مخاطر فنية :كالتزوير ،السرقه ،والإختراق وغيرها من المخاطر التي قد يقع المستهلك ضحية لها ،والتي تستوجب ضرورة العمل على مكافحتها بهدف تأمين بيئة الدفع الإلكتروني .

قد يتأكد المستهلك في هذه المرحلة من عدم رغبته في تنفيذ إلتزامه ،فحسب القواعد العامة لا يجوز له التراجع عن تنفيذ إلتزامه بإرادته المنفردة ،وإلا يتحمل الجزاءات المقررة ضده في حالة ما إذا أخل بإلتزامه .لكن ونظرا لكون التنفيذ الإلكتروني يتميز ببعض الخصوصية ترجع في الأساس إلى رؤية ومعاينة المستهلك للمنتج لأول مرة ،فقد أجاز له المشرع العدول عن التنفيذ بإرادته المنفردة ،دون حاجة لتسبيب قراره هذا ،ودون تحمله لمصاريف إضافية ما عدا مصاريف الرد .وهو ما سيتم التطرق إليه في هذا الفصل الذي قسم بدوره إبي مبحثين :

المبحث الأول :تأمين بيئة الدفع الإلكتروني .

المبحث الثاني :ضمانة الحق في العدول كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

المبحث الأول: تأمين بيئة الدفع الإلكتروني .

بعد إنعقاد العقد صحيحا تأتي مرحلة تنفيذه والتي تتطلب تسديد المستهلك ثمن مشترياته أو الخدمة المقدمة إليه ،وقد نص المشرع بموجب القانون 18-05 السابق الذكر على إمكانية الدفع عن بعد ،دون تحديده للوسيلة المستعملة في ذلك ،والتي يمكن أن تتم بوسائل دفع إلكترونية تتمثل في :التحويل المصرفي ،الأوراق المعالجة إلكترونيا ،البطاقات البنكية والنقود الإلكترونية ،والتي سيتم تصنيفها إلى وسائل دفع إلكترونية تقليدية وأخرى مستحدثة.

أو إمكانية تسديد الثمن عند تسلم المنتج بواسطة الوسائل المخصصة للوفاء العادي ولعلها الوسيلة المفضلة لدى البعض ،وذلك لتخويفهم من مصير المعطيات المقدمة هذا من جهة ،ومن جهة أخرى خوفا من السرقة والإختراق ،فضلا عن جملة من المخاطر التي قد تمس عملية الدفع عن بعد .وهي المسألة التي تجعل المستهلك في أغلب الحالات يتخوف من التعاقد إلكترونيا ،مما يتطلب ضرورة تدخل المشرع من أجل توفير الضمانات التي تكفل تأمين الدفع الإلكتروني ،مما يزيد من ثقة وإقبال المستهلك نحو عقود التجارة الإلكترونية .

سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول :ماهية الدفع الإلكتروني .

المطلب الثاني :ضمانات حماية المستهلك في مواجهة مخاطر الدفع الإلكتروني .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

المطلب الأول :ماهية الدفع الإلكتروني .

بتطور العقود الإلكترونية وإزدهار التجارة وجدت آليات يتم من خلالها الوفاء بالثمن ،فلا فائدة من إبرام العقد عن بعد إذا لم يتم النص على وسائل تسهل تسوية الثمن دون تلاقي طرفي العقد .

هذا ويثير الوفاء أو الدفع الإلكتروني عدة تساؤلات قانونية تتمحور أساسا حول طبيعته القانونية ،مكانه وزمانه ،مدى جواز الدفع المسبق ،العملة التي يتم بها الدفع ،ومدى جواز الرجوع عنه ؟

فضلا عن ضرورة تحديد الوسائل التي تبرا ذمة المستهلك بطريقة تجنبه مخاطر الوفاء عن بعد .وهو ما سيتم دراسته في هذا المطلب الذي سيقسم إلى فرعين :

الفرع الأول :مفهوم الدفع الإلكتروني .

الفرع الثاني : وسائل الدفع الإلكترونية .

الفرع الأول :مفهوم الدفع الإلكتروني :

يعد الإلتزام بتسديد الثمن من بين أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق المستهلك ويستوجب توفر بعض الوسائل للوفاء به ،لذا كان لزاما تعريفه ،ثم تحديد الوسائل التي ينفذ بها .

أولا :تعريف الدفع الإلكتروني :سيتم التطرق إلى التعريف التشريعي للدفع الإلكتروني (1) فالتعريف الفقهي (2) .

1 /التعريف التشريعي للدفع الإلكتروني :أصدرت لجنة الإتحاد الأوروبي في 08 ديسمبر 1987 توصية تحدد القواعد الأوروبية للتعامل السليم في مجال الوفاء الإلكتروني ،والذي يقصد به حسب هذه التوصية : "كل عملية وفاء تتم بواسطة بطاقة ذات أشرطة ممغنطة أو تلك التي تحتوي

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

على دوائر إلكترونية منفذ لدى جميع شبكات الوفاء المزودة بآلات الوفاء الحديثة (T.P.E)،
1" (T.P.V).

يلاحظ على هذا التعريف أنه ركز على وسيلة واحدة للوفاء الإلكتروني، وذلك من خلال نصه على وسيلة واحدة للوفاء الإلكتروني، وهي البطاقات البنكية، ربما لظهور هذه التوصية قبل ظهور باقي طرق الدفع الإلكتروني².

أما المشرع الفرنسي فقد عرف عملية الدفع بموجب م 3-133 L ف 01 من قانون النقد والمال الفرنسي: "هي التصرف المنشئ للتحويل أو سحب الأموال المستقل عن الإلتزامات التابعة للأطراف سواء الدفع (الآمر) أو المستفيد"³.

على الرغم من نص المشرع على الدفع الإلكتروني بموجب الفصل السادس من القانون 05-18 السابق الذكر، إلا أنه لم يعرفه بل اكتفى بتعريف وسائله بموجب ف 05 من م 06 منه. فضلا عن نص م 69 من الأمر 01-11 المتعلق بالنقد والقرض⁴.

2. التعريف الفقهي للدفع الإلكتروني: عرف الوفاء الإلكتروني بأنه: "تصرف قانوني يكون الهدف من ورائه تسوية دين ثبت في ذمة شخص ما لصالح شخص آخر، كنتيجة لوجود معاملة تجارية تجري بينهما عبر شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، وذلك باستخدام وسائل

¹كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 550.

² المرجع نفسه، ص. 551.

³غزالي نزيهة، المسؤولية الجزائية عن استخدام وسائل الدفع الإلكتروني في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 02، الجزائر، 2018، ص. 22.

⁴الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ع 52، مؤرخة في 27 أوت 2003، المعدل والمتمم بالأمر 04-10 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر ع 50، مؤرخة في 01 سبتمبر 2010.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

دفع موجودة أو معروفة من قبل وتم تطويرها لتتوافق وحاجات التجارة الإلكترونية، وإما بالرجوع إلى وسائل الدفع المستحدثة¹.

أو هو: "الوفاء بالتزام نقدي بوسيلة إلكترونية، مثل بطاقة الوفاء أو الشيكات الإلكترونية أو الكمبيالات الإلكترونية، أو حافظة نقود إلكترونية².

كما يقصد به: "كل عملية لتحويل الأموال الخاصة بسلعة معينة أو خدمات معينة بطريقة رقمية أي باستخدام دعامة إلكترونية وإرسال البيانات عبر خط هاتفي أو شبكة معينة أو أي طريقة لإرسال البيانات³.

وعرف بأنه: "آداء ثمن المبيع بطريقة إلكترونية من خلال شبكة اتصال دولية مفتوحة على معظم دول العالم وهي الإنترنت"⁴.

وهناك من ميز بين الدفع والوفاء الإلكترونيين، فعرف الأول، بأنه: "نظام الدفع الآلي عبر الشبكة العالمية للمعلوماتية"⁵، أما الوفاء الإلكتروني فله معنيين أحدهما واسع ويشمل كل عملية دفع لمبلغ نقدي والتي تتم بأسلوب غير مادي، وذلك لأنه يعتمد على الدعامة الإلكترونية لا

¹كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 551.

²قادري عبد المجيد، "الوفاء الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية، ع 12، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة، جوان 2008 ص ص (155-170)، ص 157.

³باطلي غنية، وسائل الدفع الإلكتروني، دار هومه، الجزائر، 2018، ص 09.

⁴بشار محمود دودين، محمد يحي المحاسنة، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2006، ص 198.

⁵بوادي مصطفى، "الدفع الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك ومظاهر تطبيقه في التشريع الجزائري"، مجلة الإجتهد القضائي مخبر أثر الإجتهد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع 04، أفريل 2017، ص ص (43-58)، ص

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الورقية، ومعنى ضيق ويقصد به عمليات الوفاء التي يتم انجازها دون وجود اتصال مباشر بين الأشخاص الطبيعيين¹.

وعرفته د/ كوثر سعيد عدنان خالد بأنه: "قيام المدين بوفاء دينه عن طريق استخدام أحد وسائل الوفاء الإلكترونية الحديثة ويترتب عليه إبراء ذمته تجاه دائنه في العملية التجارية الإلكترونية"². ما يلاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسائل الدفع الإلكتروني في الوسائل الحديثة فقط .

ومنه فالدفع الإلكتروني هو: وفاء أو تسديد المستهلك (المدين) لثمن أو قيمة المنتجات بواسطة وسيلة من وسائل الدفع الإلكترونية تقليدية كانت أم حديثة بما يتناسب ومتطلبات التجارة الإلكترونية ورغبات المستهلك المشروعة .

من خلال التعريفات السابقة فإن الدفع الإلكتروني يتميز بجملة من الخصائص :

- وسيلة ذات طابع دولي، يلتزم بها المستهلك لصالح المورد من أجل تسوية معاملاته عبر الشبكة الدولية يقوم مقام الدفع الحقيقي فيبراً ذمته³.
- تحقق وسائل الدفع وتضمن قدراً من الأمان عند اتمام عملية التسوية⁴. إذ تقي المستهلك المخاطر التي قد تترتب عن الدفع التقليدي، الذي يتم من خلال نقل النقود .
- من أجل تفعيل آليات الدفع الإلكتروني أجمع المتخصصون في هذا المجال على ضرورة مشاركة خمسة جهات، وهي⁵ :

¹ بوادي مصطفى، المرجع السابق، ص 45.

² كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 552.

³ المرجع نفسه، ص 553. بشار محمود دودين، محمد يحيى المحاسنة، المرجع السابق، ص 199-201.

⁴ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 553.

⁵ محمد عبد حسين الطائي، التجارة الإلكترونية المستقبل للواعد للأجيال القادمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010 ص 179.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- أ. المستهلك : (الزبون ،الدافع ،المشتري) وهو الجهة التي تقوم بدفع قيمة المشتريات المسلمة له أو التي ستسلم له .
- ب. المورد : (التاجر ،البائع ،المدفوع له) وهو الجهة التي ستسلم قيمة البضائع أو الخدمات التي يطلبها المستهلك .
- ت. البنوك والمؤسسات المالية : (المصدرون) وهي الأجهزة المالية التي توفر أدوات الدفع الإلكتروني وتسهل التعامل بها وتطبيقها .
- ث. المنظمون : غالبا ما يتمثل هؤلاء في الوكالات الحكومية التي تراقب وتنظم نظم الدفع الإلكترونية .
- ج. دار المقاصة المؤتمة (ACH) : وهي الطرف الذي يضمن القيام بالمقاصة بين أرصدة المتعاملين وحسابات البنوك .
- ثانيا :المسائل القانونية المتعلقة بالدفع الإلكتروني** :يلعب الدفع الإلكتروني اليوم أهمية بالغة تتجلى في مايلي¹:

- ❖ انخفاض التكاليف وسرعة التنفيذ وسهولته .
 - ❖ تأمين المستهلك من مخاطر سرقة أوراقه المالية كونها تقلل من استخدام المستندات الورقية لأنها سيتم استبدالها بدعائم إلكترونية تسهل الاستعمال .
 - ❖ الرفع من جودة التدفق النقدي وتحسين سرعة نقله .
 - ❖ الرفع من كفاءة وفعالية عمل الجهاز المصرفي وتيسيره بإجراء المقاصة الإلكترونية ،فلا حاجة لإيداع الأموال وسحبها .
 - ❖ تنظيم الدفع بحيث يضمن الوفاء ويتم في وقت محدد .
- ونظرا لأهميته البالغة في إتمام العقد الإلكتروني كان لزاما التطرق إلى بعض المسائل القانونية التي يثيرها وذلك من حيث تحديد طبيعته القانونية ،وهل يترتب عن تعدد وسائله واختيار إحداها تعديل في السعر المتفق عليه ؟فضلا عن الإشكالات المتعلقة بالدفع المسبق لثمن المنتج ؟وهل يجوز رجوع المستهلك عن أمر الدفع ؟

¹ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .24-25.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

1. الطبيعة القانونية للدفع الإلكتروني: باعتبار أن الدفع الإلكتروني أسلوب حديث من أساليب إنقضاء الالتزام توجب تحديد طبيعته القانونية، التي اختلفت حولها الآراء، حيث اعتبره البعض وعلى رأسهم د/ سامي عبد الباقي أبو صالح واقعة مختلطة يتم باتفاق بين الطرفين على تسوية دين معين، لذا توجب توفر شروطه كونه تصرفاً قانونياً، وبذلك فهو يهتم بكيفية التنفيذ المادي للالتزام بالدفع¹.

في حين ذهب رأي آخر وعلى رأسهم د/ بلال عبد المطلب بدوي في محاولة تكيفه للدفع الإلكتروني إلى ضرورة التمييز بين وسائل الوفاء كأساس لتحديد طبيعته القانونية، إذ يعتبرون أن تسديد الثمن باستعمال بطاقات الائتمان عملية مصرفية إلكترونية مستحدثة، كونها وسيلة إئتمان وأداة دفع في نفس الوقت، هذه الطبيعة الخاصة تميز الوفاء بهذه الطريقة في الدفع بطابع خاص. في حين أن استعمال النقود الإلكترونية له طبيعته الخاصة، التي تميزها عن غيرها من أنواع النقود، بدليل أنها لا تحظى بقبول عام كما هو الشأن في النقود التقليدية. ويقتصر إصدارها على تديم المستهلك لمصدرها مقابلاً مسبقاً لها، وهو ما لا ينطبق على النقود العادية (معدنية أو ورقية) إذ يتكفل البنك المركزي ومن تلقاء نفسه بإصدارها².

والرأي الراجح والمستقر عليه هو اعتبار الدفع الإلكتروني تصرفاً قانونياً، مما يستوجب توفر شروطه من حيث الرضا الحر والخالي من أي عيب من عيوب الإرادة، وأي عارض من عوارض الأهلية، وأن يكون سببه ومحلّه مشروعين، ليحدث أثره القانوني وهو الوفاء بالالتزام³.

¹ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 554.

² المرجع نفسه، ص. 554-555.

³ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 555.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

2. **حجية الدفع الإلكتروني**: يؤدي الدفع الإلكتروني إلى براءة ذمة المدين به (المستهلك) إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك، ويقع عبئ الإثبات هنا على البنك، إذ يجب عليه إثبات صحة تحويل الأموال، وليتم ذلك عليه إثبات أنه قد تلقى أمرا بالدفع¹.

أما عن إثبات زمان الدفع فإنها مسألة محل إتفاق بين الأطراف عادة، لكن وفي إطار عقود التجارة الإلكترونية غالبا ما يحدد زمان الدفع من طرف المورد، بأن يشترط التسديد لحظة صدور قبول من المستهلك، فالوفاء هنا يتم قبل تنفيذ العقد، وهو ما يحقق مصلحة المورد، في حين يتحمل المستهلك مخاطر الدفع قبل تسلمه المنتج مما يؤدي إلى عزوفه عن مثل هذا النوع من التعاقد².

وهو ما كرسه المشرع بموجب م 16 من ق 18-05 السابق الذكر، بنصها: "ما لم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك يلتزم المستهلك بدفع الثمن المتفق عليه في العقد الإلكتروني بمجرد إبرامه". إن هذه المادة لا توفر حماية للمستهلك من مخاطر الدفع المسبق عن تسلم المنتج، لأنها بهذه الصياغة تعني بدأ المستهلك في تنفيذ إلتزامه بمجرد موافقته، وقبل تسلمه لمحل العقد، فما هي الضمانات التي كرسها المشرع لعدم وقوع مثل هذا الفرض، الذي يتخوف منه المستهلك إذ يخشى من إخلال المورد بتسليم المنتج بمجرد قبضه الثمن؟

لأنه وأمام إنعدام نص خاص يوفر حماية للمستهلك يمكن الرجوع للقواعد العامة في جبر المدين على تنفيذ إلتزامه، رغم صعوبة تطبيقها على العقود الإلكترونية نظرا لخصوصية الوسيلة المستعملة، التي تتيح الحضور الافتراضي لأطراف العقد دون الحضور الفعلي المادي للأطراف لا يجمعهم مجلس عقد واحد.

¹ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 555. قادري عبد المجيد، المرجع السابق، ص 166-168.

² قادري عبد المجيد، المرجع السابق، ص 159-160.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

هذا ما أدى إلى ضرورة وجود طرف ثالث كوسيط (البنك مثلا) بين المتعاقدين ،ليضمن حقوقهم فمن جهة يضمن للمورد الوفاء ،ومن جهة أخرى يضمن حصول المستهلك على مقتنياته ،رغم أنه قد يكلفه أحيانا مصاريف إضافية وهو ما دفع بالتشريعات إلى سن قوانين تلزم المورد بتنفيذ التزامه قبل أن يطالب بالوفاء¹.

ويمكن القول أن زمان الدفع يختلف باختلاف نوع الوسيلة المستعملة وسرعتها في الوفاء .

وعن مكان الدفع فيرجع إلى إتفاق الأطراف ،وفي حالة خلو العقد عن تحديد المكان الذي سيتم فيه الدفع فيمكن أن يكون موطن المدين ،أو مكان وجود المال ،أو مكان إبرام التصرف ،مكان التسليم ،وفي حالة التعاقد عن طريق الإنترنت ،قد يلجأ الأطراف إلى إختيار عنوان المورد مكانا للدفع ،أو في المكان الذي يتفقان عليه².

لم ينص المشرع بموجب ق 18-05 السابق الذكر على مكان الدفع ،إلا أنه نص على كفيات الدفع بموجب م 27 منه "يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتج ،عن طريق وسائل الدفع المرخص بها ،وفقا للتشريع المعمول به .

عندما يكون الدفع إلكترونيا ،فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية.

¹قادري عبد المجيد ،المرجع السابق ،ص 160. حمودي محمد ناصر ،العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،2012، ص 441-443.

²قادري عبد المجيد ،المرجع السابق ،ص 160.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود، حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الإلكترونية".

ما يمكن ملاحظته أن المشرع نص على طريقتين للدفع :

❖ إذا كان كلا الطرفين مقيمين بالجزائر: فإما أن يتم يدويا وقت التسليم وبذلك فمكان الدفع هو موطن المستهلك، وإما أن يتم الوفاء عن بعد، وتتجز العملية عبر منصات الدفع الإلكتروني أو عبر البنك، وبذلك فمكان الوفاء هنا هو موطن المورد الإلكتروني.

❖ أما إذا كانت المعاملة عابرة للحدود، أي بين طرفين أحدهما مقيم بالجزائر والآخر بدولة أجنبية، فإن مكان الوفاء هو موطن المورد الإلكتروني .

وقد تطرقت م 57 من اتفاقية فيينا لتحديد مكان تنفيذ الإلتزام بالدفع، أين ألزمت المشتري بتسديد الثمن في المكان المتفق عليه في العقد، فإن خلى من تحديد المكان وجب عليه أن يسدد الثمن في مكان عمل البائع وقت تنفيذ المشتري لإلتزامه لا وقت إبرام العقد، فإن غير البائع (المورد) مكان عمله قبل حلول أجل الوفاء إلتزم المشتري بدفع الثمن في مكان العمل الجديد، على أن يتحمل البائع المصاريف الإضافية التي قد تتجم عن الوفاء في المحل الجديد. فإن تعددت أماكن العمل فالعبرة بالمحل الذي له علاقة وطيدة بالعقد المراد تنفيذه، فإن لم يكن له محل عمل تم الدفع في محل إقامته المعتاد¹.

لكن ماذا لو أدى تغيير مكان عمل المورد أو مقدم الخدمة إلى تغيير العملة؟ وماذا لو لم تكن تلك العملة محل قبول في البلد الذي لجأ إليه المورد؟ ومن يتحمل المصاريف الإضافية أو بعبارة أخرى من يتحمل مصاريف تحويل العملة إذا كانت هذه الأخيرة ذات قيمة أكبر مما كانت عليه؟

¹حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 443-444.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

إن مسألة تحديد مكان الوفاء وعملته لا تثير صعوبة إذا كان كلا الطرفين في بلد واحد لكن يثار الإشكال إذا كانا في بلدين مختلفين ،لذا يتوجب النص على مكان الدفع في العقد المبرم لتفادي أي إشكال قد يثور حوله فضلا عن النص أنه في حال خلو العقد من تحديد مكان الدفع أعتبر مكان عمل المورد موطنا للوفاء ،مع ضرورة تقديم كافة الضمانات القانونية لحماية المستهلك ،ومن المنطقي أن يتحمل المورد أو مقدم الخدمة مسؤولية تغييره لمحله والفرق في العملة ،التي غالبا ما تحدد بناء على مكان تواجده (المورد أمو مقدم الخدمة). وتجب الإشارة إلى أن إختيار المستهلك لوسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني لا يؤدي إلى تعديل الثمن المتفق عليه بالزيادة فيه ،وهو ما تضمنه قرار صادر في فرنسا سنة 1987 ،والذي نص على أن إختيار أي وسيلة من وسائل الدفع لا يؤدي إلى تعديل السعر في فرنسا ،ولا إلى إضافة مصاريف أخرى بواسطة المورد ،إذ يلتزم المهنيين بتحديد الثمن مشمولا كل الرسوم أو الضرائب وإعلام المستهلك بالسعر النهائي للمنتوج أو الخدمة وسعر وسيلة الوفاء هذا إذا لم تكن مجانية وإذا كان المبدأ هو عدم جواز تحميل المستهلك أي مصاريف إضافية وعدم جواز تعديل الثمن إلاّ أنه يمكن استثناء إجراء تعديل عليه في الحالات التالية¹ :

فإذا احتفظ المورد بحقه في تعديل الثمن ،كتضمنين دليل المركز التجاري الإلكتروني عبارة : "أننا نحفظ بالحق في تعديل الأسعار في أي وقت ،أمّا بالنسبة للطلبات التي تم قبولها فإننا نلتزم بالأسعار المحددة وقت الطلب "

❖ إذا طلب المستهلك إجراء تعديلات ،أو إضافة طلبات أخرى ،أو إذا تسبب بخطئه في زيادة النفقات .

❖ يحتفظ مقدموا الخدمات بحقهم في تغيير الأسعار إذا ما قدموا خدمات إضافية ،وللمستهلك الحق في فسخ العقد عند زيادة ثمن الإشتراك ،في غير هذه الحالات يجوز له أن يتمسك أمام القضاء بالثمن المتفق عليه .

¹كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 556-557.

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

3. مدى جواز تغيير طريقة الدفع أثناء العقد : على فرض أنه تم الإتفاق بين المستهلك والمورد على وسيلة دفع معينة ،وبعد فترة من التعامل أراد المستهلك تغيير هذه الوسيلة واستبدالها بأخرى ،فهل يجوز له ذلك ؟ وهل من حق المورد أن يرفض تغيير وسيلة الدفع ؟

يوصي منتدى الحقوق على الإنترنت F.D.I بناء على التوصية الصادرة عنه في 2007/08/31 المتعلقة بقانون الإستهلاك المطبق على التجارة الإلكترونية ،بالسماح للمستهلك بسحب الإذن باستعمال المعلومات المتعلقة ببطاقاته البنكية ،وتغيير وسيلة الدفع أثناء التنفيذ ويمكن له أن يتمسك بالاستخدام التديليسي للمورد الذي رفض التوقف عن استعمالها رغم سحب الإذن¹.

فله إذا الحق في تغيير وسيلة الدفع ولا يجوز للمورد أن يفرض عليه طريقة معينة في تسديد الثمن ،وهو ما أخذت به لجنة الشروط التعسفية واعتبرته شرطا تعسفيا ،وهو الموقف الذي أيدته محكمة باريس الكلية في حكمها المتعلق بالوفاء ،والصادر في 2005/04/05 بنصه : "أن التاجر الذي يفرض على المستهلك طريقة وفاء وحيدة ،يخلق عدم توازن على حسابه في حالة النزاع مع المهني ،الأمر الذي يسمح بالإعتراض على نحو مجد في حالة تقصيره بالدفع بعدم التنفيذ .وهذا الشرط يمثل طابعا تعسفيا ويجب إلغائه"².

3. مدى جواز الدفع المسبق : من المسائل التي يثيرها الدفع الإلكتروني والتي يجب الوقوف عليها مدى جواز اشتراط المورد بأن يتم دفع الثمن قبل تسليم المنتج أو تأدية الخدمة ؟ وإذا كان أمرا جائزا فما يضمن تنفيذ المورد لإلتزامه بالتسليم ؟ وما يضمن وجود المنتج فعلا في المخزن ؟

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص .558.

² المرجع نفسه ،ص .558.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لا يمنح التوجيه الأوروبي الدفع المسبق ،وهو الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي الذي لم ير وجود أي ضرورة لتعزيز حماية المستهلك من الوفاء المسبق ،رغم ما يشمله من مخاطر مالية عديدة تزداد عند التعاقد إلكترونياً. ويثار إشكال قانوني آخر يتمثل في :ما مصير الدفع المسبق إذا لم يقم المورد بتنفيذ التزامه ،أو أخل في تنفيذه بتسليم منتج معيب أو ناقص ؟وما الحل الملائم لمواجهة مثل هذه التصرفات¹ ؟

تستدل د/ كوثر سعيد عدنان خالد في معالجتها لهذه المسألة بالتوجيه الأوروبي رقم 07/97 المكرس لحق المستهلك في العدول خلال مدة معينة من التنفيذ ،بحيث يمكنه بموجب هذا الحق إرجاع السلعة ورفض الخدمة المقدمة إليه ،وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي بموجب م 121-20 من ق الإستهلاك المعدل بالأمر 741-01 الصادر في 2001/08/23 مبررة موقفها كالتالي : "بمقتضى الحق في الرجوع يجب على التاجر أن يرد إلى المستهلك كافة المبالغ التي دفعها إذا استعمل حقه في الرجوع ". مستندة إلى نص م 121-20-01 المضافة بالأمر 741/01 على أنه : "إذا بوشر حق الرجوع ،يلتزم المهني بأن يرد دون تأجيل إلى المستهلك المبلغ المدفوع ... خلال الثلاثين يوماً التالية للتاريخ الذي مورس فيه هذا الحق وينتج المبلغ المستحق فيما جاوز ذلك الفوائد بالسعر القانوني السائد تلقائياً " ... "إلا أن التوجيه الأوروبي والمشرع الفرنسي لم يوضحا كيف يتم استرداد المستهلك المبالغ التي دفعها"².

ولا يمكن مسايرة د/ كوثر سعيد عدنان خالد في استنادها إلى حق المستهلك في العدول من أجل تحديد أثر الدفع المسبق إذا لم ينفذ المورد التزامه ،أو نفذه معيباً إما بتسليم منتج معيب أو غير صالح ؟ وذلك للإعتبارات التالية :

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 559-560.

² المرجع نفسه ،ص 560-561.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

❖ أن الحق في العدول مقرر كضمانة لحماية المستهلك من مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولكي لا يقوم بتسديد الثمن أو تسلم المنتج دون شرط تبريره لموقفه هذا، ودون تحمله أي مصاريف إضافية ما عدا مصاريف رد المنتج. فحق العدول إذا مكنة قانونية منحها التشريعات للمستهلك من أجل التراجع وعدم تنفيذ إلتزامه، وهو ما يتعارض والقول أن أثر الدفع المسبق لمنتج غير مطابق أو معيب أو لعدم التنفيذ هو الحق في العدول .

❖ فيما يتعلق بالشطر الأول من السؤال أثر الوفاء المسبق إذا لم يقم المورد بتنفيذ إلتزامه لا يحكمه الحق في العدول، لأن: المورد قد أخل بإلتزام من إلتزامات العقد، وهو تسليم المنتج أو تقديم الخدمة وأمام عدم وجود نص خاص يحكم المسألة، يتم الرجوع هنا إلى القواعد العامة للقانون المدني التي تقر حق الدائن إما بالمطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام، أو التنفيذ بمقابل، أو فسخ العقد لقيام المسؤولية العقدية للمورد، مع حقه في جميع الأحوال بالمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر .

❖ فيما يتعلق بالشطر الثاني من الإجابة على السؤال: بأن القول باللجوء إلى حق المستهلك في العدول كحل للدفع المسبق لمنتج معيب أمر غير منطقي، لأن المستهلك سيتحمل الضرر لو حده لتقويت الفرصة عليه فضلا عن تحمله مصاريف رد المنتج، كما لا يتماشى ورغباته المشروعة التي تتجه إلى الاستفادة من المنتج هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المورد قد أخل بإلتزام عقدي يتمثل في ضمان تسليم منتج سليم مطابق لما تم الإلتفاق عليه أي أخل بإلتزامه بالمطابقة وسلامة المنتج من أي خطر أو عيب، وهو ما يتيح للمستهلك حق رد المنتج وطلب منتج مطابق تحت مسمى الحق في استبدال المنتج، أو المطالبة بإصلاحه إن كان ذلك ممكنا، أو فسخ العقد مع حقه في التعويض .

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري فإن المتصفح للقانون 18-05 السابق الذكر، يتضح له أن المشرع لم يمنع الدفع المسبق إلا في حالة عدم توفر المنتج في المخزن، أين كفل للمستهلك الذي دفع الثمن حق استرداده من خلال إلزام المورد الإلكتروني برده، وهو ما كرسته م 15 منه¹

¹ تنص م 15 من ق 18-05 على مايلي: "لا يمكن أن تكون الطلبية المسبقة محل دفع إلا في حالة توفر المنتج في المخزون .

بمجرد توفر المنتج تتحول الطلبية المسبقة بصفة ضمنية إلى طلبية مؤكدة .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

،في حين نص على جواز الدفع المسبق عن التنفيذ بموجب م 16 منه¹ ،وذلك من خلال إلزام المستهلك بدفع الثمن بمجرد إبرام العقد ،ألا يوجد تناقض هنا؟ بدليل ما يضمن وجود المنتج في المخزن؟ كما أن الدفع المسبق لا يضمن تنفيذ المورد لإلتزامه وتسليم منتج مطابق لما تم الإلتفاق .

مما سبق يستشف أن المشرع لم يمنع الدفع المسبق وكفله بضمانات توفر حماية للمستهلك من أي إحتيال :

1. إذا تم الدفع المسبق ولم يوجد المنتج في المخزن توجب رد الثمن للمستهلك مع حقه في المطالبة بالتعويض ،وذلك حسب ف 03 م 15 من ق 18-05 السابق الذكر .
2. إذا تأخر المورد عن التسليم جاز للمستهلك حسب م 22 من ق 18-05 السابق الذكر :
 - أ. أن يرد المنتج بعد تسلمه متأخرا في أجل 04 أيام عمل إبتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن التأخر في التنفيذ .
 - ب. على المورد في هذه الحالة (عند رد المنتج) أن يرجع للمستهلك المبلغ المدفوع ،والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتج في أجل 15 يوم ابتداء من تاريخ استلامه للمنتج .إن رد المنتج في هذه الحالة لا يعد عدولا عن العقد ،وإنما سببه أن التسليم ورد خارج الآجال .
3. في حالة تنفيذ الإلتزام ناقصا أو أن المنتج معيب ،فقد ميز المشرع بين حالتين :
 - أ. إذا إكتشف المورد أن التسليم غير مطابق أو أن المنتج معيبا فعليه وبحسن نية استرداد أو استعادة سلعته .
 - ب. إذا اكتشف المستهلك أن المنتج غير مطابق أو معيب فعليه بإرسال السلعة في غلافها الأصلي ،خلال مدة أقصاها 04 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج ،ويتحمل المورد تكاليف الإرسال وعليه :

دون المساس بحق المستهلك الإلكتروني في التعويض ،يجب على المورد الإلكتروني إرجاع الثمن في حالة دفعه قبل توفر المنتج في المخزون ."

¹ تنص م 16 من ق 18-05 على مايلي : "ما لم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك ،يلتزم المستهلك بدفع الثمن المتفق عليه في العقد الإلكتروني بمجرد إبرامه ."

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- تسليم منتج جديد موافق للطلبية .
- إصلاح المنتج المعيب إن أمكن .
- استبدال المنتج بمنتج آخر مماثل خلال 15 يوما من تاريخ استلامه المنتج .
- إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة .

حسن ما فعل المشرع بنصه على الحلول الممكنة إذا ما دفعت قيمة المنتجات ولم يتسلمها أو إذا تسلم منتوجا غير مطابق لما تم الإتفاق عليه ،أو تأخر المورد في التنفيذ رغم حصوله على الثمن ،وهي الضمانات التي توفر للمستهلك قدرا من الحماية.

لكن ما يلاحظ هو أن آجال اكتشاف العيب وارسال السلعة غير كافية ،حتى ولو ضمنها بعبارة "أيام عمل" التي تفيد أن الآجال تحسب كاملة ويستفيد المستهلك من أيام العطل ،على خلاف آجال المورد التي نص فيه المشرع على عبارة "أيام"،التي يمكن أن يفهم معها أن أيام العطل تحتسب ضمن الآجال فلا يستفيد المورد منها هذا من جهة ،ومن جهة أخرى قد يعود قصر المدة الزمنية إلى طبيعة المنتج وسرعة تلفه ،وهو ما يستوجب على المشرع التدخل لضبطه بما يتناسب وطبيعة محل العقد ،كإضافة عبارة "04 أيام عمل إذا كان محل العقد من المنتجات سريعة التلف ،وشهر بالنسبة للمنتجات غير قابلة للتلف على أن يحتسب الأجل من تاريخ اكتشاف العيب لا من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج" ،لأنه وفي أغلب الأحيان يعجز المستهلك عن اكتشاف العيب ،أو تحديده بمهلة 21 يوما من تاريخ اكتشاف العيب على أن لا يتجاوز شهرا من تاريخ تسلمه. أما بالنسبة لمدة رد المنتج في حال التأخر فهي مدة معقولة يمكن من خلالها للمستهلك أن يتخذ قراره برد المنتج من عدمه .

ومما سبق يمكن القول أن الإختلاف بين الحق في العدول ورد المنتج حسب ما هو منصوص عليه بموجب م 22 و 23 من ق 18-05 السابق الذكر ،يكن في سبب الرفض :

❖ إذا لم يوجد أي سبب لعدم تنفيذ المستهلك لإلتزامه فهو عدول عن العقد .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

❖ إذا نفذ المستهلك إلتزامه بدفع قيمة المنتج ،ومع ذلك رفض تسلمه فإن سببه حسب م 22 أن التسليم ورد خارج الآجال.

❖ سبب الرفض في م 23 أن التسليم غير مطابق لما تم الإتفاق عليه ،أو أن المنتج معيب .

ومنع المشرع المورد من أن يطالب بقيمة المنتج إذا لم يتم طلبه من طرف المستهلك ،كما لا يمكنه أن يطالبه بمصاريف التسليم وهو ما نصت عليه م 21 ق ت إ 18-05 السابق الذكر ،فنص المادة تتعلق بخطأ في التسليم .

4. العملة التي يتم الدفع بها : لا يثار الإشكال إذا كان كلا طرفي العقد ينتميان لدولة واحدة ،فيتم الوفاء بالعملة الوطنية ،بل يثار إذا كانا لا ينتميان ،لذا كان لزاما على المورد تحديد العملة التي يتم بها الدفع في العقد .ويقع على المستهلك إلتزام الدفع بهذه العملة ،أما إذا لم يتم النص عليها في العقد فكيف يمكن للمستهلك تسديد الثمن ؟أجابت على هذا التساؤل محكمة النقض الفرنسية الصادر في 13/10/1993 الذي ألزم تطبيق الإتفاق ،وإذا خلا العقد من تحديد العملة فيتم الدفع بعملة دولة المستهلك ،لأن الشك يفسر لمصلحة المدين فهو حكم يضمن حماية للمستهلك ويحمل المورد (الدائن)تبعة عدم التحذير¹.

وهو رأي مقبول لأن المورد أخل بإلتزام جوهري يتمثل في :ضرورة الإعلام بالثمن وتحديده تحديدا نافيا للجهالة سواء من حيث مقداره ،أو من حيث المصاريف الواجب دفعها وحتى العملة التي يتم الوفاء بها .

الفرع الثاني :وسائل الدفع الإلكترونية .

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 570-571.

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

من أجل أن يقوم المستهلك بالوفاء وتبرئة ذمته المالية ، فقد خصصت له مجموعة من الوسائل منها ما هو تقليدي وتم تطويره ، ومنها ما هو مستحدث . لذلك سيتم التطرق إلى المقصود بوسائل الدفع الإلكتروني وصورها .

أولاً : تعريف وسائل الدفع الإلكتروني : سيتم التطرق إلى التعريف التشريعي لوسائل الدفع الإلكتروني (1) ، ليتم التطرق إلى التعريف الفقهي (2) .

1 / التعريف التشريعي لوسائل الدفع الإلكتروني : عرف المشرع وسائل الدفع الإلكتروني بموجب م 69 من الأمر 11-03 السابق الذكر ، بأنها : "كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل" .

ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف أنه إعترف بكل وسائل الدفع ، فهو تعريف واسع حيث يتضح ذلك من عبارة : "كل الأدوات" ، كما يتضح من عبارة : "الأسلوب التقني المستعمل" إعتراف المشرع بوسائل الدفع الإلكترونية ، وهو ما عززه بموجب ف 05 من م 06 من ق 18-05 السابق الذكر ، التي عرفت وسيلة الدفع الإلكتروني ، بأنها : "كل وسيلة دفع مرخص بها طبقاً للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد ، عبر منظومة إلكترونية" . وإذا تم تأييد المشرع في تعريفه لوسائل الدفع الإلكترونية وإعترافها بها ، إلا أنه يتوجب التحفظ على مصطلح عن قرب الذي يفهم منه الدفع العادي ، أمّا الدفع عن بعد فيصلح للمعاملات الإلكترونية التي لا يجمع طرفيها مجلس عقد واحد .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وعرفها المشرع التونسي بموجب الفصل 08 من ق 2000-83 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية: "وسيلة الدفع الإلكتروني، الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات"¹.

2 /التعريف الفقهي لوسائل الدفع الإلكتروني :عرفها جانب من الفقه بأنها²: "الوسائل التي تمكن المتعاملين بتطبيقات التجارة الإلكترونية من التبادل المالي إلكترونيًا بدلًا من استخدام النقود المعدنية والورقية أو الشيكات الورقية، مما يسمح للبائعين عن طريق الإنترنت الحصول على أثمان منتجاتهم".

يلاحظ على هذا التعريف أنه قد أخرج وسائل الدفع الإلكترونية الأخرى، حيث حصرها في المبادلات المالية الإلكترونية فقط .

كما عرفت وسائل الدفع بأنها: "منظومة متكاملة من النظم والبرامج التي توفرها المؤسسات المالية والمصرفية بهدف تسهيل إجراءات عمليات الدفع الإلكتروني الآمنة، وتعمل هذه المنظومة تحت مظلة من القواعد والقوانين التي تضمن سرية تأمين وحماية إجراءات الشراء وضمان وصول الخدمة"³.

كما عرفها البعض على أنها: "كل الأدوات التي تسمح لكل شخص بتحويل الأموال مهما كانت الدعائم والأساليب التقنية المستعملة"⁴.

¹ ق 2000-83 مؤرخ في 2000/08/09 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع 64 الصادر في 2000/08/11 .

² خميخ محمد، المرجع السابق، ص 166-167.

³ حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 21.

⁴Thierry Bonneau, droit bancaire, Montchrestien édition, France, 1994, p.02.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وبهذا تختلف وسائل الدفع في معناها الواسع عن المفهوم الضيق والذي يقصد به السيولة النقدية والأوراق البنكية أو النقد بصفة عامة¹.

وعرفتها د/ باطلي غنية وسائل الدفع على أنها : "مجموعة من الوسائل التي تسيورها البنوك وتضعها تحت تصرف متعاملها بغرض التحويل الحر للأموال مهما كانت الوسائل والدعائم المستعملة"².

وهو التعريف الذي يمكن الأخذ به لأن وسائل الدفع ،هي :مجموعة الأدوات التي تسيورها الجهات المختصة وتضعها تحت تصرف زبائنها من أجل تسهيل الوفاء بالتزاماتهم مهما كانت الوسيلة المستخدمة ،مع مراعاة الأنظمة والقوانين المعمول بها في هذا المجال .

من خلال التعريفات السابقة فإن وسائل الدفع الإلكتروني تتمتع بجملة من الخصائص ،التي تميزها عن الوسائل التقليدية يمكن إجمالها في مايلي :

- ❖ **الطابع الدولي لوسائل الدفع الإلكتروني :** إن القول بتمتع وسائل الدفع الإلكتروني بالطابع الدولي ناجم عن إقرار أغلب الدول بها ،وإعتمادها عليها في عمليات الوفاء بالمنتجات أو الخدمات محل التعامل والذي يسمح بإشتراك أكبر عدد ممكن من المستهلكين³.
- ❖ **يسمح الدفع الإلكتروني باستعمال النقود الإلكترونية :** حيث يتم الوفاء بواسطة المخزون الإلكتروني لقيمة نقدية من خلال دعامة إلكترونية أو تقنية كاستعمال بطاقة ذاكرة رقمية أوامر التحويل وغيرها⁴.

¹باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .09.

²المرجع نفسه ،ص .11.

³قادي عبد المجيد ،المرجع السابق ،ص .159.

⁴باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .25.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

❖ تتميز بسهولة حملها : إذ تعفي صاحبها من حمل النقود معه لتسديد قيمة تعاملاته حيث تتم عن بعد فهي وسيلة صغيرة الحجم خفيفة الوزن ، وبالتالي توفر لمستعملها الأمان من سرقة نقوده¹.

❖ الدفع الإلكتروني يتم عن بعد باستخدام الكتابة القيدية : يستخدم الدفع الإلكتروني لتسوية معاملات الأطراف في بيئة رقمية ، إذ لا يجمع بين أطرافه مجلس عقد واحد ، ويقوم هذا النظام على التحويل الإلكتروني بين الحسابات ، والذي يقوم بدوره على الكتابة القيدية لا التعامل المادي للنقود ، وذلك من خلال جرد القيود في حساب المستفيد والمدين ، وفي بعض الحالات البنك المصدر لتتم عملية السحب أو الوفاء ، وهو ما جعل البعض يطلق عليه وصف الوفاء القيدي².

❖ التأكد من هوية الأطراف : وذلك لما تحتويه من معطيات شخصية تسمح بالتأكد من هوية حاملها³.

❖ إنخفاض تكلفتها : تتميز أيضا بإنخفاض كلفة استعمالها ، مما يجعلها الوسيلة المفضلة لدى المستهلكين والموردين⁴.

❖ عدم إقتصارها على حدود جغرافية ولا مكانية : لا تعرف وسائل الدفع الإلكترونية قيودا مكانية أو زمانية ، إذ يمكن اللجوء إليها لتسديد الثمن في أي وقت ، ولا تعرف حدودا مكانية لأنها تسمح للمستهلك بالوفاء بثمن المنتجات كلما تعاقد عن بعد⁵.

وذلك راجع لطابعها الدولي ، ودولية الوسيلة المستعملة التي قلصت المسافات ، وألغت الحدود المكانية والزمانية نظرا لسرعة إنتشارها عبر العالم .

ثانيا :أنواع (صور) وسائل الدفع الإلكتروني :من أجل وفاء المستهلك بقيمة المنتجات التي تعاقد حولها عن بعد لابد من أن تتاح له وسائل دفع تتلائم وطبيعة العقود الإلكترونية المبرمة ، سواء بتطوير وسائل تقليدية تتناسب والدفع عن بعد أو خلق وسائل جديدة تسهل وتحفز المستهلك

¹ خميخ محمد ،المرجع السابق ،ص .168.

² باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .26.

³ قادري عبد المجيد ،المرجع السابق ،ص .159.

⁴ خميخ محمد ،المرجع السابق ،ص .168.

⁵ خميخ محمد ،المرجع السابق ،ص .168.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

،وتزيد من إقباله على عقود التجارة الإلكترونية وهي محل خلاف بين دارسي القانون .وسيتم تقسيمها إلى وسائل دفع إلكترونية تقليدية تلائم البيئة الإلكترونية ،ووسائل دفع إلكترونية مستحدثة .

1 / وسائل الدفع التقليدية المطورة : تتمثل وسائل الدفع التقليدية التي تم تطويرها في :التحويل المصرفي الذي أصبح إلكترونيًا ،بطاقات الدفع الإلكتروني ،الأوراق التجارية الإلكترونية .

أ .التحويل المصرفي :يعد التحويل المصرفي عملية من العمليات التي تقوم بها البنوك والذي يقصد به : "العملية التي تتمثل في تفريغ حساب شخص يسمى الأمر من مبلغ نقدي معين بناء على طلبه ،وقيد هذا المبلغ في الجانب الدائن لحساب آخر ،وقد يكون باسم الأمر نفسه أو باسم شخص يسمى المستفيد"¹.وهو عملية تجارية بحسب الموضوع حسب ب 14 م 02 من ق ت² : "يعتبر عملاً تجارياً بحسب موضوعه ... كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسة أو خاصة بالعمولة " .

وللتحويل المصرفي صورتين شائعتين ،قد يكون تحويلاً مصرفياً بسيطاً أو كما يطلق عليه بالتحويل المصرفي المباشر أو بواسطة بنك واحد ،وذلك لأنه يعتبر أبسط أنواع التحويل بحيث يتم بين حسابين لدى بنك واحد سواء لشخصين مختلفين أو لصالح الأمر نفسه .إذ يقوم البنك بخصم مبلغ الحوالة من حساب الأمر وتحويله بإضافته إلى حساب المستفيد منه ،وهي عملية آنية يتم الخصم والإضافة في نفس الوقت ،وذلك عند القيد في كل حساب بواسطة جهاز الكمبيوتر³.

¹باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 32.

² القانون رقم 75-59 ،المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري ،ج .ر .ع 101 ،مؤرخة في 19 ديسمبر 1975 ،المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 93-08 ،المؤرخ في 25 أبريل 1993 ،ج .ر .ع 27 ،المؤرخة في 27 أبريل 1993 والمعدل بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005 ،ج .ر .ع 11 ،مؤرخة في 09 فيفري 2005.

³ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 50.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وقد يكون التحويل المصرفي مركبا وغير بسيط (تحويل غير مباشر) يتم بواسطة بنكين إذ يقوم كل بنك بدور مزدوج بإعتباره وكيفا عن العميل ومنفذ عملية التحويل .سواء كان بين حسابين لبنكين مختلفين -حسابين للآمر أحدهما لدى بنك والثاني لدى بنك آخر -، أو أن يكون حساب الأمر لدى بنك وحساب المستفيد لدى بنك آخر وتتم العملية من خلال قيد بنك الأمر للمبلغ المطلوب تحويله في الجانب السلبي (المدين) لحساب الأمر ،بعد أن يكون قد وضع لدى بنك المستفيد إئتمانا يساوي المبلغ محل عملية التحويل .وهو أمر منطقي لأن بنك المستفيد لا يقوم بأداء هذا المبلغ من ذمته المالية ،ليتم قيده في الجانب الدائن لحساب المستفيد الموجود لدى بنك هذا الأخير ؛على أن تتم تسوية علاقة المديونية بين البنكين إما بإجراء مقاصة بينهما أو بواسطة شيك أو بتحويل المبلغ من حساب المدين إلى حساب المستفيد ،أو أن تتم تسويته في حال عدم وجود علاقة مباشرة بين البنكين من طرف بنك ثالث وسيط بينهما بإجراء مقاصة أو عن طريق القيود الحسابية ،أو بواسطة الشيكات وهي الصورة الأكثر تعقيدا من صور التحويل المصرفي¹.

لقد ساهمت التطورات التكنولوجية وسرعة المعاملات ،فضلا عن ظهور التجارة الإلكترونية في تطور نظام التحويل المصرفي ،فظهر نظام التحويل المالي الإلكتروني ،والذي عرّف بأنه : "عملية منح الصلاحية لبنك ما للقيام بحركات التحويلات المالية الدائنة والمدينة إلكترونيا من حساب إلى حساب بنكي آخر ... تتم إلكترونيا عبر الهواتف وأجهزة الكمبيوتر وأجهزة المودم عوضا عن استخدام الأوراق ،وتنفذ عمليات التحويل المالي عن طريق دار المقاصة الآلية"².

¹ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 50-53.

² كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 581-582.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وقد عرفه قانون التحويل المصرفي الإلكتروني الأمريكي بأنه: "عملية تحويل للأموال تبدأ وتنفذ من خلال وسيلة إلكترونية كالهاتف، الحاسوب، أو شريط مغناطيسي بهدف أمر أو توجيه أو تفويض منشأة مالية بإجراء قيد دائن أو مدين في الحساب"¹.

أو هو: "استخدام الوسائط الإلكترونية لتحويل مبلغ نقدي، من خلال استخدام شرائط ممغطة، أو أسطوانات تسجل عليها تعليمات التحويل"².

وتعرفه د/ كوثر سعيد عدنان خالد: "أمر يوجه من العميل باستخدام الكمبيوتر الخاص به لبنكه بمقتضاه يقوم البنك عن طريق القيد الإلكتروني بنقل مبلغ من النقود من حسابه إلى حساب آخر (حساب المستفيد) إذا كان الحساب الآخر لدى نفس البنك، أما إذا كان الحساب المحول إليه لدى بنك آخر يتم النقل إليه عن طريق المقاصة الإلكترونية"³.

ويتم التحويل المصرفي الإلكتروني بأمر يوجهه العميل لبنكه بواسطة جهاز حاسوبه يأمره بتحويل مبلغ نقدي من حسابه إلى حساب شخص آخر (المورد) وهو المستفيد من أمر التحويل، بعد أن يتأكد البنك من كفاية رصيد عميله يقوم بتحويل المبلغ النقدي من حساب العميل (المستهلك) وقيدته في حساب المستفيد (المورد) هذا إذا كان لكلا الطرفين حسابين لدى بنك واحد، أما إذا كان لكل طرف حساب لدى بنك آخر -حسابين لدى بنكين مختلفين- فإما أن يتم إجراء مقاصة مباشرة إذا وجد لكلا البنكين حساب لدى الآخر، أو أن يتم بتدخل بنك ثالث وسيط بينهما إذا وجد لكل منهما حساب لديه⁴.

¹باطلي غنية، المرجع السابق، ص 54.

²محمود أحمد إبراهيم الشرفاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات المتحدة بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة دبي 10-12/08/2003.

³كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 583.

⁴المرجع نفسه، ص 583.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وتوجد عدة وسائل يمكن من خلالها تنفيذ التحويل الإلكتروني، منها¹: FEDWIRE, SWIFT, CHIPA.

***FEDWIRE**: إختصار لكلمة **reserve wire network federal** نظام يسمى بالشبكة الفيدرالية للتحويل البرقي، تتم إدارته بواسطة البنك الإحتياطي الفيدرالي الأمريكي حيث يتيح هذا النظام التواصل الدائم بين المؤسسات المصرفية والبنك الفيدرالي، كما يسمح بالتحويل المتبادل للأرصدة النقدية، دون اللجوء إلى الشيكات التقليدية .

***SWIFT** اختصار لكلمة **inter financial Transfer télécommunication** : **society for world wide**، ويقصد بها :شبكة اتصالات دولية إلكترونية بين البنوك تمتاز بدقة خدماتها وذلك بفضل برامج المعلوماتية المبنية على السرية والسلامة ،التعريف التوثيق والحفظ ،كبدل عن الإيمائل في عمليات الدفع على الإعتمادات .

***CHIPS** اختصار لكلمة **Clearing Inter Bank Payment System**، ويقصد به "نظام الدفع بين البنوك في غرفة المقاصة ،التي يقع مقرها في مدينة نيويورك ،"يتيح هذا النظام التبادل بين المشاركين واحتساب صافي الوضع التبادلي في تسهيل عملية إرسال أوامر الدفع بصورة مباشرة من أنظمة المصارف إلى النظام المركزي لإتمام عملية التسوية المباشرة " .

وتتميز عملية التحويل المصرفي للأموال بأنها :وسيلة مثالية للدفع والوفاء بقيمة التعاملات دون حاجة إلى نقل النقود ،كما يضمن تسويتها بسهولة تفوق الشيكات أو أية وسائل أخرى سواء تقليدية أو إلكترونية .كما تجب الإشارة إلى ضرورة إتفاق الأطراف على الوفاء بهذه الطريقة قبل اللجوء إليها².

¹باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 55-56.

²كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 583.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ب. بطاقات الدفع الإلكتروني (البطاقات البنكية) : نص المشرع على بطاقات الدفع والسحب بموجب القانون التجاري ، أين عرف بطاقة الدفع بموجب م 543 مكرر 23 من ق 02/05 السابق الذكر ، بأنها : "تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لأصحابها بسحب وتحويل أموال " .

وعرف المشرع اللبناني البطاقة المصرفية بموجب ف 06 م 01 من ق 81/18 السابق الذكر ، بأنها : "هي أداة صادرة عن مصرف أو مؤسسة مالية مرخص لها بإصدارها من قبل مصرف لبنان ، تتيح لأصحابها سحب الأموال النقدية أو إجراء عملية دفع إلكتروني للأموال النقدية أو أي خدمات مصرفية أو مالية أخرى" .

أما من الناحية التقنية : فيقصد بها : "بطاقة صغيرة من البلاستيك تحمل بيانات خاصة بصاحبها وبالمؤسسة المصدرة ، بالإضافة إلى بيانات غير ظاهرة في البطاقة توجد على الشريط المغناطيسي وذاكرة اصطناعية تضم جميع المعطيات التي تسمح بإجراء عمليات الأداء للتجار المنخرطين في نظام البطاقة وتمكنهم البطاقة من السحب من الشبائيك الأوتوماتيكية التابعة للمؤسسات المصدرة للبطاقة" ؛ أو هي : "بطاقة ذات شكل مستطيل مصنوعة من مادة الكلوريد فيل PVC غير المرن ، أو من مادة البلاستيك ، تحتوي من جهة على بيانات مرئية منها : اسم صاحبها (العميل) ورقم حسابه وفي بعض الأحيان توضع صورته عليها ، فضلا عن بيان تاريخ نهاية صلاحيتها ، ومن جهة أخرى تتضمن بيانات أخرى لكنها غير مرئية ، إذ يتم تثبيتها على الشريط المغناطيسي للبطاقة ، كالبيانات الخاصة والمشفرة والتي تتعلق بكل من العميل وبنكه"¹.

ونظرا للخلط بين بطاقات الوفاء الإلكتروني عن غيرها من البطاقات الأخرى ، ارتأت الدكتورة كوثر سعيد عدنان خالد أن تساير ما ذهب إليه الفقه ، وتطلق عليها اسم بطاقات الإنترنت

¹ باطلبي غنية ، المرجع السابق ، ص 139. كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 572-573.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

،وعرفتها : "بطاقة ممغنطة تصدرها البنوك المرخص لها في ذلك :بمبلغ معين بمقتضى عقد مبرم مع البنك تتيح لحاملها شراء السلع والحصول على الخدمات من خلال شبكة الإنترنت ،والوفاء باستخدامها في حدود المبلغ الذي صدرت به"¹.

ب . 1 خصائص البطاقات البنكية :من خلال التعريفات السابقة يمكن الوقوف على الخصائص التالية :

❖ تعدد أطراف العلاقة القانونية في بطاقات الدفع الإلكتروني :إذ تجمع العلاقة بين ثلاثة أطراف² :

1. مصدر البطاقة :ويتمثل في البنك أو المؤسسات المالية الكبيرة ،التي تحصل بموجب عقد على ترخيص من المركز العالمي للبطاقة لإنشائها وتقديمها لعملائها وذلك بهدف تسهيل عملية الوفاء في مختلف معاملاتهم .

2. المورد :غالبا ما يكون شخصا معنويا يقبل الوفاء بهذا النظام بموجب اتفاق بينه وبين البنك المصدر للبطاقة ،الذي يقوم بتحويل مبلغ قيمة المشتريات المدفوع من طرف حاملها إلى حساب المورد .ولا يوجد ما يمنع أن يكون المورد شخصا طبيعيا فيقبل التعامل بهذه الوسيلة .

3. حامل البطاقة :وهو الشخص الذي يتعاقد مع المصدر (البنك أو المؤسسة المالية) من أجل الحصول على بطاقة الدفع للوفاء بحاجياته ويسمى العميل (الزبون /المستهلك) .

❖ استقلالية العلاقات القانونية الناتجة عن بطاقات الدفع الإلكتروني :تجمع بين كل طرفين من أطراف الدفع الإلكتروني علاقة قانونية مستقلة عن غيرها من العلاقات ،إذ يوجد عقد بين مصدر البطاقة والمورد من جهة ؛وعقد يجمع المورد بحامل البطاقة (المستهلك) وآخر بين الحامل ومصدر البطاقة (البنك) .إذا يوجد ثلاث عقود يكون فيها الوفاء مطلقا فلا يمكن للمورد أن يرجع عى المستهلك بحجة إفلاس البنك ،بل يدخل في التفليسة ليستوفي حقه ،ولا

¹كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 573-574.

²باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 141-142.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

يمكن أيضا لأي طرف أن يتمسك بدفع أو أكثر ناتج عن علاقته مع طرف آخر ليهرب من تنفيذ التزاماته ،التي تتمتع بدورها بالاستقلالية¹.

كما لا يمكن للبنك إذا ثار بينه وبين المورد نزاع لا علاقة للمستهلك فيه ،أن يتملص من التزامه بالوفاء بقيمة المشتريات) .

ب .2. أنواع بطاقات الدفع الإلكترونية :تختلف وتتعدد بطاقات الدفع الإلكتروني باختلاف الزاوية التي ينظر منها إليها ،وهو ما أدى إلى صعوبة تحديدها وتمييزها ،فضلا عن تنوع وتعدد الجهات المصدرة لها ،دون نسيان طابعها التقني المعقد² .

وإذا كانت البطاقات البنكية أو كما يطلق عليها ببطاقات الإئتمان تتشابه من حيث شكلها المادي ،إلا أنها تختلف عن بعضها من حيث الوظيفة التي تقوم بها ،حيث قسمت سابقا إلى بطاقات وفاء وإئتمان ،وبحسب مصدرها أو بالنظر إلى وظيفتها ،أما حاليا فتقسم كأصل بحسب

¹من أبرز الأسباب التي أدت إلى ازدهار المعاملات الإلكترونية ،ظهور منظمات عالمية ومؤسسات كبرى مالية وتجارية في مجال نظام الدفع الإلكتروني ،أهمها :

1. **المنظمات العالمية :** لا تعد مؤسسات مالية بل عبارة عن ناد يمنح تراخيص تسمح للبنوك بإصدار البطاقات ،على أن تقدم لهم هذه المنظمات مساعدات في مجال إدارة خدماته ،ومن أشهر هذه المنظمات :

- **مؤسسة فيزا كارد العالمية للخدمات :**تأسست سنة 1966 ،كناد تنظم إليه البنوك الراغبة في إصدار بطاقات الإئتمان (المتجددة) أو الشيكات السياحية .

- **مؤسسة ماستر كارد :**تأسست سنة 1967 وانظمت إليها مؤسسة أمكس كارد البريطانية سنة 1972 مقرها سانت لويس بنيويورك ،تحتل المرتبة الثانية بعد الفيزا كارد وتتعامل مع المؤسسات والمحلات التجارية وأجهزة الصراف الآلي .

2. **المؤسسات المالية الكبرى :**تشرف على عملية إصدار البطاقات مباشرة دون أن تمنح لأي بنك ترخيص بالإصدار وتتولى بنفسها الحصول على حقوقها من حاملي البطاقات أشهرها :أمريكان إكسبرس ،ودينزكلوب الدولية اليابانية .

3. **المؤسسات التجارية الكبرى :**تقوم هذه المؤسسات بإصدار البطاقة لعملائها لتسوية مشترياتهم سواء من هذه المؤسسة أو من أحد فروعها ،حيث تصدر بطاقات إئتمانية في حدود مبلغ محدد ولمدة أشهر ،على أن يتم تحصيل القيمة في

نهاية الشهر بصفة كلية ،أو جزئية من أشهرها : Tec-cand A-Holyd Remboy زواش زهير ،دور نظام الدفع الإلكتروني في تحسين المعاملات المصرفية -دراسة حالة الجزائر - ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية ،كلية

العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ،جامعة العربي بن المهدي ،أم البواقي ،2010-2011 ،ص 78-80 . باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 143.

² Paul Le Cannu ,Thierry Granier ,Richard Routier ,Droit commercial ,Instrment de paiement et de credit Tirisation 8^{eme} edition ,Daloz ,France ,2010 ,p.199.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وظائفها ، وأن التعدد الذي عايشته بالأمس أصبح استثناء اليوم ، إذ تعمل البنوك على دمج أنواع البطاقات الدائنة في بطاقة واحدة ، بدمج بطاقة الإئتمان والتحويل الإلكتروني والصراف الآلي في بطاقة واحدة تحمل شعار البنك والمؤسسة المنظمة لها¹ .

سيتم التطرق إلى التقسيم الإقتصادي ،فالتقسيم القانوني والذي أخذ به المشرع ،ثم التقسيم التقني .

❖ **التصنيف الإقتصادي لبطاقات الدفع الإلكتروني :** من هذه الزاوية يمكن تقسيم البطاقات البنكية إلى أربع أنواع :بطاقات الإئتمان ،بطاقات الوفاء ،وبطاقات الضمان وبطاقات السحب .
النوع الأول :بطاقات الوفاء :وهيّ : "البطاقات التي تخول لصاحبها أداء جميع المبالغ المترتبة في ذمته اتجاه مورديه " ،وتعتبر في معناها الضيق وسيلة بسيطة للدفع ،لا تشكل في حد ذاتها عملة أداء نقدية ،بل تسمح بتنفيذ عملية الوفاء ،من خلال خصم المبلغ من حساب حاملها وقيده في حساب المورد ،ويمكن تقسيمها إلى :بطاقات مدينة وجدت من أجل أداء وظائف الحسابات البنكية للعميل .وبطاقات دائنة صادرة عن مؤسسات الإئتمان ،التي لا تشرف على حسابات العميل البنكية (مؤسسة غير البنك) على أن يقوم العميل بالوفاء لها بقيمة الفواتير التي دفعتها ،سواء بواسطة شيك أو عن طريق الإقتطاع المالي من حسابه البنكي ،وهو الأسلوب الأكثر شيوعا لدى بعض المؤسسات كأمریکان إكسبرس ودينز كلوب² .

وتجب الإشارة أن تسميتها ببطاقة الوفاء لا تمنع عنها إمكانية السحب بها ،وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي بموجب م 1/518 من قانون النقد والمال : "تشكل بطاقة الوفاء كل بطاقة صادرة من طرف مؤسسة إئتمان أو هيئة مذكورة في المادة 1/518 ،والتي تسمح لصاحبها بسحب وتحويل الأموال"³ .

¹ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .146-149.

² باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .150-151.

³ Paul Le Cannu ,Thierry Granier ,Richard Routier ,Op.cit ,p .201.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

كما يمكن التمييز فيها بين بطاقات الدفع غير المؤجلة وبطاقات الدفع المؤجلة، يسمح النوع الأول لحامله بإتمام الحصول على المنتجات من الموردين المجهزين بنهايات إلكترونية للوفاء TPE-عرفت سابقا بالنهايات الطرفية للبيع - من خلال الإنقاص من حسابهم إذا كانت TPE تتم عبر الشبكة، وإن لم يكن على الخط غالبا ما تنفذ مباشرة في اليوم الموالي، بعد تسجيل جميع المعاملات وحفظها على دعامة ممغنطة وتحول كل يوم لحاسوب البنك مرة واحدة، أما الوفاء ببطاقات الدفع المؤجلة فيتم بوجود فارق زمني بين تاريخ الفاتورة وتقييد الدين في حساب العميل، وهو ما يعتبر وفاء مؤجلا في صورة ائتمان، لا يضيف عليها وصف بطاقات الائتمان لأنها لم تصدر وفق مقتضيات هذا النوع من البطاقات¹.

النوع الثاني: بطاقات الائتمان: وهي "البطاقة التي تصدر عن مؤسسة ائتمان تخول لصاحبها الحصول على إئتمان في حدود مبلغ محدد يسمح بتغطية هذه القيمة في البنك الذي أصدرها على أن يمنحه أجلا لتسديد القيم التي قام البنك بدفعها، ولا يمنح هذا النوع من البطاقات إلا إذا قدم البنك ضمانات عينية أو شخصية كافية"².

تعتبر بمثابة قرض استهلاكي وتخضع لنظام الفائدة المطبق على القروض، ولا تعد كل البطاقات المتداولة بطاقات إئتمان بل قد تلعب دورا مزدوجا بأن تكون بطاقة إئتمان ووفاء في نفس الوقت³.

وصنفها الفقه في ما بعد إلى نوعين⁴: البطاقات الائتمانية المتجددة، والبطاقات الائتمانية غير المتجددة، أما النوع الأول: فقد ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية في أواخر الستينات من خلال بطاقتين هما الفيزا والماستر تصدرها البنوك في حدود مبالغ محددة، يخير فيها العميل بين

¹باطلي غنية، المرجع السابق، ص. 152.

²خمخيم محمد، المرجع السابق، ص. 170.

³باطلي غنية، المرجع السابق، ص. 153-155.

⁴ المرجع نفسه، ص. 165-169.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

السداد الكلي لقيمة الفاتورة أو تسديد جزء منها في فترة الإستفادة منها ،على أن يسدد الباقي خلال فترة أو على فترات لاحقة ويتم تجديده بحسب الإتفاق .لا يمنح هذا النوع إلاّ بعد التأكد من شخص العميل والضمانات المقدمة ،ولها ثلاثة أنواع :

- البطاقة الفضية أو العادية :لا تتجاوز قيمة القرض الممنوح لحاملها حدا أعلى .
- البطاقة الذهبية أو الممتازة :لا يتجاوز القرض فيها الحد السابق وقد لا تتضمن حدا معيناً ،كبطاقة أمريكيان إكسبرس التي تمنح للأثرياء مع دفع رسوم باهضة .
- البطاقة البلاطينية :تتميز بمواصفات إضافية تمنح حسب كفاءة العميل ودرجة وثوق المصرف به .

في حين يقصد بالنوع الثاني :البطاقات التي يقدمها البنك لحاملها تتضمن قرضاً يتحدد بحسب ما إذا كانت البطاقة فضية أو ذهبية ولمدة معينة .على أن يقوم العميل بالدفع خلال مهلة شهر من تاريخ السحب وبصفة كاملة لا مجزئة ،ونظراً لأن مدة الإئتمان فيها محددة بشهر لا يمكن للعميل تجاوزه فقد سميت ببطاقات الصرف الشهري (كما سميت ببطاقات الحسم الآجل ،بطاقات الإئتمان ،بطاقات الإقراض المؤقت من غير زيادة ربوية)،ويعتبر هذا النوع من البطاقات أداة وفاء وإئتمان .

النوع الثالث :بطاقة ضمان الشيكات :بموجب هذا النوع من البطاقات يتعهد البنك بتسديد قيمة الشيكات المحررة من طرف عميله ،ولا يتم ذلك إلاّ طبقاً لشروط معينة¹ ،ولا تعد بطاقة ضمان الشيكات في حد ذاتها أداة وفاء ،لأن الهدف منها يكمن في ضمان الوفاء بالشيك في حدود المبلغ الذي تم الاتفاق عليه ،وتحديده² .

تحتوي هذه البطاقة على اسم العميل وتوقيعه ورقم الحساب ،والحد الأقصى الذي يتعهد البنك بالوفاء به ،ويتم العمل بها من خلال تحرير شيك من طرف العميل لأحد الموردين ويقوم بتدوين

¹ بشار محمود دودين ،محمد يحي المحاسنة ،المرجع السابق ،ص .204.

² Fady Nammour ,les instrument de paiement et de credit ,édition bruylant ,LGDJ ,DELTA ,Bruylant ,2008 ,p.78.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

رقم البطاقة عليه ،ويقوم المورد بالتأكد من مدى صلاحيتها للاستعمال¹، وبذلك يتجلى الفرق بين بطاقات ضمان الشيكات وبطاقات الإئتمان فيما يلي² :

❖ يستطيع الحامل بموجب بطاقة ضمان الشيكات الوفاء بقيمة الشيك لأي شخص كان ،على عكس بطاقات الإئتمان التي لا يتم التعامل بها إلا مع الموردين الذين يتعاقدون مع مصدر البطاقة .

❖ تضمن بطاقة ضمان الشيكات الوفاء بقيمة الشيك ،في حين تضمن بطاقات الإئتمان الوفاء بقيمة المشتريات أو الخدمات المتحصل عليها .

❖ قد يرفض البنك وفاء بطاقة ضمان الشيكات بسبب تجاوز الحامل للحد الأقصى المسموح به ،على أن عدم وجود رصيد يمكن إعتبره جريمة إصدار شيك دون رصيد ،أما بطاقات الإئتمان فتخول لحاملها إمكانية تسديد المصدر لقيمة السلع والخدمات في حدود ما يسمح به ،وفي حالة ما إذا ترتبت مبالغ زائدة فيتم استفاؤها من الحامل .

النوع الرابع: بطاقات السحب : يمكن هذا النوع من البطاقات للعميل حق سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى متفق عليه مع الجهة المسحوب عليها³. ويتم العمل بها من خلال إدخال البطاقة إلى جهاز السحب الآلي ،ويدخل العميل رقمه السري الذي يعتبر بمثابة توقيع إلكتروني ،ثم يحدد المبلغ المراد سحبه ،بعدها يتم سحب البطاقة بطريقة آلية ،ولا يمنح هذا النوع من البطاقات إئتمان للعميل إلا إذا وجد إتفاق خاص مع البنك من خلاله غطاء معين من النقود⁴.

❖ **التصنيف القانوني لبطاقات الدفع الإلكتروني⁵ :** أخذ به المشرع الفرنسي بموجب القانون 91-

1382

¹ نضال سليم برهم ،أحكام عقود التجارة الإلكترونية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،2010 ،ص .125.

² المرجع نفسه ،ص .126-127.

³ بشار محمود دودين ،محمد يحي المحاسنة ،المرجع السابق ،ص .204.

⁴ نضال سليم برهم ،المرجع السابق ،ص .125.

⁵ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .159-160.

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الذي صنف البطاقات البنكية إلى نوعين :بطاقات الدفع ،وبطاقات السحب ،كما أخذ المشرع بنفس التصنيف.

النوع الأول :بطاقات الدفع :ويقصد بها حسب م 1/511 من قانون النقد والمال الفرنسي "البطاقات التي تصدر من مؤسسات الإئتمان التي تمارس النشاط المصرفي ،ومنها البنوك ،الخزينة العامة ،بنك فرنسا ومصلحة البريد ،صندوق الودائع والأمانات ،وتسلم هذه البطاقات لغايات الشراء من المؤسسات ذاتها".

النوع الثاني :بطاقات السحب :لا تصدر من المؤسسات الإئتمانية ،كما لا تخول لصاحبها الدفع أو تحويل الأموال ،بل يتم إصدارها لتحقيق غاية واحدة ،وهي سحب الأموال من الشبايك التابعة للمصدر G.A.B ،أو من الموزعات الآلية D.A.B،وعلى هذا الأساس لا تعد بطاقات السحب وسيلة دفع بل تؤدي خدمة الصندوق.

❖ **التصنيف التقني لبطاقات الدفع الإلكتروني :** تنقسم البطاقات البنكية من منظور تقني إلى نوعين بطاقة تقليدية بشريط مغناطيسي ،وبطاقة بشريحة¹.

النوع الأول :البطاقة البنكية التقليدية بالشريط المغناطيسي :يحتوي هذا النوع من البطاقات على شريط مغناطيسي يتضمن مجموعة من البيانات ،الاسم ورقم البطاقة ،تاريخ صلاحيتها الرقم السري ،تاريخ آخر معاملة ،عدد محاولات الدخول بالرقم السري ،والسقف المسموح به للسحب .

النوع الثاني :البطاقة بالشريحة :بالإضافة إلى الشريط المغناطيسي تتضمن هذه البطاقة شريحة تعد بمثابة كمبيوتر صغير حقيقي بذاكرة حية تحتوي على البرنامج ،وأخرى مينة مبرمجة ومساحة تقسم إلى أربعة مناطق تحتوي المنطقة الأولى على معلومات تتعلق بالمصدر البنك ،والحامل ،في حين تتضمن المنطقة الثانية الرقم السري ومختلف المفاتيح ،لتخصص المنطقة الثالثة لإحتواء اللوغاريتميات الخاصة بالبطاقة بهدف معالجة العدد العشوائي واللازم لصحتها أو توثيقها ،أما

¹ باظلي غنية ،المرجع السابق ،ص 161-162.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

المنطقة الرابعة فيتم من خلالها معالجة وكشف كل العمليات تهدف إلى مراقبة عدد عمليات السحب ،وعدد مرات إدخال الرقم السري الذي أدخل بطريق الخطأ .

كما عمل الفقه على تقسيمها إلى :

- **البطاقات مدينة الدفع**: تسمح للعميل بتسديد قيمة السلع والخدمات من خلال السحب مباشرة من رصيده وتحويل الأموال إلى المورد ،وتتميز هذه البطاقات بوجود رصيد فعلي للزبون لدى البنك في صورة حسابات جارية تغطي قيمة السحب المتوقع من العميل¹ .
- **بطاقات الدفع المسبق**: وهي بطاقات تسمح لحاملها بشرائها ودفع ثمنها مسبقا دون شرط أن يكون لديه حساب فعلي لدى البنك ،غالبا ما يحدد سقفها ،لا تتيح لصاحبها أي إئتمان². تتخفض قيمتها عند كل استعمال ،ومن أمثلتها الندوات الهاتفية ،وبطاقات النقل الداخلي العام³.

تنقسم بدورها إلى⁴ :

- **بطاقات مسبقة الدفع قابلة للتجديد**: يمكن لصاحبها إعادة تعبئتها بعد إنتهاء قيمتها على أن يظل محتفظا بها لاستعمالها بعد إعادة تعبئتها .
- **بطاقات مسبقة الدفع غير قابلة للتجديد**: بحيث تتلف البطاقة بمجرد انتهاء مخزونها النقدي ،ولعل الأكثر شيوعا لها تلك البطاقات التي يكون الهدف منها التبضع عبر الإنترنت تتضمن رقما سريا مخفيا لا يظهر إلا إذا تم حكه ومن ثم استعماله عبر الهاتف أو البريد أو الإنترنت .
- **بطاقات الحسم الفوري أو بطاقات السحب المباشر من الرصيد**: وهي البطاقة التي يكون لحاملها رصيد بالبنك فيسحب منه مباشرة قيمة السلع والخدمات المقدمة إليه ،بناء على سندات

¹ المرجع نفسه ،ص .164.

² حوالمف عبد الصمد ،المرجع السابق ،ص 103-104.

³ باطللي غنية ،المرجع السابق ،ص .164.

⁴ حوالمف عبد الصمد ،المرجع السابق ،ص .104.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

موقعة منه .ويتم الدفع في حدود رصيده ،ليقوم البنك مباشرة بعملية الخصم .تتميز هذه البطاقات¹:

- ❖ مجانية استعمالها ،ما عدا إذا تمت لسحب الأموال فيسدد العميل رسوم هذه العملية أوإذا اشترى بها عملة أخرى عن طريق المؤسسة المصدرة للبطاقة .
 - ❖ لا تمنح هذه البطاقة لصاحبها أي إئتمان إلا إذا وجد إتفاق على ذلك .
 - ❖ تتميز بسهولة الاستعمال فضلا عن تجنب العميل مخاطر السرقة.
- وتجب الإشارة إلى أن العمل بالبطاقات البنكية يختلف باختلاف شكلها²الذي تطور بتطور التكنولوجيا ،حيث يتم استعمال بطاقات الإئتمان بما فيها بطاقات الوفاء من خلال اللجوء إلى التحويل الإلكتروني للأموال من نقاط البيع ،فيتم الدفع ببطاقة من البطاقات التي حصل عليها الحامل بتقديمها للمورد ،الذي يمررها بدوره عبر جهاز متصل بشبكة وطنية للبطاقات ،أو بجهاز متصل بمركز البطاقات لدى البنك مصدر البطاقة .ويتم الإطلاع على رصيد الزبون بقراءة

¹ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .165.

²البطاقة اليدوية :يحرر التاجر ثلاثة فواتير تتضمن مبلغ المشتريات وتاريخ العملية ،ثم يطبع عليها اسم المحل وذلك باستخدام طابعة ،وبواسطة آلة ميكانيكية صغيرة يتم أخذ البصمة عليها ،بعد ذلك توضع البطاقة والفواتير في ماكينة مخصصة لذلك ليتم طباعتها بواسطة حركة بسيطة ذهابا وإيابا ،التمنح الفاتورة للعميل ونسخة منها لبنكه أو للجهة المصدرة ليتم الوفاء لفائدة المورد على أن يحتفظ هذا الأخير لنفسه بنسخة منها.إن الملاحظ لهذه الطريقة يدرك سلبيتها ،فلا يعرف فيها الحد المسموح به للعميل كما لا تتيح فرصة الإطلاع على الاعتراضات الممكنة ،فضلا عن إمكانية تزوير الفواتير ،ولتفادي سلبيات هذه الماكينة أصبحت المحلات التجارية تستخدم آلات حديثة تطبع لوحدها جميع المعلومات اللازمة ،وذلك بمجرد إدخال البطاقة الرقم السري للعميل والتي تعتبر بمثابة توقيع إلكتروني يغني المستهلك عن التوقيع اليدوي على الفاتورة .

البطاقة بالشريط المغناطيسي :سبق تعريفها بأنها:بطاقة تحتوي مجموعة المعلومات اللازمة للسحب DAB أو GAB لدى الموردين الذين يستعملون TPI و TPE وتعمل هذه الأخيرة على التحقق من البطاقة لذلك يتم ربطها بمركز التراخيص عبر نظام "على الخط" وبذلك لها دور رقابي .

البطاقة بذاكرة أو البطاقة بشريحة :تحتوي كما سبق ذكره على كومبيوتر مصغر يتولى عملية قبول أو رفض عملية الدفع أو السحب .

البطاقة الافتراضية :لا يضع البنك تحت تصرف عميله بطاقة حقيقية ،بل يمنحه رقما وحيدا موجه لتسوية عملية محددة . تستعمل هذه البطاقة لمرة واحدة فقط غير قابلة للتجديد مما يسمح بتحديد المخاطر التي قد تنجم عن الدفع الإلكتروني ،غير أنها تفرض على العميل ضرورة الحصول على الإذن المسبق من البنك .

باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .144-146.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

البطاقة من خلال المعلومات الموجودة على الشريط المغنط ،فإذا كان الرصيد كافيا يخصم المبلغ من حساب الزبون ويقيد في حساب المورد ،أما إذا كان الرصيد غير كاف للوفاء فإن الجهاز يشير بعدم إمكانية الدفع بهذه الطريقة وبهذا تلغى عملية الدفع¹.

ت .الأوراق التجارية المعالجة إلكترونيا :يقصد بالأوراق التجارية الإلكترونية : "محررات معالجة إلكترونيا بصورة كلية أو جزئية ،تمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود ،وقابلة للتداول بالطرق التجارية ،مستحقة الدفع لدى الإطلاع أو بعد أجل قصير ،وتقوم مقام النقود في الوفاء"².وتعتبر وسيلة لتسهيل الوفاء بقيمتها عبر وحدات الجهاز المصرفي³.

من خلال التعريف يتبين أن للأوراق التجارية الإلكترونية صورتين⁴ :

ت 1 .الأوراق التجارية الإلكترونية الورقية :تصدر في شكلها التقليدي على محرر ورقي ،ثم يتم معالجتها إلكترونيا بواسطة دعامة إلكترونية ،كالسفتجة والسند لأمر الإلكترونيين .

ت 2 .الأوراق التجارية الممغنطة :هي الأوراق التي لا يوجد فيها أي تعامل للورق ،فبم إنشاؤها بصفة كلية وتامة عبر الدعامة الإلكترونية .

سيتم التطرق إلى السفتجة الإلكترونية ،فالسند لأمر الإلكتروني ،ثم الشيك الإلكتروني .

ت 2 . 1 .السفتجة الإلكترونية (الكيميالية) :للسفتجة الإلكترونية نفس الدور المنوط بالسفتجة التقليدية كأداة وفاء وإئتمان ،غير أن الإختلاف بينهما فرضته الوسيلة المستعملة ،حيث تتولى الكيميائية الإلكترونية مهمة الوفاء دون الإعتماد على المستند الورقي ،وهو ما سيؤدي إلى قيام

¹المرجع نفسه ،ص 144-145.

²مصطفى كمال طه ،وائل أنور بندق ،الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة ،دار الفكر الجامعي ،مصر ،2005، ص 343.

³هاني دويدار ،الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة إلكترونيا ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،مصر ،2003، ص 13.

⁴مصطفى كمال طه ،وائل أنور بندق ،المرجع السابق ،ص 343.هاني دويدار ،المرجع السابق ،ص 11. باطلي غنية المرجع السابق ،ص 233-234.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ثورة حقيقية على النصوص القانونية المنظمة للسفحة التقليدية ،لأن التحصيل يتم عن طريق كمبيوتر المقاصة¹. لذلك لابد من التطرق إلى المقصود منها ثم تحديد أشكالها .

ت 1. 1. 2. تعريف السفحة الإلكترونية : "هي محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج إلكتروني بصورة كلية أو جزئية ،يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الإطلاع أو في تاريخ معين"².

وعرفتها د. كوثر سعيد عدنان خالد ،بأنها : "صك ورقي يتضمن بيانات محددة نص عليها القانون يتم معالجتها إلكتروني بعد ذلك ،أو هي :صك إلكتروني بحسب الأصل ،وكلاهما يتضمن أمرا من الساحب إلى المسحوب عليه بدفع مبلغ من النقود للمستفيد في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو لدى الإطلاع"³ .

وتجب الإشارة إلى أن إخضاع السفحة الإلكترونية لنفس قواعد السفحة الورقية قد يفرض مشاكل من الناحية العملية ،لذا لابد من مراعاة الخصوصيات التي تفرضها الوسيلة المستعملة ،والتي قد تفرض مستقبلا على مختلف التشريعات الدولية والوطنية ضرورة التدخل لسن نظام قانوني خاص بالأوراق التجارية الإلكترونية (المنشأة على دعامة إلكترونية) .

ت 2. 1. 2. أنواع السفحة الإلكترونية :تنقسم السفحة الإلكترونية إلى نوعين⁴ :

¹باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 235.

²مصطفى كمال طه ،وائل أنور بندق ،المرجع السابق ،ص 345.

³كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 587-588.

⁴كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 588. باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 236-241.حوالف عبد الصمد

المرجع السابق ،ص 96.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

➤ **السفتجة الورقية المعالجة إلكترونياً:** وهي السفتجة التقليدية في شكلها الورقي التي يحررها الساحب ويوقع عليها ،ليقوم بعد ذلك بتقديمها إلى البنك من أجل تطهيرها ،ونقل البيانات الواردة بها على دعامة ممغنطة ،ليحصل قيمتها من بنك المسحوب عليه عن طريق المقاصة.

➤ **السفتجة الإلكترونية الممغنطة:** يرمز لها باختصار LCR تحرر من طرف الساحب على دعامة ممغنطة ويتسلمها من بنكه .يدون على تلك الدعامة بيانات السفتجة ،ثم يوقع عليها ويسلمها لبنك المستفيد ليتم تحصيل قيمتها من بنك المسحوب عليه .

ت 2. 2. **السند لأمر الإلكتروني:** ويقصد به : "محرر يتعهد فيه محرره بالوفاء بمبلغ معين في تاريخ محدد أو قابل للتحديد ،لأمر شخص آخر هو المستفيد". وبدوره ينقسم إلى سند لأمر ورقي معالج إلكترونياً ،وسند لأمر إلكتروني ذو دعامة ممغنطة ،وله نفس إجراءات السفتجة الإلكترونية من حيث الوفاء¹.

ت 2. 3. **الشيك الإلكتروني:** يعد الشيك الإلكتروني من أكثر الوسائل ملائمة للتجارة الإلكترونية ،حيث لا يختلف عن الشيك الورقي إلا من حيث الخصوصية التي تفرضها الوسيلة المستعملة ،لذلك لا بد من تعريفه وتحديد أنواعه ،وكيفية عمله ،وهو ما سيتم التطرق إليه .

ت 2. 3. 1. **تعريف الشيك الإلكتروني:** يقصد بالشيك : "صك محرر يتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى بنك يكون مسحوباً عليه ،بدفع مبلغ نقدي معين بمجرد الإطلاع عليه ،لفائدة المستفيد المعين في الصك أو لإذنه أو لحامله"²، أما الشيك الإلكتروني فيقصد به "محرر ثلاثي الأطراف معالج إلكترونياً بشكل كلي أو جزئي ،يتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد"³.

¹كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 589-591. لتفاصيل أكثر راجع باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 242-244.

²كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 588.

³مصطفى كمال طه ،وائل أنور بندق ،المرجع السابق ،ص 350.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

أو هو : "وثيقة إلكترونية تحتوي على البيانات التالية: رقم الشيك واسم الدافع ورقم حساب الدافع واسم المصرف واسم المستفيد والقيمة التي ستدفع ووحدة العملة وتاريخ الصلاحية والتوقيع الإلكتروني"¹.

كما عرف بأنه : "رسالة مشفرة وموقعة توقيعا إلكترونيا من طرف الساحب ليتم تحويل مبلغ من المال بقيمة الشيك إلى حساب المستفيد عن طريق إعطاء أمر لبنك لديه فيه حساب إلكتروني ، ويعمل عبر شبكة الإنترنت"².

من خلال التعريفات السابقة فإن الشيك الإلكتروني يتمتع بجملة من الخصائص تميزه عن الشيك الورقي ، تتمثل في مايلي³:

- كلاهما يخضع لنفس الإجراءات والشروط ، ما عدا أن الشيك الإلكتروني يتم بوسيلة إلكترونية ، بصفة مكتوبة وموقعة ، ولا يثار أي إشكال بالنسبة للدول التي تعترف بحجية المحررات الإلكترونية .
- يتميز الشيك الإلكتروني بإمكانية تظهيره لشخص ثالث غير أطرافه ، من خلال تمريره على جهاز القارئ ثم إدخال رمز خاص ليتم التأكد من وجود الرصيد من عدمه ، توفر هذه الخاصية ميزة الأمان والثقة خصوصا وأنه في حال انعدام الرصيد يتم إصدار اشعار بذلك .
- فضلا عما سبق ذكره ، يتميز الشيك الإلكتروني بإمكانية إجراء المقاصة بطريقة إلكترونية في وقت حقيقي لوجود آلية الشريط المغناطيسي ، أو خلية التخزين التي تتأكد من رصيده بصفة آلية بواسطة شبكة الاتصالات التي تربط بين البنوك العاملة بنظام المقاصة الإلكترونية . عكس الشيك الورقي الذي يتطلب في حال ما إذا تم إجراء المقاصة بين بنكين متواجدين في نفس المدينة مرور 24 ساعة و 48 ساعة إذا كانت المقاصة بين بنكين متواجدين في مدينتين مختلفتين .

¹سفر أحمد ، أنظمة الدفع الإلكترونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، د . س . ن . ص ، ص 44.

² خميخ محمد ، المرجع السابق ، ص 173.

³ باطلي غنية ، المرجع السابق ، ص 247-249.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- تعتبر الشيكات الإلكترونية آلية جديدة لحل مشكلة الشيكات المؤجلة فيحدد مدى جديتها .
 - كما تعد الشيكات الإلكترونية حلا لمواجهة جريمة تبييض الأموال ،لوجود جهاز مركزي يتولى عملية مراقبة جميع الشيكات الإلكترونية في جميع الدول التي تأخذ بهذا النظام .فمتى ما ثبت لدى الجهاز أن الشيك يدخل في عملية تبييض الأموال ،منع صرفه لدواع أمنية .
- ت . 2. 3. 2. أنواع الشيك الإلكتروني: تتعدد أنواع الشيك الإلكتروني¹، منها: نت شيك وأوشيك

- **نت شيك**: قام معهد العلوم بجامعة كارولينا في الولايات المتحدة الأمريكية بتطوير نظام الشيك الإلكتروني ،والذي يشترط أن يكون لكل من المورد والمستهلك حساب خاص تتم بواسطته عملية الدفع ،من خلال تحميل برنامج خاص بالزبائن على الحساب الآلي للمورد ،مما يسمح للمستهلك بأن يرسل للمورد شيكا إلكترونيا مشفرا ،وعلى هذا الأخير إما الحصول على قيمة الشيك نقدا بتحصيله من البنك ،أو استخدامه في تسوية معاملاته مع أشخاص آخرين .

- **أوشيك**: يسمح هذا النوع من الشيكات بانتقال نظام الدفع من العالم الحقيقي إلى العالم الافتراضي ويحتوي على نفس المعلومات التي يتضمنها الشيك الورقي ويخضع لنظامه القانوني ،وكان محل تجارب عديدة من طرف وزارة المالية الأمريكية في عام 2000 ويسمح هذا النوع من الشيكات بتسوية وإنجاز الصفقات البنكية بصفة آلية دون تكبد أي خسائر مالية قد تتجم عن عمليات الإحتيال ،كما يتميز بأنه نظام مؤمن بصفة جيدة ،ولعل السبب في ذلك يرجع إلى استعمال التوقيع الإلكتروني .

- ت . 2. 3. 2. **كيفية العمل بالشيكات الإلكترونية**: إن استخدام الشيك الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية يلائم الزبائن الذين لا يملكون بطاقات بنكية للدفع ،ويعد بنك سيتي وبنك بوسطن من بين البنوك التي اعتمدته ويتم العمل به كآلاتي :

¹ زماموش نذير ،آليات الدفع الإلكتروني ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 01 ،2017/2018 ،ص 97-98.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

قبل بداية استخدام الشيك الإلكتروني لابد من أن يكون لدى كلا طرفيه -المستهلك والمورد- حساب خاص لدى البنك ،أو لدى شركة متخصصة بالإضافة إلى إمتلاكهم برنامج خاص ولا بد على المورد أن يوفر نماذج الدفع منها الشيك والفاخرة عبر موقعه على شبكة الإنترنت فإذا رغب المستهلك في إقتناء المنتج أو الحصول على الخدمة عليه ملاً الفاتورة ونموذج الشيك وارساله إلى المورد ،ليتم تحويله بصفة آلية إلى مزود خدمة الشيكات الإلكترونية ،ثم يخطر المورد مزود الخدمة بقيمة المعاملة واسم عميله وعنوانه ،ليقوم المزود بعرض نموذج الشيك بالمعلومات التي وصلت إليه على الشاشة ،ليضيف عليها بيانات العميل ومصرفه ورقم الحساب (غالبا ما توجد أسفل الشيك الورقي) .وقد يطلب النظام معلومات أخرى تسمح بالتأكد من الهوية كرقم البطاقة الشخصية للعميل¹.

ترسل الفاتورة وقائمة المشتريات إلى البائع عبر البريد الإلكتروني ،كما يتم ارسال الشيك الإلكتروني إلى جهة التسديد التي تعد وسيطا بين الطرفين ،ولا تتم العملية إلا بوجودها ،وبناء على ذلك يخصم المبلغ من حساب المستهلك ويحول إلى حساب المورد .على أن يتم إخطار الطرفين لتوثيق الشيك والتأكد من سلامة العملية وبهذا يضمن المورد توفر الرصيد ،بعد ذلك يودع الشيك من طرف مزود الخدمة لدى شبكة مركز التسوية الآلي أو الأوتوماتيكي².

ويوجد نظامين مهمين للتعامل بالشيك الإلكتروني عبر الإنترنت ،هما :نظام FSTC ونظام NETCHEX :

1 . نظام FSTC :يسمى بإتحاد تكنولوجيا الخدمات المالية ،إنشأؤه بالتعاون مع بنك الإحتياط الأمريكي³.يقوم هذا النظام على نقل الشيك من شكله العادي الورقي الملموس إلى الشكل

¹باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 249-250.

²باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 250.بوعزة هداية ،النظام القانوني للدفع الإلكتروني ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان ،2019 ،ص 170.

³حوالف عبد الصمد ،المرجع السابق ،ص 71.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الإلكتروني الافتراضي غير الملموس . حيث يتحصل العميل على دفتر للشيكات الإلكترونية عبر موقع إلكتروني أو ملحقة برسالة البريد الإلكتروني ، وما يعد مستحدثا في هذا النظام أنه استبدل التوقيع الخطي في الشيك الورقي بالتوقيع الإلكتروني على الشيك الإلكتروني ، وهو ما يمنح المتعامل أمنا وثقة في التعامل ؛ ولتوفير ضمانات فعالة لعملية تسوية الدين بالوفاء تم تعزيز هذا النظام بتقنية التشفير ، لقد ساهم إقرار الحكومة والخزانة الأمريكية به من جهة ، وتزايد عدد المستفيدين منه من جهة أخرى ، في اللجوء إليه واعتماده كأسلوب للوفاء عبر شبكة الإنترنت¹.

2. نظام NETCHEX : وهو النظام الذي أنشأته شركة Netchex التي لجأت إلى الاستعانة بوسطاء من أجل استعمال نظام الوفاء بالشيك الإلكتروني عبر الويب ، ويستوجب هذا النظام ضرورة التسجيل المسبق للعميل والمورد لدى هؤلاء الوسطاء ، حيث يمكن للعميل إدارة شيكاته والتعامل فيها بواسطة جهاز الكمبيوتر الخاص به².

تقوم إجراءات الأمان في هذا النظام على عدم الكشف عن المعلومات المصرفية المتواجدة على الوثيقة التي تنتقل عبر الإنترنت إلى الغير ، بل تبقى عليها فقط عندما يرسل الشيك إلى Netchex ، بعد أن تتأكد الشركة عبر قاعدة البيانات الممسوكة لدى الأعضاء المنتسبين لها من صحة الوثيقة وأصالتها ينقل الشيك بخطوط خاصة إلى الشبكة المصرفية ويخضع الشيك الإلكتروني لنفس الإجراءات المطبقة على الشيك التقليدي ، بعدها يستلم العميل تأكيدا كتابيا يثبت أن عملية تسوية الدين قد تمت ، فضلا عن إحتوائه على بعض البيانات كرقم الشيك ، والمبلغ المدفوع عبر البريد الإلكتروني³.

¹باطلي غنية ، المرجع السابق ، ص 251.

²حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 71.

³المرجع نفسه ، ص 71.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وفي الحقيقة إذا كان نظام FSTC مجرد تطبيق لوسيلة الدفع بالشيكات التقليدية عبر شبكة الإنترنت، فإن نظام NETCHEX عمل على تطوير الشيك ليتلائم ومتطلبات هذه الشبكة¹.

ثانياً: وسائل الدفع الإلكترونية المستحدثة: تتمثل وسائل الدفع الإلكترونية الحديثة في النقود الإلكترونية فما المقصود بها؟ وما هو تكييفها القانوني؟ وكيف يتم العمل بها؟

للإجابة على هذه الأسئلة سيتم التطرق إلى مفهوم النقود الإلكترونية، ثم تحديد طبيعتها القانونية، ليتم بعد ذلك التطرق إلى كيفية العمل بها .

1. مفهوم النقود الإلكترونية: بدأ استخدام النقد الإلكتروني منذ سنة 1994 بفضل شركة Ecach، ونظراً لنجاح مشروعها التجريبي الذي تعاونت فيه مع بعض البنوك تم منحها حق إصدار النقد الإلكتروني، بالإضافة إلى مئة شركة تجارية، لتنتشر النقود الإلكترونية بصفة متزايدة في الآونة الأخيرة. ويأخذ مصطلح النقود الإلكترونية بمفهومها الواسع عدة أشكال إذ ينطبق على بطاقات الخصم، وبطاقات الائتمان، بالإضافة إلى البطاقة المخزنة القيمة، فضلاً عن البطاقات الذكية. وبذلك تشكل النقود الإلكترونية بديلاً عن وسائل الدفع التقليدية، حيث تشهد تطوراً ملحوظاً صعب من إمكانية وضع تعريف شامل جامع مانع لها، بطريقة تميزها عن غيرها من الوسائل². وهو ما سيتم التطرق إليه بدءاً بتعريفها، لتحديد مميزاتها وأنواعها .

أ. تعريف النقود الإلكترونية: عرفت اللجنة الأوروبية بأنها: "مبلغ نقدي مخزن على بطاقة ذات مشغل صغير (بطاقة مدفوعة من قبل حافظة نقود إلكترونية) أو على ذاكرة الحاسوب حافظة نقود تقديرية، مقبولة كأداة وفاء بواسطة مشروعات أخرى غير المصدر"³.

¹ باطلاي غنية، المرجع السابق، ص 251.

² المرجع نفسه، ص 251.

³ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 576.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

كما عرفها القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية بموجب م 15/01 بأنها: "وحدات نقد إلكتروني يمكن حفظها لمدة محددة وتصدر مقابل نقد يتم مبادلتها فوراً، بنفس القيمة ونفس العملة وتتيح للغير دون المصدر إتمام عملية الدفع"¹.

وعرفها التوجيه الأوروبي لسنة 1998، بأنها: "قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية كبطاقة أو ذاكرة الحاسوب، ومقبولة كوسيلة للدفع بواسطة المتعهدين غير المؤسسة التي أصدرتها، ويتم تناولها من طرف المستخدمين لاستعمالها كبديل عن العملات النقدية والورقية وذلك بهدف إحداث تحويلات إلكترونية لمدفوعات ذات قيمة محددة"².

وعرفها البنك المركزي الأوروبي، بأنها: "مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات للمتعهدين غير من أصدرتها، دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدماً"³.

يلاحظ على هذه التعريفات عدم دقة صياغتها رغم اتفاقها من حيث المضمون.

أما من جانب الفقه فقد اختلف دارسي القانون حول تحديد تعريف لها، حيث عرفت د. كوثر سعيد عدنان خالد بأنها: "وحدات نقدية إلكترونية يحصل عليها الشخص من البنك مقابل فتح حساب بقيمتها لديه، ويقوم حاملها بإيداعها في ذاكرة جهاز الكمبيوتر الخاص به، وبعد ذلك يقوم بارسالها إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالتاجر وفاء لما يحصل عليه من سلع وخدمات"⁴.

¹ خميخ محمد، المرجع السابق، ص. 174.

² المرجع نفسه، ص. 174.

³ باطلي غنية، المرجع السابق، ص. 255.

⁴ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 577.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وعرفت بأنها : "عبارة عن نقود غير ملموسة تأخذ صورة وحدات إلكترونية تخزن في مكان آمن على الوسائط الخزينة الثانوية (القرص الصلب) لجهاز الحاسوب الخاص بالعميل يعرف باسم المحفظة الإلكترونية، إذ يمكن للعميل استخدام هذه المحفظة في القيام بعمليات البيع أو الشراء أو التحويل بدون أية تكلفة مالية، وعليه يتم استبدال العملات والأوراق النقدية بملفات موقعة رقمياً"¹.

وبذلك يوجد اتجاهين في تعريف النقود الإلكترونية، أحدهما موسع يرى أنصاره بأنها تشمل كل أنظمة الدفع الإلكترونية، فيعرفها البعض، بأنها : "تلك النقود التي يتم تداولها عبر الوسائط الإلكترونية"². واتجاه مضيق عرفها، بأنها : "قيمة مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي، وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة"³. يعاب على هذا التعريف أنه ركز على بعض خصائص النقود الإلكترونية، ولم يحدد المقصود منها .

ويمكن تعريفها، بأنها : قيمة نقدية إلكترونية غير متجانسة في شكل وحدات رقمية مدفوعة مسبقا للجهة المصدرة لها، على أن تخزن وتحفظ في دعامة إلكترونية تسهل لأصحابها التعامل بها .

ب . خصائص النقود الإلكترونية : نظرا لعجز النقود التقليدية عن مواكبة التطورات التي يشهدها الحقل التجاري و بروز التجارة الإلكترونية وانتشارها ، كانت الحاجة ملحة لإيجاد وسائل بديلة للدفع تتلائم والمعاملات الإلكترونية والتي كشفت أن بعض الوسائل التقليدية المطورة عاجزة عن سد

¹ بوادي مصطفى المرجع السابق ، ص 51-52.

² حوالف عبد الصمد ، المرجع السابق ، ص 139.

³ المرجع نفسه ، ص 140.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

احتياجات الوفاء عن بعد ،لذا تم إختراع النقود الإلكترونية لتحل محل تلك الوسائل في الدفع ،وذلك راجع للخصائص التي تتميز بها ،والمتمثلة فيما يلي¹ :

ب 1. النقود الإلكترونية قيمة نقدية مخزنة إلكترونيا :فهي عبارة عن بيانات أو معطيات مشفرة موضوعة في شكل بطاقات بلاستيكية ،أو على ذاكرة الحاسوب الشخصي عبر وسائط إلكترونية .

ب 2. النقود الإلكترونية ثنائية الأبعاد وسهلة الاستعمال :تتميز النقود الإلكترونية بسهولة استعمالها فلا حاجة لتدخل وسيط بين المستهلك والمورد من أجل نقلها ،فهي وسيلة وفاء بثمن المنتجات فمتى ما تم الدفع بها برأت نمة المستهلك ،ولا يشترط تأكد المورد من حقيقة هذه النقود ومشروعيتها - حسب وجهة نظر الباحثة أنها ميزة تخدم المورد ومصدر خطر للإقتصاد والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن ما مصير المعاملات الإلكترونية التي تمت بنقود إلكترونية غير مشروعة ؟ - ،ولا التحقق من كفاية رصيد المستهلك مثلما هي عليه باقي وسائل الدفع الأخرى - حيث يشترط مثلا في التعامل بالشيك ضرورة التأكد من الرصيد لتجنب جريمة إصدار شيك دون رصيد ،مثلا البطاقات البنكية أحيانا لا يسمح لبطاقات تجاوز الرصيد المسموح به ،إذا لم تمنح لحامها إئتمانا) .

ب 3. النقود الإلكترونية نقود خاصة غير متجانسة :يتم اصدار النقود الإلكترونية عبر شركات ومؤسسات إئتمانية خاصة ،عكس النقود القانونية التي تصدر من طرف جهة واحدة ممثلة في البنك المركزي ،لذا يطلق عليها بالنقود الخاصة -لا يتولى البنك المركزي للدولة إصدارها - ،ونظرا لتعدد الجهات المصدرة لها فإن تعدد واختلاف شكلها أو قيمتها ،أو الجمهور الموجهة

¹أباطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 258-259.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

إليهم أمر منطقي .كما قد تغطي دفع قيمة منتجات دون غيرها على خلاف النقود القانونية التي تمتاز بوحدة جهة إصدارها والتي تكسبها طابع التجانس فيما بينها .

ب 4. عدم ارتباطها بحساب بنكي: تتميز أغلب وسائل الدفع الإلكتروني وخصوصا المدروسة بضرورة وجود حساب لكلا الطرفين (المستهلك والمورد) لدى جهة ثالثة تعتبر وسيطا بينهما في إتمام عملية الدفع وضمانها إلا أن النقود الإلكترونية لا تتطلب ضرورة وجود حساب بنكي تشبه الشيك السياحي الذي يعد استحقاق حرا من المؤسسة المالية أو البنك يتم دفعه دون ضرورة وجود حساب خاص لذا سميت بالمعلومات الطوافة أو السابحة¹.

ب 5. النقود الإلكترونية وسيلة دفع معرضة لمخاطر الأخطاء البشرية والتكنولوجية: قد يقع صاحب النقود الإلكترونية ضحية مخاطر الأخطاء البشرية والتكنولوجية ،خصوصا في ظل عدم وجود الكفاءات التي لها الخبرة اللازمة لإدارة المخاطر الناجمة عن التقنيات الحديثة ،رغم أن هناك من يرى أن في استخدام النقود الإلكترونية تشجيع لعمليات الدفع الآمنة ،باعتبار أن البنوك التي تتعامل بهذه الوسيلة تستخدم أجهزة خادمة تدعم بروتوكولات الحركات المالية الآمنة بالإضافة إلى لجوئها إلى تقنيات تدعم بروتوكولات الطابقات الآمنة مما يجعل عملية الدفع الإلكتروني أكثر أمانا² .

إن استعراض وجهتي النظر لا يعني وجود خلاف بينهما ،أو عدم صحتها فكلاهما صحيح ،وذلك بالنظر إلى قوة الدول في هذا المجال خصوصا وأن النقود الإلكترونية عالمية لا تعرف حدودا جغرافية .وأمام أمن وخطر هذه الوسيلة توجب على التشريعات تنظيمها ،وأخذ الإحتياطات والتدابير اللازمة لضمان أمنها وتجنب المستهلك مخاطرها .

¹ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .267.

² زواش زهير ،المرجع السابق ،ص .56.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ت. أنواع النقود الإلكترونية: تتنافس النقود الائتمانية نوعين من النقود الرقمية، إحداهما يدار بواسطة برنامج مثبت على الحاسوب وتسمى النقود الإلكترونية السائلة أو النقود الشبكية، نقود الشبكة، النقود السائلة الرقمية أو نقود إلكترونية عن طريق الشبكة، والآخر محفوظ في بطاقة يطلق عليها حافظة النقود الإلكترونية، البطاقة المخزنة القيمة، محفظة النقود الإلكترونية، أو نقود إلكترونية خارج الشبكة¹.

ت. 1. النقود الإلكترونية السائلة: وهي: "عبارة عن نقود رقمية مسبقة الدفع، تسمح بواسطة جهاز الحاسوب وشبكة الإنترنت بالدفع، تستخدم نظام برنامج Software Wallet، حيث يخزن فيها قطع العملة الرمزية". أو هي: "عبارة عن نقود غير ملموسة ترد في شكل وحدات إلكترونية أو نبضات كهرومغناطيسية، تخزن في مكان آمن على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر الخاص بالعميل يعرف باسم المحفظة الإلكترونية"².

وليستفيد المستهلك والمورد منها في عملية الدفع لابد من الناحية العملية أن يكون لدى كل واحد منهما حسابين لدى مصدر هذا النوع من النقود، أحدهما بالعملة الإلكترونية، في حين يتضمن الآخر ما يعادله من نقود تقليدية، فمتى ما تعامل المستهلك يقوم بصرف ثمن ما طلبه من منتجات من العملة العادية إلى العملة الإلكترونية للوفاء بها، وتجب الإشارة إلى أن هذا النوع من النقود يتطلب ضرورة توفر طرف ثالث وسيط بين أطراف المعاملة ليضمن إتمام عملية الدفع، ومن أمثلتها :

Net cash. Cyber coin. Bit coin. Digi cach³.

¹ باطلي غنية، المرجع السابق، ص. 255-256.

² المرجع نفسه، ص. 256-257.

³ خميخ محمد، المرجع السابق، ص. 175-176.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ت 2. المحفظة الإلكترونية: ويقصد بها: "وسيلة جديدة للوفاء بدون اتصال، وهي بطاقة مدفوعة من قبل متعددة المستخدمين، ولها سلطة وقدرة شرائية مضمونة"¹. تشبه بطاقات الهاتف النقال إذ يتم شحنها مسبقاً برصيد مالي يسجل في بطاقة خاصة، أما إذا سجلت على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر الخاص عبر شبكة الإنترنت فيكون الحديث هنا عن محفظة نقود افتراضية².

وتنقسم المحفظة الإلكترونية إلى نوعين³: **يتمثل النوع الأول في:** بطاقة بلاستيكية مثبت عليها شريط مغناطيسي أو رقاقة صغيرة تتضمن ذاكرة إلكترونية تسمح بتخزين النقود في شكل وحدات إلكترونية مدفوعة مسبقاً. **أما النوع الثاني:** فعباره عن محفظة إلكترونية افتراضية يثبت مبلغ النقود فيها على ذاكرة الحاسوب .

وتتميز محفظة النقود الإلكترونية عن النقود الرقمية السائلة في إمكانية استخدامها إلى جانب النقود العادية وبصفة متزامنة، وأنها تصلح للوفاء بالمبالغ قليلة القيمة سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة⁴.

2. **الطبيعة القانونية للنقود الرقمية:** للنقود الإلكترونية أهمية كبيرة بالنسبة للمستهلك، إذ وجدت لتسهيل عليه عملية الوفاء بقيمة الشيء الذي تعاقد عليه، أو قيمة الخدمة التي تحصل عليها، فضلاً على أنها تجنبه وتعفيه من مخاطر حمل النقود هذا من جهة، ومن جهة أخرى تحافظ النقود الإلكترونية على الخصوصية المعلوماتية للمستهلك لأن استعمالها لا يتطلب منه كتابة معطياته الشخصية مثلما يتم الوفاء بالشيك⁵.

¹كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 579.

² نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص. 169 .

³ خميخ محمد، المرجع السابق، ص. 177.

⁴ بوعزة هداية، المرجع السابق، ص. 284. كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 580.

⁵ باطلي غنية، المرجع السابق، ص. 260-261.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ونظرا لحدائتها وصعوبة تحديد تعريف شامل لها أثارت جدلا واسعا صعب من تكييفها فظهرت مجموعة من النظريات حاولت كل منها وضع التكييف القانوني السليم لهذه الوسيلة فهناك من إعتبرها مجرد صيغة غير مادية للنقود الورقية، في حين هناك من يرى بأنها أداة تبادل وليست أداة دفع، وبين من يرى بأنها أداة إئتمان أما جانب آخر من الفقه فاعترتها صورة إفتراضية لتدفق ثلاثي الأقطاب.

أ . **النقود الإلكترونية أحد أشكال النقود التقليدية** : يرى أنصار هذا الإتجاه أنه لا يوجد ما يميز النقود الإلكترونية حتى أنها لا تتمتع بطبيعة خاصة تستقل بها عن النقود التقليدية، وتأييدا لهذا الموقف ظهر فريقين أحدهما يرى أن النقود الإلكترونية شكل من أشكال النقود التقليدية، فهي عبارة عن صيغة غير مادية للنقود الورقية، في حين يرى جانب آخر أنها من قبيل الشيكات السياحية¹.

أ . **1. النقود الإلكترونية صيغة غير مادية للنقود الورقية** : ينطلق أصحاب هذا الرأي من فكرة التمييز بين النقود الإلكترونية والنقود الورقية، حيث أن للأولى طبيعة معلوماتية تأخذ شكلا وصيغة غير ماديين للنقود الورقية، إذ يتم تحويل هذه الأخيرة إلى نقود إلكترونية، وبذلك أصبحت عبارة عن معلومات تخص النقود تنتقل من فرد لآخر، وأن هذه المعلومات أهم من النقد في حد ذاته، وهنا يكمن الفرق الجوهرى بينهما²؛ ويتم إصدارها بتحويل شكل النقود من ورقية إلى إلكترونية، فتحل هذه الأخيرة محل النقود العادية، وبذلك يكون لدى مصدرها مساواة بين النقود العادية التي تدخل وتستخدم في شحن البطاقة الإلكترونية، والنقود الإلكترونية التي تخرج .

لقد وجهت لهذه النظرية انتقادات وذلك للمشاكل الواقعية التي تثيرها، لأن النقود العادية التي تستخدم في شحن البطاقات بنقود إلكترونية تبقى دائما داخل النظام النقدي، وتضاف إليها

¹حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص. 165.

²بباطلي غنية، المرجع السابق، ص. 262-263.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

أصول مصدر النقود الإلكترونية مما يؤدي إلى وجود ازدواج في الكتلة النقدية ،لأن النقود الموجودة في حساب المصدر ،فيمكن إذا لمالك النقود الإلكترونية أو التقليدية ،ولمصدرها استعمالها بشكل متزامن ومستقل¹ .

أ 2. النقود الإلكترونية من قبيل الشيكات السياحية :يقصد بالشيكات السياحية أو شيكات المسافرين :”شيكات تسحبها البنوك أو الفروع التابعة لها أو مراسليها في الخارج المسافرين الذين يزودون بخطاب من البنك الساحب يحمل توقيع هذا المسافر لمضاهات هذا التوقيع على التوقيع الذي يوضع على الشيك عند دفع قيمته ،بحيث إذا تطابقت التوقيعات تصرف له قيمة الشيك”. هذا ما دفع بجانب من الفقه إلى إعتبار النقود الإلكترونية من قبيل الشيكات السياحية نظرا لتشابههما في عدة نقاط ،يتم إيجازها فيما يلي²:

- كلاهما يتم الدفع فيهما مباشرة دون اشتراط ضرورة وجود حساب بنكي .
 - كلاهما يصدر في شكل فئات محددة مقابل مبلغ نقدي يدفع مسبقا للجهة المصدرة .
 - تحتوي الشيكات السياحية على شرط الأمر ،وهو ما يدل على قابليتها للتداول والتظهير فتشبه النقود الإلكترونية من حيث سهولة التداول .
 - كلاهما لا يحمل تاريخا للإنقضاء ،لذا تظل قابلة للتعامل لمدة طويلة .
- رغم وجود نقاط تشابه بين الشيكات السياحية والنقود الإلكترونية ،إلا أن هذا الإتجاه منتقد ولا يمكن التسليم به لوجود اختلاف بين الوسيلتين :

➤ سواء من حيث استخدامهما لأن حامل الشيك السياحي يمكنه استخدامه في الواقع المادي فقط ،بخلاف النقود الإلكترونية التي يمكن استعمالها في العالمين المادي والرقمي هذا من جهة ،ومن جهة أخرى أن الشيكات السياحية حتى ولو صدرت في فئات محددة ،إلا أنها تختلف عن النقود الإلكترونية من حيث أنها فئات ثابتة القيمة لا يمكن تجزئتها لفئات أقل ،لذا سيواجه حاملها مشكلة إذا ما زادت قيمة المعاملة أو انخفضت عن قيمة الشيك السياحي .فضلا على

¹ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .263.

² حوالف عبد الصمد ،المرجع السابق ،ص .166-167.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

أنها تعد فئات ذات قيمة كبيرة عادة ما تزيد عن مائة دولار ما يجعلها لا تتلاءم والمعاملات ذات القيمة الصغيرة .

➤ أن النقود الإلكترونية نقود غير اسميه يقبلها المورد كوسيلة للوفاء دون الكشف عن هويتهم وهو ما يضمن للمتعاملين بها نوعا من الخصوصية ،أما الشيكات السياحية فهي سندات اسمية لا تضمن لمتعاملها سرية معطياتهم وخصوصيتها ،لأنها تحمل توقيع حاملها ،فضلا عن التزام الجهة المصدرة بالتأكد من هويته ،وإجراء مقارنة لتوقيعه بالتوقيع الثابت على صك الشيك ،فلا تصرف إلا للمستفيد منها ،هذا ما جعل القضاء يعترف بعدم امكانية اعتبار الشيكات السياحية نقودا .

ب .النقود الإلكترونية أداة تبادل وليست أداة دفع : يرى أنصار هذا الاتجاه أن إصدار النقود الإلكترونية يعد من قبيل بيع أصول المصدر لها ،لأن المشتري سيدفع نقودا عادية مقابل الحصول عليها - يشتري نقود إلكترونية بنقود عادية -وفي النهاية فإن النقود الإلكترونية ترجع لمصدرها من المتعاملين به الذين اشتروا بها سلعا أو تحصلوا على خدمات ،وكان الجهة المصدرة لها قد اشترتها من البائعين ،وبناء على هذا تلتزم مؤسسة الإصدار بالمحافظة على النقود التقليدية التي تحصلت عليها مقابل النقود الإلكترونية التي حلت محلها¹.

وتعتبر أداة تبادل لا دفع لأن :الدفع النهائي لا يتم إلا بإجراء عمليات إضافية رغم تمام عملية البيع ،شأنها في ذلك شأن الشيك وباقي الأوراق التجارية الأخرى ،فالشيك رغم أنه أداة وفاء إلا أنه لا يعد دفعا نقديا ،فالدفع النهائي لا يتم إلا عند قبض المستفيد لقيمته دون تعرضه لأي مخاطر ،وهو ما ينطبق على الوفاء عن طريق النقود الإلكترونية ،وبذلك يكون الدفع نهائيا ولا يحق للمورد مطالبة المستهلك أو الجهة المصدرة بأية مبالغ².

ت .النقود الإلكترونية أداة إئتمان : تعتبر النقود الإلكترونية لدى البعض رصيذا نقديا مسجلا إلكترونيا مخزنا في بطاقة محددة القيمة ،وهو ما يعد وجها من أوجه الإئتمان لأنها تعد ديننا على

¹بوعزة هداية ،المرجع السابق ،ص 278-279.

²باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 264.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الجهة المصدرة لها ، والتي تلتزم اتجاه حاملها بمقدار الوحدات الرقمية والنقدية المسجلة على البطاقة¹.

ث . النقود الإلكترونية صورة افتراضية ثلاثية الأبعاد : يتطلب التعامل بالنقود الإلكترونية ضرورة تدخل ثلاثة أطراف ، وهم : الجهة المصدرة ، المستهلك (العميل) ، والمورد (التاجر ، البائع المستفيد) ، حيث يرى أصحاب هذا الإتجاه أن النقود التي يتلقاها المصدر ما هي إلا وديعة بنكية لديه ، فأصدار النقود وإيداعها يعتبران عمليتين مستقلتين لا عملية واحدة ، وأن النقود التي يتلقاها المصدر هي عبارة عن قرض له موجه من صاحب الحساب لذا يعد لدينا له ، فعندما يتم اصدار النقود الإلكترونية تمنح على سبيل القرض لا الحيازة . وبذلك لا يعد هذا النوع من النقود من أصل مالي ، وإنما هي عبارة عن "صورة افتراضية للدورة الكاملة التي تشكل إيداع النقود التقليدية عن إصدار نقود إلكترونية ثم تدميرها أو تحطيمها أو محوها عند إجراء كل عملية من عمليات الدفع النقدي"².

إن النقود الإلكترونية نقود مطورة عن النقود التقليدية تتشابهان من حيث الموضوع وتختلفان من حيث الشكل هذا ما يؤدي إلى الإقرار بطبيعتها الخاصة ، حيث تهدف إلى تسهيل المعاملات المبرمة لتتلاءم ومتطلبات التجارة الإلكترونية ، فضلاً على ذلك تعتبر ذات طبيعة غير مادية كونها تصدر في شكل وحدات في صورة أرقام تقيد في الجانب المدين من حساب المدين ، كما أنها غير مستقلة عن النقود التقليدية إذ تشتري في البداية مقابل نقود عادية (تقليدية) ليعيدها المورد إلى طبيعتها بعد أن يحولها إلى نقود تقليدية ، وهنا تشبه عملية الدفع عن طريق التحويلات . وهو الموقف الذي يمكن تأييده لأنه فعلا لا يمكن القول بأن النقود الإلكترونية هي نقود تقليدية

¹ بوعزة هداية ، المرجع السابق ، ص . 279 .

² باطلي غنية ، المرجع السابق ، ص . 264-265 .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

،لأن :مضمونها واحد وتعد شكلا مستحدثا عنها ،وجد لموكبة التجارة الإلكترونية ،فهي وسيلة دفع حديثة ذات طبيعة خاصة .

المطلب الثاني :ضمانات حماية المستهلك في مواجهة مخاطر الدفع الإلكتروني .

رغم ما توفره وسائل الدفع الإلكتروني من مزايا وتسهيلات للمستهلك لدفع قيمة احتياجاته إلا أنها وسائل محفوفة بجملة من المخاطر التي قد تواجهه ،والتي قد تمس بيئة الدفع الإلكتروني وتتقص ثقته فيها .

ومن بين هذه المخاطر :الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني خصوصا من طرف المورد أو من الجهة المصدرة أو من الغير ،فضلا عن المخاطر الفنية كحدوث خلل في أجهزة الدفع أو تذبذب شبكة الإنترنت دون إكمال العملية ،فضلا عن الإختراقات والهجمات التي قد يتعرض لها المستهلك بهدف الإحتيال والاستيلاء على أرقام البطاقات أو المحفظة الإلكترونية للاستيلاء على المعطيات والمبالغ التي تتضمنها .لذا توجب على التشريعات ضرورة التدخل لتأمين الدفع الإلكتروني من هذه المخاطر التي قد تعصف ببيئة التجارة الإلكترونية ككل ولا تقتصر على الدفع فقط .

ولضمان المستهلك من مخاطر الوفاء تم النص على ضرورة استخدام أنظمة لحماية المعاملات المالية ،فضلا عن دور التوقيع الإلكتروني في ذلك .وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الأول :مخاطر الدفع الإلكتروني ،في حين يدرس الفرع الثاني :تأمين الدفع الإلكتروني .

الفرع الأول :مخاطر الوفاء الإلكتروني .

يمكن تقسيمها إلى مخاطر ناجمة عن الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية (أولا) ،فالمخاطر الفنية (ثانيا) .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

أولاً :الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية :لابد على المستهلك أن يحافظ على بطاقته البنكية ،وأن يستخدمها في إطار مشروع ،كما يتوجب كذلك على المورد والجهة المصدرة ضرورة حمايتها ،وعدم المساس بها بأي طريقة كانت وإلا ستقوم مسؤوليتهم اتجاه المستهلك ،ومدام أن البحث يتعلق بحماية هذا الأخير فسيتم التطرق إلى المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني في نقطة أولى ،ثم البحث في مسؤولية البنك في نقطة ثانية ،ليتم بعد ذلك تحديد مسؤولية الغير عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة .

1 .المسؤولية المدنية للمورد عن الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية :إن العلاقة التي تجمع المستهلك بالمورد هي علاقة عقدية ناجمة عن عقد البيع أو عقد تقديم الخدمة ،ومتى ما قبل الدفع بالبطاقة لا يمكنه بعد ذلك رفض تسوية المعاملة بها ،وتنتهي علاقة المستهلك بالمورد بمجرد وفاء البنك بثمن المعاملة¹.ويقع على عاتق المورد القيام بجملة من الإلتزامات تتمثل أساسا في ما يلي :

أ .إلتزامات المورد اتجاه المستهلك :يلتزم المورد في مواجهة المستهلك بجملة من الإلتزامات ،يمكن إجمالها فيمايلي :

أ . 1 قبول الوفاء بالبطاقة من جانب الحامل :على المورد المنخرط في نظام الدفع بالبطاقات أن يقبل الوفاء بها عندما يلجأ المستهلك إلى تقديمها لدفع قيمة المنتجات المقدمة إليه ،فلا يمكن له رفض التعامل بها دون مبرر مشروع ،ويجد هذا الإلتزام أساسه في العقد الذي يجمع المورد بالبنك ،ويقع عليه في حالة رفض الوفاء فسخ العقد الذي يجمعه مع بنكه ،ويتفرع هذا الإلتزام إلى الإلتزامين ناتجين عنه² :

¹باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 184.

² باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 200،187-201.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

• أن يتعامل المورد مع المستهلك حامل البطاقة بنفس السعر الذي يتعامل به مع مستهلك يدفع بالنقود العادية ،وبنفس الشروط وطريقة المعاملة .

• لا يمكن للمورد أن يتقاضى فائدة إضافية على العمليات التي تتم بواسطة البطاقة ،بأن يجعل سعر المنتجات والخدمات أعلى عن غيرهم ،وأن يعتبره جزء من العمولة التي سيدفعها للبنك .

أ . 2. الإلتزام بفحص مدى صحة العملية :يلتزم المورد بالتأكد من سلامة وصحة البطاقة من حيث صلاحيتها وعدم انتهائها ،فإذا قبل الوفاء بها رغم نهاية صلاحيتها كان مسؤولاً عن ثمن المبالغ المسحوبة ،ولا يمكنه مطالبة البنك كجهة مصدرة بثمن المنتجات أو الخدمات المقدمة ،كما يقع عليه الإلتزام بالتأكد من صحة التوقيعات بمقارنتها مع التوقيع الذي تم على سند البيع ،فضلا عن التأكد من صحة المعلومات وهوية المستهلك من خلال الاستعانة بأجهزة خاصة تعمل بواسطة مركز إلكتروني متصل بشاشات أجهزة قبول البطاقات التي يتوفر عليها المحل¹.

أ . 3. الإلتزام بتسليم البضاعة للمستهلك أو تقديم الخدمة مع المحافظة على أسراره :لابد على المورد أن يقدم البضاعة للمستهلك ،على أن يضمن سرية كل ما يتعلق بالمعاملة ومعطيات المستهلك الشخصية (كهويته وحساباته)².

ب .الإلتزامات المورد الناتجة عن عقد التوريد :يترتب على المورد بموجب عقد التوريد الذي يجمعه مع الجهة المصدرة جملة من الإلتزامات ،أهمها :

ب . 1. الإلتزام بعدم الدفع بما يجاوز قيمة البطاقة :يلتزم المورد بإحترام الرصيد الذي تحمله البطاقة ،فيقع على عاتقه الإلتزام بعدم دفع ما يجاوز قيمتها ،وإلا أصبح مسؤولاً عن ذلك ،ولا تلتزم

¹بوعزة هداية ،المرجع السابق ،ص .256. كميث طالب البغدادي ،الاستخدام غير المشروع لبطاقات الإئتمان المسؤولية الجزائية والمدنية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،2008 ،ص .102-105.

²باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .202 .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الجهة المصدرة بدفع المبلغ الزائد، إلا إذا وافق العميل على تحصيله أو الرجوع عليه في حال عدم تسديده¹.

ب 2. الإلتزام بإعلام زبائنه بإنضمامه لنظام الوفاء بالبطاقة البنكية :يلتزم المورد في مواجهة مصدر البطاقة بضرورة إعلام عملائه بإنضمامه لنظام الوفاء بالبطاقة البنكية ،وبالتالي قبوله للتعامل بها ،على أن يتم مراقبة استخدامه لها مقابل عمولة يدفعها للجهة المصدرة نتيجة استخدامه لهذه الوسيلة ،على أن تقتطع من مستحقاته².

ومما سبق يمكن القول أن المسؤولية المدنية للمورد عن الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية تختلف باختلاف محل الإلتزام الذي تم الإخلال به ،فقد تكون مسؤولية عقدية إذا تم الإخلال بالإلتزام عقدي ،أو مسؤولية تقصيرية إذا نجم الإخلال عن عدم تنفيذه للإلتزامات التي ينص عليها عقد التوريد وفق ما يلي :

• **المسؤولية العقدية في مجال الدفع الإلكتروني :** من أهم الإلتزامات التي تؤدي في حال الإخلال بها إلى قيام المسؤولية العقدية للمورد ،هي عدم قيامه بتسليم محل العقد للمتعاقد معه (الإخلال بالإلتزام بتسليم المنتج) ،ويمكن للمستهلك أن يرجع على المورد لمطالبته باسترجاع قيمة الشيء الذي تم التعاقد عليه .

كما تقوم مسؤوليته العقدية إذا سلم له بضاعة معيبة غير مطابقة لما تم الإتفاق عليه مع حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه³.

• **المسؤولية التقصيرية في مجال الدفع الإلكتروني :**تقوم مسؤولية المورد العقدية في مواجهة الجهة المصدرة إذا رفض الوفاء بالبطاقة ،لأنه يتعهد لها بقبوله الوفاء بهذا النوع من الوسائل على أن يعلم زبائنه بذلك ،فإذا رفض الوفاء ثارت مسؤوليته العقدية اتجاه الجهة المصدرة التي يمكنها مطالبته بالتعويض عن الأضرار التي تسببها .كما يمكن للمستهلك أن يرجع

¹كميت طالب البغدادي ،المرجع السابق ،ص 100-101.كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 594.

²باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص 199-200.

³المرجع نفسه ،ص 214.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

على المورد لمطالبته بالتعويض على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية لا العقدية ،لأنه لا يعد طرفا في عقد التوريد¹.

• كما تتعدّد مسؤوليته التقصيرية إذا أخل بالتزاماته اتجاه البنك بعدم التمييز بين زبائنه في سعر المنتجات والخدمات ،بأن يقوم بزيادة عمولة على المستهلكين الحاملين للبطاقات ،دون أن يطبق هذه الزيادة على باقي المستهلكين .فيمكن للحامل المطالبة بالتعويض عن سعر العمولة التي فرضت عليه .(ما عدا بطاقات الإئتمان المتجددة)².

• وتقوم مسؤوليته التقصيرية أيضا إذا أهمل الإطلاع على القائمة التي تحتوي على :البطاقات الضائعة والمسروقة ،المزورة ،والمنتهية الصلاحية ،فرغم إعلامه بها إلا أنه قام بالوفاء لحاملها غير الشرعي فيسأل في مواجهة حاملها الشرعي بتعويضه عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا الاستعمال³.

• كما تتعدّد مسؤوليته إذا ما قام بإفشاء أسرار عميله للغير ،لأنه ملزم بالمحافظة على سرية البيانات كأن يقوم بتسريب رقم السري للبطاقة ،أو توقيع حاملها ،أو إعطاء معلومات عن حسابه ،أو إفشاء معلومات لا تظهر على ظهر البطاقة ،بل لا بد من تمريرها عبر الجهاز ليتم قراءة المعلومات التي يحتويها الشريط المغناطيسي ،فيمكن للحامل أن يقاضي المورد لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي أصابته سواء بحسن أو بسوء نية ،وهو إلزام قانوني لا عقدي⁴.بالإضافة إلى الأحكام المتعلقة بسرية وخصوصية المعطيات ذات الطابع الشخصي ،والتي سبق التطرق إليها .

2. المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية من طرف الجهة المصدرة

:تسأل الجهة المصدرة مدنيا عن الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية ،وتختلف مسؤوليتها بحسب الإلتزام الذي تم الإخلال به :

¹كميت طالب البغدادي ،المرجع السابق ،ص .235-236.باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .214.

²باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .214.

³كميت طالب البغدادي ،المرجع السابق ،ص .237-238.

⁴كميت طالب البغدادي ،المرجع السابق ،ص .238.باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .208.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

أ. المسؤولية المدنية للجهة المصدرة عن إخلالها بالتزامها بالوفاء : يلتزم البنك بموجب عقد الإنضمام بالوفاء بقيمة المقنتيات ،من خلال تحويل الثمن المطلوب من حساب المستهلك إلى حساب المورد فور وصول الفواتير إليه ،فإذا لم يوف بأهم إلتزام يقع على عاتقه رغم عدم صدور أي خطأ من جانب المستهلك ،وتسبب في إحداث ضرر له ،كأن يحجز عليه من طرف المورد ،جاز له (المستهلك) أن يرجع عليه للتعويض عن الأضرار التي لحقت به¹.

ب. مسؤولية البنك عن عدم قيامه بالإخطار بالمعارضة : يلتزم البنك بأخذ كافة الإجراءات اللازمة لمنع الاستخدام غير المشروع للبطاقة البنكية ،كالتأكد من صحة التوقيع الذي تحمله الفاتورة ومقارنته بتوقيع الحامل وعدم الوفاء إذا ما تلقى إخطاراً من عميله بالضياع أو بالسرقة ،فإذا ما أحل بهذه الإلتزامات وسدد قيمة الفواتير التي وصلت إليه بعد إعلامه بالضياع أو السرقة ،قامت مسؤوليته المدنية في مواجهة حاملها الشرعي .كما تتعدّد مسؤوليته إذا ما دفع ثمن الفاتورة رغم إخطاره بوفاء حاملها ،لأن :العقد المبرم بينه وبين البنك قائم على الإعتبار الشخصي ،فتنتهي البطاقة تلقائياً بسبب وفاة حاملها الشرعي - ،ويجوز للورثة مطالبة البنك بتعويضهم عن الأضرار التي لحقتهم على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية ،لإرتكابه خطأ أدى إلى الإنقاص من حقهم في التركة ،كما أنهم ليسوا طرفاً في العقد².

كما يمكن للمستهلك الرجوع على الجهة المصدرة في حال إلغائها أو فسخها للعقد بإرادة منفردة وبصفة تعسفية لتعويضه عن الأضرار التي أصابته على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية³.

ت. مسؤولية البنك عن المخاطر والأضرار الناجمة عن سوء التشغيل :قد تتعرض أجهزة الدفع إلى عطب فني أو تقني ،كما لو أدخل المستهلك بطاقته إلى الجهاز بطريقة خاطئة ،أو أدخل رقمه السري وسجل المبلغ المراد سحبه ،لكن الجهاز أخرج جزءاً من المبلغ فقط ،وأن المبلغ سجل

¹ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص. 205-206.

² كميت طالب البغدادي ،المرجع السابق ،ص. 230.

³ المرجع نفسه ،ص. 233.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

كاملا في الجانب المدين لحسابه ،أو أن ينقطع التيار الكهربائي فلا يتمكن الجهاز من إخراج الجزء المتبقي ،هنا تقوم مسؤولية البنك في حدود المبلغ المتبقي الذي لا يتحصل عليه المستهلك ،ولا يعفى من المسؤولية إذا ما نص على ذلك في العقد ،ما عدا إذا كان العطب التقني معلنا عنه بصفة واضحة وظاهرة على الشباك الأوتوماتيكي¹.

3. المسؤولية المدنية للغير عن الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية : إن استخدام البطاقة البنكية قائم على الإعتبار الشخصي ،فلا يجوز لغير مالکها استعمالها ،ويقصد بالغير كل شخص لا تربطه بأطراف عقد البطاقة أية علاقة ،ويطلق عليه مصطلح الحامل غير الشرعي .إذ يسأل الغير مدنيا عن استعمالهم البطاقة للحصول على السلع والخدمات ،فإذا ما تم الوفاء بثمنها من رصيد حاملها الشرعي مهما كان السبب ،يمكن للحامل أن يطالب بقيمة الأضرار التي لحقتة على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية ،لعدم وجود أية علاقة عقدية تربطه مع الغير².

وقد يعتبر المورد من الغير إذا ما تواطأ مع الحامل غير الشرعي للبطاقة ،وقبل الوفاء بها رغم علمه بأنها مملوكة لشخص آخر ،ويحدث علمه بذلك من خلال إطلاعه على قائمة المعارضات المقدمة له من البنك بصفة دورية ،أو بأن يعترف مقدمها له بأنها ليست ملكه ،وأن استخدامه للبطاقة كان من أجل التحايل على البنك أو على حاملها الشرعي ،فيقبلها المورد للوفاء على أن يقوم بتسبيق تاريخها على تاريخ وصول قائمة المعارضات إليه ،فتقوم مسؤوليته التقصيرية لقيام الخطأ من جانب المورد مع قصده إحداث ضرر بالحامل الشرعي ،والبنك فيسأل عن سوء نيته بالتعويض عن الضرر الذي لحق الطرفين³.

ثانيا :المخاطر الفنية :بالإضافة إلى مخاطر الخصوصية وحماية المعطيات الشخصية و ضمانات حمايتها قد تواجه المستهلك مجموعة من المخاطر الأمنية التي تتعلق باستخدام الشبكة

¹ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .209.

² كميث طالب البغدادي ،المرجع السابق ،ص .239.

³ باطلي غنية ،المرجع السابق ،ص .217.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

العنكبوتية من طرف مجرمي الإنترنت¹، عند قيامه بالوفاء بقيمة المنتجات عبر أجهزة الحواسيب المتصلة بين أطراف المعاملة، منها ما يتعلق بالاصطياد والخداع الإلكتروني، ومنها ما يستهدف البطاقات البنكية، ومنها ما يهدف إلى تدمير الموقع أو تبديل المحتوى .

1. الاصطياد والخداع الإلكتروني: يقوم قراصنة الإنترنت عند قيامهم بالاصطياد بإنشاء نسخة مطابقة لموقع البنك أو المؤسسة المالية تتضمن شعارها القانوني، ثم يرسلون رسائل قصيرة للمستهلك تظهر له بأنها رسالة من البنك أو المؤسسة التي يتعاقد معها، مضمونها ضرورة تحديث بياناته وذلك لدواعي أمنية من خلال الضغط على الموقع الموجود بالرسالة، وبمجرد الضغط يحول المستهلك إلى الموقع المزيف ليجد خانات مخصصة لكتابة معطاته الشخصية كالاسم، ورقم بطاقته البنكية ورقمها السري، العنوان الخاص به، بريده الإلكتروني مما يسمح لهم بالإستيلاء على أموالهم عبر استخدام هذه المعطيات².

أما الخداع الإلكتروني فبعد حصول القراصنة على بيانات الموقع الأصلي يقومون بإنشاء مواقع وهمية لمواقع موجودة أصلاً على شبكة الإنترنت، فتظهر وكأنها المواقع الأصلية التي تقدم الخدمة، ويتميز الموقع الوهمي بدقته في محاكاة واجهة الموقع الأصلي من حيث شكله ومحتواه، أو من حيث الإحساس والتفاعل، وذلك من أجل إقناع المستهلك على الإطلاع عليه، فلا يوجد

¹ يقصد بمجرمي الإنترنت: الأشخاص الذين يتولون عملية القرصنة والإعتداء على البيئة الإلكترونية، وهم الكراكرز. قبل ذلك إن الهاركرز ليسوا مجرمين بل هم أشخاص ذوي مستوى عالي وتقني يمكنهم من فك الشفرات والثغرات التي يمكن أن تؤدي الكثير من الهينات والشبكات، "عبارة عن اسم اختاره لأنفسهم مجموعة من المبرمجين الأكفاء المهرة القادرين على ابتكار البرامج وحل مشكلات البرامج في الحاسب الآلي... فالهاركرز هم الذين صنعوا أغلب برامج الحاسبات والشبكات والبرمجيات " أما الكراكرز: فهي تسمية مشتقة من كلمة كراكر، وهي كلمة إنجليزية « Creacker » تعني الكسر أو التكسير، فالكراكرز كلمة تعني: التخريب العبث والتعطيم، وهي كلمة إختارها مجموعة من المهرة القادرين على إختراق أي شبكة أو جهاز حاسوب. وهم: " الأشخاص الذين يحاولون بطرق غير شرعية أن يدخلوا أو يدمروا أمن النظام أو الشبكة بنية السرقة ويطلقون عليهم الهاكر ذو القبعة السوداء أما من يدخل للشبكة بهدف تحذير الناس ومساعدتهم على توفير الأمن فيطلق عليهم هاكر ذو قبعة بيضاء ". خالد محمد خالد، أمن المعلومات والمواقع وأجهزة الكمبيوتر والدفع الإلكتروني، المركز العلمي لتبسيط العلوم، موسوعة التجارة الإلكترونية 12، مصر، 2006، ص. 47-50.

² خميخم محمد، المرجع السابق، ص. 182-183.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

موقع إلكتروني آخر بنفس العنوان ما عدا الموقع الوهمي وينتج عن هذا أن كل المعاملات المالية والتجارية التي يقدمها الموقع الأصلي عبر الإنترنت ،أو حتى الرسائل الإلكترونية الخاصة به ،وكل المعلومات المتعلقة بزبائنه سيتم تحويلها إلى الموقع الوهمي ،مما يمكن القراصنة من الإطلاع عليها والاستفادة منها بطريقة غير مشروعة ،وهو ما يضر بمالكي المواقع الأصلية ،ويمس بثقة المستهلكين في التجارة الإلكترونية¹. ويعرف أيضا بأسلوب محاكاة المواقع².

2 .القيام بهجمات الهدف منها استهداف وسائل الدفع الإلكترونية :سواء بتحصيل أرقام البطاقات (تخليقها) والقائم على إجراء معادلات رياضية أو إحصائية بهدف إنشاء أرقام بطاقات بنكية مملوكة للغير ،وهو ما يعد إثراء غير مشروع لمجرمي الإنترنت على حساب مالكي البطاقات أو الجهة المصدرة لها.أو من خلال سرقة حوافز النقود الإلكترونية بالاستلاء على الوسيط المادي المثبت عليه المحفظة ،وإما باستلاء الغير عليها بعد حصوله على نسخة منها وتثبيتها على جهاز الحاسب الآلي الخاص به ،مع ضمان بقاء الأصل في حيازة المستهلك³.

كما يمكن أن يقع ضحية إحتيال وسرقة وحداته النقدية بعد سحبها وتخزينها على أداة الدفع الإلكتروني ،وذلك عند قيامه بإجراء مدفوعات على الشبكة.ويمكن استهداف البطاقات البنكية عن طريق تزويرها بأن يتم تصنيع بطاقة مماثلة مزورة باستخدام تقنيات شبيهة بالبطاقة الأصلية من حيث الشكل باستخدام الشريط الممغنط ،بعد إمتلاك المزورين لمعدات تسمح لهم بإنشاء البطاقات المزورة ،كآلات الطباعة والتشفير ،وآلات تغليف البطاقة ،ويشتهر هذا الأسلوب في الولايات المتحدة الأمريكية ،كما يطبق في مصر من طرف الأجانب القادمين للسياحة من الولايات المتحدة الأمريكية وذوي الأصول الأفريقية⁴ .

¹المرجع نفسه ،ص .184.

²كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص .598-599.

³كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص .601،599.

⁴المرجع نفسه ،ص .601-600.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

3. تقنية تدمير الموقع وتفجيره: يعتمد هذا الأسلوب على ضخ الآلاف من الرسائل الإلكترونية من جهاز الكمبيوتر الخاص بمنفذ الهجوم إلى جهاز المستهلك المستهدف، وذلك من أجل التأثير على سعة التخزينية هذا الضغط الذي يسببه الكم الهائل من الرسائل يؤدي إلى تدمير الموقع، وتشتت المعلومات المخزنة فيه التي تتحول مباشرة إلى حاسوب المجرم، أو تمكنه من التجول بحرية وسهولة داخل الموقع المستهدف، والحصول على المعطيات والأرقام الخاصة بالبطاقة البنكية المملوكة للغير¹.

4. تبديل المحتوى: يستخدم هذا الأسلوب في مجال التحويل المصرفي، فيقوم المجرمون بتبديل محتوى الرسائل برسائل أخرى، مما يؤدي إلى وقف رقم الحساب البنكي وتغييره إلى رقم آخر ومن بين المعلومات التي تكون محلاً للتغيير عنوان الشحن الخاص بأية طلبية².

الفرع الثاني: ضمانات تأمين الدفع الإلكتروني :

من أجل حماية المستهلك من جملة المخاطر التي تحيط به في البيئة الإلكترونية بصفة عامة، والدفع على وجه الخصوص، توجب إيجاد آليات تأمين الدفع الإلكتروني وتضمن له الثقة والحماية، كاللجوء إلى تقنيات أمن العمليات الإلكترونية، بالتأكد من هوية العميل أو الزبون واتباع تقنيات أمن المراسلات والمواقع .

بالإضافة إلى الدور الذي يلعبه التوقيع الإلكتروني في حماية المستهلك من المخاطر التي يكون ضحية لها، مما يعزز الثقة والسرية، إذ تسمح عمليات المقارنة بين التوقعات من وضع حد لجملة من الإعتداءات التي تطاله .

¹ بوعزة هداية، المرجع السابق، ص. 238. كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 598.

² كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 599. خالد محمد خالد، المرجع السابق، ص. 51.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لذا سيقسم هذا الفرع إلى جزئيتين، تدرس الأولى: تقنية أمن العمليات الإلكترونية، في حين ستخصص الجزئية الثانية لدراسة التوقيع الإلكتروني .

أولاً: تقنية أمن العمليات الإلكترونية: لقد وجدت عدة عمليات تهدف إلى تحقيق أمن العمليات الإلكترونية أهمها تقنية تحديد هوية الشخص والتحقق منه، فضلاً عن حماية أمن المراسلات والمواقع الإلكترونية .

1. تقنية تحديد هوية المتعاقدين والتحقق منها: نظراً للإختراقات وسرقة المعطيات الشخصية للعميل خصوصاً أرقام الحسابات والبطاقات، لجأت البنوك إلى استخدام تقنيات تحديد هوية الأشخاص والتحقق منها، رغبة منها في توفير أكبر قدر ممكن من الحماية لعملائها، بالإضافة إلى ذلك توجد تقنية كلمة السر التي لا تتكرر . وهو ما سيتم التطرق إليه .

أ. نظام هوية المستخدم وكلمة السر: عند دخول العميل إلى الموقع الإلكتروني للبنك من أجل سحب النقود فإن أول ما يصادفه هو طلب إدخال معلومات هويته، وكلمة السر ليتمكن من الوصول إلى حسابه، وهو ما يعد وسيلة للتحقق من هويته وأن العميل هو من قام فعلاً بالتعامل في حسابه، وهو ما يشكل وسيلة لتأمين أنظمة الدفع الإلكتروني، بفضلها يمكن للبنك أن يكشف عن هوية المخترقين وأماكن الإختراق¹.

هذا ما دفع بعض البنوك إلى إصدار بطاقات تضمن الوفاء والسحب في نفس الوقت، مزودة برقم سري لا تنجز عمليات الوفاء أو السحب إلا باستخدامه، مما قلل من الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية بحيث يمنع كل حامل غير شرعي من استعمالها. والرمز السري هو "رمز معلوماتي تحويه بطاقة سحب الأموال النقدية لا يعلمه إلا الحامل، يتيح هذا الرمز للحامل بعد إدخال البطاقة في الصراف الآلي سحب الأموال النقدية ولا يستطيع سارق البطاقة أو من

¹بوعزة هداية، المرجع السابق، ص. 378.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

يجدها استعمالها ،إلا إذا استطاع الحصول على هذا الرمز ،ولذلك يتحمل العميل مسؤولية الإهمال في المحافظة على هذا الرمز"¹.

بهدف الحد من الاستعمال غير المشروع للبطاقات البنكية ،تم استحداث بطاقة وفاء ذكية ذات رمز خاص مما يجعلها بطاقة دفع آمنة يتولد الرقم السري فيها عن طريق خوارزمية ويتم الوفاء بها بإدخال العميل لبطاقته في آلة القراءة مع إدخال الرقم السري الموجود بها وتتم العملية بمجرد تطابقها ،وفي حال عدم حدوث المطابقة يعطى الحامل فرصتين لإعادة المحاولة فإذا أخطأ في إدخال الرقم السري الصحيح ،يكون قد أعطى لمعالج الكمبيوتر أمرا تلقائيا لإعطاب نفسه بنفسه ،فتصبح البطاقة غير قابلة للاستعمال².

ب . كلمة السر التي لا تتكرر :قد تؤدي التطورات التكنولوجية إلى تمكن المخترقين من الوصول إلى الرمز السري ،هذا ما دفع ببعض البنوك إلى اللجوء لحماية من نوع خاص ،تتمثل في كلمة السر التي لا تتغير وسميت بهذا الاسم لأنها غير صالحة للاستعمال إلا لعملية واحدة وخلال مدة محددة في دقيقة واحدة فقط .يمكن التمييز بين طريقتين من أجل اللجوء إلى هذا الأسلوب ،تتمثل الأولى في نظام Key/s الذي يقوم على إبرام اتفاق بين البنك وعميله للوصول إلى كلمة السر التي تستعمل لمرة واحدة ،ويتم تزويده بنفس كلمة المرور وعدد مرات إدخال إلى خوارزمية القيمة الإختبارية Hash- مجموعة من العمليات الحاسوبية تولد مجموعة من الحروف مستنتجة رياضيا تمثل الرسالة المراد تشفيرها -ليتم البدء في إرسال رسالة البداية من طرف العميل ،ليرد عليه البنك برقم عشوائي يستخدم لاستخراج كلمة السر ترسل إلى عميله ليعيدها له من جديد ،فيتأكد البنك من صحتها .بعد إنجاز العملية المراد القيام بها تلغى كلمة السر وتصبح غير قابلة للاستعمال مرة أخرى³ .

¹نضال سليم برهم ،المرجع السابق ،ص .161.

²المرجع نفسه ،ص .160.

³ بوعزة هداية ،المرجع السابق ،ص .380-381.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لكن ونظرا للتعقيدات التي يعرفها هذا النظام وصعوبة استخدامه ،لجأت البنوك إلى إبتكار طريقة أخرى تعتمد على تجهيز العميل بجهاز توثيق وكلمة السر اللازمة لاستعماله ويكون الجهاز متصلا بالبنك بمجرد تشغيله يكمن دوره في منح العميل كلمة السر اللازمة ،إذا ما أراد القيام بأي عملية قد تؤثر على ذمته المالية ،ويتم ذلك بمجرد النقر على الخانة المخصصة لهذا الغرض .

2 .حماية أمن المراسلات والمواقع الإلكترونية : يتم تأمين المراسلات والمواقع الإلكترونية من خلال الإعتماد على أسلوب التشفير ،والجدران الآمنة ،فضلا عن ذلك لابد من تأمين مواقع الموردين .

أ .التشفير : يعتبر التشفير وسيلة لتأمين البيئة الإلكترونية ،وضمانة لحماية المستهلك في مجال الدفع الإلكتروني لذا سيتم التطرق إلى المقصود به ،وتحديد أنواعه وأساليبه ،بالإضافة إلى معرفة البرامج المعتمدة في تأمينه منها :بروتوكول SET بروتوكول SSL وبروتوكول 3DS.

أ . 1. تعريف التشفير : سيتم التطرق إلى التعريف التشريعي ،فالتعريف الفقهي .

أ . 1. 1. التعريف التشريعي للتشفير : عرفه المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر في 29 ديسمبر 1990 القيام بالتشفير بأنه : "كل أداءات تهدف إلى تحويل ومساعدة الإتفاقيات السرية أو المعلومات أو العلامات الواضحة إلى معلومات أو علامات مختارة للتعبير أو القيام بالعملية العكسية بفضل الوسائل المادية أو المعلوماتية الموضوعة لهذا الغرض"¹.

وعرفت م 01 ف 09 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري التشفير بأنه : "منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات

¹كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص .607.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

المقروءة إلكترونيا بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك الشفرة¹.

كما عرفه القانون رقم (83) لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي السابق الذكر بأنه: "استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى معلومة بدونها"².

هذه التشريعات تطرقت لتعريف التشفير بصفة مباشرة، غير أن البعض الآخر عرفه بصفة غير مباشرة وذلك أثناء معالجتهم للتوقيع الإلكتروني الذي يستند على التشفير³، منها المشرع الجزائري الذي لم يعرف التشفير، وإنما عرف مفاتيح التشفير العام والخاص، وذلك بموجب ف 8 و 9 م 01 من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين 15-404 .

أ. 1. 2. التعريف الفقهي للتشفير: عرف البعض بأنه: "النظام الذي يسمح بإخفاء المعلومات السرية بحيث يصبح معناها غير مفهوم بالنسبة للأشخاص الذين لا يسمح لهم بالإطلاع على

¹ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 31.

² المرجع نفسه، ص 31.

³ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 159.

⁴ رقم 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مؤرخ في 10 فيفري 2015، ج ر ع 06 مؤرخة في 10 فيفري 2015. عرفت م 01 ف 08 مفتاح التشفير الخاص بأنه: عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي". وعرف بموجب ف 09 مفتاح التشفير العمومي بأنه: "عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني، وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني".

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

هذه المعلومات ،إما بتخزينها بشكل آمن في ملف الكمبيوتر أو نقلها عبر قناة غير آمنة كالإنترنت¹.

وعرفه البعض الآخر بأنه : "عملية تحويل النص إلى رموز وإشارات غير مفهومة تبدو ذات غير معنى لمنع الغير من الإطلاع عليها ،إلا الأشخاص المرخص لهم بالإطلاع على النص المشفر وفهمه ،مما تنصب عملية التشفير على القيام بتحويل النصوص العامة إلى نصوص مشفرة مع إمكانية إعادة النص المشفر إلى نص عادي بعد فك التشفير بمفتاح التشفير الذي تم إنشاؤه للتشفير وفكه"².

كما عرّف بأنه : "علم يستعمل الوسائل والتقنيات لتغيير طبيعة البيانات باستعمال الرياضيات لتشفير وفك تشفير البيانات ،وبالتالي يسمح بتخزين المعلومات السرية أو إرسالها على قنوات غير مؤمنة مثل الإنترنت بهدف عدم قراءتها من أي شخص آخر ،وعدم تغييرها للاستعمال غير المشروع بعد الإعتداء عليها"³.

لابد من استخدام خوارزمية فك التشفير على مفتاح فك التشفير من أجل استرجاع النص الأصلي من النص المشفر ،ويمكن للأشخاص الوصول إلى النص المشفر لكن لا يمكنهم فهم محتواه⁴.

¹فريد بايبر ،شون ميرفي ،علم التشفير مقدمة قصيرة جدا ،ترجمة محمد سعد طنطاوي ،مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة ،مصر 2016 ،ص 15.

²محمد فواز المطالقة ،المرجع السابق ،ص 159.

³خنفوسي عبد العزيز ،قانون الدفع الإلكتروني ،مركز الكتاب الأكاديمي ،د.ب.ن ،2018 ،ص 32.

⁴فريد بايبر ،شون ميرفي ،المرجع السابق ،ص 15.

غالبا ما يطلق عل النص المراد إخفاؤه اسم "النص الأصلي" ،أما عملية الإخفاء فتسمى "التشفير" ،وبعد تشفير النص الأصلي يصبح اسمه "النص المشفر" أو "البيان المشفر" ،أما القواعد المستخدمة في عملية تشفير معلومات النص الأصلي فيطلق عليها "خوارزمية التشفير" ،والتي عادة ما تعتمد على "مفتاح التشفير" والذي يشكل مدخلا لها وللرسالة ،وليسترجع المتلقي الرسالة لابد أن تتوفر لديه "خوارزمية فك التشفير" ،فبعد استخدامها مع "مفتاح فك التشفير" المناسب يمكن استرجاع النص الأصلي من النص المشفر .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

أو هو : "كل العمليات التي تؤدي بفضل بروتوكولات سرية إلى تحويل معلومات أو إشارات مفهومة (مقروءة) إلى معلومات وإشارات غير مفهومة (غير مقروءة) أو القيام بالعكس وذلك باستخدام برامج مصممة لهذه الغاية"¹.

ويمكن تعريف التشفير بأنه : وسيلة تقنية يتم من خلالها ترجمة المعلومات المفهومة والمقروءة إلى معلومات غير مفهومة وغير مقروءة ، باستخدام بروتوكولات وخوارزميات سرية ، مصممة من طرف تقنيين في هذا المجال معتمدا في ذلك على مفتاحين أحدهما عام والآخر خاص مما يصعب على الغير الإطلاع عليها .

أ . 2 . أساليب التشفير²:تقوم معظم عمليات التشفير المعروفة إلى غاية اليوم على أسلوبين ،نظام المفتاح الخاص (تقنية التشفير المتماثل) وأسلوب المفتاح العام (تقنية التشفير غير المتماثل) إذ يستخدم الرمز السري في نظام المفتاح الخاص لتشفير الرسائل وفك تشفيرها بحيث

¹ عمر خالد الزريقات ،المرجع السابق ،ص .269.

²المرجع نفسه ،ص .271-273.

نظام Netscape والذي يطلق عليه أيضا (SSL (Secure Socket Layers) هو نظام يتضمن طبقات أمنية للمعلومات ،وهو أحد بروتوكولات الأمان المبتكرة من قبل شركة نت سكيب الأمريكية لسنة 1995 بالتعاون مع بنك ماستر كارد ،حيث عرف نجاحا واسعا في مجال الدفع الإلكتروني .يقوم هذا النظام على تشفير البيانات الصادرة عن نوافذ الشبكة أو برامج المتصفح ،والمواقع المتواجدة على الشبكة ،بحيث يمكن للمستهلك إرسال بيانات بطاقته باستعمال هذه الطريقة الآمنة للقيام بعملية الدفع عبر ذلك الموقع ،ويتم ذلك بفضل ظهور مفتاح مقفل يظهر على الجهة اليسرى لشاشة الكمبيوتر ،مما يساهم في تغيير مقر المعلومة من http إلى https فتشفّر كل المعلومات الخاصة بالعملية التعاقدية بما فيها بيانات البطاقة البنكية ،غير أنه يعاب عليه إمكانية إطلاع الغير على أرقام البطاقة البنكية لأنها تخزن على نظام آلي ،وذلك لأن هذا النظام يأمن قناة الإتصال لا البيانات المنقولة عبرها ،وتم تغييره باستخدام بروتوكول يعمل على تأمين البيانات عند انتقالها ويعرف ب S-http (Secure Hyper Text Transport)

أما نظام PGP (Pretty Good Privacy) فتم إختراعه من طرف فيليب زيرمان سنة 1995 ويعد برنامجا تأمينيا محكما يهدف لحماية الرسائل الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني الخاص بالأفراد ،إذ يتم تشفير كل المعطيات التي تتضمنها الرسالة باستخدام المفتاح العام والخاص ،ويتميز هذا النظام بسهولة استعماله وقوة أمانه فيصعب اختراقه ،وهو برنامج مجاني يمكن لمستخدمي الإنترنت استعماله بعد تحميله ،كما يحرص على إحترام الحق في الخصوصية .

حوضو يمينة ،عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري ،دار بلقيس ،الجزائر ،2016 ،ص .273-274.

Vpn اختصار ل: Virtual Private Network وتعني الشبكة الواقعية الخاصة.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

يمتلك كل من المرسل والمستقبل مفتاحا واحدا يمكن الطرف الأول من تشفير الرسالة في حين يمكن الطرف الثاني من فك تشفيرها .

يعاب على هذا النظام أنه يجب على مستقبل الرسالة المشفرة-من مصادر مختلفة-أن يتحصل على عدد من المفاتيح الخاصة يساوي عدد مرسلها ،بالإضافة إلى أنه أسلوب غير آمن لعدم إحتوائه على وسائل الحيطه في تبادل رموز هذه المفاتيح بين المتعاملين بها ،فضلا على أن استخدام نفس المفتاح بين المرسل والمستقبل قد يضعف من حجيه المحررات المستخرجة كما يضعف قوتها الثبوتية بالموازاة مع مستوى المخاطر التي قد تترتب عن إنتقال شفرة المفتاح الخاص أو تسريبها للغير .

أما النظام القائم على التشفير غير المتماثل (المفتاح العام) فلا يستعمل طرفيه مفتاحا واحدا في التشفير وفك التشفير ،بل يوجد رمزين سريين أو مفتاحين مختلفين ،أحدهما خاص يعرفه مستخدم واحد فقط ويظل سريا والآخر عام يعمم على باقي المستخدمين الذين يرغب في التعامل معهم برسائل مشفرة ،فيمكن لهم -المتحصلين على المفتاح العام - تشفير الرسائل وإرسالها إلى المستخدم المتحصل على المفتاح الخاص ،الذي يمكنه لوحد فك تشفير الرسائل التي وصلتته من المستخدمين الحاصلين على المفتاح العام .

ويتم تبادل الرسائل المشفرة في هذا النظام عبر شبكة الإنترنت من خلال عدة برامج كبرنامج Netscape و Digicash ،وأهمها نظام PGP وهو الأكثر إنتشارا .له الفضل في الكشف عن أحدث نظام للتشفير سمي ب Clipper SHip أو التشفير الإئتماني النموذجي تم وضعه من طرف وكالة الأمن القومية الأمريكية لاستعماله في مجال المعدات الإلكترونية لا يتطلب هذا النظام من مستخدم الإنترنت سوى إقتناء مفتاح خاص واحد يستخدمه في تشفير الرسائل ،أو في فك الرسائل المشفرة التي ترسل إليه ،كما يمكنه إما أن يشفر رسالته أو يشفر طريقة إرساله باستخدام نظام تقني حديث يسمى Vpns يعتمد على بروتوكولات الإنترنت Icp/Ip .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

إن لبروتوكولات الإنترنت دور في تحديد هوية المرسل وعنوانه ،غير أن هذا لا يكفي بل لابد من وجود جهة ثالثة محايدة تضمن مهمة التصديق على هوية الحائزين للمفتاح العام وتصدر شهادات إلكترونية بذلك .

وقد عرف المشرع بموجب ف 11 من م 01 من ق 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين السابق الذكر ،الطرف الثالث الموثوق بأنه :شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة ،وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي" .وعرف المتدخلين في الفرع الحكومي بموجب ف 13 بأنهم :المؤسسات والإدارات العمومية والهيئات العمومية المحددة بالتشريع المعمول به والمؤسسة الوطنية المستقلة وسلطات الضبط ،والمتدخلون في المبادلات ما بين البنوك وكذا كل شخص أو كيان ينتمي إلى الفرع الحكومي بحكم طبيعته أو مهامه".وهو ما سيتم دراسته لاحقا .

مما سبق يمكن القول أن التشفير يحقق لأطراف المعاملة جملة من المزايا منها :

- المحافظة على السرية والخصوصية بإعتباره وسيلة تساهم في حفظ محتوى المعلومات من جميع الأفراد ما عدا الذين يرخص لهم بالإطلاع عليها ،مع إمكانية إثبات هوية أطراف التعامل .
- كما أن استخدام التشفير يشكل ضمانة فعالة لحماية المستهلك المتعاقد عبر الإنترنت ،وذلك لصعوبة الإطلاع على الرسالة المشفرة التي تعتمد على جملة من الأساليب في إخفائها وفك تشفيرها¹ .

ونظرا للمزايا التي يعرفها نظام التشفير زاد الإقبال عليه بين المتعاملين ،هذ ما دفع بشركة ماستر كارد وفيزا كارد إلى توقيع إتفاق للعمل على نظام مشترك خاص بالتشفير ،وأرقام البطاقات البنكية المتداولة على الإنترنت لوضع قواعد تتناسب والدفع المؤمن². بحيث يضع المستخدم رقمه

¹محمد فواز المطالقة ،المرجع السابق ،ص 161.

²كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 609.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

السري على البيانات مما يعد بمثابة توقيع ثم يضيف الرقم العام للمرسل إليه ويتم التشفير بواسطة هذا الأخير بمساعدة مفتاحه الخاص ليحدد المرسل ويتم أيضا الإتفاق بين المستهلك وبنكه على كيفية استخدام التشفير وفك من أجل حماية البيانات محل المعاملة ومنها حماية المعاملات المالية¹.

أ. 3. برامج تأمين التشفير :تتمثل في بروتوكولات الحركات المالية الآمنة SET، بروتوكولات الطبقات الآمنة SSL، وتقنية الحماية 3DS .

أ. 3. 1. بروتوكولات الحركات المالية الآمنة SET²: قامت مجموعة من الشركات العالمية الرائدة بتطوير بروتوكول لعمليات الدفع سمي بروتوكول الحركات المالية الآمنة يرمز له SET، وهو البروتوكول الذي يهدف إلى ضمان أمن البيانات والمحافظة عليها، وعلى خصوصيتها وسلامتها، والتحقق من وصولها إلى الجهة المرسل إليها، عند إجراء الحركات المالية عبر شبكة مفتوحة كالإنترنت .

وهو البروتوكول الذي يشبه نظام الطبقات الآمنة SSL، في إعتماده على التواقيع الرقمية والتشفير من أجل المحافظة على سلامة، وخصوصية المعلومات المنقولة عبر شبكة الإنترنت بين المستهلكين المستخدمين للبطاقات، وبين الموردين الذين يستعملون هذا البروتوكول SET؛ والذي يستند على برمجيات سميت ببرمجيات المحفظة الإلكترونية تتضمن رقم حامل البطاقة، والشهادة الرقمية التابعة له، أما المورد فيملك شهادة رقمية مستخرجة من إحدى البنوك المعتمدة. فاستخدام الطرفين -المورد والمستهلك- لشهادته الرقمية يسمح لكل منهما من التأكد من هوية الآخر، وذلك عند إجراء الحركات المالية عبر الشبكة العنكبوتية .

¹المرجع نفسه، ص. 609.

²منير محمد الجنيبي، ممدوح محمد الجنيبي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، ط 2، دار الفكر الجامعي، مصر، د.س.ن ص 164-166. الشركات التي ساهمت في تصميم بروتوكول SET هي: شركة ماستر كارد وفيزا، ميكروسفت، Nest SAIC، GTE، capIBM، وشركات أخرى. بوعزة هداية، المرجع السابق، ص. 392.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ويقوم هذا النظام على عدم تمكن المورد من الإطلاع على رقم البطاقة البنكية أثناء جلسة بروتوكول الحركات المالية الآمنة، وذلك راجع إلى النظام الذي يعتمده هذا البروتوكول القائم على إرسال صيغة مشفرة لهذا الرقم إلى مصدر البطاقة للحصول على موافقته على إجراء الحركة المالية مع المورد. فضلا عن ضمان سرية الرقم الخاص بالبطاقة وعدم كشفه، فإن هذا النظام يمنع أي تعديل غير مرخص به أثناء إرسال هذه البيانات .

وبذلك فإن هذا النظام يحقق الأمان، ويزيد من ضمانات حماية المستهلك عند الدفع الإلكتروني، كما يضمن سرية هذه العملية من أي إعتداء .

وتجب الإشارة إلى أن عملية الشراء تضم حسب هذا البروتوكول خمسة أطراف: حامل البطاقة (المستهلك): وهو الشخص الذي سلمت إليه البطاقة من طرف الجهة المصدرة، يستعمل محفظة إلكترونية تتضمن شهادات رقمية لبروتوكول الحركات المالية الآمنة (SET)، بالإضافة إلى موفر المحفظة الإلكترونية، وهو المؤسسة المالية التي تمنح الزبائن الأدوات اللازمة لشراء السلع والحصول على الخدمات عن بعد، منها الشهادات الرقمية لبروتوكول (SET)، ويوجد الموردون الذين يتجاوزون مع الحركات المالية التي يقوم بها المستهلك، ويجب عليهم الإنخراط لدى معالجي عمليات الدفع أو لدى مؤسسات مالية معتمدة. أما الطرف الآخر لهذه العملية فيتمثل في معالج عمليات الدفع، وهو: المؤسسة المالية التي تزود الموردين بالحسابات، وتتولى مهمة التحقق من عمليات الدفع التي تم إجراؤها من طرف المستهلكين، والتعامل فيها ومعالجتها. على أن يتم توفير بوابة للدفع، وهي: "الجهاز الذي يشغله معالج عمليات الدفع ويتولى معالجة رسائل الدفع التي يتلقاها من الموردين، وأوامر الدفع التي يتلقاها من حاملي البطاقات".

يوفر هذا البروتوكول العديد من الضمانات أهمها¹:

❖ يحقق سرية الرسالة والمعلومات المالية التي تحتويها لاستناده على التشفير.

¹حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص. 462.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- ❖ يسمح هذا البروتوكول بالتأكد من هوية المستهلك والمورد.
 - ❖ حماية خصوصية المستهلك من خلال منع تتبع نوعية مقتنياته.
 - ❖ يحقق ميزة التكاملية، والتي تعني أن الرسالة المستقبلية هي نفسها الرسالة المرسلية.
 - ❖ كما يضمن توفير قنوات آمنة بين الجهات المشتركة في القيد المالي.
 - ❖ يوفر الثقة بين الأطراف لإعتماده على الشهادات الرقمية.
- أما عن كيفية إجراء الحركات المالية وفق هذا البروتوكول، فلا بد من أن يكون للمستهلك حساب بطاقة الدفع ممسوك لدى أحد البنوك، التي تصدر له برنامجا خاصا ببروتوكول الحركات المالية الآمنة الذي يدعى ببرنامج المحفظة الإلكترونية، تستخدم هذه الأخيرة في الشراء والقيام بالحركات المالية عبر الشبكة العنكبوتية. تثبت المحفظة على حاسوب المستخدم إذ يمكنه الوصول أو الدخول إليها في أي وقت للقيام بعمليات الدفع عبر الإنترنت؛ وتتضمن المحفظة مجموعة من المعلومات، منها: رقم البطاقة، شهادة بروتوكول SET، تاريخ إنتهاء البطاقة، ويمكن تحميل برنامج المحفظة من الإنترنت على أن يكون مؤمنا بكلمة المرور¹.

ومن جهة أخرى تعتبر شهادات بروتوكول الحركات المالية الآمنة دليلا يستعمله البنك للتأكد من هوية حامل البطاقة، وللحصول عليها يحول المستخدم إلى جهة مخولة بمنح الشهادة معتمدة لدى البنك، ولا بد أن يكون للمورد حساب لدى معالج عمليات الدفع (البنك مثلا) ليحصل على البرمجيات اللازمة لاستخدام بروتوكول وشهادة SET، بالإضافة إلى المفتاح العام لمعالج عمليات الدفع المختار. عند إجراء طلب الشراء يستعمل المستهلك المحفظة الإلكترونية لاسترجاع رقم بطاقته وشهادة SET، على أن يستخدم المفتاح العام للمورد من أجل التوقيع على المعلومات التي يتضمنها طلب الشراء، والمفتاح العام للبنك من أجل التوقيع على معلومات الدفع الموجهة لاحقا للمورد، وليتأكد هذا الأخير من هوية المستهلك لا عليه من الرجوع إلى شهادة SET الخاصة به لدى البنك أو معالج عمليات الدفع الإلكتروني، بعد أن يتحقق البنك من هوية الطرفين

¹ منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، المرجع السابق، ص 166-167.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

،ومعالجة طلب الشراء ومعلومات الدفع ،يوقع رقميا على الرسالة ويرسلها إلى المورد ،ويرسل أيضا لعميله رسالة تأكيد ثم ينفذ العملية المطلوبة منه بموجب استمارة الطلبية¹.

رغم إيجابيات هذا البروتوكول وقوته في تأمين المعاملات المالية والتجارية ،منذ نشأتها إلى غاية إنتهائها وضمان البنك لأطرافها ،إلا أنه يعاب على هذا النظام صعوبة اللجوء إليه وتطبيقه نظرا لكونه نظاما معقدا بالإضافة إلى ذلك إرتفاع تكلفة إعتماده ،هذا ما دفع البنوك الأمريكية فيزا وماستر كارد إلى التخلي عنه إبتداء من سنة 2000².

أ. 3. 2. بروتوكول المقابس الآمنة SSL :يسمى أيضا بروتوكول تأمين المقابس أو البيانات أو بروتوكول طبقة الفتحات الآمنة ،وهو :«عبارة عن برنامج يتضمن بروتوكول تشفير متخصص لنقل البيانات والمعلومات المشفرة بين جهازين عبر شبكة الإنترنت بطريقة آمنة بحيث لا يمكن قراءتها لغير المرسل إليه»³.

تعتبر تقنية المقابس الآمنة أحد أنواع التقنيات المستخدمة في تشفير المعلومات ،التي تنتقل عبر الإنترنت⁴ غير أنها تختلف عن بقية طرق التشفير في كونها لا تتطلب ضرورة اتخاذ خطوات معينة من أجل تشفير البيانات المراد حمايتها ،فكل ما يقوم به المستخدم هو التأكد من اللجوء إلى هذا البروتوكول ،وتقتصر إمكانية إعادة المحتوى على طرفين فقط ،وهما المرسل والمستقبل⁵ .

¹ المرجع نفسه ،ص 167-168.

² حوحو يمينة ،المرجع السابق ،ص 275.

³ بوعزة هداية ،المرجع السابق ،ص 393-394.

⁴ نضال إسماعيل برهم ،المرجع السابق ،ص 176.

⁵ بوعزة هداية ،المرجع السابق ،ص 394.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لقد طور هذا النظام من طرف شركة Netscape¹ يقوم على ربط المتصفح الموجود على حاسوب المستهلك بجهاز خادم خاص لموقع الشراء، ويتم ذلك إذا كان الخادم مزودا بهذه التقنية، ثم يقوم البرنامج بتشفير أي معلومة صادرة عن المتصفح، وصولاً إلى جهاز خادم الموقع باستعمال بروتوكول تحكم النقل، وبروتوكول الإنترنت (TCP/IP)².

يهدف بروتوكول SSL بصفة أساسية فضلا عن تأمين المعلومات ونقلها، تأمين بطاقات الدفع إذ يضمن مستوى كاف للإرسال الآمن للمعلومات، ويضمن حمايتها طوال مدة صلاحيتها لكن ورغم مزايا هذا البروتوكول في تأمينه للمعلومات الخاصة بالدفع، والمعلومات الحساسة الأخرى بين المتعاملين، إلا أنه لا يتحقق من هوية المستهلك، وأنه فعلا هو من أمر بالدفع وأن البطاقة المستعملة في الوفاء تعود إليه³.

أ. 3. 3. تقنية الحماية 3DS: قامت شركة فيزا بتطوير نظام حماية جديد سمي بـ "فيزا 03 دي" (3D(Visa)، وهو بروتوكول معزز لعمليات الدفع الإلكتروني باستخدام بطاقات الدفع عبر الإنترنت، كما يسمح هذا النظام من التأكد من هوية المستخدم عن طريق نظام التشفير SSL ومأخذ "ميرشانت سيرفير (Merchant) server من أجل نقل المعلومات والتحقق من هوية حامل البطاقة عند قيامه بالشراء عن بعد، ويضمن هذا النظام حماية كاملة للمعلومات عند القيام بعمليات الدفع، كونه بروتوكول يعتمد على نموذج ثلاثي النطاق والذي يجمع بين سهولة ومرونة التطبيق، وبين انخفاض نسبة المخاطر التي قد تحدث أثناء عملية الشراء عن بعد⁴.

فضلا عن ميزة إمكانية التحقق من هوية الشخص الذي قام بإجراء المعاملة التجارية الإلكترونية، يسمح بروتوكول 3DS بالانتقال الآمن لتفاصيل الحساب مع ضمان نسبة منخفضة

¹ حوالمف عبد الصمد، المرجع السابق، ص. 464.

² بوعزة هداية، المرجع السابق، ص. 394.

³ المرجع نفسه، ص. 394-395.

⁴ حوالمف عبد الصمد، المرجع السابق، ص. 465.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

من الأخطاء هذا من جهة ،ومن جهة أخرى يؤدي هذا البروتوكول إلى زيادة الثقة وحجم المبيعات ،وقبول التعامل بواسطة بطاقات الدفع على نطاق واسع¹.

ب .تقنية الجدران النارية : عملت البنوك من أجل حماية شبكتها الداخلية من مخاطر القرصنة والإختراق ،إلى تطوير تقنية تساهم في ذلك ،وهي تقنية الجدران النارية أو كما تسمى أيضا بالحوائط النارية ،والتي تقوم على إنشاء جدار أو حاجز يحول دون ذلك .ولتسهيل تبادل المعلومات بين البنك وفروعه ،يقوم بربطها بشبكة واحدة تسمى الشبكة الداخلية الخاصة ،كما يمكنه إنشاء شبكة إفتراضية خاصة كقناة مشفرة تقام من خلال شبكة غير آمنة مثل الإنترنت وترتبط الشبكة الإفتراضية في العادة بين شبكتين أو موقعين لتشفير جميع الرسائل المتبادلة بينها ولا بد على البنك إذا ما رغب في الدخول إلى شبكة الإنترنت أن يربط شبكته الخاصة بالشبكة العنكبوتية ،وهو ما يزيد من إمكانية تعرضه للإختراق ،هذا ما دفع بهم -البنوك- إلى إقامة حاجز يفصل بين الشبكة الداخلية له والإنترنت ،فيقصد بالجدران أو الحواجز النارية:"مجموعة الأنظمة التي توفر وسيلة أمنية بين الإنترنت وشبكة المؤسسة الداخلية والخروج منها للمرور عبر هذا الجدار ،الذي يتصدى لجميع محاولات الدخول للشبكة بدون صفة .حيث تمنع جدران الحماية من دخول الأخطار القادمة من شبكة الإنترنت إلى الشبكة الداخلية الخاصة بالمؤسسة البنكية"².

وبذلك فإن الهدف الرئيسي للجدران النارية هو حماية المعلومات والمعطيات المخزنة من أي إختراق ،فضلا عن التحكم في إمكانية منع الوصول غير المصرح به بين شبكتين أو أكثر كما تسمح بحماية البريد الإلكتروني الصادر والوارد³ هذا من جهة ،ومن جهة أخرى تضمن الجدران النارية مسح المعطيات التي تصل من الإنترنت وتحليلها ،كما تتصدى لأي محاولة

¹ المرجع نفسه ،ص .465.

² بوعزة هداية ،المرجع السابق ،ص .395.

³ حوالف عبد الصمد ،المرجع السابق ،ص .466-467.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

إختراق وطردها خارج الشبكة ،أما إذا كانت المعلومات آمنة فإنه يسمح لها بالدخول إلى أجهزة الكمبيوتر¹.

تشبه جدران الحماية حرس الحدود بإعتبارها تمنح للمستهلك حماية فعالة ،من خلال التأكد من شرعية كل شخص يريد الدخول إلى المواقع البنكية ،يعتبر برنامج Check Point Fir Wall من أفضل برامج الجدران النارية .ويمكن للمستهلك الإطلاع على معلومات حساباته لدى البنك ،من خلال استعمال برنامج تقني يتم تزويده به عن طريق نظام أسوار الحريق ،فلا يتم إعطاؤه أية معلومة إلا بعد التأكد من هويته وأهليته ،فيعد هذا النظام بمثابة الوسيط الذي يحول دون وقوع أية معلومات لدى شخص لا يحق له الإطلاع عليها².

ت .تأمين المواقع الإلكترونية للموردين :يعد تأمين المواقع ضمانة لحماية المستهلك ،لأنه يقدم معطياته الشخصية للمورد عبر شبكة الإنترنت ،وذلك عند قيامه بملى إستمارة الطلبية ويتم تأمين المواقع ببرامج متخصصة ،يصعب إختراقها من الغير ،والموقع المؤمن هو الذي يبدأ ب (https) بدلا من (http) ،إذ يعني حرف S أن الموقع مأمّن ،فعلى كل مستهلك أن يتأكد من أمن الموقع الذي سيستخدمه قبل تقديم أية معلومات شخصية³.

ثانيا :التوقيع الإلكتروني ضمانة لحماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا :يعد التوقيع الإلكتروني بمثابة ضمانة فعالة لحماية البيئة الإلكترونية بصفة عامة ،والدفع الإلكتروني بصفة خاصة بإعتباره وسيلة فعالة للتحقق من هوية الطرف الموقع ،ويحمي المستهلك من أي تلاعب أو إختراق من خلال مضاهاة التوقيعات إذ يمكن للبنك أن يتأكد من عدم صحة أمر الدفع ،لأن التوقيع

¹ بوعزة هداية ،المرجع السابق ،ص 396-398.

² كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 606.

³ المرجع نفسه ،ص 605.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الذي تحمله الفاتورة لا يعود إلى عميله، فيعد بمثابة توثيق للمعاملة الإلكترونية. لذا توجب التطرق إلى المقصود منه، شروطه وضوابطه.

1 / المقصود بالتوقيع الإلكتروني: سيتم التطرق إلى تعريفه، مع تحديد صورته وذلك إنطلاقاً من التعريفات التي سيتم معالجتها .

أ. تعريف التوقيع الإلكتروني: قبل التطرق إلى التعريف الفقهي، لا بد من الوقوف على التعريفات الواردة ببعض التشريعات، الأجنبية والعربية .

أ. 1. التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني: سيتم تعريفه وفق بعض التشريعات الأجنبية، ثم التشريعات العربية .

أ. 1. 1. تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الأجنبية: عرفه الإتحاد الأوروبي في توجيهاته الصادرة سنة 1999 بأنه: "معلومات على شكل إلكتروني متعلقة بمعلومات إلكترونية أخرى ومرتبطة بها إرتباطاً وثيقاً ويستخدم أداة للتوثيق أما التوقيع الإلكتروني المعزز فهو "عبارة عن توقيع إلكتروني يشترط فيه مايلي :

1. أن يرتبط إرتباطاً فريداً مع صاحب التوقيع .
2. أن يكون قادراً على تحديد صاحب التوقيع والتعرف عليه .
3. أن يتم إيجاده باستخدام وسائل تضمن السرية التامة لصاحبه .
4. أن يكون مرتبطاً مع المعلومات المحتواة في الرسالة حيث أنه يكشف عن أي تغيير في المعلومات"¹.

يلاحظ على هذا التعريف أنه حدد بعض الشروط التي يقوم عليها التوقيع الإلكتروني.

¹علاء محمد عيد نصيرات، حجبة التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 23-24.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وعرفته م 2 ف أ من قانون الأونيسترال النموذجي المتعلق بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2001 بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها مرتبطة بها منطقياً يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"¹.

ولعل الهدف الذي يسعى قانون الأونيسترال إلى تحقيقه هو تيسير استعمال التوقيعات الإلكترونية في المعاملات الإلكترونية مثلما هو الشأن في المعاملات التقليدية التي يتم التوقيع فيها على الورق، وأن التعريف الوارد بالمادة 02 ف أ ينبع من الدور الذي يلعبه التوقيع كوسيلة تساهم في تحديد هوية الموقع، وإثبات موافقته لمضمون المحرر².

في حين عرّفه المشرع الفرنسي بموجب م 316 من ق م المضافة بقانون 13 مارس 2000 بأنه: "دليل كتابي يتكون من مجموعة من الحروف أو الأشكال أو الأرقام أو من إشارات أو رموز لها مدلول أيا كانت الدعامة المثبتة بشرط أن يكون في الإمكان بالضرورة تعيين الشخص الذي صدرت منه وأن تعد وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها"³.

أ. 1. 2. تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية: عرف المشرع التوقيع الإلكتروني بموجب م 02 ف 01 من القانون 04-15 السابق الذكر، بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"، وهو التعريف الذي أورده التوجيه الأوروبي لسنة 1999 والصادر عن الإتحاد الأوروبي السابق الذكر .

¹ قانون الأونيسترال النموذجي لسنة 2001، صادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، هيئة الأمم المتحدة، رقم 09-467، الدورة 33، نيويورك، و.م.أ، الصادر في 05 أبريل 2000.

² عبد الله أحمد عبد الله غرابية، حجبة التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار الراجحة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 42.

³ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الإتفاقيات الدولية والتشريعات العربية والقانون 15 لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص. 44.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

في حين عرفه المشرع الأردني بموجب م 02 من ق المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم (85) لسنة 2001¹، بأنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره".

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه عدد الصور أو الأشكال التي قد يتخذها التوقيع وليعتبر إلكترونيًا لابد أن تدرج صورته في الشكل الإلكتروني أو الرقمي أو أي وسيلة أخرى تضافي عليه الطابع الإلكتروني، على أن ترد بطريقة تسمح بتحديد هوية الشخص وتميزه عن غيره من الموقعين .

أ. 2. **التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني:** من بين التعريفات العديدة للتوقيع الإلكتروني هناك من عرفه بأنه: "مجموعة من الإجراءات أو الوسائل الذي يتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو الشيفرات إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونيًا"².

يعاب على هذا التعريف الذي جمع فيه بين التعريف التقني والوظيفي، وأنه ذكر بعض صور التوقيع الإلكتروني دون التطرق إلى الصور الأخرى، كما حدد وظيفة واحدة للتوقيع تتمثل في تحديد هوية الموقع فقط، دون الإشارة إلى الوظيفة الثانية والمتمثلة في رضا الموقع على محتوى المحرر³.

¹ ق رقم 85-01 المتعلق بقانون المعاملات الإلكترونية المؤقت، ج. ر. ع. 4524، مؤرخة في 31 ديسمبر 2001. عبد الله أحمد عبد الله غرايبية، المرجع السابق، ص. 44.

² سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 381.

³ المرجع نفسه، ص. 381.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ب. صور التوقيع الإلكتروني: تتعدد صور التوقيع الإلكتروني بتعدد وإختلاف الوسيلة المستعملة، والتي تتغير هي الأخرى لتلائم والتطورات التكنولوجية المستحدثة، وسيتم التطرق في هذه الجزئية إلى أهم صورته .

ب. 1. التوقيع بواسطة البطاقة الممغنطة المقترنة بالرقم السري: ويتم هذا النوع من التوقيع بمجرد الموافقة على عمليات السحب أو الدفع النقدي، من خلال إدخال رقم بطاقته عبر جهاز الكمبيوتر الخاص به والموصول بشبكة الإنترنت في المكان المخصص له عند طلبه، وتشبه هذه الطريقة استخدام المستهلك لبطاقته عند إدخالها في جهاز الصراف وإدخال الرقم السري¹.

هناك من إعترض على هذه الطريقة على أساس أن التوقيع قد انفصل ماديا عن صاحبه، وهو ما يجعل البطاقة عرضة لمخاطر الحصول عليها من الغير، وتم الرد على هذا الإعتراض بوجود وسائل أمان كافية لضمان إتمام العملية وعدم التلاعب بالبطاقة، مع ضرورة الإعتراف بقيمة ما يبرم من معاملات بموجب هذه الطريقة كما أنه وحتى وعلى فرض ضياع البطاقة، إلا أنه من الصعوبة بما كان الوصول إلى الرقم السري، ويمكن للعميل إبلاغ البنك بأي خطر قد يلحق ببطاقته، بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن البنوك اليوم تمنح الحامل ثلاث محاولات لإدخال الرقم، فإن عجز يسحب الجهاز البطاقة تلقائيا، فلا يجوز إلا لصاحبها استخدامها. وقد درج القضاء الفرنسي على قبول كل المعاملات التي تنجز بواسطة التوقيع الإلكتروني بالبطاقة الممغنطة كما لو أنها أنجزت بتوقيع خطي، ويعد البنك ضامنا لسلامة التوقيع الإلكتروني في مواجهة كل من يتعامل مع عميله إلكترونيا بواسطة البطاقة الممغنطة².

ب. 2. التوقيع البيومتري: من أجل ضمان الأمان، الثقة والسرية في المعاملات إعتمدت البنوك العالمية على التوقيع البيومتري، وهو التوقيع الذي يقوم على الخواص الذاتية للإنسان كالبصمة

¹ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 255.

² سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني ماهيته - صورته - حقيقته في الإثبات بين التدويل والإقتباس، ط 2، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص 68-69.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

الصوتية ،أو بصمة الأصبع أو الشفاه -وممكن بصمة العين -التي يستحيل أن تتشابه من الناحية الطبية ،وهو النظام الذي جاء بديلا عن الإنتقادات التي شهدتها التوقيع بالبطاقة البنكية ،بحيث يتم تخزين بصمة الإنسان داخل الدائرة الإلكترونية للجهاز الذي يتم التعامل عبره ،فلا يتم الدخول إلا إذا تعرف الجهاز على صوت العميل إذا كان التوقيع البيومتري بصوته ،أو بوضع الأصبع إذا تم التوقيع به ،وكذلك الشأن بالنسبة لبصمة الشفاه أو العين إذا تم عبرهما ،ليتم التأكد من عملية المطابقة¹ .

رغم مزايا التوقيع البيومتري إلا أن جانبا من الفقه منهم الأستاذ سعيد السيد قنديل يتحفظ على إستخدامه ،وذلك لإمكانية تعرض الذبذبات الحاملة للصوت أو صورة البصمة للنسخ وإعادة الاستخدام ،أو لإدخال تغييرات عليها كون أن التطورات العملية تسمح وتساهم في ذلك وهو رأي مقبول لأنه فعلا حتى ولو استحال تكرار البصمة ،إلا أن التطورات التكنولوجية اليوم سمحت من إختراق الذبذبات وتعديل الصوت ،أو إمكانية تعديل الصور ،مع إمكانية نسخ بصمة الأصبع بشريط لاصق مثلا وإعادة تطبيقه على الجهاز .فالتوقيع البيومتري إذا له مزايا عديدة تساهم في ضمان عمليات الدفع ،إلا أن المخاطر المترتبة عنه لا يمكن إنكارها ،إذ تفرض ضرورة التدخل لتعزيز آليات الحماية ،من غيرها لا يمكن القول بأن التوقيع البيومتري آمن ويبقى وسيلة تصلح لتسوية المعاملات البسيطة ،أو الوفاء بفواتير معقولة الثمن² . (درجة الضمان مرهونة بتفعيل آليات الحماية) .

¹ سعيد السيد قنديل ،المرجع السابق ،ص 70.

² المرجع نفسه ،ص 71.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

بالإضافة إلى تكلفته الباهضة مما يتطلب ضرورة البحث عن أنواع أخرى للتوقيع تكون أقل تكلفة، فضلا على ذلك يصعب اللجوء إليه لضرورة توفر المعدات اللازمة لإستعماله من طرف مواقع البيع، ولا بد من توفر نفس المعدات لدى المستهلك، وهو أمر لا يمكن تحقيقه¹.

ب. 3. التوقيع الرقمي: يعرف التوقيع الرقمي بأنه: "بيان أو معلومة يتصل بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة شفرة (كود)، والذي يسمح للمرسل إليه إثبات مصدرها، والإستيثاق من سلامة مضمونها وتأمينها ضد أي تعديل أو تحريف"، أو هو: "عبارة عن وحدة قصيرة من البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات المتضمنة في محتوى الوثيقة"².

فمتى ما تمكن التوقيع الرقمي من إثبات هوية صاحبه، فإنه يشبه التوقيع العادي، غير أنه يفضل عليه ذلك لأن: التوقيع العادي عبارة عن فن وليس علما، عكس الرقمي الذي يعد علما لا مجرد رسم فيصعب تزويره وتبقى مسألة حمايته مرهونة بمدى حماية كلمة السر ومفتاح التشفير، فضلا على ذلك إذا كان بالإمكان في التوقيع العادي الذي يتم على الأوراق إقتطاع الوثيقة أو جزء منها عن التوقيع واستبداله، فإن ذلك غير ممكن في التوقيع الرقمي الذي يسمح بإثبات الوثيقة والشخص الموقع عليها، لأنه جزء من التشفير فمتى ما تم فكه كان لزاما مطابقة الوثيقة للتوقيع، بإعتباره ختما رقميا مشفرا يملك صاحبه مفتاحه، وتطابقه مع الرسالة دليل على أن مالكا هو من قام فعلا بعملية الإرسال لا شخص آخر³.

كما يتطلب التوقيع الرقمي ضرورة توفر مفتاحين أحدهما عام والآخر خاص، حيث يمكن المفتاح العام أي شخص من الإطلاع على الرسالة والبيانات التي تحتويها عبر الشبكة غير أنه

¹ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، العقود الإلكترونية - القانون الواجب التطبيق - المنازعات العقدية وغير العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 72.

² عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص. 257.

³ محمد البنان، "العقود الإلكترونية"، منشور في كتاب العقود والإتفاقات في التجارة الإلكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2007، (ص ص. 01-50)، ص. 39-40.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

لا يسمح له بإحداث أي تغيير عليها إلا إذا كان مالكا للمفتاح الخاص ،الذي يستعمله إذا ما أراد الدخول إليها ليضع توقيعه ويرسلها مرة أخرى لمصدرها .فلا يمكن للمورد مثلا أن يعدل محتواها لأنه لا يملك المفتاح الخاص ،وبمفهوم المخالفة لا يمكن له تعديل المحتوى إلا إذا استخدم المفتاحين الخاصين بطرفي المعاملة (العام والخاص معا) .ويتطلب التوقيع الرقمي أيضا ضرورة تدخل جهة ثالثة محايدة مرخص لها إصدار هذه المفاتيح بعد أن يطلبها المتعاملون عبر الإنترنت¹.

ب 4. التوقيع الإلكتروني اليدوي (بالحرف) : يقوم هذا النوع من التوقعات على ضرورة إضافة لوحة مفاتيح واحدة إلى اللوحة الموجودة على الشبكة (MAC/Windows) ،بحيث تتضمن كل لوحة أماكن خاصة بالحروف .ليوضع التوقيع اليدوي على هذه اللوحة وعلى الكمبيوتر ،على أن تتم حمايته برقم سري يتم استعماله عند الضرورة .إذ يتم التوقيع الإلكتروني اليدوي عن طريق التصوير بواسطة جهاز المسح الضوئي وإضافة الصورة إلى الملف المراد الإمضاء عليه ،ويعد وسيلة تساهم في تحديد هوية أصحاب السجلات الإلكترونية المتبادلة .يعاب على هذا الأسلوب إمكانية استخدامه من أي شخص كان ،وذلك لتمكن الجهة المرسل إليها من الاحتفاظ بنسخة له ليعيد إلصاقها على أية وثيقة إلكترونية² .

¹ عمر خالد زريقات ،المرجع السابق ،ص 257-258.

على فرض أن (أ) أراد التعاقد مع (ب) وكل منهما في دولة مختلفة ،لابد من أن يلجأ كل طرف لجهة التوثيق أو التصديق الخاصة في بلده ،لتسلمه مفتاحين أحدهما عام والآخر خاص كلاهما عبارة عن شفرة ،ويتمثلان فالبطاقة الذكية ،فيرسل (أ) رسالة تتضمن إيجاب لشراء منتج عبر الإنترنت باستخدام جهاز الكمبيوتر الخاص به ،يوقع عليها باستخدام مفتاحه الخاص والذي لا يعلم به غيره ،ويرسل المفتاح العام ضمن الرسالة إلى (ب) الذي لا يمكنه تعديل محتواها ،بل يقوم بفك شفرتها بواسطة المفتاح العام الخاص بالشخص (أ) لأن الرسالة تتضمنه ،فإذا قبل الطرف (ب) عليه بالتوقيع عليها بواسطة مفتاحه الخاص ويرسلها للمتعاقد معه فينقذ العقد .وتلعب جهة التصديق أو التوثيق دورا مهما إذ تمكن كل طرف من التأكد من هوية الطرف الآخر وصحة توقيعه ،على أن يحتفظ مقدمي خدمة التوثيق برسالة البيانات لمدة معينة تسمح بالرجوع إليها إذا تطلب الأمر ذلك .محمد أمين الرومي ،المرجع السابق ،ص 48-49.

² علاء محمد عيد نصيرات ،المرجع السابق ،ص 33-34.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ب 5. التوقيع بالقلم الإلكتروني: يقوم المستهلك بكتابة توقيعه على شاشة الكمبيوتر باستخدام قلم إلكتروني خاص من خلال برنامج خاص، ويتم التأكد من صحة التوقيع بالإعتماد على حركة هذا القلم والأشكال التي يتخذها بعد أن تم تزيينه على شاشة الكمبيوتر، ويجب أن يتم تدعيمه بجهة توثيق إضافية مما يمكنه من أداء وظيفته بشكل مزدوج إذ يسمح بالنقاط التوقيع من جهة، ومن جهة أخرى يضمن التأكد من صحته¹.

ب 6. التوقيع الإلكتروني الديناميكي في البنك المباشر (المنزلي): يفترض هذا النوع أن التوقيع سيتم في معاملة أجريت من البيت أو من مكان العمل، بحيث يعطي أمرا بالدفع، ليحصل بعده على كشف عن حسابه ويتم ذلك من خلال: "توقيع العميل أوامره عن طريق آلة صغيرة لا يزيد حجمها عن البطاقة البنكية، وهي عبارة عن آلة حاسبة تحتوي على ما يسمى (Microprocessor) به دالة جبرية تولد الرمز السري بصفة إحصائية ديناميكية كل دقيقة تقريبا وبصفة متزامنة مع منظومة البنك المباشر حيث يستحيل سرقة الرمز لأنه متغير بصفة متواصلة". فإذا أراد المستهلك التوقيع وإصدار أمره كان لابد عليه من إدخال الرقم السري الذي يظهره على الشاشة، وتتميز الآلة المستخدمة في هذه العملية بأنها مغلقة ومختومة مما يصعب معه المساس بسلامتها، ويترتب على كل محاولة للإختراق فساد الآلة وعدم صلاحيتها للإستعمال².

2 /ظوابط التوقيع الإلكتروني ووظائفه: يكتسي التوقيع الإلكتروني رغم تعدد صوره أهمية بالغة بإعتباره وسيلة يمكن من خلالها التأكد من هوية صاحبه، ويتم اللجوء إليه لما فيه من أهمية في توفير الأمن والخصوصية على الشبكة العنكبوتية، فضلا عن التأكد من هوية الأطراف يلعب التوقيع الإلكتروني مهمة أخرى بإعتباره أداة يتم التحقق بموجبها من مصداقية الأطراف المتعاملة

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، د.س.ن، ص. 399-400.

² علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص. 33.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وصحة المعلومات محل التعامل¹. وليؤدي التوقيع الإلكتروني وظائفه لابد من أن يراعي بعض الشروط والضوابط .

أ. **ظوابط التوقيع الإلكتروني** : حدد المشرع بموجب م 07 الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني الموصوف ،بنصها : "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية :

1. أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة ،
2. أن يرتبط بالموقع دون سواه ،
3. أن يمكن من تحديد هوية الموقع ،
4. أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني ،
5. أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع ،
6. أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به ، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات".

وهي الشروط تقريبا التي نص عليها المشرع الأردني بموجب م 31 من قانون المعاملات الإلكترونية السابق الذكر بنصها : "إذا تبين نتيجة تطبيق إجراءات التوثيق المستخدمة أنها معتمدة أو مقبولة تجاريا أو متفقا عليها بين الأطراف فيعتبر التوقيع الإلكتروني موثقا إذا إتصف بمايلي :

1. تتميز بشكل فريد بإرتباطه بالشخص صاحب العلاقة .
2. كان كافيا للتعريف بشخص صاحبه .
3. تم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته .
4. ارتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغيير في التوقيع".

¹رضا متولي وهدان ،النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن التعاقدات الإلكترونية دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقہ الإسلامي ،دار الفكر والقانون ،مصر ،2008، ص 86-87.

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ويتضح أنها شروط تتعلق بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ،ويشترط فيه أيضا :

1. أن يكون سهل القراءة بإعتباره كتابة مع ضمان إستمراريتها .
2. أن يتم التوقيع بواسطة آلة خاصة .
3. أن يكون التوقيع خاصا بصاحبه يميزه عن غيره من الموقعين ،مما يسمح من تحديد هوية كل موقع .
4. أن يتم التصديق عليه من طرف الجهات المختصة ،وذلك لتوثيقه وإضفاء الأمان والثقة في المعاملة.
5. أن يتم إنشاؤه بآليات مؤمنة تضمن عدم المساس به ،وعدم تعرض صاحبه لأي مخاطر والتي إشتراط فيها المشرع حسب م 11 من ق 04-15 السابق الذكر أن تتوفر على المتطلبات التالية :

1. يجب أن تتضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة على الأقل ،ما يأتي :
 - أ. ألا يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة في التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة ،وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الإعتد ،
 - ب. ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الإعتد
 - ج. أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي إستعمال من قبل الآخرين .
2. يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع ."

يستشف من نص المادة حرص المشرع على حماية الموقع (المستهلك) من خلال حرصه على حماية التوقيع الإلكتروني ،الذي يعد ضمانا فعالة في حماية المستهلك الإلكتروني وتأمين البيئة الإلكترونية من أي مخاطر كما نص على ضرورة التأكد من التوقيع الإلكتروني ،من خلال آليات موثوقة تسمح بذلك وهو ما نصت عليه م 12 و 13 من ق 04-15 السابق الذكر ويتم

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ذلك تحت إشراف ورقابة الهيئة الوطنية المكلفة بإعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه ،وهو ما تضمنته م 14 من ق 04-15 السابق الذكر .

كما تضمن شهادة التصديق الإلكتروني الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع ،بحيث تحتوي على المتطلبات المنصوص عليها بموجب م 15 من ق 04-15 السابق الذكر

1. أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وعرفهما المشرع بموجب م 02 من القانون 04-15 المذكور أعلاه : "11 - الطرف الثالث الموثوق :شخص معنوي يقوم بمنح شهادات التصديق الإلكتروني الموصوفة ،وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي".

12 - مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني :شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة ،وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".من خلال نص المادة يمكن إعتبار كل طرف ثالث موثوق -في شكل شخص معنوي- من مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ،والعكس غي صحيح.

2. أن تمنح للموقع دون سواء وذلك حماية لحقه في السرية والخصوصية .

3. تحديد البيانات المتعلقة بالطرف الثالث ومؤدي خدمات التصديق ،وكذلك البيانات المتعلقة بالموقع بما يسمح من تحديد هويتهم ،مع ضرورة إرفاقها بعبارة تدل على أنها قد منحت - الشهادة - للموقع على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوف ،فضلا على هذه البيانات لابد من تحديد البيانات الي تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني ،على أن توافق بيانات إنشائه .

4. ضرورة الإشارة إلى مدة صلاحية الشهادة بتحديد مدة سريانها ونهايتها مع تحديد رمزها وحدود إستخدامها زيادة على ذلك لابد من تحديد قيمة المعاملات التي تستعمل بموجبها هذه الشهادة ،مع توقيع الجهة المحايدة .

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

كما إشتراط المشرع جملة من الشروط الواجب توافرها وتحققها في الجهة التي تتولى مهمة التصديق والتي حددها ق 15-04 السابق الذكر ،منها :

1. ضرورة الحصول على شهادة تأهيل وترخيص لمزاولة المهنة حسب ما حددته م 33 إلى 40 منه .
 2. ضرورة المحافظة على سرية البيانات والمعلومات محل عملية التصديق حسب م 42 منه .
 3. ضرورة إحترام مبادئ جمع المعطيات الشخصية ،منها الموافقة المسبقة والصريحة للشخص المعني والغائية بأن تجمع لغايات محددة ،وأن لا تستعمل لأغراض أخرى ،وهو ما أكدته م 43 منه .
 4. ضرورة التأكد المسبق من تكامل بيانات التحقق من الهوية ،ويتم بمنح المعني شهادة المصادقة ،وهو ما حددته م 44 .
 5. إحترام مبدأ الشفافية وعدم التمييز بين العملاء ،فلا يمكنهم رفض تقديم خدماتهم دون مبرر مشروع وذلك حسب م 50 منه .على أن تخضع للرقابة والتدقيق للتأكد من تأدية مهامهم حسب ما تنص عليه م 51 و52 منه.
- تحت طائلة قيام مسؤوليتهم العقدية عن أي إخلال بإلتزام عقدي ،ومسؤوليتهم التقصيرية عن أي ضرر ناجم عن خطأ غي عقدي ،يلزمهم التعويض جبرا لضرر حسب م 124 من ق م .

ب .وظائف التوقيع الإلكتروني :للتوقيع الإلكتروني وظيفتين أساسيتين ،تتمثل الأولى في تحديد هوية الموقع ،في حين تتعلق الثانية بالتعبير عن إرادة الموقع على المحرر ،وهو ما سيتم التطرق إليها .

ب 1 .تحديد هوية الموقع :يحقق التوقيع الإلكتروني هذه الوظيفة من خلال جملة من الإجراءات والوسائل الموثوق بها ،والتي تتم بإستعمال أنظمة مختلفة ،كالتوقيع بالخصائص الفيزيولوجية للإنسان ،أو بإستعمال القلم الإلكتروني ،أو بإستخدام نظام التشفير ،حيث تسمح هذه الأنظمة بتحديد هوية الأطراف من خلال الربط بين هويتهم والرسائل المتبادلة بينهم ،والذي

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

يخضع لرقابة جهات معتمدة تزيد من درجة الثقة فيه ،وأن هذه الوظيفة هي الأساس الذي إعتمدت عليه التشريعات في منح التوقيع الإلكتروني الحجية اللازمة¹ .

وقد نص المشرع على هذه الوظيفة بموجب م 06 من ق 04-15 السابق الذكر :**"يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع ..."**، كما نص على ذلك ب 03 من م 07 من القانون المذكور أعلاه بصدده تطرقه إلى التوقيع الإلكتروني الموصوف :**"... 3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع..."**.

ب. 2. التعبير عن إرادة الموقع على المحرر : يعتبر التوقيع الإلكتروني وسيلة للإفصاح عن إرادة الموقع ،والتزامه بالعقد المراد إبرامه إذ تشكل عنصره المعنوي ،والمتمثل في نية الموقع بالالتزام به ،كما يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة بموافقته ،ويحدث ذلك بمجرد إدخال الرقم السري الخاص به ،أو مفتاح الترميز في التوقيع الرقمي² .

وقد أكد المشرع على ضرورة أن يكون التوقيع الإلكتروني دالا على موافقة صاحبه على مضمون المحرر وما يحتويه من إلتزامات ،وهو ما تضمنته م 06 من ق 04-15 السابق الذكر :**"يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني"** .

¹ لورنس محمد عبيدات ،إثبات المحرر الإلكتروني ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،2005، ص 150-152.

² لورنس محمد عبيدات ،المرجع السابق ،ص 152-153.

المبحث الثاني: ضمانه الحق في العدول كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

يتطلب لإنشاء العقد ضرورة توفر جملة من الأركان ،وهي الرضا المحل والسبب والشكلية بالنسبة للعقود التي يتطلب انعقادها ضرورة إفراغها في قالب شكلي ،بالإضافة إلى التسليم بالنسبة للعقود العينية ،فإذا قام العقد صحيحا فإنه يترتب جميع آثاره القانونية .

ويترتب على إبرام العقد نشوء التزام أو أكثر على عاتق أطرافه ،وباعتبار العقد شريعة المتعاقدين فقد ألزمهم القانون بضرورة احترام ما يتضمنه العقد من أحكام ،ويحيطه بالجزاء لضمان احترامها ،وهو ما يعرف بالقوة الملزمة للعقد كمبدأ عام في إبرام العقود¹ .

¹ إن مبدأ القوة الملزمة للعقد من المبادئ التي نصت عليها جل التشريعات الوطنية إن لم نقل كلها ،وهو ما يجعله من المبادئ المتفق عليها عالميا ،ويقصد به أنه يجب على أطراف العقد بمجرد انعقاده صحيحا تنفيذ الالتزامات الواردة به فلا يجوز إذن المساس بالعقد إلا باتفاق أطرافه وحسب المادة 106 من ق م ،فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ،يستشف من نص المادة أن الأصل عدم جواز المساس بالعقد سواء تعديلا أو انقضاء بالإرادة المنفردة ،والاستثناء إمكانية تعديل أو إنهاء العقد بإرادة أحد الأطراف .

ويعد مبدأ القوة الملزمة للعقد من بين أهم المبادئ التي تضمن تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهم ، ووضع حد لأي تلاعب قد يقع من خلال النص على جملة من الجزاءات المقررة في حال المساس ببند العقد ،تختلف باختلاف سبب الانقضاء ،وهو ما يمنح نوع من الثبات والاستقرار والثقة في إبرام العقود وبالرجوع لنص المادة 107 ق م فالمشرع يشترط ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية بنصها : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ويحسن نية ... " ،أي تنفيذ العقد دون خداع أو تحايل .

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ورغم المزايا التي تتمتع بها العقود الإلكترونية، إلا أن المستهلك يواجه تحدياً يتمثل في عدم إمكانية معاينة السلع والإلام بخصائص الخدمات بصفة فعلية قبل إبرام العقد، مما يستوجب معه ضرورة الخروج عن المبدأ العام، بإقرار مكنة العدول عن العقد، والذي يعتبر أهم الحقوق المستحدثة التي لجأت إليها التشريعات الحديثة -منها المشرع الجزائري- لحماية المستهلك خاصة وأنه يعد الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية في مواجهة المحترف. لذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مضمون الحق في العدول عن العقد.

المطلب الثاني : أحكام الحق في العدول عن العقد .

المطلب الأول : مضمون الحق في العدول عن العقد .

الأصل في العقود التقليدية بصفة عامة وعقود الاستهلاك بصفة خاصة، أنه وبمجرد توافر أركانها، وتمكن المتعاقد من فحص محل العقد فحصاً دقيقاً، فإنه يرتب جميع آثاره مما يتطلب تنفيذ كافة الالتزامات الواردة به وفقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد . وأي إخلال بهذا المبدأ يعرض صاحبه لجزاء يختلف باختلاف نوع الالتزام، غير أن المشرع نص على حالات يمكن إنهاء العقد فيها بإرادة منفردة سواء كان اتفاقياً أو بنص القانون .

ويكون الانقضاء اتفاقياً من خلال وجود شرط أو بند في العقد ينص صراحة على حق أحد الأطراف بالرجوع عن العقد دون تحمل أي مسؤولية عن هذا الرجوع، ومثاله تحديد الإيجار بمدة معينة مع إمكانية إنهاؤها بإرادة المؤجر أو المستأجر قبل حلول الأجل¹.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 300.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

أما الانقضاء بقوة القانون فيكون يوجد نص قانوني يقضي به ،كالنص على انقضاء العقد بموت أحد أطراف العقد ،ومثاله انقضاء شركة التضامن بوفاة أحد الشركاء ،والحكم نفسه بالنسبة للوكالة والعارية¹.

وبذلك يدرس هذا المطلب مضمون حق الرجوع أو العدول عن العقد كحق مستحدث تم تقريره لحماية إرادة المستهلك المتعاقد الكترونيا ،وسيتم تقسيمه إلى فرعين :

الفرع الأول : مفهوم الحق في العدول.

الفرع الثاني : تمييز الحق في العدول عن بعض صور انهاء العقد بإرادة منفردة.

الفرع الأول : مفهوم الحق في العدول .

فرضت التجارة الإلكترونية حتمية التعاقد دون إمكانية فحص المبيع ،هذا ما قد يجعل المستهلك ضحية إغراءات المورد ،هذه الظروف أدت إلى ضرورة الخروج عن المبدأ العام بإقرار إمكانية تراجعه وإرادة منفردة ،ودون سبب عن تنفيذ التزاماته ،لذا يتوجب تحديد المقصود بالحق في العدول في نقطة أولى ،ثم تحديد خصائصه في نقطة ثانية .

أولا : المقصود بالحق في العدول : سيتم تحديد المقصود بالحق في العدول من خلال محاولة تعريفه حسب التشريعات المنظمة له ،ثم محاولات الفقهاء في تعريفه.

¹ المرجع نفسه ،ص .301.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

1. التعريف التشريعي للحق في العدول: لقد نصت عدة توجيهات أوروبية على الحق في العدول، منها م 05 من التوجيه الأوروبي الملغى رقم 1577/85¹، المتعلق بحماية المستهلك في حالة العقود التي تم التفاوض عليها خارج المؤسسات التجارية، و م 06 من التوجيه الأوروبي الملغى أيضا رقم 07/97، المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد التي نصت على حق المستهلك في العدول وحددت مهلته بسبعة أيام .

بالإضافة إلى التوجيه الأوروبي رقم 265/2002² المتعلق بالتسويق عن بعد للخدمات المالية للمستهلكين الصادر في 23 سبتمبر 2002، والذي نص بموجب م 06 منه على حق المستهلك في العدول عن العقد في ظرف أربعة عشر يوما كاملة دون أن يبرر سبب تراجعه ودون أن يتعرض لأي جزاء .

كما تم النص على الحق في العدول بموجب م 06 ب 08 من التوجيه الأوروبي 83/2011³ المتعلق بحقوق المستهلكين الصادر في 25 أكتوبر 2011، المعدل للتوجيه 93/13، والتوجيه 44/99 الأوروبيين والملغى للتوجيهين الأوروبيين 07/97 و 577/85 السابق ذكرهما، على ضرورة إعلام المستهلك بحقه في العدول عن العقد في المرحلة السابقة على إبرامه بصفة واضحة ومفهومة. كما أحالت في حال ما إذا اتخذ المستهلك قراره بالعدول على نص م 11 من

¹ Directive 85/577 du conseil, du 20 mai 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, J.O.N L372/31, du 31/12/1985.

² Directive 2002/65 CE du Parlement Européen et du conseil, du 23/09/2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619 CEE du conseil, 97/7/CE et 98/27 CE, J.O.N L271/16, du 09/10/2002 : **Art 06 « 1. Les états membres veillent à ce que le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendrier pour se rétracter, sans pénalité et sans indication de motif »**

³ Directive 2011/83 du Parlement Européen et du conseil, du 25/10/2011 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/CE, du Conseil et la directive 97/07/CE du Parlement Européen et du conseil.

Art 06 : « ...Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou hors établissement ou par une offre du même type, le professionnel lui fournit, sous une forme claire et compréhensible, les informations suivantes :...h) lorsque le droit de rétractation existe, les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit conformément à l'article 11, paragraphe 1... ».

Art 11 : «1.le consommateur informe le professionnel, avant l'expiration du délai de rétractation, de sa décision de se rétracter du contrat. ».

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

نفس التوجيه -83/2011-، التي نصت على أنه "في حال ممارسة حق العدول عن العقد يجب على المستهلك أن يبلغ المحترف بقراره هذا قبل انتهاء المدة المحددة له ...".

ما يلاحظ أن التوجيهات السابقة بما فيها التوجيه 83/2011 لم تعرف الحق في العدول بصفة مباشرة، و حددت المهلة التي يمكن ممارسته خلالها.

أما المشرع الفرنسي فقد كرس حق المستهلك في العدول بموجب م 121-20 من قانون الاستهلاك المضافة بالمادة 11 من الأمر رقم 1741/2001¹ الصادر في 23 أوت 2001 بنصها : "للمستهلك مهلة سبعة أيام كاملة للممارسة حقه في العدول دون تبريره للأسباب ودون دفع أي جزاءات قد تفرض عليه ما عدا مصاريف الرد ...".

وبذلك لم يعرف المشرع الفرنسي الحق في العدول، وحذا حذو التوجيه الأوروبي رقم 07/97 السابق الذكر والذي تم إلغاؤه، حينما نص على مهلة السبعة أيام دون تحمل المستهلك مصاريف إضافية ما عدا مصاريف الإرجاع ودون تبريره لسبب تراجعته عن تنفيذ العقد.

في حين أقر المشرع حق المستهلك في العدول بموجب القانون 05-18 السابق الذكر حيث ألزم المورد الإلكتروني بضرورة إعلام المستهلك بحقه في العدول، شروطه وآجاله وهو ما تضمنه ب 13 من م 11 السابق ذكرها : "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني... ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية : ... شروط وآجال العدول، عند الاقتضاء...".

وعرفه بصفة مباشرة بموجب ف 2 م 19 من ق 09-18 السابق الذكر بنصها : "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب". لتضيف ف 3 من نفس المادة : "للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية".

¹ Ordonnance n°2001-741 du 23 aout 2001 portant transposition de directives communautaire en matière de droit de la consommation, JORFN° 196 du 25 aout 2001.

Art :11 ... « Art. L. 121-20. –le consommateur dispose d'un délai de sept jours pour exercer son droit de rétractation son avoir à justifier de motifs ni a payer de pénalités , à l'exception, le cas échéant, des frais de retour. »...

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ما يحسب للمشرع الجزائري أنه قد أورد تعريفا للحق في العدول، فلم يكتف بالنص عليه فقط مثل باقي التشريعات السابق ذكرها، إلا أنه يعاب عليه أنه لم يحدد مدته، كيفية ممارسته نطاقه وإجراءاته، وأحال مباشرة على التنظيم الذي لم يصدر إلى غاية الآن.

2. التعريف الفقهي للحق في العدول : عرف الحق في العدول بأنه: "وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع لأحد المتعاقدين، بأن يعيد النظر من جديد، ومن جانب واحد، في الالتزام الذي ارتبط به مسبقاً"¹.

أي أن العقد أبرم لكن المتعاقد معه سيعيد التفكير فيه، ليتخذ قراره بإرادة منفردة في الرجوع عن الالتزام الذي سبق له وأن قبله، رغم أن هذا التعريف مقبول إلى حد كبير، إلا أنه لم يتضمن في طياته ضمانات هذا الحق، وهي عدم تسببه لقرار الرجوع، وعدم تحمله لمصاريف إضافية، وهو ما يميزه عن بعض النظم المشابهة له، والتي يتحمل فيها المتعاقد عواقب إخلاله بالتزاماته، فضلا عن ضرورة تسبب قراره بإنهاء العقد بإرادة منفردة.

كما عرف الحق في العدول بأنه: "ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد، بعد أن تم إبرام العقد صحيحا أو قبل إبرامه، دون أن تترتب عن ذلك مسؤولية المستهلك عن ذلك الرجوع أو مسؤولية المتعاقد الآخر، عما قد يصيبه من أضرار بسبب الرجوع"².

يعاب على هذا التعريف أنه قسم الحق في العدول إلى صورتين، الأولى قبل التعاقد والثانية بعده، وهو أمر غير منطقي، كون العدول يتعلق بالتراجع عن شيء تم بالفعل أي أن العقد قد أبرم بتوفر جميع أركانه، أما قبل انعقاده فيتم التراجع عن الإيجاب أو عن القبول³.

فعلا لا يمكن تقسيم هذا الحق ليشمل تارة المرحلة السابقة عن العقد، وتارة أخرى مرحلة إبرامه، وأن التراجع في المرحلة الأولى يكون بموجب مهلة التروي والتفكير، هذه الأخيرة وبمجرد

¹ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 221.

² أشرف محمد رزق قايد، المرجع السابق، ص. 947.

³ المرجع نفسه، ص. 947.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

انتهائها يصبح العقد باتا ملزما لأطرافه ،أما العدول عن العقد فيفترض أنه قد أبرم ،وأثناء تنفيذه تظن المستهلك أن الشيء الذي تعاقد حوله ولم يره لا يلبي رغباته وتوقعاته المشروعة فيمكن له أن يعلم المورد بعدم رغبته في تنفيذ العقد دون حاجة لتسبب موقفه ولا الزامه بدفع مصاريف إضافية.

وعرف بأنه : "سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه ،دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر"¹.

يلاحظ على هذا التعريف أنه ضيق لا يكفي للتعريف بالحق في العدول كونه اقتصر على امكانية انهاء العقد بإرادة منفردة ،وهو ما قد يؤدي إلى الخلط بينه وبين بعض المفاهيم المشابهة ،والتي تخول للمتعاقد بإنهاء العقد بإرادته المنفردة مع توقيع الجزاءات على ذلك إما لوجود نص قانوني أو اتفاقي يقضي بعدم جواز العدول.

ويعرفه الفقيه الفرنسي ميراباي صولنج (Mira Bail (Solang) بأنه : "بمثابة الإعلان عن إرادة مضادة ؛يلتزم من خلالها المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها ،واعتبارها كأن لم تكن ،وذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل"².
لم يشر التعريف إلى أن هذا الحق يكون دون تبرير أسباب الرجوع ،ودون دفع أي مصاريف إضافية ،ما عدا مصاريف الرد.

كما عرفته د. كوثر سعيد عدنان خالد بأنه : "حق المستهلك في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة في خلال مدة معينة يحددها القانون ،دون إبداء أية مبررات ،مع التزام التاجر برد قيمتها ،مع تحمل المستهلك مصاريف الرجوع فقط"³. وهو تعريف مقبول كون حق الرجوع لا يشمل السلع فقط بل هو حق واسع يمتد ليشمل الخدمات أيضا.

¹ عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص .768.

² عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص .768.

³ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص .627.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ويمكن تعريف الحق في العدول بأنه: حق المستهلك في الرجوع عن العقد بإرادة منفردة، خلال مدة محددة في الاتفاق أو بموجب نص قانوني، أين يقوم المستهلك برفض محل العقد سواء برد السلعة أو رفض تقديم الخدمة المتفق عليها، دون تبرير أسبابه، ودون تحمل أي مصاريف إضافية ما عدا مصاريف رد المنتج، على أن يلتزم المورد برد الثمن إن تم دفعه .
والحق في العدول يشبه إلى حد بعيد خيار الرؤية الذي أقره فقهاء الشريعة الإسلامية الذي يقوم على عدم تمكن المتعاقد من فحص المبيع قبل التعاقد وأثناء إبرامه، وهو ما يتنافى مع القول بإمكانية تعيين المستهلك للمبيع تعيينا كافيا نافيا للجهالة¹.

فخيار الرؤية هو: "حق المتعاقد في أن يبطل العقد أو يجيزه بعد رؤية محل العقد إن لم يكن قد رآه أثناء العقد أو بعده"².

مما سبق يتضح أن الحكمة من تقرير الحق في العدول تكمن في حماية المستهلك من التسرع في التعاقد، ويوجد أساسه في ظل العقود المبرمة عن بعد أكثر من العقود التقليدية نظرا لخصوصيتها، وبذلك يشكل ضمانه ضرورة للمستهلك المتعاقد إلكترونيا باعتباره طرفا ضعيفا مقارنة بالمورد الذي له من الخبرة والدراية اللازمة لإغراء المستهلك³.

ثانيا: خصائص الحق في العدول عن العقد: من خلال التعريفات السابقة يتضح أن الحق في العدول عن العقد يتميز بالخصائص التالية⁴:

1. من حيث مجال أعمال الحق في العدول: يرد على عقد لازم، صحيح منتج لآثاره كالبيع دون العقود غير اللازمة .

¹ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 321.

² بخالد عجالي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص. 224.

³ خلفي عبد الرحمان، "حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 27 (1)، 2013، ص. 14.

⁴ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 768-769. حوحو يمينه، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص. 150-151.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

2. من حيث سلطة ممارسة الحق في العدول: ينفرد المستهلك بحق الرجوع (حق خاص به فقط) ويخضع لسلطته التقديرية، حتى ولو لم يخل المتعاقد معه بالتزامه، ويتم دون حاجة إلى تبريره ودون دفع مصاريف إضافية، فهو حق مجاني .

3. من حيث كيفية ممارسة الحق في العدول: يتم الرجوع بأي وسيلة تمكن المستهلك في حال وجود نزاع من الإثبات، ولا يحتاج لرفع دعوى قضائية.

4. حق مقترن بأجل محدد تسري عليه مهلة السقوط.

5. يزيل حق العدول العقد بأثر رجعي أي إرجاع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد .

6. من حيث مصدره: تنحصر في مصدرين إما باتفاق الطرفين عليه في العقد، أو بموجب نص القانون، وذلك في حالة ما إذا لم ينص الطرفين عليه.

الفرع الثاني: تمييز الحق في العدول عن بعض صور إنهاء العقد بإرادة منفردة.

سبق القول أنّ حق العدول هو إنهاء العقد بإرادة منفردة، وبذلك يتشابه مع بعض الأنظمة التي ينقضي بها العقد في ظل القواعد العامة كطلب إبطال العقد لتعيب الإرادة، ونظام الفسخ فضلا عن تشابهه ومهلة التروي والتفكير، وهو ما سيتم التطرق إليه .

أولا: تمييز الحق في العدول عن طلب إبطال العقد لتعيب الإرادة: يتشابه الحق في العدول ونظام البطلان في ما يلي¹ :

1. بالنسبة للبطلان المطلق :

- كلاهما يزيل العقد ويجعلانه كأن لم يكن .
- كلاهما لا يرتب تعويض عن الضرر .
- كلاهما تسري عليه مهلة السقوط المحددة قانونا .

2. بالنسبة للبطلان النسبي :

¹ حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 151-153.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- فكلاهما يرد على عقد قائم منتج لآثاره ،وبيزيلانه بأثر رجعي .
- كلاهما حق خاص يتمسك به صاحبه .
- كما تسري عليهما مهلة السقوط المقررة قانونا.

ومع ذلك حق العدول يختلف عن طلب إبطال العقد لتعيب الإرادة في النقاط الآتية¹ :

1. من حيث محل الحماية: يسعى المشرع من إدراجه لنظام العدول عن العقد إلى حماية رضا المتعاقد ،الذي صدر بشكل متسرع دون تفكير ،في حين تهدف نظرية عيوب الإرادة إلى ضمان التعبير عن إرادة المتعاقد بصفة صريحة حرة وواضحة ،فحتى ولو لم يندرج التسرع وعدم التمهل في إنشاء الرضا ،ضمن عيوب الإرادة المتعارف عليها في ظل القواعد العامة إلا أنه يقترن بالإرادة في صورة جديدة تعرف بعيب التسرع في التعاقد ،تستوجب تداركه بالتراجع عن العقد .

2. من حيث مجال الحماية: يتوقف مجال الحماية في نظرية عيوب الإرادة على السلوك الذي صدر من المتعاقد في مواجهة المتعاقد معه ،سواء بإيقاعه ضحية غش أو خداع ،أو ضحية تدليس أو إكراه ،مما يدفعه إلى إبرام العقد ،وهو ما يعد من قبيل تعيب إرادته .(أي أن الحماية ناجمة عن تدخل المتعاقد معه وتعييبه لإرادة المستهلك) ،في حين يسعى المشرع من إدراجه لنظام العدول إلى حماية المستهلك من ضعفه الشخصي ،وقلة خبرته ،والذي دفعه إلى إبرام العقد بصفة متسرفة دون تمهل أو تفكير ،فلا دخل للمتعاقد معه في ذلك ،وبهذا يتميز الحق في العدول بأنه سبب شخصي لا موضوعي يؤدي إلى زوال العقد .

3. من حيث نطاق الحماية: يشمل الحق في العدول بعض المعاملات فقط ،خلافًا لنظرية عيوب الإرادة التي تصلح لتطبق على كافة المعاملات.

4. من حيث صحة ونفاذ العقد المقترن بحق العدول أو القابلية للإبطال: يرد كل من الحق في العدول ،وإبطال العقد على عقد صحيح منتج لكافة آثاره القانونية ،وإذا كان الأول قد ينجم عن إرادة سليمة لكنها متسرفة -خالية من أي عيب قد يشوبها- فإنه يتوجب معه توقف تنفيذه

¹ عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص 785-788.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وأن آثاره تترتب فقط في المهلة المحددة للرجوع -بانتهائها دون التراجع يصبح العقد نافذا ،وإذا تمّ الرجوع فإن أثره يتمثل في عدم تنفيذ العقد -،فإن الحق في إبطال العقد ينجم عن اقتران إرادة المتعاقد بعيب من عيوبها مما يوقف تنفيذ العقد إذا شرع فيه ،ومحو جميع آثاره إذا نفذ فعلا.

5. من حيث ممارسة الحق في العدول ،وطلب إبطال العقد : يتم استعمال الحق في العدول عن العقد دون حاجة اللجوء إلى القضاء ،على خلاف المطالبة بإبطال العقد فلا يتم غالبا إلا من خلال اللجوء إلى الهيئات القضائية .ويترتب عن ذلك أن انقضاء العقد بعد المطالبة بإبطاله ينشأ عن ممارسة حق مقيد ،لأن إقراره يتوقف على صدور حكم قضائي يقيدده ،أما زوال العقد بعد العدول عنه يترتب عن ممارسة حق مطلق ،لأن إقراره يتوقف على صدور موقف بذلك من المستهلك فقط ،فهو من يحدد مصير العقد دون تدخل جهة أخرى.

6. من حيث الحاجة إلى تبرير الأسباب الدافعة لاستعمال الحق في العدول أو لطلب إبطال العقد :إذا تقرر للمستهلك ضرورة العدول عن العقد ،فإنه غير ملزم بتبرير أسباب هذا القرار ويستوي في ذلك إذا كان العدول اتفاقيا ،أو بنص القانون ،وهي أهم ميزة تميزه ،عكس طلب إبطال العقد الذي يشترط فيه على المتعاقد تسبيب قراره ،فضلا عن إثبات أنه قد وقع ضحية عيب من عيوب الإرادة .

مما سبق يتضح أن نظرية عيوب الإرادة عاجزة عن توفير حماية فعالة للمستهلك نتيجة تسرعه في إبرام العقد ،وهو ما يستوجب البحث عن ضمانات حقيقية تتلاءم والعقود الإلكترونية التي تتسم بالتفاوت وانعدام التوازن العقدي بين المورد كطرف قوي لما له من الخبرة والدراية اللازمة ،والمستهلك الذي يعتبر الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية ،ولعل هذه الضمانة تكمن في حقه في العدول عن العقد بإرادة منفردة ،دون تسبيب ودون تحمل مصاريف إضافية.

ثانيا :الحق في العدول وفسخ العقد بإرادة منفردة :شأنه شأن نظام البطلان يتفق نظام الفسخ والعدول من حيث :

1. كلاهما يرد على عقد قائم منتج لآثاره ،ويزيلانه بأثر رجعي.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

2. كلاهما حق خاص يتمسك به صاحبه.

3. كما تسري عليهما مهلة السقوط المقررة قانونا.

إلاّ أنهما يختلفان في النقاط التالية¹ :

1. من حيث الأساس : يقوم الحق في فسخ العقد بناء على قواعد العدالة ،ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ،والذي لا يمكن معه أن يتصور قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه إذا أخل الطرف الآخر بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات ،في حين يقوم الحق في العدول على ضمان احترام مبدأ سلطان الإرادة ،وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ،وذلك في العقود الاتفاقية ،وعلى فكرة العقد غير اللازم إذا تم بنص القانون .

2. من حيث الطبيعة : يمكن للمتعاقد في ظل القواعد العامة اللجوء إلى فسخ العقد ،كجزء عن عدم تنفيذ المتعاقد معه للالتزامات الناجمة عن العقد المبرم ،وبذلك يمكن له المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته -ما لحقه من خسارة ،وما فاتته من كسب -،أما الحق فالعدول فهو حق إرادي يمكن للمتعاقد اللجوء إليه دون سبب ،ودون تحمل مصاريف إضافية.

3. من حيث المهلة التي يجوز فيها ممارسة الحق في الفسخ والحق في العدول عن العقد : تتقادم دعاوى الفسخ حسب القواعد العامة بمرور خمسة عشر سنة ،أما مهلة العدول فهي قصيرة تختلف باختلاف التشريعات المنظمة لها تتراوح بين سبعة أيام إلى أربعة عشر يوم .

4. من حيث إمكانية التنفيذ الجزئي : في حال ما إذا تم فسخ العقد فإنه يجوز للمتعاقد إذا كان محل العقد قابلا للتجزئة ،ونفذ المتعاقد معه جانبا من العقد ،أن يقبل ذلك ويطالب بفسخ ما لم يتم تنفيذه على أساس أنه يمكن للمستهلك أن يحتفظ بالجزء المسلم إذا رغب في تملكه غير أن هذا الطرح غير ممكن التطبيق في نظام العدول ،بحيث أنه لا يجوز للمستهلك اذا قبل العقد وأمضاه ،أن يتمسك بجزء دون الآخر .

¹ محمد عمر عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص 794-796.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

ثالثا: الحق في العدول عن العقد ومهلة التروي والتفكير : لا يكفي الإيجاب لوحده من أجل إبرام العقد ،بل يجب أن يقترن بقبول من الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب، وهو ما يجعل القبول الإرادة الثانية في العقد المراد إبرامه. ويتميز القبول في العقود الإلكترونية ببعض الخصوصية ،التي تتطلب ضرورة إقرار قواعد خاصة بإبرام العقد الإلكتروني تكفل للمستهلك الحماية الفعالة باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية من قبوله المتسرع .

إن ظاهرة إقدام المستهلك على إبرام العقد دون أن يمنح لنفسه الوقت الكافي للتأمل أو التفكير في العقد المراد إبرامه ظاهرة قديمة ،غير أنها ازدادت بشكل كبير وملحوظ في العصر الحديث ،نتيجة للتغيرات الاقتصادية ،وللدور الذي أصبحت تلعبه مؤسسات الانتاج والتوزيع في حث المستهلكين على الحصول على الخدمات واقتناء السلع التي تطرحها في الأسواق معتمدة في إقناعهم على الإعلان التجاري¹ ، لذا تم تكريس مهلة للتروي والتفكير .

ويقصد بالحق في التروي والتفكير : "منح المستهلك فترة زمنية معينة قبل الارتباط بالعقد نهائيا ،حيث يلتزم المهني خلال هذه الفترة بالإبقاء على العرض ولا يستطيع أن يعدل عن إيجابه خلال هذه المدّة التي تعطي للمستهلك كي يتروى ويتدبر في أمر التعاقد ومدى ملائمة العقد له ،فإذا وجد أن في التعاقد مصلحته أكمل باقي الإجراءات ،أما إذا وجد غير ذلك فإنه يعدل عن إبرام العقد"².

يتفق الحق في العدول عن تنفيذ العقد ومهلة التروي والتفكير في أن كلاهما وجد لحماية المستهلك من نفسه ،نتيجة تسرعه وعدم تمهله ،غير أنهما يختلفان من حيث مرحلة التمسك بهما .فإذا كانت مهلة التروي وجدت في مرحلة إبرام العقد من أجل حماية المستهلك من قبوله المتسرع ،فإن الحق في العدول وجد في مرحلة تنفيذ العقد من أجل عدم تنفيذ عقد أبرم بصفة نهائية

¹ زعبي عمار ،"الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك " ،مجلة المفكر ، ع 09 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر ،بسكرة ،2013 ،ص ص (117-132)،ص 119.

² المرجع نفسه ،ص 119.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

صحيح ومنتج لكافة آثاره القانونية نظرا لتراجع المستهلك دون شرط تبريره لذلك ولا تحمله مصاريفا إضافية.

المطلب الثاني: أحكام الحق في العدول عن تنفيذ العقد .

إن تميز الحق في العدول عن تنفيذ العقد عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له يستوجب ضرورة إعطائه التكييف القانوني السليم، من خلال تحديد الأساس الذي يقوم أو يبني عليه، ثم تحديد طبيعته القانونية .

كما أن استعمال هذا الحق تحكمه بعض الضوابط، أو الشروط التي بتخلفها لا يمكن لصاحبه التمسك به هذا من جهة، ومن جهة أخرى يترتب عن ممارسة الحق في العدول عن تنفيذ العقد مجموعة من الآثار القانونية، منها ما يتعلق بالمستهلك، ومنها ما يخص المورد.

وبهذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: التكييف القانوني للحق في العدول عن تنفيذ العقد .

الفرع الثاني: شروط وآثار ممارسة الحق في العدول عن تنفيذ العقد .

الفرع الأول: التكييف القانوني للحق في العدول عن تنفيذ العقد .

من أجل الوقوف على التكييف القانوني السليم للحق في العدول، لابد من معرفة أساسه القانوني في نقطة أولى، ثم تحديد طبيعته القانونية في نقطة ثانية .

أولا: الأساس القانوني للحق في العدول عن تنفيذ العقد: ميز الفقه بين نوعين من مصادر العدول أحدهما اتفاقي، مصدره مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ القوة الملزمة للعقد، والآخر قانوني اختلفت بصدده وجهات النظر -حول الأساس القانوني الذي يبني عليه-¹، فهناك من أرجعه لفكرة التكوين التعااقبي للرضا، وبين من بينه على أساس نظرية الشرط -الفاسخ والواقف- وبين

¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 772.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

من يأسس مصدره على أساس شرط التجربة، في حين ذهب البعض بالقول أن المصدر القانوني للحق في العدول يقوم على أساس فكرة العقد غير اللازم .

1. فكرة التكوين التعاقبي للرضا كأساس للحق في العدول : أسس الفقيه الفرنسي Mirabil Solang حق المستهلك في العدول على فكرة التكوين التعاقبي للعقد باعتبار أن هذا الأخير لا ينعقد فوراً، بل يمر عبر مرحلتين متعاقبتين زمنياً، يعبر المستهلك في المرحلة الأولى عن رضا أولي بالعقد، الذي قد يتسرع في إبرامه نتيجة الإغراءات التي تطاله بسبب كثرة الإشهارات التجارية، وتدفعه للتعاقد دون تفكير، لذا منحه المشرع مهلة تمكنه من إعادة التفكير حول محل العقد، والتي تبدأ من تاريخ التسليم إلى غاية انتهائها، أين يكون العقد فيها مهدداً بالزوال، فلا ينعقد إلا بانقضائها مما يستوجب معه تنفيذ العقد¹ .

غير أن هذا الرأي غير مقبول أين تعرض لانتقادات أهمها، أن أصحاب هذا الاتجاه يخلطون بين مهلة التروي والتفكير، التي تكون قبل إبرام العقد وتضمن للمستهلك التأكد من قبوله المتسرع، وبين الحق في العدول عن تنفيذ العقد، الذي تهدف مهلته إلى التأكد من رغبة المستهلك في الاستمرار في العقد الذي سبق له وأن أبرمه، وبذلك لا يمكن الاستناد إلى هذا الاتجاه كأساس يبنى عليه الحق في العدول².

2. فكرة التعليق على الشرط كأساس قانوني للحق في العدول : يقوم الحق في العدول حسب هذا الرأي على فكرة تعليقه على شرط، لكن قد يكون هذا الأخير فاسخاً أو واقفاً. وهو رأي منتقد كون أن الشرط الفاسخ يتحقق بموجبه التراجع خلال مهلة التروي والتفكير، مما يتعارض وقصد المتعاقدين باعتبار أنه لا يفهم من إدراجه -الشرط- تأجيل تنفيذ العقد إلى غاية انقضاء مهلة العدول، فالأصل أن لا يحول الشرط دون تكوين عقد ثابت قابل للتنفيذ، وهو ما ينطبق أيضاً على الشرط الواقف الذي يجعل الالتزام غير قائم إلا إذا تحقق الشرط ويتم ذلك في مهلة العدول

¹ جامع مليكة، "حق في العدول عن العقد كآلية مستحدثة لحماية المستهلك الإلكتروني"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات المجلد رقم 13، ع 1، 2020، ص ص (451-478)، ص 466.

² المرجع نفسه، ص 466.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

والذي غالبا ما يكون متوقفا على محض إرادة صاحبه ،وهو أمر مستقبلي يتوقف عليه وجود الالتزام من عدمه¹.

3. شرط التجربة كأساس للحق في العدول : يبني الحق في العدول حسب هذا الاتجاه على أساس فكرة شرط التجربة ،التي تتيح للمستهلك العدول عن البيع إذا ما تأكد بعد تجربته له من عدم ملاءمته لرغباته المشروعة ،أو للغرض الذي أعد لأجله ،فلا وجود لأي اختلاف بينهما سوى من حيث مصدرهما ،فالحق في العدول يجد مصدره في القانون الذي أنشأه ،أما شرط التجربة فمصدره اتفاقي ،يقضي بحق المشتري في تجربة المبيع للتأكد من ملاءمته² ،وهو ما أكدته م 355 ق م بنصها :**"في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معينة يعينها البائع فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .**

يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

إلا أنه لا يمكن تأسيس الحق في العدول على شرط التجربة وذلك لسببين³ ،يتمثل الأول في أن شرط التجربة يهدف إلى تأكد المستهلك من صلاحية المبيع لما أعد له ،وملاءمته لرغباته المشروعة ،فيمكن له بعد التجريب أن يتخذ قراره بإمضاء العقد أو فسخه ،كونه لا يمنع من انعقاده ،بل يوقف آثاره إن كان الشرط واقفا ،أو يجعلها قابلة للزوال إذا كان فاسخا أما الهدف من تقرير الحق في العدول ،فيكمن في منح المستهلك مهلة للتروي والتفكير في العقد نظرا لتسرع

¹ عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص 773-774. إن الشرط هو وصف يلحق بالالتزام ليعدل من آثاره يعلق وجوده أو زواله على أمر مستقبل ممكن الوقوع ،قد يكون واقفا لا يقوم بالالتزام إلا إذا تحقق ،وقد يكون فاسخا يزول العقد بتحقيقه أنظر م 203-208 ق.م.ج.

² جامع مليكة ،المرجع السابق ،ص 462.

³ المرجع نفسه ،ص 463.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

في القبول ، وعدم تمكنه من رؤية المبيع ولا تجربته ، فبعد التمهل والتفكير يمكنه اتخاذ قراره بإتمام التعاقد أو العدول عنه .

أما السبب الثاني فيقوم على حق المستهلك في فسخ العقد ، إذا وجده بعد تجربته بأنه لا يلائم رغباته المشروعة ، أو الغرض المخصص لأجله ، سواء لأسباب شخصية أو موضوعية غير أنه إذا كان سبب الرفض موضوعيا ، يمكن أن يحل رأي الخبراء محل رأي المشتري لتعويض البائع عن الأضرار التي أصابته نتيجة رفض المبيع ، في حين أن العدول حق إرادي يمكن للمستهلك ممارسته بمحض إرادته ، دون أن يبرر سبب الرفض ، ولا يسأل بالتعويض عن الأضرار الي أصابت المتعاقد معه جراء تراجعته عن التنفيذ .

4 . فكرة العقد غير اللازم كأساس قانوني للحق في العدول : ذهب أصحاب هذا الاتجاه (ناصر خليل جلال)¹ إلى تأسيس الحق في العدول على أساس فكرة العقد غير اللازم ، فرغم إبرامه صحيحا إلا أنه لا ينتج آثاره القانونية ، ولا يكون نافذا في مواجهة المستهلك . ويمكن لهذا الأخير الرجوع عن العقد وإنهائه بإرادة منفردة ، وله الحق في التمسك به دون شرط وجود اتفاق يقضي به ، ودون ضرورة اللجوء للقضاء للمطالبة به ، فالعقد لا يصبح نهائيا وباتا إلا بعد نهاية مدة الرجوع².

إلا أن هناك من يرى³ بضرورة التفريق بين إبرام العقد صحيحا ونفاذه ، فلا وجود لأي عائق قانوني للفصل بين تكوين العقد ونفاذه من جهة ، ومن جهة أخرى اكتسابه لقوة الالتزام هذه الأخيرة لا تثبت إلا للعقود النافذة ، وتكون كذلك بعد انقضاء مهلة العدول⁴.

¹ نقلا عن أشرف محمد رزق قايد ، المرجع السابق ، ص .954.

² المرجع نفسه ، ص .954.

³ شندی يوسف ، "أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد" ، مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات ، كلية القانون ، السنة 24 ، ع .43 ، 2010. نقلا عن أشرف محمد رزق قايد ، المرجع السابق ، ص .954.

⁴ المرجع نفسه ، ص .954-955.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

فالعقد غير نافذ إلى غاية أن يصدر موقف من المستهلك يؤكد خياره، وتمسكه بالعقد بعد نهاية المهلة المحددة لذلك، وإذا كان هذا الرأي مقبول نوعاً ما كونه يصلح أن يطبق على الالتزامات التي لم تنفذ بعد، إلا أنه عاجز على أن يقدم الأساس القانوني بالنسبة للالتزامات التي سبق وأن تم تنفيذها، "فمثلاً التصرف في الوصية" ممكن الوقوع بأن يتراجع الموصي حال حياته عنها، فتبقى طيلة تلك المدة وإلى غاية وفاته تصرفاً غير نافذ، فلا يتحقق إلى بوفاة الموصي، إلا أن هذا الأمر غير ممكن في ظل العقود الإلكترونية، أين يتم العدول فيها غالباً بعد تنفيذ المورد جميع التزاماته بما فيها التسليم، فلا وجود لأي داعٍ للحديث عن عدم النفاذ¹.

لم تسلم أي نظرية من النظريات السابقة من الانتقاد، ويمكن القول أن الحق في العدول عن تنفيذ العقد يجد مصدره، وأساسه في القانون الذي فرضه، وقد ضمنه المشرع بأن منع جواز الاتفاق على إسقاطه ومخالفة أحكامه، وأعتبر ذلك جريمة يعاقب عليها القانون، وهو ما تضمنته م 78 مكرر المضافة بالمادة 08 من القانون 09-18 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش السابق الذكر، بنصها: "يعاقب بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000) كل من يخالف الأحكام المتعلقة بحق العدول المنصوص عليه في المادة 19 من هذا القانون".

وأن الحق في العدول ضماناً فرضتها المعاملات الإلكترونية، التي تتميز بانعدام التوازن العقدي بين طرفيه، كون أن المستهلك يعد الطرف الأضعف فيها، في مواجهة المورد الذي له من الخبرة والدراية ما يسمح له من حمل المستهلك على التعاقد حول منتجات لم يراها سوى خلف شاشة الكمبيوتر، وهو ما ينتفي معه ضرورة العلم الكافي بالمبيع. لذا تم تكريس الحق في العدول كاستثناء عن القواعد العامة في إبرام العقود القائمة على مبدأ القوة الملزمة للعقد.

ثانياً: الطبيعة القانونية للحق في العدول: لما كان الحق في العدول ضماناً تمس بمبدأ مهم في إبرام أغلب العقود، وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد فلا يجوز لأطرافه التحلل من التزاماتهم دون وجود

¹ جامع مليكة، المرجع السابق، ص. 467.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

سبب لذلك ،كانت الحاجة ملحة إلى تحديد طبيعته القانونية ،هذه الأخيرة أسالت حبر الفقهاء واختلفوا حولها ،بين من اعتبره حقا شخصيا أو عينيا ،وبين من اعتبره رخصة ليظهر اتجاه جديد يعتبر الحق في العدول حقا إراديا محضا .

1. يعد خيار العدول حقا :اتفق البعض على اعتبار خيار العدول حقا ،لكنهم اختلفوا حول نوعه ،بين من يراه حقا شخصيا ،ومن يعتبره حقا عينيا .

أ. خيار العدول حق شخصي : يخول الحق الشخصي للدائن سلطة في مطالبة المدين به ،من أجل القيام بأداء معين ،بمجرد تنفيذه يستوفي الدائن حقه¹ ،وبإسقاط هذا المفهوم على خيار العدول يمكن القول أن للمستهلك (الدائن) الحق في مطالبة المورد ،وإجباره على القيام بعمل ما أو الامتناع عن القيام به ،وبذلك يعد الرجوع حقا شخصيا ،غير أن هذا الرأي منتقد على أساس أن هذا الحق لا يتوفر على مثل هذه السلطة ،بحيث لا يحق للدائن مطالبة المدين بأي دور إيجابي أو سلبي ،،بل له فقط الحق في إتمام العقد أو نقضه².

ب. خيار العدول حق عيني : يخول الحق العيني لصاحبه سلطة على شيء معين ،بمقتضاه يكون له الحق في التمتع به ،والاحتجاج به في مواجهة الغير ،فخيار العدول حسبهم أقرب إلى الحق العيني ،كونه يقع على عين معينة ،ويتيح للمستهلك سلطة نقض العقد على نحو يشكل سلطة مباشرة على الشيء محل العقد ،غير أنه من الصعوبة بما كان الأخذ بهذا الرأي ذلك أن الحق في العدول لا يمنح لصاحبه سلطة على شيء ،بل يتيح له إمكانية إنهاء العقد ونقضه بعد إبرامه ،فلا يعد إذا خيار العدول حقا عينيا³.

¹ عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص 770.

² سي يوسف زاوية حورية ،"حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني" ،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ،مجلد 07 ،ع 02 ،2018 ،ص ص (11-30) ،ص 17.

³ موفق حماد عبد ،المرجع السابق ،ص 232.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

2. خيار العدول عن العقد عبارة عن رخصة :يقصد بالرخصة : "مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة"¹. نظرا للانتقادات التي وجهت للقائلين بأن خيار العدول عبارة عن حق عيني ،والذين يرون بأنه حق شخصي ،وجد رأي آخر يقر بأن العدول عبارة عن رخصة منحها المشرع للمستهلك باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية ،في مواجهة المورد الذي يملك من القوة الاقتصادية والخبرة ما يسمح له من أن يتفوق على المستهلك .فيمكن له بموجبها -الرخصة- من أن يتحلل من العقد بإرادة منفردة ودون أن يبرر له موقفه هذا ،حتى ولو لم يخل المتعاقد معه بأي التزام من الالتزامات المفروضة عليه² .

غير أن هذا الرأي تعرض هو الآخر للانتقاد بإعتبار أن الرخصة لا تمنح على سبيل الانفراد لشخص معين ،بل تثبت للكافة ،وتقرر بموجب نص تنظيمي ،وهو الأمر الذي لا ينطبق على خيار العدول³.

3. خيار العدول مكنة أو حق إرادي محض :إذا كان العدول لا يعد حقا شخصيا أو عينيا باعتباره لا يتيح لصاحبه السلطات التي تمنحها هذه الحقوق ،فإنه لا يعد رخصة لأنها لا تمنح لفرد معين بل للكافة وبموجب نص قانوني (إذا كانت رخصة فتمنح للمستهلك وللمورد وليس لطرف فقط) ،هذا ما دفع بجانب آخر من الفقه وهو الرأي الراجح (يؤيدهم د. عمر محمد عبد الباقي) إلى اعتبار العدول بمثابة منزلة وسط بين الحق بالمعنى الدقيق ،وبين الرخصة يسمى بالمكنة أو الحق الإرادي المحض ،تتيح لصاحبها وإرادة منفردة القدرة على إنشاء مركز قانوني أو منعه ،أي التحكم في مصير العقد محل العدول ،وبذلك فإن "خيار العدول بوصفه حقا إراديا

¹ عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ،ص 771.

² سي يوسف زاهية حورية ،المرجع السابق ،ص 17.

³ سي يوسف زاهية حورية ،المرجع السابق ،ص 17.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

محضا ينتمي لطائفة الحقوق المسماة بالحقوق التقديرية أو المطلقة غير المسببة، والتي لا تخضع لرقابة القضاء فيما يتعلق باستعمالها¹.

مما سبق يمكن القول أن العدول حق إرادي محض مصدره القانون، يخول للمستهلك إمكانية التراجع عن تنفيذ العقد بإرادة منفردة، دون تسببه لقراره هذا، ودون تحمله لمصاريف إضافية ما عدا مصاريف رد المنتج، وذلك متى ما تبين له بأن العقد لا يلبي متطلباته المشروعة، وله أن يتمسك به حتى ولو لم يصدر أي إخلال من جانب المورد الإلكتروني.

الفرع الثاني: شروط وآثار الحق في العدول عن العقد .

إن الحق في العدول عن العقد يشكل حجر الزاوية، الذي يرتكز عليه النظام القانوني لحماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا، نظرا لما تتميز به العقود المبرمة عن بعد من خصوصية لعل أهمها عدم قدرة المستهلك من معاينة محل العقد بما يتحقق معه مبدأ العلم الكافي بالمبيع. هذا ما دفع ببعض التشريعات إلى تكريس الحق في العدول عن العقد الإلكتروني، الذي يفترض أنه أبرم صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية، دون أن يبزر قراره هذا، ودون أن يتحمل مصاريف إضافية، وهو ما قد يمس بمصلحة المورد الذي تعاقد، وربما نفذ التزاماته بحسن نية مما قد يصيبه بأضرار متفاوتة، لذا توجب على مختلف التشريعات ضرورة وضع ضوابط تحكم هذا الحق من خلال تحديد نطاقه ومدته.

كما يترتب عن ممارسة الحق في العدول جملة من الآثار القانونية منها ما يتعلق بالمستهلك، ومنها ما يخص المورد .

وبهذا سيتم تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين أساسيتين، تعالج الأولى شروط ممارسة الحق في العدول، لتدرس الثانية آثار الحق في العدول .

أولا: شروط ممارسة الحق في العدول : على الرغم من تكريس المشرع لحق المستهلك في العدول، وتحديد المقصود به بموجب م 19 من ق 18-09 السابق الذكر، ونصه على إخضاع أحكامه

¹ موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 232-233.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

وتحديد ضوابطه للتنظيم، إلا أن هذا الأخير لم يصدر بعد، لذا سيتم دراسة هذه المسألة وفق بعض التشريعات التي نظمتها، بحيث يشترط فيه: أن يرد على عقود غير مستثناة من الحق في العدول، وأن يتم هذا الأخير خلال المهلة المحددة لممارسته .

1. أن يرد العدول على عقود تتيح للمستهلك التراجع عن تنفيذ العقد: يقصد بهذا الشرط أن لا يكون العقد محل خيار الرجوع من العقود المستثناة من نطاق الحق في العدول، فليست كل العقود قابلة للتراجع عنها لما في ذلك من مساس باستقرار المعاملات، وتكريس لانعدام التوازن العقدي، وإضرار بمصلحة المتعاقد معه حسن النية، لذا وجدت بعض الاستثناءات عن ممارسة هذا الحق منها ما نصت عليه م 121 ف 20 ب 1 من ق 741/2001 السابق الذكر، وم 16 من التوجيه الأوروبي 83/2011 السابق الذكر، أين أخرجت العقود التالية من دائرة ممارسة الحق في العدول :

أ. عقود الخدمات التي تم تقديمها بصفة كاملة بموافقة مسبقة وصرحة من المستهلك، بحيث يفقد حقه في العدول بمجرد أن ينفذ المورد العقد بصفة كاملة. حددها المشرع الفرنسي بسبعة أيام، أي أن يتم التنفيذ قبل نهاية هذه المدة، م 121. 20. 1 من ق 741/2001 السابق الذكر.

ب. عقود توريد السلع أو الخدمات التي يعتمد سعرها على تقلبات الأسعار في السوق المالي والخارجة عن رقابة المحترف، والتي من المحتمل أن تحدث خلال فترة العدول.

ت. عقود توريد تقع على بضائع يتم إنتاجها، وتصنيعها وفقاً لمواصفات خاصة شخصية يحددها المستهلك .

ث. العقود التي يكون محلها سلع سريعة التلف أو تنتهي صلاحيتها بسرعة .

ج. العقود التي يكون محلها توريد سلع مختومة لا يمكن إرجاعها، إما لأسباب تتعلق بالحماية الصحية أو بالنظافة، وذلك إذا ما قام المستهلك بعد تسلمها بفك ختمها .

ح. العقود التي يكون محلها توريد بضائع يتم خلطها بمواد أخرى مما يصعب فصلها بعد تسليمها (لم يتضمنها ق 741/2001 السابق الذكر).

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

خ. العقود التي يكون محلها توريد مشروبات كحولية، تم الاتفاق على ثمنها في عقد البيع ولا يمكن أن يتم التسليم فيها إلا بعد مرور ثلاثين يوما، والتي تعتمد قيمتها الحقيقية بناء على تقلبات أسعار السوق، أين لا يمكن للمحترف مراقبتها . (لم يتضمنها ق 741/2001 السابق الذكر)

د. العقود التي يطلب فيها المستهلك زيارة المحترف، وذلك بهدف إجراء أعمال صيانة عاجلة أو إصلاحات، غير أنه يسري الحق في العدول إذا قدم المحترف بمناسبة هذه الزيارة بعض الخدمات الإضافية، والتي لم يطلبها المستهلك . (لم يتضمنها ق 741/2001 السابق الذكر)

ذ. العقود التي يكون محلها تسجيلات سمعية مختومة، أو تسجيلات فيديو مختومة أو برامج كومبيوتر مختومة، إذا تم فتحها وإزالة غلافها بعد التسليم .

ر. العقود التي يكون محلها توريد الصحف، أو الدوريات، أو المجلات، باستثناء عقود الاشتراك في هذه المنشورات .

ز. العقود المبرمة في مزاد علني . (لم يتضمنها ق 741/2001 السابق الذكر)

س. العقود التي يكون محلها توفير خدمات الإقامة، أو نقل البضائع، أو تأجير السيارات، أو الإطعام، أو الخدمات المتعلقة بالأنشطة الترفيهية إذا كان العقد ينص على تاريخ محدد أو فترة أداء محددة .

ش. العقود التي تتعلق بتوفير محتوى رقمي غير معروض على دعامة مادية، والتي يتم بدأ تنفيذها بالموافقة المسبقة والصريحة للمستهلك، الذي يقر في هذه الحالة بفقدانه لحقه في العدول . (لم يتضمنها ق 741/2001 السابق الذكر).

ما يمكن ملاحظته أن التوجيه الأوروبي 83/2011 وسع من نطاق العقود المستثناة من الحق في العدول .

أضاف المشرع الفرنسي استثناءات أخرى بموجب ق 741/2001 منها ما تضمنته م 121 ف 20 ب 02: خدمات الرهان أو اليناصيب المسموح بها : والسبب أن مضمون هذه العقود يتعارض وإقرار الحق في العدول كضمانة لحماية المستهلك، كون أن هذا النوع من العقود يقوم

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

على المغامرة والمجازفة ، مما يجعله مستثنى من نطاق العدول ، وإلا فقد هذا الحق جوهره والغاية من تكريسه¹.

كما أضاف المشرع الفرنسي أيضا بموجب م 04. 20. 121 من نفس القانون العقود التي يكون موضوعها :

أ. توريد سلع الاستهلاك الشائعة التي تتم في مكان السكن أو العمل الخاص بالمستهلك ، أو الموزعين الذين يقومون بجولات متكررة بصفة منتظمة . ولعل الحكمة من إدراجها تكمن في أنها عقود استهلاك شائعة درج المستهلك على التعامل فيها مما أكسبه خبرة فيها ، كما تتم بصفة مباشرة أين يحصل التلاقي المادي للطرفين ، ويتمكن من فحص محل العقد فلا حاجة للحق في العدول الذي وجد لضمان عدم تمكن المتعاقد من فحص المبيع².

ب. العقود التي يكون محلها تقديم خدمات الإقامة ، النقل ، المطاعم ، الترفيه والتي تقدم في وقت محدد : ربما تم استثناءها كونها عقود تتكرر بصفة مستمرة ، مما يجعل المستهلك يعتاد على إبرامها ، فيكسبه نوعا من الخبرة لا تدع أي ضرورة للتمسك بالحق في العدول³.

وحدها المشرع التونسي بموجب الفصل 32 من ق 83-2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية السابق الذكر ، بنصها : "... لا يكون للمستهلك الحق في العدول عن الشراء في الحالات التالية :

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك ،

- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويد المستهلك بمنتجات لا يمكن إعادة ارسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها ،

¹ عجالي بخالد ، المرجع السابق ، ص 235.

² كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 636-638.

³ المرجع نفسه ، ص 638.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا ،
- شراء الصحف والمجلات " .

يلاحظ على المشرع التونسي أنه قلص من الاستثناءات التي تسقط حق المستهلك في العدول ،مقارنة بالتوجيه الأوروبي 83/2011 الذي وسع من نطاقها ،وهو ما قد يمس بحق المستهلك في استعمال هذه الضمانة .لذا توجب على المورد إدراج هذه الاستثناءات ضمن العقد المراد به لإعلام المستهلك بها ،حسب خصوصية كل عقد . (مثلا : يحق للمستهلك العدول عن العقد في مهلة أربعة عشر يوما من التراجع عن العقد المبرم ،ويسقط حقه في العدول في الحالات التالية (...).

كما يلاحظ أن الحق في العدول حق غير مطلق ترد عليه استثناءات ،قد تتعلق بالسلع أو بالخدمات .

والسؤال الذي يطرح هنا هل يسقط فعلا حق المستهلك في الرجوع إذا ما استعمل المنتج المسلم إليه قبل ممارسة حقه في العدول ؟ أجابت محكمة باريس الكلية على هذا التساؤل وذلك في حكمها الصادر في 04 فيفري 2003 القائل بأنه : "إذا كان الشرط ينص على عدم تطبيق حق الرجوع إذا كانت المنتجات محل استعمال مستمر (أكثر من عدة دقائق)يكون هذا الشرط تعسفيا من حيث أنه يقيد الحقوق القانونية للمستهلك في موضوع البيع عن بعد ...وبذلك فحق العدول يكون مطلقا يسمح بأن يجرب الشيء المطلوب وأن يقوم باستعماله"¹.

2. أن يرد العدول خلال المهلة المحددة له :لينتج الحق في العدول أثره لأبد فضلا عن وروده ضمن نطاق العقود التي تسمح بالرجوع عنها ،يجب أن يقع هذا الحق ضمن المدة المحددة له وإلا سقط حقه في الرجوع ،وتختلف المدة باختلاف التشريعات المنظمة لها ،ونوع العقد هل يرد على سلعة أم خدمة ؟لذا لابد من معرفة مدة العدول ،وبدأ سريانها .

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 643.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

أ. تحديد المدة التي يتعين خلالها ممارسة الحق في العدول : حسب نص ف 1 من م 121-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي 741/2001 السابق الذكر فإن للمستهلك مهلة سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في العدول عن العقد ، وقد تزيد إلى ثلاثة أشهر إذا ما أخل المورد بالتزامه بإعلام المستهلك بهذا الحق حسب مقتضيات م 121-19 ، وإذا تدارك المورد خطأه وأعلم المستهلك بحقه في العدول تم الرجوع إلى الأصل ، فتقلص مهلة ثلاثة أشهر إلى سبعة أيام تسري من تاريخ إعلامه .

غير أن مهلة سبعة أيام غير كافية لممارسة الحق في العدول ، هذا ما جعل المشرع الفرنسي يتدارك الوضع بأن جعلها أربعة عشر يوما كاملة بموجب م 222-7 من ق إ الفرنسي 1203/2017¹.

وهو ما تضمنه نص م 09 من التوجيه الأوروبي 83/2011 ، فإن للمستهلك مهلة أربعة عشر يوما لممارسة حقه في العدول ، غير أن هذه المهلة قد تمتد حسب م 10 إلى اثنا عشر شهرا (سنة) بدلا من أربعة عشر يوما ، وذلك في حالة ما إذا أخل المورد بالتزامه في إعلام المستهلك بحقه في العدول ، غير أنه إذا تدارك إخلاله وأعلم المستهلك خلال مهلة اثنا عشر شهرا بحقه في الرجوع عن العقد ، قلصت المهلة إلى أربعة عشر يوما تسري من تاريخ إعلامه . أما المشرع التونسي فقد حدد مهلة الرجوع بعشرة أيام عمل وذلك بموجب الفصل 30 من ق 83/2000 السابق الذكر ، دون أن يمدد هذه المهلة في حالة ما إذا أخل المورد بالتزامه بالإعلام بالحق في العدول ، وحددها المشرع المغربي بسبعة أيام كاملة ، لكن إذا أخل المورد بالتزامه بالتأكد الكتابي للمعلومات المنصوص عليه بالمادتين 29 ، 32 تمتد المهلة إلى ثلاثون يوما ، وهو ما تضمنته م 36 من ق ح م 31/08 السابق الذكر .

إن ما يمكن ملاحظته أن التوجيه الأوروبي 83/2011 ، وق إ ف قد نصا على مهلة أكبر من المشرع التونسي والمغربي ، وهي المهل التي توفر ضمانا أكبر للمستهلك ، من خلال

¹ Loi n° 2017/203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n°2016/301 du 14 mars 2016 relative du code de la consommation, J.O.R.F n°45 du 22 février 2016.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

التأني وعدم التسرع مرة أخرى ليختار إما الإبقاء على العقد وبالتالي تنفيذه، وإما العدول عنه أي عدم تنفيذ الالتزامات الواردة به .

أن التوجيه 83/2011 وقانون الاستهلاك الفرنسي ورغم اختلافهما من حيث المدة الزمنية للحق في العدول، إلا أنهما كرسا جزاء مدنيا ناتجا عن إخلال المورد بالتزامه بالإعلام يتمثل هذا الجزاء في تمديد مهلة العدول، وما على المورد إلا أن يتدارك الوضع إذا ما أراد تحديد مصير العقد .

ما تجب الإشارة إليه أنه إذا كان الأصل أن العدول يتم خلال مهلة حددها القانون، إلا أنه يجوز للطرفين الاتفاق على الزيادة فيها، وهو اتفاق صحيح كونه يوفر حماية أكبر للمستهلك لكن لا يجوز الاتفاق على الإنقاص منها، ويقع باطلا بطلانا مطلقا كل اتفاق يقضي بذلك¹.
ب. بدأ سريان مهلة العدول: يختلف بدأ سريان مهلة الرجوع باختلاف محل العقد، إذا كان تسليم سلع، أو تأدية خدمات .

❖ **بدأ سريان المهلة بالنسبة للسلع:** تبدأ مهلة ممارسة الحق في العدول بالنسبة للسلع من تاريخ تسلمها من طرف المستهلك، وذلك حسب ف 2 من م 121-20 من ق إ ف .
أما م 9 من التوجيه الأوروبي 83/2011 فنصت أيضا على أن مهلة العدول بالنسبة لعقود البيع تسري من يوم التسليم :

- من اليوم الذي يكون فيه المستهلك، أو الغير المعين من طرفه قد تسلم فيه السلعة بشكل مادي.
- من اليوم الذي تسلم فيه المستهلك، أو الغير المعين من طرفه السلعة بشكل مادي ولملموس وذلك بالنسبة للسلع العديدة والتي تم طلبها في طلبية واحدة، إلا أن تسليمها يتم بشكل منفصل .
- بالنسبة للسلع التي تتكون من قطع أو أجزاء تسري من يوم تسلمه بشكل مادي آخر جزء أو آخر قطعة .

¹ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 334.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

• بالنسبة للسلع الأولى، والتي يتسلمها المستهلك أو الغير المعين من طرفه بشكل مادي في حالة العقود التي تنصب على التسليم المنتظم خلال مدة معينة تسري المهلة من يوم التسليم .

وهو الأمر الذي اعتمده المشرع التونسي أين أقر بموجب ف 01 من الفصل 30، أن مهلة العدول بالنسبة للبضائع تسري من تاريخ تسلمها من طرف المستهلك، وهو ما كرسه المشرع المغربي بموجب ف 3 من م 36 من ق ح م 08-31 السابق الذكر .

❖ بدأ سريان المهلة بالنسبة للخدمات :إذا كان محل العقد تقديم خدمات فإن مهلة العدول تسري من يوم إبرام العقد، وهو ما يستشف من ب 1 ف 2 م 09 من التوجيه الأوروبي 83/2011، في حين نص المشرع الفرنسي بموجب م 121-20 من ق إ على أن مهلة العدول بالنسبة للخدمات من يوم قبول العرض، وهو النص نفسه الذي تضمنته ف 03 من م 36 من ق ح م المغربي، أما المشرع التونسي فنص بموجب ف 02 من الفصل 30 على أن مهلة العدول هنا تسري من تاريخ إبرام العقد .

وعن نهاية مهلة العدول فتتقضي بانتهاء آخر يوم فيها، وحسب م 121-20 من ق إ الفرنسي المعدلة بالقانون 1841/2005: "عندما تنتهي مهلة السبعة أيام في يوم السبت أو الأحد، أو يوم عطلة رسمية، يتم تمديدها إلى أول يوم عمل".

والسؤال المطروح هل المهلة المحددة لممارسة الحق في العدول هي مهلة تقادم أم سقوط؟ يرى د .محمد أحمد عبد الحميد أحمد أنها مهلة سقوط لا تقادم، بدليل أن مختلف النصوص قد جاءت خالية من النص على الوقف أو الانقطاع، وهو ما يثبت أنها مهلة سقوط لا تقادم².

أما عن كيفية ممارسة الحق في العدول فلم يتطلب المشرع الفرنسي بموجب أحكام الحق في العدول على نص خاص يحدد الشكل الذي يتخذه الحق في العدول، هل يكون شفاهية أم كتابة .

¹ Art I 121-20 modifié par la loi n°2005/841 du 26 juillet 2005 ,art 3 ,JORF ,27 juillet 2005.

² محمد أحمد عبد الحميد أحمد، المرجع السابق، ص. 371.

الباب الثاني :حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

في حين نص التوجيه الأوروبي 83/2011 السابق الذكر بموجب م 11 منه على إجراءات ممارسة الحق في العدول :أين اشترطت على المستهلك الذي يرغب في استعمال حقه هذا إعلام المورد بقراره هذا قبل نهاية المدة المحددة ،وأن يكون قراره مكتوباً من خلال ملأ النموذج المرفق بالتوجيه في شكل ملحق ،مع تقديم تصريح آخر يحدد فيه قراره بالعدول ومنع على الدول الأعضاء فرض أي نماذج أخرى مخالفة للنموذج المرفق بالملحق ونصت في فقرتها الأخيرة على تحمل المستهلك عبء إثبات ممارسته لحقه في العدول .

ولعل التوجيه الأوروبي قد جانب الصواب حيث يسهل بالكتابة على المستهلك إثبات أن العدول قد تم في الأجال القانونية .

ثانيا :آثار ممارسة الحق في العدول عن العقد :يعتبر الحق في العدول من النظام العام ،فلا يجوز بأي حال من الأحوال الاتفاق على الإنقاص أو حرمان المستهلك منه ،ويقع باطلا بطلانا مطلقا كل اتفاق يقضي بذلك .

كما يعد ضمانه فعالة لمواجهة اختلال التوازن العقدي بين أطرافه ،كونه يتيح للمستهلك الخروج عن مبدأ مهم ،وهو القوة الملزمة للعقد ،مما يرتب آثارا قانونية بين المتعاقدين ،بدءا بالتزام المستهلك برد المنتج ،في حين يلتزم المورد برد الثمن ،فضلا عن ذلك بطلان كل عقد يتبع العقد الأصلي الذي استعمل بصدده الحق في العدول.

1 .آثار العدول بالنسبة للمستهلك :يلتزم المستهلك في حال استعماله لحقه في العدول برد المنتج إلى المورد قبل انقضاء المهلة المحددة له ،أو التنازل عن الخدمة ،حيث حددت مدة الرد حسب ف 2 م 15-222 من ق إ ف بثلاثين يوما كحد أقصى تسري ابتداء من اليوم الذي يبلغ فيه المستهلك المورد برغبته في العدول .

ولا يجوز له أن يحمل المستهلك أي تعويض أو مصاريف إضافية ما عدا مصاريف رد المنتج ،وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ،حيث اعتبرت أن :"المستهلك غير ملزم إلا

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

بمصاريف الرد، باستبعاد أي مبلغ آخر "، ولذلك استبعدت مصاريف الاختبار والتصحيح لمنتج تقني تضيفه شركة للبيع عن بعد من الرد¹.

في حين نص التوجيه الأوروبي رقم 83/2011 السابق الذكر بموجب م 14 منه على مهلة أربعة عشر يوماً تسري من تاريخ إعلام المورد بحقه في العدول، ولا يتحمل أي مصاريف ماعدا تلك المتعلقة برد المنتجات، والتي يمكن له عدم تسديدها وذلك إذا ما قبل المورد تحملها أو إذا لم يعلم المستهلك بأنه يتوجب عليه تحملها .

يلاحظ أن المهلة التي منحها المشرع الفرنسي للمستهلك لرد المنتج، أو التنازل عن الخدمة مقارنة بالتوجيه الأوروبي 83/2011 توفر ضماناً وأريحية للمستهلك لممارسة حقه في العدول، لكن يجب مراعاة خصوصية المنتجات سريعة التلف، أو انتهاء الصلاحية والتي تستوجب سرعة الرد .

إن الحق في العدول يظهر بأنه حق مجاني، وأن الهدف من تحمل المستهلك لمصاريف الرد دليل على رغبة التشريعات في تعزيز مبدأ التوازن العقدي، وإلاّ تعسف المستهلك في استعماله لحقه هذا .

وتجب الإشارة إلى أن المشرع قد منع بموجب م 21 من ق ت إ المطالب بالثمن ومصاريف التسليم إذا تم إرسال سلعة لم يتم طلبها من طرف المستهلك، وإذا حدث ذلك فمن مقتضيات الحماية أن يتحمل المورد خطأه بأن يسدد مصاريف إرجاع المنتج مهما كانت قيمتها .

2. آثار العدول بالنسبة للمورد: إذا ما تم العدول عن العقد توجب على المورد حسب م 221-24 من ق إ ف " تعويض المستهلك دون تأخير غير مبرر عن جميع المبالغ المدفوعة بما فيها تكاليف التسليم، وذلك في أجل أربعة عشر يوماً تسري من تاريخ إعلامه من طرف المستهلك باستعماله لحقه في العدول، وهو نفس ما تضمنته ف 1 من م 13 من التوجيه الأوروبي رقم

¹ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 648.

الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني :

83/2011 السابق الذكر ،وأضافت في فقرتها الثانية بأن رد الثمن يكون بنفس وسائل الدفع التي استعملها المستهلك ،ما لم يتم الاتفاق من طرف هذا الأخير على وسيلة أخرى للدفع ،على أن لا تتضمن تكاليفاً أخرى ،غير أن المورد لا يتحمل أية مصاريف إضافية إذا ما اختار المستهلك صراحة طريقة مكلفة في التسليم مقارنة بالطرق التي اعتاد المورد السداد بها ،والتي تكون أقل تكلفة ،ويجوز له أن يؤجل دفعه إلى غاية استرداد السلعة أو بعد أن يقدم له المستهلك دليلاً على شحن أو إرسال البضائع .وهو ما تضمنته م 222-24 من ق إ ف .

كما ويلتزم المورد بتسلم المنتج المرجع إليه ،وله أن يتحقق من :أنّ العدول تم في المدة المحددة له ،وأن المنتج سليم لم يتعرض للهلاك مع تحمل المستهلك مصاريف الرد .ولا يحق له بعدها رفض المنتج المرجع إليه لأنه يعد مخالفاً لحق المستهلك في العدول ما يستوجب قيام مسؤوليته¹ .

3. انقضاء كل عقد تابع للعقد الذي تم الرجوع فيه : باستعمال المستهلك لحقه في العدول وقيامه بإرجاع السلعة أو رفض الخدمة ينقضي العقد المبرم بينه وبين المورد ،وينقضي معه تلقائياً كل عقد تابع له ،وهو ما نصت عليه م 221-27 من ق إ ف .

¹ كوثر سعيد عدنان خالد ،المرجع السابق ،ص 649-650.

تناولت الرسالة حماية المستهلك في العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت ،وهو موضوع حديث الساعة يطرح نفسه بقوة كأحد التحديات التي تواجه التشريعات الدولية بصفة عامة والتشريع الداخلي على وجه الخصوص ،في مجال تنظيمه للتجارة الإلكترونية ومدى نجاحها .
إن الاهتمام بهذا المجال يعزز وينمي من ثقة المستهلك في المعاملات التي تبرم عن بعد ،والعكس صحيح إذ يؤدي تجاهله إلى العزوف عن التعاقد الإلكتروني .

وللإجابة على الإشكالية الرئيسية يمكن القول أن المشرع قد كرس ضمانات لحماية المستهلك المتعاقد إلكترونياً ،إلا أنها تشوبها بعض الثغرات التي جاءت نتيجة التسرع وعدم التمهل في إصدار النصوص القانونية .

وأن هذه الضمانات لا تكفي لوحدها في توفير حماية فعالة للمستهلك من مخاطر التعاقد الإلكتروني ،إلا بتضافر الجهود من خلال إصدار تشريعات منظمة ودقيقة لحل أي إشكال قد يقع ،وتوفير الأمان والثقة في العقود الإلكترونية مما يزيد من طمأنينة المستهلك وإقباله على التعاقد ،خصوصاً وأن العالم يعيش اليوم تطوراً وسرعة مذهلة تكاد تعصف بالعقود التقليدية ،التي لم تعد القواعد العامة التي تحكمها قادرة على مواكبة هذه التطورات .

ومن خلال ما درس تمّ التوصل إلى النتائج التالية :

1. أن موضوع حماية المستهلك المتعاقد إلكترونياً يعد حجر الزاوية في مجال تنمية التجارة الإلكترونية ،والتي تستوجب الاهتمام بالمجال التقني وبسرعة تدفق الانترنت ،ليستفيد من هذا النوع من العقود ،الذي له عديد الفوائد ،باعتباره وسيلة سهلت حياة الأفراد .
2. أن أول ما يواجهه المستهلك في التعاقد عن بعد ،هو الإشهارات التجارية الإلكترونية كوسيلة لإعلامه ،تهدف إلى التعريف بالمنتجات -سلع وخدمات- المعروضة عبر شاشة الحاسوب ،ورغم المزايا التي تتمتع بها إلا أنها تشكل مخاطر عديدة على التعبير عن الإرادة بصفة حرة ومستنيرة خالية من أي عيب قد يشوبها .
3. إن الأصل في الإشهارات أن تكون مشروعة ،لكن قد يحدث وأن يلجأ المعلن بهدف الترويج للمنتجات ،وحتى المتعامل معه على زيادة التعاقد إلى استعمال بعض الصور

غير المشروعة، وهنا تكمن أهمية حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد من صور الإشهار غير المشروع .

ويتخذ الإشهار الإلكتروني غير المشروع صورتين، إحداهما تقليدية تتمثل في الإعلان الخادع سواء بالتضليل أو بالكذب، والإعلان المقارن . وصورة مستحدثة وهي إعلانات البريد الإلكتروني المزعجة .

4. أن لتعدد الوسائل التي يرد بها الإشهار التجاري الإلكتروني أثر في اختلاف الفقهاء حول تحديد طبيعته القانونية، بين إيجاب إذا ما تضمن الشروط الجوهرية للتعاقد، ودعوة للتفاوض إذا لم يتضمنها، وقد قطع المشرع باب الخلاف بأن اعتبره إيجاباً حسب ما تم بيانه، وقد حسن ما فعل المشرع لأن متطلبات الحماية تقتضي إعتبره كذلك، وهو ما يوفر ضماناً فعلية لحماية المستهلك ومنع المعلن من الرجوع عن إعلانه، تحت طائلة قيام مسؤوليته .

5. ونظراً للمخاطر التي يتضمنها الإشهار التجاري الإلكتروني غير المشروع، فقد حدد المشرع جملة من الضوابط، التي تعد في حد ذاتها حماية قبلية للمستهلك، من خلال اشتراط وضوح وتحديد الرسالة الإشهارية، والبعد عن التضليل والكذب، بتحري الموضوعية، الشفافية، والصدق في إعدادها، فضلاً عن عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة. مع حظر الإعلانات المزعجة، وذلك تحت طائلة قيام المسؤولية المدنية للمعلن، وللأطراف المتدخلة في ذلك .

6. أن الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام الإلكتروني يعد ضماناً حقيقية للمستهلك، أين تبرز أهميته في الفترة السابقة للتعاقد، نظراً لجهله بالوسيلة المستعملة، وبالمنتجات محل العقد وحتى بكيفية التعاقد، بالإضافة إلى ذلك يعد وسيلة تسمح مبدئياً من التعرف على المنتج، ولو أن العلم الكافي به لا يتحقق إلاّ وقت التسليم أين يمكن له رؤيته ومعاينته.

7. لقد حدد المشرع جملة من الضوابط التي يجب مراعاتها في الإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام، والذي يعد هو الآخر من وسائل الحماية قبلية للمستهلك، من خلال اشتراط أن تكون العبارات المستخدمة مقروءة ومفهومة وواضحة المعنى للتعبير عن المقصود منها، وأن تتم بصفة مرئية، وتشمل معلومات تعرف بالتاجر وتحدد هويته وصحة نشاطه، وهو الأمر

خاتمة

الذي يضمن مكافحة النشاطات الوهمية وكل احتيال، معلومات عن المنتج سواء من حيث مكوناته أو طرق استعماله، وحتى التحذير من مخاطر الاستخدام، بالإضافة إلى الإلتزام بالإعلام بالثمن وشروط التعاقد .

8. لقد ضمن المشرع حق المستهلك في الإعلام السابق عن إبرام العقد الإلكتروني، بالجزاء المترتب عن إخلال المورد به، أين يترتب عنه قيام مسؤوليته المدنية، ما يتيح له الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام، أو فسخ العقد والمطالبة بالتنفيذ بمقابل، مع حقه في المطالبة بالتعويض .

9. لقد رتب المشرع حماية للمستهلك من قبوله المتسرع، بأن إعتبر موافقته مبدئية لا ينعقد بها العقد خلال مهلة معينة، دون تحديدها بمجرد انتهائها، يبقى للمستهلك إما التراجع عن قبوله ويعتبر العرض كأن لم يكن، وإما تأكيده فيبرم العقد، وهو ما يسمى بمهلة التروي والتفكير .

10. بمجرد تطابق الإيجاب والقبول بعد نهاية مهلة التروي والتفكير دون رجوع من المستهلك، يبرم العقد الإلكتروني، ونظرا لأن هذا الأخير يختلف عن العقد التقليدي من حيث خصوصية الوسيلة المبرمة وما تفرضه من أن المستهلك يتعاقد حول منتجات لم يراها على أرض الواقع، مما لا يضمن معاينة محل العقد، والتأكد من مدى مطابقته لرغباته المشروعة هذا من جهة، ومن جهة أخرى تفرض الإنترنت كوسيلة لإبرام العقود والسرعة التي يشهدها حقل التجارة، حتمية إعداد شروط العقد بصفة مسبقة في شكل نموذج، ما على المستهلك إلا ملء المعلومات عليه، دون وجود أي تفاوض حولها، وهو الأمر الذي يؤدي إلى المساس بمبدأ التوازن العقدي، لذا عمل المشرع على حماية المستهلك من خلال الحرص على إعادة التوازن بين طرفي العقد، ويتحقق هذا من خلال :

* اعتبار عقد الاستهلاك الإلكتروني عقد إذعان يستوجب حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وهو المستهلك على أن يفسر الشك لمصلحته، ويقع باطلا كل شرط يؤدي إلى تحقيق مصلحة المورد على حساب مصلحة المستهلك .

* كما يتحقق التوازن العقدي من خلال مكافحة الشروط التعسفية، التي تقوم على استعمال القوة والتفوق الاقتصادي للمورد من أجل الحصول على مزايا غير مستحقة ومجحفة بالنسبة للمستهلك، وتنتج عن الاختلال بين التزامات وحقوق الطرفين .

11. أن العقود الإلكترونية هي ميدان خصب للشروط التعسفية، ومع ذلك لم ينص المشرع صراحة في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 عليها، وهو ما يفهم معه أن هذا القانون كرس لحماية واضعه باعتباره موردا، الأمر الذي يدفعنا إلى الرجوع للقواعد العامة، من خلال تفعيل أجهزة الرقابة، وتكريس الاستقلالية الحقيقية والفعالية للجنة البنود التعسفية بالسماح لها برفض الشروط التي تعتبر تعسفية، مع تكريس حق القاضي في تعديلها أو إلغائها .

12. أن المشكل يثار بالنسبة للعقود التي لا يخضع طرفيها لنظام قانوني واحد، بحيث تعتبر بنودا تعسفية في دولة المستهلك، وشروطا غير تعسفية في دولة المورد .

13. ومن الضمانات التي تحمي المستهلك من الشروط التعسفية، هي إعفاؤه من عبء إثباتها، إذ يكفي مجرد إدراجها لتعتبر كذلك، مع ضرورة النص على بطلان كل شرط تعسفي .

14. أن المعاملات الإلكترونية تفرض مسألة مهمة، وهي ضرورة تكريس حق المستهلك في حماية معطياته الشخصية، والمعطيات ذات الطابع الشخصي، والتي أخضعها المشرع بموجب ق 18-07 السابق ذكره إلى جملة من المبادئ، منها الحصول على الموافقة المسبقة والصريحة للمستهلك، وأن تتم المعالجة لغايات محددة لا يجوز تجاوزها، فضلا عن تكريسه لبعض الضوابط التي تحكم عملية المعالجة، بأن تكون مشروعة ونزيهة ملائمة ومناسبة وغير مبالغ فيها، فضلا عن ذلك لا بد من أن تكون صحيحة وكاملة ومحينة .

15. تخضع عملية المعالجة للتصريح والترخيص المسبقين وهو ما يعزز من حق المستهلك في إحترام خصوصيته، والمحافظة على سرية معطياته. وضمنها بجملة من الحقوق أهمها الحق في الإعلام قبل جمع معطياته، الحق في الولوج والإطلاع عليها بهدف تحيينها

وتصحيحها، كما منع المشرع الاستكشاف المباشر دون الحصول على موافقة صاحب المعطيات .

16. بعد ذلك تأتي مرحلة تنفيذ العقد، ومثلما هو متعارف عليه في ظل القواعد العامة يلتزم المورد بتسليم منتج سليم مضمون مطابق لما تمّ الاتفاق عليه، خال من أي عيب على أن يتم التنفيذ بحس نية .

17. إن إهم التزام يقع على عاتق المستهلك هو الوفاء بقيمة المنتج من خلال تسديد قيمته وقد خيره المشرع بين الدفع بصفة تقليدية وقت تسلم المنتج، أو أن يتم عن بعد عبر منصات الدفع الإلكتروني، باستعمال وسيلة من وسائله، والتي تتعدد صورها بين تقليدية كالتحويل المصرفي والأوراق المعالجة إلكترونياً، والبطاقات البنكية، ومستحدثة كالنقود الإلكترونية أو المحافظ الإلكترونية .

18. وتشمل بيئة الدفع الإلكتروني على مجموعة من المخاطر منها ما ينجم عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة البنكية، ومنها ما ينجم عن مخاطر أمنية: تتعلق باستخدام الشبكة العنكبوتية من طرف مجرمي الإنترنت، عند قيامه بالوفاء بقيمة المنتجات عبر أجهزة الحواسيب المتصلة بين أطراف المعاملة، منها ما يتعلق بالاصطياد والخداع الإلكتروني ومنها ما يستهدف البطاقات البنكية، ومنها ما يهدف إلى تدمير الموقع أو تبديل المحتوى، ولتأمين بيئة الدفع الإلكتروني، توجب العمل على إيجاد الضمانات الكفيلة بذلك، منها: تقنية تحديد هوية المتعاقدين والتحقق منها، وحماية أمن المراسلات والمواقع الإلكترونية. فضلاً عن ذلك ضرورة اللجوء إلى نظام التشفير كآلية للمحافظة على سرية المعاملات. وتأمين المواقع الإلكترونية للموردين، ويعتبر التوقيع الإلكتروني من بين أهم الضمانات التي تركز حماية للمستهلك عند الدفع الإلكتروني

19. كما كرس المشرع حماية للمستهلك من مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون غير أن المشرع خرج عن المبدأ العام، وكرس للمستهلك حق الرجوع وإنهاء العقد بإرادته المنفردة خلال مدة محددة، دون شرط تبريره لقراره هذا، ولا تحمله لمصاريف إضافية، ماعدا مصاريف رد المنتج، وهو ما يسمى بحق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد .

خاتمة

ومن أجل سد الثغرات الموجودة نقترح على المشرع مايلي :

1. تعديل أحكام قانون التجارة الإلكترونية 18-05 لتتلاءم ومتطلبات حماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا.
2. الإسراع في إصدار النصوص القانونية التنظيمية .
3. تفعيل أجهزة ووسائل الرقابة السابقة واللاحقة لعملية بث الاشهار التجاري الإلكتروني .
4. حظر الإشهارات المزعجة سواء تمت عبر البريد الإلكتروني أو الهاتف النقال .
5. تشديد المسؤولية المدنية للمعلن ،ولكل شخص له علاقة في إدراج إشهارات غير مشروعة .
6. أن الحماية تكون سواء تم التعامل عبر الموقع الإلكتروني ،أو مواقع التواصل الاجتماعي ،مع تكريس ذات الحماية للمتعامل مع مواقع أجنبية .
7. تعزيز اللغة الوطنية كشرط لتنفيذ الإلتزام بالإعلام ما يساهم في فهم المستهلك الإلكتروني له .
8. تكريس حق المستهلك الإلكتروني في مهلة للتروي والتفكير تسمح له بالتراجع عن موافقته (قبوله) الأولية مع تحديدها بسبعة أيام ،يراجع خلالها المستهلك قراره .
9. النص على مكافحة الشروط التعسفية ،من خلال تعزيز صلاحيات لجنة البنود التعسفية ودور القضاء في المكافحة ،مع بطلان كل بند يخول للمورد مزايا على حساب المستهلك ،وبذلك إعادة التوازن العقدي .
10. ضرورة تحديد المهل القانونية تحديدا نافية للجهالة بما يخدم مصلحة الطرفين .
11. تعديل أحكام قانون حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي ،ليشمل المعطيات الشخصية وذات الطابع الشخصي ،مع تحديد مدة المعالجة ،والحفظ .مع تكريس حقه في النسيان وتدمير المعطيات المقدمة .
12. إعادة النظر في النصوص القانونية المنظمة للدفع الإلكتروني ،من خلال تعريفه وتحديد وسائله ،وطبيعته القانونية ،والمخاطر الناجمة عنه ،والآليات القانونية التي تسمح بتأمينه منها .
13. التشديد من مسؤولية كل من يعرض الدفع الإلكتروني للخطر .

14. إعادة تنظيم الحق في العدول كأهم ضمانة تسمح للمستهلك في التراجع عن تنفيذ العقد من خلال تحديد مهلته، والاستثناءات الواردة عليه أو بعبارة أخرى نطاقه، طبيعته القانونية فضلا عن تحديد ضوابطه وآثاره، مثلما ذهب إليه التوجيه الأوروبي 83/2011 السابق الذكر.

15. العمل على تعزيز الإتفاقيات الدولية والعربية في مجال حماية المستهلك التقليدي والمتعاقد إلكترونيًا، وذلك لتفادي الإشكالات الناجمة عن إختلاف التكييف القانوني لتنظيم مسألة واحدة في نظامين قانونيين مختلفين، كنتيجة حتمية للطابع الدولي لعقود التجارة الإلكترونية .

16. العمل على زيادة الوعي لدى المستهلك الإلكتروني من خلال القيام بملتقيات وندوات تعرف بالتجارة الإلكترونية، وتبين حقوق المستهلك الإلكتروني فيها و ضمانات الحماية .

17. العمل على تعزيز شبكة الإنترنت وتعميمها وتطوير سرعة تدفقها، كبنية استراتيجية لا يمكن دونها تطوير التجارة الإلكترونية .

18. تعديل مصطلح المستهلك الإلكتروني إلى المستهلك المتعاقد إلكترونيًا، لأنه لا يعقل تصور أن يكون الشخص إلكترونيًا، لذلك توجب ضبط المصطلح .

قائمة المراجع :

أولا :المراجع باللغة العربية :

1 .القواميس :

المنجد الوسيط في العربية المعاصرة ، دار الشرق ، لبنان ، 2003.

2. الكتب :

أ .الكتب العامة :

1. بلحاج العربي ،الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقد ،دار هومه ،الجزائر ،2014 .

2. تقيّة محمد ،الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر ،1984 .

3. فيلالي علي ،الالتزامات ،النظرية العامة للعقد ،موفم للنشر ،الجزائر ،2002 .

4. محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزامات

مصادر الالتزام ،العقد والإرادة المنفردة ،ط .4 ،دار الهدى ،الجزائر ،2009 .

ب .الكتب المتخصصة :

5. إبراهيم عبد العزيز داود ،حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك دار الجامعة الجديدة ،مصر 2014 .

6. أسامة أبو حسين مجاهد ،خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ،دار النهضة العربية ،مصر 2003 .

7. أسامة أحمد بدر ،حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ،دار الجامعة الجديدة للنشر مصر 2005 .

8. أشرف محمد رزق قايد ،حماية المستهلك دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني ،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع مصر ،2016.

9. أشرف محمد رزق فايد ،منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ،مصر ،2017.

10. الحديدي منى ،الإعلان ،الدار المصرية اللبنانية ،مصر ،د .س .ن .

11. **الزوجال يوسف** ،المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات عقد التأمين نموذجا منشورات دار الأمان ،المغرب ،2013.
12. **أنطوان الناشف** ،الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،1999.
13. **باطلي غنية** ،وسائل الدفع الإلكتروني ،دار هومه ،الجزائر ،2018 .
14. **بتول صراوة عبادي** ،التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2011 .
15. **بشار محمود دودين ،محمد يحي المحاسنة** ،الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت ،دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن ،2006.
16. **بسام فنوش الجنيدي** ،المسؤولية المدنية عن الإعلانات التجارية عبر الإنترنت ،مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ،مصر ،2018 .
17. **حسام محمد نبيل عبد الرؤوف الشنراقي** ،حماية البيانات الشخصية عبر الإنترنت التحديات والحلول ،منشورات المجلة العربية للإدارة ،المنظمة العربية للتنمية الإدارية جامعة الدول العربية ،إصدار خاص ملحق ع 02 ،المجلد 38 ،2018 .
18. **حمد الله محمد حمد الله** ،حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دار الفكر العربي مصر ،1997 .
19. **ححو يمينة** ،عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري ،دار بلقيس ،الجزائر 2016.
20. **حمودي محمد ناصر** ،العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،2012 .
21. **خالد مصطفى فهمي** ،الالتزام بالإعلام في التعاقد عن بعد في ضوء قانون حماية المستهلك دار الفكر الجامعي ،مصر 2019 .
22. **خالد مصطفى فهمي** ،النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية والقانون 15 لسنة 2004 ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،2007 .
23. **خالد ممدوح ابراهيم** ،أمن المستندات الإلكترونية ،الدار الجامعية ،مصر ،2008 .
24. **خالد ممدوح ابراهيم** ،حجية البريد الإلكتروني في الإثبات ،دار الفكر الجامعي ،مصر 2010.

25. خالد إبراهيم ممدوح ، حماية مستهلك في المعاملات الإلكترونية ،الدار الجامعية ،مصر
2007 .
26. خنفوسي عبد العزيز ،قانون الدفع الإلكتروني ،مركز الكتاب الأكاديمي ،د.ب.ن 2018
.
27. رضا متولي وهدان ،النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن التعاقدات
الإلكترونية دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقہ الإسلامي
،دار الفكر والقانون ،مصر ،2008 .
28. سامح عبد الواحد التهامي ،التعاقد عبر الإنترنت ،دار الكتب القانونية ،مصر 2008.
29. سعيد السيد قنديل ،التوقيع الإلكتروني ماهيته - صورته - حججه في الإثبات بين التدويل
والاقتباس ،ط 2 ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،مصر ،2006 .
30. سفر أحمد ،أنظمة الدفع الإلكترونية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،د.س.ن .
31. سمير حامد عبد العزيز الجمال ،التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دار النهضة
العربية مصر ،2006 .
32. شحاتة غريب محمد شلقامي ،العقد الإلكتروني في التشريعات العربية ،دار النهضة
العربية مصر ،2005 .
33. شريف محمد غنام ،التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الأنترنت ،دار
الجامعة الجديدة ،مصر ،2008 .
34. عبد الرحمان خليفة الرواس ،أثر التشريعات المتعلقة بحماية البيانات الشخصية على
فعالية التجارة الإلكترونية ،منشورات زين الحقوقية ،لبنان ،2019 .
35. عبد الفتاح بيومي حجازي ،التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ،دار الفكر
الجامعي مصر ،د.س.ن .
36. عبد الفتاح محمود الكيلاني ،المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر
الإنترنت ،دار الجامعة الجديدة. مصر ،د.س.ن.
37. عبد الفضيل محمد أحمد ،الإعلان عن المنتجات والخدمات ،مكتبة الجلاء الجديدة مصر
1991 .
38. عبد المنعم موسى ابراهيم ،حماية المستهلك ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2007.

39. **عبد الله أحمد عبد الله غرايبية**، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار
الراية للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
40. **علاء محمد عيد نصيرات**، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر
والتوزيع الأردن، 2005.
41. **فاطمة نجم محمد العبيدي**، النظام القانوني لعقد الإعلان الإلكتروني، دار الجامعة
الجديدة مصر، 2019.
42. **فريد بايبر، شون ميرفي**، علم التفسير مقدمة قصيرة جدا، ترجمة محمد سعد طنطاوي
مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مصر 2016.
43. **كوثر سعيد عدنان خالد**، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر
2012.
44. **كميت طالب البغدادي**، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، المسؤولية المدنية
والجزائية الأردن، 2008.
45. **لورنس محمد عبيدات**، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن
2005.
46. **محمد أحمد عبد الحميد**، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دار الجامعة
الجديدة مصر، 2015.
47. **محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر
2008.
48. **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية، العقود الإلكترونية. القانون الواجب
التطبيق - المنازعات العقدية وغير العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005.
49. **محمد بودالي**، حماية المستهلك في القانون المقارن - دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي
، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006.
50. **محمد عبد حسين الطائي**، التجارة الإلكترونية المستقبل الواعد للأجيال القادمة، دار
الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
51. **محمد عمر عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، مصر، 2004.
52. **محمد فواز المطالقة**، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع
الأردن 2008.

53. **محمود علي رحمة**، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018 .
54. **مروة زين العابدين صالح**، الحماية القانونية الدولية للبيانات الشخصية عبر الإنترنت بين القانون الدولي الإتفاقي والقانون الوطني، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع مصر 2016 .
55. **مصطفى أحمد أبو عمرو**، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة مصر 2016 .
56. **مصطفى كمال طه**، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة دار الفكر الجامعي، مصر، 2005 .
57. **ممدوح محمد خيرى هاشم**، الحماية المدنية من الإعلانات التجارية الخادعة، دار النهضة العربية، مصر، د.س.ن .
58. **منير محمد الجنيهي**، ممدوح محمد الجنيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، ط 2، دار الفكر الجامعي، مصر، د.س.ن .
59. **موفق حماد عبد**، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية لبنان، 2011 .
60. **نضال سليم برهم**، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010.
61. **هاني دويدار**، الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة إلكترونياً، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2003 .
62. **هند رشيد حسن الحصيني**، الحماية المدنية من الدعاية التجارية المضللة، دار الجامعة الجديدة، مصر، مصر، 2018 .
63. **يوسف عودة غانم المنصوري**، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر الإنترنت منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015 .

أ/ الرسائل الدكتوراه :

1. **بخالد عجالي**، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014 .
2. **بوعزة هداية**، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019 .
3. **حوالف عبد الصمد**، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015 .
4. **خميمخ محمد**، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2016 - 2017 .
5. **زماموش نذير**، آليات الدفع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 2017/2018 .
6. **عبوب زهيرة**، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018 .
7. **غزالي نزيهة**، المسؤولية الجزائية عن استخدام وسائل الدفع الإلكتروني في القانون الجزائري أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 02 الجزائر، 2018 .
8. **قرواش رضوان**، الضمانات القانونية لحماية أمن وسلامة المستهلك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، 2012-2013 .
9. **لعجال لامية**، حماية المستهلك في معاملات التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، 2016-2017 .

ب/ مذكرات الماجستير :

1. **خلوي عدنان نصيرة**، الحماية القانونية للمستهلك عبر الأنترنت، مذكرة ماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2013 .

2. **زواش زهير** ، دور نظام الدفع الإلكتروني في تحسين المعاملات المصرفية -دراسة حالة الجزائر- ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية ،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ،جامعة العربي بن المهدي ،أم البواقي ،2010-2011.

3. **كوسة ليلي** ، واقع وأهمية الإعلان في المؤسسة الاقتصادية الجزائرية ، دراسة حالة مؤسسة إتصالات الجزائر للهاتف النقال - موبليس - ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية ، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة منتوري قسنطينة 2007-2008.

4. **لما عبد الله صادق سلهب** ، مجلس العقد الإلكتروني ،مذكرة ماجستير في القانون ،كلية الدراسات العليا ،جامعة النجاح الوطنية نابلس ،فلسطين ،2008 .

5. **ملال نوال** ، جريمة الإشهار الخادع في القانون الجزائري والقانون المقارن ،مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة وهران ،الجزائر 2013

4: البحوث والمقالات :

1. **أحمد السعيد الزقرد** ،"الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والقانون المقارن" ،مجلة الحقوق ،جامعة الكويت ،ع 04 ،1995.

2. **أروى تقوى** ،"المسؤولية المدنية للمواقع الإلكترونية الإعلامية" ،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ،المجلد 30 ع.01 ،2014 .

3. **بلعيساوي محمد الطاهر** ،"حقوق الشخص المعنى والتزامات المسؤول عن المعالجة وفقا للقانون 07/18 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي" ،مجلة العلوم السياسية والقانون ،ع 15 ،المجلد 03 المركز الديمقراطي العربي ماي 2019 .

4. **بليمان يمينة** ،"الإشهار الكاذب أو المضلل" ،مجلة العلوم الإنسانية ،المجلد ب ،ع 32 جامعة منتوري قسنطينة ،ديسمبر 2009.

5. **بوادي مصطفى** ،"الدفع الإلكتروني كآلية لحماية المستهلك ومظاهر تطبيقه في التشريع الجزائري" ،مجلة الاجتهاد القضائي ،مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ،جامعة محمد خيضر بسكرة ،ع 14 ،أفريل 2017 .

6. **بوعبيد عباسي**، "الالتزام بالإعلام في العقود"، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب 2008 .
7. **تومي يحيى**، "الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ضوء القانون رقم 07/18" دراسة تحليلية" ،مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية" ،المجلد 04، ع 02 ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد بوضياف ،المسيلة ،السنة 2019 .
8. **جامع مليكة** ،"حق في العدول عن العقد كآلية مستحدثة لحماية المستهلك الإلكتروني" مجلة الواحات للبحوث والدراسات المجلد رقم 13 ، ع 1 ، 2020 .
9. **حزام فتيحة** ،"الضمانات القانونية لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي دراسة على ضوء القانون رقم 07/18" ،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية ،المجلد 08 ، ع 04 ،لسنة 2019 .
10. **خلفي عبد الرحمان** ،"حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)"،مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) ،المجلد 27 (1) ، 2013 .
11. **زعيبي عمار** ،"الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك " ،مجلة المفكر ع 09 كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر ،بسكرة ، 2013 .
12. **سي يوسف زاهية حورية** ، "حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر .
13. **سي يوسف زاهية حورية** ،"حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني" ،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ،مجلد 07 ، ع 02 ، 2018 .
14. **عبد الله بن ابراهيم بن عبد الله الناصر** ،"العقود الإلكترونية" على الموقع الإلكتروني [https:// www.Startiumes.com](https://www.Startiumes.com)
15. **عبد المجيد الصلاحيين** ،"الإعلانات التجارية -أحكامها وضوابطها في الفقه الإسلامي" مجلة الشريعة والقانون ، ع.21 جامعة الإمارات العربية المتحدة ،جوان 2004 .
16. **عبد المهدي كاظم ناصر** ،"المسؤولية المدنية لوسطاء الإنترنت " ،مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، ع 02 ،كلية القانون ،جامعة القادسية ، 2009
17. **عبيدي محمد** ،"حق المستهلك في الإعلام ،يوم دراسي حول الوسم وإعلام المستهلك" الجزائر 2007 .

18. علوان رامي محمد، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني" مجلة الحقوق ، ع 4 ، الكويت ، 2002 .
19. عمارة مسعودة ، "الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني من خلال الإعلان التجاري الكاذب وحق المستهلك في الإعلام" ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، البليدة ، ع 2 ، 2012 ، ص . 322 .
20. فتيحة محمد قوراري ، "الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضلة دراسة في القانون المدني الإماراتي والمقارن" ، مجلة الحقوق ، ع 33 ، جامعة الكويت ، 2009 .
21. قادري عبد المجيد ، "الوفاء الإلكتروني" ، مجلة العلوم القانونية ، ع 12 ، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة ، جوان 2008 .
22. محمد البنان ، "العقود الإلكترونية" ، منشور في كتاب العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها المنظمة العربية للتنمية الإدارية مصر ، 2007 .
23. محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي ، "مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون" ، جامعة الإمارات المتحدة بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة بدبي 10-12 / 2003/08 .
24. محمد جمال عرفة ، "بالإنترنت ضد إعلانات خليعة" ، مصر ، 5 جويلية 2003 على الموقع الإلكتروني: [https:// www.paldf.net](https://www.paldf.net)
25. نغم حنا رؤوف ، "العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية" ، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ، المجلد 14 ، ع 06 كلية التربية ، جامعة تكريت ، العراق ، جوان 2007 .
26. يونس عرب ، "المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي" على الموقع الإلكتروني: <http://www.aljazeera.net>.
5. النصوص القانونية :
- أ. النصوص القانونية الوطنية :
- أ. 1. الدستور :
1. ق. رقم 01/16 المؤرخ في 2016/03/06 ، المتضمن التعديل الدستوري ، ج.ر.ع 14 المؤرخة في 2016/03/04 .

2. المرسوم الرئاسي 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتضمن التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج. ر. ع. 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

أ. 2. النصوص التشريعية :

3. ق. العضوي رقم 05-12 المتعلق بالإعلام المؤرخ في 12 جانفي 2012، ج. ر. ع. 02 المؤرخة في 15 جانفي 2012 .

4. ق. رقم 59-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج. ر. ع. 101 مؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 08-93، المؤرخ في 25 أبريل 1993، ج. ر. ع. 27، المؤرخة في 27 أبريل 1993 والمعدل بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005، ج. ر. ع. 11، مؤرخة في 09 فيفري 2005.

5. ق. رقم 04-82 المؤرخ في 13 فيفري 1982، المعدل والمتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات المؤرخ في 08 جوان 1966، ج. ر. ع. 07، السنة 19، المؤرخة في 16 فيفري 1982.

6. ق. رقم 07-90 المؤرخ في 03 أبريل 1990، يتعلق بالإعلام، ج. ر. ع. 14، المؤرخة في 4 أبريل 1990.

7. ق. رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 23 جوان 2004، ج. ر. ع. 41 المؤرخة في 27 جوان 2004.

8. ق. رقم 04-09 المؤرخ في 05 أوت 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج. ر. ع. 47، مؤرخة، يوم 16 أوت 2009

9. ق. رقم 01-14 مؤرخ في 04 فيفري 2014، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966. المتضمن ق. ع. ج. ر. ع. 07، المؤرخة في 16 فيفري 2014 .

10. ق. رقم 04-14، المؤرخ في 24 فيفري 2014، المتعلق بالنشاط السمعي البصري، ع. 16 الصادرة بتاريخ 16 مارس 2014 .

11. ق. رقم 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مؤرخ في 10 فيفري 2015، ج. ر. ع. 06 مؤرخة في 10 فيفري 2015.

12. ق. رقم 04-18 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، المؤرخ في 10 ماي 2018، ج. ر. ع 27، المؤرخة في 13 ماي 2018.
13. ق. رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في 10 ماي 2018، ج. ر. ع 28 المؤرخة يوم 16 ماي 2018.
14. ق. رقم 07-18 المؤرخ في 10 جوان 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ج. ر. ع 34.
15. ق. رقم 09-18 مؤرخ في 10 جوان 2018، المعدل والمتمم للقانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر. ع 35، مؤرخة في 13 جوان 2018.
- أ. 3. المراسيم التنفيذية :

16. المرسوم التنفيذي التنفيذي رقم 91-101 المؤرخ في 20 أبريل 1991، يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون، ج. ر. ع 19، مؤرخة في 24 أبريل 1991.
17. المرسوم التنفيذي رقم 91-103 المؤرخ في 20 أبريل، يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية العقارية والمنقولة والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالبث الإذاعي السمعي إلى المؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة، ج. ر. ع 19، مؤرخة في 24 أبريل 1991.
18. المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "أنترنات" واستغلالها، ج. ر. ع 63، المؤرخة والصادرة في 26 أوت 1998.
19. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. ع 56، مؤرخة في 11 سبتمبر 2006.
20. المرسوم التنفيذي رقم 08/44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06/306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. ع 07، الصادرة يوم 10 فيفري 2008.
21. المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج. ر. ع 58 مؤرخة يوم 18 نوفمبر 2013.

22. المرسوم التنفيذي رقم 16-222. المؤرخ في 11 أوت 2016 ،يتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبث التلفزيوني أو للبث الإذاعي ، ج . ر . ع 48 مؤرخة في 17 أوت 2016 .

أ . 4. الأوامر :

23. الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني ،المؤرخ في 26/09/1975 ،المعدل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13/05/2007 ،ج.ر.ع 31 ،المؤرخة في 13/05/2007.

24. الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض ،ج ر ع 52 ،مؤرخة في 27 أوت 2003 ،المعدل والمتمم بالأمر 10-04 المؤرخ في 26 أوت 2010 ،ج ر ع 50 ،مؤرخة في 01 سبتمبر 2010.

ب . القوانين الأجنبية :

25. ق. رقم 117 المؤرخ في 07 ديسمبر 1992 ،المتعلق بحماية المستهلك ،الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ،ع . 83 ،السنة 135 ،المؤرخة يوم 15 ديسمبر 1992.

26. ق. رقم 40 لسنة 1998 ،المؤرخ في 02 جوان 1998 ،المتعلق بطرق البيع والإشهار التجاري الرائد الرسمي التونسي ،ع 44 ،مؤرخ في 02 جوان 1998 .

27. ق. رقم 83 لسنة 2000 ،المؤرخ في 09 أوت 2000 ، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي ،الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ،ع . 64 ،الصادرة يوم 11 أوت 2000 .

28. القانون الأساسي 04-63 المؤرخ في 27/07/2004 ،المتعلق بحماية المعطيات الشخصية الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ،ع 61 ،مؤرخ في 30/07/2004.

29. قرار عدد 01 لسنة 2018 المؤرخ في 15 فيفري 2018 ،المتعلق بالقواعد السلوكية للإشهار في وسائل الاتصال السمعي والبصري ،صادر عن الهيئة العليا المستقلة للاتصال السمعي والبصري ،الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ،ع 15 ،السنة 161 ،مؤرخة يوم 20 فيفري 2018 .

30. قرار ع 04 مؤرخ في 05 سبتمبر 2018 ،المتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بالصحة التونسي ،مجموعة النصوص المتعلقة بحماية المعطيات الشخصية ،2019/02/30.
31. اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 ،الصادرة بقرار من وزير التجارة والصناعة المصري ،رقم 8886 في 29 نوفمبر 2006.
32. ق رقم 10 لسنة 2003 ،المتضمن تنظيم الاتصالات المصري ،على الموقع الإلكتروني الرسمي للجهاز القومي لتنظيم الاتصالات :
- <https://www.tra.gov.eg>33
34. القانون رقم 181 لسنة 2018 (181/18) المتعلق بحماية المستهلك المصري ،ج . ر . ع 37 (تابع) المؤرخة في 13 سبتمبر 2018.
35. ق رقم 67 لسنة 2006 ،المتعلق بقانون حماية المستهلك المصري ،ج . ر . ع 30 (مكرر) المؤرخة في 30 ماي 2006.
36. ق رقم 85-01 المتعلق بقانون المعاملات الإلكترونية المؤقت الأردني ،ج ر ع 4524 مؤرخة في 31 ديسمبر 2001.
37. القانون رقم 81-18 المؤرخ في 10 أكتوبر 2018 ،المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي اللبناني ،ج . ر . ع 45. ،مؤرخة في 2018/10/18 .
38. ق رقم 14 لسنة 2015 ،يتعلق بالتجارة الداخلية وحماية المستهلك السوري ،على الموقع الإلكتروني : <http://www.pministry.gov.sy>
39. القانون رقم 02 المتعلق بحماية المستهلك السوري ، المؤرخ في 06 مارس 2008 ، الصادر في 10 مارس 2008.
40. المرسوم التشريعي رقم 17 المؤرخ في 08 فيفري 2012 ،المتضمن القانون الخاص بتنظيم التواصل على الشبكة ومكافحتها الجريمة المعلوماتية السوري :
- <http://www.moct.gov.sy>41
42. ق رقم 13 لسنة 2006 والمتعلق بحماية خصوصية البيانات الشخصية ،المؤرخ في 2016/11/03 ،المتعلق بحماية خصوصية البيانات الشخصية القطري ،ج . ر . ع 15. مؤرخة في 2016/12/29 .

43. ق. رقم 03-77 ، المؤرخ في 07 جانفي 2005 ، المتعلق بالاتصال السمعي البصري
الجريدة الرسمية المغربية عدد 5288 ، السنة الرابعة و التسعون (94) ، المؤرخة يوم 03
فيفري 2005.

44. ظهير شريف رقم 03. 11. 1. صادر في 18 فيفري 2011 يتعلق بتنفيذ القانون رقم 08
31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ، ج. ر. ع 5932 مؤرخة يوم 07 أبريل 2001
المغرب.

45. ظهير شريف رقم 1/09/15 مؤرخ في 18/02/2009 المتعلق بتنفيذ القانون 09/08
والمعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي المغربي
ج. ر. ع 5711 ، مؤرخة في 23/02/2009 .

46. ق. رقم 28 الصادر في 14 سبتمبر 2002 ، بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني والتجارة
الإلكترونية البحريني ، ج. ر. ع 2548 ، مؤرخة في 18 سبتمبر 2002 .

47. ق. رقم 21 لسنة 2005 ، يتضمن حماية المستهلك ، جريدة الوقائع الفلسطينية ، ع. 63 .

48. ق. رقم 01 لسنة 2010 ، المتعلق بحماية المستهلك ، الوقائع العراقية ، ع. 4143 ، المؤرخ
في 08 فيفري 2010 .

ت. القوانين النموذجية :

49. ق. الأونيسترال النموذجي لسنة 2001 ، صادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري
الدولي هيئة الأمم المتحدة ، رقم 09/467 ، الدورة 33 ، نيويورك ، و.م.أ ، الصادر في 05
أفريل 2000.

6. الأحكام القضائية :

1. حكم محكمة الجناح الاقتصادية في المطرية رقم 17703 لسنة 2009 بتاريخ
2009/11/12.

2. حكم محكمة الجناح الاقتصادية في السلام أول رقم 62 بسنة 2009 ، 28 مارس 2010.

3. حكم محكمة جناح اقتصادية القاهرة ، رقم 293 لسنة 2015 بتاريخ 2015/05/25 .

4. منشورة على الموقع الرسمي لجهاز حماية المستهلك المصري :

<http://www.cpq.gov.eg/cour>

A .Les ouvrages:

- 1 .**Calais –Auloy (j)**, Droit de la consommation, 2ème édition, Dalloz, France, 1994.
- 2 .**Cholet Sylvie** ,la responsabilité du fournisseur d’hébergement ,France 2001.
- 3 .**Fady Nammour** ,les instrument de paiement et de credit ,édition bruylant ,LGDJ ,DELTA ,Bruylant ,2008.
- 4 .Guy Raymond, droit de la consommation, 2émeed, litec France,2011.
- 5 .**—————Les guides de la CNIL** , « l’informatique et libertés » ,pour l »enseignement du second degré ,2010 , sur le site :<https://www.cnil.fr>
- 6 .**Paul Le Cannu ,Thierry Granier ,Richard Routier** ,Droit commercial ,Instrment de paiement et de credit Tirisation 8eme edition ,Dalloz ,France ,2010
- 7 .**Thierry Bonneau**, droit bancaire, Montchrestien édition, France, 1994.

B .Les thèses et les mémoires:

- 1 .**Belimane Yamina**, le droit et la publicité commerciale, thèse pour l obtention, du diplôme doctorat science , droit des affaires, faculté de droit et des sciences politiques, université Mentouri, Constantine, Alger, 2011.

C .Les articles :

Christophe Masse ,”la publicité trompeuse dans le commerce électronique” .

Sur le site <https://www.jurscom.net>

D. Les texte juridique:

- 1.Convention pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données a caractère personnel, conseil de l’Europe, série des traités européens n°108, Strasbourg, 28 janvier 1981.
- 2 .Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data (c (80)58 /final ,as amended on 11 July 2013 by c(2013)79)OECD guilden lines .
- 3 .Directive du conseil ,du 18 décembre (12) 1978, relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant l’étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au

consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard, (79/112) CEE.

- 4 .Directive 84/450/CEE du Conseil, 10 septembre 1984, relative au rapprochement des disposition législatives, règlementaires et administratives des état, membres en matière de publicité trompeuse, journal officiel, n° : L250 du 19 septembre 1984
- 5 .Directive 85/577 du conseil, du 20 mai 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, J.O.N L372/31, du 31/12/1985.
- 6 .Directive 93/13/CEE du Conseil, du 05 /04 /1993 concernant les consommateurs, JOL95, du 21/04/1993.
- 7 .Directive n°95/46 CE du Parlement Européen et du conseil ,du 24 octobre 1995 ,relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à libre circulation de ces données ,abrogeant par les règlements (UE) 2016/679 du parlement Européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes phisiques à l'égard du traitement des données a caractère a personnel et à la libre circulation de ces données .jo.UEL119/1 du 04 mai 2016 sur le site :<https://www.eur-lex .Europa .eu> .
- 8 .Directive 2002/65 CE du Parlement Européen et du conseil, du 23/09/2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619 CEE du conseil, 97/7/CE et 98/27 CE, J.O.N L271/16, du 09/10/2002.
- 9 .Directive 2011/83 du Parlement Européen et du conseil, du 25/10/2011 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/CE, du Conseil et la directive 97/07/CE du Parlement Européen et du conseil.
- 10 .Directive (UE) 2016/680 du parlement Européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physique à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétente et des fins de prévention et de détection des infraction pénales ,d'enquêtes et du poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales ,et à la libre circulation de ces données ,et abrogeant la décision cadre 2008/977/JAI du conseil ,j o u e L119 ,59e année ,du 04 mai 2016.

11. La loi n°78-23 du 10 janvier 1978 ,sur la protection et l'information des consommateurs de produit et des services, sur le site web : www.legifrance.fr
12. Loi n° : 93-949 du 26 juillet 1993, relative au code de la consommation (partie législative) JORF n° : 0171, du 27 juillet 1993 Sur le site : <https://www.coe.int/fr>
13. Loi n°95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contractes et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JORF, n°28 .
14. loi n°2004-575 du 21 juin 2004, relative a la confiance dans l'économie numérique, JORF n°143, du 22 juin 2004.
15. La loi n° :2004/801 du 06 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard ces traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n°78/17 du 06 janvier 1978 relative à l'informatique ,aux fichiers et aux libertés ,(qui modifiant par la loi n°:2018/493 à la protection des données personnelles ,j o r f n°141 du 21/06/2018) ,j o r f n° 182 ,du 07/08/2004.
16. loi n°2005/841 du 26 juillet 2005 ,JORF ,27 juillet 2005.
17. l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, modifié le c. consm. F.
18. Loi n° 2017/203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n°2016/301 du 14mars 2016 relative du code de la consommation, J.O.R.F n°45 du 22 février 2016 .
19. code de la consommation f , dernière modification du 13 janvier 2018 , <http://www.lagifrance.gouv.fr>
20. Loi n°2008-12 fait le 25 janvier 2008 ,relatif à la protection des données à caractère personnel ,la république du Sénégal.

E .Les jurisprudences:

- 1 .Cass.crim, 05 mai 1981, Bull, crim.1981.
- 2 .Cass. Crim ,15 février, n94-80226.
- 3 .Cass.civ.1,du27/02/1996,n°93-21.845sur le site web legifrance.gouv.fr
- 4 .Cass. crim, 17 Octobre 2000, N° de pourvoi 99.84155

المواقع الإلكترونية :

- 1 .<http://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj>
- 2 .<http://www.alyaseer.net/vb/showthead.php?t:1903>
- 3 .<http://www.cpa.gov.eg/cour tissues>
- 4 .<http://www.cpq.gov.eg/cour tissues>

- 5 .<http://www.juritravail.com/jarisprudence/appaire/05-86920/putton/rechercher>.
- 6 .<http://www.legifrance.gouv.fr>
- 7 .[https //www.Coe.int.en](https://www.Coe.int/en)
- 8 .<http://www.moct.gov.sy>
- 9 .<https://www.eur-lex.europa.eu>
- 10 .<https://www.jurscom.net>
- 11 .<https://www.wipo.int>.

الفهرس :

أ	مقدمة
1	الباب الأول : حماية المستهلك في المرحلة السابقة عن التعاقد الإلكتروني
3	الفصل الأول : حماية المستهلك من الإشهار التجاري الإلكتروني غير المشروع
5	المبحث الأول : التنظيم القانوني للإشهار التجاري الإلكتروني
6	المطلب الأول : مفهوم الإشهار التجاري الإلكتروني
6	الفرع الأول : تحديد المقصود بالإشهار التجاري الإلكتروني
6	أولا : تعريف الإشهار التجاري الإلكتروني
15	ثانيا : تمييز الإشهار التجاري الإلكتروني عن غيره من الأنظمة المشابهة له
17	الفرع الثاني : التكيف القانوني للإشهار التجاري الإلكتروني
18	أولا : الوسائل التي يتم بها الإشهار التجاري الإلكتروني
24	ثانيا : تحديد الطبيعة القانونية للإشهار التجاري الإلكتروني
31	المطلب الثاني : الضوابط التي تحكم الإشهار التجاري الإلكتروني
31	الفرع الأول : وضوح الإشهار التجاري الإلكتروني
32	أولا : مبدأ وضوح الإشهار التجاري الإلكتروني في التشريع الجزائري
34	ثانيا : شرط الوضوح والتحديد في تشريعات أخرى
35	الفرع الثاني : مشروعية المعلومات الواردة في الإشهار الإلكتروني
36	أولا : صدق المعلومات محل الإشهار التجاري الإلكتروني
39	ثانيا : عدم مخالفة الرسالة الإشهارية للنظام العام والآداب العامة
45	المبحث الثاني : مخاطر الإشهار التجاري الإلكتروني
46	المطلب الأول : الصور التقليدية للإشهار التجاري الإلكتروني غير المشروع
46	الفرع الأول : الإشهار التجاري الإلكتروني الكاذب والمضلل
46	أولا : المقصود بالإشهار التجاري الإلكتروني الكاذب
56	ثانيا : المقصود بالإشهار المضلل
67	الفرع الثاني : الإشهارات التجارية المقارنة

68	أولاً: تعريف الإشهار المقارن عبر الإنترنت.....
72	ثانياً: تمييز الإشهار المقارن عن غيره من الإشهارات المشابهة.....
78	المطلب الثاني: الإعلانات المزعجة صورة مستحدثة عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة.....
79	الفرع الأول: تعريف الإشهار الإلكتروني غير المرغوب فيه وخصائصه.....
79	أولاً: تعريف الإعلانات التجارية الإلكترونية غير المرغوب فيه.....
81	ثانياً: خصائص الإشهار التجاري غير المرغوب فيه.....
85	الفرع الثاني: مزايا وعيوب إعلانات Spamming.....
85	أولاً: مزايا إعلانات spam.....
86	ثانياً: عيوب الإعلانات المزعجة spam.....
90	الفصل الثاني: ضمانات حماية المستهلك من مخاطر الإشهار التجاري الإلكتروني.....
92	المبحث الأول: ضمانات الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني.....
94	المطلب الأول: التنظيم القانوني للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني.....
94	الفرع الأول: مفهوم الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني.....
94	أولاً: تعريف الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له.....
106	ثانياً: مبررات نشوء الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني.....
109	ثالثاً: الطبيعة القانونية للإلتزام قبل التعاقد بالإعلام.....
113	الفرع الثاني: مضمون (محل) الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني.....
117	أولاً: إعلام المستهلك المتعاقد إلكترونياً بالمعلومات الخاصة بالمورد الإلكتروني.....
118	ثانياً: إعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة محل التعاقد.....
136	المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالإلتزام ما قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني.....
136	الفرع الأول: قابلية العقد للإبطال.....
137	أولاً: إبطال العقد على أساس وقوع المستهلك في غلط.....
140	ثانياً: إبطال العقد على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع.....
142	الفرع الثاني: قيام المسؤولية المدنية للمورد.....
142	أولاً: طبيعة المسؤولية المدنية للمدين بالإلتزام قبل التعاقد بالإعلام.....
145	ثانياً: التعويض كأثر لقيام المسؤولية التقصيرية.....

<u>المبحث الثاني: الجزاءات المدنية المقررة لمواجهة الإعلانات التجارية الإلكترونية غير المشروعة</u>	
<u>149</u>	
<u>المطلب الأول: المسؤولية المدنية لأطراف عقد الإشهار التجاري الإلكتروني</u>	<u>151</u>
<u>الفرع الأول: رفع الدعاوى المدنية ضد المعلن</u>	<u>151</u>
<u>أولا: دعوى التنفيذ العيني للإلتزام</u>	<u>152</u>
<u>ثانيا: دعوى إبطال العقد لوقوع المستهلك ضحية تدليس</u>	<u>158</u>
<u>ثالثا: دعوى التعويض</u>	<u>161</u>
<u>الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لأطراف عقد الإعلان التجاري الإلكتروني غير المشروع</u>	<u>163</u>
<u>أولا: المسؤولية المدنية للمعلن عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة</u>	<u>163</u>
<u>ثانيا: المسؤولية المدنية لوكالة الإعلان والناشر الإلكتروني عن الإشهارات التجارية غير المشروعة</u>	<u>170</u>
<u>المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للقائمين على تنظيم خدمة الإنترنت</u>	<u>173</u>
<u>الفرع الأول: المسؤولية المدنية لمزودي الخدمات</u>	<u>174</u>
<u>أولا: تعريف مزود خدمة الانترنت</u>	<u>174</u>
<u>ثانيا: موقف التشريعات المقارنة، الفقه والقضاء من المسؤولية المدنية للمزود تجاه المستهلك</u>	<u>176</u>
<u>الفرع الثاني: المسؤولية المدنية لوسطاء شبكة الإنترنت</u>	<u>183</u>
<u>أولا: المسؤولية المدنية لمتعهد الإيواء عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة</u>	<u>183</u>
<u>ثانيا: المسؤولية المدنية لمورد المعلومات عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة</u>	<u>193</u>
<u>ثالثا: المسؤولية المدنية لمنظمى منتديات المناقشة عن الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة</u>	<u>200</u>
<u>الباب الثاني: حماية المستهلك في مرحلة التعاقد الإلكتروني</u>	<u>205</u>
<u>الفصل الأول: حماية المستهلك في مرحلة تكوين العقد الإلكتروني</u>	<u>207</u>
<u>المبحث الأول: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية</u>	<u>208</u>
<u>المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية</u>	<u>209</u>

209	الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي .
210	أولا: التعريف التشريعي للشرط التعسفي
213	ثانيا: التعريف الفقهي للشروط التعسفية
224	الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن غيره من المصطلحات المشابهة له .
225	أولا: التمييز بين الشرط التعسفي وعقود الإذعان
229	ثانيا: التمييز بين الشرط التعسفي عن العقد النموذجي
232	المطلب الثاني: آليات مكافحة الشروط التعسفية في ظل العقود الإلكترونية .
232	الفرع الأول: أسلوب الرقابة القانونية كآلية لمكافحة الشروط التعسفية :
233	أولا: رقابة الحكومة على الشروط التعسفية
240	ثانيا: رقابة القضاء على الشروط التعسفية
244	الفرع الثاني: استحداث لجنة لمكافحة البنود التعسفية ...
244	أولا: مفهوم لجنة البنود التعسفية.
246	ثانيا: دور اللجنة في مكافحة الشروط التعسفية.
250	المبحث الثاني: حق المستهلك في حماية معطاته ذات الطابع الشخصي.
251	المطلب الأول: ماهية المعطيات ذات الطابع الشخصي .
252	الفرع الأول: مفهوم المعطيات ذات الطابع الشخصي :
252	أولا: تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي
263	ثانيا: أنواع المعطيات ذات الطابع الشخصي
269	الفرع الثاني: معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي :
270	أولا: مفهوم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي
275	ثانيا: المخاطر التي تهدد خصوصية المعطيات ذات الطابع الشخصي
283	المطلب الثاني: ضمانات حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي .
284	الفرع الأول: حقوق الشخص المعنى بالمعالجة
285	أولا: حقوق الشخص المعنى (المستهلك) السابقة على عملية المعالجة
292	ثانيا: حقوق الشخص المعنى (المستهلك) عند معالجة معطاته الشخصية
302	الفرع الثاني: إلتزامات المسؤول عن المعالجة.
302	أولا: الإلتزام بإحترام المبادئ الأساسية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي

311	ثانيا :الإلتزام بالقيام بالإجراءات المسبقة عن عملية المعالجة
318	الفصل الثاني :حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني
319	المبحث الأول :تأمين بيئة الدفع الإلكتروني .
320	المطلب الأول :ماهية الدفع الإلكتروني .
320	الفرع الأول :مفهوم الدفع الإلكتروني
320	أولا :تعريف الدفع الإلكتروني
324	ثانيا :المسائل القانونية المتعلقة بالدفع الإلكتروني
336	الفرع الثاني :وسائل الدفع الإلكترونية .
336	أولا :تعريف وسائل الدفع الإلكتروني
340	ثانيا :أنواع (صور) وسائل الدفع الإلكتروني
373	المطلب الثاني :ضمانات حماية المستهلك في مواجهة مخاطر الدفع الإلكتروني .
374	الفرع الأول :مخاطر الوفاء الإلكتروني
374	أولا :الاستخدام غير المشروع للبطاقات البنكية
380	ثانيا :المخاطر الفنية
383	الفرع الثاني :ضمانات تأمين الدفع الإلكتروني
383	أولا :تقنية أمن العمليات الإلكترونية
398	ثانيا :التوقيع الإلكتروني ضمانا لحماية المستهلك المتعاقد إلكترونيا
413	المبحث الثاني :ضمانة الحق في العدول كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد.
414	المطلب الأول :مضمون الحق في العدول عن العقد .
415	الفرع الأول :مفهوم الحق في العدول .
415	أولا :المقصود بالحق في العدول
420	ثانيا :خصائص الحق في العدول عن العقد
421	الفرع الثاني :تمييز الحق في العدول عن بعض صور انهاء العقد بإرادة منفردة.
421	أولا :الحق في العدول وطلب إبطال العقد لتعيب الإرادة
423	ثانيا :الحق في العدول وفسخ العقد بإرادة منفردة
424	ثالثا :الحق في العدول عن العقد ومهلة التروي والتفكير
425	المطلب الثاني :أحكام الحق في العدول عن تنفيذ العقد .

<u>426</u>	<u>الفرع الأول: التكيف القانوني للحق في العدول عن تنفيذ العقد</u>
<u>426</u>	<u>أولا: الأساس القانوني للحق في العدول عن تنفيذ العقد</u>
<u>430</u>	<u>ثانيا: الطبيعة القانونية للحق في العدول</u>
<u>432</u>	<u>الفرع الثاني: شروط وآثار الحق في العدول عن العقد</u>
<u>433</u>	<u>أولا: شروط ممارسة الحق في العدول</u>
<u>441</u>	<u>ثانيا: آثار ممارسة الحق في العدول عن العقد</u>
<u>444</u>	<u>خاتمة</u>
<u>452</u>	<u>قائمة المراجع :</u>
<u>473</u>	<u>الفهرس :</u>

المخلص :

لقد أدت السرعة التي يقوم عليها حقل الأعمال، فضلاً عن تطور وسائل الاتصال والتواصل وما لها من دور كبير في تسهيل المعاملات، إلى زيادة الإقبال على التعاقد عن بعد فأصبح المستهلك اليوم يواجه جملة من التحديات قد تدفعه إلى الإحجام عن التعاقد .

هذا ما تطلب ضرورة تدخل المشرع من أجل توفير الحماية الفعالة، والفعلية للمستهلك المتعاقد إلكترونياً، سواء قبل التعاقد بحمايته من مخاطر الإشهارات التجارية الإلكترونية غير المشروعة، أو في مرحلة التعاقد بتوفير الضمانات الكفيلة لحمايته أثناء تكوين العقد الإلكتروني من خلال إعادة التوازن بين طرفي العقد بمكافحة الشروط التعسفية، مع ضمان حق المستهلك في حماية معطاته الشخصية .

فضلاً عن حمايته في مرحلة التنفيذ، التي تستدعي ضرورة تأمين بيئة الدفع الإلكتروني وتكريس حقه في العدول كاستثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد .

الكلمات المفتاحية: المستهلك المتعاقد إلكترونياً، الإشهار التجاري الإلكتروني، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الإلكتروني، الشروط التعسفية، المعطات الشخصية، تأمين الدفع الإلكتروني، الحق في العدول .

Consumer Protection in the Electronic Contract Concluded Over the Internet

Abstract :

The speed on which the business field is based, as well as the development of the communication and its means that have a major role in facilitating transactions, have increased the demand for remote contracting. Therefore, the consumer today faces a number of challenges that may push him/her to refrain from contracting.

This is what required the necessity of the legislator's intervention in order to provide effective protection for the electronically contracting consumer. This occurs either before contracting, by protecting him/her from the dangers of illegal electronic commercial advertisements, or at the contracting stage by providing guarantees to protect him/her during the formation of the electronic contract through restoring balance between the contracting parties by combating arbitrary conditions, while ensuring the consumer's right to protect his/her personal data. In addition, it is necessary to provide protection for the customer in the implementation phase, which calls for the necessity of securing the electronic payment environment and recognizing his/her right to withdraw as an exception to the principle of binding force of the contract.

Keywords: electronically contracting consumer, electronic commercial advertising, pre-contractual commitment to electronic media, abusive conditions, personal data, electronic payment insurance, the right to withdraw.