جامعة وهران 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة

للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم

في القانون الخاص

حماية المستهلك في ظل التجارة الالكترونية

في التشريع الجزائري – مقارنا–

تحت إشراف الأستاذ :

سفيان عدة جلول / أستاذ محاضر (أ)

من إعداد الطالبة :

مليكة بكوش

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ زهدور سهلي.....أستاذ .....جامعة وهران2 .....رئيسا

الأستاذ سفيان عدة جلول .....أستاذ محاضر (أ).....جامعة وهران2 .....مشرفا مقررا

الأستاذ بربيح محي الدين .....أستاذ محاضر (أ) .....جامعة وهران2..... عضوا مناقشا

الأستاذ مشرفي عبدالقادر..... أستاذ محاضر (أ)..... جامعة مستغانم..... عضوا مناقشا

الأستاذ فرعون محمد..... أستاذ محاضر (أ)..... جامعة سيدي بلعباس.. عضوا مناقشا

الأستاذ منقور قويدر..... أستاذ محاضر (أ) .....جامعة غليزان .....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2022/2021


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى مدرستي الأولى في الحياة منبع الخير والايثار أبي وأمي.

إلى رمز التحدي والاصرار، وخير سند وعون زوجي الغالي.

الى من لم تبخل علي بالدعاء، والدة زوجي.

إلى فلذات كبدي وأنواري التي أستضيئ بها أولادي.

إلى كل أفراد عائلتي بكوش و بوسغوري.

إلى كل موظفي خزينة البلديات لعين النويصي، مستغانم.

أهدي هذا العمل المتواضع

تشكرات

في نهاية هذا الجهد المتواضع، أستهل بالشكر والثناء والحمد لله الخالق البارئ المولى عز وجل على منحي القدرة على إنجاز هذه الأطروحة.

ثم أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان للأستاذ الدكتور عدة جلول سفيان الذي أشرف على هذه الرسالة، وعلى كل ما قدمه لي من توجيهات ونصائح، ورعاية مستمرة للبحث وملاحظات قيمة أثرت هذا العطاء.

كما أشكر السادة أعضاء اللجنة على قبولهم وتفضلهم بمناقشة هاته الأطروحة ورغبتهم في إبداء نصحهم من أجل إثرائها.

وأخيرا أتقدم بالشكر والعرفان إلى كل طاقم الدكاترة والأساتذة وكذا الطاقم الإداري لجامعة وهران 02، كلية الحقوق على احتضان هذا العمل طوال هاته السنوات.

مقدمة

يشهد العالم اليوم في ظل العولمة والانفتاح الاقتصادي تغيرات عميقة في مختلف المجالات فقد تغيرت أنماط الاستهلاك وازداد حجمه، وتوسعت الأسواق بفضل الكم الهائل من المنتجات والسلع المتوفرة، واتخذت العملية التجارية وجها آخر، فبعد أن كانت تمر عبر مراحلها التقليدية الرباعية المعروفة (المنتج، الموزع، تاجر الجملة، تاجر التجزئة) لتصل في الأخير إلى المستهلك، تأثرت هذه العملية بالتطور العلمي والتكنولوجي، واتجه العالم لما يعرف بالاقتصاد الرقمي والتحول السريع للتجارة ومعاملاتها من الشكل الطبيعي إلى شكلها الالكتروني الحديث.

وأصبحت الوسائط الالكترونية همزة وصل بين المستهلك والبائع والمنتج، في ظل بيئة افتراضية تضاهي بل تفوق بيئة المعاملات التقليدية في جوانب كثيرة، فاستخدام شبكة الانترنت وما يرتبط بها من وسائط، كمعبر المعلومات والنقود وإبرام العقود والوفاء بالتزاماتها حقق مزايا كثيرة للمؤسسات التجارية ولعملائها، بدءا بتخفيض التكاليف المادية والمعنوية للطرفين، مرورا بتجاوز عائقي الزمان والمكان في التواصل بينهما، حيث يمكن للمؤسسات تسويق منتجاتها وعرضها ليتم شراؤها من أي نقطة في العالم وفي أي وقت يختاره المستهلك، وهذا ما يعرف بالتجارة الالكترونية.

فظهور هذا النوع من التجارة وما رافقه من تطور، حيث أصبحت التجارة الالكترونية تتم عبر شبكة الانترنت، أثر تأثيرا كبيرا على النظام القانوني للعقود التقليدية لتأخذ شكلا وصيغة الكترونية بمميزات وخصائص وقواعد جديدة تحكمها من جهة، وعلى علاقة المستهلك بالتاجر باعتباره طرفا ضعيفا يحتاج للحماية التي تتماشى مع هذا النوع من العقود والمعاملات.

حماية المستهلك تعد من إحدى القضايا الرئيسية في سياسات الدول وتشريعاتها، لاسيما أن الاقتصاد الرقمي يتيح بوضوح فرصا جديدة مثيرة، لكنه يطرح بالمقابل تحديات أمام المستهلكين تتطلب مزيدا من الاهتمام إلى ضرورة وجود فهم عالمي مشترك، والاعتراف أن الانتهاكات التي يتعرض إليها المستهلك، أصبحت تتعدى الدولة الواحدة، ما يتطلب أطرا قانونية وأمنية وتعاونية على المستوى الدولي من أجل توفير الضمان وانشاء نظام قانوني متكامل لحماية المستهلك بشكل فعال، والاسهام في وضع معايير دولية لمواجهة القضايا العالمية.

وفي ظل الاهتمام الذي توليه المنظمات الدولية لحماية المستهلك في ظل التجارة الالكترونية، تنبه المشرع الوطني إلى ضرورة تحيين القواعد القانونية التقليدية التي أصبحت لا تتماشى مع متطلبات المعاملات الالكترونية، فغالبية التشريعات الداخلية للدول قامت بتأسيس قواعدها القانونية وإعادة صياغتها لتتماشى وأساليب إبرام الصفقات التجارية بواسطة هاته التقنية الجديدة دون المساس بالمستهلك الالكتروني، فكانت التشريعات الأجنبية السباقة وصاحبة الريادة في سد تلك الفراغات القانونية، مسترشدة بالقوانين النموذجية للمنظمات الدولية وكذا توجيهات المنظمات الإقليمية.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد حاولت نوعا ما معالجة نظم المعلومات والمبادلات التجارية الالكترونية بإصدار مجموعة من القوانين، وكغيره من المشرعين، اعتمد المشرع الجزائري مجموعة من قوانين تتماشى ومتطلبات التجارة الالكترونية وحماية المستهلك في ظلها.

وبذلك تكتسي حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية أهمية كبيرة في مختلف التشريعات الدولية الصادرة في هذا الشأن، فهذه الحماية تعتبر من أهم المواضيع التي تحتاج الى البحث والتفصيل، بسبب حداثة الموضوع، وارتباطه الوثيق بالمسائل التقنية البحتة، وعليه الهدف من هذا البحث هو اظهار الحماية الواجب توفيرها للمستهلك في هذا العالم الافتراضي من طرف المشرع الجزائري لاسيما مع اصدار قانون ينظم التجارة الالكترونية مقارنة بالتشريعات الدولية والوطنية.

وبناءا على ما سبق قوله سأقوم بدراسة هذا الموضوع وفق المنهجية التالية:

1/ إشكالية البحث: تطرح إشكالية هذا البحث لبيان الحماية القانونية للمستهلك في ظل التجارة الالكترونية عبر مختلف مراحل العقد الالكتروني؛ وفي شقيها المدني والجنائي، وبذلك يطرح التساؤل:

ما جوانب الحماية القانونية التي وفرها المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة للمستهلك في ظل التجارة الالكترونية؟

وعلى أي مستوى تنعكس هذه الحماية؟ وهل هي كافية لحماية المستهلك؟

وماذا أضاف قانون التجارة الالكترونية لهذه الحماية؟

2/**أهمية البحث:** يستمد هذا الموضوع أهميته من حداثته وتماشيه مع ما يشهده العالم من تطورات تكنولوجية، لا يستطيع المستهلك أن يتجاهلها أو يتفاداها لما توفره له من مزايا وتسهيلات في حياته

اليومية، الا أنه يبقى دائما طرفا ضعيفا في العلاقة الاستهلاكية يحتاج الى حماية قانونية تشمل كل مراحلها حتى يتمتع بالأمان والثقة.

ولذلك دراسة هذا الموضوع تضمنت جوانب حماية المستهلك في ظل هذا الشكل الحديث من التجارة، وهذا من خلال دراسة كل المراحل التي يمر بها العقد الالكتروني، وما منحته التشريعات الدولية والوطنية لهذا الطرف الضعيف من حماية، وموقف المشرع الجزائري في هذا المجال وما تضمنه قانون التجارة الالكترونية في هذا المجال، وابراز الثغرات التي أغفلها.

3/ **أسباب اختيار الموضوع:** من الأسباب التي دفعتني الى اختيار هذا الموضوع باختصار:

* الرغبة الذاتية لدراسة هذا الموضوع لما يميزه من جدة.

* التجربة الشخصية في هذا المجال في إطار شركات عالمية للتجارة الالكترونية.

* قلة المراجع الوطنية والعربية التي تناولت هذا الموضوع.

* انتشار التعامل في إطار التجارة الالكترونية واتساع مجالاتها.

4/ منهجية البحث: اعتمدت في معالجة إشكالية هذا البحث على الجمع بين عدة مناهج؛ استعنت في البداية بالمنهج الوصفي لشرح وتبيان المفاهيم التي تناولها البحث، إضافة الى المنهج التحليلي عند الاستدلال بالقوانين والتنظيمات، مع عدم اغفال المنهج المقارن في الدراسة على العموم.

5/ تقسيم موضوع البحث: لمعالجة هذا الموضوع ارتأيت أن أقسم البحث الى فصل تمهيدي وبابين؛ حيث خصصت الفصل التمهيدي لتوضيح بعض المفاهيم المتعلقة بالتجارة الالكترونية وواقعها في الجزائر، أما الباب الأول فتناولت فيه حماية المستهلك قبل وأثناء ابرام العقد الالكتروني، وقمت بتقسيمه الى فصلين، أما الباب الثاني فتطرقت فيه الى حماية المستهلك عند تنفيذ العقد الالكتروني وبدوره قسمته الى فصلين اثنين.

الفصل التمهيدي

من انعكاسات استخدام الحاسب الآلي وانتشاره على نحو واسع في حياتنا، ظهور فكرة التجارة الالكترونية، وهي تجارة تعتمد وسائل الكترونية، بما فيها الحاسب الآلي لتمامها، ولعل صورة التجارة عبر الانترنت الأكثر شيوعا في هذا المجال أو كما يطلق عليها التعاقد عن بعد.

حيث ترتبط بمستوى متقدم من التقنيات الخاصة بالحاسب الآلي وملحقاته، وغيرها من هذه العلوم، فبقدر تقدم الدول تكون مساهمتها اما بوصفها منتجا أو بائعا، أما البلدان التي لها نصيب متواضع من التكنولوجيا فهي تأخذ دور المستهلك أو المشتري، فالتجارة الالكترونية ترتبط بالتقدم العلمي والتكنولوجي ارتباطا وثيقا.[1]

المبحث الأول: ماهية التجارة الالكترونية

التجارة الالكترونية لاتختلف كثيرا في مفهومها عن التجارة التقليدية بصفة عامة سواء من حيث مضمونها، أو محترفيها أو مجالاتها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في مباشرتها فالتجارة بوجه عام هي ممارسة العمل التجاري على وجه الاحتراف.

المطلب الأول: تعريف التجارة الالكترونية وأشكالها

أولا: تعريف التجارة الالكترونية

مصطلح التجارة الالكترونية من المصطلحات العربية التي جاءت ترجمة للمصطلح الإنجليزي "électronique commerce"، وتعد التجارة عبر الانترنت جزء من التجارة الالكترونية، غير انه أعتيد إطلاق اللفظين بطريقة تبادلية، لأن معظم نشاطات هذه الأخيرة تتم عبر الانترنت وحتى نتمكن من دراسة التجارة الالكترونية ومعرفة جوانبها وممارستها المختلفة ينبغي أن ندرك أن مصطلح التجارة الالكترونية ينقسم إلى قسمين [2] :

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص09.

[2] محمد عمر منصور الشويرف، التجارة الالكترونية في ظل النظام التجاري العالمي الجديد، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص45.

التجارة: وتعبر عن أي نشاط اقتصادي يتم من خلاله تبادل السلع والخدمات فيما بين أطراف التعامل المختلفة سواء أكانت حكومات أو شركات أو أفراد وذلك وفق قواعد ونظم متفق عليها.

الالكترونية: وهي وصف لهذا النوع من التجارة، يشير إلى أنها لا تتم إلا باستخدام الوسائط والأساليب الالكترونية المختلفة والتي تعتبر شبكة المعلومات الدولية من أهمها.

التجارة الالكترونية [1]: هي مصطلح مختصر لمجموعة مركبة من التكنولوجيات والبنى الأساسية والعمليات والمنتجات، هي تجمع بين صناعات كاملة وتطبيقات علمية ومنتجين ومستخدمين ومعلومات متبادلة ونشاطات اقتصادية داخل سوق عالمية تسمى الشبكة الدولية للمعلومات (الانترنت).[2]

فقد عرفها جانب من الفقه بأنها صورة من صور التعاقد عن بعد أدت إلى وجود مشاكل عملية وقانونية تتعلق بفروع القانون المختلفة وبصفة خاصة في مجالات القانون المدني، التجاري، القانون الدولي الخاص، القانون الجنائي وقواعد وإجراءات الإثبات[3].

---

[1] نوري منير، التجارة الالكترونية والتسويق الالكتروني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص11.

[2] المقصود بالشبكة هو اتصال أجهزة الكمبيوتر فيما بينها network أي نظام يربط جهازي حاسوب أو أكثر من أجل تبادل المعلومات والبيانات، ويتم وصل الأجهزة بعدة وسائل منها أجهزة الاتصال السلكية أو اللاسلكية.

وكلمة الانترنت internet هي اختصار للتعبير international. network وهي تعني شبكة المعلومات الدولية بالإضافة إلى التسميات الأخرى التي تطلق على هذه الشبكة، وتم تعريفها في عام 1994 من قبل برنامج التنمية التابع للأمم المتحدة على أنها شبكة اتصالات دولية تتألف من مجموعة من الحواسيب والتي تربط بين أكثر من 35 ألف شبكة من مختلف شبكات الحاسوب في العالم وتؤمن الاشتراك فيها لحوالي 33 مليون مستخدم وهناك 100 دولة في العالم لديها نوع من الارتباط وإمكانية الوصول إلى الشبكة.

وأول من قام بتبادل المعلومات عبر الانترنت، هي وزارة الدفاع الأمريكية لأغراض عسكرية سنة 1969، تم استخدامها للشركات والهيئات العامة والخاصة الدولية والإقليمية والأفراد، ومع نهاية عقد السبعينيات تم تطوير مجموعة من القواعد والنظم والإجراءات المشتركة بحيث تجعل الحواسيب تتبادل المعلومات مع بعضها البعض أطلق عليها اسم (البروتوكول) ومع تحول أغلب الشبكات الى استخدام البروتوكول (TCP/IP) أصبحت كلمة الانترنت هي التعبير الشائع.

[3] مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص21.

وهي تلك التجارة التي تشمل أنواع مختلفة من الصفقات، هي تقديم خدمات الانترنت والتسليم الالكتروني لها أي تسليم صفقات المنتجات الخدماتية للمستهلك في شكل معلومات رقمية واستخدام الانترنت كقناة لتوزيعها وعن طريقها يتم شراء سلع عبر الشبكة، لكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل غير الكتروني[1].

كما يمكن تعريف التجارة الالكترونية على أنها عملية لتبادل السلع والخدمات عن طريق وسيلة الكترونية أو وسيط الكتروني [2].

ويعرفها البعض بأنها تلك التجارة التي تنطوي على أي نوع من أشكال التعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)، وتتم هذه التعاملات بين الشركات أو بين الشركات وعملائها أو بين الشركات والحكومات[3].

ويعرفها Alain BENSOUSSAN أنها مجموعة المبادلات الرقمية المتعلقة بالأنشطة التجارية، بين المؤسسات فيما بينها، أوبين المؤسسات والخواص، وبين المؤسسة والادارة[4]

ومن خلال عرض كل التعريفات السابقة يمكننا أن نلخص إلى تعريف (يعبر عن وجهة نظر الباحث) وهو أن التجارة الالكترونية هي عبارة عن نشاط اقتصادي يتم من خلاله تبادل السلع أو الخدمات باستخدام تقنيات حديثة تعتمد على تكنولوجيات المعلومات والاتصالات داخل سوق عالمية تسمى الشبكة الدولية للمعلومات (الانترنت).

ثانيا: نشأة التجارة الالكترونية وخصائصها:

أ/ نشأة التجارة الالكترونية : ترجع إلى إدراك العديد من الشركات والمؤسسات في سبعينيات القرن الماضي إلى وجوب تسريع وتبادل نقل المعلومات إذا كانت تريد أن تظل قادرة على المنافسة

[1] يوسف حسن يوسف، التجارة الإلكترونية وأبعادها القانونية المركزي القومي للإصدارات القانونية، طبعة أولى، القاهرة، 2011 ص11.

[2] محمد عمر الشويرف، المرجع السابق، ص46.

[3] عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص18.

[4] Alain BENSOUSSAN,L'ensemble des échanges numérises, liés à des activités commerciales, entre entreprises, entre entreprises et particuliers, entre entreprises et administration, Le commerce éléctronique aspects juridique, éd.Hermes 1998, p12.

في قطاع الأعمال، من أجل ذلك بدأت العديد من المؤسسات ومن أهمها البنوك في استخدام الشبكات الخاصة من أجل القيام بعمليات التحويل الإلكتروني للأموال"EFT" Electronic Fund Transfer سواء أكان ذلك بين البنك وفروعه أو مع البنوك الأخرى، وقد أدى هذا الأمر فيما بعد إلى تمكين العملاء من الإيداع المباشر والسداد الالكتروني للمستحقات باستخدام أساليب حديثة مثل بطاقات الائتمان. وفي أوائل الثمانينات انتشر أسلوب التجارة الالكترونية بين الشركات وبعضها البعض وذلك من خلال ما عرف باسم التبادل الالكتروني للبيانات- EDI Electronic data interchange - وقد سمح هذا الأسلوب للشركات بإرسال واستقبال الوثائق والمستندات التجارية مثل أوامر التوريد وفواتير المبيعات فيما بينها[1].

وفي عام 1992 كانت نقطة التحول الرئيسية في مجال التجارة الالكترونية؛ وذلك من خلال ظهور شبكة الويب WWW حيث أصبح المستخدمين قادرين على استخدام شبكة المعلومات الدولية بالإضافة أن هذه الشبكة كانت تستخدم الرسومات والوسائط المتعددة والتي تجعل من الصفحات الموجودة عليها أكثر جاذبية في عرض المعلومات.

وأصدرت الإدارة الأمريكية سنة 1997 ما أطلق عليه بالإطار المتكامل لمشروع البنية التحتية للمعلومات الكونية راسما من خلاله مستقبل التجارة الالكترونية التي تقودها أمريكا، وفي شهر مارس 1998 تقدمت أمريكا إلى منظمة التجارة العالمية بطلب لإدراج التجارة الالكترونية إلى جدول أعمالها لكي يتم التفاوض عليها والوصول إلى معاهدة متعددة الأطراف حولها. وبتاريخ مارس 1999 أصدرت منظمة التجارة العالمية تقريرها، وتم من خلاله تصنيف التجارة الالكترونية عالميا ضمن مفهوم الخدمات.

تؤكد هذه المفاهيم أن التجارة الالكترونية لا تهتم فقط بعمليات بيع وشراء السلع والخدمات عبر الانترنت، إذ أنها منذ انطلاقتها كانت تتضمن دائما معالجة لحركات البيع والشراء وإرسال التحويلات المالية عبر شبكة الانترنت ولكن حقيقة الأمر أن التجارة الالكترونية تنطوي على ما هو أكثر من ذلك بكثير فقد توسعت حتى أصبحت تشمل عمليات بيع وشراء المعلومات والخدمات نفسها، وبالتالي نخلص إلى أن تجارة الالكترونية هي" كل معاملة تجارية بين البائع والمشتري

[1] محمد عمر الشوريف، مرجع سابق، ص52.

ساهمت فيها شبكة الانترنت بصفة إجمالية أو بصفة جزئية، كالتزود بمعلومات عن طريق شبكة الانترنت أو شبكات تجارية أخرى تخص خدمة أو سلعة معينة لاقتنائها لاحقا، وسواء تم التسديد إلكترونيا، بصك ورقي نقدا عند التسليم أو بطريقة أخرى". فعلا التجارة الالكترونية واستعمال الأنترنت وتكنولوجية اللاسلكي، هي مركبات مجتمع المعلومة، فهي تربط في نفس الوقت المستهلكين والمؤسسات والحكومات، وتقوم بتخفيض الوقت اللازم لاجراء مختلف الاتصالات والاستفادة من الوقت الصحيح في استعمال المعطيات الكترونيا مما يسمح مراقبة دقيقة للتدفقات الاستهلاكية والإنتاجية، انها تحرر المستهلك من القيود الجغرافية ومن القيود المكانية والزمنية وتساهم في خلق حدود جغرافية من نوع جديد، وتسمح للشركات فب نفس الوقت تعظيم أرباحها وزيادة حصتها في السوق وتخفيض تكاليف العمليات (تكاليف الطباعة، كراء المساحات، اليد العاملة.....)

ب/ خصائص التجارة الالكترونية: يتمتع هذا النوع من التجارة بسمات وخصائص تجعلها متميزة عن التجارة التقليدية من أبرزها مايلي:

1/ الطابع العالمي للتجارة الالكترونية: تتعدى التجارة الالكترونية من خلال الوسائل التقنية والتكنولوجية التي تتم من خلالها وخصوصا شبكة المعلومات الدولية الحدود الجغرافية والمكانية والتي كانت تعتبر قيدا يقيد التجارة التقليدية ويقف عائقا أمام وصولها إلى العديد من الأسواق.

فالمصاحبة للتكنولوجيا المستخدمة تتجاوز مجرد تركيز القواعد القانونية واجبة التطبيق طبقا للمكان الذي يتم فيه تبادل السلع والخدمات، فالعلاقات التي تتضمنها تتم عبر الدول والحدود وغير محددة بمكان معين أو بدولة محددة فالمعلومات والتكنولوجيا لا تعترف بالحدود السياسية[1].

2/السرعة في إنجاز الأعمال: إن الأعمال التي تتم بالوسائل الإلكترونية تتفادى العديد من الأوراق المكتبية التي تصاحب أوامر البيع والشراء وشحن البضاعة غير أن الأمان في إرسال الرسائل عن طريق الحاسب الآلي مازالت مشكلة قائمة لم يتم التغلب عليها، فضلا عن ذلك فإن التجارة الالكترونية، أتاحت إمكانية وصول المتعاملين إلى جميع أسواق العالم بأقل النفقات، فإبرام العقود والصفقات من خلال شبكة الانترنت يمكن أن يتم خلال دقائق مما يوفر الوقت والجهد والتكاليف.

[1] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومه، الجزائر، 2012، ص18.

3/ **غياب المستندات الورقية في التجارة الالكترونية:** عدم وجود أي وثائق ورقية متبادلة في إجراء وتنفيذ العملية التجارية، حيث يتم إرسال واستقبال المعلومات من أي شخص، في أي مكان، وإلى أي جهة في العالم، من خلال استخدام نظام الكتروني في تبادل البيانات كالإنترنت، والبريد الالكتروني[1]؛ حيث أنه بالمكان إتمام صفقة تجارية كاملة بمختلف مراحلها بدءا من التفاوض وحتى عملية التسليم من دون تبادل مستندات ورقية، وعلى الرغم مما تشكله هذه الخاصية في الوقت الحاضر من مشاكل في عملية إثبات العقود وتوثيق الحقوق والالتزامات فإن العديد من المنظمات الدولية شرعت في وضع قانون خاص بالتجارة الالكترونية، يعطي صفة الشرعية للمحررات الالكترونية والعقود الالكترونية والوفاء بالبنود الالكترونية، وهكذا يصبح المستند الالكتروني السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوب أي نزاع بينهما[2].

4/ التعامل من دون التعرف على هوية المتعاملين: يتم التعاقد الالكتروني دون وجود مجلس عقد بالمعنى القانوني التقليدي له، فعملية التعاقد تتم عن بعد دون أن يرى أو يعرف المتعاقدان بعضهم البعض، أو أن يتفاوضا وجها لوجه، كما هو الحال في الطريقة التقليدية للتعاقد حتى أنه في بعض التعاقدات الالكترونية قد يغيب العنصر البشري تماما، فيتم التراسل بين أجهزة الحاسوب للطرفين كما هو الحال في البرامج التي تضعها بعض الشركات على أجهزتها، ومن ذلك ما تقدمه البنوك من خدمات لزبائنها بناءًا على طلباتهم لتسديد فواتير الماء والكهرباء والهاتف عن حساب العميل مباشرة دون أن يظهر العميل لتسديدها هو عبر الانترنت أو للذهاب بنفسه لتسديد هذه الفواتير؛ حيث تربط البنوك حواسيبها بحواسيب شركات الماء والكهرباء والهاتف باستخدام برامج معينة، وتقوم هذه البرامج بتصدير الفواتير الشهرية أوتوماتيكيا إلى حواسيب البنوك والتي تقوم بدورها بتحويل قيمة هذه الفواتير من حساب العملاء إلى حساب الشركات.[3]

---

[1] علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الالكترونية واحكامها في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2013، ص58.

[2] لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص17.

[3] أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الالكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، عقد بدبي في 2003/12/10، ص432.

ثانيا: اشكال التجارة الالكترونية: لقد صاحب ظهور التجارة الالكترونية ثورة كبيرة، تمثلت في تطور وسائل الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وزيادة استخدامها، ليس فقط بالنسبة للمشروعات ولكن أيضا على مستوى المستخدمين والمستهلكين في مجالي السلع والخدمات، حيث أن التجارة الالكترونية هي مفهوم متعدد الأبعاد يمكن تطبيقه من خلال أكثر من شكل.

أ/ أشكال التجارة الالكترونية تبعا للأطراف المتعاقدة:

1* التجارة الالكترونية بين وحدة أعمال ووحدة أعمال أخرى Business to Business B to B

بدأت التجارة الالكترونية في مجال التحويلات المالية بين المؤسسات المالية الكبرى، ثم انتشرت بين مختلف قطاعات الأعمال ومجالاتها، وامتدت لتشمل حلقات الأعمال المختلفة، لتعم الروابط والعلاقات الأساسية مثل التسويق والتحضير لأعمال واستيراد المواد الأولية، وأصبحت تعرف ب B to B[1].

تشمل هذه التجارة جميع الأنشطة التجارية التي تتم بين الشركات وفروعها أو بين هذه الشركات وموردیها كالحصول على شبكة المعلومات الدولية وهذه المواقع لا تنتشر للملأ ويتم الدخول إليها بواسطة كلمة مرور معينة،[2] ويعتبرها علماء التسويق الشكل الكامل للتجارة الالكترونية، لأن معظم منظمات الأعمال سواء اتخذت صفة البائع أو المشتري تملك مواقع على الانترنت، تشمل أشكال مختلفة من الإعلان بالإنترنت،[3]ويمكننا أن نميز نوعين من التجارة الالكترونية بين الشركات وهما:[4]

* تجارة الكترونية أفقية بين الشركات Horizontal B to B: هي مواقع التجارة الالكترونية التي تهتم بكافة الخدمات التي ترتبط بصناعة معينة.

---

[1] نوري منير، المرجع السابق ص13.

[2] محمد عمر الشوريف، المرجع السابق ص68.

[3] يعد موقع www.esteel.com مثالا واضحا لموقع فئة أعمال، أعمال فهذا الموقع متخصص في عمليات البيع والشراء المؤسسي لمنتجات صناعة الصلب.

[4] فريد النجار وآخرون، التجارة والأعمال الالكترونية في مجتمع المعرفة ، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإسكندرية،2006، ص98.

* تجارة الكترونية عمودية بين الشركات vertical B to B: يهتم هذا النوع من التجارة الالكترونية، بنوعية معينة من الخدمات للعديد من الصناعات والمجالات، حيث توجد مواقع تقوم بإنشاء وحدات أو جماعات متخصصة في خدمات معينة مثلا: مجال الرعاية الطبية/

2 * التجارة الالكترونية بين وحدة أعمال والمستهلك Business to costumer B to C

وقد انتشر هذا الشكل من التجارة الالكترونية مع انتشار استخدام الانترنت، وإنشاء المواقع التجارية الالكترونية التي تعرض خدماتها ومنتجاتها للمستهلكين؛ حيث يتعامل التاجر مباشرة مع المستهلكين، يقوم هذا النوع على بيع السلع والخدمات مباشرة إلى المستهلك،[1] يعرف باسم تجارة التجزئة الالكترونية (E-Retailing) أو التسوق الالكتروني (E-Shop) وذلك لأجل تمييزه عن باقي صور التعامل في ظل التجارة الالكترونية، يتم البيع هنا عن طريق أسواق افتراضية على شبكة المعلومات الدولية تعرف بالأسواق الالكترونية، فالمستهلك الذي يرغب في الحصول على سلعة ما يزور موقع الشركة العارضة لسلعها ويقوم بالبحث عن الجناح الخاص بنوع السلعة المطلوبة ثم ينتقي الفئة المعينة داخل الجناح[2]، فتظهر على شاشة الحاسوب اللائحة النهائية، يختار منها السلعة بالمواصفات التي يريدها وفي أسفل الشاشة يضع ما يشاء من مشتريات في سلة البضائع ثم يقوم بضبط الكمية وسعرها النهائي يتم الدفع بطرق مختلفة أكثرها شيوعا عن طريق استخدام بطاقات الائتمان أو الشيكات الالكترونية أو نقدا عند التسليم أو بأي طريقة أخرى، أما حصول المستهلك على مشترياته فيكون بإحدى الطريقتين :

*توصيلها المباشر عبر الشبكة، إذا كانت من النوع القابل للتمييز الرقمي والنسخ عن بعد.

*إرسال البضائع والسلع المشتراة بواسطة مندوبي المبيعات أو البريد السريعcourrier express أو بواسطة شركات الشحن.

---

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق ص27.

[2] من أمثلة هذه الفئة، موقع www.amazon.com، حيث تقوم المنظمة البائعة والراعية لهذا الموقع بعرض العديد من أنواع المنتجات، وخاصة الكتب على المستهلكين الأفراد والذين يمثلون المشترين المحتملين لها.
–موقع www.walmart.com وهو موقع لمؤسسة تعرض منتجات مختلفة تعرف على سعر المنتج وتحديد أسلوب السداد الملائم وما على المستهلك إلا الاختيار.

3* التجارة بين وحدة الأعمال والحكومة: Business to gouvernement B to G

ينال هذا النوع من التجارة تركيزا واهتماما متزايدا من قبل مختلف الحكومات، حيث يحرص الكثير منها على إجراء تطوير وتحدي في أداء دوائر الأعمال المختلفة التابعة لها، وذلك ازدياد الاعتماد على الوسائل الالكترونية في الحصول على السلع والخدمات التي تنتجها أو تقدمها دوائر قطاعات الأعمال في إطار ما يعرف بالحكومة الالكترونية E-gouvernement، ويغطي هذا النوع جميع التحويلات مثل دفع الضرائب والتعاملات بين الشركات وهيئات الإدارة المحلية الحكومية،[1] يبقى هذا النوع من التجارة الالكترونية حديث العهد إلا انه ينال اهتماما متزايدا من قبل مختلف الحكومات التي تحرص على استخدام الوسائل الالكترونية في مختلف تعاملاتها[2]؛ تهدف بذلك الى تحسين مستوى الخدمات والتقليل من التعقيدات الإدارية وتخفيض التكاليف بالإضافة إلى تحقيق الإفادة القصوى لعملاء الحكومة الالكترونية[3].

4* التجارة الالكترونية بين مستهلك ومستهلك اخر C to C Customer to Customer

يمثل المستهلك هنا دور التاجر والزبون معا، حيث تجري عملية البيع والشراء بين مستهلك ومستهلك آخر بصورة مباشرة، من خلال وضع إعلان على الانترنت بغية بيع الأغراض الشخصية أو المعرفة والخبرة.[4] الا ان فئة التجارة الالكترونية "مستهلك– مستهلك" تضم طرفا ثالثا يتمثل في المؤسسات التي لها مواقع على الانترنت، لان معظم البائعين من المستهلكين الافراد لا يملكون موقع على الانترنت.

ب / اشكال التجارة الالكترونية تبعا لطبيعة المنتج والية الدفع والتسليم: أي منتج يمكن ان يكون ماديا ملموسا او رقميا الكترونيا غير ملموس، وعملية تسليمه وإيصاله وسداد الائتمان؛ إما أن تتم بطريقة مادية او رقمية الكترونية واعتمادا على ذلك يمكن تقسيم التجارة الالكترونية كما يأتي:

---

[1] نوري منير، مرجع سابق ص17.

[2] صفوان البيضين، مقدمة في الحكومة الالكترونية دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص17.

[3] شلالي عبد القادر، قاشي علال، الحكومة الالكترونية عوامل البناء والمعوقات في الجزائر، مداخلة مقدمة ضمن اشغال اليومين الدراسيين حول مستقبل الحكومة الالكترونية في الجزائر، يوم 27 فيفري 2014.

[4] علي محمد احمد أبو العز، مرجع سابق ، ص66.

1* التجارة الالكترونية البحتة: إذا كانت البضاعة او المنتج ذا صفة رقمية جرى تسليمه، وسداد ثمنه على الخط مباشرة من خلال شبكة المعلومات (الانترنت) دون الحاجة إلى الانتقال؛ وبالتالي فهي لا تحتاج الى مساحة زمنية بين عملية البيع والتسليم؛ أي هي التجارة التي يكون فيها المنتج والوكيل والعملية كلها بطريقة رقمية.

2 * التجارة الالكترونية الجزئية: يكون فيها أحد العناصر السابقة (المنتج، الوكيل، العملية) مخالفا لبقية العناصر كأن يكون المنتج والوكيل رقميان ولكن العملية التي يتم من خلالها البيع والشراء أو التسليم مادية،[1] أي إذا كانت العملية التجارية خليطا من الأبعاد المادية والرقمية، يكون هناك مزيج بين التجارة التقليدية والتجارة الالكترونية، ويطلق على هذا المزيج اسم "التجارة الالكترونية الجزئية." على سبيل المثال إذا قمت بشراء جهاز كمبيوتر من موقع عالمي متخصص كموقع DELL مثلا؛ أو اشتريت كتابا من موقع كتب عالمي مثل موقع Amazon، فان نوع او شكل هذه التجارة الالكترونية جزئية، لأن الموقع سيرسل لك الكتاب أو الكمبيوتر من خلال البريد التقليدي، أو بواسطة عمليات النقل أو الشحن وبالتالي فهي تحتاج الى مساحة زمنية للتسليم، ولكن إذا قمت بشراء برامج من شركات عالمية متخصصة مثل Microsoft فان شكل التجارة يكون التجارة الالكترونية البحتة، لان الشركة ترسل اليك برامج عن طريق الانترنت أو البريد الالكتروني.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ومتطلباتها

رغم ان موضوع التجارة الالكترونية لا يزال حديثا نسبيا وغير واضح المعالم بالقدر الكافي، الا أن له آفاق كبيرة وواسعة الانتشار في عصرنا الحديث، وشهد تطورا مبهرا على المستوى العالمي، حيث فرضت طبيعته الدولية العديد من التحديات، وهذا ما تطلب ضرورة التعاون بين الكيانات العالمية والإقليمية والوطنية بغية تسريع وضع الأطر القانونية المنظمة لهذه المعاملات الالكترونية، وإيجاد استراتيجيات وخطط من اللازم اتباعها في ميدان صناعة التقنية والاتصال وضمان البنية التحتية الآمنة لهذه الأنماط المستجدة من الأنشطة، وكذا محاولة خلق تناسق بين قواعد التجارة الالكترونية والقوانين الداخلية فاختلفت المواقف ووجهات النظر بشأن هذا الموضوع، فمنهم من قام بتعريفها، ومنهم من تطرق الى بعض جوانبها، ومنهم من أصدر توجيهات بشأنها.

وسنحاول فيمايلي التطرق لأهم هذه التنظيمات:

[1] محمد عمر الشويرف، المرجع السابق، ص72.

أ/ التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية:

أولا: منظمة الأمم المتحدة: هي أهم المنظمات الدولية التي اهتمت بتنظيم التجارة الالكترونية، حيث اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بتاريخ 16 ديسمبر 1996 قانون اليونسترال[1] unicitral

" United nation commission on international trade law"وانطلاقا من إدراك اليونسترال إلى حقيقة أن التجارة الالكترونية تختلف عن غيرها في حاجتها إلى قواعد موحدة عالميا، فقد كانت الأكثر وعيا لأهمية توحد هذا النوع من القواعد، وبذلك سجلت لها الريادة في التعامل مع هذا الهدف، واستنادا إلى دراسات شاملة كان بعضها قد بدأ بالفعل في عام 1985 لوضع النظم القانونية وتحديد مواقفها من مسائل التعاقد عن بعد ومشكلات الإثبات[2].

صاغت اليونسترال قانون التجارة الالكترونية النموذجي وذلك في 16 ديسمبر 1996؛ واشتمل هذا القانون على 17 مادة تبدأ بمجموعة من الاحكام والتي توضح نطاق تطبيقه والتعريف بمصطلحاته وتفسيرها، ثم تتوالى فصوله فهناك فصل خاص بتطبيق الاشتراطات القانونية على العقود الالكترونية وما يتصل بها من أمور كاشتراط الكتابة في التعاقدات والتوقيعات وتقديم أصول المستندات وقبول رسائل البيانات الالكترونية وحجيتها في الإثبات، والاحتفاظ بهذه الرسائل ثم يلي ذلك فصل اخر متعلق بإبلاغ رسائل البيانات وهو يتناول قضايا تكوين العقود الالكترونية وصحتها واعتراف الأطراف برسالة البيانات واسنادها الى منشئها والاقرار بالاستلام وتحديد مكان وزمان ارسال البيانات واستلامها، إضافة إلى كل ذلك فان القانون مرفق بدليل يقدم معلومات حول خلفيات صياغة مواد القانون وارشادات للدول ولمستخدمي وسائل الاتصالات الالكترونية[3]. وللباحثين في هذا المجال وذلك بالشكل الذي يساعد على حسن فهم مواد القانون وادراك انه قانون حد ادنى يقف عند عدد من السمات الاساسية في موضوع التجارة الالكترونية بالشكل الذي يساعد على اكتشاف الاحتياجات من اجل تعديل أي مادة من مواده، ويكفل هذا القانون ازالة العوائق المتمثلة في اشتراط مستندات ورقية من امام المعاملات الالكترونية وكفالة الاعتراف القانوني بالسجلات والمحررات

[1] اليونسترال: هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة أنشئت بتاريخ 1966/12/17 كآلية ما بين الحكومات، وتضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية، وغرضها الرئيسي تحقيق الانسجام بين القواعد القانونية الناظمة للتجارة الالكترونية.

[2] www.opendirectorysite.info/e.commerce/03.htm

[3] محمد عمر المنصور الشوريف، مرجع سابق، ص170.

والتوقيعات الالكترونية وبيان الشروط أو المواصفات اللازم توافرها من اجل سريان الاعتراف القانوني واضفاء صفة الحجية في الاثبات امام المحاكم[1].

وعلى الرغم أن لجنة اليونسترال[2] تعد من أهم الجهات الدولية التي اهتمت بالتنظيم للتجارة الالكترونية، الا أنها لم تعرف مصطلح التجارة الالكترونية في مجمله وتركت تعريف هذه التجارة مفتوحا بحيث يشمل جميع الانشطة التي تتم عبر الانترنت، وبأي وسيلة الكترونية من وسائل إبرام عقود التجارة الالكترونية.

ثانيا: منظمة التجارة العالمية[3]: W O T لعبت منظمة التجارة العالمية دورا بارزا في العديد من الأمور المتعلقة بالتجارة الالكترونية، وأصدرت في مطلع عام 1998 دراسة خاصة حول التجارة الالكترونية ودور المنظمة في هذا الميدان، حيث عنونت هذه الدراسة ب:" commerce and the role of the WTO electronic " آليات التجارة الالكترونية وما يتعلق بمباشرتها باستخدام الانترنت"، وتوصلت الى اعتبار التجارة الالكترونية ضمن الأنشطة التجارية التي تستوعبها وتطبق عليها الاتفاقية الخاصة بالتجارة في الخدمات، وقد حددت المنظمة موقفها الرسمي من ذلك في مؤتمر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية المنعقد في اوتاوا بكندا في شهر أكتوبر 1998، حيث جاء على لسان مديرها في ذلك الوقت Renato Ruggiero أن المنظمة لا تسعى لوضع قواعد جديدة خاصة بالتجارة الالكترونية وانما تسعى لاستخدام التنظيم القانوني القائم والمحدد ضمن اتفاقية الجات الخاصة بالتجارة في مجال الخدمات والاتفاق الخاص بالخدمات.

ومنذ ذلك الوقت واصلت المنظمة اعداد الدراسات وبرامج العمل بخصوصها إلا انه لا يزال دورها محدودا ولم يرتقي بعد الى مستوى الاهتمام المطلوب والمأمول من منظمة عالمية، اكتفت بإجراء

---

[1] إبراهيم العيسوي، التجارة الالكترونية، المكتبة الأكاديمية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003، ص102،103.

[2] للاطلاع على النسخة العربية من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية سنة 1996 المعدل سنة 1998، زيارة الموقع www.unicitral.com

[3] ترجع الجهود الدولية المنظمة في ميدان تنظيم التبادل التجاري وتجاوز المعيقات أمام التجارة الى عام 1947، عندما ابرمت اتفاقية جات الاصلية GAAT، General Agreement on Tariff an tarde التي قامت بتحرير مبادئ التجارة وازالة القيود امام حركة البضائع وعلى مدى ثمان جولات من المفاوضات آخرها جولة الاورغواي 1986–1994 كانت الحصيلة تأسيس منظمة التجارة العالمية WTO، world Trade organisation .

دراسة نصت على تعريف هذه التجارة وتحديد بعض الممارسات لملاءمتها للتنظيم القائم دون التطرق إلى تنظيمها بشكل مستقل، وهذا النوع يحتاج إلى تنظيم خاص يتماشى مع طبيعتها[1] .

ثالثا: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)[2]: كرست المنظمة اعملها في عام 1998 بشكل رئيس للتجارة الالكترونية منطلقة عن قناعة عبرت عنها اجهزتها مرارا؛ مفادها ان التجارة الالكترونية تتطلب حلولا دولية في مرحلة تنظيمها لان الحلول المتباينة لا تتفق مع الطبيعة الكونية لهذا النمط من الأعمال، ولأن التباين قد يقيم حدودا لا تقبلها التجارة الالكترونية، ومن ابرز أنشطة هذه المنظمة في هذا الميدان المؤتمر العلمي للتجارة الالكترونية الذي عقد في الفترة 7-9 اكتوبر 1998 في مدينة اوتارا، ويعد أوسع مؤتمر في هذا الإطار، حيث حضره نحو ألف مندوب يمثلون الدول الاعضاء في المنظمة وشارك فيها الوزراء وكبار المسؤولين عن التجارة والاقتصاد في هذه الدول، وتناول جملة من النقاط من بينها: المسائل التي من شأنها أن تجعل التجارة الالكترونية، عبر تنظيمها القانوني المحكم، مشابهة تماما للتجارة التقليدية وما تكرسه ضمنها من قواعد كفلت قبولها والثقة فيها بالإضافة إلى مسائل الدفع النقدي والتحويلات المالية عبر شبكات الاتصال والإنترنت وحماية وسائل الدفع الالكتروني ومسائل العقود الالكترونية وغيرها من النقاط[3].

وقد عرفت هذه المنظمة التجارة الالكترونية في تقرير صدر عنها بأنها تشمل: "جميع انواع الصفقات التجارية التي تعقد سواء بين الإدارات أو الأفراد، طريق المعالجة الالكترونية للبيانات، أيا كانت تلك البيانات مقروءة أو أصوات أو صور مرئية".[4]

---

[1] محمد سعيد احمد إسماعيل، اساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، 2005، ص56.

[2] تعرف هذه المنظمة اختصارا ب (OECD) وهي اختصار Organisation for economic coopération développements وتهدف هذه المنظمة إلى توحيد المعاملات الدولية المتعلقة باستثمار رؤوس الاموال، وهي منظمة لا تعطي قوانين الا انها ارست مبادئ اساسية من اجل توجيه العمل في مجالات تدخل بوضوح ضمن اختصاصها والتي من بينها الخصوصية والتحقق من الاصالة وفرض الضرائب وحماية المستهلك.

[3] هشام عبد القادر، التجارة الالكترونية عن موقع، https//hrdisenssion.com/hr34622.html، بتاريخ 2018/03/11، على الساعة 11،43

[4] Rapport of electronic commerce opportunities and challenges for government 1998.

رابعا: الاتحاد الأوروبي: للاتحاد الاوروبي دور مميز في صياغة قواعد موحدة للدول الأوروبية، حيث يظهر ذلك بشكل رئيسي في ميدان التشريعات التجارية والاقتصادية، ويمارس هذا الدور بالاستناد الى دراسات واسعة لجهات خبرة مميزة، وقد أطلقت كافة الدول منفردة وضمن النشاط الإقليمي لأوروبا استراتيجيات وخطط بشان التجارة الالكترونية لتغطية المسائل ذات العلاقة بأمن المعلومات وتدفقها وحملة الخصوصية وحماية استخدام الكمبيوتر والشبكات، وسنت غالبية دول أوروبا قوانين حماية البيانات الخاصة، وقوانين تنظيم انتقال المعلومات داخليا وعبر الحدود وقواعد تنازع الاختصاص في ميدان الانشطة التقنية وقواعد تنظيم الدفع الالكتروني وغيرها[1].

وفي سنة 1997 طرح الاتحاد الاوروبي مجموعة شاملة من المقترحات للنهوض بالتجارة الالكترونية، وقد عالجت المبادرة الأوروبية للتجارة الالكترونية ثلاث مجالات هي: الدخول الى ساحة السوق العالمية، المسائل القانونية والتنظيمية، المناخ المواتي للأعمال.

وقد دعا الاتحاد في سنة 1998 الى مزيد من التنسيق العالمي بين السياسات التي تمس التجارة الالكترونية، وضرورة إيجاد إطار دولي موات لسوق التجارة الالكترونية.

وفي شهر فيفري من سنة 2001 اقر البرلمان الأوروبي قانونا ينظم بعض استعمالات حقوق الملكية على شبكة المعلومات الدولية، ولكنه منع استعمالها بغرض الربح دون موافقة أصحابها الأصليين او من يرشحونهم، كما اعطى هذا القانون أصحاب الحقوق الفكرية الحق في استعمال الوسائل التي يرونها لمنع تنزيل أعمالهم التي توجد على الشبكة، وقانون تنظيم التوقيع الالكتروني من ثمانية عشر مادة تناولت الأمور التنظيمية في هذا المجال[2].

خامسا: تنظيم التشريعات الوطنية للتجارة الالكترونية:

اتخذت العديد من الدول من القانون النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة مصدرا لها عنده سن او تعديل تشريعاتها الداخلية الخاصة في هذا المجال، والمقصود هنا هو تشريعات الدول الأجنبية باعتبارها السباقة في اصدار قوانين لسد الفراغ الناتج

[1] هشام عبد القادر، مرجع سابق، ص12.

[2] محمد عمر المنصور الشويرف، مرجع سابق، ص181.

عن التطور الهائل في المجال المعلوماتي، أما بالنسبة للدول العربية التي عانت تأخر ملحوظ في هذا المجال، فقد بدأت باستدراك ذلك، بمحاولاتها لإصدار تشريعات تساهم نوعا ما في تنظيم مسالة المعلوماتية والمبادلات التجارية الالكترونية، وذلك في ظل وجود رصيد لا باس به من الجهود التشريعية لبعض الدول في هذا المجال.

1/ التجارة الالكترونية في التشريع الفرنسي: قام المشرع الفرنسي وبرغبة منه في تنظيم المعاملات الالكترونية بوضع نظم جديدة تتماشى وطبيعة الانترنت التي هي في تطور سريع ومستمر، وبما أن معالجة المعلومات إلكترونيا تمس مباشر أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، فقد سعى المشرع الفرنسي الى تعديله بموجب القانون رقم 2000–230 الصادر في 13 مارس 2000 المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني،[1] فقد ادخل بعض التعديلات تتعلق بقواعد اثبات العقود، ويهدف الى تطويرها ليتوافق مع تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني[2] عرف التوقيع الالكتروني من خلال محتوى المادة1316 فقرة 04 والتي أحال المشرع الفرنسي فيه احكام التوقيع الى مرسوم صدر فيما بعد رقم 2001 –272 في 30 مارس 2001 والمتعلق بالتوقيع الالكتروني،[3] وفي سنة 2004 اصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 2004 – 575 بشان الثقة في الاقتصاد الرقمي،[4] ويعد هذا القانون بمثابة التشريع الرئيسي والاطار القانوني الانترنت في القانون الفرنسي, تضمن 58 منها كرست المادة الأولى منه مبدأ حرية الاتصالات بالجمهور التي تتم بشكل الكتروني، التي لا تقع داخل نطاق التنظيم الخاص بالإذاعة والتلفزيون التي تتكفل بها اللجنة العليا للسمعي البصري.

ولقد أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 2004–575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي بهدف وضع إطار قانوني للتجارة الالكترونية ولتعزيز ثقة المستخدمين في هذا المجال، وذلك بتطوير هذا النوع من التجارة من خلال توضيح واجبات وحقوق كل من المستهلك، الناشر، المضيف ومقدم

[1] La loi n 2000/230 du 30/03/2000 portant adaptation du droit de la preuve au technologies de l'information et relative à la signature électronique J.O.R.F.N° 62 DU 14/03/2000 P 3968.

[2] Lionel COSTES, Transaction en ligne, Paiment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulleetin d'activité Dany droit de l'informatique,N°97 Novembre-1997-P،5 et 9.

[3] Décret N°،2001-272 le 30 /03/ 2001 pris pour l'application de l'article 1316.4 du code civil et relatif à la signature électronique. J.O.R.F.N°0077 du 31/03/ 2001 p 5070.

[4] La loi n، 2004-575 du 21/06/2004 pour la confiance dans l'économie numérique J.O.R.F.N°.143 du 22 juin 2004.p11168.

خدمات الاتصال عبر الانترنت، فقد نظم هذا القانون التعاقد الالكتروني، كما اضفى نوع من الحماية الجنائية على التجارة عبر الانترنت وذلك في إطار الحد من الجرائم الالكترونية.

كباقي التشريعات الدولية اهتم المشرع الفرنسي بحماية البيانات الشخصية وذلك بتعديله للقانون رقم 78-14 الصادر في 06 جانفي ى1978 والمتعلق بالمعلوماتية والحريات بالقانون رقم 2014-344 المؤرخ في 19 مارس 2014 والنص في بابه السادس على عدة جرائم تتعلق بالمعالجة الالكترونية للبيانات الشخصية للأفراد[1].

2/ التجارة الالكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية: في عام 1997 أطلق الرئيس الأمريكي خطة العمل الخاصة بالتجارة الالكترونية، وتضمنت مبادئ رئيسية أهمها: اسناد قيادة التجارة الالكترونية للقطاع الخاص، وتجنب الحكومة وضع القيود اما الاستثمار والأنشطة الإبداعية في ميدان التجارة الالكترونية، وللحكومة دور في كفالة وحماية الملكية الفكرية والخصوصية وامن الشبكات والمعلومات والشفافية والسرعة في حل المنازعات، وللحكومة دور في البناء الفعال للوسائل التقنية ووسائل الاتصال والانترنت بيئة عالمية وإطارها القانوني يتعين ان يكون عالميا وتحديدا بالنسبة للاختصاص القضائي. وتنفيذا لهذه الخطة جرى إقرار العديد من التشريعات المنظمة لأعمال التجارة الالكترونية أو المتصلة بها سواء على مستوى الولايات او المستوى الفدرالي آخرها القانون الخاص بحجية التواقيع الالكترونية ومعايير قبول هذه التواقيع كبينة في الاثبات.

يمكن ان نذكر بعض القوانين التي أصدرها المشرع الأمريكي مثل:

– قانون حماية التخفيف للمعاملات التجارية: والمقصود بالتخفيف هو العدوان على العلامة التجارية، ويعالج هذا القانون مسائل الحماية للعلامات التجارية المشهورة، عند الاعتداء عليها بالطرق التجارية أو عن طريق الاستعمال غير المرخص به[2]

[1] محمد أمين الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، الجريمة المعلوماتية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009 ص84.

[2] BENJAMIN WRIGHT,JANE K WINN, the Law of electronic commerce adivision of Aspen publishing, incm New York,USA,thiedition, 2000, p70.

– قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية الذي اقره الكونغرس الأمريكي في فيفري 1996 ويهدف إلى تشجيع المنافسة في قطاعات رئيسية منها خدمات الهاتف والصناعات المتعلقة بالتكنولوجيا الحديثة، فقد تضمن أحكام لتوفير الحماية لخصوصية معلومات الشبكة الخاصة بالعملاء[1].

– فيما يتعلق بالعقود الالكترونية فقد صدر القانون الموحد المتعلق بالمعاملات بشأن معلومات الحواسيب Uniform computer information transaction acte الذي اعتمده المؤتمر الوطني لتوحيد قوانين الولايات في 1997/07/29، فقد أزال هذا القانون الشكوك بخصوص إمكانية قبول العقود الالكترونية التي أصبح معترفا بها قانونيا في حالة توافر شروط معينة، منها موافقة المتعاقدين على إبرامها، وإعطاء الطرف الموافق فرصة لمراجعة بنود العقد الالكتروني قبل إبرامه.[2]

وفي سنة 2000 سن المشرع الأمريكي القانون المسمى بالقانون الموحد للمعاملات الالكترونية[3]UETA الذي طور من قبل المؤتمر الوطني للمفوضين بشأن قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك لوضع إطار قانوني لاستخدام التوقيعات الالكترونية والسجلات والمعاملات الحكومية أو التجارية، بحيث يساوى بين التوقيع اليدوي العادي وبين التوقيع الذي يتم بطريقة الكترونية.

4 / التجارة الالكترونية في التشريع التونسي: تعتبر تونس من الدول التي عرفت باكرا أهمية التجارة الالكترونية لتطوير اقتصادها، وطبقت العديد من السياسات الهادفة الى نشر وتطوير هذه التجارة وسعيا الى تهيئة أفضل الظروف لتجسيد اهداف تعريف وتطوير المبادلات التجارية الالكترونية وتوفر المناخ المناسب من الثقة، فقامت بسد الفراغ التشريعي من خلال اجراء تعديلات في بعض النصوص التشريعية القديمة لتضمن المعاملات الالكترونية، ويمكن ذكرها كما يلي:

---

[1] Thomas w. HAZLETT. Economic and Political Consequences of the 1996 Telecommunications Act. regulation. volume 23.n 03, 2000, p36.

[2] رامي علوان وآخرون، مراجعة نقدية لمشروعي قانون المبادلات والتجارة الالكترونية وتنظيم التوقيعات الالكترونية، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني، 2006، ص29.

[3] القانون الموحد للمعاملات الالكترونية الصادر في يونيو 2000 باقتراح من المؤتمر الوطني للمفوضين لقوانين الولايات المتحدة.

*القانون عدد 57 لسنة 2000 تم تعديل قانون الالتزامات والعقود ليشمل الاعتراف بالتوقيع الالكتروني والوثيقة الالكترونية.

*القانون عدد 83 لسنة 2000[1] المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، هومن أكثر التشريعات العربية توفيقا من حيث حصره لنطاق التنظيم على مسائل التجارة الالكترونية المباشرة حيث تضمن سبع أبواب تطرق فيها لمختلف المصطلحات المتعلقة بالتجارة الالكترونية والاعتراف بالإمضاء والوثيقة الالكترونية، انشاء وكالة للمصادقة الالكترونية وتطرق كذلك إلى جملة العقوبات والمخالفات المتهمين.

*القانون عدد 63 لسنة 2004[2] المتعلق بحماية المعطيات الشخصية.

*القانون عدد 51 لسنة 2005[3] المؤرخ في 27 جويلية 2005 المتعلق بالتحويل الالكتروني للأموال حيث تم تعديل الفصل 76 من قانون المالية ليتضمن اعتماد الدفع الالكتروني ضمن الإيرادات العامة.

*القانون التوجيهي عدد 13[4] المؤرخ في 19 فيفري 2007 والمتعلق بتحديد الاقتصاد الرقمي.

5 / التجارة الالكترونية في القانون الإماراتي: تسعى دولة الإمارات العربية المتحدة لإحراز مراتب متقدمة في مجال التجارة الالكترونية من خلال تطوير بنيتها التحتية التي جعلتها تتفوق على غيرها من دول المنطقة في نسب النمو في هذا المجال، فقد تمكنت الإمارات من تحقيق قفزات مهمة في مجال التعامل الالكتروني ويتجلى ذلك في وضع أنظمة وقوانين تشريعية للتجارة الالكترونية منذ سنة2002، فباعتبار المستندات الالكترونية أداة أساسية للتجارة الالكترونية، سعى المشرعون الإماراتيون إلى محاولة إثبات مصداقية هذه المستندات من خلال إصدار القانون رقم 02 لسنة 2002 للإمارات وذلك بشأن التوقيع والتجارة الالكترونية في 12 فيفري 2002 متضمنا 39 مادة تضمنت تعريفا للتجارة الالكترونية ومتطلبات المعاملات الالكترونية وكيفية إنشاء العقود في الشكل الالكتروني، وختمها بعقوبات مقررة للاستعمال غير المشروع للمعطيات الالكترونية.

---

[1] قانون رقم 83 /2000 المؤرخ في 09 اوت 2000، نشر الرائد عدد 064 لسنة 2000 بتاريخ 2000/08/11.

2 قانون رقم 63 المؤرخ في 27 جويلية 2004، نشر في الرائد عدد61 المؤرخ في 30جويلية 2004.

3 قانون رقم 51 المؤرخ في 27 جوان 2005، نشر في الرائد عدد 51 المؤرخ في 28 جوان 2005.

4 قانون رقم 13 المؤرخ في 19 فيفري 2007، نشر في الرائد عدد 16 المؤرخ في2007/02/23.

وفي سنة2006 أصدرت الإمارات العربية القانون الاتحادي رقم 01 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية الذي يهدف إلى حماية حقوق المتعاملين الكترونيا وتحديد التزاماتهم، وكذلك تشجيع وتسهيل المعاملات والمراسلات الالكترونية وإزالة عوائق تطوير المعاملات والتجارة الالكترونية. وبعد ذلك قام المشرع بإصدار المرسوم رقم 05 لسنة 2012 في شان مكافحة جرائم تقنية المعلومات والذي يعد من أحدث التشريعات في هذا المجال، إذ يصف لتوفير الحماية للأفراد والممتلكات العامة والخاصة.

6 / التجارة الالكترونية في القانون المصري: ترجع بداية التجارة الالكترونية في مصر لسنة 1996، عندما قامت بعض المشروعات بإنشاء مواقع على شبكة المعلومات الدولية وذلك رغبة منها في استخدام الشبكة كوسيلة للدعاية والإعلان عن منتجاتها، وفي نفس السنة قامت الحكومة المصرية بتأسيس لجنة التجارة الالكترونية التابعة لجمعية هيئة المعلومات الدولية والتي عقدت في شهر أكتوبر 1997 ملتقى التجارة الالكترونية تحت شعار لنجعل التجارة الالكترونية تبدأ في مصر وقد أعقب هذا الملتقى العديد من المؤتمرات المحلية والتي كان من أهمها:

1- المؤتمر القومي الأول للتجارة الالكترونية في مصر والذي عقد في 1998/09/01.

2- الملتقى القومي للتجارة الالكترونية والذي عقد في يناير 1999 بالتعاون مع وزارة الاقتصاد.

وتم في عام 1999 تأسيس اللجنة الوطنية للتجارة الالكترونية تحت رعاية وزارة التجارة والاقتصاد والتي قامت بتوفير عدد من المنشورات والتي كانت تهدف إلى التعريف بهذا النوع من التجارة.

وقد أعدت الحكومة المصرية مشروع قانون المعاملات الالكترونية المصري لسنة 2001 يتألف من 35 مادة حيث تضمن تعريفا للتجارة الالكترونية,ومسألة تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني ضمن القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان وغيره من الأحكام إلا أن هذا المشروع لم يبقى سوى حبرا على ورق في انتظار مراجعة نصوصه وإحالته إلى مجلس الشعب خاصة بعد صدور القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعية تكنولوجيا المعلومات متضمنا 30 مادة وقامت الدولة المصرية بإنشاء هيئتين تهتمان بموضوع التجارة الالكترونية هما اللجنة الوطنية للتجارة الالكترونية السابق ذكرها ومعهد التجارة الالكترونية

المسؤول عن تقديم الدعم للمتخرجين لإنشاء شركات الكترونية ومساعدة الشركات المصرية على التحول إلى ممارسة أنشطتها التجارة عبر الانترنت.

ب/متطلبات التجارة الالكترونية:

يلزم لقيام التجارة الالكترونية، بالشكل الذي يضمن ازدهارها واستمرارها ومحاكاتها للتجارة الالكترونية عبر العالم والحفاظ على خصائصها لاسيما السرعة والعالمية، أن تلم بعدد من المتطلبات المتكاملة والمتناسقة والمتماشية مع مختلف التغيرات العالمية في هذا المجال ومن أهمها:

أولا: متطلبات تشريعية: ويندرج تحت هذا النوع من المتطلبات ما يلي:

1- وجود تشريعات تنظم وتضمن حقوق كافة الأطراف المشاركة في هذا النوع من التجارة، وذلك أن أنشطة التجارة الالكترونية والعلاقات القانونية الناشئة في بيئتها تثير العديد من التحديات القانونية للنظم القائمة والتي تتمحور في مجموعها حول أثر استخدام الوسائل الالكترونية في تنفيذ الأنشطة التجارية ومدى حجية العقد الالكتروني أو القوة القانونية الإلزامية لوسائل التعاقد الالكترونية.[1]

2- إن القواعد القانونية المنظمة للأنشطة التجارية والعقود أمكنها أن تظل حاضرة وقادرة على محاكاة الواقع المتطور والمتغير في عالم التجارة، لكن الأمر يختلف بالنسبة للتجارة الالكترونية، فالتغير ليس بمفهوم النشاط التجاري، وإنما بأدوات ممارسته وطبيعة العلاقات الناشئة في ظله، كيف لا وهو يتوسط كل نشاط من أنشطة التجارة الالكترونية الكمبيوتر والانترنت أو شبكة المعلومات، ان وجود التقنية وهيمنتها على آلية تنفيذ النشاط التجاري في ميدان التجارة الالكترونية بل ضرورتها لوجودها ، كان لا بد أن يخلف تحديا جديدا أمام النظم القانونية القائمة.

3- تطوير القوانين التجارية لتماشي مع المتطلبات الالكترونية واهم القضايا الخاصة بالوثائق الالكترونية والتوقيع الالكتروني وإجراءات التعاقد عن بعد، وتقصير فترات التقاضي بالاعتماد على آليات التحكيم في الفصل في القضايا، وإيجاد آليات لتخفيض أزمنة التقاضي والفصل في

[1] محمد عمر الشويرف، مرجع سابق ص91.

المنازعات، وتنفيذ الأحكام بسرعة وهذا لما تتطلبه التجارة الالكترونية من سرعة في إتمام المعاملات[1].

4- تعود المشاكل التي تواجه بلدان العالم في محاولتها لبناء مجتمع التجارة الالكترونية إلى رغبتها في فرض ضرائب على الدخل المتأتي من التجارة الالكترونية، ويعتمد فرض الضريبة من الناحية النظرية إلى عدد من المبادئ التي تقوم أساسا على فكرة الوجود المادي ومنها تطبيق مبدأ الإقليمية وعالمية الإيراد[2]، ولا شك أن فرض الضريبة في كل الأحوال على نشاط التجارة الالكترونية يتطلب تعاونا من طرفي العلاقة التعاقدية وعدم إفقاد تعاملاتها، أي فرض الضرائب على هذا النمط الجديد يتطلب استراتيجيات مختلفة في المتابعة والكشف والجمع والاهم تعاونا تنسيقا إقليميا ودوليا.

ثانيا: متطلبات تقنية

إن ضعف الهيكلة التحتية للاتصالات في الدولة وعدم قدرتها على مواكبة متطلبات وتقنيات المعلومات التي تشمل الاتصالات وما يرتبط بها من تجهيزات وبرامج وأنظمة، سوف يحد من امن الشبكة المالية ويعيق سرعة نقل البيانات في الشبكة التجارية وبالتالي الفشل في إقامة التجارة الالكترونية،[3] وهذا يعني أن هناك متطلبات تقنية لقيام التجارة الالكترونية على أفضل وجه وهي:

أ- المتطلب الرئيسي لضمان تجارة الكترونية ناجحة يتمثل في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات[4] والتي تعرف على أنها: "مجموعة الموارد والأجهزة اللازمة لمعالجة المعلومات من أجهزة كمبيوتر وشبكات ضرورية لإنتاج هذه المعلومات وتوزيعها واسترجاعها وعرضها"، وتشير تكنولوجيا المعلومات والاتصالات إلى جميع أنواع التكنولوجيا المستخدمة في تشغيل ونقل وتخزين المعلومات في شكل الكتروني وتشمل تكنولوجيات الحاسبات الآلية وسائل الاتصال وشبكات الربط وأجهزة الفاكس وغيرها من المعدات التي تستخدم بشدة في الاتصالات.

---

[1] يوسف حسن يوسف، مرجع سابق، ص116.

[2] تحديد حجم النشاط التجاري الخاضع للضريبة يتطلب تصريح البائع عن تعاملاته، الا انه يصعب تحديد الوعاء الخاضع للضريبة في ظل التعاملات الالكترونية.

[3] إبراهيم بختي، التجارة الالكترونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص57.

[4] تكنولوجيا المعلومات والاتصالات TIC،technologie de l'information et de communication

ب – توفير شبكة الربط الالكتروني من خلالها يتم ربط جميع المؤسسات والأجهزة الحكومية ببعضها ومنها شبكة الانترنت، والتي استخدمت على نطاق واسع في الأغراض التجارية وفتحت مجالا للمؤسسات لتقديم المعلومات الخاصة بمنتجاتها وخدماتها لشرائح عريضة من المتعاملين[1] والانترنت عدة أوجه لاستخدامه والتي يمكن تسميتها بالتطبيقات أو بالأحرى الخدمات من منظور تجاري وأهمها:

- خدمة البريد الالكتروني Email: تسمح خدمة البريد الالكتروني بإرسال واستقبال وسائل الكترونية من والى جميع المشتركين في الشبكة عبر العالم خلال ثواني معدودة ويعتبر البريد الالكتروني التجسيد الالكتروني للبريد التقليدي.
- خدمة بروتوكول نقل الملفات file transfert Protocol FTP: هذه الخدمة أسرع طريق لتوزيع المعلومات الرقمية ونقل تحويل الملفات (الكبيرة) بين جهاز كمبيوتر وجهاز آخر عبر الشبكة العالمية، ويتميز بقدرته على نقل الملفات الكبيرة التي يعجز البريد الالكتروني عن نقلها.
- خدمة الشبكة العنكبوتية العالمية للمعلومات " WWW"world Wilde web : وهي مجموعة من أجهزة الكمبيوتر الكبيرة من حيث السعة والسرعة متواجدة على الانترنت وتكون متصلة ببعضها البعض بطريقة معينة تسهل الدخول إليها وعلى محتوياتها من طرف كل الناس حتى غير الخبراء منهم في الكمبيوتر.
- خدمة الاتصال المباشر la discussion en direct: تسمح هذه الخدمة بالمحاورة الآتية بين طرفين وكثيرا ما المؤسسة هذه الوسيلة لتسهيل اتصالاتها وتعاملاتها التجارية نظرا لمميزات هذه الخدمة فهي تساعد على عقد لقاءات مباشرة مع الموردين والعملاء والفروع وتؤدي إلى خفض تكاليف الاتصالات.

ج– ميكنة النظم المصرفية والتوسع في استخدام البطاقات الائتمانية وذلك لان وسائل الدفع التقليدية غير ملائمة لاستخدامها في ظل التجارة الالكترونية.

ثالثا: متطلبات الثقة والأمان

[1] إبراهيم بختي، مرجع سابق، ص25.

إن تعاملات التجارة الالكترونية تختلف في كثير من جوانبها عن التجارة التقليدية، بداية بعملية الاتصال عبر الوسائل الالكترونية ونهاية بعملية التسليم لبعض السلع والخدمات وما يصاحبها من تسوية للمدفوعات المترتبة عليها بطريقة الكترونية، وبالتالي فان نموها يبنى على الثقة المتبادلة بين كل الأطراف الداخلة فيها وبخاصة في ظل غياب التشريعات المنظمة لهذا النوع الجديد من التجارة. بعض الدول وخصوصا المتقدمة بدأت تقيم الندوات والمؤتمرات لتعريف الأفراد والشركات بأهمية هذا النوع من التجارة، كما بدأت تبادر في الدخول في اتفاقيات ثنائية أو اتفاقيات جماعية وإصدار إعلانات مشتركة تركز على أهمية حماية المستهلك في إطار هذه التجارة[1].

فان إحدى أهم تحديات نجاح التجارة الالكترونية، بناء الثقة لدى مستخدمي الشبكة وتشجيعهم للاتحاد نحو التجارة الالكترونية وقبولها ويمكن تحديد عناصر بناء الثقة فيما يلي :

أ/الأمن: أي امن المعلومات المتبادلة والحفاظ على سلامة المحتوى للإرساليات الالكترونية، أي توفير الحماية التقنية والقانونية.

ب/ الخصوصية: الحفاظ على سرية تعاملات الزبون وضمان ثقة متابعة تصرفاته على الشبكة.

ج/ موثوقية طلبات الشخص: الثقة من أن طلبات المتعاقد في ذاتها محل التبادل.

رابعا: متطلبات بشرية ومالية: يعتبر وجود الخبرات البشرية المؤهلة ذات الكفاءة والخبرة المناسبة لدعم الأعمال الالكترونية، وبناء مجتمع قائم على المعرفة شرطا أساسيا من شروط قيام التجارة الالكترونية ويمكن الحكم على جاهزية أي دولة في هذا الجانب من خلال ما يلي:

* الرفع من مستوى النظام التعليمي نوعا ومنهجا لخلق مجتمع قائم على المعرفة.

* نشر الإبداع الثقافي وتعميق المشاركة في تبادل المعلومات ضمن فئات المجتمع ومنظماته.

* تعزيز مهارات ودرجة تأهيل القوى العاملة.

* التركيز على الدور المحوري للتعليم في أداء مهمة التعريف بالتجارة الالكترونية ومضمونها وأساليبها وأهميتها وكيفية التعامل معها.

[1] محمد عمر الشويرف، المرجع السابق، ص96.

كما يتوجب إيجاد بيئة مالية مناسبة لأساليب الدفع الالكتروني وذلك من خلال تطوير النظم المصرفية وتكثيف البطاقات الائتمانية، التي تستخدم في عمليات الدفع عبر الانترنت وتسهيل الحصول عليها مع تامين وصولها إلى الجهة المعينة، باستخدام أحدث برمجيات الأمان والتشفير، إذ ما زال الكثير من مستخدمي شبكة الانترنت يمتنعون عن استخدام بطاقاتهم الائتمانية أو غيرها من المعلومات الشخصية، لعدم قناعتهم بالقدر الكافي من الأمان والسرية على شبكة الانترنت.

المبحث الثاني: واقع التجارة الالكترونية في الجزائر

تعتبر شبكة الانترنت بمثابة التقنية الحديثة للاتصال، فهي تتميز بأهمية بالغة في مختلف المعاملات العلمية، الاجتماعية والتجارية، فقد أدى ظهورها وانتشار استعمالها في كل القطاعات إلى ارتفاع وتوسع التجارة الالكترونية، إذ أصبحت هذه الأخيرة من بين الركائز الأساسية لنمو وتطور التجارة الدولية، والدولة الجزائرية كباقي الدول أدركت أهمية انتشار هذه التجارة التي تتم عبر شبكة الانترنت، فلا يمكن اعتمادها إلا بإضفاء نوع من الثقة والأمان عليها وذلك بوضع إطار قانوني ينظم معاملاتها.

المطلب الأول: البيئة العامة للتجارة الالكترونية في الجزائر

لا نستطيع التحدث عن التجارة الالكترونية في اي بلد دون ان نتحدث عن مدى تطور نسيج شبكة المعلومات والاتصالات فيه، فالتطورات التي تحدث باستمرار تلك المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات والاتصال، وما تبلغه من اهمية من ناحية توفير خدمات الاتصال بمختلف انواعها.

1/ تكنولوجيا المعلومات والاتصال في الجزائر:

في الجزائر هناك محاولات جادة لتطوير المنظومة القانونية وإصدار تشريعات تواكب التطور الحاصل في المجال الالكتروني خاصة ما تعلق منها بتكنولوجيات الاعلام والاتصال، تم تغيير حتى اسم الوزارة المعنية لتأخذ اسم وزارة البريد وتكنولوجيات الاعلام والاتصال وذلك مؤثر على البنية الحقيقية في خوض غمار الالتحاق بمصاف الدول الآخذة بخاصية هذه التقنية[1].

[1] زبيجة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص20.

وكانت أولى الخطوات التي اتخذتها الجزائر من اجل التحول نحو اقتصاد المعرفة وتعميم تقنية الانترنت هي إسناد مهمة انشاء شبكة وطنية وربطها بالشبكات الدولية سنة 1993 لمركز البحث والإعلام العلمي والتقني CERIST[1] التابع لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، وكان الانطلاق الفعلي للارتباط بالشبكة العنكبوتية في شهر مارس 1994 عن طريق ايطاليا، حيث كانت سرعة الخط آنذاك ضعيفة جدا ولا تتعدى 9.6 كيلو بت (حرف ثنائي) /ثاو لكن هذه السرعة ما فتئت تنمو وتتطور لتبلغ 1 ميغابايت /ثاء بفضل ربط« cerist » الجزائر بواشنطن بالقمر الصناعي الامريكي سنة 1998 وبعد مرور 10 سنوات تضاعفت هذه السرعة بأكثر من 200 مرة لتبلغ 6530 ميغا بيت /تا.

اما فيما يخص تقديم خدمات الانترنت فقد ظل القطاع محتكرا من قبل الدولة حتى صدر القانون 98-257 في 25 أوت 1998 [2] والذي حرر القطاع وأنهى الاحتكار وفتح الباب الواسع امام مزودي خدمات الانترنت الخواص والعموميين لممارسة نشاطهم والمعدل بمرسوم تنفيذي آخر تحت رقم 2000-307 بتاريخ 14 أكتوبر 2000 وبموجبه تم منح 65 رخصة حتى نهاية 2001.

ولتدعيم وتطوير البنية التحتية للاتصالات قامت وزارة البريد والمواصلات بإقامة مشروع انطلاق شبكتين عن طريق الستالين: VSAT وIMMARSAT مما يسمح دون شك بتوفير عمليات ربط المواقع مع المشتركين بشبكة الانترنت، كما قامت الوزارة بتوفير خط اتصال أساسي BACKBONE من الألياف البصرية قدرته 34 ميغا بيت /تا قابل للتوسيع لغاية 144 ميغا بيت /تا لتمكين موزعي خدمات الانترنت وبعض مؤسسات الاتصال بين الارتباط بالشبكة الدولية على وجه أحسن.

2/ الإطار القانوني للتجارة الالكترونية في الجزائر:

لقد قام المشرع الجزائري بمحاولات لا بأس بها في سبيل وضع إطار قانوني ينظم معادلات التجارة الالكترونية من بين اهم هذه التشريعات اصدار القانون المنظم لنشاط مزودي خدمات

[1] انشأ centre de recherche et d'informations et technique في افريل سنة 1986.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 257/98 المؤرخ في 03 جمادى الاولى 1419 الموافق ل25 اوت 1998 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها ج / ر عدد 63 مؤرخة في 26 اوت 1998 ص 05.

الانترنت ومؤدي خدمات التصديق الالكتروني وكذا تعديله للقانون المدني ليعترف بالحجية القانونية للمحررات الالكترونية وإصدار لمجموعة من التشريعات يمكن ذكر بعضها:

1- المرسوم التنفيذي رقم 257/98 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 307/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 [1].

2- الامر رقم 05/03 الصادر في 2003/07/19[2] والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة والتي أدرجت برنامج الحاسوب ضمن المؤلفات المضمونة واعتبر منظومة المعالجة المعلوماتية من الوسائل الممكنة الاستعمال من المؤلف ثم جاء به الامر رقم 06/03 الصادر في 2003/07/19 والمتعلق بالعلامات والامر رقم 07/03 الصادر في 2003/07/19 والمتعلق ببراءة الاختراع.

3- القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل للأمر رقم 58/75 المتضمن القانوني المدني وذلك بأن نصت المادة 323 مكرر1 على اعتبار الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة في الشكل التقليدي.

4- القانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 تعديل قانون العقوبات الذي افرد قسما خاصا للمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات[3] .

5- القانون رقم 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 [4] والمتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

6- القانون رقم 04/15 المؤرخ في 01 فيفري 2015[5] المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

7- أكتوبر 2017 اقتراح مشروع قانون التجارة الالكترونية.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 307/2000 المؤرخ في 16 رجب 1421 الموافق ل 14اكتوبر 2000 ج / ر عدد 60 المؤرخة في 15 أكتوبر 2000 ص 15.

[2] الامر رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/05.

[3] هذا التعديل جاء تجسيدا لما ورد في كلمة السيد وزير العدل حافظ الإمام في اليوم الدراسي حول عصرنة العدالة والذي عقد بمقر المحكمة العليا بحضور ممثل برنامج الأمم المتحدة الانمائي بتاريخ 2004/03/09.

[4] قانون رقم 04/09 المؤرخ في 14 شعبان 1430 الموافق ل 05 اوت 2009، ج/ر عدد 47 المؤرخة في16 أوت 2009.

[5] قانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل 01 فبراير 2015 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين ج/ر عدد 06 المؤرخة في 10 فبراير 2015 ص 06.

- **قانون التجارة الالكترونية الجزائري:** قانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 ماي 2018, جريدة رسمية عدد 28 المؤرخة في 30 شعبان 1439 الموافق ل 16 ماي 2018 المتضمن أربعة أبواب والذي نص في مادته الأولى: "يحدد هذا القانون القواعد العامة المتعلقة بالتجارة الالكترونية للسلع والخدمات".

بموجب هذا القانون فان التجارة الالكترونية تعني النشاط الذي يقوم بموجبه مورد الكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد للمستهلك الالكتروني عن طريق الاتصالات الالكترونية، أما العقد الالكتروني هو نفسه العقد بمفهوم قانون 23 جوان 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني.

بالنسبة للمستهلك الالكتروني فان الأمر يتعلق بكل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي، ويحدد القانون طرق الدفع الالكتروني باعتبارها وسيلة دفع تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد عبر منظومة الكترونية، وبموجب هذا القانون يمكن إن تكون الاستثمارات الداعمة لأنشطة التجارة الالكترونية موضوع تدابير تحفيزية طبقا للتشريع المعمول به.

ويخضع نشاط هذا النوع من التجارة بحسب هذا القانون إلى التسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية حسب الحالة ولنشر موقع الكتروني أو صفحة الكترونية على الانترنت مستضاف في الجزائر بامتداد com.dz ويجب ان يتوفر الموقع على وسائل تسمح بالتأكد من صحته.

وتضمن أيضا جملة من الأحكام تحكم العقد الالكتروني وخصائصه ومختلف التزامات المورد والمستهلك ليختتم بباب ردعي نص على عقوبات لجرائم تمس التجارة الالكترونية.

وتجدر الإشارة إلى أن كيفيات مراقبة ومتابعة المخالفات المنصوص عليها في هذا القانون وردت في نفس الأشكال المحددة في التشريعات والتنظيمات المعمول بها، والمطبقة على الممارسات التجارية، وشروط ممارسة الأنشطة التجارية وحماية المستهلك وقمع الغش وكذلك العقوبات على مخالفات هذا القانون تم تكييفها مع تلك المطبقة في المجال التجاري حيث يتم تفضيل تطبيق

العقوبات المالية، على العقوبات السالبة للحرية، كما تم اعتمد مبدأ تسوية المخالفات المتعلقة بالتجارة الالكترونية عبر غرامة الصلح دون المساس بحقوق الضحايا في المطالبة بالتعويض[1].

3/ بعض تطبيقات التجارة الالكترونية في الجزائر:

لا يقتصر مفهوم التجارة الالكترونية على عملية امتلاك موقع على الشبكة العنكبوتية العالمية وعقد الصفقات وإقامة الروابط التجارية عبر هذه الشبكة، بل تستعمل هذه التجارة مجموعة متنوعة من التطبيقات والتي تمثل في مختلف الأنشطة الممارسة من قبل الشركات من خلال وسائل الاتصال الالكترونية على غرار عمليات الإعلان على المنتجات والخدمات، وتقديم المعلومات عن المنتجات عبر الخطوط الهاتفية مثلا.

أ / **استراتيجية الجزائر الالكترونية 2013:** قد بدأت الجزائر جهودها الرامية لتجسيد معلوماتي منذ مطلع سنة 2000، مركزة على مجال البريد والاتصالات، إلا أنها لم تضع خطة وطنية شاملة ذات رؤية متعلقة بالتكنولوجيا الحديثة حتى ديسمبر 2008، كانت انطلاقة الاستراتيجية الوطنية المتعددة القطاعات، بعد استغراقها مدة 6 أشهر من البلورة من طرف 300 خبير وإطار جزائري.[2]

لقد أشرفت وزارة البريد وتكنولوجيات الإعلام على إعداد مشروع الجزائر الالكترونية في شكل وثيقة في ديسمبر 2008[3]، والتي تمثل حسب ما ورد فيها أول وثيقة رسمية تحمل معالم برنامج إدارة الكترونية متكاملة في الجزائر، الهدف منها جعل المجتمع المعلوماتي والاقتصاد الرقمي في الجزائر أداة تأثير فاعلة في النمو الاقتصادي وتحسين مستوى معيشة المواطنين عن طريق استعمالهم لتكنولوجيا المعلومات والاتصال وتوفير خدمات نوعية للمؤسسات والمواطنين.[4]

---

[1] مشتي أمال، التجارة الالكترونية في الجزائر، مقال نشر في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، ص257.

[2] الحمزة منير، آليات واستراتيجيات تطبيق الإدارة الالكترونية في الجزائر مشروع الجزائر الالكترونية 2013 نموذجا ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العالمي الأول للإدارة الالكترونية، نحو إدارة الكترونية فعالة للمجتمع الجماهيري، ليبيا،2010/04/01.

[3] الوثيقة متوفرة على موقع وزارة البريد والتكنولوجيات الإعلام والاتصال www.mpt.gov.dz.

[4] Abdelouahab MAKHLOUFI ,Matouk BELATTAF le commerce électronique en algérie vers de nouvelles formes de vente en ligne .revue Studia Ekonomiczne.2013 publié sur le site، **http//cejsh.icm.edu.pl/**

حيث تتضمن استراتيجية الجزائر الالكترونية 13 محورا رئيسيا تركز خاصة على ثلاث مواضيع هي: الإدارة الالكترونية، المؤسسة الالكترونية، المواطن الالكتروني، وأن تطوير هذه المحاور الثلاثة يقتضي إطار قانوني وتعاون دولي وكفاءات بشرية وغيرها من المتطلبات، وتم تحديد لكل محور رئيسي مجموعة من الأهداف الرئيسية والأهداف الخاصة المزمع تحقيقها على مدى فترة 5 سنوات 2009 – 2013 وتم ضبط قائمة الإجراءات اللازمة التنفيذ.

ب / مشروع إنشاء الحظيرة التكنولوجية سيدي عبد الله " العاصمة ":

إن إنشاء حظائر تكنولوجية في الجزائر يدخل ضمن استراتيجية الجزائر الالكترونية الهادفة إلى الاندماج في مجتمع المعرفة وبناء اقتصاد رقمي يكون بديلا عن الاقتصاد المعتمد على المحروقات، وفي هذا الإطار كلف الوكالة الوطنية الشرقية وتطوير الحظائر التكنولوجية، أنشئت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04 /91 الصادر في 24 مارس 2004 (ANPT) التي تولى الإشراف على بناء ومتابعة هياكل الحظائر التكنولوجية وقد ساهمت فعلا بإنشاء أول حظيرة تكنولوجية بسيدي عبد الله[1] في العاصمة وهي تعمل منذ 2009، والحظيرة التكنولوجية بورقلة التي أنشئت في مارس 2012، والتي لا تزال مؤقتة في إطار مخطط التطور الرباعي 2010–2014 للوكالة الوطنية لتدعيم وتطوير الحظائر التكنولوجية ثلاث حظائر (عنابة، وهران، ورقلة) فالحاضنة التكنولوجية المتواجدة بحظيرة سيدي عبد الله (العاصمة) ترافق لوحدها 70 حامل مشروع تلقوا تكوينا في مجال المقاولاتية وذلك على مدار 4 دفعات ومن مجمل هذه المشاريع تم إنشاء 13 مؤسسة صغيرة Start – up تعمل حاليا في السوق الجزائرية[2].

وتنشط هذه المؤسسات في عدة مجالات منها التجارة الالكترونية وأيضا ميدان إعداد أنظمة معلوماتية تستغل لعمليات التسيير المالي للمؤسسات والدفع الالكتروني وكذا تنظيم العمل البشري

[1] هي عبارة عن مبنى ذكي يحتوي على ثلاثة طوابق تبلغ مساحتها الإجمالية 9800 م^2، منها 2150 م ^{2}، مساحات للشغل، شرفتين، كافيتيريا، قبة زجاجية، وموقف سيارات تحت الأرض، كما تظم الحظيرة مركز الدراسات والبحث في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال الذي تبلغ مساحته 5400 م ^{2} ومكتب بريد معلوماتي تتكفل به مؤسسة بريد الجزائر إلى جانب فضاءات استثمارية بمساحة تقدر ب 38.000 م^2 منها برج الأعمال وهي مخصصة للمؤسسات الجزائرية والأجنبية التي تنشط في مجال تكنولوجيات الأعمال والاتصال .

[2] http://natp.dz le 18/04/2019

على مستوى المنظمات من خلال استغلال تكنولوجيات الإعلام والاتصال، وتجدر الإشارة إن العديد من مواقع التجارة الالكترونية كانت من طرف أصحاب مشاريع أنجزوا في إطار هذه الحظيرة كموقع (guiddine) (eBay).

ج / مشروع الشبكة البحثية الأكاديمية: "ARN "

في إطار تحديث قطاع التعليم العالي والبحث العلمي، تم وضع مشروع الشبكة البحثية الأكاديمية (ARN)، يتمثل هذا المشروع في وضع شبكة خاصة بالمؤسسات الأكاديمية البحثية على المستوى الوطني،[1] كما يهدف إلى وضع هيكل لتثمين وتطوير خدمات الوصول وتبادل المعلومات بين الجامعات، ومن أهدافه أيضا توفير أرضية تكنولوجية لجميع عاملي القطاع (باحثين، أساتذة، طلبة..) وقد أثمرت جهود هذا المركز فيما يخص هيكلة المعلومة العلمية التقنية في قطاع التعليم العالي بوضع فهارس وطنية مشتركة للدوريات الكتب والأطروحات المتواجدة على مستوى المكتبات الجامعية والمؤسسات، ووضع قاعدة خاصة بما ينشر عن الجزائر بالخارج، ويهدف هذا المشروع أيضا إلى تمكين الجزائر من التقدم في تحقيق مشروع الجامعة الافتراضية الذي يسمح لها بالانضمام لمشروع جامعة AVICIENNE الافتراضية، الذي تعد عضوا فيها إلى جانب 15 دولة من دول حوض البحر الأبيض المتوسط[2].

د / تفعيل خدمات الجيل الثالث والرابع للهاتف النقال:

بعد انتظار طويل ووعود لسنوات، يتم الإفراج وإطلاق خدمة الجيل الثالث بداية من سنة 2014 إذ بات الهاتف النقال يقدم لمتعامليه في الجزائر خدمات متنوعة لهذه التقنية المتطورة، فبعد أن كانت وظيفة الهاتف النقال مقتصرة على الاتصال الضوئي في الجيل الأول كون شبكات الهاتف وقتها تماثلية وليست رقمية، أي مصممة لنقل الصوت لا غير ثم جاء الجيل الثاني المطور من الاتصالات الجوالة الذي أسس على النظام الرقمي ما اكسبه محاسن الأنظمة الرقمية من تحسين جودة الاتصال وصفاء الصوت، كما مكن من مضاعفة سرعة نقل البيانات وتصفح البريد

[1] موقع الشبكة البحثية الأكاديمية http//am.dz/ ، تاريخ التصفح2019/04/20.

[2] مصطفى منشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الالكترونية في التشريع الجزائري والمقارن أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر،2017 ص334.

الالكتروني وتقديم خدمات معلوماتية وغيرها من خدمات المحتوى والترفيه. وبعد الجيل الثاني، ظهر الجيل الثالث ذو الشبكات الهاتفية الخلوية واسعة المساحة، تتميز بنفاذ انترنت عالي السرعة بإمكانية المكالمات المرئية.

وفي سنة 2016 بدأت عملية انطلاق الجيل الرابع للهاتف النقال حيت تفتح خدمات هذا الجيل للهاتف الثابت المعروفة بتقنية "أل تي أو" أفاقا لمواطني القرى والمداشر للربط بالإنترنت فائق السرعة في إطار ما يعرف بالنطاق العريض حيث يمكن أن يصل تدفق بسرعة 150 ميغا بات في الثانية لأبسط قرية في عمق الجزائر، وذلك اعتمادا على شبكة لاسلكية وجهاز مودم وبطاقة شحن.

و / إطلاق بطاقة دفع الكترونية من قبل مركز السجل التجاري وتعميم السجل التجاري الالكتروني:

في سابقة من نوعها اقترح المركز الوطني للسجل التجاري من اجل إعطاء دفعة لنظام الدفع الالكتروني ولتطوير التجارة الالكترونية في الجزائر وسيلة دفع جديدة وهي بطاقة sijil.com وهي بطاقة مؤمنة وسهلة الاستعمال وسوف تتاح للبيع في جميع مراكز السجل التجاري للولايات 48 وهي بطاقة لصلاحية غير محددة قابلة للتعبئة يمكن استخدامها في خدمات الشراء عبر الانترنت.

بالإضافة إلى تفعيل السجل التجاري الالكتروني في شكل شهادة رقمية دائمة على الخط يعوض الصيغة الورقية التي تستخفي بشكل نهائي، مما يساعد على القضاء من البيروقراطية وتسهيل الحصول على المعلومة فضلا عن مواجهة ظاهرة الغش والاحتيال في استعمال السجل[1].

ه / تطبيقات الدفع الالكتروني:

لقد استحدث المشرع الجزائري نظام الوفاء الالكتروني في المعاملات الالكترونية إذ يعتبر الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض[2]، أول قانون جزائري تضمن

[1] صراع كريمة، واقع وأفاق التجارة الالكترونية في الجزائر مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية، تخصص استراتيجية، جامعة وهران، الجزائر،2014، ص 171.

[2] الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق ل 2003/08/26 المتعلق بالنقد والقرض، ج/ ر عدد 52 مؤرخة في 2003/08/27 ص03.

التعامل الالكتروني الحديث في القطاع المصرفي, حيث اتجه المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 69 من الأمر 11/03[1] إلى الانتقال لمن وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل الدفع الحديثة، وبعد ذلك وبصدور الأمر 06/05 المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005[2] المتعلق بمكافحة التهريب، أشار المشرع الجزائري صراحة إلى مصطلح وسائل الدفع الالكتروني، إذ اعتبرها من التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب، وأضاف المشرع الجزائري بموجب القانون 02/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون التجاري فقرة ثالثة للمادة 414 في وفاء السفتجة حيث نص على إمكانية التقديم للدفع أي وسيلة كانت، ومن ضمنها وسائل التبادل الالكتروني، كما تم إضافة نفس الفقرة إلى المادة 502 بمناسبة تقديم الشيك، كما أضاف بموجب هذا القانون باب رابع إلى الكتاب الرابع من القانون التجاري المعنون "السندات التجارية" فصلا ثالثا ضمن بطاقات السحب والدفع، وذلك في نص المادة 543 مكرر 23.

وبذلك وبجملة من الإصدارات أصبح التعامل بالدفع الالكتروني متداول في مختلف شرائح المجتمع ومن أبرز بطاقات الدفع والسحب نجد:

1/ بطاقات السحب لبريد الجزائر: وهي بطاقة مجانية مرتبطة بالحساب الجاري للزبون وهي تمكن حاملها من إجراء عمليات سحب من الشباك الآلي للأوراق النقدية بالإضافة إلى دفع وتسديد فواتير الماء والكهرباء والهاتف.

2/ البطاقة البنكية وهي بطاقات للسحب والدفع ويستفيد منها كل شخص لديه حساب بنكي التي تتعامل مع بريد الجزائر، هذه البطاقة تسمح للعميل بسحب أموال وتسديد قيمة مشترياته مباشرة من المتجر الذي يقبل التعامل معها. تعددت أنواعها وخدماتها بيتعدد البنوك وتنوعها، غير أنها تصب في شكل وهدف واحد هو خدمة تمتاز بالسرعة والأمان.

[1] المادة 69 من الأمر 11/03 تنص، تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل .

[2] المادة 03 من الآمر 06/05 المؤرخ في 23 أوت 2005 تنص في فقرتها الخامسة، لغرض مكافحة التهريب يمكن اتخاذ تدابير وإجراءات وقائية، وفي هذا الشأن يمكن على الخصوص 5/تعميم استعمال وسائل الدفع الالكتروني

المطلب الثاني: معوقات التجارة الالكترونية في الجزائر

في خضم التطورات الاقتصادية والتكنولوجيا الحديثة، تسلطت الأضواء حول أهمية التجارة الالكترونية كظاهرة حديثة تساهم في صياغة العالم المعاصر باستبدال عوامل الإنتاج التقليدية بعنصر المعلوماتية، فقد لاقت هذه الظاهرة رواجا واستحسانا كبيرا وتمكنت في وقت وجيز من فرض وجودها على الدول المتقدمة والعربية على حد السواء، غير أن الجزائر وبالرغم من التطور المحتشم الذي عرفته في مجال التجارة الالكترونية سواء في المجال التشريعي أو التكنولوجي لازالت متأخرة وشبه غائبة.

أ/ العوائق التقنية والتكنولوجية:

1- ضعف البنية التحتية للاتصالات في الجزائر وعدم مواكبتها للتطورات التقنية العالمية التي تشمل على الاتصالات وما يرتبط بها من برامج وتجهيزات سوف يحد من أمن الشبكة المالية ويعيق سرعة نقل البيانات في الشبكة التجارية مما يسبب فشلا في إقامة التجارة الالكترونية، فرغم المجهودات التي تبذلها الجزائر لتعزيز البنية التحتية لاتصالاتها إلا أنها مازالت متأخرة في هذا المجال، فأصبحنا اليوم نسمع عن خدمات الجيل الرابع والخامس إلا أن الجزائر تجد صعوبة في إنجاح التعامل بالجيل الرابع لحد الساعة، فنجاح التجارة الالكترونية يتطلب انشاء بنية تحتية تكنولوجية متطورة تساعد على انتشار استخدام الانترنت وتوفر البيئة المناسبة والدعامة للتجارة الالكترونية والقادرة على تحمل أعباء ومخاطر هذا النوع من المبادلات التجارية.[1]

فالجزائر رغم أن سرعة انتشار تكنولوجيا المعلومات والاتصال، إلا أنها لا تزال تحتل مراتب متأخرة في استعمال تكنولوجيا الاتصال حيث صنف تقرير 2009-2010 صادر عن المنتدى الاقتصادي الدولي الجزائر في المرتبة 113 عالميا من بين 133 دولة في العالم في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال طبعا، وأشار التقرير أن الجزائر في تراجع مستمر في ميدان التكنولوجيا الحديثة؛ حيث بعد أن كانت تحتل المرتبة 80 في 2007-2008 والمرتبة 108 في 2008-2009 لتصل إلى المرتبة 113 في 2009-2010. وحققت الجزائر تقدما جديدا خلال سنة 2018 في مجال تكنولوجيات الإعلام والاتصال دائما من خلال احتلالها المرتبة 83 على المستوى

[1] سمية ديمش، التجارة الالكترونية، حتميتها، وواقعها، في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر،2011، ص275.

الدولي بعدما ارتقت ب 8 مراتب مقارنة بالتقرير الصادر عام 2016، وفي سنة 2019 ارتقت للمرتبة 76 على المستوى العالمي، أما على المستوى الإقليمي فاحتلت المرتبة الأولى مغاربيا والرابعة إفريقيا والتاسعة على المستوى العربي، كما تعد الجزائر رائدة في إفريقيا فيما يخص الولوج الى خدمات الهاتف النقال ذات النطاق العريض.[1]

فحسب هذه الإحصائيات العالمية فهي متأخرة بشكل كبير في هذا المجال، ومن أسباب ذلك هو محدودية الخدمات الهاتفية الثابتة التي تؤثر بشكل كبير على الإقبال على الانترنت، فلا يمكن بأي شكل من الأشكال التوسع في استخدام الانترنت دون توفر الخدمات الهاتفية أيضا، بالإضافة الى المبالغة في تكاليف الاشتراك في هذه الشبكة سواء غلى الأفراد أو الشركات واتجاه مقدمي خدمات الانترنت الى تغطية تكاليفهم برفع الأسعار.[2]

وحتى بالنسبة للعتاد اللازم للإنترنت والذي يشمل أساسا أجهزة الكمبيوتر، الجزائر تعتبر من البلدان ذات التجهيز المنخفض بالحاسوب، الأمر الذي يشكل عائقا على استعمال الانترنت باعتبار الحاسوب الآلي يعد أهم وسيلة للنفاذ الى الشبكة وممارسة أي عمل تجاري هذا من جهة، ومن جهة أخرى ما يزيد من امتناع الجزائريين على استخدام تقنية الانترنت هو سوء خدمة الاتصال.

ب/ ضعف الثقافة الفنية والوعي التكنولوجي بين أفراد المجتمع الجزائري:

إن الثقافة ومعرفة أساس التجارة الالكترونية أداة ضرورية لانتشارها وتطورها لاسيما بين المؤسسات التجارية والقطاعات الإنتاجية، ويعد نوعية ومستوى التعليم في أي بلد وسيلة مهمة في نشر الثقافة والاستخدام الالكتروني، فهناك فئة واسعة من الجزائريين تعاني من ضعف مستوى الوعي بالاستخدام الصحيح لتقنية المعلومات في قطاع الأعمال، وهذا الضعف يفسر في جانب منه بانتشار ظاهرة الأمية المعلوماتية والتي يقصد بها الجهل بأساليب ووسائل التعامل بأجهزة الحاسب الآلي والبرمجيات، بالإضافة إلى أن الاستهلاك الافتراضي أو التسوق الالكتروني غير متداول في المجتمع الجزائري، فالمستهلك من طبعه يرغب في معاينة البضائع والخدمات عن قرب وخروجه

[1] أنظر الموقع، www.aps.dz مقال ادرج في01 ديسمبر 2018، تاريخ الاطلاع يوم 28 جانفي 2019 على الساعة 10.30

[2] فارس مسدور، كمال رزيق، التجارة الالكترونية وضرورة اعتمادها في الجزائر في الألفية الثالثة، الملتقى الوطني الأول حول الاقتصاد الجزائري جامعة سعد دحلب، البليدة، الجزائر، يومي 21 و22 ماي2002.

إلى التسوق يعد بمثابة نزهة له، ضف إلى ذلك التخوف من استلام منتوجات غير مطابقة لطلبياته أو عدم الاستلام الكلي، فثقافة الاستهلاك عن بعد لم تنضج بعد لدى المستهلك الجزائري.[1]

ومن جهة أخرى يوجد نوع من التجارة الالكترونية وهو التجارة البسيطة التي يكون فيها التنفيذ بتحديد المكان والزمان وتعيينها بالإضافة إلى انتشار جملة من الشركات الالكترونية الأجنبية كسبت ثقة لدى الشباب الجزائري منها: Qnet, Word, opes, oriflamme, forex وغيرها تعتمد في مجملها على التسويق الشبكي واستلام عملات والدفع بواسطة بطاقات الائتمان، وبذلك فالمجتمع الجزائري أخذ يتقبل ويتماشى مع هذا النوع من التجارة لاسيما أن هناك من يعتمد عليها لكسب المال بصفة منتظمة دون انقطاع.

ج/العوائق التجارية: يمثل التحول من بيئة التجارة التقليدية إلى بيئة التجارة الالكترونية تحديا حقيقيا أمام المؤسسات والمشروعات التجارية في الدول العربية، وخاصة بالنسبة للجزائر أغلب مؤسساتها ومشروعاتها لديها نوع من الجمود وعدم قبول أي تغيير ويمكن تلخيص أهم العوائق التجارية التي تمنع انتشار التجارة الالكترونية في الجزائر ما يلي:

1- عدم توفر حوافز ممارسة التجارة الالكترونية لدى المؤسسات: يعود ذلك لقصور رؤوس الأموال لدى المؤسسات والأفراد، مما يحد من إمكانية تطبيق وتجسيد الأفكار والإبداعات والانطلاق في مشروعات تجارية الكترونية[2] فقد انعكست التكاليف المرتفعة لتوصيل خدمات الاتصال بالإنترنت إلى المؤسسات والتجهيز بالحواسيب واستضافة المواقع وتجديدها على انخفاض عدد مواقع التجارة الالكترونية الجزائرية، فأغلبية المؤسسات والشركات تتوافر على موقع الكتروني غير أنه يتضمن بعض المعلومات والتواريخ ولا يمد المستهلك بشيء منتظم وجديد.

2- ضعف التوجيهات والمساعدات اللازمة للتحول للتجارة الالكترونية: ويكمن ذلك في

[1] إبراهيم بختي، مرجع سابق، ص58.

[2] رشيد علام، عوائق تطور التجارة الالكترونية في الوطن العربي، دراسة حالة، الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في ادارة الأعمال، فرع تجارة الكترونية، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، المملكة المتحدة، بريطانيا، 2010، ص 153، محملة من موقعwww.abahae.co.uk

* محدودية حجم التجارة الالكترونية سواء بين الشركات التجارية نفسها أو بينها وبين مورديها المحلين أو حتى بينها وبين المستهلكين، وعجز الاستراتيجية الحكومية لدعم المشروعات التجارية الوطنية للمنافسة مع نظيراتها العالمية[1].

* قصور أسواق رأس المال لدعم مشروعات التجارة الالكترونية وبذلك يصعب على الأفراد المبدعين الحصول على الفرص للانطلاق في مشروعاتهم التجارية الالكترونية.

* عدم تأدية حاضنات الأعمال المتعلقة بتطوير التجارة الالكترونية دورها، نظرا لعدم تكيفها مع الظروف وعدم اقتراح مشروعات جديدة من قبل المؤسسات خاصة بالتجارة عبر الانترنت. وضعف المحتوى المعلوماتي المساند لأنشطة المؤسسات[2].

3 / ضعف البنية التحتية للدفع الالكتروني: تعترض الجزائر تحديات كبيرة في مجال الدخول إلى عالم التجارة الالكترونية، والتي من بينها غياب البنية التحتية التي تسمح بتسديد تكاليف المشتريات عبر الانترنت، فضعف وعدم توفر الوسائل الخاصة بالدفع الالكتروني يلعب دورا كبيرا في عمليات التجارة الالكترونية الجزائرية، ومن شأنه عرقلة نمو هذا النوع الحديث من المبادلات فوسائل الدفع المستعملة في الجزائر تتميز بأنها تقليدية في اغلبها، وقد تأخرا البنوك الجزائرية كثيرا في إصدار وسائل دفع حديثة تتماشى مع التطورات التكنولوجية بحيث أعطيت إشارة انطلاق نظام الدفع الالكتروني باستعمال البطاقات البنكية نهاية 2005. وحتى يكون هذا النظام المتعلق بالدفع الالكتروني فعالا ويساهم في تطوير التجارة الالكترونية، لا بد أن يشمل وسيلة دفع مؤمنة إن نوع البطاقات الصادرة من طرف المنظومة البنكية الجزائرية هي بطاقات سحب ودفع CIB عمم استعمالها سنة 2007، إلا أنها لم ترقي بعد إلى المستوى الذي يخولها تشجيع نمو التجارة الالكترونية، لا بد أن يشمل وسيلة دفع مؤمنة، أن نوع البطاقات الصادرة من طرف المنظومة البنكية الجزائرية هي بطاقات سحب و دفع CIB عمم استعمالها سنة2007، الا أنها لم ترقى بعد

[1] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص121

[2] مصطفى منشور وسيمة، مرجع سابق، ص 317.

إلى المستوى الذي يخولها تشجيع نمو التجارة الالكترونية، ففضلا عن انخفاض عدد البطاقات غير مستخدمة في عمليات سحب الأموال أكثر من تسديد المشتريات.

ويمكن تفسير ضعف البنية التحتية للدفع الالكتروني وتأخر البنوك في تطويرها بالعوامل التالية:

* ارتفاع تكاليف الاقتناء: فوضع البنوك لنهائيات الدفع الالكتروني والموزعات الآلية للنقود وإصدار البطاقات يتطلب منها تحمل استثمارات وتكاليف جد مهمة للبعث والتجديد ومتابعة الابتكارات والتكييف مع التكنولوجيا الحديثة فهذه التجهيزات تتميز بسرعة التطور.

* تخوف البنوك من إصدار البطاقات الائتمانية يسبب عدم التأكد من التزام حاملي البطاقات بتسديد الديون المستحقة عليها وتحمل البنك مصدر البطاقة نفقات ضياعها.

* رداءة الخدمات البنكية وكثرة تعطل الموزعات الآلية مما ينتج رفض المواطنين لاستخدام النقود الالكترونية، فلابد من عتاد تكنولوجي وخطوط هاتفية وأسلاك موثوق بجودتها وصيانتها باستمرار.

الباب الأول: حماية المستهلك قبل وأثناء إبرام العقد الالكتروني

تنشأ العقود عموما بتوافر أركان أساسية مجتمعة متكاملة؛ على اختلاف أنواعها سواء كانت تقليدية أو الكترونية، تمر بمراحل يلتزم فيها الأطراف بالتزامات تختلف من عقد لآخر. وحماية لأطراف العقد تم ضبطها بقواعد قانونية تتماشى مع خصوصيتها وأطرافها، لاسيما إن كانت العلاقة التعاقدية غير متوافقة مثل عقود الاستهلاك، فقد راعى المشرع ضعف المستهلك؛ فلجأ لحمايته مدنيا وجنائيا عبر مختلف مراحل العقد، فالتعاقد يتم بعد أن يضطلع المستهلك على محل العقد بوسيلة الكترونية يقرر إبرامه.

العقد الالكتروني كغيره من العقود يمر بمراحل تبدأ بالتفاوض بعد الاطلاع على إعلان الكتروني؛ لغاية تحقق رغبته في التعاقد ويبرم العقد ثم ينفذ، وجميع هذه المراحل يحتاج فيها المستهلك الالكتروني إلى حماية خاصة باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة.

لذا ارتأيت في هذا الباب، دراسة وتوضيح الحماية التي تكفلها التشريعات للمستهلك في مرحلتي التفاوض وابرام العقد، فتطرقت فيه الى فصلين، الأول بعنوان حماية المستهلك في مواجهة الاعلانات الالكترونية المخادعة وأثناء التفاوض، وتطرقت في الفصل الثاني إلى حماية المستهلك أثناء إبرام العقد.

الفصل الأول: حماية المستهلك الالكتروني في مواجهة الإعلانات الالكترونية المخادعة وأثناء التفاوض

قدرة المستهلك على التعامل مع جهاز الحاسوب أو غيرها من الوسائل الإلكترونية وشبكة الانترنت سهل عليه الوصول إلى المنتجات والخدمات التي يريدها فهو يتلقى في اليوم الواحد مئات الرسائل الإلكترونية، وقليل منها التي يبدي لها اهتماما. لهذا يتعين تحديد القيمة القانونية لهذه العروض وما تسفر عنه من تفاوضات لاقتناء حاجاته في ظل التجارة الالكترونية.

المبحث الأول: حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الالكترونية المخادعة.

تعتبر شبكة الانترنت نافذة مفتوحة أمام الملايين من الناس، فهي صالة عرض لكافة المنتوجات والخدمات، فالبريد الالكتروني ومواقع الانترنت والتفاعل المباشر تتلخص جميعها في هدف واحد، ألا وهو عرض أنواع متباينة من المنتوجات أو الخدمات للمستهلك والتعاقد معه من خلالها.

المطلب الأول: ماهية الإعلان الإلكتروني

يعد الإعلان[1] شكلا من أشكال الاتصال يوجه إلى التشجيع المباشر، أو غير المباشر لاقتناء السلع أو الخدمات، كما يهدف إلى إعطاء صورة معينة لشركة أو هيئة أو شخص له نشاط تجاري أو صناعي أو صاحب مهنة حرة، قصد التعريف والترويج للسلع أو الخدمات المعروضة، ويظل الهدف الرئيسي من الإشهار هو الاتصال بمجموعة المستهلكين وإثارة التعاقد معهم.

الفرع01: تعريف الإعلان الإلكتروني وطبيعته القانونية

الإعلان الالكتروني في مفهومه الحديث ومبادئه لا يختلف كثيرا عن الإعلان التقليدي، خاصة في مبادئه وشروطه التي تتطلب المصداقية والوضوح، حتى يتمتع المستهلك بالأمان حيث تسعى المؤسسات الحديثة للاهتمام به تجاوبا مع متطلبات الواقع الحالي، خاصة في ظل التجارة الإلكترونية التي عرفت تطورا سريعا واضحا بفضل تبني هذه التكنولوجيا من قبل العديد من

[1] إن الإعلان أو الإشهار يعد علما قائما بذاته له أسسه ومناهجه، مواضيعه وتقنياته يدرس في الجامعات كباقي العلوم الأخرى، هذا بالإضافة إلى أنه فن في التطبيق والممارسة يتطلب الإبداع حتى يصل إلى الفئات المستهدفة ويكتسي الإشهار أهمية بالغة بالنسبة للمنتج والمستهلك وكذلك رجل الإعلام.

المنتجين، ماجعل اليوم المؤسسة أمام تحدي كبير في كيفية الوصول إلى المستهلك عن طريق الإعلان الإلكتروني.

أولا: تعريف الإعلان: في البداية لابد من تعريف الإعلان لغة فكلمة الإعلان، يعلن ومصدرها العلانية توحي بالإظهار والإشهار والجهر بالشيء.[1]

الإعلان اصطلاحا: يهدف الإعلان التجاري، إلى تقديم السلع والخدمات إلى المستهلكين لتعريفهم بها، وحثهم على الحصول عليها، بواسطة رسالة يوجهها التاجر المحترف بأي وسيلة من وسائل الإعلان للمستهلك، بما في ذلك الانترنت، يصطلح على الإعلان التجاري في حالة استعمال وسائل الاتصال الإلكترونية "الإعلان التجاري الإلكتروني". ويكمن الفرق بين الإعلان في صورته التقليدية والإعلان في صورته الإلكترونية في الوسيلة المستعملة، حيث يتم الاستعانة بالوسائل التقليدية المقروءة كالنشرات والمطبوعات والجرائد، أو المسموعة مثل الراديو، أو المرئية مثل التلفزيون. في حيث أن الإعلان الإلكتروني يستعين بوسائل الاتصال الحديثة، التي تتمثل في الأجهزة الإلكترونية المزودة بخدمة الانترنت سواء هاتف ذكي أو جهاز حاسوب متصل بالإنترنت.

إذا لتعريف الإعلان الإلكتروني نرجع إلى تعريف الإعلان التجاري التقليدي حيث عرف بأنه: "وسيلة مدفوعة الأجر لإيجاد حالة من الرضا والقبول النفسي في الجماهير، لغرض المساعدة على بيع منتج أو خدمة أو بموافقة الجمهور على قبول فكرة أو توجيه جهة بذاتها".[2]

ويعرف كذلك أنه: "وسيلة تهدف إلى التأثير النفسي على المستهلكين تحقيقا لغاية تجارية، يفترض فيه التكرار والإلحاح وتسليط الفكرة على المتلقي باستخدام كل ما من شأنه إلهاب الخيال، واجتذاب العين وإطراء الأذن، في نفس الوقت الذي يتم فيه إظهار محاسن المنتج، أو الخدمة بقصد حث المستهلك وتحريضه على الاستهلاك".[3]

---

[1] خليل صابات، الإعلان، تاريخه، أسسه وقواعده، فنونه وأخلاقياته الطبعة الثالثة، مكتبة الاتجار المصرية، القاهرة، مصر 1997، ص18.

[2] منى الحديدي، الإعلان الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى، مصر، 1990، ص30.

[3] موقف حمادة عبد، الحماية المدنية في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري ومنشورات زين الحقوقية، بغداد، 2011، ص39 – 40.

وبذلك يعرف الإعلان الإلكتروني أنه: "تلك المعلومات الموضوعة تحت تصرف الجمهور عبر مواقع الانترنت والمتعلقة بالمنتجات والخدمات، ذات طابع إعلاني تهدف إلى دفع المتجولين عبر المواقع إلى شراء هذه المنتجات".[1] يلاحظ من هذا التعريف نظرته الضيقة؛ فهو يشير فقط إلى الإعلان عبر الانترنت، وهذا لكثرة وتنوع تطبيقات هذا الأخير مقارنة بالوسائل الإلكترونية الأخرى، التي تدخل ضمن نطاق الإعلان الإلكتروني.

ثم ظهر تعريف آخر بمفهوم أوسع وأشمل مما سبق، إذ يعتبر الإعلان الإلكتروني: "ذلك الإعلان الذي يتم عبر الطرق الإلكترونية، في مقدمتها الانترنت، حيث يتميز هذا الإعلان بالمرونة وقلة التكاليف قياسا بالطرق التقليدية، وسرعة الانتشار واتساع الرقعة الجغرافية له، مع إمكانية التوجيه الدقيق للشرائح المستهدفة واستخدام الوسائط المتعددة مثل الأصوات والصور المتحركة ومقاطع الفيديو".[2]

التعريف التشريعي للإعلان الالكتروني:

عرف **المشرع الجزائري** الإشهار في الفقرة08 من المادة02 من المرسوم التنفيذي رقم90/39[3] على النحو التالي: "جميع الاقتراحات، والدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج وتسويق سلعة أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية".

وعرفته أيضا المادة 03 الفقرة 03 من القانون رقم 02/04[4] الصادر في 23 يونيو 2004 بأنه "كل إعلان يهدف بصورة مباشرة إلى ترويج السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

---

[1] محمد أحمد أبو القاسم، التسويق عبر الانترنت، دار الأمين، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2000، ص110.

[2] زواوي عمر حمزة، تأثير الإعلان الإلكتروني على السلوك الاستهلاكي للفرد –دراسة عينة من المستهلك الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم التجارية –تخصص تسويق، جامعة الجزائر3، 2012، 2013، ص88.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 03 رجب عام 1410 الموافق ل30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، جريدة رسمية عدد 05 الصادرة سنة 1990 –معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01 – 315

[4] قانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية – جريدة رسمية رقم 41 مؤرخة في 27 جوان 2004 معدل ومتمم بالقانون رقم 10 06 المؤرخ في 15 غشت 2010 جريدة رسمية 46 مؤرخة في 18-08-2010.

وعرف المشرع الجزائري الإشهار الإلكتروني في القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في نص المادة 06: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: الإشهار الإلكتروني: كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

وبذلك أبقى المشرع على نفس المفهوم دون تغيير إلا بإضفاء الصبغة الإلكترونية على الإعلان أي الفرق بين الإعلان التقليدي والإعلان الإلكتروني هو استعمال الاتصالات الإلكترونية في الإعلان الإلكتروني.

بالرجوع إلى **التشريع المقارن**، نجد أن التوجيه الأوربي رقم 84/45 CEE[1] المؤرخ في 1984/09/10 المعدل بالتوجيه الأوربي 2005/29 CEE المؤرخ في 2005/05/11 اعتبر الإشهار بأنه كل اتصال مهما كان شكله في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرة يهدف إلى ترويج السلع أو الخدمات بما في ذلك الأموال العقارية، وكذا الحقوق والالتزامات.

أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في نص المادة 02 من المرسوم رقم 92 – 280 الصادر في 27-03-1992 حيث جاء فيها أنه يعد إشهارا كل رسالة مرئية منشورة بمقابل قصد ترويج سلعة أو خدمة في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرة في إطار ترويج نشاط شركة عامة أو خاصة.[2]

ويتضح مما تقدم أن التعريف الوارد في التشريع الجزائري جاء مجمله مشابها للتعريف الوارد في التشريع المقارن المذكور، إذ شمل وسائل الاتصال المستعملة في الإشهار على سبيل المثال لا الحصر، من بينها شبكة الانترنت. لكن الإشهار عبر الانترنت هو إشهار إلكتروني يتم عن بعد، والمشرع الجزائري لم يتناول هذا النوع من الإشهار رغم وجوده منذ فترة من الزمن،

[1] La directive CEE N° 84/450 du 10 septembre 1984 définit la publicité comme, toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale industrielle, artisanale ou libéral dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligation .

[2] L'article 2 du décret N° 92/280 du 27-03-1992 pris pour l'application du loi de l'article 27 de la loi du 30-09-1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage, pour l'application du présent décret, constitue une publicité toute forme de message télévisé diffuse contre rémunération au autre contrepartie en vue sous de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanal ou de profession libérale, soit d'assure le promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée, cette définition n'inclut pas les offres directes au public en vue de la vent, de l'achat ou de la location de produits ou en vue de la fourniture de services contre rémunération .

مثل ذلك الإشهار عبر التلفزيون والراديو، وهي أساليب سمعية بصرية، في حين نص المشرع الفرنسي على الإشهار عن بعد في نص المادة 01 من نفس المرسوم إذ تضمنت الإشهار عبر الموجات الهرتزية الأرضية أو الرقمية.[1] كما عرف الإشهار الإلكتروني في نص المادة 20 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي المؤرخ في 2004/06/21،[2] واعتبره الإشهار الذي يتم بأي شكل من الأشكال يمكن الوصول إليه من خلال خدمة اتصال على الخط يكون واضحا ومحدد المصدر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا يكون الإشهار في خدمته.

ولم يتضمن القانون المدني المصري تعريفا محددا للإعلان، ولكن القانون رقم 66 لسنة 1956 بشأن تنظيم الإعلانات عرف الإعلان Advertising في المادة 01 منه بأنه: "أية وسيلة أو تركيبة أو لوحة صنعت من الخشب أو المعدن أو الورق أو القماش أو البلاستيك أو الزجاج أو أية مادة أخرى، وتكون معدة للعرض أو النشر بقصد الإعلان، بحيث تشاهد من الطريق أو بداخل أو خارج وسائل النقل العام". ويلاحظ أن هذا التعريف لم يبين ماهية الإعلان وإنما بين فقط أدوات ووسائل الإعلان. وقد جاء قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 خاليا من تعريف محدد للإعلان ولكنه عرف المعلن بأنه: "كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو خدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أي وسيلة من الوسائل".[3]

انطلاقا من التعاريف السابقة، واستنادا للمفاهيم الأساسية للإعلان الإلكتروني، فإن هذا الأخير يتميز بمجموعة من الخصائص، يمكن إجمالها فيما يلي:

-إمكانية تعرف المستهلكين والمشترين وغيرهم من المهتمين بالإعلانات دون محددات زمنية، فيكون لهؤلاء فرصة الاطلاع على الإعلان ومشاهدته في أي لحظة قد يدخلون فيها إلى موقع الإعلان.

---

[1] Article 01 du décret N° 92/280 du 27 Mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loin 86 1067 du 30-09-1986 et fixant les principes généraux définissant les ablégations des éditeurs de services en matières de services de télévision l'article 15 Le présent décret est applicable aux éditeurs de services autres que de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique, dans des conditions fixées par la convention conclue avec le conseil supérieur de l'auctiovisuel .

[2] L'article 20 de la loi du 21 Juin 2004 dispose que، Toute publicité sous quelque forme que ce sort accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée .

[3] خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 106.

-إمكانية الاستفادة مما توفره وسائل التكنولوجيا الحديثة للاتصال، كالواقع الافتراضي والتفاعلية والجاذبية في تصميم الإعلان الإلكتروني، وذلك من خلال برامج إلكترونية تمزج الواقع بالخيال.

-إمكانية عرض الإعلانات بطرق أكثر وضوحا في مخاطبة المستهلكين، أي قدرتها على إقناعهم وتحفيزهم من خلال المعلومات التي توفرها، أو دعوتهم من قبل المعلنين إلى زيارة مواقعهم الإلكترونية التي توفر معلومات تفصيلية أكثر.

-قلة تكاليف الحملة الترويجية الإلكترونية، إذ أن تكلفة أكبر حملة ترويجية على الانترنت مثلا، تقل من 20% إلى 40% عن تكاليف حملة إعلانية بالطرق التقليدية.

-سرعة انتشار الإعلان الإلكتروني تصل إلى أعداد كبيرة تقدر بالملايين، بأوقات قصيرة مقارنة بغيرها من الطرق الدعائية التقليدية.

-إمكانية التفاعل الفوري مع الإعلان، حيث يمكن للمشاهد أن يشاهد معلومات أكثر عن المنتج، أو حتى أن يشتري المنتج فورا إلكترونيا، وذلك بدوره يزيد من المبيعات ويقلل من تكاليف عمليات ما قبل البيع.

-إمكانية توجيه الإعلان الإلكتروني إلى الشريحة المستهدفة بطرق أدق، مع قياس فعالياتها عبر عدة وسائل منها: عدد النقرات، الشراء الإلكتروني المباشر، تفعيل الخدمة ... إلخ

-المرونة في سحب أو تغيير الإعلان الإلكتروني بسهولة حتى بعد البدء بالحملة الدعائية، مع إمكانية التحكم في ظهوره عن طريق برمجته إلكترونيا في أوقات معينة.

ثانيا: الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني

بما أن الإشهار (الإعلان) يحمل بيانات إلزامية متنوعة ومتعددة، فكان لزاما تحديد طبيعته القانونية من حيث تجاريته من جهة ومن حيث تحديد قيمته القانونية من جهة أخرى.

أ/ تجارية الإشهار:[1] لم يعد هناك أدنى شك أن الإشهار يعد عمل تجاري، بل أن العديد من القوانين التجارية في العديد من الدول نصت على ذلك صراحة. فقد نص قانون التجارة الكويتي النافذ

[1] محمد بوراس، النظام القانوني للإشهار والخدمات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014 ص 45-46.

بموجب المادة 05 من الفقرة 14 على أنه: "تعد أعمالا تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور التالية – بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته:

14- الطبع والنشر والصحافة والإذاعة ونقل الأخبار والصور والإعلانات وبيع الكتب".

وعلى نفس المنوال سار المشرع الإماراتي إذ جاء في نص المادة 06 من القانون التجاري الموحد النافذ الفقرة 11: "تعد الأعمال التالية أعمالا تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف:

11- أعمال الطباعة والنشر والتصوير والتسجيل والإعلان".

وبهذا أيضا شرع المشرع المغربي إذ جاء في المادة السادسة من قانون التجارة النافذ فقرة 13: "مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع – يقصد القسم المتعلق بالشهر في السجل التجاري- تكسب صفة التاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

13- مكاتب ووكالات الأعمال والأسفار والإعلام والإشهار.

وبدوره المشرع التونسي نص في المادة الثانية من قانون التجارة التونسي: "وبالأخص يعد تاجر كل من يمارس بشكل احترافي الأعمال التالية:

5- أعمال الإشهار والطبع والاتصال ونقل الأخبار والتسجيل".

وقد نص كذلك المشرع المصري على تجارة الإشهار من خلال النص على تجارة وكالات الأعمال التي منها: نقل الأخبار، البريد، الاتصال، الإعلان، أعمال مكاتب السياحة، الفراج الجمركي وما يرتبط بعمليات التصدير والاستيراد ومكاتب الاستخدام.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه وإن لم ينص صراحة في القانون التجاري الجزائري على تجارة الإشهار إلا أنه يمكن استنتاج ذلك من النصوص المتاحة في القانون التجاري ذاته. فقد نص بموجب المادة الثالثة منه على الأعمال التجارية حسب الشكل والتي من ضمنها وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان صنفها ويدخل ضمن ذلك وكالات الإشهار.

أما إذا كان الإشهار صادر من تاجر أو لصالح تاجر – وهذا هو الغالب – فلا مناص من تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية طبقا لنص المادة 04 من قانون التجاري الجزائري – فالإشهار يكتسب الوصف التجاري لصدوره من تاجر ولحاجيات نشاطه التجاري.

* القيمة التعاقدية للإشهار: قبل التفصيل في القيمة التعاقدية للإشهار ينبغي التأكيد على ضرورة التفريق بين الإشهار كأسلوب اتصالي تنافسي وعقد الإشهار، فعقد الإشهار يعد عقدا بالمعنى القانوني الدقيق، فلإنجاز الرسالة الإشهارية تبرم العديد من العقود، فقد يبرم عقد بين المعلن ووكالة الإشهار أو بين وكالة الإشهار من جهة والإدارة الإشهارية من جهة أخرى. وقد تكون جملة العقود داخل وكالة الإشهار أو إدارة الإشهار فقد تبرم عقد بين ممثلي الإشهار ووكالة الإشهار أو عقد بين مؤلف الإشهار والمعلن وهكذا، وبذلك فإن كل تلك العقود تدخل ضمن مجال عقد الإشهار، وهو بهذا المنطق عقد لا خلاف بشأنه.

أما ما نحن بصدد مناقشته فهو القيمة التعاقدية للإشهار كأسلوب اتصالي تنافسي بعيدا عن عقد الإشهار. إذ يناقش الفقه القيمة التعاقدية للإشهار، والحقيقة أن هذا النقاش يدخل ضمن نقاش أعم يتعلق بالقيمة القانونية للإشهار فهل للإشهار قيمة قانونية؟

ذهب بعض الفقه أنه رغم الإيمان بدور الرسالة الإشهارية وأهميتها بالنسبة للمستهلك إلا أن ذلك لا يؤدي بالضرورة إلى الاعتراف بقيمتها القانونية، استنادا إلى أنها تمثل صورة من صور المبالغات التي يسمح بها القانون أو يجري عليها عرف التجار.[1]

بينما ذهب الرأي الغالب في الفقه إلى الاعتراف بالقيمة القانونية للرسالة الإشهارية، فالإشهار لم يعد تصرفا ماديا ليس له مدلول قانوني يقوم به المعلن للحث على الاقتناء، بل أصبح تصرف قانوني له نظامه الخاص وقيمته القانونية، وإن كان الأمر كذلك فقد اختلف الفقه في ماهية القيمة القانونية للرسالة الإشهارية؟ فهل يعد الإشهار مجرد دعوة إلى التفاوض؟ أم أن الإشهار يرقى ليصبح داخلا في المرحلة السابقة على التعاقد؟ أم أن الإشهار يعد إيجابا فتصبح له قيمة تعاقدية؟

ذهب بعض الفقه [1] إلى اعتبار الإشهار مجرد دعوة إلى التفاوض فطالما أن النشر والإشهار يأتي غالبا من تبيان الثمن والعناصر الجوهرية الأخرى للعقد فلا يعتبر إيجابا باتا بل هو مجرد دعوة على التعاقد قد يتبعها إيجابا ثم قبول.

[1] حسن عبد الباسط جنيدي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 ص 76.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى نص بعض المشرعين صراحة على ذلك، إذ تقضي المادة 80 من القانون المدني العراقي وكذا المادة 40 من القانون المدني الأردني على اعتبار النشر والإعلان وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار مجرد دعوة إلى التعاقد فلا تعتبر عند الشك إيجابا.

وهو نفس الحكم الذي تنص عليه المادة 134 من مشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، إلا أن ذلك النص تم حذفه في لجنة المرافعة لعدم الحاجة إليه ويمكن للقضاء تطبيقه دون النص عليه[2]. وهذا الاتجاه هو ما طبقته محكمة النقض في سورية في حكم مشهور لها مؤرخ في 1973/12/28 الذي جاء فيه أن مجرد النشر والإعلان وحتى بيان الأسعار لا يكون إيجابا وإنما دعوة إلى التعاقد[3]. وهو الاتجاه الذي استقر عليه القضاء ولفترة طويلة من الزمن[4] والواقع أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد لأنه لا يتماشى مع التطور الذي عرفه النشاط الإشهاري، فالرسائل الإشهارية تتوافر فيها جميع صفات الإيجاب.

ويرى اتجاه أخر أن الإشهار وإن لم يكن مجرد دعوة إلى التفاوض فهو يعتبر مرحلة عامة من المراحل التي تسبق العقد، وتعرف المرحلة السابقة للتعاقد على أنها تلك المرحلة التي يتم فيها اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر يتم خلالها تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل.

ويكمن الخلاف بين اعتبار الإشهار مجرد دعوة إلى التفاوض أو أنه يشكل مرحلة هامة من المراحل السابقة على العقد هو أن الفقه يميل إلى اعتبار المرحلة السابقة على العقد مرحلة قائمة على مسؤولية بخلاف الدعوة إلى التفاوض، فإن اعتبر الإشهار مرحلة من المراحل السابقة على العقد وتخلف المعلن عن الوفاء بما ينجم عنها يسأل ويلزم بالتعويض.

ولم يسلم هذا الرأي من النقد باعتبار أن الإشهار لم يعد أيضا مجرد مرحلة سابقة على التعاقد ويذهب غالبية الفقه إلى اعتبار الإشهار إيجابا بكل معنى الإيجاب فهو يرقى لتكون له قيمة تعاقدية.

---

[1] بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 18-19.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء الأول، المجلد الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 220.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 19

[4] Stéphane PIEDLIEVRE, droit de la consommation. Economica.Collection Corpus série, Paris,2020, P78.

فيما أن الإشهار يحمل بيانات إلزامية ومتعددة، فكان لزاما تحديد طبيعته القانونية من حيث تحديد قيمته القانونية إن كان إيجابيا أو مجرد دعوة للتفاوض، وذلك من خلال تحديد معايير خاصة تمكننا من أن نفرق بينه وبين الإيجاب[1].

فالعقد يبرم حيث يقدم أحد الأطراف إيجابا باتا ونهائيا ويقبله الطرف الآخر، وإذا كان المخاطب بالإيجاب مجموعة محددة من الأشخاص مثل فئة الأطباء أو المهندسين من درجة معينة مثالا فإن أي شخص تنطبق شروط الإيجاب يمكن له أن يتقدم بقبوله، بينما العرض الذي يوجهه شخص إلى آخر لا يعتبر إيجابا ما لم يكن جازما وباتا، فالعرض يعتبر أدنى مرتبة من الإيجاب، إذ لا يعدو أن يكون مجرد دعوة للدخول في مفاوضات، واذا صادف هذا العرض موافقة من الطرف الآخر، اعتبر ذلك رضا للدخول وليس قبولا يؤدي إلى إبرام العقد.[2]

ولذلك يثور التساؤل عند الإبحار والتجول بين صفحات الويب التي لا تخلو من عرض المنتجات والخدمات، عما إذا كانت تلك الصفحات تحتوي على الإيجاب بالمعنى القانوني أم لا؟ أو بمعنى آخر هل يمكن اعتبار الإعلان التجاري الموجه إلى الجمهور عبر شبكة الانترنت إيجابا؟

ويقول "تيبو فاربياست Thibault Verbiest" بصدد هذه الفكرة أنه على القضاء في المستقبل تحديد إطار الإشهار وإطار الإيجاب، لأن تكنولوجيا الانترنت جعلت الفاصل بينهما صعب التحديد[3]. كما يتساءل "أوليفي إتيانو Olivier Iteanu" إن كان الإيجاب الإلكتروني إشهارا في الوقت نفسه، ويضيف قوله إن الفارق بين الإشهار والإيجاب استعمال تكنولوجيا الانترنت في طريق الزوال.

إن الصعوبة تكمن في الفرق بين الإيجاب والإشهار في حالة ما اذا كان الإشهار يحتوي على كل البيانات اللازمة التي تجعله يتضمن عرضا باتا وجازما للتعاقد، حيث أنه لو كان الإشهار يتضمن في الوقت نفسه العناصر الأساسية الواردة في الإيجاب مما تفيد الرغبة في التعاقد، فإنه في الحالة هذه يعد إيجابا وإشهارا في نفس الوقت، إذ لو اقترن بالقبول انعقد العقد ورتب جميع الآثار

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 69.

[2] خالد ممدوح ابراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 111.

[3] Thibault Verbiest, Le nouveau droit du commerce électronique en droit français.La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur .2005 p.135.

القانونية، أما إذا لم يحتوي على العناصر الأساسية في الإيجاب فيعد في هذه الحالة مجرد إشهار يشمل على دعوة للتفاوض، وتطبق عليه جميع النصوص القانونية المنظمة له[1].

تعتبر بعض الأنظمة القانونية الوضعية ذلك مجرد إعلان Advertising ولا يحتوي على إيجاب، كالقانون الكويتي، وبالعض الآخر يعتبره دعوة إلى التعاقد Invitation to treat وتمهيدا للتفاوض Preliminary negotiation كالقانون الإنجليزي، وإيجابا offer ورغبة في التعاقد كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي، أما القانون المدني الألماني BGB فقد ذهب إلى أنه فيما يتعلق إلى أكثر من شخص فان للمحكمة أن تفصل في كل حالة على حدة دون الالتزام بقواعد معينة[2].

وللفرق بين الإيجاب والإشهار استند الأستاذ "تيبو فاربياست Thibault Verbiest" على معايير بين أحدهما موضوعي متمثلا في البيانات والآخر شكلي متمثلا في الضغط على الأيقونة مستندا على النصوص القانونية الفرنسية نستعرضها كالآتي:

أ- مضمون البيانات: يقول "تيبو فاربياست Thibault Verbiest": "أن الإشهار الذي يتضمن البيانات الموجودة في الإيجاب هو في الوقت نفسه إيجاب وإشهار، حيث يشمل عرضا جازما للتعاقد وكذلك التعريف بالمنتوج قصد جلب أكبر عدد ممكن من المستهلكين، بمعنى أنه إذا كان موضوع الإشهار يتضمن كل البيانات القانونية اللازمة للتعاقد والمنصوص عليها قانونا، حينئذ يكون هذا إيجابا، أما إذا كان يتضمن كل البيانات القانونية، أو نص جزء منها فتكون بصدد إشهار لا يعلو على درجة الإيجاب الذي يتميز بالعزم الجازم والإرادة المصممة على التعاقد، فمعيار الفرق حسب رأيه معيار موضوعي يتحدد بموضوع الإشهار.

ب-الضغط على الأيقونة: يبين "تيبو فاربياست Thibault Verbiest" هذا الفرق على أساس المعيار الثاني، وهو المعيار الشكلي المتمثل في المصطلح المستعمل في الإيجاب وهو الضغط على الفأرة، الذي يستعمل دائما عندما يتعلق الأمر بالإيجاب الإلكتروني وهي كلمة "اضغط هنا" في حين أن الإشهار لا يتضمن هذه الكلمة[3].

---

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 69.

[2] خالد ممدوح ابراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق ص 111.

[3] Thibault Verbiest, Le nouveau droit du commerce électronique en droit français, La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur. 2005 p.136.

من خلال ما تقدم يصبح الإشهار إيجابا إذا شمل محتوياته، جميع البيانات اللازمة في الإيجاب أي شموله على عرض دقيق وبات صادر عن الموجب يعبر عن إرادته في إبرام العقد، بحيث لو اقترن بالقبول انعقد العقد وترتبت عنه جميع الآثار، أما إذا لم يشمل على العناصر التي يجب أن يشملها الإيجاب لإبرام العقد، فيعد في هذه الحالة دعوة للتعاقد.

وبهذا الصدد ورغم أن بعض العروض على الشبكة تتضمن عناصر الإيجاب، إلا أن البائع قد يضع جملة من الشروط أو التحفظات تفقدها قيمتها القانونية كإيجاب كأن يضع جملة "هذه العروض لا تشكل وثيقة تعاقدية"، أو يضع "إن البيانات لا تعد تعاقدية وهي قابلة للتغيير دون سابق إنذار". وقد تساءلت فلورنس ماس Florence Mas عن مدى فعالية هذا الشرط، وأشارت أن جمعية الشروط التعسفية الفرنسية قد طالبت ضمن توصياتها بإلغائه عندما تكون العلاقة قائمة بين المحترف والمستهلك[1] وتضيف أن أغلب الفقه الفرنسي يرفض إعطاء أي قيمة قانونية لمثل هذه التحفظات، على أساس مبدأ الترابط المنطقي والانسجام [2] الذي يمنع الانتفاع من هذا التحفظ كونه يتعارض مع مفهوم الإيجاب، لكن وحسب رأيها فإنه لا مانع من قيام هذا الشرط في العلاقة التي تربط بين المؤسسة التجارية أو التجار فيما بينهم، واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن العرض الذي يصدر عن المؤسسات فيما بينها لا يعد إيجابا إلا إذا أظهرت نية التعاقد بشكل صريح لا يدع أي لبس.

والواقع وفي ختام هذا التأصيل، ورغم أننا كما بينا سلفا نميل إلى الاعتقاد بالقيمة التعاقدية للإشهار، فإن الواقع العملي والنصوص القانونية المتاحة حاليا يحتم علينا أن نميز بين حالتين، الأولى وهي حالة عدم ذكر الشروط الأساسية الجوهرية للسلع أو الخدمات المعلنة عنها وفي هذه الحالة يكون الإشهار مجرد دعوى للتفاوض، أما إذا تم تحديد تلك العناصر كما هو الغالب فلا مناص من القول بالقيمة التعاقدية للإشهار. ومن هنا فيجب ترقية النصوص القانونية لحسم المسألة، وفي هذه الإطار يرى Stéphane Piedehévre أن الإشهار أصبح التزاما على عاتق المحترف.

La publicité peut être source de droit pour les consommateurs, mais il devient toujours source d'obligation pour le professionnel.

[1] Florence MAS, la conclusion des contrats commerce électronique, préface de Michel VIVANT , LGDJ 2000, p82

[2] Une partie de la doctrine se montre clairement défavorable à l'idée d'accorder de la mesure on le contenu et le but du document consistent justement à déterminer le consentement du contractant . Voir Florence Mas OPCIT p82

الفرع02: أنواع الإعلان الإلكتروني وشروط نزاهته

أولا: أنواع الإعلان الالكتروني

يأخذ الإعلان الإلكتروني في بروزه من الناحية العملية أنماطا متعددة وتصاميم مختلفة، وذلك وفق الأهداف والاستراتيجيات الأساسية للمعلنين، إذ يصنف هذا الإعلان إلى نوعين أساسيين وهما:

أ/: الإعلان الإلكتروني عبر الانترنت:

يحتل هذا النوع من الإعلانات مساحات وتطبيقات واسعة عبر الانترنت، فكثيرا ما تصادفنا عند تصفح مواقع الويب ضمن أشكال وتصاميم مختلفة ومتنوعة[1]، إذ يمكن إنجاز أهمها فيما يلي:

1*الأشرطة الإعلانية:Advertising Bonne يعتبر هذا النوع من الإعلانات الأكثر انتشارا من الناحية التطبيقية في الواقع اللامادي، إذ يعرف أنه: " تلك الإعلانات التي تقع في أعلى أو أسفل أو على جوانب صفحات الويب، في شكل مستطيلات وبأحجام مختلفة، بحيث تتضمن صورة أو شعار لمؤسسة ما أو منتجها تدعو من خلاله المستخدم إلى النقر عليه بواسطة الفأرة، وذلك بهدف الوصول إلى موقع أحد المعلنين".

كما يتميز هذا النوع من الإعلانات بالحركية والديناميكية في لفت انتباه المستخدم عند ظهوره بالإضافة إلى توفيرها للمعلومات والبيانات التفصيلية حول منتج أو خدمة ما وحتى المؤسسة المعلنة.

وعموما نصنف أشكال الأشرطة الإعلانية (البانير) إلى:

شريط إعلاني أفقي: وهو أول الإعلانات الإلكترونية ظهورا ومن أكثرها تواجدا في المواقع الإلكترونية، إذ يؤدي النقر المباشر عليها إلى الانتقال بالمستخدم إلى الموقع المعلن عنه.

شريط إعلاني قافر ومتسلسل: إذ يتميز هذا الإعلان بالدخول إلى الموقع وتحركه داخل الصفحة بطريقة مختلفة، مما يتطلب النقر عليه لحذفه أو الانتقال لصفحة المعلنة.

شريط إعلاني جانبي: ويسمى بإعلان ناطحة السحاب، إذ شرع في استعماله ابتداءا من مارس 2001، وهذا النوع له تأثير قوي على المستخدم فيزيد فرص النقر عليه.

[1] Maitre Christophe MASSE، la publicité trompeuse dans le commerce électronique , étude réalisée sous la direction de maitre Serge PARISIEN, disponible sur le site www.juriscom.net le 07/03/2001.

شريط إعلاني طائر: هذا الإعلان يظهر وكأنه يطير عبر صفحة الويب، مما يعيق المستخدم عن العمل حتى ينقر عليه للحذف أو الانتقال إلى صفحة المعلن.

شريط إعلاني نصي: وغالبا ما يظهر في صفحة النتائج لمحركات البحث ك Google.

ويتطلب تصميم الشريط الإعلاني مجموعة من الشروط[1] والمتمثلة فيما يلي:

*التفاعلية والحيوية في جلب أنظار المستخدمين الإلكترونيين، وذلك يجعل الشريط متحرك من خلال تدعيمه بلقطات فيديو و/أو الموسيقى إن أمكن، وهذا باستخدام تقنية الفلاش (Flache) التي ابتكرتها شركة (Macro-Media) بحيث تسمح هذه التقنية بإغراء المستخدمين لإلقاء نظرة على محتواها.

*أن يكون وزن الشريط خفيفا، حتى يمكن للمستخدم تحميله كلية وبسرعة مع إمكانية الانتقال من صفحة لأخرى فور النقر عليه، إذ ينصح أن يتراوح وزن البانير أو الشريط بين 06 كيلوأوكتي على أكثر تقدير.

*تحديد الجهة التي ينتمي إليها الإعلان، كأن يكون معلن خارجي، أو عنوان صفحات داخلية، كما يمكن الإشارة إلى كلمة إعلان في أطراف الشريط.

*استعمال الألوان الملائمة في تصميم الشريط، إذ لوحظ في الكثير من الإعلانات عبر الشريط في السنوات الأخيرة، كثرة استخدام الألوان المتدرجة بين اللونين الأزرق والبرتقالي ذلك لما لها من تأثير على المستخدم.

*احتواء الشريط على إثم المؤسسة، أو علامة منتجاتها أو خدماتها، عنوان الموقع رمز المنتج، بالإضافة إلى الصور المدعمة، من شأنه إعطاء واجهة حقيقية للإعلان والمعلن معا[2].

2*الرعاية الإلكترونية: le sponsoring /le Mécénat تعتبر الرعاية الإلكترونية أحد أهم أشكال الإعلان الإلكتروني، التي تشمل بالضرورة الإشارة إلى الاسم أو رمز أو علامة المعلن عبر صفحات الويب، وذلك من خلال كتابة أو تصميم خلفيات لصفحات الويب تتضمن اسم أو رمز

[1] مقال بعنوان، الاتجاهات السبعة الأكثر في إعلانات الانترنت [على الخط] تاريخ الإطلاع،2020/01/23. انظر www.shabablek.com/vb/c4032.html

[2] لمعرفة الأبعاد التقنية للشرائط الاشهارية يفضل تصفح موقع مكتب إعلان انترنت IAB، الذي يضم في عضويته العديد من المؤسسات والهيئات العاملة في حقلي التسويق والاشهار.
www.iab.net/internet /advertising/bureau.

المؤسسة الراعية لتلك الصفحة أو البرنامج، مثلا رعاية شركة كوكاكولا لكأس الأمم الأوربية لسنة 2012 وبالتالي تنظيمها لمسابقة تنافسية على موقع Yahoo لربح العديد من الجوائز، ورعاية صفحة من خلال الإشارة إلى اسمها أو شعارها.

تعرف الرعاية الإلكترونية على أنها: "آلية اتصالية تسويقية تتيح فرصة الحصول على فوائد المؤسسة أو العلامة، من خلال المشاركة الإلكترونية في حدث ما أو تظاهرة جماهيرية (محلية أو دولية)".[1]

وتتجزأ الرعاية على الخط إلى قسمين هما:

رعاية شاملة للموقع: حيث تكلف للمعلن تواجدا بارزا لاسمه التجاري، وترويج واسع لمنتجاته وخدماته.

رعاية جزئية لأحد الأقسام: وهنا تستهدف الرعاية أحد الأقسام المخصصة ضمن موقع ما، مثل الأزياء، التجميل، الصحة، السياحة، السفر، الرياضة ... إلخ

تقوم الرعاية على الخط على أسس وعلاقات، لا تتوقف دائما على المال، وإنما تتعداه في بعض الأحيان إلى استعمال بعض الهدايا والجوائز الخاصة بالمعلن التي عادة ما تكون منتجاته أو خدماته، وعلى الأساس تتم برمجة مسابقة ما على أحد المواقع، وتصميم كامل صفحاته بما يبرز هوية الراعي، الذي له الحرية باختيار الشكل، وموضوع الإعلان والألوان وغيرها، ومن ثم وضع شعار الجهة الراعية على صفحات المسابقة.

وتمثل الرعاية على الخط نموذجا إعلانيا مهما، حيث عرف هذا الأخير تطورا وانتشارا كبيرا خلال السنوات الأخيرة، وذلك لما يتمتع به من خصائص، تتمثل في:

– تمكن المعلن من عرض رسالته بمعية محتوى، من شأنه أن يضيف للزائر كثيرا من المعلومات.

– القدرة على تحويل الاهتمام والإدراك من الموقع نحو العلامة، والعكس، ومن موقع إلى موقع.

– قدرتها على الاندماج في المحتوى المعروض، مع إمكانية نسخ هذا المحتوى ذو القيمة الخاصة والوزن الحقيقي.

[1] أنظر الموقع، www.definitions-marketing.com/definitions / sponsoring تاريخ التصفح، 2017/08/20

3*الإعلان الفاصل (المقاطع): l'interstitiel ADS هي إعلانات تفرض نفسها على مستخدم الانترنت، إذ تظهر بصورة فجائية على الصفحة التي يشاهدها المستخدم، بحيث يشبهها البعض للومضات الإشهارية التلفزيونية أو الإذاعية التي تظهر بين حين وآخر، والتي لا مفر للمشاهد أو المستمع من مشاهدتها أو الاستماع إليها إذا ما أراد متابعة ما تبثه هذه الوسائل الإعلانية. ويتوافق الإعلان الفاصل على الخط في الكثير من المبادئ مع الإعلان التلفزيوني، سيما في تخلله للبرامج والأخبار، بالإضافة إلى مميزات أخرى يمكن إيجازها فيما يلي:

– مساحة الإعلان قد تكون بحجم صفحة كاملة (نافذة كاملة).

– تشغل المشاهد مدة زمنية طويلة نسبيا، لعدم امتلاكه الخيار في ذلك إذا ما أراد متابعة تحميل صفحة الموقع المراد مشاهدته.

– يجذب هذا النوع من الإعلانات انتباه المستخدم مهما كان نوعه وميوله لفترة معتبرة من الزمن، مما قد تؤثر عليه إيجابا أو سلبا في بعض الأحيان.[1]

إن طريقة عرض هذا النوع من الإعلانات تكتسي أهمية لدى المسوقين بما يمكنهم من السيطرة الكلية على حجم المشاهدة، فيما أن الإعلان يحتل جميع شاشة العرض، فلا مجال لتشتت أذهان المستخدمين الإلكترونيين، ولا لانتقال اهتمامهم إلى أجزاء أخرى من الشاشة، كما يمكن أن يكون عامل التذكر الخاص بهذا النوع من الإعلانات، أكبر مقارنة بالشريط الإعلاني.

إلا أن الإعلان الفاصل تطور تطورا كبيرا سبب بعض النقائص التي تصاحب استعماله والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

– يعتبر ظهور هذا الإعلان بصفة مفاجئة ودخيلة على الشاشة، تعدي واضح على حرية مستخدمي المواقع، مع العلم أن غالبية المواقع ترفض هذا النوع من الممارسات الإعلانية.

– إن الوقت الذي يستغرقه تحميل الإعلان بطيء جدا، ويعود هذا إلى طبيعة الوصل بالإنترنت، ووزن الإعلان الذي قد يفوق أحيانا 100 كيلوأوكتي.

[1] نور الدين أحمد النادي والآخرون، الإعلان التقليدي والإلكتروني، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان (الأردن)، 2011، ص181.

– احتواءه في بعض الأحيان صورا وكتابات ورسومات، مخلة بالحياء أو معارضة لثقافات الفرد المستهلك، الذي قد تتسبب له بظهورها المفاجئ مشكلا اجتماعي وثقافي وديني بين محيطه.

4* الإعلان عبر البريد الالكتروني: يمكن أن يكون الإعلان من خلال البريد الالكتروني، ويسمى في هذه الحالة سبام spam، وهو إرسال مجموعة كبيرة من الرسائل الالكترونية لعدد كبير من مستخدمي الانترنت دون رغباتهم، وغالبا ما يتضمن هذا الإعلان معلومات خاطئة لتضليل المستهلك.[1]

ثانيا: الإعلان الإلكتروني خارج شبكة الإنترنت: يتسم هذا النوع من الإعلان ببساطة ووضوح أفكاره، فبالرغم من محدودية وسائله الإلكترونية وتأثيرها على فئة معينة من المستهلكين، إلا أنه عرف طريقه للتطور والنمو من خلال أنواعه وأشكاله المختلفة، والتي يمكن إيجاز أهمها فيما يلي:

1/إعلانات البلوتوث[2]: Bluetooth تعتبر تكنولوجيا البلوتوث تكنولوجيا ذات موصفات عالمية ترتكز على ربط (اتصال) الهاتف النقال بمختلف الأجهزة الإلكترونية الأخرى، كمثال: الحواسب، الأجهزة السمعية، الآلات التصويرية.... إلخ، مع بعضها البعض لاسلكيا، إذ تؤثر إشارات البلوتوث في حدود دائرة قطرها 10 م، ويمكن لهذه الإشارة اختراق الجدران مما يجعل التحكم في الأجهزة يتم من غرفة لأخرى دون الانتقال شخصيا للأجهزة المراد تشغيلها.

كما يتراوح المدى المخصص لذبذبات البلوتوث ما بين 240 و248 MHZ، فمثلا إذا أراد شخص ما إرسال صورة لصديقه، فإن آلة التصوير الرقمية مثلا ترسل الصورة الملتقطة إلى الهاتف النقال الذي يقوم بدوره بإرسالها إلى ذلك الصديق من خلال التواصل لاسلكي.

وقد أحدثت هذه التقنية شرفا كبيرا في التطور التكنولوجي للإعلان الإلكتروني، حيث أصبح اليوم بالإمكان تلقي الإعلانات في شكل فيديو أو صورة، صوت، نص، شعار... إلخ على الهاتف النقال القريب من جهاز بث الإعلان، وذلك عن طريق تقنية البلوتوث ضمن مساحات ومواقع جغرافية

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 68.

[2] البلوتوث هو تقنية اتصالات معيارية لنقل البيانات بين العقد المتحركة عبر المسافات القصيرة باستعمال أمواج الراديو ذات الترددات فوق العالية في الحزمة الصناعية لبناء الشبكات الشخصية. أنظر موقع وكيبيديا، www.wikipedia.org.

محددة ومقصودة (أماكن عمومية، معارض، أسواق تجارية ...) يسعى من خلالها المعلن إلى نشر إعلانه إلى المستهلكين.

ومن مزايا إعلانات البلوتوث:

– بقاء الإعلان مدة أطول في ذاكرة جهاز الهاتف النقال أو الكمبيوتر، وخاصة إذا تضمن إعلان معين ذو خاصية محببة لدى المستقبل (المستهلك).

– إمكانية تكرار مشاهدتها والاطلاع عليها لأكثر من مرة من قبل المستهلك.

– إمكانية إرسال أكثر من إعلان لنفس المستقبل، وفي نفس الوقت لأكثر من مستقبل.

عيوب إعلانات البلوتوث:

– لا يمكن ضمان وصولها واستلامها من قبل المستهلك في حالة عدم تشغيلهم لهذه التقنية في أجهزتهم النقالة، أو في إطفائهم لهذه الأخيرة.

– يتوقف اشتغالها على من يتوفر لهم أجهزة نقالة ذات الخدمات المتعددة (ملتميديا).

– يمكن أن تشكل مصدر إزعاج لمستقبلها، وخاصة إذا كان هؤلاء المستقبلين للرسالة لا يحبذون إزعاجهم في أماكن الراحة، أو الترفيه رفقة عائلاتهم.

2/إعلانات الرسائل النصية القصيرة: (SMS) تعتبر الرسائل القصيرة من طرق التسويق الحديثة والرخيصة وقد أثبتت فعاليتها كوسيلة إعلانية ناجحة، حيث معدلات الاستجابة أكثر بكثير من أشكال الإعلان التقليدي، ويشير مصطلح الرسائل النصية القصيرة (Short Message Service) إلى خدمة التواصل بواسطة النصوص والتي هي ببساطة طريقة اتصال تقوم على إرسال النصوص بين الهواتف النقالة أو أجهزة الكمبيوتر، في حدود 160 حرف بما في ذلك الأرقام، الرموز والفراغات بالنسبة للغة اللاتينية، و70 حرف بالنسبة للغة العربية والصينية.

ويذكر أن أول رسالة نصية قصيرة (SMS) تم إرسالها كان في سنة 1992 بالمملكة المتحدة[1]، حيث تم تصميم هذه الخدمة في الأصل لإرسال دفعات صغيرة من البيانات.

[1] أول رسالة نصية قصيرة ارسلت عبر شبكة الاتصالات البريطانية فودافون في 1992/12/03، وفي 21/12/22 بيعت في المزاد العلني كأول رسالة نصية قصيرة في التاريخ.

وتمتاز إعلانات الرسائل النصية القصيرة (SMS) بما يلي:

– إمكانية كتابة الرسائل الإعلانية بعدة لغات توفرها هذه الخدمة.

– التخفيف من تكاليف المواد الإعلانية (الطباعة، الأفلام، العمل الفني ... إلخ).

– توفر الوقت والجهد للاطلاع عليها، ومن أي مكان يتوفر فيه حقل شبكة GSM.

– سعر إرسال هذه الرسائل ثابت وهو موحد على المستوى المحلي من قبل شركات الاتصال.

– تتيح للمستهلك فرصة الاحتفاظ بهذا الإعلان أو الرسالة، وتخزينها وكذا إمكانية الرجوع إليها عند الحاجة.

– إمكانية إرسال رسالة جماعية إلى كل أرقام الهواتف الموجودة ضمن قاعدة بيانات مؤسسة الاتصال، والتي تحتوي على بيانات موصلة عن المشتركين (مكان الإقامة، المهنة، العمر، الجنس ... إلخ).

ويعاب على هذا النوع من الإعلانات:

– لا يمكن ضمان وصولها واستلامها في نفس الوقت الذي ترسل فيه، ففي بعض أوقات الذروة كالأعياد والمناسبات مثلا، أين يحدث تشبع في الشبكة، فإن الرسالة قد تستغرق ساعات لتصل إلى الشخص المستقبل.

– تكون هذه الإعلانات محدودة بنصوص وأرقام فقط، دون صوت أو صورة، ويستلزم دفع رسوم للحصول عليها في بعض الأحيان، كخدمة الأحوال الجوية، الأخبار العاجلة ... إلخ

– تأثيرها وفعاليتها يقتصر على فئة محدودة من المستهلكين، والذين بالإضافة إلى امتلاكهم هاتف نقال، يجب أن يكون لديهم مستوى لغوي معتبر، لقراءة وفهم فحوى الرسالة الإعلانية.

3/إعلانات الرسائل المتعددة الوسائط: (MMS)

تعرف خدمة (MMS)[1] (MultiMedia Messaging Service) على أنها كل إرسال واستقبال للرسائل المصورة أو الملفات الصوتية، وملفات الفيديو، وكذلك الرسائل النصية، بمحتوى أكبر مما هو عليه في الرسائل النصية القصيرة (SMS).

[1] تم الاعلان عن أول عرض لهذه الخدمة في النرويج في مارس 2002.

وعليه فإن خدمة الرسائل المتعددة الوسائط MMS هي امتداد لخدمة الرسائل النصية القصيرة SMS إذ يتراوح حجم رسائل MMS المسموح بإرسالها من 7 إلى 300 كيلوبايت كأقصى حد ممكن، وبالتالي فإن هذه الأخيرة تتميز عن خدمة الرسائل النصية القصيرة SMS كون رسائل MMS يصل الحد الأقصى لحروفها ب 13000 حرف لجميع اللغات وإمكانية إرسال صور ملونة ولقطات فيديو عبر رسائل MMSفي حين لا يمكن إرسالها عبر رسائل SMS.

إذ تمتاز إعلانات الرسائل المتعددة الوسائط (MMS):

* التأثير على المستهلك بالصوت والصورة والفيديو.

* إمكانية الاحتفاظ والتخزين والتداول لهذه الرسائل والإعلان.

* إمكانية الإرسال التلقائي عبر البري الإلكتروني لهذا النوع من الرسائل.

* تتيح للمعلنين فرصة تصميم إعلانات تفاعلية، بأشكال مختلفة حسب شرائح المستهلكين، ما يمكنها من الوصول إلى عامة المستهلكين دون اشتراط مستوى تعلمي أو لغوي لفهم محتوى الإعلان.

ثالثا: شروط الإعلان الإلكتروني النزيه

يجب أن يتوفر الإعلان الالكتروني على شروط تضمن نزاهته وسلامته يمكن حصرها في:

1/أن يكون الإعلان الالكتروني قابلا للتجديد وواضح ودقيق

يتطلب الإعلان الالكتروني النزيه أن يكون محددا من حيث المحل، ومحتوى ومضمون الرسالة الإعلانية، ومن حيث التخصص المعلن عنه بشكل واضح بعيدا عن الممارسات الكاذبة، يعني أن يتضمن البيانات الكافية على السلعة أو الخدمة المقدمة والتي من شأنها خلق تفكير واع يكون ارادة واعية مستنيرة لدى المستهلك وهو بصدد الاقبال على التعاقد.[1]

ولقد أشار القانون الفرنسي الى أنه يجب أن تكون العمليات التجارية الالكترونية والدعاية المصاحبة لها واضحة وغير غامضة، ويجب الالتزام باستخدام اللغة الفرنسية في الاعلان عن السلع والخدمات عبر شاشة الانترنت، وتزويد المستهلك بمعلومات واضحة عن المنتج أو الخدمات

[1] خالد ممدوح ابراهيم، أمن المستهلك الالكتروني، مرجع سابق، ص115 .

المعروضة، بما يسمح للمستهلك اعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي وادراك كاملين، وقد نص القانون الفرنسي الصادر عام 1986 في مادته 43 المتعلق بوسائل الاعلام السمعية البصرية الذي يطبق على خدمات الانترنت؛ على أن وسائل الاعلانات التي تذاع بواسطة الوسائل المبينة في هذا القانون ومنها الانترنت، يجب أن تكون محددة وواضحة وخالية من اللبس والغموض.

وتبين غرفة التجارة الدولية في المادة11 من القانون الدولي بشأن التطبيقات السليمة للإعلان، الالتزامات الواجب توافرها في الإعلان كالآتي: "ان الإعلان يجب أن يكون مميزا بصورة واضحة مهما كان الشكل أو الوسط المستخدم، وعندما يتم اذاعة الاعلان أو نشره في وسائل الاعلام يجب أن يقدم بصورة يظهر منها فورا أنه اعلان"

أقرت المادة 06 من التوجيه الأوروبي 2000-31 الخاص بالتجارة الإلكترونية، ضرورة تحديد الإعلان وعلى الخصوص في بعض أنواع العروض التسويقية، على غرار بيع الأشياء المنخفضة الأقساط والمكافئات، التي يجب تحديد شروط الاستفادة منها بطريقة يسهل الوصول إليها من قبل متلقي الإعلان.

ومن جهته المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية 05/18 في المادة 30 على نص وجوب أن يكون الإشهار الإلكتروني يتسم بالوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية بالإضافة إلى أن يحدد صراحة ما إذا كان العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا.

2/ألا يمس الإعلان بالآداب العامة والنظام العام: يعد الإشهار ظاهرة حضارية في أي مجتمع، ويتصل أساسا بالنشاط الاقتصادي والاتصالي لأي جهة تعرض منتوجاتها للبيع، وذلك من خلال وضع أساليب خاصة تقوم أساسا على الدعاية والترويج اللذين يعتبران أمرين ضروريين للتعريف بالمنتوج؛ إلا أن هذه الدعاية أو الإشهار قد يكون مخالفا للآداب العامة والنظام العام.

حيث نص المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون التجارة الإلكترونية: "لا يمس بالآداب العامة والنظام العام"، إلا أننا هنا بصدد إشهار إلكتروني يتداول عبر شبكة عالمية وبذلك تختلف الآداب العامة والنظم العامة، فما ينافي الآداب العامة والنظام العام في الجزائر قد لا يكون كذلك في دول أخرى، وهذا ما جعل المشرع ينص في المادة 32 على وجوب أن يخضع المورد الإلكتروني إلى

رغبة المستهلك في عدم تلقي أي إشهار عن طريق الاتصالات الإلكترونية، وذلك بوضع منظومة إلكترونية تسمح بذلك بدون مصاريف أو مبررات.

وكانت الجزائر قد منعت جميع المعلنين الجزائريين في القطاع العام والخاص من شراء مساحات إعلانية على النت من خلال مواقع التواصل الاجتماعي وتقنية AdWords الخاصة بغوغل، حيث اعتبرت هذا الأمر مخالفا للقانون الجزائري الذي يمنع الاستعانة بخدمات تدفع بالعملة الصعبة داخل الدولة وسعت الحكومة من وراء هذا الإجراء لوضع حد للجوء المعلنين بالجزائر نحو مواقع أجنبية ما يسمح بإخراج العملة الصعبة من البلاد، وهذا في إطار مراقبة الأموال التي تخرج من الجزائر، وذلك باعتبار أن الرقابة على الإشهار الرقمي تعود بفائدة على وسائل الإعلام والمواقع الجزائرية، لأنها كانت الأكثر تضررا من توجه المعلنين الجزائريين نحو المواقع الأجنبية في ظل الخناق المفروض عليها من جانب السلطات.[1]

3/أن يحترم قواعد ممارسة الإعلان التجاري المقارن: يعرف الإعلان التجاري المقارن من الناحية الفقهية على أنه: "ذلك الإشهار الذي يقوم ببثه صانع أو موزع أو مؤدي خدمات يقارن بموجبه بين الأموال والخدمات التي يعرضها هو وبين التي يعرضها منافس أخر محدد الهوية، أو قابل للتعيين في الرسالة الإعلانية، بغرض إقناع المستهلكين بأفضلية منتجاته أو خدماته عن منتجات أو خدمات غيره."[2]

وعرف التوجيه الأوروبي رقم 55/97 المعدل للتوجيه رقم 450/84 الإعلان المقارن على أنه: "كل إعلان يحدد صراحة أو ضمانا منافسا أو سلع أو خدمات مقدمة بواسطة منافس." ونظمه المشرع الفرنسي في المادة L211-8الصادرة بموجب المرسوم رقم 2001-714 المؤرخ في 2001/01/23 حيث أجاز ممارسته من قبل التجار، شريطة ألا يحمل تضليل، وأن تكون مقارنة منتوجات موضوعية.[3]

---

[1] حمزة كحال، مقال بعنوان الجزائر تحظر الإعلان على غوغل وفيسبوك لتوفير الدولار قناة الجزائر بتاريخ 18 أكتوبر 2016 على موقع www.algeriachanel.net تاريخ التصفح 03 ماي 2019 على الساعة 20،56

[2] بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر،ص 183.

[3] (Ordonnance n° 2001-741 du 23 aout 2001. Journal Officiel du 25 aout 2001)
Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts part un concurrent n'est licite que si :
1° Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;

والإشهار المقارن معمول به في الجزائر إلا أن المشرع لم ينظمه؛ ويتطابق مفهوم الإعلان التجاري الالكتروني المقارن مع نظيره التقليدي، والخلاف الوحيد بينهما يكمن في استغلال الإنترنت ووسائل الاتصال الالكترونية من أجل نشر الإعلانات المقارنة بين سلع وخدمات، وتسمح هذه التقنيات بإجراء المقارنة بين نفس المنتوجات شريطة أن تكون المقارنة نزيهة، تتم وفقا لشروط معينة تتمثل في أن ترد الإعلانات المقارنة على منتوجات متماثلة ومحددة، أن تقدم الدليل على صحة المعلومات الواردة فيها، وألا تضر بالجمهور أو تضلله.

المطلب02: حظر الإعلانات الالكترونية المخادعة والكاذبة.

تفرض حماية المستهلك الالكتروني ضرورة محاربة بعض أشكال الإعلان الالكتروني غير النزيه، والتي يعتمدها المحترف الالكتروني من أجل صرف منتوجاته وتحقيق مصالحه على حساب مصالح المستهلك الالكتروني أو التسبب في إزعاجه على غرار الإعلان الالكتروني الكاذب أو المضلل، أو الاعتماد على الرسائل الالكترونية المزعجة، واتخاذ أسماء مواقع الكترونية مطابقة لعلامة تجارية مشهورة، مما يؤدي إلى تضليل المستهلك الالكتروني والتأثير سلبا على إرادته.

الفرع01: تعريف الإعلان الالكتروني الكاذب والمخادع.

أ ماهية الإعلان الالكتروني الكاذب والمخادع.

يعرف بعض شراح القانون الإعلان التجاري المضلل بأنه: " الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك، ويمكن أن يؤدي إلى ذلك"، كما عرف أيضا بأنه: "الإعلان المتضمن معلومات تهدف إلى الوقوع في خلط وخداع فيما يتعلق بعناصر وأوصاف جوهرية للمنتج."[1]

فالإعلان في كثير من الأحيان يشمل معلومات جذابة تهدف إلى تزيين صورة المنتج بشكل مبالغ فيه، مستعملا الدعاية التي تهدف أساسا إلى تزيين صورة المنتوج بشكل مبالغ فيه مستعملا الدعاية

2° Elle porte sure des biens ou services répondant aux même objectif ;
3° Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristique essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie.
Toute publicité comparative faisant référence à une offre spéciale doit mentionner clairement les dates de disponibilité des biens ou des services offerts, le cas échéant la limitation de l'offre à concurrences des stocks disponibles et les conditions spécifiques applicables.

[1] عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني رسالة ماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص42، تم تحميل الأطروحة من موقع https://www.bibliotdroit.com بتاريخ 2015/11/29.

التي تهدف الى إثارة الرغبة لدى المستهلك وجذبه قصد إبرام العقد، لهذا يتصف الإعلان في كثير من الأحيان بأنه إعلان تضليلي وخداعي.

وتعرف الإعلانات الخادعة على أنها تحريف صارخ لسمات المنتج المعلن عنه للمستهلك، وبالتالي فهو يؤثر على الفائدة المتوقعة من استخدام المنتج، حيث يعتبر من الأعمال أو الممارسات غير العادلة أو الخادعة، بما أنه حرف الكثير من المعلومات الهامة التي يجب أن يعرفها المستهلكون.

كما تقوم الإعلانات الخادعة بتشويه الرسالة الإعلانية الناتج عن التزييف المتعمد أو إغفال المعلومات من قبل المرسل بقصد تحفيز الآخرين أو غيرهم على الإيمان بأفكار ومعتقدات لا يؤمن بها حتى المرسل نفسه.[1]

ينبغي للمحاسبة على الكذب في إطار الإعلان التجاري ضرورة أن تكون الواقعة المزعومة كاذبة من الناحية الموضوعية، بحيث يمكن الاستعانة بخبير لإثبات الكذب، كما لو تعلق الأمر ببيانات تخص المساحة أو الوزن أو غيرها من المسائل الموضوعية التي يمكن التحقق من صحتها بسهولة، أما إذا كانت المزاعم تخضع لتقدير المستهلك الذاتي أو الشخصي فلا مجال حينئذ للحديث عن الكذب الذي يخضع للمسائل القانونية، إذ يتعذر في هذه الحالة التحقق من معرفة مدى صدق المعلن في إعلانه[2].

ويتحقق الكذب في الإعلان التجاري إما بعمل ايجابي، عن طريق ذكر بيانات أو عروض أو ادعاءات غير صحيحة، أو يتحقق الكذب بعمل سلبي من خلال الامتناع عن ذكر بعض البيانات عن المنتجات أو الخدمات محل الإعلان التجاري، التي يكون لها بعدا مؤثرا في التعاقد، بحيث لو علم بها المتلقي لما أقدم على طلب المنتجات أو الخدمات المعلن عنها. لذا يرى البعض بحق أن ذكر نصف الحقيقة وترك النصف الآخر يعتبر كذبا مؤثما ويقترب بذلك من السكوت أو الكتمان في التدليس المدني، اذ تضمن خرقا لواجب عام في الصدق والمصارحة، وتأكيدا لذلك أدانت محكمة

---

[1] سفيان مسالته، فريد ابراهيم، عمر عياشي، حماية المستهلك الالكتروني في ظل الممارسات الإعلانية المضللة مداخلة في الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك والاقتصاد الرقمي،ضرورة الانتقال وتحديات الحماية المنعقد في 23، 24 أفريل 2018 بالمركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف، ميلة .

[2] بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني وأثره على المستهلك، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص67.

النقض الفرنسية مدير معهد للتدريب على التكنولوجيات الجديدة لقيامه بالإعلان التجاري عبر الإنترنت عن استعداد معهده لمنح شهادة DUT في تقنية المعلومات، تخصص التقنيات الجديدة البديلة في حين أن هذه الشهادة غير موجودة في الواقع، فقضي بأن تلك البيانات التي تضمنها الإعلان التجاري عبر الانترنت كانت كاذبة ومن شأنها خداع الطلبة المتقدمين للتسجيل في المعهد.[1]

كما صدرت عن القضاء المصري العديد من الأحكام التي أدانت المعلن لقيامه بتضمين إعلانه لبعض البيانات الكاذبة، ومن ذلك ما جاء في حكم محكمة الجنح الاقتصادية في (السلام الأول/ القاهرة) بتاريخ 2010/03/28 بإدانة إحدى الشركات المصرية لقيامها بالإعلان عن انها مركز صيانة معتمد لدى شركة LGالعالمية رغم أن الأخيرة لم تصرح بشكل مباشر أو غير مباشر للمشكو في حقها للقيام بأعمال الصيانة.[2]

أما بالنسبة للإعلان المضلل فيقصد به ذلك الإعلان الذي من شأنه خداع المستهلك من خلال تكوين انطباعا غير حقيقي عن المنتجات أو الخدمات المعلن عنها، ويعد الاعلان المضلل نوعا وسطا بين الإعلان الصادق والإعلان الكاذب، بحيث تصاغ عباراته بأسلوب مهم يثير ويفضي الى تضليل المستهلك.[3]

وعرفه روجيس فابر régis fabre بأنه: "الإعلان الذي يكون مقنعا موجه للعامة، يتضمن فائدة معينة، قصد تضليل مجموعة المستهلكين، بإعطاء معلومات خاطئة أو ناقصة أو مبالغ فيها أو لا تحتوي على المعلومات الإجبارية المنصوص عليها قانونا حول المنتوج أو الخدمة المعروضة".[4]

وإذا تصفحنا التشريعات المختلفة نجدها تختلف في أحكامها فيما يخص الإعلان الالكتروني المضلل؛ فقد عرفه المجلس الأوربي الصادر في 1984/12/10 في المادة الثانية منه:" أي إعلان

---

[1] Cass , crim, 24/10/2006, Nde pour voi 05-86920, voir le cite، www.legifrance.gov.fr

تاريخ التصفح 2017/05/20

[2] حكم محكمة الجنح الاقتصادية في السلام أول رقم G2 لسنة 2009 بتاريخ 2010/03/28 منشور على الموقع الرسمي لجهاز حماية المستهلك المصريhttp،courtissues/ www.cpa.gov.eg/ // تاريخ الاطلاع على الموقع، 2017/06/22.

[3] يوسف عودة غانم المنصوري، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر الانترنت منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2015، ص225.

[4] Regis FABRE, droit de la publicité et de la promotion des ventes Dalloz,1996, p75.

بأي طريقة كانت يحتوي في طريقة تقديمه على أي تضليل أو قد يؤدي الى تضليل لهؤلاء الذين يوجه أو يصل إليهم الإعلان".

ولقد تماشى المشرع الفرنسي مع التوجيه الأوربي خصوصا وأن هذا النوع من الإعلان يتسع حجمه في المعاملات الالكترونية لذلك تضمنت المادة 1-121 من قانون حماية المستهلك الفرنسي المعدلة بقانون 776/2008 المؤرخ في 2008/08/04 هذا النوع من الإعلان ومنعته، إلا أنه استبدل مصطلح الإعلان التضليلي أو الخداعي بمصطلح الممارسات التجارية الخداعية الذي يعد مفهوما أكثر اتساعا وشمولا من الإعلان التضليلي، حيث نص على الحالات التي يعد فيها الإعلان ممارسة تجارية خداعية من قبل المحترف كحالة إخفاء مواصفات المنتوج أو عدم إفصاح المحترف عن هويته أو تقديم معلومات غير واضحة حول السلعة أو الخدمة.[1]

وقد أقر مجلس التجارة والتنمية للأمم المتحدة في مذكرة الأونكتاد بعنوان حماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية في البلدان النامية[2] أن الإعلانات المضللة هي من التحديات التي تواجه المستهلك في هذا المجال، واعتبر أن ثقة المستهلكين في أسواق السلع الرقمية هي من التحديات الرئيسية المطروحة أمام تطوير التجارة الالكترونية، حيث تؤثر الممارسات التجارية غير العادلة التي يتخذها المستهلك بشأن المعاملات الخاصة بالمنتجات وتمنع المستهلكين من اتخاذ خيارات مستنيرة، وتؤدي إلى خداع المستهلكين فيما يتعلق بطبيعة المنتج بتزويدهم بمعلومات كاذبة، واستخدام تقنيات التسويق الحديثة مما يؤدي إلى الخلط بين الأسماء التجارية أو العلامات التجارية المنافسة وإبداء تعليقات كاذبة على المنتج المعني بوصف ممن يقدمها بأنهم مستهلكون ممن جربوه ونشر استعراضات باسم هؤلاء.[3]

وتحظر لجنة التجارة الاتحادية في الولايات المتحدة الأمريكية، في الفرع 5 (أ) من قانون لجنة التجارة الاتحادية " الأفعال والممارسات المجحفة أو المضللة في مجال التجارة أو تلك التي تؤثر

---

[1] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, J.O.R.F. n°0181 du 5 /08/ 2008, p.12471.

[2] مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية المنعقد بتاريخ 2017/04/24 أنظر الموقع www.uncted.org

[3] اتخذت اللجنة مثال الحجوزات الفندقية للإعلانات المضللة باعتماد أن قائمة الأماكن المعدة للإيجار غير غرفة واحدة، في حين أن نفس الفنادق، في حقيقة الأمر، قد تتوافر فيها غرف متاحة عن طريق قنوات أخرى للحجز.

فيها"،[1] وترى اللجنة أن الممارسات الخادعة هي تلك التي تؤدي في إطارها صورة تعطي لشيء ما أو إغفال لمعلومة ما أو ممارسة إلى احتمال تضليل المستهلك. ويجري في معظم الأوقات، خداع المستهلكين بالإعلانات التي تروج للمنتجات.

أما المشرع المصري، وقبل صدور قانون حماية المستهلك رقم67 لسنة2006، لم يجرم الإعلانات المضللة، وإذا كان المشرع المصري قد أصدر القانون رقم 66 لسنة1956 بشأن تنظيم الإعلانات، فان هذا القانون لا يعدو أن يكون قانونا تنظيميا ولا يتضمن أحكاما موضوعية ولا يرتب عقوبات، وبصدور القانون رقم67 لسنة 2006 نص على حماية المستهلك من الوقوع في الغلط في المادة 06 منه: "على كل مورد و معلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي الى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط أو غلط." ويلاحظ هنا أن لفظ المنتج يشمل السلعة والخدمة معا، وذلك على النحو المبين بتعريف المنتجات بالمادة الأولى من هذا القانون.[2]

أما المشرع الجزائري فلم ينص على تعريف صريح وواضح للإعلان الالكتروني المضلل أو الكاذب رغم أهميته وتأثيره سلبا على المستهلك وقراره، واكتفى بالنص على أوجه وصور هذه الإعلانات المضللة؛ وذلك في المادة 28 من القانون رقم02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بالإضافة إلى المادة 06 والمواد 30 إلى غاية المادة 34 من قانون التجارة الالكترونية 05/18 والتي نصت على الإشهار الالكتروني وشروطه إلا أنها لم تتطرق للإعلانات المضللة أو الكاذبة صراحة.

ب/ كيفية تقدير التضليل

من المعلوم أن الهدف الأول من الإعلان هو إغراء المستهلكين للإقدام على اقتناء السلع والخدمات، وعلى هذا الأساس قد يتبادر في أذهاننا سؤال: متى نكون بصدد تضليل؟ لقد اعتمد الفقه في الإجابة على هذا السؤال على معيارين: المعيار الشخصي (الذاتي) والمعيار الموضوعي (المجرد).

[1] أنظر الموقع http//www.ftc.gov/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act ، تاريخ التصفح 2017/05/20.

[2] خالد ممدوح ابراهيم، امن المستهلك الالكترونية، مرجع سابق، ص120.

أ/ المعيار الشخصي (الذاتي): هو معيار ينظر إلى شخصية المتلقي فيتم تحديد التضليل من خلالها وليس من خلال التضليل في حد ذاته، فقد يكون المتلقي شديد الفطنة والذكاء أو دون المستوى العادي من الفطنة والذكاء، فالإعلان يكون مضللا في حالة ما إذا كان يخدع الشخص شديد الذكاء، أما إذا كان المتلقي دون المستوى العادي المألوف فان الإعلان لا يعد مضللا إلا إذا كان يقع فيه جمهور الناس.[1]

يعاب على هذا المعيار بأنه غير دقيق يقتضي البحث في شخصية المتلقي خاصة وأن الإعلان الالكتروني يمتاز بالجدة والحداثة التي تمتاز بها مختلف الصيغ الالكتروني للتجارة، وهو أمر يختلف من شخص إلى آخر مما يصعب على القاضي التأكد منه بدقة

ب/ المعيار الموضوعي (المجرد): يركز هذا المعيار في تحديدا لتضليل في الإعلانات التجارية سواء المادية أو الالكترونية؛ في تجريد الشخص المستهلك من الظروف الشخصية الخاصة به، والاعتماد على معيار الرجل العادي متوسط الفطنة والذكاء، فالإعلان يكون مضلل إذا كان من شأنه تضليل جمهور المستهلكين، أي يمكن أن يقع فيه أي شخص،[2] حيث يأخذ بالمستهلك المتوسط الذي يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء ولا شديد اليقظة ولا هو محدود الفطنة، فهو معيار مجرد يغفي القاضي من البحث عن ما هو كامن في نفس المستهلك، فهو معيار لا يختلف في تطبيقه من شخص إلى آخر، فالتضليل واحد بالنسبة لجميع الناس.

نجد أن أغلبية أحكام القضاء الفرنسي تبنت المعيار المجرد (الموضوعي) حيث يضع القاضي نفسه مكان المستهلك المتوسط العادي عند تحديد الطبيعة المضللة للإشهار.

في الواقع يعتبر هذا المعيار هو الأفضل في التطبيق، وهو المعيار الذي أخذت به أغلب التشريعات، ومنها المشرع الجزائري فباستقراء المادة 28 من القانون 02/04، نجده اعتبر الإشهار مضللا متى كانت تصريحات أو بيانات أو تشكيلات أو ذكر عناصر تؤدي إلى التضليل أو البس دون تحديد لشخصية المستهلك، وتجدر الإشارة إلى أن معيار المتلقي العادي يجب في ضوء خصوصية الفئات المستهدفة بالإشهار، فإذا كان موضوع الإشهار يدخل في اهتمام فئة الأطفال مثلا

[1] كالم حبيبة، حماية المستهلك من الإشهار المضلل، مقال نشر بمجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، الجزائر، 2018، ص138.

[2] الأودن سمير عبد السميع، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص133.

فيجب أن يراعى مضمونه مستوى التفكير المتدني لدى الأطفال، كما أشارت إليه المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 101/91[1]، والمادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 103/91[2]، حيث نصت المادتان على أنه: "لا ينبغي أن يستغل الإشهار قلة تجربة الأطفال والمراهقين أو سذاجتهم." [3]

وتجدر الإشارة إلى أن المبالغة في الإعلان الالكتروني أو غيره من الإعلانات التجارية تعد جوهره، واستقر الفقه والقضاء على جوازها بهدف تسويق المنتجات والترويج بما يتضمنه من مبالغة في بيان مزايا السلع محل الإعلان دون اللجوء إلى الكذب فيها؛ الذي كما سبق الذكر هو تقديم معلومات غير صحيحة عن المنتوج أو المؤسسة التي تسوقه؛ إذ ترى محكمة النقض الفرنسية أن قيام شركة في إعلانها عن حقيبة سامسونايت SAMSONITE جاء بصورة مباراة في كرة القدم، كل اللاعبين فيها من BULLDOZET الضخمة والكرة عبارة عن حقيبة من إنتاجها، كان الإعلان بمثابة عجلات BULLDOZET تمر على الكرة حقيبة سامسونايت ونهاية المباراة تخرج الكرة سليمة بدون خدش، وذلك بقصد المبالغة في إظهار متانة المنتوج فلا يعتبر إعلانا مضللا.

ج/ صور الإعلان الالكتروني المضلل: إن الإشهار أو الإعلان وسيلة لترويج السلع وإعلام المستهلك، إلا أنه قد يتحول من أداة مشروعة إلى أداة خداع وتضليل، هذا ما دفع بالمشرع الجزائري التدخل للحد من هذه الإعلانات الالكترونية المخادعة وذلك من خلال المادة 30 من قانون التجارة الالكترونية 05/18 فقرة رابعة : " التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة"، غير ان هذه المادة اكتفت بالنص على وجوب عدم تضمن العرض التجاري ما يجعله مضلل أو غامض، إلا أنه لم يعرف ماهر الإعلان الغامض ولا صوره، ولعدم وجود اختلاف بين الإعلان التجاري التقليدي والإعلان التجاري الالكتروني إلا من حيث الوسيلة يمكن الرجوع إلى المادة 28 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي نصت على ما يلي: "دون الإخلال بالأحكام

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 101/91 المؤرخ في 1991/04/20 يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية العقارية والمنقولة والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون والمؤسسة العمومية للتلفزيون، ج.ر عدد19.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 91–103 المؤرخ في 1991/04/20 يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية العقارية والمنقولة والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالبث الإذاعي السمعي إلى المؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة، ج ر عدد 19.

[3] كالم حبيبة، مرجع سابق، ص134.

التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي، لاسيما إذا كان:

1/ يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته،

2/ يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه،

3/ يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أولا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار."

إن نص هذه المادة جاء بالصور الإشهار التضليلي على سبيل المثال وليس الحصر، يفهم ذلك من العبارة:" .... لاسيما إذا كان....»، وبذلك لا يمكن حصر الإعلان التضليلي في النقاط الثلاث المنصوص عليها من طرف المشرع، إنما تتعدى لتفيد أن هناك حالات أخرى مفادها خداع المستهلك وتضليله، إلا أن هذا يطرح إشكال كيف يمكن الجزم بأن هذا الإعلان مضلل أم لا؟ مما يستوجب من المشرع ضرورة تعريف الإعلان التضليلي للتصدي للحالات الغير منصوص عليها في نص هذه المادة. ويتفاقم الإشكال عندما يتعلق الأمر بالإعلانات الالكترونية التي تعتمد على تكنولوجيا وحداثة تجعل المستهلك يندفع في قراراته.

ويمكن أن نخلص إلى أن صور الإعلان الالكتروني تختلف تبعا لتعدد تقنيات العرض عبر الإنترنت يمكن ذكر بعضها فيما يلي:

1-<u>الكذب أو التضليل في المنتوج أوفي وجوده أو في النتائج المتوقعة منه:</u> يلجأ بعض المحترفين إلى عرض منتجاتهم عبر الإنترنت، ويتم ذلك عبر إعلانات الكترونية تتضمن مكونات غير الحقيقية للمنتوج، على شراء ا ملابس على أنها قطنية 100%، إلا أنها في الحقيقة مختلطة[1]، كما يمكن أن يغفل سهوا أو عمدا عن ذكر بعض البيانات المهمة المتعلقة بالمنتوج، كما قد يلجأ المحترف الى الكذب في النتائج المتوقعة من استعمال المنتوج، والفوائد، أو الفعالية المرجوة منه. وتوجد العديد من النماذج عن ممارسات التضليل الإعلاني لمجموعة من الشركات حتى العالمية نذكرمنها: :

[1] الأودن سمير عبد السميع، مرجع سابق، ص134.

*الإعلانات عن لفائف التبغ التي يدعى بأنها "تساعد في القضاء على التوتر والقلق كما تساعد في تمضية أوقات ممتعة"، بالإضافة إلى إعلانات المنتجات المساعدة في إنقاص الوزن التي عادة ما يصدقها المستهلكون ولكن من الصعب قياس تحقق وعودها من عدمه.

*شعور المئات من أصحاب السيارات بخيبة أمل كبيرة بعد اكتشاف أن شركتي Hyund و Kia قد بالغتا في تقدير قوة بعض سياراتهما، حيث، كشفت وزارة البناء والتشييد الكورية التحريف، والذي وصل في بعض النماذج إلى 9.1% في المئة من قوة من السيارات في الواقع، وادعت دعوى قضائية جماعية في جنوب كاليفورنيا أن الشركات كانت قادرة على بيع المزيد من السيارات بسبب الإعلانات الكاذبة وفي نهاية المطاف، كان على شركات صناعة السيارات دفع تعويضات للعملاء.

* حذاء New Balance المصمم من طرف شركة Nikeالأمريكية التي أعلنت على أنه من شأنه أن يساعد المستخدمين في حرق السعرات الحرارية ليكتشف فيما بعد عكس ذلك حيث أن الحذاء كان يجعل مرتديه عرضة لإصابات خطيرة بالإضافة لعدم وجود أية فوائد صحية جراء ارتداء الحذاء الذي ادعت Nikeأنه يستخدم تكنولوجيا الألواح الخفية، ويساعد في تنشيط عدة أعضاء من الجسم والحفاظ على رشاقتها.[1]

2/الكذب في بلد المنشأ وتاريخ الصنع: يعتبر بلد المنشأ إحدى البيانات المهمة في تحديد رغبة المستهلك في اقتنائه، فيكون الإعلان الالكتروني كاذبا أو مضللا إذا نص على بلد المنشأ غير حقيقي.

3/ الكذب والتضليل في الإعلان عن الثمن: يتعمد البعض تقديم أسعار منخفضة من أجل جذب المستهلك، ومن ثم يتم رفع الثمن الى السعر الحقيقي أو أكثر بحجة دفع الرسوم ومصاريف النقل.

رابعا: الرسائل الإعلانية المزعجة "Le spamming": يشتد الصراع الاقتصادي بين الشركات التجارية عبر الإنترنت لدرجة إرسال هذه الأخيرة لرسائل إلى مجموعة كبيرة من مستعملي الانترنت دون أن يطلبوا ذلك ، مما يجعل هذا النوع من الرسائل الإعلانية توصف بالمزعجة والطفيلية، وعرفت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات بفرنسا CNIL الإعلان الالكتروني عبر

[1] أمثلة مأخوذة من مقال مسالته سفيان وفريد راهم وعمر عياشي بعنوان حماية المستهلك في ظل الممارسات الاعلانية المضللة، مرجع سابق .

البريد المزعج SPAM بأنه: " ارسال كمية كبيرة من البريد بشكل متكرر وغير مرغوب فيه وله محتوى غير مشروع إلى أشخاص ليس بينهم وبين المرسل أية علاقة عقدية، ويكون قد تم بريدهم الالكتروني بشكل غير منتظم"[1]وفي هذا الصدد صدر حكم عن محكمة باريس في 2002/01/15 أدان فيه السبام، واعتبره فعلا يخلق اضطرابا خطيرا لدى الشخص، ويخالف حسن السيرة في المعاملات الالكترونية، هذا ويشكل السباميق في القانون الفرنسي جنحة معاقب عليها.

وبدوره المشرع نص على هذا النوع من الرسائل الالكترونية المزعجة في المادتين 31، 32 من القانون 05/18 حيث منعت الاستبيان المباشر اعتمادا على إرسال رسائل عن طريق الاتصالات الالكترونية دون موافقة المرسل إليه، كما أوجب على المورد الالكتروني أن يضع منظومة الكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار وأقر عقوبات مالية لكل مخالف لهذه الأحكام.

الفرع02: حماية المستهلك من جريمة الإعلان المخادع

من المفترض أن يكون الإعلان مصدراً للمعلومات الصحيحة والصادقة، لكي يستطيع المستهلك تكوين قناعة سليمة حول السلعة أو الخدمة التي يرغب فيها، فواقع الحال غير ذلك، لأن المهني أو المورد أو التاجر قد يستعمل الإعلان بطريقة عكسية، فيحوله إلى وسيلة للكذب والتضليل، وذلك بهدف الربح السريع وغير المشروع على حساب المستهلك، مما قد يلحق به ضرراً جسيماً، فإذا كان الإعلان بهذا الوصف، فإنه يعد جريمة رصد لها المشرع الجنائي عقوبات جزائية، فمناط عدم مشروعية الإعلان المضلل هو خداع المستهلك وما يرتبه ذلك من أثار سلبية وجريمة الخداع الإعلاني لا تقوم إلا إذا توافر لها ركنان أساسيان، الركن الأول هو الركن المادي ويتمثل في فعل التضليل والركن الثاني هو الركن المعنوي ويتمثل في قصد المعلن خداع المستهلك من أجل حمله على التعاقد[2].

أولا: الركن المادي: حتى يقوم الركن المادي في هذه الجريمة، لابد أن يتم عرض الإعلانات التجارية التي تحتوي على معلومات كاذبة أو مضللة، والتي من شأنها أن تؤدي إلى إيقاع المستهلك

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 68.

[2] هلال شعوة، حماية المستهلك من جريمة الإعلان التجاري المضلل أو الكاذب، مقال نشر بمجلة دراسات قانونية، عدد23، كلية الحقوق، جامعة العربي التبسي تبسة، الجزائر،2014، ص13.

في اللبس والغلط، وذلك بواسطة وسيلة الكترونية، ولا يهم أن يتخذ هذا الإعلان أي شكل من الأشكال سواء كان نصاً مكتوباً أو صورة شفوية أو بالإشارة، وما دام هذا التعبير من شأنه أن يضلل المستهلك[1]، وبذلك يقوم الركن المادي لجريمة الإعلان المضلل والمخادع على العناصر التالية:

1) أن نكون بصدد الإعلان: قبل الحديث عن جريمة الإعلان المضلل من البديهي أن نكون أمام إعلان، وهو تلك الأفعال التي تهدف إلى طلب اهتمام الجمهور قصد الترويج للبضائع والخدمات بصرف النظر عن الوسيلة المستخدمة في ذلك وقد تطرقنا فيما سبق إلى مفهوم الإعلان وأنواعه بالتدقيق.

2) احتواء الإعلان على كذب أو تضليل: ومعنى ذلك أن يحتوي هذا الإعلان على معلومات كاذبة أو مضللة، وأن يقع الغلط في أحد العناصر الأساسية المكونة للسلعة أو الخدمة، وهذا سواء بعرض سلعة أو خدمة خلاف لما هي عليه في الحقيقة، أو باتخاذ موقف يمتنع فيه المعلن عن ذكر بيانات جوهرية ما عن السلعة أو الخدمة محل الإعلان، ولا يشترط أن يكون قد وقع فعلا الكذب أو التضليل، بل يجرم الإعلان إذا ما ورد بشأنه أو يوقع المستهلك في الغلط في المستقبل، فالنظر في الرسالة الإعلانية يشمل الحاضر والمستقبل معا.[2]

لكن المبالغة وبحسب الأصل لا تعد تضليل عند قيام المعلن بامتداح السلعة أو الخدمة المعلن عنها، فالمبالغة في وصف محاسنها وامتداح مزاياها وإبراز آثارها الإيجابية هو أمر مقبول في الحياة التجارية، ومن ثم لا يعد ذلك إعلانا مضللا، مثل استخدام ألفاظ عظيم، باهر، ساحر، فريد، فهذا أمر لا يتضمن الكذب أو التضليل بخصوص مكونات أو أوصاف محل الإعلان.[3]

3) أن يقع التضليل في أحد العناصر المنصوص عليها قانونا: وذلك بأن يقوم المعلن بإيراد بيانات كاذبة أو مضللة ضمن البيانات الواردة في الإعلان الالكتروني المعروض على الجمهور مما

---

[1] مامش نادية، مسؤولية المنتج – دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص116.

[2] خميخم محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية – دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، 2016-2017، ص62.

[3] هلال شعوة، مرجع سابق، ص14.

يؤدي إلى تضليل المستهلك، فقد تطرق المشرع الجزائري في نص المادة 01/28 من القانون رقم 02/04 السابقة الذكر إلى أوجه الإشهار التضليلي على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

وعليه فإن الإعلان أو الإشهار يعد تدليساً غير نزيه إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى لبس أو خلط بين سلع أو خدمات أو علامات تميز منتجا عن غيره، أو كان يتضمن تصريحات أو ادعاءات أو عروض كاذبة أو من طبيعته أو من إحدى خواصه أن يدفع إلى التغليط أو التضليل.

ويحدث التغليط عن طريق عدم وضوح أو عدم مقروئية البيانات أو المعلومات في الإعلان، ولا يحدث التضليل فقط بأن يأتي المعلن سلوكاً إيجابيا، وإنما قد يحدث أيضا عن طريق السكوت أو الترك، إذ أن مجرد الإخفاء العمدي أو غير العمدي أو إهمال الإشارة إلى بعض البيانات الجوهرية المتعلقة بالمبيع يعد جريمة، كأن يصرح المعلن بنصف المعلومات ويسكت عن النصف الآخر، إذا تكون الجنحة قائمة في حقه إذا كان السكون دافعا لإبرام العقد وكان صادراً من المتعاقد الآخر، وهو يقترب بهذا الوصف من السكوت أو الكتمان في التدليس المدني.

ثانيا: الركن المعنوي: أثار الركن المعنوي في جريمة الخداع في الإعلان التجاري الإلكتروني العديد من النقاشات الفقهية، ونظراً لطبيعة هذه الجريمة وآثارها المباشرة على المستهلك، يمكن التطرق إلى اتجاهين هما:

1) الاتجاه الأول: يقوم هذا المبدأ على أساس سوء النية لدى المعلن في جريمة الإعلان المضلل أو الكاذب، حيث جعل من القصد الجنائي ركنا أساسيا لمساءلة الجاني وهذا ما نصت عليه حسب رأيه المادة 05 من قانون العقوبات الفرنسي الصادر بتاريخ 1963/07/02[1]، وعليه فحسب رأي هذا الاتجاه تبقى الجريمة عمدية ولا مجال لافتراض سوء نية المعلن، وما على سلطة الاتهام سوى إقامة الدليل على سوء النية، ونظرا للمشاكل العملية التي واجهت تطبيق هذا المبدأ من طرف القضاء في الإثبات، و كذا حصر المسؤولية الجنائية بسوء النية، مما أدى إلى تطبيق مجال العقاب، وهذا ما سمح بنجاة عدد كبير من المجرمين في هذا المجال.

فقد تم استبعاد هذا المبدأ من التطبيق، وهذا بصدور قانون العقوبات الفرنسي بتاريخ 1973/12/27 الذي وضع ولم يعد يشترط في هذا الأخير سوء النية في الركن المعنوي لجريمة الإعلان المضلل، حيث نص في المادة 44 منه على إلغاء اشتراط سوء النية لدى المعلن.

[1] مامش نادية، المرجع السابق، ص268.

2) الاتجاه الثاني: (مبدأ استبعاد سوء النية لدى المعلن) تعد جنحة الإعلان المضلل من الجرائم غير العمدية، بحيث لا يشترط القانون توفر القصد الجنائي لدى المعلن لإدانته، وهذا ما نص عليه القانون الفرنسي الصادر في 27 ديسمبر 1973، غير أن القضاء الفرنسي رغم ذلك ظل متردداً من حيث ضرورة توافر سوء نية المعلن من عدمها، مما أثار نقاشاً عميقاً حول الموضوع لم تحسمه إلا محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في 1994/01/05 معتبرة أن جنحة الإعلان المضلل تقوم حتى دون توافر سوء النية من جانب المعلن، فانه لا يصح التذرع بالإهمال وعدم الاكتراث للتخلص من المسؤولية، ذلك أن المعلن ملزم بالتثبت من صدق الإعلان والإحاطة بكل ما يحتويه قبل نشره.[1]

ثالثا: جزاء ممارسة الإشهار (الإعلان) المضلل: لحماية الحقوق والحفاظ على النظام العام رسم المشرع عدة طرق لمكافحة الممارسة التجارية غير النزيهة ومن بينها الإشهار المضلل، وما ينتج عنها من سلبيات تمس المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في الحلقة الاقتصادية.

فقد بسط المشرع حماية المستهلك عن طريق رفع دعوى قضائية لاستيفاء حقوقه وجبر الأضرار اللاحقة به، ويكون ذلك برفع دعوى مدنية لاحقة لحكم جزائي يتضمن الإدانة بالإشهار التضليلي[2].

أ/ جزاء جريمة الإعلان الكاذب أو المضلل

*** العقوبات الأصلية:**

اعتبرت المادة 38 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الإعلان المضلل أو الكاذب ممارسة تجارية غير نزيهة، ورصدت له عقوبة الغرامة التي قدرها بغرامة مالية خمسين ألف دينار (000 50 دج) إلى خمسة ملايين دينار جزائري (000 000 5 دج).

وتنص المادة 69 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09 على: "ترفع العقوبات المنصوص عليها في المادة 68 أعلاه إلى خمس (05) سنوات حبس وغرامة قدرها خمسمائة ألف دينار (000

[1] هلال شعوة، مرجع سابق، ص19.

[2] حمدان محمد، سلاف عزروق، حماية المستهلك من الإشهارات الكاذبة والمضللة، مقال نشر بمجلة الاجتهاد القضائي، عدد 14، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، أفريل 2017، ص287.

500 دج) لذا كان الخداع أو محاولة الخداع قد ارتكبت سواء بواسطة: ... إشارات أو ادعاءات تدليسية، كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات أو بطاقات أو أية تعليمات أخرى".

والمادة 68 المذكورة؛ تتعلق بجرائم خداع أو محاولة خداع المستهلك وعليه فإنه من يقترف أحد الأفعال التي نصت عليها هذه المادة، ويستخدم للترويج والدعاية لها إحدى وسائل الإعلان التي نصت علها المادة 69 فقرة 3 أو 4 أعلاه فإنه يكون قد ارتكب جريمتين هما: جريمة خداع المستهلك وجريمة الإعلان الكاذب أو المضلل.

*** العقوبات التكميلية**

نصت عليها المادة 82 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وتتمثل في مصادرة المنتوجات والأدوات وكل وسيلة أخرى من الوسائل التي استعملت لارتكاب تلك المخالفات.

كما نصت المادة 39 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، على أنه يمكن حجز البضائع والعتاد والتجهيزات التي استعملت في ارتكاب الجرائم أي كان مكان وجودها مع مراعاة حقوق الغير حسن النية، ويحرر بالمواد المحجوزة محضر جرد وفق الإجراءات التي تحدد عن طريق التنظيم.

*** العقوبات المنصوص عليها في قانون التجارة الالكترونية**

نص قانون التجارة الالكترونية 05/18 في المادة 36 فقرة 02: " تتم كيفيات الرقابة ومعاينة المخالفات المنصوص عليها، حسب نفي الأشكال المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، لاسيما تلك المطبقة على الممارسات التجارية وعلى شروط ممارسة الأنشطة التجارية وعلى حماية المستهلك وقمع الغش" وبذلك يكون قانون التجارة الإلكترونية أحال الرقابة ومعاينة المخالفات في التجارة الالكترونية إلى القوانين والتنظيمات المتعلقة بالممارسات التجارية وحماية المستهلك.

وأضاف قانون 05/18 في المادة 40: " دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض، يعاقب بغرامة 50 000 دج إلى 500 000 دج كل من يخالف أحكام المواد 30 و31 و32 و34 من هذا القانون".

وهي المواد المتعلقة بالإشهار الإلكتروني، والملاحظ أن الحد الأعلى للعقوبة في نص هذه المادة كان أقل من الحد الأعلى للعقوبة المنصوص عليها في المادة 38 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسة التجارية.

وفي نص المادة 43 أضاف المشرع على إمكانية تعليق تسجيل أسماء نطاق المورد الالكتروني بشكل تحفظي من طرف الهيئة المكلفة بمنح أسماء النطاق في الجزائر بناءاً على مقرر من وزارة التجارة ولا يمكن أن تتجاوز مدته 30 يوما.

ويكون التعليق عندما يرتكب المورد الالكتروني أثناء ممارسة نشاطه مخالفات تكون تحت طائلة عقوبة غلق المحل بمفهوم التشريع المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية، وهذا ما نصت عليه المادة 46 من قانون 02/04: "يمكن الوالي المختص إقليميا بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يتخذ بموجب قرار إجراءات غلق إدارية للمحلات التجارية لمدة أقصاها ستون (60) يوما، في حالة مخالفة القواعد المنصوص عليها في أحكام المواد .... 28 ... من هذا القانون".

أ/ دور القضاء المدني في حماية المستهلك من الإعلان التضليلي أو الكاذب:

بوجه عام يمكن تلخيص دور القضاء المدني في قمع ظاهرة الإشهار التضليلي من خلال عرض لمجموع الدعاوي المخولة للمستهلك المضار من الإشهار التضليلي والتي يمكن تفصيلها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي إلى ما يلي:

1) الدعاوى الاستعجالية كآلية قضائية لحماية المستهلك من الإشهار التضليلي: تطبيق للقواعد العامة المكرسة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1]، يمكن للمستهلك المضرور من الإشهار التضليلي اللجوء إلى المطالبة القضائية الاستعجالية عن طريق دعوى وقائية مؤقتة محلها المطالبة بأي إجراء مؤقت أو تحفظي يرى المستهلك أن شأنه وقوع ضرر محدق به أو تفادي تفاقمه متى اثبت صفته ومصلحته الظاهرة في النزاع، إلا أن دور القاضي الاستعجالي في التشريع الجزائري يبقى دوراً تكميلياً محدوداً إذ يجب عليه تسبيب تمسكه باختصاصه قبل الأمر بأي إجراء استعجالي من خلال بيان عناصر الاستعجال وإبراز الخطر المحدق.[2]

[1] المواد 299 و300 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2009، ص290.

2) **دعاوى الموضوع كآلية قضائية لحماية المستهلك من الإشهار التضليلي:** يمكن حصر الدعاوي القضائية المتعلقة بالإشهار التضليلي بحسب المركز القانوني للمستهلك تبعا لقيام العلاقة العقدية بينه وبين العون الاقتصادي الممارس للإشهار المضلل.

في حال وجود رابطة عقدية مع العون الاقتصادي الممارس للإشهار التضليلي:

تمنح الرابطة العقدية للمستهلك كافة الضمانات بموجب قواعد القانون المدني وكذا بموجب الحماية المكرسة بموجب قانون المستهلك وقمع الغش، ويمكن ممارسة الدعاوى الآتي تبيانها:

- دعوى الإبطال: تعتبر دعوى الإبطال تأسيسا على التدليس، أهم صور الدعاوى المباشرة في حال قيام علاقة عقدية بين المستهلك والعون الاقتصادي، إذا ما ثبت أن الإشهار التضليلي كان هو الدافع إلى التعاقد من قبل المستهلك وانطوى على حيل تدليسية لإيقاع اللبس في ذات المستهلك ودفعه إلى اقتناء المنتوج، ويراعي القاضي في تقديره المعيار الذاتي بالنظر إلى طبيعة المستهلك الذي يكون طرفا ضعيفاً سهل الانقياد أمام مغريات الإشهار[1]، ويقع عليه عبء الإثبات.
- دعوى الضمان: فرضت المادة 03 من الأمر 03/09 المتعلقة بالمستهلك وقمع الغش الالتزام بالضمان في ذمة المتعامل الاقتصادي، وتبعا لذلك يمكن للمستهلك الذي أقدم على التعاقد واقتناء المنتوج تأثراً بالإشهار التضليلي ثم ثبت عدم مطابقته من حيث ما ذكر في الإشهار يلجأ إلى المطالبة بالضمان خلال الآجال القانونية.
- دعوى الفسخ والمسؤولية العقدية: تطبيقا للواعد العامة يمكن للمستهلك المتعاقد المضار من الإشهار التضليلي رفع دعوى تعويض على أساس المسؤولية العقدية أو دعوى الفسخ تأسيساً على إخلال المتعاقد الاقتصادي المتعاقد معه بالتزامه.

- في حال عدم وجود رابطة عقدية مع العون الاقتصادي الممارس للإشهار التضليلي:

تعتبر دعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية أكثر الدعاوى شيوعا بين المستهلكين عند المطالبة بالحماية القضائية من الإشهار التضليلي، متى اعتبر هذا الأخير عملا غير مشروع تحقق وأمكن إثباته فإنه يكيف لاعتباره خطأ مدني موجب للتعويض طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، لذا

[1] بودالي محمد، مرجع سابق، ص192.

يمكن للمستهلك المضار من الإشهار التضليلي المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وإثبات الخطأ، الضرر والعلاقة السببية.

رابعا: الأشخاص المسؤولون جنائيا عن جريمة الإعلان المخادع: يكثر الأشخاص المتطلبين في نشر الإعلانات التجارية عبر الوسائل الالكترونية وهذا نظرا لطبيعتها التقنية والفنية، غير أن التشريعات الجنائية التي تعالج المسؤولية الجنائية لأشخاص الإعلانات التجارية قليلة وسنحاول التطرق لبعضها:

1) **المسؤولية الجنائية للمعلن:** يعرف المعلن بأنه "صاحب السلعة أو المنفعة أو الخدمة، والذي يريد الإعلان عن سلعته أو منفعته أو خدمته لقاء أجر بيعه إلى وكالة الإعلان، والمعلن قد يكون فرداً أو جماعة أو منشأة، وشخصيته قد تكون حقيقية أو اعتبارية"[1]

ويعتبر المعلن الفاعل الأصلي في جريمة الإعلان المضلل والكاذب، فهو الذي يتم الإعلان لحسابه، وهو المسؤول بصفة أصلية، وهذا ما نصت عليه المادة 21 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي[2]، والتي تحيلنا إلى نص المادة 05/121 من قانون المستهلك الفرنسي[3]، وهذا مهما كانت صفة المعلن سواء كانت شخصا طبيعيا أو معنويا بشرط أن ترتكب الجريمة لحسابه ومصلحته، فإن كان شخصاً معنوياً لشركة فإن المسيرين هم الذين تقع عليهم المسؤولية الجنائية[4]، بمعنى أن الشخص المعنوي يسأل من خلال ممثله القانوني، الذي فرض له رئيس مجلس الإدارة سلطاته.

أما بالنسبة للمشرع المصري فلقد أوجب على كل معلن أن يمد المستهلك بالمعلومات الصحيحة، ويتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل أو وقوعه في خلط وغلط ويعفى المعلن من المسؤولية الجنائية في حالة ما إذا كان الإعلان متضمنا معلومات فنية أمدها المورد، يتعذر على المعلن المعتاد التأكد من صحتها، وإذا كانت المعلومات مقدمة من المورد إلى المعلن، فإنه يكون مسؤولا عنها، حتى ولو كانت فنية يتعذر عليه التأكد من صحتها[5].

---

[1] خميخم محمد، مرجع سابق، ص69.

[2] Loi N°2004/575 du 21/06/2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O.R.F N°143 du 23/06/2004.

[3] Art 121-5 code de consommation français, l'annoncer pour me compte du quel la publicité est diffusé le responsable a titre principale de infraction commise .

[4] Art 06 du loi 04/575.

[5] المادة 06 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006.

أما المشرع الجزائري فلم يتضمن قانون 03/09 لمسؤولية المعلن ولا تعريف له، ويمكن اعتبار المتدخل المنصوص عليه في المادة 03 فقرة 08 هو نفسه المعلن.

2) **المسؤولية الجنائية لوكالة الإعلان:** تعتبر وكالة الإعلان شخص معنوي مستقل عن الشخص الطبيعي (ممثلها القانوني) وعرفت على أنها: "منشأة أعمال في تخطيط وتنظيم ورقابة وتنسيق النشاطات والفعاليات الإعلانية للمعلنين".

وعند ارتكاب سلوك إجرامي يعاقب غليه قانوناً، فإن أغلب التشريعات المقارنة حسمت الأمر، وقررت المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية وبذلك تكون هذه الوكالات مسؤولة جنائيا عن الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل، إلا أن التسليم بقيام المسؤولية الجنائية في حق وكالة الإعلان عملياً، لبس بالأمر السهل ويثير العديد من الإشكالات القانونية، وهذا باعتبار أنها ليست صاحبة السلعة أو الخدمة المعروضة على المستهلك، وأنها ليست مؤهلة لكشف الكذب والتضليل الذي يحتويه الإعلان التجاري[1].

3) **المسؤولية الجزائية لمزود الخدمة:** يعرف مزود الخدمة أو متعهد الخدمة بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم للجمهور خدمة الاتصال بشبكة الأنترنت" حيث يتصف عمل مزود الخدمة بأنه عمل ذو طبيعة فنية، فهو الذي يمكن مستخدمي الانترنت من الوصول إلى المواقع الالكترونية أو البريد الالكتروني للأشخاص الذين يريدون مخاطبتهم.

وعرف المشرع الجزائري مقدم الخدمة في المادة الثانية فقرة (د) من القانون رقم 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها على أنه:

"1- أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام الاتصالات.

2- وأي كيان أخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو لمستعمليها"، وألزم المشرع مقدمو الخدمات في الفصل الرابع من هذا القانون بجملة من الالتزامات تتضمن مساعدة السلطات المكلفة بالتحريات القضائية لجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة بمحتوى الاتصالات في حينها وبوضع المعطيات التي يتعين عليهم وضعها تحت تصرف السلطات المذكورة مع الالتزام بكتمان سرية العمليات.

[1] خميخم محمد، مرجع سابق، ص69.

أما في نص المادة 12 فقد ألزم المشرع مقدم خدمة الانترنت بالتدخل الفوري لسحب المحتويات التي يتيحون الاطلاع عليها بمجرد العلم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بمخالفتها للقوانين وتخزينها أو جعل الدخول إليها غير ممكن، ووضع ترتيبات تقنية تسمح بحصر إمكانية الدخول إلى الموزعات التي تحتوي معلومات مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وإخبار المشتركين لديهم بوجودها.

وبذلك يكون المشرع ألزم مقدمي الخدمات بجملة من الالتزامات دون أن يترتب على ذلك أي جزاء عند مخالفتها، ولم ينص على مسؤوليتهم تجاه جرائم الإعلان الكاذب أو المخادع.

أما المشرع الفرنسي متفقا مع التوجيه الأوروبي حول التجارة الإلكترونية[1] نص في المادة 6-1/3 من القانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي: "إن أفعال مقدمي خدمات الانترنت لا يمكن أن تدخل في نطاق التجريم إلا إذا ثبت علمهم الفعلي بالمضمون الالكتروني غير المشروع، وعلى الرغم من هذا العلم لم يتخذوا الإجراءات اللازمة لشطبه أو على الأقل لمنع وصول الجمهور إليه"، فيعد مزود الخدمة مسؤولا عن مضمون الإعلان التجاري الكاذب أو المضلل من لحظة علمه بذلك و كانت له الاستطاعة من منع المستخدمين من الوصل إلى الموقع الالكتروني الذي يتضمن هذا الإعلان ولم يفعل ذلك، وحسب رأي الفقه تكيف المسؤولية الجنائية لمزود الخدمة في هذه الحالة على أساس التدخل أو الاشتراك في الجريمة غير أنه وبالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات الفرنسي نجد أنه لا يمكن أن يدان شخص بجريمة التدخل أو الاشتراك الإجرامي، ما لم يثبت علمه بالأفعال المرتكبة، وهذا ما أخذت به المادة السادسة السابقة الذكر.

[1] Directive européenne N°2000-31 du 08 juin 2000 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique) ; J.O.U.E, N°178 du 17 juillet 2000, p01.

Article 1 :Simple transport (Mère conduit)

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire.

a) ne soit pas à l'origine de la transmission;

b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission.

c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

المبحث الثاني: حماية المستهلك الالكتروني أثناء التفاوض.

إن التفاوض الالكتروني أصبح علما قائما بذاته له أصوله وقواعده، كما أنه يعتبر فن يحتاج إلى موهبة وخبرة وقدرات ذاتية للمفاوض، كما أن الحماية المقررة للمستهلك في هذه المرحلة هي عبارة عن التزامات مفروضة على طرفي التفاوض وخاصة الطرف المحترف الذي بقيامه وباحترامه لالتزامه يكون قد راع جانب الحماية المقررة للتعاقد معه.

المطلب الأول: ماهية التفاوض الالكتروني.

الفرع01: تعريف التفاوض الالكتروني وأهميته.

تعريف التفاوض

تعريف التفاوض لغة: التفاوض لغة مشتق من الفعل فوض، يقال فوض إليه الأمر، صيره إليه وجعله الحاكم فيه، وفاوضه في أمره أي جاراه، وتفاوضوا الحديث أي أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعض[1]، والمفاوضة هي المساواة والمشاركة، وشركة المفاوضة هي الشركة العامة في كل شيء وتفاوض الشريكان في المال إذا اشتركا فيه أجمع[2].

التفاوض اصطلاحا: العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي بين الطرفين والمتفاوضين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة[3].

التعريف الفقهي للتفاوض: تتعدد التعريفات الخاصة بالتفاوض فيرى البعض بأنه: "تبادل الاقتراحات، التقارير، المساومات، الدارسات الفنية بل والاستشارات القانونية بين أطراف التعاقد، ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعريف على ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات للطرفين"[4].

---

[1] محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح دار الحديث القاهرة ص280.

[2] لسان العرب أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى 1997، ص 171.

[3] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشروالتوزيع، عمان،1997، ص84.

[4] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص138.

ويعرفه البعض الأخر بأنه: "عبارة عن حوار ومناقشة وتفاعل بين طرفين أو أكثر بصدد موضوع معين لحسم الخلاف والتوفيق بين المصالح المتعارضة، والوصول إلى اتفاق بشأنه"[1].

التعريف التشريعي للتفاوض: تجدر الإشارة إلى أن أغلب التقنيات المدنية منها الجزائرية، المصرية، والفرنسية قد خلت من أي نص خاص ينظم مرحلة ما قبل التعاقد، تاركة هذه المهمة للدراسات الفقهية وتقدير القضاء، ما دفع العديد منهم إزاء هذا الفراغ التشريعي إلى بذل جهود في محاولة للتغلب على هذا الوضع وسد النقص التشريعي.

أهمية التفاوض الالكتروني:

وفرت تقنيات الاتصال الحديثة وسائل اتصال بالغة التقدم يمكن من خلالها التفاوض عن بعد، وهذا النوع من التفاوض يتسم بالسرعة ويجنب المتعاقدين مشقة الانتقال، وإن كان في الوقت نفسه يثير القلق والغموض بالنسبة إلى الجوانب العملية في التعاقد، ولاسيما من جهة التأكد من هوية المتعاقدين، ومن طبيعة موضوع العقد، والضمانات المتبادلة وسبل التنفيذ، الأمر الذي يتطلب إتمام العديد من الجوانب الفنية التي تستوجب الدقة والتحري، والاستعانة بأهل الخبرة، على نحو يكسب التفاوض الثقة والحيوية[2].

وتبدو أهمية التفاوض من أنه وسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتعاقدة، يلعب دورا وقائيا وحيويا وفعالا في التحضير لمرحلة إبرام العقد والحد من أسباب النزاع في المستقبل ويؤمن لكل واحد من المتفاوضين الاطلاع على التفصيلات الدقيقة الخاصة بشروط العقد والمواصفات الأساسية المتصلة بالمحل المتفاوض بشأنه[3].

ثمة عقود لا يسبقها مفاوضات قبل انعقادها كالعقود المألوفة التي تتكرر في الحياة اليومية غير أن أهمية التفاوض تظهر بصورة خاصة في العقود التجارية أو الصناعية التي يمتد تنفيذها

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني، السياحي، البيئي)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2002، ص122.

[2] سمير دعون، العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان 2012، ص139.

[3] فؤاد العلواني عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الانترنت، عقود البيع التجارية، وفق أحكام قواعد الأنكوتيرمز لعام 2000 الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 2003، ص13.

لفترة زمنية طويلة، من ناحية كونه وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في حالة تغير الظروف، إذا نظرا للقابلية مع الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد للتغير المستمر مما قد يخل بتوازن العلاقات العقدية، ويجعل تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه مرهقا للمدين، لذا يحرص الطرفان في مثل هذا النوع من العقود على إدراج شرط يلتزم بمقتضاه كل منهما بالتفاوض حول كيفية التغلب على هذه الصعوبات، يطلق على هذا الشرط إعادة التفاوض، أو شرط إعادة التوازن العقدي والمسمى في القانون الانجليزي شرط الصعوبة للتعبير عن المشقة أو الأزمة التي يمر بها العقد نتيجة تغير الظروف التي أبرم في ظلها، الهدف الذي يسعى شرط إعادة التفاوض إلى تحقيقه هو تعديل أحكام العقد بطريقة إعادة التفاوض بين الأطراف حتى يتماشى مع الظروف الجديدة وإعادة التوازن بين الالتزامات التي تسبب فيها هذه الظروف.

وقد نصت على شرط إعادة التفاوض في حالة تغير الظروف والمبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرها معهد توحيد القانون الخاص عام 1994، فقد جاء بالمادة 26 بأنه: "في حالة شرط تغير الظروف يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب التفاوض"، من ثم فأن التفاوض في هذه الحالة هو الأداة الفنية لإنقاذ العقد وتصويب مساره بتخفيف الضرر عمن لحقه نتيجة تغير الظروف، كما يعتبر التفاوض أيضا وسيلة لتسوية المنازعات بصورة ودية ووسيلة لتفسير العقد فحالة وجود نزاع بشأنه تنفيذه وفق هذا الرأي فإنه في حالة التواصل إلى إبرام العقد النهائي يجب التأكد على أن المفاوضات التي أجريت شرطا لازما في العقد ومكملا له وأخذا في الاعتبار عملية التفسير[1].

ويتم التفاوض بين الطرفين من خلال رسائل البيانات عبر الانترنت ويجب أن تتضمن هذه الرسائل ثلاثة خصائص رئيسية:[2]

الخاصية الأولى: تحديد الاحتياجات: يجب على العميل أن يبين احتياجاته بوضوح، ولو اقتضى الأمر الاستعانة بغيره، ولا يلزم المورد بحكم احترافه، بأن يحيط بذلك من تلقاء نفسه، إلا إذا كانت مطالب العميل تدخل ضمن العادي والمألوف، أما إن خرجت تلك المطالب عن القواعد العامة

[1] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص، قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2014-2015، ص78.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص46.

فيتعين على العميل إبرازها كي يتم التفاوض على أساسها، ويبدو ذلك في عقود المعلوماتية، حيث يلتزم المورد على ضوء ذلك باختيار المعدات والبرامج المناسبة لظروف ورغبات العميل.

الخاصية الثانية: وضع كراسة الشروط: يقوم العميل بوضع كراسة يصرح فيها شروط التعاقد، ويبرز من خلالها كافة مطالبه، وهي دليل على جدية الرغبة في إبرام العقد، وتشكل الأساس الذي يتم عليه التفاوض.

ويجب على المورد أن يشترط تقديم تلك الكراسة، ويطلب من العميل أن يحدد فيها بدقة رغباته وأهدافه والسبل المقترحة لإشباع ذلك، والا تحمل المورد مسؤولية التعامل دون وضع الأهداف والشروط، بالاشتراك مع العميل، حيث يتعين على الطرفين التعاون وبذل الجهود في هذا المضمار لتفادي كل أسباب الشقاق من خلال إعداد الوثائق التفاوضية المتكاملة التي تساعد على الوصول إلى عقد ناجح من جهة وتحديد المسؤولية عن أي أضرار محتملة من جهة أخرى.

الخاصية الثالثة: تلقي العروض: تبرز أهمية ذلك العنصر بمناسبة الصفقات الكبيرة التي تقترن بتقديم تسهيلات في عملية التوريد وإقامة المنشآت، حيث يكون من الأفضل اللجوء إلى أسلوب طرح الأمر للجمهور وتلقي العروض المختلفة بشأنه وينبغي بالنسبة للدعوة الخاصة بتلقي العروض أن تتضمن البيانات الواضحة فيما يتعلق بمواعيد التقدم بالعرض، وعناصره ومواصفاته وشروطه حتى يتم التفاوض والمفاضلة على أسس واضحة.

التكييف القانوني للتفاوض الالكتروني: يميز الفقه الحديث بين صورتين من صور المفاوضات، أولاهما تلك المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض؛ وهي المفاوضات التي تتم دون اتفاق ينظمها وتعتبر مجرد عمل مادي لا يرتب أثرا قانونيا إلا إذا صاحبها خطأ أدى الى وقوع ضرر[1]. والثانية هي المفاوضات المصحوبة بما يسمى باتفاق التفاوض، ويقصد بها المفاوضات التي تتم بناء على اتفاق صريح بين الطرفين غالبا ما يكون مكتوبا، وتعد المفاوضات في هذه الصورة تصرفا قانونيا لوجود علاقة عقدية بين الطرفين.

[1] عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص152.

ويلاحظ أن الاتفاق على التفاوض لا يلزم الطرفين بإبرام العقد النهائي لأن الالتزام بالتفاوض بناءا على عقد التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ويتفاوت مضمون الاتفاق على التفاوض من حالة إلى أخرى، فقد يكتفي الأطراف بتقرير الاتفاق على البدء في التفاوض وقد يتم النص على بعض الالتزامات التي تحكم سير المفاوضات وغالبا ما يتضمن عقد التفاوض شروط تتعلق بتنظيمه مثل الالتزام بعدم الدخول في مفاوضات موازية، والالتزامات السرية وتحديد مدة معقولة للاستمرار في التفاوض وتحديد نفقات المفاوضات ومن يتحملها وغيرها من المسائل.

يوصف عقد التفاوض أنه عقد مؤقت، فمهما طالت فترة المفاوضات ومهما استغرقت من وقت فإنما تبرم لمدة مؤقتة فهي إما أن تنتهي إلى إبرام العقد وإما أن يختلف الطرفان ويتوصلا إلى قناعة بعدم إبرام العقد[1]. وأيا كانت النتيجة فإن التفاوض متى تم عن طريق عقد مستقل فإنه لابد أن ينتهي في فترة من الفترات ولذلك يوصف بأنه عقد مؤقت فهو لم يوجد إلا لمدة محددة، وتلك المدة هي التي يستغرقها الطرفان في التفاوض عبر وسائل الاتصال الالكترونية، فإذا انتهت المفاوضات بين الطرفين بالتوصل إلى إبرام العقد المنشود زال كل أثر للتفاوض وكذلك الأمر لو فشلت العملية التفاوضية.

كما لا يشمل عقد التفاوض على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه إذ أن الهدف منه تبادل الآراء وتقريب وجهات النظر وتعريف كل متعاقد بالعقد المراد إبرامه لا بعناصره الجوهرية وتفصيلاته الدقيقة وهو بهذا يظل مجرد عقد تمهيدي[2].

وإذا كنا قد أشرنا إلى أن التشريعات قد خلت من تنظيم للتفاوض سواء في صورته العقدية أو المادية، فإنه متى جاء في صورة عقد فإنه يكون عقدا غير مسمى إذ لم يفرد له التقنيين المدني أي تنظيم رغم المكانة العامة التي بدأ يحتلها على الصعيد المحلي والدولي ضمن العقود التي يحدث التفاوض دائما قبل إبرام عقود نقل التكنولوجيا، وعقود تضيع برامج الحاسوب والتقنيات الحديثة.

[1] خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006، ص232.

[2] عباس العبودي، مرجع سابق ص86.

على أنه يجب على التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية أن تفرد له تنظيما خاصا، نظرا لمكانة المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، وبذلك يصبح التفاوض على العقد عقدا مستقلا بأحكام تنظمه ويمكن وصفه بأنه عقد مسمى، وهذا رغم أننا نسجل في هذا المقام على التشريعات العربية الحديثة الخاصة بالمعاملات الالكترونية أنها لم تعره أي اهتمام ولم تفرد له نصوصا خاصة مقتدية في ذلك أثر التقنيات المدنية وهذا قصور يجب تلافيه.

التفرقة بين هذه المرحلة وبين ما قد يشتبه بها

أهـــم ما يميز مرحلة التفاوض قبل العقدية بداية هو عنصر الاحتمال الذي تقوم عليه هذه المـــرحلة أساسا، فاحتمال الاتفاق أو عدمه يكونان على قدم المساواة بالنسبة لأطراف المفاوضة، فكل منهما على يقين بأن تلك المفاوضات قد تسفر عن اتفاق وقد لا تسفر، لذا نراهما لا يستبعدان احتمال عدم الاتفاق، وعليه فكل منهم لا يغيب عن ذهنه فكرة البحث عن متعاقد آخر.

لذا فإن هذه المرحلة تتميز عن المرحلة العقدية، فالتحديد الدقـــيق لمرحلة التفاوض قبل العقدية، يقتضي بداهة تحديد وقت نهايتها، لتكون الفترة قبل العقدية هـــي الفـــترة الســـابقة على ذلك، وهذه الفترة تنتهي بإبرام العقد وما يتلوه بداهة يدخل في المرحلة العقدية، كمـــا تتميز مرحلة التفاوض قبل العقدية عن التفاوض اللاحق لإبرام العقد، كأن يتفق المتعاقدان علـــى الـــتفاوض فـــيما بينهم كلما طرأ طارئ أو استجد أمر خلال تنفيذ العقد، أو أن يتفقا على الـــتفاوض كوســـيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ خلال تنفيذ كل طرف لالتزاماته المترتبة عن القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية، لا شك أن المرحلة التي نحن بصدد دراستها إنما تتعلق بالمرحلة السابقة على إبرام العقد لا تنفيذه، تجـــدر الإشارة إلى أن عقود التنفيذ المستمر تتطلب تفاوضا مستمرا، ويعد التفاوض في مرحلة التنفـــيذ تـــرجمة اقتصادية تعبر عن توازن قانوني سابق الوجود ولكنه لاحق لإبرام العقد، بينما الـــتفاوض فـــي مرحلة الانعقاد فهو ترجمة قانونية تعبر عن توازن اقتصادي سابق الوجود، كما يلاحـــظ بـــان الالـــتزام بالتفاوض في مرحلة التنفيذ يدخل إلى حد كبير في إطار العدالة، بينما الـــتفاوض فـــي مرحلة الانعقاد فيدخل في دائرة القانون حيث يجب أن يسود مبدأ حسن النية بما يحققه من عدالة طبقا لما تقرره النصوص القانونية [1].

[1] خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص233.

وتتمـــيز مرحلة التفاوض قبل العقدية عن الإيجاب الذي يعرف بأنه: ذلك التعبير عن الإرادة الـــبات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه إذا لحقه قبول مطابق، وهو لا يكـــون كذلك إلا إذا صدر في صيغة عرض غير مشروط، متضمنا تحديدا واضحا لكل الأركان الرئيسية للرابطة المزمع إنشاؤه، فالذي يمـــيز الإيجاب عن الدخول في مفاوضات في سبيل الوصول إلى عقد معين هو وجود أو عـــدم وجود النية القاطعة في الارتباط بالتعاقد، فإن وجدت هذه النية كنا أمام إيجاب بات، وان لم توجد كنا أمام مجرد دعوة للدخول في مفاوضات.[1]

الفرع02: الاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض ومكانتها في العقد الالكتروني

إن استمرت المفاوضات قائمة بنجاح بين الأطراف، فإنه غالبا ما يسبق الاتفاق النهائي أو الكامل، اتفاقات تتوسط مرحلتي التفاوض والتعاقد النهائي. وحيث أن المفاوضات تمر بمراحل متتالية يتم اجتيازها صوب العقد النهائي، لذا يرافقها اتفاقات تمهيدية يتم ابرامها بصدد كل مرحلة يتم اجتيازها، وهذه الاتفاقات التمهيدية تختلف عن الآليات التنفيذية في التشريعات المدنية مثل: الايجاب والقبول والوعد بالتعاقد.

وعليه سوف نورد أنماط الاتفاقات المبدئية بين المتفاوضين ونحدد مكانتها في العقد الالكتروني.

أولا: أنماط الاتفاقات المبدئية بين المتفاوضين: تتعدد أنماط الاتفاقات المبدئية بين المتفاوضين وتتم خلال مراحل مختلفة ويمكن ذكر بعضها لأنها تختلف باختلاف العقود المراد ابرامها.

1* الاتفاق على مبدأ التفاوض: هنا نكون أمام مجرد دعوة للتفاوض لطالما أن ايجابا لم يصدر بعد، حتى وإن صدر هذا الايجاب ولم يلق قبولا مطابقا، وإنما اقتصر على تعديل في الايجاب، حيث يعد ايجابا جديدا صادرا من الموجب له يحتاج لقبول جديد[2].

وهي اتفاقات تتعلق بتنظيم المفاوضات ذاتها مثل أين ومتى ستبدأ المفاوضات، من سيمثل الأطراف فيها، اللغة التي تستعمل، ومن سيتحمل المصاريف وغيرها من الأمور، فهو اتفاق إجرائي بحث

[1] سنتطرق لإشكالية الإيجاب الالكتروني بالتفصيل في الفصل الموالي.

[2] مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد رسالة ماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الاردن،2014، ص32.

ولا يعول عليه كثيرا حيث يتم التطرق في العموميات تتعلق بالأطراف ومحل المفاوضة ومكانها وزمانها[1].

2*الوعد بالتعاقد: الوعد بالعقد في ذاته عقد، لأنه يقوم على ايجاب وقبول، فمن يعد الطرف الآخر بالتعاقد، يوجب له بهذا الوعد، ثم يأتي الموعود له فيقبل منه الوعد صراحة أو ضمنا، والوعد بالعقد وإن في ذاته عقدا، إلا أنه ليس العقد المقصود في النهاية، وإنما هو مجرد وسيلة للوصول إليه، فهو لا يعدو أن يكون من مقدمات العقد المقصود في آخر الأمر، أو هو عقد يراد به أن يتيح الفرصة لعقد آخر أن يقوم وهو بهذه المثابة يعتبر من فصيلة عقد ما قبل العقد.

3*الاتفاق على التوقيع: يجري العمل في بعض حالات التفاوض، أن يحتفظ أحد الأطراف أو كلاهما بالحق في تأجيل التوقيع على العقد النهائي، وقد يفهم من هذا الاتفاق أنه لا يتم إلا أن يكون المتفاوضون قد اتفقا، وقد يتفق طرفا العقد في مرحلة التفاوض على كيفية التوقيع فمثلا قد يتفق على التوقيع بالأحرف الأولى حيث يقصد به إعطاء أطراف المفاوضة الذين وقعوا بهذه الأحرف الحق في الرجوع والتشاور مع الجهات العليا التي يعمل فريق التفاوض من خلالها أو لصالحها، وقد يراد به مراجعة بنود ما اتفق عليه مراجعة متأنية .وقد يتم الاتفاق على مكان وطريقة أخرى للتوقيع.

4*الوعد بالتفضيل: هو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد أطراف التفاوض ، أو كل منهما إذا ما قرر التفاوض بشأن عقد معين في المستقبل أن يفضل الطرف الآخر على غيره في التفاوض، لاشك الوعد بالتفضيل اتفاق يتمم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له ويمهد فقط لتفاوض محتمل لعقد معين، ولا شك أن الواعد أيضا يقيد من حريته بمحض إرادته حينما يخول شخص آخر حق الأفضلية في التفاوض فيعده بأن يفضله على غيره إذا ما أراد يوما أن يتفاوض لإبرام عقد معين ويتم عادة هذا الوعد بعد أن يكون كل الأطراف على دراية كاملة بطلبات وإمكانيات الآخر.

[1] حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، يونيو2005، ص133.

5*الاتفاق على الوفاء والثمن: تتضمن مرحلة التفاوض المناقشة والمساومة في مختلف الالتزامات الناجمة عن العقد إذا عقد ومن أهم هذه الالتزامات الالتزام بالوفاء فيتم التفاوض حول سعر المحل ومكان الوفاء وزمانه.

ثانيا: الأثر المترتب على الاتفاقات التي تتخلل المفاوضات التمهيدية للتعاقد

إن الهدف من المفاوضات التي تسبق انعقاد العقد، أن يتوصل الطرفين إلى تصور شامل ومشترك للعقد المزمع إبرامه بينهما وبناءا على ذلك فإن المفاوضات ستؤول إلى نتيجتين فقط، الأولى إبرام العقد والثانية رفض التعاقد.

1 إبرام العقد: عند تطابق الإرادتين وكانت كل منهما خالية من كل عيب من عيوب الإرادة، وصدرت من شخص تتوافر فيه الأهلية الكاملة لإبرام التصرفات القانونية، ويتم الاتفاق على الأمور كافة في المراحل السابقة للتعاقد وما أسفرت عنه المفاوضات قبل العقدية، فإن العقد في هذه الحالة يكون قد تم واستكمل شروطه كافة وأصبح عقدا صحيحا.

2 رفض التعاقد: تعد العملية التي تسبق انعقاد العقد، وهي المفاوضات التمهيدية مرحلة مهمة في التعاقد، حيث يقوم الأطراف بمناقشة العناصر المتصلة به، والتي يمكن في النهاية تضمينها في العقد، وقد يفضل عدم التسرع في المفاوضات، وأن يأخذ الوقت الكافي الذي يتمثل من خلاله إقرار رأيه النهائي فيما يتم التفاوض عليه أو السعي إلى تقريب وجهات النظر في المجالات التي لم يتم الوصول فيها إلى نتيجة ترضي الإرادتين. وفي بعض الحالات يحصل أن يمتنع أحد الطرفين من السير في إبرام العقد نتيجة التضارب في مصلحة الطرفين حيث يؤدي هذا التضارب إلى عدم قيام العقد وبالتالي رفض التعاقد[1].

ثالثا: مكانة التفاوض في العقد الالكتروني

يوفر التفاوض الالكتروني الوقت والنفقات بحيث يتم عن بعد بغض النظر عن مكان تواجد أطراف العقد المزمع إبرامه، بسرعة وبدون جهد يذكر، إلا أن هناك عقود نموذجية تبرم دون الحاجة إلى تفاوض، وهناك عقود الكترونية أخرى تحتاج إلى التفاوض.

1 حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص135.

1- استبعاد التفاوض الالكتروني في العقود النموذجية المبرمة عبر الويب: إن العقود النموذجية (النمطية) التي تظهر في الموقع الالكتروني للمتاجر الافتراضية؛ المتواجدة على شبكة الانترنت على شكل استمارة نموذجية الكترونية؛ تتضمن تفاصيل التعاقد بنفس الشروط، لكافة الجمهور الراغب في إبرام الصفقة، بحيث لا تكون قابلة للمناقشة أو التعديل، وتستبعد فيها أي مفاوضة أو مساومة، فالمتعاقد يكون ملزما بقبولها أو عدم الإقدام على إبرام الصفقة، إذا لم يرغب في أحد أو بعض الشروط المعروضة عليها[1]، حيث يكون الطرف المتعاقد فيها مذعنا بمجرد اعداد العقد مسبقا من قبل الطرف الآخر، الذي يكون عادة منتجا محترفا متمتعا بخبرة في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته، دون أن يسمح للطرف المذعن بالمناقشة فيها وبالتالي أما أن يقبلها الطرف الآخر (المذعن) أو أن يرفضها فلا يتعاقد أصلا[2].

وفي نفس السياق، فإنه يستبعد التفاوض الالكتروني في المعاملات الالكترونية، التي تتم بين أجهزة الكترونية سبق برمجتها بطريقة تسمح لها بالتسوق والشراء من خلال صفحات الويب "de Pages web"، على شبكة الانترنت، وفقا لبرنامج يكون المستخدم قام بإعداده سلفا بجهاز الكمبيوتر، حيث يقوم بالبحث والتسويق في الشبكة والشراء وفق البرنامج الموضوع بداخله دون الرجوع إلى العنصر البشري أو الحصول على موافقته[3].

2- وجود التفاوض الالكتروني في العقد المبرم عبر الانترنت: توفر شبكة الانترنت العديد من التقنيات، مثل البريد الالكتروني e-mail وكذا غرف المحادثة والمشاهدة "tchat"، التي تسمح بتبادل رسائل بيانات الكترونية، حيث تتضمن عروضا ومناقشات قد تمهد لإيجاب بات في حالة التوصل

[1] منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 181. أنظر، أمير فرج يوسف، الجرائم التجارة الإلكترونية وأساليب مكافحتها وكيفية حماية المستهلك الإلكتروني وأطراف العقد الإلكتروني، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص237.

[2] يذهب الاتجاه المؤيد لاعتبار العقد المبرم عبر الانترنت من عقود الإذعان التي يستبعد فيها التفاوض، إلى عدم اشتراط الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة كأمر ضروري لاعتبار العقد من تطبيقات عقود الإذعان، بل يعتمد أنصار هذا الاتجاه على تغليب المعيار الاقتصادي على غيره من المعايير، فالإذعان ينشئ بالتفاوت الاقتصادي الشديد بين الطرفين. أنظر، أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت دراسة تحليلية مقارنة-، دار وائل للطباعة والنشر، الاردن، 2006، ص 82.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص 159.

لعقد الصفقة المزمع إبرامها، لكن قد يتضح لأحد الأطراف أو لكلاهما خلال فترة المفاوضات الالكترونية عدم جدوى إبرام العقد، ولا يمكن أن ننعت هذه النتيجة بالسلبية، لكون عدم إبرام العقد أفضل من إبرامه ومن ثم اللجوء للمحاكم من أجل حل النزاعات الناشئة بشأنه، لذا فالتفاوض الالكتروني يلعب دورا مهما في العقود الالكترونية المبرم عبر الشبكة العالمية للاتصال بغض النظر عن نتيجة التي ينتهي بها.

وهذا ما يدعمه الفقه القائل بكون العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت عقود مساومة، تمكن الأطراف من التفاوض في شروطها ومناقشتها بكل حرية وفقا لما تمليه إرادة كل واحد منهم، فبحسب هذا الاتجاه، فإن هذه العقود لا تعتبر تطبيق لعقود الإذعان، فهي عقود مساوية يفتح فيها المجال للمفاوضة، باستثناء تلك التي تكون من الناحية الواقعية من عقود الإذعان، فلا يمكن إنكار هذه الصفة بعد إبرامها بطريقة الكترونية[1]، إذ لا يكفي وضع شروط العقد مسبقا على الموقع الإلكتروني للمحترف لاعتبار العقد من عقود الإذعان، بل لابد من توفر معايير أخرى لإقرار ذلك كاحتكار المتجر الافتراضي لسلعة ضرورية لا يمكن للفرد الاستغناء عنها، إذ يتعذر تحقق ذلك في ظل العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت، لكونها تحتوي على العديد من المواقع التجارية المختلفة في نفس المجال، التي تقوم بعرض نفس المنتوجات، مما يوفر للمستهلك الإلكتروني إمكانية الاختيار ويستبعد احتكار المحترف الإلكتروني للمنتوج المعروض عبر الانترنت.

أما بالنسبة للعقود النموذجية والنمطية المعدة شروطها مسبقا، فتبقى في هذه الحالة للطرف المتعاقد الحرية الكاملة في التعاقد، فلا ينحصر خياره على الموافقة على الشروط المعدة سلفا، بل يستطيع المتعاقد أن يشتري السلعة من منتج آخر إذا لم تعجبه الشروط الموضوعة من قبل المحترف، فمن خصوصيات شبكة الانترنت توفير خيارات عديدة ومختلفة للتسويق الأفضل، حيث تتضمن العديد من المواقع الالكترونية لمتاجر افتراضية البائعين ومنتجين مختلفين.

وما يدعم ضرورة وجود التفاوض الالكتروني في العقد المبرم عبر شبكة الانترنت هو طبيعة هذه العقود، التي تقوم على اعتبار موضوعي، لا يعتد فيها بشخصية المتعاقد أو صفة من صفاته[2]،

[1] كالعقود المبرمة الكترونيا للحصول على الخدمات الضرورية للفرد، كالماء والكهرباء والهاتف.

[2] أمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 85.

وفي ظل الغياب المادي للأطراف، إذ يعتبر من العقود المبرمة عن بعد ما يثير مسألة دولية العقد، ففي الواقع نجد أن الأطراف تفصل بينهم مسافة عادة ما تتجاوز حدود الدولة الواحدة فالشبكة العالمية للاتصال الانترنت – ألغت الحدود السياسية والجغرافية بين الدول، لكن هذا لا ينفي إمكانية إقامة عقد الكتروني عبر الانترنت داخل الدولة الواحدة[1]، الا أن الواقع المعاش يفرض استبعاد التفاوض في العقود الفورية الاستهلاكية التي يقدم الأفراد على إبرامها كل يوم.

المطلب الثاني: المسؤولية في مرحلة التفاوض

ان إتمام العقد في بيئة افتراضية يثير العديد من التساؤلات، لذا يسعى الأطراف إلى استبيانها وتحديد خلفياتها من خلال التفاوض الالكتروني، وتحديد التزامات ومسؤليات أطراف العقد.

الفرع01: الالتزامات المفروضة في مرحلة التفاوض

إن الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض هي الالتزامات قبل التعاقدية الواجبة الاحترام، والتي يفرضها القانون على المتفاوضين في مرحلة التفاوض بهدف الوصول إلى اتفاق نهائي ولتحقيق مصلحة الأطراف وحماية حقوقهم القانونية وفيما يأتي سنتطرق إلى هذه الالتزامات:

أولا: الالتزام بحسن النية: يتطلب مبدأ حسن النية في التفاوض أن تكون المفاوضات ساحة للأمان و يعتبر هذا الالتزام تبادلي على عاتق الطرفين تحقيق غاية وليس التزام ببذل عناية، بينما تقرر بعض القوانين مراعاة مبدأ حسن النية سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه كالقانون الألماني والإيطالي والهولندي، وأخرى تقصر مبدأ حسن النية على مرحلة التنفيذ فقط و هذا ما أقره القانون التجاري الأمريكي الموحد (U.C.C) بأنه: "الأمانة في الواقع واحترام المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل" في المادة 01-19/201، كما نصت المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي على أنه: "يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتفاصيل بما يتفق وحسن النية" ونصت المادة 01 من القانون المدني الياباني بأن: "استعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات ينبغي أن يتم بأمان وحسن نية" وما جاء في المادة 01/07 من مبادئ الينيدر والعقود التجارية الدولية الصادرة 2004، عن المعهد الدولي في روما لتوحيد القانون الخاص، على أنه يجب أن يتصرف كل طرف وفقا لما يقتضيه حسن النية والتعامل العادل في التجارة الدولية، وأيضا القانون المدني الفرنسي في المادة

[1] حمودي محمد ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2012، ص 95 96.

03/134، والقانون المدني المصري في المادة 01/148، والقانون المدني الجزائري في المادة 01/107، وقد أشارت المحكمة العليا في قرار مشهور لها مؤرخ في 1999/10/24 بأنه من المقرر قانونا تنفيذا لعقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[1]، كما أن هناك بعض التشريعات لم تتضمن التزام الأطراف المتفاوضة مراعاة لحسن النية كالقانون الانجليزي.

ثانيا: الالتزام بالتعاون

إن هذا الالتزام يفرض مبدأ حسن النية عند إبرام العقد، بالتالي فهو مفروض ضمنيا دون الحاجة إلى النص عليه صراحة، ويظل هذا الالتزام قائما طيلة مرحة المفاوضات، ولا تندرج صورة التعاون حصريا بل كل فعل أو تصرف يقوم على التعاون والثقة المتبادلة يندرج تحت بند التعاون، فكل ما يحتاج له السير الأمثل للعملية التفاوضية فهو لازم ومأمول في إطار الثقة المتبادلة والمعيار في ذلك الرجل المعتدل الذي يهدف إلى إنجاح المفاوضات وعدم الدعوة إلى العودة إلى الوراء بإثراء النزاع بدون مبرر معقول في موضوع تم حسمه من قبل[2].

وبذلك التزام المتفاوض بالتعاون يعتبر التزاما أساسيا حيث ينبغي أن يحدد أغراضه وأهدافه من العقد الساعي إليه والاحتياجات الفعلية لديه، ويبدو ذلك بوضوح في كافة العقود الفنية مثل برامج الحاسوب الآلي، ولو احتاج الأمر الاستعانة بخبير أو الاستعلام لدى الشركات المخصصة، ويمكن للعميل أن يطلب من المورد الإيضاحات الكافية في هذا الشأن، وقضي بأن تقصير العميل في التحري والاستعلام الذي يؤثر على اختياراته ويؤدي إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية يؤدي إلى انعقاد المسؤولية عن الإخلال بالتزامه، ويتحمل العميل مسؤولية تقصير المقاول في انجاز مهمة متى ثبت أن هذا التقصير راجع لإخلال العميل بالتزامه بالتعاون.

[1] المحكمة العليا، غ.م 1999/10/24، ملف رقم 19175، م.ق 1999، العدد 02، ص95.

[2] وفاء أبو جميل، الالتزام بالتعاون دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، القاهرة، 1993، ص25.

ويظل الالتزام بالتعاون قائما طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة ولا تندرج صورة التعاون تحت حصر، فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم مثل المواظبة على مواعيد التفاوض والجدية في مناقشة العروض المقدمة[1].

ثالثا: الالتزام بالإعلام:

على الرغم من وجود الالتزام بالإعلام منذ القدم[2] في كثير من التنظيمات القانونية سواء القديمة أو الحديثة، إلا أن دراسته بتعمق لم تحظ بالاهتمام من رجال الفقه والقانون لبيان مفهومه ومدلوله وشروطه إلا منذ وقت قريب على أثر التطور الصناعي والتقدم التكنولوجي، ويعرف بأنه التزام قانوني سابقا على إبرام العقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه، بتقديمها بوسائط الكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة. ونستخلص من التعريف السابق أن الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت هو التزام عام يشمل جميع أنواع العقود التي تبرم عبر الانترنت كالالتزامات بالمساعدة الفنية، والإعداد المهني، والالتزام بتقديم النصح والمشورة.[3]

والحكمة من وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، أن نظرية عيوب الرضا، ونظرية ضمان العيوب الخفية قد لا توفر للمستهلك الحماية الكافية، حيث قد يصعب على المستهلك إثبات وقوعه بالغلط حول صفة جوهرية من الشيء المبيع، في حين يكفي المستهلك لكي يستفيد من الحماية التي يكفلها له الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أن يثبت أن ثمة معلومات جوهرية متصلة بالمبيع ويعلمها التاجر ورغم ذلك كتمه إياها أو كذب عليه فيها رغم علمه بأهمية هذه المعلومة بالنسبة للمستهلك.

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية مرجع سابق ص48.

[2] أكدت الدراسات القانونية وجود الالتزام بالإعلان قبل التعاقدي في القانون الأثيني حيث أقرالتزام البائع بإعلام المشتري، وكذا في القانون الروماني وهو مصدر المباشر للنظام الحالي بضمان العيوب الخفية، حيث كان البائع ملزما بضمانها تجاه المشتري، انظر عرض مفصل لتطور ووجود الالتزام بالإعلام من الناحية التاريخية، خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2003، ص1 و ما بعدها.

[3] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص146.

ومن أبرز الضرورات العلمية التي أدت إلى تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، انعدام التكافؤ بين التاجر والمستهلك من حيث العلم والدراية بالعناصر الجوهرية المتصلة بعقد الاستهلاك، ولذلك فإن وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي ضرورة عملية لتحقيق التوازن العقدي بين الطرفين[1].

من هنا يمكن أن تقول أن الالتزام المهني بتبصير المستهلك عن كل ما يتعلق بعملية البيع عبر شبكة الانترنت، يكون سابقا على التعاقد وذلك لكي يكون المستهلك على بينة من أمره حول الخدمة أو السلعة المعروضة عليه، وبذلك يضاف في عقود التجارة الالكترونية عنصر الإعلام بقوانين المعلوماتية والحريات.

ولذلك حرصت التشريعات الوطنية والدولية على تزويد المستهلك بكافة المعلومات عن السلع وألزمت المنتج بإبراز هذه المعلومات.

فقد حدد القانون الفرنسي الصادر عام 1993 المعلومات التي يجب على المتعاقد المحترف أن يقدمها للمستهلك بحيث تشمل الآتي:

أ- الإعلام عن خصائص أو الصفات المميز للسلع.

ب- الإفصاح عن ثمن وشروط البيع بطريقة الكتابة أو لصق البيانات.

ت- فرض بيانات إلزامية في بعض العقود مثل عقد القرض أو التأمين.

كما أصدر الاتحاد الأوروبي عدة توجيهات سنة 1997 أرست دعائم الالتزام بالإعلام من أجل حماية المستهلك حيث قرر أنه يتعين على البائع أن يقدم للمستهلك في وقت مناسب وسابق على إبرام العقد المعلومات التالية:

1- تحديد هوية المورد وعنوانه.

2- تحديد الخصائص الرئيسية للبضاعة.

3- تحديد الحد الأدنى لمدة صلاحية العرض.

4- تحديد ثمن الخدمات شاملا جميع الضرائب ونفقات التسليم وطرق دفعها.

[1] خالد ممدوح ابراهيم، أمن المستهلك الالكتروني، مرجع سابق، ص77.

5- تحديد رخصة العدول التي تمنح للمستهلك[1].

كما ركز المشرع التونسي على واجب الإعلام المسبق في إطار العقود الالكترونية من خلال الفصل 25 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات التجارية الالكترونية،[2] حيث نص هذا الفصل على أن البائع في إطار المعاملات التجارية الالكترونية يتحتم عليه قبل إبرام العقد توفير المعلومات للمستهلك نذكر منها عل سبيل المثال:

1- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمة.

2- وصف كامل لمختلف مراحل إنجاز المعاملة.

3- طبيعة وخاصية سعر المنتوج.

4- كلفة تسليم المنتوج ومبلغ تأمينه والأداءات المستوجبة ....

هذا ولقد حمل المشرع المهني مسؤولية إثبات حصول الإعلام المسبق، وهو ما نص عليه الفصل 36 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات التجارية الالكترونية بالتالي فإن عبء الإثبات يتحمله المهني.

أما المشرع الجزائري فقد نص في القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية[3] في الفصل الثالث من الباب الثاني المعنون بالمتطلبات المتعلقة بالمعاملات التجارية عن طريق الاتصالات الالكترونية في المادة 10: "يجب أن يقدم المورد الالكتروني العرض التجاري الالكتروني بطريقة مرئية، مقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات التالية:

- رقم التعريف الجبائي، العناوين المادية والالكترونية، رقم هاتف المورد الالكتروني.

- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.

- طبيعة، خصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم.

- حالة توفر السلعة أو الخدمة.

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص144.

[2] راجع الفصل 25 من القانون عدد 83 لسنة 2000، مؤرخ في 09 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات التجارية الالكترونية في تونس، ج.ر عدد 64، مؤرخ في 11 أوت 200.

[3] قانون التجارة الإلكترونية الجزائري رقم 05/18.

– كيفيات ومصاريف وآجال التسليم.

– الشروط العامة للبيع لاسيما البنود المتعلقة بحماية البيانات الشخصية.

– شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع.

– طريقة حساب السعر عندما لا يمكن تحديده مسبقا.

– كيفيات إجراءات الدفع. شروط نسخ العقد عند الاقتضاء.

– شروط وآجال العدول عن الاقتضاء.

– طريقة تأكيد الطلبية.

– موعد التسليم، سعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة عن الاقتضاء.

– طريقة إرجاع المنتوج، الاستبدال أو التعويض.

– تكلفة استخدام الاتصالات الالكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها.

كما أضاف المشرع الجزائري المادة 11 من نفس القانون على أن: "تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية:

– وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الالكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة.

– التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الالكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، السعر الإجمالي والوحدوي، الكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، – إلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة.

– تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد.

– يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الالكتروني معبر عنه بصراحة.

– يجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره.

مما سبق في الإعلام الالكتروني أضحى ضرورة عملية تقتضيها طبيعة الحياة المعاصرة لتحقيق التوازن العقدي، فالتاجر عبر الانترنت لا يختلف عن أي تاجر آخر، فهو ملزم بتمكين المستهلك بكل البيانات الضرورية لإتمام العقد، فيجب أن يكون العرض المقدم على شاشة الويب محددا بدقة ووضوح، ولا بد من ظهور كل البيانات الإلزامية الخاصة بالتعاقد مع العرض المقدم، وقد أكد كلا من قانون المستهلك الفرنسي والتوجيه الأوربي على ضرورة تحديد شخصية المهني أو مزود الخدمة[1] مع توضيح البيانات الأساسية للسلعة أو الخدمة.

رابعا: الالتزام بالنصح والتحذير

تبدو أهمية هذا الالتزام بصدد العقود التي يحتاج فيها أحد الطرفين لمعاونة الآخر بسبب تفاوت الخبرة، ولا شك أن ذلك ينطبق على كافة العقود محل الدراسة، نظرا لسرعة التطور والتعقيدات الفنية المتلاحقة، ولا شك في قيام هذا الالتزام على عاتق المتفاوض المحترف بالنسبة للطرف الآخر، حتى يبين له مدى ملائمة العقد من الناحية الفنية المالية.

والواقع أن هذا الالتزام يتوقف على ضوء الأوضاع الخاصة بقدرات أطراف التفاوض والنظر إلى خبرتهم وإمكانياتهم، فالقضاء يتشدد في هذا الالتزام بالنسبة للمحترف في مواجهة عدم خبرة الطرف الآخر وعدم علمه بالتفاصيل الفنية، والحالات التي يثبت فيها علم الشخص باحتياجات الطرف الآخر، ويضيف الالتزام بالنصيحة عند إجراء الصفقة مع طرف آخر أكثر خبرة من الشخص العادي.

والالتزام بالتحذير أو لفت الانتباه لكل ما يستدعي ذلك في محل العقد، هو التزام مكمل للالتزام بالإعلام ينطبق بالدرجة الأولى على التعامل في الأشياء التي تنطوي على مخاطر تهدد أمن وسلامة الشخص، سواء بطبيعتها (مواد متفجرة مثلا) أو بسبب دقت تشغيلها مثل الآلات

[1] قرر قانون الاستهلاك الفرنسي والتوجيه الأوربي الصادر في 20 ماي 1997 على تحديد شخصية المهني من خلال التمييز بين ثلاث حالات لمكان الموقع عبر شبكة الانترنت، مواقع موجودة في فرنسا فيجب أن يتضمن العرض إسم المشروع، وعنوان المقر، العنوان الالكتروني وبيان مراسلته وإيصالاته المتعلقة بأنشطته وأضاف عنصر العنوان الجغرافي في حالة دولة عضو في الإتحاد الأوربي وأما بالنسبة للمواقع الموجودة في دولة أجنبية، فيجب الرجوع في ذلك إلى القانون الوطني وذلك لاحتمال تطبيقه في مشاكل تنازع القوانين.

الميكانيكية، ونفس الشيء بالنسبة للمعدات التي يحتاج تشغيلها لخبرة خاصة وتعرضت للتلف وأدت نتائج معاكسة كأجهزة الحاسب الآلي[1].

خامسا: الالتزام بالمحافظة على الأسرار: يلتزم كل من طرفي التفاوض بالمحافظة على الأسرار التي قد يتم طرحها أثناء التفاوض سواء تعلقت تلك الأسرار بالتكنولوجيا أو المعرفة الفنية المتعلقة بالسلعة أو الخدمات محل التفاوض. وإذا خالف أحد الطرفين هذا الالتزام وذلك بإفشاء الأسرار التي تم الاطلاع عليها أثناء التفاوض أو قام باستغلالها دون إذن الطرف الآخر فإنه يعد مخطئا وتثور مسؤوليته المدنية في هذا الشأن[2].

الفرع02: تطبيقات المسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني

يتمتع كل مفاوض بحرية مطلقة في قطع المفاوضات متى رغب في ذلك طبقا لمبدأ حرية التعاقد الذي يبيح لكل طرف حق العدول أو الانسحاب من التفاوض في أي وقت دون مسؤولية عليه، طالما كان لهذا العدول ما يبرره، إذ أن الطرف المنسحب من المفاوضات لا يجبر على الاستمرار في التفاوض وصولا إلى إبرام العقد النهائي، وينبغي أن يسود مبدأ حسن النية في التفاوض، فإذا انطوى سلوك التفاوض على مخالفة هذا المبدأ فإنه يكون مخطئا وتثور مسؤولية المدنية، ولعل أهم التطبيقات في هذا المجال هي:

1- قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع: من المتفق عليه أن المفاوضات ترتكز على مبدأ الحرية، حيث يتمتع المفاوض بمطلق الحرية في الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها أو قطعها واختيار الأسلوب المناسب لها، وذلك إعمالا لمبدأ حرية التعاقد الذي يعين على المرحلة قبل التعاقدية، ولا يقيد هذه الحرية سوى مبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود العملية التفاوضية، ومن ثم يتعين على المتفاوض أن يمارس حريته في قطع المفاوضات Rupture des pourparlers بطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية، ويقتضي ذلك الاستمرارية في التفاوض الجاد بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وألا يقطع المفاوضات إلا إذا استند إلى مسوغ مشروع، أي وجود سبب موضوعي يدعو إلى ذلك. فإذا لم يكن هناك مبرر مشروع، فإن قطع التفاوض يكون خاطئا لمنافاته

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ، مرجع سابق، ص49.

[2] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص145.

لقواعد حسن النية والأمانة في التفاوض، أما إذا وجد مبرر، فإن القطع لا يعتبر خطأ حتى لو ترتب عليه ضرر للطرف الآخر[1]. ومن صور الخطأ في التفاوض الذي يوجب المسؤولية، الامتناع عن الدخول في المفاوضات، قطع المفاوضات على نحو تعسفي وبدون سبب موضوعي، التفاوض مع الطرف الآخر بسوء النية، فالمفاوض لا يسأل عن قطع المفاوضات إنما يسأل عن الإخلال بالثقة التي ولدها في نفس المفاوض الآخر بما يتناقض ومبدأ حسن النية في التعامل[2].

ومن أمثلة الإنهاء التعسفي Rupture abusive للتفاوض، قطع المفاوضات بصورة مفاجئة وبقرار منفرد دون مبرر مشروع، رغم أنها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة ويعلم الطرف الآخر أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد وتعمد الطرف القاطع ترك الطرف الآخر في حالة من الغموض وعدم الوضوح بالنسبة لمصير المفاوضات، حيث يتعين مكاشفة المتفاوض بالرغبة في الإنهاء في وقت مناسب.

2- استفزاز المتفاوض ودفعه إلى قطع المفاوضات: يلجأ الشخص الراغب في إنهاء التفاوض إلى هذا الأسلوب حتى ينأى بنفسه عن المسؤولية، فيستمر ظاهريا في المفاوضات، إلا أنه يتخذ مواقف وأساليب غير مقبولة تستفز الطرف الآخر وتحمله على إنهاء المفاوضات.

3- مخالفة الالتزامات التفاوضية: التي يفرضها مبدأ حسن النية وهي كما رأينا الالتزام بالإعلام والنصح والتحذير والتعاون.

4- إفشاء الأسرار: والتي يتم الاطلاع عليها أثناء التفاوض واستغلالها دون اذن الطرف الآخر.

5- السلوك الخاطئ في التفاوض: لا شك أن انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف يعتبر خطأ، كما لو لجأ إلى الغش، أو تعمد الإضرار بالطرف الآخر، ومن أمثلة ذلك مفاوضات التجسس، حيث يدخل الشخص التفاوض دون أن تكون لديه نية في التعاقد، وإنما هدفه الوحيد معرفة أسرار الطرف الآخر والاطلاع على أفكاره، ومفاوضات الإعاقة التي ترمي إلى مجرد تعطيل الطرف الآخر وصرفه عن إبرام صفقة أخرى، ومن التطبيقات أيضا: السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد بقصد الإضرار بالمتفاوض الآخر حيث يعد ذلك من قبيل الغش والتدليس والتشهير

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص50.

[2] بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص54.

بالمتفاوض الآخر والإساءة إلى سمعته، كما لو أشاع في بعض الأوساط أن قطع التفاوض مرجعه وقائع تمس بمركز وشرف الآخر.

وفيما يخص طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها المفاوض فإن الفقه قد استقر، وأيده القضاء، على أن المفاوضات مجرد أعمال مادية غير ملزمة ولا يترتب عليها في ذاتها إي أثر قانوني، وتطبيقها لذلك يرى الفقه أن شرعية المفاوضات تحمل في طياتها شرعية العدول عنها، إلا إذا شكل العدول انحرافا عن سلوك الرجل العادي فهنا نقوم المسؤولية التقصيرية، المبنية على الخطأ واجب الإثبات وبالطبع يقع على عاتق المتضرر إثبات هذا الخطأ[1].

وفي نفس الاتجاه ذهب بعض الفقه إلى أن المبدأ الذي يسود المفاوضات يسمح بقطعها في أي وقت، شريطة أن يتم ذلك في إطار حسن النية وعدم الإضرار بالطرف الآخر المتفاوض، فقطع المفاوضات إذا تم ذلك في إطار بشكل انفرادي ودون أي سبب جدي فإنه يرتقي إلى خطأ تقصيري يوجب المسؤولية التقصيرية، فضلا عن أنه يعد صورة من صور التعسف في استعمال الحق[2].

وقد دعت محكمة النقض المصرية هذا الموقف الفقهي في كثير من قراراتها ومنها ما جاء فيها: "إن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا يترتب عليها بذاتها أي تأثير قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو أن يطالب ببيان مبرر العدول، ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذ نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق الضرر المضرور"[3].

وبهذا يكون هذا الجانب من الفقه ومحكمة النقض المصرية قد رفضا صراحة نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي نادى بها الفقيه الألماني أهرنج والتي توجب المسؤولية العقدية على من تسبب

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع سابق ص52.

[2] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد على ضوء القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2011، ص117.

[3] في ذكر قرارات محكمة النقض المصرية بصدد طبيعة المسؤولية الناجمة عن التفاوض راجع،

- د. خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص242.
- د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص62، 63.

في عدم إتمام إبرام العقد، علما أن الفقه والقضاء في ألمانيا وسويسرا قد تأثر بهذه النظرية، لكنهم يرون أن المسؤولية الناجمة عن المفاوضات هي مسؤولية شبه عقدية تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية.

أما الفقه والقضاء في فرنسا، فإنهما يفرقان بين صورتين من صور التفاوض، فإذا كان التفاوض مصحوبا باتفاق تفاوض كانت المسؤولية الناجمة عنه عقدية، أما إذا لم يكن هناك اتفاق فإن المسؤولية لن تكون إلا تقصيرية.

وقد حددت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الذي يتمثل في العدول عن المفاوضات أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه الخطأ القائم على إرادة الأضرار أو الخطأ الذي ينطوي على سوء النية وليس مجرد خطأ عادي.

وتبعا لذلك لم يتردد القضاء الفرنسي في إرسال قواعد المسؤولية التقصيرية للمتفاوض عن الإنهاء المفاجئ للمفاوضات في مراحلها المتقدمة دون مبرر مشروع أو مصحوب بخطأ فادح وخاصة إذا صدرت تلك الأفعال عن متفاوض محترف، كما أن إطالة مدة التفاوض دون سبب جدي مع ثبوت سوء النية لدى المفاوض أو المخالفة الواضحة لمبادئ حسن النية والصدق والأمانة في مرحلة التفاوض وهي كلها سلوكيات خاطئة من شأنها المساس بالثقة المشروعة[1]. ويلاحظ أن ما ذهبت إليه محكمة النفض الفرنسة فيه تفصيل، فإذا اقترن التفاوض بعقد كان هذا العقد مصدرا لتنظيم العملية التفاوضية وهو الذي يحدد التزامات وحقوق الطرفين، ومن الطبيعي أن تكون المسؤولية الناجمة عن الإخلال به مسؤولية عقدية، أما إذا لم يكن بين الطرفين أي عقد أو اتفاق ينظم التفاوض فإن العملية التفاوضية تبقى مجرد عملية مادية سيشكل الإضرار بالطرف الآخر أثناءها خطأ يوجب المسؤولية التي تخضع للقواعد العامة.

[1] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 176.

الفصل الثاني: حماية المستهلك أثناء ابرام العقد الالكتروني

لم يكن للمعلوماتية أثر فقط على تغيير محل العقود بخلقها منتجات ذهنية جديدة في مجال التداول، بل أيضا على وسائل إبرام العقود، إذ العقد هو الأداة الرئيسية في عمليات التبادل المالي بين الأفراد عموما، وهو في صورته الكلاسيكية يعتمد على الدعائم المادية الورقية التي تجسد له الوجود المادي.

المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني

أدت المعلوماتية إلى انقلاب حقيقي في المفاهيم التقليدية للوثيقة المكتوبة إذ حولتها من وثيقة يدوية إلى وثيقة إلكترونية، بفضل الاندماج الذي حدث بين المعلوماتية ووسائل الاتصالات اللاسلكية في مجال التجارة الالكترونية عبر الانترنت.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

يتميز العقد الالكتروني بسمات وخصائص تجعله مختلفا عن العقود التقليدية، وذلك راجع للبيئة المنعقد فيها وللوسيلة المستعملة في اطار عالم افتراضي غير ملموس.

الفرع01: تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه

إن خصوصية تعريف العقد الإلكتروني تكمن في الجانب الإلكتروني لهذا العقد، بمعنى آخر تكمن في الوسيلة التي ينعقد بها، وفي وسيلة الاتصال المرئي المسموع audio Visual عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، فلقد ظهرت تعريفات عديدة للعقد الالكتروني، أو عقد التجارة الإلكترونية، أو العقد المبرم عبر الانترنت، سواء الواردة في التشريعات الخاصة ببعض الدول، أو التعريفات الواردة في القانون النموذجي للأمم المتحدة، أو تلك التعريفات التي قال بها بعض الفقهاء.

ولقد أورد الفقهاء المعاصرون عدة تعريفات للعقد الإلكتروني فعرف أنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عن بعد عبر الانترنت أو بوسائل الاتصالات الأخرى، فاكس تلكس أو بوسائل مسموعة مرئية بفضل تقنية الاتصال بين الموجب والقابل.[1]

[1] سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا سنة طبع، ص27.

ويرى اتجاه أخر تعريفه بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل.[1]

وهناك من عرفها بأنها التفاوض الذي انتهى بالاتفاق التام بين إرادتين صحيحتين باستخدام وسيلة الاتصالات الحديثة (الانترنت) لأنه خصص هذا المصطلح (العقود الإلكترونية) للعقود التي تتم عن طريقه، أما التعاقد عن طريق الراديو أو الهاتف، أو الفاكس أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة فلا يشملها عرفا هذا المصطلح في العقدين الآخرين، وأصبحت العقود الإلكترونية تنصرف مباشرة إلى العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت، ولذا نجد مصطلح التجارة الإلكترونية يطلق على مجموعة العمليات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية وخاصة عبر شبكة المواقع والبريد الإلكتروني.[2]

هذه التعريفات التي أوردتها يمكن من خلالها أن نستخلص تعريفا عاما للعقد الإلكتروني عند الفقهاء وهو: "الموافقة التامة بين إرادتين أو أكثر وبأهلية كاملة على إنشاء التزام مالي أو غيره واقتران الإيجاب بالقبول عبر الانترنت".

ومن الجانب التشريعي فلقد ظهرت تعريفات عديدة للعقد الإلكتروني، أو عقد التجارة الإلكترونية، أو العقد المبرم عير الانترنت سواء الواردة في التشريعات الخاصة ببعض الدول، أو التعريفات الواردة في القانون النموذجي للأمم المتحدة، فهذا النوع من العقود يتم من حيث المكان، بين غائبين، ووفقا لتقنيات خاصة حديثة، فإن الأمر يقتضي تدخل المشرع لوضع الضوابط والضمانات التي تكفل سلامة انعقاده وتوفير الحماية القانونية اللازمة لأطرافه، ومواكبة التطور المتنامي في مجال العقود الإلكترونية، التي أصبحت حقيقة واقعة لا تقف أفاقها وإمكاناتها عند حد[3]،

[1] Olivier ITEANU، Internet et le droit، Aspects Juridiques du commerce électronique. Editions Eyrolles.1998.p 23 ets.

[2] عبد الحميد بسيوني، البيع والتجارة عبر الانترنت وفتح المتاجر، مكتبة ابن سينا، القاهرة، بلاسنة طبع، ص54.

[3] ميكائيل رشيد علي، العقود الالكترونية على شبكة الانترنت من الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص95.

وعليه سيتم عرض أهم التعريفات بشأن العقد الالكتروني في المواثيق الدولية أولا، ثم تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة ثانيا.

أ /التعريفات الواردة في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية:

لقد سبق لنا الحديث عن هذا القانون في المطلب السابق عند تعريف التجارة الإلكترونية، ولن يختلف ما يقال في العقد الإلكتروني عن ما قيل في تعريف التجارة الإلكترونية فلقد اكتفى القانون النموذجي Uncitral بتعريف تبادل البيانات الإلكترونية في المادة (2/ب) حيث نصت أنه: "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات Information من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون[1] بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية وبذلك فالقانون الموحد للتجارة الإلكترونية، الصادر عن لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة، لم يعرف العقد الإلكتروني، لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه، كما أن هذا القانون توسع في سرد وسائل إبرام هذه العقود فبالإضافة إلى شبكة الانترنت هناك وسيلة الفاكس والتلكس[2].

ب/ التعريف الوارد في الوثائق الأوربية:

قد عرف التوجيه الأوربي الصادر عن البرلمان الأوربي في 20 ماي 1997 المادة 02 من التوجيه رقم 97 والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا المجال، بأنه يقصد التعاقد عن بعد: "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه".

وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص كالآتي: "كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد والمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

---

[1] يقصد باللجنة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

[2] ميكائيل رشيد علي، العقود الالكترونية على شبكة الانترنت من الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص97.

ج/ تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني:

لقد عرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني العقد الإلكتروني[1] أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا"، فالمشرع الأردني عرف العقد الإلكتروني بالنظر لطريقة إبرامه الإلكترونية، وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

أما مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري فقد عرفه بأنه: "كل عقد تصدر في إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبديل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني"، أما قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني فلم يورد تعريفا للعقد الإلكتروني بل اكتفى بتعريف المحرر الإلكتروني بأنه "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشئ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة"[2].

ومن جهته المشرع التونسي فقد كان أول مشرع يضع تقنينا خاصا بالمعاملات الإلكترونية؛ وهو التقنين رقم 83 لسنة 2000 وقد نصت الفقرة 02 من الفصل الأول منه على أن العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام القانون، وقد وضح القانون التونسي المقصود ببعض المفاهيم المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني، حيث عرف المبادلات الإلكترونية بأنها المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية، كما عرف التجارة الإلكترونية بأنها عبارة عن العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية، وباستقراء المادتين الأولى والثانية من القانون التونسي المذكور يتجلى بأن هذا القانون وإن لم يورد تعريفا صريحا للعقد الإلكتروني حاول إيضاح معلمه بأنه عقد تنطبق عليه أحكام العقود الكتابية أو التقليدية، من حيث التعبير عن الإرادة وآثارها القانونية، وصحتها وقابليتها للتنفيذ، وبأن العقد الإلكتروني يختلف عنها في وسيلة إبرامه وهو الوسيلة الالكترونية.

---

[1] المادة 02 من التشريع الأردني للمعاملات الإلكترونية الرقم 85 لسنة 2001.

[2] المادة 01 من الفقرة ب من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

أما المشرع الفرنسي فالتزم منه بأحكام التوجيه الأوربي رقم 97-07 و2000-31، صدر الأمر رقم 2001-741 المتعلق بالبيع عن بعد، الذي تولى فيه المشرع وضع مفهوم للعقد عن بعد من خلال إضافة المادة 121-16 إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي التي تضمنت تعريفا للعقد عن بعد، وقد نصت على ما يلي: "تنطبق أحكام هذا القسم على كل بيع لمال أو أداء خدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد"[1].

يتضح من هذا النص، أن المشرع الفرنسي عرف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه للعقد عن بعد، وذلك لأنه يتم بوسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة دون حضور مادي معاصر لأطراف العلاقة العقدية. وقد تجسد هذا التعريف وتوسع في ظل القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية المسمى بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الذي يحمل رقم 2004-575 الصادر في 2004/06/21[2]. حيث عرفت المادة 14 منه التجارة الإلكترونية على أنها: "نشاط اقتصادي يقوم شخص من خلاله بتأكيد السلع أو الخدمات عن بعد بطريقة إلكترونية".

وبدوره المشرع الجزائري عرف العقد الإلكتروني في المادة السادسة من قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 والتي تنص: "العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المرخ في 05 جمادى الأول 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني". وبالرجوع لنص المادة 03 من القانون رقم 02/04 المحال اليها نجدها تعرف العقد في الفقرة 4 على أنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع اذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الاخير احداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان

[1] تجري صياغة المادة 121-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي كما يلي:
les disposition de la présente section, s'appliquent à tout vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans présente physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance .

[2] نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم 143 بتاريخ 2004/06/22، ص1168.

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

د/ خصائص العقد الإلكتروني

رغم أن العقد الإلكتروني قد يتفق مع غيره من العقود التي تحتوي أحكامها النظرية العامة للعقد، سواء من حيث موضوعه أو أطرافه أو سببه، فإنه من خلال المحاولات الفقهية والتشريعية التي سعت إلى ضبط تعريف دقيق لهذا العقد قد اتضحت معالم الخصوصية فيه، وأن له خصائص تميزه عن غيره من العقود.

فقد رأى الفقه أنه نظرا لعدم التواجد المادي لأطرافه، فإن العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، وأنه عقد تجاري غاليا، ويتم بين مستهلك ومهني فهو لذلك عقدا استهلاكي. كما أن بعض الفقه قد وصفه بأنه عقد إذعان وآخرون أنه عقد مساومة، وفضل جانب آخر من الفقه النظر إليه أنه عقد دولي.

وبالنظر إلى أهمية كل خاصية من تلك الخصائص في بناء نظام قانوني متكامل للعقد الإلكتروني فإننا سنتطرق لكل منها على حدى.

أولا: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية: إن التعاقد التقليدي بين حاضرين يتطلب لانعقاده، وجود طرفيه في مجلس العقد من أجل الاتفاق على تفاصيل العقد المزمع إبرامه، إلا أن العقد الإلكتروني لا يوجد فيه مجلس عقد بالمعنى التقليدي، أو مفاوضات تقليدية للاتفاق على شروط التعاقد، ففي العقد التقليدي تكون هناك مواجهة بين طرفيه[1]، أما العقد الإلكتروني فيتم بدون التواجد المادي لطرفيه في لحظة تبادل التراضي، حيث يصدر الإيجاب ويقترن بالقبول من خلال وسائل الاتصال الحديثة –الانترنت– أو غيرها، وهو ما دعى البعض إلى اعتبار هذا العقد عقدا فوريا رغم إتمامه عن بعد[2].

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية (منقحة) 1986 ص25 وص30.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق ص18.

والتعاقد عن بعد قد يتم بالمراسلة مثل الكتالوجات والنشرات، أو يتم بالمراسلة، ومن ذلك وسائل الاتصال الحديثة والسريعة مثل الهاتف والفاكس والكمبيوتر والمواقع الإلكترونية.

فالعقد الإلكتروني ينعقد بتحقق القبول الذي يثبته المتعاقد على صفحة موقع الموجب بشبكة الانترنت إضافة إلى ذلك فإنه يمكن تنفيذ العقد الإلكتروني عن بعد[1].

وإذا كان إبرام العقد الإلكتروني عن بعد، فإن تنفيذه يمكن أن يتم بنفس الطريقة أي دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين، حيث يقوم الأطراف عبر حدود تلك الدول، رغم تواجدهم أحيانا في دول مختلفة بتنفيذ التزاماتهم المتبادلة إلكترونيا، كما في عقود الخدمات المصرفية والتعليمية والاستشارات القانونية والمحاسبية والطبية وغيرها. وقد يتم التنفيذ بشكل مادي ملموس، كما في حالة تسليم السلعة، وبعبارة أخرى فإن بعض العقود الإلكترونية تنعقد وتنفذ على الشبكة نفسها، أي أن العقد يتم بكامله على الخط أو على الشبكة، خاصة إذا تم الوفاء أيضا من خلالها ويحدث ذلك عندما يكون محله غير مادي ومتاح على الخط أو الشبكة، مثل الحصول على برنامج أو معلومات معينة. وهناك من العقود ما يتم تنفيذه خارج الشبكة في العالم المادي أو الملموس عندما يكون محلها سلع معينة، أو مواد يتعين تسليمها في بيئة مادية هنا لا تكون الشبكة تحوي وسيلة حديثة للتعاقد[2].

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي

التجارة الإلكترونية هي المجال الخصب الذي يظهر فيه العقد الإلكتروني بصفة خاصة، كونه من أهم وسائلها، والواقع أنه لا وجود لعقود تجارية بالمعنى الدقيق المقصود بهذا الاصطلاح، وذلك أن العقود التي ينظمها التقنين المدني هي نفسها العقود التجارية إذا كان محلها عملا تجاريا سواء بحسب شكله أو موضوعه، أو أن التاجر أبرمها لحاجات تجارية، ومن ثم فانه لا توجد نظرية مستقلة تحكم العقود التجارية تختلف عن تلك التي تحكم العقود المدنية، فالعقد الإلكتروني يعد تجاريا لأسباب وظروف خارجية لا علاقة لها بمضمون العقد وجوهره، ومن تلك الأسباب ما يتعلق

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص44.

[2] محمد حسن منصور، المسؤولية الإلكترونية مرجع سابق ص20.

بطبيعة موضوع العقد أو بصفة من يبرمه، وعليه فإن العقد يكون عقدا تجاريا أو مدنيا حسب ما إذا كان الشخص الذي أبرمه تاجرا أو غير تاجر وحسب الهدف المطلوب من إبرام العقد[1].

ويترتب على ما قيل سابقا اعتبار العقد الإلكتروني من قبيل عقود الاستهلاك contrats de consommation، وهي عقود عادية تتمثل في توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات، إلا أن مقدم السلعة أو الخدمة يكون منتجا أو مهنيا، والمتلقي هو المستهلك أو الفرد العادي الذي يبغي إشباع حاجة شخصية أو عائلية، منقطعة الصلة بنشاطه التجاري أو المهني. لذلك ليست هناك طائفة معينة من الأشخاص يمكن تسميتهم بمستهلكين، لأن كل أفراد المجتمع مستهلكون، ولو بدرجات متفاوتة، حتى من كان منهم يمارس نشاطا إنتاجيا أو مهنيا، وليست هناك فئة محددة ومسماة لتلك العقود، حيث تنطبق تلك الصفة في الحقيقة على العقود التقليدية في مسماها من بيع وإيجار ومقاولة[2].

نثبت الصفة للعقد إذن من كون أحد طرفية مستهلكا، لذا كانت الرغبة في حمايته كطرف ضعيف من خلال التدخل التشريعي والاتجاه القضائي المعاصر، في مواجهة ضغط واستغلال المنتجين له، وتنوع السلع والخدمات وصورها المعقدة، واستغلال أساليب الترويج والدعاية المبالغ فيها.

ثالثا: العقد الإلكتروني عقد دولي

بالنظر إلى أن العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد وينعدم فيه الاتصال المادي بين طرفيه، فإنه من المحتمل أن يخترق حدود الدولة الواحدة، ويوصف تبعا لذلك بأنه عقد دولي، ومن المعلوم أن تكمن الرابطة العقدية وتحديد وصفها، من حيث كونها عقدا دوليا أم لا في مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة القانون[3].

فالعقد الإلكتروني يمكن أن يتم بين أطراف من نفس الدولة، ومن ثم يأخذ حكم العقد الداخلي، إلا أنه يتسم في الغالب، بالطابع الدولي، حيث تتم أغلب المعاملات عبر شبكة المعلومات الدولية –الانترنت– بين أشخاص يتواجدون و ينتمون إلى دول مختلفة، ويكون أطرافها مستخدم

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2003 ص273.

[2] محمد حسن منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص18.

[3] محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص11.

Internet مقيم في دولة، ومورد أو مقدم خدمات الاشتراك Fournisseur d'accès في الشبكة من دولة ثانية، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة من دول ثالثة، إن تلك العقود لا تتصل فقط بأكثر من دولة، بل ستتبعها انتقال القيم الاقتصادية والثروات عبر الحدود فيما بين الدول أي تتصل بمصالح التجارة الدولية[1].

والواقع أن التفرقة بين العقد الدولي والعقد الداخلي المبرم بوسائل وتقنيات الاتصال الحديثة أصبحا أمرا صعبا في كثير من الأحيان، فمن الممكن أن يستعمل شخص ما هاتفه النقال أو حاسوبه الشخصي وينتقل من دولة لأخرى وهو يتفاوض على العقود ويبرمها فكيف يمكن القول أن هذا العقد داخلي، كما أن هذا الشخص قد يكون على ظهر باخرة في المياه الدولية أو في أعالي البحار[2].

ولا شك أن الطابع الدولي للعقد يثير التساؤلات حول القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بصدد المنازعات الناشئة عنه أي ما يسمى بتنازع الاختصاص والقوانين.

وبهذا الشكل فإن العقد الإلكتروني يتطلب ضرورة تضافر الجهود على المستوى الدولي والإقليمي والوطني لوضع القواعد القانونية التي تنظم أحكامه بصورة تضمن عدم التعارض بين القواعد القانونية بين مختلف الأنظمة التشريعية والاجتماعية والاقتصادية، وقد كان هذا من بين أهداف بل لنقل الهدف الرئيسي لوضع قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية المسمى الأونسترال.

الفرع02: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود

من خلال استعراض تعريف العقد الإلكتروني والوقوف على خصائصه اتضح أن هذا العقد له من مظاهر الخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود، ولأجل استكمال تحديد ماهية العقد الإلكتروني، فإننا نرى أنه يتوجب علينا تمييزه عن بعض العقود المشابهة له من حيث طريقة انعقاده، كما ينبغي تميزه عن العقود التي تتشابه معه من حيث البيئة التي ينشأ فيها، وتقصد بها البيئة الإلكترونية.

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص19.

[2] عجالي خالد، مرجع سابق، ص59.

أولا: تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن باقي العقود بالنظر إلى وسيلة التعاقد

عرفت البشرية نظام التعاقد عن بعد عصرا بعد عصر باستخدام وسائل كانت تتطور بصفة مستمرة حتى وصلت إلى استخدام وسائل الاتصال والتقنيات الحديثة التي أنتجت ما يسمى بالعقد الإلكتروني، ومن تلك الوسائل التي نشأ به إبرام العقد بواسطتها مع العقد الإلكتروني، الهاتف والتلفزيون، والفاكس والتلكس.

أ/ تمييز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي: تعد العقود الإلكترونية عقودا مختلفة بشكل أساسي عن العقود القائمة على الورق، ومع ذلك فإن التجارة الإلكترونية لا تحاكي تماما أنماط التعاقد المستخدمة في تكوين العقود عن طريق الوسائل الأكثر تقليدية، ومع هذا وبالرجوع إلى القوانين الحديثة المنظمة للتجارة الإلكترونية يبين أنها في كثير من المسائل الخاصة بالعقد الإلكتروني لم تورد نصوصا خاصة به، مما يدل أنها أرادت احالة أحكامه على القواعد العامة للعقد المنثورة في القوانين المدنية؛ ولكن هذا لا يمنع من القول بأن العقد الإلكتروني له من المميزات ما يجعله يختلف عن سائر العقود التقليدية[1]، نحاول بيان بعضها فيما يلي:

1- إن أداء المقابل في العقود الإلكترونية قد يتجاوز الطرف التقليدي، إذ يمكن أن يتم تسليم المقابل في العقود الإلكترونية بأحد أساليب الدفع الإلكترونية، كالدفع عن طريق النقود الإلكترونية، والبطاقات البنكية، والأوراق التجارية الإلكترونية هذا فضلا عن الوسائط الإلكترونية التي ظهرت حديثا مثل الشيك الإلكتروني والذهب الإلكتروني[2]، كما أنه إذا كان محل الالتزام تسليم بضاعة أو تقديم خدمة فإنه في إطار العقد الإلكتروني يمكن أن يتجاوز الطريقة التقليدية والمتمثلة في التسليم المادي للمحل إلى طريقة تقديم الخدمة أو البضاعة إلكترونيا خاصة إذا كان المحل هو من المنتجات الإلكترونية أو الرقمية، كبرنامج الحاسوب والكتب والجرائد التي يمكن السماح للمشتري بتحميلها إلكترونيا حتى لو كان الأطراف يتواجدون في مناطق متباعدة.

---

[1] رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، عدد 10 جوان 2013، ص99.

[2] الذهب الإلكتروني عبارة عن مخزون من الذهب الحقيقي يودع لدى أحد البنوك، ويتم تحويله إلى أرقام تضاف في حساب العميل إلى حساب آخر ويمكن اعتباره وحدة نقد ويجوز استخدامه كبديل للنقود في المعاملات الإلكترونية أو الاقتراض بضمان.

2- إن العقد الإلكتروني لا يخرج في بنائه وطبيعته وأركانه عن العقد التقليدي، فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، لكن ما يميز هذا العقد هو مدى تأثير الطابع الإلكتروني عليه والوسائط الإلكترونية وخاصة شبكة الانترنت التي يتم من خلالها[1]، فالآلية التي تبرم بها هاته العقود من مرحلة التفاوض إلى مرحلة الإبرام، هي ما تميزها عن باقي العقود التقليدية، إضافة إلى ذلك فإن العقد التقليدي يختلف عن العقد الإلكتروني في أن هذا الأخير لا يتحقق فيه التواجد المادي لطرفي العقد في مجلس واحد، بل يكونان منفصلان عن بعضهما البعض، وهو بذلك يكون عكس العقد التقليدي الذي يتميز بصفة أساسية وهي الوجود الفعلي لطرفي العقد،[2] فالعقدان لا يختلفان من حيث المبدأ وإنما يكمن الاختلاف عن طريق التعبير عن الإرادة (الإيجاب والقبول)، إذ لا يشترط في ذلك الوجود المادي لطرفي العقد.

3- العقود الإلكترونية لا يتم تحريرها على دعامة ورقية محررة وموقعة أو مبصوم عليها أو مختوم عليها، بل إنها تتم عن طريق دعائم إلكترونية، يكون التوقيع عليها بواسطة ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، الذي له الحجية نفسها مع التوقيع الكلاسيكي كما أن الطريقة الإلكترونية تلغي ما يعرف تقليديا بالنسخة الأصلية وصورتها، لأن الطرق الحديثة تسمح بنسخ عدد هائل من البيانات والمعلومات كلها أصلية.

4- العقد الإلكتروني في الغالب ذو طابع استهلاكي، فهو يتم عادة بين محترف ومستهلك، فلذا نجد أن أغلب قواعد حماية المستهلك تطبق على العقد الإلكتروني كالالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي والالتزام بالتحذير[3].

ب/ التميز بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الهاتف والفاكس والتلكس: من المعلوم أن الهاتف وسيلة لنقل المعلومات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين نقطتين (المرسل، المستقبل) يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم، واحتل الهاتف مكانة مرموقة في

---

[1] فيصل عبد الحافظ الشوايكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الثاني غزة، فلسطين، جوان2013 ص338.تم تحميله من موقع http//www.iugaza.edu.ps/ar/periodical

[2] مصطفى منشور وسيمة، مرجع سابق، ص101.

[3] رباحي أحمد، مرجع سابق، ص100.

الاتصالات جعلته يستخدم في إبرام العقود[1]، ويرى بعض الفقه أن التعاقد عن طريق الهاتف تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و غائبين من حيث المكان حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول عن طريق الجهاز ويتم التعبير عن الإرادة بصفة شفوية فلا تحصل فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، فهو لذلك يعتبر تعاقدا بين حاضرين حكما، ولكن يظل أطراف العقد متباعدين من حيث المكان، ونتيجة لذلك فهو ينتمي إلى زمرة العقود عن بعد[2].

وبظهور الهاتف المحمول وصل جهاز الهاتف إلى أرقى مراتب تطوره، حيث أصبح بالإمكان استعماله في التعاقد عن طريق الاتصال العادي، كما يمكن التعاقد بواسطته عن طريق الرسائل الإلكترونية.

ويتفق التعاقد الإلكتروني مع التعاقد بالهاتف؛ في أن كل منهما تعاقد فوري ومباشر حيث يتلاشى عنصر الزمن فهي جميعا عقود تبرم بين غائبين من حيث المكان على الأقل، على أن العقد الإلكتروني يظل متميزا عن التعاقد بالتلفون من نواحي عديدة، حيث أن ما يميز التعاقد بالتلفون أنه تعاقد شخصي قد يتطلب صدوره تأكيد كتابي من الموجب البائع في حالة عقد البيع، مثلا يرسله إلى الطرف الآخر المتعاقد (المشتري) في موطنه نظرا لصعوبة إثبات التعاقد بالتلفون ولا ينعقد العقد إلا بتوقيع المشتري وفقا للقانون الفرنسي الصادر في 23 جويلية 1989، أما في التعاقد الإلكتروني المبرم عن طريق شبكة الانترنت فقد يتفاعل الموجب مع الموجب له فلا يحتاج إلى إصدار كتابي، بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الآخر عن إرادته بقبول التعاقد بواسطة الضغط على عبارة موافق عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر، كما أنه في التعاقد الإلكتروني يمكن رؤية الرسائل الإلكترونية المرسلة على جهاز الحاسوب، وطباعتها والحصول على نسخة منها وتخزين الرسائل والاحتفاظ بها في الجهاز، بينما في التعاقد عن طريق الهاتف تكون الرسائل شفوية[3].

كما يتشابه العقد الإلكتروني الذي يتم باستخدام البريد الإلكتروني مع التعاقد بالهاتف الذي يتم عن طريق الرسائل القصيرة، بل يمكن القول بأن التعاقد عن طريق الهاتف المحمول يعد صورة

---

[1] عباس العبودي، مرجع سابق، ص20.

[2] Lionel BOCHURBERG, internet et commerce électronique, 2eme edition, delmas, paris 2001,p42.

[3] بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص36.

من صور العقد الإلكتروني في هذه الحالة إذ ينطبق على التعاقد عن طريق الهاتف النقال تعريف العقد الإلكتروني كما ينطبق عليه وصفه وحكمه وخصائصه[1].

وكما سبق وأشرنا أصبح الهاتف النقال وسيلة متداولة يوميا يستعمل فيها التعاقد إلكترونيا أكثر منه التعاقد عن طريق الهاتف المعروف تقليديا، وهذا دائما راجع إلى التطور التكنولوجي الملحوظ في مختلف وسائل الاتصال فأصبح الهاتف النقال بمختلف تطبيقاته يسمح باستماع ورؤية الشخص الآخر وإرسال نصوص وعقود يسمح بطباعتها بشكل سلس وعادي.

أما عن جهاز الفاكس فهو عبارة عن جهاز نسخ بالهاتف، حيث يتم عن طريقه نسخ (نقل) المستندات، أو الرسائل نسخا مطابقا للأصل فتظهر نسخ تلك المستندات والرسائل على جهاز الفاكس الآخر المرسل إليه، ويلاحظ هنا أن هناك فاصلا زمنيا للرد على الرسائل[2].

وقد أقرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بالفاكس Télécopies كدليل الإثبات، مادام يمكن نسخ محتوى الوثيقة إلى من أنشأه مع إمكانية التحقق منه[3]؛ لذا اشترطت محكمة النقض الفرنسية لقبول الفاكس كقوة ثبوتية أن يحتوي على توقيع المرسل أو نائبه، وهذا يعني توقيعه على الأصل المرسل منه قبل إرساله مما يمكن معه تحديد شخصيته، وقد صدرت هذه الأحكام قبل صدور القانون الفرنسي الخاص بالتوقيع الإلكتروني، والذي ساوى بين جميع أنواع الكتابة باختلاف الوسائط المدونة عليها، ما دامت مقروءة، ومفهومة ويمكن نسبتها لمن صدرت عنه، وقد أشار قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية إلى الفاكس باعتباره أحد الوسائل التي يتم استخدامها في التعاقد في المادة الثانية فقرة أ منه[4].

إن الفارق بين العقد الإلكتروني ونظيره الذي يتم بواسطة جهاز الفاكس أو التلكس، يتمثل في أن الفاكس والتلكس مجرد وسيلة لتبادل المستندات أو المحررات الخاصة بالتعاقد في شكل

---

[1] عجالي خالد، مرجع سابق، ص63.

[2] Jérôme HUET, La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au télex, Recueil Dalloz, 1992,p35.

[3] Cass.ch.com 2 décembre 1997, JCP, écl, E, 1998 p178.

[4] جاء في المادة الثانية فقرة أ من قانون الأونسترال ما يلي، لأغراض هذا التقنين، يراد مصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا على سبيل الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ...

ورقي يعني ذلك أن الوجود المادي للمحرر التقليدي يتحقق حالة التعاقد بواسطة الفاكس أو التلكس، لذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طباعتها على الورق، أما فيما يخص التعاقد الإلكتروني، تتخذ المستندات العقدية وما يرد عليها من توقيعات الشكل الإلكتروني، أي يتميز بالطبيعة غير المثبتة على دعامة إلكترونية لا على دعامة ورقية مصورة بتوقيع الأطراف[1].

والتلكس هو جهاز لإرسال البيانات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، إذ لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال البيانات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على البيانات لحظة إرسالها، ويوجه التلكس من المرسل إلى المستقبل على شبكة خاصة مراقبة من مركز رئيسي للاتصالات وسط محايد يحدد هوية المراسلين، ويكفل استعداد الجهاز المستقبل للاستقبال، ويؤرخ العملية ويحتفظ المركز بما يدل على تبادل الرسائل مدة سنة، وهذا بدوره يوفر الأمان، لأنه يوفر عناصر الإثبات عند حدوث النزاع[2].

ويوفر التعاقد عن طريق التلكس العديد من المزايا منها السرعة، إذ يستطيع الشخص الذي يريد إبرام العقد تأمين وصول الإيجاب إلى شخص آخر خلال ثوان معدودة، كما يوفر الجهاز السرية أيضا فالرسالة المرسلة بالتلكس رسالة مكتوبة لا يعرف ما فيها من معلومات إلا المرسل الذي أرسلها غير أنه من عيوب الجهاز أنه لا يستطيع نقل الرسوم التوضيحية والهوامش والتوقيعات[3].

وقد أشار قانون الأونسترال النموذجي إلى التعاقد عن طريق التلكس بوصفه إحدى صور العقد الإلكتروني في المادة المذكورة سلفا[4]. ورغم هذا النص فإن الصور المتطورة للعقد الإلكتروني كالشبكة الدولية الانترنت مثلا، تجعل من العقد الإلكتروني عقدا بين حاضرين في الزمان غائبين في المكان فهي تتيح لأطراف العقد التفاعل الحواري بينهم وتسمح لكل منهم مشاهدة الآخر، كما يختلف العقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت عن التعاقد الإلكتروني بالتلكس في الدعائم الورقية،

[1] بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص37.

[2] Jérome Huet, op, cit, p35, 36.

[3] عباس العبودي، مرجع سابق، ص27، 28.

[4] المادة 02 فقرة أ.

وهذا ما يحول وسيلة الإثبات في العقد الإلكتروني عبر الانترنت إلى وسيلة إلكترونية في حين تظل وسيلة الإثبات في العقد المبرم عن طريق التلكس ورقية.

ت/ التمييز بين التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون: يستخدم جهاز التلفزيون في إبرام العقود ويتم ذلك بأن يقوم مقدم البرنامج بعرض للسلعة أو الخدمة التي يريد بيعها ويحدد أوصاف المبيع والسعر، ويقوم الشخص المتلقي – المشتري– بالاتصال بالبرنامج لإبداء رغبته في شراء السلعة، أي في التعاقد، مع ترك اسمه وعنوانه ورقم هاتفه فتصله السلعة بمكان إقامته ويتم الوفاء بالثمن بطرق عدة إما بالدفع عند الاستلام، أو عن طريق شيك، أو بوسائل الدفع الأخرى[1].

إذ يتفق العقد الإلكتروني مع التعاقد عن طريق التلفزيون في أن الإيجاب يكون غالبا موجها للجمهور الذي يرغب في التعاقد فتختلف بشأن إحدى السلع أو الخدمات إذ تتم بالصورة والصوت[2] على أنهما يتميزان في مدة العرض وأسلوب التعاقد فتختلف بشأن كل منهما ففي التعاقد بواسطة التلفزيون قد تكون مدة عرض الإيجاب عدة ثوان وهي مدة الإعلان التجاري الخاص بمحل الإيجاب، فإذا أراد المتعاقد التعرف على المزيد من التفاصيل يكون من خلال الاتصال مع الشركة أو الموجب عن طريق الهاتف مثلا أو الانتقال لمقر عمله أو أحد فروعه، أما الإعلام في التعاقد الإلكتروني فإن الموجب له يستطيع أن يتعرف على كافة معلومات التعاقد وبنوده من خلال الموقع الإلكتروني الموجب، كما يمكنه التفاوض وإبرام العقد بل وتنفيذه أحيانا إلكترونيا.

وهذا يعني أن التعاقد عن طريق التلفزيون يقتصر دوره على عرض السلع و الخدمات مع تحديد الأوصاف والأسعار ثم يقوم المشاهد بالاتصال هاتفيا بالبرنامج ليبدي قبوله بشراء السلعة أو الاشتراك في الخدمة، وبالتالي فالقبول لا يتم من خلال التلفزيون بل يكون من خلال الهاتف، ولذلك رأى البعض أنه من الخطأ إطلاق اصطلاح التعاقد عن طريق التلفزيون على هذه الطريقة في التعاقد، لأن دوره يقتصر على عرض السلعة أو الخدمة على الجمهور والإعلان عنها، وهنا يتضح أن هناك تماثلا بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون، يصل إلى حد اعتبار الأخير صورة من صور الأول فكليهما من عقود الاستهلاك غالبا، إلا أن العقد الإلكتروني هو نوع جديد

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص61.

[2] محمد السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون مطبعة النشر الذهبي، مصر، 2000، ص10.

من العقود، فهو وليد التقدم التكنولوجي ونتيجة لتطور وسائل التقنية والاتصال الحديثة، وهو عقد له خصوصية وذاتيته المستقلة التي تميزه عن أنظمة التعاقد الأخرى التي تتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة.

ثالثا: تميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الإلكترونية

يعد العقد الإلكتروني أهم آليات التجارة الإلكترونية ويكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، إلا أن التطور المستمر في مجال نظم المعلومات والاتصالات أدى إلى ظهور العديد من العقود الوليدة والحديثة على الوسط القانوني والتي يصعب حصرها، إذا هناك عقود أخرى تتم في محيط التجارة الإلكترونية تكون مرتبطة بالعقد الإلكتروني ومتلازمة معه، بحيث تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه هذا العقد، وبالتالي يمكن القول بأنها تلك العلاقات المتنوعة التي تنشأ لتحقيق عقد التجارة الإلكترونية دون أن تكون محلا له، ويطلق عليها البعض عقود الخدمات الإلكترونية، ويقصد بها العقود الخاصة بتقديم خدمات الانترنت والمستفيدين منها[1].

أ/ **عقود الخدمات الإلكترونية:** يقصد بعقود الخدمات الإلكترونية تلك العقود التي تقدم خدمات الانترنت وكيفية الاستفادة منها، والتي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة والمستفيدين منها، ويمكن أن تنشأ هذه العقود مستقلة ويمكن أن يجتمع أكثر من عقد في عملية قانونية مركبة[2].

1-عقد الدخول إلى الشبكة: يتم إبرام العقد بين الشركة التي تقدم خدمة الاشتراك والعميل الراغب في استعمال الشبكة، فيتم إلحاق العميل بالشبكة من الناحية الفنية، وتوصيل جهاز الكمبيوتر بها وتقديم الأدوات اللازمة لذلك، والقيام ببعض الخطوات الفنية اللازمة لتسجيل العميل الجديد مقابل سداد مبلغ معين يسمى بالاشتراك[3]. هذا العقد يتخذ صورة من صور الإذعان لأن العميل لا يتاح له إلا أن يقبل شروط العقد ويلتزم بكافة أجزائه وأحكامه، وإما أن يرفضه، إذا فعقد الدخول إلى الشبكة أو عقد الاشتراك هو عقد الكتروني محله استغلال شبكة الانترنت في حين أن العقد الالكتروني موضوع دراستنا هو العقد الذي يبرم في بعض صوره بواسطة شبكة الانترنت، ما يعني

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، دار النهضة العربية، 2000، ص145.

[2] ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص124 وما بعدها.

[3] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص22.

أن هذه الأخير تعد وسيلة للتعاقد أو التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني في حين تعتبر موضوعا للعقد في عقد الاشتراك وهو ما يجعل الاختلاف بين العقدين واضحا.

2- عقد خدمة الخط الساخن: ومفاده أن يتعهد مقدم خدمة الخط الساخن بإعداد المساعدة التلفونية لحل المشكلات التي قد يواجهها المشروع أثناء تواجده على الشبكة، ويطلق على هذه الخدمة اسم الخط الساخن لأنها ترمي إلى مساعدة المستخدم الحديث للإنترنت على مواجهة وتذليل المشاكل الفنية التي قد يواجهها، ويتم التعاقد على تلك الخدمة غاليا بين المورد والعميل بمناسبة الاشتراك في شبكة الأنترنت.

3- عقد الإيجار المعلوماتي (عقد الإيواء): هو عقد من عقود تقديم الخدمات يعرف بأنه التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي، أي بيانات ورسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأي وسيلة كانت[1]. وبمقتضى هذا العقد يلتزم مقدم الخدمة باستقبال العميل ويتيح له استعمال ما لديه من أجهزة وأدوات ووضعها على الشبكة تحت تصرف العميل لمدة معينة، مقابل التزام هذا الأخير بدفع المبلغ المتفق عليه.

إن هذا العقد يقترب في طبيعته القانونية إلى إيجار الأشياء منه إلى المقاولة؛ حيث يتمثل في وضع بعض الإمكانيات الفنية تحت استخدام المشترك، وسيتتبع ذلك نقل المسؤولية عن سوء الاستعمال على عاتق الأخير وتثور المسؤولية العقدية لمقدم الخدمة في حالة عدم تقديم الإمكانيات المطلوبة أو تقديمها بصورة معيبة أو ناقصة ولا يكون مسؤولا عن الاستعمال الذي يقوم به المشترك أو الأضرار التي يسببها للغير ما لم تثبت أن مقدم الخدمة قد شارك في ذلك أو كان على علم به أو لم يتخلى عن حيازته لإمكانات أجهزته[2].

ويتضح أن العقد الإلكتروني الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه عبر وسيلة إلكترونية يختلف أنه في عقد الإيجار المعلوماتي تكون الوسيلة موضوعا للعقد ومحلا له.

[1] محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص39.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص24.

4- عقد إنشاء المتجر الافتراضي: هو عقد بمقتضاه يتمكن التاجر من عرض بضاعته أو سلعته وذلك من خلال موقع إلكتروني لقاء أجر متفق عليه[1]، تبدو أهمية المتجر الافتراضي كونه نواة التجارة الإلكترونية، حيث تقوم منه الأخيرة على فكرة أساسية مفادها تجميع البائعين والمستهلكين في مراكز تجارية افتراضية والتي تنقسم إلى قسمين: الأول يمكن الدخول إليه دون حاجة إلى إجراءات معينة ولكنه يسمح بالاطلاع والتصفح والتجول فقط من أجل عرض السلع والخدمات والتعرف عليها دون شرائها، في حيث يتم الشراء في القسم الثاني الذي يتم الولوج إليه بعد إتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله تمهيدا للتعاقد معه[2].

وفي الأخير يمكن القول أن عقود الخدمات الالكترونية عديدة ومتنوعة ومتطورة ومتداخلة، ومرجع ذلك هو طبيعة المحل ذاته، ومن ثم فإن التعداد السابق ليس جامدا بل مجرد تمثيل للعقود القائمة في فترة زمنية معينة، ويمكن لهذه العقود أن تنشأ مستقلة، ويمكن أن يجتمع أكثر من عقد في عملية قانونية مركبة، مثل عقد الإيواء الذي يمكن أن يضم معه توفير الموقع والبريد الإلكتروني.

إن هذه العقود في مجملها تتسم بالطابع التجاري، ذلك أن مقدم الخدمة هو كقاعدة عامة شركات متخصصة ومحترفة ينطبق عليها وصف التاجر المهني وتتعامل مع أفراد عاديين ينطبق عليهم وصف المستهلك، خاصة وأن تلك الشركات تضع شروط التعاقد في صورة نماذج ثابتة لا تقبل المناقشة ومن ثم فهي تخضع للأحكام الخاصة بالعقد التجاري وعقد الإذعان وقواعد حماية المستهلك في مواجهة المهني و المنتج.

ب/ عقود المعلوماتية: لأن المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي أصبحت تهيمن على كثير من جوانب حياتها المعاصرة في أبعادها الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، وباءت تشكل ثورة تقنية وصناعية وفكرية مما استدعى التدخل لحمايتها على الصعيد الوطني والعالمي، وأدت إلى ظهور أنواع جديدة من العقود والمسؤوليات وبعد التزاوج مع الانترنت احتلت جانبا هاما من التجارة الإلكترونية.

إن إنجاز العملية المعلوماتية Opération Informatique يتم من خلال أداءات متنوعة، ومن ثم تتجه إرادة الأطراف إلى استخدام قوالب قانونية مختلفة، فهناك توريد الأشياء المادية (أجهزة

[1] ميكائيل رشيد علي، مرجع سابق، ص130.

[2] عجالي خالد، مرجع سابق، ص76.

الحاسوب الآلي) وهناك الأموال المعنوية (البرامج) إلى جانب الخدمات الذهنية (الدراسة والمشورة) والخدمات المادية (التركيب).

1- بيع برامج المعلومات: يمكن أن يلجأ الشخص إلى شراء برنامج المعلومات، ويحدث ذلك عندما يندمج البرنامج في وسيط مادي يتم عرضه في الأسواق مثل الأسطوانات والكتب، ويبدو ذلك، بصفة خاصة، عندما يكون البرنامج جزءا من مكونات الحاسب فيشمله عقد البيع.

ولكن ينبغي التنبيه إلى الطبيعة الخاصة لذلك البيع، لأن الملكية لا تنتقل إلا بالنسبة للوسيط المادي support (الأسطوانة مثلا) حيث يكون للمشتري استعمالها لنفسه وليس له أن يبيعها للغير، بل يظل مؤلف البرنامج صاحب الحق في الملكية الفكرية، بل أن هذا الحق يتمتع بحماية خاصة أوسع من المصنفات الأخرى، ومن ثم لا يجوز للمشتري أن يجري نسخا من ذلك البرنامج أو يستغله تجاريا دون إذن صاحبه الحقيقي[1].

2- عقد الاشتراك في بنوك المعلومات: يعرف بنك المعلومات أنه مجموعة المعلومات التي يتم معالجتها إلكترونيا لأجل بثها على شبكة الانترنت بحيث يمكن للمشترك الوصول إليها من خلال ربط الكمبيوتر الخاص به بشبكة الانترنت. الوظيفة الأساسية لبنوك المعلومات الإلكترونية هي تقديم المعلومات إلكترونيا إلى المشتركين، وعليه فإنه يمكن القول أن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات هو ذلك العقد الذي يضع بموجبه المورد تحت تصرف المستخدم إمكانية النفاذ إلى قاعدة المعلومات بهدف الحصول على ما يناسبه من معلومات تتفق مع حاجاته[2].

ويتشابه العقد الإلكتروني مع عقد الاشتراك في بنوك المعلومات في أن الأخير قد يبرم بوسيلة إلكترونية فمن يريد دخول مكتبة افتراضية على الشبكة خاصة بالمراجع القانونية مثلا فما عليه إلا الاستعلام عن المبلغ المطلوب دفعه ثم يتاح له الدخول المكتبة والاطلاع.

وفي الأخير يمكن القول أن التصرفات الواردة على برامج المعلومات تثير الكثير من الجدل حول تحديد طبيعتها القانونية، ولعل التكييف الأكثر شيوعا ومحل اتفاق فقها وقضاءا، هو اعتبارها من عقود المقاولة، وينطبق على بعض صورها عقد الإيجار. والصعوبة فيما سبق قوله تظهر من

[1] Ph.Guadrat, les contrats de fourniture de logiciel de l'informatique 1986 n40

[2] عجالي خالد، مرجع سابق، ص80.

خلال دقة تعريف البرامج وتحديد طبيعتها وتنوع أنماطها وتعدد المشتركين في إعدادها فهناك المعلومات الثابتة على دعائم (وسيط مادي) وهناك بنوك المعلومات التي يتم إعدادها من خلال معالجة المعلومات إلكترونيا.

المطلب الثاني: أطراف العقد الإلكتروني وظروف ابرامه

في هذا العصر الرقمي، أصبح المستهلك يحصل على ما يريده دون التنقل أو استخدام النقود التقليدية، فيمكن تشبيه التجارة الإلكترونية بسوق يتقابل فيه البائعون والموردون والمستهلكون في معارض أو مراكز تجارية افتراضية.

الفرع 01: أطراف العقد الإلكتروني

ينعقد العقد الالكتروني بتواجد أطرافه، فالمستهلك وهو يتجول الكترونيا يتعامل مع شخص آخر يبعد عنه ويجهل هويته وتختلف صفته، وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب.

أولا: الأطراف المتعاملة مع المستهلك الإلكتروني

تمكن شبكة الانترنت المستهلك الإلكتروني من الاطلاع على منتجات يعرضها محترف واحد وعدة محترفين إلكترونيين في أي دولة من دول العالم، فشبكة الانترنت لا تعرف حدودا سياسية أو جغرافية، مما أدى إلى سهولة العملية الاستهلاكية كما قد يتعامل المستهلك مع شخص يحمل صفة العارض عبر الانترنت فقط وقد يحتاج إلى الاتصال بمقدمي الخدمات الإلكترونية والوسطاء التقنيين عبر الانترنت.

1/ المحترف العارض عبر الانترنت (المهني)

ينص قانون حماية المستهلك على فرض مجموعة من الالتزامات على الشخص المحترف الذي يتدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك، وذلك لمنعه من استغلال نفوذه الاقتصادي، وخبرته ومؤهلاته الفنية، بشكل يخدم مصالحه على حساب مصالح المستهلك الذي يتعامل معه[1].

يعتبر الشخص الذي يمارس نشاطه على وجه الاعتياد والتنظيم بهدف الحصول على الربح محترفا أو مهني وهو كل شخص طبيعي أو معنوي، خاص أو عام، الذي يظهر في العقد كمهني محترف

[1] أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2018 ص13.

فهو الشخص الذي يعمل من أجل حاجات نشاطه المهني، سواء كان هذا النشاط تجاري أم صناعي أم زراعي، يمتلك محلا تجاريا بقصد ممارسته نشاطه أو يشتري البضائع بقصد إعادة بيعها[1].

نتيجة للتطور التكنولوجي والصناعي في مجال السلع والخدمات، وكذا التفاوت في العلم والمعرفة الذي نشأ عن التقدم العلمي والصناعي بشأن تلك السلع والخدمات، فإن المشتري عديم الخبرة يقدم غالبا على إبرام العقد مع البائع وهو يفتقر إلى البيانات الأساسية الخاصة بالبيع، متأثرة بالحاجة الماسة لهذه المنتجات التي يحتكرها، الأمر الذي نشأ عنه تغير في مفهوم البائع،[2] الذي أصبح يتسع مفهومه ويوصف بالاحترافية أو المهنية، فقد استمد رجال القانون تعريف المحترف من علوم الاقتصاد؛ فالمحترف أو المهني كل تاجر أو موزع أو صانع، وتعد المؤسسات العمومية التي تمارس نشاط تجاري أو تقدم خدمات ضمن فئة الحرفيين كمؤسسة تقديم الكهرباء أو المياه فهي تخضع لقانون حماية المستهلك، ويوجد اتجاه في القانون الفرنسي يتبنى فكرة الاتساع في مفهوم المحترف، ليدخل فيه بعض المؤسسات التي تمارس نشاط معين كالمستشفيات مثلا[3].

وقد لا تتأثر إشكالية تحديد هوية البائع أو المحترف في ظل القواعد العامة التقليدية أو في ظل قواعد حماية المستهلك، ما دامت طريقة التعاقد تسهل تحديد هويتهما، غير أن الأمر يختلف إذا كانت المعاملة إلكترونية فالمحترف الإلكتروني لم يحظ بتعريف في التشريعات الوضعية المنظمة للمعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية إذ يقتصر تعريفه غالبا في ظل العالم المادي وفقا لما تتضمنه قواعد حماية المستهلك، وكذا القواعد الخاصة بتنظيم الممارسات التجارية والمنافسة.

عرف القانون المصري لحماية المستهلك المورد بأنه: "كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو بإنتاج أو استرداد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في إحدى المنتجات أو التعامل عليها، وذلك

---

[1] خالد ممدوح ابراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص29.

[2] نتيجة الاحتلال في العلاقة العقدية بين البائع والمشتري أوجد القضاء في فرنسا معيار رجل الحرفة والخبرة محل معيار الرجل المعتاد أو رب الأسرة في تقدير مسؤولية المهني أو الحرفي اتجاه المستهلك.

[3] راجع في هذا الصدد المرجع،

Jean CALAIS-AULOY et FRANK STEINMETZ, Droit de la consommation, Précis Dalloz Droit Privé 7ed 2006. p6.

Gilles TAORMINA, Théorie pratique du droit de la consommation, aspects généraux et contrats spéciaux. Universite Aix-En-Provence Libr.2004 p73.

بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق" ولفظ شخص ما ينصرف إلى كل من الشخص الطبيعي أو الاعتباري[1].

إلا أن المشرع الجزائري عرف المحترف الإلكتروني في نص المادة 06 فقرة 04 من قانون التجارة الإلكترونية05/18: "المورد الإلكتروني كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"، وسبق هذا التعريف ماورد في نص المادة 03 فقرة 07 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: "المتدخل: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك".

استعمل المشرع الجزائري في كلا التعريفين ألفاظا مختلفة من أجل التعبير على المحترف فاعتمد لفظي "المتدخل والمورد" في القانونين السابق ذكرهما، واعتمد لفظ المحترف في المرسوم التنفيذي رقم 266/90[2] في مادته الثانية فقرة أولى: "المحترف هو منتج، أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك".

إذا بالرجوع إلى القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية في المادة 06 سابقة الذكر نلحظ أن المشرع اقتصر وصف المحترف على الشخص الذي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير المنتوج عن طريق الاتصالات الإلكترونية، مما يستبعد فئات المحترف التي تدخل في باقي مراحل عملية عرض المنتوج للاستهلاك كالإنتاج، والاستيراد، والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة والتجزئة.

ترتبط المراحل السابقة على عرض وتسويق المنتوج بالعالم المادي، إلا أنه لا يمكن استبعادها كليا في ظل العالم الإلكتروني حيث نجد نوعا آخر من الإنتاج الخاص بالأشياء المعنوية (المنتوج الرقمي)، كما أن المحترف الإلكتروني يلتزم بتسليم المبيع أي يضمن إيصال ونقل المنتوج الذي

[1] أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي دار النهضة العربية 1994، ص31.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق ل 16 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوج والخدمات ج/ر عدد 40 المؤرخة في 29 صفر 1411 الموافق ل 19 سبتمبر 1990.

يعرضه عبر الانترنت لذلك سيتوجب الأمر إعادة صباغة التعريف بشكل يستوعب كل فئات الأشخاص المحترفين المتدخلين[1].

*خضوع المحترف الإلكتروني للقيد في السجل التجاري: ورد في نص المادتين 08 و09 من قانون التجارة الإلكترونية الشروط التي يمكن أن تتوقف عليها ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية في الجزائر، والتي توجب خضوع المحترف الإلكتروني القيد في السجل التجاري، أي التسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية أو الحرفية حسب الحالة، كما يجب أن يتوفر أي موقع إلكتروني مستضاف في الجزائر على امتداد com.dz على وسائل تسمح بالتأكيد من صحته حيث اعتبر المشرع الجزائري إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري كممارسة أي نشاط للتجارة الإلكترونية.

2/ العارض عبر الانترنت غير المحترف

قد سهلت شبكة الانترنت عملية البيع لكل شخص، إذ تتيح بعض المواقع بيع مختلف الأموال، ولا يتطلب الأمر إلا التسجيل في ذلك الموقع الإلكتروني في فترة قصيرة جدا، من بين هذه المواقع، الموقع العالمي «eBay.com» أو الموقع الجزائري «www.ouedkniss.com» حيث يتمكن الشخص من بيع ما يريد بصفة عرضية، دون أن يكون مقيدا بالتزامات التاجر أو مقيدا بالالتزامات الناتجة عن البيع عبر الشبكة المستحدثة في التشريع المقارن[2].

وبذلك تتباين صفة العارض عبر الانترنت بحسب كيفية إقباله على عملية العرض في العالم الافتراضي فنجد:

فئة البائعين المسجلين على المواقع الالكترونية: تتمثل فئة البائع المسجل على المواقع الإلكترونية في أشخاص يقدمون على تسجيل أنفسهم في مواقع إلكترونية متخصصة بهدف عرض أشياء للبيع،

[1] أكسوم عيلام رشيدة، مرجع سابق، ص26.

[2] لا يمكن حصر هذه المواقع الإلكترونية إلا أن أشهرها على الصعيد العالمي نجد موقع أمازون Amazon، فنجد مواقع إلكترونية شاملة أين يتم عرض كل الأشياء بما في ذلك المنقول والعقار مثل الموقع العالمي أمازون و موقع واد كنيس ومن جهة أخرى نجد مواقع متخصصة في مجال معين مثل الموقع الإلكتروني الجزائري LKERIA الكرية المتخصص في العقار.

فعملية العرض هذه التي تتم في العالم الافتراضي عادة ما تقع بشكل عرضي أو تصدر من أشخاص لا ينتمون لفئة المحترفين، مما يستبعد غالبا الصبغة الاستهلاكية التي تتطلب إعادة التوازن في العلاقة التي تجمعهم مع المتعاملين معهم عبر هذه المواقع، فنجد أشخاص يعرضون مختلف الأغراض والأشياء للبيع وذلك عن طريق التسجيل في مواقع هدفها البيع والشراء بحيث يكثر الإقبال على مثل هذه المواقع سواء للعرض أو الاقتناء (jumia.dz)، وهنا نكون أمام شكل التجارة بين مستهلكين ومستهلكين آخرين consumer to consumer (c2c)[1]؛ حيث يقوم الأفراد بالبيع والشراء فيما بينهم وبشكل مباشر عبر الانترنت أو بوضع إعلان على موقع يسجلون به، وهنا لا يكون بيع سلع فقط وإنما حتى خبرات خاصة ومختلف الخدمات، وقد انتشر مؤخرا ما يسمى بالمزاد الإلكتروني e-auction حيث يعرض فيه الزوار ما يرغبون في بيعه على هذا الموقع المتخصص بالمزايدة بين مستخدمي وزوار الموقع[2]، غالبا ما يقتصر دور التقنيات الرقمية في العروض التي تقدم في بعض من المواقع الإلكترونية أو عبر مواقع التواصل الاجتماعي على الاتصال وتبادل المعطيات دون إمكانية التنفيذ في العالم الافتراضي، وهذا ما جعل بعض من الفقهاء ينفون الطبيعة الإلكترونية لمثل هذه العقود، إلا أنه وكما تبين سابقا يرجح أنها عقود إلكترونية، فالعبرة بتدخل أي وسيلة إلكترونية في أي مرحلة من مراحل إبرام أو تنفيذ العقد.

3/ تحديد هوية المتعامل مع المستهلك الإلكتروني

يلجأ العديد من الأشخاص لعرض منتوجاتهم عبر المتاجر الافتراضية من خلال التسجيل في المواقع الإلكترونية المخصصة لهذا الغرض، فيلتزم مستعمل الانترنت في هذه الحال بالتعريف بنفسه عند تعامله مع غيره من رواد العالم الافتراضي من خلال اتخاذ لاسم متميز، يتم معرفته وتحديده بواسطته، فعارض السلعة والخدمات على الانترنت تتوفر فيه أهلية التعاقد في حالة حصوله على ترخيص مسبق لممارسة نشاطه المهني[3].

[1] سبق وأشرنا إلى إشكالية التجارة الإلكترونية في المبحث الأول من الفصل التمهيدي.

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص28.

[3] عيلام رشيدة، مرجع سابق، ص30.

فمسألة الهوية تتصل بشخصية الفرد كإنسان وبحياته كمواطن وهي مرتبطة بالشخص المدني، ومن المعروف أن الهوية تثبت من خلال بطاقة التعريف الوطنية[1]، ولكن كما سبق وقلنا عندما نكون أمام العالم الافتراضي يصعب التدقيق ومعرفة هوية المتعاقد، لأن ما هو معروف أن شبكة الانترنت تتيح استعمال أي هوية يختارها المستخدم، حيث نجد معظم المواقع الالكترونية تسمح استعمال بيانات تحديد الهوية الإلكترونية[2] موضوعة مسبقا من قبلها، وغالبا ما يقوم مستخدم الشبكة باختيار بيانات خاطئة متعلقة بهويته، من ذلك يختار اسم غير حقيقي، وبلد غير البلد الموجود فيه، وعنوان وهمي بالإضافة إلى بيانات أخرى غير معروفة في الهوية الحقيقية أصبحت تعبر عن وجود هذه الهوية في فضاء الانترنت مثل البريد الإلكتروني، والتسجيل على الفايسبوك أو التسجيل على السكايب، أدى انتشار استعمال الهوية الإلكترونية[3].

للمستهلك الإلكتروني التأكد من هوية المتعامل معه سواء كان ذلك عبر موقع إلكتروني يحصل عليه بناء على عقد إيواء معلوماتي من مزود خدمة الإيواء، يخصص له مساحة إلكترونية على شبكة الانترنت تشترى من قبل المستخدم لتحتوي على المعلومات والبيانات الخاصة بمجال المعاملة التي تهمه لتشكل صفحة من الصفحات الإلكترونية التي يمكن الاطلاع عليها على مدار الساعة، فيلتزم مقدم خدمة الإيواء أن يضع تحت تصرف المستخدم كل الأدوات المعلوماتية على الواب لصالحه حتى يستعمل موقعه في النشاط الذي يختاره، تسمح بتحديد هويته وصفته.

ويمكن تحديد الهوية في المعاملات الإلكترونية عامة أو التعاقد الإلكتروني خاصة من قبل الغير الذي سمي بالوسيط الضامن من خلال المصادقة الإلكترونية التي تتدخل كوسيط وكطرف محايد في العلاقة التعاقدية تسند إليها عدة مهام من بينها مهمة التحقق من هوية وأهلية المتعاقدين سواء كان المتعاقدان شخصا طبيعيا أو معنويا.

---

[1] تستعمل بطاقة التعريف الوطنية في إثبات شخصية الفرد عند قيامه بجميع التصرفات اليومية فيتم تحديد شخصيته بشكل قاطع ورسمي، ليتحمل جميع الواجبات والالتزامات الواقعة عليه، ونظمها القرار رقم 193 المؤرخ في 1990/12/11 المتعلق بكيفيات طلب إصدار جوازات السفر وبطاقات التعريف.

[2] من أخطار الهوية الإلكترونية أنها سريعة الاختفاء في أي لحظة، فالبيئة الرقمية تسهل صاحبها من تغيير هويته الإلكترونية في أي لحظة سواء بالحذف أو التغيير، ويمكن فقدان الهوية الإلكترونية بسبب الاختراق والقرصنة من قبل مجموعة الهاكر.

[3] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص37.

بالرجوع إلى القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية نجد أن المشرع الجزائري ألزم ممارسي التجارة الإلكترونية كما سبق وأن ذكرنا التسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، وأوجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته وهذا المركز بدوره ينشأ بطاقة وطنية للموردين الإلكترونيين فلا يمكن ممارسة نشاط تجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري حيث تكون هذه البطاقة في متناول المستهلك الإلكتروني. وفي المادة 11 من نفس القانون ألزم المشرع المورد الإلكتروني أن يتضمن عرضه التجاري على:

- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية ورقم الهاتف للمورد.
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية.

وبهذا يمكن القول أن المشرع الجزائري كان موفقا في تحديد كيفية التأكد من هوية المتعامل مع المستهلك الإلكتروني لكن هنا كان الحديث عن المورد الإلكتروني المحترف، لأنه كما سبق القول قد يتعامل المستهلك مع أشخاص مستعملين للمواقع الإلكترونية دون ذكر وتحديد هويتهم هذا هو الإشكال في إطار المعاملات الإلكترونية.

وفي هذا الصدد كذلك نجد أن قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي لسنة 2004 أخضع أي شخص يمارس البيع عبر الشبكة لنصوص قانونية سواء كان بائعا عرضيا أو محترفا، سواء كان موقع إلكتروني خاص به أو كان مسجلا لدى موقع معين، لأن حرية البيع على الشبكة ترتب عنها إفلات العديد من مستخدميها من التزاماتهم القانونية والمترتبة عن صفة التاجر بالأخص الالتزامات القانونية اتجاه الإدارة، كالعقد في السجل التجاري حتى يأخذ صفة التاجر ومن ثمة إدخاله ضمن الفئة المنصوص عليها في المادة 02 من قانون حماية المستهلك الفرنسي والمحددة لصفة المحترف وقد أدانت محكمة « Mulhouse » الفرنسية[1] في حكم جزائي صادر بتاريخ 2006/01/12 شخصا باع أشياء على موقع « eBay » بغرامة قدرها 3800 أورو لأنه لا يتمتع بصفة التاجر وغير مسجل

[1] حيثيات الحكم محكمة ميلوز الرجوع إلى الموقع،
http//www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id-article=1636

لدى مصلحة القيد التجاري[1]، وللتذكير المشرع الجزائري لم يتطرق لحالة عدم التسجيل في السجل التجاري من طرف المورد الإلكتروني.

ثانيا: ماهية المستهلك الإلكتروني: إن التطور الدائم للتجارة الإلكترونية نبئ عن الحاجة لحماية المستهلك الإلكتروني لاسيما مع تطور الوسائل التقنية والتكنولوجية المعتمدة في ظل هذه التجارة وهذا ما يستدعي إلى تحديد مفهوم هذا المستهلك بالرجوع إلى مفهوم المستهلك العادي.

أ/ **تعريف المستهلك:** مصطلح الاستهلاك حديث العهد بالنسبة لرجال القانون لأنه محل اهتمام رجال الاقتصاد بحسب الأصل، ونظرا لدخول هذه المصطلحات في اللغة القانونية فإنهم يضطرون لتحديد معناها القانوني مستوحين إياه من المفهوم الاقتصادي، فالاستهلاك يعرف لدى رجال الاقتصاد بأنه:"آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات".

وقد تضاربت التعريفات الفقهية حول تحديد مفهوم موحد للمستهلك، فمنها من نظر إلى المستهلك على أنه شخص يتصرف خارج نشاطه التجاري أو المزود دون اعتبار للغاية من هذا التصرف بعكس الاتجاه الثاني الذي يعتمد بالغرض أو الهدف أو الغاية من التصرف فالمعيار الأول معيار واسع والمعيار الثاني هو معيار ضيق[2].

1/ التعريف الضيق للمستهلك: يعرف الاتجاه الضيق المستهلك على أنه كل شخص يتعاقد بهدف تلبية أو إشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية، كما عرف المستهلك بأنه: "الذي يقوم بشراء السلع والخدمات لاستعماله الشخصي أو استعمال أفراد أسرته أو الأفراد الذين يعيلهم" فوفقا لهذا الاتجاه فالمستهلك هو الشخص الطبيعي الذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني أي إشباع لحاجاته الشخصية أو العائلية[3].

---

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص50.

[2] عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص08.

[3] قد اختارت هذه التعريفات لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك في فرنسا واعتد بها بموجب المرسوم المؤرخ في 25 فيفري 1982 و هذا نصه،

Les consommateurs sont les personnes physique ou normales de droit privé, qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour une usage non professionnel .

فهذا الاتجاه يقصر الحماية على المستهلكين فتكون أي عملية استهلاكية يقوم بها غير المهني لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية تدخل في الحماية، وأي عملية استهلاكية يقوم بها المهني في إطار مهنته لا تخضع للحماية[1] ومن بين الحجج التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه:[2]

*إن المحترف الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه لن يكون أعزل من كل سلاح مثل المستهلك، وان المتصرف الذي يتصرف من أجل حاجاته المهنية سيكون أكثر حذرا من الشخص الذي يتصرف لغرض خاص وبالتالي سيحسن الدفاع عن نفسه.

*كما أنه لمعرفة ما إذا كان المحترف يتصرف داخل مجال اختصاصه أم لا، فإن ذلك يتطلب البحث في كل الحالات حالة بحالة وهو أمر لا يخلو من الغرر، علما أن المتعاقدين هم في حاجة ماسة مسبقا لمعرفة القانون الواجب التطبيق على روابطهم التعاقدية.

*فضلا عن التصور الضيق لمفهوم المستهلك من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق الأمن القانوني المنشود والذي لا يتحقق في ظل تبني المفهوم الواسع.

*إذا تصادف ووجد محترف في وضعية ضيق فإن ذلك يستدعي حمايته بقواعد خاصة لا بقواعد قانون الاستهلاك التي تقتصر على حماية المستهلكين وحدهم دون غيرهم، وقد عيب على هذا الاتجاه أنه يضيق كثيرا من مفهوم المستهلك، حيث نجده يحصر هذا الأخير في طائفة الأشخاص الطبيعيين فقط، مما يجعلنا نتساءل عن الأشخاص المعنوية وعن سبب إقصائها من طائفة المستهلكين، أضف إلى ذلك أن هذه التعاريف تعتبر المستهلك مجرد شخص لا يهم له سوى إشباع حاجاته الشخصية وحاجات أسرته في حين للشخص الطبيعي اهتمامات وأنشطة أخرى.

2/ التعريف الواسع للمستهلك: يعرف هذا الاتجاه المستهلك على أنه يشمل كل شخص يقوم بتصرف قانوني من أجل استخدام السلع والخدمات، لاستخدامه الشخصي أو المزود، أي أن المزود قد يكون شخصا طبيعيا أو شركة أو منتجا وبذلك يشمل المعاملات التجارية بين المنتجين أنفسهم[3]،

[1] إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014 ص32.

[2] محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون القارن دار الكتاب الحديث الجزائر، 2006 ص24.

[3] عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص09.

ويعتبر على الأخص مستهلكا وفقا لهذا الاتجاه كل شخص يتعاقد بغرض اقتناء أو استعمال مال أو خدمة، فيعتبر مستهلكا من يقتني سيارة لاستعماله الشخصي ومن يقتنيها لاستعماله المهني مادام السيارة تستهلك في الحالتين عن طريق الاستعمال.

ووفقا لهذا المفهوم يعتبر مستهلكا المحترف الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه المهني وذلك على أساس أن هذا المحترف غير المتخصص يظهر كذلك في الواقع ضعيفا مثل المستهلك العادي[1]، وبذلك توسع الحماية للمستهلك والمهني، فبعد أن حصرت على المستهلكين الذين يقومون بالتصرفات لأجل الوفاء باحتياجاتهم الشخصية والعائلية، فتح الباب أما المهنيين ليدخلوا في دائرة الحماية ولكن بشرط أن يكون العمل الذي باشروه عملا خاص بمهنتهم خارج عن نطاق تخصصهم غير أن هذا الاتجاه الموسع لم يسلم من النقد إذ أن غالبية الفقهاء يميلون إلى الأخذ بالاتجاه الضيق لأن الاتجاه الموسع جعل من حدود قانون الاستهلاك غير دقيقة لمعرفة إذا كان المهني يعمل في إطار تخصصه أم لا حتى تحدد القانون الواجب التطبيق عليهم.

كما أنه إذا كان المهنيون المتعاقدين خارج تخصصهم في وضعية ضعف، فإنهم لن يحتاجوا لقواعد حماية المستهلك، ما دام أنه توجد قواعد خاصة لحمايتهم ونظرا لوجود قواعد في القوانين متعلقة فقط بالمستهلك العادي.

في الأخير يمكن القول أن ملامح مفهوم وتعريف المستهلك تحدد كما يلي:[2]

1/ الهدف من الحصول على السلع والخدمات هو إشباع حاجات المتعاقد الشخصية أو ذويه، ولذلك يخرج من نطاق هذا التعريف أولئك الذين يسعون لشراء السلع والخدمات ثم إعادة تسويقها أو تخزينها.

2/ يستوي بالنسبة للمستهلك أن يتعاقد على سلع استهلاكية لقضاء حاجاته الشخصية وذويه كالمأكل والمشرب أو للحصول على خدمات مادية كالنقل أو مالية كالتأمين.

---

[1] محمد بودالي، مرجع سابق، ص22.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، مرجع سابق، ص138.

3/ المستهلك لا يقصد به الأشخاص الطبيعيين فقط بل يمتد التعريف للأشخاص المعنويين كالشركات التي لها الشخصية المعنوية.

4/ الشخص الذي يتعاقد للحصول سلع وخدمات تتعلق بأعمال مهنته لا يعد مستهلكا ولا يستفيد من الحماية المقدرة للمستهلك.

5/ المهني الذي يتعاقد للحصول على سلع أو خدمات لا تتعلق بأعمال مهنية كطبيب يشتري جهاز كمبيوتر لعيادته، أو شركة تشتري جهاز إنذار لها فالرأي الراجح أن كلاهما يعد مستهلكا أي مستهلك آخر.

ب/ تعريف المستهلك الإلكتروني: يعتبر لفظ المستهلك الإلكتروني مصطلح حديث لا يختلف عن مفهوم المستهلك التقليدي، إلا من خلال الاستعانة بوسائل الاتصال الإلكترونية في عقد الاستهلاك عن بعد عبر الانترنت، فيعرف على أنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يتعاقد بأحد الوسائل الإلكترونية من أجل الحصول على السلع والخدمات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية، أو احتياجاته خارج نطاق تخصصه، وهذا يعني أن للمستهلك الإلكتروني نفس حقوق المستهلك العادي ويتمتع بنفس الحماية القانونية التي يقررها له المشرع مع الأخذ بعين الاعتبار القواعد الخاصة المتعلقة بخصوصية العقد الإلكتروني وكونه من العقود التي تبرم عن بعد عبر شبكة إلكترونية[1].

وعرف المشرع الجزائري المستهلك الإلكتروني في نص المادة 06 من قانون التجارة الإلكترونية 05/18 في الفقرة 03: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

ومقارنة هذه المادة بالمادة 03 فقرة 01 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 والتي نصت: "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجياته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به" نجده يتميز بالاستعانة بالاتصالات الإلكترونية، أما في غير ذلك فإن تعريفه يتطابق مع المستهلك التقليدي، حيث يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا يقتني المنتوج بمقابل أو بصفة مجانية

[1] خالد ممدوح ابراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص21.

بغرض الاستعمال النهائي غير أن المشرع الجزائري اشترط في ظل تعريفه المستهلك الإلكتروني الاعتماد على الاتصالات الإلكترونية للحصول على المنتوج.

الفرع 02: ظروف إبرام العقد الالكتروني

أولا: زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني

يتميز عقد التجارة الالكتروني بعدم التواجد المادي لأطرافه لحظة تبادل التعبير عن الإرادة، فالإيجاب والقبول في العقد يتم بين أطراف تتواجد في دول مختلفة، وإن كان يضمهم مجلس عقد حكمي واحد، نظار لما تتسم به شبكة الانترنت بصفة التعاقدية Interactivity وهذه بدورها تؤدي إلى معاصرة الإيجاب للقبول في بعض الحالات من الناحية الزمنية والتي تسمح بحضور افتراضي معاصر للمتعاقدين Presence Virtuelle Simultanées[1].

وتعد مشكلة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد من أهم وأدق المشاكل القانونية التي يثيرها عقد التجارة الالكترونية، لاسيما وأن قانون التجارة الالكترونية النموذجي 1996 والتوجيه الأوربي بشأن التجارة الالكترونية الصادر سنة 2000 لم يحدد لحظة ومكان إبرام العقد تحديدا صريحا، مما يؤدي إلى اختلاف الدول في تبني مفهوم موحد لتحديد وقت ومكان إبرام العقد.

أ/ زمان إبرام العقد الالكتروني

يثور التساؤل عن وقت إبرام عقد التجارة الالكترونية، فهل يعد العقد قد أبرم عند دخول الرسالة الالكترونية المتضمنة القبول نظام الحاسوب الخاص بالموجب؟ أم عندما يصل القبول نظام الحاسوب الخاص بالموجب ويسجلها الحاسوب؟ أم عندما يصل القبول لنظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالاطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها[2].

تكمن صعوبة تحديد وقت إبرام عقد التجارة الالكترونية نتيجة لصعوبة تحديد زمان وصول القبول والإيجاب إلى الطرف الآخر، فنقل التعبير عن الإرادة الكترونيا يكون عن طريق الضغط على أزرار لوحة مفاتيح جهاز الكمبيوتر فهي تنقل عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى

[1] شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص213.

[2] وثيقة الأونستيرال باللغة العربية، رقم Cn/Unicitral/09/373.

ومضات تصل إلى جهاز كمبيوتر المرسل إليه ويصعب تحديد تاريخ وصول الومضات الالكترونية إلى الطرف الآخر[1].

وهناك أربع نظريات رئيسية أشار إليها الفقهاء لتحديد الوقت الذي يتم فيه إبرام العقد بين الطرفين وهي كالآتي:

أولا: نظرية إعلان القبول: يرى أنصار هذه النظرية بأن اللحظة التي يقوم فيها القابل بالإعلان عن قبوله، ويتم هذا التوافق بمجرد صدور قبول مطابق الإيجاب، دون حاجة إلى علم الموجب بالقبول أو عدم علمه، وقد أخذ بهذه النظرية الفقه الإسلامي في التعاقد بين الغائبين، وهو ما يراه الكثير متفقا مع مقتضيات السرعة في المعاملات وتحقيق متطلبات التجارة بصفة خاصة. إذا طبقا لهذه النظرية فإن لحظة إبرام عقد التجارة الالكترونية في اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة الكترونية تتضمن القبول، أو اللحظة التي يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول، وعدم تصديره، وذلك بالنقر على مفتاح التوقف، حيث أن القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل، وسيبقى بذلك في مرحلة إعلان القبول.

وتتميز هذه النظرية بأنها تعبر عن اللحظة الحقيقية التي يقترن فيها الإيجاب بالقبول، ولكن سيترتب على الآخذ بها صعوبة إثبات القبول خاصة، وأن الرسالة الالكترونية التي حررها القابل ليس لها وجود إلا في حسابه الخاص[2].

ويؤخذ على هذه النظرية صعوبة الإثبات بها طالما أنه لن يكون للقبول وجود إلا على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل، ولذلك فمن الصعوبة بمكان أن يثبت الموجب أن القابل قد حرر الرسالة التي تتضمن القبول، ولم يقم بإرسالها.

فضلا عن أنها تتعارض مع رؤية المشرع باعتبار الإرادة منتجة لآثارها من وقت العلم، فإذا تم تحديد الرسالة التي تتضمن القبول دون إرسالها إلى الموجب، فكيف يعلم الموجب بهذا القبول، فلا تعدو في كونها إرادة منفردة، لا تنتج آثار قانونية[1].

---

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان،2010، ص116.

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص111.

ثانيا: نظرية العلم بالقبول: يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن وقت انعقاد العقد هو وقت علم الموجب فعلا بالقبول القابل، بأن يطلع على الرسالة الالكترونية المتضمنة لقبوله ويعلم بما تتضمنه، وذلك لأن القبول إرادة والتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذ اتصل بعلم من وجه إليه.

وقد تبنى نظرية العلم بالقبول في التعاقد الالكتروني المشرع الجزائري في نص المادة 67 من القانون المدني: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان الذين وصل إليه فيهما القبول"، وقد نص المشرع التونسي في الفصل 28 من قانون التجارة الالكترونية بصريح العبارة أن عقد البيع الالكتروني ينشأ بعنوان البائع، بمعنى أن العقد ينشأ بعلم البائع.

أما المشرع التونسي لم ينظم حالتي التعاقد عبر الواب والتعاقد عبر المراسلة الالكترونية، وإنما عالج ضمن قانون التجارة الالكترونية لسنة 2000 زمان انعقاد عقد البيع الالكتروني ومكانه، والذي ينعقد بالوسيلة الالكترونية بشكل عام، وأخضع مسألة تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه لاتفاق المتعاقدين، وفي حالة يتقرر تطبيق قواعد نص الفصل 28 من قانون التجارة الالكترونية التونسي، إذ أنه بالنسبة لزمان انعقاد العقد، يتحدد زمان انعقاده كما هو مبين في الفصل 28 باللحظة التي يقوم فيها البائع بموافقة طلب المستهلك، بمعنى أن عقد البيع الالكتروني ينعقد عند علم الموجب بالقبول[2].

وقد أخذ المشرع المصري بهذه القاعدة طبقا لنص المادة 91 من القانون المدني حيث قرر أنه "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينه على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

ويرى البعض أن هذه النظرية لا تصلح كمعيار لتحديد لحظة إبرام العقد الالكتروني، لأن القابل لا يملك دليلا لإثبات علم الموجب بالقبول والتزامه بالعقد، مما قد يعطي الفرصة للموجب بأن

---

[1] شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص218.

[2] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص114.

يدعي عدم علمه بالقبول، إذا دعته الظروف لذلك، وبالتالي فهي نظرية يصعب الأخذ بها في مجال العقود الالكترونية[1].

ثالثا: نظرية تصدير القبول: يرى أنصار هذه النظرية أن وقت ولحظة إبرام عقد التجارة الالكترونية يتأخر إلى الوقت الذي يقوم فيه القابل بإرسال قبوله إلى الموجب أي تصديره له فلحظة انعقاد العقد لا تكون بمجرد الإعلان عن القبول، ولكن يجب إرساله إلى الموجب كقيام من وجه إليه الإيجاب بالضغط على الأيقونة المخصصة للإرسال، فلحظة هذا الإرسال، وخروج الرسالة المحتوية للقبول، ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني مقدم خدمة الانترنت حيث لا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الالكتروني الموجود على موقع الموجب على شبكة الانترنت، وذلك لأن القابل لا يمكنه استرداد قبوله الذي أرسله إلى الموجب من خلال الوسائل الالكترونية.

ويؤخذ على هذه النظرية إمكانية حدوث عطل، أو خلل ما في الأجهزة الالكترونية أثناء إرسال الرسالة الالكترونية مما يؤدي إلى عدم وصول الرسالة إلى الموجب الذي لا يكون على علم بالقبول الذي تم إرساله[2].

كما يؤخذ على هذه النظرية عدم تصور تصدير القبول دون تسليمه عبر الانترنت فالفارق الزمني بين التصدير والتسليم لا يكاد يكون محسوسا، فالمشكلة ليست بوجود فارق زمني بين الإرسال والتسليم، لأن الرسالة الالكترونية تصل فورا لمن وجهت إليه ولكن المشكلة تكمن في عدم علم الموجب بهذه الرسالة، أو عدم فتحه لصندوق بريده الالكتروني لمدة معينة، وبالتالي يتوافر لديه العلم بقبول من وجه إليه الإيجاب حتى بعد نفيه لتنفيذ العقد، والوفاء بالتزامه.

رابعا: نظرية الاستلام المؤكد للقبول: طبقا لهذه النظرية فإن لحظة انعقاد العقد، هي اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول وإن لم يعلم به، ويكون ذلك بواسطة شبكة الانترنت عندما تدخل الرسالة الالكترونية المتضمنة القبول صندوق الموجب الالكتروني، وعدم قيامه بقراءة الرسالة وعلمه

[1] خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص298.

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص112.

بالقبول، ويكون العقد قد انعقد بهذه الحالة في اللحظة التي يتم فيها استلام الرسالة الالكترونية، ودخولها في البريد الالكتروني الخاص بالموجب[1].

وتبنى كل من المشرع الفرنسي والأردني نظرية الاستسلام المؤكد في التعاقد الالكتروني، ومفادها أن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يستلم فيه الموجب القبول، بوسيلة تشير إلى تأكيد استلامه القبول، حيث يصبح القبول نهائيا لا يمكن للقابل الرجوع فيه، وتعد هذه النظرية حديثة تختلف عن نظرية الاستلام العادية التي يعاب عليها أن وصول القبول لا يعبر دوما على علم الموجب، فنظرية استلام القبول المؤكد la réception de l'acceptation تفادت نقائص نظرية الاستلام التي يعاب عليها أنها تجعل العقد منعقدا بمجرد تسلم الموجب القبول حتى ولولم يعلم به فهي تعالج كيفية شكل القبول وإثباته دون الموضوع وهو علمه بالعقد، لأنه قد يكون هناك ما يحول الموجب دون استلامه للقبول فيمنع انعقاد العقد[2].

وقد أخذ قانون الانستيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية عام 1996 بهذا القول أيضا في المادة 15 منه ونص: "أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لفرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام:

1- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

2- وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه

ب-إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه".

من أجل ذلك حدد المرسوم الأوربي رقم 97 الصادر في 17 ماي من سنة 1997 في المادة رقم 11 منه زمنا معينا يتم فيه العقد الالكتروني، حيث يتضح من قراءة مضمون هذه المادة بأن العقد

[1] شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص220.

[2] كانت هذه الشكلية الالكترونية ضرورية لحماية المستهلك، ولا تكون إلا في العلاقة بين المحترف والمستهلك فقط، أم في العلاقة بين المحترف فيما بعضهم فالعلاقة تخضع لإرادة الأطراف.

يتم وقت أن يستقبل المستهلك إفادة بعلم وصول قبوله، وتأكيده بوصول هذا القبول إلى مقدم الخدمة[1].

باستقراء النظريات السابقة لم نرى أي عقبات في حال تطبيق أي منها، باعتبار أن التعاقد عن طريق شبكة الانترنت هو تعاقد بين غائبين، وهي حالة قيام القابل بإرسال قبوله إلى الموجب بوساطة البريد الالكتروني، وقيام الأخير بالاطلاع على الرسالة في وقت لاحق لاستلامها، لكن الأمر يختلف في العقود الالكترونية التي يمكن إبرامها مباشرة بين حاضرين، وذلك في العقود التي تبرمها عن طريق مواقع البيع مباشرة، والتي يقوم القابلة من خلالها بإرسال قبوله إلى الموقع الذي سيسلمه لحظة صدوره، كالتعاقد خلال المحادثة، أو خلال الموقع مباشرة.

وبناءا على ذلك فإن معرفة زمان انعقاد العقد عبر الانترنت يحتاج إلى التفريق بين العقد المبرم عن طريق صفحة الويب، وبين العقد المبرم عن طريق البريد الالكتروني ففي حالة العقد المبرم عبر الويب تكون الأمور واضحة وبعيدة عن الغموض، وما على القابل سوى القيام بالضغط على الأيقونة للقبول أو الموافقة على الإيجاب الموضوع على الويب، من خلال العقد النموذجي الذي يحتوي على جميع الشروط التعاقدية، فلحظة انعقاد العقد عبر الويب المجود على الشبكة نكون بمجرد الموافقة على العقد النموذجي وطباعة كلمة موافقة ثم الضغط على أيقونة القبول، وفي حالة الشك بأن الضغط على الأيقونة قد تم سليما دون سهو، يمكن التأكد على القبول بالضغط مرتين على أيقونة القبول وتدعيم هذا التأكيد بإرسال بريد إلكتروني يدل على الموافقة.

ب/ مكان انعقاد عقد التجارة الالكترونية: تكمن صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني في تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة، لأنها تتم عبر فضاء الكتروني cyber space فمكان انعقاد العقد الالكتروني هو الشبكة الذي أصبح يشكل مكانا لتلاقي لا مادي من نوع خاص ومن ثمة لا يمكن اعتباره عقدا بين غائبين أو عقدا عن بعد، وإنما هو عقد بين حاضرين لا ماديا، لكن رغم وحدة الزمان والمكان فإن هذا الحضور يختلف عن الحضور المادي التقليدي فهو حضور من نوع خاص يستدعي تنظيمه قواعد خاصة أيضا فإذا كانت وحدة الزمان حقيقية بفضل التواصل والتفاعل

[1] le contrat est conclu quand le destinataire du service a reçu par voie électronique de la part du prestataire l'accusé de réception de l'acceptation du destinateur du service et a confirmé la réception de l'accusé de réception .

بين المتعاقدين كما بينا، فإن وحدة المكان وإن تحققت بطريقة افتراضية فإنه يصعب تحديد المكان الذي انعقد فيه العقد لأن مكان انعقاد العقد هو شبكة الالكترونية للاتصالات[1].

لذلك تحرص بروتوكولات واتفاقيات نقل رسائل البيانات الالكترونية بين أنظمة المعلومات المختلفة عادة على تسجيل اللحظة التي سلمت فيها الرسالة الالكترونية في نظام معلومات آخر، أو اللحظة التي تم فيها تسلمها، أو قراءتها من قبل المرسل إليه، ولكن هذه الاتفاقيات لا تبين عادة المكان الجغرافي لشبكات الاتصال، وهو ما يعوق تقدم وازدهار التجارة الالكترونية، إلا أن القانون النموذجي للتجارة الالكترونية قد حدد مكان إبرام العقد الالكتروني في المادة 04/15 حيث قرر: "ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، و يعتبر أنها استلمت في المكان الذي فيه مقر عمل المرسل إليه".

وعليه فإن لم تتفق الأطراف على مكان إبرام العقد، والذي يحدث أثره لحظة التقاء القبول بالإيجاب فإن العقد يكون قد انعق في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه، وفي حالة تعدد هذه المواقع، يستند الموقع العمل الأكثر صلة بموضوع العقد، وفقا لما ورد في البند –أ– من الفقرة السابقة، والتي جاء فيها: "إذا كان المنشئ أو المرسل أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي أوثق علاقة بالمعاملة المعينة، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل ذلك المعاملة"، وإذا ما انعدم مقر العمل يتم الرجوع لمحل الإقامة المعتاد وفقا للفقرة –ب– من ذات المادة، والتي تنص على أنه: "إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد"[2].

أما اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية فقد نصت في المادة 06 على أنه: "1– لأغراض هذه الاتفاقية أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعنيه ذلك الطرف، ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه.

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص106، 107.

[2] شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص234.

2- إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل لأغراض هذه الاتفاقية، هو المقر الأوثق صله بالعقد المعني، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

3- إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته العتاد.

4- لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه: أ- توجد فيه المعدات التكنولوجية الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد أو ب- يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام معلومات المعني.

5- إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد الكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على مقر عمله يوجد في ذلك البلد".

أما الاتفاق الأوربي النموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات فقد نص بمادته 03/03 على: "اعتبار العقد الذي تم باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذي تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الالكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض".

وتثبت التشريعات العربية للتجارة الالكترونية نفس الاتجاه فجاء قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 18 مطابقا تماما مع القانون النموذجي بينما أن قانون البحرين قد أضاف فقرة خاصة بالشخص الاعتباري.

وكذلك اتجه قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي إلى إضافة فقرة تتعلق بالشخص الاعتباري، فتضمنت 05/17: "مقر الإقامة المعتاد فيما يتعلق بالشخص الاعتباري، يعني مقره الرئيسي أو المقر الذي تأسس فيه"[1].

أما قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي فقد أشار إلى عنوان البائع في المادة 28 من تنص على أنه: "ينشأ العقد الالكتروني بعنوان البائع" ولم يبين النص ما هو المقصود بعنوان البائع وما هو الحل فيما لو كان البائع أكثر من عنوان.

[1] راجع أحكام القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية.

واعتمدت التشريعات الأمريكية للتجارة الالكترونية على قواعد أساسية لتحديد مكان إرسال واستلام السجل الالكتروني، ومن هذه القواعد التركيز على مقر عمل المستلم، وليس الموقع المادي لنظام معالجة المعلومات الذي يمكن أن لا يكون له أية صلة أو علاقة بالصفقة التجارية بين الأطراف، حيث أنه ليس نادرا للمتعاملين بالتجارة الالكترونية أن يتم الاتصال من دولة إلى أخرى، بدون معرفة موقع أنظمة المعلومات التي يتم من خلالها عملية الاتصال، بالإضافة إلى ذلك فإن موقع أنظمة المعلومات المسؤولة عن إرسال واستلام "الاتصالات والسجلات والرسائل الالكترونية" يمكن أن تتغير بدون أن يكون الأطراف مدركين لهذا التغيير.

تبين لنا بأن التشريعات الوطنية للتجارة الجديدة تفرق بين المكان المحدد لانعقاد العقد، أو مكان إرسال و استلام الرسائل الالكترونية، والمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، نظرا لاختلاف الوسط الذي يتم من خلاله هذه التجارة الجديدة و بذلك فإن هذه القواعد تعتبر استثناءا من القواعد العامة، والتي تقضي بأن التعاقد بين غائبين يتم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ويلاحظ بأن هذه القوانين لم تحدد الموقع الذي سيعتبر مكان للعقد من بين مكان الإرسال أو الاستلام وتمشيا مع ما ذكرناه فيما يتعلق بإشكالية تحديد وقت العقد.

ج/ محل العقد وسببه

لكي يعتبر عقد التجارة الالكترونية صحيحا يجب أن يتسم محله وسببه بالشرعية، وذلك تماشيا مع ما تقرره القواعد العامة، حيث يشترط فيهما أن يتفقا مع النظام العام والآداب العامة، وكذلك مع القوانين القائمة.

أولا: المحل في عقد التجارة الالكترونية: من المعلوم أن العقد لا ينشأ إلا إذا توافر فيه ركن المحل، وطبقا للقواعد العامة يجب أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، وأن يكون ممكنا غير مستحيل كما يكون المحل معينا إما بذاته أو بجنسه أو بمقداره أو بنوعه حتى ينعقد العقد[1].

[1] لم يكتف المشرع الجزائري بالقواعد العامة في تعيين المحل في عقد البيع بل وضع حكم خاص يتمثل في منح المشتري حق ينفرد به دون البائع، وهو أن يكون عالما علما كافيا بمحل المبيع طبقا لما ورد في نص المادة 352 من القانون المدني.

والمحل في عقد البيع هو المبيع أو العين محل البيع، وقد جاء في نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري أن البائع ملزم بنقل ملكية شيء أو حق مالي، والمشتري ملزم بدفع الثمن.

ثانيا: صور المحل في التجارة الالكترونية[1]

أ/ تجارة السلع: يقصد بها التجارة التي محلها السلع والبضائع وكلمة بضائع استقر الفقه والقضاء على أنها تشمل المنقولات المادية وغير المادية، على السواء فالمنقول حسب نص المادة 683 من القانون المدني الجزائري التي جاء أن: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك فهو منقول" وينقسم المنقول إلى منقول بطبيعته وهي الأشياء المتنقلة بطبيعتها والمنقول حسب المال وهو العقار الذي آل إلى منقول عند فصله عن العقار الثابت كالمباني التي تؤول إلى منقول بعد الهدم.

وقد أدرج التعديل 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 للقانون المدني مصطلح المنتوج بموجب نص المادة 140 مكرر/02 في مفهوم المنقول، حيث جاء في نصها ما يلي: "يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعات الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية"[2].

وورد في نص المادة 03 فقرة 16 من قانون حماية المستهلك المعدل في 2009/02/25 أن السلعة هي: "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا" ونلاحظ من خلال هذا النص أن السلع تعد أشياء مادية ملموسة فهي عين مادية يتحصل عليها المستهلك بمقابل أو بدون مقابل، وعليه لا تأخذ السلع وصف المنتوج إلا إذا اتسمت بالطابع المادي الملموس، فإذا السلع هي أشياء منقولة ومن ثمة لا تعد الأشياء غير المادية كالأفكار والمعلومات والفنون والابتكارات والعقارات سلعا.

[1] نذكر المادتين، 03 و04 من قانون التجارة الالكترونية الجزائري

[2] استبعد المشرع الجزائري الخدمات من المنتوج الوارد في نص المادة 01 مكرر 02/14 بمعنى أن مفهوم المنتوج في قواعد القانون المدني يختلف عن مفهومه في قواعد حماية المستهلك.

ب/ تجارة الخدمات: يقصد بها التجارة التي يكون محلها توريد الخدمات، ويعتبر مجال الخدمات من المشروعات التي لا تحتاج إلى رأس مال كبير فهي تعتمد بالأساس على الفكر والمؤهلات العلمية وجمع المعلومات وقليل من الجهد البدني[1].

عرفت المادة 03 فقرة 16 من القانون نفسه أن الخدمة: "كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى لو كان هذا التسليم تابعا ومدعما للخدمة المقدمة" وعليه تعد الخدمة أساسا عملا وجهدا يقدمه المحترف المستهلك، فهي أشياء غير ملموسة ضرورية للمستهلك، إذ تكون هذه الخدمات مرتبطة مباشرة بالكيان المادي للسلع حيث تكون متصلة اتصالا وثيقا بها فلا تستكمل منفعة المستهلك بالسلع إلا بأدائها، وهي خدمات ما بعد البيع كأعمال التجهيز والصيانة والإصلاح، وقد تكون منفصلة عن السلع عندئذ تكون منتوجا قائما بذاته مثل الخدمات المصرفية المالية والتأمين والنقل والطاقة والاتصالات والسياحة والفندقة، وقد يتم اقتناء الخدمات بمقابل من خلال شراء كالخدمات المذكورة سابقا، وقد تقتنى مجانا كالخدمات العمومية التي تقدمها الدولة للمستهلك مثل خدمات الإنارة العمومية والتنظيف والصحة والأمن وغيرها.

استبعدت المادة المذكورة التسليم من الخدمات ذلك أن التسليم هو التزام أساسي قائم بذاته يترتب عن العقد المبرم بين المحترف والمستهلك، وله قواعد وأحكام يخضع في كثير من جوانبه للقواعد العامة.

يتعين أن تتمكن الخدمة من ضمان سلامة المستهلك وصحته، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 03 فقرة 12 المذكورة وكذلك المادة 19 من قانون حماية المستهلك رقم 03/09 الصادر بموجب قانون 2009/02/25 حيث ألزمت الخدمة المقدمة للمستهلك بعدم مساسها بمصلحته المادية وعدم تسببها في ضرر معنوي له.

فيما يخص خدمات ما بعد البيع، فإنها تعد من الضمانات المنصوص عليها في التعاقد الالكتروني[2] وتعد في الوقت نفسه بيانا من البيانات التعاقدية الإلزامية التي يتعين على المحترف إعلام المستهلك بها كما ورد في نص الفصل 25 من قانون التجارة الالكترونية التونسي أو نص

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص109.

[2] يتمتع المستهلك بضمانات خاصة في قانون حماية المستهلك، أهمها ضمان سلامة المنتوج، أي يتعين أن يتوفر في المنتوج ما يضمن تحقيق الغاية منه، وعدم إلحاق الضرر بالمصالح المادية أو بمصلحتهم عند استعمال المنتوج.

المادة L 121/18 من قانون حماية المستهلك الفرنسي، إذ أنها أعمال تهدف إلى تحقيق الانتفاع الكامل بالمنتوج حسب المواصفات المطلوبة.

ج/ المنتوجات الرقمية: سبق وأن ذكرنا أن القواعد العامة أو قواعد حماية المستهلك لا تستوعب بعض المفاهيم الجديدة الخاصة بالمنتوجات الالكترونية أو الرقمية، حيث ظهرت سلع وخدمات رقمية أو الكترونية يتمكن المستهلك من اقتنائها عبر الشبكة مباشرة وتوصف هذه المنتوجات بأنها لا مادية، كما أن التشريع المقارن أو الفقه المقارن لم يتطرق بعد إلى هذا النوع الجديد من المنتوج، سواء كان سلعة الكترونية أو خدمة الكترونية باستثناء التعريف الوارد في قانون التجارة الالكترونية التونسي لسنة 2000 في نص الفصل 02 فقرة 09 الذي يستدعي حسب اعتقادنا الانتباه، حيث جاء في تعريف المنتوج: "كل خدمة أو منتوج طبيعي أو فلا حي أو صناعي أو حرفي مادي أو غير مادي" حسب هذا النص أن المنتوج قد يكون خدمة أو سلعة التي قد تكون مادية أو غير مادية سواء كانت سلعة طبيعية أو فلاحية أو صناعية أو حرفية، ونعتقد أن المشرع التونسي قد قصد من مفهوم المنتوج غير المادي كذلك المنتوجات الرقمية التي هي منتوجات لا مادية، بما أنه نص على الخدمات والمنتوج غير المادي.[1]

أ/ المنتوج الرقمي: على غرار المنتوج التقليدي فالمنتوج الرقمي قد يكون سلعة أو خدمة وقد ينتج المنتوج الرقمي عن استعمال الرقمنة في المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، ونعني بالمنتوج الرقمي المنتوج الذي يلم عبر شبكة الانترنت حيث أصبح يأخذ المفهوم العام والشامل للتوقيع الالكتروني من حيث الاستعمالات المخالفة له كونه يتحول إلى أرقام أو حروف أو أشكال أو رموز.

- السلعة الرقمية: تعد السلعة الرقمية سلعا مادية في الأصل، تباع كمنتوج مادي في الأسواق التقليدية، لكن بفضل التكنولوجيا الرقمية يتمكن المحترف تحويلها من شكلها المادي إلى شكل رقمي فتصبح مجرد معلومات من المعلومات الرقمية التي تعبر شبكة الأنترنت لبيع الكتب والمجلات والصحف والأفلام والمؤلفات والأغاني والصور والفيديوهات والأشرطة والدروس والبرامج الآلية،

[1] بوروبة ربيعة، حماية المستهلك في ظل النظام القانوني للمعاملات، رسالة ماجستير جامعة الجزائر بن عكنون، 2008

إذ يتمكن المستهلك من اقتنائها وبدون تكلفة التسليم في منزله أو مكتبه أو في مكان متواجد فيه، ويتم تحويل تلك السلعة إلى بيانات رقمية، وفقا لتكنولوجيا المعلومات، فتتخذ عندئذ بشكل حروف أو رموز أو أشكال، تخزن و ترسل للمستهلك الذي يستلمها وفقا لإجراءات المعمول بها في التوقيع الالكتروني، عندئذ تأخذ السلعة الرقمية مفهوم التوقيع الالكتروني حيث تصبح مجرد معلومات الكترونية مثبتة في سجل الكتروني، وفقا لتقنية إنشاء التوقيع الالكتروني.

- الخدمة الرقمية: سهلت شبكة الانترنت ظهور خدمات الكترونية متعددة ومتنوعة متصلة بالنشاطات التجارية يمك اقتناؤها عن بعد، لم تكن ممكنة في الماضي القريب كتوفير الخدمات البنكية والمصرفية والحكومية، فأصبحت وسيلة يمكن بيعها وشراؤها وتوزيعها سواء تتعلق بخدمات البيع كخدمات الصيانة والضمان عن بعد التي يمكن إجراؤها عندما تكون طبيعة المنتوج الإلكتروني يسمح بذلك كمبرمج الإعلام الآلي، وفي هذه الحالة تعد هذه الخدمات من مستلزمات المنتوج المادي ومرتبطة به، أو الخدمات القائمة بذاتها والتي تباع كمنتوج مستقل كالاستشارات الطبية والقانونية والمالية وأعمال الهندسة أو الحلول الرقمية الخاصة ببرامج الكمبيوتر او تصميم موقع الكتروني أو خدمات التصديق الالكتروني أو غيرها، وتتخذ الإجراءات التقنية نفسها المستعملة في تكنولوجيا الرقمية، حيث يتم تحويل الخدمة إلى بيانات رقمية تأخذ شكل رموز أو حروف أو أرقام تعتمد حينئذ على مفهوم التوقيع الالكتروني.

ثالثا: السبب في عقد التجارة الالكترونية

السبب هو الغاية أو الباعث الدافع للتعاقد، وقصد به غاية الملتزم من التزامه، والسبب كما هو معروف الركن الثالث من أركان العقد، ويجب توافره وفق شروط حتى لا يؤدي إلى إبطال العقد، ولكن أهمهما شرط المشروعية، وأن يكون صحيحا بعيد ألا يكون وهما أو صوريا، وأن يكون موجودا[1]. ولا يختلف الحال في عقد التجارة الالكترونية عن عقد التجارة التقليدية حيث يكون السبب أحد أركان العقد وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد ويشترط في السبب أن يكون موجودا أو صحيحا بمعنى ألا يكون وهميا أو صوريا كما يشترط أن يكون السبب مشروعا، ويقصد بالمشروع عدم مخالفة الباعث على التعاقد للآداب العامة أو النظام العام وأن يكون مطابقا للقانون وطبقا للمادة

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص126.

1113 من القانون المدني الفرنسي يكون السبب مشروعا عندما يطلق القانون ولا يخالف الآداب العامة أو النظام العام، ويجب أن يكون السبب مشروعا لدى طرفي العقد فإذا كان السبب مشروعا لدى طرف وغير مشروع لدى الطرف الآخر كان العقد باطلا، وطبقا لمشروعية السبب لا يجوز الاتفاق على مخالفة القانون وبالتالي لا يجوز مثلا الاتفاق على جريمة جنائية أو الاتجار في المخدرات كما لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب العامة أو النظام العام.

وفكرة الآداب العامة أو النظام العام يختلف من دولة لأخرى لذا فإن كان طرفي العقد من جنسية واحدة فلا مشكلة يمكن أن تثور لأنهما خاضعين لفكرة واحدة وقانون واحد وإنما المشكلة تظهر عندما تختلف الجنسية بين طرفي العقد فأيما قانون يطبق على العقد[1].

وطبقا لقواعد القانون الدولي الخاص يتم اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف وعند عدم الاتفاق يتم اللجوء إلى قواعد الإسناد الموضوعية، ويطبق إما قانون دولة محل تكوين العقد، أو محل تنفيذه، سواء كان التنفيذ خارج الخط (التسليم المادي) أو كان التنفيذ على الخط، كما يمكن تطبيق قانون دولة محل إقامة المدين، ويبقى الأفضل دائما للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم حتى يمكن تجنب مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق[2].

المبحث الثاني: إبرام العقد الالكتروني

يبرم العقد الالكتروني وفق المبادئ العامة لانعقاد العقد التقليدي، حيث يتطلب رضا طرفيه وتطابق ارادتيهما، أي تطابق الايجاب والقبول الصادرين من ذوي أهلية تامة، والاحتفاظ دائما بخصوصية العقد الالكتروني.

المطلب الأول: رضا المستهلك الالكتروني

التراضي الالكتروني من حيث المبدأ لا يختلف عن التراضي التقليدي، إذ لا ينعقد العقد الالكتروني إلا بتوافر رضا طرفيه، وأن تكون إرادتهما متطابقة حتى ينعقد العقد. عرفته المادة 59

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص113.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الكتروني –السياحي –البيئي) دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2002، ص16.

من القانون المدني الجزائري: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

فالتراضي إذن هو تطابق إرادتين، والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام[1]، والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقفا لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.

وفقا لأحكام اتفاقية لاهاي 1964 الخاصة بالقانون الموحد لتكوين عقد البيع الدولي للبضائع، واتفاقية فينا 1980 الخاصة باتفاقية الأمم المتحدة لعقد البيع الدولي، فلا يوجد شكل للتعبير عن الإرادة في التعاقد، ووفقا للمادة 11 من اتفاقية فينا 1980 لا يشترط أن يتم انعقاد عقد البيع أو إثباته بالكتابة ولا يخضع لأية شروط شكلية ويجوز إثباته بأية وسيلة بما في ذلك الإثبات بالنية، وهكذا تكون الاتفاقية أرست مبدأ رضائية العقد والتحرر من الشكلية؛ بالتالي يمكن أن ينعقد العقد شفاهيا أو كتابة أو بأية طريقة أخرى وبالتالي يكفي تبادل الرسائل بالبريد الالكتروني لإبرام العقد، باستثناء ما جاء في المادة 96 من اتفاقية فينا من حق كل دولة متعاقدة يشترط تشريعها انعقاد عقد البيع أو إثباته كتابة أن تصدر في أي وقت إعلانا وفقا للمادة 12 أن أي حكم من أحكام المادة 11 أو المادة 29 أو الجزء الثاني من الاتفاقية ينطبق على الحالات التي يكون فيها مكان عمل أحد الطرفين في تلك الدولة[2].

كما جاء في اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية 2005، وفي المادة 04/أ يقصد بالخطاب أي بيان أو إعلان أو مطلب أو إشعار أو طلب بما في ذلك أي عرض وقبول عرض يتعين على الأطراف توجيهه أو تختار توجيهه في سياق تكوين العقد أو تنفيذه.

ب: "يقصد بالخطاب الالكتروني أي خطاب توجهه الأطراف بواسطة رسائل بيانات"،

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، مصادر الالتزام،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2000، ص172.

[2] طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع،مصر، 2007، ص28.

ج: "يقصد برسالة البيانات المعلومات المنشأة أو المراسلة أو الملتقاة أو المخزنة بوسائل الكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الالكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"[1].

الفرع01: الإيجاب الالكتروني

الإيجاب[2] هو تعبير عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه، ويتعين أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق، فإذا لم يتضمن الإيجاب هذه العناصر فإنه لا يكون تعبيرا عن الإيجاب بالتعاقد، وإنما مجرد دعوة للتعاقد.

أولا: تعريف الإيجاب الالكتروني

إن الإيجاب كتعبير بات مقترنا بمقصد الارتباط العقدي يكون صادرا عن إرادة شخص تم التعبير عنها بداءة، بحيث يكون هو التعبير الأول الذي ظهر في العقد بصرف النظر عن وسيلة إخراج هذا التعبير من حيز النفس، أي سواء كانت اللفظية أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكلا في دلالته على حقيقة المقصود منه.

ويعرفه البعض بأنه: "إعراب عن الإرادة – صريح أو ضمني– به يعرض شخص على آخر أو على عدة أشخاص آخرين – معنيين أو غير معنيين– إبرام عقد بشروط معينة"، أما اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع عرفت الإيجاب بأنه: "أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معنيين، وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول"[3].

ويفهم من هذه التعريفات؛ بأن الإيجاب هو عرض يعبر فيه الشخص عن إرادته في إبرام عقد، ويكون هذا التعبير باتا أي جازما في اتجاه الإرادة إلى الالتزام بالعرض.

---

[1] راجع نصوص الاتفاقية على موقع الأمم المتحدة، www.uncitral.org

[2] راجع في الإيجاب تفصيلا، د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة، الجزء الرابع دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة 1986، ص261 و ما بعدها.

[3] مادة 01/14 من اتفاقية فينا انظر، محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص92

وقد قضت محكمة النقض المصرية، بأن الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد[1].

أما محكمة النفض الفرنسية، فقد عرفته بأنه: "عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر"[2].

ولفظة الكتروني إذا ما أضيفت إلى الإيجاب فلا تنال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقا للنظرية التقليدية في الالتزامات وقانون العقد، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير الإرادي في عصر رقمي قوامه الكترونيات تتجسد في وسائل الاتصال الحديثة[3]. أي أن الإيجاب الالكتروني يتم باستخدام وسيط الكتروني من خلال شبكة الانترنت، وهذه الميزة جعلته يتمتع بخصوصية تثير جملة من المشكلات النوعية بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه.

ومن ثم الأمر يتطلب بحث مفهوم الإيجاب الالكتروني في عقد التجارة الالكترونية وفقا لرأي الفقه، والقوانين المقارنة، والتفرقة بالإيجاب ومجرد الدعوة إلى التعاقد والشروط الواجب توافرها في الإيجاب الالكتروني، وأهم خصائصه.[4]

أشارت المادة 01/11 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الالكترونية اليونسترال، الإيجاب الالكتروني على أنه: " في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل بيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

وقد تضمن البند 02/03 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الالكترونية والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يلي: "تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل

---

[1] نقض مدني مصري 1969/06/19 مجموعة أحكام النقض 20 رقم 109 ص 1017.

[2] Cass.com.6mars1990bull.civ.iv N،74

[3] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2008، ص72

[4] لزهر سعيد، مرجع سابق، ص72.

الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة الكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك".

وعرف التوجه الأوربي رقم 07/97 الصادر في 1997 الخاص بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد الإيجاب أنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد ذلك مجرد الإعلان والدعاية والدعوى للتعاقد".

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد عالجت هي الأخرى مفهوم الإيجاب في العقود الالكترونية، نصت المادة 13 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي على ما يلي: "لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الالكترونية، ولا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر[1]".

وفي القانون البحريني الصادر في 14 سبتمبر 2002 بشأن التجارة الالكترونية تنص المادة 10 منه على أنه: "في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كليا أو جزئيا عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه بما في ذلك أي تعديل أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الالكترونية، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".[2]

أما المشرع التونسي فقد نص في المشروع رقم 83 الصادر في 09 سبتمبر 2000 على أن المبادلات والتجارة الالكترونية تخضع لأحكام هذا القانون، يجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وصحتها وآثارها، أي أن الإيجاب عبارة عن إرادة الموجب الموجهة للطرف الآخر بنية وقصد إبرام عقد معين[3].

غير أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمفهوم الإيجاب الالكتروني بطبيعة الحال إلا أنه في القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية أشار في الفصل الثالث المعنون ب: المتطلبات المتعلقة بالمعاملات التجارية عن طريق الاتصال الالكتروني في المادة 10: "يجب أن تكون كل معاملة

[1] راجع القانون رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية الإمارتي.

[2] راجع القانون البحريني رقم 28 لسنة 2002 بشأن التجارة الالكترونية.

[3] الفصل 01 من التشريع التونسي رقم 83 لسنة 2000.

تجارية الكترونية مسبوقة بعرض تجاري الكتروني وأن توثق بموجب عقد الكتروني يصادق عليه المستهلك الالكتروني".

نستنتج مما تقدم، أن الإيجاب الالكتروني الخاص بإبرام عقد التجارة الالكترونية لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يتم بها التعبير عن إرادة الأطراف، حيث أن الإيجاب التقليد يتم في الغالب بطريقة شفهية بيد أن الإيجاب الالكتروني يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل شبكة الانترنت الدولية، وذلك لكونها الوسيلة التي يتعامل بها الأطراف في مجال العقود الالكترونية، حيث أن الموجب والقابل لا يجتمعان في مجلس واحد ماديا وفي الغالب يكونان من دول مختلفة[1].

ثانيا: خصائص الإيجاب الالكتروني: يخضع الإيجاب الالكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي كونه باتا، جازما وكاملا يشمل كافة البيانات والعناصر اللازمة لإبرام العقد، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم بوسيلة مرئية مسموعة من خلال شبكة عالمية للاتصالات.

1- الإيجاب الالكتروني يتم عن بعد: نظرا لأن العقد الالكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد ومن ثم فإن الإيجاب الالكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة، ولما كان الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد، فهو يخضع لقواعد خاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الالكتروني والتي منها، تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه والمركز الرئيسي له، عنوان البريد الالكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة أو أوصافها، أثمانها، وسائل الدفع أو السداد وطريقة التسليم وخيار المتعاقد في الرجوع في التعاقد، وإخطار المتعاقد بخدمات ما بعد البيع، ومدة الضمان[2].

---

[1] شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الالكترونية مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر 2016 ص171.

[2] أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الالكترونية، وبنود التحكيم، دراسة في القوانين النموذجية والاتفاقات الدولية والقوانين المحلية، دار النهضة العربية، مصر، 2013، ص139.

2- الإيجاب الالكتروني يتم عبر وسيط الكتروني: يتطلب الإيجاب الالكتروني وجود وسيط الكتروني هو مقدم خدمة الانترنت Internet Service Providers فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الانترنت، ويقترب الإيجاب في التعاقد الالكتروني في التعاقد عن طريق التلفزيون حيث أنه في الحالتين لا توجد دعامة ورقية.

ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب الالكتروني يتميز بأنه يتضمن استمرارا معينا؛ بحيث أن الموجب له يستطيع دائما أن يعود ليقرأ مرة أخرى الكتالوج، أو الإعلان الموجود على الموقع الالكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الالكتروني، في حين يتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون[1] بوقتية الرسالة المعروضة عبر شاشة التلفزيون فمدة البث تكون محددة وتتسم بالسرعة والاختصار في المعلومات إي أن الإيجاب عبر التلفزيون يتميز بالاختصار وسرعة الزوال.

3- الإيجاب الالكتروني في الغالب إيجابا دوليا: يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط الكترونية وعبر شبكة دولية الاتصالات والمعلومات، ولذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الالكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية، رغم ذلك يرى البعض أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الالكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكان معين، فقد يقتصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافي ومكان معين، أي أن الإيجاب الالكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفا[2].

ثالثا: صور الإيجاب الالكتروني:

إن التعبير عن الإيجاب باستعمال المعلوماتية قد يتخذ أي صورة من الصور المعروفة فيه مادام المتعاقد يتمتع بحرية مطلقة في كيفية التعبير عنه شرط أن تكشف هذه الصورة عنه، بمعنى

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التليفزيون، طبيعة النشر الذهبي ص53 وما بعدها.

[2] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، الطبعة الأولى 2010، ص86.

انحراف نية المتعاقد لأحداث أثر قانوني معين، وصور التعبير عن الإيجاب الالكتروني عبر شبكة الانترنت تكون بواسطة الكتابة الالكترونية التي تتم إما عبر البريد الالكتروني، أو عبر الواب، وغالبا ما يكون الإيجاب الالكتروني الموجه للجمهور شبيه الإيجاب الذي يتم عبر الجرائد والمجلات والتلفزيون، ويتميز الإيجاب الالكتروني بأنه مستمر على مدار الساعة، إذ أنه إيجاب مفتوح دون قيد أو شرط من حيث الزمان والمكان، ولكن يستطيع الموجب أن يحدده من حيث الزمان، فيقوم بتحديد مدة صلاحية إيجابه، ومن ثمة تحديد المدة أو المعيار الذي يبقى إيجابه قائما خلالها، وتمنح شبكة الانترنت للجميع سوقا عالمية متنوعة، مع ذلك فإنه يتعذر على الكثير من مستخدمي الانترنت التعاقد مع أي موجب يعرض منتوجاته على الشبكة، ومن هنا يقوم الموجب بتحديد خريطته الجغرافية التي يستطيع عرض إيجابه في حدودها كأن يحدد أن إيجابه موجه للمستهلك الأوربي المتواجد في دول الاتحاد الأوروبي دون سواه[1].

*/**الإيجاب عبر البريد الالكتروني:** يعد البريد الالكتروني عنوانا الكترونيا خاصا بالشخص الذي يستخدمه، حيث يتم إرسال واستلام الرسائل المختلفة من العناوين الالكترونية الأخرى، ويتم فيه تعيين الشخص الذي يستخدمه، وكذا الموقع الذي يستعمله كالياهو Yahoo والهوتمايل Hotmail وجيمايل Gmail، وغيره وفي أكثر عناوين الدومين استخداما على الشبكة، والتي تعني أن المستخدم مصنف لديها كأن يكون مصنفا لدى ياهو فرنسا مثلا: yahoo.fr@.

كما نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 257/98 المؤرخ في 1998/08/25 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها على البريد الالكتروني، فجاء فيها أن البريد الالكتروني: "هو تبادل رسالة الكترونية بين المستعملين".

هذا ويستطيع مستخدم البريد الالكتروني تلقي مختلف العروض على بريده الالكتروني، وهذه الحالة يصدر الايجاب عبره، ويسمى بالإيجاب من شخص إلى شخص Offre one to one حيث يكون المرسل إليه شخصا معينا بالذات. وقد يصدر الإيجاب عبر البريد الالكتروني إلى أشخاص غير معينين بالذات، أي إلى الجمهور، قصد استهداف أكبر قدر ممكن من مستخدمي البريد الالكتروني، لتعرض عليهم مختلف السلع والخدمات التي قد تهمهم، فيقوم الموجب بإرسال رسالة الكترونية إلى

[1] Thibault Verbiest, Protection juridique de cyber consommateur, Juris classeur 200 p60.

صناديق البريد الالكتروني الخاصة بكل مستخدميها، المتمثلة في فئة المستهلكين التي يفترض أنه قد تحصل عليها بطريقة قانونية، وألا يكون هذا بمثابة سبام الممنوع كما سبق وأن وضحنا. فيجد المستهلك الالكتروني عند فتحه لبريده الالكتروني عرضا جازما وباتا صادرا من قبل الموجب، وابتداء من هذه اللحظة تبدأ فعالية الإيجاب بحيث يكون للمستهلك الحرية المطلقة في القبول أو الرفض.

*/**الإيجاب عبر الواب (عبر الخط):** يعد الواب شبكة عنكبوتيه عالمية يرمز لها ب Word wide web[1] يمكن من خلالها زيارة مختلف المواقع المتنوعة على الشبكة، قصد الحصول على معلومات خاصة يحتاجها المستخدم، ويحتوي الواب على ملايين من المواقع داخل الشبكة ويكون لكل موقع عنوان خاص يستطيع أي شخص في أي زمان أو مكان أن يزوره، ويطلع عليه للحصول على المعلومات التي يريدها، أو يبرم بواسطته عقد بيع مع أي منتج أو بائع أو وسيط.

نص المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 257/98 المؤرخ في 1998/08/25 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها في نص المادة 02 خدمة الواب الواسعة النطاق وعرفها كما يلي: "هي خدمة تفاعلية للاطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائط نصوص – رسوم بيانية– صوت أو صورة موصلة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة"، بمعنى أن الواب يحتوي في مضمونه نصوصا أو صورا ثابتة أو متحركة أو أصواتا أو ملفات أو فيديوهات. إن الإيجاب الصادر عبر الواب نحو إيجاب موجه لجميع سكان الكرة الأرضية، وبالضبط لكل مستخدمي شبكة الانترنت فهو إيجاب عام موجه للجميع يصدر في شكل نصوص أو أصوات أو موسيقى أو صور والمسماة بالوسائط المتعددة MultiMedia فهو لا يختلف عن الإيجاب الصادر عن الصحف والمجلات والقنوات التلفزيونية المتخصصة في عرض السلع والخدمات.

[1] جاءت فكرة WWW من المخبر الأوروبي لفيزياء الجسيمات The Euorpean laboratory for particle physics الذي كان بحاجة إلى طريقة سهلة لمتابعة الوثائق و المعلومات المتوفرة لديهم حتى يمكن الوصول إليها و تحديثها و تم تنفيذ مشروعه عام 1992 و مخترع الواب هو العالم Tim Berner Lee و يعتبر الموقع عبارة عن مجموعة من الموضوعات و الملفات الموجودة على خادم الواب و هو أيضا عبارة عن مساحات الكترونية يتم شرائها من قبل الشركات المتخصصة في ذلك المجال، و يعد كذلك وسيلة ممولة للجهة التي تتولى الإنفاق عليه تعريف مأخوذ من الموقع، //shehab16.ektob.com/113609.htm،http

رابعا: لغة الإيجاب في العقد الالكتروني: غالبا ما يتسم العقد الالكتروني بالطبيعة الدولية، ويكتب باللغة الانجليزية وهذا ما سيتتبع إبرامه بتلك اللغة أو أي لغة أجنبية غيرها، فاحتواء العقد على مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة، أو ذات دلالات قانونية مختلفة، من شأنها أن تعبر عن النظام القانوني المتبع في دول المستهلك، أو قد تحمل ترجمة المصطلح أكثر من معنى في ذات الوقت[1].

لذلك فإن وضوح لغة العقد تتطلب أن يكون بلغة القابل، فلا يتصور الحكم بوضوح العقد، إذا كان بغير لغة القابل. فمن الضروري مراعاة لغة المستهلك ليتسنى له فهم مضمون العقد وشروطه، وموضوعه وهذه من الحقوق التي أوجبت القوانين الوطنية مراعاتها خاصة في العقود المبرمة عن طريق الانترنت التي غالبا ما يجهل المتعاقد من خلالها هوية الطرف الآخر المتعاقد معه[2]. ويعتبر إلزام المتعاقدين بإبرام العقد باللغة التي يفهمها الطرف الضعيف من وسائل حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، وذلك حتى يقدم المستهلك على إبرام العقد وهو على علم ودراية كافيين بطبيعة ومضمون محل التعاقد، والشروط التعاقدية وكيفية السداد، بينما يرى البعض أن يكون التعبير المرسل باللغة العربية، مصحوبا بترجمة باللغة الانجليزية أو لغة أجنبية أخرى درءا لأي نزاع يتعلق بالترجمة ، وهو ما يشترطه القانون الفرنسي، قانون توبون[3] Loi Tobin في الفقرة الثانية من المادة الرابعة بعدم الاقتصار على اللغة الفرنسية بصورة منفردة، وإنما يجيز أن يقترن بترجمة بلغات أخرى، ولكنه اشترط في جميع الحالات أن يكون التعبير الإرادي المعلن باللغة الفرنسية يجب أن يكون واضحا ومحددا ومفهوما.

ومما سبق ينبغي مراعاة اللغة التي يتقنها المشتري الالكتروني، ليتمكن من دخول الموقع، وتفحص المنتجات المعروضة، أو قد يكون تنفيذ عملية الشراء، لهذا يفضل استخدام الموقع أكثر من لغة، وخاصة إذا كانت لغة المشتري لغة مختلفة إلا أن إنشاء موقع للمتجر الالكتروني بأكثر من لغة يحتاج لتكاليف وجهود خاصة، ويتطلب تحديث الموقع بجميع اللغات المعتمدة، دون إغفال أية لغة منها، وهو مالا يستطيع المتاجر الالكتروني الصغير التي لا تسمح لها إمكانياتها المادية بإنشاء

---

[1] خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص171.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، الطبعة الأولى،عمان،2005، ص97.

3 قانون توبون رقم665/94 المؤرخ في 1994/08/04 المتعلق باستخدام اللغة الفرنسية، نسبة الى وزير الثقافة الفرنسي جاك توبون.

الموقع بأكثر من لغة واحدة، وتقوم بتوجيه حملاتها التسويقية إليهم، إذ أن شبكة الانترنت شبكة عالمية والعقد الالكتروني في الأغلب عقد دولي، ومن ثم يصعب اشتراط اللغة العربية في التعاقد.

الفرع 02: القبول الإلكتروني

أولا: تعريف القبول الالكتروني

قبل الحديث عن القبول الالكتروني لابد من إعطاء فكرة عن القبول بشكل عام، ثم الحديث عن خصوصية القبول في العقد الالكتروني. القبول[1] هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على إبرام العقد على أساس الإيجاب، ولذلك فإن القبول إذا وصل إلى علم الموجب وكان الإيجاب لا يزال قائما لم يسقط فإن العقد ينعقد، ويجب لكي ينتج القبول أثره في انعقاد العقد، أن يتطابق تماما مع الإيجاب في كل جوانبه، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا، بل من الممكن أن يعتبر في ذاته إيجابا في حاجة لقبول مطابق له من الموجب الأول[2].

القبول هو التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد، أي أن من وجه إليه الإيجاب يعلن صراحة أو ضمنا عن موافقته على ما تم توجيهه إليه، ويجب أن يصدر القبول والإيجاب قائما، فالعقد لا ينعقد إلا بتلاقي الإرادتين، والتوافق والتطابق بينهما[3].

أما القبول في العقود التجارية الالكترونية، فإنه لا يخرج عن مضمون هذا المفهوم، سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية ووسائل تقنية من خلال شبكة الانترنت، فهو قبول عن بعد لذلك فهو يخضع لذات القواعد والأحكام العامة التي تنظم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الالكترونية وهذه الخصوصية تثير جملة من التساؤلات سوف نتناولها في هذا الفرع.

إذا القبول الالكتروني يتميز ببعض القواعد الخاصة به والتي ترجع إلى أنه يتم عبر وسائط ودعائم الكترونية، وتنص المادة 11 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الالكترونية اليونيسترال على أنه: " في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام

---

[1] راجع تفصيلا القبول بصفة عام، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، العقد، المرجع السابق، ص271 وما بعدها.

[2] طبقا لنص المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

[3] شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص186.

وسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك العرض."

ووفقا لنص المادة 13 فقرة 01 من القانون نفسه: "تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه، ويفترض في بعض الحالات إسناد هذه الإرادة إلى المتعاقد إذا توافرت ظروف معينة منها قيام المرسل إليه بتطبيق نظام معلوماتي أو إجراء تصديق سبق أن وافق عليه بقصد التأكد من صدور رسالة البيانات عن هذا الأخير".

بالنسبة للتشريعات الوطنية فلقد عرف قانون المبادلات الالكترونية التونسي القبول في عقد التجارة الالكترونية أنه هو: "التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه القابل تعبيرا معينا عن إرادته في احداث أثر قانوني معين، فإذا قبل من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول."[1] وقد نص قانون التجارة الالكترونية الاردني في المادة 13 منه: "تعتبر الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول قصد التعاقد".[2]

وفي التشريع الإماراتي[3] نصت المادة 06 على أنه في هذا القانون "ما يتطلب من أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل الكتروني إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي"، كما نصت المادة 10 من القانون البحريني[4] على انه: "يجوز التعبير عن إرادة القبول بالوسائل الالكترونية".

وقد نص القانون التجاري الأمريكي الموحد U.C.C(Uniform Commercial Code) على شرط تقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب؛ ويتضح ذلك جليا في نص المادة 02/206: "التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب" وبالتالي إذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد

[1] الفصل الثاني من التشريع التونسي لقانون المبادلات الالكترونية الصادر 2000.

[2] راجع القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المبادلات الالكترونية.

[3] راجع قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 02 لسنة 2002.

[4] راجع قانون البحريني رقم 08 الصادر في 14 سبتمبر 2002 بشأن التجارة الالكترونية.

الالكتروني أو عبر موقع الويب فيجب على القابل أن قبل التعاقد، أن يعبر عن القبول بذات الطريقة.

أما المادة 01/1369 من القانون المدني الفرنسي المتعلق باستعمال الوسائل الالكترونية في التعاقد قد جاء مضمونها أن الوسيلة الالكترونية يمكن استخدامها في التعاقد أو في المعلومات الخاصة بالأموال والخدمات[1].

ولم يتضمن قانون التجارة الالكترونية الجزائري أي إشارة فيما يخص هذه النقطة، حيث اكتفى مشرعنا بتعداد التزامات المورد والمستهلك، ومايجب أن يتضمنه العقد الالكتروني.

ثانيا: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الالكتروني

إذا كان السكوت وقفا للقواعد العامة لا يصلح تعبيرا عن إنشاء الإيجاب، فإنه على العكس من ذلك قد يصلح أن يكون قبولا، ويثور التساؤل عما إذا كان السكوت يمكن أن يكون تعبيرا عن إرادة أحد الأشخاص في التعاقد الالكتروني، فقد يكون التعبير بالقبول طبقا للقواعد العامة صريحا أو ضمنيا كما هو مبين في نص المادة 60 من القانون المدني، أما السكوت فإن المشرع الجزائري قد أخذ بالسكوت الملابس طبقا لنص المادة 68 من القانون المدني، وهو السكوت الذي يصدر في ظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول لأن طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تجعل العقد منعقدا إلا إذا رفض الإيجاب في الوقت المناسب[2]، غير أن هذه الحالات الاستثنائية لا يمكن قبولها على قلتها في شأن القبول الالكتروني نظرا لحداثة التعاقد عبر شبكة الانترنت فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا مهما وفعالا في هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل مرحلة العرف، وكذلك فإنه من الصعوبة اعتبار السكوت الملابس تعبيرا عن القبول الالكتروني، كما في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين والذي يحدث كثيرا عبر شبكة

[1] Article 1369/01 du code civil Français, le voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sue des biens services.

[2] إن السكوت كقاعدة عامة لا يمكن اعتباره تعبيرا عن إرادة الطرف الآخر، ذلك إن السكوت هو وضع سلبي طبقا للقاعدة الفقهية في الفقه الإسلامي لا ينسب لساكت قول وفي هذا المعنى قضت اتفاقية فينا عام 1980 في المادة 01/18 أن السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولا، ومن جهة أخرى واستثناءا للقاعدة المذكورة فقد أخذ المشرع الجزائري السكوت الملابس.

المعلومات الالكترونية، فإن ذلك لا يكفي من الناحية العملية لاعتبار السكوت قبولا، إلا إذا كان هناك اتفاق صريح ضمني بين أطراف التعاقد على ذلك.

إذا القبول الالكتروني يقتضي أن يكون هو الأخير بوسيلة الكترونية، وأن يكون صريحا وواضحا، ودالا على معناه نظرا للوسيلة التي يصدر بها والتي أثارت مسألة وجوده الفعلي وأيضا مدى صحته وسلامته بسبب السرعة والآلية والبعد، ومن ثمة حرص التشريع الفرنسي إيجاد بيئة ملائمة له، كما يقول ميشال زويا Michel Zoia[1] ضمن قانون التجارة خلق محيط قانوني آمن لإجراء المبادلات الالكترونية من أجل تطوير التجارة الالكترونية، تلك الإرادة التي لا يمكن التعبير عنها إلا في شكل كتابة الكترونية، فتكون من جهة دليل إثبات ومظهرا من مظاهر التعبير عن الإرادة؛ وعليه فإن الإرادة المعلنة على الإرادة الحقيقية أو الباطنية، وبذلك الغرض أوجدت تكنولوجيا المعلومات أسلوبا خاصا في التعبير عن القبول عبر الشبكة بشكل لا يترك إي شك في دلالته.

ثالثا: طرق القبول الالكتروني

يتم التعبير عن القبول بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة، أو باستخدام التوقيع الالكتروني عبر البريد الالكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة chatting room أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو السلعة عبر الانترنت Download، وتحميلها على الحاسب الخاص بالقابل[2].

إن استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في التعبير عن القبول قد أزال عنه الطابع المادي حيث أنه غالبا ما يتم القبول الالكتروني عن طريق ملء استمارة تتخذ شكل نموذج طلب معروض على الانترنت، ويقوم الشخص الموجه إليه الإيجاب بتدوين المعطيات الشخصية الخاصة به والتي تعتبر ضرورية للعقد المزمع إبرامه، ويعبر الشخص عن القبول باستخدام أيقونة الحاسوب Mous وذلك بالضغط على خانة القبول المعروضة ضمن الطلب على الشاشة ok ولكن هذه الوسيلة قد تتضمن

[1] يقول ميشال زويا ما يلي،
la loi du 13 mars 2000 a pour objectif de crée un environnement juridique sur pour les transactions réalisée par l'internet afin de permettre le développement du commerce électronique… Michel Zoia, GP, a Juillet 2001 N198 p16.

[2] خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص268.

الكثير من الأخطاء حيث قد يتم لمس هذه الأيقونة على سبيل الخطأ أثناء استخدام الجهاز وهو الأمر الذي يثير العديد من المخاطر التي تهدد مثل هذا النوع من التعاقد[1].

وأورد القانون النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية في البند السابع؛ وجوب التأكيد بالأمر بالشراء في القبول، وأن القبول وتأكيد الأمر بالشراء يجب أن يتحققا بمجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة المتعاقبة، وتتضمن الأوامر صراحة وارتباط المستهلك بشكل جازم، وتلزم بعض التشريعات مثل التشريع البريطاني الشركات التي تقدم ايجابا على موقعها أن تبين على نفس موقع البريد الالكتروني للشركة الموجبة كي يتسنى للقابل أن يستفسر عن أي شيء[2].

لذلك فقد اهتم القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة بشأن التوقيعات الالكترونية لعام 2001 و كذلك التوجيه الأوربي رقم 99 لسنة 1993 بشأن التوقيع الإلكتروني والقانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 بالتغلب على الصعوبات التي تكتنف إثبات المعاملات الالكترونية، وذلك من خلال تطلب مجال منظم يطبق على المستخدمين، بحيث يجب أن يتم التعبير عن الإرادة سواء كان إيجابا أو قبولا بأسلوب الكتروني يسمح بحفظها، واسترجاعها ثانية عند الضرورة، وهذا يكون بحفاظها على دعامة الكترونية مستديمة، هذا ومن الطرق الخاصة للتعبير عن القبول نورد:

أ/ القبول الالكتروني عبر الموقع (le web): أوجدت تقنية المعلوماتية المستخدمة على الشبكة عند التعاقد على الخط أي عبر الموقع الالكتروني مباشرة ليتم القبول الالكتروني عبر تقنية التحميل عن بعد أو ملأ الفراغ المخصص بإحدى العبارات التي تعبر عن القبول في كل الحالات يتعين الضغط على الأيقونة مرتين، ونظام النقر على الأيقونة هو نفسه آلية مستخدمة في الكمبيوتر بشكل عام، هذا ولما كانت عملية الضغط على الأيقونة على الموقع[3] تتم بطريقة آلية فقد نشكك في وجود القبول كإرادة قائمة وصريحة، لاسيما إن أخطاء اليد على الجهاز واردة، كما أن استعمال الكمبيوتر كآلة في حد ذاتها يشكل في مدى حقيقة ووجود القبول كتعبير عن الإرادة خصوصا وأن الآلة معرضة في كل وقت إلى العطب ويقول ليونال تويمر Lionel Thoumyre بشأن هذه المسألة أن القبول

---

[1] شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص191.

[2] محمد ابراهيم ابو الهيجاء، مرجع سابق، ص48.

[3] نجد أن أغلبية المواقع تضع الشروط العامة للتعاقد وتحدد المراحل التي يمر بها القبول مثل موقع أمازون، http//www.amazon.fr/gp/help/customer/display

الوارد بهذا الشكل يوجب تفسيره من قبل القاضي لأنه قبول مشكوك فيه[1]. لهذا فان القبول الالكتروني يتم دائما بلمستين على الأيقونة حتى لا يدع أي شك، وهو ما يتضح من نص المادة 05/1365 من القانون المدني الفرنسي[2] التي تستوجب أن يقوم القابل بمراجعة تفاصيل طلبه بما في ذلك الثمن وتصحيح الأخطاء الاحتمالية (هذا هو النقر على الأيقونة الأولى) ولا يترتب النقر على الأيقونة الأولى أي أثر قانوني، بمعنى أنها لا تعد قبولا من قبل المستهلك ولا يمكن اعتبارها تعبيرا عن إرادته وبالتالي لا تؤدي إلى انعقاد العقد، وإنما هي مجرد مرحلة وقائية لحماية رضا المستهلك.

ويتضح من قراءة نص المادة 05/1369 فقرة 02 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها أنه يتعين على المستهلك الالكتروني حتمية تأكيد طلبه مع المحترف كتابيا[3]، أن مضمون النقرة الثانية يشمل تأكيد الطلب من قبل المستهلك كتابة، ويتضمن تأكيد الطلب كل البيانات التعاقدية التي يكون المستهلك قد قام بمراجعتها في النقرة الأولى، والتي يكون البائع عبر الشبكة قد أعلمه بها والخاصة بعملية التعاقد والمتضمنة أساسا هويته ومعلومات عن تحول المنتوج وطريقة دفع الثمن وكيفية تسليم المنتوج وضمانات ما بعد البيع وحق الرجوع عن العقد.

وبالرجوع إلى نص المادة 06 من العقد النموذجي الصادر عن غرفة التجارة والاقتصاد بالعاصمة الفرنسية باريس CCIP الخاص بالتجارة الالكترونية حيث قامت غرفة التجارة والصناعة بباريس بالاشتراك مع المؤسسة الفرنسية للتجارة والتبادل الالكتروني قصد تسهيل التعاقد عبر شبكة

---

[1] Une telle acceptation soumettrait la volonté réelle des parties à l'interprétation des juges. Elle ferait alors peser une certaine incertitude chacun des actes effectués par les systèmes automatiques, Lionel Thoumyre, http//www.Juriscom.net/uni/doc/19990515.htm#ftn53

[2] Article 1369/05 ، pour que le contrat soit valablement conclu le destinataire de l'offre doit avoir en la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs [1er clic], avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation [2em clic] l'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée .

[3] جاءت المادة 05/1369 مطابقة للتوجيه الأوربي رقم 97 الصادر في 1997/05/15 حيث أوجبت المادة 05 من التوجيه وما يليها على ضرورة تأكيد القبول من جانب المستهلك لقيام العقد بين الحرفي والمستهلك فإن المادة الخاصة منه اشترطت تأكيد القبول بواسطة الكتابة أي أن يكون القبول على دعامة ثابتة عن طريق الكتابة سواء كانت كتابة تقليدية أو الكترونية.

الانترنت بعملية إعداد عقد نموذجي [1] ينطبق على التبادلات الالكترونية على الانترنت، يتضمن شروط أساسية منها تحديد هوية البائع وتحديد مدة الإيجاب مع الشروط الواردة عليه كذلك تحديد ثمن المنتوج أو الخدمة وكيفية تسليمها مع التركيز على إعلام المستهلك بحق التراجع والاستثناءات الواردة عليه و كيفية ممارسته.

نرى أن التصريح بالقبول يتم بواسطة النقر على الأيقونة الثانية، التي تتم من خلال الخانة المستخدمة لهذا الغرض، بمعنى المخصصة للتعبير عن قبول حاسم وجازم ومنتج لآثار قانونية، حتى يستطيع المستهلك بين اللمسة الأولى والثانية أن يتأكد من مضمون العقد المقبل عليه أو تصحيح الأخطاء التي وقعت منه وينبغي للمحترف تأكيد طلب المستهلك من خلال رسالة مضمنة تفيد الإشعار بالاستلام وهو ما أوجبته نص المادة 05/1369 فقرة 02 من قانون المدني الفرنسي، حيث أوجبت المحترف القيام بتأكيد طلب المستهلك من خلال الإشعار بالاستلام في أقل مدة بطريقة الكترونية بواسطة رسالة مضمنة.

ب/ القبول عبر الرسائل الالكترونية: المقصود بالرسالة الالكترونية أو البريد الالكتروني هو تبادل الرسائل بين الأطراف ولكن بطريقة الكترونية، حيث عرفه جانب من الفقه بأنه تلك المستندات التي يتم إرسالها واستلامها بواسطة نظام اتصال بريدي الكتروني وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات

---

[1] Contrat type de commerce électronique، vent de biens ou de prestation de services entre commerçants mis à jour du rapport de M. Jérôme Conlorbe.

- Information relatives à l'offre du contrat،

1- Indentification du vendeur de bien ou de prestation de service.
2- Caractéristiques essentielle des biens ou services offerts.
3- Conditions contractuelles du vendeur ou du prestataire.
4- Mention détaillée du prix du bien ou du service offert.
5- Conclusion du contrat en ligne

- Le consommateur confirme sa commande comprenant les éléments récapitulatifs suivant.

1- Information relatives à l'offre
2- Contrat (nom et coordonnées).
3- Vendeur، faire de livraison.
4- Modalités de paiement de livraison ou d'exécution, informations sur les condition et modalités d'exercice du droit derétraion.
5- Adresse de l'établissement du fournisseur ou le consommateur peut présenter des réclamations informations relatives au service après-vente et aux garanties commerciales conditions de résiliation du contrat quand il est à durée indétermissée .

http،//www.associationconomienumerique.fr/up-content/uploads/2009/01/ccip-contrat-type-commerce-electronique20081pdf

طابع شكلي حقيقي ويمكنه استصحاب مرفقات به مثل معالجة الكلمات وأية مستندات أخرى يتم إرسالها مرفقة بالرسالة ذاتها،[1] فتتم عملية التعبير عن الإرادة من خلال البريد الالكتروني عندما يقوم الشخص الذي لديه اشتراك في شبكة الانترنت بالدخول إلى عنوان يرغب في إرسال رسالة بيانات إليه ويكتب عنوان المرسل إليه على الشبكة ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج Send، حينئذ يقوم برنامج البريد الالكتروني الخاص به بإرسال الرسالة إلى الخادم Mail Server وحينما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم الأخير بتوصيل الرسالة إلى جهازه، حيث تخزن في صندوق بريد المرسل إليه والذي يسمى Inbox، ويستطيع هذا الأخير عند فتحه قراءة الرسائل التي وصلت إليه والرد عليها عن طريق زر الرد على الرسائل Replay، فوسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني، لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في اختلاف الوسيلة، حيث يتم الكتابة باستخدام دعائم الكترونية[2].

يخضع صدور القبول عبر الرسائل الالكترونية في تنظيمه للقواعد المنظمة له بواسطة الكتابة، فقد أقرت المادة 60 من القانون المدني الجزائري بحرية التعبير عن الإرادة وصدورها من خلال الكتابة مهما كان نوعها، سواء كانت كتابة تقليدية، أو إلكترونية خصوصا وأن المشرع الجزائري قد اعتمد الكتابة الالكترونية ومنح لها الحجية في الإثبات، وأجازت المادة 02/1369 من القانون المدني الفرنسي تبادل البيانات التعاقدية من خلال الرسائل الالكترونية عندما تبدي أطراف التعاقد ذلك[3].

ج/ القبول عن طريق المحادثة الالكترونية والمشاهد عبر الانترنت: لا مانع من تلقي القبول عبر المحادثة الفورية والمباشرة فيستطيع مستخدم الانترنت من خلال برنامج المحادثة Internet Replay Chat IRC التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة بالطبع شريطة أن يكون الطرفين متصلين بأحد أجهزة خدمة IRC حيث يقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزئين، فيقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول ويرد عليه في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الأخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج، وهنا يتضح لنا

[1] بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 84.

[2] شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص193.

[3] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص103.

التوافق الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين[1]، كما أن هذه الوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة ذات فعالية لعقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة وفي ذات الوقت، وتعتمد هذا النمط من المحادثة شركات التسويق الشبكي، عابرة للحدود في تسويق منتجاتها وضم العديد من المتعاملين وهذا النوع من الشركات في انتشار واسع وسريع، تعتمد في مختلف أشكالها على المحادثات الالكترونية سواء من حيث الإيجاب أو القبول أو في التنفيذ التام للعقد وتسديد الثمن واستلام المبيع.

ومن الممكن في هذا النمط من القبول إضافة كاميرا رقمية تسمح بأن يشاهد كل متعاقد الطرف الآخر، فيصبح التعاقد بذلك عن طريق المحادثة والمشاهدة معا، وهنا يكون التعبير عن الإرادة من الممكن باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة إذا توفر ذلك.

د/ التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد Downloading: ويعني هذا المصطلح تحميلا أو استرجاع أو قبس شفرة البرنامج؛ وهو قيام الكمبيوتر بنقل الشفرة الثنائية الداخلية الخاصة ببرنامج معين إلى كمبيوتر آخر ليستعملها هذا الجهاز فكأن الجهاز اقتبس شفرة البرنامج كما هي في الكمبيوتر[2].

فالتعبير الالكتروني عن الإرادة بواسطة التنزيل عن بعد قد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود مثال ذلك أن يعرض الموجب على الموجب إليه بيع تصميم هندسي فيقوم الموجب إليه بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الالكتروني للأموال ويقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الانترنت.

المطلب الثاني: حماية رضا المستهلك الالكتروني

[1] شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص194.

[2] أحمد خالد العجلواني، التعاقد عن طريق الانترنت دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 2002، ص45.

في نطاق العقود الإلكترونية التي تتسم بالتعقيد التكنولوجي من حيث أساليب التعاقد و وسائله، لاسيما وأن طرفي العقد الإلكتروني غير متكافئين، إذ يمتلك أحدهما معرفة وخبرة عالية يصعب على الطرف الآخر استيعابها ومجاراتها، لأنه أقل قدرة على الصعيد التقني والاقتصادي، تصعب حماية رضا المستهلك وتحديد أهلية المتعامل معه.

الفرع01: حماية المستهلك الالكتروني من خلال التمسك بعيوب الإرادة

لكي يكون التراضي صحيحا يجب أن يكون صادرا من ذي أهلية، وأن يكون سليما خاليا من عيوب الإرادة، ولهذا يجب أن يتم التفرقة بين عيب يصيب الإرادة وبين انعدام الإرادة أصلا، مما يظهر الحاجة لإعمال عيب الإرادة التي تتيح للمتعاقد إمكانية التمسك بالفسخ وإبطال العقد استنادا إلى وجود عيب في إرادته، كما أن عيوب الإرادة من السهل التمسك بها وإعمالها، نظرا للالتزامات الكثيرة الملقاة على عاتق المزود في هذه العقود.

وارتأينا دراسة لهذه النقاط التطرق أولا لأهلية التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية ثم نتناول عيوب الإرادة التي يمكن أن تؤثر على التراضي في هذا النوع من العقود.

أولا: الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية: لا تتطلب المعاملات التجارية عبر الانترنت أهلية خاصة كما في القواعد العامة فكل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب منه أهليته أو يحد منها بحكم القانون، فالأهلية في ذاتها مناطها التمييز فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية[1]، ولكون التعاقد الإلكتروني يجري عن بعد مما لا يسمح بالتحقق من شخصية كلا المتعاقدين، ولا التثبيت من الهوية الحقيقية والأهلية اللازمة لمباشرة التعاقد وتثور هنا إشكالية التحقق من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة والتي قد تعرض التاجر لمخاطر التعاقد مع ناقصي الأهلية أو مع فاقدي الأهلية بسبب أحد العوارض.

ولما كان التصرف القائم مع فاقدي الأهلية أو ناقصيها قد يعرض التصرف القانوني للبطلان برمته، فإن الأصل أن يكون التعامل عبر شبكة الانترنت قائما على مبدأ حسن النية من طرفيه، بحيث يلتزم كل منهما بالإفصاح عن بياناته كاملة مسبقا[2].

[1] راجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، الجزء 04، ص108.

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص95.

وحرصت معظم التشريعات الوطنية على ضرورة النص على وجوب تمتع المتعاقدين بالأهلية القانونية الكاملة عند إجراء المعاملات التجارية الإلكترونية وذلك رعاية وحماية لكلا المتعاقدين، ولضمان استقرار وانتظام التجارة الإلكترونية.

فوفقا للمادة 01/04 من التوجيه الأوربي رقم 1997/7/97 بشأن البيع عن بعد فإنه يلزم عن إبرام العقد عن بعد تقنيات الاتصال تحديد هوية الأطراف المتعاقدة بما في ذلك بيان الأهلية القانونية، كما أن التوجيه الأوربي رقم 2000 بشأن التجارة الإلكترونية قد تطلب ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية.

ونصت المادة 13 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 على أنه:

" 1- تعتبر رسالة البيانات الصادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

2- في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات."

وجاء النص السابق في إطار التأكد من الهوية بشأن إسناد رسائل البيانات، وانتقل نفس الحرص إلى تشريعات التجارة الإلكترونية الداخلية، فوفقا للمادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 فإنه يلزم لإبرام العقد الإلكتروني الإفصاح عن الهوية بطريقة واضحة ومفهومة؛ كما نصت قوانين التجارة الإلكترونية في الإمارات والبحرين والأردن واليمن بأحكام مماثلة لما ورد في المادة 13 من قانون الأونسترال فيما يتعلق بإسناد رسائل البيانات من هوية مراسلها.

وتلزم المادة 18/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي إجراء التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة على نحو يحقق الأمان والثقة في المعاملات المتبادلة، حيث يلزم التاجر أو مقدم الخدمة بأن يتيح لعميله كافة البيانات التي تفصح عن هويته، بما في ذلك أهليته القانونية، وفي المقابل فإن العميل يلزم بأن يرشد التاجر عن اسمه، وأهليته القانونية وكافة عناصر تحديد شخصيته سواء المادية أو الإلكترونية[1].

[1] عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية الأجنبية، مرجع سابق، ص184.

غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كيفية التحقق من أهلية المستهلك لا في قانون حماية المستهلك وقمع الغش ولا في قانون التجارة الإلكترونية، على العموم إن إلزام المتعاقدين بالإفصاح عن هويتهم، وهو ما يجري عليه العمل غالبا في العقود عبر شبكة الانترنت عن طريق صفحة خاصة تتضمن بيانات المتعاقد، ويلتزم بملئها، وتتضمن عدة بنود أهمها سن المتعاقد أو تاريخ ميلاده، الا أن هذا لا يمنع التحايل من قبل القاصرين الذين يعمدون إلى إخفاء نقص أهليتهم ثم يتذرعون بذلك لإبطال العقد[1]، لاسيما أن بعضهم قد يستخدم البطاقة المصرفية لأحد والديه في التعاقد مع تاجر حسن النية أو يتعاقد شخص قاصر على سبيل اللهو والعبث مع تاجر حسن النية، فيجوز لهذا التاجر أن يتمسك بأن القاصر باستخدامه هذه البطاقة قد توافر مظهر صاحبها، ومن ثم مظهر الشخص الراشد، كما يستطيع هذا التاجر أيضا الرجوع على هذا القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، بالتالي فإن من مصلحة الآباء مراقبة استعمال أبنائهم القصر لتقنيات الاتصال، فضلا عن الحفاظ على بطاقاتهم المصرفية والرقم السري الخاص بها[2].

ويبدو لنا مما سبق أنه نظرا للطابع الخاص للعقد الإلكتروني، فإن ناقص الأهلية متى استخدم مظهر الشخص البالغ الرشيد، وكان المتعاقد الآخر عبر تقنيات الاتصال غير عالم بهذه الحالة، فإنه ينبغي حماية هذا المتعاقد عملا بنظرية الوضع الظاهر، وذلك لتوفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وحفاظا على استقرار التعامل حتى لا يفاجئ المتعاقد الحسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمهن ولم يكن في مقدوره أن يعلمه وقت التعاقد، هذا الأمر لا غنى عنه في مجال العقود الإلكترونية.

ثانيا: الوسائل التقنية التي يمكن استخدامها للتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية

إن مسألة التأكد من شخصية المتعاقد وصلاحيته لإبرام التصرفات القانونية في مجال العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شاشات الحواسب الآلية هي مسألة فنية بالدرجة الأولى تحتاج إلى خبراء متخصصين في الانترنت والتجارة الإلكترونية بغية إيجاد حلول تقنية متطورة تساهم في

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص97.

[2] بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص95.

هذا الشأن، وعلى الرغم من عدم وجود وسائل تقنية محددة في هذا الشأن، إلا أنه توجد بعض الوسائل التي يمكن ان تقوم بمهمة التحقق من توافر الأهلية القانونية لأطراف العقد، وتشمل هذه الوسائل ما يلي:

أ/ البطاقات الإلكترونية: البطاقات الإلكترونية هي بطاقات ذكية، تتمثل في رقائق إلكترونية يتم تصنيعها من لجان معالجة بكثافة من السليكون ومن وحدات وشرائح فائقة القدرة، والتي يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات للخاصة بحاملها مثل: الاسم، السن، محل الإقامة، المصرف المتعامل معه وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة تعتبر هذه البطاقة بمثابة الحاسوب المتنقل[1] لكونها تحتوي على سجل كامل من المعلومات، والبيانات الشخصية والرقم السري وهذه البطاقات مزودة بعدة عناصر للحماية ضد عمليات التزوير وسوء الاستخدام من جانب الغير في حالة سرقتها[2].

وبالرغم من وسائل الحماية المزودة بها مثل هذه البطاقات والاحتياطات التي يتخذها المتعاملون عبر تقنيات الاتصال الحديثة لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقاتهم الإلكترونية، إلا أن أصحاب الدهاء الإلكتروني يتفننون في إبداع الطرق لاختراق الاتصالات عبر هذه التقنيات واستحداث أساليب القرصنة الإلكترونية، والاستلاء على بيانات وأموال المتعاقدين عبر هذه التقنيات وطمس الآثار المادية لأي عمل غير مشروع، وتدمير أي دليل بسرعة فائقة.

ب/ الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني: كما كان التعامل بين الأطراف يتم في عالم لا مادي وغير محسوس وعلى شبكة مفتوحة يستطيع الغير الكشف عنها وتزويرها والسطو عليها، فكان من الضروري إيجاد حلول لضمان تلك المعاملة وسلامتها وهو ما يحققه التصديق الإلكتروني[3]، في أنه يلعب دورا أساسيا في توثيق المعاملات الإلكترونية، فلا يمكن تحقيق مستوى ثقة تلك المعاملات إلا

---

[1] رأفت رضوان، علم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 1999 ص 54 و ما بعدها، وعبد الباسط وفاء، سوق النقود الإلكترونية (الفرص، المخاطر، الآفاق)، المؤتمر الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المنعقد بمركز البحوث و الدراسات أكاديمية الشرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة في الفترة 26 28 أفريل 2003، الجزء الثالث ص596.

[2] سنتعرض بالتفاصيل إلى أهمية هذه البطاقات وأنواعها في المباحث الآتي دراستها.

[3] اختلفت المصطلحات العربية بشأن المصادقة الإلكتروني، منهم من يسميها بالمصادقة و البعض يسميها بالتصديق، كما هو وارد في القانون الجزائري.

من خلال المصادقة عليها، وفي الحقيقة يفهم من التصديق الإلكتروني مجموعة التقنيات المستعملة المتمثلة في الأدوات والوسائل الآلية التي تستخدم للتأكد من صحة وأصالة طرفي المعاملة وهي تختلف في مستوياتها من حيث الأمان والتعقيد والتكلفة.

إن أهم اختصاص يسند لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني هي عملية التصديق الإلكتروني، التي تهدف إلى ضمان البيانات الإلكترونية، وسلامتها، وتغطي مجالات عدة مثل التجارة الإلكترونية والإدارة والخدمات البنكية، فيتم إصدار وتسليم شهادات التصديق الإلكتروني التي تضمن فيها سلامة وصحة تلك البيانات[1].

وتحقق شهادة المصادقة الإلكترونية وظائف متعددة، فإلى جانب وظيفة تحديد هوية صاحبها identification نجد أنها تحقق وظيفة المصادقة على إثبات ارتباط الموقع ببيانات التوقيع الإلكتروني أو ما يسمى بالإستيثاق authentification وسلامة ما تضمنه intégrité فيثبت عندئذ هوية صاحب الشهادة، وقد تكون هويته في هذه الحالة هوية إلكترونية، إذ لا يشترط بالضرورة أن تكون هويته المدنية فشبكة الانترنت تتيح إمكانية إنشاء هوية إلكترونية خاصة به، إلا أن بعض المعاملات الخاصة نجد أن الهوية المدنية هي التي يجب إثباتها كمسألة الوفاء الإلكتروني والأهلية.

ت/ الرسائل التحذيرية: من خلال هذه الوسيلة يتم وضع رسائل تحذيرية على مواقع الانترنت مفادها عدم جواز الدخول إلى هذا الموقع إلا من خلال شخص يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة، ويلتزم هذا الشخص بالكشف عن هويته من خلال ملء نموذج معلومات معروض على الانترنت.

وتعتبر هذه الرسالة التحذيرية من أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحالي، إلا أنها محفوفة بالمخاطر، إذ قد يقوم المستخدم بالإدلاء ببيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته، مما يتعين معه ضرورة وجود وسائل أخرى لحل هذه المشكلة[2].

ويضيف البعض[1] وسيلة أخرى تتمثل في تقنية الإستيثاق من المواقع وتعقبها خوفا من وجود أشخاص أو شركات وهمية ومن الشركات التي تقوم بمهمة تتبع المواقع الوهمية نذكر منها

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص196 وما بعدها.

[2] عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية، مرجع سابق، ص188.

شركة interclea وشركة verisign وشركة cylink فهذه الشركة تستخدم شهادة العملاء، وشهادة الخادم للتعريف على الشركات التجارية المزودة بالخدمة، والتأكد من هوية الأطراف الذين يعملون وراءها.

ثالثا: عيوب الإرادة في عقد التجارة الإلكترونية

لا تختلف عيوب الإرادة في النظريات التقليدية للعقود عن عيوب الإرادة عند التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية، حيث يرى البعض أن عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية لا تخرج عن كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة، وتتمثل هذه العيوب في: الغلط، التدليس والإكراه والاستغلال.

1/ الغلط: قد يبدو للوهلة الأولى عدم الأهلية العملية لنظرية عيوب الإرادة في نطاق العقود الإلكترونية، حيث يمكن للمشتري أن يقوم بإرجاع المنتج استنادا إلى حق الرجوع المقرر للمستهلك في هذا النوع من العقود، دون حاجة وقوع الغلط، إلا أن طلب إبطال العقد الإلكتروني استنادا لنظرية عيوب الإرادة قد تمكن أهميته في أنه في حالة إبطال العقد بسبب الوقوع في الغلط، فإن المشتري لن يتحمل مصاريف النقل حيث يتحملها البائع في هذه الحالة، وبالتالي فإن رخصة الرجوع المقررة للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد قد لا تحقق في كثير من الحالات الفوائد التي يحققها التمسك بالإبطال بسبب عيب الغلط[2].

وقد ألزم التوجيه الأوربي رقم 31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية في المادة 11 منه مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإعلامه بذلك بوسائل مناسبة، وفعالة، وسهلة البلوغ وعلى نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يكفل عدم وقوع العميل في الغلط[3].

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية، 2006 ص380.

[2] أسيا بوطوطن، الكاهنة زواوي، اشكالية عيوب الارادة وآثارها على عقد الاستهلاك الالكتروني وفقا للقانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية مقال نشر بمجلة المعيار، عدد62، مجلد25، كلية اصول الدين، جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2021، ص11.

[3] المادة 02/125 قانون مدني مصري والمادة 86 قانون مدني جزائري والمادة 1116 من القانون المدني الفرنسي.

إلا أنه قد يصعب إثبات الغلط، حيث أن العرض الناقص للمنتجات، والذي قد تم على صفحة الويب web مثلا قد يتم تغييره أو تعديله في وقت لاحق بوسيلة إلكترونية، وهذه التقنيات لا تترك أثرا ماديا ملموسا، ويعود تقدير الغلط من عدمه الى المحكمة التي لها أن تأخذ بصفة خبرة اة احتراف المستهلك في المعاملات الالكتروني، لاسيما في التقنيات الفنية المتطورة، كبرامج الحاسوب مثلا، فاذا رأت المحكمة أن هذا الأخيرمتخصص وذو خبرة واحتراف فيما يخص المعاملات التي أنشأها، اعتبرت أن مثله لا يقع في الغلط بالنسبة الى ماهو مدعى به أمامها، أما اذا ثبت العكس، حيث المتعاقد لا خبرة له وغير محترف المعاملات الالكترونية التي أنشأها، فان هذا قد يكون دليلا أو قرينة في وقوعه في غلط أثناء التعاقد.[1]

2/التدليس: هو إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة عن طريق استخدام طرق احتيالية، بقصد إبرام العقد ومن ذلك فللتدليس طريقتان الأول: إيجابي يتمثل في القيام بوسائل احتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، والثاني: سلبي هو سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة إذا كان من شأنه العلم بها إحجام المتعاقد الآخر عن إبرام العقد[2]، وللتمسك بالتدليس تشترط القواعد العامة توافر ثلاث شروط هي : 1) استعمال طرق احتيالية 2) أن يكون التدليس دافعا للتعاقد 3) صدور التدليس من المتعاقد الآخر، أو علمه به أو إمكان العلم به. وللتدليس عنصران: العنصر المادي والمتمثل في الوسائل الاحتيالية، والعنصر المعنوي يتمثل في نية الخداع والتضليل[3].

من أهم صور التدليس والغش في التعاقد الالكترونياستعمال العلامة التجارية لشخص آخروتعمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع أوخدمات بقصد ترويجها أو استخدام اسم نطاق غير مملوك له، في حين يعتبر اشاء موقع وهمي عبر الأنترنت، لا وجود له على الاطلاق منأشهر طرق التدليس من أشهر طرق الغش والتدليس عبر الأنترنت فيمكن لبعض البنوك الالكترونيةالتي لاوجود لها في الواقع والتي يقتصر وجودها على العالم الافتراضي؛ التغرير ببعض

---

1 محمد عقوني، حسن عبد الرزاق، عيوب الإرادة في عقود التجارة الالكترونية على ضوء التشريع الجزائري مقال نشر بمجلة الاجتهاد القضائي، مجلد13، عدد25، جامعة محمد خيضربسكرة، الجزائر، 2021، ص 634.

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص267.

3 تنص المادة 86 من ق.م.ج، يجوز إبطال عقد التدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، يعتبر تدليسا عمدا واقعة أو ملابسة إذا أثبت المدلس عليه ا كان ليبرم العقد لو علم لتلك الواقعة أو هذه الملابسة .

العلاء الذين يقومون بايداع أموالهم لدى المصرف الوهمي نتيجة الإعلانات المغرية التي نشرها على الأنترنت، ثم يستولي على هذه الأموال.

يحتل التدليس مكانة كبيرة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، نظرا لقدرة بعض العابثين والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي للشبكة وإساءة استخدامها[1]، فالمستهلك في عقد التجارة الإلكترونية يعاين الشيء المبيع كما في حالة التعاقد التقليدي، حيث تتم المعاينة من خلال شاشة الحاسب الآلي، وقد يلجأ التاجر إلى استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتجات والخدمات، ويدفعه إلى إبرام العقد، فإذا ثبت ذلك فإنه يجب إبطال هذا العقد لوجود غش.

ولذلك فقد اتجهت معظم التشريعات الحديثة المتعلقة بتنظيم العقود والمعاملات الإلكترونية إلى محاولة وضع سياج لحماية المستهلك الذين يبرمون عقودا عبر الشبكة من خلال إلزام المهنيين بوصف المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا، وبيان المدة المحددة قانونا، فنجد مثلا أن القضاء الفرنسي قد أتاح للمستخدم في مجال برامج الكمبيوتر أن يطلب إبطال العقد بسبب التدليس الناجم عن كتمان المورد للمعلومات التي كانت تتيح له حسن اختيار المنتوج والتعاقد في ضوء إرادة واعية ومبصرة، وحتى يعتبر الكتمان العمدي تدليسا يكفي حبس جزء من المعلومات الكاملة، ولقد نصت التشريعات التي نظمت العقود والمعاملات الإلكترونية مثل بأن للمستهلك الحق في إرجاع المنتوج خلال المدة المحددة قانونا وذلك بقصد حمايته من تسرعه في قبول التعاقد[2].

3/ الإكراه: يعرف الإكراه بأنه إجبار الشخص على أن يعمل عملا دون رضاه، ويكون ماديا أو معنويا، أو هو التعاقد تحت سلطان رهبة تولدت نتيجة تهديد بخطر، ويشترط في الإكراه لاعتباره عيب أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد الآخر دون وجه حق[3]. والإكراه بهذا

---

[1] لزهر سعيد، مرجع سابق، ص103.

[2] بن غيدة ايناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015، ص45.

[3] تنص المادة 88 من ق.م.ج، يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو او أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، يراعي في تقديم الإكراه جنس

المفهوم يصعب تصوره في مجال عقود التجارة الإلكترونية لأنه غالبا ما يتم عرض المنتجات على الانترنت، كما أن العقد يتم بين طرفين في مكانين متباعدين، ومجلس العقد الذي يجمعهما هو مجلس حكمي وليس حقيقيا.

إلا أن المجال الخصب للإكراه يكون في نطاق الاحتكار، حيث يسيطر أحد المنتجين على أحد المنتجات مما يدفع المستهلكين إلى التعاقد معه نظرا لانفراده بالسيطرة على هذا المنتج[1].

4/ الغبن والاستغلال: يعرف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه[2]، وتنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا، أو هوى جامحا جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ....". غير أن الغبن لا يؤثر في العقد الإلكتروني إلا في حالت استثنائية، لأنه عيب استثنائي في العقود، أما الاستغلال فأساسه أن نفسية المتعاقد قد شابها عيب أدى إلى الإخلال الفادح بين ما أعطى وما تلقى، والعيب النفسي قد يكون لقلة الخبرة أو الطيش أو الولع الشديد بالشيء، أو الحاجة الماسة إليه وينتهز الطرف الآخر حالة الضعف التي انتابت المتعاقد الآخر فيحصل منه على أداء مبالغ فيه.

وفي مجال التعاملات الإلكترونية فإن الواقع يشير وبوضوح إلى انتشار استخدام الشبكة العنكبوتية في إبرام العقود سواء ممن يملكون الخبرة في ذلك أو من طرف الأشخاص العاديين، وهذا ما قد

من وقع عليه هذا الإكراه، سنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه .

[1] خالدي حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ص108.

[2] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص286.

يؤدي إلى استغلال هؤلاء لنقص خبرتهم، ومعرفتهم بخبايا هذا المجال، ولحماية هذه الفئة وغيرها، بدأت مختلف التشريعات العالمية المنظمة للتجارة الإلكترونية تهتم بشكل كبير بحماية المستهلكين[1].

الفرع02: حماية المستهلك الالكتروني في مواجهة الشروط التعسفية

إن العقود الإلكترونية وبالأخص التي تتم عبر شبكة الانترنت، تختلف كل الاختلاف عن العقود التقليدية المعروفة، ففيها ينفرد الموجب بوضع شروط العقد، ولا يقبل المناقشة فيها، مستندا في ذلك على تفوقه الاقتصادي والمعلوماتي، وبالمقابل ما على المستهلك إلا قبول هذه الشروط إذا ما أراد اتمام إبرام العقد وفي أغلب العقود تكون هذه الشروط مجحفة بحق الطرف الآخر الذي لم تتسن له مناقشتها[2]. فهي تعتبر شروطا تعسفية بحقه، لذلك سأبحث في هذا الفرع مفهوم الشروط التعسفية، ومن ثم أبين الحماية التي كفلها كل من القانون والقضاء للمستهلك في مواجهة هذه الشروط التي قد سبق له الموافقة عليها، مع الأخذ بعين الاعتبار مدى وضوح أثرها على المستهلك أثناء التعاقد.

أولا/مفهوم الشروط التعسفية: تعني كلمة تعسف لغة الاستخدام السيئ، وفي الاصطلاح القانوني الاستخدام الفاحش لميزة قانونية[3]، يرى الفقه بأنه يعتبر تعسفا الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، فالشرط التعسفي هو الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المزود نتيجة التعسف في استعمال الأخير سلطته الاقتصادية[4] بغرض الحصول على ميزة مجحفة، فيمكن اعتباره تعسفيا مفروضا على المستهلك من قبل المزود يتسم بأمران متلازمان هما:

---

[1] نص القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية في المادة 50 على، يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكترونية بدفعه للالتزام حاضرا، أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين 1000 و2000 دينار وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز إيعاد تعهداته أو كشف الحيل، أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجبائية .

[2] أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي دار النهضة، مصر، 1994، ص24.

[3] إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، مذكرة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق الجزائر، الجزائر،2006، ص85.

[4] عبد الله ذيب، مرجع سابق، ص71.

أ/ التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية: يعتبر الشرط تعسفيا عندما تكون الميزة المجحفة التي منحت للمزود نتيجة لتعسفه في استعمال سلطته الاقتصادية، والسلطة الاقتصادية هنا ليست مرادفا للقوة، وهذا ما جعلها مصطلح غير واضح و مبهم، وحاول الفقه تحديده باللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم[1]، وعليه لا يكون هذا التفوق اقتصاديا فقط بل يمكن القول ان التفوق الفني والتقني، هو الذي يمكن المزود من فرض شروطه التعسفية، فالمزود معتاد على إبرام العقود، ويعرف الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد، ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، بالإضافة إلى الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقد معه[2].

ب/ وجوب الميزة المجحفة: إن استخدام المزود في تعاقده مع المستهلك لنفوذه الاقتصادي من أجل فرض شروطه بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة مجحفة، يعني أن هذه الميزة هي نتيجة أو محصلة لهذا الاستخدام التعسفي، وقد انتقد تعبير الميزة المجحفة، واعتبر غامضا وليس محددا، لكنه يبقى قريبا من النصوص العامة التي تعاقب على الغبن فكلاهما يعبر عن الفكرة نفسها وفي الضرر اللاحق بالعدالة العقدية، غير أن الاختلاف بينهما في محل التعسف الذي هو في الغبن ينص على الثمن، بينما في الشروط التعسفية ينص على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد.

ثانيا/ دور القانون والقضاء في مواجهة الشروط التعسفية

عملت جل التشريعات القانونية على توفير الحماية الشاملة للمستهلك ضد الشروط التعسفية التي قد تفرض عليه، فأيا كانت الحرية الممنوحة له في العقد الإلكتروني للمفاضلة بين السلع أو الخدمات المعروضة عليه، إلا أن الدعاية الهائلة التي تتم عبر الشبكة والقوة الاقتصادية للمزودين الذين يعرضون هذه السلع أو الخدمات تجعله بحاجة إلى الحماية من الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد، وسأحاول التطرق للنصوص القانونية التي تعمل على تكريس هذه الحماية سواء في القانون المدني، أو في قانون المعاملات الإلكترونية إلى قوانين حماية المستهلك، واعتراف بعض التشريعات الصريح بسلطة القاضي في تفسير العقد وتعديل الشروط التعسفية أو استبعادها تماما.

[1] أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص218.

[2] جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية، القاهرة، 1991 ص271.

إن المشرع الجزائري في إطار القواعد العامة، قد أضفى حماية على الطرف الضعيف في عقود الإذعان، ومنح القاضي سلطة التدخل لتعديل شروط التعسفية، أو إعفاء الطرف المذعن منها وذلك في نص المادة 110 من القانون المدني، إلا أنه لم يأت على تعريفات الشرط التعسفي، بينما إذا رجعنا إلى القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[1] نجد أنه قد ذكر فقط شرط عدم الضمان، الذي اعتبر شرطا لاغيا في المادة 13: "يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا إلى خدمات ..... يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة".

غير أن قانون الممارسات التجارية[2] عرف الشرط التعسفي في نص المادة 03 الفقرة الخامسة منها: "5- شرط تعسفي: 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".

وبالرجوع إلى هذا التعريف نلاحظ أن المشرع قد اعتمد على معيار واحد للتعسف وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الطرفين، وبذلك يكون قد أخذ بالمعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 132 من قانون الاستهلاك الحالي، بعد أن كان يعتمد في القانون الصادر في 1978/01/01 على معيار النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة، وهذا ما تضمنته المادة 35 منه، إلا أنها قد اعتبرت معايير ذات طابع عام، الا أن التعديل لهذه الاحكام مس هذا التعريف في ظل المادة 01/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي وأصبحت الشروط التعسفية هي تلك التي تهدف إلى خلق عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الطرفين في العقد[3].

أما التوجيه الأوربي رقم 13 الصادر في 05 أفريل 1993 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، فقد عرفت المادة 1/3 الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي يرد في العقد، وينطوي على تفاوت جلي لما يقضي به مبدأ حسن النية وضد مصلحة المستهلك بين حقوق

---

[1] القانون رقم 03/09 المؤرخ في 23 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية 15 مؤرخة في 08 مارس 2009.

[2] القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية 42 مؤرخة في 27 جوان 2004 معدل ومتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية 46 مؤرخة في 18 غشت 2010.

[3] Jérome Huet, eléments de réflexion sur le droit de la consommation, petites affiches du 08/11/2001 N, 223 p11.

والتزامات الأطراف فيه على حساب المستهلك" ويهدف هذا التوجيه إلى حماية المستهلك في مواجهة الشروط التي تعفي البائع من ضمان العيوب في عقد البيع[1].

ولقد عرف القانون المدني الأردني نظرية التعسف في استعمال الحق وجعل منها مبدأ يحكم جميع المعاملات، كما وضع لها ضوابط في نص المادة 66[2]، حاله حال المشروع الكويتي، ومن جهته أجاز المشرع المصري في الفصل السابع من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لسنة 2011 إبطال ما يرد من شروط تعسفية في العقود الإلكترونية، والتي يمكن اعتبارها عقود إذعان في مفهوم القانون المدني، وتفسيرها لصالح الطرف المذعن، كما أجاز إبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء بائع السلعة أو مقدم الخدمة من المسؤولية، وكل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وقد أكد المشرع المصري على ذلك في المادة 10 من حماية المستهلك، والتي جاء فيها: "يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأنه هذا الشرط إعفاء مزود السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزامات الواردة بهذا القانون".

بالاعتراف للقاضي بسلطة إبطال الشرط التعسفي يعمل على إعادة التوازن للعملية العقدية، كما أنه لا يجب التخوف من هذه السلطة المعطاة للقاضي الذي يعتبر تطبيق العدالة بين الأطراف المتنازعة من صميم دوره[3].

ثالثا: حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقا لأحكام عقد الإذعان: إن مقتضى تبصير المستهلك هو تحقيق رضائه الكامل والموضوعي لكل بند من بنود العقد تضمنه الإيجاب،

---

[1] مقال بعنوان المستهلك والمنافسة باللغة الإنجليزية بتاريخ سبتمبر 2007 المنظمة الدولية للمستهلكين لندن www.consumersinternational.org/shared-asp-files-(consurmers.competition)

أنظر معوان مصطفى، الإثبات في المعاملات الإلكترونية، في التشريعات الدولية، التوقيعات والبصمات الالكترونية، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2008، ص243.

[2] فلاح فهد المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص86.

[3] جميعي حسن عبد الباسط، مرجع سابق، ص118.

ومن ثم لا يجب أن يحتوي هذا الإيجاب على شروط تحمله الانحراف بها عن معناها بما يعد تعسفا، فالشروط التعسفية les clauses abusives تعد باطلة[1].

وكأثر للواقع الإلكتروني لا يتمكن المستهلك من مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية بحيث يكون في مركز متساوي مع المهني (المحترف) الذي يتفرد بتحديد شروط العقد استنادا إلى تفوق مركزه الاقتصادي والمعلوماتي بدرجات تنبئ عن تفاوت ملموس شاسع بينه وبين هذا المستهلك.

ومن ثم فإن الإيجاب الصادر بخصوص عقد التجارة الإلكترونية يتضمن شروط العقد ككل، ولا يخول المستهلك إلا القبول المذعن إذا ما أراد أن يتم العقد، والقول بأن عقد التجارة الإلكترونية عقد إذعان[2] يستند إلى حقائق موضوعية ترجع إلى مركز كل من المحترف والمستهلك في هذا العقد.

أ/ تحديد عقود الإذعان: تنقسم العقود بالنظر إلى توفر عنصر المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية إلى عقود مساومة وعقود إذعان، يتمتع في ظل عقود المساومة كل متعاقد بالحرية في وضع ومناقشة وتعديل الشروط، يساهم كل متعاقد في صنع الاتفاق على خلاف عقد الإذعان الذي يتميز بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، دون مناقشتها فيتم إبرام العقد، أو يتم رفضها وعدم الإقبال على العقد وعرفه المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يصفها الموجب ولا تقبل المناقشة"، ونصت المادة الأولى في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[3] أنه: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو والمذكور

[1] G. Paisant, Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995, D. 1995,p99.

[2] إن صاحب تسمية عقد الإذعان هو الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، حيث أطلق عليه تلك التسمية بما يدل عليه الإذعان من معنى الاضطرار في القبول، في حيث أطلق عليه الفقه الفرنسي تسمية عقد الانضمام لأن من يقبل دون مناقشة إنما ينضم إليه.

[3] المؤرخ في 19 جويلية 2006 الجريدة الرسمية عدد 16 الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006، وهو المرسوم الصادر تطبيقا لأحكام المادة 30 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاقية مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[1].

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الجزائري قام بتحديد مفهوم العقود المعنية بتطبيق البنود التعسفية، بالقول بأنها كل اتفاق يتعلق موضوعه ببيع سلعة أو تأدية خدمة، وذلك الاتفاق يفرغ مسبقا في محرر مكتوب من طرف المحترف الذي ينفرد بوضع شروط وبنود العقد، بشكل لا يمكن معه للمستهلك الإذعان لتلك الشروط دون إمكانية إحداث تغيير حقيقي في العقد.

ومنه وبمجرد إطراء قراءة أولية للنص القانوني السالف الذكر، نستنتج أن عقد الاستهلاك الذي يخضع لقانون حماية المستهلك فيما يتعلق بأحكام البنود التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي ما هو إلا عقد إذا كان محرر بشكل مسبق من طرف المحترف، مع انفراد هذا الأخير بوضع شروط وبنود العقد دون منع أي فرصة للمستهلك للتفاوض بشأنها، بحيث لا يكون له سوى إمكانية الانضمام للعقد والإذعان للشروط المحددة مسبقا من طرف المحترف وإما الإجحاف عن التعاقد.

وعقود الإذعان لها خصائص وسمات معينة يجب أن تتوافر فيها وهي:

1/ تعلق العقد بسلع أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتجين.

2/ احتكار الموجب لهذه السلعة أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

3/ صدور الإيجاب إلى الناس كافة، وبشروط واحدة على نحو مستمر أي لمدة غير محددة، وغالبا ما تكون في صورة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز المناقشة فيها وأكثرها لمصلحة الموجب–البائع– أو لمنتج مثلا فهي تارة تخفف من المسؤولية التعاقدية، وأخرى تشدد مسؤولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها جملة من التعقيد بحيث يصعب فهمها من أوساط الناس[2].

---

[1] هو النص الحرفي المادة الثالثة الحالة الرابعة من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، مرجع سابق، ص238.

وبإعمال هذه الشروط على عقد التجارة الإلكترونية، بالنسبة للمستهلك، لا يمكن القول بانطباق هذه الشروط تماما على المستهلك، كما هو الحال بالنسبة للمذعن في عقد الإذعان، فشرط ضرورية السلعة بالنسبة للمستهلك هو أمر وارد في عقد التجارة الإلكترونية، وكذلك بالنسبة لشرط صدور الإيجاب للناس كافة ولمدة غير محددة، فالإعلان يتم عبر شبكة الانترنت ولمدة غير محدودة من الناس ولكن فيما يتعلق باحتكار الموجب سواء كان فردا أو شرطة للسلعة أو الخدمة فهو لا ينطبق على عقد التجارة الإلكترونية في الأغلب من الأحوال، وذلك لأن هناك شركات كثيرة قد يجدها المستهلك تعرض ذلك المنتج.

ب/ عقد الاستهلاك الإلكتروني بين المساومة والإذعان

تتباين طبيعة العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت بين المساومة والإذعان، حيث أن التعاقد عبر البريد الإلكتروني والتعاقد من خلال المحادثة والمشاهدة المباشرة لا يستبعد عملية التفاوض والنقاش حول الشروط المتعلقة بالعقد، أما التعاقد عبر الويب، أو عبر التطبيقات الرقمية المعدة سلفا من قبل المحترفين العارضين للسلع والخدمات، فتستبعد إمكانية مناقشة المستهلك للشروط المتعلقة بالعقد، نظرا لكونها تتم على شكل "عقود نموذجية أو نمطية" contrat type اختلفت الآراء حول مدى إمكانية تطبيق صفة الإذعان عليها.

- **العقود الإلكترونية هي عقود مساومة:** إن أنصار هذا الاتجاه يرون أن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة لأنه لا يتوافر على الخصائص التي تميز عقد الإذعان، فالموجب مثلا لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلي نظرا إلى عالمية الشبكة وطبيعتها والخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها أنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق[1].

و يخلص هذا الاتجاه إلى القول بأن العقد الإلكتروني ليس بالضرورة من تطبيقات عقود الإذعان، بل هو من عقود المساومة باستثناء العقود الإلكترونية التي تعد في الواقع عقود إذعان، كالعقود المبرمة إلكترونيا للحصول على الخدمات الضرورية كالماء، والكهرباء، والهاتف وخدمات

[1] منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، مقال منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، عدد 02، 2009 ص827. حمل من موقع،http//damascusuniversity.edy.sy/

الاشتراك في شبكة الانترنت، ويزيد أنصار هذا الرأي أن التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية من عقود الإذعان، ، يبدو أن هذا الرأي يعبر فعلا عن تبني أنصاره لفكرة الإذعان الكلاسيكية التي تستند أساسا على ضرورة توافر عنصر الاحتكار لاعتبار أن العقد عقد إذعان، وهذا في ظل الانفتاح الاقتصادي وانتشار المنافسة الحرة والعرض المتدفق لكافة أنواع السلع وإتاحة فرص كبيرة للمستهلك في اختيار شريكه في العلاقة التعاقدية، وبذلك يتلاشى عنصر الاحتكار.

إلا أن الملموس في الوقت الحالي هو استمرار عقد الإذعان وذيوعه وانتشاره حتى أضحى معضلة حقيقية تعترض سبيل المستهلكين[1].

- **مدى توافر صفة الإذعان في عقد الاستهلاك الإلكتروني:** إذا ما نظرنا إلى العلاقة التعاقدية في العقد الإلكتروني من حيث أطرافها، فإننا نلاحظ أنها في غالب صورها تجمع بين مستهلك بحاجة إلى الحصول على سلعة أو خدمة، وبين طرف محترف يعرض خدماته على الزبائن عن طريق وسائل تقنية حديثة.

أما إذا نظرنا إلى العقد الإلكتروني من حيث مضمونه ومدى تفاعل إرادة الطرفين في إنشائه، فإننا لا نكاد نقف على أسلوب تعاقدي تسوده روح المناقشة بين أطراف العقد، بل جل ما نجده هو عرض السلع والخدمات عن طريق أسلوب ترويجي يجلب المستهلك، ويثير فيه الفضول لمعرفة مزاياه، وإن كان ذلك بدون معاينة حقيقية للشيء المتعاقد عليه، فإذا وقع اختيار المستهلك على سلعة أو خدمة فما عليه إلا إتباع جملة من الإجراءات التقنية للوصول إلى إبرام العقد و هذا بالطبع لن يأتي له إلا بعد موافقة على كافة الشروط الواردة بالعقد الإلكتروني دون مناقشة، وفي الغالب يتعسر على المستهلك تتبع كل شروط العقد، وقراءتها بل أنه حتى ولو قرأها فإنه لا يستطيع فهم كل آثارها وإيعادها على التزاماته وحقوقه[2].

- **أهمية إضافة صفة الإذعان على عقود الاستهلاك الإلكترونية:** يمكن إضافة صفة الإذعان على عقود الاستهلاك الإلكترونية من إبطال الشروط التعسفية فيها باعتبارها عقود إذعان عملا بنص المادة 110 قانون مدني جزائري التي تقضي بتعديل العقد، أو الإعفاء الكلي من شروطه، ان

[1] رباحي أحمد، مرجع سابق، ص100.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص08.

كانت هذه الأخيرة تعسفية استثناءا على القوة الملزمة للعقد أين يمكن للقاضي أن يحذف الشروط التعسفية أو تعديلها، حيث ينتج اختلال التوازن العقدي بممارسة المهني لبعض الصور، يظهر من خلال المستهلك كطرف ضعيف ليس بيده إلا الخضوع أو الرفض الكامل للتعاقد[1]، حيث نص المشرع الجزائري في القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 29: "تعتبر بنود أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها المستهلك.

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

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

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

5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزامات دون أن يلزم نفسه بها.

6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

7- التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ خدمة.

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفضه الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

من استقراء هذه المادة نجد أن المستهلك يبدو طرفا ضعيفا في مواجهة البائع الذي سيتكفل وحده بصياغة بنود العقد ويضمنها ما يشاء من الشروط التي تخدم مصلحته، ويقدمها جاهزة للمستهلك الذي لا يملك إلا أن يوافق عليها وأن يقبل ما بها من شروط مجحفة، إضافة إلى فرض التزامات

[1] فلاح فهد المطيري، مرجع سابق، ص87.

على المستهلك، ووضع الشروط المتوافقة مع مصلحته واستخدام سلطته ونفوذه عن طريق التفرد بتعديل عناصر العقد كآجال التسليم أو تنفيذ الخدمة، وهذا ما يؤثر بشكل واضح على المستهلك، مما يظهر الطابع التسلطي والتحكمي الذي يمارسه المهني في هذه الحالة.

ومن جهة أخرى حدد المرسوم التنفيذي رقم 306/06[1] الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية في المادة 05 والتي تنص: "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

* تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و03 أعلاه.
* الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك.
* عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.
* التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
* النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
* فرض بنود لم يكن للمستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
* الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه 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 الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
* فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
* الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج/ر عدد 56، المؤرخة بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

* يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

* يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته".

أورد المشرع الجزائري هذه العناصر التي تعتبر تعسفية والتي توجب على القاضي إبطالها واستبعاد سلطته التقديرية وإقرارها كونها تعسفية في حق مستهلك السلعة أو الخدمة حيث تعتبر باطلة بقوة القانون، غير أن هذه العناصر ذكرها المشرع على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، مما لا يستبعد إمكانية إضافة الصفة التعسفية على شروط لم يتم ذكرها، فالعبرة بوجود بند في العقد يزيد من إخلال توازن العلاقة الاستهلاكية لصالح المحترف على حساب حاجة المستهلك، الذي توازن حمايته إبطال هذه الشروط.

غير أن المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية لم ينص على بند يتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، بالرغم من أن هذا النوع من التجارة يجعل من المستهلك طرفا ضعيفا لاسيما من حيث اعتبار الطرف المتعاقد معه محترفا قد يفرض شروطا تعسفية عليه بالإضافة إلى اعتبار عقد التجارة الإلكترونية عقد إذعان الذي يتميز بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر أين يتم فرض عليه مجموعة من الشروط، فيقبلها جملة دون مناقشتها فالتعاقد عبر الويب أو عبر التطبيقات الرقمية المعدة سلفا من قبل المحترفين العارضين للسلع والخدمات، يستبعد إمكانية مناقشة المستهلك للشروط المتعلقة بالعقد، نظرا لكونها على شكل عقود نموذجية أو نمطية

وقد أشار المشرع الجزائري إلى بعض البنود قد تحمي المستهلك الإلكتروني من هذه الشروط، ففي نص المادة 11 أوجب على مقدم العرض الإلكتروني (المورد) أن يتضمن عرضه على سبيل الإلزام جملة من النقاط نذكر منها مثلا كيفيات ومصاريف وآجال التسليم، شروط فسخ العقد عند الاقتضاء، وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية وذكر هذه العناصر على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ونص المشرع الجزائري كذلك في نص المادة 12 على إلزامية وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث تمكنه من التعاقد بعلم ودراية تامة والتحقق من تفاصيل الطلبية.

إلا أن هذه النقاط غير كافية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية عند التعاقد إلكترونيا، لذا كان من الأحسن تحديد عناصر الشروط التعسفية وكيف يتم اعتبار شرطا تعسفيا وكيف يتم حماية المستهلك.

الباب الثاني: حماية المستهلك عند تنفيذ العقد الالكتروني وبعده

تشهد العقود الالكترونية نموا متصاعدا حيث باتت تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة على العموم داخلة كانت أو خارجية، ويتم تجسيد هذه التجارة عبر الأساليب التعاقدية، التي وان استمدت أركانها من القواعد العامة، الا أنها تتفاوت في صورها وتتنوع في طبيعتها وتتطور في أحكامها على نحو يضفي عليها الكثير من الخصوصية، فهي تبرم في عالم افتراضي يختلف عن العالم العادي، الا أن الاشكال يطرح عند تنفيذ هذا الشكل من العقود.

فنظرا لانعقاد هذه الأخيرة في بيئة الكترونية وغالبا عبر شبكة الأنترنت، فان طريقة تنفيذ هذه الالتزامات تختلف، حيث قد يتم التنفيذ عبر الشبكة دون الحاجة الى اللجوء الى العالم المادي، ويلتزم المستهلك بالسداد من خلال نقود الكترونية، أو ينفذ العقد في العالم المادي مثله مثل العقد العادي، وفي كلتا الحالتين يحتاج المستهلك الى حماية قانونية تكفل له حقوقه.

لذا سوف يتضمن هذا الباب، دراسة وتوضيح للحماية التي منحها المشرع الجزائري للمستهلك في آخر مرحلة من مراحل العقد، فتطرقت فيه الى فصلين: الأول بعنوان حماية المستهلك عند تنفيذ العقد الالكتروني، وتضمن الفصل الثاني حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد الالكتروني.

الفصل الأول: حماية المستهلك عند تنفيذ العقد الالكتروني

يبقى المستهلك الالكتروني الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، مما يتطلب حمايته عند تنفيذ العقد الالكتروني خاصة حماية بياناته الشخصية ووسائل الدفع الالكتروني الخاصة به، وفرض نوع خاص من الشكلية يتناسب مع خصوصية هذا العقد.

المبحث الأول: حماية البيانات الشخصية للمستهلك ووسائل الدفع الالكترونيين.

إن إبرام المعاملات الالكترونية يؤدي في أغلب الأحيان إلى افضاء المستهلك بكثير من المعلومات الشخصية والبيانات الاسمية للمتعاقد معه، يتم ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة قبل أو أثناء إبرام العقد، وعند التعامل بوسائل الدفع الالكتروني لاتمام هذا النوع من التعاملات.

المطلب الأول: حماية البيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني

يسهل التعرف على بيانات المستهلك كذلك من خلال تتبع استخدامه للإنترنت للكشف عن ميوله ورغباته. وهنا تثار اشكالية توفير الحماية القانونية للمستهلك، خاصة تلك المتعلقة بحماية من الاطلاع على بياناته الشخصية التي يقدمها قبل أو أثناء ابرام العقد الإلكتروني.

الفرع 01: الحماية المدنية للبيانات الشخصية والتجارية للمستهلك الالكتروني

أولا: تعريف الحق في الخصوصية: مصطلح الخصوصية في الأصل هو مفهوم يشير إلى نطاق الحياة الخاصة وفي العقود الأخيرة تطور على نطاق أوسع ليتضمن الحق في السيطرة على البيانات الشخصية، وفي عالم الانترنت توجد مواقع كثيرة تجمع البيانات والمعلومات الشخصية عبر الأشرطة الإعلانية ونستخدمها بوسائل وأساليب وشروط تتنافى مع سياسة الخصوصية لتلك المواقع والمتاجر الإلكترونية وتتمكن مواقع ومتاجر الكترونية كثيرة من بناء قواعد بيانات خاصة بالزبائن عن طريق التعامل من طرف ثالث، وهذه القواعد تتضمن مئات الملفات الشخصية التي تستخدم في دعم الأعمال والتجارة الإلكترونية على الانترنت[1].

أ/ التعريف الفقهي للحق في الخصوصية: اختلف الفقه في إعطاء تعريف جامع ومانع لهذا الحق، وذلك لمرونة ونسبية هذا المفهوم، يرى جانب من الفقه أن الحق في الخصوصية يتمثل في "الحق في الحياة الشخصية والأسرية والروحية للفرد عندما يعيش في مسكنه وراء بابه المغلق" ويعرف

[1] نوري منير مرجع سابق، ص306

جانب آخر من الفقه الأمريكي بأنه : "حق الشخص في أن يعيش حياته كما يريد مع أقل حد ممكن من التدخل"، في حين عرفه الفقه الفرنسي بأنه "المجال السري الذي يملك الفرد شأنه سلطة استدعاء أي تدخل من الغير وهو حق الشخص في أن يتحرك هادئا أو يمنع التدخل في أموره الشخصية والذاتية"[1]، وعلى الرغم من أن الجميع متفق على أن للفرد الحق في حماية حرمة حياته الخاصة من الناحية القانونية إلا أنه لم يتفق اثنان على تعريف واحد لهذا الحق تعريفا كاملا شاملا نظرا لاختلاف المجتمعات والمعتقدات وهذا ما أكده وزير العدل الهولندي حين قال : "ان لفظ الحياة الخاصة على الرغم من أنه يغطي مجالا واسعا في القانون إلا أنه يصعب تحديد اطاره فالكتابات والدراسات المختلفة عن الحق في الحياة الخاصة لا يوجد فيها تعريف واحد هو محل اتفاق سواء أكان على مستوى الفقه أو القضاء أو التشريع أو حتى على المستوى الإقليمي والدولي ". [2]

ب/ تعريف الحق في الخصوصية تشريعا: تكاد أغلب التشريعات تخلو من تعريف الحق في الخصوصية أو ما يعرف بالحق في الحياة الخاصة إلا أن النصوص القانونية والمواثيق الدولية التي حثت على حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة عديدة وكثيرة في الاتفاقيات والمعاهدات التي انكرت التدخل السافر للتقنيات الحديثة في الحياة اليومية للفرد دون تنظيم ولا قيود، ومنها الإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1948، والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1966، حيث أقرت المادة السابعة عشر منها على : "عدم جواز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني في خصوصيات أحد أو لعائلته أو بيته أو مراسلاته، كما لا يجوز التعرض بشكل قانوني لشرفه وسمعته"، وأضافت هذه الاتفاقية في الفقرة الثانية من المادة نفسها: "على لكل شخص الحق في الحماية القانونية ضد أي تدخل أو تعرض"، كما أقر الميثاق العربي لحقوق الإنسان حرمة الحياة الخاصة في المادة السادسة منه تؤكد على أن: "للحياة الخاصة حرمة مقدسة والمساس بها جريمة وتشمل هذه الحياة

[1] خميخم محمد مرجع سابق، ص136، أنظر كذلك عبد الرحمن خلفي الحق في الحياة الخاصة في تشريع العقابي الجزائري، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مقال نشر في مجلة البحوث والدراسات، عدد12، جامعة الوادى، الجزائر، 2011، ص155.

[2] بن سعيد صابرينة حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا الاعلام والاتصال أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر،2014-2015، ص09.

خصوصيات الأسرة وحرمة السكن وسرية المراسلات وغيرها من وسائل المحادثة الخاصة ولا يجوز المساس بها إلا في حدود القانون".

ما ذكرناه من مواثيق واتفاقيات دولية هو على سبيل المثال فقط فهي عديدة لا تحصى،و فيما يخص حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة على صعيد القانون الداخلي فقد أقرت مختلف الدساتير وأوجبت حمايته ومنها الدستور الجزائري[1]، وحرصت كافة الدول على اختلاف أنظمتها القانونية والاجتماعية والاقتصادية على صيانة الحياة الخاصة لكل مواطن من مواطنيها.

ثانيا: تعريف البيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني: البيانات التي تدخل في عداد الحياة الخاصة كقاعدة لا يجوز معالجتها في أجهزة الحاسب الآلي، ويدخل فيها المعلومات التي تتصل بالعقائد الدينية والسياسية والفلسفية، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات منها رضاء صاحب الشأن وضرورات المصلحة العامة، فالبيانات الإسمية التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية هي البيانات المتعلقة بالأشخاص أطراف التعاقد ومنهم العملاء وذلك عندما يتعلق الأمر بطلب السلع والخدمات، وهناك بيانات تتعلق بالعاملين في ذات المشروع التجاري وبيانات تتعلق برغبات المستهلك وميوله[2]، وقد تناول الفقه موضوع البيانات الشخصية الالكترونية وعرفها على أنها: " البيانات الشخصية التي تتعلق بالحياة الخاصة للمرء أو الفرد، كالبيانات الخاصة بحالته الصحية أو المالية أو الوظيفية أو العائلية، عندما تكون هذه البيانات معالجة آلية"، ويعرفها جانب آخر من الفقه بأنها: "كل ما يتعلق بالمعلومات الشخصية التي تخص الشخص الطبيعي في مجال التقني".[3]

مما سبق يمكن القول بأن البيانات الشخصية الالكترونية هي: "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 الالكترونية". فالبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني قبل أو أثناء أو بعد إبرامه لعقود التجارة الالكترونية هي البيانات المتعلقة بشخصه باعتباره أحد أطراف العقد.

---

[1] المادة 46 من الدستور الجزائري لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون – سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل اشكالها مضمونة

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية الكتاب الأول، نظام التجارة الالكترونية حمايتها مدنيا ، مرجع سابق، ص230.

[3] خميخم محمد، مرجع سابق، ص141.

ثالثا: تعريف البيانات الشخصية الالكترونية تشريعيا:

عرفت بعض التشريعات المقارنة البيانات الشخصية من بينها التوجيه الأوربي رقم 95/46/CE في المادة الثانية منه بأنها: "البيانات التي تتعلق بشخص معروف أو قابل للتعريف أو غير ذلك من المميزات الشخصية والجسدية والعقلية والاقتصادية والثقافية أو الهوية الاجتماعية أو عبر البيانات المحفوظة لدى المراقب [2]، وأخذ التشريع الفرنسي بنفس التعريف وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون حماية البيانات الشخصية رقم 1787/17 المؤرخ في 06 كانون 1978[3] المعدل والمتمم لأكثر من مرة آخرها سنة 2014.[4]

أما التشريع التونسي فقد عرفها في القانون الاساسي المتعلق بحماية المعطيات الشخصية في الفصل الرابع:" 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 "[5]

رابعا: الحماية التقنية والمدنية للبيانات الشخصية والتجارية للمستهلك الالكتروني

بيئة الانترنت تمثل تهديدا حقيقيا للحق في الخصوصية والحريات العامة من خلال جمع البيانات الشخصية وتخزينها وتبادلها ونقلها، بسبب المقدرة المتقدمة لنظم المعالجة الالكترونية على كشف المعلومات المتعلقة بالأفراد، واصبح من الواضح أن حماية الخصوصية يتعين أن تمتد من مجالات الانترنت المتطورة، وأن يتم احداث توازن ما بين الحق في الخصوصية وبين الحق الوصول الى المعلومات حتى التغيير في الواقع التكنولوجي عكس نفسه على حقل الحماية القانونية

[2] Directive 95/46/CE parlement européen et du conseil de l'union européenne du 24/10/1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces donnés

[3] Loi N°78/17 du 6 janvier 1978 relative à l'information que, aux fichiers et aux libertés

[4] Loi N°2014/344 du 17 mars 2014

[5] القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 2004/07/27 والمتعلق بحماية المعطيات الشخصية الصادر بالرائد الرسمي عدد 61 بتاريخ 2004/07/30 ص 2084

في الخصوصية بأبعادها التنظيمية والمدنية، وبدأت تكثر الاحاديث بشأن دعاوى الاستخدام غير المشروع المعلومات والوثائق الشخصية [1].

أ/ الحماية التقنية للبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني:

تتنوع وسائل الحماية التقنية للبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني ما بين الوسائل المتاحة للجميع والوسائل المحتكرة من طرف المؤسسات التجارية كالبنوك والمواقع الالكترونية.

1* وسائل الحماية التقنية المتوفرة للجميع: وهي عبارة عن تقنيات الكترونية بسيطة تسمح بالتأكد من شخصية صاحب البيانات عند لجوئه للمواقع الالكترونية أو البنك الالكتروني الذي يحتوي على نقود إلكترونية [2] ونذكر منها ما يلي:

* تقنية التأكد من شخصية المستخدم: هي تقنية تسمح باستخدام النظام أو شبكة من قبل الشخص المخول له هذا الاستخدام وتضم هذه التقنية كلمات السر بأنواعها والبطاقات الذكية التي تستخدم للتعريف، اضافة الى تقنية التعريف البيولوجية والتي تتمثل في استعمال سمات معنية تتوفر في شخص المستخدم مثل: بصمة الأصابع والتوقيع الالكتروني وبصمة الصوت وبصمة الأذن والعين، فتقنية التعريف والتأكد من الهوية او شخصية المستخدم من شأنها ان تمنع الآخرين من عدم الاطلاع على البيانات الشخصية للمستهلك عند قيامه بشراء السلع والخدمات عبر شبكة الانترنت.

* تقنية كشف مضادات الفيروسات: من أخطر صور الاعتداء التي تتعرض لها المواقع على الانترنت والحاسبات والبرامج هو ما يسمى بالفيروس الذي تسبب في تدمير أجهزة البرامج والمعلومات ونظرا لخطورة هذه الفيروسات وآثارها المدمرة على النشاط المعلوماتي التجارة الالكترونية ظهرت حملة شرسة لمقاومتها من خلال أساليب الوقاية او العلاج وتتمثل في:

1/ اتخاذ الإجراءات الاحتياطية لمنع الإصابة بفيروس او انتشاره حيث ينبغي توخي الحيطة والحذر بصفة دائمة نظرا لكثرة وتعدد وتطور أنواع الفيروسات ومن ثم يتعين البحث عن حلول مستمرة.

---

[1] وليد السيد سليم، ضمانات الخصوصية في الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص213.

[2] بن سعيد صابرينة، مرجع سابق، ص 204

2/ مراجعة نظام التشغيل والملفات بشكل دوري ومستمر بحثا عن الفيروسات ومراجعة الأجهزة من وقت لآخر درءا لخطر الفيروس.

3/ ظهور وسائل لمقاومة الفيروسات والحصانة منها وهي متطورة بتطور الفيروسات، فهنالك برامج للحماية تتعدد أنماطها وأنواعها ووظائفها وبرامج مضادة للفيروس antivirus التي تقوم بمسح الدوري للقرص الصلب والأمصال vaccines التي تقوم بفحص البرامج لاكتشاف الفيروس.

4/ وهناك برامج لقتل الفيروس ومقاومته حيث تقوم بمسح برامج الفيروس من النظام ومنع انتقال عدواه الى برامج أخرى.

الا أن حجم تطبيق هذه التقنية يكشف عن وجود ثغرات تقنية كبيرة بحسب رأي الخبراء في هذا المجال والدليل على ذلك أن هناك تسابق ما بين مطوري البرامج الضارة من جهة، وبرامج مضادات الفيروسات من جهة أخرى.

2* وسائل الحماية التقنية المخصصة لمستخدمي المواقع الالكترونية:

تواجه المتاجر الالكترونية صعوبة كبيرة تتجسد في ضرورة تحقيق التوازن بين الحصول على قدر كاف من البيانات والمعلومات الشخصية التي تخص المستهلك من جهة، وعدم انتهاك خصوصية هذا المستهلك من جهة أخرى وهناك مواقع الكترونية تتعقب المستهلك عبر الانترنت وترصد سلوكه وزياراته ومشترياته وتجمع عنه البيانات والمعلومات وتستخدمها وتوزعها دون موافقة الزبون[1]،وبذلك أصبح لازما على هذه المواقع أن تضمن خصوصية البيانات الشخصية للمستهلك فاعتمدت تقنيات متعددة لذلك نذكر منها:

*برنامج تفضيلات الخصوصية: هذا البرنامج صممه اتحاد الشبكة العنكبوتية العالمية، من أجل تمكين المستهلك من الاختيار بخصوص التعامل مع البيانات والمعلومات الشخصية التي يدلي بها إلى المتجر الالكتروني، وهذا ما يتيح للزبون فرصة المقاربة بين سياسة الخصوصية التي يعتمدها ويتبناها المتجر الالكتروني وبين المعايير الشخصية التي يفضلها الزبون بخصوص هذه المسألة والكشف عن البيانات والمعلومات الشخصية سواء لاستخدامها من جانب المتجر الالكتروني أو من

[1] نوري منير، مرجع سابق، ص305.

جانب طرف ثالث،[1]إضافة إلى أن المتجول عبر هذه المواقع الالكترونية يكشف أن هناك المئات من المواقع التي تروج الخصوصية وهذا تطبيقا لقوانين مكان تواجد المقرات الرئيسية أو القانونية لهذه الشركات أو المؤسسات وكذا تقديم خدمات ومنتجات عبارة عن برامج الكترونية من شأنها أن تحمي الخصوصية والبيانات الحساسة المتعلقة بالشخص، حيث تقوم بإظهار ما تنتجه من تقنيات وبرامج عن طريق المواد الاعلانية، سواء في موقعها الالكتروني أو في وسائل الاعلانات الاخرى المخصصة لذلك.

*تقنية التشفير الالكتروني: التشفيرهو:" تغيير في البيانات عن طريق الرموز أو الاشارات لمنع الغير من معرفتها أو تعديلها، وعرف بأنه عبارة عن أرقام مطبوعة لمحتوى المعاملة التي يتم توقيع عليها بالطريقة نفسها باستعمال مفاتيح سرية"، ويرى بيونان بوشرباغ :lionel bochurberg "بأنه مجموعة من التقنيات تهدف إلى حماية المعلومات بفضل استعمال بروتوكولات سرية تجعل البيانات مشفرة غير مفحوصة لدى الغير بواسطة البرامج المخصصة لذلك"[2].

يتضح من هذه التعريفات أن التشفير عملية تحويل المعلومات إلى رموز غير مفهومة لمنع الغير من الاطلاع عليها أو فهمها، لهذا تنطوي عملية التشفير أساسا على تحويل النصوص العادية إلى نصوص مشفرة؛ وهي الوسيلة الأكثر أهمية في توفير الحماية التقنية للبيانات الشخصية للمستهلك، فتشفير البيانات المتبادلة ما بين المستهلك والمتدخل، والتثبت منها لدى فك التشفير والتأكد أن الرسالة الالكترونية لم تتعرض لأي نوع من التعديل أو التغيير، يعتبر من التقنيات المهمة لحماية هذه البيانات من القرصنة أو الاطلاع غير المشروع عليها"

*تقنية الجدران النارية: هي جدران تقوم بالصد الأمامي لجهاز الحاسوب الخاص والذي يمنع التلصص على المعلومات الشخصية التي يشملها الحاسوب فيحمي الجهاز عندما يكون المستخدم متصل بشبكة الانترنت؛ حيث يقوم الحائط الناري بالكشف والتحري عن البيانات القادمة والخارجة من وإلى الجانب الشخصي وتوقيفها لحين أخذ القرار بسماح المرور لهذه البيانات من صاحب

[1] خميخم محمد، مرجع سابق، ص 144.

[2] ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، عدد خاص، الكويت، 2003 ص180.

الحاسب في حالة رفض مرور هذه البيانات من قبل المستخدم يقوم الحائط الناري بمنع الحاسوب من ارسال أي معلومات.[1]

وتعتمد الشبكات والمواقع الالكترونية التي تملكها المؤسسات والشركات الكبيرة على الجدران النارية والتي لا ينحصر دورها فقط في الحماية بل بتعدي ذلك إلى انشاء الشبكات الافتراضية الخاصة ورقابة محتوى البيانات وحتى ادارة نوعية هذه البيانات.

ب/الحماية المدنية للبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني:

تقوم فكرة الحماية التنظيمية للبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني على المبادئ العامة التي تحكم مجال التجارة الالكترونية لتحقيق نظام متكامل لحماية الخصوصية المعلومات المستهلك فأحاطه البيانات الشخصية بسرية يساعد على نمو وازدهار التجارة سواء تعلق المستهلك أو البائع أو صفقة البيع ذاتها وبيانات وسيلة الدفع وغيرها.

لذلك نجد أن التشريعات المقارنة اهتمت بهذه المسألة ووضعت حماية المدنية من شأنها أن تخلف الثقة والأمان في المعاملات الالكترونية

1/ الحماية الدولية للبيانات الشخصية:

- منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية 1980: يعتبر دليل هذه المنظمة المصدر الأساسي للتشريعات الوطنية حيث تطبق قواعده على جميع البيانات المرتبطة بهوية الأفراد ولكافة أنواع ووسائل المعالجة الآلية للبيانات ذلك أنه يتضمن المبادئ الأساسية التي أصبحت تعرف بمبادئ الخصوصية ويمكن إجمالها في الآتي:

– تقييد كيفية جمع البيانات الاسمية مع فرض قيود على هذه العملية بحيث تحصل بطريقة شرعية قانونية بعيدا عن الاكراه والخداع وبمعرفة الشخص المعني.

– تجميع البيانات الاسمية على أساس غرض محدد، ضروري مبني على أساس من الصحة والمشروعية.

– يجب تحديد المدة الزمنية لحفظ البيانات حيث تمحى هذه البيانات بعد انتهاء هذه المدة.

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 270.

– يجب ألا يتم إفشاء البيانات الاسمية ولا تكون متاحة لغير الاغراض المحددة للجمع والمعالجة، باستثناء الحالات التي يتوفر فيها رضا صاحب البيانات او الحالات التي يقرها القانون.

– يجب اقتران الحماية القانونية للبيانات الاسمية بالحماية التقنية.

– يجب ان يحظى الفرد بحق المعرفة فيما إذا كانت هناك بيانات شخصية تكون له لدى جهة المعالجة، واعطاء الحق له في التواصل مع هذه الجهة ان وجدت[1]. اتفاقية مجلس أوروبا (ستراسبورغ) 1981: وتتعلق هذه الاتفاقية بقواعد نقل البيانات خارج الحدود. وذلك عند اتصال الحواسيب الآلية بعضها ببعض بطريقة تؤمن سريتها بحيث لا يكون هناك فرق فيما يتعلق بحقوق صاحب البيانات بالنسبة لعمليات المعالجة التي تتخذ وجودها في دولته أو في عدة دول؛ أي أن صاحب البيانات يحصن بنفس الإجراءات الوقائية لحماية حقوقه مهما اتسعت الرقعة الجغرافية التي تنقل إليها بياناته، وقد كان سبب وجود هذه الاتفاقية وجود قلق لدى أصحاب البيانات التي قد تهدر قواعد الحماية عندما تنقل عمليات المعالجة الى دول لا تتوفر قواعد الحماية فتتوسع رقعة المعالجة الجغرافية دون وجود التزامات قانونية مع غياب قواعد الرقابة والتحكم[2]

وقد نصت الاتفاقية على نفس المبادئ المنصوص عليها في دليل منظمة التعاون الاقتصادية والتنمية السالف ذكرها، يضاف إليها مبادئ تتعلق بإجراءات حماية خاصة بنوع معين من البيانات وهي البيانات الحساسة المتعلقة بالأصل العرفي والآراء السياسية والمعتقدات الدينية الايديولوجية.

- دليل الأمم المتحدة حول ملفات البيانات الشخصية المؤمنة هافانا 1990: يتعلق هذا الدليل بالبيانات الشخصية المؤمنة في القطاعين العام والخاص ويتيح للدول أن تطبق قواعده على الملفات اليدوية والبيانات الخاصة بالأشخاص المعنوية كما أنه يعنى بقطاع المنظمات الدولية الحكومية ويقر وجود رقابة واشراف بشأن الالتزام بمبادئ الدليل من قبل هذه المنظمات.

---

[1] يونس عرب، الخصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي، الجزء الثاني خصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي اتحاد المصارف العربية، الطبعية الأولى، الأردن، 2002 ص 450

[2] اتفاقية مجلس أوروبا متاحة على موقع www.convention.com وقد تم تعديل الاتفاقية عن طريق بروتوكول اضافي بتاريخ 2001/11/08

- الدليل الأوروبي رقم 66/97: ويتعلق هذا الدليل بحماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في قطاع الاتصالات واستنادا إلى التقرير الخاص بهذا الدليل عقدت ورشة عمل تحت عنوان "حماية الخصوصية في مجتمع الشبكات العالمية 1998"، وفي سنة 2000 أصدرت اللجنة الأوربية نموذجا جديدا للدليل.

2/ حماية التشريعات الوطنية للبيانات الشخصية مدنيا:

قد قامت أغلب التشريعات المقارنة بحماية البيانات الشخصية، ووضعت ضمانات لذلك تتمثل في تنظيم جمع المعلومات واستخدامها وتخزينها، ووضع إجراءات تأمين تلك المعلومات من الضياع أو التلف أو كشفها أو الحصول عليها من أطراف أخرى، وأن يعلم الفرد حالات الاطلاع أو الدخول غير المسموح به على بياناته الشخصية، وسنحاول ذكر بعض طرق الحماية في التشريعات المقارنة:

* الحماية المدنية للبيانات الشخصية في القانون الفرنسي: يلتزم المشرع الفرنسي بمستوى من الحماية التشريعية الشاملة التي جاء النص عليها في الاتفاقية الأوربية المتعلقة بحماية الأفراد بالنظر الى المعالجة الآلية للبيانات الشخصية لسنة 1987[1]، وقد قام المشرع الفرنسي بوضع ضمانات يتعين توافرها لكي تكون معالجة البيانات الشخصية قانونية ومشروعة منها:[2] تعالج بشكل عادل وقانوني وتجمع لأغراض محددة وصريحة ومشروعة، وأن تكون دقيقة وضرورية لأغراض المعالجة وأن يتم حفظها في شكل يسمح معرفة هوية صاحبها مع وضع البيانات لفترة لا تزيد عما هو ضروري لتحقيق الغرض من جمع ومعالجة تلك البيانات.

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الفرنسي قد حدد في المادة 09 من القانون المدني الشروط التي يمكن للقاضي بمقتضاها اتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة لحماية الحق في الحياة الخاصة والمنصوص عليها مادام يشكل ترويجها انتهاكا للحق في الخصوصية.[3]

[1] Rapport on privacy, Data Protection and Copyright Interaction in the context of electronic, Copyright Management Systems Institute for INFORMATION LOW AMASTERDAM, June 1998, Faculty of Law, University of AMASTERDAM, 1998, p11.
[2] Loi n° 78/17 du 06 Janvier 1978, Article06.
[3] Le Pen Jean – Marie et de M. Fode Sylla, TGI Nanterre, (app, Paris du 08mars 1996) utilise des portraits photographiques d'hommes politiques, le principe du droit à l'image et à la protection de la vie privée, fait application de l'article 09 du code civile.

* الحماية المدنية للبيانات الشخصية في القانون الأمريكي: لا يوجد في الولايات المتحد الأمريكية قانون شامل واحد كتشريع للخصوصية يحكم جميع المعلومات الشخصية واستخدامها سواء على الأنترنت أو خارج نطاق الأنترنت، ولكن هناك قوانين متنوعة تحكم جمع واستخدام المعلومات الشخصية، ولكل قانون عنوان محدد يغطي القطاع الاقتصادي أو الصناعي أو يطبق على الأنشطة الحكومية، نذكر منها[1]:

– قانون الخصوصية لعام 1974: وضع هذا القانون قواعد توفر الممارسة العادلة التي تحكم جمع المعلومات الشخصية واستخدامها وحفظها ونشرها التي تتعلق بالأفراد.

– قانون حرية المعلومات: المعروف باسم FOIA عام 1966، صدر هذا القانون لإتاحة فرصة أكبر للشعب الأمريكي للاطلاع على سجلات الحكومة الفيديرالية، وقد تم التأكيد عليه سنة2005 بالأمر التنفيذي رقم 13392 المؤرخ في ديسمبر2005.

– قانون مواءمة الحاسب الآلي وحماية الخصوصية 1988: يهدف الى تنظيم انشاء سجلات للمعلومات الالكترونية أو بيانات أو برامج تصفح حيث يحمي المعلومات الشخصية من تدخل أو حتى سوء الاستخدام للمعلومات عن الحكومة.

– قانون خصوصية معلومات المستخدم 1996: يتضمن حماية تشريعية لخصوصية المعلومات الخاصة بالاتصالات السلكية واللاسلكية.

* الحماية المدنية للبيانات الشخصية في القانون المصري: ان حماية المعلومات في التشريع المصري تقتصر على أنواع محددة من المعلومات مثل:

– بيانات الأحوال المدنية: حيث نصت المادة 09 من القانون رقم260 لسنة 1960 في شأن الأحوال المدنية المعدل والمتمم على أنه: "لا يجوز نقل السجلات المنصوص عليها في هذا القانون من المكاتب المختصة وتعتبر سرية ما تحتويه هذه السجلات من بيانات..."

– الحسابات البنكية والمالية والائتمانية: نصت على ذلك المادة الأولى من القانون رقم205 لسنة 1990 بشأن سرية الحسابات البنكية ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانا عنها بطريق مباشر أو غير مباشر الا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو ورثته.

[1] وليد السيد سليم، مرجع سابق، ص456.

* الحماية المدنية للبيانات الشخصية في القانون الجزائري: بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يعرف الحق في الخصوصية، إلا أنه أشار إلى الحقوق الملازمة للشخصية في المادة 47 من القانون المدني، إذ تعتبر الحق في حرمة الحياة الخاصة من الحقوق الشخصية للإنسان، كما تنص المادة 46 من القانون رقم01/16 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري، على أنه: "لا يجوز إنتهاك حرمة المواطن الخاصة وحرمة شرفه، ويحميهما القانون. سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة." وبهدف توفير حماية فعالة للبيانات الشخصية للمستهلك، فقد أكد المشرع الجزائري في المادة 26 من قانون التجارة الالكترونية، أنه: "ينبغي على المورد الالكتروني الذي يقوم بجمع البيانات الشخصية ويشكل ملف الزبائن والزبائن المحتملين أن يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية، كما يجب عليه:

–الحصول على موافقة المستهلكين الالكترونيين قبل جمع البيانات.

–ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات.

–الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المفروضة في هذا المجال.

يتم تحديد كيفيات تخزين وتأمين البيانات الشخصية وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما."

ومن خلال ما سبق فإن المشرع الجزائري يخطو خطوة مهمة بهدف توفير الضمان والحماية اللازمة لبيانات المستهلك.

فرع 02: الحماية الجنائية للبيانات الشخصية والتجارية للمستهلك الإلكتروني

يدلي المستهلك الالكتروني بكثير من المعلومات الشخصية والبيانات الاسمية عند ابرام المعاملات الالكترونية للمتعاقد معه، كما سبق وان وضحنا، الا أنه يتم استخدام البيانات المذكورة أحيانا في غير الأغراض المخصصة لها مثل التصنيف الجنائي والسياسي أو لأهداف تجارية.[1]

ولذلك أثارت التجارة الإلكترونية مسألة هامة وهي كيفية حماية المستهلك عند قيامه بالتعاقد خاصة من عدم الاطلاع على بياناته الاسمية أو الشخصية والتي يقضي بها بصورة مباشرة أو غير مباشرة قبل أو أثناء عملية ابرام العقد، فهذه البيانات يمكن الوصول إليها بطريق غير مباشر عبر وسيلة الافراد في الاتصال بالشبكة ومن خلال ما يسمى "بروتوكولات الاتصال" وهي بروتوكولات

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص115.

موحدة تساهم في نقل كم هائل من المعلومات بين أجهزة الكمبيوتر والمعلومات الموجودة على صفحات شبكة تخزن عن طريق لغة "HTML" وتنقل المعلومات عن طريق بروتوكول "HTTP " حيث يمكن من الوصول إلى رقم جهاز الكمبيوتر المتصل وعنوان رقم "IP" الدائم أو المتغير للكمبيوتر المتصل[1]، كما أن المستهلك الإلكتروني عند تصفح لمواقع يملأ استمارات الدخول في خدمة أحدها والتي تسجل وتحفظ لدى الموقع.

ومن الطبيعي وفي ضوء مشكلات التجارة الإلكترونية يسبب عرض البيانات الشخصية أو الإسمية الاعتداء، مما ألزم مختلف التشريعات الدولية والوطنية لتجريم هذه الاعتداءات، ووضعت قيودا على الحكومات والاجهزة الإدارية العامة والخاصة والافراد بصدد انشاء أنظمة معلوماتية، حيث يحظر تخزين المعلومات الشخصية التي تمس الحريات والحياة الخاصة ويحظر انتهاك السرية والخصوصية واستخدام بيانات التجارة الالكترونية في غير الاغراض المخصصة لها.

أولا: الحماية الجنائية للبيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني في التشريعيات الدولية

1) **مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية[2]:** أقرت لجنة التجارة والتنمية في دورتها الثانية بعنوان " حماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية " في مذكرة نشرت على موقع الامم المتحدة أنه من التحديات المطروحة المتعلقة بالخصوصية وحماية البيانات الافتقار إلى معرفة كيفية استخدام البيانات المحمية على شبكة الأنترنت، وتحديد الجهة المسؤولة عن الانتهاكات المتعلقة بالبيانات وتقاسم البيانات من الأطراف الثالثة والقانون المطبق والولاية القضائية، حيث يدعو المبدأ التوجيهي إلى وضع الضوابط المناسبة لحماية بيانات المستهلك المالية من الاحتيال أو اساءة الاستخدام."
وأضيف في المذكرة كذلك على أن منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي تؤكد على أنه يجب على المؤسسات التجارية أن تسيطر على الأخطار التي تحدق بأمن البيانات الرقمية وأن تطبق الاجراءات المعمول بها في إطار العمل من أجل الحد من الآثار السلبية المتعلقة بمشاركة المستهلك في التجارة الإلكترونية أو التحقيق من وطأتها.

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الحماية الجنائية لنظام التجارة الالكترونية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 58.

[2] مذكرة من أمانة الأونكتاد، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية بعنوان حماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية 24 أفريل 2017، مرجع سابق.

2) **المعاهدات والاتفاقيات الأوروبية :** لقد تضمنت المبادرة الأوروبية في مجال حماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني جنائيا قواعد مختلفة، نصت عليها كل من المعاهدة الأوروبية المتعلقة بحماية الأشخاص تجاه المعالجة الآلية للبيانات ذات الصبغة الذاتية الموقعة في ستراسبورغ في 28 يناير1981، والاتفاقية الأوروبية الخاصة بمكافحة الجريمة المعلوماتية الموقعة ببودابست في 2000/11/23 وقدمت توصيات مختلفة للدول الأعضاء للنص في قوانينها الداخلية على وجوب احترام حق الخصوصية وحماية البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني من التجاوزات والجرائم الماسة بالمستهلك وتعاملاته.

3) **الحماية الجنائية للبيانات الشخصية في التشريع الأمريكي:** في الوم أ هناك أكثر من قانون لحماية الخصوصية المعلوماتية للأفراد، ويمكن تبيان موقف المشرع الأمريكي من خلال موقف المشرع الفيدرالي والمشرع الولائي الأمريكي.

أ/موقف المشرع الفدرالي: لقد فرض المشرع الفدرالي حماية لخصوصية الأفراد المعلوماتية من خلال قانون الخصوصية لعام 1974 بعد أن كانت الحماية تختصر على حق المستهلك في معرفة من يطلع على بياناته الشخصية في نطق المعاملات المالية لسنة 1970، حيث يهدف قانون الخصوصية إلى حماية الحياة الخاصة للمواطن الأمريكي في مواجهة الحاسب الآلي الذي بات يهددها بشكل متزايد ومستمر، وأتبع هذا القانون بإصدار قانون حماية خصوصية المستهلك 1997، وقانون خصوصية الاتصالات لعام 1997.[1]

ب/موقف المشرع الولائي الأمريكي: تأخذ سياسة التشريع الولائي الأمريكي أبعادا متفاوتة فيما بينها، اذ هناك مثلا المشرع بولاية كاليفورنيا ارتقى بحماية الخصوصية إلى المستوى الدستوري، وأصدر مشرع ولاية نيويورك قانون الحريات المدنية والذي يتضمن أيضا حماية فعالة للخصوصية كحظر الحيازة غير المشروعة لأسماء الأشخاص (انتحال الشخصية) بغرض الاستخدام التجاري، كما أن القانون ضيق من الدخول إلى البيانات الإسمية عبر المؤسسات[2].

[1] خميخم محمد، مرجع سابق، ص 167.

[2] هروال هبة نبيلة، جرائم الانترنت أطروحة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013-2014، ص120.

4) **الحماية الجنائية للبيانات الشخصية في التشريع الفرنسي:** المشرع الفرنسي على جرائم الاعتداء على البيانات الشخصية في المواد من 12/226 – 24/226 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد[1] ، وتمثلت في جرائم سلبية واقعة على البيانات الشخصية وأخرى جرائم ايجابية يمكن ايجازها فيما يلي:

أ / جرائم سلبية واقعة على البيانات الشخصية:

1– جريمة عدم اتخاذ الاجراءات الأولية لمعالجة البيانات الشخصية : نصت المادة 16/226 من قانون العقوبات الفرنسي على أن " كل من قام ولو بإهمال بمعالجة آلية للبيانات الاسمية، أو حاول القيام بمعالجة آلية لمعلومات اسمية دون مراعاة الإجراءات الأولية للقيام بها، يعاقب بالحبس لمدة ثلاث سنوات وبغرامة 300 ألف أورو"، يتضح من هذه المادة أن هذه الجريمة تقوم على ركن مادي يرتكز على القيام بالسلوك الاجرامي الذي يتخذ شكل المعالجة الآلية للبيانات الاسمية والثاني يتمثل في عدم مراعاة الاجراءات القانونية، وركن معنوي في صورتيه القصد الجنائي العلم بالصفة الشخصية للبيانات، وارادة الجاني اجراء المعالجة الآلية دون مراعاة اجراءات أولية منصوص عليها في القانون، وأضاف المشرع الفرنسي في هذه الجريمة صورة الخطأ إذا كان ذلك نتيجة اهمال أو رعونة الفاعل حسب نص المادة السابقة الذكر.

2– جريمة عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة في حماية البيانات المعالجة: نص المشرع الفرنسي على هذه الجريمة في المادة 17/226من قانون العقوبات الفرنسي " كل من أجرى أو حاول اجراء معالجة آلية لمعلومات اسمية، دون أن يأخذ كل الاحتياطات المجدية لضمان أمن هذه المعلومات وعلى وجه الخصوص من تشويهها أو اتلافها أو الوصول اليها من شخص غير مصرح له يعاقب بالحبس خمس سنوات وغرامة تقدر بـــمليوني أورو"، يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإجراء أو محاولة اجراء معالجة آلية لمعلومات اسمية دون أخذ احتياطات ضمان أمن هذه البيانات، وأخص المشرع أفعال التشويه أو الإتلاف أو وصول شخص غير مصرح له بذلك وبذلك يتخذ الركن المعنوي لهذه الجريمة صورة القصد الجنائي العام أو الخطأ .

[1] نص المشرع على جرائم البيانات الإسمية في قانون المعلوماتية والحريات الصادر في 06 جانفي 1978 في المواد 4 إلى 44 والمادة 46، ولكنه عدلها في إطار قانون العقوبات الجديد سنة 1994.

ب/ جرائم ايجابية واقعة على البيانات الشخصية:

1- جريمة المعالجة غير المشروعة للبيانات: نصت المادة 18/226 قانون عقوبات فرنسي:

"كل من قام بجمع بيانات مخفية أو بصورة غير مشروعة أو قام بإجراء معالجة بيانات اسمية تتعلق بشخص طبيعي رغم معارضة هذا الشخص، متى كانت هذه المعارضة تقوم على أسباب مشروعة، يعاقب بالحبس مدة خمس سنوات وغرامة تقدر بمليوني فرنك فرنسي"

2- جريمة معالجة بيانات اسمية لأشخاص مصنفين: نصت المادة 19/226 على أنه: "يعاقب كل من قام من غير الحالات المستثناة قانونا بحفظ بيانات اسمية في ذاكرة الكترونية دون موافقة صريحة من صاحب البيانات متى كانت هذه البيانات تظهر بصورة مباشرة أو غير مباشرة الأحوال العرقية أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو البيئية أو الانتماءات النقابية أو الأخلاق الشخصية أو المتعلقة بالجرائم أو أحكام الادانة أو التدابير المتخذة ضده"

3- جريمة حفظ بيانات اسمية خارج المدة المحددة: نصت المادة 20/226 من قانون العقوبات الفرنسي على أن: "كل من قام من دون موافقة اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات بحفظ معلومات اسمية لمدة أكبر من المدة التي سبق طلبها أو التي تضمنها الاخطار المسبق يعاقب بالحبس مدة ثلاث سنوات وغرامة مقدرة بثلاثمائة أورو."

4- جريمة تغيير الغرض من المعالجة الآلية للبيانات الإسمية: نصت المادة 21/226 من قانون العقوبات الفرنسي على ان " كل من حاز معلومات اسمية بمناسبة قياسية بتسجيلها أو تضييعها أو نقلها أو أي من أوجه المعالجة الآلية انا غير من الوجهة النهائية المقررة لهذه البيانات وفقا للقانون أو القرار الصادر بشأنها أو في الاخطار المسبق على القيام بمعالجة يعاقب بالحبس مدة خمس سنوات وغرامة مالية تقدر بمليوني فرنك "

5- جريمة الاقتناء غير المشروع للبيانات الاسمية: نصت المادة 22/226 من قانون العقوبات على ان " كل من تلقى بمعالجة البيانات أو التصنيف أو النقل أو أي اجراء آخر من اجراءات المعالجة الآلية، معلومات اسمية من شأن افشائها الاضرار باعتبار صاحب البيانات أو حرمة حياته الخاصة وقام بنقلها من دون موافقة المعني بها إلى من لا حق له في العلم بها يعاقب بالحبس سنة وبغرامة مالية تقدر بمائة ألف أورو."

بذكر هذه المواد وتحديد الجرائم النصوص عليها نلحظ أن المشرع الفرنسي ميز بينها وحدد كل جرم على حدى، واناط في المادة 21/226 باللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات تحديد ما إن كان

الجاني انحرف عن الغرض من المعالجة حيث اشترط في قانون المعلوماتية والحريات المادتين 19 و20 ضرورة اخطار هذه اللجنة بأسماء الأشخاص أو الجهات التي يتم ارسال البيانات اليها واشترط فيهم أن يكونوا مختصين أو لديهم أهلية تلقي هذه البيانات تحديدا للمسؤولية[1].

5) **الحماية الجنائية للبيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني في التشريع التونسي:** وفر المشرع التونسي حماية المعطيات الشخصية في إطار قانون حماية المعطيات الشخصية المؤرخ في 27 جويلية 2004 وفي إطار قانون حماية المبادلات والتجارة الإلكترونية الصادر في 17 أوت 2000 ونص على تجريم ما يمس بهذه البيانات على النحو الآتي:

أ/ جريمة احالة المعطيات الشخصية المعالجة الكترونيا: نص الفصل 90 من قانون 27 جويلية 2004 على معاقبة كل شخص يقوم بإحالة المعطيات الشخصية دون موافقة المعني بالأمر أو موافقة الهيئة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية حتى ولو لم يحصل ضررا للمعني بالأمر، لأن المشرع اعتبر هذا فعلا غير مشروع، ويرتب المسؤولية الجزائية للجاني المتمثلة في السجن مدة عام وخطية خمسة آلاف دينار.

ونص الفصل 93 من نفس القانون على السجن لمدة ثلاثة أشهر وبخطية قدرها ثلاثة آلاف دينار لكل من يستعمل استعمالا غير شرعي للمعطيات الشخصية ونشرها بطريقة تسيئ لصاحبها أو لحياته الخاصة.

ب/مخالفة تدابير حماية المعطيات الشخصية: تضمن الفصلين 18 و19 من قانون حماية المعطيات الشخصية مجموعة من الالتزامات فكل مخالفة لهذه الالتزامات والاحتياطات التي يتخذها الشخص الذي سيقوم بمعالجة المعطيات من تأمين ودرء لخطر الاطلاع عليها بالعقاب بالسجن من ثلاثة أشهر بخطية ألف دينار حسب الفصل 94.

جـــ/ جريمة معالجة البيانات الشخصية دون إذن صاحب الشهادة: ينص الفصل 38 من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي على أنه يمكن لمزود خدمات المصادقة الإلكترونية معالجة المعطيات الشخصية إلا بعد موافقة صاحب الشهادة.

[1] صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص245.

د/ جريمة الجمع غير المشروع للمعطيات الشخصية: نصت عليها الفترة الاولى من الفصل 39 بقولها لا يمكن لمزود خدمات المصادقة الإلكترونية أو أحد الاعوان جمع المعلومات الخاصة بصاحب الشهادة إلا إذا كانت ضرورية لإبرام العقد إلا بعد الرجوع لصاحبها.

هـــ / جريمة افشاء البيانات الشخصية: ينص الفصل 52 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على انه "يعاقب طبقا لأحكام الفصل 254 من المجلة الجنائية مزود الخدمات المصادقة الإلكترونية وأعوانه الذين يفشون أو يحثون أو يشاركون في افشاء المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعافي نشاطاتهم باستثناء تلك التي رخص صاحب الشهادة كتابيا أو إلكترونيا في نشرها أو الإعلام بها، أو في المجالات المنصوص عليها في التشريع الجاري العمل به "

و/ جريمة الاعتداء على بيانات مشفرة: ينص عليها المشرع التونسي في الفصل 48 "يعاقب كل من استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية المتعلقة بإمضاء غيره بالسجن من 6 أشهر إلى عامين وبغرامة بين 1000 و10000 دينار أو احدى هاتين العقوبتين "

6) الحماية الجنائية للبيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني في التشريع المصري:

قد حدد المشرع المصري الحالات التي تعد انتهاكا للحياة الخاصة على سبيل الحصر والتي منها اخفاء وحماية البيانات أو المعلومات الشخصية المتعلقة بالفرد والتي من شأن استعمالها أو استخدامها في غير الأغراض الخاصة بها انتهاك للحياة الخاصة بالمواطن.

أما البيانات فالمشرع المصري قام بحماية بعض الأنواع والطوائف منها ولا تشمل سائرها بالتالي لا يجوز مد الحماية الجنائية المقررة للبعض منها على البعض الآخر اعمالا للقاعدة التي تقضي بعدم جواز القياس في التجريم، وبناء على تلك يرى البعض أنه لا يجوز قياس البيانات والمعلومات الشخصية التي يتم معالجتها بواسطة الحاسبات الالكترونية تتم تحفظ في بنوك المعلومات على البيانات الخاصة[1] إلا أنه تجدر الملاحظة إلى أن المشرع المصري تفاديا لهذا النقص وضع مشروع

[1] فتوح الشاذلي، عفيفي كمال عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة ولقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2003 ص 293.

قانون حماية البيانات الشخصية هدفه تفعيل بعض النصوص الدستورية لحماية الحياة الخاصة واستكمال استراتيجية الشمول المالي التي تسعى الدولة لتنفيذها[1] .

ثانيا / صور الحماية الجنائية للبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني في التشريع الجزائري:

يعتبر قانون العقوبات الجزائري من القوانين العربية السباقة إلى هذا الموضوع بل أنه من التشريعات المواكبة للتشريعات الغربية على هدى التشريع الأمريكي والإنجليزي والفرنسي، خطا المشرع الجزائري هذه الخطوة بالمبادرة إلى تعديل قانون العقوبات بمقتضى القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10نوفمبر2004[2] بإدراج القسم السابع مكرر بمحتوى المادة 394 مكرر إلى 394 مكرر7 الذي تضمن حماية قانونية في مواجهة الانتهاكات التي تتم جراء الدخول غير المشروع في أنظمة المعالجة الآلية للبيانات أو البقاء فيها ونذكر منها:

1/جريمة الدخول غير المشروع في المنظومة المعلوماتية: يلاحظ من استقراء المادة 394 مكرر أن المشرع الجزائري جرم فعل الدخول بطريقة غير شرعية إلى المنظومة المعلوماتية واعتبر هذا التصرف في حد ذاته جريمة اذ يستخلص لأول وهلة أن مجرد اختراق جهاز الكمبيوتر سواء كان ذلك بقصد الوصول إلى البيانات أو لمجرد التسلية يعد انتهاكا للنظام المعلوماتي بطريقة غير مشروعة وقرر عقوبة لهذا الجرم تتراوح بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 50.000 إلى 100.0000دج.

وتجدر الإشارة إلى أن جريمة الدخول غير المشروع تصبح قائمة حتى ولو لم يترتب عن ذلك أي اضرار بالمعلومات.

2/ جريمة البقاء في المنظومة المعلوماتية: باستقراء نص المادة 394 مكرر نلحظ أن المشرع الجزائري أضاف إلى عنصر الدخول غير المشروع البقاء عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات، أي أنه فرق بين فعل الدخول وبين البقاء دون وجه قانوني أو مصلحة قانونية ورتب نفس العقوبة على كلاهما.

[1] محمد طارق، مقال بعنوان، الحكومة، قانون حماية البيانات سيحمي حرمة الحياة الخاصة، نشر بتاريخ 18 مارس 2019 على الساعة 02،4 على الموقع www.elwatannews.com تاريخ الإطلاع 2019/04/21.

[2] قانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 جريدة رسمية عدد 71 المعدل لقانون العقوبات الجزائري.

3/ جريمة حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة: شدد المشرع العقوبة وجعلها مضاعفة في الفقرة الثانية من نص المادة 394 مكرر إذا ترتب عن الدخول أو البقاء في النظام حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة، وأضاف في نفس الفقرة إذا ترتب عن هذا الدخول أو البقاء تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 50.000 دج إلى 150.000دج، ومن هنا يتضح أن الحرص على حماية نظام المعلوماتية لم يتوقف عند تجريم الدخول اليه أو البقاء فيه بل في مواجهة ما هو أخطر منها وهو ما يترتب عنها نتائج ومنها:

1- حذف البيانات أو المعطيات أو تغييرها.
2- تخريب نظام اشتغال المنظومة.

4/جريمة إدخال معطيات في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو إزالتها بطرق تدليسية: نلاحظ أن المشرع بادر برفع العقوبة في المادة 394 مكرر 01 وجعلها من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 000 500دج إلى 000 000 2 دج كل من أدخل بطريقة الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها، فقد يكون فعل الجاني تمويها وتضليلا وتغييرا في حقيقة بإدخال بيانات أو برامج أو إزالة أو تعديل هذه البيانات أو البرامج.

5/ جريمة نشر المعطيات المخزنة أو المعالجة أو المرسلة بواسطة منظومة معلوماتية وحيازتها والاتجار فيها أو حيازة أو تجميع أو توفير بيانات مخزنة: حسب نص المادة 394 مكرر 02 التي جرمت هذه الأفعال وأقرت عقوبة من شهرين إلى ثلاث سنوات وغرامة من 000 000 1 دج إلى 000 000 5 دج لكل من يقوم بإحدى هذه الأفعال، الملاحظ في هذه المادة أن المشرع ألم بجملة من الأفعال ترتكب للمساس بالمنظومة المعلوماتية وبيانات الأفراد.

ومما سبق ذكره عن التعديل الذي مس قانون العقوبات سنة 2004 نلاحظ أن المشرع أعطى مفهوما أوسع لفكرة الحماية الجنائية للمنظومة المعلوماتية، وبالتالي حماية الحياة الخاصة تدرج في وضع سياج متكامل ومترابط بتصور السلوكيات التي تنطوي على أفعال قد يقدم عليها الجناة وتشكل خرقا أو مساسا بقدسية الحياة الخاصة للأفراد أو لمؤسسات الدولة والمحتوات بشبكة نظام المعلوماتية من بيانات ومعطيات وبرامج وما يتبعها من نتاج فكري.

ولم يكتفي المشرع بهذا التعديل وإنما أتبعه بتعديل سنة 2006 الذي جاء بالحماية الجنائية للبيانات الالكترونية الشخصية في إطار قانون العقوبات بموجب المواد 303 مكرر إلى المادة 303 مكرر 03 من القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006[1]، وفي سنة 2018 أصدر المشرع الجزائري قانون رقم 04/18 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية[2]، تضمن تجريماً لجملة من الأفعال تمس سيرورة التعامل بالبريد والاتصالات الالكترونية، ومن ذلك المراسلات الالكترونية حيث يعاقب كل شخص ينتهك سرية الاتصالات الالكترونية ويفشي مضمونها أو ينشره أو يستعمله دون ترخيص من المرسل أو المرسل إليه أو يخبر بودها، أو تحويل بأي طريقة كانت هذه الاتصالات[3].

وفي نفس السنة ونفس الجريدة الرسمية أصدر المشرع قانون التجارة الالكترونية ساعيا لتنظيم وحماية المتعاملين من خلالها، فنص في المادة 26 منه على ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات، إلا أنه لم يجرم الفعل المخالف لذلك وأرجع ذلك إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال[4].

ويتبع المواد السابقة الذكر الأفعال المجرمة من خلالها على سبيل المثال:

1- جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة:

نص المشرع على هذه الجريمة في المادة 303 مكرر من قانون العقوبات الجزائري والمادة 164 من قانون رقم 04/18 وباستقرائهما يمكن القول إن القانون يتطلب لقيام هذه الجنحة المساس بحرمة الحياة الخاصة ركن مادي وآخر معنوي ورتب جزاء لتوافرهما:

---

[1] القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات ج.ر عدد 84 صادر في 26 ديسمبر 2006.

[2] قانون رقم 04/18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 ماي 2018 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية جريدة رسمية عدد 27 الصادرة في 27 شعبان 1439 الموافق ل 13 ماي 2018.

[3] المواد 164، 165، 166 من قانون رقم 04/18.

[4] نصت المادة 03 فقرة 02 من قانون التجارة الالكترونية على، تخضع كل المعاملات التي تتم عن طريق الاتصالات الالكترونية إلى الحقوق والرسوم التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول بهما .

أ- الركن المادي: نصت المادة 303 مكرر على الأفعال التالية: "كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة بأي تقنية كانت أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة سرية أو التقاط أو تسجيل صورة شخص بغير رضا صاحبها"، ونصت المادة 164 من القانون 04/18: "كل شخص ينتهك سرية المراسلات المرسلة عن طريق البريد والاتصالات الالكترونية أو يفشي مضمونها أو ينشره أو يستعمله دون ترخيص من المرسل أو المرسل إليه أو يخبر بوجودها"، وعليه يمكن القول إن الركن المادي لهذه الجريمة يقوم على عنصرين هما:

ارتكاب أحد الأفعال السالفة الذكر: نص قانون العقوبات في هذه المادة على أفعال عامة تتمثل في الالتقاط والتسجيل ونقل المكالمات والأحاديث، وبعد ذلك صدر قانون 04/18 ينضم الاتصالات الالكترونية وهي موضوعنا، ليحدد هذه الأفعال بأفعال افشاء مضمون اتصالات الالكترونية أو نشرها أو استعمالها أو الإخبار بوجودها.

انعدام الرضا والإذن: نصت المادتين السابقتين على عبارة: "بغير رضا صاحبها" وعبارة "دون ترخيص من المرسل أو المرسل إليه"، وبذلك يكون المشرع اشترط عدم رضا صاحب الاتصال الالكتروني للتعدي على خصوصيته فإذا رضي بذلك تنتفي الجريمة.

ب- الركن المعنوي: جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة جريمة عمدية، تتخذ صورة القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، أي يجب أن يعلم الجاني أن من شأن فعله أن يشكل الجريمة، وأن تتجه إرادته نحو ذلك ولا عبرة بالبواعث التي تدفع الجاني لارتكاب هذه الجريمة أو الغاية.

ج- جزاء ارتكاب جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة: اقر المشرع في قانون العقوبات عقوبة ارتكاب جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة مالية من 50 ألف إلى 300 ألف دينار، وعاقب أيضا على الشروع في ارتكاب هذه الأفعال غير أن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجنائية.

لكن باستقراء المادة 164 من القانون 04/18 نجدها تنص: "يعاقب بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 000 500 إلى 000 000 1 دج كل شخص ينتهك سرية المراسلات عن طريق البريد أو الاتصالات الالكترونية أو يفشي مضمونها أو ينشره أو يستعمله دون ترخيص من المرسل أو المرسل إليه أو يخبر بوجودها"، وبذلك يختلف العقاب بين هذا النص ونص قانون العقوبات

وبإعمال قاعدة الخاص يقيد العام، والجريمة التي نحن بصدد دراستها وطابعها الالكتروني هي العقوبة المنصوص عليها في قانون رقم 04/18.

2- جريمة التعامل بالأشياء المتحصل عليها من الجرائم السابقة:

نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في المادة 303 مكرر 01 من قانون العقوبات ولم ينص عليها في قانون 04/18 المتعلق بالقواعد العامة للبريد والاتصالات الالكترونية ولا في قانون التجارة الالكترونية 05/18 ولكي يقال بهذه الجريمة لابد من توافر الركنين المادي والمعنوي ويترتب عنهما جزاء.

أ-الركن المادي: يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بعد استقراء نص المادة 303 مكرر 01 بواسطة إيداع الجاني أو استعماله أو الاحتفاظ بالأحاديث والمكالمات الخاصة والسرية للفرد والتي قام بتسجيلها أو قام بالتقاطها، ويستغرق هذا الفعل البيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني، وذلك بإفشاء البيانات عن طريق وضع الجاني لهذه البيانات أو عن طريق استعمال هذه الأحاديث التي تحتوي على هذه البيانات أو عن طريق استعمال هذه الأحاديث واستغلال ما تحتوي من بيانات شخصية[1].

ب- الركن المعنوي: إن هذه الجريمة جريمة عمدية تتخذ صورة القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، وتتجه إرادته نحو تلك الأفعال الإجرامية.

ج- جزاء ارتكاب هذه الجريمة: نصت المادة 303 مكرر 01 على نفس العقوبة المقررة في المادة 303 مكرر أي الحبس من ستة (06) أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 000 50 دج إلى 000 300دج.

3- جريمة تحويل المراسلات الالكترونية:

نص قانون 04/18 في المواد 165، 166، 167، على جريمة تحويل المراسلات الالكترونية[2] غير أن المشرع فضل أن يميز بين صفة كل مرتكب لهذه الجريمة، فنص في المادة 165 على ارتكابها

[1] خميخم محمد، مرجع سابق، ص175.

[2] نص المشرع الجزائري على جريمة تحويل المراسلات الالكترونية في القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 05 غشت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية ج.ر 48 المادة 127 فقرة

من طرف متعامل الاتصالات الالكترونية، ونص في المادة 167 على كل الأشخاص غير الأشخاص المذكورين في المادتين 165 و166، وبذلك يتشابه الركن المادي والمعنوي في هذه الجريمة إلا أن الجزاء يختلف حسب صفة مرتكبها.

أ- الركن المادي: نصت المواد السابقة الذكر على فعل تحويل بأي طريقة كانت، المراسلات الصادرة أو المرسلة أو المستقبلة عن طريق الاتصالات الالكترونية أو الأمر أو المساعدة في ارتكاب هذه الأفعال، وبذلك نلاحظ أن المشرع جرم فعل التحويل والأمر به والمساعدة في ارتكابه.

ب- الركن المعنوي: إن هذه الأفعال، تتخذ صورة القصد الجنائي العام المتمثل في العلم والإرادة، أي أن الجاني يعلم أن فعله يشكل أحد الأفعال السابق ذكرها وإرادته تتجه إلى فعلها، وبذلك لا عبرة بالبواعث التي تدفع الجاني لارتكاب هذه الجريمة أو الغاية.

ج- جزاء ارتكاب جريمة تحويل المراسلات الالكترونية: سبق وأن أشرنا إلى أن جزاء ارتكاب جريمة تحويل المراسلات الالكترونية يختلف حسب صفة مرتكبها وبذلك نميز بين:

* جزاء ارتكاب جريمة تحويل المراسلات الالكترونية من طرف متعامل الاتصالات الالكترونية:

نصت المادة 165 على: "يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 000 000 1 دج إلى 000 000 5 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين" أي أن المشرع أعطى السلطة للقاضي في تحديد العقوبة في حدود ما تنصه هذه المادة كما أضاف من خلالها أن يمكن للجهة القضائية أيضا النطق بواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات.

* جزاء ارتكاب جريمة تحويل المراسلات الالكترونية من طرف مستخدم لدى متعامل الاتصالات الالكترونية: نصت المادة 166 من نفس القانون على: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 000 500 دج إلى 000 000 1 دج أو إحدى هاتين العقوبتين" الملاحظ أن المشرع

---

02 و 03 على فرض العقوبات المنصوص عليها في المادة 137 من قانون العقوبات على كل شخص مرخص له بتقديم خدمة مواصلات سلكية و لا سلكية و كل عامل لدى متعامل الشبكات العمومية للمواصلات السلكية و اللاسلكية و الذي في إطار ممارسة مهامه و زيادة على الحالات المقررة قانونا، ينتهك أي طريقة سرية المراسلات الصادرة أو المرسلة أو المستقبلة عن طريق المواصلات السلكية و اللاسلكية أو الذي أمر أو ساعد في ارتكاب هذه الأفعال، و تم إلغاء هذه القانون بمقتضى المادة 189 من القانون 44/18 والإبقاء على سريان أحكامه إلى غاية صدور النصوص التنظيمية لهذا القانون.

خفف من العقوبة للمستخدم لدى متعامل الاتصالات الالكترونية مقارنة بعقوبة متعامل الاتصالات الالكترونية ذاته وهو أمر منطقي.

* جزاء ارتكاب جريمة تحويل المراسلات الالكترونية من غير الأشخاص السابق ذكرهم في المادتين 165 و 166: نصت المادة 167 على: "يعاقب كل شخص غير الأشخاص المذكورين في المادتين 165 و 166 أعلاه ارتكب أحد الأفعال المذكرة في المادتين السابقتين بالحبس من شهرين إلى سنة واحدة وبغرامة من 000 200 دج إلى 000 500دج" يلاحظ من هذه المادة أن المشرع خفف من العقوبة أكثر بالنسبة لغير الأشخاص السابق ذكرهم وذلك باعتبار أن المتعامل والمستخدم لدى متعامل الاتصالات الالكترونية أكثر إلزاما بالحفاظ على سلامة وأمن المراسلات الالكترونية.

المطلب الثاني: حماية وسائل الدفع الالكتروني للمستهلك

مصطلح الدفع الالكتروني مصطلح واسع يجمع بين طياته كل الوسائل التي تستخدم فيها تكنولوجيا متقدمة للوفاء، مثل التحويلات الالكترونية للأموال، الشيك الالكتروني والدفع بالنقود الالكترونية،[1] ويحتاج المستهلك لحماية وائل الدفع الخاصة به حتى يكتسب ثقة أكثر في مثل هذه المعاملات.

الفرع01: ماهية وسائل الدفع الالكتروني

أولا: مفهوم الدفع الالكتروني وخصائصه

أ/ مفهوم الدفع الالكتروني:

ويعرف الدفع الالكتروني على أنه عملية يتم من خلالها استبدال القيمة المالية بالبضاعة، أو بالخدمات أو بالمعلومات، فهي تستخدم وسيطا لتسهيل عملية التبادل مثل المصارف، وتعتمد نظام يقوم بالربط بين المصارف وشركات بطاقات الائتمان التي تقوم بأعمالها عبر الانترنت؛ وهذا النظام يتحقق من صحة التحويلات ويتضمن أنظمة مراقبة لتقصي المشاكل وفاعلية الأمن المعلوماتي وتمكن المتعاملين من التبادل المالي الكترونيا بدلا من استخدام النقود المعدنية والورقية أو الشيكات الورقية.

[1] عبد الفتاح البيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص25.

وتعرف وسائل الدفع الالكترونية على أنها: عمليات دفع صادرة ومعالجة بطريقة الكترونية من جهة، وعلى أنها مجموعة الأدوات والتحويلات الالكترونية التي تصدرها المصارف ومؤسسات الائتمان من جهة أخرى.

وعرف المشرع الجزائري في قانون التجارة الالكترونية في نص المادة 06 وسيلة الدفع الإلكتروني على أنها: "كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد عبر منظومة الكترونية".

وعرفتها المادة الثانية من قانون التجارة الالكترونية التونسي على أنها الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات.

يعرفها البنك المركزي الأوربي: "بأنها كل عملية دفع صدرت وعولجت بطريقة الكترونية ".

ومما سبق ذكره يمكن القول إن وسائل الدفع الالكترونية هي عبارة عن تحويل معاملات من خلال نقل معطيات من طرف إلى آخر أو من نظام إلى آخر وهذه المعطيات تتم معالجتها من طرف وسيط (نظام المعالجة)، وتتم هذه العملية عن طريق مجموعة الأدوات الالكترونية التي تصدرها المصارف ومؤسسات الائتمان. وقد تضمنت مذكرة مجلس التجارة والتنمية للأمم المتحدة حول حماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية تعريفا تحت عنوان "مأمونية الدفع على شبكة الانترنت': إن عمليات الدفع على شبكة الانترنت وبواسطة الهاتف المحمول هي عمليات يتولى خلالها العميل دفع ما عليه من رسوم باستخدام الانترنت والحاسوب أو الأجهزة المحمولة عن طريق حسابه الشخصي الموجود عادة في حساب مصرفي، أو البطاقات الائتمانية أو شركة تتولى سداد تكاليف الخدمات[1]

ب/خصائص الدفع الالكتروني: يرى البعض أننا على مشارف مجتمع بلا أموال، هذه العبارة ترمز إلى انتقال المجتمع من التعامل بالمعاملات الورقية إلى التعامل بالنقود الالكترونية، إثر انتشار العقود التي تتم عن بعد من خلال وسائل الاتصال الحديثة. لذا ظهر الدفع الالكتروني باستخدام أحد وسائل المعلوماتية المقترنة بتقنيه الاتصال عن بعد[2]، ويتميز الدفع الالكتروني بجملة من الخصائص

[1] مذكرة من أمانة الاوناكتاد عن مجلس التجارة والتنمية للأمم المتحدة بعنوان حماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية الصادرة بتاريخ 24 أفريل 2017.

[2] بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص164.

جعلته يحتل مكان رئيسية وأساسية في ميدان التجارة الالكترونية وذلك مراعاة لمقتضيات تطورها المستمر وتتمثل هذه الخصائص في النقاط التالية:

1/ يتسم الدفع الالكتروني بالطبيعة الدولية أي انه وسيلة مقبولة من جميع الدول، حيث يتم استخدامه لتسوية الحساب في المعاملات التي تتم عبر فضاء الكتروني بين المستخدمين في كل أنحاء العالم.

2/ يتم الدفع من خلال استخدام النقود الالكترونية؛ وهي قيمة نقدية يتضمنها كارت به ذاكرة رقمية أو الذاكرة الرئيسية للمؤسسة التي تهيمن على إدارة عملية التبادل.

3/ يستخدم هذا الأسلوب لتسوية المعاملات الالكترونية عن بعد، حيث يتم إبرام العقد بين أطراف متباعدين في المكان ويتم الدفع عبر شبكة الانترنت؛ أي من خلال المسافات بتبادل المعلومات الالكترونية بفضل وسائل الاتصال اللاسلكية يتم إعطاء أمر بالدفع وفقا لمعلومات ومعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد.

4/ يتم الدفع الالكتروني بأحد الأسلوبين:

الأول من خلال نقود مخصصه سلفا لهذا الغرض، ومن ثم فان الدفع لا يتم إلا بعد الخصم من هذه النقود ولا يمكن تسوية معاملات أخرى عليها بغير هذه الطريقة ويشبه ذلك العقود التي يكون الثمن فيها مدفوعا مقدما[1].

الثاني من خلال الكروت الذكية العادية؛ حيث لا توجد مبالغ مخصصة مسبقا لهذا الغرض بل أن المبالغ التي يتم السحب عليها بهذا الكارت قابلة للسحب عليها بوسائل أخرى كالشيك لتسوية أي معاملات مالية.

5/ يلزم تواجد نظام مصرفي معد لإتمام ذلك، أي توافر أجهزة تتولى إدارة هذه العمليات التي تتم عن بعد لتسهيل تعامل الأطراف وتوفير الثقة فيما بينهم وتتولى البنوك بصفة أساسية عبء القيام بهذه المهمة بالإضافة إلى منشآت أخرى يتم إنشاؤها خصيصا لهذا الغرض.

6/ يتم الدفع الالكتروني من خلال نوعين في الشبكات: الأول شبكة خاصة يقتصر الاتصال بها على أطراف التعاقد ويفترض ذلك وجود معاملات وعلاقات تجارية ومالية مسبقة بينهم.

الثاني شبكة عامة حيث التعامل بين العديد من الأفراد لا توجد بينهم قبل ذلك روابط معينة.

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 27.

7/ عدم الرجوع إلى الوفاء حيث أغلب وسائل الدفع لا تقبل الرجوع فيها كما هو الدفع بواسطة الشيك أو بالنقود، فهذه الخاصية تبدو أكثر ملائمة في المعاملات الالكترونية التي تتم في العالم الافتراضي.

ثانيا: أنواع وسائل الدفع الإلكتروني

فرض ظهور التجارة الالكترونية ضرورة إيجاد أنظمة مصرفية تتلاءم مع الطبيعة الالكترونية الافتراضية والرقمية فعملت المؤسسات المالية على تطوير وسائل الدفع التقليدية التي تعتمد على دعائم ورقية إلى شكل رقمي يتماشى مع طبيعة المعاملات الالكترونية عبر الانترنت مما سمح باستعمال وسائل الدفع التقليدية عبر الانترنت إلى جانب إيجاد أنظمة حديثة للدفع الالكتروني عبر الانترنت، إلا أن هذه الأخيرة رغم جدتها قد تعرض المستهلك إلى مخاطر جمة ترجع في أساسها إلى عدم الدراية الكافية له بهذه الوسائل.

1/ الشيك الالكتروني

لجأت العديد من الدول إلى إصدار نوع جديد من الشيكات يعرف باسم الشيكات الالكترونية وذلك من اجل استخدامه كأداة من أدوات الدفع الالكتروني أثناء القيام بالعمليات التجارية فيما بين الأطراف المتعاملة في ظل وسيط عادة ما يكون البنك[1].

تعريف الشيك الالكتروني: كما هو معلوم فان الشيك يعد أهم الأوراق التجارية استخداما، فهو أداة للوفاء تغني عن استعمال النقود نظرا لفعاليته، وعملت البنوك على تطويره بشكل يمكن استعماله الكترونيا في الدفع عن بعد[2].

ويعرف الشيك الالكتروني على انه عبارة عن رسالة الكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلمه – حامله – يعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الانترنت، ليقوم البنك أولا بتحويل قيمته إلى حساب حامل الشيك وبعد ذلك يقوم بإلغاء الشيك وإعادتـــــه الكترونيا إلى

[1] محمد عمر منصور الشويرف، مرجع سابق، ص147.

[2] يعتمد تحويل الشيكات الورقية إلى شيكات رقمية على أساس الدراسات التي تمت في الولايات المتحدة الأمريكية، التي أوضحت أن البنوك تستخدم سنويا أكثر من 500 مليون شيك ورقي، تتكلف إجراءات تشغيلها حوالي 79 سنتا لكل شيك ويتزايد عدد الشيكات سنويا بنسبة 03%، وعندما أجريت دراسة عن إمكانية استخدام الشيكات الالكترونية، اتضح أن تكلفة التشغيل يمكن أن تنخفض إلى 25 سنتا، وهو ما يحقق توفيرا يزيد عن 250 مليون دولار في الولايات المتحدة فقط.

مستـــلم الشيك ليكون دليلا على انه قد تم صرفه فعلا، ويمكن لمستلم الشيك أن يتأكد الكترونيا أنه قد تم بالفعل تحويل المبالغ لحسابه[1].

إذا هو التزام قانوني بسداد مبلغ معين في تاريخ محدد لصالح شخص أو جهة معينة يتم تحديده بواسطة أداه الكترونية ويتم تذييله بتوقيع الكتروني، إذ يحتوي نفس المعلومات التي يحملها الشيك التقليدي، إلا انه يكتب بالاستعانة بوسيلة الكترونية على شكل رسالة موثقة ومؤمنة، يرسلها مصدر الشيك إلى حامله –مستلم الشيك–.

ويتم تبادل الشيكات الالكترونية وتحريرها عبر شبكة المعلومات الدولية وعملية التحرير هذه تعتبر الفارق الأساسي بينها وبين الشيكات العادية، ومن أبرز المؤسسات المخصصة في هذا النوع من السداد الالكتروني مؤسسة PAY TRUST والتي تتيح من خلال موقعها الالكتروني فرصة كبيرة للعميل للتحكم في دفتر الشيكات الخاص به والحصول على تقارير الكترونية فورية عن حركة حسابه على شبكة المعلومات الدولية.

2/ مميزات الشيك الالكتروني: تتميز الشيكات الالكترونية بما يلي:

- تصرف الشيكات الالكترونية في دفع الصفقات الالكترونية بجميع أنواعها إدارية أو تجارية أو مدنية بطريقه آمنة عن طريق البريد الالكتروني.
- دفتر الشيكات الالكتروني دفتر آمن مقارنة بدفتر الشيكات العادي ولا يختلف كلاهما عن الأخر إذا أنهما يحققان الهدف نفسه والوظيفة نفسها.
- تحدد الشيكات الالكترونية من كلفة إدارة الآليات الخاصة بالدفع وتحل المشاكل المتعلقة بالشيكات الورقية كالتزوير والنقل والطبع والسرعة.
- يتم تسوية المدفوعات من خلال الشيكات الالكترونية في 48 ساعة فقط بالمقارنة بالشيكات العادية التي يتم تسويتها في وقت أطول من خلال غرف المقاصة.

3/ مراحل التعامل بالشيكات الالكترونية: يمكن توضيح آلية التعامل بالشيكات الالكترونية وفق الشكل اللاحق حيث تمر بمراحل وهي كالآتي[2]:

[1] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص90.

[2] رأفت رضوان، مرجع سابق ص70.

1.3/ اشتراك المشتري لدى جهة التخليص غالبا البنك يتم فتح حساب جاري له أو يتم الاتفاق على الصرف خصما من حساب المشتري بأي حساب جاري متفق عليه، ويتم تحديد شكل التوقيع الخاص به وتسجيله في قاعدة بيانات جهة التخليص.

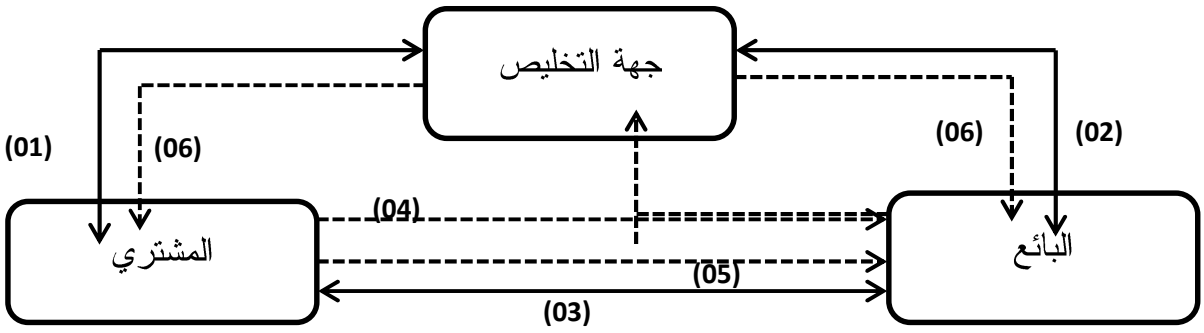
2.3/ يقوم البائع بالاشتراك أيضا لدى جهة التخليص التي اشترك فيها المشتري حيث يتم فتح حساب جاري له أو ربطه مع أي حساب جاري له، ويتم تحديد شكل التوقيع الالكتروني الخاص به وتسجيله في قاعدة البيانات الخاصة بجهة التخليص.

3.3/ يقوم المشتري باختيار السلعة أو الخدمة التي يرغب في شرائها من البائع ويتم الاتفاق على سعرها.

4.3/ يقوم المشتري بتحرير شيك موقع الكترونيا وإرساله عبر البريد الالكتروني المؤمن إلى البائع.

5.3/ يستلم البائع الشيك الالكتروني الموقع من المشتري ويوقع عليه كمستفيد بتوقيع الكتروني مشفر ويقوم بإرساله إلى جهة التخليص.

6.3/ تقوم جهة التخليص بمراجعه الشيك والتحقق من صحة الأرصدة والتوقيعات وبناءا على ذلك تقوم بإخطار كل من المشتري والبائع بتمام إجراء المعاملة المالية حيث يتم الخصم من رصيد المشتري والإضافة إلى رصيد البائع.



2/ بطاقات الدفع الالكتروني

تعرف بطاقات الدفع الالكتروني أو ما يسمى بطاقات الاعتماد بطاقات مستطيلة من البلاستيك تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها، وتوقيع حاملها بشكل بارز على وجه البطاقة ورقمها واسم حاملها وتوقيعه ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها، وبموجب هذه البطاقة يمكن لحاملها

سحب المبالغ النقدية من ماكينات سحب النقود الخاصة بذلك وأن يقدمها أداة وفاء للسلع والخدمات أو قد تكون أداة للائتمان.

ولهذه البطاقات عدة فوائد، فبالنسبة للحامل تكمن الفوائد الأساسية في سهولة الدفع وربما الاستفادة من الاعتماد وإمكانية سحب الأموال من الموزعات الأوتوماتيكية، وتؤمن مؤسسة الإصدار السهولة في استيفاء المدفوعات عن طريق الاقتطاع الشهري من حساب العميل وفي حال عدم وجود حساب تجري حسب الاتفاق.[1]

والجدير بالذكر أنه عند الحديث عن نظام الدفع بواسطة البطاقات يكون الحديث عن نظام القيمة المخزنة المغلق ونظام القيمة المخزنة المفتوح فنظام القيمة المخزنة المغلق يمثل ابسط نوع من أنظمة النقد الالكتروني فإن القيمة المالية المخزونة سابقا في هذه البطاقة تخول صاحبها شراء حاجيات أو خدمات مقدمة من قبل مصدر البطاقة إلى غاية انتهاء قيمة البطاقة وهي قابلة للتخزين عن طريق آلة مختصة.

أما البطاقات التي تعمل في الأنظمة المفتوحة فهي بطاقة سحب، هي بطاقة بلاستيكية تخول صاحبها تحويل قيمة مالية معينة من حسابه إلى حساب البائع من خلال تقديم دليل إثبات الهوية وهذه البطاقة يصدرها البنك لأحد المستهلكين وذلك لإمكانية نقل النقد والمال من حسابه الشخصي في البنك المصدر إلى بنك البائع.

2/ أنواع بطاقات الدفع الالكتروني: إن تحديد نوع بطاقة الدفع قد يتم استنادا إلى مؤسسة الإصدار وتسمى البطاقة بطاقة اعتماد في حالة صدورها عن مؤسسة تجارية أو مالية وتسمى بطاقة مصرفية إذا صدرت عن البنك كما يمكن أن تحدد استنادا لوظيفتها.

1.2/ بطاقات الائتمان: هي عقد يتعهد بمقتضاه مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة شخص آخر هو حامل البطاقة، التي يستطيع بواسطتها الوفاء بقيمة مشترياته لدى المحلات التجارية التي ترتبط مع مصدر البطاقة بعقد تتعهد فيه بقبولها بمشتريات حامليها على أن تتم تسوية المبالغ المستحقة بعد كل مدة محددة، تعتبر هذه البطاقة أداة سهلة الاستخدام لسداد أثمان السلع الاستهلاكية كبديل للنقود أو الشيكات إذ يسهل حملها كما أنها أكثر أمنا من حمل النقود أو دفاتر الشيكات.

[1] نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص118.

ولبطاقة الائتمان أنواع منها: بطاقة الخصم الفوري، بطاقة الخصم الشهري، بطاقة الائتمان المتجدد.

2.2/ بطاقات السحب الآلي: هذه البطاقات تخول حاملها إمكانية سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى متفق عليه من خلال أجهزة خاصة حيث يقوم العميل بإدخال بطاقته إلى جهاز السحب الآلي، الذي يطلب منه إدخال رقمه السري PIN، ولو كان الرقم السري صحيحا يطلب الجهاز من العميل تحديد رقم المبلغ الذي يحتاجه عن طريق لوحة المفاتيح على الجهاز، وبعد الصرف يسترد العميل بطاقته آليا، ويسجل هذا المبلغ في الجانب المدين من حساب العميل مباشرة[1].

والهدف من هذا النوع من بطاقات السحب الآلي رغبة البنوك في التسهيل على العملاء وتوفير احتياجاتهم من النقود ولذلك تجد البنوك تنشئ منافذ توزيع لها عن طريق هذه البطاقات في أماكن كثيرة مثل المطارات ومحطات السكك الحديدية ومراكز التسوق.

3.2/ بطاقات الشيكات: يتعهد البنك بمقتضى هذا النوع من البطاقات لعميله حامل البطاقة بأن يضمن سداد الشيكات التي يحررها العميل من البنك وفق شروط معينة، بمعنى أن العميل يحرر شيكا لأحد التجار ويقوم بتدوين رقم بطاقته على الشيك ويعطي بذلك ضمانا بأن الشيك سوف يصرف في موعده وان لم يكن هناك رصيد حيث يضمن البنك مصدر البطاقة ذلك.

4.2/ البطاقات الذكية هي رقيقة الكترونية فائقة القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بعميلها وهي كمبيوتر متنقل وتمثل حماية كبيرة ضد التزوير وسوء الاستخدام حيث تتيح لأجهزة قراءة البطاقات التي توضع في المواقع التجارية للتدقيق في تفاصيل الحسابات المالية لصاحبها[2].

ومن أهم استخداماتها: يمكن تحويلها إلى حافظة نقود الكترونية تملأ وتفرغ من النقود وهي تتميز في هذا عن البطاقات الائتمانية في كون عملية تحويل النقود من المشتري إلى البائع لا تحتاج إلى عملية تصديق أو إثبات من طرف ثالث (البنك)، وبالتالي فإن التاجر ليس في حاجة إلى الرجوع إلى البنك للتأكد من وجود مبالغ في حساب العميل لأن البطاقة مزودة بذاكرة ذات سقف مالي لا يمكن تجاوزه عند انجاز التعاملات، كما يمكن استخدام البطاقات الذكية من قبل مستخدمي الشيكات

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الحماية المدنية لنظام التجارة الالكترونية مرجع سابق، ص111.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص106.

للتعريف بهويتهم والحصول على بريدهم الالكتروني بدلا من استخدام الشفرات والرموز والتي تكون غير آمنة حيث أنه في بعض الأحيان يمكن أن يتم معرفتها أو التنبؤ بها من قبل الآخرين.

ومن أشهر أنواع البطاقات الذكية بطاقة "موندكس " mondex card" والتي تعتبر بطاقة ذكية تحمل وتوزع النقد الالكتروني، ولقد جاءت "موندكس" كنتيجة للتعاون بين المنظمات العالمية التي تسعى لتأمين استخدام بطاقات الدفع الالكترونية، ففي النصف الثاني من سنة 1997 شاركت منظمة "ماستر كارد" بحصة قدرها 51% من رأسمالها بينما توزعت باقي النسبة 49% على 27 شركة أوروبية وأمريكية بنسب متفاوتة في سبيل دعم المنتج الجديد.

3/النقود الالكترونية:

أ* تعريف النقود الالكترونية: تعتبر النقود الالكترونية شكلا متطورا من النقود التي تعتمد في مجال التجارة الالكترونية فيصطلح عليها كذلك بالنقود الرقمية وتتمثل في: " القيمة النقدية لعملة تصدر بشكل الكتروني من قبل القطاع العام أو الخاص ويتم تخزينها في جهاز الكتروني[1]"، وتعرفها شركة إيرنست أند يونغ بأنها: "مجموعة من البروتوكولات والتواقيع الرقمية التي تتيح للرسالة الالكترونية أن تحل فعليا محل تبادل العملات التقليدية[2]". إذا هي النقود التي تحولت بفضل المعالجة الرقمية إلى أرقام أو معلومات أو معطيات من خلال تسجيل معلومات البطاقة البنكية على الكمبيوتر المتصل بشبكة الانترنت تأخذ شكل الرسالة الالكترونية، فتصبح تلك النقود نقودا رقمية.

ويرجع سبب إقبال المتعاملين على النقود الالكترونية إلى سببين رئيسيين هما:

- إمكانية استخدام النقود الالكترونية في دفع المبالغ المالية الصغيرة والتي تعرف في عالم التجارة الالكترونية بالميكرومدفوعات عند شراء سلعة أو خدمة بدلا من استخدام بطاقات الائتمان، والتي تتطلب حدا أدنى لثمن المشتريات 10 أو 15 دولار على الأقل، ويفرض عادة من قبل التجار وهذا راجع إلى أن مصاريف المشتريات ذات القيمة الصغيرة سوف تؤدي إلى استهلاك أرباحهم بشكل كبير.

[1] شافي نادر عبد العزيز، المصارف والنقود الالكترونية المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص81.

[2] تعريف مأخوذ من الموقع، www.itep.ae/arabic/educationalcenter/Articles/emoney_01.asp# أنظر المرجع يمينة حوحو، مرجع سابق، ص250.

- عدم شعور المتعاملين بالثقة عند نقل بياناتهم الشخصية والمتعلقة ببطاقات الائتمان في حال قيامهم بشراء السلع والخدمات عبر شبكة المعلومات الدولية، إضافة إلى أن الناس تشعر بالثقة عند إعطائهم للمعلومات لأشخاص حقيقيين بدلا من ملء استمارة عامة وشاملة.

ب/ آلية التعامل بالنقود الالكترونية: تمر عملية التعامل بالنقود الالكترونية بعدة مراحل يتوجب على كل من البائع والمشتري المرور بها وهذه المراحل هي:

ب-1/ يقوم المشتري بشراء النقد الالكتروني من أحد البنوك المصدرة وفقا لاحتياجاته حيث يتم تحميل هذه العملات على الحاسب بحيث يكون لكل عمله رقم خاص من البنك المصدر وعادة ما تكون في شكل وحدات صغيرة تعرف باسم To Kens وتعني العملة الرمزية[1].

ب.2/ يقتني المشتري المحفظة الالكترونية وهي كما تم توضيحه سابقا عبارة عن برنامج خاص بإدارة النقد الالكتروني يتم الحصول عليه من إحدى الشركات المصدرة للنقود الالكترونية مثل Cyber Cach؛ حيث يقوم هذا البرنامج بحماية وحدات النقد الالكتروني من المحو والنسخ، كما انه يقوم بحساب الأرصدة في ضوء اقتناء عمليات النقد الالكتروني أو صرفه في عمليات الشراء.

ب-3/ يتوجب على البائع أن يكون مشتركا في إحدى بنك الكتروني يتعامل بالنقد الالكتروني.

ب-4/ اشتراك البائع في أحد البنوك على شبكة المعلومات الدولية يعني حصوله على محفظة الكترونية في شكل برنامج مجاني من أحد مواقع الشركات سابقة الذكر.

ب-5/ في حالة اتخاذ المشتري لقرار الشراء يقوم أيضا باتخاذ قرار الدفع من خلال النقود الالكترونية بالقيمة المطلوبة، فيقوم برنامج إدارة النقد الالكتروني (المحفظة الالكترونية) باختبار الرصيد من حيث كونه يسمح بالسداد من عدمه، ومن ثم يقوم البرنامج باختيار وحدات النقد التي سيقوم الدفع بها حيث يتم تحديد هذه الوحدات بالرقم الخاص لكل وحدة وقيمتها في كشف خاص لإرساله إلى البائع عن طريق البنك المصدر للعملة.

ب-6/ يقوم برنامج إدارة النقد الالكتروني بعد إضافة وحدات النقد الجديدة إلى خزينة البائع الرقمية بتحويل أرصدته إلى النقد العادي.

[1] محمد ابراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص22.

البيتكوين[1]: ظهرت أول عملة رقمية مشفرة سنة 2009 تحت اسم البيتكوين على يد مجهول الهوية والذي أطلق على نفسه لقب "ساتوشي ناكاموتو"، وكان هدفه ابتكار نظام غير مركزي من أجل التخلص من الوسطاء وعمولات التحويل المرتفعة بالإضافة إلى الشروط الصارمة التي تفرضها تلك البنوك المركزية مما يقيد حركة الأموال خصوصا على الانترنت في مجال التجارة الالكترونية.

تعتمد آلية عمل عملة البيتكوين على نظام سمي بنظام "البلوكشين" حيث يعتبر بمثابة سجل حسابات يتم من خلاله حفظ جميع المعاملات التي تم تأكيدها وتسمى هذه العملية بالكتل، والتي تدخل إلى النظام الذي يوزعها إلى شبكة الند للند المكونة من أجهزة حواسيب لعدة مستخدمين التي تعمل على التحقق من المعلومات المقدمة لتصبح هذه المعلومات معروفة عند جميع المستخدمين وهذا ما يمنع حالات الغش أو عملية الاحتيال بالإرسال المزدوج للعملة.

4/ البنوك الالكترونية:

أ* تعريف البنوك الالكترونية على أنها: "مواقع الكترونية تقدم خدمات مصرفية ومالية وتجارية وإدارية شاملة، لها وجود مستقل على الشبكة الالكترونية قادرة على التعاقد وتقديم الخدمات المصرفية".

فالبنوك الالكترونية ذات طبيعة رقمية قائمة في العالم الافتراضي تنشئ لها مواقع الكترونية على الانترنت بغرض تقديم خدمات بنكية عن بعد، وهي ليست مجرد فرع لبنك قائم فحسب بل تمثل موقعا ماليا وتجاريا ذو وجود مستقل عبر الانترنت[2]. وتضمن هذه البنوك أداء العمليات المصرفية الالكترونية بحيث يقتصر وجودها على شبكة الانترنت فتستعين من أجل تنفيذ الأعمال المصرفية الالكترونية على برامج تشغيل الكترونيا، ولا ينطبق وصف بنك الكتروني على كل موقع لبنك على شبكة الانترنت إذ لابد أن يوفر هذا الأخير خدمات بنكية الكترونية عن بعد عبر وسائل الكترونية من خلال التبادل الالكتروني للبيانات مع ضرورة احترام النظم والتشريعات القائمة في هذا المجال.

ب* مزايا البنوك الالكترونية

[1] https://ar.m.wikipedia.org le 23/08/2019 à 18h00.

[2] سفر أحمد، العمل المصرفي الالكتروني في البلدان العربية المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص147.

توفر البنوك الالكترونية مجموعة من المزايا أهمها[1]:

- إمكانية الوصول إلى قاعدة أوسع من العملاء عبر العالم أجمع دون التقيد بمكان أو زمان معين خصوصا لأولئك الذين يتعاملون بأسلوب التجارة الالكترونية.
- تخفيض التكاليف: فبعد أن كان البنك يخصص الكثير من الأموال لفتح فروع جديدة له في كافة المناطق في محاولة منه للتقرب إلى العملاء أصبح البنك الالكتروني في منتهى القرب منهم بحيث أصبح أقرب من أقرب أي فرع لأي بنك تقليدي.
- تقديم خدمات مصرفية كاملة وجديدة نتيجة لانتشار التجارة الالكترونية عالميا فأصبحت هناك عمليات مصرفية جديدة لا يمكن لأي مصرف أن يقوم بها إلا إذا كان بنكا الكترونيا لما تتميز به تلك العمليات المصرفية من سرعة في الأداء وهو ما لا تستطيع البنوك التقليدية القديمة القيام به.

ثالثا: الحماية الجنائية للمستهلك الالكتروني من مخاطر وسائل الدفع في التشريع الجزائري

لما كانت غالبية مراحل التجارة الالكترونية من بحث عن منتوج وتفاوض وتعاقد تتم في فضاء افتراضي، كان لابد من إتمام المرحلة التالية من هذه التجارة، ألا وهي تسوية المدفوعات بطريقة الكترونية، مما فرض على البنوك ضرورة توفير تقنيات حديثة وإصدار وسائل دفع الكترونية، تتلاءم مع هذا النوع الحديث من التعاملات الالكترونية، وبالتالي لا يمكن الحديث عن تجارة الكترونية جزائرية دون وجود قطاع بنكي عصري يوفر وسائل الدفع الالكترونية متطورة، على الرغم من كون استخدامات التجارة الالكترونية في الجزائر لم تتعدى المستوى البدائي (الدفع عند التسليم) ولم تصل إلى المستوى الثاني (الدفع الفوري الالكتروني)، إلا أن الكثير من المصارف الجزائرية بدأت تبدي قدراً كبيراً من الاهتمام بالأعمال الالكترونية ووسائل الدفع الحديثة، وسعت إلى تطوير نظامها المصرفي ومواكبة كل ما هو جديد من خلال إصدار البطاقات البنكية ونشر الموزعات الآلية للنقد، والانضمام لشبكات الدفع العالمية.

حيث استحدث المشرع الجزائري نظام الوفاء الالكتروني في المعاملات الالكترونية إذ يعتبر الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض أول قانون جزائري تضمن

[1] منير الجنيهي وممدوح الجنيهي، مرجع سابق، ص16/15.

التعاملات الالكترونية الحديث في القطاع المصرفي[1]، وأبرز هذا القانون نية المشرع الجزائري في الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل دفع حديثة الكترونية.

وعدل المشرع الجزائري القانون التجاري بإصداره للقانون رقم 02/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005، حيث أضاف بموجبه إلى المادة 414 فقرة ثالثة تنص على أنه: "يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، كما تم إضافة نفس هذه الفقرة إلى المادة 52، وفي نفس السنة أصدر الأمر 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب[2]، واستعمل هذا الأمر مصطلح "وسائل الدفع الالكترونية" صراحة واعتبرها من بين التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب، وبذلك انتقل المشرع إلى مصطلح وسائل الدفع الالكترونية.

وسعياً من المشرع إلى توفير الاستخدام الآمن لتقنية الدفع الالكتروني والتجارة الإلكترونية عن بعد بصفة عامة، قام بإصدار ترسانة من القوانين وتعديل البعض منها بما يتماشى والتطور التكنولوجي الذي سجلته مختلف القطاعات، وهذا ما سبق وأن أشرنا له في الباب الأول من هذه الأطروحة.

وتفاديا لتكرار ما ذكر سوف نعرض أهم النقاط المتعلقة بوسائل الدفع الالكترونية في الجزائر على الخصوص.

أولا: مراحل اعتماد وسائل الدفع في الجزائر

في إطار إصلاحات النظام المصرفي، أطلقت الجزائر مشروعا لتحديث وسائل الدفع وتحديث أنظمتها، وتم تسجيل العديد من المشاريع في هذا المجال:

1) <u>إنشاء شركة "تألية الصفقات البنكية المشتركة والنقدية" والشبكة النقدية بين البنكية:</u>

إن أول خطوة قام بها النظام البنكي الحديث هي إنشاء شركة "تألية الصفقات البنكية المشتركة والنقدية Société d'automatisation des transactions interbancaires et de monétique" سنة

[1] فصلنا في هذا الأمر في الفصل الأول من الباب الأول في فرع البيئة العمة للتجارة الالكترونية في الجزائر.

[2] جريدة رسمية 59 لسنة 2005 الصادرة بتاريخ 2005/08/28.

1995، وهي شركة ذات أسهم و فرع ل 8 بنوك[1]، تسعى هذه الشركة لتحديث البنوك وترقية الصفقات النقدية بينها، بالإضافة إلى إصدار البطاقات البنكية ومعالجة كل المعاملات المتعلقة بها، تتمثل المهام الأساسية لشركة SATIM في العمل على تطوير استعمال وسائل الدفع الالكتروني، وضع وتسيير القاعدة التقنية والتنظيمية للوصول إلى توافق بين الفاعلين في شبكة النقد الآلي في الجزائر، مساعدة البنوك في وضع وتطوير منتجات الصيرفة الالكترونية، اصدار الشبكات وبطاقات الدفع لفائدة البنوك والمؤسسات المالية الأعضاء في الشبكة المالية البنكية، القيام بمجموعة الأعمال والنشاطات التي تسير النظام المصرفي الالكتروني بمختلف مكوناته[2].

2) البطاقات بين البنكية في الجزائر la carte interbancaire:

إن فشل نظام السحب دفع البنوك إلى بذل المزيد من الجهد في مجال البطاقات، ليتم استبدال مشروع البطاقة البنكية المشتركة للسحب بمشروع أخر جديد هو "بطاقة السحب والدفع البنكية CIB"، والتي تؤدي وظيفة مزدوجة وهي سحب الأموال من الموزعات الآلية، بالإضافة إلى دفع قيمة المشتريات والخدمات على مستوى أجهزة الدفع الالكتروني المتوفرة لدى التجار المنخرطين في شبكة النقد الآلي بين البنكية، حتى لو لم تكن الأجهزة تابعة للبنك المصدر للبطاقة[3]، وتنقسم بطاقات الدفع البنكي "CIB" إلى نوعين أساسيين: بطاقات عادية وبطاقات ذهبية وكلاهما يسمحان بخدمتي السحب والدفع ويسلمهما البنك للزبائن حسب معايير محددة، والفرق الجوهري بينهما يكمن في البطاقات الذهبية تقدم مزايا أخرى وسقف أعلى للدفع والسحب.

3) الموزعات الآلية ونهائيات الدفع الالكتروني:

من بين التقنيات الحديثة التي وفرتها المصارف الجزائرية لدعم توجهها نحو الصرفية الالكترونية هي الموزعات الآلية للنقود "DAB" ونهائيات الدفع الإلكتروني "TPE"، وتعتبر هذه الموزعات أجهزة وآلات أوتوماتيكية تستخدم للسحب عن طريق البطاقات الالكترونية، تثبت خارج المصرف

---

[1] هذه البنوك هي، بنك الفلاحة والتنمية الريفية، بنك الجزائر الخارجي، البنك الوطني الجزائري، بنك التنمية المحلية، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، بنك البركة الجزائري، القرض الشعبي الجزائري، الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي.

[2] هداية بوعزة، النظام القانوني للدفع الالكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019، ص438.

[3] سمية ديمش، مرجع سابق، ص242.

الذي يمولها بالعملة الوطنية، أما مسؤولية صيانة هذه الأجهزة وتسييرها فتتكفل بها SATIM، وقد أعدت هذه الشركة بدورها شبكة نقدية الكترونية بين المصارف في الجزائر، تهدف من خلالها وضع نظام مشترك بين البنوك للسحب بواسطة الموزعات الآلية، إلى توحيد المعايير، والتنظيمات المتعلقة بالبطاقة، وتطوير نقدي مشترك للنقديات[1]، حيث تسمح بقبول جميع البطاقات في جميع الأجهزة التابعة لمختلف البنوك المشتركة في الشبكة، كما تقوم بمكافحة السحب لفائدة البنوك الأعضاء والتحضير والتحويلات للتدفقات المالية المتعلقة بعمليات المقاصة الناتجة عن السحب بواسطة الأجهزة على مدار الساعة.

4) <u>البطاقات البنكية الدولية المستعملة في التجارة الالكترونية الجزائرية:</u>

إن إسهام البطاقات الالكترونية في التجارة الالكترونية لا جدال فيه، فالسبيل الشائع لتسوية مدفوعات هذه التجارة مباشرة عبر الانترنت هي البطاقات الائتمانية إلا أن البطاقات البنكية المتوفرة حاليا في الجزائر غير قابلة للتعامل على المستوى الدولي، لكنها فاتحة الانطلاق التجارة الالكترونية في بلادنا، فقد حاولت بعض البنوك الجزائرية إضفاء طابع الدولية على بطاقات البنكية، وقامت بإصدار هذه الأخيرة بترخيص من الشبكات العالمية Mastercard-VISA أن مجرد حمل البطاقة لشعار هذه الهيئات الدولية سيمكن المستهلك الجزائري من التسوق عبر الانترنت بكل حرية وتسديد قيمة مشترياته لأي مكان في العالم.[2]

ثانيا: تحديث أنظمة الدفع في الجزائر

شرعت الجزائر في تجسيد مشروع أنظمة الدفع منذ سنة 2006، وذلك بإطلاقها مشروع نظام التسوية الإدماجية الفورية واعتماد أنظمة التحويلات الالكترونية للأموال، نظام المقاصة الالكترونية بدلا من المعالجة الورقية، وتتمثل أدائية هذين النظامين في ضمان تحويل الأموال بصفة

[1] هداية بوعزة، مرجع سابق، ص441.

[2] يعتبر القرض الشعبي الجزائري CPA أول من أصدر بطاقة فيزا في الجزائر، وقام بوضع آلية النقود ونهائيات للدفع الالكتروني في المطارات والفنادق تقبل هذه البطاقة الدولية وتمكن السواح من سحب المبالغ المالية بالعملة الوطنية بمجرد وصولهم الجزائر.

فعالة ومضمونة وسريعة ومؤمنة، وذلك بالانخراط في التوصيات العالمية حول أنظمة الدفع والتسوية على مستوى بنك التسويات الدولية.[1]

1) نظام التسوية الإجمالية الفورية: RBTR

اعتمد هذا النظام في 15 ماي 2006 ويعرف بنظام الجزائر للتسوية الفورية أو نظام الدفع الفوري للمبالغ الكبيرة، وهو نظام أوامر الدفع التي تتم بين البنوك لاستخدام التحويلات البنكية أو البريدية للمبالغ الكبيرة أو الدفع الفوري المحقق من قبل المشاركين في هذا النظام ويخص هذا النظام ما يلي:

*الأموال المحولة بين البنوك أو مع البنك المركزي، مما يسمح بتحسين طريقة تسيير السيولة والاحتياط الإجباري بتقليل المخاطر.

*المعالجة السريعة للمدفوعات التجارية بين المؤسسات والذي له أهمية كبيرة نظراً لأنه يسمح بترقية التجارة وتطوير الاقتصاد.

*يسمح هذا النظام بتنظيم أوامر تحويل الأموال التي تعادل وتفوق المليون دينار ومعالجتها بالوقت الحقيقي على أنها عمليات استعجاليه وفورية وبصورة إجمالية وذلك دون تأجيل.[2]

2) نظام المقاصة الالكتروني عن بعد: عرفت عملية عصرنة نظام الدفع بالجزائر مرحلة جديدة بإنشاء نظام المقاصة الالكترونية المعروف باسم ATCI[3] حيث انطلق مشروع المقاصة الالكترونية في الجزائر في 14 جانفي 2004 وتم تحصيله بالفعل في 29 نوفمبر 2004، وفي نهاية مارس 2005 تم إمضاء العقد مع مجموعة ATOS وفي 16 جوان 2005 تم تعيين الوسطاء ما بين الربط والنظام المعلوماتي المساهمين (البنوك التجارية، بريد الجزائر، الخزينة العمومية، بنك الجزائر)، وتم اعتماده وتنفيذه رسميا في ماي 2006.

والعمل بالمقاصة الالكترونية بين البنوك يستدعي القيام بتجريد وسائل الدفع المستخدمة من طابعها المادي، بمعنى أن يتم تحويلها من شكلها الورقي إلى شكل رقمي يتناسب مع طبيعة هذا النظام

[1] عايدة عبير بلعيدي، واقع تحديث أنظمت الدفع في الجزائر وأثره على المنظومة المصرفية الجزائرية، مقال نشر في مجلة الاقتصاديات المالية البنكية وادارة الأعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر،2012، ص313.

[2] هداية بوعزة، مرجع سابق، ص445.

[3] ATCI، Algérie Télé Compensation Interbancaire.

ولتحقيق ذلك تمرر الشبكات والأوراق التجارية على آلة المسح (Scanner)[1] المعلوماتية الرقمية الصادرة عن بنك المودع للشك أو الكمبيالة تحول إلى البنك المسحوب عليه ليباشر بفحصها والتحقق منها (التوقيع، الرصيد، ...)؛ فإذا تبين أن المعلومات غير صحيحة نقدياً، يقوم النظام تلقائياً برفضها، أما إذا كان الرصيد غير كافٍ فيحدث رفضه من البنك حسب السبب في ذلك، ويتم تحويل الرفض وأسبابه آليا إلى البنك المودع للشيك أو الكمبيالة.

ويهدف نظام "ATVI" إلى تحقيق الأهداف التالية:

*التسيير المحاسبي اليومي وإعطائه نظرة شاملة وحقيقية عن وضعية الخزينة العمومية المالية الوطنية.

*تقليص آجال المعالجة، حيث يتم قبول أو رفض العملية في أجل أقصاه 5 أيام على أن يتم اختزال هذه المدة إلى 3 أيام ثم 48 ساعة.

*تأمين أنظمة الدفع وإعادة الثقة للزبائن في وسائل الدفع خاصة الصكوك.

*مواجهة عملية تبييض الأموال في الجزائر.

الفرع02: الحماية القانونية من مخاطر استعمال وسائل الدفع الإلكتروني

تتزايد الاعتداءات التي تهدد أمن واستعمال وسائل الدفع الالكترونية من قبل أشخاص يتمتعون بخبرة فنية ومعرفة تقنية في مجال التكنولوجية المعلوماتية، مما يعرض المستهلك الإلكتروني خلال استعانته بوسائل الدفع الالكترونية لمجموعة من المخاطر غير المألوفة في العالم المادي.

فبالرغم من المزايا الكبيرة التي وفرتها وسائل الدفع الالكترونية وتزايد حجم التعامل بها عبر الانترنت، فقد صاحب ذلك نمواً مضطرداً في الجرائم المصاحبة لاستخدامها، حيث قام قراصنة الانترنت باختراقها والاعتداء عليها من أجل الحصول والاستيلاء على النقود التي يحتويها.

ولذلك سأتناول في هذا الفرع صور الحماية الجنائية لوسائل الدفع الالكتروني، باعتبار أن حمايتها الجنائية من صور الحماية الجنائية للمستهلك والتطرق لصور الجرائم التي تمس بوسائل الدفع الالكتروني.

[1] زهير رواتب، دور نظام الدفع الالكتروني في تحسين المعاملات المصرفية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2010 /2011، ص152.

أولا: جرائم الاعتداء على بطاقة الائتمان

تعتمد بطاقات الائتمان في طريقة التعامل بها على النظام المعلوماتي الذي تتدفق فيه البيانات والمعلومات، والذي تكون فيه هذه النقود عبارة عن رموز وبيانات مشفرة الكترونيا، ومن ثم كانت محلا لاعتداءات مثارة من جانب محترفو الإجرام عن طريق فك هذه البيانات والرموز والشفرات بهدف الحصول على الأموال بطريقة غير شرعية.[1]

ويعرف هذا النمط الإجرامي التقني المستحدث بأنه: "عبارة عن الاستيلاء غير المشروع على الأرقام والمعلومات الخاصة بالبطاقات الائتمانية المملوكة للغير من خلال الاعتماد على تقنية شبكة المعلوماتية العالمية (الانترنت) بهدف الحصول على أثمن السلع والخدامات من ملايين المواقع التجارية المنتشرة عبر الشبكة العنكبوتية والتي يقبل عليها الوفاء بالبطاقات الممغنطة.[2]

أ*أركان الجرائم الواقعة على بطاقات الائتمان

لقيام الجرائم الواقعة على بطاقة الائتمان يتطلب القانون أركان، كغيرها من الجرائم، تتمثل في الركن الشرعي وهو النص القانوني الذي يضفي الصفة غير الشرعية على الفعل فيخرجه من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم، أما الركن المادي فكما هو معروف يتكون من ثلاث عناصر ألا وهي سلوك إجرامي والذي يتمثل في النشاط المادي الصادر عن الجاني في احدى صور الاعتداء على بطاقات الائتمان ونتيجة تتحقق بحصول الجاني على مبتغاه، وعلاقة سببية تربط السلوك الإجرامي بالنتيجة، أما فيما يخص الركن المعنوي لهذه الجرائم فهي من الجرائم العمدية التي تقوم على توافر القصد الجنائي العام بعنصرية الحكم والإرادة.

ب* الأساليب المعتمدة في الجرائم الواقعة على بطاقات الائتمان

إن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الائتمان لا يقتصر فقط على الغير، ولكن قد يستخدمها حاملها الشرعي بطريقة غير مشروعة، أي أن التلاعب والاعتداء يكون من حامل البطاقة أو من الغير، وفيما يلي تفصيل الأساليب والطرق التي يتم من خلالها الاعتداء على أرقام بطاقات الائتمان.

1/إساءة استعمال الدفع الالكتروني من حامل البطاقة

[1] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص352.

[2] هروال هبة نبيلة، مرجع سابق، ص288.

من المعلوم أن حامل البطاقة هو الطرف الأكثر تعاملا بها، لأنه حائزاً لها، لذا فإنه الجهة الأكثر احتمالا لإساءة استعمال هذه البطاقة، فيمكن للحامل أن يسيء استخدام بطاقته على النحو الآتي:

- الحصول على بطاقة ائتمان صحيحة بناء على مستندات مزورة: وذلك بأن يتقدم الشخص إلى البنك بمستندات شخصية مزورة منتحلا فيها صفة الغير أو بيانات غير صحيحة، ويصدر البنك له بطاقة صحيحة يستخدمها في تعاملاته، ولا يمكن البنك من استرداد قيمتها بعد ذلك لعدم الاستدلال على صاحب البطاقة أو لأن الضمانات التي قدمها لا تكفي.[1]
- استخدام بطاقة انتهت مدة صلاحياتها أو ملغاة: القاعدة أن بطاقة الائتمان تحدد بمدة، بحيث يتوجب على الحامل إرجاعها بعد انتهائها، ولكن قد يعمد الحامل إلى الاحتفاظ بها أو استخدامها بعد انتهاء مدتها، فإن استمر في استعمالها بعد انقضاء هذه المدة فسوف يعاقب جنائيا بصرف النظر عن التكييف القانوني لفعله، ولكن ما يعول عليه أن فعله غير مشروع ويتعين مساءلته جنائيا عنه.[2] كما أنه قد تقوم الجهة المصدرة للبطاقة بإلغائها لسبب ما، كأن يكون الحامل أساء استخدامها أو أن تتدخل ظروف تزعزع من المركز المالي للعميل، بحيث تؤثر على اعتباره الشخصي، ويتعين في هذه الحالة على المصدر تنبيه العميل لذلك ومطالبته برد البطاقة[3]، فيمتنع عن ردها ويقوم باستعمالها رغم التنبيه عليه بإعادتها إلى مصدرها، والحقيقة بأنه يجب مؤاخذة حامل البطاقة عن هذا الفعل، لأنه يصدق قرار سحب البطاقة منه فإنه يكون قد فقد سنده الشرعي في استعمالها وبصرف النظر عن التكييف القانوني لسلوكه فإنه يتعين مساءلته جنائيا حماية للثقة في هذه البطاقة، وفي المعاملات التي تستخدم فيها، لاسيما التجارة الإلكترونية.

2/ إساءة استعمال بطاقات الدفع الإلكتروني من الغير

يقصد بالغير هنا أي شخص غير التاجر الذي يتعامل معه حامل البطاقة أو موظفي البنك المصدر للبطاقة، فهؤلاء لهما أحكاماً خاصة سنوردها لاحقاً، ويعرف الغير في هذا الخصوص باستبعاد هاتين الفئتين، وقد تظهر مشكلة الغير فيما لو فقدت البطاقة أو سرقت، وكذلك في حالة سرقة أو

---

[1] جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص119.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية- الكتاب الثاني، الحماية الجنائية بنظام التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص332.

[3] نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص156.

ضياع الرقم السري الخاص بها، وذلك لأن العميل لا يمكنه استخدام البطاقة دون رقم سري تستخدم البطاقة بموجبه.[1]

ويجب على حامل البطاقة بمجرد ضياعها أو فقدان رقمها السري إبلاغ البنك المصدر لها حتى لا يتحمل مسؤولية المبالغ التي يسحبها الغير من رصيده.

- استعمال بطاقة مسروقة أو مفقودة بواسطة الغير: سرقة البطاقة أو ضياعها من العوائق القانونية التي يثيرها نظام التعامل بمقتضى بطاقات الائتمان الممغنطة، ذلك أن السارق أو من يعثر على البطاقة المفقودة قد يستخدمها في سحب أوراق بنكية من أجهزة التوزيع الآلي للنقود، وقد يستخدمها في الحصول على السلع أو الخدمات من التجار، لاسيما وأن هذه السرقة قد تكون حقيقية وقد تكون صورية.

ولا يمكن استعمال بطاقة مسروقة أو مفقودة لسحب النقود بدون إدخال الرقم السري أو الشفرة الخاصة بالبطاقة والتي لا يعلمها عادة سوى الحامل الشرعي للبطاقة، فمجرد الحيازة غير المشروعة للبطاقة لا يكفي لسحب النقود، بل يلزم أن يربط نشاط الفاعل بسرقة شفرة البطاقة أو الرقم السري ولم تثر هذه الحالة خلافا في الفقه حول التكيف القانوني لها، حيث استقر الرأي على أن الواقعة تشكل جريمة نصب، وقد استبعدت السرقة حيث أن الجهاز قد تمت برمجته لتسليم النقود بعد إدخال البطاقة وتدوين الرقم السري فالتسليم كان ارداديا، على أنه يمكن أن تنسب اليه سرقة البطاقة أو رقمها السري حيث يرتكب الجاني جريمتين مستقلتين وهما السرقة كجريمة وسيلة والنصب كجريمة غاية.[2]

وكثيرا ما يحدث أن يقوم الغير بسرقة بطاقة الائتمان، أو يعثر عليها ولا يقوم بردها إلى صاحبها أو الجهة المصدرة لها، وإنما تذهب نيته إلى تملكها من أجل استعمالها، فيكون بذلك مرتكبا لجريمة السرقة حتى لو كان جاهلا للرقم السري الخاص بالبطاقة.

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية- الكتاب الأول، الحماية المدنية بنظام التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص123 – 124.

[2] صالح شنين، مرجع سابق، ص139.

ولكن في حالة عدم توافر نية تملك البطاقة، وإنما أراد استعمالها ثم إرجاعها أو التخلص منها، فقد تباينت الآراء فذهب البعض إلى القول بأن ذلك يشكل سرقة باستعمال مفتاح مصطنع، لأن إعادة الشيء لم تتم كما كان عليه وإنما استنزف كل أو بعض قيمته وهذا يمثل سرقة.

في حين ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المتهم قد ارتكب في ذلك جريمة احتيال، لأن فعله ينطوي على وسيلة احتيالية، حيث استعمل اسم حامل البطاقة في ارتكاب جريمته.[1]

- تزوير بطاقة الائتمان أو استعمال بطاقة ائتمان مزورة من طرف الغير: يعد تزوير بطاقات الائتمان من أخطر أشكال التزوير المعلوماتي، وقد ثار خلاف فقهي بشأن تطبيق أحكام جريمة التزوير على بطاقات الائتمان، حيث انقسم الفقه إلى فريقين[2]:

حيث ذهب أنصار الفريق الأول إلى عدم إمكانية تطبيق النصوص التقليدية لجريمة تزوير البيانات الالكترونية، ومنها بيانات بطاقة الائتمان، بحجة عدم إمكانية القراءة البصرية لمحتويات هذه المحررات إلا بواسطة الحاسوب والتزوير يفترض تغيراً في علامات أو رموز مرئية.

وقد أيد هذا الرأي الفقيه الألماني Uiriche Siber الذي يرى أن تزوير البيانات الالكترونية لا يمكن أن ينطوي تحت النصوص التقليدية لجريمة التزوير، لأنه لا يمكن قراءتها بصرياً، كما يرى الفقيه الفرنسي Cassin أن جريمة التزوير بمفهومها التقليدي لا تقوم وذلك لانتفاء الكتابة.

أما أنصار الفريق الثاني فيرون أن قيام جريمة التزوير إن حدث تغيير في بيانات بطاقات الائتمان إلى أن المعلومات المعالجة الكترونياً متى دونت عن أسطوانات أو شريط ممغنط تعتبر محرراً، فإذا كان من غير الممكن قراءته بصرياً إلا أنه يمكن قراءته عن طريق الحاسب، وبالتالي فإن تغيير الحقيقة في هذه المحررات الإلكترونية يؤدي إلى قيام الركن المادي لجريمة التزوير، فمن غير المنطقي القول بتوافر التزوير في حالة تغيير الحروف والأرقام المطبوعة على البطاقة وعدم توافره إذا وقع على إحدى البيانات المعالجة الكترونياً على البطاقة.

ونحن بدورنا نميل إلى الرأي الثاني القائل بتوافر جريمة التزوير على بطاقات الائتمان وذلك بالرجوع إلى تعدد طرق وأساليب قرصنة الحواسيب الآلية والانترنت للحصول على أرقام وبيانات البطاقة الائتمانية.

---

[1] نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص159.

[2] جهاد رضا الحباشنة، الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص82.

وبالتالي من السهل تصور تزويرها ومن أهم هذه الطرق والأساليب[1]:

أ) الاستدراج أو الصيد: ويقوم على نسخ موقع من مصدر موثوق به من مصرف على سبيل المثال، ثم يقوم المحتالون بإرسال وصلة إلى موقع الكتروني آخر مخادع يطلبون فيه بعض المعلومات المهمة كالاسم، رقم الحساب المصرفي واسم المستخدم وكلمة المرور من المستهلكين، ويقوم المستهلكون بالرد مقدمين تلك المعلومات، ليتم استخدامها بعد ذلك من قبل المحتالين في فتح حسابات مصرفية أو شراء مواد الكترونية.

ب) تقنية تفجير الموقع المستهدف: يوجه هذا الأسلوب عادة إلى الحاسبات الآلية المركزية للبنوك والمؤسسات والمطاعم والفنادق ووكالات السفر وذلك بهدف الحصول على أكبر قدر ممكن من أرقام البطاقات الائتمانية.

ويقوم هذا الأسلوب على ضخ مئات الآلاف من الرسائل الالكترونية من جهاز الحاسب الآلي الخاص بالمجرم إلى الجهاز المستهدف، بهدف التأثير على ما يعرف بالسعة التخزينية، بحيث يشكل هذا الكم الهائل من الرسائل ضغطا كبيراً على تلك الأجهزة، مما يؤدي في النهاية إلى تفجير الموقع العامل على الشبكة وتتشتت المعلومات والبيانات المخزنة فيه، لتنتقل بعد ذلك إلى الجهاز الخاص بالمجرم، فيستولي على ما يشاء من البيانات والأرقام الخاصة بالبيانات.[2]

ت) أسلوب الخداع: حيث يتم إنشاء مواقع وهمية على شبكة الانترنت على غرار مواقع الشركات والمؤسسات التجارية الأصلية التي توجد على الشبكة ويظهر وكأنه الموقع الأصلي الذي يقدم الخدمة، ويكمن الخطر في استقبال الموقع الوهمي لجميع المعاملات البنكية والمالية والتجارية والتي يقدمها الموقع الأصلي عبر شبكة الانترنت لأغراض التجارة الالكترونية، وبالطبع أغلب هذه المعاملات تعتمد على البطاقات الائتمانية، مما يعني الحصول على المعلومات الخاصة بتلك البطاقات، ويتم الحصول على الأموال، وبعد ذلك يتم إغلاق الموقع.

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص359.

[2] عماد علي خليل، التكييف القانوني لإساءة استخدام بطاقات الائتمان عبر شبكة الانترنت، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات، سنة 2000، ص03 وما بعدها.

ث) أسلوب التجسس: حيث يقوم الجناة باستخدام البرامج التي تتيح لهم الاطلاع على البيانات والمعلومات الخاصة بالشركات التجارية الكبرى للحصول على أرقام بطاقات الائتمان المتعامل معها، ويعاد استخدامها بعد ذلك بطريقة غير مشروعة.

ج) تخليق أرقام البطاقات الائتمانية: ويعتمد هذا الأسلوب بالدرجة الأولى على إجراء محاولات رياضية وإحصائية بهدف تحصيل أو تخليق أرقام بطاقات ائتمانية مملوكة للغير، وفي كل ما يلزم للشراء عبر شبكة الانترنت. وعادة ما يقوم مجرمو البطاقات بنشر المعادلات وبيان الكيفية التي يمكن من خلال إتباعها خطوة بخطوة للحصول على أرقام البطاقات الائتمانية المملوكة للغير عبر مواقعهم المنتشرة على شبكة الانترنت.

- استعمال بطاقات ائتمانية مزورة: لقد اختلف الفقه والقضاء في تكييف استعمال بطاقات ائتمان مزورة كالآتي:

أ/ الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه أن هذه الواقعة تشكل جريمة سرقة باستعمال مفتاح مصطنع لأن المال خرج من ذمة صاحبه دون رضائه، والمفتاح المصطنع في هذه الحالة هو البطاقة المزورة، ويؤيد هذا الفقه رأيه بأن قانون العقوبات لم يحدد مفهوم المفتاح المصطنع، ويعرف الفقهاء المفتاح المصطنع بأنه كل أداة تقوم بذات الوظيفة التي قوم بها المفتاح الأصلي بغض النظر عن شكلها أو حجمها أو مادة صنعها ويدخل في حكمه كافة الأدوات التي تستخدم في فتح الأقفال ومنها الأدوات المزورة التي كانت أداة وفاء.[1]

لكن ما يعاب على هذا الاتجاه هو أن اعتبار بطاقة الائتمان بمثابة مفتاح يتعارض مع قاعدة عدم جواز القياس في التجريم والقول إننا بصدد سرقة باستخدام مفتاح مصطنع نقود من الناحية العملية إلى إلغاء جريمة استعمال محرر مزور في كل حالة يستخدم فيها عند المحرر للاستيلاء على مال الغير.

ب/ الاتجاه الثاني: يتجه هذا الاتجاه إلى اعتبار واقعة استعمال بطاقة ائتمان مزورة تشكل جريمة احتيال ونصب، أن يتخذ الجاني اسم كاذب وصفة غير صحيحة للمالك الحقيقي للحصول على منفعة مادية، وقد تباينت أحكام القضاء الفرنسي بين مؤيد أن استخدام البطاقات المزورة يشكل جريمة

[1] جهاد رضا الحباشنة، مرجع سابق، ص87.

نصب، ومخالف لذلك، لأن الطرق الاحتيالية تتم بين شخصين، الجاني والمجني عليه، بينما هذه الحالة العلاقة بين شخص وشيء هو الجهاز.[1]

ج/ الاتجاه الثالث: وفقا للرأي الراجح في الفقه الفرنسي، يسأل عن استعمال بطاقة ائتمان مزورة عن جريمة استعمال محرر مزور، حيث تقوم هذه الجريمة على ركن شرعي وركن مادي متمثل في استعمال بطاقة مزورة، وركن معنوي يتخذ صورة القصد الجنائي العام بعنصرية العلم والإرادة بأن يكون الجاني عالماً بأن البطاقة التي يستعملها مزورة أو مقلدة، وتتجه إرادته إلى ارتكاب ذلك الفعل المجرم.[2]

3/إساءة استعمال بطاقات الدفع الالكترونية من قبل موظفي البنك المصدر للبطاقة

قد يتم التلاعب من موظفي البنك المصدر للبطاقة أو عن طريق التجار أو عن طريق شبكة الانترنت، كتخليق أرقام البطاقات، وخلق مواقع وهمية لاستقبال المعاملات المالية الخاصة بالموقع الحقيقي.[3]

وقد يتم الاتفاق بين موظف البنك والعميل حامل البطاقة أو بالاتفاق مع التاجر، أو مع الغير على إحدى هذه الأفعال على سبيل المثال:

1) استخراج بطاقة سليمة ببيانات مزورة، وقد سبق الحديث عن هذه الصورة.

2) السماح للعميل بالصرف بموجب بطاقة منتهية الصلاحية، أو بعد صدور قرار سحبها.

3) أما اتفاق موظف البنك مع التاجر، في صورته غير المشروعة قد يكون موضوعه كما يلي:

* تجاوز حد السحب في صرف قيمة إشعارات البيع (اليونات).

* اعتماد إشعارات بيع صدرت إلى بطاقات وهمية أو مزورة أو منتهية الصلاحية أو مسحوبة.

* أخيراً فقد يتواطأ موظف البنك مع أفراد العصابات الإجرامية، ويمد لهم بدون وجه حق، بيانات بطاقات الوفاء أو السحب الصحيحة والمتداولة، وذلك لاستخدامها في تقليد أو اصطناع هذه البطاقات.[4]

---

[1] جميل عبد الباقي الصغير، مرجع سابق، ص111.

[2] صالح شنين، مرجع سابق، ص143

[3] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص104.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا، مرجع سابق، ص126.

ثانيا: جرائم التعدي على نظام التحويل الالكتروني للأموال

نظام التحويل الإلكتروني للأموال هو جزء بالغ الأهمية من البنية التحتية لأعمال البنوك الالكترونية التي تعمل عبر الانترنت، ويتيح هذا النظام بطريقة الكترونية آمنة نقل التحويلات المالية من حساب بنكي إلى حساب آخر، بالإضافة إلى نقل المعلومات المتعلقة بهذه التحويلات.[1]

أما عن كيفية تنفيذ عمليات التحويلات المالية فتتم عن طريق دار المقاصة الآلية وهي شبكة تعود ملكيتها وأحقية تشغيلها إلى البنوك المشتركة بنظام التحويلات المالية الالكترونية، حيث تتم عملية التحويل المالي الالكتروني بتوقيع العميل نموذجا معتمداً واحداً لصالح الجهة المستفيدة التاجر مثلاً ويتيح هذا النموذج اقتطاع القيمة المحددة من حساب العميل وفق ترتيب زمني معين – يومياً وأسبوعياً أو شهرياً – و يختلف نموذج التحويل المالي الالكتروني عن الشيك في أن صلاحيته تسري لأكثر من عملية تحويل واحدة، وفي العادة يتعامل البنك والعميل مع وسطاء وظيفتهم توفير البرمجيات اللازمة ويمكن إيجاد العديد منهم على الانترنت.[2]

ويتم التحويل غير المشروع للأموال بعدة وسائل يصعب حصرها لسرعة وتيرة التطور في هذا المجال ومن بينها:

أ/ تصميم برامج معينة: تهدف إلى إجراء عمليات التحويل الآلي من حساب إلى أخر سواء كان ذلك من المصرف نفسه أو من حساب آخر على أن يتم ذلك في وقت معين يحدده مصمم هذا البرنامج، كما توجد برامج أخرى تقوم بخصم مبالغ ضئيلة من حسابات الفوائد على الودائع المصرفية بإغفال الكسور العشرية بحيث يتحول الفارق مباشرة إلى حساب الجاني لأنها برامج تعتمد على التكرار الآلي لمعالجة معينة مما يؤدي إلى صعوبة اكتشاف هذه الطريقة في وقت واحد مع ضالة المبلغ المخصوم من كل حساب على حدة بحيث يصعب أن ينتبه إليه العميل.

وأشهر هذه الوقائع قيام أحد العاملين بمركز الحسابات المتعاقد مع مصرف الكويت التجاري لتطوير أنظمة المعلومات الاستيلاء على مبالغ طائلة من المصرف بعد أن تمكن من اختيار خمسة حسابات راكدة في خمس فروع محلية للمصرف وأعد لها برنامجاً تمثلت مهمته في تحويل مبالغ معينة من

[1] خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الالكترونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 2008، ص74.

[2] فاطمة الزهرة خبازي، جرائم الدفع الالكتروني وسبل مكافحتها، مداخلةنشرت في كتاب أعمال ملتقى آليات مكافحة الجرائم الالكترونية في التشريع الجزائري المنعقد في الجزائر العاصمة، يوم 29 مارس 2017، ص23.

هذه الحسابات إلى حسابات أخرى فتحت باسمه في الفروع نفسها على أن تتم عملية التحويل أثناء وجوده بالطائرة في طريقه إلى المملكة المتحدة عائداً إلى بلاده بعد انتهاء عقد عمله، ثم فتح حسابات أخرى فور وصوله وطلب من المصرف تحويل هذه المبالغ إلى حساباته الجديدة في بريطانيا.[1]

ب/ التحويل المباشر للأرصدة: يتم ذلك عن طريق اختراق أنظمة الحاسب وشفرات المرور، أشهرها قيام أحد خبراء الحاسب الآلي في الولايات المتحدة باختراق النظام المعلوماتي لأحد المصارف وقيامه بتحويل 12 مليون دولار إلى حسابه الخاص في ثلاث دقائق فقط، وعادة ما يتم ذلك أيضا عن طريق إدخال معلومات مزيفة وخلق حسابات ومرتبات وهمية وتحويلها إلى حساب الجاني، ويمكن أن يتم التحويل المباشر أيضا عن طريق التقاط الإشعاعات فهناك بعض الأنظمة التي تستخدم طابعات سريعة تصدر أثناء تشغيلها إشعاعات إلكترو مغناطيسية ثبت أنه من الممكن اعتراضها والتقاطها أثناء نقل الموجات وحل شفراتها بواسطة جهاز خاص لفك الرموز وإعادة بثها مرة أخرى بعد تحويرها.[2]

ثالثا: جرائم النقود الالكترونية

تعبر النقود الرقمية على وحدات الكترونية رقمية يتم انتقالها بطريقة معينة من حساب شخص إلى حساب شخص آخر، تخزن هذه الوحدات إما في ذاكرة الكمبيوتر ويستعمل الكارت من حاملها الذي قد يكون أحيانا صاحب الأموال المراد غسلها والحاصل عليها بطريقة غير مشروعة، لهذا النقود الالكترونية لا تستخدم فقط لسداد أثمان البضائع والخدمات مثلها مثل النقود التقليدية، أي كوسيلة للوفاء بل قد تكون وسيلة لارتكاب جرائم عبر الحدود فهي عبارة عن معالجة رقمية للمدفوعات عبر الانترنت حيث تحل قيمة النقد محل السيولة النقدية، ويتم ذلك باستخدام الحوسبة والرقمية بأشكالها المختلفة من حواسيب وهواتف نقالة وكل وسيلة تحتوي على ذاكرة حاسوبية وقدرات تشفيرية.[3]

---

[1] رحاب عميش، الجريمة المعلوماتية على الخط، مقال نشر على موقع، www.iefpedia.com تاريخ الاطلاع 2020/08/15 على الساعة 12،51، ص12،11.

[2] Article 5 du convention européenne Budapest.

[3] شريف هنية، الأساليب الحديثة للإجرام المنظم – تبييض الأموال نموذجا، مقال نشربمجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2019، ص17.

وبما أن محل جريمة تبيض الأموال يتمثل في الأموال غير الشرعية الناتجة عن ارتكاب الجرائم، توجد إمكانية كبيرة لتبييض الأموال باستخدام النقد الرقمي من خلال مرحلتي الإيداع والإدماج، ففي المرحلة الأولى يبدأ حائز المال المراد تبييضه بإيداعه في المؤسسة المالية، سواء في العالم المادي أو الافتراضي بطريقة الإيداع الرقمي وفي مرحلة الدمج يقوم الحائز بإجراء تحويلات رقمية إلى دول ليس فيها عمليات تبيض أموال، وإدخالها في حركة الاقتصاد العالمي.[1]

ولا ينحصر الضرر الناتج عن جريمة غسل الأموال في الجوانب الاقتصادية فقط ولا الجوانب الاجتماعية والسياسية بل ان تلك الجريمة لا تخلو من الأضرار الأمنية أو القانونية، إذ أنها جريمة مركبة فهي عادة ما تكون جريمة لاحقة لجريمة أخرى غير مشروعة تعمل على تغطية الأموال المتحصلة من الجريمة الأولى.

وتجدر الإشارة إلى أن العملات الافتراضية وعلى رأسها البيتكوين أطلقت عنان الأسواق السوداء الالكترونية، فأصبحت هذه العملات هدفا وأداة جريمة في يد المجرمين، فهؤلاء يبتكرون يومياً وسائل وطرقاً حديثة لتنفيذ مخططاتهم التي تتناول العملات الرقمية الافتراضية، في حين أن غياب التشريعات التنظيمية والعقابية ينجم في إفلات هؤلاء في الملاحقة الجزائية، وفي هكذا حال يقف المتضرر من دون حماية قانونية وغياب أي وسيلة لإعادة أمواله المنهوبة أو حقوقه المهدورة.[2]

ثانيا: الاستراتيجية الوطنية لمواجهة الجرائم المتعلقة بوسائل الدفع الالكترونية: يتم حماية المستهلك الالكتروني من مخاطر وسائل الدفع الالكتروني من خلال النصوص التشريعية القائمة الخاصة بمجال المعلومات والاتصال، التي تجرم كل مساس بسلامة وأمن المعاملات والمراسلات الالكترونية، وتنظيم مراقبة وتفتيش المنظومات المعلوماتية.

ولذلك سأوضح أوجه الحماية الجنائية لهذه الوسائل في التشريع الجزائري مقارناً ببعض التشريعات الأخرى.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الالكترونية، مرجع سابق، ص78.

[2] جبار محفوظ، العملات الرقمية بين المنافع والمخاطر، دراسة حالة Bitcon مداخلة ألقية في إطار الملتقى الوطني المنعقد يومي 23 و24 أفريل 2018 حول المستهلك و الاقتصاد الرقمي، ضرورة الانتقال وتحديات الحماية، المركز الجامعي مسيلة.

1/ التشريعات العامة لمواجهة الجرائم المتعلقة بوسائل الدفع الالكتروني

لقد كفل الدستور الجزائري حماية الحقوق الأساسية والحريات الفردية على العموم من خلال جملة من المبادئ نصت عليها مبادئه، واتجه المشرع الجزائري إلى تعديل قانون العقوبات ليتماشى مع متطلبات التجارة الالكترونية ووسائل الدفع الالكتروني ويحد من الممارسات غير القانونية وتجريمها، حيث تمم الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الثالث بالقانون 04-15 بإضافة قسم سابع مكرر عنوانه المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، ولقد فصلنا في هذه النقطة سابقا إلا أنه يمكن أن يؤخذ بأحكام هذه المواد عندما يمس الفعل المجرم بمنظومة المعالجة الآلية للمعطيات.[1]

وباعتبار وسائل الدفع الالكترونية من بين الأوراق التجارية فيمكن تطبيق المادة 376 من قانون العقوبات والتي تجرم وتعاقب كل من اختلس أو بذر بسوء نية أوراقاً تجارية بقصد الإضرار بمالكيها أو حائزيها بعقوبات أصلية تتمثل في الحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 500 إلى 20000دج، بالإضافة إلى أنه يمكن تطبيق الأحكام المتعلقة بجرائم السرقة والنصب والتزوير المنصوص عليها في قانون العقوبات.

وتبقى نصوص قانون العقوبات ناقصة لا تتماشى مع التطور السريع لوسائل الدفع الالكتروني واتساع رقعة التعامل بها.

2/ التشريعات الخاصة لمواجهة جرائم الدفع الالكتروني

هناك نصوص قانونية عديدة استهدفت مكافحة الإجرام المعلوماتي عموما، والإجرام الماس بوسائل الدفع الالكتروني خاصة وسنتناول فيما يلي أبرزها:

أ* قانون النقد والقرض 11/03:[2] يعتبر قانون النقد والقرض أول قانون جزائري تضمن التعامل الالكتروني الحديث في القطاع المصرفي، ويتضح ذلك من خلال المادة 69 التي تضمن نصها: "تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"، ويتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري تبنى وسائل الدفع بكل أشكالها وانتقل من وسائل الدفع الكلاسيكية الى وسائل الدفع الكترونية.

[1] المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 07.

[2] أمر رقم 11/03 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424 المواقف ل 26 غشت 2003

ب* قانون التأمينات: اهتم التشريع المتعلق بالتأمينات على تنظيم الجريمة الالكترونية من خلال مؤسسات وهيئات الضمان الاجتماعي، وذلك في عدة نصوص تخص البطاقة الالكترونية، حيث اعتمد المشرع الجزائري البطاقة الالكترونية بموجب القانون 01/08[1]، إذ تم استحداث أحكام جديدة في المواد 6 مكرر، 6 مكرر 01 و6 مكرر 02 فأصبحت صفة المؤمن له اجتماعيا تثبت ببطاقة الكترونية تسلم مجانا من طرف هيئات الضمان الاجتماعي، وهي بطاقة صالحة للاستخدام عبر كامل التراب الوطني.

كما تممت بموجب القانون 01/08 سالف الذكر، أحكام الفصل الخامس من الباب الثاني من القانون رقم 11/83 السالف الذكر بالمواد 65 مكرر، 65 مكرر 01، 65 مكرر 02 و65 مكرر 03، وقد أفادت تلك المواد بتزويد هياكل العلاج ومقدمي الخدمات المرتبطة بالعلاج بمفتاح الكتروني يسمى "المفتاح الالكتروني لهيكل العلاج" وغيرها من الأحكام المرتبطة بالمؤمنين وحقوقهم.

وتتضمن المادة 04 من قانون 11/08: "تتم أحكام القانون رقم 11/83 المؤرخ في 02 يوليو 1983 والمذكور أعلاه باب خامس مكرر عنوانه "أحكام جزائية" يتضمن المواد 93 مكرر 02 و 93 مكرر 03 و 93 مكرر 04 و 93 مكرر 05 و 93 مكرر 06"، تعتبر هذه المواد غاية في الأهمية حيث أنها تضمن الحماية القانونية لمستعملي البطاقة الالكترونية، من خلال تحديد الوقائع الموصوفة جزائيا، ذات ارتباط بالبطاقة الالكترونية للضمان الاجتماعي، حيث جرمت المادة 93 مكرر 2 فعل التسليم أو الاستلام بهدف الاستعمال غير المشروع للبطاقة الالكترونية للمؤمن الاجتماعي أو للمفتاح الالكتروني لهيكل العلاج أو المفتاح الالكتروني لمهني الصحة، وأقرت له عقوبة الحبس من سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات، وغرامة من 000 100 إلى 000 200 دج.

وجرمت المادة 93 مكرر 03 بدورها فعل القيام عن طريق الغش بتعديل أو حذف كلي أو جزئي للمعطيات النقدية و/أو الدارية المدرجة في البطاقة الالكترونية للمؤمن له اجتماعيا أو في المفتاح الالكتروني لهيكل العلاج أو المفتاح الالكتروني لمهني الصحة، وفعل الإعداد أو التعديل أو النسخ بطريقة غير مشروعة البرمجيات التي تسمح بالوصول أو باستعمال المعطيات المدرجة في البطاقة

[1] قانون رقم 01/08 المؤرخ في 15 محرم 1429 الموافق ل 23 يناير 2008، المتمم للقانون رقم 11/83 المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق ل 02 يوليو 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية جريدة رسمية 04 مؤرخ في 27 يناير 2008.

الالكترونية، وأقرت لهذه الأفعال عقوبة الحبس من سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات، وغرامة من 000 500 إلى 000 000 1 دج.

ونصت المادة 93 مكرر 04 على: "يعاقب بالحبس سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات، وغرامة من 000 500 إلى 000 000 5 دج كل من ينسخ أو يصنع أو تحوز أو يوزع بطريقة غير مشروعة البطاقة الالكترونية للمؤمن له اجتماعيا أو المفتاح الالكتروني لهيكل العلاج أو المفتاح الالكتروني لمهني الصحة".

وتضمن هذا الباب جملة من الأحكام الأخرى تتعلق بالمحاولة والشخص المعنوي وغيرها؛ وبذلك يكون قانون 01/08[1] أقر حماية جزائية لمستعمل البطاقة الالكترونية للضمان الاجتماعي باعتباره مستهلك خدمة الضمان والتأمينات الاجتماعية.

ج* القانون الخاص بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها: أصدر المشرع الجزائري قانون 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتعلق بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال كبادرة منه لتوفير بيئة ملائمة لتداول المعلومات والمعاملات الكترونيا وتأمينها من مخاطر الاستخدام غير المشروع لتقنية المعلومات.

حيث عرفت المادة 02 من هذا القانون: "الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال: جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المحددة في قانون العقوبات وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات الالكترونية".

أي أن مختلف الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال بما فيها الجرائم الماسة بوسائل الدفع الالكترونية تخضع لأحكام هذا القانون الذي يهدف إلى وضع قواعد خاصة للوقاية منها، والحالات التي تسمح باللجوء إلى المراقبة الالكترونية، وقد استوجب هذا القانون لممارسة هذه الرقابة الحصول على إذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة.

[1] أصدر المشرع الجزائري مرسوم رقم 116/10 المؤرخ في 18أفريل 2010 يحدد مضمون البطاقة الالكترونية للمؤمن له اجتماعيا والمفاتيح الالكترونية لهياكل العلاج ولمهني الصحة وشروط تسليمها واستعمالها وتجديدها، جريدة رسمية 26 مؤرخة في 21 أفريل 2010 وقد تم تعديله بالمرسوم التنفيذي رقم 228/18 جريدة رسمية عدد57.

كما نص هذا القانون على جملة من القواعد الإجرائية المتماشية مع طبيعة الجرائم الإلكترونية من قواعد تفتيش المنظومات المعلوماتية وحجز المعطيات المعلوماتية، وإنشاء هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته وحدد مهامها.

د* قانون التجارة الالكترونية 05/18: قفز المشرع الجزائري قفزة نوعية في مجال تنظيم المعاملات التجارية الالكترونية بإصداره هذا القانون والذي عرف فيه صراحة وسيلة الدفع الالكتروني في المادة الخامسة منه على أنها: "كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد عبر منظومة الكترونية"، وقد تضمن قانون التجارة الالكترونية الجزائري جملة من الأحكام سبق وأن تطرقنا إليها، كما أنه وضماناً لأمن المعاملة التجارية الالكترونية ككل، وعملية الدفع الالكترونية فيها بالأخص، أوجب المشرع الجزائري أن يكون وصل موقع الانترنت الخاص بالمواد الالكترونية بمنصة الدفع الالكتروني مؤمنا بواسطة نظام تصديق الكتروني، كما أخضع منصات الدفع المنشأة والمشتغلة إلى رقابة بنك الجزائر وجوباً لضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل وسرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها.[1]

المبحث الثاني: حماية المستهلك بفرض الشكلية على العقد الالكتروني

شهدت الشكلية في الآونة الأخيرة بعثا جديدا في القانون المقارن، وكان هدفه بصفة خاصة حماية المستهلك في عقود الاستهلاك، إذ أن الشكلية التي يتطلبها القانون تتدرج من حيث نطاقها، فقد تكون متطلبة بشأن العقد برمته، وقد تكون واجبة بخصوص بعض من بياناته وشروطه، والشكلية المقصودة في العقود الالكترونية ليست مجردة عن الرضا فهي التي شأنها تأكيد توافق إرادة المتعاقدين[2].

المطلب الأول: ماهية الشكلية في العقد الالكتروني

الفرع 01: الكتابة الالكترونية

أولا/ تعريف الكتابة الالكترونية: بالرجوع إلى مفهوم الكتابة يلاحظ أنه يتسع ليشمل الرموز المعبرة عن الفكر والقول، ومن هنا يتبين أنه لا يشترط لفهم هذا التعبير أن يستند إلى وسيط معين

[1] المواد 27، 28، 29 من قانون 05/18.

[2] إسماعيل قطاف، مرجع سابق، ص30.

كالورق مثلا، فالمهم أن يكون هذا الوسط قادرا على نقل رموز الكتابة ليكون صالحا للاعتداد به وبذلك فإنه بالإمكان القول ان انعدام الارتباط بين الكتابة والوسيط الورقي للتدوين عليه بشكل خاص، حيث أنه دعامة قادرة على عكس مضمون الكتابة فإنه من الممكن أن يأخذها في الإثبات[1].

وتعتبر الكتابة بصفة عامة هي أقوى أدلة الإثبات وذلك لإثبات الحقوق والتحمل بالالتزامات، وقد أشرنا إلى أن تنامي وازدهار التجارة الالكترونية أدى إلى ظهور نوع جديد من الكتابة والتي تتم على دعامات غير ورقية، وأطلق عليها الكتابة الالكترونية.

وقد حرصت أغلب تشريعات التجارة الالكترونية على تبني مفهومها للكتابة الالكترونية، ومنحها نفس الحجة القانونية المقررة للكتابة التقليدية في الإثبات.

فقد أورد القانون النموذجي للتجارة الالكترونية[2] المقصود بمفهوم الكتابة في الفصل الثالث المعنون بتطبيق الاشتراطات القانونية على رسائل البيانات في المادة 06 على: "الكتابة:

(1) عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذ تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجع إليها لاحقا.

(02) تسري أحكام الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليها فيما شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة ..."

إذا نصت المادة السالفة الذكر على أنه لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها لمجرد أنها جاءت في رسالة بيانات، كما نصت المواد (6، 7، 8) منه على تحديد المعيار الأساسي الذي يجب توفره في رسالة البيانات حتى تستوفي الوظائف التي تقوم بها الكتابة التقليدية من حيث قبول أطرافها بالالتزام الوارد بها، وضمان سلامة المعلومات من التعديل والتحريف أما تعريف رسالة البيانات وفق المادة 02/أ[3] فجاء كما يلي: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو

[1] أبو الهيجاء محمد، عقود التجارة الالكترونية دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة أولى عمان، 2005، ص62.

[2] معوان مصطفى، مرجع سابق، ص79

[3] معوان مصطفى، مرجع سابق، ص77.

استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة كما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكتروني، أو البريد الالكتروني أو الرق، أو النسخ البرق".

ويشهد الفقهاء للمشرع الفرنسي بأنه كان السباق في وضع مقارنة واقعية، وشاملة لحل مشكلة الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف، وللخصائص، وللأرقام ولكل رمز وإشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة، وأيا ما كانت دعامتها وشكل إرسالها[1].

ويتضح لنا من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد تبنى تعريفا موسعا للإثبات عن طريق الكتابة ليشمل كل أنواع الكتابة: الكتابة على الدعامة الورقية والكتابة على الدعامة الالكترونية. بالمقابل عرف المشرع المصري الكتابة الإلكترونية من خلال القانون المنظم للتوقيع الالكتروني[2] بأنها "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تتسبب على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"

كما اعترف المشرع الجزائري بالكتابة الالكترونية، ووضع لها تعريفا في ظل القانون 10/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني حيث نصت المادة 323 مكرر على أنه: "ينتج الإثبات بالكتابة من سلسلة حروف أو علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

وقد نص قانون المعاملات التجارية الالكترونية لإمارة دبي في المادة 06 من القانون رقم 02 لسنة 2002 على أنه: "إذا اشترط القانون أن يكون خطيا أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أو نص على الترتيب نتائج معينة ذلك فإن المستند أو السجل الالكتروني سيتوفى هذا الشرط طالما تم الالتزام بأحكام المادة 01 من نفس القانون"[3].

أما قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الأردني رقم 58 لسنة 2001 وعملا بأحكام المادة 7 منه أنه: "يعتبر السجل الالكتروني والعقد الالكتروني والرسائل الالكترونية والتوقيع

---

[1] الصياغة الفرنسية كالآتي،

la prévue littéral ou prévue par écrit résulte d'une suite de lettres de caractères de chiffres ou de tous aouter seings ou symboles dote d'une signification intelligible quelles que soient leur support et leur modalités de transmission loi N، 2000/230 du 13 mars 2000 art 1316 J.O du 14 mars 2000 P3968.

[2] قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

[3] إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص209.

الالكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية الكتابية والتوقيع الخطي (الكتابي) بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات.

وعرف المشرع التونسي الكتابة في قانون المبادلات التجارية والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 بمقتضاه ويعتمد قانونا حفظ الوثيقة الكتابية بالشكل المرسل به لتعد كوسيلة للإثبات.

ثانيا/ خصائص الكتابة الالكترونية ومراحل إنشاؤها: إن أهم ما يميز الكتابة والمحررات الالكترونية أنها تدور في فلك شبكة الانترنت بذلك فإنها تستفيد من تقنيات التكنولوجيا العالية حيث تتحول المعلومات إلى شكل رقمي بواسطة شفرات حساسة تستخدم اللغة الثنائية وقد تكون هذه المعلومات موضوع عدة عمليات.

1- الدعامة الإلكترونية لا تؤدي إلى اختفاء الورق: إن التطور الالكتروني قد ينشأ عنه مجتمع بدون ورق ولكن هذا الأخير مازال يحظى بمكانته، يرجع ذلك إلى طبيعة الدعامة الورقية التي تتميز بخصائص عديدة خاصة ما يتعلق منها بقراءة الكتابة أو دوامها أو عدم قابليتها للتحريف بالإضافة إلى استقلال الدعامة الورقية على غرار المستند الالكتروني.

2- إمكانية تعديل وتغيير الكتابة الالكترونية: تتيح الكتابة الالكترونية إمكانية تعديل النصوص أو حتى محوها عن طريق الإمكانيات المتعددة لبرنامج معالجة النصوص، وقد يشكل ذلك خطرا حقيقيا فيما يتعلق بالتحري عن المعنى أو عن حقيقة التي يرغب المتعاقدون في التعبير عنها عن طريق الكتابة إلا أنه ينبغي التعامل مع تلك الأخطار على أنها نسبية، نظرا لأن الكتابة التقليدية لا تختلف عن الكتابة الالكترونية إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في تحريرها أو الدعامة التي تسجل عليها[1].

ثالثا/ الشروط اللازم توافرها في الكتابة الالكترونية: باستقراء النصوص القانونية السابقة يشترط في الكتابة الإلكترونية حتى تؤدي وظيفتها القانونية في الإثبات الشروط التالية:

[1] أبو الهيجاء محمد، مرجع سابق، ص64.

1- أن تكون الكتابة مقروءة lisible يشترط في المحرر الكتابي المعد للإثبات أن يكون مقروءا حيث يتم التدوين بحروف أو رموز معروفة أو مفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر[1]، ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو الكترونية، وعلى ذلك فإن المحررات الالكترونية يتم تدوينها على وسائط الكترونية بلغة الآلة، وقد تكون مشفرة فلا يمكن للإنسان قراءتها بشكل مباشر، وإنما يستطيع قراءتها باستخدام الحاسوب بحيث تصبح في صورة بيانات مقروءة بصورة واضحة للإنسان[2].

2- شرط الاستمرارية للكتابة ودوامها: لا بد الاعتماد بالمحرر أو السند (سواء كان الكترونيا أو ورقيا) في الإثبات أن تستمر إمكانية قراءة المحرر الكتابي، حيث يكون من الممكن الرجوع إلى المحرر كلما تعين ذلك، وهو ما أشارت إليه المادة 1/10أ من قانون الأونسيترال النموذجي: "بشأن التجارة الالكترونية وهي بصدد ذكر الشروط التي يجب توافرها في المستند للاعتماد به أنه بالاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا".

فبينما تسمح طبيعة الورق وتكوينها بتحقيق هذا الشرط بالنسبة للمحرر الورقي، بالمقابل فطبيعة الشرائح الممغنطة تجعلها عرضة للتلف السريع، الأمر الذي لا يحتوي معه اعتماد هذه الشرائح أو الوسائط في الإثبات.

لكن التطورات التقنية والتحسينات التي طرأت على مبتكرات الوسائط الالكترونية أدت إلى التغلب على الحساسية العالية التي تتسم بها الشرائح الممغنطة (التي يجري عليها تحميل البيانات الالكترونية) وقد تم تجاوز هذه العقبة لما تم ابتكاره من وسائط تتمتع بقدرة تحمل هائلة، بحيث تسمح بالاحتفاظ بالبيانات المخزنة لمدة طويلة قد تتجاوز بذلك قدرة الأوراق العادية المعرضة للتلف والتآكل بعوامل الرطوبة والتآكل التي قد تتعرض لها الأوراق نتيجة سوء التخزين أو حرقها....[3]

[1] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص20

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص146.

[3] أبو الهيجاء محمد، مرجع سابق، ص64 – 65.

3- عدم قابلية الكتابة للتعديل Irréversibilité يشترط في الكتابة حتى تصبح دليلا في الإثبات أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها، وبالتالي ينبغي أن تكون خالية من الكشط والمحو، وإذا كانت هناك علامات تدل على تعديل في بيانات المحرر، فإن هذا ينال من قوته في الإثبات.

وإذا انتقلنا إلى المحرر الالكتروني نجد أن شرط الدوام وعدم القابلية للتعديل يعتمد بصفة أساسية على الدعامات المثبت عليها المعلومات الحديثة بما تتيحه من تقنيات متطورة يمكن لها أن تكشف عن أي تعديل في البيانات الالكترونية، وأن تحدد بدقة البيانات المعدلة وقت تعديلها[1].

بالرجوع إلى قانون التجارة الالكترونية الجزائري نجده قد نص في المادة الثامنة: "يخضع نشاط التجارة الالكترونية في السجل التجاري للنشر في موقع الالكتروني أو صفحة الكترونية على الانترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد com.dz يجب أن يتوفر الموقع الالكتروني للمورد الالكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته". وألزم كل مورد الكتروني في المادة 25 بحفظ تواريخ المعاملات الالكترونية المنجزة وإرسالها الكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري، وألزم كذلك في نص المادة 28 بأن يكون وصل موقع الانترنت الخاص بالمورد الالكتروني بمنصة الدفع الالكترونية، مؤمنا بواسطة نظام تصديق الكتروني.

الفرع02: التوقيع والتصديق الالكترونين

أ/التوقيع الالكتروني

أولا/ تعريف التوقيع الالكتروني وصوره

1/ تعريف التوقيع الالكتروني هو كل كتابة مدرجة في شكل الكتروني وتتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات ويمكن عن طريقها نسبة هذه الكتابة إلى موقعها، وتتباين التعريفات التي أعطيت للتوقيع الالكتروني بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى هذا التعريف، فهناك من يعرفه بالنظر إلى الوسائل التي يتم بها، وهناك من يحددها حسب الوظائف التي يضطلع بها، أو بحسب تطبيقاته العملية.

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص147.

فعلى المستوى التشريعي الدولي، عرفت المادة2/أ من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 التوقيع الالكتروني بأنه:" بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع من المعلومات الواردة في رسالة البيانات".[1] ويظهر من خلال التعريف السابق الإشارة إليه أن القانون النموذجي قد اهتم بمسألتين هما تعيين هوية الشخص الموقع، وبيان موافقته على المعلومات الواردة في المحرر، وهو بذلك انسجم مع الأصل العام للتوقيع في الدلالة على شخص الموقع، وللتأكيد على أن إرادته قد اتجهت للالتزام بما وقع عليه.[2]

أما التوجيه الأوربي رقم 1999/93 الخاص بالتوقيعات الالكترونية تبنى في مادته الأولى هدفا محددا يتمثل في تسهيل استعمال التوقيعات الالكترونية والمساهمة بالاعتراف القانوني بها، وهو ينشئ اطارا قانونيا للتوقيعات الالكترونية وخدمات المصادقة عليها، من أجل التوظيف الملائم لها في السوق الداخلي، وعرف في المادة الثانية فقرة1 التوقيع الالكتروني بأنه يعني:" بيانات في شكل الكتروني، تتصل أو ترتبط قانونيا ببيانات أخرى، وتستخدم كوسيلة للمصادقة"، أضفى هذا التعريف للتوقيع الالكتروني نفس الحجية القانونية في الإثبات الممنوحة للتوقيع التقليدي كما تبنى مفهوما واسعا له حيث جاء عاما وشاملا لجميع صور التوقيع والتي من شأنها أن تحدد صاحب التوقيع، وتميزه عند استخدام تقنيات الاتصال الحديثة.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي والمضافة بالقانون 230/2000 على أن: "التوقيع الضروري لاكتمال التصرف القانوني والتعرف بهوية صاحبه والمعبر عن رضا الأطراف بالالتزامات الناشئة عن هذا التصرف، وعندما يتم التوقيع بمعرفة موظف عام يكون التصرف رسميا[3]، وعند التوقيع الكترونيا، ينبغي استخدام وسيلة آمنة لتحديد الشخص بحيث تضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه. ليلي هذا التعريف ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم2001-272 المؤرخ في 30 مارس2001 المتعلق بتطبيق المادة السابق ذكرها.

[1] معوان مصطفى، مرجع سابق، ص89.

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص153.

[3] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص213.

ويتضح أن المشرع الفرنسي قد وضع مفهوما موسعا للتوقيع لم يفرق بين التوقيع التقليدي والالكتروني، حيث يكون لكل منهما نفس الحجية القانونية في الإثبات، وقد قامت معظم الدول الأوربية بتعريف التوقيع الالكتروني نقلا عما أورده تعريف التوجيه الأوروبي؛ ومن بين تلك الدول النمسا في القانون المتعلق بالتوقيع الالكتروني الصادر في 2000/01/01، وفي بلجيكا الصادر في2001/11/30، والدانمارك القانون رقم 417 الصادر في 2000/05/31.

وإذا انتقلنا إلى الدول العربية نجد أن غالبية تشريعات التجارة الالكترونية عرفت التوقيع الالكتروني، حيث نصت المادة 02 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لدولة الإمارات العربية المتحدة:" توقيع مكون من حروف وأرقام ورموز أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل الكتروني، وملحق أو مرتبط برسالة الكترونية، وممهورة بنية التوثيق، أو اعتماد تلك الرسالة."

غير أن المشرع التونسي لم يورد تعريف للتوقيع الالكتروني في القانون رقم 08 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية واكتفى بتعريف العناصر المؤدية له، حيث تناولت المادة الثانية منه تعريف منظومة الإمضاء بأنها: "مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات الشخصية المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء الكتروني."

أما إذا تتبعنا ما أقره المشرع الجزائري في القانون المدني في نص المادة 323 مكرر المستحدثة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/07/20 والتي تضمنت:" ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها أو طرق إرسالها." لتليها المادة 323 مكرر1 من القانون نفسه بالنص على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وتكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها." نجد أن هذه المواد لم تتضمن تعريفا واضحا للتوقيع الالكتروني إلى غاية صدور المرسوم التنفيذي رقم162/07 الصادر في 2007/05/30[1] في المادة 03 والتي نصت:" إن التوقيع الالكتروني هو معطى ينجم عن استخدام

[1] المرسوم التنفيذي رقم 162/07 الصدر في 2007/05/30 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 123/01 والمؤرخ في 2001/05/09 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 و323 مكرر01، وأضاف المشرع بإصداره القانون رقم 15/ 04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين[1] في نص المادة 02:" يقصد بما يأتي:

1- التوقيع الالكتروني: بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق.

2- الموقع: شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله.

3- بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني: بيانات فريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الالكتروني ....." وبهذا النص حدد المشرع معالم التوقيع الالكتروني ومختلف آلياته.

2/ صور التوقيع الالكتروني: نظرا_للتطور المذهل في وسائل الاتصالات وفي مجال نظم المعلومات فقد تعددت صور التوقيع الالكتروني وأنواعه بحسب الوسائل أو التقنية التي تستخدم في إنشاء التوقيع، والتي تختلف إتباعا لاختلاف الطريقة التي يتم بها وهي تختلف أيضا من حيث توافر الثقة والأمان ووسائل الحماية التي تعتمد على الوسيلة التقنية الحديثة وتتمثل أهم صور التوقيع الالكتروني:

1/التوقيع البيومتري[2]: يعتمد التوقيع البيومتري على هوية الموقع بالنظر إلى صفاته وخصائصه الذاتية؛ مثل ما يستخرج من قزحية العين البشرية أو البصمة الشخصية أو التحقق من نبرة الصوت على نحو يتم تسجيله، ويستظهر كتابة أو التعرف على ملامح الوجه البشري الكترونيا أو التوقيع اليدوي الشخصي أو بصمات أصابع اليد وعادة ما يختار الإبهام، ومنه تخزن في الذاكرة المعلوماتية بشكل يمكن استحضاره خلال مدة قصيرة، وارتباط هذه الخواص الذاتية بالإنسان تمكن

[1] قانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لأول فبراير 2015 جريدة رسمية عدد06 المؤرخة في 20ربيع الثاني 1436 الموافق ل 10 فبراير 2015.

[2] تعرف موسوعة وكيبيديا علم البيومتر أنه علم المقاييس الحيوية هو علم الأدلة الجنائية في الأجسام البشرية لأنه يضم وسائل التعرف على هوية الأشخاص تلقائيا على أساس الصفات الفسيولوجية والتشريحية الخاصة لكل شخص.

من تمييزه عن غيره، ويلجأ لهذا الشكل في العقود الالكترونية وحتى في أمن مؤسسات الدول والجهات الإدارية ومصالح الجمارك وخاصة منها القضائية في البحث عن المجرمين، والتحقق في نسب أبوة الأطفال المهملين، ولا تزال هذه التقنية تسير ببطء لتعرضها لبعض الحواجز حالت دون اعتمادها.[1]

بمعنى أن صاحب التوقيع الالكتروني البيومتري يحصل على البيانات الأساسية باستعمال بصمته الخاصة المخزونة في الكمبيوتر بحيث في حالة عدم مطابقة بصمته للبصمة المخزنة يمنع عليه استعمال تلك البيانات، ولا يعتد بهذه الطريقة الا اذا مكنت من تحديد هوية الموقع لأن لهذا النظام العديد من النقائص والثغرات منها أن صورة التوقيع يتم بضعها على القرص الصلب للحاسب ومن ثمة يمكن تحرفها أو نسخها بواسطة الطرق المستخدمة في القرصنة الالكترونية، كذلك عدم إمكانية استخدام هذه التقنية مع جميع الحسابات المتوفرة ويحتاج هذا النوع من التوقيع إلى إجراءات مطولة في استخدام الخصائص الذاتية للشخص مما يكلف مصروفات باهضة على عاتقه.[2]

2/ التوقيع بالقلم: يعتمد التوقيع بالقلم على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، اذ يتم توصيل قلم الكتروني بجهاز الكمبيوتر، ويقوم باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة لهذا الشخص حيث أن لكل إنسان سلوكا معينا أثناء التوقيع[3]، وتستوجب هذه العملية جهاز حاسب آلي ذو مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشة خاصة بذلك يتم حفظ صورة توقيع الشخص بذاكرة الحساب الآلي، وعندما يرسل مستند الكتروني موقع بخط يده عن طريق القلم الالكتروني يتم المضاهاة بين التوقيع المرسل المخزن بذاكرة الحاسب، يتم التحقق من صحة التوقيع بالاستناد إلى حركة القلم الالكتروني والأشكال التي يتخذها من انحناءات أو التواءات وغير ذلك من سمات خاصة بالتوقيع. [4]

---

[1] محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص196.

[2] يمينة حوحو، مرجع سابق ص 183.

[3] نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص 236.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الكترونية وحمايتها مدنيا، مرجع سابق، ص198.

إذا كان تزوير هذه الصورة من صور التوقيع الالكتروني يفوق في الصعوبة تزوير التوقيع على المستندات الورقية ذلك أن عملية المقارنة بين التوقيع بالقلم ونسخة التوقيع بخط اليد تتم من خلال تقنية تتسم بدقة كبيرة بحيث يسهل اكتشاف التزوير، فإنها لا تتمتع بأي درجة من الأمان اللازم توافره بالتوقيع حتى يمكن الاعتداد بها في الإثبات، إذ أن للمرسل إليه الاحتفاظ بصورة التوقيع وإعادة وضعها على أي وثيقة من الوثائق المحررة على الوسائط الالكترونية وينسبها لصاحب التوقيع.

3/ التوقيع الرقمي: يعد التوقيع الرقمي من أهم التوقيعات الالكترونية المستخدمة عبر الإنترنت، إذ هو توقيع يعتمد على استعمال أرقام ورموز سرية من قبل المستخدم من خلال الحاسب الآلي باستعمال التشفير[1] القائم أساسا على المفتاح العام والمفتاح الخاص قصد تضمن البيانات والمعطيات وسلامتها وتحديد مصدر مرسلها ، وظهرت ضرورة استعماله في المعاملات الالكترونية، خصوصا في التجارة الالكترونية وفي الوفاء الالكتروني لتأمينها من أخطار التزوير والسرقة من مختصي السرقة عبر شبكة الانترنت، وكذا استعماله من قبل الغير، مما استدعى تنظيمه بقواعد قانونية تبين مجال استخدامه مع تحديد مفهومه وأنواعه وكيفية استعماله.[2] إذا يتم الحصول على التوقيع الرقمي عن طريق التشفير بتحويل المحرر المكتوب والتوقيع الوارد عليه من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة " لوغاريتمات"، وقد عرفه المشرع الفرنسي من المادة 28 من قانون رقم 1170/90 المؤرخ في 1990/12/29 المتعلقة بتنظيم الاتصالات التي جاء في مضمونها أنه يفهم من خدمات التشفير كل الخدمات التي ترمي إلى تغير البيانات أو الإشارات الواضحة إلى بيانات أو إشارات غير مفهومة من قبل الغير أو العكس بفضل معدات أو برامج مصممة لهذا الغرض.[3] وعرفه المشرع التونسي في الفصل الثاني من قانون التجارة الالكترونية لسنة 2000 أنه: "استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات

---

[1] استخدم الإنسان التشفير منذ نحو ألفي عام قبل الميلاد لحماية رسائله السرية، وبلغ هذا الاستخدام ذروته في فترات الحروب، وظهرت العديد من الآلات التي تقوم بعمليات التشفير ومنها آلة التلغيزEnigma machine تصفح الموقع http//www.startines.com/f.aspx?=5287300

[2] نظرا لأهمية التشفير في التجارة الالكترونية، ظهرت جمعية عالمية للكربوتولوجيا الأبحاث المسماة AICH linternational association cryptologic research-(www.iacr.org).

[3] Art 28 de la loi 90/1170 du 29/12/1990 (j.o du 30/12/1990 modifie par la loi 91/648 du 11/07/1991(j.o du 13/07/1991).

المرغوب تمريرها وإرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة دونها"

وتعتمد تقنية التشفير على نظامين[1]: النظام الأول: هو النظام المتماثل symétrique يقوم على أساس وجود مفتاحين لدى المرسل والمرسل إليه، بحيث يكون لكليهما مفتاح يحمل رقما سريا، ويكون معلوما لديهما، فيتم إرسال المعطيات في شكل مجمع له حجم ثابت في الغالب يحمل مفتاح بحيث أن عملية تشفير المعطيات أو فك التشفير عنها سواء عند الإرسال أو الاستقبال تكون نفسها لدى الطرفين، ومن مزايا هذا النظام أنه لا يحتاج الى حسابات ذات قوة كبيرة كما أن فك الشفرة لا تستغرق وقتا طويلا لكن من عيوبه أنه يستعمل عدة مفاتيح تكون معلومة لدى العديد من الأشخاص.

النظام الثاني: التشفير اللامتماثل asymétrique، على أساس طريقتين مختلفتين لتشفير المعطيات عند الإرسال وفكه عند الاستقبال باستعمال المفتاح العام والخاص فالمفتاح العام يكون معروفا لدى الجميع ولا يحتفظ به سرا، أما المفتاح الثاني فهو مفتاح خاص بصاحبه عليه أن يحتفظ به ليظل سرا، أما المفتاح الثاني فهو مفتاح خاص بصاحبه عليه أن يحتفظ به ليظل سرا في حيازته الذي يفضله تتم عملية تفريم البيانات hachage البيانات المراد الاحتفاظ بها، ويمكننا القول أن المرسل يستخدم المفتاح الخاص لتوقيع الوثيقة الكترونيا بصورة مشفرة والمستقبل بتحقق من صحة التوقيع عن طريق استخدام المفتاح العام للمرسل لفك الشفرة.

على العموم التوقيع الرقمي يحقق أعلى درجات الثقة والأمان لعدة أمور هي:[2]

* باستخدام التوقيع الرقمي يتحقق الارتباط بين المستند الكتابي والتوقيع الوارد عليه.
* يضمن عدم إمكانية التدخل في مضمون التوقيع أو مضمون المحرر الذي يرتبط به.
* يؤدي إلى التحقق من هوية الموقع، وأن الرسالة الموقعة منه تنسب إليه، فلا يمكن للموقع إنكار أن المستند الموقع منه لا ينسب إليه، ويرجع ذلك إلى الارتباط التام بين المفتاح العام والخاص.

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص188.
[2] Alain BENSOUSSAN, Le commerce électronique, aspects juridiques, Paris, Edition Hermès, 1998,P45.

* يعبر بطريقة واضحة عن إرادة صاحبه للالتزام بالتصرف القانوني وقبوله لمضمونه، بذلك فهو يحقق كافة الشروط التي يتطلبها القانون في المحرر لكي يصلح أن يكون دليلا كتابيا كاملا.

* يضاف إلى ما سبق أن التوقيع الرقمي يحقق سرية المعلومات التي تتضمنها المحررات الالكترونية حيث لا يمكن قراءة تلك المحررات إلا ممن أرسلت إليه وباستخدام المفتاح العام للمرسل.

ولضمان الأمان في عملية التشفير الخاصة بالتوقيع الالكتروني فقد وجدت الحاجة الى طرف ثالث في عملية التجارة الالكترونية يكون محل ثقة طرفي العقد والذي يتمثل في هيئة مختصة يكون لها سلطة توثيق التوقيع الالكتروني، لذا يتم تسجيل التوقيع الرقمي لدى الجهات متخصصة في إصداره بناءا على طلب العملاء.[1]

4/ التوقيع عن طريق البطاقة المقترنة بالرقم السري (التوقيع الكودي): غالبا ما يرتبط التوقيع السري بالبطاقات البلاستيكية والبطاقات الممغنطة وغيرها من البطاقات الحديثة المشابهة والمزودة بذاكرة الكترونية، ويتم توقيع المعاملات الالكترونية وفقا لهذه الطريقة باستخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما يختارها صاحب التوقيع لتحديد شخصيته ولا تكون معلومة إلا له أو لمن يبلغه به. وتسمى هذه الطريقة personal identification number، وغالبا ما يستخدم التوقيع الكودي في المراسلات والمعاملات البنكية كالصرف الآلي والدفع الالكتروني حيث اعتمد في مجال استعمال بطاقة visa والماستر كاد master card.[2]

3/ شروط صحة التوقيع الالكتروني: حتى يكون للتوقيع الالكتروني أثر قانوني، يجب توافر بعض الشروط التي تضمن قيامه بالتوقيع بصفة عامة، وبالتالي إذا لم تتوافر في التوقيع الالكتروني هذه الشروط فانه لا يكون له أثر قانوني في الإثبات. فقد نصت المادة 05 من القانون النموذجي اليونسترال لعام 1996 على أنه: "لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ

[1] ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، دار النيل للطباعة النشر و، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2001 ص63.

[2] نجوى أبو هيبة، التوقيع الالكتروني ومدى حجيته في الإثبات دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص66.

المجرد أنها في شكل رسالة بيانات" ومؤدى ذلك أنه لا يمكن رفض التوقيع الالكتروني لمجرد كونه قد تم في شكل الكتروني.[1]

وأضاف قانون اليونسترال النموذجي للتوقيع الالكتروني والصادر عام 2001 فقد أورد شروطا متقاربة للشروط السابقة فوفقا للمادة 1/6 منه يشترط للاحتجاج بالتوقيع الالكتروني أن يكون موثوقا به، وقد أوضحت المادة3/6 من ذات القانون أن التوقيع يكون موثوقا به إذا توافرت فيه أربعة شروط وهي:

*أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني مرتبط بالشخص الموقع.

* أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني خاضعة لسيطرة الشخص الموقع

* إمكان اكتشاف أي تغيير في التوقيع الالكتروني

* أن يكون الغرض من التوقيع تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها وإمكان اكتشاف أي تغيير يجري بتلك المعلومات بعد التوقيع عليها

كما أقر التوجيه الأوروبي اتفاقيات الإثبات التي بموجبها يتفق أطرافها على شروط قبول التوقيعات الالكترونية في الإثبات[2] ، وقد أوضح في المادة 2/2[3] الشروط التي يتعين توافرها في التوقيع المعزز وهي:

* أن يسمح بتحديد شخصية أو هوية الشخص الموقع.

* أن يتم بوسائل يستطيع الشخص الموقع من خلالها الاحتفاظ به والسيطرة عليه بشكل حصري.

* أن يرتبط بيانات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل تعديلات لاحقة على هذه البيانات.

---

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص161.

[2] إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص281.

[3] Article 2/2, Signature électronique avancée, une signature électronique qui satisfait aux éxigences suivantes : a) être lié uniquement au signataire.
b) permettre d'identifier le signataire
c) être crée par des moyens que le signataire puisse garder en contrôle exclusif, et
d) être lié aux données auxquelles elle se rapportent de tel sorte que toutes modificatios ultérieure des données soit détectable.

وقد أسبغت المادة العاشرة من قانون إمارة دبي على التوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات طالما كان محميا، وهو يكون كذلك إذا توافرت فيه المتطلبات التالية[1]:

- أن ينفرد فيه الشخص الذي استخدمه (الموقع)
- أن يكون من الممكن أن يثبت هوية من استخدمه.
- أن يكون تحت سيطرة الموقع التامة.
- أن يرتبط بالرسالة الالكترونية ذات الصلة.

غير أن المشرع الفرنسي صاغ هذه الشروط على الوسيلة المستخدمة في التوقيع الالكتروني، ونص في المادة 4/1316 من القانون المدني، على وجوب توافر شروط حتى يتمتع التوقيع الالكتروني بقرينة الثقة محيلا ذلك إلى المرسوم 272 لسنة 2001 حيث نص في مجمله على وجوب توافر شروط في الوسيلة المستخدمة وهي:

- أن يكون التوقيع أمنا
- أن يتم إنشاؤه بمقتضى أداة آمنة.
- أن يتم التأكد من صحة ه بشهادة تصديق معتمدة.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 03 من المرسوم التنفيذي 07-162المؤرخ في 2007/05/30 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 123/01 والمؤرخ في 2001/05/09 التوقيع الالكتروني المؤمن وعرفته كالآتي: " إن التوقيع الالكتروني المؤمن هو توقيع الكتروني يفي بالمتطلبات الآتية:

- أن يكون خاصا بالموقع.
- يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت رقابته الحصرية.
- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون أي تعديل لاحق للفعل قابل للكشف."

وفي ظل القانون 15-04 السابق الذكر اعتمد المشرع في بيانه لشروط التوقيع الالكتروني الموصوف حسب ما أكدته المادة 07 على وجوب أن ينشأ هذا التوقيع على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة وأن يرتبط بالموقع دون سواه ويمكن من تحديد هويته، وأن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع ويكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التصرف

[1] نضال سليم برهم، مرجع سابق ص 246.

الحصري للموقع، ويكون مرتبطا بالبيانات الخاصة بالموقع، حتى يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

على العموم ومع استعراض النصوص السابقة أن للتوقيع الالكتروني الأثر القانوني نفسه الذي يكون للتوقيع التقليدي ولكن ضمن شروط هي:

أ/استخدام طرق فنية أيا كان نوعها لتحديد هوية الموقع، ونلاحظ أن هذا الشرط واجب كذلك فيما إذا كان التوقيع على المستند تقليديا، حيث يجب في كل الحالات أن ينسب التوقيع إلى صاحبه، ولذلك لابد من أن تكون هناك طريقة لتعيين هوية الموقع على وجه اليقين.

ب/ أن تؤدي تلك الطريقة إلى التدليل على موافقة الموقع على المعلومات الواردة في المستند الالكتروني، والتوقيع الالكتروني الذي لا يأتي بهذا الشكل لا يحظى بالاعتراف.

ج/ أن تكون الطريقة المستخدمة في تحديد هوية الموقع والتدليل على موافقته على ما جاء في المستند الالكتروني يمكن الاعتماد عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئ المستند الالكتروني من اجله، وقبل الدخول في علاقات تعاقدية التأكد من أن الطريقة التي استخدمت يمكن التعويل عليها أم لا، ويمكن أن تكون هذه الطريقة متفقا عليها بين أطراف التعاقد أو معتمدة تجاريا ونلاحظ أن التشريعات المختلفة لم تحدد طريقة معينة وان اختارت أن تكون حيادية على اعتبار أن اختيار الطريقة إنما هو أمر تقني يحدده ذو المعرفة والاختصاص مع وجوب توافر معايير محددة.

ب/ التصديق الالكتروني

تعترض المعاملات الالكترونية صعوبات قانونية عديدة أهمها صعوبة إثباتها وتحديد محتواها، ونتيجة لذلك ظهرت الحاجة إلى التأكد من صدور المعاملة الالكترونية عمن تنسب إليه دون تحريف أو تعديل في محتواها، هذا ما تقوم به جهات متخصصة يطلق عليها اسم جهات التصديق[1].

أولا/ مفهوم مؤدي خدمات التصديق الالكتروني: عرفت المادة 03 من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 07-162 المؤرخ في 30ماي 2007 الجهات المختصة في التصديق الالكتروني بما يلي: "مؤدي خدمات التصديق هو كل شخص في مفهوم المادة8/8 من قانون رقم 03-2000 المؤرخ في2000/08/05 يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني".

[1] اختلفت المصطلحات العربية بشأن المصادقة الالكترونية، منهم من يسميها بالمصادقة والبعض يسميها بالتصديق كما هو وارد في التشريع الجزائري أما البعض الآخر فيسميها بالتوثيق الالكتروني.

وبالرجوع لنص المادة 80 فقرة 08 من القانون المتعلق بالقواعد العامة المرتبطة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية فقد عرفت موفر الخدمة بأنه: "كل شخص معنوي أو طبيعي يقد خدمة مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية ".

كما عرف المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق في نص المادة 02 الفقرة 12 من القانون04/15 السابق الذكر على أنه: " شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني."

وعليه يتمثل التصديق الالكتروني في عملية يتأكد بها من صحة الكتابة والتوقيع الالكتروني عن طريق طرف ثالث محايد، وهو في الغالب شخص أجنبي عن الأطراف يضمن الحماية الفنية الواجب تفعيلها للتوقيع الالكتروني، وبالتالي شهادة التصديق الالكتروني هي بطاقة للموقع يتأكد الغير عن طريقها من هويته على المحرر الالكتروني، فشهادة التصديق الإلكتروني تعتبر صك أمان تفيد صحة المعاملات الالكترونية وضمانها بما يحقق لتلك المعاملة الحماية القانونية.[1]

ثانيا/ سلطات التصديق الالكتروني ومهامها: نص المشرع الجزائري في إطار المادة 02 من القانون 04/15 على جهات خاصة تتكفل بعملية التصديق وهي كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكترونية موصوفة وأضاف ما يسمى بالشخص الثالث الموثوق وعرفه في الفقرة 11 من هذه المادة أنه: "شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي"
ولم يبقي المشرع هذه النقطة غامضة فنص على سلطات التصديق الالكتروني في الفصل الثاني من نفس القانون وتتمثل في:

- السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني: وهي سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ومهامها نصت عليها المادة 18 ونذكر منها: إعداد سياستها للتصديق الالكتروني والسهر على تطبيقها وإبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل على المستوى الدولي، اقتراح مشاريع

[1] بن حمود لطيفة، علواش مهدي، مداخلة بعنوان فعالية التوقيع الالكتروني في تأمين الحماية للمستهلك عبر الإنترنت، في إطار الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك والاقتصاد الرقمي، ضرورة الانتقال وتحديات الحماية بتاريخ 23 و24 أفريل 2018.

تمهيدية لنصوص تشريعية أو تنظيمية تتعلق بالتوقيع الالكتروني أو التصديق الالكتروني على الوزير الأول.

- السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني: وهي سلطة حكومية تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال وتتمتع أيضا بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ومن مهامها التي نصت عليه المادة 28 نذكر: إعداد سياستها للتصديق الالكتروني وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها والاحتفاظ بشهادات التصديق الالكترونية منتهية الصلاحية، والبيانات المرتبطة بمنحها من قبل الطرف الثالث الموثوق، نشر شهادة التصديق الالكتروني للمفتاح العمومي للسلطة.
- السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني: وهي سلطة تعين من قبل السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، تكلف بمتابعة ومراقبة مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، من مهامها حسب المادة 30 منح التراخيص لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني واتخاذ التدابير اللازمة لضمان استمرارية الخدمات في حالة عجز مؤدي خدمات التصديق الالكتروني عن تقديم خدماته، التحكيم في النزاعات القائمة بين مؤدي خدمات التصديق نفسهم.

3/ مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني: يكلف مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بتسجيل وإصدار ومنح وإلغاء ونشر وحفظ شهادات التصديق الالكتروني وفق سياسة تصديق موفق عليها من السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني، وهو ملزم بالتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع مع الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بهذه الشهادة.[1]

ويترتب على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أثناء القيام بمهامه بعض الأخطاء قد يترتب عنها مسؤولية مدنية تختلف باختلاف أثرها على المتضرر بين عقدية وتقصيرية؛ حيث يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي، اعتمد على شهادة التصديق وذلك فيما يخص صحة جميع المعلومات الواردة فيها والتأكد من صحتها، إلا في حالة ما قدم ما يثبت أنه

[1] نص القانون 04/15 على النظام القانوني لتأدية خدمات التصديق الالكتروني في الفصل الثالث (المواد من33 الى50) وتتفق مختلف التشريعات على هذا النظام عموما (المواد 13،14،16 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 في شأن المبادلات والتجارة الالكترونية، التوجيه الأوربي رقم 93 لسنة 1999 تحت مسمى Provider certification service.

لم يرتكب أي إهمال[1] ، غير أنه وفي كل الأحوال لا يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة لشروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني. ومهما كان نوع المسؤولية وأطرافها فان تحميل المسؤولية لمزود الخدمات سواء تجاه الموقع أو الغير المتعامل بشهادة التصديق الالكتروني من شأنه أن يضفي الثقة والأمان على المعاملات الالكترونية، ويزيد من انتشارها والتعامل بها.

المطلب الثاني: حماية التوقيع والسند الالكترونيين

الفرع الأول: الحماية الجنائية لتوقيع المستهلك الإلكتروني

التوقيع الإلكتروني كما سبق وان تطرقنا له عبارة عن حروف وأرقام أو رموز أو اشارات لها طابع منفرد تسمح بحديد شخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره، وهو أمر لازم وضروري في المعاملات الإلكترونية وعلى رأسها التجارة الالكترونية، ولذلك فإن التشريعات الدولية والوطنية تحرص على تنظيم أحكامه وتجرم كل مساس أو تجاوز يقع على هذا الشكل من التوقيعات، فمن الطبيعي أن يتم تجريم الأفعال التي من خلالها يتم الاعتداء على منظومة التوقيع الإلكتروني وبياناتها وكذا الاعتداء على المنظومة المالية الإلكترونية، والتي أصبح التوقيع هو تعبير عن الإرادة في العلاقة العقدية وأثناء سحب الأموال أو دفعها وقد أسندت التشريعات بما فيها التشريع الجزائري مهمة التحقيق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقيق من التوقيع والهوية والصفات على شخص كما سبق وذكرنا هو مؤدي خدمات التصديق.

1/ الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري:

أ- المسؤولية الجزائية للغير

أولا: جريمة الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات تتعلق التوقيع الالكتروني

يقصد بقاعدة البيانات؛ البيانات المخزنة عن موضوع ما، داخل الحساب الآلي أو على قرص منفصل، من ذلك البيانات المتعلقة باسم صاحب التوقيع ومهنته وكافة بياناته الشخصية وكافة

[1] أنظر المواد من 53 الى55 من القانون 04/15.

المعلومات المتعلقة بذلك التوقيع والتي يفترض بسريتها.[1] وعرف المشرع الجزائري بيانات التوقيع في المادة02 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين على أنها: "بيانات فريدة مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الالكتروني". ويتحقق الاعتداء على التوقيع الالكتروني بالاعتداء على النظام المعلوماتي للتوقيع الإلكتروني من خلال الدخول أو البقاء غير المشروع أو الاعتداء على بيانات التوقيع.

وقد عالج المشرع الجزائري جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، وفقا لهذا النص الركن المادي لهذه الجريمة هو الدخول أو البقاء غير المشروع في قاعدة بيانات التوقيع الالكتروني، وتصنف على أنها من جرائم الخطر حيث يتم تجريم السلوك دون توقف ذلك على نتيجة معينة فهي ليست من جرائم الضرر المتطلب فيها حصول ضرر بالمجني عليه[2]، فالمشرع لم يشترط تحقق نتيجة معينة على أثر الدخول إلى قاعدة بيانات التوقيع الإلكتروني، وكل ما اشترطه المشرع أن يكون الدخول تم بطريق الغش أو التدليس.

ويقصد بالغش أو التدليس المعلوماتي أن يكون الدخول إلى قاعدة البيانات أو النظام لمعلوماتي – وهو بالطبع قد تم بوسيلة الكترونية– مجردا من المشروعية أي بدون إذن قضائي، أو ليس من قبل أشخاص مرخص لهم بذلك، ولم يكتفي المشرع بالدخول وإنما أضاف صورة أخرى وهي البقاء في كل أو جزء من منظومة المعالجة الآلية للمعطيات، وهذه الجريمة من الجرائم العمدية، ومن ثم لا يتصور وقوعها عن طريق الخطأ ولذلك فصورة الركن المعنوي فيها هو القصد الجنائي.

وأقر المشرع الجزائري عقوبة تتراوح من ثلاثة أشهر إلى سنة حبسا وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 كل من يرتكب الجرائم السابق ذكرها أو محاولة ذلك.

ثانيا: جريمة حيازة أو إفشاء أو استعمال بيانات إنشاء توقيع إلكتروني موصوف خاصة بالغير.

نص المشرع الجزائري في القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني في نص المادة 68 على حماية جزائية للتوقيع الإلكتروني واعتبرها أفعال مجرمة يعاقب

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الحماية الجنائية لنظام التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ص 296.

[2] صالح شنين، مرجع سابق، ص 68.

عليها تمثلت في "حيازة أو إفشاء أو استعمال بيانات إنشاء توقيع الكتروني موصوف خاص بالغير"، هنا أضاف المشرع للجريمة السابق ذكرها[1]، هذا النص الخاص والذي جرم:

1* فعل حيازة بيانات إنشاء توقيع الكتروني، حيازة الشيء معناه وضع اليد عليه والانتفاع به، أي الاستيلاء عليه، استيلاء فعليا ظاهرا، أي أن المشرع اعتبر الاستيلاء أو الاحتفاظ بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني من دون غير حق هو جريمة يعاقب عليها القانون. (ولم يشترط المشرع تحقق نتيجة معينة على إثر حيازة هذه البيانات، إذا في جريمة من الجرائم العمدية. ومن تم لا يتصور وقوعها بالخطأ).

2* إفشاء بيانات إنشاء توقيع الكتروني ويقصد بإنشاء البيانات نشرها على كثيرين على نحو يتحقق سماعهم إياه في وقت واحد بصورة جماعية سواء كان ذلك بالقول أو بطريقة ميكانيكية كالميكروفون أو بطريقة الكترونية كالإرسال الجماعي أي كل الوسائل التي تتحقق بها العلانية.[2] وإفشاء البيانات بالطريقة الالكترونية أسهل صورة فهي تقع بمجرد الضغط على زر الإرسال فتعم على كل من له صلة بالشخص.

3* استعمال بيانات إنشاء توقيع الكتروني، لم يكتفي المشرع الجزائري بتجريم فعلي الدخول والحيازة، وإنما ذهب إلى تجريم استعمال بيانات التوقيع الالكتروني ما يحقق حماية جنائية أكثر.

قد أصاب المشرع في تحديده لهذه الصور حتى لا يكون هناك لبس في تحديد الركن المادي لهذه الجرائم غير أنه اشترط أن يكون التوقيع موصوف خاصة بالغير، أي أنه اكتفى بحماية هذا النوع من التوقيع والذي عرفته المادة 07 (سبق وأن تطرقنا لهذا النوع من التوقيعات) واشترطت فيه توافر متطلبات على رأسها أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة، بمقتضى المادة 8 هو التوقيع الوحيد الذي يعتبر مماثلا للتوقيع المكتوب.

ولم يشترط المشرع لقيام هذا النوع من الجرائم تحقيق نتيجة معينة، وبذلك تعتبر من الجرائم العمدية التي لا يتصور فيها وقوع الخطأ ولذلك فصورة الركن المعنوي فيها هو القصد الجنائي.

---

[1] جريمة الدخول بطريقة الغش على قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع الالكتروني

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر،2007، ص 591.

أما العقوبة فبمقتضى نص المادة (68) من قانون 04/15: "يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من مليون دينار (1000.000دج) إلى خمسة ملايين دينار (5000.000دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين." وهنا ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية اما الجمع بين الحبس والغرامة المالية أو إحدى العقوبتين.

ب/ المسؤولية الجزائية لمؤدي خدمات التصديق: مؤدي خدمات التصديق الالكتروني هو كل شخص طبيعي أو معنوي، يمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة ويقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني، حسب نص المادة 02 فقرة 12 من القانون رقم 04/15 غير أن المشرع الجزائري رغم الصلاحيات التي اقرها له إلا أنه اقر بالمقابل أحكام جزائية لكل فعل يتعارض مع أحكام هذا القانون عامة ويضر بالتوقيع الالكتروني خاصة وفيما يلي سنتطرق لهذه الأحكام:

أولا: عدم الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الالكتروني الممنوحة

شهادة التصديق الالكتروني وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين البيانات والتوقيع الإلكتروني والموقع، أي أن مؤدي خدمات التصديق بجمع بيانات مختلفة وعديدة تتعلق بالموقع ذاته وصفاته، وهنا حماية لسرية هذه البيانات أقر المشرع تجريم اخلال كل مؤدي خدمات تصديق بأحكام المادة 42 من قانون 04/15 والتي نصت على: "يجب على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الالكتروني الممنوحة."

لم يفصل المشرع في الجرم واعتبر أي شكل من أشكال عدم الحفاظ على سرية هذه البيانات مخالفا للقانون واعتمد في ذلك صرامة تتماشى مع مقتضيات مهنة مؤدي خدمات التصديق وأخلاقياتها باعتبارها شكلا من أشكال التوثيق، وبذلك تعتبر جريمة عمدية لا يتصور فيها وقوع خطأ، فنص المادة 70 لم يشترط أي نتيجة من فعل عدم الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات[1].

وأقرت عقوبة تتراوح بالحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى سنتين (2)، وبغرامة من مائتين ألف دينار (200.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

[1] عجالي خالد، مرجع سابق، ص102.

ثانيا: جمع بيانات شخصية لطالب شهادة التصديق دون موافقته أو جمع بيانات غير ضرورية لمنح هذه الشهادة أو استعمالها لأغراض أخرى

يجمع مؤدي خدمات التصديق بيانات شخصية لطالب شهادة التصديق لكن المشرع اشترط موافقة هذا الأخير لذلك واعتبر أي إخلال بهذا الشرط جريمة يعاقب عليها القانون أقرتها المادة 71 من قانون 04/15 وذلك رجوعا للأحكام المادة 43 من نص القانون، وأضاف أنه مؤدي خدمات التصديق ملزم بجمع البيانات الضرورية فقط لمنح هذه الشهادة وعدم استعمالها لأغراض أخرى إلا أن هذا القانون لم يحدد بيانات معينة لذلك وهنا يبقى الأمر لسلطة القاضي التقديرية.

ويعاقب على كل إخلال بذلك وتتراوح العقوبة بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات، وبغرامة من مائتين ألف دينار (200.000 دج) إلى مليون دينار (1000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ثالثا: جريمة أداء خدمات التصديق دون ترخيص أو بعد سحبه.

يخضع نشاط تأدية خدمات التصديق الالكتروني إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني[1] يعرف الترخيص[2] على أنه: "نظام استغلال خدمات التصديق الالكتروني الذي يتجسد في الوثيقة الرسمية الممنوحة لمؤدي الخدمات، بطريقة شخصية، تسمح له بالبدء الفعلي في توفير خدماته"، وبذلك يعتبر شرط الترخيص ضروري لممارسة هذه المهنة وكل مخالف لهذا الشرط حسب نص المادة 72 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونين يعاقب بالحبس من سنة واحدة (1) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من مائتين ألف دينار (200.000 دج) إلى مليونين دينار (2000.000دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين، وأقر المشرع نفس العقوبة على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني الذي يتأنق أو يواصل نشاطه بالرغم من حسب ترخيصه وأضاف إلى العقوبات السابقة عقوبة مصادرة التجهيزات التي استعملت لارتكاب الجريمة.

رابعا: جريمة كشف معلومات سرية تتعلق بالتوقيع:

---

[1] المادة 33 من قانون 04/15

[2] المادة 02 من نفس القانون فقرة 10

نصت المادة 73 من قانون 04/15: "يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من عشرين ألف دينار (20.000 دج) إلى مائتين ألف دينار (200.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص مكلف بالتدقيق يقوم بكشف معلومات سرية اطلع عليها أثناء قيامه بالتدقيق".

حسب نص هذه المادة المشرع لم يربط فعل كشف سرية المعلومات بمؤدي خدمات التصديق، بل أخذ نطاق واسع لذلك يشمل كل شخص مكلف بالتدقيق، والمفهوم من هذا النص هو كل من أكان مؤدي خدمات التصديق على ذلك ويظهر ذلك جليا عندما تكون أمام مؤدي خدمات تصديق شخص معنوي.

ج/ المسؤولية الجزائية للموقع:

كما سبق وأن رأينا في الباب الأول من هذه الأطروحة الموقع هو: "شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله"[1] أي أن هذا الشخص يدلي بيانات مختلفة ترتبط بشخصه وبعنوانه وغيرها من البيانات حتى يتحصل على شهادة التصديق الالكتروني حيث يستعملها لأغراض قانونية.

أولا: جريمة إدلاء الموقع ببيانات كاذبة:

نصت المادة 66 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين على أن "كل شخص أدلى بإقرارات كاذبة للحصول على شهادة تصديق الكتروني موصوفة" أي أن الشخص الطالب لشهادة تصديق مسؤول عن كل ما يدلي به من بيانات وإقرارات وإلا تعرض لعقوبة جزائية أقرتها المادة سالفة الذكر (66) تتراوح من 03 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من عشرين ألف دينار (20.000 دج) إلى مائتين ألف دينار (200.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

ثانيا: استعمال شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة لغير الأغراض التي منحت من أجلها.

شهادة التصديق الالكتروني تتضمن جملة من المتطلبات نصت عليها المادة 15 من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين منها حدود استعمال هذه الشهادة وحدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من

[1] تعريف ورد في نص المادة الثانية فقرة 02 من قانون 04/15

أجلها، وحماية للتوقيع الالكتروني خاصة والمعاملات الالكترونية على العموم، اعتبر المشرع الجزائري كل استعمال لغير هذه الأغراض التي منحت من أجلها مخالفا للقانون يقضي عقوبة تتراوح بين ألفين دينار (2000 دج) إلى مائتين ألف دينار (2000.000 دج)

وختم المشرع الأحكام الجزائية المنصوص عليها في هذا القانون بحكم نصت عليه المادة 75 حيث يعاقب الشخص المعنوي الذي ارتكب إحدى الجرائم السابق ذكرها بغرامة تعادل خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها بالنسبة للشخص الطبيعي.

2- الحماية الجنائية للتوقيع الالكتروني في التشريعات الأجنبية والعربية

نظرا لخطورة جرائم الاعتداء على التوقيع الالكتروني، كفلت لها بعض التشريعات الأجنبية والعربية حماية جنائية كالآتي:

أولا: الحماية الجنائية للتوقيع الالكتروني في التشريع الفرنسي:

أصدرت فرنسا بتاريخ 2000/03/13 قانونا خاصا بالتوقيع الالكتروني رقم 230 لسنة 2000 في صورة تعديل للنصوص المنظمة الإثبات في القانون المدني الفرنسي بما يجعلها متوافقة مع تقنيات المعلوماتية وكثرة استخدام التوقيع الالكتروني في المعاملات الالكترونية وقد أدرج هذا التعديل في نص المادة 13/06 من القانون المدني الفرنسي في ست فقرات.[1]

إلا أنه لم ينص على حماية جنائية خاصة للتوقيع الالكتروني بل تركها للنصوص العامة وبالرجوع لها نجد أنه تطبق عليه جرائم الاعتداء على النظام المعلوماتي وبياناته الواردة في المواد 1/323-7/323 وجريمة التزوير المعلوماتي في المادة 991 من قانون العقوبات الفرنسي.

ثانيا: الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني في التشريع التونسي:

نظم المشرع التونسي حماية جنائية خاصة للتوقيع الإلكتروني بموجب القانون المؤرخ في 2000/08/09 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية حيث تضمن صور عديدة لجرائم يعاقب عليها نذكر منها:

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص206

* جريمة مباشرة خدمات المصادقة بدون ترخيص حيث نص الفصل 46 من هذا القانون: "يعاقب كل من يمارس نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية بدون ترخيص مسبق"[1] وأقر لها عقوبة سجن تتراوح بين شهرين و3 سنوات وبخطية تتراوح بين 1000 و10000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

* جريمة التصريح عمدا بمعطيات خاطئة: نص عليها المشرع في المادة 47: "يعاقب كل من صرح بمعطيات خاطئة بمورد خدمات التوثيق الالكتروني لكافة الأطراف التي طلب منها أن تثق بإمضائه بالسجن لمدة تتراوح بين 6 أشهر وعامين وبغرامة تتراوح بين 1000 و10000 دينار أو إحدى هاتين العقوبتين.

* جريمة فض تشفير إمضاء الكتروني: يتضمن الفصل 48 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية: "يعاقب كل من استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية متعلقة بإمضاء غيره بالسجن لمدة تتراوح بين 06 أشهر وعامين بخطية تتراوح بين 1000 و10000 دينار أو إحدى هاتين العقوبتين". اجتهد المشرع التونسي في منح حماية جنائية على البيانات المشفرة المودع شفرتها عند مكتب التشفير وهذا يخدم مصلحة التجارة الالكترونية كون سرية التوقيع الالكتروني تزيد ثقة المتعاملين في مثل هذا النوع من التجارة.

رابعا: الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني في التشريع المصري

نص المشرع المصري على جرائم التوقيع الالكتروني في المادتين 21 و23 من قانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني ويمكن حصرها كالآتي:

* جريمة اقتناء أو استخدام بيانات التوقيع الالكتروني: نص المادة 21 من قانون التوقيع الالكتروني المصري على: "ان بيانات التوقيع الالكتروني والوسائط الالكترونية والمعلومات التي تقدم إلى الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الالكتروني سرية، ولا يجوز لمن قدمت إليه أو بحكم عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها في غير الفرض الذي قدمت من أجله."وهنا يظهر مليا أن الركن

[1] حسب المادة 11 فإنه لا يمكن لمزود خدمات التصديق أن يباشر عمله دون ترخيص من الوكالة الوطنية للمصادقة سواء شخصيا طبيعيا أو معنويا، وأن هناك شروط محددة ووردت في المادة 1 لمنح الرخصة.

المادي في هاتين الجريمتين هما إفشاء بيانات التوقيع الالكتروني أي نشرها وإطلاع الغير عليها أو جريمة إساءة استخدام بيانات التوقيع باستخدامها في غرض آخر غير ما قدمت من أجله[1].

وهاتان الجريمتان عمديتان لقيامهما تجاه إرادة الجاني إلى هذه الأفعال حيث لا يتصور وقوعها بطريق الخطأ.

* جريمة إصدار شهادة التصديق الالكتروني بدون رخصة[2]: أي السلوك الإجرامي هنا هو انتحال لصفة مزود خدمات التصديق المرخص له بخلاف الحقيقة وإصدار شهادات تصديق دون ترخيص.

* جريمة إتلاف أو تعيب توقيع الكتروني: يتحقق فعل الإتلاف بإفقاد البرنامج المعلوماتي الخاص للتوقيع الالكتروني قدرته على عمل، أما تعيب فهو إفقاد قدرته على العمل أو الصلاحية أو تشويهه ليكون غير واضح.

* جريمة تزوير التوقيع الالكتروني: يمثل الركن المادي لهذه الجريمة في تزوير التوقيع الالكتروني بتغير الحقيقة في التوقيع الالكتروني بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحويل، أمر بأي طريق على نحو يضر بالغير، ويتم الاعتماد في تزوير التوقيع الالكتروني برامج حاسوبية وأنظمة معلوماتية خاصة بذلك، يتم تصميمها على غرار البرامج والأنظمة المشروعة أو محاولة البعض كسر الشفرة والوصول إلى الأرقام الخاصة بالتوقيع الالكتروني، والقيام بنسخها.[3]

* استعمال توقيع الكتروني معيب أو مزور: وردت هذه الجريمة في نص المادة 32/ج من قانون التوقيع الالكتروني والمقصود باستعماله هو إبرازه على اعتباره صحيح، وفي جريمة عمدية يلزم لقياسها أن يتوافر القصد الجنائية العم بعنصرية العلم والإرادة.

* جريمة الحصول على التوقيع الالكتروني أو اختراقه أو اعتراضه أو تعطيله: جاء في النص على هذه الجريمة في المادة 23/د ويتخذ السلوك الإجرامي في هذه الجريمة صورة الحصول بغير حق على توقيع الكتروني بأي وسيلة، ويمكن الاستيلاء على التوقيع الالكتروني عن طريق السرقة أو النصب أو عن طريق خيانة الأمانة.

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 363

[2] ألزم القانون رقم 2004/15 في المادة 19 منه مزاول نشاط إصدار شهادات التصديق الالكتروني بترخيص من الهيئة.

[3] صالح شنين، مرجع سابق، ص 154.

ويتحقق أيضا باختراق التوقيع الالكتروني بالدخول غير المشروع أو غير المصرح به للنظام المعلوماتي المتضمن التوقيع الالكتروني، أو اعتراضه أو تعطيله عن أداء وظيفته بأي وسيلة تؤدي إلى تباطؤ النظام وجعله غير قادر على الاستعمال دائما أو مؤقتا.

أقر المشرع المصري عقوبة واحدة لمختلف هذه السلوكيات نصت عليها المادة 23 وفي الحبس وغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو قانون آخر.

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للمستهلك الالكتروني من جريمة تزوير المستندات الالكترونية

نصت التشريعات المقارنة التي تناولت الحماية الجنائية للتعاملات الالكترونية على تجريم الأفعال التي من شأنها المساس بالمستند أو المحرر الالكتروني وهذا كحماية للثقة العامة فيه. حيث اختلفت في بسط هذه الحماية بين الدول التي أصدرت تشريعا للتجريم، ومن قامت بتعديل النصوص التشريعية النافذة بما يتماشى والتطور التكنولوجي الحاصل في هذا المجال.

أولا: جريمة تزوير المستند الالكتروني

التزوير لغة: إصلاح كلام وتهيئته، وكلمة التزوير مشتقة من الزور وتعني الكذب والباطل فيقال كلام مزورا ومموه بالكذب.

التزوير فقها: كل وسيلة يستعملها شخص ليغش بها آخر، وعرف التزوير بأنه تعريف مفتعل للحقيقة في الوقائع والبيانات التي يراد إثباتها بصك أو مخطوط يحتج به يمكن أن ينتج عنه ضررا أدبيا أو ماديا أو اجتماعيا.[1]

التزوير قانونا: هو تغير الحقيقة، أي تغير واقعة مع الحكم أنها تخالف الحقيقة فهو يشمل كل طريقة يستعملها شخص ليغش بها الآخر غير أن المشرع الجنائي لا يعاقب على جميع الأعمال التي يراد بها غش الغير، بل تخير منها بعض الأفعال الخطيرة فعاقب عليها وأحاطها بسياج من الحماية عن طريق التجريم، وترك ما عداها في عداد أفعال الغش المدني التي لا يتوجب عليها سوى إلزام

[1] صالح شنين، مرجع سابق، ص 162

فاعلها بتعويض ما عساه ينشأ من فعله من الضرر، وعلى هذا فالتزوير إطلاقا يشمل في النطاق الجنائي من الجرائم التي ورد النص عليها في قانون العقوبات.[1]

التزوير الالكتروني: هو "تغير الحقيقة بأي وسيلة كانت، سواء كان ذلك في محرر أو دعامة أو سند طالما أن هذه الدعامة لها أثر في إنشاء حق أو من شأنها إحداث نتائج قانونية معينة "، ويعرف أيضا "تغيير في حقيقة المستند المعالج الكترونيا بقصد إحداث ضرر بالطرق المحددة قانونا".[2]

وعرف التزوير الالكتروني كذلك على أنه " تغير الحقيقة يرد على مخرجات الحاسب الآلي سواء تمثلت في مخرجات ورقية مكتوبة كتلك التي تتم عن طريق الطابعة، أو كانت موسومة عن طريق الراسم، ويستوي في المحرر الالكتروني أن يكون مدوناً باللغة العربية أو لغة أخرى لها دلالاتها، كذلك قد يتم مخرجات ورقية شرط أن تكون محفوظة على دعامة، كبرنامج منسوخ على أسطوانة وشرط أن يكون المحرر الالكتروني ذا أثر في إثبات حق أو أثر قانوني.[3]

بالرجوع لنص المادة (07) من اتفاقية بودابست المتعلقة بالجرائم المعلوماتية سنة 2001 نجدها تقر أن إدخال بيانات إلى الحاسب الآلي وتبديلها أو محوها أو تدميرها، فتنتج عنها بيانات غير أصلية، يقصد استخدامها أو الاعتماد عليها في أغراض قانونية، كما لو كانت أصلية بغض النظر عما إذا كانت هذه البيانات مقروءة أو مفهومة بشكل مباشر من عدمه.[4]

ومن خلال التعاريف السابقة يتبين لنا أن الاختلاف بين التزوير المعلوماتي والتزوير التقليدي، يتجلى في أن التزوير المعلوماتي يرد مستند معلوماتي أي يتضمن معلومات معالجة آليا، بينما يرد التزوير التقليدي على محررات مكتوبة ذات طابع مادي.

---

[1] بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص465.

[2] دلخار صلاح بوتاني، الحماية الجنائية الموضوعية للمعلوماتية دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016، ص 158.

[3] علي عبد القادرالقهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص63.

[4] Article 07، falsification informatique،

Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, l'introduction, l'altération, l'effacement ou la suppression intentionnels et sans droit de données informatiques, engendrant des données non authentiques, dans l'intention qu'elles soient prises en compte ou utilisées à des fins légales comme si elles étaient authentiques, qu'elles soient ou non directement lisibles et intelligibles. Une Partie peut exiger une intention frauduleuse ou une intention délictueuse similaire pour que la responsabilité pénale soit engagée.

إن طرق التزوير التي حددتها التشريعات تتدرج تحت نوعين من التزوير وهما:

* التزوير المادي وهو تغيير لحقيقة المحرر بطريقة مادية، فهو ينال مادة المحرر وشكله فيترك أثرا تدركه عين الإنسان العادي، أو الفني المتخصص واستخدام الأجهزة والوسائل العلمية والتكنولوجية، والغالب وقوعه بعد الفراغ من كتابة المحرر، ومن الممكن وقوعه من كاتب المحرر أو من غيره.[1]

* التزوير المعنوي هو تغير الحقيقة بطريقة غير مادية، ويتمثل في تغير حقيقة معنى المحرر ومضمونه دون أن يمس مادته أو شكله فلا يترك أثرا يمكن إدراكه بالعين، ويقع عند كتابة المحرر مبتدءا وممن يقوم بالتدوين، فعملية تدوينه في نفسها عملية العبث بفحواه ومضمونه، ومن أمثلة التزوير المعنوي أن ينتحل شخص شخصية الآخرين، ويمكن على مشغل الكمبيوتر معلومات كاذبة، بغرض حفظها في مستند رسمي الكتروني.[2]

وبذلك يتطلب كشف التزوير المعنوي الاستعانة بوسائل أخرى كالكشف عن إرادة الشخص الذي ينسب إليه المحرر، أو تحري الصدق بشأن الوقائع التي تعبر عنها بيانات المحرر، أو بالرجوع إلى الظروف المحيطة بالواقعة أو إلى المعلومات التي يدلي بها أشخاص معنيون لمعرفة حقيقة الواقعة.

وتجدر الإشارة إلى أن مختلف التشريعات تتضمن طرق التزوير على سبيل الحصر ومنها القانون الجزائري وهذا ما سنتطرق له لاحقا.

أ/ مدى اعتبار المحرر المعلوماتي من قبيل المحررات التي تطبق عليها نصوص جريمة تزوير

اختلف الفقه حول مدى اعتبار تغيير الحقيقة المنصب على المعلومات المخزنة بطريقة الكترونية سواء على شريط ممغنط أو قرص من أقراص الحاسب الآلي أو أي شريحة راقية أخرى من قبيل تغير الحقيقة في محرر، وبالتالي إمكانية تطبيق النصوص التقليدية لجريمة تزوير المحررات عليها، إلا أن هناك من الفقه من يعارض ذلك.[3]

[1] دلخار صلاح بوتاني، مرجع سابق، ص 163.

[2] أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، فلسطين، 2010، ص 155.

[3] أمال قارة، الحماية جزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر،2007، ص 137.

1- الاتجاه المؤيد لتطبيق نصوص جريمة تزوير المحررات التقليدية على تزوير المحررات الإلكترونية: ينطلق هذا الاتجاه من مفهوم التماشي مع التطورات والتغيرات التي تمس مختلف المجالات لاسيما بإضفاء المعلوماتية في التعاملات، فالمجتمع يشهد تحولا من المفاهيم المادية للأنشطة الإجرامية إلى أنشطة غير مادية وغير مباشرة من خلال النظم المعلوماتية وحلول المحررات المعلوماتية محل المحررات التقليدية، حيث يرى بعض الفقه الفرنسي إمكانية تغليب روح النصوص واعتبار ما يظهر على شاشة الحاسب شكلا مستحدثا للمحرر.

إلا أن الفقه البلجيكي يرى أن نصوص التزوير في المحررات لا يمكن أن تنطبق إلا في حالة ظهور المعلومات التي تم تزويرها في المستخرجات الورقية، واتجه القضاء الفرنسي إلى التفسير الموسع للمحررات في نطاق المعاملات التجارية، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بجواز التمسك بالنسخة المرسلة عبر الفاكس وبالتالي أقرت حجيتها في الإثبات، كما أصبحت تعاقب على أي تزوير في محررات لها قيمة في الاثبات قبل تدخل المشرع بنص صريح.[1]

2- الاتجاه الرافض لتطبيق نصوص جريمة تزوير المحررات التقليدية على تزوير المحرر المعلوماتي: يرفض أنصار هذا الاتجاه تطبيق نصوص جريمة التزوير التقليدية على تغيير الحقيقة المنصبة على المحررات المعلوماتية، فمعظم التشريعات التي جرمت فعل التزوير يكون محلها محرر يرتبط على وجه اللزوم بالأوراق، والمعلومات المخزنة في ذاكرة الحساب الآلي وفي الأقراص الممغنطة أو على أي دعامة مادية أخرى لا تعد محررا مكتوبا كونها ليست مقروءة ولا يمكن للمعنى الذي تحمله أن ينتقل عن طريق العين المجردة، من ثم فإنها تفتقر إلى صفة المحرر الذي ينبغي أن يكون قابلا للإدراك بمجرد الاطلاع عليه دون الحاجة إلى الاستعانة بأجهزة خاصة للقراءة كالحاسب الآلي مثلا.[2]

مما سبق يمكن القول تعبيرا عن رأينا أن القوانين والتشريعات الوطنية يجب أن تمتاز بالمرونة والعصرنة، فالعالم اليوم يشهد ثورة معلوماتية ضخمة تمس مختلف المجالات على رأسها التجارة، حيث نتج عن وهذا التطور اشكال وصور إجرامية جديدة أصبحت القوانين السابقة لا

[1] صالح شنين، مرجع سابق، ص 55.

[2] دلخار صلاح بوتاني، مرجع سابق، ص 171.

تتماشى مع طبيعتها، وتعتبر جريمة تزوير محرر معلوماتي جريمة حديثة تتطلب نصوص تشريعية تتماشى مع طبيعتها وأركانها. إلا أن هذا لا ينفي صحة ما لجأ له القضاء في حالة عدم وجود هذه النصوص إلى الاسقاط على نصوص تشريعية لنستنبط من خلالها أحاكما وذلك لردع هذا النوع من الإجرام إلى غاية تعديلات في القوانين الجنائية.

ب/ موقف القوانين العقابية من جريمة تزوير المحررات (المستندات) المعلوماتية

1/ جريمة تزوير مستند الكتروني في التشريع الجزائري.

نص المشرع الجزائري على جرائم التزوير في الفصل السابع من قانون العقوبات – دون أن يعرف جريمة تزوير المحررات ووزعها على أقسام ثمانية شملتها المواد 197 إلى 253 مكرر، إلا أنه لم يخصص من خلالها نصوص تتعلق بالمحررات الالكترونية وتزويرها، ونفس الأمر عند تعديله لقانون العقوبات رقم 15/04 والذي جرم من خلاله الأفعال الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات والقانون رقم 04/09 والمتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحته، وحتى اصداره لقانون التجارة الإلكترونية في 2018 لم يتطرف بأي شكل لمثل هذه التجاوزات، ويعتبر هذا تقصير تشريعي من طرفه، ولذلك يجب عليه التدخل لاستدراك هذا الفراغ التشريعي سواء بتعديل النصوص التقليدية بما يتماشى مع الواقع أو النص على ذلك في تشريع خاص.

وبالرجوع لنص المادة 216 من قانون العقوبات[1]، معدلة نجدها تنص: "يعاقب بالسجن المؤقت .... كل شخص عدا من عينتهم المادة 215، ارتكب تزويرا في محررات رسمية أو عمومية:

1- اما بتقليد أو بتزييف الكتابة أو التوقيع.

2- وإما باصطناع اتفاقات أو نصوص أو التزامات أو مخالصات أو بإدراجها في هذه المحررات فيما بعد.

3- وإما بإضافة أو بإسقاط أو بتزييف الشروط أو الإقرارات أو الوقائع التي أعدت هذه المحررات لتلتقيها أو لإثباتها.

4- وإما بانتحال شخصية الغير أو الحلول محلها".

[1] عدلت بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية 84 ص 21.

وأضاف في المادة 219 من نفس القانون على تجريم كل تزوير بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 216 في المحررات التجارية أو المصرفية أو شرع في ذلك، كما جرم ارتكاب التزوير في المحررات العرفية حسب المادة 220.

لكن ما نسجله من خلال ما سبق ذكره هو عدم الإشارة الصريحة لإمكانية شمول هذه الجريمة للمحررات الالكترونية، خاصة بعد أن أعطى المشرع للمحررات الالكترونية في ظل القانون المدني الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في المادة 323 مكرر 1، هذه النقطة تعرضنا لها بالتفصيل في الباب الأول من الأطروحة: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات على الورق، بشرك إمكانية التأكد من حرية الشخص الذي أصرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها" ونص المادة 327 من نفس القانون: "يعتبر العقد عرفيا صادرا ممن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء ويكتب بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"؛ فمن المفروض أن يتبع هذا التعديل بتعديل القانون العقوبات ويقر الحماية الصريحة للمحررات الإلكترونية.

2- جريمة تزوير المستند الالكتروني في التشريع الفرنسي: دخلت المستندات المعلوماتية نطاق الحماية الجنائية بصورة فعلية بصدور قانون الغش المعلوماتي رقم 19 لسنة 1988، الذي اعتبر جريمة تزوير المحررات المعلوماتية جريمة مستقلة عن جريمة تزوير المحررات التقليدية، حيث نصت الفقرة 5 من المادة 462 من هذا القانون على أنه: "كل من يقوم بتزوير مستندات معالجة آليا، أيا كان شكلها بما يؤدي إلى حدوث ضرر للغير، يعاقب ..."[1]

ويلاحظ من هذا النص أنه استخدم تغير مستندات المعالجة آليا ولم يستخدم مصطلح المحررات المعلوماتية، وقد كان المشرع موفقا في ذلك فهو المصطلح الأصح من الوجهة التقنية في الحاسب الآلي، كونها مستندات تمت معالجتها آليا بالفعل.[2]

---

[1] *Article 462-5، Quiconque aura procédé à la falsification de documents informatisés, quelle que soit leur forme, de nature à causer un préjudice à autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 20.000F à 2.000.000F.*

[2] دلخار صلاح بوتاني، مرجع سابق، ص182.

وبصدور قانون العقوبات الفرنسي الجديد في 1992/12/16 ودخوله حيز التنفيذ سنة 1994، ألغى المشرع نص المادة سالفة الذكر، وقام بإعادة صياغة نص جريمة التزوير الأصلية لتستوعب المحررات المعلوماتية، حيث خصص المشرع الفرنسي المادة (3/141) [1] من قانون العقوبات الجديدة لتجريم التزوير في المحررات العرفية أيا كانت، تقليدية أو معلوماتية، وتناول تزوير المحررات الرسمية في المادة (3/441) والتي نصت على أنه: "التزوير الذي يرتكب على مستند مسلم بواسطة الإدارة العامة بهدف "إثبات الاعتراف" أو إثبات حق أو شخصية أو صفة أو يمنح تصريح، يعاقب عليه..." ، وبذلك لم يحدد المشرع الفرنسي طريقة معينة لقيام التزوير بذكره لفظ [بأية وسيلة "Par quelque moyen" كما أعطى النص الجديد تعريفا واسعا لمحل جريمة التزوير حيث لم يعد يقتصر فقط على المحرر بمعناه الضيق، بل أصبحت الحماية تمتد إلى كل دعامة للتعبير من التفكير والتي قد تكون على شكل معلوماتي طالما كان من شأنها أن تستخدم في إثبات الواقع أو الحق، فتعتبر Tout autre support تعبير مطلق من أي قيد، وتدخل فيه بلا جدال كل الدعامات المستخدمة في المجال المعلوماتي.[2]

3- جريمة تزوير المستند الالكتروني في التشريع المصري: عالج التشريع المصري التزوير في المحررات في المواد 211 إلى 227 من قانون العقوبات، ولم ينص على تعريف محدد للتزوير وأركانه واقتصر على طرقه، وأوضحت المادة 211 ما يلي: "... أحكام صادرة أو تقارير أو محاضر أو وثائق أو سجلات أو دفاتر أو غيرها من السندات والأوراق الأميرية..." وأشار المشرع المصري إلى هذه السندات والأوراق في المواد 212، 213 وأوضحت ذلك جليا المادة 214 بعبارة "من استعمل الأوراق المزورة في المواد السابقة"، والمادة 215 التي تناولت التزوير في محررات أحد الناس بالطرق السابق بيانها... أو استعمل ورقة مزورة مع العلم بتزويرها فقد أوضح المشرع

[1] Article 441-1، Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Modifié par ordonnance 200.916 du 19/09/2000 art 03/Jord22/09/200.

[2] علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص144.

أيضا مفهوم المحرر العرفي بأنه : "ورقة كما هو الحال تماما بالنسبة للمحرر الرسم"[1]، وبذلك يظهر أن المشرع المصري لم يتطرق للمستند أو المحرر الالكتروني صراحة في هذه المواد، غير أنه ومع صدور القانون المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا المصري نص في المادة 23 على: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من: أتلف أو عيب توقيعا أو محررا الكترونيا، أو زور شيئا من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحويل أو بأي طريق آخر...."،وبذلك أصبح هذا النص صريحا يكفل حماية جنائية للمحرر الالكتروني.

4- جريمة تزوير المستند الإلكتروني في التشريع الإماراتي: في دولة الإمارات العربية المتحدة، وبصدور قانون مكافحة تقنية المعلومات الإماراتي رقم 2 لسنة 2006، عالج المشرع التزوير المعلوماتي من خلال نص المادة (4) منه والتي تنص : "يعاقب بالسجن المؤقت كل من زور مستندا من مستندات الحكومة الاتحادية أو المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة الاتحادية والمحلية معترفا به قانونا في نظام معلوماتي وتكون العقوبة الحبس والغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين إذا وقع التزوير فيما عدا ذلك من المستندات إذا كان من شأن ذلك إحداث ضرر، ويعاقب بالعقوبة المقررة لجريمة التزوير بحبس الأحوال من استعمل المستند المزور مع علمه بتزويره"؛ يلاحظ من هذا النص أنه جرم التزوير سواء وقع في مستند رسمي أو مستند عرفي فارق في العقوبة، وقد بين المشرع الإماراتي المقصود بالمستند في هذا القانون في المادة (1) منه حيث عرفت المستند الإلكتروني بأنه : "سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخة أو إرساله أو بلاغه أو استلامه بوسيلة الكترونية على وسط ملموس أو على وسيط الكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه"، وبذلك لا تكون هناك حاجة إلى الرجوع إلى النصوص التقليدية للتزوير ويطبق هذا النص على حالات تزوير المحررات (المستندات) المعلوماتية في دولة الإمارات العربية المتحدة.[2]

[1] فتوح الشاذلي، عفيفيكمال عفيفي، مرجع سابق، ص 240

[2] دلخار صلاح بوتاني، مرجع سابق، ص179.

ج/ أركان جريمة تزوير مستند (محرر) الكتروني: لجريمة التزوير ركنان

* ركن مادي: ومضمونه تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق التي حدها القانون تغيرا من شأنه أن يحدث ضررا للغير.

*ركن معنوي: صورته القصد الجنائي وهو قصد عام يضاف إليه قصد خاص.

1/ الركن المادي: الركن المادي في جريمة التزوير يعني وقوع نشاط إجرامي من شأنه تغيير الحقيقة في محرر بطريقة مما نص عليه القانون وأن يكون من شأن هذا التغيير إلحاق الضرر بالغير أو احتمال حدوثه، فيشترط لقيام هذا الركن:

أ- تغيير الحقيقة: يعني تغيير الحقيقة إبدالها بما يخالفها وإذا انتفى هذا التغيير انتفى التزوير حتى ولو توهم الجاني أن يغير الحقيقة فلا يعد مثلا مرتكبا لجريمة التزوير من يقرر أمام الموظف المختص بيانات يعتقد أنها غير صحيحة فيدونها الموظف في المحرر المعد لبيانها تم يتبين أن هذه المعلومات مطابقة للحقيقة أو يقلد شخص إمضاء شخص آخر بناء على إذن أو توظيف مما قلد إمضاؤه.[1]

ووردت صور التزوير في قانون العقوبات الجزائري على سبيل الحصر، لذلك لا يغير تغيرا للحقيقة تزويرا إلا إذا حصل بإحدى الطرق التي نصت عليها المواد 214 و215 بالنسبة الموظف العام والمادة 216 بالنسبة لغير الموظف العام.

*وضع توقيعات مزورة: يتحقق هذا النوع من التزوير عندما يمضي المزور محررا باسم شخص آخر أو باسم شخص خيالي أو باسم شخص يشاركه في الاسم ولكن بدون تكليف منه، ولا يشترط في الإمضاء أن يكون مقلدا تقليدا مزورا بل يقوم التزوير كيفما كان التقليد لأن القانون يكتفي لقيام الجريمة بوضع المزور إمضاء غير إمضائه على المحرر[2]، وما يؤخذ على المشرع أنه أصدر

[1] فتوح الشاذلي،عفيفي كمال عفيفي، مرجع سابق، ص 236

[2] دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص70.

قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، إلا أنه لم يشر إلى مسألة توقيع التزوير الالكتروني في ظل الجرائم التي نص عليها وأبقى هذه المسألة مبهمة يرجع فيها إلى قانون العقوبات.

*إحداث تغيير في المحررات أو الخطوط أو التوقيعات: اعتبر المشرع الجزائري أي تغيير في المحررات الخطوط أو التوقيعات من طرف موظف أو قاض أو قائم بوظيفة عمومية تزويرا يعاقب عليه القانون.

*تقليد أو تزييف الكتابة: تقليد الكتابة يعني صنع كتابة مشابهة لها هنا أيضا لا يشترط أن يكون هذا التقليد متقنا، وإنما يكفي فيه أن يكون على درجة من التشابه بحيث يحمل القارئ عن الاعتقاد أن المحرر صدر عن الشخص الذي قلدت كتابته، والتزييف معناه في اللغة هو جعل الشيء مغشوش ورديء، أي أن المقصود هنا هو تغيير الكتابة إلى أسوء حال.

*إحداث إضافات في المحرر: نصت المادة 216 على اصطناع اتفاقات أو نصوص أو التزامات أو مخالصات أو بإدراجها في هذه المحررات وإما بإضافة أو بإسقاط أو بتزييف الشروط والإقرارات أو الوقائع التي أعدت هذه المحررات لتقليدها ولإثباتها؛ أي أنه تغيير في مضمون المحرر بالإضافة أو الإنقاص في التزامات أو حقوق أو شروط.

*انتحال شخصية الغير أو الحلول محلها: يقع التزوير في هذا النوع بانتحال شخص شخصية الغير أو بإحلال شخص محل شخص آخر، فإذا استبدل اسم شخص باسم شخص آخر في محرر بمحو اسم مثلا وكتابة اسم مكانه تكون أمام حالة من حالات التزوير المادي ويكون التزوير معنويا مثل تصريح شخص في محرر أمام موثقا أنه يحمل اسما غير اسمه الحقيقي.[1]

ب/الضرر: لا يعد تغيير الحقيقة تزويرا إلا إذا نشأ عنه ضرر أو كان من شأنه إحداث ضرر فلا يكفي تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق المحددة قانونا وإنما لابد أن يكون من شأنه إحداث ضرر بالغير، فانعدام الضرر يعني انعدام جريمة التزوير، والضرر بشكل عام هو الأذى الذي يصيب المتضرر في حق من حقوقه أو في مصلحة من مصالحه.[2]

[1] دردوس مكي، مرجع سابق، ص 72.

[2] دلخار صلاح بوتاني، مرجع سابق، ص 165.

ولا يميز في الضرر الذي يمس بالحقوق أو مصالح محمية بين الضرر المادي أو الأدبي كما يستوي ان يكون مساسا بمصلحة عامة أو خاصة، كما أنه لا يلزم أن يكون حالا أو محتملا وقت تغيير الحقيقة وأي قدر من الضرر الفعلي هو الضرر المحقق أي الواقع فعلا ويعني وقوعه استعمال المحرر وهذا الأخير جريمة قائمة بذاتها. أما الضرر المحتمل فهو منتظر الوقوع وفقا لمجرى الأمور العادي، مع اعتبار أن تقدير احتمال الضرر يكون بالوقت الذي وقع فيه تغيير الحقيقة في المحرر، كما أن تقدير وجود الضرر مسألة موضوعية مشروعة للقاضي ويقدر الأخير قوة المحرر والضرر المترتب عليه.[1]

ج/ مدى ورود طرق التزوير المذكورة على التزوير المعلوماتي: مع انتشار الحاسب الآلي وشبكة المعلومات الدولية في حياة الناس والمجتمع ظهرت أنماط من التزوير لا تطالها نصوص العقوبات الحالية، لذلك فإنه لا يمنع من إعادة تفسير تلك الطرق وتقنينها، وتقرير أن المعلوماتية أتت بأنماط من السلوك الذي يتعين تجريمه ويجب مواجهته تشريعيا أو محاولة مد نصوص القانون القائمة إليه لتطاله بالعقاب شرط عدم الاصطدام بمبدأ المشروعية.

د/ التزوير بالكمبيوتر وملحقاته: تكمن خطورة التزوير بالكمبيوتر وملحقاته في توفره وشيوع استخدامه في الوقت الحاضر و إنتاج نسخ مزورة في زمن قياسي، وقد شجع على التزوير الالكتروني وجود الطابعات كوسائل إخراج توصل بالكمبيوتر حيث تتفاعل معه وتحول ما هو مسجل في ذاكرته أو ما هو معروض على الشاشة إلى طبعات تزداد في حسنها يوما تلو الآخر، مع ازدياد التقدم التكنولوجي التنافسي بين الشركات المنتجة[2] وتعدد طرق التزوير وأشكالها، مع اختلاف البرامج المعتمدة في الحواسيب والتقنيات المختلفة، مما يجعل من الصعب اكتشافها بالعين المجردة، وهنا تجدر الإشارة إلى أن وسائل التحري عن مثل هذه الجرائم لابد أن تكون بنفس الدقة والتطور والتقدم.

---

[1] بن شهرة شول، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، الجزائر،2011/2010، ص 157.

[2] حفصي عباس، جريمة التزوير الالكترونية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر 2014-2015، ص42

ذ/ التزوير بالآلات الناسخة: يتم استخدام جهاز يعرف بالماسح الضوئي "Scanner" في أخذ صورة لوجه وظهر المستند أو العملة وتسجل في ذاكرة الكمبيوتر حيث يمكن ضبطها أو إحداث مستجدات وإضافات ثم يتم إعطاء الأمر بالطبع.

2/ الركن المعنوي: تعد جريمة تزوير المحررات من الجرائم العمدية لذا فإن الركن المعنوي فيها يتخذ صورة القصد الجنائي، ومن المسلم به أن القصد اللازم لقيام جريمة التزوير هو القصد الجنائي الخاص فلا يكفي مجرد توافر القصد الجنائي العام المتمثل في انصراف حكم الجنائي إلى تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق التي حددها القانون، وانصراف علمه إلى أن من شأن فعله اصابة أو احتمال إصابة مصلحة المجتمع أو مصلحة أحد الأشخاص بالضرر واتجاه ارادته إلى أحداث ذلك التغيير،[1] إذا جريمة التزوير هي جريمة عمدية صورة الركن المعنوي فيها هو القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة.

3/ عقوبة جريمة تزوير مستند الكتروني في التشريع الجزائري: نصت المواد 214 و216 و219 على عقوبات مختلفة باختلاف مرتكبي الجرم أو باختلاف طريقة ارتكابه ونفصلها كالآتي:

المادة 214: عقوبة السجن المؤبد لكل قاض أو موظف أو قائم بوظيفة عمومية ارتكب تزويرا في محررات عمومية أو رسمية اثناء تأدية وظيفته.

المادة 216: عقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات (10) إلى عشرين (20) وبغرامة 1000.000 دج إلى 2000.000 دج كل شخص ما عدا ما عينتهم المادة 215 ارتكب تزويرا في محررات رسمية أو عمومية.

المادة 219: عقوبة الحسب من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 20000 دينار كل من ارتكب تزويرا بإحدى الطرق النصوص عليها في المادة 216 في المحررات التجارية أو المصرفية.

ب/ جريمة استعمال مستند الكتروني مزور

[1] دلخار صلاح بوتان، مرجع سابق، ص 165.

أقر المشرع بذات العقوبة في جريمة استعمال مستند الكتروني مزور أو مقلد، وذلك فيما زورت أو قلدت لأجله فجريمة الاستعمال هي جريمة مستقلة عن التزوير ذاته[1] فإذا ما تحقق التزوير أو التقليد، فيما ذكر، على النحو السابق شرحه، قامت جريمة التزوير، وإذا تحقق فعل الاستعمال فيما أعد المحرر الإلكتروني لأجله، قامت جريمة استعمال وثائق الكترونية مزورة في حق الجاني وعوقب بعقوبتها، طالما أنه يعلم بالتزوير وانصرفت إرادته إلى فعل الاستعمال؛ إذا هي جريمة عمدية يعلم فيها الجاني بوقائع الجريمة وأن ذلك محظورا وفقا للقانون ومع ذلك نتجه إرادته إلى الفعل المجرم ويقبل النتيجة ارادته إلى الفعل المجرم ويقبل النتيجة المترتبة عليها.

وقد أقر المشرع الجزائري عقوبة السجن من خمس إلى عشر سنوات كل من استعمل الورقة التي تعلم أنها مزورة وذلك بخصوص الحالات المشار إليها في المواد 214، 215، 216، وأقر نفس العقوبة لجرائم التزوير والاستعمال في الحالات المشار إليها في المواد 219، 220.

الفصل الثاني: حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد الالكتروني

يتم العقد الالكتروني وفق متطلبات بيئته، التي تفرض نفسها عند تنفيذ أطرافه لالتزاماتهم المتطلبة وفرض الحماية الواجبة لهذه المرحلة البعدية حتى ينتفع أطرافه من الغاية المتعاقد بسببها، وتبقى الحماية مستمرة في حالة نشوب نزاع.

المبحث الأول: ضمانات تنفيذ العقد الالكتروني

يلتزم أطراف العقد بالتزامات مرتبطة حتى يتم تنفيذه، وينتج آثاره وبطبيعة الحال يتأثر التنفيذ بالطابع الالكتروني لهذه العلاقة.

المطلب الأول: التزامات البائع الالكتروني

الفرع01: التزام البائع بتسليم المبيع وضمان التعرض والاستحقاق

أولا: التزام البائع بتسليم المبيع

ان محل العقد الالكتروني يكون في غالب الأحيان بعيدا عن الطرف الآخر وهذا مايؤدي الى عدم

[1] عبد الفتاح يومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني، الحماية الجنائية لنظام التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 309.

المحل واستخدامه إلا بعد استلامه، ولأن التصرفات التي سبقت في الأغلب نظرية وليست استعمالا بشكل مباشر مما يترتب عليه عدم معرفة المستخدم للمحل.[1]

وتتجلى الخصوصية في العقد الإلكتروني بوصفه عقد غير ملموس، مما يجعل من واقعة التسليم (كواقعة مادية) ذات أهمية نظرا لأنها تترجم إظهار العقد وإخراجه إلى حيز الوجود المادي والملموس، مما يجعل الالتزام بالتسليم ذا أهمية في تنفيذ العقود المبرمة عن طريق الانترنت، لاسيما إذا ما أخذنا بالاعتبار عدم الحضور المادي لطرفي العقد في مكان واحد، حيث يفصل بينهما الحدود الدولية والإجراءات الجمركية مما يترتب عنه عدم قيام عنصر المناولة اليدوية.[2]

ولا يختلف مفهوم التسليم في العقد الإلكتروني عن مفهوم التسليم في العقد التقليدي، حيث يقتضي الأمر سواء كان المحل ماديا أو رقميا أن يستجيب لأحكام المادة 367 من القانون المدني الجزائري، فوفقا لأحكام هذه المادة يتم التسليم بوضع المحل (المبيع) تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق أو مانع، حتى لو لم يتسلمه ماديا إذا كان البائع قد أعلمه بذلك بأي وسيلة من وسائل الإعلام ويحدث التسليم على نحو يتفق مع طبيعة الشيء المبيع، فإذا كان منقولا أو عقارا يتم التسليم حسب نوعية المبيع، فبالنسبة للعقار يكون التسليم بالتخلي عنه أو بتسليم المفاتيح، أما إذا كان منقولا ونظرا لتنوعه فإن القاعدة العامة هي أن يكون التسليم فعليا[3].

والتسليم إما أن يكون تسليما ماديا أو تسليما قانونيا، فالتسليم المادي يكون حيث يقوم البائع بتسليم المبيع المشتري يدا بيد أو أن يقوم بتنزيل البضاعة في مخازن المشتري مثلا، أم التسليم القانوني الذي يتوقف تنفيذه على القيام بأعمال قانونية وليس أفعالا مادية من جانب البائع ويكون التسليم إما حكميا أو اتفاقيا.[4]

لهذا يمكن أن نقسم التسليم في العقد الإلكتروني على حسب نوعية المحل، فنجد التسليم للبضائع، والتسليم لخدمة، التسليم الالكتروني لمبيع رقمي.

أ/ التزام البائع الإلكتروني بتسليم البضائع:

---

[1] محمد فواز المطالعة، مرجع سابق، ص96.

[2] عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع المبرم عبر الانترنت دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص294.

[3] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص230.

[4] نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص101.

يتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الحق العيني، ولذا فهو مرتبط بكل العقود الناقلة لحق عيني كالبيع، المقايضة، الهيبة، الشركة ... بل ويترتب على العقود المنبثقة لحق شخص كالإيجار والمقاولة لذلك فالالتزام بالتسليم من مقتضيات كل عقد، فيوجد هذا الالتزام في العقود الالكترونية التي يكون محلها منتج أو سلعة مثل البيع أو الإيجار الإلكتروني أو إنجاز مشروع معين مثل تصميم أو إقامة برامج ومنشآت معلومات[1]، هذا وتناولت اتفاقية فينا في المادة 30[2] على التزام البائع بتسليم البضائع واعتبرته من الالتزامات الرئيسية التي يرتبها عقد البيع الدولي للبضائع، باعتباره الالتزام الذي ترتبط به العديد من الآثار القانونية وتتسلسل فيه العديد من الأعمال التي يتعين على البائع إتيانها قصد تمكين المشتري من حيازته الشيء المبيع[3]، إذا الالتزام بالتسليم هو تلك العملية القانونية التي بموجبها يتعين على البائع اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لوضع البضاعة تحت تصرف المشتري أو وكيله، إذا فهو التزاما بتحقيق نتيجة خاصة بالنسبة للمشتري إذ بتنفيذ هذا الالتزام يتمكن من الانتفاع بالمبيع إذا هو يقوم على عنصرين اثنين:

الأول: وضع المبيع (السلعة) تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به دون عائق، ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلا للمشتري، وإنما يكفي أو يوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته ماديا وينتفع به دون عائق، فإذا وجد عائق بين المشتري وبين انتفاعه بالمبيع فلا يتوافر هذا العنصر.

الثاني: أن يعلم البائع المشتري بأنه قد وضع المبيع تحت تصرفه، ولا يكفي مجرد العلم بذلك وإنما يجب على البائع أن يعلمه منعا لكل لبس حل حقيقة علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه، ويمكن أن يتم الإعلام في صورة إنذار رسمي أو خطاب أو أن يتم شفهيا.

ويشمل التسليم ملحقات الشيء وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله، ولعل أهم الملحقات في مجال الإلكتروني هي تزويد العميل بالمستندات الشارحة التي توضح كيفية عمل الأجهزة والمعدات والبرامج وأساليب الصيانة والتطوير، وتتمثل هذه المستندات الشارحة في كتيبات، أسطوانات أو

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، مرجع سابق، ص96-97.

[2] نصت المادة 30 من اتفاقية فينا، يجب على البائع أن يسلم البضائع والمستندات المتعلقة بها وأن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية .

[3] حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص380.

معلومات تنتقل عبر الشبكة.[1] وتعتبر الملحقات التي يعبر عنها البعض بتوابع المحل جزء لا يتجزأ منه ولا يمكن تصور سير عمل المحل دونها كونها تعد ركيزة أساسية للعقد لأن محل العقد لا يحقق الغاية منه دون توافر هذه الملحقات و منه يتوجب على المعلن (المزود) تسليم المحل وملحقاته.[2]

يتم التسليم في العقود الإلكترونية بوضع المبيع تحت تصرف المشتري أو العميل بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتم تسليمه فعليا أي ماديا ما دام البائع قد أعلمه بأنه مستعد لتسليمه، وعلى ذلك يتم التسليم من خلال إرسال المبيع إلى المشتري ولا يتم ذلك إلا بإيصاله إليه، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، وفي هذه المسألة نجد أن التعاقد عبر الانترنت يتصور فيه وسط مكلف بالقيام بعمليات التوزيع والتسليم للبضائع المشتراة عبر الانترنت، أو من خلال البريد أو من خلال مكاتب وفروع البائع أو المنتج أو وكلائه في مكان المشتري، وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون التجارة الإلكترونية على المعلومات التي يجب أن يتضمنها العقد الإلكتروني ومنها شروط وكيفية التسليم، وبدوره المشرع الفرنسي في العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية نص على ضرورة تحديد كيفية التسليم وذلك في البند الرابع منه فيتم التسليم عن طريق البريد أو أي وسيلة نقل أو على شبكة الانترنت ذاتها، فالغالب هنا أن يتم التسليم عبر البريد إلا أنه لا يمنع من حدوث صعوبات التي قد تتسبب في تأخير التسليم، وعلى الرغم من ذلك فإنه يجب تحديد كيفية التعليم لتفادي الوقوع في المشاكل وضمان عملية التسليم على أكمل وجه يحقق معه منافع لكل من المتعاقدين سواء تعلق الأمر بالسلع أو الخدمات.[3]

ب/ الالتزام بتقديم أو أداء خدمة:

المقصود بعقود الخدمات الإلكترونية تلك الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الانترنت وكيفية الاستفادة منها، أي تلك التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة والمستفيدين منها، وهذا النوع من العقود عديد ومتنوع ومتداخل، ويرجع ذلك إلى طبيعة المحل ذاته، فيمكن أن تنشأ مستقلة، أو أن تجتمع في عملية قانونية مركبة مثل عقد الإيواء الذي يمكن أن يضم معه توفير الموقع والبريد

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص87.

[2] محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص97.

[3] لقد تم اعتماد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين من طرف مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس 30 أفريل 1998 ومن اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في 04 ماي 1998.

الإلكتروني، ويتم إبرام عقود الخدمات الإلكترونية وتنفيذ بنودها العقدية من كلا الطرفين عبر شبكة الانترنت نفسها.[1]

يلتزم مقدم الخدمة كقاعدة عامة بتوفير الوسائل الفنية اللازمة لتقنية filtrage المواد المحملة على الشبكة، بتحديد برامج تصنيف تلك المواد بين الممنوع والمسموح والمحايد، ويختار منها صاحب الشأن ما يشاء، والالتزام باحترام السرية وتوعية العملاء ومنع الدخول إلى المواقع غير المرغوب فيها والحق في فحص وتصحيح مضمون الوثائق التي تبث على الشبكة، واستبعاد كل مستخدم يخالف الالتزامات القانونية، وحق اختيار نوعية المناقشات والأخبار التي تبث على الموقع.

ومما سبق يتضح أنه ينبغي أن تكون الخدمة موضوع العقد محددة أو قابلة للتحديد، ويتم ذلك التحديد في العقد أو في وثيقة إضافية أو تكميلية أو الوثائق المكملة، ويفهم نطاق ومضمون الخدمة من طبيعة العقد نفسه مثل عقود الاشتراك في بنوك المعلومات، ويلاحظ أن هذا الالتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن نظرا لكون العقد ليس فوريا في تنفيذه ولكنه متتابع في التنفيذ على فترات معينة، ويتم التسليم بهذه الأحوال من خلال تنزيل أو تحميل البرامج (download) أو النسخ من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب من جهاز العميل مثلا، أو بأي شكل تقني آخر يتيح للمشتري الانتفاع به، الصلاحية للدخول إلى موقع معين مثلا واستعراض المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد، غير أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار أن ذلك لا يعني أن كل الأموال غير المادية يتم تسليمها بهذه الطريقة (عبر الشبكة)، فيمكن أن تحمل على اسطوانات أو دعامات مادية مثل (CD)، وهنا يتم التسليم فيها ماديا وخارج الشبكة[2] وكقاعدة عامة فإن الالتزام بأداء خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة، ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية لذا يلتزم مورد الخدمة بتوريد معلومات صحيحة شاملة مع التزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة له.

ج/ الالتزام بتسليم المبيع الرقمي:

إذا كان العقد يتضمن مبيعا رقميا، حيث يتم تسليمه بطريقة إلكترونية عبر شبكة الانترنت وحسب ما تتطلبه تكنولوجيا الانترنت في فضاء لا مادي، ولا شك أن هذا النوع من التسليم يكتسي طابعا

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص27.

[2] عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص296،295.

خاصا يختلف عن التسليم التقليدي المعتاد، وتكمن خصوصية هذا التسليم في أنه التزام ينفذ عن بعد، ينفذ في بيئة لا مادية، عبر الاتصال المباشر بين طرفين، لمختلف المبيعات القابلة للترقيم والإرسال، حيث يتم تسليم المبيع بفضل تحويل بعض المبيعات إلى أرقام تعالج كمعلومة رقمية يتم إرسالها بطرق الإرسال الإلكترونية المعروفة في هذا المجال.[1]

وكما عرضنا في الفصل السابق، المنتوجات الرقمية التي يمكن اقتنائها عن بعد عبر الانترنت، فقد تتجسد مصنفات فكرية يكون إنتاجها أصلا في الشكل الإلكتروني، أو في الشكل المادي ليتم رقمنتها واستغلالها عبر الانترنت، أو مصنفات التكنولوجيا الرقمية وبذلك ستعرض للاستلام في كلتا الحالتين:

* تسليم المصنفات الفكرية المستغلة عبر الانترنت: تمكن وسائل الاتصال الإلكترونية من نشر المصنفات الفكرية عبر الانترنت، أين يجب تحويلها من الشكل المادي –الورق إلى الشكل الرقمي، بفضل الاستعانة بتقنيات تكنولوجيا وبرامج معلوماتية خاصة بالنشر الإلكتروني للمصنفات التي يتم رقمنتها، مما يسهل تداولها ويسمح للمستهلك الإلكتروني باقتنائها عبر الانترنت، ويحافظ على الحماية التي أقرها القانون للمصنفات الفنية والأدبية[2]، باعتبارها ناتجة عن مجهود ذهني ويعرف النشر الإلكتروني على أنه: "العملية التي يتم من خلالها تقديم الوسائط المطبوعة بصيغة يمكن استقبالها وقراءتها عبر شبكة الانترنت، حيث تكون مضغوطة ومدعومة بوسائط وأدوات كالأصوات، والرسوم ونقاط التوصيل التي تربط القارئ بمعلومات فرعية أو بمواقع على شبكة الانترنت". كما يعرف كذلك على أنه الاختزان الرقمي للمعلومات مع تطويعها وبثها وتوصيلها وعرضها الكترونيا أو رقميا عبر شبكات الاتصال، هذه المعلومات قد تكون في شكل نصوص، صور، رسومات يتم معالجتها آليا[3]، ويتم رقمنة الإنتاج الفكري المجسد في العالم المادي عبر الانترنت لتشكل مكانا افتراضيا لا ماديا، يعد به كمكان لتسليم المنتوج الرقمي، وبذلك يمكن تحويل المصنفات الأدبية المكتوبة والشفوية كمصنفات أصلية أو مشتقة من طبيعتها المادية إلى معلومات

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص231.

[2] الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 جويلية المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر عدد 44 صادرة بتاريخ 23 جويلية 2003/ المرسوم الرئاسي رقم 341/97 المؤرخ في 13 سبتمبر 1997 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لاتفاقية برن ج ر عدد 61 صادر بتاريخ 14 سبتمبر 1997.

[3] أكسوم عيلام رشيدة، مرجع سابق، ص196

رقمية، يمكن التعامل بها عبر الانترنت، فنجد مختلف الكتب والقصص والروايات، وكذلك العديد من المنتوجات الموسيقية والسينمائية والفنية عبر الانترنت، حيث تعتبر التقنيات الرقمية والإلكترونية أوعية معلوماتية يتم تداولها عن بعد على غرار التسجيل الصوتي أو المرئي أو تحميل الأسطوانات المدمجة أو الشرائح الإلكترونية وغيرها من الأجهزة الإلكترونية الحالية أو المستخدمة.

في الباب الثالث من الأمر رقم 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة نص المشرع على المصنفات المجاورة التي تهدف إلى نشر وعرض مصنفات أدبية وفنية دون اداءها أين يكون تجسيدها من طرف فناني الأداء، منتجي التسجيلات الصوتية أو التسجيلات السمعية البصرية والهيئات الإذاعية، حيث غالبا ما يلجأ مؤلفو المصنفات المجاورة إلى استغلال ما لهم عبر شبكة الانترنت مما يجعلها منتوجات رقمية يتم عرضها على المستهلك الإلكتروني الذي يقع عليه التزام احترام هذه المصنفات الفكرية وعدم الإضرار بحقوق أصحابها.

وأكد المشرع الفرنسي في أكثر من موضوع على وجوب نسخ المصنف وطبعه وتأمين النشر وطرحه للجمهور وقد نصت المادة 132-12 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسية لسنة 1996 على التزام الناشر بالنسخ والاستغلال المتتابع للمصنف خلال مدة العقد إضافة إلى تأمين النشر والاستغلال على الجمهور، وأنه يجب على الناشر الإلكتروني إتاحة أو بث المصنف الرقمي محل عقد النشر الإلكتروني ومن ثم فليس له حرية النشر الإلكتروني من عدمه حتى إذا كان قد دفع الناشر الإلكتروني المقابل المالي المتفق عليه كاملا للمؤلف أو أن عقد النشر بدون مقابل[1].

* تسليم المصنفات التكنولوجية الرقمية:

يرتبط تحكم المستهلك الإلكتروني بتكنولوجيا المعلومات والتواصل عن طريق الكتروني ضرورة اقتناء مصنفات تكنولوجيا قائمة في البيئة الرقمية ويتوقف استعمال الأجهزة الإلكترونية احتمالها شبكة الانترنت على توفير مصنفات التكنولوجيا القائمة في الرقمنة على غرار البرمجيات[2] وقواعد

[1] أيمن أحمد الدلوع، عقد النشر الالكتروني، مفهومه، شروطه، أثاره، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2016 ص176.

[2] تعرف برامج الحاسوب أنها، كافة العناصر غير المادية اللازمة التعامل مع الجهاز، ومجموعة البرامج والمناهج والقواعد، والوثائق المتعلقة بتشغيله ويتعامل مع المعطيات الموجودة بهدف المعالجة الآلية للمعطيات والبيانات أنظر خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية لبرامج الكمبيوتر، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 ص17.

البيانات،[1]يتمتع مؤلفو برامج الحاسوب ومؤلفو قواعد البيانات بمجموعة من الحقوق المادية التي تمكنهم من استغلال منتوجاتهم الفكرية كبرامج حاسوب أو قواعد بيانات ووضعها في متناول الجمهور مقابل الحصول على عوائد مالية، حيث تتعدد إمكانية استغلال هذا النوع من المصنفات نتيجة تطور تقنيات الإعلام وطرق توزيع البرامج ونظرا للطبيعة الإلكترونية والرقمية لهذه المنتجات، فإن مؤلفيها يسهل عليهم استغلالها عبر الانترنت.

وتنوعت طرق إرسال الملفات واستقبالها وتحميل وتنزيل المعلومات من كمبيوتر إلى آخر باستخدام بروتوكول الملفات FTP [2] أو عبر الدخول عن بعد Tehet التي تمكن الكمبيوتر الوصول إلى كمبيوتر آخر متصل بشبكة الانترنت كالدخول إلى الكمبيوتر الشخصي أو الكمبيوتر الخاص بالعمل وذلك بواسطة استخدام الشبكة الخاصة الافتراضية المسماة VPN، فكل هذه الوسائل تمكن البائع من تنفيذ التزامه بالتسليم ويمكن المشتري من تسلمه في أي زمان أو مكان.

د/ مكان ونفقات التسليم: تكون عملية تسليم المحل في المكان الذي تم الاتفاق عليه والمحدد في العقد، وذلك إعمالا بمبدأ سلطان الإدارة، وإذا خلى العقد من ذلك فيحدد مكانه حسب ما يقتضيه العرف وطبيعة الشيء،[3] وقد ترك المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية حرية اختيار مكان التسليم إلا أنه اشترط من المعلومات التي يجب أن يتضمنها العقد الإلكتروني وذلك في نص المادة 13 منه، ومن جهة أخرى يحرص المدين بالتسليم دائما في المعاملات الإلكترونية على تحديد مكان التسليم ونفقاته وشروطه وأحكامه لحيوية هذا الالتزام وأهميته، وما قد يثيره من منازعات بل أن التسليم كثيرا ما يرتبط بتوقيت الدفع لضمان جدية التنفيذ ويشمل الاتفاق على رسوم الشحن والرسوم الجمركية، وإلا تحملها البائع سواء كانت تفرض وقت خروج البضاعة من بلده أو أثناء عبورها الطريق، أو عند وصولها إلى البلد المشتري[4].

---

[1] قواعد البيانات هي، عبارة عن مجموعة كبيرة من المستندات والوثائق تناول موضوعا معينا (طب، هندسة، قوانين) يتم تصنيف محتوياتها ثم يقوم المتخصصون بتسجيل هذه المحتويات على اسطوانات موصولة بالحاسوب أنظر عبد الصادق محمد السامي، حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة مكتبة الحديث، الإسكندرية، 2002 ص456.

[2] FTP اختصار ل fille Transfer Protocol والتي تعني بالعربية ميثاق نقل الملفات، المستخدم في نقل الملفات بين أجهزة الحاسوب سواء من حاسوب إلى حاسوب أو من حاسوب إلى خادم serveur.

[3] محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص101.

[4] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص82.

وخصوصية إبرام العقود الإلكترونية عن بعد، جعل واجب تصدير المبيع فيها للمشتري ظاهرا، فلا يتم التسليم هنا إلا إذا وصل إليه، أي في مكان تواجده، وقد يذهب البعض إلى حد القول بأن العرف في الوقت الحاضر يقضي عموما بتوصيل المبيع إلى الزبون، كما أن عملية إيصال أو إرسال البضائع المشتراة عبر الانترنت تتولاه شركات متخصصة بالتوزيع، وهو ما يجعل تبعة الهلاك تبقى عاتق البائع إلى أن تسلم المشتري سلعه، فإذا قام المعلن بتسليمها إلى الناقل أو الموزع فلا يعتبر أن التسليم النهائي قد تم وبالتالي لا يتحمل المشتري تبعة الهلاك إلا منذ تسلمه هو للمحل المتعاقد عليه[1].

ومما تقدم نخلص إلى القول بأن أماكن تسليم محل العقد المبرم عبر الانترنت يمكن تصورها في:

* المكان الذي يحدده إعلان البائع: وفيها يحدد مكان مزاولة النشاط أو الأماكن التي يستطيع المورد تقديم خدماته ومعروضاته فيها.

* المكان الذي يوجد فيه المبيع وذلك في حالات الشراء عبر الحدود على سلع يمنع تداولها في مكان المشتري، حيث يجب مراعاة قوانين الدول التي تجرم دخول المبيع فيها.

د- **زمان التسليم:** يتم التسليم في الموعد المحدد في العقد، فإذا لم يحدد العقد وقتا لذلك وجب إتمامه فور إنشاء العقد، هذا مع مراعاة المواعيد التي تستلزم طبيعة المحل أو يقتضيها العرف، ويلاحظ أنه إذا وجب تصدير الشيء للعميل، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

ولا شك في أهمية تحديد مدة التسليم في المعاملات الإلكترونية لحماية مصالح الطرفين وتدعيم الثقة بينهما وتحديد المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن التأخير، ولكن يصعب تحديد المدة في بعض العقود حيث يتوقف الأمر أحيانا على ظروف خارجية مثل إجراءات الشحن والجمارك، أو أن يكون المحل عملا ذهنيا يستدعي ابتكاره وتصميمه وملاءمته لاحتياجات العميل فترة زمنية معقولة، يجري العميل في مثل هذه الحالات، على تحديد موعد تقريبي، ينبغي كقاعدة عامة للالتزام به، ما لم يقدم المدين مبررات معقولة للتأخير يقدرها قاضي الموضوع، ويتوقف الأمر على طبيعة الالتزام

[1] خالد عمر زريقات، مرجع سابق ص303.

وتعقيداته الفنية وصفة المدين به كمهني محترف لا يقبل منه التنصل من المسؤولية عن التأخير في التنفيذ[1].

لقد جاء في الفصل 25 فقرة 08 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي المذكورة أنفا أنه: "يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: ... طرق وآجال التسليم"[2]

وألزم المشرع الفرنسي هو الآخر في نص المادة L 121-20-3 [3] من قانون حماية المستهلك المعدلة بقانون 2008-3 المؤرخ في 2008/01/03 أن يحدد المحترف المدة الأقصى التي يتم فيها تنفيذ عقد البيع الإلكتروني بتسليم السلعة أو الخدمة، وفي المدة التي تحدد قبل إبرام العقد أو عند إبرام العقد وفي أجل أقصى لا يتجاوز 30 يوم، هذا يعني أن التشريع الفرنسي قد حدد الأجل الأقصى لتسليم المنتوج هو 30 يوما ابتداءا من يوم إبرام العقد لكن قبل هذه المدة يلتزم المحترف أن يحدد بصورة واضحة ودقيقة تاريخا معينا لا يدع أي مجال للشك، يتم من خلال تنفيذ التزامه بالتسليم.

أما المشرع الجزائري فقد نص في القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية في نص المادة 12: "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني لاسيما المعلومات التالية: – الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات – شروط وكيفيات التسليم ..."، ولقد نص في الفصل الخامس من هذا القانون على واجبات ومسؤوليات المورد الإلكتروني، إلا أنه لم يشر إلى تاريخ وزمان التسليم.

ذ/الالتزام بتقديم النصح والمشورة والمساعدة الفنية: يهدف هذا الالتزام إلى الوصول بالمتلقي والمشتري إلى استيعاب حق المعرفة الذي تدور حوله عقود التكنولوجيا. والالتزام بالنصح والمشورة يقتضي توجيها إيجابيا لنشاط المتعاقد وتتضمن نوعا من الدفع إلى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[4].

---

[1] محمد حسين منصور، مرجع سابق ص83.

[2] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص240.

[3] Article L121-20-3 modifié par ordonnance n، 2005-648 du 06 juin 2005 art j ORF 7 juin 2005 en Vigueur le 1er décembre 2005، sauf si les parties en sont convenues contremont, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jour a compter du jour suivant celui ou la consommateur a transmis sa commande ou fournisseur du produit ou de service .

[4] عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، مرجع سابق، ص245.

ويقع عبئ هذا الالتزام على عاتق من تم الاتفاق معه من أهل الخبرة والمعرفة فإذا كان محل الخدمة أو السلعة المباعة عبارة عن أجهزة أو حاسبات آلية دقيقة وبرامج معلومات عالية التقنية فإنه يتعين على المورد تزويد العميل بالفنيين المتخصصين لتدريب أفراده أو موظفيه على تشغيل الحاسبات والبرامج وإصلاحها وصيانتها وكيفية إدارة المشروع بالأساليب الفنية.

و/الالتزام بنقل الملكية: بالنسبة لأهم التزام ناتج عن العقد الإلكتروني والمتمثل في انتقال الملكية، فتبقى القواعد العامة هي المسيطرة، فيرتب العقد التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيرا[1].

ويشترط لنقل الملكية فعلا إلى المشتري ثلاثة شروط وهي: أن يكون المبيع معينا بالذات وأن يكون مملوكا للبائع، وألا يتعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين[2].

ويترتب على التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع التزامين أحدهما التزام بتسليمه إلى المشتري وهو التزام بتحقيق غاية، والثاني التزام بالمحافظة عليه إلى أن يتم تسليمه للمشتري وهو التزام ببذل غاية.

وكل ما ذكر فيما يخص تسليم المبيع ما هو في الحقيقة إلا قواعد عامة أوردها القانون المدني تصلح لتطبيق على العقود الإلكترونية في مجملها، لأنه وكما أشرنا سابقا فإن التسليم ونقل الملكية يكون عادة فعل مادي يتميز بنفس الطرق التي يتم فيها نقل الملكية في العقود التقليدية باستثناء الحالات التي قد يتم نقل الملكية فيها بطرق مختلفة.

وقد ظهرت مهنة جديدة في مجال المعاملات الإلكترونية، وهي مهنة الموثق الإلكتروني notaire électronique، وهو عبارة عن وسيط محايد ومستقل وموثوق فيه، وقد يكون هذا الوسيط شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وتتركز الوظائف الأساسية للموثق الإلكتروني في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها وإذا كان التوثيق بالمعنى العام يعني الإقرار بمطابقة منتج أو سلعة أو خدمة لضوابط ومعايير واشتراطات معينة، فإن التوثيق في المجال الإلكتروني

[1] المادة 107 و361 من القانون المدني الجزائري.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 04، مرجع سابق، ص526.

وتكنولوجيا المعلومات يعني بشكل أخص ضمان سلامة وتأمين sécurité التعامل عبر الانترنت، سواء من حيث أطرافه، ومضمونه ومحله وتاريخه[1].

لذلك فهو أهم الشروط الواجب توافرها لقيام المحرر الإلكتروني ولإعطائه الحجية الواجبة في الإثبات، فإذا كان المحرر التقليدي يقوم على دعامتين هما الكتابة والتوقيع فإن مقومات المحرر الإلكتروني هي الكتابة، والتوقيع والتوثيق والحفظ والقدرة على الاسترجاع بالحالة التي نشأ عليها.

فالتوثيق إجراء يتم عن طريق شخص ثالث أو جهة معتمدة عن طريق إتباع بعض الإجراءات الفنية المعقدة فمقدم خدمة التوثيق الإلكتروني هو جهة أو منظمة عامة أو خاصة مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية بإصدار شهادات إلكترونية ويطلق على الذي يتولى عملية التصديق "مقدم خدمة التصديق" prestataires de services de certification ويرمز لها باختصار PSC ويتم تدخل الموثق الإلكتروني بناء على طلب شخصين أو أكثر بهدف إنشاء وحفظ وإثبات الرسائل الإلكترونية[2].

ولقد اختلفت المصطلحات بشأن الجهات المختصة في التصديق الإلكتروني فمنها ما يطلق عليها مصطلح "مؤدي الخدمة" كما هو وارد في نص المادة 03 من المرسوم 07-162 الجزائري أو "مزود الخدمة" كما ورد في نص الفصل الثاني من القانون التونسي أو "جهات التصديق" كما جاء في نص المادة 01 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري أو "جهة التوثيق" كما جاء في قانون المعاملات الأردني.

إلى جانب الموثق الإلكتروني في التعاقد الإلكتروني يوجد سجل في شكل رسائل بيانات إلكترونية، وهذا السجل قد يحتفظ به وقتيا فقط حتى تمام التعاقد، وقد يكون الاطلاع عليه متاحا فقط حتى تمام التعاقد، وقد يكون متاحا فقط للطرف الذي يتم إبرام العقد من خلال نظام المعلومات الخاص به[3]، والسجل الإلكتروني للمعاملات التجارية كوسيلة لحفظ المعلومات المتبادلة بين أطراف التعامل وتوثيق البيانات المدونة فيه، يعتبر جزءا أساسيا من نظام التبادل الإلكتروني للبيانات، وكلما كانت سجلات التعامل كافية وكاملة يمكن الاعتماد عليها ويتم تزويدها بعناصر الأمان فان ذلك

[1] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص323.

[2] عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص196.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص222.

يساعد على اكتمال نظام تبادل البيانات إلكترونيا، ويتم حفظ السجل الإلكتروني على أوعية إلكترونية من خلال الحاسب الآلي ذاته و بشكل لا يقبل القراءة إلا من خلال إحدى مخرجاته.

ثانيا: ضمان التعرض والاستحقاق

يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل شخص آخر يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري، ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان هذا الشخص قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه[1]، ويعرف ضمان التعرض بأنه "ضمان البائع كل فعل صادر منه نفسه، أو من غيره، ويكون من شأنه المساس بحق المشتري في التمتع بملكية المبيع كله أو بعضه"، ومن هذا التعريف يتضح لنا أن ضمان التعرض لا يكون فقط عن الأفعال الصادرة من البائع فقط، بل يمتد إلى ضمان التعرض ضد الأفعال الصادرة حتى من الغير.

أ- **ضمان التعرض الشخصي:** يشمل ضمان التعرض هنا بعدم التعرض للمستهلك بكل عمل مباشر مادي أو قانوني من شأنه حرمانه من الانتفاع ويقع على البائع التزام تجاه المشتري بأن يمتنع عن أي عمل يؤدي إلى الانتقاص من الانتفاع بالمبيع أو يؤثر في بعض الحقوق الواردة على المبيع[2]، إذا ضمان التعرض الشخصي يلتزم به البائع من خلال الامتناع عن أي عمل من شأنه أن يعيق انتفاع المشتري بالمبيع على النحو الذي أعد له، يشمل ذلك كل تعرض مادي أو تصرف قانوني يصدر منه، حيث يتمثل التعرض المادي في قيام البائع بأي فعل يؤدي إلى الحيلولة دون انتفاع المشتري بالمبيع، ويحق للمشتري في هذه الحالة رفع دعوى على أساس الإخلال بالتزام عقدي ألا وهو بضمان التعرض والاستحقاق، أما التعرض القانوني فهو الذي يشمل في ادعاء البائع أن له حق في المبيع في مواجهة المشتري[3].

ويتوجب ضمان التعرض من قبل البائع تجاه المشتري في حالة توافر الشرطين الآتيين:

1/ وقوع التعرض فعلا، فاحتمال وقوعه لا يلزم البائع بضمان التعرض.

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص92.

[2] تنص المادة 371 ق.م على أنه، يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواءا كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعرض به المشتري ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه .

[3] عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص114.

2/ أن يؤدي التعرض إلى منع الانتفاع الكلي أو الجزئي بالمبيع، ويستوي في ذلك أن يكون التعرض مبنيا على سبب مادي أو قانوني.

ب- ضمان التعرض الصادر من الغير

لا يقتصر التزام البائع بضمان التعرض على تصرفاته الشخصية فحسب، بل يتعداه إلى ضمان التعرض الصادر من الغير والذي من شأنه أن يؤدي إلى إعاقة الانتفاع بمحل العقد على النحو الذي أعد له ويرتضيه المشتري، وحتى يضمن البائع تعرض الغير يجب أن تتوفر فيه عدة شروط:

1- يجب أن يكون التعرض قانونيا، بمعنى أن البائع يضمن التعرض القانوني ولا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير سواء تمثل في أعمال مادية محضة أو تصرفات قانونية لا تستند إلى حق.

2- يجب أن يكون سبب التعرض سابقا للعقد: فيضمن البائع التعرض القانوني الصادر من الغير إذا كان الحق الذي يستند إليه موجودا قبل العقد، سواء آل إليه من البائع أم لا، كما يضمن أيضا تعرض الغير المستند إلى حق آل إليه بعد البيع (العقد) لسبب راجع إلى البائع نفسه، كأن يتعاقد على بيع سلعة على شبكة الانترنت لشخصين ويسلمها للمشتري الثاني ففي هذه الحالة يضمن البائع للمشتري الأول استحقاق السلعة التي تعاقد عليها[1].

3- يجب أن يكون التعرض حالا: بمعنى يلتزم البائع بدفع تعرض الغير إذا كان هذا التعرض حالا أي وقع بالفعل، ان حق الضمان ينشأ للمشتري ابتداء من اللحظة التي ينازعه الغير فعلا في انتفاعه بالمبيع وحيازته له، ولا يكفي مجرد احتمال أو خشية وقوع التعرض أو التهديد بوقوعه.

في حال حصول التعرض الصادر من الغير يلتزم البائع بضمان التعرض، حيث يكون ملتزما بدفع ذلك التعرض، وفي هذه الحالة يصبح البائع منفذا لالتزامه تنفيذا عينيا، أما إذا ثبت استحقاق المبيع للغير، فالبائع يلتزم بتنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض، فإذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، فتدخل البائع في الدعوى ولم يفلح في دعوى التعرض، يستطيع المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق[2]، وكذلك الأمر بالنسبة للحالات الآتية[1]:

---

[1] محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص267 وما بعدها.

[2] عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص115.

* إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ولم يتدخل البائع في الدعوى وحكم للمتعرض، يستطيع المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق.

* إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، ولم يتدخل البائع في الدعوى، وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح مع الغير، ولم يستطع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه، يستطيع المشتري الرجوع إلى البائع بضمان الاستحقاق.

* إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، وحكم للمتعرض، ولم يثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها، يستطيع المشتري الرجوع إلى البائع بضمان الاستحقاق.

* إقرار المشتري بحقه في المبيع دون دعوى يقدمها المتعرض، ولم يثبت ذلك عدم أحقية المتعرض في دعواه، فإن المشتري في تلك الحالة أيضا يستطيع الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق.

وفي حالة ما إذا تعرض المشتري لدعوى واستطاع التخلص منها فإنه يتوجب على البائع أن يدفع للمشتري كل المصاريف التي بذلها في سبيل ذلك وفي كل الأحوال فإنه في حالة نزع المبيع من البائع لأي سبب يحق للمشتري أن يطلب من البائع التعريف الكلي مع كل ما يلحق بذلك من مصاريف [2] وعند تطبيق القواعد العامة.

وعند تطبيق القواعد العامة في ضمان التعرض والاستحقاق على عقد البيع الإلكتروني، يتضح أن التعرض في العقد الإلكتروني قد يكون تعرض مادي من قبل البائع، مثال ذلك قيام البائع المزود بزراعة فيروس داخل برنامج الحاسوب المباع، أو بتوجيه الفيروس عن بعد من خلال الموجود

---

[1] نرجع للمادة 372 من ق.م.ج، إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله، إذا أعلم البائع في الوقت المناسب و لم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان إلا إذا ثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري، فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب و صدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي فيه، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا ثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق .

[2] أنظر المواد من 374-376 من القانون المدني الجزائري.

داخل جهاز الحاسوب الخاص بالمشتري حيث يتم ذلك من خلال شبكة الانترنت، مما قد يسبب تدمير كلي أو جزئي للنظام المعلوماتي لجهاز الحاسوب عند تشغيله[1].

ويلاحظ مما سبق أن التعرض المادي من قبل البائع لانتفاع المشتري في المبيع قد تحقق سواء أكان كليا أو جزئيا، فقيام المزود البائع بزراعة فيروس داخل برنامج الحاسوب المبيع، أو بتوجيه الفيروس عن بعد من خلال الانترنت يؤدي إلى التعرض للانتفاع المتعاقد بملكية البرنامج، حيث لا يوجد في القانون أو العقد ما يبرر ذلك التعرض، وتجب الإشارة إلى أن التعرض في التعاقد الإلكتروني ليس تعرض مادي ملموس، بل هو تعرض معنوي غير ملموس.

اما بالنسبة للتعرض القانوني لانتفاع المبيع فإنه يتمثل في حالة شراء شخص لوحة فنية محملة برهن متنازع عليه من البائع وصاحب الرهن، أو محملة بدين التأمين المتنازع عليه أيضا، أو حالة شراء براءة اختراع متنازع على تسجيلها بين البائع والمخترع، أو حالة شراء برنامج حاسوب لم يكن للبائع سوى حق استعماله دون استغلاله[2].

ومن خلال ما سبق تبين لنا أنه لا توجد خصوصية تستدعي بحث أحكام التعرض والاستحقاق في حالة العقود المبرمة عبر الانترنت، وهو ما يحيلنا بذلك للقواعد العامة في القانون المدني وذلك للحفاظ على حماية المستهلك نظرا لعالمية شبكة الانترنت، وتصور ورود العقود الإلكترونية بين متعاقدين ينتميان إلى أنظمة قانونية مختلفة في حكمها لهذا النوع من الضمان، وهو السبب الذي دفع البعض إلى القول بعدم صحة جواز إنقاص أو إسقاط الضمان حتى لو لم يخفي البائع هذا الحق، بل ولو كان المشتري عالما أيضا فيظل حقه في استرداد الثمن محفوظا[3].

إلا أننا في صدد هذا المجال نقر أنه يتوجب التعرض لأحكام تخص ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق، ومن ذلك نظرا لكون العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت يعتريها الكثير من النقص والغموض، وفي كثير من المسائل تحيلنا للقواعد العامة لحل المشكلات القانونية، فخصوصية العقود الإلكترونية طرحت صعوبات في تطبيق القواعد العامة لاسيما وأنها تبرم عن

---

[1] إبراهيم ممدوح خالد، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص233، أنظر زريقات عمر خالد، عقد البيع عبر الانترنت، عقود التجارة الالكترونية، دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر، الاردن، 2007، ص333.

[2] عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص117

[3] خالد عمر زريقات، مرجع سابق، ص334.

بعد وهو ما أدى إلى ظهور بدائل جديدة لضمان حقوق المتعاقدين، والتي من بينها ضمان الصلاحية وضمان الأمن والسلامة، وهذا كله في سبيل حماية المتعاقد المستهلك كونه غير محترف ولا يمتلك الدراية الكافية للعلم بمحل العقد وهو ما سنتناوله في الفقرة الموالية.

نظرا لأن المتعاقد عبر الانترنت يقوم بالتعاقد استنادا إلى عرض أوصاف المبيع أو المنتج أو الخدمة على الشاشة، مما لا يمكنه من الكشف الحسي عن المبيع خصوصا وأن العرض غالبا لا يتناوله بالذات، بل يرد على نموذج مصور أو عرض لأوصاف محل العقد، وهو ما يرتب للمشتري حق على البائع (المعلن) بأن يسلمه شيئا مطابقا وصالح للاستعمال[1]، وبذلك يقع على عاتق البائع التزام بأن يكون محل العقد صالحا للاستعمال وفقا لما تقتضيه طبيعته في مدة معلومة تتحدد عرفا أو باتفاق طرفي العقد، فإذا ظهر فيه خلال هذه المدة خلل فما على المشتري هنا سوى أن يخطر البائع خلال مدة ضمانه لصلاحية المبيع و إلا سقط حقه في الضمان.

وقد نضم هذا الضمان، إلا أنه ذو طبيعة اتفاقية محضة سواء في نشأته أو في مضمونه، حيث جاء التطور التقني الحديث و ما صحبه من تغير في نظام الإنتاج و التوزيع ليبرز أهمية هذا الضمان، حيث احتل مكانة هامة في عمليات بيع و توزيع الأجهزة و الآلات الحديثة التي غالبا ما يجد المشتري نفسه عاجزا عن تفهم مكنونها، قلقا إزاء تعطلها وصلاحيتها للعمل، خاصة إذا كان المشتري مستهلكا عاديا استغلت فيه شركات الإنتاج و التوزيع هذا القلق وقدمت له الضمان المذكور كميزة استثنائية على سبيل الدعاية التي تغري لشراء السلعة، علما بأنه يدفع مقابل هذه الميزة ضمن الثمن المتفق عليه.

الفرع02: ضمان العيوب الخفية

أولا: مفهوم ضمان العيوب الخفية: ينشئ عقد البيع سواء التقليدي أو الإلكتروني، التزاما على البائع بضمان عيوب المبيع الخفية بهدف حماية المستهلك، وهذا ما نصت عليه المبادئ القانونية الحديثة، حيث تكفلت أغلبية التشريعات بتنظيم أحكام هذا الضمان، فالبائع يلتزم بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة، مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن هذا البيع

[1] خالد عمر زريقات، مرجع سابق، ص348.

ولو لم يكن عالما بوجوده[1] والعيب في المنتج يمكن تعريفه من عدة نواحي سواء من الناحية المادية أو الوظيفية أو العقدية، فيمكن تعريفه من الناحية المادية définition matériel: "العيب الذي يتلف الشيء فيلحق به الهلاك ويؤدي إلى الانتقاص من قسمته أو منفعته"، ويمكن تعريفه من الناحية الوظيفية بأنه: "العيب الذي يصيب الشيء في أوصافه أو في خصائصه بحيث يجعله غير صالح للغرض المعد لأجله"، و يعرف من الناحية العقدية بأنه: "تخلف صفة في المبيع التزم البائع للمشتري بوجودها فيه"[2].

ونظم المشرع الجزائري أحكام الالتزام بضمان العيوب الخفية دون تقديم تعريف لها، من خلال المواد 379-385 قانون مدني جزائري؛ حيث تنص المادة 379: "يكون البائع ملزما بالضمان، إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان في المبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه لاسيما ما هو مذكور في عقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها، غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه".

وما تجدر الإشارة بخصوص هذا الالتزام، هو أن اتفاقية فينا وعلى خلاف القوانين الداخلية تضمنت التزام هام يقع على البائع وهو الالتزام بالمطابقة غير أن الفكرة غير معروفة في القوانين الداخلية تحت هذه التسمية بل تحت فكرة "ضمان العيوب الخفية" وهو التزام الذي تضمنه الجزء الثالث من اتفاقية فينا في المواد من 35 إلى 40 منها، ووفقا للفقرة الأولى من المادة 35 من اتفاقية فينا، البائع ملزم بتسليم المشتري بضاعة مطابقة لما ورد بالعقد من حيث الكم والنوع والوصف وكذا التعبئة، وكذا كل ما اتفق عليه الأطراف من شروط وأوضاع أخرى منصوص عليها في العقد، وفي حال عدم اتفاقهما على مثل ذلك فالاتفاقية قد تضمنت نصوصا تعالج مثل هذه الوضعية[3].

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص88.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص158، أنظر،
V.Ghestin (j), conformities et garanties dans la vente, L.G.D.J. 1983 p764.

[3] حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص397.

ثانيا: ضمان السلع والخدمات في قانون حماية المستهلك:

الضمان الذي تحدثنا عنه أعلاه وارد بالقوانين والقواعد العامة يمكن تطبيقه على العقود الإلكترونية، وهو ضمان العيوب الخفية، إلا أن المشرع قد خص المستهلك بالضمان بموجب نصوص خاصة أين يلتزم البائع باستبدال السلعة أو تصليحها، وهذا الضمان أورده القانون الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش[1]، كما أن المادة 13 من نفس القانون قد نصت على إلزامية الضمان[2] واعتبرت باطلا كل شرط يخالف ذلك.

كما أنه يمكن للأطراف الاتفاق في زيادة فترة الضمان دون إلغاء أحكام المادة 13[3].

وقد نصت المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق ل 15 سبتمبر سنة 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، على البيانات التي يجب أن تحملها شهادة الضمان المرفقة بالمنتوج وهي:

*اسم الضامن وعنوانه رقم الفاتورة أو تذكرة الصندوق وتاريخها

*نوع المنتوج المضمون، لاسيما نمطه وصنفه ورقمه التسلسلي

سعر المنتوج المضمون مدة الضمان، المتنازل له بالضمان عند الاقتضاء

*العبارة الآتية: "يطبق الضمان القانوني في جميع الأحوال".

---

[1] عرفت المادة الثالثة من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الضمان بأنه، الضمان، التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب بالمنتوج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته .

[2] تنص المادة 13 من القانون المذكور أعلاه على أنه، يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواءا كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون. ويمتد هذا الضمان إلى الخدمات. يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته. يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية. يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة. تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم .

[3] تنص المادة 14 من نفس القانون على أنه، كل ضمان آخر مقدم م المتدخل بمقابل أو مجانا، لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه. يجب أن يتبين بنود وشروط تنفيذ هذه الضمانات في وثيقة مرافقة للمنتوج .

كما نصت المادة 16 من نفس المرسوم التنفيذي على مدة الضمان التي لا يجب أن تقل في أي حال من الأحوال عن 06 أشهر[1]. وهناك بعض المؤسسات والشركات تعرض مدة ضمان أكبر بكثير من 06 أشهر المفروضة قانونا في إطار حملاتها الإشهارية والعمليات الترويجية، ونذكر على سبيل المثال صانع السيارات الكوري الجنوبي KIA أين يعرض سيارات ذات ضمان يقدر ب 07 سنوات كاملة. ولقد نص المشرع على المدة الدنيا التي يجب أن يتم فيها الضمان عن كل السلع، حسب الطبيعة التي تقتضيها كل سلعة.

ومع الغاء أحكام المرسوم التنفيذي 90-266 وتعويضه بأحكام المرسوم التنفيذي 13-327 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق ل 26 سبتمبر 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ[2]. ولم يأت هذا المرسوم[3] باختلاف جوهري فيما يخص شروط وكيفيات ضمان السلع والخدمات، فقد عرف في مادته الثالثة الضمان كما تطرق إلى الضمان الإضافي الذي سمكن أن تنص عليه بعض التعاقدات حيث تعطي فترة أطول للضمان من تلك التي يستوجبها القانون دون أي زيادة أو إضافة لأي التزام مقابل[4].

---

[1] تنص المادة 16 من المرسوم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات على أنه، لا يمكن أن تقل مدة الضمان عن ستة أشهر، ابتداء من يوم تسليم المنتوج، ما لم يكن ثمة تنظيم يخالف ذلك، وتحدد في قرارات إن دعت الحاجة، مدة الضمان بكل منتوج أو جنس من المنتوجات .

[2] مرسوم تنفيذي 13-327 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 26 سبتمبر سنة 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية 49، ص 16.

[3] تنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي 13-327 على أنه، تلغي كل الأحكام المخالفة لهذا المرسوم، ولاسيما منها أحكام المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق 15 سبتمبر سنة 1990 والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات . كما تنص المادة 26 من المرسوم التنفيذي 13-327 على أنه، تدخل أحكام هذا المرسوم حيز التنفيذ بعد سنة واحدة (1) من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

[4] تنص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 13-327 على أنه، يقصد في مفهوم هذا المرسوم بما يأتي، الضمان، الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع (كل بند تعاقدي أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق أو كشف تكاليف أو كل وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما) وتغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقدم الخدمة. الضمان الإضافي، كل التزام تعاقدي محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله لفائدة المستهلك دون زيادة التكلفة.

وقد نص المشرع إلى أن تاريخ سريان مفعول الضمان يكون ابتداء من تاريخ تسليم السلعة أو تقديم الخدمة حسب نص المادة الخامسة من ذات المرسوم.

بالإضافة إلى ذلك فقد أوردت المادة السادسة من المرسوم التنفيذي 13-327 البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة الضمان وهي:

- اسم أو اسم شركة الضامن وعنوانه ورقم سجله التجاري وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء.
- اسم ولقب المعني
- رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء و/ أو كل وثيقة أخرى مماثلة.
- طبيعة السلعة المضمونة، ولاسيما نوعها وعلامتها ورقمها التسلسلي.
- سعر السلعة المضمونة.
- مدة الضمان
- اسم وعنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان عند الاقتضاء.

والفرق الملاحظ بين المرسومين 90-266 و13-327 فيما يخص البيانات التي يجب أن تحملها شهادة الضمان، هو أن عبارة: "يطبق الضمان القانوني في جميع الأحوال." المذكورة في المرسوم الأول لم يعد منصوصا عليها في المرسوم الحالي، وقد يرجع هذا نظرا لنص العديد من المواد سواء في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أو المرسوم التنفيذي 13-327 على استفادة كل مستهلك من الضمان بقوة القانون وعدم إمكانية مخالفة هذا النص[1].

وينبغي التذكير أن المستهلك يستفيد من الضمان حتى في حالة فقدانه لشهادة الضمان أو لم يتسلم أصلا شهادة الضمان وهذا ما ذهبت إليه المادة التاسعة من المرسوم التنفيذي 13-327.

وفيما يخص مدة الضمان فإن المادة السادسة عشر من ذات المرسوم تنص على أنها لا يمكن أن تقل عن 06 أشهر وفيما يخص المواد المستعملة فإن مدة الضمان لا يمكن أن تقل عن 3 أشهر.

وفي حالة حصول ما يستوجب التعويض فإن المستهلك حسب المادة الثانية عشر من المرسوم 13-327 يستفيد دون أية مصاريف إضافية إما:

---

[1] تنص المادة 13 من القانون 09-03 على أنه، يستفيد كل مقتن لأي منتوج... من الضمان بقوة القانون .

كما تنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 13-327 على أنه، ويتجسد هذا الضمان عن طريق تسليم شهادة الضمان للمستهلك بقوة القانون.

- بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة.
- باستبدالها
- برد ثمنها

وفي حالة العطب المتكرر، يجب أن يستبدل المنتوج موضوع الضمان أو يرد ثمنه.

ولا يستفيد المستهلك من الضمان حسب المادة 21 إلا بعد تقديم شكوى كتابية أو عن طريق أي وسيلة اتصال أخرى مناسبة، لدى المتدخل، الذي بإمكانه حسب ذات المادة من المرسوم طلب مهلة 10 أيام ابتداءا من تاريخ استلام الشكوى للقيام بمعاينة مضادة، وعلى حسابه.

وعندما لا ينفذ وجوب الضمان في أجل 30 يوما من تاريخ استلام الشكوى فيجب على المستهلك إعذار المتدخل عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام أو بأي وسيلة مطابقة للتشريع المعمول به، وفي هذه الحالة فإنه على المتدخل القيام بتنفيذ الضمان في أجل 30 يوما ابتداءا من تاريخ التوقيع على الإشعار بالاستلام.

أما في مجال حماية المستهلك في ظل التجارة الإلكترونية فإن المشرع الجزائري لم يتعرض صراحة لضمان العيوب الخفية في ظل قانون التجارة الإلكترونية إلا ما جاء في نص المادة 23 منه والتي تنص: "يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية، أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أربعة (04) أيام عمل ابتداءا من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني، ويلزم المورد الإلكتروني بما يلي:

- تسليم جديد موافق للطلبية، أو
- إصلاح المنتوج المعيب، أو
- استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو
- إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالو وقوع ضرر.

يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشرة (15) يوما من تاريخ استلام المنتوج.

ثالثا: شروط العيب الخفي لاعتباره منشئا للضمان:

إن الالتزام بضمان العيب الخفي في المبيع لا يترتب في جميع الأحوال وإنما يتطلب توافر عدة شروط تكفل قدرا أكبر من الحماية للمستهلك وتحافظ في نفس الوقت على استقرار المعاملات.

1/أن يكون العيب قديما: يضمن البائع العيب الموجود في المبيع وقت التسليم، أي أن مجرد وجود العيب يوجد الضمان ولو لم يكن موجود وقت العقد، ومنه فالبائع يضمن العيب الموجود وقت العقد وذلك الذي ينشأ بعد وقبل التسليم[1]. فقدم العيب يعني أن يكون موجودا وقت البيع وحتى إلى وقت التسليم، فيكون إذا موجودا وقت التسليم ويكون كذلك مسؤولا عن ضمانه إذا حدث العيب بعد البيع وقبل التسليم وبقي إلى وقت التسليم فهنا البائع مسؤولا عن ضمانه أيضا، ويقع على المستهلك عبء إثبات أن العيب كان موجودا في المبيع قبل تسليمه ويستطيع ذلك بكافة طرق الإثبات باعتبار أن وجود العيب الخفي مسألة واقع.

2/أن يكون العيب مؤثرا: يكون العيب مؤثرا إذا كان درجة معينة من الجسامة، وتقدير جسامة العيب يتم وفق معيار موضوعي يختلف باختلاف ظروف الحال وينظر فيه إلى الضوابط التي يوردها التشريع[2]، ويتوافر التأثير بإحداث نقص في المنفعة الواجب تحقيقها من المحل، وبيان الضرر الذي بسببه حصل الخلل في المواصفات التي تم الاتفاق عليها، ولا يعتبر العيب مؤثرا إذا جرى العرف على التسامح في هذا العيب يجب، أو لم نقص في المنفعة أو كان النقص عديم الأهمية، فالعيب يجب أن يكون على قدر من الأهمية بحيث لو علم العميل بمدى تأثيره قبل التعاقد لامتنع عن التعاقد، وبحث عن المحقق لغايته، وبذلك فإن أمر تقدير تأثير العيب يعود لشخص المشتري، فهو وحده الذي يقدر مدى ملائمة المبيع لمنفعته أو مدى صلاحيته للغرض الذي أعد لهن فالبائع يضمن المبيع ولو كانت المنافع المقصودة أو التي اشتراها المشتري ليست المنافع المألوفة والتي يعرفها الناس[3].

3/أن يكون العيب خفي و غير معلوم لدى المشتري: إن عدم مشاهدة العيب ووضوحه قبل التسليم ضرورة لابد من توافرها للاعتداد بالعيب الخفي وحمايته، فحالة المحل عند التسليم وعدم علم

[1] محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص318.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكترونية، مرجع سابق ص159.

[3] محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص113.

المشتري يتوافر هذا العيب وقت إبرام العقد والتسليم بعد إخفاء للعيب، أما في حال العلم بالعيب فإنه يكون ضمن العيوب الظاهرة التي تم التنازل عنها ضمنها من خلال تسليم المحل وهو عالم بالعيب، فالشخص الطبيعي لا يتمكن من اكتشاف العيب الخفي، لأنه غير ظاهر ولو تم تحديد العيب لا يعتد به عيبا خفيا، ولا يدخل ضمن نطاق المسؤولية القانونية، لأن المشرع اشترط لضمان العيب الخفي عدم المقدرة على تحديده من قبل الشخص الطبيعي (الرجل المعتاد)، ولأنه من الأمور الخفية التي لا تظهر سهوله مما لا يحق له التمسك بضمان العيب الخفي، لأن صفة الخفاء قد زالت من جراء كشفه من قبل الشخص الطبيعي، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 379 ق.م.ج فقرة 02: "غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها عنه".

ثالثا: أطراف الضمان:

باعتبار العقد الإلكتروني عقد ملزم لجانبين فإن الالتزام بالضمان يقع على عاتق البائع والمدين ويكون المستفيد هو المشتري (العميل).

أ/المدين أو الملتزم بالضمان من العيوب الخفية

إن المدين في ضمان العيوب الخفية هو البائع ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف العام أي الورثة وإنما يبقى هذا الالتزام دينا في الشركة[1]، وقد ساوى المشرع بين الملتزم بالضمان سواء كان محترفا أو غير محترف، لكون ضمان العيب الخفي ينشأ عن تنفيذ الالتزامات العقدية المتمثلة في إعداد محل العقد والحفاظ عليه، وهو ما استوجب ضمان العيب الذي ينشأ عن هذا التعاقد، كي لا يؤدي إلى المساس بالغاية الأساسية التي يسعى إليها العميل من التعاقد، ومنه فالملتزم يكون مسؤولا عن العيوب التي تم شراؤها من أجل إعداد محل العقد، أما إذا تم تقديم المواد من قبل العميل فلا يكون الملتزم بتصميم محل العقد ملزما بضمان العيب إذا توافر خلل بالمواد، ويشترط هنا أن يخير العميل بعدم جودة المواد وعن الضرر المتوقع من جراء استعمالها[2].

[1] محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص322.

[2] محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص114-115.

ب/الدائن بضمان العيوب الخفية: إن المشتري أو العميل هو الدائن بالضمان كونه طال محل العقد الذي صممه الملتزم أو البائع وفقا لتعليماته، وينتقل الضمان مع انتقال الملكية سواء كان الوارث خلف عام أو خلف خاص أي المشتري اللاحق، إذ يستطيع الرجوع على من باع له، كما يمكنه الرجوع بدعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول ضد البائع أو المنتج، ويشترط في ذلك وجود العيب بالمعيب قبل تسليمه للمشتري الأول، وعدم وجود اتفاق مخالف، كما يمكن لأطراف الضمان قصر الاستفادة على المتعاقد دون خلفه.

وعلى العموم إن ضمان العيوب الخفية يجد مجاله الطبيعي في العقود التقليدية البيع والمقايضة والشركة والإيجار والعارية، إلا أنه امتد أيضا إلى عقد المقاولة، سواء تعلق الأمر بعمل مادي أو بعمل ذهني، مثل تصميم برامج الحاسب الآلي، يؤدي ذلك إلى اتساع مجال هذا الضمان في المعاملات الإلكترونية التي ترد غالبا على توريد سلعة أو منتج أو خدمة تتسم بالطابع الفني أو التقني، ومع ذلك فإن فرص اللجوء عملا إلى هذا الضمان تتضاءل نسبيا بسبب صعوبة إثبات شروط الضمان من جهة ووجود البدائل الحديثة، مثل الالتزام بالمطابقة والأمان وضمان الصلاحية.

المطلب الثاني: حماية المستهلك الالكتروني من جريمتي الغش والخداع

قد يتعاقد المستهلك من دون معاينة السلعة والتحقق من سلامتها، مما لا يسمح له باكتشاف أي غش أو خداع من قبل الطرف الآخر المتعاقد معه، فأساليب الغش والخداع تتنوع في العالم المادي أو الالكتروني، حيث يعتمد عليها المحترف في تحقيق الربح السريع والكسب غير المشروع، اذ يستغل خبراته الفنية والتقنية في أداء جريمتي غش وخداع المستهلك الالكتروني، وحماية للطرف الضعيف في العلاقة أقرت التشريعات قوانين وجزاءات لمحاربة وردع مثل هذه التجاوزات.

الفرع01: حماية المستهلك الالكتروني من جريمة الغش

تعتبر جريمة الغش من أقدم الجرائم وأكثرها انتشارا، طالت المستهلك في مأكله وملبسه وأغلب وسائل، ولا يخلو أي تشريع من التشريعيات الدولية من تجريم ظاهرة الغش وذلك حرصا منها على ان تكون السلع والخدمات سليمة غير مغشوشة[1].

[1] فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوقوالعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2013/2012، ص87.

وجريمة الغش هي الفعل المنصوص والمعاقب عليه بمقتضى المواد 431 و 433 من قانون العقوبات والمادة 70 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والغاية من تجريم الغش هي المحافظة على الصحة العامة ويترتب على ذلك أن فعل الغش يتحقق بمجرد وقوعه ولو لم يكن هناك متعاقد بخلاف فعل الخداع، وأيضا بسبب تطور اساليب الغش بحيث يصعب على غالبية الناس اكتشافه لاسيما باستعمال التقنيات والتكنولوجيا الحديثة فأضحى الغش يهدد المستهلك في كل تعاملاته، فأشكاله تنطوي على قدر كبير من الخطورة بالشكل الذي يستلزم مزيدا من الاهتمام بالتعرف على التسهيلات التي يمكن أن تقدمها أي خدمة الكترونية جديدة وامكانيات استغلالها في الغش قبل طرحها للجمهور[1] وتقوم جريمة الغش بتوافر الركن الخاص والركنين المادي والمعنوي نتناولها في النقاط التالية :

أ – **الركن الخاص:** يتمثل الركن الخاص في جريمة الغش التجاري والصناعي في المحل الذي يقع عليه الفعل المادي لهذه الجريمة، والذي ينصرف إلى المادة أو السلعة المعدة أو المعروضة للبيع أين يقوم المنتج أو البائع بأفعال مادية من شانها أن تؤدي إلى تغيير من طبيعة أو خواص أو فائدة السلعة، وقد تناولته المادة 431 عقوبات ويقابلها نص المادة 70 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش[2]، ولا يختلفان إلا من حيث الصياغة ويشمل محل الجريمة طبقا[3]للنصين وهي: 1– مواد صالحة لتغذية الأنسان والحيوان 2– المواد الطبية 3– المشروبات 4– المنتوجات الفلاحية 5– المنتوجات الطبيعية 6– المنتوج وتجدر الاشارة أن المشرع الجزائري جرم فعل الغش في صورته التامة ذلك انه جعل من جريمة الغش جريمة شكلية يعاقب عليها دون الوقوف على نتيجتها ومن ثم لا يتصور فيها الشروع، لأن الشروع قاصر على الجرائم ذات النتيجة ولأن العلة من تجريم الشروع في ذاتها تجريم الجرائم الشكلية أو الجرائم ذات السلوك المحض، كما أنه هدف إلى بسط الحماية ضد الأضرار التي تهدد الصحة العامة من خلال مكافحة الغش الواقع على كل المواد التي

1 أمير فرج يوسف، الغش التجاري الالكتروني وأساليب مكافحته، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص81.

2 نص المشرع المصري على جريمة الغش في المادة الثانية من القانون رقم 48 لسنة 1941 المعدل والمتمم بالقانون رقم 52 بتاريخ 1994/12/29 والمتعلق بقمع الغش والتدليس.

3 استبدل المشرع العناصر الستة المذكورة في المادة 431 عقوبات بمصطلح منتوج وهو مصطلح عام وضعه لعدم امكانية حصر ما يمكن أن يكون محلا لهذه الجريمة وزيادة توفير حماية المستهلك أكثر.

لها اتصال بحياة الانسان والحيوان وسنتطرق لصور هذه الجريمة كل واحدة على حدى في ما يأتي:

1/مواد صالحة لتغذية الانسان والحيوان: طبقا للمادة الثالثة من قانون 03/09 فإن المادة الغذائية هي "كل مادة معالجة او معالجة جزئيا أو خام موجهة لتغذية الانسان أو الحيوان بما في ذلك المشروبات وعلك المضغ وكل المواد المستعملة في تصنيع الأغذية وتحضيرها ومعالجتها باستثناء المواد المستخدمة فقط في شكل أدوية أو مواد التجميل أو مواد التبغ".

وأضفى المشرع أيضا حماية جنائية على المواد الغذائية الخاصة بالحيوان ولا تتعلق فقط بالحيوانات التي يحوزها الانسان؛ وهي الحيوانات المنزلية المستأنسة وكذلك الحيوانات الموجودة في حدائق الحيوانات، أما الحيوانات المتوحشة فلا تتمتع بحماية هذا القانون إلا إذا أسرت وخصصت للغذاء"[1]

2/ مواد طبية: لا شك أن حماية المستهلك في المجالات المتعلقة بالدواء يبدو هاما وخاصة بعد أن تزايد في الفترة الاخيرة المعيبة والمغشوشة المتداول في الأسواق من قبل شركات الأدوية، وتتنوع المنتجات الخطرة التي تطرح للبيع عبر شبكة الأنترنت مما يدفع من دول العالم إلى تحديث التشريعيات الخاصة بتحديد ماهية الدواء و بيان احكام مسؤولية المنتج عن اضرار الدواء المعيب،[2] ولم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريفات مباشرة ولكن بالرجوع إلى المواد 17 و 171 و 173 من القانون رقم 05/85 المتعلق بالصحة وترقيتها فيمكن اعتبار المواد الطبية في الأدوية والمواد التي تقدم للإنسان أو الحيوان بقصد القيام بالتشخيص الطبي و كذلك الأجهزة الطبية[3].

إلا أنه بالرجوع للمادة 03 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 والتي تنص: "غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الالكترونية تتعلق بما يأتي: ...- المنتجات الصيدلانية ..."، أي أن المواد الطبية تستثنى من موضوع الحماية القانونية لأنه يمنع منعا مطلقا التعامل فيها عن طريق

1 فاطمة بحري، مرجع سابق، ص 91.

2 خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الالكترونية، مرجع سابق، ص 140.

3 تنص المادة 17 من القانون رقم 05/85 المتعلق بالصحة وترقيتها على، تعني كلمة الدواء كل مادة أو تركيب يعرض لكونه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية والحيوانية، وكل المواد التي يمكن تقديمها للإنسان أو الحيوان قصد القيام بالتشخيص الطبي أو استعادة وظائفها العضوية أو تصحيحها أو تعديلها

الاتصالات الالكترونية إلا أنه يعاب على هذه الفقرة انها جاءت على العموم ولم تحدد حتى معنى واصح للمنتجات الصيدلانية والمعروف عنها أنها مجال واسع لسلع كثيرة ومتعددة.

وقد عرف المشرع الفرنسي منتجات الصيدلية بأنها: " كل دواء تم اعداده مسبقا أو طرح في عبوة خاصة واختص بتسمية معينة"، وعرف قانون الصحة العامة الفرنسي cps رقم 203 لسنة 2002 في المادة (l5111-1) الدواء بانه: " كل مادة أو مركب يقدم باعتباره صاحب الخواص العلاجية أو الوقائية في مواجهة الأمراض البشرية أو الحيوانية فصلا عن كل منتج يمكن تقديمه إلى الانسان أو الحيوان بغرض الفحص الطبي أو لتصحيح أو تعديل وظائفهم العضوية"، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي حظر بيع الدواء بدون ترخيص أو بواسطة شخص غير مرخص له وهو شرط صريح يتوجب فيه ترخيص مسبق من الوكالة الفرنسية للأمن الوقائي الخاص بالمنتجات الصحية[1] والذي يعرف اختصارا في الأوساط الصيدلية بترخيص A.M.M[2].

3/ المشروبات: من المعلوم أن المشروبات في كل السوائل التي تستعمل في الشرب (حليب ومنتجاته مشروبات طبيعية غازية ومياه معدنية وغيرها ...) فقد فرق المشرع الجزائري بين المشروبات والمواد الغذائية على خلاف المشرع المصري الذي اعتبرها ضمن المواد الغذائية.[3]

4/المنتوجات الفلاحية: هي كل المواد التي تنتج من فلاحة الأرض سواء ما يمكن استهلاكه مباشرة أوما يعتمد في التصنيع أو انتاج مواد مصنعة (كالصمغ والورق أو النسيج كالقطن والصوف والحرير.

5/ المنتوجات الطبيعية: تشمل كل الموارد والثروات الطبيعية الموجودة على سطح الأرض او باطنها والتي لا دخل للإنسان في وجودها كالمعادن البترول أو ما تطرحه البحار والمحيطات والانهار...

1خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الالكترونية، مرجع سابق، ص 141.

2 AMM اختصار لعبارة L4AGANCE française de Secure sanitaire des produits de sante

3 نص المشرع المصري في المادة الاولى من قانون الاغذية رقم 10 لسنة 1966 بأنه يقصد بكلمة الاغذية أي مأكولات أو مشروبات تستخدم للاستهلاك الآدمي.

ب/ الركن المادي: جريمة الغش جريمة شكلية تتم بمجرد فعل الغش دونما الحاجة لانتظار النتيجة، فالغش مجرم في حد ذاته لأنه يهدد بالخطر مصلحة السلامة الجسدية بل وقد يهدد الحق في الحياة ويتحقق الركن المادي بسلوك ايجابي مستمر يتمثل في العرض أو الوضع للبيع أو البيع ويتضح مما ذكر انه تتوافر نية البيع عند اعداد السلعة أي يكون قصد المتدخل تخصيص المنتوج للبيع فعلا وليس من الضروري أن يتم البيع فعلا[1]، وعليه فأي فعل ايجابي يقوم به المتدخل ويقع على المواد السابق ذكرها في نص المادة 431 قانون عقوبات المادة 70 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش والذي من شأنه أن يمس أو يخل بالمقاييس الصناعية لهذه المواد يعتبر غشا وسنتطرق لكل صورة من صور جريمة الغش على حدى:

1/ الغش في حد ذاته: سبق وأن عرفنا جريمة الغش انها كل تغيير أو تعديل أو تشويه يقع على الجوهر التكوين الطبيعي لمادة او سلعة معدة للبيع، إذا الغش يكون بالإضافة سواء بإضافة مواد مخالفة للمواد المتعارف عليها في تكوين السلع أو مواد تدخل في تكوين هذه السلعة ولكن بمقاييس ومعايير مختلفة او يكون بالانقاص في المكونات التي من المفروض أن يحتويها المنتوج.

2/ العرض أو الوضع للبيع أو البيع: نص المشرع الجزائري على عرض السلعة ووضعها للبيع في الفقرة 2 من المادة 431 قانون عقوبات " ...2-عرض او يضع للبيع مواد يبيع مواد صالحة لتغذية الانسان او الحيوانات أو مواد طبية أو مشروبات أو منتوجات فلاحية وطبيعية يعلم انها مغشوشة او فاسدة او مسمومة"، نجد أن المشرع في الفقرة 02 جرم فعل عرض أو وضع للبيع أو بيع منتوجات يعلم انها مغشوشة او فاسدة او مسمومة. وبذلك يكون الفرق بين العرض والذي هو تقديم السلعة الى مشتر معين ليفحصها او يشتريها، اما الوضع فيكون في مكان عام في متناول الكافة ليتقدم من يرغب فيه لشرائه، أما البيع فهو معلوم يتم بالإيجاب والقبول بين أطراف العقد، ويجب ان تكون المستلزمات موضوعة وليس للاستعمال الشخصي او العائلي.

3- الغرض او الوضع للمبيع او يبيع مواد تستعمل في الغش: نصت الفقرة 03 من المادة 431 من قانون العقوبات على: "يعرض او يضع للبيع او بيع مواد خاصة تستعمل لغش مواد صالحة لتغذية

[1] فاطمة بحري، مرجع سابق، ص 95.

الانسان او الحيوانات او مشروبات او منتوجات او فلاحية او طبية او يحث على استعمالها بواسطة كتيبات او منشورات او معلقات او اعلانات او تعليمات وهو يعلم انها محددة." والتي توافقها المادة 70 فقرة 04 من قانون حماية المستهلك من الغش: "يعرض او يضع للبيع او يبيع بوجهتها مواد ادوات او اجهزة او كل مادة خاصة من شانها ان تؤدي الى تزوير اي منتوج موجه للاستعمال البشري او الحيواني.[1]

باستقراء الفقرتين السابقتين نجد ان القانون الخاص اي قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري وسع الحماية حيث شملت كل المنتوجات الموجهة للاستعمال البشري او الحيواني ولم يقصر الشيء المستعمل في غش المنتوج على المواد فحسب، وانما تشمل المواد او الادوات او الاجهزة او المواد الخاصة، وان يكون من شأنها تزوير المنتوج الموجه للاستعمال البشري والحيواني ولم يقتصر الشيء المستعمل في غش المنتوج على المواد فحسب، وانما على المواد او الادوات والاجهزة والمواد الخاصة، وان يكون من شأنها تزوير المنتوج الموجه للاستعمال البشري والحيواني، ومن جهة اخرى نجد ان المشرع الجزائري اضاف وجه اخر وصورة اخرى في الفقرة السابق ذكرها من قانون العقوبات: "يحث على استعمالها بواسطة كتيبات او منشورات او نشرات او معلقات او اعلانات او تعليمات وهو يعلم انها محددة"؛ وكلمة الحث تفيد التحريض اي كل نشاط يهدف به صاحبه الى دفع شخص ما الى ارتكاب فعل يؤدي الى وقوع الجريمة، وبذلك كل من قام بفعل من الافعال السابق ذكرها يعاقب كفاعل أصلي في الجريمة.

4- حيازة مواد مغشوشة: تنص المادة 433 من قانون العقوبات الجزائري على أنه يعاقب كل من يحوز دون سبب شرعي:

---

[1] نص المشرع المصري على ذلك في الفقرة 03 من المادة الثانية من القانون رقم 48 لسنة 1941 المعدل والمتمم بالقانون رقم 281 لسنة 1996 والمتعلق بقمع الغش والتدليس ... يعاقب كل من طرح أو عرض للبيع أو باع مما يستعمل في غش أغذية الانسان أو الحيوان أو العقاقير أو الحاصلات الزراعية أو المنتجات الطبيعية على وجه في جوازات استعمالها مشروعا ...

ونص المشرع الفرنسي على ذلك في نص المادة 213 فقرة 03 من قانون الاستهلاك الفرنسي،

Ceux qui exposerant mettroint en vente ou vendront connaissant leur etestination des prodints objets ou appareils propres à effecteur la flasification des denrees sevent à l'alimentation de l'homme ou des animaux des boissons ondes produits agricomres propeetus annoerces ou intruction quelques

– سواء مزاد صالحة لتغذية الانسان او الحيوانات او مشروبات او منتوجات فلاحية او طبية يعلم انها مغشوشة او فاسدة او مسمومة.

– سواء مواد خاصة تستعمل في غش مواد صالحة لتغذية الانسان او الحيوانات او المشروبات او المنتوجات الفلاحية او المواد الطبية.

– سواء موازين خاطئة او الات اخرى غير مطابقة تستعمل في وزن او كيل السلع." تجرم هذه الفقرة كل انواع الحيازة كاملة أو ناقصة أو حتى اليد العارضة.

فالمشرع الجزائري رغبة منه في مكافحة كل أشكال الغش وحرصا منه على الصالح العام، رأى أن يمنع بعض الاعمال قبل وقوعها اذ انه يعاقب حائز المواد المغشوشة حيث لا يعدوا هذا الفعل الا انه مرحلة من المراحل التحضيرية الا ان المشرع خرج عن القواعد العامة واعتبرها مرحلة مجرمة منصوص عليها.

ج) الركن المعنوي: تعتبر جرائم الغش من الجرائم العمدية التي يستلزم لقيامها توافر القصد الجنائي لدى المتدخل وهو توافر سوء النية، ويتحقق ذلك بعلم المتدخل علما حقيقيا بأن المنتوج محل الجريمة الموجه للاستهلاك او الاستعمال البشري او الحيواني مغشوش وفق الطرق التي تناولتها سابقا. وان يكون عالما بأن المواد التي يقوم بعرضها للبيع او يبيعها مغشوشة او فاسدة او سامة او انها تستعمل من اجل الغش او التحريض على الغش.

والعلم بتجريم القانون لهذه الاعمال مفترض لا سبيل الى نفيه، اما العلم بالوقائع فهو غير مفترض يحتاج الى اقامة الدليل من طرف سلطة الاتهام، ولذلك على قاضي الموضوع ان يثبت علم الجاني بأن المنتوج مغشوش، وان يوضح امتناعه بذلك في الحكم القضائي الصادر عنه.

د/ جزاء جريمة الغش التجاري: كما سبق ذكره قد نص المشرع الجزائري على تجريم الغش التجاري والصناعي من خلال نص المادة 07 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، والتي أحالت العقاب عليها الى نص المادة 431 من قانون العقوبات؛ حيث اعتبرها حجة وخصص لها عقوبة تتمثل في الحبس 02 سنة الى 05 سنوات والغرامة من 10.000 الى 50.000 وعقوبة تكميلية حسب ما تنص عليه المادة 82 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 في مصادرة

المنتوجات والادوات وكل وسيلة اخرى استعملت في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادة 70 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش .

وشدد المشرع الجزائري العقوبة في نص المادة 432 من قانون العقوبات بالحبس من خمس سنوات الى عشر سنوات وبغرامة مالية من 500.000 الى 1000.000 دج إذا الحقت المادة الغذائية او الطبية المغشوشة او الفاسدة بالشخص الذي تناولها او الذي قدمت له مرضا او عجزا عن العمل، مرتكب الغش وكذا الذي عرض او وضع البيع او باع تلك المادة وجود علم لشهادة مغشوشة او فاسدة او سامة. أما إذا تسببت هذه المادة في مرض غير قابل للشفاء او في فقدان استعمال عضو او في عاهة مستعصية. فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من 10 سنوات الى عشرين سنة وبغرامة مالية من 1000.000 الى 2000.000 وبالسجن المؤبد إذا تسببت في موت الانسان.

وتجدر الملاحظة ان المشرع قد خصص جريمة حيازة مواد مغشوشة بعقوبة أقل تتمثل في الحبس من شهرين الى ثلاث سنوات وبغرامة من 2000 الى 20.000. حيث نصت المادة 493 من قانون العقوبات. وفرض ان العقوبات المذكورة سابقا عندما يكون للجاني صفة المتصرف أو المحاسب.

هـــ/ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في جريمة الغش الصناعي والتجاري: من المسائل التي لا تزال موضع خلاف كبير في الفقه والقضاء ولم يستقر وضعه في التشريع بصفة عامة مسألة اسناد الجريمة الى الشخص المعنوي كالشركات والمؤسسات التجارية وما الى ذلك من الهيئات لتي يطلق عليها القانون شخصية مستقلة من الافراد المكونين لها.

فالمشرع الجزائري خطى خطوة كبيرة في هذا المجال حيث كان الرفض لقرار المسؤولية من خلال قصور نصوصه في اسناد التجريم لشخص معنوي بصورة واضحة وصريحة. ولم يستبعدها صراحة حيث نص في قانون العقوبات في المادة 09 على العقوبات التكميلية تمس الشخص المعنوي. حل الشخص الاعتباري. والمادة 13 على تدابير الأمن الشخصية. المنع من ممارسة مهنة أو نشاط او فن. وذلك قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2004[1]، غير انه وبعد تعديل

[1] حزب نادية، اتساع نطاق المسؤولية الجنائية في جريمة الغش الصناعي والتجاري، مقال نشر في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية العدد الثالث، الصدرة عن المركز الجامعي تندوف، مارس 2018، ص 280

قانون العقوبات 15/04 وقانون الاجراءات الجزائية 14/04 تم اقرار صراحة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي. وكرس ذلك في المادة 51 مكرر باستفتاء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزئيا عن الجرائم الي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته او ممثله الشرعي عندما ينص القانون بذلك، ان المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مسائلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك في تجنب الافعال.

وأضاف المشرع الجزائري في قانون الاجراءات الجزائية بفصل كامل أورد فيه الأحكام الخاصة بمتابعة ومحاكمة الشخص المعنوي مع الاحتفاظ بالمبدأ القائم على ضرورة تطبيق قواعد الاجراءات الجزائية على هذا الشخص، وقد تلا هذين التعديلين تعديلا اخر بموجب القانون رقم 23/06 والقانون رقم 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 لكل من قانون العقوبات والاجراءات الجزائية ليكرس أكثر مبدأ المسائلة الجزائية للشخص المعنوي.

الفرع الثاني: حماية المستهلك الالكتروني من جريمة الخداع

نصت أغلب التشريعات على تجريم فعل الخداع في المجال التجاري والصناعي، الا أنها لم تقم بتعريفه تاركة ذلك للفقه، فظهرت عدة أراء وتعريفات فقهية منها من عرفه بأنه: "كل فعل أو امتناع عن فعل من شأنه الايقاع بالمتعاقد الآخر في غلط بشأن البضاعة محل التعاقد، وهذا بإلباسها أمرا من الأمور يظهرها بما يخالف حقيقة ماهي عليه لتضليل المتعاقد وخلق الاضطراب في نفسيته لحامله على التعاقد، بحيث لولا هذه التصرفات ما أقدم على التعاقد".[1]

وعرفه جانب آخر على النحو الآتي: "الخداع هو الباس أمر من الأمور مظهرا مخالفا حقيقة ما هو عليه، أو القيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها اظهار الشيء على غير حقيقته، أو هو القيام ببعض الأكاذيب والحيل البسيطة التي من شأنها اظهار الشيء موضوع التعاقد مخالفا للحقيقة".[2]

ما يلاحظ على التعريفات السابقة، أنها تدل على نفس المعنى وان اختلفت في الصياغة، حيث تمس المستهلك وحتى التاجر، إذا الخداع التجاري هو كل تصرف إيجابي أو سلبي من شأنه إيقاع

[1] خميخم محمد، مرجع سابق، ص 248.

[2] فاطمة بحري، مرجع سابق، ص 65.

المستهلك لاقتناء سلع أو خدمات عن طريق أكاذيب وأعمال تغير حقيقة محل التعاقد، أو كتمان بعض العيوب الموجودة فيه، ولقيام جريمة الخداع يجب توافر أركان، والتي تتمثل في الأركان الخاصة تشمل محل الجريمة والركن المفترض وأركان عامة تتمثل الركن المادي والمعنوي.

أ/ الأركان الخاصة:

1/محل الجريمة: يقصد بمحل الجريمة الموضوع المادي الذي يقع عليه الفعل المكون لجريمة الخداع التجاري والذي يتمثل في السلع والخدمات التي يقوم الصانع او المنتج أو التاجر بفعل الكذب والتدليس أو الشروع فيه حول السلعة أو الخدمة محل التعاقد من اجل دفع المستهلك لاقتناء هذه السلعة أو الخدمة والتعاقد بشأنها.

فيما يخص المنتوج وفقا لقواعد حماية المستهلك الجزائري؛ فإن هناك معايير يمكن استخلاصها من المادة الثالثة فقرة 03 والفقرة 11 التي ركزت على معيار الانتاج والتسويق والاستهلاك هذا يعني أن الشيء يكتسب صفة المنتوج عندما يمر بعمليات ثلاثة وفي عملية الانتاج ثم عملية التسويق وأخيرا عملية الاستهلاك، فالمشرع قد أضفى على الشيء المادي أو غير المادي[1] وصف المنتوج عندما ينشا عن عملية الانتاج سواء كانت عملية صناعية أو زراعية او خدمية أو ثقافية و أضاف قابلية هذا المنتوج للتداول أي يكون محل للتسويق وفي المرحلة الثانية التي تلي الانتاج و اعتمد على مفهوم التسويق في الفقرة 11 من المادة 03 من قانون 03/09 حيث أوردت منتوج سليم و نزيه قابل للتسويق ووفق قرار المحكمة الاوربية الصادر بتاريخ 2001/05/15 حيث في توضيح لمفهوم طرح الشيء للتداول حتى يكتسب وصف المنتوج حيث جاء في مجمل قولها أن المنتوج الذي يطرح للتداول هو المنتوج الذي يخرج من سياق عملية الانتاج المقامة من قبل المنتج و يدخل في عملية التسويق في الحالة التي كان عليها ليعرض على الجمهور قصد الاستهلاك[2] و يعد آخر عنصر هو عنصر الاستهلاك المرتبط أساسا ب استهلاك الشيء لتحقيق منفعة مباشرة و قد أورد المشرع الجزائري في المادة 03 فقرة 08 "عملية وضع المنتوج للاستهلاك : مجموع مراحل الانتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة".

[1] المنتوج، كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا

[2] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص130-131

غير أن دراسة حماية المستهلك الالكتروني توجب علينا ذكر وجه آخر لمنتوج قد يكون محلا لجريمة الخداع وهو المنتوج الرقمي وما يتمتع به من خصوصية فهو عبارة عن سلع وخدمات رقمية أو الكترونية يتمكن المستهلك من اقتنائها عبر الشبكة مباشرة، وعلى العموم يشترط في السلعة او الخدمة محل التعاقد ان تكون مشروعة وغير ممنوعة قانونا فإذا ما تم التعامل في سلع او خدمات غير مشروعة فإنها غير مكفولة بالحماية الجزائية للمستهلك قانونا وهذا مثل التعامل التجاري في الاسلحة او المخدرات.[1]

ب/الركن المفترض: يتمثل الركن المفترض في جريمة الخداع التجاري أن يكون هناك عقد مبرم ما بين المنتج والبائع والمستهلك أو المتعاقد الآخر اضافة إلى وجود صفة المجني عليه من خلال هذا التعاقد وبذلك سأتناول هذين العنصريين كما يلي: * وجود العقد: لم يحدد المشرع الجزائري أي اسم أو طبيعة أو نوع من العقود تتم به جريمة الخداع فالقانون لم ينص على نوع من العقود اما كان النص عام يتناول جميع العقود بكل تقسيماتها فقد يكون عقد معاوضة كالبيع والايجار أو عقد تبرع كالهبة وغيرها والغالب المألوف أن يكون عقد بيع[2].

الأصل أن يكون العقد صحيحا تتوافر فيه أركانه القانونية من رضا، محل وسبب ولكن الرأي الغالب في الفقه الجنائي يرى أن جريمة الخداع التجاري تحقق حتى ولو كان العقد باطلا او قابلا للإبطال، وحجتهم في ذلك أن التجريم هدفه حماية الثقة العامة الواجب توافرها في التعامل بغض النظر عن صحة العقد او بطلانه، كما أن جريمة الخداع التجاري تتحقق في حق المستهلك حتى ولو لم ينعقد لأن القانون كذلك يجرم الشروع و يعاقب عليه، إلا أن المادة 429 من قانون العقوبات تتحدث عن عقاب المتعاقد بالتالي تشترط أن يكون الفاعل طرفا في العقد بينما نجد المادة 68 من قانون 03/09 تتحدث عن عقاب المستهلك[3] وبما اننا بصدد دراسة حماية المستهلك نعتقد انه لا

---

[1] المادتين 37 و38 من قانون التجارة الالكترونية 05/18

[2] المادة 02 من قانون 03/09 تطبيق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجانا وعلى كل متدخل وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك

[3] هذا ما يتوافق مع نص المادة 1/2/3 من القانون الفرنسي، sera pum d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amande de 300000eurs qui conque quil soit ounon partie en contrat aura Tromp ou tenté de tromper le don tractant par quelque moyen ou proce de que ce sort même par l'intermédiaire d'un tires

يشترط أن يكون الفاعل طرف في العقد وذلك تطبيقا لنص المادة 68 الذي يعتبر القانون الاخص الذي وسع ونص على الحماية فكل من يخدع او يحاول خداع المستهلك يسأل جزائيا.

* صفة المجني عليه: تتمثل صفة المجني عليه طبقا للتشريعيات الجنائية في الطرف المتعاقد، وهو مصطلح يحمل مفهوم او من مصطلح المستهلك باعتبار أن المتعاقد يمكن ان يكون مستهلكا كما يمكن ان يكون مهنيا لكن المشرع الجزائري في نص المادة 68 من قانون 03/09 نص على المستهلك دون غيره بعبارة كل من يخدع أو يحاول ان يخدع المستهلك " باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وصفة الجاني تنطبق على المتدخل بغض النظر إذا كان منجا او موزعا أو مؤديا للخدمات.

أما قانون العقوبات في نص المادة 429 فإنه أقر صفة المجني عليه على المتعاقد بوجه عام في عبارة " كل من يخدع او يحاول أن يخدع المتعاقد " أي بغض النظر إذا كان مهنيا او مستهلكا مما يثير اشكالا في صفة عليه من حيث تطبيق النص الجزائي الملائم هل يطبق نص المادة 429 او المادة 68 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش؟؟

هناك رأي يقول بان المشرع قد أغفل هذه النقطة ويتوجب تعديلها إلا أننا نرى بأن العقوبة المفروضة على الجاني واحدة بين نص المادة 429 عقوبات ونص المادة 68 من قانون حماية المستهلك لأن نص هذه الاخيرة احال الى العقوبة المقررة في قانون العقوبات وبما انهُ هو التشريع الجزائي الأم فإنه أصاب في توسيع صفة المجني عليه في جريمة الخداع وقانون حماية المستهلك وقمع الغش قانون خاص بفئة المستهلكين فخص صفة المجني عليه لهذه الفئة فقط.[1]

ب–الأركان العامة: كما هو الحال في جميع الجرائم، لابد من توافر الركن المادي والركن المعنوي اضافة إلى النص المتضمن التجريم والعقاب على فعل الخداع وهو ما يصطلح عليه بالركن الشرعي.

[1] فاطمة بحري، مرجع سابق، ص 78

*الركن المادي: يقوم الركن المادي لجريمة الخداع في الأفعال الايجابية او السلبية التي يقوم بها المحترف في العالم المادي او الالكتروني مخالفا الأنظمة التشريعية السارية في مجال الممارسات التجارية وحماية المستهلك وقمع الغش حيث يشمل الركن المادي للجريمة المرتكبة ضد المستهلك الالكتروني في السلوك المحظور الذي يؤدي إلى الضرر او تهديد سلامته وأمنه.

كما سبق وأشرنا تنصب هذه الافعال على المنتوجات المعروضة للاستهلاك حيث يطرأ الخداع على محل الجريمة، فالفعل المادي لجريمة الخداع التجاري في قيام الجاني بتصرفات وأكاذيب تهدف إلى تضليل المستهلك وخلق الاعتقاد الخاطئ لديه حول حقيقة السلعة أو الخدمة محل التعاقد أو الشروع بحيث تكون هذه التصرفات والاكاذيب منصبة على امر من الامور المتعلقة بالسلعة أو الخدمة ولولاها لما أقدم المستهلك على التعاقد والتي نصت عليها المادتين 68 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش والمادة 429 من قانون العقوبات.[1]

وكقاعدة عامة اعتبر المشرع ان جنحة الخداع قائمة بغض النظر عن الوسائل المستعملة في الخداع إذ لم يشمل الوسائل بالتنظيم، وحسنا فعل المشرع، باعتبار ان جرائم الاستهلاك من الجرائم المتطورة التي تكشف في كل يوم عن وجه جديد مختلف عن سابقه، غير انه باستقراء المادتين 429 من قانون العقوبات والمادة 68 من قانون المستهلك وقمع الغش نجد ان المشرع نص في المادة 429 على عبارة "... يخدع او يحاول ان يخدع المتعاقد ..." في حين انه في المادة 68 استعمل عبارة ".. يخدع او يحاول ان يخدع المستهلك بأية وسيلة او طريقة كانت ..." وبالتالي فقد أضاف المشرع عبارة بأية وسيلة او طريقة كانت مما يفيد أن نص المادة 68 جاء أكثر شمولا ليدخل في نطاقه الواسع طرق الخداع التقليدية او الالكترونية.

وانطلاقا مما سبق يكفي الكذب أو الكتمان لو كان شفوي بل حتى ولو كان بإيماء الرأس للإجابة عن سؤال المستهلك وهذا راجع طبعا لصعوبة حصر صور الخديعة في نطاق موحد لعلم المشرع

[1] عيلام رشيدة، مرجع سابق، ص395

ان للمخادع ألف سبيل لخداع المستهلك او المتعاقد ويستعمل الجاني وسائل تدليسية لتتم جريمة الخداع مثل الكذب والإخفاء والمناورات[1] يمكن تعريفها فيما يلي:

1/ الكذب: هو ادعاء أو زعم مخالف للحقيقة، الهدف منه تضليل المتلقي عن طريق تزييف الحقيقة لخداع المستهلك بتقديم بيانات غير حقيقية عن منتج أو خدمة معنية، وقد يكون فعل ايجابي بالكتابة أو شفويا عند التفاوض مثلا.

2/ الإخفاء: هو كتمان الحقيقة وهو فعل سلبي يتمثل في عدم بوح المتدخل بعيب سابق أو اضرار المنتوج للمستهلك مع علمه بذلك.

3/ المناورات: هو كذب مصحوب بمظاهر خارجية أو أعمال مادية يستعين بها الجاني لإقناع الضحية بصدق قوله.

*نطاق الخداع التجاري: ينحصر نطاق الخداع التجاري في الكذب او الشروع في الكذب في صفة من الصفات التي تتعلق بالسلعة او الخدمة التي يرغب المستهلك التعاقد او التفاوض عليها، والمحددة في التشريع الجنائي الجزائري في المادتين 429 قانون عقوبات والمادة 68 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش[2]. وسنتطرق الى هذه الصفات كالآتي:

1-خداع المتعاقد في كمية المنتوج: نصت المادة 68 في فقرتها الاولى على كمية المنتوجات المسلمة، والمادة 429 من قانون العقوبات في فقرتها الثالثة على سواء في كمية الاشياء المستعملة او في هويتها، إذا يتم الخداع في هذه الصورة اما في الوزن او الكيل او العدد بغض النظر عن طريقة الخداع وعموما تثور فكرة الخداع في هذه الصورة حول المقدار، فاذا قام البائع او المصنع او المستورد باستعمال ادوات كيل او سعة او طول من شانها جعل كميتها او مقدارها او وزنها غير صحيح، ولا يتحقق الخداع التجاري في الإنقاص من وزن او حجم البضاعة وانما بالإضافة ايضا، إذا تم اضافة مادة غريبة عن السلعة.

[1] فاطمة بحري، مرجع سابق، ص 75.

[2] تقابلها المادة الأولى من قانون التدليس والغش في التشريع المصري، والمادة 213-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

2- خداع المتعاقد في هوية المنتوج: يتحقق عند حدوث استبدال للمبيع محل التعاقد دون علم أحد المتعاقدين او رضاه، وبالتالي يكون المنتوج المسلم غير ذلك المتفق عليه.

3- الخداع في النوع والمصدر والصفات الجوهرية: يقصد بنوع ومصدر السلعة او الخدمة جملة الخصائص والعناصر التي تميزها عن غيرها من السلع او الخدمات التي جذبت المستهلك للتعاقد عليها، باعتبار ان السلع قد تتماثل من ناحية المظهر الخارجي لكنها تختلف من ناحية النوع والصنف، وهذا الاختلاف يترتب عليه تغير في قيمتها[1] كما قد تختلف من حيث المصدر ما قد يؤثر في خاصيتها.

ولم ينص المشرع الجزائري في قانون 03/09 على الخداع في النوع والمصدر وانما نص عليه في قانون العقوبات المادة 429 الا انه و باعتماد مصطلح منتوج عوض سلعة يحرم مستهلك الخدمة من الحماية المقررة قانونا، وتجدر انه لا يشترط ان يكون المصدر والنوع سببا للتعاقد حتى نكون بصدد حماية جنائية، لأن غرض المشرع من حماية المستهلك من الخداع هو حماية الثقة والنزاهة في المعاملات والاشكال الذي يثار في هذه النقطة هو مصاحبة الخداع في النوع والمصدر لبيانات تجارية كاذبة او علامات تجارية مما قد يجعل القضاة في حيرة امام صعوبة التكييف بين جريمة الخداع في النوع او المصدر و جريمة التقليد في العلامات التجارية، اما الصفات الجوهرية التي قد تكون محل خداع فهي الصفة الرئيسية التي تقوم عليها القيمة الحقيقية للبضاعة والتي كانت السبب الاساسي للتعاقد، والخداع في الصفة الجوهرية هو تغيير جسيم، يفقد السلعة طبيعتها الاولى او يجعلها غير صالحة الاستعمال التي اعدت من اجله.

4-تاريخ أو مدة صلاحية المنتوج: لم يتطرق المشرع الجزائري في نص المادة 429 من قانون العقوبات على هذا النطاق من الخداع، الا ان قانون حماية المستهلك وقمع الغش في المادة 68 ذكرها الفقرة 04 نص صراحة على عبارة تاريخ او مدد صلاحية المنتوج وهذه الصورة من

[1] خميخم محمد، مرجع سابق، ص254.

الخداع هي الاكثر انتشارا في ساحة القضاء من خلال الخداع اما في التاريخ الادنى[1] او الاقصى للاستهلاك، وعلى هذا الاساس تحدد صلاحية المنتوج بالتاريخ الذي يكون فيه المنتوج غير صالح للاستعمال متى تخطاه ويتحقق الخداع في هذه الصورة بتأخير التاريخ الادنى او الاقصى للاستهلاك او الاستعمال، او الخداع في تاريخ الانتاج او تاريخ التوضيب، وباعتبار ان جرائم الاستهلاك كأصل من جرائم الخطر ونظرا لكون المشرع لم يشترط وقوع الضرر فانه لا يمكن التنصل من المسؤولية الجنائية بحجة عدم وقوع الضرر[2].

5-الخداع في الصفة الوظيفية للمنتوج: يقصد بها صلاحية الشيء المبيع وملائمته للاستعمال العادي او التجاري او مدى كفاية البيانات والمعلومات المتعلقة بالاستعمال والحصول على منافعه وكيفية صيانته والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 68 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش وتتعلق بطرق الاستعمال او الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتوج، بالإضافة الى الخداع في النتائج المنتظرة من المنتوج.

فبعض المنتوجات يراعى فيها كيفية استعمال خاصة والا تعرضت للتلف، كما ان بعض المنتوجات الخطيرة تحدد لها احتياطات لازمة لتفادي اضرارها بالمستهلك، وعليه يتحقق الخداع اذا لم يعلم المتدخل عن طرق الاستعمال او الاحتياطات اللازمة لذلك، او اخفى ذلك عن المستهلك فلم يعلمه لا شفاهة ولا بوضع البطاقات الخاصة بالمنتوج، أما بخصوص النتائج المرجوة من المنتوج، وهي عبارة عن النتائج التي على أساسها قام المستهلك بالتقاعد و لولاها لما أقدم على إبرام العقد ولتكريس حق المستهلك في الحصول على النتائج المرجوة من المنتوج فقد ألزم المشرع ان يكون كل جهاز يتم اقتناؤه مضمونا بقوة القانون.[3]

---

[1] يقصد بالتاريخ الأدنى للصلاحية تاريخ نهاية الأجل المحدد تحت مسؤولية المتدخل أين تبقى المادة الغذائية خلال هذه الفترة صالحة كليا للتسويق ومحافظة على مميزاتها مع ضرورة أن تسحب المادة الغذائية من السوق بعد هذا الأجل حتى ولو بقيت صالحة للاستهلاك بعد هذا التاريخ.

[2] تجدر الإشارة الى أن تاريخ الصلاحية لا يعد معيار لتحديد صلاحية المنتوج قد نجد منتوج فاسد رغم عدم استنفاذ صلاحيته، مما يؤدي الى الاضرار بالمستهلك وهو ما تؤكده القضايا المطروحة أمام القضاء الجزائري مثال ذلك مهزلة لحوم الحمير 2003 و2007 والكاشير الفاسد2015.

[3] أنظر المواد 9، 10، 13، من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

ب/ الركن المعنوي: إن المشرع الجزائري لم يتطلب صراحة توافر القصد الجنائي سواء في قانون الحماية والقمع أو في قانون العقوبات، إلا انه رغم ذلك تبقى جنحة الخداع من قبيل الجرائم العمدية، باعتبار انه من مقومات التشريع الجنائي إن الجرائم تعد عمدية إلا إذا نص المشرع صراحة على اعتبارها جرائم غير عمدية قائمة على أساس الخطأ الجزائي.

فجريمة الخداع جريمة عمدية، تقوم إذا ثبت علم الجاني بان الوسيلة التي استعملتها من شأنها أن تؤدي إلى خداع المستهلك واتجاه إرادته إلى تحقيق الواقعة الإجرامية دون إكراه، غير انه يتوجب على المتدخل في أي مرحلة من مراحل الإنتاج أن يقوم بواجب الإشراف على المنتجات، وبناء على ذلك فان غياب التحقق والرقابة يمكن أن يكون دليلا واضحا على سوء النية المستوجبة للعقاب على جريمة الخداع وعلى المتهم أن يثبت عدم علمه بعيوب المنتجات لأنه من القرائن البسيطة التي يجوز إثبات عكسها.[1]

كما انه لا يدان الشخص بارتكاب جريمة ضد المستهلكين عن طريق افتراض القصد الجنائي في حقه لمجرد انه ينتمي إلى فئة معينة، بمعنى إذا وقعت جريمة الخداع من تاجر في عملية بيع وشراء أو غيره من المعاملات المالية فلا يجب إن نفترض القصد الجنائي في جانبه لأنه تاجر فقط.

ج/ الشروع في جريمة الخداع: جرم المشرع الخداع كما جرم مجرد الشروع فيه وهو ما عبر عنه بعبارة....يحاول....في مواد تجريم الخداع من قانون العقوبات ومن قانون حماية المستهلك وقمع الغش (429-430-68-69).

فجريمة الخداع قد لا ترتكب في صورتها التامة دائما فأحيانا لا يصل الجاني إلى حد تنفيذ نشاطه الإجرامي الذي لم يكتمل ووقف عند الشروع أي عندما لا تكتمل عناصر الركن المادي حيث يبدأ الجاني في ارتكاب السلوك الإجرامي ولا يتمكن من اتمامه وقد يتم هذا السلوك دون أن تحقق النتيجة الإجرامية التي كان ينبغي تحقيقها وذلك لسبب خارج عن ارادته فلا يكون قد حقق بذلك جريمة تامة وانما يقف نشاطه الاجرامي عند مرحلة الشروع ، وتتوقف جريمة الخداع عند حد

[1] فاطمة بحري، مرجع سابق، ص77

الشروع عندما يقوم المتدخل باستعمال احدى صور الخداع المذكورة سابقا ويمتنع المستهلك عن اتمام العقد بعد اكتشافه لفعل الخداع بإرادته أو لسبب آخر خارج عن ارادة المتدخل .

لكن من الناحية العملية تثير جريمة الشروع في الخداع التجاري في مجال عقود التجارة الإلكترونية تعدد التكييف القانوني إذ أن عرض السلع والخدمات عبر المواقع الإلكترونية التجارية أو غير التجارية يكيف على أساس أنها جريمة خداع اعلاني الكتروني في حالة ما اذ كان هناك كذب وتضليل من شأنه أي يمس بالمكونات والخصائص والنتائج المتوقعة للسلعة هذا من جهة ومن جهة ثانية يكيف على اساس أنه جريمة شروع في الخداع التجاري المنصوص عليها في قانون العقوبات وقانون حماية المستهلك وقمع الغش ولذلك يرى جانب من الفقه الجنائي أن تحديد التكييف القانوني لهذه الجريمة متروك لقاضي الموضوع من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له ليستخلص ذلك[1].

د/ جزاء جريمة الخداع التجاري:

باعتبار الركن الشرعي هو نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل يمكن القول أن نص المادة 429 من قانون العقوبات أقرت عقوبة الحبس لمدة تتراوح بين شهرين إلى خمس سنوات و دفع غرامة مالية تتراوح بين ألفين (2000) و عشرين ألف دينار (20000) أو بإحدى العقوبتين "كل من يخدع أو يحاول أن يخدع متعاقد" ولم تنص المادة 68 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على عقوبة بل أقرت العقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات.

وتشدد العقوبة السالفة الذكر حيث ترفع مدة الحبس إلى 5 سنوات والغرامة إلى 500.000 دج اذا كانت جريمة الخداع أو الشروع فيها قد ارتكبا:

*سواء بواسطة الوزن أو الكيل او بأدوات خاطئة أو غير مطابقة

* سواء بواسطة طرق احتيالية أو وسائل ترمي إلى تغليط عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش تركيب أو وزن أو حجم السلع أو المنتجات ولو قبل البدء في هذه العمليات.

[1] خميخم محمد، مرجع سابق، ص 255

* سواء بواسطة بيانات كاذبة ترمي إلى الاعتقاد بوجود عملية سابقة وصحيحة وأو إلى مراقبة رسمية لم توجد.

كعقوبة تكميلية وفي جميع الحالات على مرتكب المخالفة اعادة الارباح التي تحصل عليها بدون حق إلى العقوبة التكميلية المقررة في المادة 82 من قانون 03/90 مضمونها مصادرة المنتوجات والأدوات وكل وسيلة أخرى استعملت لارتكاب المخالفات المنصوص عليها في المادتين 68 و69.

وصاغت المادة 69 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش ما نصت عليه المادة 43 من قانون العقوبات وأقرت نفس العقوبة " إذا كان الخداع أو محاولة الخداع قد ارتكبت سواء بواسطة

- الوزن أو الكيل أو بأدوات أخرى مزورة أو غير مطابقة.
- طرق ترمي إلى التغليط في عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التعبير عن طريق الغش في تركيب أو وزن أو حجم المنتوج
- إشارات او ادعاءات تدليسية
- كتيبات أو منشورات أو نشرات او معلقات أو إعلانات أو بطاقات أو أية تعليمات أخرى

ولقد جرم المشرع الفرنسي الخداع التجاري أو الشروع فيه وخصص له عقوبة جزائية تقدر بسنتين وبغرامة 37000 يور أو بإحدى هاتين العقوبتين ونشير أن هذه المادة نصت على مصطلح خداع المتعاقد والذي سيستغرق مفهوم المستهلك كطرف مشمول بالحماية الجنائية كما أنها لم تحدد أية وسيلة يمكن أن يرتكب هذا الخداع التجاري مما يسمح بشمول هذا النص لأية وسيلة تستعمل في الخداع التجاري حاضرا أو مستقبلا وإمكانية شمولها للخدع التجاري الذي يتم عن طريق شبكة الانترنت وسائل الاتصال الحديثة.

المبحث الثاني: تسوية منازعات المستهلك الالكتروني

المطلب الأول: حق المستهلك الالكتروني في الرجوع وقيام المسؤولية الالكترونية

الفرع01: حق المستهلك الإلكتروني في الرجوع

تشكل الدعاية التجارية التي يعتمدها المحترف الإلكتروني إغراء ونوع من الضغط على المستهلك الإلكتروني، الذي ينصاع لها دون أخذ مهلة التمعن والتفكير في مدى الجدوى من

العروض التي يقبل عليها عبر الانترنت، يعتبر الحق في الرجوع آلية قانونية أوجبتها الضرورة في المعاملات الإلكترونية التي تتم عن بعد[1] كناتج عن اقتناء المنتوج دون إدراك فعلي لخصائصه وتفاصيله مع إمكانية تعويضه من جراء اقتنائه.

أ/ حق المستهلك الإلكتروني في الرجوع:

يعرف حق الرجوع بأنه: "تعبير عن إرادة مخالفة لما وقع الاتفاق عليه، يرمي من ورائها أحد الأطراف الرجوع فيما وقع الاتفاق عليه واعتباره كأن لم يكن"، كما يعرف على أنه: "سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه، دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر".

جوهر الحق في الرجوع هو أن يتمكن المستهلك خلال المدة المحددة أن ينهي العقد ويطالب باسترداد ما دفع مقابل ذلك رد المنتج، ولا يجوز إلزام المستهلك بدفع ثمن تعويضي بممارسة هذا الحق، طالما لم يتعسف أو يتجاوز حدود حقه،[2] وقد تعددت المصطلحات بخصوص التعبير عن فكرة الرجوع عن العقد سواء في الفقه العربي كالرجوع أو العدول أو التراجع أو فك الرابطة أو الندم، أو في الفقه الفرنسي كمصطلح rétracter أو renoncer أو repentir إلا أن المصطلح الأكثر استعمالا في الفقه الإسلامي هو حق الرجوع عن العقد المنظم ضمن ما يسمى بحق الخيار.

ونفضل مصطلح الرجوع لأنه أدق من المصطلحات الأخرى، لأنه يحمل في معناه إزالة العقد وآثاره بإرادة منفردة بعد انعقاده، بالنسبة للعقود، فالمبدأ العام هو القوة الملزمة للعقد، ولا يمكن بأي حال من الأحوال الرجوع فيه حيث يزول العقد بالطرق المقررة قانونا كالتنفيذ أو البطلان أو الفسخ، فيزول إما بتنفيذه وهنا يكون العقد قد حقق النتيجة الذي وجد من أجلها أو بالفسخ، وهنا يفسخ نتيجة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته مع إمكانية المطالبة بتعويض إذا كان هناك ضرر، أو التنفيذ العقد بمقابل اذا استحال تنفيذه، أو القضاء بإبطاله عندما يشوب الرضا عيب من عيوب الإرادة أو نقص الأهلية، أو يتقرر بطلانه بسبب مخالفة المحل والسبب للنظام العام والآداب العامة.

---

[1] يقول جون كالي أولي بصدد فكرة الرجوع عن العقد ما يلي،

Si le contrat est proposé par le démarchage ou le téléachat le consommateur est victime de méthodes dites agressives, rétracter, renoncer, désister, repentir, c'est une faculté accorde seule à la partie faible servant à corriger les abus liés à une inégalité croissante entre les parties

[2] زعبي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك مقال نشر في مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد تاسع، 2018، ص122.

ورغم كل ما سبق ذكره إلا أن الحاجة إلى حق الرجوع أصبحت ضرورة يضيفها مبدأ حماية المستهلك لاسيما المستهلك الإلكتروني الذي لا يملك الإمكانية الفعلية لمعاينة المنتج والعلم بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، فإنه يجب أن يتمتع بحق الرجوع.

أولا: التنظيم التشريعي للحق في الرجوع

نظم التوجيه الأوربي رقم 07/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد الحق في العدول (الرجوع) في المادة 06 منه تنص على: "يملك المستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون جزاءات، ودون بيان السبب والمصاريف الوحيدة التي يمكن أن يتحملها المستهلك لممارسة الحق في العدول هي المصاريف المباشرة لرد البضائع[1] .

ونصت المادة 121 مكرر 20 فقرة 01 تقنين الاستهلاك الفرنسي على الحق في الرجوع باحتساب نفس المدة لذلك[2]، وكذلك المشرع التونسي في الفصل 30 من قانون التجارة الإلكترونية[3] على كيفية ممارسة حق الرجوع أما عن المشرع الجزائري فقد نظم حق العدول في المواد 22، 23

---

[1] معوان مصطفى، مرجع سابق، ص314.

[2] L'art 121-20 C.consom ..F (inséré par ordonnance n، 2001-741 du 23 aout 2001 art 5 et art 12 journal officiel du 25 aout 2001)

Le droit de rétractation ne peut être exercé, sauf si les parties en sont convenues autrement pour les contrats،

1 de fourniture des services doit l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai se sept jours francs.

2 de fourniture de biens ou de services dont le prix fonction de fluctuation des tax du marché financier.

3 le fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur on nettement personnalisés ou qui, du fait de Len nature, ne peuvent être réexpédiés on sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidemen

4 de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur.

5 de fourniture de journaux, de périodiques ou de magazines.

6 de service de paris ou de loteries autorisés).

[3] الفصل 30 من قانون التجارة الإلكترونية، مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن شراء في أجل عشرة أيام عملن تحتسب، بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.

- بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد.

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد في هذه الحالة، يعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، و يتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة .

في قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 فنصت المادة 22: " في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لأجال التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة (04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر".

وفي هذه الحالة، يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج خلال أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداءا من تاريخ استلام المنتوج"، في هذه المادة ربط المشرع الجزائري حق الرجوع بشرط عدم احترام أجال التسليم من طرف المورد أما في المادة الموالية فنص على حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة منتوج معيب فنصت المادة 23 على ما يلي: "يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا.

يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني....

ويلزم المورد الإلكتروني بما يلي:

* تسليم جديد موافق للطلبية أو

* استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو

* إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر.

* يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ استلامه المنتوج".

ثانيا: التزام المحترف بإعلام المستهلك بحقه في العدول وكيفية ممارسته

أقرت التشريعات المقارنة الخاصة بالمتعاقدين عن بعد والتجارة الإلكترونية حقه في العدول عن المنتوج، الذي تم اقتناؤه عن بعد خلال مدة معينة، ونصت على التزام المحترف بإعلام المستهلك بحقه في العدول، وذلك في مختلف مراحل التعاقد.

نصت المادة 04 من التوجيه الأوربي 07/97 على وجوب إعلام المستهلك عن بعد بالمعلومات الضرورية قبل إبرام العقد، ومن بين هذه المعلومات توضيح إمكانية العدول وذلك في الفقرة (F) [1].

وبدوره أوجب المشرع الفرنسي على التاجر أن يعلم المستهلك عن بعد بالمعلومات الضرورية قبل إبرام العقد، ومن بينها توضيح إمكانية العدول، ويجب أن يتم تبليغ هذه المعلومات بطريقة واضحة ومفهومة لكل وسيلة ملائمة لتقنية الاتصال عن بعد المستعملة لذلك وعلى المستهلك أن يتحرى على الموقع التجاري الإلكتروني، مدى إتباع المحترف الذي يتعامل معه لسياسة العدول[2].

لا يتوقف التزام المحترف بإعلام المستهلك الإلكتروني بحقه في العدول على المرحلة السابقة للتعاقد، بحيث عليه تأكيد المعلومات التي قدمها من قبل المستهلك كذلك في مرحلة التعاقد أين عليه أن يبين كيفية ممارسة هذا الحق بشكل يسمح له الإقبال على التعاقد وهو على علم تام وإرادة سليمة، ومن البديهي أن يستعمل هذا الحق بأي طريقة تناسب المستهلك، فله إعلام المحترف برجوعه عن عقده كتابيا سواء كانت الكتابة على الورق أو كتابة إلكترونية أو بواسطة الهاتف أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال الأخرى، مادام هناك حرية في استعمال وسائل الاتصال لكن يتعين على المستهلك أن يبدي رغبته في الرجوع بطريقة صريحة لا تدع أي مجال للشك ويستطيع ممارسة هذا الحق في الحالات كلها باستثناء المنصوص عليها قانونيا.[3]

وبناءا على ما ورد في المواد السابق ذكرها والتي نص عليها التوجيه الأوربي وقانون الاستهلاك الفرنسي وكذا قانون المعاملات الإلكترونية التونسي وقانون التجارة الإلكترونية الجزائري، فإن للمستهلك رد الشيء المبيع واسترداد الثمن أو طلب تغييره بآخر، وهذان هما وجها ممارسة هذا الحق، وتحديد ذلك في ضوء مصلحة المتعاقد المستهلك فقد يرى مصلحته في استبدال المبيع دون رده، كما لو تكلف الكثير من الجهد والنفقات في سبيل إبرام العقد، خاصة إذا اختار الرد فسوف يلتزم بمصاريف إعادة المنتج إلى البائع، ويمارس هذا الحق بالإرادة المنفردة للمستهلك ودون الرجوع للقضاء، وبغض النظر عن موقف الطرف الآخر ودون حاجة إلى تقديم أسباب أو

---

[1] Article 4، informations préalables، 1 Entempsutile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivants، ….

(F) Existence d'un droit de rétractation sanf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe3.

[2] عيلام رشيدة، مرجع سابق ص372.

[3] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص154

مسوغات تبرر ذلك[1]، إلا أن السؤال الذي يطرح هو هل يقع على عاتق المستهلك التزام بإتباع إجراء معين عند ممارسة حقه في الرجوع عن العقد؟ إجابة على هذا السؤال عند المشرع الجزائري في نص المادة 23 السابق ذكرها على كيفية ممارسة حق الرجوع فألزم المستهلك الإلكتروني بإعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي في أجل أقصاه أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الالكتروني.

ومن جهة أخرى ألزم المشرع في نفس المادة المورد الإلكتروني كأثر على ممارسة حقه في الرجوع بتسليم جديد مرافق للطلبية أو إصلاح المنتوج المعيب أو استبدال المنتوج بآخر مماثل، وهنا يبقى العقد ساري المفعول مادام المورد أعاد وصحح تنفيذ العقد.

إلا أنه قد يتم إلغاء الطلبية ما ينتج عنه زوال العقد وبذلك إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشرة يوما من تاريخ استلامه المنتوج وأضاف المشرع الجزائري إمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع الضرر.

غير أن المشرع الفرنسي نص في المادة L121-20-01 من قانون حماية المستهلك الفرنسي على وجوب رد البائع للثمن في أجل أقصاه 30 يوما، تحسب ابتداء من يوم تبليغه بالرجوع من قبل المستهلك وإذا تجاوز البائع هذه المدة تعرض لزيادة في المبلغ على أساس الفوائد الناتجة عنه.

وبدوره المشرع التونسي ألزم البائع الإلكتروني إرجاع المبالغ المدفوعة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ الرجوع، ويتحمل المستهلك مصاريف الناتجة عن الإرجاع[2]، وهذا ولم يتطرق المشرع التونسي إلى حالة تأخير البائع رد الثمن تاركا ذلك للقواعد العامة.

ب/ نطاق الحق في العدول:

كنتيجة لتواتر التشريعات المنظمة للحق في العدول عن العقد، أصبح هذا الحق متاحا في كل العقود التي تتم عن بعد بما فيها العقود التي يكون محلها أداء خدمات وهذا بعدما كان قاصرا في

---

[1] نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق عدد02، جوان 2008، الكويت، ص225-226، تم تحميله من موقع، http://www.pubcouncil.kuniv.edu.kw//

[2] حمل المشرع التونسي مصاريف حق الرجوع للمستهلك الإلكتروني وذلك على خلال المشرع الجزائري الذي نص على إلزامية تحمل المورد الإلكتروني لتكاليف إعادة الإرسال وذلك باعتبار أن هذا الأخير هو سبب إعادة الطلبية من طرف المستهلك.

بداياته التشريعية على بعض العقود دون غيرها، وباستقراء مختلف التشريعات السابق ذكرها يلاحظ أن حق المشتري في العدول عن العقد يشمل كل عقود البيع وعقود الخدمات التي تتم بوسائل اتصال إلكترونية وإذا كان ذلك أصلا ثابتا في تلك النصوص ونظيراتها[1]، فإنها من جانب آخر أوردت استثناءات لا تقبل فيها ممارسة الحق في العدول عن العقد ومن تلك الاستثناءات ما يلي:

أولا: عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل المدة المقررة للعدول: أوردت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التوجيه الأوربي رقم 07/97 هذا الاستثناء[2]، ونصت عليه أيضا المادة 121-20 فقرة 02 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وهذا الاستثناء خاص بعقد تقديم الخدمات ويتم الاتفاق فيه بين المهني والبائع والمشتري المستهلك على أن بداية تنفيذ هذا العقد ستكون قبل انتهاء مهلة العدول[3].

وصورة هذا الاستثناء أن يبرم عقد عن بعد بوسيلة إلكترونية يكون محله مثلا تقديم خدمات من طرف المهني لصالح المستهلك، فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على البدء في التنفيذ قبل انتهاء المهلة القانونية لممارسة الحق في الرجوع، فإنه لا يمكن للمشتري أن يتمسك بالعدول عن العقد.

ويرى بعض الفقه أنه إذا كان الهدف من وراء هذا الاستبعاد هو تفادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة له ليعدل عن العقد بعد ذلك، مما يلحق أضرارا بالمهني فإن المستهلك في كثير من الحالات لا يتمكن من الحكم على الخدمة إلا بعد البدء في الاستفادة منها، يضاف إلى ذلك أن المهني بما يملك من وسائل تقنية، قد ينجح في إقناع المستهلك بالبدء في تنفيذ الخدمة قبل انتهاء المدة ولذلك ينتهي هذا الرأي إلى أن هذا الاستثناء لا مبرر له[4].

لتفادي هذا النقد عرض بعض الفقه إلى أنه يجب أن يكون اتفاق المستهلك مع المهني على بداية تنفيذ العقد خلال مدة ممارسة الحق في العدول صريحا، وأن يتم من خلاله تبصير المستهلك بأنه في هذه الحالة يسقط حقه في العدول عن العقد[5].

---

[1] عجالي خالد، مرجع سابق، ص229.

[2] معوان مصطفى، مرجع سابق، ص314.

[3] زعبي عمار، مرجع سابق ص130.

[4] د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 60.

[5] د/ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 4324 د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، المرجع السابق، ص 182.

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 32 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية حيث جاء فيها: "مع مراعاة أحكام المادة 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

* عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك..."[1]

ثانيا: العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها:

فالعقود التي ترد على السلع والخدمات التي يتغير سعرها مع تقلبات السوق المالي تستثني من نطاق ممارسة الحق في العدول عن العقد، وهذا الاستثناء يشمل السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها باستمرار مع تقلبات السوق المالي، وواضح من هذا الاستثناء أنه إذا مارس المستهلك حقه في العدول عن العقد، فإن المهني أي البائع يكون ملزما برد المبلغ الذي دفعه المستهلك عند إبرام العقد وهذا ما قد يكون مخالفا لسعر السلعة أو الخدمة عند الرد.

ويلاحظ أن التوجيه الأوروبي وتقنين الاستهلاك الفرنسي، لم يذكرا ما إذا كان هذا الاستبعاد يشمل أيضا العقود الواردة على السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها وفقا الظروف المواد الأولية.

ثالثا: العقود الواردة على سلع تم تصنيعها للمستهلك خاصة:

وهذا الاستثناء خاص بالسلع التي يتم تصنيعها لمستهلك معين ووفق متطلبات معينة استجابة لرغبته، مثلما هو الأمر في الأزياء التي يتم تصميمها بمقاسات محددة وفقا لطلب المستهلك، كالمنتوجات المصنعة لفائدة شخص ما بناء على رغبته.

فلو اتفق شخص ما مع شركة لإنتاج السيارات على تصنيع سيارة بمواصفات معينة، كالسيارات المعدة لذوي الاحتياجات الخاصة، فلا يمكن بعد تجهيزها تخويل هذا الشخص الحق في العدول عن العقد وإلا وقع ضرر على المنتج الذي لا يستطيع بيعها إلى شخص آخر إلا بتحمل ضرر أكبر.

رابعا: السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف:

ويقصد بالسلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بحسب طبيعتها، كل شيء يؤدي إرساله وإرجاعه للبائع على حدوث تغيير فيه، كالأدوية التي يتم تركيبها من محلولين، إذ لا يمكن إرجاعها بعدما تم تركيبها، أما الأشياء التي يسرع إليها الهلاك أو التلف فمثالها المواد الغذائية والأزهار.

[1] ويلاحظ أن هذا النص يتطابق حرفيا مع المادة 37 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

وعلة تقرير هذا الاستثناء واضحة، وهي عدم الإضرار بالمهني فإعادة سلعة بعد انتهاء مدة صلاحيتها لا يمكن أن يكون وسيلة لحماية المستهلك.

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 6 من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 وتقنين الاستهلاك الفرنسي في المادة 121-20 فقرة 4.

خامسا: العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري:

فلا يتقرر حق العدول للمستهلك إذا كان محل العقد تسجيلات سمعية بصرية أو برامج إعلام الآلي إذا كان قد قام بنزع الغلاف الخاص بالتسجيل السمعي البصري أو قام بفتح برنامج الإعلام الآلي أو القرص المضغوطة[1].

والهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو حماية حقوق الملكية الفكرية، فمنح المستهلك الحق في العدول عن العقد قد يمكنه من الحصول عليها دون مقابل، فقد يفتح المستهلك التسجيل السمعي البصري أو برنامج الحاسوب وينسخه ثم يرجعه إلى المعني مستندا على حقه في العدول وهذا ما يشكل مساسا بالملكية الفكرية[2].

وقد ثار خلاف بين الفقه حول إمكانية تطبيق هذا الاستثناء على التسجيلات السمعية أو البصرية أو برامج الحاسوب التي يتم شراؤها عبر الإنترنت وتحميلها من طرف المشتري على جهازه مباشرة، ففي هذه الصورة فإن المستهلك بعد تحميل الفيلم أو البرنامج أو الكتاب على جهازه سيقرأه، فهل يمكن تطبيق هذا الاستثناء وحرمانه من الحق في العدول.

ذهب البعض إلى أن الاستثناء لا ينطبق على هذه الحالة لأن النص استعمل لفظ عند نزع الأختام عنها. Lorsqu'ils ont été descellés

والمقصود بالنزع هو النزع المادي أما التحميل فلم يذكره النص، وهذا مع ملاحظة أن مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري استخدم لفظ عند فتحها ولم يستعمل عبارة نزع الأختام.

---

[1] وردت الفترة الرابعة من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي بصياغتها كما يلي،

De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatique lorsqu'ils ont été de celles par le consommateur. >>

[2] د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 126؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 277

في حين ذهب آخرون إلى أن الحكمة من النص متوافرة والعلة أيضا وهي حماية الملكية الفكرية).

سادسا: العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات:

والحكمة من استثناء العقود الواردة على الصحف والمجلات تتمثل في أن استعمالها يكون ذا طابع زمني وبعد انقضائه لا يكون للصحيفة أو المجلة أية قيمة، فلا يجوز منطقيا أن يتلقى المستهلك صحيفة أو مجلة فيقرأها ثم يتمسك بحقه في العدول، أما بالنسبة للدوريات فإن العلة من استثنائها تتمثل في الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية حتى لا يقوم المستهلك بنسخها ثم إعادتها[1].

وينطبق هذا الاستثناء على عقود شراء الجرائد والمجلات والدوريات التي يتم تنفيذها عبر شبكة الإنترنت.

سابعا: العقود الواردة على خدمات الرهان المصرح بها: لا شك أن جوهر هذه العقود يتنافى والحق في العدول عن العقد المقرر لحماية المستهلك، فالمتعاقد في هذا النوع من العقود يقدم عليها انطلاقا من روح المجازفة والمغامرة على نحو لا يسمح بتخويله الحق في العدول وإلا فقد العقد جوهره ومغزاه[2].

وبالإضافة إلى الاستثناءات السابقة أوردت المادة 121-4/20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي حالات خاصة هي عقود توريد سلع استهلاكية عادية[3]، وهي التي يتم تنفيذها في مكان مسكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة وكذلك العقود التي يكون محلها أداء خدمات الإقامة أو الإطعام، أو النقل وعموما كل تلك العقود التي يتم الوفاء بها في مكان معين أو على فترات متجددة، فقد يقوم المستهلك بحجز – غرفة في فندق عن طريق الإنترنت أو تذكرة سفر في الطائرة ثم يمارس حقه في العدول لحظات قبل إقلاع الطائرة أرفي الليلة المعنية بالحجز في الفندق. أو كمن يطلب من مطعم يوفر خدمة توزيع الوجبات على المنازل إحضار وجبة، وبعد

---

[1] در لسامة البر الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص78

[2] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية فى التجربة الفرنسية مع اشارة لقواعد القانون الاوربى،دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،2005، ص61.

[3] جاء في المادة 412 مكرر 10 من مشروع تعديل التقنين المدني، لا يخضع لهذه الأحكام توزيع الأموال ذات الاستهلاك العادي التي تتم في محل سكن المستهلك أو عمله عن طريق عمليات توزيع متكررة ومنتظمة.

وصول العامل إلى منزله يتمسك بحقه في العدول عن العقد، وهذا ما يسبب للمهني خسارة كبيرة لا تحقق أي توازن في العلاقة الاستهلاكية.

الفرع02: قيام المسؤولية الالكترونية

لا شك أن حماية المستهلك تمتد الى مرحلة تنفيذ العقد الالكتروني، لتتجاوز الضمانات التي يقدمها البائع الالكتروني أو مورد الخدمة لتصل الى حمايته من أي اخلال بالتنفيذ الجيد أو عدم التنفيذ بحد ذاته لتقوم المسؤولية الالكترونية.

أولا: الإخلال بالتنفيذ الجيد: يقصد بالتنفيذ الجيد للعقد من طرف البائع هو تأكيد احترامه لكل التزاماته القانونية المترتبة على عاتقه ابتداءا من نقل الملكية إلى تسليم المبيع في الوقت المحدد وضمانه من كل عيب، فيلتزم بالضمانات القانونية أو الاتفاقية، فيضمن توافر جميع المواصفات المتفق عليها، ويقتضي ذلك أن يكون خاليا من أي عيب ينقص من قيمته أو ينقص من قيمة نفعه، وأن يضمن صلاحية استعماله، وبصدد المنتوج يتعين على المحترف أن يضمن سلامته من أي خطر يهدد المستهلك في حياته أو أمواله كما هو مقرر في قواعد حماية المستهلك[1]، ومبدأ حسن النية مبدأ عام يقتضي في هذه المرحلة أن يقوم البائع أو مورد الخدمة بتنفيذ جميع التزاماته المترتبة عليه، ليس فقط ما ورد في العقد وأنماء يتناول ما يستلزمه مبدأ حسن النية[2] والعرف والعجالة.

ولقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 364 من القانون المدني الجزائري على وجوب أن يسلم البائع المبيع وفقا للمواصفات المتفق عليها وضمانه من أي نقص أو زيادة حيث منح له في هذه الحالة حق الفسخ إذا كانت الزيادة أو النقص يبلغ أهمية معينة كما هو وارد في نص المادتين 365 و 366 من القانون نفسه وألزم أيضا بضمان أي عيب يؤثر على الغرض الذي أعد له حيث منح للمشتري حق فسخ العقد أو إبطاله وفق لنص المادة 376 من القانون المدني الجزائري، في

---

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق ص280.

[2] حاول دوموق demogue تطوير مفهوم مبدأ حسن النية في العقود حيث يقول،

la bonne foi est une notion développée par demogue en vertu de laquelle de contrat ne doit plus être apprécié comme le siège d'intérêts antagonistes mais comme le creuset de l'intérêts comme des contractants Christophe JAMIN, une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civile, Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation, paris, éd, Dalloz, 2002, N° 901.

وتمت الإشارة إلى هذا المرجع يمينة حوحو في المرجع السابق ص 279.

حين تشمل أحكام قانون حماية المستهلك مجموعة من الضمانات تخص تنفيذ العقد كالتسليم والتأخير عنه وحق الفسخ لما هو مبين في نص المادة 03 من المرسوم التطبيقي 306/06.[1]

ولحماية المستهلك في ظل التجارة الإلكترونية نص المشرع الجزائري في القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية في المادة 18: "بعد إبرام العد الالكتروني، يصبح المورد الالكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الالكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم".

ولقد ارتأى المشرع الفرنسي ضرورة وضع حكم خاص بالمعاملات الالكترونية يقتضي التنفيذ الجيد للعقد الالكتروني من قبل البائع بشكل عام سواء يتصف بالمهنة والاحتراف أم لا، حيث لا تستغل الثغرات التي قد تكون في القواعد القانونية التقليدية ليتقلص من التزاماته أو يتحايل مع الطرف الآخر، لهذه جاءت المواد 03 – 20 – 121 .L من قانون حماية المستهلك الفرنسي[2] و15 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي[3] على إلزام البائع تنفيذ العقد تنفيذا جيداً.

إن إقرار المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي لقاعدة التنفيذ الجيد في عقد البيع الإلكتروني يدعو إلى التساؤل هل معنى أن التنفيذ الجيد يكون في عقود البيع الالكترونية دون العقود التقليدية الذي اكتفى فيها التنفيذ فقط دون إعطاء أي وصف؟[4] وهل معنى ذلك أن التنفيذ الجيد يمنع البائع استفادته من الظروف الطارئة خصوصا وأن مسؤوليته قائمة بقوة القانون؟ إن إقرار هذه القاعدة لا يقتصر فقط على ما ورد فيه، بل يشمل كل ما هو من مستلزماته وفقا للعرف، والعدالة، وطبيعة الالتزام، أي أن هناك تمييز بين التنفيذ في البيع الإلكتروني والبيع التقليدي وهذا لا يمكن تصور

[1] المرسوم التطبيقي رقم 306/06 الصادر في 2006/09/10.

[2] Art L121 20 03 modifié par loi N، 2008 03 du Janvier 2008 art 28، Les professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclure contrat sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci

[3] Loi N، 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique Art 15، Tout personne physique ou morale exerçant l'activité définie ou premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recoins contre ceux-ci

[4] المادة 107 من القانون المدني الجزائري، يجب تنفيذ العقد لما اشتمل عليه وبحسن النية

فمطالبة البائع بالتنفيذ الجيد يشمل جميع الروابط العقدية التي تشترط قدرا من التكافؤ في القواعد القانونية، والتعاقد عبر شاشة الكمبيوتر له خاصية استدعت لحماية المستهلك بطرق أكثر ملائمة للعدالة العقدية في التعاقد الإلكتروني منها حق الرجوع عن العقد واسترداد الثمن وغيرها.

ثانيا: قيام المسؤولية الالكترونية للبائع

إذا انعقد العقد صحيحا وتحدد مضمونه، فإنه يصبح واجب التنفيذ فالقوة الملزمة له تقضي قيام كل طرف فيه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، والواقع أن عدم التنفيذ تختلف صورته بحسب نوع الالتزام، فهناك: التزام بتحقيق غاية أو نتيجة، والتزام ببذل عناية أو بوسيلة ذلك أن بيان عدم التنفيذ يتوقف على تحديد مضمون الالتزام ومداه.[1]

ومن المعلوم أن الالتزام ينشأ عن العقد لكن في الوقت نفسه يجد مصدره في القانون حيث يتولى القانون تنظيم هذا الالتزام سواء بقواعد آمرة أو بقواعد مكملة، عندئذ يتولى تنظيمه تنظيماً دقيقاً، فيعنيه بالذات ويحدد نطاقه ويرسم حدوده، ويرتب عليه التزاماً خاصاً.

وعند اختلاف البائع أو مورد الخدمة الالكتروني بالتزامه المقرر له قانونا ويترتب عند ذلك ضرر للغير تقوم مسؤوليته في مواجهة المضرور والتزامه بتعويضه عما أصابه، والمسؤولية المدنية الإلكترونية كالمسؤولية المدنية المعروفة في القواعد العامة مع مراعاة لطابعها الإلكتروني الحساس، ويكون مصدرها العقد الإلكتروني الذي يتسم بتعقيدات وأمور فنية يصعب التعامل بها لاسيما في مجال تدعيم الثقة والإثبات[2]، بل ويصعب حتى تحديد الشخص المسؤول حقيقة وبذلك يمكن القول إن الأشخاص محل المسؤولية الإلكترونية قد يكون:

1/ صاحب المعلومة: éditeur du contenu وهو الشخص مصدر المعلومة ومسؤول عن كل أمر غير مشروع أو مخالف للقانون أو سبب ضرراً للغير، وهنا يتم تحديد المسؤول بحسب مضمون المعلومة فتكون مدنية إذا تضمنت تعدي على حقوق الغير أو ألحقت أضراراً.

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص71.

[2] عباس زواوي، سلمى مانع، الأحكام العامة للمسؤولية الالكترونية، مجلة المذكر، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2018، ص340.

2/ مورد المعلومات: le fournisseur de contenu وهو الشخص الذي يكون وسطا بين مؤلف الموقع الالكتروني والمستخدم الذي يريد الاطلاع عليه ومسؤوليته تعتبر قائمة من إصداره للمعطيات أو المعلومات وتحدد حسب طبيعة الفعل المرتكب.

3/ مورد الخدمات: le fournisseur des services وهو الشخص مالك الخدمة أو المنفذ لها ويتحمل مسؤوليته عما يقدمه من خدمات والتي قد تكون عقدية أو مسؤول عن كل ما سينشر من معلومات في حالة عدم احترام قواعد الإعلان والإيداعات القانونية المعلوماتية.

4/ متعهد الإيواء: le fournisseur d'hébergement هو الشخص الذي يقوم بتخزين المضمون المعلوماتي لعملائه، ويمدهم بكل الوسائل التقنية التي تمكنهم من الوصول إلى المضمون ويكون مسؤولا عن كل الأعمال والمنشورات التي تشكل جرائم.

عناصر المسؤولية الإلكترونية للبائع: تلعب المسؤولية المدنية العقدية دورا هاما في توفير الحماية القانونية لطرفي إذ عن طريقها يثبت حق المضرور في التعويض وجبر الضرر، وبذلك تقوم هذه المسؤولية على عناصر ثلاث مثلها مثل المسؤولية العادية، خطأ، ضرر، علاقة بينة بنصها.

أولا: الخطأ الإلكتروني: هو الفعل غير المشروع أو الفعل المضر الذي يرتكبه شخص متعامل وفقا للوسائل الإلكترونية ويسبب ضرر للغير، والخطأ الإلكتروني قد يكون عقدي مصدره العقد الإلكتروني سواء في مرحلة التفاوض أو بمناسبة إبرام العقد أو تنفيذه، كما قد يكون تقصيري مصدره فعل يقوم به شخص متعامل الكترونيا في إطار ممارسة نشاطه ولا يبذل عناية الرجل العادي ويسبب بذلك ضرر لغيره يستوجب التعويض[1].

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري، فيما وضعه من أحكام للمسؤولية العقدية (م 172 و 176 ق.م) والتقصيرية (م 124 و 140 ق.م) يتضح لنا بأنه يجعل الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بصفة عامة، وهذا دون أن يعرف ماهية الخطأ، لما فيه من دقة وصعوبة تاركا ذلك للفقه والقضاء، فالخطأ في المسؤولية العقدية إخلال بالتزام عقدي، أما في المسؤولية التقصيرية فهي الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، ومن الثابت أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية يعد من المسائل الموضوعية التي تدخل في حدود السلطة التقديرية

[1] عباس زواوي، سلمى مانع، مرجع سابق، ص342.

لقاضي الموضوع بغير معقب عليه مادام تقديره سائغا ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى، ولكن لمحكمة النقض أن تراقب قاضي الموضوع في تكييف الأفعال الصادرة من المدعي عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها قضاء محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض[1].وتنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لابد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"، حسب هذه المادة فإن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، أو تأخره في هذا التنفيذ، وسينوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ عن إهمال، أو فعل يكون سببه مجهول سواء كان عدم التنفيذ كليا أو جزئيا أو متأخرا أو معيبا، جاءت المادة أعلاه بالقاعدة العامة للعقود التي تجعل المدين مسؤولا بسبب عدم الوفاء، مال يثبت أن سببا أجنبيا هو الذي حال بينه وبين الوفاء، ويفترض أن يصاب الدائن بضرر جراء خطأ المدين لكي تقوم المسؤولية العقدية، ولا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت المدين وجود سبب أجنبي لابد له فيه حال بينه وبين تنفي الالتزام، ويبقى المدين مسؤولا عن غشه وسوء تنفيذه أو إهماله أو خطئه الجسيم[2]، طبقا للمادة 72 فقرة 02 القانون المدني الجزائري.

ثانيا: الضرر الإلكتروني

أ/ المبادئ العامة في الضرر: الضرر هو الإخلال بمصلحة محققة مشروعة للمضرور في ماله أو شخصه، أي الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، وهو الركن الجوهري والأساسي في المسؤولية المدنية، بل هو قوام هذه المسؤولية، لأنه محل الالتزام بالتعويض، فالتعويض يستهدف جبر الضرر ويتحدد مقدار التعويض بقدره.[3]

والضرر قد يكون ماديا متمثلا في المساس بمصلحة مالية، وقد يكون أدبياً يصيب المضرور في قيمة غير مادية كشعوره أو عاطفته أو سمعته أو غير ذلك من القيم، ويشترط لتعويض الضرر

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،مرجع سابق، ص339.

[2] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول التصرف القانوني –العقد والإدارة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007، ص 271.

[3] محمد حسين منصور، المسئولية الالكترونية، مرجع سابق، ص 332.

المادي أن يكون محققا، فاحتمال الضرر لا يصلح أساساً لطلب التعويض بل يلزم تحققه ويجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع، ولا يمنع القانون من أن يدخل عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب قوته عليه العمل غير المشروع، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملا، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه.

ويمتد ضرر المستهلك للعالم الالكتروني ويرتبط باستعمال وسائل الاتصال الالكترونية في اقتناء المنتوج فيكون نتيجة لاستعمال تكنولوجيا المعلومات، على غرار إصابة أجهزة المستهلك الالكتروني بالفيروسات أو التعرض للقرصنة الرقمية والاستلاء على أموال المستهلك، أو اقتناء المعلومات أو إفشاء المعلومات الشخصية الخاصة به، فالضرر الإلكتروني يمكن أن يكون ماديا أو معنويا[1].

فتطبيقات الضرر في المجال الالكتروني متنوعة فهو لا يتسم بطبيعة واحدة بل تختلف طبيعته حسب مجاله ونوعيته، ولعل القاسم المشترك هو ارتباطه بعالم التكنولوجيا الحديثة في الالكترونيات وما يتسم من دقة في تقديره وتحديده.

ب/ أنواع الضرر الالكتروني: ينقسم الضرر لعدة أنواع وهي:

1* الضرر المباشر وغير المباشر: يكون الضرر مباشر إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو متأخر بالوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول[2] فمعيار التميز بين الضرر المباشر وغير المباشر يتمثل في وجود العلاقة السببية بين فعل المسؤول وما ينجم عنه من ضرر، فيكون الضرر مباشر إذا تحققت العلاقة السببية، وضررا غير مباشر إذا لم تتحقق العلاقة السببية، يعتمد القانون المدني على الضرر المباشر في تقديره.

2* الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع: يؤخذ في تقدير التعويض بالضرر المتوقع وفقا لحكم المادة 182 فقرة 02 ت.م.ج أين يلتزم المدين بتقديم التعويض عن الضرر الذي يمكن توقعه عند

[1] عيلام رشيدة، المرجع السابق، ص 379.

[2] المادة 182من القانون المدني الجزائري

التعاقد، وفقا لمعيار الرجل المعتاد في سبب وقوعه، أو في مقداره أو نطاقه[1]، إذ يتوقف مساءلة المدين عن تعويض الضرر غير المتوقع في حالة ارتكابه للغض أو الخطأ الجسيم، وتقضي أحكام حماية المستهلك سواء في العالم المادي أو الالكتروني ضرورة الأخذ بمساءلة المحترف عن الأضرار غير المتوقعة، فالأصل أن يلتزم المحترف بضمان أمن وسلامة المستهلك.

3* الضرر الحال والضرر المستقبل: الضرر الحال هو الذي يثبت حدوثه فعلا على أثر وقوع الفعل الضار وأصبح محققا، وبهذه المثابة لا يثير تقدير التعويض عنه أية صعوبة، فيقدر القاضي التعويض عنه على أساس ملحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب مع مراعاة ما سوف يترتب على هذا الضرر من نتائج في المستقبل، سواء كانت مادية أو أدبية، أما الضرر المستقبل، فيقصد به الضرر الذي سوف يقع في المستقبل بعد وقوع الفعل الضار.

4* الضرر المادي والضرر المعنوي: تختلف طبيعة الضرر الذي يلحق بالمستهلك الإلكتروني فقد يكون ضرراً مادياً أو يكون ضرراً معنوياً:

*الضرر المادي: الضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق (أو بمصلحة) سواء كان الحق حقا ماليا أو غير مالي ومن هنا فإن المساس بالحق المالي (كالحقوق العينية أو الشخصية أو الملكية الفكرية أو الصناعية) يكون ضرراً مادياً (dommage matériel) إذا نجم عن هذا المساس انتقاص للمزايا المالية التي يخولها واحد من هذه الحقوق، أما إذا لم يترتب مثل هذه الانتقاص فإن المساس يرتب ضرراً أدبياً فقط[2].

وتعتبر الأضرار اللاحقة بالمنتوج الذي يقتنيه المستهلك أضرار مالية، إذ يشكل خسارة مالية كل تلف أو عيب تصيب المنتوج وينقص من قيمته أو يقلل من منافعه، الذي يتعذر على المستهلك استعمال المنتوج على الوجه المحدد في العقد أو حسب طبيعته، تتفاوت درجة جسامة الأضرار المالية الماسة بالمنتوج، وغالبا ما تكون الأضرار الجسيمة سبب في جعل المنتوج غير قابل للاستعمال، مما يستوجب استبداله، أما الضرر غير الجسيم فيمكن تصليح العيب المؤثر على

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2003، ص 175.

[2] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 146.

صلاحية استعمال المنتوج[1]، والصورة الغالبة للضرر الإلكتروني المادي هو تدمير الثروة المعلوماتية في البرامج وقواعد المعلومات وما يمكن أن ينجم عن ذلك من نتائج وخيمة على المشاريع والإنتاج والأجهزة والخدمات، بل وأضرار جسدية وأدبية، فالضرر الجسدي يرتبط بالتعدي على حق المستهلك الإلكتروني على سلامته الجسدية، والتي تكلفه القوانين الوضعية من خلال تكريس حق الفرد في حماية سلامة شخصيته وشرفه، أين يمنع المساس بكيانه المادي والمعنوي، ويتعلق الضرر الجسدي من الناحية المادية في الاعتداء على الكيان المادي للمستهلك، والذي يترتب على عدم مطابقة المنتوج لمقاييس الأمن و السلامة، أو تغشيش فحوادث الاستهلاك على العموم ترتبط بفساد المواد الغذائية أو غش المواد الطبيعية، أو عطب الأجهزة التي يمكن أن تسبب في ضرر المستهلك ذاته.

- الضرر المعنوي: هو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته، أو في شعوره، أو في شرفه أو في معتقداته الدينية، أو في عاطفته وهو أيضا ما يصيب العواطف من آلام نتيجة لفقدان شخص عزيز[2]، وقد توسع القضاء في مفهوم المصلحة الأدبية فاعتبر ضرراً أدبياً ما يصيب الشخص من جراء السب أو القذف من إيذاء للسمعة أو عن آلام النفس إلى نطاق المحافظة على اسم الشخص وحرمة عائلته وشرفها، وحقه المعنوي على مؤلفة أو عقائده، فقد لا يمس الضرر المعنوي المصالح المالية للمستهلك الالكتروني ولا كيانه المادي، وإنما ينصب على كيانه المعنوي نتيجة للقرصنة والاعتداء الرقمي لبياناته الشخصية وقد ترتبط الأضرار المعنوية بالأضرار المادية وذلك التأثير على نفسية المستهلك نظرا لفقدانه ثمن المنتوج من جهة ومن جهة أخرى عدم تلبية احتياجاته وعدم التوصل لتحقيق الغرض من اقتناء المنتوج، وإضافة إلى ذلك الإصابات الجسدية التي تتسبب فيها الحوادث الاستهلاكية تؤدي بدورها إلى أضرار معنوية[3]، وتعدد صورة الضرر الأدبي، كما في حالة انتهاك السرية المعلوماتية والبيانات الشخصية وحرمة الحياة الخاصة عبر نظم التجسس الالكتروني

[1] تنص المواد من 09 إلى 12 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السابق الذكر على إلزامية أمن المنتوجات و سلامتها.

[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 198.

[3] عيلام رشيدة، مرجع سابق، ص 385.

واختراق أجهزة الحاسب ببرامج وقواعد المعلومات، وفقد ثقة العملاء في البنك الذي تم اختراق نضمه الآلية، والمساس بسمعة المنتوج وقوته التنافسية بسبب إصابة أجهزته ومنتجاته، ومثاله أيضا الأضرار الناتجة عن البث الفضائي للبرامج التي تتضمن مساساً بأمن وكرامة لأفراد والقيم السائدة لديهم، وما قد تنطوي عليه من إهانات وتجريح لحرمة وخصوصية الآخرين غير ما تحمله من أساليب دعائية مغرضة أو عرض الوقائية الكاذبة والأشياء المنحرفة.

- الضرر المرتد: يلحق الضرر المرتد في العادة بالشخص المصاب على مصالحه المادية أو المعنوية، أي في ماله أو جسمه أو معنوياته، غير أن هذا الضرر لا يقتصر أحيانا على المضرور وحده، بل قد يرتد أو ينعكس على أشخاص آخرين يصيبهم شخصيا بوقوعه أضراراً أخرى. ويسمى هذا الضرر بالضر المرتد أو الضر المنعكس لأنه يقع بطريقة الارتداد لضرر آخر ويكون نتيجة له ويعتبر ضرراً مباشراً يتعين التعويض عنه وسمي كذلك بالضرر المورث والذي ينتقل من السلف إلى الخلف، بينما يتمثل الضرر المرتد في الضرر الذي يصيب الخلف شخصيا بسبب الضرر الذي أصاب السلف[1].

ثالثا: العلاقة السببية لقيام المسؤولية الالكترونية

إن العلاقة السببية شرط أساسي لقيام المسؤولية فلا يكفي مجرد وقوع الضرر وثبوت الخطأ، بل يلزم أن يكون هذا الضرر نتيجة لذلك الخطأ أي وجود علاقة مباشرة بينهما وهذا لا يكفي بل يجب أن يكون هو السبب المباشر وكذلك السبب المنتج فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي انعدمت السببية ولا تقوم المسؤولية، وتحديد رابطة السببية في المجال الالكتروني يعد من الأمور الشاقة والعسيرة نظرا لتعقد المسائل الالكترونية وتغير حالاته وخصائصه وعدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة، فقد تعود أسباب الضرر إلى عوامل بعيدة أو خفية مردها إلى تركيب الأجهزة وتداخل المعلومات والأدوار مما يتعذر معه تحديد المعامل الفعال.

وتقضي القواعد العامة بأن المدعى (المضرور) هو الذي يقع عليه عبء إثبات عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وإن كان إثبات الضرر لا يثير كثيرا من الصعوبات إلا أن الأمر يختلف فيما يتعلق بإثبات الخطأ ورابطة السببية في المجال الإلكتروني والأصل أن يتم

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 186.

الخطأ بكافة الطرق متعلقة بواقعة مادية ومن ثم يقع على عاتق المضرور عبء إثبات الخطأ، أي انحرافه عن السلوك المألوف للشخص العادي، وقد يرد الإثبات على تصرف قانوني يلزم إثباته بالكتابة وقد يتمثل الخطأ في الإخلال بالتزام تحقيق نتيجة، هنا يكفي إثبات عدم تحقيق النتيجة.

وقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها شرط أن تورد الأسباب السائغة المؤدية إلى ما انتهت إليه.

إلا أن البائع المحترف أو مورد الخدمة يستطيع أن ينفي مسؤوليته إذا أثبت السبب الأجنبي هذا يعني أن البائع يبقى مسؤولا تجاه المشتري في جميع الحالات إلا إذا أثبت أن سبب عدم تنفيذ العقد يعود إلى سبب أجنبي، المعروفة بالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو الخطأ الغير وهي أسباب الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليها في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري أو نص المواد 1147 و1148 من القانون المدني الفرنسي التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وإثبات السبب الأجنبي[1] من قبل البائع يمنع قيام العلاقة السببية بين البائع وعدم التنفيذ.

- **القوة القاهرة:** أو الحادث المفاجئ يؤدي إلى قطع رابطة السببية، إذا كان غير متوقع ويستحيل دفعه أو التحرر منه ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ولا يكون هناك محل للتعويض، ويتعين أن تكون القوة القاهرة مستحيلة التوقع وقت إبرام العقد وعدم توقعها ليس للبائع فقط وإنما للناس جميعا ويجب أن يستحيل دفعها من قبل البائع فتؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة و من أمثلة ذلك توقف الأجهزة و البرامج أو خللها أو تدميرها نتيجة صاعقة أو زلزال أو نشوب حرب عسكرية شاملة وتدميرية أو ذات طابع اقتصادي تطلق فيها الدولة العدو فيروسات جديدة مدمرة ليس بوسع المنتج توقعها أو مقاومتها أو يترتب على ذلك استحالة تنفيذ المتعاقد عبر الانترنت أو مقدم الخدمة لالتزامه، أما إذا كانت إمكانية عدم تنفيذ الالتزام متوقعة عند التعاقد فلا وجود لقوة قاهرة، لأن إمكانية التوقع يعني أن البائع التزم وهو على علم كامل بكل المسائل التي قد يتعرض عند تنفيذ العقد مثل الأخطار المتعلقة بتكنولوجيا الانترنت والتي يستلزم أن يتجنبها من خلال دفعها.

[1] لم يعرف المشرع الجزائري السبب الأجنبي لكن ذكر شرطين أساسيين يتعين تواجدهما فيه وهما، شرط عدم التوقع وعدم الدفع وإذا تخلف أحدهما لا نكون بصدد سبب أجنبي.

- **خطأ المضرور:** يعفى البائع من المسؤولية تجاه المشتري (المضرور) إذا أثبت أن سبب عدم تنفيذ العقد ناجم عن المشتري (الدائن) نفسه، بمعنى أن هذا الأخير ارتكب خطأ تسبب في عدم تنفيذ العقد ويقع على البائع إثبات ذلك، أي يثبت أن سلوك المشتري هو السبب الوحيد في عدم تنفيذ البائع لالتزاماته، ويقاس معيار خطأ المشتري بمعيار الرجل العادي أي بمعنى أنه انحرف عن السلوك المألوف لدى الرجل العادي[1]. وينفي خطأ المضرور رابطة السببية إذا كان هو وحده السبب في إحداث الضرر، أما إذا كان قد ساهم مع خطأ المسؤول في وقوع الضرر، فإن ذلك يؤدي إلى انتقاص التعويض المحكوم به بقدر نسبة الخطأ، والأصل أن خطأ المضرور لا يرفع المسؤولية وإنما يخففها، ولا يعفي المسؤول استثناء من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن هذا الخطأ هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه وأنه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسؤول[2]، ومن أمثلة خطأ المضرور عدم تعاون المتعاقد أو المستخدم الالكتروني مع المنتج أو مقدم الخدمة في تنفيذ الالتزام، أو عدم تقديم المعلومات الكافية لذلك أو عدم الإعراب بوضوح عن احتياجاته وكذلك مخالفة تعليمات استخدام الجهاز أو البرنامج إذا كانت واضحة ومحددة و ير تعسفية، وإعارة واستعارة البرامج فتقع الإصابة بالفيروس، والقيام بالنسخ غير المشروع واستخدام خدمات الانترنت بطريقة مخالفة للقانون والسماح للغير باستخدام بطاقة الدفع الالكترونية الخاصة به في الحصول على الأموال.
- **خطأ الغير:** يستطيع البائع عبر شبكة الانترنت دفع المسؤولية عنه إذا أثبت أن سبب عدم تنفيذ التزامه أو سوء تنفيذه يعود إلى خطأ الغير، والغير هو كل شخص ليس طرفا في العقد، ولا يكون البائع مسؤولا عنه، بمعنى أنه لا يعد خلفا عاما ولا خاصا لكل المتعاقدين، كما أنه ليس تابعاً لأي طرف من أطراف العقد وكذلك يقاس خطأ الغير بمقياس الرجل العادي.

وقد يكون الخطأ مشتركا في حالة وقوع الضرر نتيجة أكثر من خطأ، فإذا تعددت الأخطاء التي تقوم بينها وبين الضرر رابطة السببية، ولم يكن من بينها خطأ مستغرقاً للأخطاء الأخرى، ثم توزيع المسؤولية بين المخطئين بنسبة الخطأ كل منهم[3]، ومثال ذلك توجيه الغير فيروس جديد لتدمير

[1] يمينة حوحو، مرجع سابق، ص290.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية مرجع سابق، ص335.

[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 366.

المعلوماتية الخاصة بشخص لم يتحصن من الفيروسات، لأنه حتى بفرض وجود هذه الحصانة لم تكن لتجدي مع القوة التدميرية لذلك الفيروس، أو قيام الغير باختراق قاعدة البيانات والحصول على أسرار تتعلق بحرمة حياة الآخرين وإفشائها رغم اتخاذ صاحب القاعدة وسائل الأمان المتاحة.

ويمكن أن يؤدي الخطأ الواحد إلى سلسلة من الأضرار المتعاقبة واحداً بعد الآخر ويستقر الفقه على أن المسؤول يلتزم بتعويض الضرر المباشر ويحدث ذلك كثيراً في المجال الالكتروني حيث تتعاقب وتتوالى الأضرار عن نفس الواقعة بسبب التداخل والترابط الشديد بينها، مثال ذلك تدمير نظام المعلومات الخاص بالشركة فتوقف الأجهزة والإنتاج ولا تستطيع الوفاء بالتزاماتها تجاه الآخرين وتتوالى عليها الدعاوى وتسوء سمعتها ويشهر إفلاسها.

وقد أثار المشرع الجزائري إلى تخلي المورد الالكتروني عن مسؤوليته في الفقرة 02 من المادة 18 من قانون التجارة الالكترونية: "غير أنه يمكن المورد الالكتروني أن يتحلل من كامل مسؤوليته إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوءه يعود إلى المستهلك الالكتروني أو إلى قوة قاهرة".

المطلب 2: حق المستهلك في اللجوء للتقاضي

انه من الطبيعي في بيئة التجارة الالكترونية أن تظهر المنازعات تماما كما هو الحال في العالم غير الالكتروني وهي منازعات تتصل بإبرام العقد وتنفيذه وتفسيره وأخرى تتصل بالعناصر المرتبطة بالتجارة الالكترونية كمنازعات الملكية الفكرية؛ وتحديدا بالنسبة للمعاملات التجارية واتصالها بأسماء مواقع التجارة الالكترونية على شبكة الانترنت، إلا أن هذه المنازعات قد تتخذ صفة أخرى اجرامية يتطلب الفصل فيها تحريك دعوى عمومية وبذلك نتطرق في هذا المطلب الى حق المستهلك في اللجوء الى القضاء بوجهيه حيث يتضمن الفرع الأول حق المستهلك الالكتروني في رفع دعوى تحكيمية أو مدنية والفرع الثاني حق للمستهلك الالكتروني في رفع دعوى جزائية.

الفرع 01: حق المستهلك الالكتروني في رفع دعوى تحكيمية

في طيات ما سبق الحديث عنه فيما يخص الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني نجدها في الأغلب تتمحور حول ما يشوب عقود التجارة الالكترونية من عيوب تلحق سواء بإرادة المتعاقدين أو عيوب خفية وكيفية تفاديها ولكن في حالة وقوع التعاقد وتنازع أطرافه يتم اللجوء الى حلول ودية لذرء هذا النزاع عن طريق التحكيم.

وتجري الكثير من المعاملات التجارية المبرمة في إطار التجارة الالكترونية بين أطراف غالبا ما يوجد بينهم تباعد في الأماكن، وقد تولد عن هذا التباعد منازعات قانونية تحتاج اخضاعها لهيئة أو محكمة مؤهلة للفصل فيها. وتسوية هذه المنازعات عن طريق التحكيم التقليدي في التجارة الالكترونية ارتبطت معه بعض العقبات التي أفرزتها تطبيقات عملية لهذا التحكيم على منازعات هذه التجارة، وذلك ما دفع الى ضرورة تطوير أسلوب التحكيم فظهر نوع خاص ومستقل بشكل كبير عما جرى العمل به وهو التحكيم الالكتروني.

أولا: تعريف التحكيم الالكتروني: يعرف التحكيم الالكتروني على انه الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع على شخص أو أشخاص معينين لتسوية خارج المحكمة المختصة؛ فهو نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بتهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية[1]. ويعرف كذلك على أنه طريق خاص لحل المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ويعتمد أساسا على أطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيمون فيه.[2]

ولا يختلف تعريف التحكيم الالكتروني عن التحكيم التقليدي الا من خلال الوسيلة التي تتم بها اجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم حتى الأحكام فقد يحصل عليها الأطراف موقع وبطريقة الكترونية [3].

فالتحكيم الالكتروني هو التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الاتصالات الدولية بطريقة سيئة دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين.[4]

---

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق ص 241

[2] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 391

[3] محمد ابن الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 91

[4] خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص248.

لم يعرف المشرع الجزائري التحكيم الالكتروني ولا التحكيم التقليدي، واكتفى بالتعرض لأحكامه وأشار في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، إلا انه عرف كل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم، فشرط التحكيم حسب نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بمفهوم المادة 1006 السابق ذكرها لعرض النزاعات التي قد تتأثر بشأن هذا العقد على التحكيم أما اتفاق التحكيم فنص عليه في المادة 1011 من نفس القانون، فهو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، أي أن الفرق بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم هو وقت ادراج هذا البند لفك النزاع فشرط التحكيم يدرج في العقد أو في عقد لاحق قبل نشوب النزاع، الا أن اتفاق التحكيم فيكون بعد نشوب النزاع على اللجوء للتحكيم.

ثانيا: ملائمة التحكيم الإلكتروني لمنازعات عقود المستهلكين الالكترونية

يهدف التحكيم إلى ترقية وتأمين بيئة العمل الإلكتروني، وما يتصل بها من خلال تسوية أو حل المنازعات الالكترونية القائمة أو تقديم الخدمات الاستشارية التي من شأنها منع حدوث المنازعات من أجل مجتمع الكتروني رقمي معافى[1]، ولذلك أضحى التحكيم الالكتروني يتماشى ويتلاءم مع طبيعة العقد الالكتروني من عدة جوانب نذكر منها:

1/ ملائمة التحكيم من حيث انخفاض التكاليف: مع ظهور مراكز التحكيم الالكتروني أصبح في مقدور المستهلك في أي مكان في العالم وفي أي وقت أن يمارس حقه في اللجوء إلى التحكيم والحصول على حقه ودفع الظلم الذي قد يلحق به دون أن يكلفه ذلك شيئا وفي بعض الأحيان، وان وجدت بعض التكاليف فتكون معقولة بالنسبة لقيمة النزاع وبالقدر الذي لا تثقل كاهله[2]، ولهذا نجد أن المراكز التي تقدم خدمات التسوية الالكترونية بما فيها التحكيم الإلكتروني تتيح استخدام علامة الثقة التي تعرض على صفة الموقع الالكتروني للبائع ويلتزم هذا الأخير بأن يدفع اشتراكا ماليا كعضو فيها وكذلك الأمر ذاته يجري في مراكز التسويق التي تحوي العديد من البائعين حيث يلتزم

[1] عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص399.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص406.

بغض منازعاتهم مع المستهلكين من خلال مراكز التسوية ووقف اشتراكات مالية معينة مع مجانيتها للمستهلك.

2/ ملائمة التحكيم من حيث السير والمرونة: يتميز التحكيم الالكتروني باليسر والمرونة حيث لا يلزم انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي أمام المحكمين بل يمكن سماع المخاصمين عبر المحادثات الهاتفية والاتصالات الالكترونية عبر الأقمار الصناعية، أضف إلى ذلك سرعة اصدار الاحكام نظرا لسهولة الاجراءات حيث يتم تقديم المستندات والأوراق بالبريد الإلكتروني ويمكن الاتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الانترنت لذلك انتشرت محاكم التحكيم الالكترونية.[1]

3/ ملائمة التحكيم من حيث القواعد المطبقة: تتميز المعاملات التجارية الالكترونية بطابعها الدولي لقيامها عبر شبكة الانترنت والتي تعتبر شبكة مفتوحة عالميا تنعدم فيها الحدود الجغرافية لذا اللجوء إلى التحكيم الالكتروني الحل المناسب لتجاوز مشكلة تنازع القانون والقضاء في منازعات التجارة الالكترونية لتمتع الاطراف بحرية اختيار المحكم الكفؤ والقانون الذي سيطبق على النزاع[2]، ويسهل عرض النزاع على محكمين ذوي خبرة فنية خاصة مع الطبيعة الفنية الخاصة لعقود التجارة الالكترونية التي لا يستطيع فهمها الا خبير فني متخصص.

4/ ملائمة التحكيم الالكتروني مع سرية المعلومات: تحاط معاملات المتعاملين في مجال التجارة بوجه عام والتجارة الالكترونية بوجه خاص بقدر كبير من السرية لما قد يؤدي الافصاح عن هذه المعاملات من الحاق خسائر فادحة بهم، وفي سبيل ذلك يدرجون من الشروط ما يهدف الى تشديد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ذلك لأن استخدام الوسائل الفنية في دائرة التحكيم الالكتروني من شأنها أن تجعل الوصول إلى المعلومات والبيانات الخاصة بالتجارة الالكترونية والنزاعات ذات العلاقة أمرا شبه مستحيل، إلا أن هناك من الفقه من يعتبر هذه السرية سلاح ذي حدين حيث يحصل الاطراف المحتكمون على حق الدخول على الموقع الالكتروني لمركز التحكيم

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، ص349.

[2] حمادوش أنيسة، خصوصية التحكيم الالكتروني في حل المنازعات التجارية الالكترونية، مقال نشر بمجلة العلوم الإنسانية، جامعة الاخوة منتورى قسنطينة، عدد48، ديسمبر 2017، ص 213.

بكلمة مرور (password) خاص بهم لإتمام اجراءات لازمة في سير الدعوى أو التبادل الوثائق والحجج إلى حين صدور الحكم، الا أن هناك أشخاص أخرى مثل الخبراء الفنيين مثلا يتطلب دخولهم، إلى المواقع الحصول على الارقام السرية وهذا ما يعني أن معرفة الارقام السرية لم تعد قاصرة على أطراف النزاع و حدهم وهو ما يشكل تهديدا لسرية التحكيم و هناك بعض الاشخاص المحبين لاختراق المواقع "crarches".[1]

5/ ملائمة التحكيم الالكتروني مع مبدأ المساواة والمواجهة بين الأطراف: يقوم مبدأ المساواة على أساس تساوي مراكز الأطراف أمام هيئة التحكيم بخصوص إجراءات نظر النزاع الخاص بهم، والمساواة في مجال التحكيم الالكتروني تتحقق بافتراض المام أطراف النزاع بشكل كاف بكيفية التعامل مع الأجهزة الالكترونية، أما مبدأ المواجهة فيتجسد في أن للأطراف حرية اختيار الشكل الذي يرونه مناسبا لتوجيه الدعوة والتكليف بالحضور، والتبادل الالكتروني للوثائق والمستندات بين الأطراف وتقديم الأدلة الالكترونية.

ثالثا: أليات التحكيم وشروطه في إطار التجارة الالكترونية

تتم إجراءات التحكيم بطريقة الكترونية على موقع المركز الالكتروني، ويتم خلال هذه الإجراءات تخزين البيانات والمستندات والوثائق المتعلقة بالقضية، ويتم التحكيم وفقا لآليتين اثنتين هما شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم.

1 /شرط التحكيم: يقصد بشرط التحكيم الشرط الذي يرد في العقد بإحالة المنازعات المستقبلية حول ذلك العقد إلى التحكيم، وهذا هو الغالب في الحياة العملية، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل، أو لاحق عن العقد الأهلي فشرط التحكيم عمل إرادي يتعلق بنزاع محتمل لا يريد أطرافه إخضاعه للقضاء العام بعد وقوعه بل يريدان حله بطريق التحكيم، كما أن هذا الشرط لا بد وأن يرتبط بعقد معين يسمى العقد الأصلي[2]، ونص المشرع الجزائري في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والادارية على شرط التحكيم وعرفه: "شرط التحكيم هو الاتفاق

[1] صفاء فتوح جمعة فتوح، منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم، آليات فض المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص306.

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص249.

الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"، ولا شك أن كثيرا من المشكلات والتعقيدات التي تؤدي إلى التأخر في التنفيذ النهائي لحكم المحكم، يمكن تلافيها عن طريق الصياغة السليمة لشرط التحكيم وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1008 من نفس القانون تحت طائلة البطلان يثبت شرط التحكيم بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها ويتضمن تعيين المحكم أو المحكمين وكيفيات تعيينهم.

2/ اتفاق التحكيم: هو ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوبها من خلال التحكيم[1]، إلا أن المشرع الجزائري نص في المادة 1011 على تعريف اتفاق التحكيم بأنه: "هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"؛ أي أنه حدد وقت اتفاق التحكيم على أنه اتفاق لاحق لنشوء النزاع وليس محتمل النشوء، واشترط فيه الكتابة تحت طائلة البطلان لموضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم، إلا أن المشرع أضاف في نص المادة 1040 في إطار الفصل السادس المعنون بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي على أن اتفاقية التحكيم تسري على النزاعات القائمة والمستقبلية باعتبار أن عقود التجارة الالكترونية ذات طابع دولي، وبذلك يكون المشرع قد أخذ بعين الاعتبار الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وتنظمه والتي تكون الجزائر طرفا فيها.

على العموم يعرف اتفاق التحكيم أنه الاتفاق الذي بموجبه يرضى فيه أطراف العقد بحالة النزاع الذي نشب بينهما إلى نظام التحكيم الالكتروني الذي تدار فيه العملية التحكمية من بدايتها الى نهايتها بكافة وسائل الاتصال الالكترونية[2]، ويتخذ عدة أشكال سوف نبين أهمها:

* اتفاق التحكيم الالكتروني الذي يبرم باستخدام علامات الثقة: يقصد بعلامات الثقة الشهادة التي تمنح من قبل مراكز التسوية موثوق بها عالميا وتوضع على صفحة الانترنت، حيث يستخدمها البائع على موقعه الخاص وفق عقد بين الطرفين يلتزم بموجبه البائع مراعاة القواعد التي يضعها

[1] سيف الدين الياس حمدتو، التحكيم الالكتروني، مقال نشر بمجلة العلوم القانونية، الصادرة عن معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي الوادي، عدد03 الصادر جوان2011، ص70.

[2] صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص320

مركز التسوية، وذلك في جميع عملياته التي تجرى عبر الانترنت، وأهم تلك القواعد هي اللجوء إلى مركز التسوية عند قيام أي منازعة بينه وبين المستهلك، ومؤدى هذا أن مركز التسوية يختص بنظر تلك المنازعات بمجرد أن يلجا أحد عملاء البائع برغبته في تسوية النزاع فيستخدم مركز التسوية علامة الثقة كوسيلة لإجبار البائع ملتزم على تنفيذ الأحكام التي تصدر عنها وهكذا فأنه في هذه الصورة ليس هناك اتفاق مسبق على اللجوء إلى التحكيم بين المستهلك والبائع، وكل ما هناك أن البائع ملتزم أمام مركز التسوية الالكترونية بأن يعرض أي نزاع بينه وبين المستهلك ويلتزم بإجابة المستهلك عند لجوئه إلى ذلك المركز مقابل حقه في وضع علامة الثقة على موقعه الالكتروني والاشتراك المالي الذي يدفعه للمركز.

* اتفاق التحكيم الالكتروني الذي يبرم من خلال مراكز التسويق الالكترونية: عادة ما نجد أن هناك تجمعات لعدة بائعين ضمن مجموعة واحدة تتمثل في المراكز التجارية في أرض الواقع، بحيث أن كلا منهم يعرض منتجاته للمستهلكين ويستفيد من مزايا المركز في مقابل الالتزام بقواعد ذلك المركز، ويطلق على مثل هذه المراكز "مراكز التسويق عبر الانترنت"، والواقع في هذه المراكز أنها تخدم المستهلك بالدرجة الأولى حيث أنها تقدم خدمات متنوعة للمستهلكين في موقع واحد ويستطيع البحث من خلاله عن أفضل العروض هذا من جانب، ومن جانب أخر فان هذه المراكز تضمن حق المستهلك في مواجهة البائع الالكتروني، والذي يقع على عاتقه الالتزام بعدم الخروج عن قواعدها والذي روعي فيه بالدرجة الأولى المستهلك الالكتروني ابتداء بوضع الأسعار، حيث تشترك المراكز مع المتجر في تحديد الأسعار وانتهاء بقبول التسوية التي تتم أمام مركز التسوية الالكترونية التابعة لمركز التسوق[1].

* اتفاق التحكيم الالكتروني الفردي: في هذه الصورة يجرى الاتفاق على التحكيم في شكل مشاركة تحكيم، حيث يتم الاتفاق بين البائع والمستهلك على اللجوء إلى مركز التسوية الالكترونية المتاحة للجميع، وتعددت المراكز التي تقدم خدمات التحكيم عبر الانترنت نذكر منها على سبيل المثال:

أ/ نظام الوساطة التابع للمنظمة الدولية لحماية الملكية الفكرية (wipo) والتي أطلقت عليه Medication followed of a settelement by arbitration، وهو إجراء يتضمن كل من الوساطة

[1] من المراكز التي تقدم مثل هذه الخدمة، مركز E-bay، وذلك من خلال الرابط التالي، www.ebay.com

والتحكيم، وبالموافقة عليه تبدأ مساعي الوساطة، والتي تكون محددة لمدة معينة، وإذا ما انتهت المدة دون التوصل لتسوية، يكون لأي من الطرفين رفع النزاع للتحكيم، وقد حدد مركز التحكيم wipo مدة التحكيم ب يوما45-60 وعنوان المركز على الشبكة:http://arbiter.wipo.int/arbitration

ب/ مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي: يعمل المركز على تسوية المنازعات عن طريق نظام (أي رزليوش) بشبكة الانترنت ذاتها، وذلك بالدخول على صفحة المركز لتعبئة الاستمارة الخاصة بوجود نزاع بين طرفين لتلقي التعليمات منها، ودفع الرسوم المقررة وموقع المركز:http://www.kuma.net.kw/new

ج/ مركز الاتحاد العربي للتحكيم الالكتروني: تأسس بالقاهرة في سبتمبر 2007، يهدف الى اختصار الوقت والجهد وتوفير النفقات لزيادة هذا التبادل، وبث ثقة التاجر والمتعامل العربي في تلك المعاملات عن طريق التوعية بتطبيق نظم العقود والرقمية وحل المنازعات الالكترونية الواردة عليها من خلال تفعيل العمل بنظام التحكيم الالكتروني وتقديم خدمات استشارات التحكيم الرقمي.

وفي الآونة الأخيرة تعددت هذه المراكز بحيث لا يمكن حصرها، وفيما تقدم نماذج لتلك المراكز، ويتم الاتصال ما بين المركز وأطراف النزاع بواسطة البريد الالكتروني أو الفاكس أو التلكس.

رابعا: الفصل في الدعوى التحكيمية على الشبكة:

وصولا لحل أية منازعة ولمعالجة موضوع إجراءات المحاكمة التحكيمية على شبكة الانترنت يجب أن يكون هناك دعوى تقدم بناء على طلب أحد طرفي الخصومة التحكيمية، وصولا لقرار تحكيمي فاصل، وهذا حق بديهي للمرء سواء أمام هيئة التحكيم على الشبكة[1]، والقاعدة أنه يجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم ضمن الاتفاق عليه مباشرة ويمكن أن يتم ذلك التحديد بطريق مباشر، من خلال الاحالة الى قانون معين أو نصوص الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم، ولعل أهم ما يحرص عليه المتخاصمون هو مواجهة المسائل الفنية المرتبطة بالإنترنت ووضع ضمانات للمحافظة على سرية المعلومات المطروحة[2]، وقد تثور المشكلة إذا لم يتفق الأطراف على تحديد

[1] سمير دعون، مرجع سابق، ص204.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية مرجع سابق، ص351.

إجراءات التحكيم فغالبا لا يتضمن الاتفاق كل الأحكام الأساسية التي ترعى الخصومة التحكيمية فاتفاقية نيويورك أعطت الحرية التامة في امتياز القانون المطابق على الإجراءات التحكيمية، على أن يكون مكان قانون التحكيم هو القانون الاحتياطي في حال عدم اتفاقهم على قانون معين.

خامسا: حكم التحكيم الالكتروني: تنتهي الخصومة التحكيمية بإصدار هيئة التحكيم حكما فاصلا للمنازعة القائمة، ويكون بأغلبية الآراء ويجب أن يكون مسببا، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب التحكيم، ويجب أن يشمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وأسماء المحكمين وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم ومكان وتاريخ إصداره[1] وأن يوقع الكترونيا من أعضاء اللجنة حتى يتماشى التوقيع مع طبيعة التحكيم الالكتروني.

وتعتبر الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم ذات حجية تامة مثل تلك التي تتمتع بها الاحكام الصادرة عن القضاء وفقا لما تضمنه الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والوطنية، ومما لاشك فيه ان اطراف النزاع من المفترض قبولهم مسبقا تنفيذ القرار التحكيمي وتنفيذه الا ان الطرف الخاسر سيء النية قد يرفض تنفيذ الحكم مما يضطر الطرف المستفيد من الحكم اللجوء الى القضاء الوطني لدولة التنفيذ لطلب هذا الحكم عن طريق تقديم اصل الحكم او صورة طبق الاصل منه الاعتراف به وتنفيذه بالإضافة الى اصل او صورة طبق الاصل من افاق التحكيم.

الفرع 02: حق المستهلك الالكتروني في رفع دعوى مدنية أو جزائية

أولا: الدعوى الالكترونية المدنية:يعتبر التقاضي الالكتروني عملية نقل مستندات التقاضي الكترونيا الى المحكمة عبر البريد الالكتروني حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة شخص مختص واصدار قرار بشأنها بالقبول او الرفض وارسال اشعار الى المتقاضي يفيده علما بما تم بشأن هذه المستندات.

وفقا لهذا التعريف فان المتقاضي عند رغبته في اقامة الدعوى بطريقة الكترونية سوف يرسل صحيفة (عريضة) الدعوى عبر البريد الالكتروني من خلال موقع الكتروني مخصص لهذا الغرض، وتحتفظ الخصومة القضائية الالكترونية بنفس المفهوم لنظيرتها العادية فهي حق كل

[1] حمادوش أنيسة، مرجع سابق، ص236.

شخص ان يكلف خصمه امام القضاء ليقتضي منه حقا ثابتا او مزعوما وليحصل لنفسه على حكم باحترام هذا الحق او رده ولكن بتقنيات الكترونية كالبريد او وسائل دفع اخرى مشابهة.

أ/ تعريف الدعوى الالكترونية: تعرف الدعوى القضائية على انها "سلطة الالتجاء الى القضاء للحصول على تقرير حق موضوعي او حمايته"، ويمكن تعريفها انها عبارة عن حق اللجوء الى القضاء من اجل الحصول على حق الحماية القانونية الى حق المدعى به والقيام بطلب الحكم له به.

وبذلك لا يختلف مفهوم الدعوى الالكترونية كثيرا عن نظيرتها العادية الا عبر الوسائط التي يتم بواسطتها رفع الدعوى الالكترونية، اذا يمكن القول انها "سلطة الالتجاء الى القضاء للحصول على تقرير حق موضوعي او حمايته ولكن تتم عبر وسائط الكترونية ومن خلال شبكة الانترنت."[1]

وتحاول معظم الدول جعل إمكانية رفع الدعوى الكترونيا واقعا لما في ذلك من فوائد تقنية وقانونية على المتقاضين من جهة وعلى أجهزة العدالة من جهة أخرى، وبدورها وزارة العدل الجزائرية في إطار مواصلة تطوير وتحسين نوعية الخدمات المقدمة للمواطنين وأفراد الجالية بالخارج وضعت حيز الخدمة أرضية الكترونية جديدة تسمح للأشخاص الطبيعية أو المعنوية (الإدارات والمؤسسات، الشركات الخاصة والجمعيات ...) بتقديم الشكاوى أو العرائض عن بعد.

للاستفادة من هذه الخدمة، يتعين على مقدم الشكوى الولوج على أرضية النيابة الالكترونية المخصصة لهذا الغرض، والمكافحة عبر البوابة الالكترونية لوزارة العدل قصد ملء استمارة تسجيل شكوى/عريضة عن بعد بإدراج مجموعة من المعلومات الشخصية الخاصة بهويته كاملة، وعنوان إقامته ورقم هاتفه المحمول وكذا تحديد نوع شكواه / عريضته وإدخال مضمونها.[2]
والحديث عن الالكترونية يدفعنا إلى الحديث طبعا عن الأجهزة التي يؤول إليها الاختصاص في هكذا نوع من الدعاوى وإجراءات رفعها والقانون الواجب التطبيق.

ب/ إجراءات رفع الدعوى الكترونيا: يعد رفع الدعاوى الكترونيا من أهم الأعمال الالكترونية وقد تم تطوير هذه الآلية عن بعد في أماكن مختلفة ومنها المحاكم الفدرالية الأمريكية وهناك تطورات

[1] خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الالكتروني، الدعوى الالكترونية واجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص18.

[2] أنظر موقع وزارة العدل، www.mjustice.dz

متشابهة في كل من سنغافورة، نيوزلندا، فلندا وكندا، وفي أي دولة تفكر في هذا الآتي لابد من مجابهة العديد من التحديات الاجتماعية والسلوكية والتكنولوجية التي تواجه التطبيق الفعلي لرفع القضايا عن بعد.[1]

وبدورها وزارة العدل الجزائرية اتاحت خدمة النيابة الالكترونية لتقديم شكوى أو عريضة بصفة آلية إلى ممثل النيابة لاتخاذ الأجراء المناسب، وأضاف الموقع دليلا بشرح كيفية اعتماد هذه الخدمة هو "دليل مستخدم خدمة النيابة العامة" يشرح بالتفاصيل مراحل تقديم شكوى آو عريضة أمام النيابة الكترونيا؛ وبهذا فان للمحامي أو المتقاضي في اطار المحكمة الالكترونية يقوم بتسجيل دعواه الكترونيا فيبعث بالعريضة الافتتاحية عبر البريد الالكتروني إلى العنوان الالكتروني المخصص لاستقبال الدعاوى، وهذا الموقع يكون متاحا أربعة وعشرين ساعة يوميا لمدة سبعة أيام في الأسبوع، من الناحية التقنية يستلم العريضة الافتتاحية ومستندات الدعوى الالكترونية شخص مؤهل قائم على إدارة هذا الموقع ثم يقوم بإرسالها إلى المحكمة المختصة، أين يتسلمها كاتب الضبط المختص بالمحكمة بفحص الوثائق ويسجل القضية ثم يرسل للمتقاضي برسالة الكترونية يعلمه فيها باستلام المستندات والإجراء المتخذ بشأنها كتسجيل الدعوى، تاريخ أول جلسة[2].

ج/المحكمة الالكترونية او المحكمة الرقمية:

هي المحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى الرقمية وجرائم الشبكات وتكنولوجيا المعلومات وقضايا الملكية الفكرية والتجارة الالكترونية، وذلك على غرار محاكم مختصة معينة كمحكمة الاسرة والمحاكم المدنية، اذا نستطيع القول بأن المحكمة الالكترونية هي المحكمة المختصة بالفصل في الدعاوى الالكترونية سواء كانت جنائية او مدنية او تجارية، وتعرف المحكمة الالكترونية كذلك بانها ذلك الحيز التقني المعلوماتي ثنائي الوجود، أي بين شبكة الربط الدولية وبين مبنى المحكمة، والمحكمة الالكترونية تعكس الظهور المكاني للمحاكم والمجالس القضائية ومن خلالها يعمل كتاب

[1] ترجمان نسيمة، آلية التقاضي الالكتروني في البيئة الرقمية، مقال نشر بمجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس، المدية، المجلد 05، عدد02، جوان 2009، ص127.

[2] عصماني ليلى، نظام التقاضي الالكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مقال نشر بمجلة المفكر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد13، 2018، ص217.

الضبط على تسجيل القضايا ومتابعة الاجراءات القضائية، كما يباشر القضاة نظر الدعاوى والفصل فيها بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الاجراءات القضائية الكترونيا[1].

*آليات تنظيم المحكمة الالكترونية: يقوم تنظيم المحكمة الالكترونية على توافر ثلاث آليات:

1-المعدات والاجهزة الحاسوبية: يتوجب لخلق نظام المحاكم الالكترونية انشاء شبكة اتصال داخلية بين جميع المحاكم أو المكاتب الادارية والاقسام وقاعات المحكمة، بحيث يمكن للموظفين في المحكمة الاتصال فيما بينهم وارسال الدعاوى الالكترونية دون انتقال الموظف للقيام بهذه العملية يدويا، وبذلك تكون الحاجة الى حاسوب ومعدات تتماشى مع السير الحسن لمثل هذه العملية، بما فيها كذلك كميرا توضع في مكان مثالي من قاعة المحكمة لنقل الصورة.

2- انشاء موقع للمحكمة على شبكة الاتصال: يجب أن يتماشى تصميم الموقع مع متطلبات عملية الفصل في النزاع الكترونيا.

3- انشاء سجل الكتروني: يحتوي هذا السجل على البيانات المتعلقة بالدعوى ويشتمل جزءين؛ الجزء الاول حفظ ملف الدعوى: اي حفظ الوكالات، العرائض، الوثائق التي ارسلها أطراف الدعوى على ملفات pdf، وهذا البرنامج لتفادي اي تغيير لمحتوى الملف، وبعد تحضير الملف يتم ارساله عبر الشبكة الداخلية الى مكتب التقاضي ليقوم بالنظر في النزاع في التاريخ المحدد للجلسة، الجزء الثاني برنامج ملف الدعوى: يشمل كل الاجراءات التي مرت بها الدعوى من تاريخ التسجيل الى تاريخ النطق بالحكم.

د/ المحاكمة عن بعد لتطبيق التقاضي الالكتروني في الجزائر: بالرجوع الى المنظومة التشريعية الداخلية في الجزائر نجد جملة من القوانين التي تطرقت الى فكرة عصرنة المرافق السياسية للدولة وذلك باستعمال تقنيات كتكنولوجيا الاعلام او الاتصال الحديثة، وفي السياق تم إصدار ترسانة من القوانين تضمن على الخصوص قانون 03/15 المؤرخ في 01 فيفري 2015 بعصرنة العدالة،[2]

[1] عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المحكمة الرقمية والجريمة المعلوماتية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012، ص24

[2] قانون رقم03/15 المؤرخ في11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل 01 فبراير 2015، جريدة رسمية عدد06 المؤرخة في 20 ربيع الثاني 1436الموافق ل 10 فيفري 2015.

قانون 03/16 المؤرخ 19جوان 2016 المتعلق بالبصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص[1]، تلاها إنشاء عدة أجهزة وهياكل تتمثل على الخصوص في المركز الوطني للأنظمة المعلوماتية لوزارة العدل والنظام الألي لاستخدام آليات المحادثة المرئية عن بعد فقد نصت المادة 14 من قانون عصرنة العدالة على ما يلي: "اذا استدعى بعد المسافة أو تطلب ذلك حسن سير العدالة يمكن استجواب وسماع الاطراف عن طريق المحادثة المرئية عن بعد...."، لتليها المادة 15 من نفس القانون وتنص: "يمكن لقاضي التحقيق أن يستعمل المحادثة المرئية عن بعد في استجواب أو سماع شخص وفي اجراء مواجهات بين عدة أشخاص، يمكن حجة الحكم أيضا أن تستعمل المحادثة المرئية عن بعد لسماع الشهود والأطراف المدنية والخبراء".

ودائما في إطار عصرنة العدالة وتحسين الخدمة العمومية في هذا القطاع تم استحداث الشبكة القطاعية للإعلام الآلي التي تهدف لما يسمى بجهات القضاء الافتراضية فهي عبارة عن اتحاد واتصال شبكات محلية على مستوى كل جهة قضائية بمجموع 36 مجلس قضائي و192 محكمة 21 ملحق و127مؤسسة عقابية بالإضافة إلى الإدارة المركزية والمحكمة والمفتشية العامة لإدارة السجون، وقد بلغ عدد المحاكمات المرئية خلال السنة الأولى من الانطلاق 153محاكمة، تم استخدام هذه التقنية في ربط المحاضرات الملقاة من المحكمة العليا والمجلس الدولة بباقي المجالس والمحاكم القضائية وكذا في اللقاءات الدورية بين رؤساء المجالس والغرف والنواب العاملون، وعقد أول محاكمة عن بعد دولية بتاريخ 11 يوليو 2016 بين مجلس قضاء المسيلة ومجلس نانتير بفرنسا.

ثانيا: الدعوى الالكترونية الجزائي: إذا كانت ظاهرة الإجرام الالكتروني قد أثارت بعض المشكلات فيما يتعلق بالقانون الجنائي الموضوعي بحثا عن إمكانية تطبيق نصوصه التقليدية على هذا النوع من الجرائم واحترام مبدأ الشرعية والتفسير الضيق للنصوص الجزائية، فقد أثارت في الوقت نفسه مشكلات أكثر في نطاق القانون الجزائي الإجرائي وتزداد المشكلات الإجرائية بتعلقها في العديد من الأحيان ببيانات المعالجة الآلية وكيانات منطقية غير مادية، ومن ثم يصعب الكشف عنها

[1] قانون رقم 03/16 المؤرخ في14 رمضان 1437 الموافق ل 19 يونيو2016، جريدة رسمية عدد37 المؤرخة في 17 رمضان 1437 الموافق ل 22 يونيو 2016.

واثباتها نظرا للسرعة الفائقة والثقة غير المتناهية في تنفيذها عن امكانية محوها وتمويه آثارها وإخفاء الأدلة المتحصل منها بسهولة عقب تنفيذها باستعمال تقنيات تكنولوجيا عالية.

أ/تحريك الدعوى العمومية في مجال جرائم المعلوماتية:

من المعلوم أن تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها في ظل قانون الإجراءات الجزائية العادي يعني كل ما من شأنه نقل الدعوى من حال السكون الذي كانت عليه عند نشأتها إلى حال الحركة بأن يدخلها في حوزة السلطات المختصة باتخاذ الإجراءات اللازمة، والأصل أن النيابة العامة هي المخولة بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها سواء بصيغة مباشرة أو عن طريق الضبطية أو من ينتدب من النيابة، ويشاركها في هذه المرحلة الطرف المدني والمحاكم في حالات التصدي وجرائم الجلسات،[1] وهو ما عبرت عنه المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: "الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود اليهم بمقتضى القانون كما يجوز أيضا للطرف المضرور ان يحرك هذه الدعوى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون".

* **البلاغ:** هو أخطر ادوار تعامل السلطات مع الظاهرة الإجرامية كونه يعد وسيلة التعبير المباشر عن مدى تملك جهات الاختصاص بتنفيذ القانون، فهو القيام بإخبار الجهات المختصة (الشرطة أو النيابة) عن وقوع جريمة وهو حق لأي شخص ارتكب في حقه جريمة أو شاهد وقوع الجريمة.

ولا يلزم أن يكون مقدم البلاغ معلوما فقد يكون فاعل خير، فلأجل تسهيل هذه الخطوة مكنت بعض التشريعات الأفراد المستهلكين والمجني عليهم من تسجيل بلاغاتهم والتحقيق فيها والحصول على التوضيحات بشأنها وإجراء المعاينة الالكترونية، وقد نشطت عملية الضبط القضائي الالكتروني بواسطة مواقع أنشئت خاصة بالبلاغات المتعلقة بهذه الجرائم وإرساله الى جهات مختصة ولها مواقع تخص الضبط القضائي المتخصص في حماية المستهلك والتبليغ عن جرائم الاتجارغيرالمشروع الذي يتم الكترونيا،[1] فللبلاغ قيمة قانونية حينما يتم الدخول إلى أحد المواقع الخاصة وملأ البيانات الخاصة وإرسالها إلى الجهات المختصة بتلقي هذه البلاغات[2]

[1] زيبحة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 109

[1] بن شهرة شول مرجع سابق، ص 213

[2] المادة 17 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري، يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12و13 ويتلقون الشكاوى والبلاغات ويقومون بجمع الاستدلالات واجراء التحقيقات

* **الشكوى:** لا يختلف الحق في الشكوى عن الحق في التقاضي، فهو نبع منه، فمن حق كل مواطن أن يلجأ الى القضاء الجزائي، ويكون له ذلك كلما تعرض لاعتداء مادي أو معنوي له موضع في قانون العقوبات. ونفس الأمر يقال عند تقديم شكوى في مجال التجارة الالكترونية اما باللجوء الى تقديم شكوى عادية أو اللجوء الى الشكوى الالكترونية، فنظرا لنوع وخصوصية هذا النوع من الشكاوى أوجدت بعض الدول أجهزة مختصة تتولى استقباله، وبدورها وزارة العدل الجزائرية أسست موقع يستقبل شكاوى المواطنين.

* **النيابة العامة:** الأصل ان النيابة العامة هي المخولة بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها سواء بصفة مباشرة أو عن طريق الضبطية القضائية أو من ينتدب من النيابة، فقد رسمت المواد 29 ،36 من قانون الإجراءات الجزائية دورها لتوسيع مجال اختصاصها ليعطي نطاقات أخرى لم تكن مرخصة لها من قبل، إذ أن المادة 37 من قانون الإجراءات الجزائية وبعد تعديلها بموجب القانون رقم14\04 وبعد أن كان الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية محصورا في المجلات التالية:

– بمكان وقوع الجريمة.

– بمحل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في الجريمة – بالمكان الذي تم في دائرته القبض على أحد الأشخاص المشار لهم ولو لسبب آخر.

فانه نص على تمديد الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى في إطار جرائم المخدرات والجريمة المنظمة والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبيض الأموال والارهاب والجرائم المتعلقة بقوانين الصرف، وذلك عن طريق التنظيم وكما جاء في نص المادة37 المشار إليها فانه بصدور المرسوم التنفيذي رقم06\348المؤرخ في5 أكتوبر 2006 المتضمن تمديد الاختصاص المحلي بعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق وكذا لبعض المحاكم والتي تم تسميتها في التشريع الجزائري بالأقطاب أو محكمة القطب.

وللنيابة مجال اختصاص واسع جدا في إطار البحث والتحري عن الجرائم المعلوماتية ومنح الإذن بالتفتيش والقيام باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور كما سنتطرق له لاحقا.

ب/ إجراءات البحث في الجريمة الاليكترونية:

إن المشرع عندما أراد توسيع نطاق تطبيق إجراءات التحقيق التقليدية لمتابعة الجرائم الالكترونية فانه يقصد بها تلك الإجراءات التي تشير إشكالات وعقبات عملية تعود الى خصوصية هذه الجرائم

كالتفتيش والضبط والمعاينة والخبرة، والتي هي في حاجة الى تطوير وتحسين كلي يتناسب مع طبيعتها الخاصة وطبيعة الدليل الذي يصلح لإثباتها فأرسى قواعد جديدة ذات طبيعة خاصة كان من اللازم أن تولد مع التطور الحاصل في حقل الجريمة المعلوماتية كظاهرة حديثة، وبهذا الصدد جاء القانون رقم 04/09 المؤرخ في 2009/08/05[1] حيث نصت المادة 3 منه ما تتطلبه مستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية وفي وضع ترتيبات تقنية هدفها ما يلي :1- مراقبة الاتصالات الالكترونية 2- تجميع تلك الاتصالات الالكترونية 3- تسجيل الاتصالات الالكترونية في حينها 4- القيام بإجراءات التفتيش المنظومة المعلوماتية 5- القيام بإجراءات الحجز داخل المنظومة المعلوماتية ويضاف إلى ذلك ما نصت عليه المادة 65 مكرر 05 من قانون الإجراءات الجزائية من اجراءات مخولة للنيابة وهي:

- اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية

- وضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين من أجل التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو سرية أو عمومية أو التقاط صور لشخص أو عدة اشخاص يتواجدون في مكان خاص".

وفيما يلي نستوضح الاجراءات الخاصة بالتحقيق والتحري والتي أقرها القانون رقم 04/09:

1- مراقبة الاتصالات الالكترونية تجميعها وتسجيلها:

تعتبر المراقبة من أهم مصادر التحري التي غالبا ما يستعان بها في البحث والتقصي عن الجرائم سواء تلك التقليدية أو المستحدثة كجرائم الانترنت ففي العمل الذي يقوم به المراقب باستخدام التقنية الالكترونية لجمع بيانات ومعلومات عن المشتبه به سواء كان شخص أو مكان أو شيئا حسب طبيعة الافراد غير أن هذا الاجراء قد يتعارض مع مبدأ الحق في حماية المراسلات وحماية الحياة الخاصة حسبما تطرقنا له سابقا، غير أن المشرع الجزائري استدل بذلك في المادة 03 من قانون رقم 04/09 على ما يلي: "مع مراعاة الاحكام القانونية التي تضمن سرية المراسلات والاتصالات يمكن

[1] قانون رقم 04/09 مؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق ل5 غشت سنة 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام و الاتصال و مكافحتها جريدة رسمية عدد 47 مؤرخة في 25 شعبان 1430 الموافق ل16 غشت 2009 ص04

لمقتضيات حماية النظام العام..."، والمادة04 من نفس القانون والتي لم تعتبر مراقبة الاتصالات الالكترونية اجراء تقتضيه التحريات والتحقيقات القضائية فقط مثلما في قواعد الإجراءات الجزائية، وإنما أعطت تصريحا للجهات القضائية باستعمال هذا الإجراء التقني في إطار الوقاية من بعض الجرائم التي يحتمل أن تشكل خطرا على امن الدولة (حسب نص المادة 104) ومن جرائم الاعتداء على المنظومة المعلوماتية وهذا احتمال ضئيل جدا إن لم نقل منعدما لان أكثر ما يميز هذا النوع من الجرائم انها جرائم متبخرة ومجردة من أية مقدمات مادية.

ولتحقيق التوازن بين ضرورة التحقيق التي تفرضها المصلحة العامة واحترام الحياة الخاصة التي تفرضها المصلحة الفردية تحت احاطة عملية الاعتراض بعدد من القيود القانونية التي تضمن عدم تعسف السلطات العامة وتصون الحرية الفردية والتي سنلخصها فيما يلي:

* الضوابط المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية:

– صدور إذن من السلطة المختصة: لابد من الحصول على إذن مكتوب صادر من قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية، "ولابد أن يتضمن كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها والأماكن المقصودة سكينة أو غيرها والجريمة التي تبرر اللجوء الى هذه التدابير ومدتها ويسلم الإذن مكتوبا لمدة أقصاها اربعة4 أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية"؛ حسب نص المادة 65 مادة 07 من قانون الإجراءات الجزائية، وبدوره المشرع الأمريكي اشترط الحصول على إذن من السلطة المختصة لتسجيل محادثات الكترونية وأجازت المحكمة الأوروبية هذا الاجراء طبقا للمادة 08 من الاتفاقية الاوروبية لحقوق الإنسان.

ولا يكفي الحصول على إذن مشمول بالعناصر المذكورة لإتمام عملية اعتراض المراسلات والمراقبة إنما لابد أن تنفذ هذه العمليات تحت الرقابة المباشرة للسلطات التي أذنت بها، وذلك من خلال قيام ضابط الشرطة القضائية المأذون له بإحاطتها علما بكل خطوت وتطورات عملية الاعتراض والمراقبة وإخطارها بشكل دوري ومستمر عن عمليات وضع الترتيبات التقنية لهذا الغرض ساعة بداية وانتهاء هذه العمليات على ان يدون كل ذلك في محاضر مرقمة،[1] كما يجوز

[1] انظر نص المادة 65 مكرر 09 من قانون إجراءات جزائية

لوكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة القضائية الذي أذن له ولقاضي التحقيق او ضابط الشرطة القضائية الذي ينيبه ان يسخر كل عون مؤهل لدى مصلحة او وحدة أو هيئة عمومية او خاصة مكلفة بالمواصلات السلكية واللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية[1].

* الضوابط المنصوص عليها في قانون 04/09:

ان الاستعانة بعملية اعتراض او مراقبة المرسلات الالكترونية لغرض التحقيق غير مسموح في كافة الجرائم، إنما مجال تطبيقها يتوقف على جرائم ذكرت في المادة 04 من قانون 04/09 والتي تنص: "يمكن القيام بعمليات المراقبة المنصوص عليها في المادة أعلاه في الحالات الآتية:

أ/ للوقاية من الأفكار الموصوفة بجرائم الإرهاب او التخريب او الجرائم الماسة بأمن الدولة.

ب/ في حالة توفر معلومات عن احتمال اعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام او الدفاع الوطني او مؤسسات الدولة او الاقتصاد الوطني.

ج/ لمقتضيات التحريات والتحقيقات القضائية عندما يكون من الصعب الوصول الى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء الى المراقبة الالكترونية.

د/ في إطار تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة...."

وأضافت نفس المادة على وجوب الحصول على اذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة لإجراء عمليات المراقبة في هذه الحالات، كما نص هذا القانون على وجوب الحفاظ والسهر على سلامة المعطيات في المنظومة المعلوماتية عند التفتيش او الحجز[2] واستعمالها في الحدود الضرورية للتحريات او التحقيقات القضائية.[3]

* تجميع الاتصالات الالكترونية وتسجيل محتواها:

[1] أنظر نص المادة 65 مكرر 08 من قانون الاجراءات الجزائية.
[2] أنظر نص المادة 06 من قانون 04/09.
[3] أنظر نص المادة 09 من قانون 04/09.

من المعلوم ان الرسالة الالكترونية ذات طابع خاص لكنها لا تختلف عن الرسالة الورقية من حيث مآلها من حيث حفظها او الاستغناء عنها وإهمالها، لكن ما يميز الأولى اي الرسالة الالكترونية سواء المهملة او المحفوظة يمكن الوصول اليها عن طريق صناديق البريد الخاصة أو الملفات المحفوظة او الرجوع الى سلة المهملات فالتحقيق الذي يجري بغرض ضبط المراسلات الالكترونية يكون امام ثلاث خيارات بعدا الولوج الى البريد الالكتروني EMAIL فبعد تحديد صندوق البريد للمتهم المشكو منه يتمحور العمل حول ثلاث عناصر وهي: الوارد IN الصادر OUT الحفظ وسلة المهملات TRASH.

2- تفتيش المنظومة المعلوماتية: قد يتطلب التحقيق تفتيش شخص المتهم او غيره لضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة؛ فهو إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي في المنظومة المعلوماتية يحتاج الى تقنيات خاصة تختلف عن حالات التفتيش المادية فهو يتطلب دراية ومعرفة تقنية، وقد أجازت المادة 05 من القانون رقم 04/09 للسلطات القضائية المختصة وضباط الشرطة القضائية الدخول بغرض التفتيش ولو عن بعد الى:

أ- منظومة معلوماتية او جزء منها وكذا المعطيات المعلوماتية الخزنة فيها .

ب-منظومة تخزين معلوماتية

يتبين لنا ان التفتيش يكون في الأصل بصفة مباشرة بالانتقال الى مسكن المتهم او المكان الذي تتواجد فيه الأجهزة المقصودة او في الأماكن العامة حال حيازة شخص لجهاز الحاسوب الآلي او أحد مكوناته المادية كوسائط التخزين مثل الاقراص المرنة والأقراص الصلبة المضغوطة والأشرطة الممغنطة فالواضح ان القانون أحال هذه الإجراءات على القواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية[1].

أما عن تفتيش مكونات معنوية لنظام معالجة آلي فيتعلق الأمر بالتفتيش عن الجريمة التي وقعت على أنظمة الكمبيوتر والبيانات المخزنة فيه التي جرى التلاعب فيها او تغيرها وغيرها من الوسائط التي تساعد على تخزين المعلومات[2] وهذا ما أقرته اتفاقية بودابست في المادة 01/19من

[1] أنظر المواد 44، 45 والفقرة 03 من المادة 47 والفقرة 03 من المادة 64 من قانون الإجراءات الجزائية.

[2] خالد عياد العلمي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الكمبيوتر والأنترنت دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2011، ص159.

القسم الرابع على انه "يمكن للدولة طرف الحق في ان تسن القوانين ما هو ضروري لتمكين بالتفتيش أو الدخول الى: نظام الكمبيوتر او جزء منه او المعلومات المخزنة فيه، الوسائط التي يتم تخزين معلومات الكمبيوتر بها مادامت مخزنة في اقليمها"، اذا فصلاحية معطيات الحاسوب للتفتيش هو أمر تفرضه طبيعة الجريمة الالكترونية المرتكبة لان الغاية من التفتيش هو الحصول على دليل خاص بالجريمة وكشف الغموض الذي أحاط بها[1].

وباعتبار ان شبكة الانترنت شبكة ممتدة ترتبط فيها شبكة الحواسيب يبعضها البعض وبالتالي قد يتوجب تمديد التفتيش الى منظومات معلوماتية أخرى أو جزء منها وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 05 من القانون 04/09 "في الحالة المنصوص عليها في الفقرة –أ– من هذه المادة اذا كانت هناك أسباب تدعو للاعتقاد بأن المعطيات المبحوث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى وان هذه المعطيات يمكن الدخول إليها انطلاقا من المنظومة الأولى يجوز تمديد التفتيش بسرعة الى هذه المنظومة أو جزء منها بعد إعلام السلطة القضائية المختصة بذلك"، والملاحظ أن تمديد التفتيش إلى منظومة معلوماتية أخرى مشكوك فيها بكتسي طابعا خاصا فهو يجري عن بعد وثانيا يتم بشكل سريع تماشيا مع طابع السرعة الفائقة الذي يجري عليه نقل المعلومة او نقل المعلومات.[2]

وقد راعى المشرع الجزائري بنفس المادة إمكانية وجود معطيات مبحوث عنها في منظومة معلوماتية تقع خارج الاقليم الوطني فنص على ان الحصول عليها يكون بمساعدة السلطات الأجنبية المختصة وتستعين السلطات المكلفة بالتفتيش بتسخير كل شخص له دراية بعمل المنظومة المعلوماتية قصد مساعدتها وتزويدها بكل المعلومات الضرورية لإنجاز مهمتها.

3–حجز المعطيات المعلوماتية: ما من شك ان الهدف الأساسي لعملية التفتيش للمنظومة المعلوماتية هو وضع اليد على الأدلة المادية التي تساعد على كشف الحقيقة وهذا الأمر ليس بالصعب عندما تكون هذه الأشياء مادية كالمعدات والأوراق والمستندات إلا أنه خلافا لذلك عندما تكون أمام حجز

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، مبادئ الاجراءات الجنائية لجرائم الكمبيوتر والأنترنت، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2006، ص 159.

[2] زيبحة زيدان، مرجع سابق، ص 140.

لمعطيات معلوماتية والتي هي في الأصل شيء معنوي، ولذلك نظم المشرع احكام هذا الإجراء في القانون04/09، المواد من 6الى 9 حيث أجاز نسخ المعطيات محل البحث وكذا المعطيات اللازمة لفهمها ووضع الاحراز عليها اذا كان ذلك ضروريا مع وجوب الحفاظ على سلامتها ولم يكتفي المشرع بذلك بل اتجه الى حالة استحالة الحجز ونص على وجوب استعمال تقنيات مناسبة لمنع الوصول الى هذه المعطيات لو نسخها ومنع الاطلاع على المعطيات التي يشكل محتواها جريمة.

واشترط المشرع لكل ما سبق ذكره أن يكون في حدود ضرورة تقتضيها التحريات أو التحقيقات القضائية ومراعاة أحكام قانون الاجراءات الجزائية، بالإضافة إلى هذه التدابير فقد وضع المشرع الجزائري على عاتق مقدمي خدمات الانترنت جملة من الالتزامات تساعد سلطات التحقيق على ممارسة مهام التفتيش والضبط على الكيانات المعنوية للحساب الآلي عندما تستدعي ذلك الضرورة التحقيق.

الخاتمة:

ختاما للدراسة التي حاولنا من خلالها التطرق لمختلف النقاط المرتبطة بحماية المستهلك في ظل التجارة الالكترونية، يمكننا القول أن هذا الموضوع من أكثر المواضيع القانونية أهمية في ظل التطور التكنولوجي المتسارع والتطبيقات المستحدثة للتجارة الالكترونية التي تعرف بتنوعها واختلافها ومواكبتها للازدهار المعلوماتي، وكنتيجة بديهية يحتل المستهلك في ظل هذا الواقع مكانة الطرف الضعيف؛ الذي لا يستطيع الالمام بهذا الكم الهائل من التطور التكنولوجي الذي أدى الى استحداث وسائل جديدة مغايرة لتلك المستعملة من قبل قصد فتح آفاق ضخمة أمام تقدم البشرية وتحقيق مستوى أفضل من الرقي، الا أنه يحمل في نفس الوقت بين طياته مخاطر ضخمة تهدد أمن المتعامل بهذا النوع من التجارة.

فبدت الحاجة ماسة لمواجهة تلك المخاطر والتغيرات والاستفادة من هذا التقدم، ومن هنا كانت أهمية وجود القواعد القانونية التي تضبط مختلف الروابط والعلاقات بين الأفراد لاسيما ونحن في ظل التجارة الالكترونية أمام عالم افتراضي يكون فيه التباعد أساس العلاقة.

وفي طيات هذه الأطروحة حاولنا الإشارة الى مختلف مستجدات هذا التعامل اللامادي في اطار العقد الالكتروني، ومكانة المستهلك فيه والتطرق الى مختلف المستجدات الفقهية والقانونية المنظمة لهذا النوع من التجارة وبذلك خلصنا الى جملة من النقاط:

* ان الرأي القائل بأن التجارة الالكترونية لا تختلف عن نظيرتها التقليدية الا من حيث استخدام الوسائط والوسائل الالكترونية في التعاقد، وفضل الاكتفاء بمجرد ادخال تعديلات على التشريعات القائمة جعل خصوصية هذا النوع من التجارة تتلاشى في طيات قوانين تحكم علاقات مباشرة لافتراضية، فالحل الأنسب هو سن قوانين مستقلة تحكم معاملات التجارة الالكترونية على غرار ماقامت به بعض الدول، بالاضافة الى ادخال التعديلات اللازمة على باقي التشريعات القائمة ذات الصلة به لاسيما الجوانب الإجرائية.

وقد وفق المشرع الجزائري في هذه النقطة باصداره قانونا للتجارة الالكترونية وجملة من التشريعات تتعلق بهذا المجال والتي سبق وأشرنا لها، الا أنه يبقى هناك نقص في هذا المجال لاسيما في الأمور التنظيمية والاجرائية تتوافق مع الواقع الحقيقي لبلادنا، فالمتصفح لاصدارات مشرعنا في هذا المجال يلاحظ أنها تبعد نوعاما عن الواقع.

* ان الركائز الأساسية اللازمة لنمو وتطور التجارة الالكترونية مازالت تحتاج الى تطوير مستمر حتى نستطيع الوصول الى المستوى الأمثل، وبخاصة في مجال البنية الأساسية ومجال الدفع الالكتروني.

* عدم ثقة المستهلك في موردي السلع والخدمات الالكترونية لاسيما في الدول النامية وعلى رأسها الجزائر، في ظل جملة من المخاوف مثل الإعلانات المضللة والافتقار الى معلومات واضحة وكافية بشأن هوية وموقع التجار، فضلا عن أسعار السلع والخدمات والضمانات.

* إشكالية ومحدودية وسائل الدفع الالكترونية التي تجعل من التجارة الالكترونية غير مكتملة؛ فيكون الدفع بالطرق التقليدية غالبا، فالمستهلك وخاصة الجزائري لا يثق في وسائل الدفع المستجدة وذلك راجع الى نقص مأمونيتها والمخاطر الجمة التي قد يتعرض لها عند استعمالها.

* إشكالية التسليم؛ كما تطرقنا سابقا أن محل التعاقد الالكتروني يختلف حسب طبيعته فالاشكال لا يكون عند التعامل بمحل رقمي فهنا التسليم يكون الكترونيا، انما يظهر الاشكال عند التعامل بمحل ملموس عادي، فيكون المستهلك أمام خطر عدم التسليم في الوقت المناسب، أوتسليم مبيع غير المتفق عليه، وهنا بالذات يجب أن تتدخل التشريعات لحماية المستهلك بأحكام أكثر دقة وردعية.

* انتشار جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وعرضة البيانات الشخصية للمستهلك للتعدي والمساس بها في اطار عدم كفاءة الأنظمة وطرق التعامل بها.

* تعدي التجارة الالكترونية لحدود الدولة الواحدة، يجعل إشكالية تنازع القوانين تثور فلابد من اتفاقيات ومعاهدات تضمن للمستهلك حماية تجعله يستمتع بميزات هذا النوع من التعامل، والتأكيد على تضمن العقد الالكتروني لاتفاق الطرفين بارادتيهما الصريحة أو الضمنية، واذا تعذر ذلك يتم اللجوء الى تركيز العقد مكانيا وهو المكان الذي يرتبط به العقد بالارتباط الأوثق، أما بالنسبة للمحكة المختصة بنظر النزاع يتم تحديدها باتفاق الأطراف اما اذا لم يوجد اتفاق فينعقد الأختصاص لمحكة المكان الذي يتم فيه تلقي المعلومات والبيانات.

الا أنه وانصافا للمشرع الجزائري يجدر بي القول أنه في المسار الصحيح من حيث الاتفاقيات المصادق عليها وترسانة القوانين التي أصدرها، رغم الوتير الثقيلة لمختلف هذه التطورات والتعديلات القانونية، التي فيأغلب الأحيان لا تتماشى مع واقع لايزال متخلف نظرا لضعف البنى التحتية أو هشاشة الوسائل المعتمدة للقيام بتجارة الكترونية مزدهرة تحقق الغاية والهدف منها وهو السرعة والعالمية.

فنحن امام واقع يفتقر فيه المستهلك لأبسط أنواع الحماية، فاذا كان هذا الأخير في ظل التجارة التقليدية يتعرض لمهازل وتجاوزات تكتفي الحكومات والجمعيات والهيئات التنديد بها، فماهو الحال ونحن نحاول الخروج من هذا العالم الضيق الى عالم افتراضي كله أرقام وتعاملات الكترونية، لا يمتلك المستهلك أبسط الوسائل حتى يتعامل بها، وخبر دليل على ذلك حال شبكة الأنترنت عندنا الي تتسم بالضعف والرداءة.

وعليه يجدربنا القيام بثورة تكنولوجية تتماشى مع عالم يرتكز على تجارة الكترونية، والنهوض بكل متطلبات هذه التجارة لاكساب المستهلك ثقة التعامل وتوفير حماية قانونية وردع مختلف التجاوزات التي تمس هذا المتعامل الضعيف.

ويجب تكاثف الجهود بين رجال القانون والمختصين الفنيين والتقنيين من أجل تأمين المعاملات الالكترونية سيما الدفع من الاختراق وحفظ السندات من التغيير والتزوير لاضفاء المزيد من السرية والأمان لزيادة الثقة والاقبال على هذه المعاملات.

ضرورة قيام الدولة بتنمية الوعي لدى أفراد المجتمع بالمعاملات الالكترونية وأهميتها من خلال وسائل الاعلام المختلفة، وبعقد ورشات عمل ودورات تدريبية لجميع فئات المجتمععلى اختلاف قدراتهم على استخدام الأجهزة الالكترونية، ونشر ثقافة التعاقد الالكتروني والتعامل التجارة الالكترونية لمواكبة عالم يتجه حول الرقمنة.

قائمة المراجع:

أولا، باللغة العربية،

I. المراجع العامة،

1. ابراهيم الدسوقي أبو الليل،الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، عدد خاص الكويت، 2003.

2. إبراهيم العيسوي، التجارة الالكترونية، المكتبة الأكاديمية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003.

3. إبراهيم بختي، التجارة الالكترونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

4. أبو الهيجاء محمد، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة أولى، عمان، 2005.

5. أحمد خالد العجلواني، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

6. أحمد عبد الكريم سلامة،القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني، السياحي، البيئي)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002.

7. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

8. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة،2000.

9. إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

10. أمال قادة، الحماية الجزائية المعلوماتية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.

11. أيمن أحمد الدلوع، عقد النشر الالكتروني، مفهومه، شروطه، أثاره، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2016.

12. بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني وأثره على المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

13. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

14. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

15. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام،، الجزء الأول التصرف القانوني –العقد والإدارة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.
16. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد على ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2011.
17. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2006.
18. جميعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
19. بالحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
20. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
21. خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2003.
22. خالد عياد العلمي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2011.
23. خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.
24. خليل صابات، الإعلان، تاريخه، أسسه وقواعده، فنونه وأخلاقياته، الطبعة الثالثة، مكتبة الاتجار المصرية، القاهرة، مصر 1997.
25. دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
26. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 1999.
27. سفر أحمد، العمل المصرفي الالكتروني في البلدان العربية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006.
28. شافي نادر عبد العزيز، المصارف والنقود الالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006.

29. صفوان البيضين، مقدمة في الحكومة الالكترونية، دار البازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

30. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشروالتوزيع، عمان، 1997.

31. عبد الحميد بسيوني، البيع والتجارة عبر الانترنت وفتح المتاجر،، مكتبة ابن سينا، القاهرة، 2003.

32. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

33. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة 1986.

34. عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2009.

35. عبد الصادق محمد السامي، حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، مكتبة الحديث، الاسكندرية، 2002.

36. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الالكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

37. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

38. علي عبدالقادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1997.

39. علي علي سليمان، النظرية العامة – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2003.

40. علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الالكترونية واحكامها في الفقه الإسلامي،، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2013.

41. فتوح الشاذلي، عفيفي كمال عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2003.

42. فريد النجار وآخرون، التجارة والأعمال الالكترونية في مجتمع المعرفة ، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإسكندرية،2006.

43. لسان العرب أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى 1997.
44. محمد السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، مطبعة النشر الذهبي، مصر، 2000.
45. محمد أمين الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، الجريمة المعلوماتية،، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
46. محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة،2003.
47. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.
48. محمد بوراس، النظام القانوني للإشهار والخدمات، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2014.
49. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
50. محمد عمر منصور الشويرف، التجارة الالكترونية في ظل النظام التجاري العالمي الجديد، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.
51. منى الحديدي، الإعلان، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الأولى، مصر، 1990.
52. منير الجنبيهي وممدوح الجنبيهي، البنوك الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الإسراء، عمان، 2005.
53. ميكائيل رشيد علي، العقود الالكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
54. وفاء أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دراسة تحليلية، تأصيلة مقارنة، القاهرة 1993.
55. عادل ابو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2004.
56. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع اشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،2005.

II- المراجع المتخصصة،

1. أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الالكترونية وبنود التحكيم، دراسة في القوانين النموذجية والاتفاقات الدولية والقوانين المحلية، دار النهضة العربية، مصر، 2013.
2. أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، فلسطين، 2010.

3. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2008.
4. أسامة البر الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
5. إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
6. أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن،2006.
7. أمير فرج يوسف، الجرائم التجارة الإلكترونية وأساليب مكافحتها وكيفية حماية المستهلك الإلكتروني وأطراف العقد الإلكتروني، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013.
8. الأودن سمير عبدالسميع، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
9. ايمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008.
10. جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري،، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
11. الجنبيهي منير محمد، الجنبيهي ممدوح محمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2006.
12. جهاد رضا الحباشنة، الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.
13. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية 2000.
14. حمودي محمد ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2012.
15. خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006.
16. خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الالكتروني، الدعوة الالكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
17. خالد ممدوح إبراهيم، أمن الجريمة الالكترونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 2008.
18. خالد ممدوح ابراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

19.خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.

20.خالدي حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

21. دلخار صلاح بوتاني، الحماية الجنائية الموضوعية للمعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2016.

22.زبيجة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، الجزائر، 2011.

23. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا،2009.

24. سمير دعون، العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان 2012.

25.شادي رمضان ابراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الالكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر 2016.

26.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.

27. طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني، بحث في التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، 2007.

28. عبد الفتاح البيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية،، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.

29. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا،، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

30. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الحماية الجنائية لنظام التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.

31.عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني، دراسة تأصيلية مقارنة دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

32.عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

33. عبد الفتاح بيومي حجازي، مبادئ الإجراءات الجنائية لجرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2006.

34. عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الانترنت، عقود البيع التجارية، على وفق أحكام قواعد الأنكوتيرمز لعام 2000، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 2003.

35. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

36. عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع المبرم عبر الانترنت، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2007.

37. فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.

38. لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية،، دار هومه، الجزائر، 2012.

39. محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2005.

40. محمد ابن الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الكتب القانونية، مصر،2008.

41. محمد أحمد أبو القاسم، التسويق عبر الانترنت، دار الأمين، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2000.

42. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.

43. محمد حسين منصور، المسئولية الالكترونية،، منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية، 2005.

44. محمد سعيد احمد إسماعيل، اساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية،، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، 2005.

45. محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2009.

46. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

47. معوان مصطفى، الإثبات في المعاملات الالكترونية في التشريعات الدولية، التوقيعات والبصمات الالكترونية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2008.

48. نجوى أبو هيبة، التوقيع الالكتروني ومدى حجيته في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
49. نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2009.
50. نور الدين أحمد النادي والآخرون، الإعلان التقليدي والإلكتروني، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2011.
51. نوري منير التجارة الإلكترونية والتسويق الإلكتروني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
52. وليد السيد سليم، ضمانات الخصوصية في الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2012.
53. يمينة حوحو، عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر،2016.
54. يوسف حسن يوسف، التجارة الإلكترونية وأبعادها القانونية المركزي القومي للإصدارات القانونية، طبعة أولى، القاهرة، 2011.
55. يوسف عودة غانم المنصوري، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر الانترنت منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان،2015.
56. يونس عرب، الخصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي، الجزء الثاني: خصوصية وحماية البيانات في العصر الرقمي اتحاد المصارف العربية، الطبعة الأولى، الأردن، 2002.
57. صفاء فتوح جمعة فتوح، منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم،آليات فض المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

رسائل الدكتوراه :

1. أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2018.
2. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2015.
3. بن سعيد صابرينة، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا الاعلام والاتصال أطروحة مقدمة لنيل شهادة العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر،2015.
4. حفصي عباس، جريمة التزوير الالكترونية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم السياسية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الانسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2015.

5.خميخم محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية – دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، 2017.

6.زواوي عمر حمزة، تأثير الإعلان الإلكتروني على السلوك الاستهلاكي للفرد –دراسة عينة من المستهلك الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم التجارية –تخصص تسويق، جامعة الجزائر(3)، 2013.

7.شهرة شول، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2011.

8.صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013.

9.فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013.

10. هداية بوعزة، النظام القانوني للدفع الالكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019.

11. هروال هبة نبيلة، جرائم الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2014.

III– مذكرات و رسائل الماجستير،

1.إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، مذكرة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر العاصمة، 2006/2005.

2.بوروبة ربيعة، حماية المستهلك في ظل النظام القانوني للمعاملات، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

3.رشيد علام، عوائق تطور التجارة الالكترونية في الوطن العربي، دراسة حالة ، الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إدارة الأعمال، فرع تجارة الكترونية، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، المملكة المتحدة، بريطانيا، 2010، محملة من موقع: www.abahae.co.uk

4.زهير رواتب، دور نظام الدفع الالكتروني في تحسين المعاملات المصرفية،، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2011.

5.سمية ديمش، التجارة الالكترونية، حتميتها وواقعها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2011.

6.عبدالله ديب عبدالله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الاكتروني، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009. المحملة من موقع: https://www.bibliodroit.com

7.لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

8.مامش نادية، مسؤولية المنتج، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي،، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

9.مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجيستير مقدمة استكمالا للحصول على شهادة ماجيستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن،2014.

10. بن غيدة ايناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015.

IV- المقالات القانونية:

1. آسيا بوطوطن، الكاهنة زواوي، إشكالية عيوب الإرادة وآثارها على عقد الاستهلاك الالكتروني وفقا للقانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مقال نشر بمجلة المعيار، عدد 62 مجلد 20، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبدالقادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، 2021.

2. حمدان محمد، سلاف عزروق، حماية المستهلك من الإشهارات الكاذبة والمضللة،، مقال نشر بمجلة الاجتهاد القضائي، عدد 14، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.

3. حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، يونيو2005.

4. رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مقال منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة شلف الجزائر، عدد10، جوان 2013.

5. زعبي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مقال نشر في مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد تاسع،2018.

6. شريف هنية، الأساليب الحديثة للإجرام المنظم – تبييض الأموال نموذجا، مقال نشر بمجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2019.

7. عايدة عبير بلعيدي، واقع تحديث أنظمة الدفع في الجزائر وأثره على المنظومة المصرفية الجزائرية، مقال نشر بمجلة الاقتصاديات المالية البنكية وإدارة الأعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2012.

8. عباس زواوي، سلمى مانع، الأحكام العامة للمسؤولية الالكترونية،، مجلة المذكر، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر،2018.

9. عبد الرحمان خلفي، الحق في الحياة الخاصة في التشريع العقابي الجزائري، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث والدراسات، عدد 12، جامعة الوادي، الجزائر، 2011.

10. كالم حبيبة، حماية المستهلك من الإشهار المضلل، مقال نشر بمجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، الجزائر، 2018.

11. محمد عقوني، حسن عبدالرزاق، عيوب الإرادة في عقود التجارة الالكترونية على ضوء التشريع الجزائري، مقال نشر بمجلة الاجتهاد القضائي، مجلد13، عدد 25، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021.

12. هلال شعوة، حماية المستهلك من جريمة الإعلان التجاري المضلل أو الكاذب، مقال نشر بمجلة دراسات قانونية، عدد 23، كلية الحقوق، جامعة العربي تبسي، تبسة، الجزائر، 2014.

13. سيف الدين الياس حمدتو، التحكيم الالكتروني، مقال نشر بمجلة العلوم القانونية، الصادرة عن معهد العلوم القانونية والادارية،المركز الجامعي، الوادي،2011.

14. حمادوش أنيسة، خصوصية التحكيم الالكتروني في حل المنازعات التجارية الالكترونية، مقال نشر بمجلة العلوم الانسانية، عدد48، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر،2017.

٧- المؤتمرات و المداخلات العلمية:

1. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الالكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، عُقد بدبي في 2003/12/10.

2. بن حمود لطيفة، علواش مهدي، مداخلة بعنوان فعالية التوقيع الالكتروني في تأمين الحماية للمستهلك عبر الإنترنت، في إطار الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك والاقتصاد الرقمي، ضرورة الانتقال وتحديات الحماية بتاريخ 23و24 أفريل 2018.

3. جبار محفوظ، العملات الرقمية بين المنافع والمخاطر، دراسة حالة Bitcoin، مداخلة ألقيت في إطار الملتقى الوطني المنعقد يومي 23 و24 أفريل 2018 حول المستهلك والاقتصاد الرقمي، ضرورة الانتقال وتحديات الحماية، المركز الجامعي مسيلة.

4. الحمزة منير، آليات واستراتيجيات تطبيق الإدارة الالكترونية في الجزائر مشروع الجزائر الالكترونية 2013 نموذجا، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العالمي الأول للإدارة الالكترونية، نحو إدارة الكترونية فعالة للمجتمع الجماهيري، ليبيا،2010/04/01.

5. سفيان مسالته، فريد راهم، عمر عياشي، حماية المستهلك الالكتروني في ظل الممارسات الإعلانية المضللة، مداخلة في الملتقى الوطني الثالث حول المستهلك والاقتصاد الرقمي، ضرورة الانتقال وتحديات الحماية المنعقد في 23، 24 أفريل 2018 بالمركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف، ميلة.

6. شلالي عبد القادر، قاشي علال، الحكومة الالكترونية عوامل البناء والمعوقات في الجزائر،، مداخلة مقدمة ضمن اشغال اليومين الدراسيين حول مستقبل الحكومة الالكترونية في الجزائر، يوم 27 فيفري 2014.

7. عبد الباسط وفاء، سوق النقود الإلكترونية (الفرص، المخاطر، الآفاق)، المؤتمر الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المنعقد بمركز البحوث والدراسات أكاديمية الشرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة في الفترة 26 –28 أفريل 2003، الجزء الثالث.

8. فارس مسدور، كمال رزيق، التجارة الالكترونية وضرورة اعتمادها في الجزائر في الألفية الثالثة،، الملتقى الوطني الأول حول الاقتصاد الجزائري جامعة سعد دحلب، البليدة، الجزائر، يومي 21 و22 ماي2002.

9. فاطمة الزهرة خبازي، جرائم الدفع الالكتروني وسبل مكافحتها،، كتاب أعمال ملتقى آليات مكافحة الجرائم الالكترونية في التشريع الجزائري المنعقد في الجزائر العاصمة، يوم 29 مارس 2017.

VI- البحوث المنشورة عبر مواقع الانترنت :

1. حمزة كحال، مقال بعنوان الجزائر تحظر الإعلان على غوغل وفيسبوك لتوفير الدولار، قناة الجزائر بتاريخ 18 أكتوبر 2016 على موقع www.algeriachanel.net

2. رحاب عميش، الجريمة المعلوماتية على الخط، مقال نشر على موقع www.iefpedia.com. تاريخ الاطلاع 2019/10/12.

3. مقال بعنوان، الاتجاهات السبعة الأكثر في إعلانات الانترنت،] على الخط] تاريخ الإطلاع،2020/01/23.

4. منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني،، مقال منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، عدد 02، 2009. حمل من موقع http://damascusuniversity.edy.sy

5. نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق عدد02، الكويت، جوان 2008. تم تحميله من الموقع: http://pubcouncil.kuniv.edu.kw

6. هشام عبد القادر، التجارة الالكترونية، عن موقع http://hrdisenssion.com ، بتاريخ 2018/03/11، على الساعة 11:43.

VII- النصوص التشريعية و الاتفاقيات الدولية ،

1- التشريعات الوطنية

الدستور الجزائري

اتفاقيات دولية:

المرسوم الرئاسي رقم 341/97 المؤرخ في 13 سبتمبر 1997 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لاتفاقية برن، جريدة رسمية عدد 61 الصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 1997.

الأوامر والقوانين:

- الأمر رقم156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 75/ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق ل19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، جريدة رسمية عدد 44 صادرة بتاريخ23 جمادى الأولى 1424 الموافق ل23 جويلية 2003.
- الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق ل26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 27 أوت 2003 المعدل والمتمم.
- قانون رقم 315/01 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية رقم 41 مؤرخة في 27 جوان 2004 معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46 مؤرخة في 18-08-2010.
- قانون رقم 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل 01 فبراير 2015 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، جريدة رسمية عدد06 المؤرخة في 20 ربيع الثاني 1436 الموافق ل10فبراير 2015.

- قانون رقم 04/18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 ماي 2018 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، جريدة رسمية عدد 27 الصادرة في 27 شعبان 1439 الموافق ل 13 ماي 2018.
- قانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 ماي 2018المتعلق بالتجارة الالكترونية، جريدة رسمية عدد 28 المؤرخة في 30 شعبان 1439هـــ الموافق ل16 ماي 2018.
- قانون رقم 01/08 المؤرخ في 15 محرم 1429 الموافق ل 23 يناير 2008، المتمم للقانون رقم 11/83 المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق ل 02 يوليو 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية جريدة رسمية 04 مؤرخ في 27 يناير 2008.
- قانون رقم 02/89 المؤرخ في 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 06، الصادرة بتاريخ 08 فيفري 1989 (ملغى).
- قانون رقم03/09 المؤرخ في 29 صفر 1430 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 المؤرخة في08 مارس2009.
- قانون رقم04/09 المؤرخ في 14 شعبان 1430 الموافق ل 05 اوت 2009 المتضمن للقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، جريدة رسمية عدد 47 المؤرخة في 16 اوت 2009.

المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 162/07 ماي2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1428 الموافق ل30 ماي2007، جريدة رسمية عدد37 الصادرة في 21 جمادى الاولى 1428 الموافق ل07 يونيو2007، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 123/01 المؤرخ في 15 صفر1422 الموافق ل09 ماي 2001.
- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56 المؤرخة بتاريخ 11 سبتمبر 2006.
- المرسوم التنفيذي رقم 116/10 المؤرخ في03 جمادى الأولى1431 الموافق ل18أفريل 2010 يحدد مضمون البطاقة الالكترونية للمؤمن له اجتماعيا والمفاتيح الالكترونية لهياكل العلاج ولمهني الصحة وشروط تسليمها واستعمالها وتجديدها، جريدة رسمية 26 المؤرخة في06 جمادى الاولى1431 الموافق ل21 أفريل 2010، وقد تم تعديله بالمرسوم التنفيذي رقم 228/18 جريدة رسمية عدد 57.

- المرسوم التنفيذي رقم 307/2000 المؤرخ في 16 رجب 1421 الموافق ل 14اكتوبر 2000 جريدة رسمية عدد 60 المؤرخة في 15 أكتوبر 2000 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 257/98 المؤرخ في 03 جمادى الاولى 1419 الموافق ل 25 اوت 1998 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها جريدة رسمية عدد 63 مؤرخة في 26 اوت1998.
- المرسوم تنفيذي 13–327 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق ل26 سبتمبر 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، جريدة رسمية عدد 49 الصادرة بتاريخ 26 ذو القعدة 1434 الموافق ل02 اكتوبر2013.
- المرسوم تنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق ل 16 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوج والخدمات جريدة رسمية عدد 40 المؤرخة في 29 صفر 1411 الموافق ل19 سبتمبر 1990.
- المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 03 رجب عام 1410 الموافق ل 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 05 الصادرة سنة 1990، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01 /315

التشريعات الأجنبية:

الاتفاقيات الدولية :

1. Directive 95/46/CE parlement européen et du conseil de l'union européenne du 24/10/1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces donnés
2. Directive européenne N°2000-31 du 08 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur directive sur le commerce électronique) ; J.O.U.E, N°178 du 17 juillet 2000.
3. Directive européenne n°84-450 du 10 septembre 1984 no 84450 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des états membres en matière de publicité trompeuse

القوانين الأجنبية:

4. Code civil français , disponible sur le site web : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721
5. Code pénal français, disponible sur le site web : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719
6. Code de consommation français , disponible sur le site web: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565
7. Décret N°2001-272 le 30 /03/ 2001 pris pour l'application de l'article 1316.4 du code civil et relatif à la signature électronique. J.O.R.F.N°0077 du 31/03/ 2001.

8. La directive CEE No 84/450 du 10 septembre 1984 définit la publicité comme, toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale industrielle, artisanale ou libéral dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligation .
9. Décret français N° 92/280 du 27-03-1992 pris pour l'application du loi de l'article 27 de la loi du 30-09-1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage.
10. La loi n 2000/230 du 30/03/2000 portant adaptation du droit de la preuve au technologies de l'information et relative à la signature électronique J.O.R.F.N° 62 DU 14/03/2000.
11. La loi n‹ 2004-575 du 21/06/2004 pour la confiance dans l'économie numérique J.O.R.F.N°.143 du 22 juin 2004.

القوانين العربية:

- القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية الصادر ب30ذي القعدة 1422 الموافق ل12 فيفري2002.
- القانون عدد 83 لسنة 2000، المؤرخ في 09 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات التجارية الالكترونية في تونس، رائد عدد 64، مؤرخ في 11 أوت 2000.
- القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 2004/07/27 والمتعلق بحماية المعطيات الشخصية الصادر بالرائد الرسمي عدد 61 بتاريخ 2004/07/30.
- القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية الصادر بتاريخ11 ديسمبر2001
- القانون البحريني رقم 28/ 2002 بشأن المعاملات الالكترونية الصادر بتاريخ 18 سبتمبر2002 جريدة رسمية عدد2048.
- قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 الصادر بتاريخ 01 ربيع الأول 1425 الموافق ل21 أفريل 2004.

- **المواقع الالكترونية:**

http://www.cpa.gov.eg
http://shehab16.ektob.com/113609.htm http‹//unctad.org.publicationlibrary
http://www.amazon.fr/gp/help/customer/display
http://www.associationconomienumerique.fr/up-content/uploads/2009/01/ccip-contrat-type-commerce-electronique20081pdf
http://www.ftc.gov/enforcement/statutes/federal-trade-commission-act
http://www.Juriscom.net/uni/doc/19990515.htm#ftn53
http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id-article=1636
http://ar.m.wikipedia.org le 23/08/2019 à 18h00.
http://natp.dz
http://www.aps.dzwww.consumersinternational.org/shared-asp-files-(consurmers.competition)
http://www.definitions-marketing.com/ definitions / sponsoring ،
http://www.esteel.com
http://www.iab.net/Internet-advertising-bureau

http://www.itep.ae/arabic/educationalcenter/Articles/emoney_01.asp
http://www.opendirectorysite.info/e.commerce/03.htm
http ://www.shabablek.com/vb/c4032.html
http://www.uncted.org
http://www.unicitral.com
http://www.walmart.com
http://www.wikipedia.org

ثانيا:باللغة الأجنبية:

باللغة الفرنسية :

1. Abdelouahab MAKHLOUFI ,Matouk BELATTAF le commerce électronique en algérie vers de nouvelles formes de vente en ligne .revue Studia Ekonomiczne.2013 publié sur le site ، http،//cejsh.icm.edu.pl/ Art 28 de la loi 90/1170 du 29/12/1990 (J.O. du 30/12/1990 modifie par la loi 91/648 du 11/07/1991(J.O. du 13/07/1991).
2. Alain BENSOUSSAN, L'ensemble des échanges numérises, liés à des activités commerciales, entre entreprises, entre entreprises et particuliers, entre entreprises et administration, Le commerce électronique aspects juridique, éd.Hermes 1998.
3. Alain BENSOUSSAN, Le commerce électronique, aspects juridiques, Paris, Edition Hermès, 1998.
4. Christophe JAMIN, une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civile, Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation, paris, éd, Dalloz, 2002.
5. Florence MAS, la conclusion des contrats commerce électronique, préface de Michel VIVANT, LGDJ 2000.
6. G. Paisant, Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995, D. 1995.
7. Gilles TAORMINA, Théorie pratique du droit de la consommation, aspects généraux et contrats spéciaux. Universite Aix-En-Provence Libr.2004
8. J.Ghestin, Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers), L.G.D.J. 1983
9. Jean CALAIS-AULOY et Frank Steinmetz, Droit de la consommation, Précis Dalloz Droit Privé 7ed 2006.
10. Jérôme HUET, Eléments de réflexion sur le droit de la consommation, Petites affiches du 08/11/2001 N°223.
11. Jérôme HUET, La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au télex, Recueil Dalloz, 1992.
12. Lionel BOCHURBERG, internet et commerce électronique, 2eme édition, Delmas, Paris,2001.
13. Lionel COSTES, Transaction en ligne, Paiment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulleetin d'activité Dany droit de l'informatique,N°97 Novembre-1997
14. Maitre Christophe MASSE ، la publicité trompeuse dans le commerce électronique , étude réalisée sous la direction de maitre Serge PARISIEN, disponible sur le site www.juriscom.net
15. Olivier ITEAN, Internet et le droit, Aspects Juridiques du commerce électronique, Editions Eyrolles, 1998.
16. Regis FABRE, droit de la publicité et de la promotion des ventes Dalloz,1996.
17. Stéphane PIEDLIEVRE, droit de la consommation. Economica, Collection Corpus série, Paris,2020.

18. Thibault VERBIEST, le nouveau droit du commerce électronique, la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyber consommateur – préface da Marc OLIVIER, LGDJ 2005.
19. Thibault VERBIEST, Protection juridique de cyber consommateur, Juris classeur 2004.

ب -اللغة الإنجليزية :

1. Thomas w. HAZLETT. Economic and Political Consequences of the 1996 Telecommunications Act. regulation. volume 23.n 03, 2000.
2. BENJAMIN WRIGHT,JANE K WINN, the Law of electronic commerce adivision of Aspen publishing, incm New York,USA,thiedition, 2000.

الفهرس

مقدمة 02
الفصل التمهيدي 05
المبحث الأول: ماهية التجارة الالكترونية 05
المطلب الأول: تعريف التجارة الالكترونية وأشكالها 05
أولا: تعريف التجارة الالكترونية 05
ثانيا: اشكال التجارة الالكترونية: 10
المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ومتطلباتها 13
أ/ التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية: 15
ب/متطلبات التجارة الالكترونية: 24
المبحث الثاني: واقع التجارة الالكترونية في الجزائر 28
المطلب الأول: البيئة العامة للتجارة الالكترونية في الجزائر 28
1/ تكنولوجيا المعلومات والاتصال في الجزائر..... 28
2/ الإطار القانوني للتجارة الالكترونية في الجزائر..... 29
3/ بعض تطبيقات التجارة الالكترونية في الجزائر..... 33
المطلب الثاني: معوقات التجارة الالكترونية في الجزائر..... 38
الباب الأول:حماية المستهلك قبل وأثناء إبرام العقد الالكتروني 43
الفصل الأول: حماية المستهلك الالكتروني في مواجهة الإعلانات الالكترونية المخادعة وأثناء التفاوض 44
المبحث الأول: حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الالكترونية المخادعة 44
المطلب الأول: ماهية الإعلان الإلكتروني 44
الفرع01: تعريف الإعلان الإلكتروني وطبيعته القانونية 44
أولا: تعريف الإعلان..... 45

ثانيا: الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني..... 49
الفرع02: أنواع الإعلان الإلكتروني وشروط نزاهته..... 56
أولا: أنواع الإعلان الالكتروني.....56
أ/: الإعلان الإلكتروني عبر الانترنت:..... 56
ثانيا: الإعلان الإلكتروني خارج شبكة الإنترنت..... 60
* شروط الإعلان الإلكتروني النزيه..... 63
المطلب02: حظر الإعلانات الالكترونية المخادعة والكاذبة..... 66
الفرع01: تعريف الإعلان الالكتروني الكاذب والمخادع..... 66
أ/ ماهية الإعلان الالكتروني الكاذب او المخادع..... 66
ب/ كيفية تقدير التضليل..... 70
ج/ صور الإعلان الالكتروني المضلل..... 72
الفرع02: حماية المستهلك من جريمة الإعلان المخادع..... 75
أولا: الركن المادي..... 75
ثانيا: الركن المعنوي:..... 77
ثالثا: جزاء ممارسة الإشهار (الإعلان) المضلل..... 78
أ/ جزاء جريمة الإعلان الكاذب أو المضلل..... 78
* العقوبات الأصلية:..... 78
* العقوبات التكميلية..... 79
* العقوبات المنصوص عليها في قانون التجارة الالكترونية..... 79
أ/ دور القضاء المدني في حماية المستهلك من الإعلان التضليلي أو الكاذب:..... 80
الدعاوى الاستعجالية كآلية قضائية لحماية المستهلك من الإشهار التضليلي..... 80
دعاوى الموضوع كآلية قضائية لحماية المستهلك من الإشهار التضليلي:..... 80
رابعا: الأشخاص المسؤولون جنائيا عن جريمة الإعلان المخادع:..... 81
المسؤولية الجنائية للمعلن:..... 82
المسؤولية الجنائية لوكالة الإعلان:..... 82
المسؤولية الجزائية لمزود الخدمة..... 83
المبحث الثاني: حماية المستهلك الالكتروني أثناء التفاوض..... 84
المطلب الأول: ماهية التفاوض الالكتروني.....85
الفرع01: تعريف التفاوض الالكتروني وأهميته..... 85
تعريف التفاوض..... 85

أهمية التفاوض الالكتروني:..... 86
التكييف القانوني للتفاوض الالكتروني:..... 88
التفرقة بين هذه المرحلة وبين ما قد يشتبه بها.....90
الفرع02: الاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض ومكانتها في العقد الالكتروني..... 91
أولا: أنماط الاتفاقات المبدئية بين المتفاوضين..... 91
ثانيا: الأثر المترتب على الاتفاقات التي تتخلل المفاوضات التمهيدية للتعاقد..... 92
ثالثا: مكانة التفاوض في العقد الالكتروني.....93
المطلب الثاني: المسؤولية في مرحلة التفاوض..... 96
الفرع01: الالتزامات المفروضة في مرحلة التفاوض..... 96
أولا: الالتزام بحسن النية:..... 96
ثانيا: الالتزام بالتعاون..... 97
ثالثا: الالتزام بالإعلام:..... 97
رابعا: الالتزام بالنصح والتحذير..... 102
خامسا: الالتزام بالمحافظة على الأسرار..... 102
الفرع02: تطبيقات المسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني..... 103
الفصل الثاني: حماية المستهلك أثناء ابرام العقد الالكتروني..... 106
المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني..... 106
المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني..... 106
الفرع01: تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه..... 107

التعريفات الواردة في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية:..... 108
التعريف الوارد في الوثائق الأوربية:..... 109
تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني:..... 109
خصائص العقد الإلكتروني..... 111
الفرع02: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود..... 115
أولا: تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن باقي العقود بالنظر إلى وسيلة التعاقد..... 115
أ/ تمييز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي:..... 115
ب/ التميز بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الهاتف والفاكس والتلكس..... 113
ت/ التمييز بين التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون:..... 119
ثالثا: تميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الإلكترونية..... 121
المطلب الثاني: أطراف العقد الإلكتروني وظروف ابرامه..... 125
الفرع01: أطراف العقد الإلكتروني.....125
أولا: الأطراف المتعاملة مع المستهلك الإلكتروني..... 126
1/ المحترف العارض عبر الانترنت (المهني)..... 126
2/ العارض عبر الانترنت غير المحترف.....128
3/ تحديد هوية المتعامل مع المستهلك الإلكتروني.....130
ثانيا: ماهية المستهلك الإلكتروني:..... 132
تعريف المستهلك:.....132
1/ التعريف الضيق للمستهلك.....133
2/ التعريف الواسع للمستهلك:.....134
تعريف المستهلك الإلكتروني:.....135
الفرع02: ظروف إبرام العقد الالكتروني.....136
أولا: زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني.....136
أ/ زمان إبرام العقد الالكتروني..... 137
أولا: نظرية إعلان القبول.....137
ثانيا: نظرية العلم بالقبول.....138
ثالثا: نظرية تصدير القبول:.....138
رابعا: نظرية الاستلام المؤكد للقبول:.....140
ثانيا: مكان انعقاد عقد التجارة الالكترونية.....142

محل العقد وسببه.....145
أولا: المحل في عقد التجارة الالكترونية.....145
ثانيا: صور المحل في التجارة الالكتروني.....145
ثالثا: السبب في عقد التجارة الالكترونية.....149
المبحث الثاني: إبرام العقد الالكتروني.....150
المطلب الأول: رضا المستهلك الالكتروني.....150
الفرع01: الإيجاب الالكتروني.....150
أولا: تعريف الإيجاب الالكتروني.....151
ثانيا: خصائص الإيجاب الالكتروني.....154
ثالثا: صور الإيجاب الالكتروني:..... 156
*/الإيجاب عبر البريد الالكتروني.....156
*/الإيجاب عبر الواب.....157
رابعا: لغة الإيجاب في العقد الالكتروني:.....158
الفرع02: القبول الإلكتروني.....159
أولا: تعريف القبول الالكتروني.....159
ثانيا: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الالكتروني.....161
ثالثا: طرق القبول الالكتروني.....163
أ/ القبول الالكتروني عبر الموقع.....165
ب/ القبول عبر الرسائل الالكترونية:.....166
ج/ القبول عن طريق المحادثة الالكترونية والمشاهد عبر الانترنت:.....167
د/ التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد.....167
المطلب الثاني: حماية رضا المستهلك الالكتروني.....168
الفرع01: حماية المستهلك الالكتروني من خلال التمسك بعيوب الإرادة.....168
أولا: الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية:.....169
الوسائل التقنية التي يمكن استخدامها للتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية.....171
ثانيا: عيوب الإرادة في عقد التجارة الإلكترونية.....173
1/ الغلط.....173
2/التدليس:.....174
3/ الإكراه.....176

4/ الغبن والاستغلال:.....176
الفرع02: حماية المستهلك الالكتروني في مواجهة الشروط التعسفية.....177
أولا/مفهوم الشروط التعسفية:.....178
ثانيا/ دور القانون والقضاء في مواجهة الشروط التعسفية.....179
ثالثا: حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وفقا لأحكام عقد الإذعان:.....181
أهمية إضافة صفة الإذعان على عقود الاستهلاك الإلكترونية:.....185
الباب الثاني: حماية المستهلك عند تنفيذ العقد الالكتروني وبعده.....189
الفصل الأول: حماية المستهلك عند تنفيذ العقد الالكتروني.....190
المبحث الأول: حماية البيانات الشخصية للمستهلك ووسائل الدفع الالكترونيين.....190
المطلب الأول: حماية البيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني.....190
الفرع01: الحماية المدنية للبيانات الشخصية والتجارية للمستهلك الالكتروني.....190
أولا: تعريف الحق في الخصوصية.....190
ثانيا: تعريف البيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني.....192
ثالثا: الحماية التقنية والمدنية للبيانات الشخصية والتجارية للمستهلك الالكتروني.....193
أ/ الحماية التقنية للبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني:.....194
ب/الحماية المدنية للبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني:.....197
الفرع02: الحماية الجنائية للبيانات الشخصية والتجارية للمستهلك الإلكتروني.....201
أولا: الحماية الجنائية للبيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني في التشريعيات الدولية...202
ثانيا / صور الحماية الجنائية للبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني في التشريع الجزائري.....208
1جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة:.....210
جريمة التعامل بالأشياء المتحصل عليها من الجرائم السابقة:.....212
4- جريمة تحويل المراسلات الالكترونية:.....212
المطلب الثاني: حماية وسائل الدفع الالكتروني للمستهلك.....214
الفرع01: ماهية وسائل الدفع الالكتروني..... 214
أولا: مفهوم الدفع الالكتروني وخصائصه.....214
أ/ مفهوم الدفع الالكتروني.....214
ب/خصائص الدفع الالكتروني.....215
ثانيا: أنواع وسائل الدفع الإلكتروني.....217
1/ الشيك الالكتروني.....217

2/ بطاقات الدفع الالكتروني.....219
3/النقود الالكترونية:.....222
4/ البنوك الالكترونية:.....224
ثالثا: الحماية الجنائية للمستهلك الالكتروني من مخاطر وسائل الدفع في التشريع الجزائر225
أولا: مراحل اعتماد وسائل الدفع في الجزائر.....226
ثانيا: تحديث أنظمة الدفع في الجزائر.....228
الفرع02: الحماية القانونية من مخاطر استعمال وسائل الدفع الإلكتروني:.....230
أولا: جرائم الاعتداء على بطاقة الائتمان.....230
أ*أركان الجرائم الواقعة على بطاقات الائتمان.....231
ب* الأساليب المعتمدة في الجرائم الواقعة على بطاقات الائتمان.....231
1/إساءة استعمال الدفع الالكتروني من حامل البطاقة.....231
2/ إساءة استعمال بطاقات الدفع الإلكتروني من الغير.....232
3/إساءة استعمال بطاقات الدفع الالكترونية من قبل موظفي البنك المصدر للبطاقة.....236
ثانيا: جرائم التعدي على نظام التحويل الالكتروني للأموال.....237
ثالثا: جرائم النقود الالكترونية.....239
ثانيا: الاستراتيجية الوطنية لمواجهة الجرائم المتعلقة بوسائل الدفع الالكترونية:.....240
1/ التشريعات العامة لمواجهة الجرائم المتعلقة بوسائل الدفع الالكتروني.....240
2/ التشريعات الخاصة لمواجهة جرائم الدفع الالكتروني.....241
المبحث الثاني: حماية المستهلك بفرض الشكلية على العقد الالكتروني.....243
المطلب الأول: ماهية الشكلية في العقد الالكتروني.....244
الفرع01: الكتابة الالكترونية.....244
أولا/ تعريف الكتابة الالكترونية.....244
ثانيا/ خصائص الكتابة الالكترونية ومراحل إنشاؤها:.....246
ثالثا/ الشروط اللازم توافرها في الكتابة الالكترونية:.....247
الفرع02: التوقيع والتصديق الالكترونين.....248
أ/التوقيع الالكتروني.....248
أولا/ تعريف التوقيع الالكتروني وصوره.....248
1/ تعريف التوقيع الالكتروني.....249
2/ صور التوقيع الالكتروني.....251
3/ شروط صحة التوقيع الالكتروني:.....247

ب/ التصديق الالكتروني.....259
أولا/ مفهوم مؤدي خدمات التصديق الالكتروني:.....259
ثانيا/ سلطات التصديق الالكتروني ومهامها:.....260
المطلب الثاني: حماية التوقيع والسند الالكترونيين.....262
الفرع الأول: الحماية الجنائية لتوقيع المستهلك الإلكتروني.....262
1/ الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري:.....262
أ- المسؤولية الجزائية للغير.....262
ب/ المسؤولية الجزائية لمؤدي خدمات التصديق:.....265
ج/ المسؤولية الجزائية للموقع:.....267
2- الحماية الجنائية للتوقيع الالكتروني في التشريعات الأجنبية والعربية.....268
الفرع 02: الحماية الجنائية للمستهلك الالكتروني من جريمة تزوير المستندات الالكترونية.....271
أولا: جريمة تزوير المستند الالكتروني.....271
مدى اعتبار المحرر المعلوماتي من قبيل المحررات التي تطبق عليها نصوص جريمة تزوير.....273
موقف القوانين العقابية من جريمة تزوير المحررات المعلوماتية 275
أركان جريمة تزوير مستند الكتروني:.....279
1/ الركن المادي:.....279
2/ الركن المعنوي:.....282
3/ عقوبة جريمة تزوير مستند الكتروني في التشريع الجزائري:.....282
الفصل الثاني: حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد الالكتروني.....283
المبحث الأول: ضمانات تنفيذ العقد الالكتروني.....283
المطلب الأول: التزامات البائع الالكتروني.....283
الفرع01: التزام البائع بتسليم المبيع وضمان التعرض والاستحقاق.....283
أولا: التزام البائع بتسليم المبيع.....283
أ/ التزام البائع الإلكتروني بتسليم البضائع:.....284
ب/ الالتزام بتقديم أو أداء خدمة:.....286
ج/ الالتزام بتسليم المبيع الرقمي:.....287
د/ مكان ونفقات التسليم:.....290
زمان التسليم.....291

الالتزام بتقديم النصح والمشورة والمساعدة الفنية:.....292
الالتزام بنقل الملكية:.....293
ثانيا: ضمان التعرض والاستحقاق.....295
ضمان التعرض الشخصي:.....295
ضمان التعرض الصادر من الغير.....296
الفرع02: ضمان العيوب الخفية.....299
أولا: مفهوم ضمان العيوب الخفية:.....299
ثانيا: ضمان السلع والخدمات في قانون حماية المستهلك:.....301
ثالثا: شروط العيب الخفي لاعتباره منشئا للضمان:.....303
ثالثا: أطراف الضمان:.....306
المطلب الثاني: حماية المستهلك الالكتروني من جريمتي الغش والخداع.....307
الفرع01: حماية المستهلك الالكتروني من جريمة الغش.....307
أ – الركن الخاص.....308
ب/ الركن المادي:.....311
ج) الركن المعنوي:.....313
د/ جزاء جريمة الغش التجاري:.....313
هـ/ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في جريمة الغش الصناعي والتجاري:.....313
الفرع الثاني: حماية المستهلك الالكتروني من جريمة الخداع.....313
أ/ الأركان الخاصة:.....316
1/محل الجريمة.....316
ب/الركن المفترض:.....317
ب–الأركان العامة:.....318
*الركن المادي:.....318
*نطاق الخداع التجاري.....320
ب/ الركن المعنوي:.....322
ج/ الشروع في جريمة الخداع:.....323
د/ جزاء جريمة الخداع التجاري:.....323
المبحث الثاني: تسوية منازعات المستهلك الالكتروني.....325
المطلب الأول: حق المستهلك الالكتروني في الرجوع وقيام المسؤولية الالكترونية.....325

الفرع01: حق المستهلك الإلكتروني في الرجوع.....325
أ/ حق المستهلك الإلكتروني في الرجوع:.....325
أولا: التنظيم التشريعي للحق في الرجوع.....326
ثانيا: التزام المحترف بإعلام المستهلك بحقه في العدول وكيفية ممارسته.....327
ب/ نطاق الحق في العدول:.....330
أولا: عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل المدة المقررة للعدول:.....330
ثانيا: العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها:.....331
ثالثا: العقود الواردة على سلع تم تصنيعها للمستهلك خاصة:.....332
رابعا: السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف:.....332
خامسا: العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي.....332
سادسا: العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات:.....333
سابعا: العقود الواردة على خدمات الرهان المصرح بها:.....334
الفرع02: قيام المسؤولية الالكترونية.....335
أولا: الإخلال بالتنفيذ الجيد.....335
ثانيا: قيام المسؤولية الالكترونية للبائع.....337
عناصر المسؤولية الإلكترونية للبائع.....338
أولا: الخطأ الإلكتروني:.....338
ثانيا: الضرر الإلكتروني.....339
أ/ المبادئ العامة في الضرر:.....339
ب/ أنواع الضرر الالكتروني:.....340
ثالثا: العلاقة السببية لقيام المسؤولية الالكترونية.....343
المطلب 2: حق المستهلك في اللجوء للتقاضي.....346
الفرع01: حق المستهلك الالكتروني في رفع دعوى تحكيمية.....346
أولا: تعريف التحكيم الالكتروني:.....347
ثانيا: ملائمة التحكيم الإلكتروني لمنازعات عقود المستهلكين الالكترونية.....348
ثالثا: أليات التحكيم وشروطه في إطار التجارة الالكترونية.....350
رابعا: الفصل في الدعوى التحكيمية على الشبكة:.....353
خامسا: حكم التحكيم الالكتروني:.....354

الفرع02: حق المستهلك الالكتروني في رفع دعوى مدنية أو جزائية.....354
أولا: الدعوى الالكترونية المدنية:.....354
أ/ تعريف الدعوى الالكترونية:.....355
ب/ إجراءات رفع الدعوى الكترونيا.....355
ج/المحكمة الالكترونية او المحكمة الرقمية:.....355
د/ المحاكمة عن بعد لتطبيق التقاضي الالكتروني في الجزائر.....357
ثانيا: الدعوى الالكترونية الجزائية:.....358
أ/تحريك الدعوى العمومية في مجال جرائم المعلوماتية:.....359
ب/ إجراءات البحث في الجريمة الالكترونية:.....360
الخاتمة:.....367
قائمة المراجع:.....369