



جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



حماية مستهلك خدمة التأمين العادي والإلكتروني  
" دراسة مقارنة "

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون  
تخصص قانون المنافسة والاستهلاك

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

بن مرزوق عبد القادر

إعداد الطالبة:

مكي إيمان

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	د. حوالفة عبد الصمد
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	د. بن مرزوق عبد القادر
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر "أ"	د. هديلي أحمد
مناقشا	المركز الجامعي بمغنية	أستاذ محاضر "أ"	د. جزول صالح

السنة الجامعية: 2019/2018



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَقَالَ رَبُّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَ

عَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي

بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴿١٩﴾

صدق الله العظيم

سورة النمل الآية 19

قيد صيودك بالحبال الوثيقة

و تتركها بين الخلائق الطالقة

العلم صيد و الكتابة قيده

فمن الحماسة أن تصيب غزاة

الإمام الشافعي

## شكر و تقدير و عرفان

أشكر الله العظيم على توفيقه لي أن مهد لي السبل و يسر لي الصعوبات و أحاطني بعناية و التفكير و حسن التدبير.

و إلى أستاذي المشرف

فأتقدم بالشكر الجزيل و عظيم الإمتنان إلى الأستاذ الفاضل الدكتور "بن مرزوق عبد القادر" على ما أولاه لهذا العمل من عناية فائقة و على الجهود الذي بذله معنا بتقديمه لملاحظات قيمة أنارت لي طريق البحث إذ لم يبخل عليّ بتوجيهاته و نصائحه الإرشادية فله كل عبارات الشكر و التقدير عرفانا مني بالجميل .

كما أتوجه بالشكر الخالص و الإحترام الكبير ، إلى الأساتذة الكرام على قبولهم مناقشة هذه المذكرة رغم إنشغالهم .

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد لإنجاز هذا العمل المتواضع .



إيمان

## الإهداء

إلى من بعطائهما أضاء لي دروب العلم و المعرفة

إلى من أغلى من في الكون

إلى العزيزين

جدي و جدتي .....أمد الله في عمرهما

إلى زوجي ورفيق دربي، من علمني حبّ التحدي

فكان نعم الزوج حفظه الله

إلى قرّة عيني ابنتي الغالية منار حفظها الله ورعاها

إلى والدي و والدي أطل الله في عمرهما

إلى كل أفراد عائلتي

إلى كل أصدقائي و أحبائي

إلى كل من كانوا سببا في نجاحي

إيمان



# قائمة أهم المختصرات : Principales abréviations, Main

## abréviations

أولاً: باللغة العربية

ج	جزء
هـ	هجرية
ص	صفحة
ع	عدد
ج.ر.ج.ج	الجريدة الرّسمية للجمهورية الجزائرية
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية
و.م.أ	الولايات المتحدة الأمريكية
ق.ت.ج	القانون التأمين الجزائري
ق.ت.ج	القانون التجاري الجزائري
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ط.غ.م	طبعة غير موجودة
د.س.ن	دون سنة نشر
ق.ل.ع	قانون الالتزامات والعقود
م.ت.ج	مدونة التأمين الجديد

## ثانيا: باللغات الأجنبية

S	Suivant
Cass.Civ	Cambre de cassation civile
P	Page
CF	Se conformer
N	Numéro
V	Volume
CH	CHambre
CE	Communauté européenne
ART	Article
Op.cit	Option cité « opus Citum »
Ibid	Au même endroit, dans le même ouvrage
Bull.Crim	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation(chambre criminelle)
Bull.civ	Bulletin des arrêts de la cour de Cassation(chambre civile)
Crim	Chambre Criminelle
Cass.Crim	Chambre Criminelle de la cour de cassation
J.O.R.F	journal officiel de la République française
J.C.P	Juris Classeur périodique
STAD	Système de traitement automatique des données
R.T.D.C	Revue trimestrielle de droit commerciale et de droit économique
P.D.F	Portable document format
HTML	HyperText Markup Language
Http	Hypertext transfer protocol
P.I.N	Personale identification number
WWW	Wored wide web.
UCITA	Uniform Computer Information Transactions Act
UETA	Uniform électronique transaction act
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trad Law.
ISO	International Organisation for Standardisation
SSL	Secure Sockets Layer
TLS	Transport Layer Security
F.O.B	Freight on Board
C.A.F	Cost and Board
C.I.F	Cost Insurance and Freight



# مقدمة



إنّ التفاعل ما بين تكنولوجيا الإتصالات والمعلومات أدّى إلى ظهور أسلوب جديد للتعامل التجاري الذي أضحيّ يمثل إضافة غير عادية للإمكانيات التجارية المتاحة للمستهلكين، في مجال التجارة الإلكترونية.

وعليه فإنّ التعامل التجاري عبر الأنترنت، وبوسائل الإتصال المعاصرة هو أحد دعائم الإقتصاد الرقمي، فمعظم الشركات التجارية الكبرى تتّجه إلى تبني أسلوب التجارة الإلكترونية في التعامل، وكلّ شركة ترغب في إنكار هذه الحقيقة محكوم عليها بالفشل. وكلّ دولة لا تسعى إلى مواكبة هذا الأسلوب التجاري الجديد ستجد نفسها عاجزة عن ولوج الإقتصاد الرقمي والمساهمة فيه ومتأخرة في مجال التقدم العلمي.

ويجدر التنويه في هذا الصدد، أنّ العقود الإلكترونية تشهد نموًا متصاعدا حيث باتت تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية والداخلية، وذلك بسبب سهولة وسرعة إبرامها وتنفيذها، حيث يمكن للشخص الوصول إلى ما يرغب فيه من خلال العروض المتسعة الخيار بالضغظ على لوحة المفاتيح الموجودة بجهازه الخاصّ المتصل بالأنترنت دون الحاجة إلى التنقل إلى أيّ مكان.

أضف إلى ذلك سهولة الإتصال والتفاعل الدائم بين طرفي العقد، ممّا يكفل لهما التفاوض ومناقشة بنود العقد بحرية تامة، كما هو الحال تقريبا في التعاقد الذي يتم في مجلس العقد الحقيقي بين حاضرين.

فزيادة الطّلب على المنتجات والخدمات عبر الأنترنت، يساهم في زيادة عدد المستهلكين في نطاق التجارة الإلكترونية، غير أنّ إزدهار هذه الأخيرة يتوقف على مدى وضوح النظام القانوني للمعاملات الإلكترونية وقدرته على توفير الثقة للمتعاملين بصفة عامّة والمستهلك بصفة خاصّة.

ولاشك أنّ التعامل التجاري بوسائل الإتصال الحديثة يشكّل أحد المتغيرات التي يجب التعامل معها، حيث أدخلت عناصر جديدة على المفهوم التقليدي للتجارة، والتي خلقت

إشكاليات قانونية كثيرة، لم تكن موجودة فيما سبق. ومن منطلق أن الجوانب القانونية تشكل العمود الفقري لعقود التجارة الإلكترونية، فإن تنظيمها القانوني هو أبرز ما يواجهه المهتمين بحقل القانون. فوضع قوانين وقواعد قانونية تتلاءم وأنماط العمليات التجارية الإلكترونية الحديثة، هو أحد أهم البنى التحتية اللازمة لقيامها ونموها، لاسيما في ظل حداثة الظاهرة وتباين أطر الأنظمة التشريعية المحلية لدول العالم.

بيد أن هذه التطورات الحاصلة على المستوى الإقتصادي والاجتماعي أثرت بشكل كبير على العلاقات التي تجمع المواطن المستهلك بالمهني أو المورد، باعتبار أن هذا الأخير يقدم السلع والخدمات للمستهلك وللعموم، بحيث أضحت هذه التعاملات مجالا خصبا لاستغلال المهنيين لوضعيتهم المتميزة مقارنة مع فئة المستهلكين الذين يمثلون الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، لذلك انتبه المجتمع الدولي والتشريعات المقارنة إلى ضرورة البحث عن القواعد والأسس القانونية الكفيلة بتوفير الحماية للمستهلك بهدف ضبط التوازن العقدي.

ولعلّ من أخطر الموضوعات التي تحتاج لجهود الفقهاء المعاصرين، تلك الموضوعات المتعلقة بالعقود من حيث هي مفتاح المعاملات بين الناس.

ويعدّ إبرام العقود بوسائل الإتصال الحديثة والتي أصبحت تربط بين أطراف المعمورة كلّها، من أخطر الموضوعات المتعلقة بالعقود، بحيث تمّ اختصار المسافات والحواجز المكانية والزمانية.

وقد أصبحت هذه الوسائل أمرا ملموسا لإبرام الكثير من المعاملات بواسطتها، وإنشاء التصرفات عن طريقها، لعلّ من أهمها الشبكة المعلوماتية العالمية، حيث تحولت هذه الأخيرة من مجرد تبادل البيانات عبر البريد الإلكتروني إلى إنجاز العمليات التجارية إذا فرضت نفسها بقوة. وبالتالي، فإنّ عملية التجارة الإلكترونية ساهمت في إلغاء الحدود أمام الأسواق التجارية مما يفتح أسواق العالم بسهولة أمام المستهلك. ولذا فإنّ هذه المسألة تتطلب من الهيئات المعنية وبخصوص

الدول أن تعمل من أجل الانتقال من مفهوم الدولة الوطنية إلى دولة الجودة في إطار ما يعرف بالحكم الرشيد (Good Governance).

وإذا كانت هناك أبحاث قانونية متعددة المضامين في مجال المعلوماتية والشبكات، إلا غالبيتها لا يثار فيها موضوع التأمين إلا بطريقة هامشية، فلا يوجد إلا القليل من الكتابات المتخصصة في مجال التأمين المعلوماتي، ومن هنا جاءت الفكرة في دراسة التأمين في مجال المعلوماتية والشبكات.

وينبغي أن نذكر في هذا المقام تفريق علماء القانون بين نظام التأمين باعتباره فكرة ذات أثر اقتصادي و اجتماعي مبنية على نظرية عامة ذات قواعد فنية وبين عقد التأمين باعتباره تصرفا قانونيا ينشئ حقوقا بين طرفين متعاقدين وتطبيقا عمليا لذلك النظام، ومن ثم فإنه يمكن بيان المراد بنظام التأمين وفقا لنظرية العامة في نظر علماء القانون بأنه "نظام تعاقدى يقوم على أساس المعاوضة غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاوّل عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية".

و تجدر الإشارة أن أساس حماية المستهلك في العقود بصفة عامة والعقد الإلكتروني بصفة خاصة يمكن في حالة الضعف المسيطر عليه وإختلال التوازن بينه وبين المهني أو المحترف الذي يقدم السلعة أو الخدمة باعتبار هذا الأخير هو الطرف الأقوى إقتصاديا، كونه يستطيع إتقان آليات إدارة الممارسات التجارية الإلكترونية بشكل محترف على المواقع، في حين أن مستهلك خدمة التأمين يتوجه إلى التعاقد بإلمام بسيط لا يتعدى ما تسمح به التقنيات التي يملكها هذا الأخير.

إلا أن هناك خطرا يهدد المجال المعلوماتي وبالتالي فإن هذا الخطر يمكن تأمينه ببوالص تأمين مخاطر المعلوماتية ولكن إذا كان من المعقول أن يتم التأمين بمعناه الحقيقي على جهاز الكمبيوتر ضد خطر الحريق أو ضد كسر الجهاز فإنه من الممكن أن يتم التأمين على soft ware ضد العيوب و التلفيات التي يمكن أن يتعرض لها فلا يوجد في الواقع إذا أي سبب يجعلنا ننظر لهذين الافتراضين بطريقة منفصلة ، حيث أنهما في الحقيقة غالبا ما يتحدان سويا ليكون باتحادهما الوثيق خطرا معلوماتيا للمؤسسة، فإمداد المستهلك بوسائل الحماية المناسبة في العمليات التجارية الإلكترونية

مرجعه أن عقود التجارة الإلكترونية بجانب مميزاتها لها بعض المساوئ ناشئة عن استخدامها. فهناك من يدخل إلى الشبكة بغرض الاستيلاء على أموال المستهلكين والذي يطلق عليهم عادة قرصنة مواقع الأنترنت Hackers والمتحايلون Fraudears والذين استغلوا مواطن الضعف الفنية لمواقع الأنترنت واستخدموها لتحويل الأموال والتلاعب بحسابات المصارف، وتزوير بطاقات الإئتمان، والتجسس على البيانات الشخصية للعملاء، وتزوير العلامات التجارية. وقد يصل الأمر إلى إقحام أجهزة أخرى وتعطيلها كلية، أو تدمير المعلومات المخزنة فيها عن طريق زرع ما يسمى بالفيروس (Virus)، حيث يتم سرقة المعلومات وإعادة إستخدامها على نحو يضرّ بالمستهلك. الأمر الذي يتطلّب تدخل مختلف الهيئات المرتبطة بعملية التعاقد من أجل حماية المعاملات الإلكترونية جنائياً.

ويبقى المستهلك هو الأساس والغاية في تطور المجتمعات التي تتطلب الحماية سواء على المستوى الوطني أو الدولي، ولن يتأتى ذلك إلا بإنشاء تكتلات اقتصادية تستطيع حماية مصالحها ورفاهية مواطنيها وفقاً لمتطلبات المتغيرات المستجدة على الساحة العالمية. ومن هذا المنطلق يرى بعض من الفقه أنه من المشكوك فيه أن تصدى القواعد التقليدية للإلتزامات لحماية المستهلك ضمن التعاملات الإلكترونية لأنه في حاجة إلى تنوير معلوماتي لتمكينه من محاولة فهم المعلومات التي تصله عبر الشبكة المعلوماتية.

وفي هذا الخصوص، عني الفقه بدراسة مظاهر التدخل لحماية الطرف الضعيف في الروابط العقدية وإستخلص منها نظريات عامة لعل أهمها نظرية عقود الإذعان ( Contrats d'adhésion)، ونظرية العقد المفروض أو الجبري (Contrats de imposé ou forcé)، ونظرية عقود الإستهلاك (Contrats de consommation)، ونظرية عقود التبعية الاقتصادية (Contrats de dépendances économique).

وعليه، فمن الضروري إصدار تشريعات فعّالة بغية حماية المستهلك وتأهيله، بحيث يستطيع تحديد مصالحه والدفاع عن حقوقه وإختيار السلع والخدمات بالسعر المناسب التي تؤمّن احتياجاته وتنسجم مع رغباته وذوقه.

وهو ما دفع بمشرعي عدّة الدول إلى إصدار قانون لحماية المستهلك بغرض حمايته وضمن حصوله على حقوقه. فلم تعد وظائف الدولة في العصر الحديث قاصرة على أهداف الأمن القومي الداخلي والخارجي كما كان الوضع في مفهوم الدولة الحارسة، وإنما أصبحت هذه الوظائف تتشعب وتمتد إلى مجالات كثيرة إقتصادية وإدارية وتجارية وصناعية، وتدور كلّها حول رفاهية وإستقرار المجتمع وتوفير الأمان له.

ففي مثل هذا النوع من العقود تنور مجموعة من الأسئلة الهامشية والمحورية في نفس الوقت من قبيل مدى اعتبار ما يتم تدوينه على الدعامات الغير ورقية هو من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات مما يفتح المجال أمام ميلاد المسؤولية بصدد إجراء وتنفيذ المعاملات الإلكترونية. ففي هته البيئة الافتراضية قد يثور التساؤل عن سوء استخدام البيانات خاصة في مجال التأمين وفي دول لا يوفر فيها مستويات الحماية القانونية وقد لا تحدم القوانين الوطنية كثيرا في هذا الفرض.

### أ- أهمية الموضوع:

يستهدف هذا الموضوع أن يتناول بالدراسة والتحليل القواعد القانونية التي تحكم مختلف جوانب المعاملات الإلكترونية ونخص بالذكر عقد التأمين وذلك في ضوء التشريعات والتدابير القانونية التي وضعت خصيصا لتنظيم هذه التعاملات التقنية، إلى جانب القواعد العامة التي تتلاءم أحكامها مع طبيعة هته المعاملاتن بغية التوصل إلى أجوبة قانونية لجملة من التساؤلات تتمحور حول ماهية الحماية القانونية المقررة للمستهلك الإلكتروني، وكذلك خصوصية هذه الحماية القانونية ومدى تجسيدها لفكرة الأمن القانوني الإلكتروني؟ خاصة أنّها أصبحت من أهم وأكثر المواضيع التي تحتاج إلى البحث والتفصيل بسبب حداثة هذا الموضوع، وما يواكب التعاقد

الإلكتروني من تطور علمي وتقني. فحاجة المستهلك للحماية تتبع بكونه الطرف أقل خبرة ودراية في المعاملات التجارية الإلكترونية، والأقل قوة في المعادلة الاقتصادية.

### ب- مشاكل البحث:

إن دراسة أية ظاهرة اجتماعية من الناحية القانونية تتطلب تأصيل هذه الظاهرة وبالتالي إما ربطها بظاهرة معروفة قد استقرت بشأنها القواعد القانونية كي تأخذ حكمها وتطبق عليها تلك القواعد، وإما أن يتم تصنيفها خارج الظواهر المعروفة وبالتالي تشخيص مواطن الخصوصية والتفرد فيها والتي نخرجها من نطاق ما هو قائم من قواعد قانونية.

ومن هنا جاءت ردود الأفعال المتباينة سواء من قبل المشرعين أم الهيئات الدولية ذات العلاقة أو أو الشراح بين ترك تنظيم المعاملات الإلكترونية لحكم القواعد القانونية العامة، وبين وضع المعالجات لبعض جوانب التجارة الإلكترونية بصفة خاصة.

أما عن صعوبات هذا البحث فإنها فإنها لا تكمن في مستلزمات كتابة هذا البحث التي قلما يخلو منها أب بحث قانوني من هذا القبيل، وإنما تكمن في التعامل مع موضوع يمكن أن -نعده مجازاً- موضوعاً متحركاً، ذلك أن حداثة ظاهرة التعامل الإلكتروني قد أدت إلى عدم بلورة المفاهيم القانونية فيها بشكل مستقر بعد، كما أن المستجدات التي تطرأ على هذا الموضوع باستمرار تجعله غير منضبط ولا مستقر الجونب، وبالتالي تكون مهمة البحث عن تنظيم قانوني مستقر له أمر لا يخلو من المشقات.

### ج- إشكالية الدراسة:

وإستناداً إلى ما سبق يمكن صياغة وتحديد إشكاليات البحث من خلال طرح بعض التساؤلات:

ما هو أساس الحماية القانونية المقررة للمستهلك ضمن عقود التجارة الإلكترونية؟  
وما هي الآليات أو الميكانزمات المتاحة لتجسيد فكرة الأمن القانوني للمعاملات الإلكترونية؟

وفيم تتجسد فكرة الوقاية من مخاطر التأمين ونخص بالذكر التأمين المعلوماتي الإلكتروني؟  
فهذه الإشكاليات المطروحة وأخرى يمكن إجمالها في إشكالية رئيسية ألا وهي: فيم تكمن  
حدود الحماية القانونية لمستهلك خدمة التأمين وهل يوجد من أساليب تقنية وواقعية تحميه بالقدر  
الكافي من انتهاكات التكنولوجيات الجديدة؟.

و للإجابة عن هذه الإشكالية فقد ارتأينا الاعتماد على المنهج التحليلي المقارن و الذي من  
خلاله تمت الإشارة إلى بعض القوانين العربية والغربية من أجل تبيان مدى ملائمة النصوص  
القانونية الحالية مع هذا الواقع الجديد.

#### د- خطة الموضوع:

ينبغي علينا لتناول موضوع حماية المستهلك خدمة التأمين من جانبه العادي والإلكتروني  
بشكل من التوضيح، وعليه ارتأينا أن نقسم هذه الرسالة إلى بابين، فتضمن الباب الأول: مدى  
الحماية القانونية المقررة لمستهلك خدمة التأمين.

أما الباب الثاني فتطرقتنا فيه إلى الأساليب الإجرائية المقررة لحماية مستهلكي خدمة التأمين في  
حالة حدوث منازعة تأمينية.

## الباب الأول:

### مدى الحماية القانونية المقررة لمستهلك خدمة التأمين

لم يعد الأفراد هم وحدهم الذين يضعون أو يصنعون قانونهم التعاقدى، فنجد أن التنظيم القانوني أخذ يضيق الخناق على حرية التعاقد، ولم يبق للفرد من حرية إلا في قدر ضيق ينحصر في قبول إبرام العقد أو الامتناع عن إبرامه ( هذا عن كامل العقد ) وكذلك الحال إذا كان الأمر يتعلق بجزئية هينة من جزئيات التعاقد كتحديد المتعاقدين، لمدة تزيد عما يجيزه القانون، فهنا يتعين إنقاص هذه المدة، ويبطل الشق الباطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحا، وهذا التدخل من المشرع في العقد يؤدي إلى اضمحلال سيادة أو دور الإدارة الخاصة ( إدارة الأطراف ) فتهمن عليها وتوجهها الإدارة العامة ( المشرع ومن خلاله القاضي ) وهذا مظهر آخر من مظاهر عيممة العقد ( Publication du contrat ) الذي تغيرت بذلك ملامحه حيث قل طابعه الفردي ( il devient individuel ) وتقلص طابعه العقائدي ( il devient moins contractuel ). وعليه ارتأينا أن نقسم هذا الباب إلى فصلين يتضمن الفصل الأول تحديد مدلول مستهلك خدمة التأمين باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه إلى الحماية المدنية و الجنائية لمستهلك خدمة التأمين سواء العادي أم الإلكتروني وذلك نظرا لأن موضوع بحثنا هذا يستلزم منا التطرق لكل أوجه الحماية فأخذنا على سبيل المثال الحماية المشار إليها أعلاه .



## الفصل الأول

مستهلك خدمة التأمين مفهوم

في حاجة إلى تحديد

يعتبر عقد التأمين من أخطر عقود الإذعان وهذا ما جعل من خدمة التأمين في أمس الحاجة لنظام حماية خاص وجدّ متطور *supra protection*، يعيد للعلاقة توازنها المفقود وهذا ما أدى بنا إلى البحث عن العديد من المراجعات و الطرق لما ألفتناه في نظرية العقد (نظام استثنائي) و من ثم فهو في حاجة لأن يقدر بقدره، ويكون مطلوب منا تحديد مفهومه و مناطه، نزولا عند مقتضى الأمن القانوني للعلاقة التعاقدية فلا بد منا تحديد ماهية الطرف الضعيف باعتباره هو المستهدف الأول و الأخير في هذه العلاقة (المبحث الأول). لتظهر بعد ذلك إشكالية أخرى لا تقل أهمية، ذات صلة بتحديد مدلوله و مضمونه وخاصة مع التراوح بين التعاريف المقدمة هنا و هناك (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: ماهية الطرف الضعيف في عقد التأمين

تتعدد العبارات والألفاظ الدالة على الطرف الآخر المقابل للمؤمن في عقد التأمين، فعلاوة على مسمى الطرف الضعيف<sup>1</sup>، يوسم أحيانا بطالب خدمة التأمين أو متلقيها<sup>2</sup>، ناهيك عن عبارات الزبون<sup>3</sup>، المستفيد، المؤمن له، المستأمن<sup>4</sup>، والمفاهيم لاتنتهي في هذا الصدد. ومن الوهلة الأولى تبدو المسألة لا تعدو كونها مترادف أو اشتقاق دلالي *filiation sémantique*

ليس إلا<sup>5</sup>، فهو لا يكاد يستقيم مع أبجديات علم المفاهيم القانونية الداعية دوما إلى تحري وحدة المفهوم ودقته، وتقيده باللفظ الواحد مهما تعددت مناسبات ذكره<sup>6</sup>، في حين أن الأمر في

<sup>1</sup> - محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف للضعيف في عقد التأمين البري، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، الطبعة 2007، ص 06.  
<sup>2</sup> - J.KULMANN, Assureurs et assurés en droit français, la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J, 1996, P.349.

<sup>3</sup> - محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في عقد التأمينات، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص.44.

<sup>4</sup> - مصطفى محمد جمال، أصول التأمين "عقد الضمان"، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص.173.

<sup>5</sup> - قادة شهيدة، إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج، مجلة الدراسات، جامعة تلمسان، العدد 8، 2011، ص45

<sup>6</sup> - قادة شهيدة، المرجع السابق، ص.48.

غاية الخطورة، على اعتبار أن هذه الاستخدامات غير منتظمة لهكذا مفاهيم تقنية غير مبررة على الإطلاق.

ولتحليل ودراسة ماهية مستهلك خدمة التأمين يتعين علينا التطرق إلى الإطار المفاهيمي لمستهلك خدمة التأمين (المطلب الأول)، على أنه سيتم التطرق إلى صور ونماذج عقد التأمين والرقابة عليه (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لمستهلك خدمة التأمين

دأبت القوانين العربية<sup>1</sup>، ومنها القانون الجزائري لحماية المستهلك سواء في ظل القانون الإطار 02/89 أو حتى بعد تعديله بموجب القانون 03/09، على اعتبار أن المستهلك هو المقتني بمقابل أو مجاناً للخدمة<sup>2</sup>، وذات الأمر أكد عليه المرسوم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين التي تعتبر تعسفية<sup>3</sup>. وذات المنحى أكد عليه المرسوم 178/13<sup>4</sup>، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، وخاصة بالفصل الخامس تحت بند الخدمات (المواد من 51 إلى غاية 57).

فاختيار مفهوم مستهلك خدمة التأمين يبدو أكثر تماشياً مع الطروحات البحثية الحالية والمستهدفة بالأساس الحد من ظاهرة الإختلال في التوازن العقدي، ولكن إذا كان اختيارنا وقع على هذا المفهوم فماذا نعني به؟ وهل له معنى واحد، أو مضامين عدة؟ وما قيمة تحديد هذا المفهوم على نظام الحماية؟.

<sup>1</sup> - منها القانون اللبناني لحماية المستهلك رقم 659 لسنة 2005 في مادته الثانية، والقانون الإماراتي رقم 24 لسنة 2006 في مادته الأولى.

<sup>2</sup> - القانون 03/09 الصادر بتاريخ 2009/02/25 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع. 15 لسنة 2009.

<sup>3</sup> - جاء هذا المرسوم امثالاً لنص المادة 30 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع. 56 لسنة 2006 المعدل والمتمم سنة 2008.

<sup>4</sup> - وهو مرسوم جاء بالاتفاق مع ما ولرد في القانون 03/09 بخصوص الالتزام بالإعلام (المادة 18/17 منه والصادر في 2013/11/09

ج.ر.ع. 58 لسنة 2013، وتنص المادة 51 منه على "أن تطبيق أحكام هذا الفصل على الخدمات المقدمة للمستهلك بمقابل أو مجاناً، أنظر في ذلك: - Voir, ISMAIL, Alkhalfan, la protection contre les clauses abusives du contrat d'assurance, Doctorat Montpellier, 2012, P.12.

الفرع الأول: تحديد مدلول الطرف الضعيف في العقد بوجه عام وعملاء خدمة التأمين بوجه خاص.

أولاً: مدلول الطرف الضعيف في العقد بوجه عام

المقصود بالطرف الضعيف، الطرف الذي تنقصه القوة *Vigueur* أو القوة الجسمية *force physique* أو المعنوية <sup>1</sup> *Morale*.

وقد اعتبر الأستاذ فريديريك لوكليرك *Frederic Leclerc* بأن الضعف يتضح من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين يحكمهما التخوف بحكم ضعف أحدهما وذلك لأسباب متعددة<sup>2</sup>:

1- ضعف المؤهلات الجسمية والنفسية<sup>3</sup>،

2- ضعف المؤهلات التقنية،

3- غياب توازن بين أطراف العلاقة التعاقدية بحكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحدهما

فوجود الطرف القوي "المهني" في وضعية أقوى اقتصاديا وماليا وفنيا وقانونيا<sup>4</sup>، ناتج عن وضعه المهيمن في السوق أو احتكار للسلعة أو الخدمة أو الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق بتأثير عوامل الإنتاج والتوزيع، وكذا بامتلاكه للمعلومات والمعارف بشأن أساليب أو خصائص إنتاج أو تداول السلعة أو الخدمة، أو معرفته العميقة والدقيقة بقانون وشروط العقد.

<sup>1</sup> -Dictionnaire Encyclopédique Larousse ,1993 ,P.426.

<sup>2</sup> -Frederic Leclerc, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois. Tome 1, Thèse/Université Rebert Schumann de Strasbourg

<sup>3</sup> - ويتمثل الضعف الذي يلحق المؤهلات الجسمية إما في كون الشخص:

- عدم الأهلية أو ناقصها (المادة 40 من القانون المدني)، أو كهل أو عجوز، أو معاق.

- أما فيما يتعلق بالجانب النفسي، فإن الضعف يتمثل إما بإصابة الشخص بمرض نفسي، أو عقلي وغير ذلك من الحالات المشابهة (المادة 90

من القانون المدني الجزائري).

<sup>4</sup> -Marcel Fontaine, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse dans le Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris I et le Centre de Droit des Obligations de L'Université Catholique de Louvain (Comparaisons franco-belges). L.G.D.J , 1996 ,P.614.

فاختلاف المراكز التعاقدية نتيجة اختلال موازين القوى أدى إلى استغلال الضعيف<sup>1</sup> من لدن القوي، حيث ساهم ذلك في:

- جهل المتعاقد الضعيف بالقانون أو الواقع نتيجة تعاقدته خارج تخصصه.

- تعقد سوق السلع والخدمات.

- صعوبة أو استحالة فهم الوثائق التعاقدية إما لأسباب راجعة للطرف الضعيف أو لسوء صياغة العقد.

- عدم أخذ المتعاقد الضعيف الوقت الكافي للمقارنة بين مشاريع وشروط العقد المعروضة من طرف المهنيين.

- انتشار الشروط النموذجية في العقود نتيجة استفراد الطرف المهني "المشرع" بتنظيم منفرد وموحد للعقد.

ولما كان الاحتياج أو عدم الخبرة لا يعتبر في حد ذاته عيبا من عيوب الإرادة فقد استلزم ذلك البحث عن التوازن العقدي خارج نطاق القواعد العامة لنظرية العقد التي أصبحت قاصرة عن توفير حماية فعالة لرضى الطرف الضعيف، ولعل ذلك ناجم بشكل مباشر عن استمرارية سيادة مبدأ سلطان الإرادة.

### ثانيا: مستخدمي خدمة التأمين

يقصد بأشخاص التأمين جملة للأشخاص الذين ترتبط مصالحهم أو ذواتهم بعقد التأمين. وهذا ما يشمل طرفي التأمين من ناحية، و آخرين هم أصلا من الغير بالنسبة لعقد التأمين (المؤمن عليه و المستفيد) من ناحية أخرى.

أولا : طرفي التأمين.

ثانيا :الغير.

أولا : طرفا التأمين :

<sup>1</sup> -Anne Sinay-Cytermann, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, édition N2, L.G.D.J, 1996 ,P.4.

الصورة النموذجية للتأمين التي يتميز فيها طرفاه هي صورة التأمين التجاري ففي هذه الصورة يعقد التأمين بين شخصين متميزين هما المؤمن و المؤمن له، و هما أصحاب المصلحة المباشرة في الرابطة القانونية الناشئة عنه، والذين ينصرف إليهما في الأصل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، وهذه هي الصورة الغالبة في الحياة العملية.

إلا أنه توجد حالات قد يقوم أشخاص مقام المؤمن بإبرام عقد التأمين، ويكون لهم دور في تسويق التأمين، والبحث عن عملاء طبقاً لقاعدة مستقرة تقول: " أن التأمين يباع ولا يشتري"، ويطلق عليهم وسطاء التأمين وسوف نتناول كل ذلك بالتفصيل على النحو التالي:

### 1- المؤمن : شركات التأمين

- المؤمن في التأمين التجاري هو شركة من شركات التأمين وهو في التأمين التبادلي جمعية من الجمعيات التعاونية المهنية. فلا يجوز أن يقوم بالتأمين فرد من الأفراد.

وفي لبنان حظرت المادة 2 من قانون تنظيم هيئات الضمان القيام بعمليات التأمين المنصوص عليها في المادة الأولى منه على غير هيئات التأمين المرخص لها بذلك. وفيما يتعلق بالشركات اشترطت المادة 3 من القانون للترخيص للشركات اللبنانية بممارسة عمليات التأمين المشار إليها أن تتخذ شكل شركة مغلقة و أن لا يقل رأسمالها المدفوع عن مبلغ معين، و أن تقدم الضمانات التي نص عليها القانون لكفالة وفائها بالتزاماتها الناتجة عن العمليات التي يرخص لها في القيام بها<sup>1</sup>. أما في الأردن فالمؤمن هو شركة من شركات التأمين، وبالرجوع لقانون تنظيم أعمال التأمين<sup>2</sup> يتبين أنه لا يجوز أن يقوم بعمليات التأمين إلا شركة مساهمة عامة مجازة وفقاً لأحكام هذا القانون، وهذا يعني أنه لا يجوز للشخص الطبيعي أو جمعية تعاونية ممارسة أعمال التأمين. والمعلوم أن التأمين كعملية قانونية وفنية تهدف إلى تغطية الأخطار يمكن أن تقدمه الشركات

<sup>1</sup> مصطفى محمد الجمال، أصول التأمين "عقد الضمان"، -دراسة مقارنة في التشريع و الفقه والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت -

1999، ص. 145، 146.

<sup>2</sup> - تنص المادة (25) من قانون مراقبة أعمال التأمين الأردني رقم 33 لسنة 1999 على أنه " لا يجوز ممارسة أعمال التأمين إلا من شركة مساهمة عامة أردنية مجازة لممارسة أعمال التأمين بموجب أحكام هذا القانون".

التجارية الخاصة، كما يمكن أن تتقدم بخدماته الدولة لمنفعة أفراد المجتمع (مثل معاشات التقاعد والضمان الاجتماعي، والجدير بالإشارة أن المشترك في قطاع التأمين الاجتماعي يستحق التعويض عن الإصابات أو الحوادث أو الأخطار مقابل الاشتراكات التي يلتزم بدفعها، التي غالبا ما تقوم باقتطاعها الدولة.

إن شركات التأمين في الجزائر ازداد عددها لاسيما في هذه السنوات الأخيرة وهذا راجع إلى زيادة مخاطر النشاطات التي يمارسها الأفراد، بالإضافة إلى إدخال العديد من التكنولوجيات الحديثة التي نجم عن استخدامها العديد من الأضرار تتطلب حتما اللجوء على التغطية التأمينية لهذه النشاطات من طرف شركات التأمين.

وقد فاق عدد شركات التأمين في الجزائر سبعمائة مؤمن (700) رغم غياب ثقافة التأمين في المجتمع الجزائري.

## 2- : المؤمن له

### \* المؤمن له هو الطرف الآخر في التعاقد

يطلق عليه أيضا المستأمن أو طالب التأمين وقد عرفه غالبية الشراح بأنه الشخص أو المشروع صاحب المصلحة التأمينية في الشيء موضوع التأمين الذي قام المتعاقد مع المؤمن من تغطية الخسارة المتوقعة أن تلحق به عند تحقق الخطر المؤمن منه، وفي مقابل ذلك يكون ملزما بسداد أقساط التأمين المؤمن".

وإذا كان المؤمن عادة هو شركة فإن المؤمن له<sup>1</sup> لا يشترط منه شكل معين فقد يكون شخصا اعتباريا كالتأمين على الشركات والمصانع والمؤمن له يمكن له أن يتعاقد أصالة عن نفسه أو بواسطة وكيل عنه أو قيم كما هو الحال بالنسبة لفاقدي الأهلية.

فإذا تم التعاقد عن طريق الوكالة وجب تطبيق القواعد العامة للوكالة، حيث ينصرف أثر العقد

<sup>1</sup> - عرفه مشروع قانون التأمين الأردني لسنة 2008 بأنه "الشخص الذي يتعاقد مع المؤمن باسمه ولمصلحته أو لمصلحة المؤمن عليه أو المستفيد والذي يوفى بالتزاماته الواردة في وثيقة التأمين". وعرف المستفيد بأنه "الشخص الذي تؤول إليه الحقوق الواردة في وثيقة التأمين".

مباشرة إلى المؤمن له دون الوكيل ويترتب على هذا التزام المؤمن له بدفع الأقساط للشركة وثبوت حقه في مبلغ التأمين .

وقد قررت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها<sup>1</sup> أن المؤمن له في عقد التأمين يجمع عادة وبخاصة في التأمين من الأضرار بين صفات ثلاث فهو أولا الطرف المتعاقد مع المؤمن، والذي يتحمل جميع الإلتزامات الناشئة عن عقد التأمين والمقابلة للإلتزامات المؤمن، ويسمى طالب التأمين، وهو ثانيا الشخص المهتد بالخطر المؤمن منه ويسمى بهذه الصفة المؤمن له، وهو ثالثا الشخص الذي يتقاضى من شركة التأمين مبلغ التأمين المستحق عند وقوع الضرر المؤمن منه ويسمى المستفيد.

ومع ذلك قد تتفرق هذه الصفات الثلاث على أشخاص مختلفين، فيجوز أن يكون المؤمن له وطالب التأمين شخصا واحدا والمستفيد شخصا آخر، كما لو آمن شخص على حياته لفائدة أبنائه فهو طالب التأمين باعتباره المتعهد بتنفيذ الإلتزام، ومؤمن له باعتبار من يتهدده الخطر المؤمن منه، أما المستفيد فهم الأبناء، ومثال ذلك أيضا أن يؤمن صاحب المخزن العام على البضاعة التي يودعها الغير في المخزن ويلتزم بدفع القسط ويكون صاحب البضاعة وهو غير معروف وقت الاكتتاب التأميني مؤمنا له لأن الخطر يهدد ماله، ومستفيدا لانه يتقاضى التعويض اذا تحقق الخطر المؤمن منه وهو تلف البضاعة.

يتضح من ذلك، أن الصفات الثلاث كما قد تجتمع في شخص واحد، فإنها قد تتفرق على ثلاث أشخاص، مثال ذلك قيام الأب بالتأمين على حياة زوجته لمصلحة الأولاد، فالأب الذي أبرم عقد التأمين هو المؤمن له، والزوجة هي المؤمن على حياتها والأولاد هو المستفيدون من التأمين<sup>1</sup>. والمؤمن له قد يتعاقد مع شركة التأمين إما بالأصالة عن نفسه وإما عن طريق نائب له، وهذا النائب قد يكون وكيلا عن المؤمن فتتطبق أحكام الوكالة في علاقة المؤمن له مع الوكيل، وينصرف أثر العقد مباشرة للموكل وليس للوكيل. وقد يكون النائب مجرد فضولي لا يستند إلى وكالة، فإذا

<sup>1</sup> - تمييز حقوق رقم 87/07 مجلة نقابة المحامين لسنة 1989، ص.250.



توافرت شروط الفضالة، فإن أثر عقد التأمين ينصرف إلى المؤمن له إذا أقره ولو بعد تحقق الخطر، أما إذا رفضه فإن أثر العقد لا ينصرف إليه<sup>1</sup>، وتطبق القواعد العامة في التعاقد لحساب الغير، والتي بموجبها يحق لشركة التأمين الرجوع على من تعاقد معها<sup>2</sup>.

### 3-:- الغير

يقصد بالغير في هذا المقام كل من المههد بالخطر والمستفيد، إذا ما كان شخصا آخر غير المتعاقد. وهذا ما نتناوله في النقطتين التاليتين:

#### أ- المههد بالخطر: (المؤمن عليه)

قد يكون المههد بالخطر شخصا آخر غير المؤمن له، وهذا ما يتحقق أولا في صورة التأمين على الشيء لمصلحة من يثبت له الحق فيه. لكن المههد بالخطر في هذه الحالة يكون في الوقت ذاته مستفيدا، ولذلك فموضوع دراسة هذه الصورة يكون عند دراسة المستفيد، وهذا ما يتحقق أيضا في التأمين على حياة الغير، وفي هذه الحالة قد يكون المستفيد هو المؤمن له ذاته، وقد يكون شخصا آخر غير المؤمن له والمؤمن عليه. ولذلك فالدراسة في هذا المقام تنصرف إلى هذه الصورة-صورة التأمين على حياة الغير-سواء كان المستفيد هو المؤمن له أو شخصا آخر. وتتلخص خصوصية هذه الحالة في أن الخطر المؤمن منه يكون هو وفاة الغير. ولما كان المستفيد من التأمين هو الغير المههد بالخطر، فقد يفكر المستفيد، سواء كان هو المؤمن له أو كان شخصا غيره، في ايقاع الخطر المؤمن منه بغية الحصول على قيمة التأمين. ومن ثم فقد اشترط المشرع لصحة التأمين في هذه الحالة الحصول على موافقة كتابية من المؤمن عليه<sup>3</sup>.

وقد عرضت المادة 755 من القانون المدني المصري لشرط الحصول على موافقة المؤمن عليه بقولها: "1" يقع باطلا التأمين على حياة الغير ما لم يوافق الغير عليه كتابة قبل إبرام العقد، فاذا كان

<sup>1</sup> وفي هذا الصدد تنص المادة 1/861 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه "يجوز عقد الضمان بمقتضى وكالة عامة أو خاصة، أو بلا وكالة لمصلحة شخص معين، وفي هذه الحالة يستفيد من الضمان الشخص الذي عقد لمصلحته، وإن لم يوافق عليه الا بعد وقوع الطارئ". ومن الواضح أن المتعاقد في هذه الحالة يعتبر بمثابة متعهد عن الغير صاحب المصلحة كلما تخلفت شروط الوكالة.

<sup>2</sup> -غازي خالد أبو عرابي، أحكام التأمين "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار واقل، عمان، 2011، ص. 262.

<sup>3</sup> - راجع في هذا الصدد المادة 78 من قانون التأمين الجزائري رقم 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر.ج.ع. 15 لسنة 2006.

هذا الغير لا تتوافر فيه الأهلية فلا يكون العقد صحيحا الا بموافقة من يمثله قانونا . 2- تكون هذه الموافقة لازمة لصحة حوالة وحق الاستفادة من التأمين أو لصحة رهن هذا الحق".

ويتضح من هذا النص أن شرط الموافقة على هذا النحو لا ينصرف إلا إلى التأمين لحال الوفاة. أما التأمين لحال الحياة فلا يلزم له مثل هذه الموافقة. ذلك أنه في هذا النوع الأخير من التأمين لا تستحق قيمة التأمين إلا ببقاء المؤمن عليه حيا حتى التاريخ المضروب في وثيقة التأمين، على نحو لا يمكن معه أن يكون الحصول على قيمة التأمين دافعا للاعتداء على حياة المؤمن عليه<sup>1</sup>.

والموافقة المطلوبة لا بد أن تكون موافقة كتابية، وهي تصدر من المؤمن عليه ذاته إذا كان كامل الأهلية، أو ممثله القانوني من ولي أو وصي أو قيم إذا كان قاصرا أو محجورا. فإذا لم تصدر موافقة المؤمن عليه أو صدرت غير مستوفية لشروطها كان عقد التأمين باطلا بطلانا مطلقا يستطيع كل ذي مصلحة التمسك به ولا تصححه الإجازة اللاحقة لإبرام التأمين.

ويلاحظ في هذا الصدد أن بعض التشريعات تمنع التأمين على حياة القاصر إذا كانت سنه تقل عن حد معين، فالمشرع الجزائري بموجب المادة 68 من قانون التأمين رقم 04/06 لسنة 2006 نص على أنه يمكن لأي شخص يتمتع بالأهلية القانونية اكتتاب عقد تأمين على شخصه أو على الغير<sup>2</sup>، ولكن القانون المصري لم يرد فيه نص على ذلك. ومن ثم فيجوز دائما التأمين على حياة القاصر مهما كانت سنه، طالما كانت قد تمت موافقة من يمثله قانونا. بل ويجوز كذلك التأمين على حياة الجنين بذات الشروط<sup>3</sup>.

و بالنظر لانتهاجنا للمنهج المقارن نجد كذلك المشرع اللبناني قد تعرض لحكم التأمين على حياة شخص آخر غير كامل الأهلية في المادتين 996 و 997، وفي هذا الصدد تنص المادة 996 على أنه "

<sup>1</sup> - ويشترط القانون الفرنسي أن يكون مبلغ التأمين مذكورا في الموافقة الكتابية من المؤمن عليه.

<sup>2</sup> - ونجد كذلك نص المادتين 69، 69 مكرر من قانون التأمين رقم 04/06 حيث نص المشرع على أنه "يمنع كل شخص من اكتتاب تأمين في حالة الوفاة على الشخص القاصر الذي بلغ 13 عاما دون ترخيص من أوليائه أو من الوصي عليه، وعلى الشخص الذي لم يبلغ سن 13 عاما أو راشدا تحت الوصاية أو شخص موجود بمصحة عقلية للاستشفاء".

<sup>3</sup> - لكن عقد التأمين على الجنين يكون معلقا على ولادته حيا. فإذا ولد ميتا، انعدم الخطر المؤمن منه وانفسخ العقد بأثر رجعي، مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، ص. 156.

لا يجوز لإنسان أن يعقد ضمانا موقوفا على وفاة قاصر لم يتم الخامسة عشر سنة أو محجور عليه، أو أي شخص آخر موضوع في دار المجانين. و كل عقد مخالف لهذا النص يكون باطلا ويحكم بالإبطال بناء على طلب الضامن، أو الشخص الذي وقع لائحة الشروط أو وكيل فاقد الأهلية". أما المادة 997 فتنص على أنه " لا يجوز لشخص ثالث أن يعقد ضمانا موقوفا على وفاة امرأة متزوجة بدون اجازة من الزوج، أو على وفاة شخص وضع تحت الإشراف القضائي بدون اجازة المشرف"<sup>1</sup>.

ويتضح من النص الأول أنه لا يجوز من الأصل ابرام تأمين على حياة شخص عديم الأهلية أو دون الخامسة عشرة من عمره، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، يجوز التمسك به قبل المؤمن له أو من قبل المؤمن أو من بل النائب عن فاقد الأهلية ومن في حكمه.

أما غير هؤلاء من ناقص الأهلية، فيجوز التأمين على حياتهم بشرط الحصول على موافقة المشرف عليهم. فإذا لم تتوفر موافقته كان العقد قابلا للإبطال بناء على طلب المشرف، ما لم يكن قد أجاز العقد بعد ابرامه. وقد ألحق المشرع اللبناني بناقص الأهلية في هذا الحكم حالة التأمين على حياة الزوجة، فاستلزم موافقة الزوج على التأمين وحوّل للزوج طلب ابطال العقد ما لم يكن قد أجازة بعد ابرامه.

## ب- المستفيد

### - المستفيد في التأمين الشخصي:

كثيرا ما يكون المستفيد من التأمين في التأمين الشخصي شخصا آخر غير المؤمن له المتعاقد. وهذا هو الغالب في التأمين على الحياة، وهذا ما نجد في بعض صور تأمين الحالة المدنية كتأمين الزواج، أو في بعض صور تأمين الاصابة او المرض، كالتأمين الجماعي الذي يعقده صاحب العمل لمصلحة عماله. وتعيين المستفيد من التأمين ماهو الا اشتراط لمصلحة الغير ينشئ المؤمن له بمقتضاه حقا مباشرا للمستفيد في مبلغ التأمين، وصاحب الحق في تعيين المستفيد هو المؤمن له ذاته، والتعيين

<sup>1</sup> - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 157.

يتم بالارادة المنفردة للمتعاقد المؤمن له فلا حاجة لتمامه موافقة المؤمن أو المستفيد، ويتضح من نص المادة 758 من القانون المدني المصري أن تعيين المستفيد قد يكون بالسهم أو بالصفة، وقد ضربت لنا هذه المادة أمثلة للتعيين بالصفة بجعل التأمين لصالح الزوج أو الأولاد أو الفروع أو الورثة. وعلى هذا النحو فلا يشترط لصحة التعيين أن يكون المتعاقد المؤمن له متزوجا أو له أولاد وقت إبرام التأمين، طالما كان زواجه أو انجابها محتملا قبل استحقاق التأمين.

والأصل أن المتعاقد المؤمن له يكون له بعد أن يعين مستفيدا من التأمين، أن يرجع في هذا التعيين أو ينقضه، فأما الحالة الأولى فهي حالة ما اذا حدث من المستفيد شروع في احداث وفاة المتعاقد المؤمن له. وأما الحالة الثانية فهي حالة ما اذا كان تعيين المستفيد

وعليه يعتبر التأمين من النشاطات التجارية و الخدماتية المتقنة، ويمارس التأمين في الجزائر من طرف شركات التأمين و تعاضديات ، زيادة على وسطاء التأمين، وهي أشخاص معنوية خاضعة للقانون الخاص.

ويخضع اعتماد الشركات لقوانين صارمة حددها الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتضمن قانون التأمينات، المعدل و المتمم بنصوص تنظيمية ولضبط نشاط التأمين وجدت هيئة تسمى لجنة الإشراف على التأمين، حيث تتولى مهمة الرقابة الإدارية و المالية على شركات التأمين، كما يوجد أيضا المجلس الأعلى للتأمين الذي يمارس مهام استشارية.

فالتأمين إذن يقوم على فكرة ضمان أخطار محتملة تصيب جسم الإنسان أو تلحق أمواله، أي يكون سببها، ولقد أدى تعاظم المخاطر التي يتعرض لها الإنسان هذا العصر في نفسه و ماله، إلى قيام جهات تمارس نشاطها في العمل التأميني، و إلى وجود أشخاص راغبين في الحماية التأمينية من مثل هذه المخاطر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - مقني بن عمار، الضوابط الإدارية لاعتماد شركات ووسائط التأمين - دراسة في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط العدد 2016/03، ص. 96.

وعلى ضوء ذلك تنشأ علاقة قانونية بين الطرفين، أحدهما المؤمن و الآخر المؤمن له بموجب عقد مسمى عقد التأمين، وهذا العقد يرتب التزامات على عاتق طرفيه، فالمؤمن له يلتزم بالوفاء بقسط دوري محدد للمؤمن الذي يلتزم بدوره بتغطية الخطر المؤمن منه و الوفاء للمؤمن له أو المستفيد بمبلغ التأمين أو قيمة التعويض عند تحقق الخطر المؤمن عليه.

والمؤمن عادة ما يكون شخصا معنويا خاصا أو عاما، يتخذ أحد الأشكال المعروفة كجمعية أو شركة أو هيئة أو مؤسسة، ويمارس عمله في سوق التأمين مع عدد غير قليل من المؤمن لهم، وهذا بخلاف المؤمن له الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، خاصا أو عاما، يهدده خطر معين، ويرغب في الحصول على تغطية من إحدى الجهات التأمينية لمثل هذا الخطر.

وفي الجزائر صدرت بعد الاستقلال عدة نصوص قانونية خاصة ( إلى جانب القانون المدني) لتنظيم عقود التأمين و بيان الأحكام التي توطر العلاقة بين هيئات التأمين و المستهلكين من جهة، و بينها و بين هذه الشركات من جهة ثانية، و بينها و بين هيئات الرقابة و الوصاية من جهة أخرى.

وقد طبقت هذه القوانين لفترة غير قصيرة، ولكن بعد صدور دستور 1989، و الذي تبنت بموجبه الدولة الجزائرية خيار الاقتصاد الحر في شتى المجالات، تم إنهاء العمل بقاعدة احتكار الدولة لسوق التأمين، التي اعتمدت طيلة ثلاث عقود سالفة، ولاسيما بالأمر رقم 127/66 المؤرخ في 27 ماي 1966 المتضمن إنشاء احتكار الدولة لعمليات التأمين (الملغى)<sup>1</sup>، و كذا القانون رقم 07/80 الممضى في 09 أوت 1980 المتعلق بالتأمينات (الملغى)<sup>2</sup>.

و بناءا عليه أعيد تنظيم قطاع التأمين بقوانين أكثر انسجاما و حداثة، و في نفس الإطار تم فتح المجال للقطاع الخاص الراغب في تأسيس شركات خاصة تتولى القيام بعمليات التأمين بمختلف أنواعها، زيادة على تشجيع الاستثمار الأجنبي في هذا المجال و هو ما تم تكريسه صراحة بصدور

<sup>1</sup> - الجريدة الرسمية رقم 43. المؤرخة في 31 ماي 1966، ص. 503.

<sup>2</sup> - الجريدة الرسمية رقم 33. المؤرخة في 12 أوت 1980، ص. 1206.

عدة نصوص تشريعية و تنظيمية، و من أبرزها الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم.

#### 4- وسطاء التأمين<sup>1</sup>:

جرى القضاء على التفسير مصطلح المؤمن تفسيرا واسعا، بحيث يشمل من جهة أولى محترفي التأمين مثل الوكيل العام والسمسار وشركة التأمين<sup>2</sup>. ومن جهة ثانية غير محترفي التأمين الذي يكتب عقد التأمين للمتعاقد معه، كما هو الحال بنسبة لمؤسسات الائتمان والمستخدم الذي يكتب عقد التأمين الجماعي، و موثق الذي يساهم في بيع العقار بقرض مضمون بوثيقة التأمين، ووكالات الأسفار أو الجمعيات الرياضية التي تلتزم بأن تعرض على زبائنها و المنخرطين فيها عقد التأمين. وقد جرى الفقه القانوني على تقسيم مهنة الوكلاء والوسطاء، بحسب السلطات المخولة لهم وذلك على النحو التالي:

#### أ- الوكيل العام للتأمين: Agent général

إن الوكيل العام للتأمين هو الشخص الطبيعي الذي يقوم لقاء مقابل مادي بتمثيل الشركة وتسويق وبيع وثائق التأمين لحساب الشركة ويقوم بتجميع الصفقات الخاصة بالعمليات التأمينية باعتباره نائبا عن الشركة، وتمثل مهمته في تقديم المشورة التأمينية السليمة للمؤمن لهم وإعلامهم بضرورة تغطية الأخطار عن طريق وثائق التأمين الصادرة من طرف هذه الشركة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - في الجزائر صدر المرسوم التنفيذي رقم 95-340 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 احدد لشروط منح وسطاء التأمين، الاعتماد والأهلية المهنية وسحبهم منهم و مكافئتهم ومراقبتهم، كما صدر المرسوم التنفيذي رقم 95-341 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 المتمم القانون الأساسي للوكيل العام للتأمين، ووفقا لنص المادة 2 من المرسوم الأول فإنه يعتبر وسيطا للتأمين كل شخص له وضع عام لتأمين أو وضع عام للتأمين أو وضع سمسار التأمين.

<sup>2</sup> - نصت المادة 2-11 R5 من قانون التأمين الفرنسي على أربع طوائف أساسية من وسطاء التأمين وهم: السمسار، الوكلاء العميين، الوكلاء العاديين لشركة التأمين أو سمسار التأمين أو لوكيل عام، وأخيرا الأجراء LES SALARIES.

<sup>3</sup> - وقد وضعت المادة 16 من المرسوم التنفيذي 340/95 شروط خاصة للاعتماد بالنسبة للوكيل العام للتأمين وهي كالتالي:

1- حسن الخلق

2- جزائري الجنسية

3- بلوغ 25 سنة من العمر

4 - ذو كفاءة المهنية المطلوبة

5- امتلاكه للضمانات المالية المطلوبة.

وفي هذا الإطار قد يتعرض الوكيل العام للتأمين إلى عقوبة جزائية إذا اكتتب أو اقترح عقد تأمين دون حصوله على الاعتماد (م268 ق.ت)-عقوبة الاحتيال<sup>1</sup>، وفي هذا المجال تعتبر هذه العقود باطلة ولا يحتج بها في حق المؤمن لهم والمكتتبين والمستفيدين حسني النية<sup>2</sup>. ولا يمكن أن يسلم الاعتماد لمن تثبت إدانته بارتكاب أو محاولة ارتكاب جريمة<sup>3</sup>، ولا لمن أشهر إفلاسه.

ويمثل الوكيل العام الشركة بموجب عقد تعيين يتضمن اعتماده<sup>4</sup>. وهي اتفاقية مكتوبة تحدد الشروط التي يمارس بموجبها الوكيل العام مهامه طبقا للمادة254 ق.ت<sup>5</sup>.

وقد اختلف في الطبيعة القانونية لهذا العقد منهم من يرى أنه يجمع بين عقد الوكالة وعقد العمل وعقد المقاوله، بينما المشرع الجزائري أعطاه صفة عقد الوكالة (المادة253 من ق.ت).... بصفته وكيلا.

وتطبيقا للمادة255 ق.ت فإنه يلتزم الوكيل العام للتأمين تخصيص إنتاجه للشركة التي يمثلها بخصوص عمليات التأمين ويمتنع عليه تمثيل أكثر من شركة واحدة باستثناء عمليات التأمين لا تمارسها الشركة التي يمثلها، فهو وبمقتضى الاتفاقية التي يبرمها مع هذه الشركة لا يعمل وكيلا إلا لها ولا يحق له أن يحيل أي عقد تأمين لغيرها.

والشركة يمكن لها أن تستعين بأكثر من وكيل إذا كان حجم الأعمال يتطلب ذلك<sup>6</sup>، وفي كل الأحوال إن الوكيل العام للتأمين لا يصل الإكتتاب إلا إذا كان الخطر المطلوب التأمين عليه من الأخطار التي تقع في دائرة وكالته.

<sup>1</sup> - المادة244 ق.ت. ج رقم 02/05 المؤرخ في 20 فبراير2005 المعدل والمتمم والمتضمن القانون التجاري.

<sup>2</sup> - المادة245 ق.ت، نفس المرجع.

<sup>3</sup> - المادة243 ق.ت

<sup>4</sup> - المادة 15 من المرسوم95-340، المرجع السابق.

<sup>5</sup> - المادة7 من المرسوم95-341 السالف الإشارة إليه.

<sup>6</sup> - المادة 7 من المرسوم95-341 السالف الذكر.

أما فيما يتعلق بأجر الوكيل فهو حسب المادة 12 من المرسوم التنفيذي المتضمن القانون الأساسي للوكيل العام للتأمين فهو يتقاضى عمولتين:

1- عمولة المساهمة: وهي مكافأة عن العمل الإنتاجي<sup>1</sup>.

2- وهي مكافأة عن أعمال السير التي تستند إلى الوكيل العام للتأمين بمقتضى عقد التعيين<sup>2</sup>.

إلا أنه إذا طرأ تعديل على حجم المهام المسندة إليه ففي هذه الحالة يمكن مراجعة قواعد المكافأة.

### ب- سمسار التأمين: Courtier d'assurance

وهو مجرد وسيط يقوم بالتقريب بين المؤمن وطالبي التأمين<sup>3</sup>، وتنتهي مهمته لهذا الحد، لذلك فهو ليس وكيلا عن المؤمن، وبالتالي غير ملزم بتصرفاته ويتحملها السمسار<sup>4</sup> بصفته الشخصية، كما لو قبض من المؤمن له القسط الأول ولم يدفعه لشركة التأمين إلا بعد وقوع الخطر، وكذلك في حالة اهماله في تقديم البيانات الصحيحة للمؤمن، ففي هذه الحالات وغيرها حكم القضاء بالمسؤولية الشخصية للسمسار<sup>5</sup>.

وأياً كان الوسيط فتكون شركة التأمين هي المسؤولة، وذلك في الحالات التي يتجاوز فيها سلطاته، فلا يعفيها من المسؤولية تجاه المؤمن له إبرام الوسيط عقد التأمين حتى في حالة انتهاء علاقته مع شركة التأمين، طالما أن المؤمن حسن النية، وذلك إعمالاً لفكرة الوكالة الظاهرة، وللشركة بعد ذلك حق الرجوع على الوسيط ومساءلته عن أخطائه.

وسمسار التأمين يمارس نشاطاً تجارياً (راجع المادة 02 قانون تجاري جزائري)، وكذلك المادة 253 من قانون التأمينات، ولا يمكن لسمسار التأمين مباشرة عمله إلا بعد حصوله على

<sup>1</sup> - المادة 13 من المرسوم 341-95.

<sup>2</sup> - المادة 08 من المرسوم 341-95.

<sup>3</sup> - جاء تعريف قانون مراقبة أعمال التأمين للوسيط غامضا فقد عرفته المادة الثانية بأنه: "الشخص المرخص لممارسة أعمال وساطة التأمين بين المؤمن والمؤمن له بمقتضى أحكام هذا القانون".

<sup>4</sup> - كما يعرف بأنه شخص مستقل عن أي شركة تأمين ويمثل العملاء أمام تلك الشركات بغرض الحصول على أفضل الشروط والأسعار للعمليات التأمينية. وللمزيد من المعلومات، انظر في هذا الصدد، مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، 149.

<sup>5</sup> - OBS Pauffinde Saint-Marel Cass.civ 13 mai 1985, R.G.A.T, 1985, P.576.

-Cass.civ, 8nov 1989,R.G.A.T,1990,P.213.



الاعتماد<sup>1</sup>، فإذا كان شخصا طبيعيا تشترط فيه نفس الشروط المتعلقة بممارسة مهنة الوكيل العام، أما إذا كان شخصا معنويا فإنه يشترط أن يكون رأسمال الشركة التي يكون شريكا فيها ويحرر الاعتماد باسم سمسار التأمين أو باسم شركة السمسرة، وإلا يسحب الاعتماد في أي وقت إذا لم تتوفر الشروط المطلوبة، وقرار السحب يصدره الوزير المكلف بالمالية، وإذا سلم له الاعتماد وباشر السمسار مهنته فإنه يلتزم بذكر صفته ومرجع قرار اعتماده في كل وثيقة يسلمها للجمهور<sup>2</sup>، ولا يسلم الاعتماد لمن يثبت إدانته ولا من أشهر إفلاسه ولم يعد له الاعتبار أو أدين بسبب مخالفة تشريع التأمينات<sup>3</sup>.

### ج- خبراء التأمين expert d'assurance

إن عمل خبراء التأمين أو الأكتواريين<sup>4</sup>، يعتبر عملا أساسيا وهاما في قطاع التأمين بما يقدمونه من خبرات فنية وإدارية ومالية لشركات التأمين وبذلك فهم يتحملون المسؤولية أمام شركات التأمين لما يقدمونه من نصائح وإرشادات وملاحظات لاسيما في مجال التأمين على الحياة باعتبارها أهم وأخطر العمليات التأمينية.

وحسب قانون التأمينات الجزائري يعد خبيرا كل شخص مؤهل لتقديم خدمة في مجال البحث عن الأسباب وطبيعة وامتداد الأضرار وتقييمها والتحقق من ضمان التأمين<sup>5</sup>، ويعتبر محافظ المعاينة والبحث عن أسباب وقوع الأضرار والخسائر وكذلك تقديم التوصيات بشأن الإجراءات التحفظية والوقائية من الأضرار<sup>6</sup>، وينفرد محافظ العواريات باتخاذ الإجراءات التحفظية والقيام بأي نشاط

<sup>1</sup> - راجع المادة 12 من المرسوم 341/95.

<sup>2</sup> - راجع المادة 128 من المرسوم 341/95.

<sup>3</sup> - انظر المادة 263 من المرسوم 341/95.

<sup>4</sup> - إن كلمة "اكتواري" تعني الموظف الرسمي بكتابة المحاضر "Actuarius" وهي كلمة لاتينية وتعني كلمة اكتواري خبير ومفكر متعدد المواصفات الاستراتيجية ومتمرس في النظريات والتطبيقات وعلوم الاحصاء والاقتصاد وحساب الاحتمالات والمخاطر وفي مجال عقود التأمين هو شخص متحصل على ترخيص ومعتمد قانونا للقيام بعملية بتقدير قيمة عقود التأمين.؛ حميدة جميلة، الوجيز في عقد التأمين، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص.48.

<sup>5</sup> - راجع المادة 269 من قانون التأمين الجزائري.

<sup>6</sup> - انظر المادة 270 من ق.ت. وأيضا المادة 07 من المرسوم 46/96.

يرمي إلى الوقاية من الأضرار التي تلحق بالبضائع.

والجدير بالملاحظة أن المادة 272 المعدلة بمقتضى قانون 04/06 المؤرخ في 20/02/2006 قضت على أنه تحدد شروط اعتماد وممارسة وشطب الخبراء ومحافظي العواريات عن طريق التنظيم. كما يجب الإشارة إلى أن المادة 273 من قانون التأمينات التي كانت تقتضي بأنه لا يمكن لأي شركة من شركات التأمين أن تلجأ لغير الخبراء أو محافظي العواريات المعتمدين (قد ألغيت بمقتضى القانون 04/06).

ويجب على هؤلاء كتمان السر المهني وعدم ممارسة أي مهام يتنافى وقواعد ممارسة المهنة.

إن واجب النصيحة الذي يقع على محترفي التأمين يتمثل أساساً على تحذير الزبون و الحرص على ملائمة وثيقة التأمين لحاجته، وذلك عن طريق مراقبة المعلومات المستقاة من الغير.

كما يلتزم محترف التأمين بملائمة الضمان مع حاجات المؤمن له عند اكتتاب وثيقة التأمين وأثناء تنفيذها، وعند الاقتضاء اكتتاب عقد تأمين وأثناء تكميلي بناء على طلب المؤمن له، ومع ذلك، فإن هناك تردد يطبع رجال القضاء حول مضمون الإعلام الواجب التقديم من قبل مؤسسات الائتمان، فذهبت العديد من الاتجاهات إلى القول بأن الالتزام بالإعلام يمدد إلى ما بعد اكتتاب عقد التأمين، وبناء على ذلك يعد البنك مرتكباً الخطأ إن هو لم يقوم بتنبيه المقترض إلى ضرورة إخطار المؤمن بوقوع الكارثة في الآجال المحددة .

غير أن الاتجاه الراجح يذهب إلى أن تسليم الزبون المنشور la notice، الموضح لجميع الضمانات كاف لتحقيق الإعلام المطلوب، و يعفى البنك بالتالي من إرشاد الزبون إلى ضرورة اكتتاب تأمين تكميلي.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر و التوزيع، 2005، ص44.

-تعريف عقد التأمين :

أ. التعريف اللغوي :

يعتبر التأمين في اللغة العربية مشتق من الأمن وهو طمأنينة النفس وزوال الخوف وله معان عديدة: منها إعطاء الأمان، مثل التأمين الحربي إذا نزل في بلاد المسلمين، ومنها التأمين على الدعاء وهو قول أمين أي استجب.

وأقرب معاني التأمين في المصطلح المالي المعاصر هو "إعطاء الأمن"، ذلك أن التأمين هو نشاط تجاري غرضه أن يحصل تأمين الأفراد والشركات<sup>1</sup> من بعض ما يخافون من المكاره مقابل عوض مالي، فهو معنى جديد، وإن كان اشتقاقا صحيحا من كلمة "أمن".

وتظهر أهمية التأمين في أنه عقد من نوع خاص، فالمرجع الجزائري خصّه بخصوصيات تميزه عن غيره من العقود فهو عقد مسمى لم يوضع إلاّ لحماية مستهلك خدمة التأمين.

كما أن نظرة الفقه إلى التأمين فهي مختلفة ويقسمها إلى نظرة تفائلية ونظرة تشايمية<sup>2</sup>.

ب - من الناحية الاقتصادية

يمكن تعريف التأمين من الناحية الاقتصادية بأنه أداة لتقليل الخطر الذي يواجه الفرد عن طريق تجميع عدد كاف من الوحدات المتعرضة لنفس ذلك الخطر (كالسيارة، المنزل والمستودع.... إلخ)، لجعل الخسائر التي يتعرض لها كل فرد قابلة للتوقع بصفة جماعية، ومن ثم يمكن لكل صاحب وحدة الإشراف بنصيب منسوب إلى ذلك الخطر<sup>3</sup>، فهو إذن دفع مبلغ مالي صغير مؤكد مقابل الحصول على مبلغ مالي كبير احتمالي.

ففي التأمين على الأشياء يضمن المؤمن له قيمة هذه الأشياء إذا قام بالتأمين عليها، أما التأمين من الإصابة والمرض فإن فكرة الضمان متوافرة على نحو يضمن المؤمن للمؤمن له عدم

<sup>1</sup> - أول شركة تأمين ظهرت في الوم.أ كانت في سنة 1752 والتي اسمها بنيامين فرانكلين (الذي صار بعدئذ رئيسا للوم.أ).

<sup>2</sup> - بن مرزوق عبد القادر، محاضرات في قانون التأمين موجهة لطلبة السنة الرابعة ليسانس حقوق لسنة 2014، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- ص.44، غير منشورة.

<sup>3</sup> - لعل القول إن الضرر والخطر والضمان من عناصر عقد التأمين أقرب إلى الصحيح من القول إنما أركان عقد التأمين، لأن أركان العقد كما وردت في كتب الفقه والتشريع هي الرضا والمحل والسبب.

تدهور مركزه الاقتصادي أو إصابته بما يقعه عن العمل، وفي التأمين على الحياة يضمن المؤمن له مستقبل شخص آخر هو المستفيد، مثل زوجته وأولاده وعدم تدهور مركزهم المالي بسبب وفاته<sup>1</sup> فالتأمين إذن هو نظام يرتكز على قناعة الأشخاص به على أساس أنه يقوم على فكرة التعاون بين المؤمن لهم باعتباره عملية جماعية يقصد منها توزيع الأضرار التي تصيب شخصا معيناً على جميع أعضاء هذه الجماعة، ويقوم المؤمن بدور الوسيط بين هؤلاء الناس أو مجازاً بافتراض أنه مدير هذا التعاون ومنظمه وذلك بموجب عقد هو عقد التأمين (contrat d'assurance)<sup>2</sup>.

ويفترض في هذا الأخير أن إرادتي طرفيه اتجهتا إلى افتراض حدوث خطر للمؤمن لهم في المستقبل على أنه في حالة وقوعه يكون المؤمن مستعداً لمواجهة ذلك الخطر وتغطية الخسائر التي يتكبدها المؤمن له بمناسبة ما يتعين التعويض عن الأضرار التي كان سببها الحادث .

### ج- من الناحية القانونية:

يقصد بالتأمين من الناحية القانونية بأنه "عقد يتعهد بموجبه طرف مقابل أجر بتعويض طرف آخر عن الخسارة إذا كان سببها وقوع حادث محدد في العقد".

وقد عرفه القانون الجزائري بموجب المادة الثانية (2) من قانون التأمين<sup>3</sup> إنَّ التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر

<sup>1</sup> - محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ( عقود التأمين من الناحية القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأهلية، المجلد السادس، الطبعة الأولى، 2008، ص.30.

<sup>2</sup> - تعتبر هذه الفكرة الموضوع الأساسي التي يقوم عليها التأمين "الضمان" فهو يقوم على أساس التعاون عن طريق تكوين رصيد مشترك يساهم فيه كل من يتعرض لخطر معين، ويعوض من هذا الرصيد من يتحقق الخطر بالنسبة له، فالتأمين يقوم على أساس توزيع المخاطر على المشتركين، فلا تلحق الخسارة أحد الأعضاء فقط سواء في التأمين التبادلي أم في التأمين ذي الأقساط الثابتة، وفي هذا النوع من التضامن بين المشتركين حيث لا يخسر أي منهم إلا ما دفعه في صورة اشتراك أو قسط وهو مبلغ زهيد بالمقارنة إلى ما يحققه المضرور الذي حلت به الكارثة من فائدة. تعليق توفيق حسن فرج، أحكام الضمان في القانون اللبناني، ط73، ص22، وفي هذا الشأن أيضا يقول الفقيه سامي حاتم "إن التأمين نظاماً يهدف إلى تخفيف عناصر التكاليف اللبنانية المتوقعة"، سامي عفيف حاتم، التأمين الدولي. دار النهضة العربية، 1994، ص.220.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتضمن قانون التأمين، ج.ر.ع. 13 لسنة 1995.

المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى<sup>1</sup>.

إضافة إلى أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة، يمكن تقديم الأداء عينيا في تأمينات المساعدة والمركبات البرية ذات محرك".

أما القانون المصري عرفه بموجب المادة 848 بأنه "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرثيا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المعين في العقد وذلك نظير قسط أو أي دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن".

### ثالثا - نظام التأمين من الناحية الشرعية و التشريعية:

قبل الخوض في غمار عقد التأمين و فروع و تشعباته ،يحسن بادئ ذي بدأ أن أعرف التأمين أولا من حيث كونه نظرية و نظاما ذا أسس و قواعد تقود التأثيرات إقتصادية و إجتماعية مهمة ، تدخل في نسيج المجتمع الحي يتفرع عنها غالبا عقد يبرزها و ينظمها من خلال صيغة محددة و ذلك هو عقد التأمين.وهنا تظهر الحماية.

و قد اختلفت عبارات و آراء مشرعوا القانون ورجال الاقتصاد وعلماء الفقه ، في تعريف نظام التأمين ، فقد عرفه الدكتور عبد العزيز هيكل بأنه " وسيلة يصبح بمقتضاها عبئ الخسارة الناتجة عن تحقق خطر معين عبئا

خفيفا بالنسبة لعدد كبير من الأفراد بدلا من أن يكون عبئا كبيرا بالنسبة لعدد قليل منهم " .

ويضيف قائلا : ويتضح " بذلك أن التأمين ليس وسيلة لتفادي الأخطار أو منع وقوعها ، وإنما هو مجرد وسيلة لتخفيف عبئ الخسائر المالية التي تنتج عن تحقق الأخطار". كما يعرفه الشيخ مصطفى

<sup>1</sup> - En France les diverses tentatives législatives de définition du contrat d'assurance échouèrent les unes après les autres. Une première définition élaborée en 1902, par une commission ministérielle présidée par Lyon-Caen, enonçait que « L'assurance est un contrat par lequel l'assureur s'oblige, moyennant une rémunération appelée prime ou cotisation, à indemniser l'assuré des pertes ou dommages que celui-ci peut éprouver par suite de la réalisation de certains risques relatifs à ses biens ou sa personne ». En ce sens voir, Jean BIGOT, traité de droit des assurances, Tome 3, Delta, L.G.D.J, Paris, 2000, P.24.

أحمد الزرقاء ميرزا أساسه وغايته قائلاً عن التأمين إنه نظام تعاقدى يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاوّل عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية<sup>1</sup>.

أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، فهو يبرز التأمين في ثوبه الحقيقي ويبيّن أنه " ليس إلا تعاوناً منظماً ودقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً لخطر واحد، حتى الخطر بالنسبة إلى بعضهم، تعاون الجميع على مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتلقون أضراراً جسيمة تحيق بمن نزل الخطر به منهم لولا هذا التعاون<sup>2</sup>.

و شركة التأمين ليست في الواقع الأمر إلا الوسيط الذي ينظم هذا التعاون على أسس فنية صحية ....، فالتأمين إذا هو تعاون محمود، تعاون على البر والتقوى يبر به المتعاونون بعضهم بعضاً و يتقون به جميعاً شر المخاطر التي تهددهم"<sup>3</sup>.

#### أ- التنظيم التشريعي للتأمين:

- يخضع التأمين في الوقت الحاضر لتنظيم قانوني دقيق يتناول ليس فقط عقد التأمين، وإنما كذلك قطاع التأمين بما يضمنه من مؤسسات وما يخضع له من رقابة.

<sup>1</sup> - عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين (حقيقته ومشروعيته)، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة جديدة ،دراسة مقارنة ، 2010، ص.76.

<sup>2</sup> - Sumien donne du contrat d'assurance la définition suivante : "Un contrat par lequel une personne, l'assureur, groupe en mutualité d'autres personnes, assurés, afin de les mettre à même de s'indemniser mutuellement d'une perte éventuelle, le sinistre, à laquelle elles sont exposées par suite de la réalisation de certains risque, moyennant une somme appelée prime ou cotisation, payée par chaque assurée à l'assureur qui la verse dans la masse commune, déduction faite des frais statutaires ».D'après cette définition, chaque compagnie d'assurance ne conclurait qu'un seul contrat d'assurance, Créant des liens de droit entre tous les assurés. En irait-il différemment dans le cadre des mutuelles d'assurance ? Certains auteurs le pensent ,à travers ce qu'ils ont appelé le « contrat horizontal » par opposition au contrat vertical que conclue- raient les compagnies d'assurance .pour une étude approfondie,CF,FONTAINE,Nature juridique de l'assurance crédit ,Bruxelles ,C.I.D.C , 1966 ,P.85.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع،المجلد الثاني،عقد التأمين،العقود الاحتمالية، دار إحياء التراث العربي، القاهرة،ص. 7/1087.

فأما عن تنظيم عقد التأمين، فقد عنيت التشريعات المختلفة بتنظيم عقد التأمين البحري منذ وقت مبكر، وفي ظل غياب تنظيم مماثل لعقد التأمين البري، ساد مبدأ الحرية التعاقدية في شأنه زمنا طويلا، على نحو مكن شركات التأمين بحسبانها الطرف القوي والخبير في العقد، من توجيه صياغة العقد نحو ضمان مصالحها على حساب مصالح المؤمن لهم والمستفيدين والغير، ومن هنا نشأت الحاجة الماسة إلى وضع تنظيم تشريعي لعقد التأمين البري، يكفل حماية مناسبة لهؤلاء الآخرين ومن هنا يطرح التساؤل عن الصدى التشريعي الذي من خلاله يبرز عقد التأمين في الدول المختلفة. وعليه ومن أهم التنظيمات نجد القانون السويسري الصادر في 2 أبريل سنة 1908 والقانون الألماني الصادر في 30 مايو سنة 1908، والقانون الفرنسي الصادر في 13 يوليو سنة 1930<sup>1</sup>.

وقد تأخر تنظيم عقد التأمين في لبنان حتى صدور قانون الموجات والعقود اللبناني، الذي تضمن تنظيمًا تشريعيًا لعقد الضمان .

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا المقام ما هي الكيانات أو الجهات المخول لها مراقبة العمليات التأمينية؟ وإلى أي مدى؟ وما هي التقنيات المتاحة في هذا المجال؟.

في المواد 950 إلى 1023، حيث تم عرض الأحكام العامة لضمان الحريق و لضمان الحياة و لضمان الحوادث، ثم صدر بعد ذلك القانون البحري اللبناني عام 1947، متضمنًا تنظيمًا للتأمين البحري.<sup>2</sup>

أما في مصر، فقد وضع المشرع تنظيمًا لعقد التأمين البحري في المواد 137-224 من التقنين البحري القديم، الذي حل محله مؤخرًا قانون التجارة والبحرية الجديد رقم 8 سنة 1990. أما عقد

<sup>1</sup> - تم تجميع كافة الأحكام المتعلقة بالتأمين في فرنسا في تشريع واحد عام 1976، وقد تضمن هذا التشريع أحكام عقد التأمين الصادر في 13 يوليو 1930. وأحكام القانون الصادر في 3 يوليو 1967 بشأن التأمين البحري، بالإضافة إلى الأحكام والقوانين واللوائح والقرارات المنظمة للرقابة على التأمين.

<sup>2</sup> - وقد دعت الحاجة في الدول الحديثة إلى فرض التأمين على بعض الفئات حماية للغير من الأضرار الناشئة عن نشاطها، خلافاً للأصل من كون التأمين اختياريًا، كما هو الشأن في التأمين الإجباري عن حوادث العمل وحوادث السيارات وحوادث المباني. أما عن تنظيم قطاع التأمين فقد استوجبه ضرورات ثلاث: الأولى ضرورة اتباع الأسس الفنية للتأمين، مما يضمن تحقيقه للهدف منه وهو الحماية من المخاطر، وعدم اتخاذه أداة للمضاربة أو المقامرة. والثانية هي ضرورة حماية حقوق المؤمن لهم والمستفيدين قبل هيئات التأمين، والثالثة هي ضرورة حماية الاقتصاد الوطني من مخاطر إحتكار هيئات التأمين لسوق التأمين، نظرا للدور الكبير الذي تقوم به السوق في تسييره وتدعيمه.

التأمين البري فلم يتم وضع تنظيم له إلا في القانون المدني الجديد الصادر عام 1948، حيث أورد هذا القانون الأحكام العامة لهذا العقد، أتبعه بأحكام التأمين على الحياة، وأحكام التأمين من الحريق.

فمجمع الفتاوى بجدة نادى بتأصيل لابد من توافر ثلاث شروط: أولها أن تكون شركة التأمين بنك حتى لا تكون هناك معاملات ربوية وثانيها أن يكون المؤمن له مساهما صغيرا في شركة التأمين -البنك- للتقليل من القسط والذي يتمثل في الأرباح التي يتحصل عليها لكونه مساهما. وهنا تتجلى حماية المستهلك. وثالثها أن تزيد هذه الشركة والبنك في الإستثمارات المتعلقة بالتضامن والمسائل الخيرية ومهنا تظهر الحماية الإجتماعية للمؤمن لهم<sup>1</sup>.

### 1- القواعد العامة في التأمين:

برزت فكرة التأمين على أساس توزيع النتائج الضارة لحادثة واحدة، بحيث يتحملها مجموعة من الأشخاص بدلا من أن يتحملها شخص واحد، وتطورت هذه الفكرة لتصبح نظاما قائما بذاته يقوم على أساس من التعاون لمواجهة الخسائر المالية التي يتعرض لها المؤمن لهم، والتأمين بهذه المثابة هو نوع من التكافل المبكر يرتبه أصحاب المصلحة فيه، أو يرتب لهم، تحقيقا لما ينشدونه من آمال يزعزعه احتمال تحقق الخطر، وهذا التكافل هو الذي يعطي للتأمين ذاتيته المميزة له عن غيره من المفاهيم إلى تشبهه به كالمقاربة أو المضاربة أو الرهان.<sup>2</sup>

فالإنسان يتحدى الأخطار كافة عندما يترأى له أنها تهدد حياته أو ماله أو ما يهيمه أو من يهتم به بكافة الوسائل بغرض تجنب الخسارة أو الخطر، فهو يسعى للبحث عن الوسيلة التي تبعد عنه الأخطار أو تخفف من ضررها، بحيث تتولى هيئة مستقلة تحمل عبئ الخطر مقابل تحمل المتضرر تكلفته التي يدفعها مقدما على شكل أقساط وكانت هذه الهيئات تقوم بتجميع الأخطار وفرزها وتحمل عبئها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>- للمزيد من التفاصيل، راجع محاضرات بن مرزوق عبد القادر، المرجع السابق، ص. 47.

<sup>2</sup>- مصطفى محمد جمال، المرجع السابق، ص. 6.

<sup>3</sup>- محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص. 33.



ولعل فكرة التأمين ظهرت أولاً في مجال النقل البحري لمواجهة مخاطر الرحلة البحرية قبل أن تظهر في غيرها من المجالات، ذلك لأنها برزت في مجال الأعمال البحرية في القرن التاسع عشر عندما وضعت فرنسا أول قانون للتأمين عام 1930.<sup>1</sup>

وباعتبار أن التأمين كما قدمنا هو صورة من صور التكافل علنا أن فبتطور ظهور تطبيقاته الأولية منذ فجر الحضارة الإنسانية، ولذلك فغرابة أن نعثر على نماذج عديدة بدائية له لدى الشعوب القديمة كما هو الحال في جمعيات دفن الموتى التي ابتدعها قدماء المصريين لتحمل نفقة التحنيط والدفن نظير اشتراكات يدفعها العضو أثناء حياته.

ومن الثابت أن التأمين بالصورة التي نعرفها اليوم كان معروفاً في أوروبا منذ نحو ستة قرون، وقد كان في مدينة فلاندرز الإيطالية شركة متخصصة في التأمين في أوائل القرن الرابع عشر ميلادي.<sup>2</sup> وما إن استوت فكرة التأمين في مجال المخاطر البحرية، في إطار انتقالها إلى مجال المخاطر البرية نتيجة ظهور الرأسمالية الصناعية، في القرن السابع عشر بعد حريق لندن عام 1666 الذي أتى على آلاف المساكن في لندن، وانتشرت شركات التأمين ضد خطر الحريق بحيث اقتصر على أخطار حريق العقارات دون المنقولات وبعد ذلك أصبح هذا التأمين يشمل أخطار حريق العقارات والمنقولات على حد سواء، وفي القرن الثامن عشر بدأت فكرة التأمين على الحياة بالظهور وعرفوها على شكل اتفاق جماعي بين أفراد طائفة مهينة بحيث يدفع أعضاؤها اشتراكاً سنوياً مدة حياتهم نظير تحمل باقي أفراد الطائفة نفقات جنازة من يدركه الموت أولاً.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - وقد كان أول مجال ظهرت فيه الحاجة الماسة إلى الأمان، ومن ثم تولدت فيه أنظمتها، مما فيها نظام التأمين هو مجال المخاطر البحرية، فالأصل المبكر لنظام التأمين هو نظام القرض البحري، أو ما يعرف بقرض المخاطرة الجسمية، الذي مارسه اليونان والرومان منذ القدم، ويتمثل هذا النظام في قيام شخص هو سر بإقراض مجهز العقد فيه أو شاحن البضاعة ما يحتاج من مال، على أن يفقد قيمة القرض إذا لم تصل السفينة أو البضاعة إلى مقصدها بسلام وأن يحصل عليه وعلى فائدة جسيمة في حالة وصولها سالمة، ومثل هذا القرض يؤدي وظيفة الأمان بالنسبة للمقترض عبر إعفائه من رد مبلغ القرض في حالة وقوع الخطر المؤمن منه، في مقابل الفائدة الباهظة التي يلزم بدفعها مع مبلغ القرض في حالة عدم وقوع هذا الخطر، في الحقيقة هذه العملية عملية فردية لا أثر للتكافل فيها، جوهرها هو المقامرة أو الرهان والمضاربة على وقوع خطر .

<sup>2</sup> - عزّ الدين فلاح التأمين مبادئه، أنواعه، الطبعة 1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص. 6 .

<sup>3</sup> - وواجه هذا النوع من التأمين نقداً مما حدا بالمشروع في كثير من دول العالم إلى تحريمه بداعي أن حياة الإنسان لا يجوز أن تكون موضوعاً للمقامرة، فهذا العقد يخالف النظام العام لأنه يرد على حياة الإنسان وقد يغري المستفيد من التأمين بقتل المؤمن على حياته، ويخالف الآداب العامة، لأن حياة الإنسان لا تقدر بمقابل مادي ولا ثمن نقدي. راجع في ذلك، محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص. 17.

## 2- عقد التأمين حقيقته ومشروعيته:

لقد أدى تنوع المخاطر و تكاثرها، و تشظي الكوارث و تعددها و تعاظم المخاوف و تفاقمها إلى سعي الإنسان من خلال مؤسساته تعاونية وتجارية، و مشاريعه كبيرة و صغيرة و شركاته محدودة و غير محدودة للبحث عن وسائل و طرق لدرء تلك النوازل، و تجنب تلك الكوارث، و تخفيف تلك الأضرار، و تشتيت تلك الأخطار، أو توزيعها و نشرها على مساحة أوسع، تخفيفا لعبئها، و استيعابا لضغطها، لقد دفع ذلك كله إلى نشوء التأمين و زيادة أهميته، و سرعة شيوعه و انتشاره، و تنوع أشكاله وصوره، حتى بات من أهم الوسائل الفعالة التي يلجأ إليها للحد من تأثير المخاطر، و التحصن من تبعاتها و التحرز من عواقبها و تداعياتها على الفرد و الدولة و المجتمع.

إن تغلغل التأمين و تجذره في مختلف مناحي حياتنا قد أتاح فرصا جديدة للإنتاج و العمالة، و وفر ركيزة متينة لدعم الاقتصاد الوطني و أشاد دعامة قوية لخطط التنمية الكبرى، و ذلك من خلال استخدام الحصيلة الوفيرة المتجمعة من مدخراته في تمويل المشاريع الضخمة ذات النفع العام، بل و تعدى التأمين ليصبح ضرورة اقتصادية فيما بين الدول، حتى لم يكد يخلو منه نشاط اقتصادي أو تجاري عابر للحدود.

وفي الوقت الحاضر، أصبح التأمين ملازما لكل أوجه النشاط البشري بما يؤمن الأفراد من خطر يتعرضون إليه في حياتهم أو أموالهم، و في النصف الثاني من القرن التاسع عشر ظهر التأمين من المسؤولية على اثر انتشار استعمال الآلات و تقدم وسائل الاتصالات مما نتج عنه زيادة في المخاطر دفعت بأصحاب المال و الأعمال إلى التأمين من مسؤوليتهم التي تنشأ من نشاط الماكينات التي يستعملونها، فتعددت صور التأمين من المسؤولية.

للتأمين جانين قانوني و آخر فني، بحيث أنه لا يقتصر على العلاقة التعاقدية بين طرفيه و إلا كان رهان أو قمار، و إنما هو عملية فنية تقوم على التعاون بين عدد من الأشخاص و الاشتراك لتحمل

مصائبهم، بحيث جاء تعريف الأستاذة Yvonne Lambert Faivre: أن "التأمين عملية ينظم بموجبها المؤمن لتحقيق بعض الأخطار و يعوض من أصابته منهم كارثة بفضل الأقساط المجمعة".<sup>1</sup> فالجانب الفني يتضمن الأسس و القواعد الفنية التي يستند إليها و الذي يباعد بين التأمين و المقامرة و الرهان و يجعله يتوقف على الخط و مصادفة وقوع الخطر، و كذلك جانب قانوني يمثل العلاقة بين المؤمن و المؤمن له التي ينظمها عقد التأمين، فتعرف المادة 619<sup>2</sup> من القانون المدني على أن التأمين «عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن».

### • حكم التأمين في الشريعة الإسلامية:

وعليه يمكن طرح تساؤل فيما إذا كان التأمين والضمان هما مفهومان مترادفان أم متناقضان وإذا كان كذلك فهل يمكن اعتبار أن عملية التأمين تمثل معيارا يستند عليه لضمان تغطية المخاطر التي قد تنتج، بمعنى أن معيار الضمان ليس عنصرا مميزا يدخل في مضمون عملية التأمين بقدر ما يمثل إحدى النتائج التي يخصصها التأمين للمؤمن له (تعليق رأي شخصي).

### 1- مصطلحات التأمين التي تمارسها شركات التأمين الإسلامية:

- يطلق على التأمين الذي تمارسه شركات التأمين الإسلامي المصطلحات التالية:

"التأمين التعاوني، التأمين التبادلي، التأمين التكافلي، التأمين الإسلامي".

ويحتل التأمين التعاوني المرتبة الأولى من حيث كثرة الاستعمال من هذه المصطلحات ويليه مصطلح التأمين الإسلامي ثم التأمين التكافلي وأخيرا التأمين التبادلي.

<sup>1</sup> - Yvonne Lambert Faivre , droit des assurances, 10<sup>ème</sup> éd, Paris Dalloz, 1998 ; n°18, p34

<sup>2</sup> - والتي تقابلها المادة 747 من ق.م. المصري رقم 131 لسنة 1948 والتي تنص على أن "التأمين عقد يلزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"

أما التأمين التعاوني فهو المصطلح المألوف والمعروف لدى المجامع الفقهية والمؤتمرات الخاصة بالاقتصاد الإسلامي استئناسا بقول الله تبارك وتعالى "وتعاونوا على البر والتقوى" المائدة(2).  
وأما مصطلح التأمين الإسلامي فقد اكتسب هذه التسمية من الحكم الشرعي للتأمين التعاوني وهو الحل والإباحة كبديل للتأمين التجاري المحرم.

ويكثر استعمال هذا المصطلح لدى الجهات الرسمية المسؤولة عن ترخيص شركات التأمين، ومراقبة أعمال التأمين، فشركات التأمين عند هذه المؤسسات تقسم إلى شركات تأمين تجاري وشركات تأمين إسلامي بغض النظر عن ماهية ونوع واسم التأمين الذي انشئت على أساسه شركات التأمين الإسلامي.<sup>1</sup>

وقد شاع استعماله أيضا في المجتمعات التي اعتادت على التأمين التجاري وكانت تتخرج من التعامل مع تلك الشركات، فلما ظهر البديل الشرعي أصبحوا يطلقون عليه التأمين الإسلامي.  
وفي الوقت نفسه يكثر استعمال مصطلح التأمين التكافلي على السنة بعض الباحثين في التأمين الإسلامي استئناسا بالحديث النبوي الشريف "أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين، وأشار بالسبابة والوسطى وفرّج بينهما"<sup>2</sup>.

## 2- أهم الضوابط الشرعية لأعمال التأمين في شركات التأمين الإسلامية:

### - الضوابط التي ينبغي أن يشتمل عليها النظام الأساسي

يشترط لتحقيق شرعية أعمال الشركة أن ينص نظامها الأساسي على مايلي :

- أن إدارة العمليات التأمينية تكون على أساس عقد التأمين التعاوني، المقر شرعا من المجامع الفقهية كبديل لتأمين التجاري .

- الالتزام بأحكام الشرعية الإسلامية ومبادئها في جميع أعمال التأمين وإعادة التأمين وإيداع الأموال واستثمارها، وكافة المعاملات و النشاطات.

<sup>1</sup> -أحمد سالم ملحم، التأمين الإسلامي "دراسة شرعية (de l'assurance) تبين التصور للتأمين التعاوني وممارسة العملية في شركات التأمين الإسلامي، ط1، دارالثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص106.

<sup>2</sup> -أخرجه البخاري أبو داوود والترمذي بإسناد صحيح، انظر الجامع الصغير للسيوطي 1/108.

- تعين هيئة لرقابة شرعية للشركة قبل ممارسة الشركة لأعمالها بحيث يتسنى لها الإطلاع على النظام الأساسي للشركة ، ودراسة وثائق التأمين، وترتيبات إعادة التأمين ولوائح الشركة والتأكد من أنها لا تخالف في شيء، منها أحكام الشرعية الإسلامية لتكون انطلاقتها شرعية بإذن الله ، والالتزام بعد ذلك بكل ما يصدر عن الهيئة من فتاوى وتوجيهات شرعية.

- الإفصاح عن كيفية توزيع الفائض التأميني المتبقي في حساب المستأمنين من مجموع الأقساط واستثماراتها ، بعد دفع التعويضات ورصد الاحتياطات وتغطية المصاريف والنفقات الخاصة بحسابهم ، وكيفية التصرف في الفائض التأميني الذي لم يقبض من جل مستحقه.

- الفصل بين حقوق وأموال المساهمين والمستأمنين بحيث يكون في كل شركة حسابان ماليان : الأول للمساهمين، والثاني للمستأمنين، وتحديد الموارد المالية والمصاريف الخاصة بكل من الحسابين حتى لا تختلط الأموال.

- تحديد الكيفية التي يغطي بها العجز في حسابات المستأمنين إذ استنفذت التعويضات والمعروفات كامل الرصيد المالي.

- الإفصاح عن كيفية إخراج الزكاة الشرعية من الأموال التي تجب فيها سواء أكانت للمساهمين أو المستأمنين<sup>1</sup>.

### 3- مدى إباحة التأمين من المنظور الشرعي:

بادئ ذي بدئ ينبغي تنويه إلى إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية على إباحة نظام التأمينات الاجتماعية و المعاشات. «وقد قرر مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر في مؤتمره الثاني ، أن التأمين الذي تقوم به الجمعيات التعاونية يشترك فيها جميع المستأمنين لتؤدي لأعضائها ما يحتاجون إليه من معونات و خدمات أمر مشروع وهو من التعاون على البر ، و أن نظام المعاشات الحكومي و ما يشبهه من نظام الضمان الاجتماعي المتبع في بعض الدول أخرى كل هذا من الأعمال الجائزة.»<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - احمد سالم ملحم، المرجع السابق، ص. 142-143

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور ، مبادئ عقد التأمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، ص. 21.

أما عن التأمين الخاص (التجاري) فقد انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية بشأنه بين التحريم و الإباحة:

أ- **تحريم عقد التأمين:** استندوا في ذلك أنصار هذا الاتجاه إلى عدة أدلة أهمها:

أ- أن عقد التأمين ليس من العقود التي تبيحها الشريعة الإسلامية.<sup>1</sup>

ب- يتضمن التأمين إنكارا للقدر وتحد لقضاء الله ويتنافى مع التوكل على الله.

ج- ينطوي التأمين أحيانا على مخالفة لقواعد الميراث و الوصية حيث يمكن التأمين على حياة شخص غير وارث أو لصالح بعض الورثة دون الآخرين.<sup>2</sup>

د- يمكن أن يتضمن التأمين قدرا من الدين في حالة دفع الأقساط دون تحقق الخطر وقد يحدث الخطر منذ البداية دون دفع أقساط كثيرة. وهذا ما يجعل من التأمين نوعا من المقامرة أو على الأقل فيه جهالة أو غرر أو رهان وفي كل ذلك أكل الأموال الناس بالباطل.

هـ- يشكل نظام التأمين هاملا بالربا بسبب الزيادة التي يتضمنها القسط، هذا فضلا عن القروض الربوية تباشرها شركات التأمين.

و- تتضمن وثيقة التأمين في الغالب كثيرا من الشروط الفاسدة مثل شرط عدم اعتراف المؤمن له بالمسؤولية للمضرور و اشتراط فوائد ربوية للأقساط عند التأخير في دفعها .

ب- **إباحة التأمين :** واستندوا في ذلك إلى عدة حجج تنطوي في نفس الوقت على تفنيد حجج الفريق الأول و الرد عليها :

<sup>1</sup> - إن عقود التأمين الحالية نوع من بيع الغرر الذي حرّمته الشريعة، و الغرر: هو بيع الأشياء المستقبلية كبيع السمك قبل صيده، وقد جاء تحريم عقد الغرر في أحاديث كثيرة أهمها وأشهرها: ما رواه مسلم في صحيحه و أصحاب السنن عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن النبي "صلى الله عليه و سلم" نهى عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 21.

- الأصل في العقود الإباحة : أي أنه ما دام الأصل في معاملات الناس التي تعود عليهم بالنفع مباحة إلا ما ورد فيه دليل يقضي غير ذلك.<sup>1</sup>

فعقد التأمين أصبح ضرورة لعظم حاجة الناس إليه و القاعدة أن "الضرورات تبيح المحظورات" و أن " ما حرم لذاته أباحته الضرورة" و " ما حرم لسد الذريعة يباح للحاجة" و "المشقة تجلب التيسير" و هذه القواعد تدعو لتصحيح عقد التأمين .

ب) إن عقد التأمين يبيح بمقتضاه أكل أموال الناس بالباطل وقد قال تعالى " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل "<sup>2</sup>، ففي حالة عدم حصول الكارثة فإن المؤمن يستحق دون القيام بعمل مقابل، و في حالة حصول الكارثة فإن المؤمن له يستحق مبلغ التأمين وإن زاد على ما دفع من قسط.

ج- إن عقد التأمين يمكن إلحاقه بعقد مشروع وهو عقد الموالاة، و يتلخص هذا العقد في : أن يقول شخص مجهول النسب للعربي " أنت وليي تعقل عني إذا جنيت و ترثني إذا أنا مت"، فهذا العقد يمثل صورة حية من صور عقد التأمين حيث يتحمل العربي مسؤولية مجهول النسب في كل ما يصدر عنه من أضرار، فوجه المشابهة بين عقد الموالاة و عقد التأمين هو تحمل المسؤولية لا غير.

<sup>1</sup> - و الدليل على ذلك "بيع الوفاء" : هو بيع نشأ في القرن الخامس هجري، حيث يدفع فيه الشخص مبلغا من النقود (ثمنا لعقار) يسلمه صاحبه إلى دافع المبلغ الذي يسمى مشتريا للعقار لينتفع بالسكنى أو الإيجار. بمقتضى الشراء، بشرط أن صاحب العقار الذي يسمى الظاهر بائعا متى أدى المبلغ المأخوذ على سبيل الثمنية استرد العقار، ونتيجة ذلك أن من يسمى مشتريا بالوفاء لا يستطيع أن يتصرف في العقار الذي اشتراه فيصير شأنه إلى المرهون . وللمزيد من المعلومات، محمد الزحيلي، التأمين على الديون في الفقه الإسلامي، مقال منشور بجامعة دمشق للعلوم القانونية والإقتصادية، المجلد 22، العدد الثاني، 2006، ص. 84.

<sup>2</sup> -سورة البقرة آية رقم 189.

د- حصول المصلحة العامة في عقد التأمين ، وذلك لما في التأمين من ثمرة عظيمة وهي تحقيق الآمال للمؤمن لهم أي دفع الضرر عند حلول الخطر بأحداهم و شركة التأمين مجرد وسيط بينهم لتنظيم هذا التعاون مقابل ربح تحققه<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: آثار عقد التأمين الإستهلاكي

### أولاً: التزامات أطراف العلاقة التعاقدية في عقد التأمين

تتوزع التزامات عقد التأمين على طرفيه كما يأتي:

#### 1- إلتزامات المؤمن له:

بالإضافة إلى الإلتزامات المنصوص عليها بموجب القواعد العامة ذات الصلة بعقد التأمين وفقاً للأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم كالتزامه بدفع الأقساط والتزامه بالتصريح أو الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر<sup>2</sup>، يلتزم المؤمن له بأن يتخذ كل الإجراءات الكفيلة بحماية المنتجات وتجنب الأضرار<sup>3</sup>.

#### 2- التزامات المؤمن :

يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية تسبب الأضرار اللاحقة بالغير<sup>4</sup>، وبذلك يلتزم المؤمن في حالة توافر شروط المسؤولية المدنية عن المنتوجات بتعويض الخسائر والأضرار<sup>5</sup> كما يتحمل المؤمن المصاريف القضائية الناجمة عن أية دعوى تعود بمسؤوليتها إلى المؤمن له إثر وقوع حادث مضمون<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - حيث أن مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية، إذ عرفت المادة 747 التأمين بقولها : التأمين عقد تعاون يقدم المؤمن له بمقتضاه أقساط أو أية دفعة مالية أخرى لمواجهة حادث أو خطر معين يترتب بأي من المؤمن لهم، فيكون على المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي أداء مالي آخر في حالة وقوع حادثة أو تحقق الخطر المبين في العقد.

<sup>2</sup> - المادة 15 وما يليها من الأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 96-48 النافذ.

<sup>4</sup> - المادة 56 من الأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم.

<sup>5</sup> - المادة 12 من نفس الأمر.

<sup>6</sup> - المادة 57 من نفس الأمر.



غير أنه لا ينتفع بالمبلغ الواجب على المؤمن أو بجزء منه إلا الغير المتضرر أو ذوو حقوقه مادام هذا الغير يستوف حقه في حدود المبلغ المذكور من النتائج المالية المترتبة على الفعل الضار الذي بسبب مسؤولية المؤمن له<sup>1</sup>.

كما أنه يدفع التعويض أو المبلغ المحدد في العقد في أجل تنص عليه الشروط العامة لعقد التأمين<sup>2</sup>، ويجب أن يؤمر المؤمن بإجراء الخبرة عندما تكون ضرورية في أجل أقصاه سبعة أيام ابتداء من يوم استلام التصريح بالحادث، ويجب على المؤمن أن يعمل على إيداع تقرير الخبرة في الآجال المحددة في عقد التأمين<sup>3</sup>، وإذا لم يدفع التعويض في الآجال المحددة بالشروط العامة لعقد التأمين، يحق للمستفيد طلب هذا التعويض بإضافة الفوائد كل يوم تأخير على نسبة إعادة الخصم<sup>4</sup>.

أخيراً لا يحتج بالمؤمن بأي إقرار بالمسؤولية ولا بأية مصلحة خارجية عنه، ولا يقصد الاعتراف بحقيقة الأمر إقراراً بالمسؤولية<sup>5</sup>، أما في حالة الاشتراك أو التضامن في مسؤولية المؤمن له مع متدخلين آخرين لا يسري مفعول ضمان التأمين إلا حسب نسبة مسؤولية المتدخل في الضرر الملحق<sup>6</sup>.

### \*آثار عقد التأمين:

لما كان عقد التأمين من طائفة العقود الملزمة لجانبين، فإن مؤدي ذلك توزيع الالتزامات المترتبة على هذا العقد بين طرفيه، إذ يقع على عاتق كل من المؤمن والمؤمن له التزامات معينة يجب الوفاء بها في مواجهة الطرف الآخر.

غير أن نشوء التزامات بين طرفي عقد التأمين لا يعني بالضرورة حصرها بهما، فقد يترتب بعض من الالتزامات لمصلحة شخص ثالث لم يكن طرفاً في العقد، ونعني بذلك المستفيد.

<sup>1</sup>-المادة 9+5 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم.

<sup>2</sup>-الفقرة 01 من المادة 13 من نفس الأمر.

<sup>3</sup>-الفقرتين 2 و3 من نفس المادة.

<sup>4</sup>-المادة 14 من نفس الأمر.

<sup>5</sup>-المادة 58 من نفس الأمر.

<sup>6</sup>-المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 96-48 النافذ.

لذلك فإن دراسة الآثار المترتبة على عقد التأمين تقتضي التعرض للالتزامات كل طرف فيه.

## 1-التزامات المؤمن له

تقع على عاتق المؤمن له مجموعة من الالتزامات<sup>1</sup> أشارت إليها المادة 15 من قانون التأمينات وهي تتحدد كمايلي:

1- التصريح عند اكتتاب العقد بجملة من البيانات والظروف المعروفة لديه، ضمن استمارة لازمة للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها.

2- دفع القسط أو الاشتراك في الفترات المتفق عليها في العقد.

3- التصريح الدقيق بتغيير الخطر أو تفاقمه بفعل المؤمن له.

4- احترام الالتزامات التي اتفق عليها مع المؤمن وتلك التي يفرضها التشريع الجاري به العمل.

5- تبليغ المؤمن عن كل حادث ينجز عنه ضمان بمجرد إطلاعه عليه وأن يزوده بجميع الإيضاحات الصحيحة التي تتصل بالحادث وبمدها. لذلك سنتناول هذه الالتزامات بشيء من التفصيل مع مراعاة النصوص القانونية الواردة في هذا المجال.

### 1-1 الالتزام بدفع القسط Obligation de payer

إن أهم الالتزامات التي تقوم على عاتق المؤمن له هو الالتزام بدفع القسط التأميني وهو العنصر الهام في عقد التأمين، ويعرف القسط بأنه قيمة الخطر المؤمن منه أو المقابل المالي الذي يدفعه المؤمن له، مقابل التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين، وهذا المبلغ قد يأتي على شكل قسط دوري أو اشتراك، وهذا الأخير نجده في الشركات ذات الشكل التعاضدي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> -قد يترتب في ذمة المؤمن له التزامات أخرى بموجب بعض عقود التأمين، كما في عقود التأمين التعاوني، ذلك أن إبرام هذه العقود قد يتطلب في بعض الأحيان إنشاء جمعية أو شركة، أو على الأقل الانضمام إلى الجمعية التي تزاوّل هذا النوع من التأمين، ومؤدي ذلك أن ثمة التزامات أخرى لتلقى على عاتق المؤمن له، كأداء رسم العضوية إلى الجمعية، أو تقديم مبلغ من النقود بوصفه رأس مال لتكوين الشركة التي تقوم على مزاولة التأمين التعاوني.

<sup>2</sup> - Voir. Bett. Jean Claude , Droit des assurances, 3<sup>ème</sup> édition. Dalloz, 1981, p.857.

والقسط إما أن يتم دفعه مرة واحدة وفي هذه الحالة يسمى القسط الوحيد<sup>1</sup>، أو أن يدفع شكل أقساط دورية عند حلول كل أجل لاستحقاق<sup>2</sup>.

إن الأصل أن يتم دفع القسط من الشخص طالب التأمين، ولكن يمكن لأي شخص آخر له مصلحة في استمرار عقد التأمين أن يلتزم بدفع هذه الأقساط.

فعادة طالب التأمين هو الذي يتعاقد مع المؤمن، وهو الذي يستفيد من التأمين، ولكن يمكن أن يكون المستفيد هو شخص آخر، كما في حالة التأمين على الحياة لحالة الوفاة، فإن هذه الحالة يمكن

أن يحل المستفيد محل المؤمن له في الوفاة لأنه يعتبر صاحب المصلحة في الوفاة<sup>3</sup>.

#### أ- كيفية دفع أقساط التأمين

##### . زمن دفع أقساط التأمين

رأينا أن القسط قد يتم دفعه دفعة مالية واحدة أو على دفعات متتالية، وفي كل الحالات يستلم المؤمن له مقابل ذلك مخالصة تثبت تنفيذه لهذه الالتزام، وفي حالة دفع القسط على شكل دفعات دورية فإن المؤمن يعين الأجل المتعلق باستحقاق الأقساط، يتم تحديدها خلال مدة سريان العقد، وقد تتحدد هذه الدفعات لسنة أو بستة أشهر أو ثلاثة أشهر، والغالب أن يتم دفع الأقساط سنويا، وفي حالة ما إذا تم دفع القسط بطريقة سنوية تم فتح العقد من طرف المؤمن لسبب من الأسباب، ففي هذه الحالة يلتزم المؤمن برد نصف مبلغ القسط، مادام أن القسط قابل للتجزئة وحق أمام إثراء بلا سبب، لكن المؤمن لا يلتزم برد ما دفعه من طرف المؤمن له، وإذا كان فسخ العقد نتيجة غش ارتكبه المؤمن له، فستبقى هذه الأقساط تعويضا للضرر الذي يصيبه بسبب غش المؤمن له، وهو

<sup>1</sup> - المادة 79 من قانون التأمينات.

<sup>2</sup> - المادة 81 من قانون التأمينات.

<sup>3</sup> - وقد نصت المادة 83 من قانون التأمينات على أنه " يكون أي شخص له مصلحة مادية أو معنوية في إبقاء عقد التأمين أن يحل محل مكتب التأمين في دفع الأقساط، والشخص الذي له مصلحة في إبقاء عقد التأمين قد يكون ورثة المؤمن له، وقد يكون المستفيد من عقد التأمين، وقد يكون الحال عليه، بالنسبة لوثيقة التأمين سواء تمت الإحالة من طرف المؤمن له أو من طرف المستفيد، كذلك أن يكون الدائن المرهق الذي يحصل على عقد التأمين كرهن.

الذي نصت عليه المادة 21 من قانون التأمينات في فقرتها الثالثة التي تقضي بأنه "تعويزا لإصلاح الضرر تبقى الأقساط المدفوعة حقا مكتسبا للمؤمن..."

### - مكان دفع القسط

الأصل أن دفع القسط يتم في موطن المدين وهو موطن المؤمن له، ولكن هذا بلا شك يعتبر بمثابة إرهاب للمؤمن إذ ينجم عليه أن ينتقل إلى موطن المؤمن له في كل صفة تأمينية من أجل استلام قسط أو أقساط التأمين، ونحن نعلم أن شركات التأمين تقبل على آلاف الصفقات الخاصة بالعمليات التأمينية بمختلف أنواعها، لذلك فخلافا لقاعدة أن الدين مطلوب لا محمول، فإن المؤمن له يلتزم بالانتقال إلى مقر المؤمن له (شركات التأمين) من أجل دفع الأقساط عند حلول أجل استحقاقها.

وبرجوعنا إلى القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري يأخذ بالقاعدة الكلاسيكية التي تقضي بأن الدين مطلوب وليس محمول، حيث تقضي المادة 282 منه أن الوفاء بالالتزامات ماعدا الأشياء المعنية بالذات<sup>1</sup>،

يكون في موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي<sup>2</sup>.

إلا أن اعتبار القاعدة ليست من النظام العام واعتبارا إلى طبيعة نشاط شركات التأمين فإنه في الواقع يلتزم المؤمن له إلى بالانتقال إلى موطن شركة التأمين بدفع أقساط التأمين، وهو ما تنص عليه وثيقة التأمين كما يجوز للطرفين الاتفاق على مكان آخر للدفع مادام أن هذه القاعدة ليست من النظام العام.

### أ. كيفية الوفاء بالقسط

<sup>1</sup> - بالنسبة للأشياء المعنية بالذات تنص المادة 282 أنه يكون الوفاء في المكان الذي توجد فيه وقت نشر الالتزام.

<sup>2</sup> - نشير في هذا المجال أنه في فرنسا صدر مرسوم بتاريخ 23 جوان 1967 المتعلق بكيفية دفع الأقساط، وقد نص في مادته الخامسة على أنه "يكون مكان دفع الأقساط هو موطن المؤمن له...، إذا كان هذا الأخير غير قادر على التنقل بسبب عجزه الجسدي أو تقدمه في السن أو كان يقطن على بعد ثلاثة كيلومترات من موطن المؤمن" لكن نظرا للانتشار الهائل لشركات التأمين أصبح هذا النص يعرقل التأمين في الواقع ويعرقل النشاط التجاري.

يتم الوفاء بالقسط نقداً، وذلك بأن يقوم المؤمن له بتسديد قيمة القسط إلى خزانة شركة التأمين، أو من تنتدبه لذلك، مقابل استلام الاتصال الدال على الوفاء.

غير أن الوفاء من الممكن أن يتم بطريقة أخرى كحوالة بريدية، أو كمباللة، أو بشيك، وفي هذه الحالة لا يكون الوفاء مبرئاً للذمة، إلا إذا تم قبض قيمة هذه الأوراق فعلاً<sup>1</sup>.

وبالمثل فإنه من المتصور في الوفاء أن يوكل المؤمن له الجهة التي يتبع لها كالشركة التي يعمل لديها، أو جهة يتعامل معها كالمصرف، للقيام ما عليه من أقساط إلى ذلك المؤمن، وذلك بخصم قيمة القسط من أجره.

ومن بين الطرق التي قد يتم بها الوفاء المقاصة أيضاً، إذ تحتل أهمية كبيرة في العديد من الحالات، ومثال ذلك أن يتم عقب تحقق الخطر المؤمن منه صرف التأمين المستحق المؤمن له، ولكن بعد تنزيل قيمة القسط المستحق عليه، هذا ما إذا ما كان مبلغ التأمين يفوق قيمة الأقساط المستحقة عليه، أما إذا حصل العكس، فإن على المؤمن له دفع ما بقي من قيمة القسط. إذ يبقى المبلغ دينا في ذمته.

### - معايير تقديم القسط

إن معايير تقدير قسط التأمين تعتبر من أصعب العمليات التي يقوم بها المؤمن، نظراً للطابع التقني للعمليات التأمينية، وعادة شركات التأمين تعتمد على بعض المعايير من أجل حساب القسط أهمها مثلاً في التأمين على الحياة، تعتمد شركات التأمين على جداول الحياة، وهي أداة يمكن بواسطتها قياس احتمالات الوفاة واحتمالات الحياة عن كل عمر من الأعمار، أو هو تتبع لأعداد الأحياء وأعداد الوفيات عند الأعمال المختلفة والذي يساعد على حساب احتمالات الحياة والوفاة، وحساب أقساط التأمين في وثائق تأمين الحياة بأنواعها المختلفة.

<sup>1</sup> - هناك من الحالات ما لا يتم فيها دفع القسط نقداً، كما في موظفي شركة التأمين، إذ تمنح هذه الشركات موظفيها في كثير من الأحيان مزايا عينية من قبيل وثائق التأمين على الحياة، أما بسبب ذلك أو المقابل له فيتمثل كما هو واضح في أداء العمل لدى تلك الشركة، وللمزيد من المعلومات، راجع، عبد الودود يحيى، الموجز في عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 202.

كما تأخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمؤمن له في مختلف أطوار العمر، ما يتم إسناد هذه المهمة لجهاز أو أشخاص مختصين في هذا المجال مهمته تحديد مبلغ القسط مراعاة لظروف المؤمن له، وهو ما نص عليه المشرع في قانون التأمينات على ضرورة إحداث جهاز مختص في مجال التعريفات لدى الوزير المكلف بالمالية مهمته إعداد مشاريع التعريفات، ودراسة تعريفات التأمين السارية وتعيينها. كما تعتمد شركات التأمين على طبيعة ونوعية الخطر ودرجة احتمال وقوعه ونفقات اكتتاب وتسيير الخطر وأي عنصر تقني يتعلق بالتعريفات الخاصة بكل عملية من عمليات التأمين<sup>1</sup>. وفي الواقع تعتمد شركات التأمين أيضا الطرق والأساليب الرياضية والإحصائية<sup>2</sup>، من أجل قياس الخطر وتحديد أقصى الخسائر المحتمل وقوعها، والتي من الممكن أن تتحملها الشركة من خلال وضع هذه العوامل المحددة لإبعاد الخطر وحجمه في نماذج رياضية وإحصائية تؤخذ في الحسبان عدد الأشياء المعرضة للخطر ومعدل خسائر المتوقع حدوثها مع ضرورة تقسيم المخاطر. كما تأخذ بعين الاعتبار التعريفات المنصوص عنها قانونا، والمشرع الجزائري حدد تعريفات الأخطار في مجال التأمينات<sup>3</sup>.

وبرجعنا إلى هذا المرسوم الذي جاء تطبيقا للمادة 236 من قانون التأمينات<sup>4</sup>، فقد نص على العناصر التي تكون تعريفات التأمين زيادة على طبيعة الخطر، وهي محددة كالتالي<sup>5</sup>.

#### - القسط الصافي

يسمى أيضا قسط الخطر وهو المبلغ الذي يلتزم المؤمن له بدفعه ويجدده المؤمن مراعاة للقواعد الرياضية والتقنية، وهو يتحدد على أساس الخطر، ويتغير بتغير الخطر (زيادة أو نقصان)، وهذا ما نصت عليه المادة ثمانون (80) من قانون التأمينات، والقسط الصافي يتحدد بمقتضى مجموعة من العوامل.

<sup>1</sup> - المادة 231 من قانون التأمينات الجزائري.

<sup>2</sup> - المادة 232 من قانون التأمينات الجزائري.

<sup>3</sup> - المرسوم 47/96 الصادر في 17/01/1996 (ج.ر. 05 الصادرة في 21-01-1996).

<sup>4</sup> - تنص المادة 236 من قانون التأمينات على أنه "تحدد شروط وكميات تطبيق المواد من 232 إلى 236 عن طريق التنظيم".

<sup>5</sup> - انظر، المادة الأولى من المرسوم 47/96، السالف الإشارة إليه.

**أ- درجة احتمال وقوع الخطر:**

أن علاقة القسط بالخطر هي علاقة تلازمية، فكلما زاد الخطر ارتفع القسط، وبالمقابل فإنه كلما زاد احتمال تحقق الخطر زاد القسط ويتم حساب درجة تحقق الخطر عن طريق استخدام قوانين الإحصاء.

**ب- درجة جسامه الخطر:**

فالقسط يعتمد على درجة جسامه الخطر تلازميا وطرديا.

**ج- الوحدة النقدية:**

حيث توجد لدى شركات التأمين جداول خاصة بأسعار التأمين تحسب على أساس الوحدة النقدية ويزداد القسط الصافي كلما زاد مقدار المبلغ المؤمن عليه.

**د- الوحدة الزمنية:**

يعد الزمن عنصرا جوهريا في عقد التأمين وعليه فإن شركات التأمين تجعل من المسار الزمني أساسا ومقياسا لدراسة الأخطار وحساب درجة احتمال وقوعها.

**- نفقات الاككتاب وتسيير الخطر**

هو ما يعرف بالقسط التجاري، وهو المبلغ الذي يضاف إلى القسط الصافي ويشمل النفقات العامة التي يقوم بها المؤمن كنفقات اكتاب العقد، نفقات إبرامه، بالإضافة إلى نفقات تسيير الخطر، كما يشمل أيضا مختلف المصاريف الإدارية<sup>1</sup>، مثل مرتبات وأجور العمال ومصروفات الإنارة والمياه وإيجار المباني ونفقات الإعلانات في الصحف والإذاعة والتلفزة.

**- تكاليف الحوادث**

<sup>1</sup> - عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، التأمينات البرية، الطبعة 1998، ص.138.

وهي تشمل المبالغ الرسمية والمصاريف الثانوية ومختلف حصائل الاستقلال ومختلف الحصائل المالية الأخرى إلا أنه برجعنا للمادة الثامنة عشر (18) من قانون التأمينات فإنه إذ كان الغالب أن القسط الذي يدفعه المؤمن هو قسط ثابت لكنه قد يتغير إما بالزيادة أو بالنقصان، فالمؤمن إذا تأكد له احتمال زيادة الخطر وتفاقمه، فإنه بإمكانه أن يقترح معدلاً جديداً للقسط، وهذا خلال ثلاثين يوماً (30) يوماً تحسب ابتداءً من تاريخ اطلاعه على ذلك التفاقم، فيرتفع القسط بذلك إلى النسبة التي وصل إليها تفاقم الخطر، فالمؤمن يقترح المبلغ الذي يتناسب مع هذه الزيادة وفي هذه الحالة عند عدم دفع مبلغ القسط المفتوح فبإمكان المؤمن أن يفسخ العقد<sup>1</sup>، أما في حالة نقصان درجة الخطر وزوال تفاقمه، ففي هذه الحالة يحق للمؤمن له الاستفادة من تخفيض قيمة القسط ابتداءً من تاريخ تبليغه ذلك المؤمن<sup>2</sup>.

#### - مدى قابلية قسط التجزئة

قد ينتهي عقد التأمين بالنسبة للمؤمن له قبل تمام مدته، كما لو انتهى العقد بالفسخ أو الانفساخ بعد ستة أشهر من بدايته مثلاً، وفي مثل هذه الحالة لا جدال في أن المؤمن له ملزم بأداء نصف قيمة القسط، وذلك عن المدة السابقة للإهاء، إلا أن التسائل يثار عن المدة الباقية، فهل يلزم بأداء القسط عليها؟.

قد يجاب عن ذلك بالإيجاب بحجة أن المؤمن يقيم حساباته الفنية في قياس احتمالات الخطر وما يعادها من أقساط على أساس فترة زمنية متكاملة<sup>3</sup>. ومن ثم الجنوح إلى القول بعدم قابلية قسط للتجزئة، لأن السماح بغير ذلك سيؤدي إلى اختلال حسابات المؤمن. ومع ذلك، نعتقد بلا تثریب على الرأي الذي يأخذ بخلاف ما سبق (أي قابلية القسط للتجزئة) فيحق للمؤمن له استرداد الجزء من القسط المقابل للفترة الباقية من السنة إن كان قد دفعه أو الامتناع عن دفعه إن كان لم

<sup>1</sup> -المادة 04/18 من قانون التأمينات.

<sup>2</sup> - المادة 05/18 من قانون التأمينات.

<sup>3</sup> -نلاحظ أن جانب من المشرعين يأخذ بمبدأ قابلية القسط للتجزئة في بعض الحالات كما في القانون الفرنسي، انظر المادة 113-6 من قانون التأمين الفرنسي.



يدفعه بعد، ذلك أن احتفاظ المؤمن بهذا الجزء يشكل إثراء بلا سبب على حساب المؤمن له، كما أن زوال الالتزام بدفع مبلغ التأمين عند تحقق الخطر في الفترة المتبقية يستتبع بالمثل زوال التزام المؤمن له بدفع القسط خلال المدة ذاتها، أليس عقد التأمين من العقود ذات الطابع الزمني؟ هذا فضلا عن أن كلا من الالتزامين يعد سببا للآخر، وأن الأخذ بقابلية القسط للتجزئة يتفق مع مبدأ تناسب القسط مع الخطر.

وفي سبيل المقارنة بين مختلف التشريعات نجد أن المشرع الأردني قد تبني مبدأ قابلية القسط للتجزئة، بدليل أنه قضى في المادة (927) من القانون المدني بإمكانية قيام شركة التأمين بفسخ العقد مع إعادة الأقساط عن المدة المتبقية من العقد إذا كان المؤمن قد كتم أو أدلى ببيانات خاطئة عن الخطر موضوع التأمين<sup>1</sup>.

بيد أن مانعا لا يحول دون اتفاق الطرفين مقدما على عدم قابلية القسط للتجزئة، لعدم تعلق الأمر بمقتضات النظام العام.

## ب- جزاء الإخلال بالالتزام بدفع القسط :

### 1- ماهية الجزاء:

بالنظر لخلو قانون التأمين في الجزائر من نصوص خاصة بنظام المسائلة، فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة (أحكام القانون المدني) المرتبط بالعقود الملزمة للجانبين والتي على هديها، وفي حالة دفع المؤمن له القسط فإنه وبعد إعداره المادة 164 من القانون المدني الجزائري، يمكن للدائن المؤمن أن يطلب من القضاء، إما التنفيذ العيني أو المطالبة بفسخ العقد، وهو ما تؤكد عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري بنصها "في العقود الملزمة للجانبين إذا يوفي أحد المتعاقدين بإلزامه تجاه الآخر بعد إعداره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه..."

<sup>1</sup> - لقد طبق المشرع الأردني مبدأ قابلية القسط للتجزئة أيضا فيما يتعلق بعقود التأمين الإلزامي على المركبات، فقد نصت المادة (8) من نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات على ما يأتي: "لا يجوز لشركة التأمين أو المؤمن له إلغاء عقد التأمين الإلزامي للمركبة إذا كان ترخيصها قائم ما لم يحل عقد تأمين إلزامي آخر محله، وفي حالة إلغائه يحق للمؤمن له أن يسترد من الشركة مبلغا من قسط التأمين يتناسب مع المدة المتبقية من مدة عقد التأمين ما لم يكن متسبب في حادث خلال مدة عقد التأمين"، انظر المادة (09) من النظام نفسه.

وبالنظر لفداحة الأضرار الناتجة عن الفسخ خاصة في جهة المؤمن يظل ملتزما بتغطية الخطر إلى غاية صدور الحكم القضائي بالفسخ والذي إن أصدر فلن يكون له أثر.

كل ذلك يدفع شركات التأمين إلى التحوط من الوقوع تحت إكراه النتائج السابقة، بإدراج شرط في عقد التأمين يقضي وقف التزام المؤمن بضمان الخطر (وقف سريان العقد)، بمجرد التأخر عن دفع قسط التأمين و من دون إنذار مسبق للمؤمن له.

و كما كانت هذه الشروط غير معقولة و تحتوي في طياتها على حرج كبير لدى المؤمن له و المستفيد من عقد التأمين، فإن التشريعات دأبت على تبين الحلول التوفيقية من خلال ترسيم آليات التوازن بين مصلحة المؤمن في عدم إرهاب كاهله بالتزامات غير مبررة في نظره، و مصلحة المؤمن له في أن لا يفاجأ لقطع العلاقة التعاقدية.

فيلتزم المؤمن بداية بتذكير المؤمن له قبل حلول آجال الاستحقاق بتاريخ استحقاق القسط، و هذا قبل شهر على الأقل من تذكيره بالمبلغ الواجب دفعه، و أجل الدفع<sup>1</sup>، و منحه أجل خمسة عشر (15) يوما على الأكثر تحسب ابتداء من تاريخ الاستحقاق<sup>2</sup>، و يلتزم المؤمن له بالدفع خلال هذا الأجل. فإذا لم يستجب لهذا الأعدار و لم يدفع في الوقت المخول له من طرف المؤمن، و انقضت المدة القانونية، ففي هذه الحالة يقوم هذا الأخير بأعداره و هذا عن طريق رسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالاستلام بدفع القسط المطلوب، و هذا خلال أجل ثلاثين (30) يوما التالية لانقضاء المهلة الأولى<sup>3</sup>. و لو رجعنا إلى قانون التأمين الفرنسي فإن المدة المخولة للمؤمن له هي أربعون (40) يوما يبدأ حسابها من حلول أجل الاستحقاق (هذا من نصت عليه المادة 16 من قانون التأمينات الفرنسي الصادر في 1930/07/16).

و عموما هناك أثران يترتبان على انتهاء الأجل :

أ- وقف الضمان من طرف المؤمن :

<sup>1</sup> - المادة 01/16 من قانون التأمين الجزائري.

<sup>2</sup> - المادة 02/16 من قانون التأمين الجزائري.

<sup>3</sup> - المادة 03/16 من قانون التأمين الجزائري.

لقد حول المشرع للمؤمن اللجوء إلى وقف الضمان الممنوح للمؤمن له بمقتضى عقد التأمين و هو ما تضمنته المادة السادسة عشر (16) (4)، ووقف الضمان يكون تلقائيا و دون الحاجة إلى إشعار آخر يوجهه المؤمن للمؤمن له يستثنى من حكم هذه المادة تأمينات الأشخاص لأن في هذا النوع من التأمينات لا يجوز للمؤمن إيقاف الضمان تلقائيا و إنما تطبق في هذه الحالة أحكام المادة 84 من قانون التأمينات.

ومن خلال قراءتنا لهذه المادة فإن المؤمن لا يجوز له إيقاف الضمان تلقائيا كما هو الحال في تأمين الأضرار، و إنما يحق له إما :

1- فسخ العقد إذا تعلق الأمر بتأمين وقي في حالة الوفاة أو كان السنوي المستحق على السنتين الأوليتين من التأمين غير مدفوع.

2- و إما تخفيض آثار العقد شريطة أن تكون الأقساط المستحقة عن السنتين الأوليتين مدفوعة .  
مع ملاحظة هامة : ففي حالة التأمين على الأشخاص لا يمكن للمؤمن إلزام المؤمن له بالدفع أو التنفيذ العيني عن طريق الدعوى، فما عن الأحكام الخاصة بتأمينات الأشخاص يقوم المؤمن بوقف الضمان تلقائيا و دون الحاجة إلى إشعار يقدمه المؤمن له كما ذكرنا، وهذا الوقف يترتب عنه إما دفع المبلغ و في هذه الحالة لا يعود سريان مفعولها إلا بعد دفع القسط المطلوب<sup>1</sup>، وتستأنف آثار العقد ابتداء من الساعة الثانية عشر من اليوم الموالي لدفع القسط المتأخر لان العقد بما فيها تنفيذ التزامات الطرفين لم يتم فسخه<sup>2</sup>، و عليه إذا وقع الخطر قبل حلول هذا الوقت فإن المؤمن لا يلتزم بالضمان، بينما استثنى المشرع بمقتضى حكم المادة 16 حالة التأمين من هلاك الحيوانات، إذ لا يسري مفعول التأمين في هذه الحالة إلا بعد مرور 5 أيام من دفع جميع الأقساط المستحقة<sup>3</sup>.

ب- فسخ العقد :

<sup>1</sup> - المادة 04/16 من ق. التأمين الجزائري

<sup>2</sup> - المادة 06/16 من ق. التأمين الجزائري.

<sup>3</sup> - المادة 51 ق.الت.

أشار المشروع إلى حق المؤمن في فسخ عقد التأمين، و هذا بعد عشرة (10) أيام من إيقاف الضمانات، و في هذه الحالة يجب تبليغ الفسخ للمؤمن له مطالبا بدفع القسط المطابق لفترة الضمان<sup>1</sup>. و لكن بإمكان المؤمن عدم اللجوء إلى الفسخ، فيبقى العقد قائما و يبقى الضمان موقوفا إلى غاية تسديد القسط، و لكن إذا استعمل حقه في الفسخ فإن العقد يتوقف سريانه مع مراعاة الآجال المشار إليها أعلاه.

و الجدير بالإشارة أن الفسخ يزول بأثر رجعي يستند إلى يوم العقد فيعتبر العقد بالتالي كأنه لم يكن، و عليه بالنسبة للمتعاقدين يلتزم كل منهما أن يرد للآخر ما حصل عليه، و إلا جاز القاضي أن يحكم بالتعويض، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في القواعد العامة المتعلقة بانحلال العقد<sup>2</sup>، ولكن بالنسبة لعقود التأمين فهي كما سبقت الإشارة تعتبر من العقود الزمنية، و العقد الزمني حسب تعريف الفقه<sup>3</sup> هو ذلك العقد الذي يعتبر فيه الزمن معيارا لتنفيذ الالتزامات و عنصرا جوهريا فيه، و عليه ففسخ العقود الزمنية لا يؤدي إلى سريان العقد بأثر رجعي لأن الزمن الذي انقضى لا يمكن أن يعود مرة أخرى للحساب.

و بالنسبة لعقد التأمين تسري عليه الأحكام الخاصة بالعقود الزمنية، فلا يمكن رد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرامه، و لا يمكن أن تزول الالتزامات بأثر رجعي و عليه إذا قام بفسخ العقد طبقا للحكم الوارد في المادة 16 عشرة /5، فمع ذلك يبقى المؤمن له مطالبا بدفع القسط المطابق لفترة الضمان.

و نشير في هذا الصدد إلى أن غالبية الفقه يتجه إلى تسمية الفسخ في العقود الزمنية بالإلغاء وبالتالي فلا يكون لها أثر رجعي.

كما يمكن للمؤمن اللجوء إلى فسخ العقد في حالة زيادة الخطر، و في هذه الحالة قد يلجأ المؤمن قبل إجراءات الفسخ إلى اقتراح استبقاء العقد مع الزيادة في قسط التأمين و هذا من مصلحته حتى

<sup>1</sup> -المادة 05/16 من ق.الت.

<sup>2</sup> -المادة 122 من ق.ت.ج.

<sup>3</sup> -علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1990،ص.19.

يتناسب مع درجة الخطر، و لكن في هذه الحالة يلتزم بالحصول على قبول المؤمن له فإذا رفض ففي هذه الحالة الأخيرة يلجأ إلى فسخ العقد، و لكن هذا يتم في صورة اتفاق جديد بين الطرفين، فيما يسمى بملحق وثيقة التأمين، و هذا ما سنتناوله تفصيلا من خلال تعرضنا إلى التزام المؤمن له بالإعلان عن زيادة الخطر<sup>1</sup>.

### ج- الأحكام المرتبطة بالجزاء :

#### - الأحكام العامة :

- ترتبط أعمال أثر الجزاء بعدد الأحكام و الإجراءات و نكتفي بتجميع أهم الأحكام فيما يلي :

**أولا :** إثبات تقصير المدين (المؤمن له) في الوفاء بالقسط من لدن الدائن ( المؤمن ) و بتعيين التدليل على أن التأخر في الوفاء مرتبط بإهمال المدين لأن ظروف قاهرة، أو نتيجة لاستعمال المؤمن له الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة إخلال المؤمن بالتزامه.

**ثانيا :** علاوة على إثبات التقصير من لدن المدى، فإن على المؤمن إثبات سعيه إلى موطن المؤمن له لتحصيل القسط دون جدوى.

**ثالثا :** و ارتباطا بما سبق ذكره من تقصير و مماثلة المدين بدفع القسط، فإنه يجب أن يوجه الإعذار من المؤمن إلى المؤمن له في موطنه الأخير المعلوم لديه، كما يكون المؤمن ملزما بإثبات استيفائه لكل إجراءات الأعدار على النحو المنصوص عليه في القواعد العامة ( المواد 181 190 من القانون المدني الجزائري)، بالإضافة إلى الأحكام المنصوص عليها في قانون التأمين (المادة 3/16).

**رابعا :** يبدو أن استنفاد سالف الإجراءات يجعل القسط محمولا، يمضي أن الوفاء يكون في محل المؤمن ( مقر شركة التأمين) بعد أن كان مطلوبا.

**خامسا :** إن تمام إجراءات الإعذار تؤدي إلى قطع تقادم دعوى المطالبة بالقسط.

<sup>1</sup> - فايز عبد الرحمن، الشروط التعسفية في وثائق التأمين، دراسة في نطاق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، طبعة

**سادسا :** ثبوت حق المؤمن في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن إخلال المؤمن له بالتزامه و قد يأخذ شكل التعويض القانوني (الفوائد التأخيرية).

#### د-الأحكام المرتبطة بعدم دفع القسط في التأمين على الحياة :

يتميز القسط بالطابع الاختياري في التأمينات على الحياة، فلا يجبر المؤمن له على أدائه و لا يترتب التأخر عن الوفاء به ذات الجزاء (الوقف) على النحو السابق شرحه.

و مرجع هذا الخروج عن القاعدة العامة هو طول مدة عقد التأمين على الحياة، و ظهور عنصر الادخار في هذه الصيغة، و هذا ما يبرر عدم سقوط حق المؤمن له لمجرد عجزه عن الوفاء ببعض الأقساط، و احتفاظه بالمبالغ المدخرة سابقا.

بيد أ، تحلل المؤمن له من التزامه بدفع باقي الأقساط لا يترتب أثره إلا بعد تقديم إخطار كبيراً بتبرئة ذمته من الأقساط إلى المؤمن، و هذا فيما عدى القسط الأول الذي يظل ملتزماً بدفعه، و لا يسري بشأنه الإعفاء، كما يتعين أن يكون الإخطار موجهاً قبل حلول ميعاد القسط التالي.

و ما يجب التركيز عليه في هذا العقد هو أن احتفاظ المؤمن له بحقه لا يكون إلا بدفعه لأقساط الثلاث سنوات. أما إذا لم يصل هذا السقف فإنه سيفقد حقوقه حيال شركة التأمين.

و غني عن البيان أن الحق في التحلل من التأمين على الحياة يعد من الحقوق الشخصية للمؤمن له، فليس للغير التمسك به، لكن التسائل الذي يطرح في هذا المقال هو هل أن عقد التأمين ينتهي بوفاة المؤمن له؟.

الأصل أن عقد التأمين لا ينتهي بوفاة المؤمن له، بل تنتقل الحقوق و المتلازمات المترتبة عليه عند وفاته إلى خلفه العام (الورثة)، عدا عقد التأمين على الحياة الذي ينفرد بحكم خاص، فإن لم يكن المؤمن له قد دفع قسط التأمين في حياته، و جب على ورثته الإيفاء به، إذ أنه يعتبر ديناً على التركة، و القاعدة ( لا تركة إلا بعد سداد الديون)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - و هنا يجب التفرقة بين حالتين : حالة ما إذا كانت وثيقة التأمين تجعل الالتزام بدفع قسط التأمين شرطاً أولياً يتعلق على تنفيذه أولاً، تنفيذ المؤمن لالتزامه بضمان تبعة الخطر، و حالة م إذا تضمنت الوثيقة عبارة ( أو تعهد بتسديده )، بعد عبارة ( تسديده لقسط التأمين ).

و يخرج عن هذه القاعدة، عقد التأمين على الحياة الذي يستنفذ حكمه بموت المؤمن عليه، و الذي يتضمن فترة إهمال لتسديد أقساط التأمين التي تلي القسط الأول.

ففي هذه الحالة، إن كان المؤمن عليه قد مات قبل تسديد القسط الأول، فعلا يلتزم المؤمن بشيء في مواجهة المستفيد المعين سواء أكان من الورثة أم من غيرهم، أما إذا كان القسط الأول مدفوعا و حصلت وفاة المؤمن عليه خلال فترة الإهمال المحددة في الوثيقة لتسديد القسط الذي يليه، فيكون المؤمن مسؤولا عن دفع مبلغ التأمين، و لم يشترط دفع مبلغ التأمين إلى أحد ورثته أو بعضهم أو جميعهم، فإن الحقوق و المتلازمات المتعلقة بالعقد تنتقل في هذه الحالة، إلى تركته، فيصبح قسط التأمين غير مستدينا على التركة، كما أن مبلغ التعويض يصبح ديناً لصالح التركة، و يتعرض المؤمن في استيفائه لقسط التأمين من التركة لمزاحمة الدائمين عند تصفية ديون التركة.

أما فيما يخص الالتزامات الملقاة على عاتق المدين بالتغطية التأمينية (المؤمن) فنجد أهم التزام ألا وهو الالتزام بتقديم المعلومات للمستهلك صحيحة و كافية و ملمة بجميع جوانب عقد التأمين و ما يحتويه من بيانات.

ثانيا: التزام المؤمن بتقديم و نقل المعلومات للمستهلك

### 1- توسيع دائرة المدينين بالالتزام (تعميمها)

خدمة التأمين باتت تقدم من لدن شركات مغفلة و بعيدة عن متلقي الخدمة، و أصبح ملموسا الدور الريادي لوسطاء التأمين في توزيع منتوجات التأمين و احتكاكهم اليومي بمستهلكيها، و هو ما انتهى بالقضاء الفرنسي إلى ترسيخ مبدأ التفسير الموسع للمؤمن لينسحب على محترفي التأمين و شركات التأمين<sup>1</sup>،

ففي الحالة الأولى إذا وقع الحادث قبل قيام الورثة بتسديد قسط التأمين، فلا يكون المؤمن مسؤولا عن تعويض الخسارة الناتجة عنه، أما في الحالة الثانية، فإن المؤمن يكون مسؤولا عن تعويض هذه الخسارة، و يعتبر قسط التأمين ديناً على التركة، كما يكون مبلغ التعويض ديناً لصالح التركة في ذمة المؤمن.؛ بهاء بهيج شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص.502.

<sup>1</sup>- محمد بودالي، مرجع سابق، ص 42.

هذا و بحسب القانون الجزائري، فان وسطاء التأمين هم الوكيل العام للتأمين، و أيضا البنوك و المؤسسات المالية المصرح لها<sup>1</sup> بتوزيع منتوجات التأمين.

هذا و لم يعد غريبا اعتبار هؤلاء المهنيين مؤمنين مرشدين<sup>2</sup> Assureurs conseillés، اذ لطالما دأب القضاء الفرنسي على ترديد عبارة المرشد الجاد المحرب guide sur et expérimenté و هو يصف سمسار التأمين<sup>3</sup>.

و صحيح أن النظر إلى هؤلاء كمرشدين لمستهلكي خدمة التأمين يثير بعض المشاكل في علاقتهم بالشركات الممثلين لها، و يجعل القضاء في حرج من أمره، و لكنه لا ضير من ذلك، فالعلاقة بين وسطاء التأمين و ملتقيها ما فتئت تزداد عمقا إذ باتو مقصدا مهما لمن يرغب في إبرام عقد التأمين لتقديم النصيحة بشأن المتعلقات التقنية و الفنية لعملية التأمين، و لمساعدته لاتخاذ قرار بإبرام العقد أو العدول عنه<sup>4</sup>.

و ليس هذا فحسب ، و إنما جنحوا إلى إحاطته بكل عناصر عملية التأمين الفنية و القانونية و الواقعية، و تصحيح المعلومات المستقاة من الغير، و ضمان ملائمة التأمين المرغوب مع التغطية المقدمة. و في الجملة، فانه و في كل محطات العقد هم مستعدون لتقديم خدمة ذات كفاءة، و فعالية للمستهلك<sup>5</sup> على أن التحول المثير في مسألة تعميم الالتزام بالإعلام و النصيحة، هو انسحابه إلى

<sup>1</sup> - راجع في ذلك المادة 252 من القانون 04/06 من قانون التأمين الجزائري، و المادة الأولى من المرسوم 340/95 المتضمن القانون الأساسي للوكيل العام للتأمين التي تعتبر وسيط للتأمين" كل شخص له وضع عام للتأمين أو وضع سمسار للتأمين...". كما نصت المادة 204 مكرر 04 من قانون المالية لسنة 2014 ، عن ضرورة تسجيل السماسرة الأجانب في إعادة التأمين لدى لجنة الإشراف على التأمين، و أن يصدر بذكر قرار من وزير المالية.

<sup>2</sup> - Yvonne Lambert, droit des assurances, op cit p. 109.

<sup>3</sup> - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص5. ، و راجع في ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية -Cass 1ère civ 10 novembre 1964, civ 1965 n° 493, P. 383.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 13.

<sup>5</sup> - و في هذا الصدد فان محكمة النقض الفرنسي تبدي تشددا واضحا حيال هؤلاء المهنيين من خلال تغليط التزامهم و التشديد في النظام القانوني للمسؤولية المدنية لوسطاء التأمين.



فئة غير المحترفين<sup>1</sup>، من مؤسسات الائتمان و المستخدمين المكتتبين لعقد تأمين جماعي، و الموثق القائم على عملية بيع العقار الممون بقرض مضمون بوثيقة تأمين، و وكالات الأصفار و الجمعيات الرياضية العارضة على منحطيتها عقود التأمين<sup>2</sup>، و لقد بات في حكم المبدأ الراسخ اعتبار هؤلاء ملزمون بإعلام زبائنهم بوجود الضمان، و التحري عن مدها، و بضرورة تسليمهم المنشور المدون فيه كافة الضمانات.

و يبدي بعض الفقه تخوفا كبيرا من الامتداد الواسع لهذا الالتزام الذي طال فئات قد يكون جهلها مشروعا بمعطيات و قوانين التأمين كالبائع لأجهزة الإنذار ضد السرقة، كما لا يتردد البعض من ابداء امتعاض من مسلك محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بقوله:

"<sup>3</sup> L'obligation d'information dispose d'un domaine certe utile mais très étendue"

فهل بات الأمر يمثل انحرافا بالالتزام بالنصيحة و الانتقال بنطاقه من حماية الطرف الضعيف و السير به إلى مسار مثير ألا و هو حماية الطرف الأضعف؟<sup>4</sup> و يحاول الفقه الفرنسي دفع الحرج عن هذه التحريجات القضائية بالقول " يجب الاعتراف بعدم وجود نظرية قانونية متجانسة و صلبة تؤسس ليها تلك الممارسات ، و التي يبدو أن وفاء المشرع و القضاء في فرنسا للدور الاجتماعي لفكرة التأمين هو من يبرر ذلك المسلك"<sup>5</sup>.

و من جهتنا فان هذه التشديدات لن تجد لها من مبرر سوى التأكيد على ما أورده الأستاذ Jean Bigot، من أن القوانين الحاكمة لبعض العقود و الموجهة لحماية الطرف الأكثر ضعفا تجد لها من مبرر في أن المشاركات الواردة بها تجسد مكتسبات فاحشة و غير معقولة للطرف المدعن، و

<sup>1</sup> - J. Kullmann, op cit, p. 359

<sup>2</sup> - في هذا الصدد راجع محمد بودالي، مرجع سابق، ص 43 و أيضا:

J. Kullmann, ibid

<sup>3</sup> - J. Kullmann, op cit, p. 3.60

<sup>4</sup> - Chantelristian Dubreuil et particedeslauriers, l'assurance : une protection pour le crédit, R.J.T, 1997/31, Monreol, p. 651.

<sup>5</sup> - Chentale Russo, de l'assurance de responsabilité à l'assurance direct, Dalloz, 2001, P 34.

انتكاسات لآمال و متطلبات الطرف المدعن مما يستوجب عدم الاعتياد بما تمخض عنها من نتائج<sup>1</sup>.

## 2-إعادة بعث الشككية لحماية رضى المستهلك

الكتابة و الشككية باتت أهم أدوات حماية رضى الطرف الضعيف، و وسيلة فعالة للحصول على رضى حر و سليم من المستهلك، و إبعاده عن المفاجآت غير الأمنية<sup>2</sup>، و الملاحظ هو التوسع في تطلب الشككية في عقد التأمين و بنصوص آمرة، و غلبة الكتابة على كل المعلومات المنقولة إلى المستهلك، و بالشكل الذي بات معه مألوف الكلام عن نقل و تسليم الوثائق، Délivrance des documents contractuelles<sup>3</sup>، عبر معلومات محددة و دقيقة بما يمثل شككية حمائية مكتوبة و جبرية حتى يتعاقد المستهلك عن علم و بينة و بصيرة<sup>4</sup>.

هذا و لم ينتظر قانون التأمين ظهور قانون الاستهلاك، بللا أن قانون التأمين الفرنسي لسنة 1930، و منذ بداية الوهلة الأولى، و بأحكام ذات طابع استهلاكي، لم يتوان في دعم و تنمية علم المستهلك، بمتعلقات عقد التأمين (مقروئية العقد، الوثائق المطلوبة)<sup>5</sup>.

و من جهته، فإن قانون التأمين الجزائري و في مادته السابعة، نص على انه: "يجرر عقد التأمين كتابيا و بحروف واضحة..."، ليأتي بعد ذلك قانون الاستهلاك، و بمقتضى فكرة النظام العام الاقتصادي الحمائي فيقرر حماية جد متقدمة رضى المستهلك في كل محطات العقد و متعلقاته. و يقرر قواعد جديدة للإخلال بالمقتضيات السالفة، و هذا من خلال قواعد آمرة مهذبة لما لحق العلاقات التعاقدية من تعسف و شطط<sup>6</sup>.

## 1- التوسع في تطلب الكتابة

<sup>1</sup> - Jean Bigot, op cit, p. 276.

<sup>2</sup> - قادة شهيدة، حماية الطرف الضعيف في عقد العمل، مجلة الدراسات القانونية، مخر القانون الخاص، جامعة تلمسان، ع 05 لسنة 2008، ص 75.

<sup>3</sup> - Jean Bigot, op cit, p. 341.

<sup>4</sup> - محمد الهني، مرجع سابق، ص. 55.

<sup>5</sup> - بن حميدة نهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة تلمسان 2007، ص. 6.

<sup>6</sup> - محمد الهني، مرجع سابق، ص 25.

تعدد الوثائق المطلوبة من المؤمن تسليمها و إحاطتها بعلم مستهلك خدمة التأمين، بعضها متطلبية قبل إبرام العقد، أو في المرحلة ما قبل التعاقدية و لها علاقة بالتحضير لعملية التعاقد، في حين أن هناك معلومات و بيانات متطلبية أبان إبرام عقد التأمين، و ما يلاحظ هو الطابع الأمر لهذه المعطيات بل إن احتجاج المؤمن بها على المستهلك هين بعلمه بها<sup>1</sup>.

#### أ/ قبل إبرام عقد التأمين:

حرص المشرع الجزائري، و هذا أسوة بالتشريعات المقارنة على توفير العلم الحقيقي لمستهلكي خدمة التأمين، حتى يكون على علم تام بمضمون و متعلقات عملية التأمين، المزمع الدخول فيها مع المؤمن، هذا و يذهب بعض الفقه في الجزائري إلى القول ، بأن السند العام لالتزام المهني في هذا الصدد نجده في المادة 61 من القانون المدني الجزائري، التي تتطلب تصدي المعلومة و وصولها إلى علم المستهلك، لتأتي بعد ذلك المادة 352 لتقدم العضد لسالف الحكم حينما تؤكد على ضرورة أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا<sup>2</sup>. و قد كان هذا صحيحا قبل صدور قانون التأمين في الجزائر سنة 1980<sup>3</sup>، و أيضا قبل صدور قانون 89/02 المتعلق بحماية المستهلك<sup>4</sup>، و هو سندا عاما يمكن لمسألة حماية رضا المستهلك أن تنطلق منه، لكن النصوص الخاصة و الحديثة في القانون الجزائري، هي من الوفرة. بمكان للاتكاء عليها لحماية جميع المستهلكين في هذا القطاع، عبر الالتزام العام بالإعلام المقرر في المادة الثامنة 08 في القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>5</sup> التي تنص على أنه ((يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع، إخبار المستهلك بأي بأي طريقة كانت، و حسب طبيعة المنتج بالمعلومات التزيهة و الصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة)). و على الأخص المادة 53 من المرسوم 13-378 المحدد للشروط و الكيفيات

<sup>1</sup>-J. Kullmann, op cit, p. 361.

<sup>2</sup>-محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط1، 1992، دار الهدى - الجزائر - ص 12.

<sup>3</sup>- و المعدل و المتمم بالقانون 07/95، ج.ر.ع 13 لسنة 1995.

<sup>4</sup>- و المعدل بالقانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش السابق ذكره.

<sup>5</sup>- المعدل المتمم بالقانون 06/10، و قد نضيف إليه المادة من القانون 3 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

المتعلقة بإعلام المستهلك التي تنص على أنه (( يجب على مقدم الخدمة قبل إبرام العقد إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة)). في حالة وجود مكتوب، يطبق هذا ((الالتزام قبل بداية تنفيذ الخدمة المقدمة)).

ليأتي قانون التأمين 04/06 ليقرر إلزاما خاصا بالإعلام، بمقتضاه يلتزم مهني التأمين بأن يسلموا لمستهلك التأمين بيانات محددة يوقع عليها من الطرفين: نعرف ببيان المعلومات المتعلقة بشروط التعاقد، حتى يتعرف متلقي التأمين على الخصائص الرئيسية للخدمة<sup>1</sup>.

و قد يدعم ما ورد في المادة 54 من المرسوم 378/13 هذا المسعى، من منطلق نصها على أن (( يجب على مقدم الخدمة أن يضع تحت تصرف المستهلك بصفة واضحة و دون لبس المعلومات الآتية: اسم و عنوان الشركة، و العنوان و المعلومات الخاصة بمقدم الخدمة، الشروط العامة المطبقة على العقد)).

لنأتي المادة 55 من ذات المرسوم و تفصل المعلومات المطلوب الإخبار بها و يهمننا من كل تفاصيلها: كفيات التنفيذ و الدفع، و مدة صلاحية و سعره، المدة الدنيا للعقد، البنود المتعلقة بالضمان، شروط فسخ العقد. بل الأهم من هذا و ذاك أن الإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد اعتبر من قبل المشرع الجزائري كأحد مفاعيل النظام العام التعاقدية بمفهومه الجديد<sup>2</sup>، و هذا ما تؤكد الأستاذة زناقي بقولها: " إن المرسوم 306/06 المتعلق بعقود الإذعان المبرمة بين المهنيين و المستهلكين، اعتبر الالتزام بالإعلام القلبي عنصرا جوهريا، و حقا أساسيا من حقوقه<sup>3</sup>، لا مجال للافتئات عليه". ليس هذا فحسب بل أن الأهم ورد بالمادة 5/7 من ذات المرسوم، من اعتباره تعسفا، الشرط الذي يفرض بنودا لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد<sup>4</sup>. فمن الواضح

<sup>1</sup> راجع ما ورد في المادة 07 من القانون 04/06 المتعلق بالتأمين، و هي اسم الطرفين و عنوانهما، الشيء أو الشخص المؤمن عليه طبيعة المخاط المضمونة، تاريخ الاكتتاب تاريخ الإبرام العقد و مدته، مبلغ الضمان، مبلغ القسط أو اشتراك التأمين.

<sup>2</sup>-Dalila Zenaki ,Quelque approche de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et en droit commun el dirassatk,étude comparé,n°8 ,2011,P.22.

<sup>3</sup>-Ibid,P.24.

<sup>4</sup>-راجع في ذلك المادة 07/05 من المرسوم 306/06 السابق ذكره.

أن إطار الحماية لرضا المستهلك في مرحلة إبرام عقد التأمين، يتعلق بعناصر جوهرية ترتبط في الجملة باقتراح التأمين المقدم من لدن المهني، المعلومات المتعلقة بشروط التعاقد (سعر الضمانات، الضمان في حد ذاته، استثناءات الضمان، شروط الإحالة، وغيرها من الموجبات)<sup>1</sup>.

هذا و لتفعيل سالف الأحكام الآمرة، ذهب المشرع الجزائري - و في مختلف مكونات القانون

الرامية لحماية إرادة مستهلك خدمة التأمين - إلى تقرير جزاءات مدنية عامة و خاصة<sup>2</sup>، بالإضافة إلى الردع الذي تقدمه قواعد القانون الجزائري في هذا الصدد.

### ب/ بعد إبرام عقد التأمين:

عقد التأمين يمتاز بصفة التعقيد و التنفيذ المستمر، و لذا فان المستهلك في حاجة الى معاصرة المعلومات لما بعد الابرام، حتى يغدو العقد مجديا و يجيئ الرضا مبنيًا على مزيد من التحقق و التحري و التدبر في بيانات العقد.<sup>3</sup>

و حتى يتحقق ذلك فان مستهلك خدمة التأمين يجد نفسه في مواجهة وثيقة مكتوبة أخرى تعرف بمقترح التأمين U ، و هذا ما تؤكدُه المادة الثامنة 8 فقرة 2 من قانون التأمين الجزائري، و رغم عدم تعريفها لهذا السند، فان الفقه جرى قبوله من الطرفين<sup>4</sup>. كما يتعين عليه أيضا قراءة المطبوع الاستفساري و الإجابة عن الأسئلة المدونة فيه. و إلى هذا الحد لا يمكن القول بأن عقد التأمين قد أبرم و لكن الاتفاق بشأن هذه الوثيقة، يمثل حجة قائمة إلى غاية الصياغة النهائية للعقد، و يسلم المستهلك محرر التغطية note de couverture، و هي وسيلة أساسية لإعلامه بشروط التعاقد، و

<sup>1</sup>-راجع في ذلك بن حميدة نهات، المرجع السابق، ص. 18.

<sup>2</sup>-الجزاءات المدنية لبامة، تتمثل في طلب إبطال العقد، المادة 86/02 ، أو حتى البطلان أو الفسخ، او رفع دعوى تصحيح بيانات عقد التأمين، بالإضافة على تقرير المسؤولية كجزاء للإخلال بالالتزام بالإعلام، و من الجزاءات اعتبار الشروط المتضمنة لإخلال بالالتزام ملغاة، كما أعطيت للمستهلك إمكانية الرجوع في العقد ( المادة 90 من قانون 06/04) أما الجزاءات الجنائية فهي ما تقرر في المادة 36 من قانون 02/04 المتعلقة بمعاقبة جريمة عدم إخبار المستهلك بالأسعار الخاصة لإنجاز الخدمة ( م 53 من القانون 02/04، و جريمة الخداع المنصوص عليها في المادة 65 من القانون 03/09.

<sup>3</sup>-راجع في ذلك محمد المهني، المرجع السابق، ص 75.

<sup>4</sup>- قادة شهيدة، محاضرات في قانون التأمين الجزائري ، غير منشورة، ص. 26.

التي تعد مقدمة لتحرير العقد النهائي<sup>1</sup>. و الذي يعد اتفاقاً نهائياً بين المؤمن و المكتتب من أجل تغطية خطر ما، و حينها ستلم له الشروط العامة و الخاصة لبوليصة التأمين<sup>2</sup>.

و من منطوق المادة السابعة 7 من قانون التأمين يبدو ظاهراً تطلب شكل معين في وثيقة التأمين، و تظهر الكتابة و كأنها الوضع الغالب في نقل معطيات التأمين ، و استلامها من المتلقي. و الهدف في هذا الصدد ظاهراً لا يحتاج إلى بيان ، فالمبتغى هو حماية رضا المؤمن له، بإفراغه و إثباته بشكل خاص حتى يبرم العقد و هو على بينة من أمره.

هذا و لما كان التأمين على الحياة يخالطه عديد الرهانات بعضها له صلة بأمن المعاملة التأمينية ، و الآخر له علاقة بالمدخرات، و عليه فإن لمشروع الفرنسي و تبديدا للجهالة التي قد تعتور المستهلك في هكذا تفريعات تأمين، و سم القانون الصادر في 11 جوان 1985 بمسمى "المتعلق بتنمية معارف المؤمن له و الهادف إلى شفافية عقد التأمين على الحياة". و هو ما يستدعي إعلام مدعم لصالح المؤمن لهم و دعوة إلى ضرورة شفافية عقد التأمين على الحياة و الرسملة<sup>3</sup>. و من جهته فان القانون الجزائري 04/06 المتعلق بالتأمين و بموجب المادة 70 منه، وضع قائمة بالبيانات الإلزامية الواجب تحريرها في وثيقة التأمين على الأشخاص، و هذه حرصاً منه على حماية رضا المستهلك، إبان تنفيذ العقد، و وسيلته في ذلك هو الشكلية و أخصها المحرر الكتابي<sup>4</sup>. و لأن المناقشة و المساومة لا تتم إلا في ضوء ما هو مكتوب، و مثبت في العقد ، و ما عداه يعد أجنبياً عن العقد، و لا يحتج به على متلقي خدمة التأمين. ناهيك عن أن الكتابة ساهم في دعم اختياره في مواجهة العروض المقدمة من الشركات. على اعتبار أننا في قانون السوق. في حين أن الشفوية هي مدعاة للمنازعة و التجاذب بين فرقاء عقد التأمين.

1- Yvonn Lambert, op cit, p 112.

2- J. Kulmann, op cit, pp 362.

3- Yvonne Lambert, op cit , P.112.

4- محمد الهيني ، المرجع السابق، ص 79.

و تعزيزا لحماية مستهلك فقد استوجب قانونا التأمين 04/06 الكتابة بحروف بارزة لعقد التأمين (المادة 07)، و المقصود بذلك أن تكون الكتابة بحروف ظاهرة، و واضحة و مقروءة ، فتتاح للمستهلك دراسة ما تحتويه من ضمانات<sup>1</sup>.

و تعد مسألة تقدير هذا الوضوح من مسائل الواقع<sup>2</sup>.

و الأمر يبدو جد مطلوباً إذا كانت مدة العقد لأكثر من سنة فيجب كتابتها بحروف جد بارزة بمعنى أن تكون ملفتة للانتباه، و ظاهرة للعيان و خاصة بالنسبة للشروط المؤثرة في العقد (شرط الضمان و المدة)<sup>3</sup>. كما أنه إذا كانت مدة العقد لأكثر من سنة فيجب كتابتها بحروف جد بارزة ، بمعنى أن تكون ملفتة للانتباه، و خاصة بالنسبة للشروط المؤثرة في العقد (شروط الضمان و المدة)<sup>4</sup>.

و ذات الاعتبارات يأخذها المشرع في الحسبان بخصوص ملحق بويصلة التأمين بحسابها جزاء لا يتجزأ من عقد التأمين، و الشروط الواردة فيها تكون مفسرة و مكملة لما ورد من شروط في عقد التأمين و هو ما حرص قانون 04/06 على إيلاءه أهمية بنصه على أن "لا يقع أي تعديل في عقد التأمين إلا بملحق يوقعه الطرفان". أما عن الجزاءات المقررة لحماية رضا المتعاقد في هذه المرحلة فهي، تقرير قاعدة الحماية من الشروط التعسفية على النحو الوارد في المرسوم 306/06<sup>5</sup>. و تمكين المستهلك من الحماية عند انقضاء عقد التأمين، و تقرير قواعد الفسخ علاوة على بعض الجزاءات الجزائية<sup>6</sup>.

### -Le rôle de l'information dans la protection du consommateur

<sup>1</sup>- وفد استرسلنا في عرضها في البنود السابقة، و من ثم من غير المناسب إعادة توضيحها و لأكثر التفاصيل راجع:

-j. kulmann, op cit p. 365، sans note évaluation des mentions obligatoires.

<sup>2</sup>- محمد الهيني ، المرجع السابق، ص 79.

<sup>3</sup> -قادة شهيدة، محاضرات في قانون التأمين السابق ذكرها، ص. 25

<sup>4</sup>- المرجع نفسه.

<sup>5</sup>-بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، دار النشر و التوزيع ، القاهرة، 2007، ص 106.

<sup>6</sup>-شبور سهيلة، التأمينات الاجبارية و المسؤولية المترتبة عن الاخلال بالتزاماتها، مذكرة ماستر 2، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2011، 2012،

2012، ص 101.

Ce type d'obligation se renforcerait au profit de la partie la plus faible et ce dans la perspective d'un certain, mais constant « Welfarism »<sup>1</sup> du droit, si cette tendance s'exerce notamment en droit de la consommation, elle touche de nombreuses branches du droit privé ce qui explique et justifie parfaitement le développement des initiatives législatives nationales et communautaires visant à rétablir l'équilibre entre les rapports de force<sup>2</sup>. En France, le droit à la consommation « Welfariste » a permis d'assister le consommateur lorsqu'il est confronté à un professionnel, doté d'une supériorité tant technique qu'économique.

Le développement trop ratif de ces règles de droit en faveur d'un individu jugé faible pourrait avoir pour résultat paradoxal d'affaiblir d'avantage celui-ci. Cette logique tend à exiger le renforcement systématique ou l'extension du dispositif de protection, en superposant les mécanismes par strates successives, sans tenir compte de ce qui existe déjà et peut aggraver dangereusement la faiblesse du consommateur au lieu de le responsabiliser, certes, il est vrai que l'équilibre est difficile à attendre même au sein du droit de la consommation.

Ne peut-on en déduire que le droit Français tolère une relative passivité du consommateur français contrairement au droit anglais qui exige une relative activité dans la phase précontractuelle, En effet, au Royaume-Uni, bien que la doctrine anglaise<sup>3</sup> ait examiné cette question, la « Welfarisation » du droit des contrats est encore très limitée dans la législation, nous sommes dans une société où la philosophie de libre entreprise garde une emprise considérable sur les relations entre les professionnels et les consommateurs, il revient à l'acheteur de se renseigner avec une attention particulière.

<sup>1</sup> Le terme welfarism ne peut être traduit à une seule expression, c'est une tendance, d'origine, parfois même jurisprudentielle visant à remédier aux déséquilibres susceptibles d'intervenir au sein de la société et allant au-delà de l'état-providence.

<sup>2</sup> V. WILHEMSSON estime qu'il est possible que certains éléments « Welfaristes » du droit privé pourraient rendre des constants plus proches des besoins individuels. Cet auteur illustre son propos en prenant des exemples issus du droit de la famille, droit des successions et dans la législation sur le bail d'habitation en Finlande; V/T/WILHELMSSON, *Critical Studies in private law* Kluwer, Dordrecht, 1992, p 255, T/WILHELMSSON, *Critical Studies in private law*, Kluwer, Dordrecht, 1992, p 255. T. WILHEMSSON sous la direction de *Perspectives of critical contract law*, ouvrage collectif, Dartmouth, 1993, p 347.

<sup>3</sup> Isabelle de BENALCAZAR, la protection des intérêts économiques des consommateurs dans le secteur des produits « Etude comparée », Université Paris I p. 55.



Le droit anglais n'entend donc pas développer, à outrance, la démarche « Welfaiste » qui se dessine fortement en France et dans d'autres pays européens, essentiellement les pays scandinaves, l'optique française, et de refuser de bouleverser profondément le droit des contrat ; l'instauration d'un droit de classe... profit de l'individu économiquement faible semble bien marginale voire inconcevable, les seules tentatives en faveur du consommateur proviennent en réalité des textes communautaires.

-On ne peut alors, que remarquer la divergence d'appréciation du comportement du contractant vis-à-vis de l'information qui appose la relative passivité du consommateur français à la relative activité du consommateur anglais, Cependant le droit Français tout comme le droit anglais va apporter infléchissements à ces obligations d'information, conduisant à une convergence certes bien relative la faussé entre les diverses appréciations demeure.

Dans un premier temps, nous verrons combien l'extension de l'obligation d'information vis-à-vis du consommateur, pèse dessinait sur le professionnel, Or, celle-ci a subi un coup d'arrêt, marquant la volonté de rééquilibrer les obligations des parties contractantes, Aujourd'hui, le consommateur, devra, lui aussi se renseigner<sup>1</sup>.

## 2- أركان عقد التأمين:

لا يختلف عقد التأمين عن العقود الرضائية الأخرى، في أن انعقاده يتوقف على توافر ثلاثة أركان هي التراضي، المحل والسبب، غير أنه من جهة أخرى يختلف عن العقود الرضائية في بعض الأمور التفصيلية لركني التراضي و المحل.

### أ: الرضا في عقد التأمين: "Le consentement"

العقد هو عبارة عن التقاء تصرفين قانونيين صادرين من إرادتين حرتين غير معنيتين و ينعقد عقد التأمين بمجرد تبادل تعبير هاتين الإرادتين عما تتجهان إليه، و الإرادة التي يعتد بها هي تلك الصادرة عن أحد طرفي العقد المتمتع بالأهلية اللازمة للانعقاد، بما يعني أن هذه الإرادة لم تكن مكرهة ولا وقعت في غلط ولا شابها عيب التغيرير بها الذي نتج عنه الغبن اللاحق بذمة من صدرت عنه، بالإضافة إلى أن من صدرت عنه هذه الإرادة لم يعترض أهليته عارض من العوارض

<sup>1</sup> - P. LE TOURNEAU, Quelques aspects des responsabilités professionnelles, Gaz. Pal, 1982, Docte, p. 616.

التي تجعله غير قادر على التصرف كصغر السن و الجنون والعتة و السفه و الغفلة. و القاعدة العامة انه لا يكفي لانعقاد عقد التأمين أن يتحقق توافق الإيجاب و القبول كما عبر عنهما أطراف العقد<sup>1</sup> إلا أن خصوصية هذا العقد و طبيعته المتميزة في بعض نواحيها توشي بتعليق وجود العقد على توقيع وثيقة التأمين أو على دفع القسط الأول كما أنه قد يعلق تنفيذ العقد على إبرامه أو على توقيع بوليصة التأمين أو على دفع القسط الأول.

والمقصود بالتراضي، هو ارتباط الإيجاب الصادر مكن أحد الطرفين مع قبول الصادر من الطرف الآخر على وجه ينتج أثره في المعقود عليه، والمقصود بالإيجاب هو تعبير الطرف الموجب عن رغبته في التعاقد مع الطرف الآخر، الذي عليه أن يفصح عن رأيه في قبول التعاقد أو رفضه، وفي حالة القبول يجب أن يطابق القبول الإيجاب في جميع تفاصيله، وكشرط الصحة التراضي يجب أن تتوفر الأهلية القانونية في طرفي العقد، وأن لا يكون التعبير عن الإيجاب أو القبول مشوبا بعيب من عيوب الإدارة، وهي الإكراه، والغبن، والتغريير، الغلط الجوهرى والإلهام بالإجراءات العملية لإبرام عقد التأمين سنتناول بالبحث شكلية الإيجاب والقبول ومت يعتبر القبول مرتببا بالإيجاب وما هي شروط صحة التراضي<sup>2</sup>.

فالتراضي إذن يعد ركنا أساسيا لأي عقد من العقود وهو أساس إنشائها وترتيب آثارها ولعل هذا الركن نظرا لأهميته فقد أشار إليه المشرع في القواعد العامة للعقود، حيث تنص المادة 59 من القانون المدني بأنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ويتبين من خلال هذا التعريف أن العقد هو اتحاد إرادتين أو أكثر على إحداث آثاره القانونية، وعقد التأمين كغيره من العقود يقوم على عنصر التراضي، وفيما يخص الشروط الخاصة بالتراضي

<sup>1</sup> - المادة 927 من القانون المدني الأردني رقم 43 رقم لسنة 1976 و المادة 89 من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> - بماء بهيج شكري، المرجع السابق، ص. 505.

وكيفية التعبير عن الإرادة سواء باللفظ أو الإشارة المتداولة عرفاً<sup>1</sup>...، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لمختلف العقود.

إن عقد التأمين يعد من العقود الرضائية ينعقد بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب والقبول فهو لا يعتبر من العقود الشكلية، إلا أنه استثناء من العقود التي تقوم بمجرد التراضي فقد اشترط المشرع شكلية معينة خاصة بعقد التأمين، وهذه الشكلية لإثبات العقد لا لانعقاده.

### ب- شكلية الإيجاب والقبول: (مراحل الرضا):

يشترط لإبرام عقد التأمين أن يقترن الإيجاب بالتصريح الكامل والدقيق بجميع الظروف المحيطة بالشئ المطلوب التأمين عليه، لذا فقد استقر العرف والتعامل على أن يعلن طالب التأمين عن إيجابه بشكل تحريري فيضمه في ورقة تحتوي على البيانات الضرورية المتعلقة بالظروف المحيطة بالخطر المعروض على المؤمن وتسمى هذه الورقة استمارة طلب التأمين (proposal form)، ويتم التعبير عن القبول بتوقيع وإصدار وثيقة التأمين (Insurance Policy)، التي تتضمن الشروط التي تحدد نطاق الغطاء، الذي قبل المؤمن منحه للمؤمن له، لقاء قسط التأمين الذي أعلن المؤمن له قبوله به، واستعداده لدفعه، فور إتمام إبرام العقد، لذا فقد أجمعت التشريعات المتعلقة بعقد التأمين على وجوب أن ينص في محرر كتابي والذي هو ليس مجرد بينة تحريرية لإثبات عقد التأمين بل هي الصيغة التي تفرضها القواعد القانونية و الفنية للتعبير عن قبول المؤمن<sup>2</sup>.

### ج- صحة الرضا:

ينبغي لكي يكون الرضا صحيحاً أن يتوافر الأطراف أهلية التعاقد من جهة وأن تكون إرادتهما خالية من عيوب الرضا.

### 1- الأهلية:

<sup>1</sup>- راجع في هذا تفصيلاً المواد 59 إلى 70 ق.م.ج، رقم 31 لسنة 2007 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup>- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 1440.

في الواقع ليس هنالك إشكالات بالنسبة لأهلية المتعاقد البالغ سن الرشد ولا تثور الإشكالية بالنسبة لشركات التأمين لأنها تتمتع بالشخصية القانونية، غير أن الإشكال يثور بالنسبة للشخص غير البالغ سن الرشد، فالأهلية المطلوبة لإبرام عقود التأمين هي إرادة تدخل فيما يسمى بأهلية الإرادة، ومن ثم يجوز حتى للقاصر إبرام عقد التأمين، وينبغي في هذه الحالة أن يكون مأذون بإدارة أمواله، أما القاصر غير مأذون فهو في الواقع غير أهل لإبرام عقد التأمين وإذا تم إبرام العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحته، إلا أنه يجوز لو كيله وبالدرجة الأولى لوليه أو الوصي عنه أن يبرم عقد التأمين لصالحه و لحسابه، وهذا ما يتم في الواقع وفي المجال العملي باعتبار أن عقد التأمين من عقود الإدارة<sup>1</sup>.

## 2- عيوب الإرادة:

تخضع عيوب الإرادة في عقد التأمين الأحكام الواردة في القانون المدني. يشترط لكي يكون الرضا صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية أن يكون إرادة الطرفين خالية من جميع عيوب الرضا (الإكراه، الغلط، التدليس، الاستغلال)، وقل ما تتحقق هذه الحالات في عقود التأمين وخاصة بالنسبة للمؤمن له، إذ أنه يتعاقد مع شركة يصعب في الواقع تصور الإكراه، والتدليس وما شابههما من جانبها.

وقد تقع شركة التأمين في الغلط بحسن نية أو سوء نية، وهذا من خلال البيانات التي يقدمها المؤمن له وقت إبرام عقد التأمين والمتعلقة بالخطر المؤمن منه أو بالكتمان لبعض المخاطر وتكون في هذه الحالة تصريحات المؤمن له غير مطابقة للواقع<sup>2</sup>.

## 3- الشروط الشكلية اللازمة لإبرام عقد التأمين:

نصت المادة السابعة من قانون التأمينات على أنه "يجر عقد التأمين كتابياً وبجروف واضحة، وينبغي أن يحتوي إجبارياً زيادة على توقيع الطرفين المكتتبين على البيانات التالية:

<sup>1</sup>- كان المشرع الجزائري يحظر الوساطة في التأمين إلى غاية صدور قانون 1995، حيث نظم الباب الثالث الوساطة وهي تشمل الوكيل العام للتأمين ومسار التأمين.

<sup>2</sup>- جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010-ص.56.

- اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما.
- الشيء أو الشخص المؤمن عليه.
- طبيعة المخاطر المضمونة.
- تاريخ الاكتتاب.
- تاريخ سريان العقد ومدته.
- مبلغ الضمان.
- مبلغ القسط أو اشتراط التأمين.

ما يلاحظ من خلال قراءتنا لنص هذه المادة أن المشرع لم يوضع ما هي نوعية المحرر الذي تشير إليه المادة هل هو المحرر العرفي أم أنه المحرر الذي يأتي في شكل رسمي، كما أنه لم يحدد الصياغة المقصودة في هذا العقد.

إلا أن الجاري العمل به هو أن عقود التأمين يتم تحريرها في نماذج مطبوعة تضمن كافة الشروط المتعلقة بعقد التأمين (أطراف التأمين، محل التأمين، الأخطار المضمونة في عقد التأمين، تاريخ إبرامه وسريانه ومبلغ التأمين، والأقساط التي يدفعها المؤمن)<sup>1</sup>.

وبالإضافة إلى هذه البيانات فقد نص المشرع الجزائري في المادة 622 ق.م على أنه " كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى بطلان أو السقوط".  
يمكن من خلال الشروط المتعلقة بالبيانات التي تضمنتها وثيقة التأمين استنتاج أن القيمة القانونية للكتابة هي بمثابة وسيلة اشتراطها المشرع لإثبات العقد وليست ضرورية لإبرامه، وهذا ما يؤدي بنا إلى التساؤل هل يمكن إثبات عقد التأمين بوسائل أخرى غير الكتابة؟ فالجواب يكون بالنفي فعقد التأمين يثبت بالكتابة، وهذه الكتابة تكون بجميع الوسائل الأخرى غير العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - حميدة جميلة، المرجع السابق، ص.53.

<sup>2</sup> - المادة 08 من قانون التأمينات الجزائري.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 2008 الذي أقر المبدأ القانوني الذي يقضي أنه يمكن إثبات التزامات طرفي عقد التأمين إما بوثيقة التأمين و إما بمذكرة تغطية التأمين أو بمسند مكتوب وقعته المؤمن<sup>1</sup>.

#### أ- المقتضيات الشكلية للتراضي في عقد التأمين (إبرام عقد التأمين من الناحية العملية):

يبرم عقد التأمين من الناحية العملية لإبرامه بعدة محطات ويرتبط ببعض الإجراءات، فيبدأ بطلب التأمين من المؤمن له، والذي يقابله تسليمه مذكرة التغطية التأمينية المؤقتة لينتهي بتحرير وثيقة التأمين وطلب التأمين.

- **طلب التأمين:** إن أول اتصال يجريه طالب التأمين يكون مع الوسيط الذي يسعى جاهدا لحثه على إبرام عقد التأمين، وهذا بعد تبيان مزاياه ومدى ملاءمته لتغطية الخطر المراد التأمين عليه، فإذا استقر أي المؤمن له على هذا العرض سلمه نموذجا مطبوعا معدا مسبقا من قبل المؤمن، يتضمن مجموعة من الأسئلة ترتبط بعناصر العقد و أخصها الخطر المراد التأمين منه، ومبلغ التأمين ومقدار الأقساط المتعين دفعها، ثم توقيع الطلب بعد ذلك ليسلم للوسيط ليرسله إلى المؤمن.

هذا ولا يمكن اعتبار هذا العرض و لا توقيعه أو تسلمه من لدن المؤمن إيجابا ولا قبولا، فهو لا يلزم بالمرّة الطرفين، وهذا ما تؤكدته المادة 08 من القانون 04/06 بقولها "لا يرتبط على طلب التأمين التزام المؤمن له والمؤمن إلا بعد قبوله". وهذا ما دفع بالفقه إلى تكيفه على أنه وعد بالتعاقد، أو عرض تمهيدي يمكن للمؤمن له العدول عنه في أي وقت، وللمؤمن حرية إجابته أو رفضه، إذ غاية الأمر أن ذلك الطلب يقصد منه من جهة طالب التأمين معرفة شروط التعاقد وأخصها القسط المطلوب دفعه، ومن زاوية المؤمن يستطيع دراسة قابلية السيطرة التقنية على الخطر المراد التأمين عليه، وهل يتوافر على جدوى اقتصادية أم لا؟<sup>2</sup>.

#### - مذكرة التغطية المؤقتة (Note de couverture provisoire)

<sup>1</sup> - قضية الشركة الجزائرية لتأمينات النقل ضد ذوي الحقوق ح.ع، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 سنة 2008، الصفحة من 197 إلى 201.

<sup>2</sup> - شهيدة قادة، محاضرات في قانون التأمين متضمنة لمختلف النصوص التنظيمية في القانون الجزائري موجهة لطلبة ل.م.د، الموسم الجامعي 2010-

2011، غير منشورة، ص.22.

قد تطول فترة قبول التأمين ، كما أن إجراءات تحرير وثيقة التأمين قد تأخذ وقتا ليس بالقصير، ومعها يخشى المؤمن له وقوعه تحت طائلة الخطر المراد التأمين عليه، ولذا يجري العمل على الاتفاق بين طالب التأمين مع المؤمن على تغطية وقتية للخطر خلال تلك الفترة في شكل مذكرة وقتية للتأمين .

ورغم التأقيت التي تحمله هذه الوثيقة، فإنه يتعين أن تتضمن العناصر الرئيسية للتأمين وأحصها التأمين، ومبلغ التأمين، والقسط ومدة التأمين كما يلزم توقيعها من الطرفين.

هذا وإن كانت مذكرة التغطية المؤقتة تمثل تسجيلا لاتفاق الطرفين لكن الأثر المترتب عنها يختلف وبحسب الظروف، فهي أحيانا ينظر إليها بحسبانه دليلا مؤقتا على اتفاق نهائي سيتم لاحقا<sup>1</sup>، وهنا يهمننا التأكيد على أنه في حالة إتمام العقد فإنه يكون نافذا وساريا من تاريخ تسليم المذكرة المؤقتة، وفي حالات أخرى تمثل المذكرة تعبيراً عن اتفاق مرحلي حينما يكون المؤمن في حاجة إلى بعض الوقت لدراسة ما يتضمنه إيجاب المؤمن له من عرض، ويبدو أن العرف الذي ترسخ في ممارسات شركات التأمين في هذه الحالة يقضي "بأن الطرفين لم يقصدا بها إلا أن يكون اتفاقهما مؤقتا مع احتفاظ كل منهما بحقه في العدول عن التعاقد النهائي ما دامت الوثيقة لم تسلّم للمؤمن له".

أما إذا المؤمن رفض إيجاب المؤمن له، فإن ذلك لا يؤثر في مذكرة التغطية المؤقتة والتي تعد في هذه الحالة عقدا مؤقتا يرتب التزاما على المؤمن بتغطية الخطر خلال مدة معينة في مقابل التزام المؤمن له بدفع قسط التأمين عن هذه المدة.

وبالمقابل فإن قبول المؤمن بالإيجاب المقدم من المؤمن له يجعل التأمين يستمر في السريان، وتحل وثيقة التأمين محل مذكرة التغطية المؤقتة، فالحصله أنه طالما سلمت مذكرة التغطية المؤقتة للمؤمن له فإن الضمان الذي ترتبه يبقى ساريا المدة المحددة له، ولا تؤثر فيه بالمرّة الظروف التي تكتنفها، وهذا

<sup>1</sup> - حميدة جميلة، المرجع السابق، ص. 59؛ جديدي معراج، المرجع السابق، ص. 64 وما يليها .

ما يبرر خصوصية هذه المذكرة ومعها عقد التأمين من حيث الانعقاد<sup>1</sup>.

يتأسس عقد التأمين بين المؤمن و المؤمن له بعد سلسلة من اللقاءات بين مندوبي الطرفين أو بينهما مباشرة، و بعد مفاوضات يعرض من خلالها كل منهما تطلعاته و أسبابه على نحو قد تلتقي فيه إدارة الطرفين و يوقعها وثيقة التأمين باعتبارها العقد الذي يتضمن الآثار التي اتجهت الإرادتان إلى تحقيقها.

و عقد التأمين يخضع لجهة انعقاده للقواعد العامة كما ورد في القانون المدني و هي الرضا و السبب و المحل، و الرضا كركن فيه يظهر بصورة مختلفة عن صورة الرضا في العقود العامة، باعتبار الرضا تم على مراحل متعددة، و من جهة ثانية فإن ركني المحل و السبب يخضعان لشروط مستمدة من طبيعة العقد<sup>2</sup>.

### ب- وثيقة التأمين "La police d'assurance"

وثيقة التأمين هي المستند الذي يتضمن عقد التأمين ويدل على إبرامه بصفة نهائية<sup>3</sup>، ولكنه كثيرا ما يقع اللبس بين عقد التأمين وبوليصة التأمين (الوثيقة) وشهادة التأمين، وإذا كان عقد التأمين هو

<sup>1</sup> - شهادة قادة، المرجع السابق، ص. 22، 23.

<sup>2</sup> - محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص. 153.

<sup>3</sup> - تعرف المادة (2) من قانون تنظيم أعمال التأمين الأردني وثيقة التأمين كالاتي: "وثيقة (بوليصة) التأمين المبرمة بين المؤمن والمؤمن له المتضمنة شروط العقد بين الطرفين وتعهدهما والتزامهما وحقوقهما أو حقوق المستفيد من التأمين وأي ملحق بهذه الوثيقة. ووثيقة التأمين هي الوثيقة النهائية التي ينتهي إليها الطرفان وهي تختلف في نموذجها باختلاف الوضع السيء موضوع التأمين والغرض من العملية التأمينية وما تقوم بحمايته من أخطار فهناك :

1- وثيقة التأمين الفردية؛ وهي تلك الوثيقة التي تصدر لصالح شخص محدد وتغطي خطر يهدد شخص محدد أو شيء موضوع التأمين، مثال ذلك وثيقة التأمين على الحياة التي يتعاقد فيها الزوج لمصلحة زوجته إذا حدثت الوفاة في حدود سن معينة، وكذلك وثيقة التأمين ضد الحريق أو السرقة أو خطر حوادث السيارات.

2- وثائق التأمين المركبة؛ هي وثيقة تأمين تغطي عدد معين من الأخطار، بدلا من خطر واحد، مثال ذلك: وثيقة التأمين الشامل على السيارات والتي لا تكفي بالتأمين ضد خطر واحد وإنما تغطي عدة أخطار تتعرض لها السيارة (خطر السرقة) [وفي ذلك قرار صادر من مجلس قضاء المدينة بتاريخ 2006/12/09 القاضي بمايلي "تطبيقا للمادة 106 من القانون المدني فإن العقد الذي يربط الطرفين يشمل جميع المخاطر..."] من مجلة المحكمة العليا، عدد 01 الصادرة لسنة 2007.

خطر الحريق، خطر التضادم، المسؤولية المدنية لصاحب السيارة، أي ما يمكن أن تسببه السيارة من ضرر، وهو حسب ما ذهب إليه الدكتور مختار محمود الهاشمي، والدكتور ابراهيم عبد النبي حمودة، تعد بمثابة وثيقة تأمين اقتصادية أكثر من وثائق التأمين الفردية، ما دام أنه يتم تحرير وثيقة تأمين واحدة لكافة الأخطار التي تهدد المؤمن له، بالإضافة إلى ذلك فهي تساعد على إقدام العديد من الأشخاص على تغطية مجموعة من المخاطر ضمن



اتفاق بين المؤمن والمكتتب من أجل تغطية خطر ما، فإن بوليصة التأمين تعبر في الواقع عن التجسيد العلمي لذلك العقد من حيث تبيان شروطه، أو كما يعبر عنه بعض الفقه " بأنه المحرر المثبت لوجود عقد التأمين، يتميز بالتفصيل والتحديد لمختلف عناصر العقد"، وغالبا ما اعتبرت هذه الوثيقة شريعة المؤمن والمؤمن له، تكملها قواعد القانون المدني، والأعراف وقواعد العدالة.

هذا وإن الإحاطة بجوانب هذه البوليصة يقتضي معرفة شكلها (أ)، وكيفية تداولها (ب)، وأخيرا البيانات المتصلة فيها (ج).

### - شكل الوثيقة:

بالرجوع إلى المادة 07 من القانون 04/06 نجد أنها تؤكد على ضرورة الكتابة، كما أكدت المادة 2/622 من القانون المدني الجزائري على فكرة كتابة الشروط المطبوعة بحروف بارزة، وظاهر الأمر أن المشرع الجزائري شكلا خاصا تفرع فيه، إذ يسوي الأمر كونها مطبوعة أو على الإعلام الآلي أو محررة بخط اليد.

هذا وتكمن أهمية شرط الكتابة في الوثيقة، فهي علاوة على حماية رضا المؤمن له حتى يتعاقد على بينة من أمره، فإنها تساهم في تنويره وتبصيره حول العناصر الرئيسية للتعاقد، الذي يتوسم فيه الشفافية و الثقة المتبادلة دونما نسيان تعزيز مقدرة الإختيار و المقارنة لديه ما يقدم له من عروض تأمينية<sup>1</sup>.

ولقد اشترطت المادة (7) من القانون 04/06 أن " تكون الكتابة واضحة أو جد بارزة، والمعنى هنا أن تكون واضحة كل الوضوح، بالشكل الذي يجعل المشاركات المتضمنة في الوثيقة ظاهرة للعيان ومكتوبة بحروف أكبر حجما وأكثر ظهورا وأشد تباعدا أو بمداد مختلف اللون".

وثيقة تأمين واحدة، كما أنها اقتصادية بالنظر إلى دفع أقساط التأمين لأنه غالبا ما يحدد قسط التأمين بأقل من مجموع الأقساط التي تغطيها وثائق التأمين الفردية.

3- وثائق التأمين الجماعية: وهي وثيقة تأمين تشمل مجموعة من الأفراد متجانسة تجمعها ظروف متشابهة (مثال ذلك وثيقة تأمين خاصة بتغطية حوادث يمكن أن يتعرض لها مجموعة من المدرسين أثناء تأدية هذا النشاط)، للمزيد من المعلومات، حميدة جميلة، المرجع السابق، ص. 56-57.

<sup>1</sup> - شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، 2007، ص. 351، 352.

وفي الجملة أن يكون متمائزا عن الشروط المكتوبة الأخرى، حتى يتسنى له معرفة هذه الشروط الأساسية من الوهلة الأولى، ودون ذلك فإن الشرط والذي يكون في غير مصلحة المؤمن له (إسقاط حقه في التعويض، وشرط التحكيم، وكل شرط تعسفي آخر) تعد وبمقتضى نص المادة 622 من القانون المدني الجزائري باطلة ولا يحتج بها على المؤمن له.

هذا، وقد جرى العرف على تحرير وثيقة التأمين من عدة نسخ بعدد أصحاب المصلحة فيها، وليس هنالك في قانون التأمين الجزائري تحديدا للغة التي تحرر بها بوليصة التأمين لكن من الناحية العملية نلاحظ أن أغلبها تصاغ باللغة الفرنسية، مع بعض المختصرات باللغة العربية، الأمر الذي قد يشمل تحديا وعائقا كبيرا حيال مستهلكي خدمة التأمين في الجزائر<sup>1</sup>.

إلا أن عدم التقيد بالضوابط والأسس المشار إليها آنفا لا يعني بالضرورة بطلان وثيقة التأمين إذا ما أصدرتها شركة التأمين، وكل ما هنالك هو أن هذه الشركة تكون معرضة لإيقاع العقوبات المنصوص عليها قانونا جراء ارتكابها تلك المخالفة<sup>2</sup>.

### -تداول وثيقة التأمين:

يغلب على وثيقة التأمين في الطابع الاسمي، إذ يحدد المستفيد بشكل واضح، وهذا ما لا يمنعها من القابلية للتنقل من شخص لآخر، وعلى هدى الأحكام العامة المنصوص عليها بخصوص حوالة الحق (الفصل الأول من الباب الرابع من القانون المدني الجزائري) كما أنه ليس هنالك ما يمنع من أن تكون إذنية أو لأمر يتصرف فيها بالتظهير، أو تكون لحاملها فيتم تداولها بواسطة التسليم الفعلي أو المناولة، مع بعض القيود بخصوص التأمين على الحياة، إذ هناك عدة تفسيرات بخصوص هذه

<sup>1</sup> - إن المؤمن له يعتبر مضمونا منذ توقيع العقد وإلى غاية انتهائه، إما بإلغائه أو بتعديله، وإذا كانت فترة الضمان ترتبط في الغالب بفترة سريان عقد التأمين، وقد يحدث أحيانا أن لا تتوافق معها، وهنا تثار مشكلة في غاية الأهمية، طالما أنها تحدد حق المؤمن له في الضمان ضد الحادثة من عدمه، وخاصة إذا علمنا بأن تقنيات تحديد الضمان من حيث الزمان في بوليصات التأمين "R.C.produit" متنوعة، بل معقدة وللمزيد من المعلومات:

-Voir , Jean BiGot,L'assurance de la responsabilité du Fabricant,Calloque, « La responsabilité du fabricant... » paris,1975.p.160

<sup>2</sup> -لقد كفل المشرع الأردني احترام وتطبيق أحكام المتعلقة بإصدار نماذج وثائق التأمين عند ما فرض عقوبة جنائية في حال المخالفة، حيث نصت المادة(89) من القانون تنظيم التأمين على الآتي:"تعرض عليه عزيمة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على عشرين ألف دينار وتضاعف الغرامة في حالة تكرار المخالفة، فإذا تكررت هذه المخالفة لأكثر من مرتين الغرامة قياسا على حدها الأعلى.

المسألة كتأمين الأب على حياته لفائدة أبنائه أو في حالة وفاة المؤمن له تدفع المبالغ التأمينية للمستفيدين، وكما في حالة إدخال طرف جديد في علاقة تعاقدية بين المؤمن والمؤمن له، و كأن المستفيد و المؤمن له لهما نفس المركز، و بما أننا على سبيل المقارنة بين مختلف القوانين، نشير على سبيل المثال بأن المشرع الأردني وضع خطة في أمر صياغة وثائق التأمين و إصدارها، إذ يمكن ملاحظة طريقتين: أولاً: وضع ضوابط عامة لصياغة و إصدار الوثائق.

ثانياً: إلزام شركات التأمين بصياغة محددة للوثيقة كما في وثائق التأمين الإلزامي على المركبات، و ذلك نظراً للأهمية التي تتمتع بها تلك الوثائق و سعة انتشارها و ذلك بموجب المادة السادسة من نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات<sup>1</sup>.

#### - بيانات الوثيقة:

يجري فقه التأمين في هذا الصدد تفرقة مهمة بين نوعين من البيانات: جوهرية، و أخرى تعرف بالخاصة المرتبطة بكل حالة على حده adho و لقد نصت المادة 07 من القانون 04/06 على بعض البيانات عدتها أساسية و إجبارية و منها تاريخ توقيع الطرفين، اسم و موطن الأطراف المتعاقدة، الأشياء المتعاقدة، الأشياء المؤمن عليها، و الأشخاص المؤمن عليهم، طبيعة الأخطار المضمونة، تاريخ بداية الضمان و مدته، مبلغ القسط و الضمان<sup>2</sup>.

ونجد كذلك نص المادة السابعة من قانون التأمينات وهي الأكثر استعمالاً في الواقع بين شركات التأمين والمؤمن لهم، والتي نصت على المعلومات الآتية:

أولاً: تحديد أطراف العقد والبيانات الخاصة بهوية كل طرف والمقر الرئيسي لتأدية نشاط شركات التأمين.

<sup>1</sup>-راجع قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن نموذج وثيقة التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم (3) لسنة 2011، قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن آلية إصدار وثائق التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم (3) لسنة 2004.

<sup>2</sup>- شهيدة قادة، محاضرات في قانون التأمين الجزائري متضمنة لمختلف النصوص التنظيمية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 24.

ثانيا: الأخطار المؤمن عليها، حيث يتم تحديد طبيعتها بدقة ونوع كل خطر على حدا، وذكر الشيء أو الشخص المؤمن عليه<sup>1</sup>.

ثالثا: تحديد القسط وتبيان مقداره وكيفيات تسديده (حسب اتفاق الأطراف) وذكر الجهة المكلفة بتحصيل القسط على مستوى شركة التأمين (الشركة أو مندوب مكلف بذلك أو وكلاء مؤهلين لعملية تحصيل الأقساط).

رابعا: تحديد مبلغ الضمان: وهو المبلغ التعويضي الذي يلتزم المؤمن بدفعه للمؤمن له، عند تحقق الخطر أو الكارثة وفي الحقيقة أن هذا المبلغ لا يمكن تحديده بدقة لأنه مرهون بجسامة الكارثة ومدى تفاقمها، لذلك في الغالب يتم ذكر الحد الأقصى للمبلغ الذي تلتزم به شركة التأمين.

خامسا: ذكر تاريخ سريان العقد: إن تاريخ سريان العقد يبدأ من يوم تحريره أو من يوم توقيعه على الوثيقة، وفي كل الأحوال يجب تحديد سريان هذا التاريخ باليوم والشهر والسنة والساعة، ولا يكون المؤمن مسؤولا إلا من هذا التاريخ عن تعويض الأضرار، وتاريخ سريان عقود التأمين تختلف من عقد تأمين إلى آخر، إذ نجد بعض العقود تحدد مدتها بسنة (كوثيقة تأمين السيارات) ويتم تحديدها بصفة تلقائية، وفي هذه الحالة يلتزم المؤمن (شركة التأمين) بتذكير المؤمن له بتاريخ استحقاق القسط<sup>2</sup>.

وهي تختلف من عقد إلى آخر، فهناك عقود تأمين طويلة المدى، قد تصل إلى خمس سنوات أو حتى عشر سنوات، وهذا الاختلاف راجع إلى طبيعة العقود وعمليات التأمين.

بينما فيما يتعلق بعقود التأمين ذات الأجل الثابت فلا تسري آثار التأمين إلا على الساعة الصفر من اليوم الموالي لدفع القسط ما لم يكن هناك اتفاق مخالف<sup>3</sup>.

إن طرفي العقد ملزمان أيضا بتحديد تاريخ انتهاء مفعول وثيقة التأمين لما لها من علاقة بانتهاء الإلتزامات التي يربتها العقد على عاتق الطرفين.

<sup>1</sup> -حميدة جميلة، الوجيز في عقد التأمين، المرجع السابق، ص. 57.

<sup>2</sup> - المادة 16 من قانون التأمين الجزائري.

<sup>3</sup> - المادة 17 من قانون التأمين الجزائري.

إن هذه البيانات على كل من عقود التأمين البرية والجوية هذا ما أشارت إليه المادة 152 من قانون التأمين فيما يتعلق بسريان الأحكام الخاصة بالتأمين البري على التأمين الجوي باستثناء أحكام المادتين 37 و39 من القانون والمادة 37 منه تتعلق بالتخلي عن الأشياء المؤمن عليها حيث لا يسمح بالتخلي عنها إلا باتفاق الطرفين، وفي هذه الحالة يحسب التعويض الواجب دفعه إلى المؤمن له بعد خصم قيمة الأشياء التي يمكن استردادها، بينما المادة 39 فهي تنص على أن المؤمن لا يتحمل الخسائر والأضرار التي تسببها الحرب الأجنبية إلا باتفاق مخالف، ويقع عبء إثبات ذلك على المؤمن بينما يتعلق بالتأمين البحري، فقد تضمنت المادة 98 من قانون التأمينات الشروط الواجب إدراجها في وثيقة التأمين وهي تشمل ما يلي فضلا عن البيانات التي يشترك فيها جميع أنواع التأمينات مكان الأخطار، الأخطار المؤمنة، والأخطار المستبعدة، الشرط الإذني أو لحامله إن اتفق عليه، فماعداد هذه الشروط، والشروط الواردة في المادة هي نفسها المذكورة في المادة السابعة منه. ولا شك يظهر الرغبة الواضحة من لدن المشرع الجزائري في حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين من تعسف المهني وتسلبه، فقد لا تأتي الوثيقة مطابقة لما تم الإتفاق حوله من عناصر، فله طلب تصحيحها بما ينسجم مع الحفاظ على ما توسمه في عقد التأمين، فعليه إثبات المخالفة الكتابية، و دون ذلك فإنها تكون سارية في حقه كما دونت أو حررت لإتمام الاتفاق عليها.

#### -ملحق الوثيقة (البوليصة):

يقصد بملحق وثيقة التأمين: اتفاق طرفا عقد التأمين على إدخال تغيير يتعلق ببعض ما تتضمنه وثيقة التأمين بالإضافة أو الحذف أو التعديل.

أما السبب الذي يتم من أجله القيام بإصدار ملحق لوثيقة التأمين فيتمثل في أنه قد تطرأ أثناء سريان عقد التأمين أموراً جديدة لم تكن في الحسبان، فيحتاج الأمر إلى إدخال بعض التعديلات على وثيقة التأمين بناء على اتفاق خاص بين المؤمن و الشركة، لأن يتم زيادة مبلغ التأمين، أو رفع الحد الأقصى لقيمة القسط، أو تخفيض حجم المخاطر، أو تقليص مدة العقد، ففي مثل هذه الحالات يتم إفراغ التعديلات المراد إدراجها من خلال ملحق الوثيقة، و الذي لا يشترط فيه شكلاً

معينا، لذلك فقد يصدر في صورة وثيقة إضافية مستقلة، أو بالتأشير على هامش الوثيقة الأصلية و التوقيع و التوقيع عليها<sup>1</sup>، و ينظر غالبية فقه التأمين للشروط الواردة في الملحق على أنها مفسرة و مكملة للشروط الواردة في العقد الأصلي، فإذا حدث تعارض بين شروط الملحق و شروط الوثيقة الأصلية، عدت شروط الملحق ناسخة لشروط الوثيقة الأصلية و معدلة لها.

هذا و تسري آثار الملحق في مواجهة الضرر الذي نشأ حقه من وثيقة التأمين، كالمضروب في التأمين من المسؤولية، أما إذا كان التعديل غش، أو تواطأ بين المؤمن و المؤمن له فإنه لا يصبح بآثار هذا الملحق في مواجهة الغير<sup>2</sup>.

### 3 - خصائص عقد التأمين:

يتميز عقد التأمين بتنظيم قانون التأمين لبعض أحكامه، في حين تتأثر بعض قواعد القانون المدني بتأثير الباقي من تلك الأحكام.

ومن حيث المبدأ فإن عقد التأمين هو اتفاق بين شخصين أو أكثر يلتزم بموجبه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد مبلغا من المال أو عوض مالي أو إيراد عند تحقق الحادث مقابل أقساط يؤديها المؤمن له للمؤمن.

إن المتمتع في التعريف السابق لا شك يجعلنا نستنبط أحكاما عامة يشترك فيها عقد التأمين مع سائر العقود، وأحكاما أخرى خاصة بهذا العقد.

### 1- خصائص عقد التأمين العامة :

أ- عقد رضائي: يعد عقد التأمين عقدا إرضائيا، إذ يكفي لانعقاده مجرد توافق إرادتي المتعاقدين بالإيجاب والقبول، ولا ينبغي إلى جانب ذلك اتخاذ أي إجراء آخر.

غير أن الرضائية في هذا العقد لا تتصل بقواعد النظام العام فما هو الأمر بالنسبة للتأمين الإجباري وما محله من الرضا؟.

<sup>1</sup> -توفيق حسن فرج، أحكام التأمين، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 418.

<sup>2</sup> - هيثم حامد المصاورة، المنتقى في شرح عقد التأمين، الطبعة الأولى، دار اثراء للنشر و التوزيع، الأردن، عمان، 2010، ص 152.

للإجابة عن هذا التساؤل نقول بأن التأمين الإجباري مفروض وموجود كالتأمين على السيارات، التأمين على القروض، فهذا الأخير ماهو إلاّ مظهر من مظاهر حماية مستهلك خدمة التأمين من المسؤولية التقصيرية التي قد تقع على عاتقه. لذلك فانه يجوز لطرفي العقد الاتفاق على جعله عقدا شكليا، بحيث لا ينعقد إلا بالكتابة كان يشترط لإتمامه التوقيع على وثيقة التأمين كما يجوز الاتفاق على جعله عهدا عينيا لا ينعقد إلا بتسديد المؤمن له القسط الأول مثلا، فلا مانع يجوز دون الاتفاق على مثل هذه الشروط للانعقاد، على أن يكون هذا الاتفاق واضحا وصریحا.<sup>1</sup> مع ذلك نعتقد أنه كان من الأولى بالمشرع النص على جعل عقد التأمين عقدا شكليا لا ينعقد إلا بتحرير وثيقة التأمين، ليس فقط من أجل تنبيه الطرفين إلى خطورة و أهمية العقد وما ينجم عنه من التزامات، بل و بغرض الوقوف على وقت انعقاد العقد و تفاصيل الشروط التي تتم الاتفاق عليها، و ذلك قطعاً لأوجه التزاع التي قد تثار بين الطرفين.

**ب) عقد ملزم للجانبين :** يعد عقد التأمين من العقود الملزمة للجانبين<sup>2</sup> (العقود التبادلية)، ذلك أن المؤمن لم يلتزم بدفع الأقساط مقابل إلقاء المخاطر على جانب المؤمن الذي يلتزم بتغطية المخاطر المتفق عليها عن طريق دفع مبلغ التأمين عندما تتحقق الكارثة، وعقد التأمين على النحو الذي تبينه المادة 619 من القانون المدني الجزائري يلتزم فيه كل من المتعاقدين قبل الآخر على سبيل التبادل، وهذا يعني أن سبب التزام المؤمن له هو في ذاته دافع لالتزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين وحتى وإن لم يتحقق الضرر، فإن هذا لا يعتبر مبرراً لتنصل المؤمن له من دفع الأقساط لأن تنفيذ المؤمن لالتزامه هو معلق على شرط واقف (حدوث الخطر) في حين أن التزام المؤمن هويات.

يضاف إلى ذلك أن بعض أنواع التأمين يكون التزام كلا الطرفين فيها مدققا كما هي الحال في عقود التأمين على الحياة لحال الوفاة، حيث يلتزم المؤمن له بدفع أقساط معينة، في مقابل حصول

<sup>1</sup> -هيثم حامد المصاروة ، المرجع السابق،ص81..

<sup>2</sup> - عرفته المادة 55 من القانون المدني الجزائري بنصها " يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما البعض".

المستفيد من بعده على مبلغ التأمين عند الوفاة التي ستتحقق عاجلاً أم آجلاً، فيكون كلا الالتزامين مؤكداً الأمر الذي يؤكد بدوره أن عقد التأمين عقد ملزم للجانبين.

و يرى بعض من الفقه أنه إلزام من نوع خاصّ فالتزام المؤمن له نهائي و بات، لكن شركة التأمين لا تتدخل إلا إذا وقع الضرر، لكن وقع جدال فقهي حول تدخل شركة التأمين أنه معلق على شرط وقوع الضرر وهذا خطأ لأن مجرد إعطاء شركة التأمين الشعور بالأمان يجعل العقد ملزم للجانبين، وهذا أيضاً مظهر من مظاهر حماية الطرف الضعيف.<sup>2</sup>

**ج- عقد معاوضة:** ويقصد بعقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يحصل فيه كلا من المتعاقدين على مقابل ما يقدمه، ويوصف عقد التأمين بهذه الصفة على اعتبار أن كلا من المؤمن والمؤمن له يأخذ مقابلاً لما يعطي، فالمؤمن يعطي مبلغ التأمين ويأخذ من المؤمن له (أقساط التأمين)، وفي المقابل يلتزم المؤمن له بأداء الأقساط ليتحصل على مبلغ التأمين عند وقوع الكارثة، بل إن هذا العقد يبقى من عقود المعاوضة حق وإن لم يتحقق الخطر، إذ يكفي أنه في مقابل تلبية حق المؤمن له في الأمان له أو لغيره من تهمه مصلحته.<sup>3</sup>

ومع ذلك فقد شكك البعض في مثل هذه الصفة، لأن المؤمن له لا يحصل على مقابل ما يدفع من أقساط إلا إذا تحقق الخطر، بمعنى أن المؤمن له يكون قد أعطى دون أن يأخذ إن لم يتحقق الخطر، أما إن تحقق الخطر في المراحل الأولى من مدة العقد، فيكون قد أخذ دون أن يعطي كما في التأمين

<sup>1</sup> - فالمؤمن يلتزم حسب ما نصت عليه المادة 920 من القانون المدني الأردني<sup>1</sup> أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد، أما المؤمن له فيلتزم حسب نص المادة المذكورة بأداء مقابل يتمثل في مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها المؤمن للمؤمن له. و للمزيد من التفاصيل انظر : حيشم حامد المصاروة، المرجع السابق ص82.

<sup>2</sup> - شرح أ. بن مرزوق عبد القادر، المرجع السابق، ص.50.

<sup>3</sup> - قادة شهيدة، محاضرات في قانون التأمين متضمنة لمختلف النصوص الشرعية في القانون الجزائري موجهة لطلبة السنة الثالثة ل.م.د الموسم الجامعي 2010-2011، المرجع السابق، غير منشورة، ص.16-17



لحال الوفاة، فيتبادل إلى الذهن التساؤل حول صفة المعاوضة، فهل يظل العقد في مثال الأحوال السابقة عقد معاوضة أم أنه ينقلب إلى عقد تبرع؟<sup>1</sup>

**د- عقد زمني :** عقد التأمين من العقود المستمرة successive التي يلعب الزمن فيها عنصراً جوهرياً في تكوينه ونفاذه، فأداء الطرفين يتحدد مضمونها طبقاً للمدة المحددة في العقد ويستمر تنفيذها طوال هذه المدة، فالمؤمن يلتزم بتغطية الخطر خلال مدة العقد، ومن جانبه المؤمن له يلتزم بدفع أقساط التأمين على فترات دورية منتظمة مقابلة للفترات التي يلتزم فيها المؤمن بالضمان.

ولعل القول بالطبع المستمر لعقد التأمين ليس اعتباطياً وإنما يساهم بقدر وافي في إجراء المقاصة بين المخاطر ويمكن المؤمن له من الحصول على الأمان المستمر من ناحية أخرى.

وحماية للطرف الضعيف فرض المترع على شركة التأمين قبول التقسيط في العقد وهنا يطرح التساؤل: هل التقسيط يجزئ العقد أم يقيه كاملاً؟

فهناك من الفقه من يرى أنه يجزئه لأن شركة التأمين تأخذ في كل مرة رسوم طبع العقد وهذا حماية للمؤمن له، فهنا تظهر مشكلة أخرى وهي قابلية القسط للتجزئة من عدمه؟.

فالجزائر تأخذ بعدم قابلية القسط للتجزئة (la divisibilité de la prime)، يعني أنه عند إمضاء العقد يبقى العقد محتفظاً بذاتيته خلال مدته ويلقب بإسم ولقب صاحبه ولا يختلط أبداً مع الآخرين. فمثلاً لو تم إبرام عقد تأمين على سيارة لمدة سنة ثم قمت ببيعها بعد شهرين فهنا شركة

<sup>1</sup> - قد يثار التساؤل بصدد الشركات التأمين التي تؤمن على حياة موظفيها، فهل تعتبر هذه الشركات متبرعة إلى موظفيها، أي هل يعتبر العقد هنا عقد تبرع يحصل بمقتضاه الموظف على منفعة ما دون أن يؤدي مقابلها؟

- فالإجابة تكون بالنفي، فأجر العامل في القانون المدني و قانون العمل لا يقتصر على المبالغ النقدية التي يتم دفعها له، بل انه يمتد ليشمل جميع المزايا التي يتمتع بها العامل، وبالتالي فإن عدم منحها نقداً إلى الموظف يعني انه قد تم توجيهها أو تأديتها لحسابه لكن في صورة قسط يدفع في مقابل مبلغ التأمين الذي سيتم الحصول عليه إذا ما تحقق الخطر لديه، لذلك كان هذا العقد التبعية أيضاً عقد معاوضة لا تبرع وبالرغم من ذلك فقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى عدم اعتبار قسط التأمين جزءاً من أجر العامل، حيث جاء في قرار لها: "إن مساهمة رب العمل لحساب العامل في صندوق الادخار والضمان الاجتماعي والتأمين على الحياة والتأمين الصحي ليست مقررة بنص القانون أو عقد العمل أو النظام الداخلي أو إن التعامل استقر على دفعها من القانون المدني الأردني والتي تقابلها المادة 683 من القانون المدني المصري. (تميز الحقوق رقم 2001/1137) هيئة عامة .

التأمين تخيرك بين أمرين، الأول إما إعطاء ما تبقى من العقد للمشتري أو المحافظة لما تبقى لك من العقد لحين شراءك لسيارة أخرى وهذا فيه مظهر من مظاهر الحماية للمستهلك<sup>1</sup>.  
بالإضافة أنه في حالة الفسخ فإنه يسري بالنسبة للمستقبل و لا يكون له أثر رجعي و أيضا عند استحالة تنفيذه فإنه كل من طرفيه يتحلل من التزاماته اللاحقة لهذه الاستحالة.<sup>2</sup>  
و-الصفة المدنية او التجارية لعقد التأمين: تختلف طبيعة عقد التأمين (مدنية أو تجارية أو مختلطة) بحسب صفة أطرافه :

فمن جهة المؤمن: ووفق ما تقتضيه المادة 215 من القانون 04/06 فإن ممارسة نشاط التأمين يكون من خلال شركة مساهمة أو شركة تعاضديه للتأمين وبالنسبة للنوع الأول فظاهر الأمر أن العقد تجاري لاستهدافها الربح، أما التعاضيات فلا تستهدف الربح، فهي شركة مدنية.<sup>3</sup>  
-ومن جهة المؤمن له: يكون التأمين عملا مدنيا، انطلاقا من كونه يسعى إلا التغطية خط محدد، ولكن هذا لا يمنع من اعتبار العمل تجاري إذا أجراه تاجر ولمصلحة نشاطه التجاري حتى وان كان التأمين لدى تعاضديات التأمين، وليس هنا ما يمنع من اعتبار (عقد التأمين مختلطا إذا كان أحد أطراف العلاقة التعاقدية تاجرا و الآخر مدنيا .

أما ثمرة التفريق بين الصفة المدنية و التجارية لعقد التأمين فتبرز في طرق الإثبات المتعلقة بالتراعات التي تثار بصدد هذا العقد، إذ يجوز لكل من الطرفين استعمال وسائل الإثبات المختلفة إذا كان التراع تجاريا<sup>4</sup>، أما إذا كان كلاهما غير تاجر فإن الإثبات يكون بالكتابة إذا ما تجاوز المبلغ قيمة 100 الف دينار جزائري<sup>5</sup>.

وفي فرض آخر قد يكون احد الطرفين غير تاجر، ففي هذه الحالة يكون لهذا الطرف استعمال طرق الإثبات المختلفة في مواجهة التاجر.

<sup>1</sup> - بن مرزوق عبد القادر، المرجع الساب، ص.52.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، مبادئ عقد التأمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر الاسكندرية "مصر، دون سنة نشر، ص.97.98

<sup>3</sup> - Yvonne Lambert-faire، Droit des assurances، 10 édition Dalloz ,Delta ,1998,P.150.

<sup>4</sup> - المادة 30 من القانون التجاري الجزائري.

<sup>5</sup> - المادة (28) من قانون البيان رقم 30 لسنة 1952، وكذا المادة 333 من القانون المدني الجزائري.

والأصل أن يظهر أثر التمييز بين الصفة المدنية و التجارية للعقد الاختصاص المكاني المحكمة التي يرفع أمامها النزاع ، إذ تكون المحكمة التي تقع في دائرتها مواطن المدعى عليه هي المحكمة المختصة ، ما لم يكن تاجرا ، إذ يكون الاختصاص لمحكمة المدعى عليه أو للمحكمة التي تم في دائرتها الاتفاق وتسليم البضاعة أو التي في دائرتها يجب الوفاء .<sup>1</sup>

## 2- خصائص عقد التأمين الخاصّة :

يتميز عقد التأمين بخصائص أخرى غير تلك العامة، فهو يعد من العقود الاحتمالية كما أنه يعد من عقود حسن النية، بالإضافة إلى كونه من عقود الإذعان و عقود الاستهلاك، الأمر الذي يستدعي التفصيل.

أ- **عقد التأمين من العقود الاحتمالية : Aléatoire** يعرف العقد الاحتمالي على أنه ذلك العقد الذي لا يستطيع فيه المتعاقدان أن يحددا وقت إبرامه مقدار الأداء الذي يبذله كل منهما لتوقفه على أمر مستقبل، وقد أورد المشرع المدني في الباب العاشر من التقنين المدني عنوانا سماه عقود الضرر، و تتضمن عقود الضرر و عقود القمار و الرهان، ثم عقد التأمين.

والبين أن عقد التأمين يتميز بأنه عقد احتمالي لأن دفع مبلغ التأمين من المؤمن للمؤمن له أو المستفيد متوقف بالدرجة الأولى على وقوع الخطر المؤمن منه و هو أمر مستقبل دائر بين الوقوع و عدمه، فإذا وقع تعين على المدين (المؤمن) أن يدفع للدائن (المؤمن له) مبلغ التأمين والذي ليس بالضرورة متعادلا مع ما دفعه من أقساط، أما إذا لم يحدث أي شيء فإن المؤمن لا يدفع شيئا بينما يكون المؤمن له قد دفع الأقساط المطلوبة<sup>2</sup>.

\***دعوى الحلول:** أو دعوى الرجوع طبقا للمادة 38 من القانون 04/06 وهي تعني رجوع شركة التأمين على الغير المتسبب في الضرر قضائيا للمطالبة بالتعويض للمؤمن له وهذه الحماية

<sup>1</sup> - هيثم حامد المصاورة ،المنتقى في شرح عقد التأمين ، المرجع السابق،ص.91-92.

<sup>2</sup> - قادة شهيدة، المرجع السابق ، ص. 16.

تسمح لشركة التأمين من المطالبة بالتعويض باسم المؤمن له ولحسابها. وعدم رجوع أقارب المؤمن له من أصهار وغير ذلك فهذا فيه حماية للمؤمن له.

### ب- عقد التأمين من عقود حسن النية : Contrat de bonne foi

لاشك أن مبدأ حسن النية ينبغي أن يسود كافة العقود انطلاقاً من مبدأ القاضي بوجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.<sup>1</sup> بيد أنه يلاحظ أن تطبيق هذا المبدأ في عقد التأمين يجد له تطبيقاً واسعاً و خاصاً، إذ و منذ المرحلة الأولى لانعقاده وتكوينه فإن المؤمن يعتمد على المعلومات الدقيقة التي يقدمها له عن طبيعة الخطر و الظروف المحيطة به و إخطاره بكل ظرف يؤدي إلى زيادة درجة احتمالات الخطر. وحين التنفيذ يظل المؤمن له ملتزماً بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يؤدي إلى وقوع الخطر المؤمن منه.

ولا يتعلق مبدأ حسن النية بالمؤمن له فحسب، بل إن المؤمن يقع عليه واجب الامتناع عن إخفاء بيانات أو معلومات من شأنها إيقاع المؤمن له في غلط أو تدليس<sup>2</sup>، كما يتعين عليه بموجب المادة 12 من القانون 04/06 تقديم مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المضمون دون ممانعة أو تسويق.

إذن، فلحسن النية في عقد التأمين معنى عميق، ومختلف عن المعنى المعروف في باقي العقود، لذلك لم يكن غريباً أن يجري تحوير على تسمية هذه الخاصية التي يتميز بها عقد التأمين، كان يوصف بأنه من عقود منتهى حسن النية، أو أنه من عقود حسن النية المشددة.

(1) ويمكن الإشارة في هذا المجال إلى أن المشرع الأردني على سبيل المقارنة بين الأنظمة ترمي إلى مد نقاط حسن النية في عقد التأمين ليشمل المؤمن أيضاً، إذ جاء في نص المادة 3 من تعليمات قواعد

<sup>1</sup> -L'assure est tenu de se comporter au regard de la mutualité dont il fait partie, avec une absolue franchise, une complète loyauté ; en ce sens voir , Jean Bigot, traité de droit des assurances, L.G.D.J, paris cedex, Delta, 2002, P.60 .

<sup>2</sup> -بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، الطبعة الأولى ، مطبعة الوراق الوطنية، مراكش 2008، ص 133. وما يليها.

ممارسة قواعد ممارسة المهنة وآدابها الخاصة بشركات التأمين رقم 9 لسنة 2004 ما يلي: تلتزم شركة التأمين بما يلي:

أ).....

ب) ممارسة أعمالها بمنتهى حسن النية و العدالة و الكفاءة.....

ج) التحقق من دقة المعلومات المقدمة لعملائها بحث تكون واضحة و عادلة و غير مضللة...

د) تحقيق الانسجام بين مصالحها و مصالح الآخرين وذوي العلاقات معها وفقا لمقتضيات قانون

تنظيم أعمال التأمين المعمل به....، أو ما يفرضه التعامل التأميني السليم.....

ويشار هنا إلى أن المشرع الأردني أخذ بما تعمل به التشريعات المقارنة في مجال عقود الاستهلاك،

إذ تسمى الصورة الحديثة للالتزام الذي يقع على عاتق المؤمن بالالتزام بالتبصير (أو الإفصاح و

التحذير).

### ج) عقد التأمين من عقود الإذعان: Contrat d'adhésion

يعرف عقد الإذعان بأنه عقد يتحدد مضمونه التعاقدية كلياً أو جزئياً بشكل مجرد و عام قبل

المرحلة التعاقدية، وهذا يعني غياب المساومة "grés a grés" و المناقشة، وهو ما يحصل حقيقة و

فعلاً في عقد التأمين<sup>1</sup>، إذ يوجد فيه طرفين: أحدهما يتمتع بقدرته على فرض إرادته على المتعاقد

معه لأنه يحتكر خدمة مهمة يقدمها لمن يرضى بشروطه من الكافة، وهذا الطرف هو المؤمن، أما

الطرف الأخر فهو المؤمن له الذي يغدو أمام حاجته إلى تلك الخدمة في مركز الطرف الأضعف

الذي لا يسمح له بمناقشة أو إدخال أي تعديل على العقد إذا ما رغب في التعاقد، ولا يكون أمامه

إلا الخيرة بين قبول الشروط المعروضة عليه و على الكافة و يمضيها كما هي أو رفض التعاقد

كلية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - محاضرات الأستاذ شهيدة قادة، المرجع السابق ص 17.

<sup>2</sup> - هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق ص 99.

على أن الإقرار بصفة الإذعان في جهة عقد الإذعان دفع بالتشريعات إلى بسط حماية للطرف الضعيف (المؤمن له)، حيال ما يواجهه من تفوق و نفوذ اقتصادي و اجتماعي لمهنيي التأمين، كأخذها بقاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى ( نص المادة 112 من القانون المدني الجزائري)<sup>1</sup>، وعدم اكتفاءها بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين و إتاحة الفرصة أمام القاضي لتعديل الشرط التعسفي و إلغائه<sup>2</sup>، إذا جاءت في غير مصلحة الطرف المدعى.<sup>3</sup>

بيد أن الأمر لا يقتصر على تطبيق ما اشتملت عليه القواعد العامة من أحكام، حيث أن التشريعات المقارنة أقرت حماية للطرف الضعيف حيال بعض الشروط كالشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث، وعدم الاعتراف بالشروط غير المطبوعة في واجهته، كل شرط تعسفي يبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه، كما لو اشترط المؤمن عدم تعويض الأضرار دون مبرر<sup>4</sup>.

و التي اعتبرها القانون المدني الجزائري بنص المادة 110 منه تعسفية، و التي أكد عليها القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في مادته الثالثة بنصه "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند آخر أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

وعلى أن دراستنا في هذا المجال تصبو إلى المقارنة بين مختلف التشريعات نجد أن المشرع الأردني قد شدد و عزز صفة الإذعان في عقد التأمين حيث يقول الدكتور عبد القادر العطير " وقد عزز صفة

<sup>1</sup> - والتي تقابلها نص المادة 240 من القانون المدني الأردني، و المطابقة للمادة 151 من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> - وفي هذا الصدد أشار الدكتور : jean bigot إلى مايلي :

" dans les contrat peuvent être interdites, limites ou réglementées par des décrets en conseil " d'état.....lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux mon professionnels et consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent a cette dernière a un avantage axessif »en ce sens voir Jeu Bigat op.cit,p25.

<sup>3</sup> - وذلك طبقاً لما جاء بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المدعى منه وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" تقابلها نص المادتين 204 مدني أردني، وكذلك نص المادة 149 مدني مصري.

<sup>4</sup> - برهام محمد عطا الله التامين من الوجهة القانونية و الشريعة، 1999، الإسكندرية .ص.66.

الإذعان في عقد التأمين نظام الإتحاد الأردني لشركات التأمين رقم (30) لسنة 1989، إذ حدد من أهدافه وضع الأسس الفنية لأنواع التأمين المختلفة و الشروط الخاصة و بها وإعداد تعريفه الأسعار..... مما يعني أن المؤمن له لا يملك مناقشة العقد كما لا يملك مناقشة الأسعار، إذ أن كلا منها موحد بموجب نظام و تعليمات اتحاد شركات التأمين الأردنية<sup>1</sup>.

وهنا يمكن القول بأنه لا بد من اقتراح إنشاء جمعيات لحماية المؤمنين لهم بعيدة عن حماية المستهلكين عموماً، فشركات التأمين واجهتها جميلة لكن بداخله متاهات لا يستطيع أن يخرج منها إلا من كان على دراية كبيرة بالتأمين وقطاع التأمين<sup>2</sup>.

وعلى عقد التأمين أن يأخذ مسار العقود الأخرى كعقد البيع وعقد تحويل الفاتورة وينتقل إلى التأمين الإلكتروني وهذا فيه تطور للعقد وحماية له.

#### (د) عقد التأمين أحد عقود الاستهلاك :

يعرف عقد الاستهلاك<sup>3</sup> بأنه "العقد الذي يربط المستهلك بالمهني و الذي يسمح لهذا الأخير بالحصول على السلعة أو الخدمة لغرض تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية، و عقد التأمين محله خدمة تقدمها شركة التأمين إلى المؤمن عليهم، تتمثل في توفيرها للأمن المنتظر أو المطلوب، فهو إذن يجمع بين مهني (شركة التأمين) و مستهلك (المؤمن له).

1- من الممكن اعتبار عقد التأمين في أحيان قد تبدو نادرة من قبل عقود المساومة و من ذلك على سبيل المثال عقود التأمين المبرمة مع الشركات و المنشآت الكبرى، كشرركات النفط و الملاحه.

كما قد يضيق نطاق الإذعان في بعض عقود التأمين، إذا ما تولى المشرع الأردني بنفسه تحديد شروط عقد التأمين، كما هو الحال في عقود التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات، إذا حدد المشرع الحد الأردني لشروط هذا العقد، ومقدار قيمة كل من الأقساط الواجب أدائها من المؤمن له، و مبالغ التأمين المستحقة في حال وقوع الخطر، وللمزيد من التفاصيل انظر ، عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان 2004 ص 94 .

<sup>2</sup>- تعليق أ بن مرزوق عبد القادر، المرجع السابق، ص.59.

<sup>3</sup>- و جدير بالذكر أن دائرة عقود الاستهلاك تختلف عن نظيرتها عقود الإذعان فالأولى أوسع من الثانية ، بمعنى أن الحماية التشريعية للمتعاقد قد تتوافر في كثير من العقود حتى و لم من عقود الإذعان، إذ لا يشترط لإسدال الحماية في عقود الاستهلاك أن تكون شروط التعاقد مطبوعة أو أن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية و محتكرة، و إنما يكفي تحقق المعيار الأنف الذكر، أي التعاقد مع شخص من أرباب المهن ممن يتمتع بالدراية و المعلومات حول ما يقدم من سلع و خدمات للمزيد من التفاصيل، ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول : نظرية العقد" الطبعة الأولى ، دار وائل عمان، 2002 ص. 163.

و غني عن البيان أن أدراج عقد التأمين في خانة عقود الاستهلاك من شأنه أن يشمل المؤمن لهم بالحماية الواسعة التي يوفرها قانون الاستهلاك، أن في جهة الإعلام و التبصير، أو إمكانية عدوله عن العقد خلال ثلاثين يوما تبدأ من تاريخ دفع القسط الأول، بالإضافة إلى إبطال الشروط المعتبرة تعسفية سواء من قبل لجنة الشروط التعسفية المادة 17 من المرسوم 306/06 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش في الجزائر، أو حقا من قبل جمعيات حماية المستهلكين، كما يقرر قانون حماية المستهلك في فرنسا.

### المطلب الثاني: صور ونماذج عقد التأمين و الرقابة عليه

وسوف يتم التعرض في هذا المطلب إلى مدى جواز التأمين على مخاطر التطور العلمي

(الفرع الأول) على أن يتم التطرق إلى أسس الرقابة على قطاع التأمين في الجزائر (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: مدى جواز التأمين على المخاطر التطور العلمي

من المبادئ المستقر عليها في التعاملات شركات التأمين مع زبائنها في هاذو الصدد أنها لا تضمن الأضرار العمدية الناتجة عن المؤمن عليه و الأخطار الناتجة عن الحوادث المتوقعة لكن ما مدى جواز التأمين على مخاطر التطور العلمي ؟

ان التطور التقني أدى بدوره إلى التطور القانوني حيث ان ظهور مخاطر جديدة شجع على تطور نظام التأمين و اعتاد رجال القانون على تصور أسباب أخرى للضرر غير خطأ الإنسان كالحادث أو العيب أو الخطر الاجتماعي و اعتبرها كمفاهيم قانونية جديدة استدعت إحداث آليات تعويض خاصة<sup>1</sup>.

ان القول بان عقد التأمين هو الآلية التي من خلالها يمكن للمنتج ان يضمن تعويض ضحايا منتوجاته المعيبة لا يمكن أخذه على إطلاقه على اعتبار ان السوق التأمينات يعرف حالات و افتراضات تعرف شركات التأمين عن تغطية بعض المخاطر منها فهناك بعض الحالات التي تار

<sup>1</sup> - رحمان مختار محمد، عيب المنتج سبب منشئ للمسؤولية المدنية للمنتج ، مجلة المحكمة العدد الثاني قسم الوثائق و الدراسات القانونية و القضائية، الجزائر، 2013، ص. 18.



الأشكال بعددها حول مدى التأمين عليها أو استثناءها من ذلك فهل يجوز المتدخل الذي ابرم عقد تأمين المسؤولية المدنية عن عيب عدم سلامة المنتوجات و تعرض لخطر تطور العلمي بعد طرحه المنتج للتداول ان يطالب المؤمن بان يتحمل عنه المسؤولية ؟

ان المشكلة في هذا الشأن ان عقد التأمين لا يتعرض أصلا لهذا النوع من الخطر فلا هو يؤكد دخوله في اطار ضمائها و لا هو يستبعده صراحة مما يجعل المرجع على التساؤل السابق للقواعد العامة في التأمين 1.

و الفرض ان الضرر في الخصوص ما يعرف بمخاطر التطور العلمي يكون ناشئا عن عيب منتوجات لا يمكن قياسه بالمعيار الموضوعي لكي يكون قابلا للانكشاف أو التوقع و لا يتوافر في جانبه الخطأ العمدي و من جهة أخرى فان الخطر محل البحث .

لا يعتبر قانونا في حكم الخطر المستبعد ما دام ان الخطر المستبعد يجب ان يكون استبعاده صريحا و محددًا في عقد التأمين 2.

وذلك بمفهوم المخالفة للمادة 07 من الأمر رقم 95-07 المعدل و المتمم التي نصت على انه يحرر عقد التأمين كتابيا و ينبغي ان يحتوي إجباريا على بيانات محددة من بينها طبيعة المخاطر و كان عقد التأمين ساكن بالفرض عن هذا النوع من الخطر .

كما نص في المادة 12 من الأمر رقم 95-07 المعدل و المتمم على انه يلتزم المؤمن : بتعويض الخسائر و الأضرار الناتجة عن الحالات الطارئة و عن الخطأ الغير المتعمد من المؤمن له كيف ما كانت نوعية الخطأ المرتكب و خطورته .

ان التوجيه الأوروبي الصادر في 85-374 قد خضع لضغط كبير من المؤسسات بعد ان أشار إلى أن إدخال منتوج إلى السوق من شأنه ان يولد أي نوع من المخاطر حيث يشكل بالنسبة للمؤمن ظرفا مشددا للخطر الأصلي فان كان العقد قد أشار إلى هذا الظرف فانه سيكون متعين

<sup>1</sup> - محمد شكري سرور، التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، القاهرة، دار الفكر العربي، 1987، ص. 102.

<sup>2</sup> - علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة وهران، 2006-2007، ص. 326.

على المؤمن له قبل ان يطرح هذا المنتج ان يعلن ذلك للمؤمن فمن حيث المبدأ المؤمن لا يترددون في استثناء بند مخاطر التطور من دائرة ما تغطية عقد الضمان و لتبرير هذا المسلك جرت شركات التأمين على طرح الأسانيد الآتية :

1 - ان بوليصة التأمين على مسؤولية المدنية لمنتج مسلم في نظر المؤمن لا تخرج عن كونها منتوجا 1. تقدمه إلى زبائنها وحتى تحدد تسعيرته يتعين عليها الوقوف أولا على تكلفته و هو ما يصعب الوصول اليه في حالة المخاطر و الأضرار المحتملة التي يكشف عنها تطور المعارف في المستقبل .

2 - تعتمد التغطية في مجال التأمين على المسؤولية على استقرار المخاطر فهي مرتبطة بالمشاركات التي يتضمنها المنتج مداه و حدوده و هو ما لا يمكن إدراكه في حالة مخاطر التطور لأنه من الصعب السيطرة عليها أو تحديدها زمانيا 2.

ورغم كل هذه الإشكاليات و الاعتراضات حول الموضوع مدى الزامية التأمين على مخاطر التطور العلمي إلا انه هناك بعض الدول من أخذت به و أقرته في تشريعاتها خاصة في مجال المنتوجات الطبية .

فقد درجت فكرة مبدا التأمين على المخاطر التطور وبصفة إجبارية في فرنسا خاصة فيما يتعلق بوسائل ترقية البحث البيوطبي نظرا للخطورة الاستثنائية للتجارب الطبية على صحة الإنسان فالزم بضرورة اكتتاب تأمين يغطي به المخاطر التي قد تنجم عن إجراء تجربة الطبية و اعتبر ضرورة التأمين من النظام العام 3.

<sup>1</sup> - المنتج التأميني" هو عبارة عن مجموعة من المنافع الملموسة و الغير الملموسة المرتبطة التي تحتويها وثيقة التأمين و التي تؤدي إلى إشباع احتياجات و رغبات المؤمن لهم و كذا الخدمات المرتبطة بما لا بد أن يتماشى المنتج التأميني مع الرغبات و احتياجات العملاء و توقعاتهم و الظروف التنافسية في السوق العالمية".

<sup>2</sup> -نادية أمين محمد علي، من أشغال ملتقى استراتيجيات مستحدثة التطوير المنتج بالتطبيق على وثائق التأمين، الملتقى العربي الثاني، التسويق في الوطن العربي الفرص و التحديات ، الدوحة، قطر، 2003، ص. 125- 144 وكذا ص. 132.

<sup>3</sup> - بموجب القانون رقم 806-2004 المؤرخ في 9 أوت 2004 المتعلق بالصحة العامة الفرنسي.

كما اقر المشرع الألماني فرض التأمين الوجوبي على المسؤولية عن المخاطر التطور العلمي الذي قد ينجم عن منتج الدواء خاصة بعد رفضه إعفاء منتجه وصانعي الدواء وبين المستخدمين أو المستهلكين للدواء حيث ان الطائفة الأولى : لا يكون هناك خوف على مصالحتها أو تعطيل لاستكشافها و تطوير منتجاتها في ظل مسؤولية المؤمنة و فيما يخص الطائفة الثانية : لا تجد صعوبة في الحصول على تعويضات بسبب الأضرار الناشئة عن عيوب الدواء<sup>1</sup>.

و عليه هناك إجماع على ضرورة إدراج فكرة المخاطر ضمن دائرة ما يغطيه عقد التأمين وذلك بتأييد المقترح الأوروبي الداعي إلى ضرورة تحديد الضمان بخصوص قدرة التطور بل ان الاعتقاد السائد إلى ان عدم قبول التأمين على المخاطر فيه إهدار لمبدأ السلامة وحتى لا يكون الطرح السالف مفرطاً فإنه يتعين ان يرتبط هذا التأمين باطار محدد في المبلغ و المدة فلا يخرج من مبادئ و قواعد التأمين واهمها استقرار العقود أو تحديد الضمان المقرر لعشر سنوات من تاريخ طرح المنتج للتداول فان المنطق القانوني يفرض استلهاً عند وضع الهياكل التنظيمية لضمان مخاطر التطور العلمي فكرة التكافل لئلا يشكل استقرار .. الضمان في الذمة الفردية للمنتجين حجر عثرة تعوق حركة الرتقاء و التطور و هذا ما يفسر اللازم في اطار النظم الوضعية بين إقرار مبدأ ضمان مخاطر التطور العلمي و التأمين فكرة التكافل لئلا يشكل استقرار تبعة الضمان في الذمة الفردية للمنتجين حجر عثرة تعوق حركة الارتقاء و التطور وهذا ما يفسره التلازم في إطار النظام الوضعية بيت إقرار مبدأ ضمان مخاطر التطور العلمي و التأمين .

راي : فمن الضروري إذن القول بان التفاعل الأبدي بين الواقع و القانون .. تطور كافة العوامل الاقتصادية و الاجتماعية و لعلمية حتى و ان جردت من مضمونها فان هناك حدوداً لا يمكن تعديها لان نجاح النظام القانوني رهين بمدى استجابة الأصداء ذلك التطور سواء من خلال مواجهة مستجدات هاو عبر تطويع المفاهيم و الأفكار القائمة و المرونة في تطبيقها .

<sup>1</sup> - شلقامي شحاتة غريب، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.

وقد يطرح التساؤل في حالة ما إذا أراد المستهلك التأمين على قروضه البنكية فأية حماية قانونية أقرتها التشريعات المقارنة لحمايته من تعسف المهنيين المتواجدين على مستوى تلك المؤسسات البنكية؟.

لا شك ان ما تشهده المجتمعات من تطور في مختلف الميادين كان من بين العوامل الرئيسية في تجاوز الطرق التقليدية للتعاقد و الانتقال الى الطرق الحديثة التي تتميز بمحدودية مفعول سلطان الارادة بل بغيابه التام أحيانا فالتعاقد الحالي انتقل بالمتعاقدين من الحرية التعاقدية الى الاجبار عن التعاقد ، و الامر يبدو واضحا في العقود النموذجية - منها عقد التأمين - التي يغيب فيها عنصر التفاوض او الارادة بين المتعاقدين.

فمحدودية نسبة الدخل لدى الافراد و ارتفاع نسبة الانفاق الاسري لأفراد المجتمع ارغم هؤلاء على اللجوء الى نمط الاقتراض لتجاوز الازمات التي يمرون بها دون الاهتمام بأهمية ابرام عقود عادلة أم غير ذلك<sup>1</sup> .

فالواقع المعيش فرض على المقترض الحصول على قروض تساعده على تجاوز وضعه غير العادي ، لكنه في حقيقة الامر لن يزدده الا تعقيدا ، لكونه يعتبر الحلقة الاضعف في العقد مما يجعله يقبل بجميع البنود التعسفية المضمنة في العقد<sup>2</sup> من غير ان يستطيع مناقشة تلك الشروط ، و حتى مع افتراض التفاوض بشأنها فإنه يعجز عن التخفيف من حدتها لكونه ملزم بالانخراط في التأمين على القرض ، بواسطة إبرام عقد التأمين على الحياة او العجز الكلي او الدائم عن دفع المستحقات القرض لفائدة الدائن المرتهن ، وتعتمد قيمة القسط التامين الواجب دفعه على عدة عوامل أهمها نسبة التمويل وفترة السداد ، فكلما زادت هذه العوامل ارتفعت قيمة قسط التأمين ، علما بان

<sup>1</sup> - عبد العزيز فهمي هيكل ، مقدمة في التأمين ، مطبعة دار النهضة العربية ، بيروت ، طبعة 1987 ، ص. 8.

<sup>2</sup> - للتوضيح أكثر حول حماية المستهلك من الشروط التعسفية راجع: محمد أمين بند حماد ، حماية المستهلك من مخاطر القروض الاستهلاكية ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، مسلك قانون العقود و العقار ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإجتماعية ، جامعة محمد الأول وجدة ، السنو الجامعية ، 2011-2012 ص. 33 وما بعدها.

قيمة تتحدد كنسبة مئوية من قيمة القرض ، و للمقترض الخيار، أما أن يدفع قسط التأمين من مصادره الخاصة دفعة واحدة او تتم اضافتها على مبلغ القرض<sup>1</sup>.

و يعرف التأمين على الحياة بأنه "جمع عمليات التأمين التي يكون لحياة الانسان دخل فيها، أي ان الخطر المؤمن منه فيها يكون متعلقا بحياة الانسان"<sup>2</sup>.

و يتميز التأمين على الحياة ببالغ الأهمية سواء من حيث دوره الطبيعي باعتباره فرع من فروع التأمين بصفة عامة ، أو من حيث توفير نوع من الأمان و الحيطه للمستقبل لكل طرفي العقد من جهة اولى ، و كذا الاقتصاد الوطني من جهة ثانية ، كما يعد وسيلة فعالة لوسائل الائتمان بحيث ان الاشخاص يمكنهم ان يؤمنوا على حياتهم لمصلحة دائنيهم مع امكانية تقديم ضمانات لهم<sup>3</sup>، سواء كانت ضمانات منقولة أو عينية هذه الاخيرة التي تكون في الغالب لأعم عابرة عقار محفظ أو في طور التحفيظ ، من اجل توفير ضمانات فعالة للدائن الذي ساعد المدين على تجاوز وضعه المادي و الاقتصادي الصعب كان لابد من سن بعض القواعد القانونية التي تلزم المدين على الوفاء بالتزامه ، و اذا حدث طارئ كالوفاة او العجز الكلي أو الدائم ... تحل شركة التأمين محل المدين في سداد مبلغ الدين لفائدة الدائن على شرط انخراط المدين مع شركة تأمين قصد التأمين على الأخطار المذكورة اعلاه.

و بناء على ما سبق ، اين تتجلى الحماية القانونية المقررة لأطراف عقد التأمين على القروض سواء عند التعاقد او في حالة تحقق الخطر المؤمن عنه؟

<sup>1</sup> -مراد زريقات ، التأمين على القروض الشخصية ، مقال منشور بالموقع الإلكتروني الآتي:

[mz@murad-zuriekat.com](mailto:mz@murad-zuriekat.com) بتاريخ 2011.12.10.

<sup>2</sup> -إبراهيم علي إبراهيم عبد ربه ، الخطر و التأمين المبادئ النظرية و التطبيقات العملية ، طبعة 2008 دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ص 116.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني - عقود الغرر و عقود المقامرة و الرهان و المرتب مدى الحياة و عقد التأمين - دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، القاهرة 1964 ص 1422.

تتمثل الحماية القانونية في التأمين على القروض في جود التزامات متبادلة في عقد التأمين بعضها يتحملها المؤمن له او المقترض و التي تشكل ضمانات الدائن (الفقرة الأولى)، ثم هناك ضمانات للمدين المتمثلة في الالتزامات الملقاة على عاتق المؤمن ( الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى : الضمانات الحمائية للدائن في عقد التأمين على القروض

يتميز التأمين على الحياة بأهمية بالغة ، سواء من حيث دوره الطبيعي كفرع من فروع التأمين بتوفير نوع من الأمان و الحيطه للمستقبل بما يعود بالنفع على طرفي العقد ، او من حيث انه أداة نافعة لوسائل الائتمان اذا استطيع الشخص ان يؤمن على حياته لمصلحة دائنيه و يقدم لهم الضمان الذي يطلبون<sup>1</sup> اضافة الى الضمان العيني الذي غالبا ما يكون عقارا محفضا<sup>2</sup>.

أما من حيث انعقاد عقد التأمين على القروض فهو لا يختلف عن غيره من العقود الرضائية الاخرى<sup>3</sup>، بحيث يتطلب توافر كل من التراضي و المحل و السبب<sup>4</sup>.

و تترتب ابرام العقد المذكور أعلاه ، عقد حقوق و التزامات متبادلة بين عاقديه ، و هو كغيره من العقود المتبادلة يلتزم فيه المؤمن له ببعض الالتزامات مقابل استفادته من بعض الحقوق<sup>5</sup>.

وعليه ، فإن المؤمن أو شركة التأمين تستفيد من بعض الضمانات الحمائية المنصوص عليها بمقتضى القانون و التي تلزم المؤمن له أ المدين بضرورة احترامها ، منها الالتزام بدفع أقساط التأمين ( أولا) ثم الإلتزام بإخطار المؤمن بحدوث الخطر المؤمن عنه (ثانيا) ثم ضرورة رفع دعوى الحلول في قبل انتهاء أجال التقادم(ثالثا).

### أولا : أداء أقساط التأمين:

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 1422.

<sup>2</sup> - تجدر الإشارة إلى أن مختلف الالتزامات التي تلقى على عاتق المدين هي بمثابة ضمانات وحقوق بالنسبة للدائن ينبغي على الأول احترامها لحماية مصلحة الثاني .

<sup>3</sup> - يقوم عقد التأمين صحيحا بتوفر أركانه و شروطه طبقا للقواعد العامة للتعاقد وكذا طبقا لأحكام مدونة التأمينات .

-حكم المحكمة التجارية بالبيضاء رقم 11287 في الملف رقم 201/3550 ( غير منشور).

<sup>4</sup> - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ص.1165؛، بهاء بهيج شكري ، التأمين في تطبيق و القانون و القضاء ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 2007 ، ص 415.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 1246.

يلتزم المدين المؤمن له بالأدلاء برسالة كتابية تتضمن موفقة التامة على الانضمام إلى وثيقة التأمين حينما يتم قبول ملف الطبي للمؤمن من قبل الشركة المؤمنة عند التأكد من خلو من موانع قيام عقد التأمين ككتمانته إصابته بمرض مزمن ، إلا أن المرض الذي يمكن أن يصاب به كل شخص فهو أمر عادي لا يؤدي إلى تحلل المؤمن من التزاماته ، وهذا ما أكدته المحكمة التجارية بمكناس حيث جاء في أحد أحكامه<sup>1</sup> الذي جاء فيه ما يلي : " وحيث يستفاد من بيان الوفاة المدلى به أن المفترض المؤمن له على الحياة السيد ... قد توفي على إثر سكتة قلبية بفعل نزيف ناجم عن ضعف دموي مرتفع ، و أن تمسك الشركة المؤمنة ببطلان التأمين لإدلاء المؤمن له بتصريحات كاذبة بكتمانته عن حالته الصحية عند جوابه عن الأسئلة الطبية في عقد الانخراط يبقى بدوره مردودا إذا لا يمكن الجزم بأن المؤمن له كان فعلا يعاني قبل انخراطه في عقد التأمين من الضغط الدموي المرتفع كمرض مزمن تسبب له في وفاته في غياب إثبات شركة التأمين لذلك بأي عذر مقبول في الملف ، خاصة أمام احتمال وقوع تلك الوفاة لأي كان ، مثل حالة التزلة بسبب ارتفاع للضغط الدموي بصورة طارئة وأنية ودون أن يعزى ذلك الارتفاع بالضرورة إلى تفاقم لحالة مرضية بهذا الضغط الناشئة في وقت سابق " .

ويلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمينات لمتفق عليها مقابل تحمل المؤمن بالضمان طوال الفترة العقد<sup>2</sup> ، ويعد هذا الالتزام التزاما قانونيا حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 20 من مدونة التأمينات على ما يلي : " بأن يؤدي قسط التأمين أو الإشارك في المواعيد المتفق عليها ،... " إذا لم يؤدي أقساط التأمين رضاء أرغم على ذلك قضاء<sup>3</sup>.

وتنص الفقرة الأولى من المادة 21 من مدونة التأمينات على أنه : " يؤدي قسط التأمين بموطن المؤمن أو الوكيل الذي عينه لهذا الغرض ، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك " ، بمعنى أن الأصل

<sup>1</sup>-حكم رقم 146 صادر بتاريخ 2010/02/18 في الملف رقم 4/09/597 (غير منشور).

<sup>2</sup>-الأمراني زنطار أحمد ، شرح قانون التأمين رقم 17.99 دراسة نظرية وعملية ، الطبعة الأولى ، المطبعة و الوراقة الوطنية - مراكش ، 2005 ، ص. 148.

<sup>3</sup>-محمد أوغريس ، تأمينات الأضرار في التشريع المغربي الجديد ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار القرويين البيضاء ، 2004 ، ص 132.

هو ضرورة أداء قسط التأمين لدى موطن المؤمن من قبل المؤمن له الذي وقع على وثيقة التأمين ، لكن يمكن الاتفاق على أن يتم الأداء في موطن المؤمن له.

والملاحظة في الواقع العملي على أن الأداء يكون عن طريق اقتطاع لمؤسسة بنكية من الحساب البنكي للمؤمن له على شكل الأقساط الدورية لفائدة المؤمن .بمناسبة اقتطاع مستحقات الدورية لمبلغ القرض.

### ثانيا : إخطار المؤمن بحدوث الخطر المؤمن عنه:

يلتزم المؤمن له بإخطار المؤمن بمجرد وقوع الحادث المؤمن عنه مع تقديم كافة البيانات الضرورية و العوامل المرافقة للحالات المؤمن عنها ، كما لا يؤثر تأخر المؤمن له في تقديم المستندات و الوثائق المثبتة للحادث<sup>1</sup>.

وقد أكد هذا الموقف الاجتهاد القضائي المغربي ، حيث جاء في حكم للمحكمة التجارية بمكناس<sup>2</sup> ما يلي: " لكن حتى على فرض قيام المدعى عليه بعدم التصحيح للمؤمننة بذلك ، فإن هذه الأخيرة لا يمكن أن تتحلل من إتزامها بالضمان ، إلا إذا أثبتت أن المرض الذي كان مصابا به المؤمن له قبل العقد هو السبب المباشر لتحقيق خطر المؤمن عليه ألا وهو العجز الكلي الدائم... وحيث وأمام ما سبق تعليقه ، يبقى المدعى عليه مستفيدا من الضمان الذي حول له إنخراطه في وثيقة التأمين الجماعي المنصوص عليه في عقد القرض.

وحيث إنه بثبوت الخطر المؤمن عنه ، وقيام المدعى عليه بإشعار البنك المدعي بوقوعه ،يبقى في حق هذا الأخير استخلاص دينه مباشرة من شركة التأمين إعمالا بالمقتضيات الواردة بعقد القرض ، مما يبقى معه طلب الإدلاء المقدم في مواجهة المدعى عليه غير ذي أساس ويتعين رده".  
في بعض قد لا يحتاج المؤمن إلى مستندات و الوثائق للتأكد من صدق وصحة ما صرح به المؤمن له ، لذلك قد يعرض الأمر على خبرة طبية مثلا للتثبت من أن الوفاة كانت عادية.

<sup>1</sup>-الأمراني زنطار احمد ، المرجع السابق ، ص. 158.

<sup>2</sup>-حكم رقم 841 صادر بتاريخ 20-10-2009 في الملف رقم 4-07-852 (غير منشور).



ويمكن التأكد على أن المؤمن له يلزمه التصريح بحسن نية بكافة المعلومات الضرورية في التأمين كالمريض المزمّن مثلاً<sup>1</sup>، قصد إبرام العقد عن حسن نية دون كتمان أو إدلاء بوثائق مزورة... كما يترتب على حدوث الخطر المؤمن عنه إلتزام المؤمن له بأن يشعر المؤمن بالواقعة داخل الأجل الإخطار<sup>2</sup> وهو ما نص عليه الفقرة الخامسة من المادة 20 من مدونة التأمينات حيث جاء فيه ما يلي: " بأن يشعر المؤمن بكل حادث من شأنه أن يؤدي إلى إثارة ضمان المؤمن ، ذلك بمجرد علمه به وعلى أبعد تقدير خلال الخمسة أيام الموالية لوقوعه " .

وفي هذا السياق ، ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بفاس<sup>3</sup> إلى ما يلي : " وحيث إن كان القانون يلزم المؤمن له إشعار المؤمن داخل أجل محدد قانونا وهو خمسة أيام الموالية لوقوع الحادث تطبيقا لبند الخامس من المادة 20 من مدونة التأمينات وهو الأجل المحدد أيضا في العقد ، فإنه بالرجوع إلى التقرير المنجز من طرف الخبير المنتدب من طرف شركة التأمين والذي حضر لعين المكان يوم 03/7/11 على ساعة الثالثة بعد زوال وأن الحادث وقعت بتاريخ 03/07/10 ليلا على ساعة العاشرة و النصف والذي أكد على وقوع الحادث ...مما يبقى معه الدفع بسقوط الحق التأمين لانعدام الإشعار في غير محله " .

بناء على ما سبق ، يتضح لنا أن المشرع حدد أجل لسقوط الحق في الاستفادة من ضمان التأمين وهو خمسة أيام من تاريخ وقوع الحادث المؤمن عنه ، مع الإشارة إلى أن هذا الأجل المذكور غير كاف للمؤمن له أو ذوي حقوقه لإشعار المؤمن بتحقيق الخطر المؤمن عنه ، فأجل خمسة أيام يحقق ضمانا هامة لمصلحة المؤمن على حساب مصلحة المؤمن له ، لأنه كما كان الأجل قصيرا كلما استفاد المؤمن من عدم قيام المؤمن له بالإشعار في الأجل .

إلا أنه ما يلاحظ هو أن الفقرة الأخيرة من المادة 20 من مدونة التأمينات استثنت التأمين على الحياة من مسألة ضرورة إخطار المؤمن له في أجل خمسة أيام وهكذا جاء فيها ما يلي: "لا

<sup>1</sup>-عبد العزيز فهمي هيكل، المرجع السابق، ص. 8.

<sup>2</sup>-مراد السراج ، المرجع السابق، ص. 95-96.

<sup>3</sup>-قرار رقم 951 صادر بتاريخ 2008/06/12 في الملف عدد 2007/1100 (غير منشور)

تطبق أحكام البنود ( 1 و 4 و 5 ) أعلاه على التأمينات على الحياة . ولا يطبق الأجل المنصوص عليه في البند (5) من هذه المادة على التأمينات ضد موت الماشية والسرقة " .

أما إذا قام المؤمن بإدراج بعض البنود التعسفية<sup>1</sup> التي تحدد أجل الإخطار ، فإنه لا يمكن الاعتماد بمثل تلك البنود عملاً بمقتضيات الفقرة السادسة من المادة 21 من مدونة التأمينات التي جاء فيها ما يلي : " يعتبر كأن لم يكن كل شرط من شأنه تخفيض الآجال المحددة بالأحكام السابقة أو إعفاء المؤمن من توجيه الإنذار " .

فالرأى فيما نعتقد ، أنه كان على المشرع تحديد أجل الإخطار لتسهيل إمكانية إخبار المؤمن بتحقيق الواقعة الخطر المؤمن له ، وذلك لحماية الطرف الضعيف في العقد التأمين وهو المؤمن له ، فمهما يكن الأمر فتحديد الأجل قصير جداً بالمقارنة مع الظرفية الصعبة التي يكون فيها المؤمن له لحظة وقوع الحادث ، الصدمة التي قد لا تستعفيه في القيام بإخطار المؤمن في الآجل المذكور أعلاه مما قد يؤثر على حماية حقوقه ، ففي حالة وفاة المؤمن له فإن خلفه العام عادة ما يجهلون بضرورة إخطار المؤمن في أجل معين من جهة أولى كما أنهم - الخلف العام - ينشغلون بمسألة الجنائز من جهة ثانية .

<sup>1</sup> - إلا أن مثل هذه المقتضيات قد تؤثر سلباً على مصلحة المدين أ المقترض باعتباره غالباً ما يكون عديم الخبرة أحياناً أو ضعف من الناحية الاقتصادية ، لذلك فإن المقترض قد يضمن بعض البنود في صلب العقد التي تخدم مصلحته وحده دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المدين أو المقترض مما قد يؤثر سلباً على هذا الأخير .

وللتخفيف من حدة مثل تلك الشروط التعسفية نص المشرع المغربي في المادة 119 من القانون رقم 13.08 ببطان وإلغاء كل شروط تعسفي ضمن بالعقد ويمكن إثارة ذلك من قبل المحكمة لأنه من النظام العام وهو ما يستشف من المادة 20 من القانون المذكور ، بل الأكثر من ذلك فقد ألزمت المادة 200 من نفس القانون المقرض أن يطابق داخل أجل ستة أشهر ابتداء من نشر القانون أعلاه بالجريدة الرسمية كل عقود القرض مع أحكام النظام العام ما لم تكن بنودهم أكثر حماية للمقرض ، وهو ما يفرض على القضاء التحلي بالجرأة في مواجهة الحالات المعروضة عليه بكل حزم قصد الحكم ببطان الشروط التعسفية التي قد تضمن بعقود القرض قصد توفير حماية لمصلحة المدين أ المقترض .  
للتفصيل أكثر أنظر :

- رشيد مسيح ، حماية المستهلك وفق القانون رقم 13.08 - القروض العقارية نودجا - رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، مسلك قانون العقود والعقود ، كلية العلوم القانونية و لإقتصادية و الإجتماعية ، جامعة محمد الأول ، وجدة ، السنة الجامعية ، 2012-2013 ، ص 103 .

- هاجر هروس ، إشكالية حماية المستهلك في القانون رقم 13.08 - القروض العقارية نودجا - رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص / مسلك القانون المدني والأعمال ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإجتماعية ، جامعة عبد الملك السعدي ، طنجة ، السنة الجامعية ، 2011-2012 ، ص 46 .

أما فيما يخص بشكل التصريح بالخطر فإن المشرع المغربي لم يحدد أي شكل خاص في هذا الشأن<sup>1</sup>، وبالتالي يمكن ان يكون عبر رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصيل أو خطاب عادي أو توكس أو فاكس أو عن طريق الهاتف<sup>2</sup>... مع ومع الإنتشار الواسع لشبكة الانترنت فأعتقد أنه كامن الضروري التنصيص على إمكانية إشعار المؤمن بالخطر المؤمن عنه عبر شبكة الانترنت .

وعند توصيل المؤمن بالإخطار فإنه يتحرى في صحة أم عدم الصحة واقعة تحقق الخطر المؤمن عنه عن طريق أجهزة مكلفة بذلك ، كالطبيب حالة التأمين على الحياة أو العجز الكلي أو الدائم وهو ما ذهبت إليه المحكمة التجارية بمكناس ، فقد جاء في حكم لها ما يلي:<sup>3</sup> "وحيث إنه كما كان من حق المؤمنة هو مبين بالبند 15 من العقد التأكد من الحالة الصحية للمدعي وحقيقة العجز الذي لحق به بواسطة طبيب معتمد لديها ، ولما كانت المدعى عليها الثانية على استعداد لتنفيذ التزاماتها الناشئة عن عقد التأمين كما هو مبين بمكتوباتها وكما هو مستشف من خلال المراسلات المتبادلة بين الطرفين وفي ظل غياب أي نزاع بينهما بخصوص العجز المدعى به وإلى حين خضوع المدعى لمعاينة الطبيب المعتمد من قبل شركة المؤمنة كما هو متفق عليه ، فإن دعوى المدعي في مواجهة المدعى عليه الأول قبل أية مطالبة قضائية و في مواجهة المدعى عليها الثانية قبل أية منازعة تضحى سابقة لأوانها..."

وتتمثل الغاية من التزام المؤمن له بضرورة إخطار المؤمن بتحقيق الخطر المؤمن عليه هو تحقق هذا الأخير من مدى صحة ذلك الإخطار الذي على ضوءه يتحدد مبلغ الضمان الذي يجب على المؤمن دفعه لصالح المقرض أو الدائن المرهن ، قبل الوصول إلى المرحلة القضائية طبعاً .

<sup>1</sup> -الحسن بلوش ، الإلتزام بالتصريح بالخطر على ضوء مدونة التأمينات ، الطبعة الأولى ، مطبعة بني سي ، الداخلة 2010 ، ص 68.

-مراد السراج ، م.س ص 97.

<sup>2</sup> -الأمراني زنطار محمد ، المرجع السابق، ص 158.

<sup>3</sup> -حكم رقم 356 بتاريخ 2010.4.22 في الملف رقم 4.09.953 (غير منشور).

لذلك يلتزم المدين من قبل الدائن بضرورة الانخراط مع شركة التأمين لضمان استخلاص ما تبقى من مستحقات التي تبقى في ذمته في حالة وفاته أو عجزه الكلي و الدائم نتيجة إصابته بمرض أو فقدانه لعمله ، مما يجعل شركة التأمين تحمل محل المدين في الأداء.

### ثالثاً: قصور قواعد التقادم في مجال التأمين لحماية المدين

عمل المشرع المغربي على ضمان نوع من التوازن ، بين مصلحة المؤمن في عدم تحمل آثار الخطر إلى ما لا نهاية ومصلحة المؤمن له في عدم سقوط دعواه بعد مرور أجل قصيرة<sup>1</sup> لذلك أخذ بفكرة التقادم المسقط للدعاوي الناشئة عن عقد التأمين.

فقد نظم المشرع المغربي تبعاً للمقتضيات المنظمة لأحكام التقادم بناء على أحكام قانون الالتزامات والعقود من الفصل 371 إلى 392 منه ، أما بخصوص تقادم التأمين على القروض الذي يندرج ضمن التأمينات على الأشخاص ، فالمشرع المغربي نظمه بمقتضى الباب الرابع من مدونة التأمينات ، والقاعدة العامة التي جاءت بها الفقرة الأولى من المادة 36 منها أن جميع الدعاوي الناتجة عن عقد التأمين تتقادم بمرور سنتين ابتداء من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوي ، باستثناء بعض الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة أعلاه<sup>2</sup>.

إذا كانت القاعدة في ما يخص تقادم التأمين على الأشخاص هي مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 36 من مدونة التأمينات ، فإن الاستثناء هو ما جاءت به الفقرة الثالثة من نفس المادة التي جاء فيها ما يلي : " استثناء من أحكام الفقرة الأولى أعلاه ، تتقادم الدعاوي الناتجة عن عقد التأمينات الأشخاص بمرور خمسة سنوات ابتداء من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعاوي " .

<sup>1</sup> - محمد الأمrani زنطار ، م.س ، ص 486.

<sup>2</sup> - تنص الفقرة الثانية من لفصل 36 من مدونة التأمينات على ما يلي : " غير أن هذا الأجل لا يسري :

1- في حالة إعفاء أو تصريح خاطئ بشأن الخطر الساري إلا ابتداء من يوم الذي علم فيه المؤمن بذل ،

2- في حالة عدم دفع أقساط ، إلا ابتداء من يوم العاشر من حلول أجل استحقاقها ،

3- في حالة وقوع حادث ، إلا ابتداء من اليوم الذي علم فيه المعينون بالأمر بوقوعه إذا أثبتوا جهلهم له حتى ذلك الحين " .

بناء على ما سبق ، فإن الدعاوى الناتجة عن تأمينات الأشخاص - التي يدخل في نطاقها التأمين على القروض - تتقدم بمرور أجل خمس سنوات ابتداء من حصول الخطر المؤمن عنه استنادا على الفقرة الثالثة من المادة 36 المذكورة سابقا ، أما إذا تم الدفع بتطبيق أجل السنتين المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 36 من مدونة التأمينات فإن مصير هذا الدفع يكون الرفض.

في هذا السياق ذهبت المحكمة التجارية بمكناس<sup>1</sup> في أحد أحكامها إلى ما يلي : " وحيث أنه بخصوص الدفع الأول لشركة التأمين المتعلق بتقادم السنتين المنصوص عليه في المادة 36 من مدونة التأمينات فهو مردود ، ذلك أن الأمر يتعلق بصنف التأمين على الأشخاص والذي يندرج ضمن مدلوله طبقا للمادة الأولى من ذات القانون للتأمين ضد العجز و الزمانة هذا التأمين الذي استثناه المشرع بموجب المادة 36 المذكور من تقادم السنتين بحيث رفع أمده إلى خمس سنوات ابتداء من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى ، وهو الأمد الذي لم ينصرم في النازلة باعتبار أن العجز المفترض يرجع حسب الثابت من وثائق الملف إلى غضون شهر غشت 2007 ، وأن تاريخ رفع الدعوى من طرفه كان في 2007/7/19."

وفي نفس سياق الحكم أعلاه ، جاء في حكم المحكمة التجارية بفاس<sup>2</sup> ما يلي : " حيث دفعت شركة التأمين ... بسقوط هذه الدعوى بالتقادم لمرور سنتين ابتداء من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعوى طبقا للمادة 36 من مدونة التأمينات .

وحيث إنه ، وإن كانت واقعة إصابة المدعية بعجز تعود لسنة 2001 فإن أجل تقادمها قطع بإنجاز الخبرة الطبية لتحديد نسبة عجزها بتاريخ 2003/12/17 وبقيامها برفع دعواها أمام المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 2004/04/7 يجعلها مقدمة داخل أجل التقادم المنصوص عليه قانونا مما يتعين معه رفض الدفع المثار بهذا الشأن ."

<sup>1</sup> -حكم رقم 407 صادر بتاريخ 2009/04/23 في الملف رقم 4/06/1025 ، و 4/785 ( غير منشور).

<sup>2</sup> -حكم رقم 249 صادر بتاريخ 02006/02/20 في الملف رقم 4/5/1975 ( سبق الإشارة إليه سابق)

أما تقادم مطالبة المؤمن للمؤمن له بمستحقات التأمين هي التي يكون أمدها سنتين فقط ، في نفس الاتجاه ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بفار في إحدى قراراتها جاء فيه ما يلي : " لكن حيث إنه بمقتضى المادة 36 من مدونة التأمينات فإن عدم دفع أقساط التأمين أو جزء من الأقساط فإن أجل التقادم لا يبدأ في السريان إلا ابتداء من يوم العاشر من حلول أجل استحقاقها مما يعني أن جميع دعاوي المؤمن ضد المؤمن له الناشئة عن عقد التأمين تخضع للتقادم بمرور سنتين من تاريخ الاستحقاق المذكور وقد أفادت وثائق الملف أن المبلغ المطالب به يتعلق بالفترة الممتدة ما بين 2000/1/1 إلى 2001/1/1 وأن المستأنفة لم ترفع دعواها إلا بتاريخ 2005/12/29 أ بعد مرور أمد التقادم المبني على استقرار المعاملات لأن الإنذار المدلى به مؤرخ في 2003/3/7 لم يقطع التقادم عملاً بالفصل 381 من ق.ل.ع مما يكون معه مستند الطعن على غير أساس ويتعين رده<sup>1</sup> ."

وجاء في حكم للمحكمة التجارية بمكناس<sup>2</sup> ما يلي : " وحيث أنه بخصوص الدفع الأول لشركة التأمين المتعلق بتقادم السنتين المنصوص عليه في المادة 36 من مدونة التأمينات فهو مردود ، لذلك أن الأمر يتعلق بصنف التأمين على الأشخاص والذي يندرج ضمن مدلوله طبقاً للمادة الأولى من ذات القانون التأمين ضد العجز و الزمانة ، هذا التأمين الذي استثناه المشرع بموجب المادة 36 المذكور من تقادم السنتين بحيث رفع أمده إلى خمس سنوات ابتداء من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى ، وهو الأمد الذي لم ينصرم في النازلة ما بين عجز المقترض و تاريخ رفع الدعوى " .

<sup>1</sup>-قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس رقم 1542 صادر بتاريخ 2008/10/30 في الملف رقم 2008/659 ( غير منشور).

وجاء في آخر القرار بنفس المحكمة المذكور أعلاه ، ما يلي : " حيث إن جميع الدعاوي الناتجة عن عقد التأمين تقادم بمرور سنتين من تاريخ الإستحقاق كما نص على ذلك مرسوم 1934 وكرسته مدونة التأمينات في المادة 36 الشيء الذي يكون معه الدفع المثار من طرف المستأنف عليها مؤسس " .

-قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس رقم 201 صادر بتاريخ 2004/2/19 (غير منشور)

\*أنظر في نفس الراي:

-قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس رقم 1233 صادر بتاريخ 2004/11/09 (غير منشور).

<sup>2</sup>-حكم المحكمة التجارية بمكناس ( بدون ذكر رقم ) صادر بتاريخ 2010/3/17 في الملف 04/09/248 و 04/09/136 (غير منشور).

الفقرة الثانية : حلول المؤمن محل المؤمن له في عقد التأمين على القروض كضمان للمدين:

يعد الحلول من إحدى طرق انتقال الالتزامات من شخص إلى آخر ، وقد نص الفصل 211 من ق.ل.ع على أنواع الحلول حيث جاء فيه ما يلي : " الحلول محل الدائن في حقوقه يقع إما بمقتضى الأنفاق ، وإما بمقتضى القانون ."

يتجلى لنا ، إذا أن الحلول ينقسم إلى نوعين : حلول اتفاقي ينشأ بإرادة الطرفين وآخر حلول قانوني ينشأ بمقتضى نص القانون.

وحيثما يحصل الحلول بنوعيه بكيفية صحيحة ، فإنه يترتب عليه آثارا قانونية اتجاه طرفيه بناء عليه ، سنتعرض لأحكام الحلول الإتفاقي ( أولا ) ثم لبعض الأحكام التطبيقية لهذا النوع من الحلول (ثانيا).

أولا : أحكام الحلول الإتفاقي :

ينص الفصل 212 من ق.ل.ع على ما يلي : " يقع الحلول الإتفاقي إذا أحل الدائن الغير محله ، عند قبضه الدين منه ، في الحقوق و الدعاوي والامتيازات و الرهون الرسمية التي له على المدين ، ويجب أن يقع هذا الحلول صراحة ، وأن يتم في نفس الوقت الذي يحصل فيه الأداء ."

من خلال الفصل المذكور ، يتضح أنه يمكن للدائن أن يتفق مع الغير قصد استخلاص مبلغ الدين المستحق في ذمة المدين بواسطة تقنية الحلول الإتفاقي .

في حين ، أنه فيما يخص شروط هذا الحلول فقد تعرض لهذا الفصل 212 من ق.ل.ع وهي أن يكون ذلك الاتفاق صريحا وصراحة الاتفاق تقتضي تعبير واضحا وجليا ، ليس ضمنيا.<sup>1</sup> كما يشترط أن يكون الحلول في الوقت الذي يحصل فيه الأداء<sup>2</sup> ، بمفهوم المخالفة أنه لا يجوز أن يحصل الحلول قبل أو بعد الأداء<sup>3</sup> ، فقبل الوفاء يمكن أن نتصور تعهد بالحلول وليس اتفاق

<sup>1</sup>-مأمون الكبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي ، الجزء الثاني ، أوصاف الإلتزام وانتقاله و انقضاؤه ، مطبعة النجاح الجديدة ( دون ذكر رقم الطبعة) البيضاء ، ص 248.

<sup>2</sup>-عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير وعبد الباقي البكري ، القانون المدني (العراق) و أحكام الإلتزام ، جزء الثاني ( دون ذكر باقي البيانات ، ص. 221.

<sup>3</sup>-المرجع نفسه ، ص. 224.

بالحلل ، لكن بالرجوع إلى الواقع العملي يتجلى لنا أن الاتفاق بالحلول يحصل قبل حصول المفترض على مبلغ القرض حينما يحصل على تأمين من شركة التأمين لتحل محله في حالة عدم الأداء بسبب العجز الكلي و الدائم أو الوفاة ، وهذه الطريقة تتحقق فعالية لصالح الدائن الذي لم يحصل على مبلغ الدين من قبل المدين رغم حلول أجل الوفاء ، لذلك فإن حلول الغير محل المدين يخدم مصلحة الدائن في حين أن القول بخلاف ذلك يجعل الدائن في وضع غير عادي.

كما يشترط في الحلول الإتفاقي أن يكون عقد القرض مدرجا في محرر ثابت التاريخ و أن يتم التصريح يطلب عقد القرض أن مبلغ القرض سيخص للوفاء بمبلغ الدين ، و أن يحل المدين صراحة الدائن الجديد محله في الضمانات المخصصة بالدين القديم كما ينص على ذلك الفصل 213 من ق.ل.ع<sup>1</sup> ، لكن مع صدور القانون رقم 39.08 المتعلق ب م.ح.ع ، فإنه ينبغي أن يجر ذلك بمقتضى محرر رسمي أو بمقتضى عقد ثابت التاريخ صادر محام مقبول للترافع لدى محكمة النقض كما تنص على ذلك مقتضيات المادة 4 من القانون الأخير.

إذا كان بإمكان الدائن الاتفاق مع الغير قصد الحلول محل المدين بالوفاء بمبلغ الدين ، فإنه يحق للمدين كذلك الاتفاق مع الغير قصد أداء مبلغ الدين لفائدة الدائن عند تاريخ الاستحقاق ، وهذه الحالة هي السائدة من الناحية العملية بحيث إن الدائن يلزم المدين إضافة إلى تقديم الضمانة العينية يلزمه بضرورة التأمين على مبلغ القرض من قبل إحدى شركات التأمين لتحل محله في حالة العجز ، فالدائن في هذا الحالة يوجد في وضع قوي يفرض على المدين المقرض - الذي يوجد في حاجة اقتصادية لمبلغ الدين - بعض البنود التعسفية كالانخراط في التأمين قبل الحصول على مبلغ

<sup>1</sup> -ينص الفصل 213 من ق.ل.ع على ما يلي : " يقع الحلول الإتفاقي أيضا عندما يقرض المدين الشيء أو المبلغ الذي يكون محل الإلتزام بقصد قضاء الدين ، ويحل المقرض في الضمانات المخصصة للدائن ويحصل هذا الحلول بغير رضي الدائن . فإذا رفض الدائن استفتاء الدين تم الحلول إذا قام المدين بالإيداع على وجه صحيح ولكي يقع هذا الحلول صحيحا يلزم :

1- أن يكون كل من عقد القرض و التوصيل مدرجا في محرر ثابت التاريخ،

2- أن يصرح في عقد القرض أن المبلغ أو الشيء قد اقترض لوفاء الدين وفي التوصيل أن الوفاء قد وقع بالنقود أو الشيء

المقدم من الدائن الجديد لهذا الغرض .

وفي حالة الإيداع يجب ذكر البيات السابقة في التوصيل المدفوع من أمن الودائع .

3- أن يحل المدين صراحة الدائن الجديد محله في الضمانات المخصصة بالدين القديم".



القرض ، و الأخطر من ذلك هو أنه في حالة عدم إدلاء الزبون بوثيقة التأمين عند طلبها من قبل الدائن أو في حالة عدم تحديدها ، فإنه يحق للدائن ( البنك غالبا ) الاككتاب في وثيقة التأمين أو تسديد أقساط التأمين على نفقة الزبون وفق الشروط التي يراها الدائن ضرورية للحفاظ على مصالحه.

أما عند إبرام اتفاق الحلول ، فإن الدائن يستخلص دينه مباشرة من شركة التأمين عند تاريخ الاستحقاق أو تحقق الخطر المؤمن عنه وعند أداء مبلغ الدين لفائدة الدائن تسترجعه لاحقا من ذمة المدين ، في هذا السياق جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالناظور<sup>1</sup> ما يلي : " ولما كان الاتفاق على الحلول صريحا ، وتم في نفس الوقت الذي حصل فيه الأداء طبقا لما يوجبه الفصل 212 من ق.ل.ع وكان الحلول الاتفاقي من أسباب انتقال الحقوق ، فإن طلب أداء المبلغ...مبني على أساس قانوني ويتعين بالتالي لاستجابة له " .

تجب الإشارة ، إلى أن المادة السابعة من اتفاقية التأمين الجماعي تنص على عدم إمكانية ضمان المؤمن له إلا إذا كانت نسبة العجز الدائم اللاحق به يساوي أو يفوق 66% ، وهذا ما جاء في حكم المحكمة التجارية بمكناس<sup>2</sup> : " وحيث إنه تبعا لما اشترطته المادة السابعة من اتفاقية التأمين المذكورة من وجوب أن يكون العجز الدائم و الكلي للمؤمن له مساويا على الأقل 66% ، وسعيا نحو تثبيت من نسبة العجز المفترض فقد أمرت المحكمة لهذا الغرض تمهيدا بإجراء خبرة طبية أسندت إلى الخبير...والذي خلص في تقريره المودع بتاريخ 2009/01/12 إلى تحديد نسبة العجز الدائم للضحية في 75% .

**ثانيا : حدود الحماية المقررة للمدين من قبل القضاء عند حلول شركة التأمين محل المدين :**

يهدف المؤمن له من إبرام عقد التأمين إلى حلول شركة التأمين محله في تنفيذ العقد في حالة تحقق الخطر المؤمن عنه ، أما إذا لم يتحقق الخطر المؤمن عنه فلا يمكن المطالبة شركة التأمين

<sup>1</sup> -حكم (بدون رقم) صادر بتاريخ 2007/02/21 في الملف رقم 06/05/763 (غير منشور).

<sup>2</sup> -حكم رقم 407 صادر بتاريخ 2009/4/23 في الملف رقم 4/06/25 و 4/7/785 (سبق الإشارة إليه).

بذلك الحلول ، وهو الأمر الذي أكدته المجلس الأعلى ( محكمة النقض حاليا ) في إحدى قراراته<sup>1</sup> الذي جاء فيها ما يلي : " لكن ، حيث أثير أمام محكمة الموضوع ما استدل به في موضوع الوسيلة فردته مضمته " إن الثابت من الفصل التاسع لعقد القرض أن المفترض التزام بتأمين العقار في حالة وفاة أو عجز أو كارثة ، و أن حق المفترض ينتقل للمفترض تم تؤدي التعريفات المستحقة أصلا وفوائد من شركة التأمين في غيبة المفترض ودون موافقته أو ذويه ، ولقد أدت فعلا مبلغ ... بعدما توقف المطلوب عن الأداء بسبب مرضه الذي أفقده أهليته ، مما لا مجال معه لتطبيق الفصل 30 من عقد القرض ، الخاص بالحالة العادية ، التي لها كيفية أداء عادية خاصة بها ، أما حالة العجز فلها كيفية أداء خاصة بها ولا توجد إمكانية للجمع بين الطريقتين ، أي استخلاص القرض من شركة التأمين ثم الرجوع على المقترض أو ذويه ، هذا إضافة إلى أن يبلغ المؤدى من شركة التأمين يشمل رأسمال القرض و المتأخرة حسب ما هو مضمن بتقرير الخبرة " وهو تعليل مساير لواقع الملف ، إذا الفقرة الأولى من الفصل الثامن من عقد التأمين تضمن على أن شركة التأمين ملزمة بأداء متبقي أصل الدين القرض العقاري و السياحي من آخر قسط شهري سابق لعجز المدين عن الأداء ، تضاف له فائدة بمعدل ستة أشهر تبعا للنظام الأساسي للبنك في يوم الاكتتاب...".

بناء على ما سبق ، فإن رجوع المقترض على شركة التأمين في حالة تحقق الخطر يجعله غير محقق في الرجوع على المقترض كذلك وذلك تفاديا لإمكانية استخلاص المبلغ المستحق مرتين من شخصين مختلفين ، اما في حالة نقصان او فقدان اهلية المقترض فإنه لا يمكن متابعته بتنفيذ إلتزانه<sup>2</sup>.

لأن من شأن ذلك خرق مقتضيات الفصل 1 من ق.م.م وهو ما أكدته المجلس الاعلى ( محكمة النقض حاليا ) في قراره السابق الذكر ، حيث جاء فيه ما يلي : " حيث ينعى الطاعن على

<sup>1</sup> -قرار عدد 1423 صادر بتاريخ 2004 /12/29 في الملف التجاري رقم 2004/01/541 منشور بالجملة المغربية لقانون الأعمال عدد 08 ماي 2005 ، ص. 99. وما بعدها .

<sup>2</sup> -مادام ان العقد شريعة المتعاقدين تطبيقا لاحكام الفصل 230 من ق.ل.ع و هو الأمر الذي أكدته محكمة الاستئناف التجارية بفاس حيث جاء في احدي قراراتها: " وورد في الفقرة 5 من نفس الفصل انه في حالة الوفاة او عجل كلي دائم، فان النقترض يتخلى عن الحق في الحقوق المترتبة عن عقد التأمين من لفائدة المقترض و يعطيه الحق في قيام مقامه بالحصول على كل تعويضات المؤداة من طرف شركة التأمين، و بذلك يكون موروث التأمين لاستخلاص ما بقي من القرض الذي لم يتم سداه بفعل وفاة المقترض"

- قرار رقم 27 صادر بتاريخ 2006/11/05 في الملف عدد 05/880 (غير منشور).

القرار خرق مقتضيات الفصلين 1 و 3 من ق.م.م بدعوى أن الفقرة الثالثة الزمته بالبت طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولم لم يطلب الاطراف على ذلك صراحتا ، وبالرجوع إلى القرار الإستئنائي نلفي ان المطلوب اورد فيه أن مرضه العقلي أفرضه القدرة علي تدبير أموره وتطلب إحلال شركة التأمين ، علما بان الفصل الأول من ق.ل.ع على ان الاهلية المدنية للفرض تخضع لقانون أحواله الشخصية ، وجاء في المادة 210 من مدونة الاسرة ما يلي: " إن كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت أسباب نقصان الاهلية أو انعدامها ، يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه وتحمل إلتزامانه " .

ومفهوم المخالفة ، فإن الذي أقر بنقص أهليته تكون دعواه خارقة للفصل الاول المذكور يلزم القاضي بإثارة انعدام الاهلية من تلقاء نفسه ، وبذلك جاء القرار مختل التعليل مما يتعين نقضه. يتضح ان حلول شركة التأمين محل المؤمن له المقترض تجعل هذا الاخير غير قادر على التقاضى أمام المحكمة بسبب تحقق الخطر المؤمن عنه وهو الوفاة او المرض الذي يفقد معه الأهلية من جهة ، وإن تحقق الخطر المؤمن عنه يجعل شركة التأمين مسؤولة أمام المقرض أو الدائن من جهة ثانية.

أما فيما يتعلق بآثار حلول شركة التأمين محل المقترض المدين ، فإن هذا الاخير ملزم بأداء مجموع ما أدته شركة التأمين لفائدة الدائن تفاديا لسلوك هذا الاخير مسطرة الإنذار العقاري لترع العقار المرهون جبرا ، لأن حوالة الحق تنقل فقط دون إنشاء التزام جديد ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف التجارية بفاس<sup>1</sup> بأحد قراراتها الذي جاء فيه : " لكن حيث أن حوالة الحق لا تنشأ التزاما جديدا في ذمة المدين وإنما تنقل الالتزامات الثابت اصلا في ذمته لكن دائن الى دائن اخر باعتبار هذا الالتزام حقا للدائن المحيل و ينتقل بها الالتزام ذاته بجميع مقوماته و خصائصه ، و بالتالي الحاجة لإدخال الدائن الاصلي - البنك الشعبي - مادامت شركة التأمين اصبحت دائنا

<sup>1</sup> - قرار عدد 32 صادر بتاريخ 2006/01/05 في الملف عدد 05/1521(غير منشور).

بمقتضى الحلول المذكور كما ان الحوالة تعتبر منتجة لجميع اثارها في حدود المبلغ الثابت بذمة المدين.

و حيث انه ، ان كان الثابت ان المدعية شركة التأمين - المستأنف عليها - اقامت دعوى طالبة الزام المدعي عليه - المستأنف - بما دفعته الشركة و استندت في مطالبتها الى شرط الحلول الوارد في عقد القرض و وثيقة التأمين، و اذا كان الشرط في حقيقته حوالة حق احتمالي المشروط بتحقق الخطر المؤمن منه، و هو العجز و التقاعس عن الاداء و ترتب عليها انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له بمجرد انعقاد العقد و لما كانت الحوالة الثابتة في الوثيقتين اعلاه، قد تمت باتفاق طرفيها عليها و كان الخطر المؤمن منه و هو حصول عجزا و تقاعسا عن الاداء من طرف المدين قد وقع فعلا و اضحى وجوده محققا و ادت الشركة ما التزمت به لفائدة الدائن الاصلي البنك الشعبي مبلغ حسب الثابت من الوصل المدلى به مما يكون معه ، و قد انتقل اليها بذلك بمقتضى الحوالة الثابتة<sup>1</sup>

تأسيسا على ما سبق ، فان حصول الخطر المؤمن عنه يجعل المقرض يعود على شركة التأمين قصد اداء المستحقات التي توجد في ذمة المترض ، بالمقابل فان شركة التأمين تعود على المؤمن له المقرض قصد استخلاص المبلغ الذي ادته لفائدة المقرض في حالة العجز الدائم و الكلي ، فالرأي فيما تعتقد ان الهدف في التأمين هو تفادي رجوع المقرض الدائم على المدين في حالة العجز

<sup>1</sup> - جاء في قرار آخر لنفس المحكمة المذكورة، و في نفس الموضوع ما يلي: "و حيث أن الفصل 211 من ق.ل.ع يقضي، بأن الحلول محل الدائن في حقوقه يقع إما بمقتضى الاتفاق او بمقتضى القانون و أن الفصل 214 من ق.ل.ع يجعل من بين الحالات التي يقع فيها الحلول بمقتضى القانون الحلول الذي يقع لفائدة من و في دينا كان ملتزما مع المدين أو عنه.

و حيث إن كان الثابت ان المدعية شركة التأمين - مستأنفة - اقامت دعوة مالية لإلتزام المدعي عليه - المستأنف عليه - بما دفعته الشركة للبنك الشعبي فأسندت في مطالبتها الى شرط الحلول الوارد في عقد القرض و وثيقة التأمين إذا كان هذا الشرط في حقيقة حوالة حق احتمالي مشروط بتحقق الخطر المؤمن منه ، وهو العجز أو التقاعس عن الأداء فترتب عليها انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعدام العقد ، ولما كانت الحوالة الثابتة في الوثيقتين اعلاه قد تمت باتفاق طرفيها عليها ، وكان الخطر المؤمن منه وهو حصول عجز أو تقاعس عن الأداء من طرف المدين قد وقع فعلا و اضحى وجوده متحقق و أدت الشركة ما التزمت به لفائدة الدائن الأصلي..."

-قرار محكمة الإستئناف التجارية بنفاس رقم 806 صادر بتاريخ 2006/05/18 في الملف رقم 06/395 (غير منشور).

الدائم و الكلي او الوفاة... فكيف يمكن تصور رجوع شركة التأمين على هذا الاخير بعدما تقوم بتسوية وضعيته مع الدائن؟

نعتقد على ان المدين سيكون الطرف الاكثر تضررا من غيره فهو الذي يجب عله اداء مستحقات التأمين الدورية بهدف حلول شركة التأمين محله في الاداء ، لكن و مع ذلك فإنه يواجه بمتابعته من قبل شركة التأمين بمجموع المبلغ الذي ادته عنه اضافة الى المصاريف المترتبة عن ذلك ، فالمدين يوجد في وضعية ضعيفة جدا مما ينبغي اعفائه من اية مسؤولية في حال رجوع الدائن على شركة التأمين حالت تحقق الخطر المؤمن منه .

فتجب الاشارة ، الى ان استيفاء جميع اجراءات التأمين كما اشترطتها عقد القرض يجعل التنفيذ على اموال للمدين في غير محله و يتعارض مع بنود عقد التأمين ، اما في حالة عدم اثبات اتمام جميع الاجراءات المتعلقة بالتأمين ، فانه يحق للمقرض او الدائن سلوك مسطرة التنفيذ الجبري دون امكانيته المطالبة بإحلال شركة التأمين محل المدين ، و هذا ما جاء في احدي حيثيات المحكمة التجارية بالبيضاء<sup>1</sup> : " و حيث ان هذه المعطيات جميعها تؤكد ان موروث المدعين قد استوفى اجراءات التأمين كما اشترطها عقد القرض أما عدم تمكينه من وثيقة الانخراط او عدم ادلاء وثيقته بها ، فلا يؤثر على نتيجة الدعوى في شقها المتعلق ببطلان الانذار و وقف اثاره ، ام الشق الثاني المتعلق بإحلال شركة التأمين و بحكم ان هذا الطلب يستفيد منه البنك اكثر مما يستفيد منه المقرض او ورثته من بعده ، و في ضل عدم ادلاء البنك بما يفيد انخراط موروث المدعين في التأمين عن طريق استظهاره شهادة الانخراط فلا يمكن للمحكمة تمتيع البنك بمزية الحكم بإحلال شركة التأمين في الاداء بل عليها ان تثبت ما ذكر ."<sup>2</sup>

<sup>1</sup>-حكم رقم 8013 صادر بتاريخ 2008/7/1 في الملف رقم 2007/11/10812 (غير منشور).

<sup>2</sup>-وأكدت في حيثية أخرى نفس المحكمة المذكورة وفي نفس الحكم ما يلي : " وحيث إنه بالنسبة لدفع شركة التأمين المتعلق بإثبات التأمين و الذي تبناه القرض العقاري والسياسي في أحد مذكراته ، فلا يمكن الإلتفاف إليه في الجانب المتعلق بدعوى إيقاف آثار الإنذار أولا لخصوصية هذا التأمين لأن العقد مبرم أصلا بين البنك و شركة التأمين ، وهذه الأخيرة لا تنكر وجوده".

في السياق ذاته ، جاء في حكم للمحكمة التجارية بمكناس<sup>1</sup> ما يلي : " و حيث انه اعتبارا لما تقدم فان المقرض المؤمن له قد اصبح في حل من التزامه بالأداء تجاه القرض العقاري و السياحي ما دام قد تحقق الخطر عليه و تم الحكم على شركة التأمين بأدائها لكافة الدين للقرض العقاري و السياحي بما فيه الجزء المضمون بالرهن العقاري ، و بالتالي لم يعد هناك اي موجب لمسطرة تحقيق هذا الرهن ، الامر الذي يبرر الاستجابة لطلب بطلان الانذار العقاري"<sup>2</sup>.

كما ان شركة التأمين او وكيلها المفوض له ابرام عقود تأمين مع الزبناء المدينين ملزمة بتقديم النصح لفائدة المؤمن له ، لأنها شخصا محترفا و تعمل داخل اختصاصها ، و في هذا السياق فشركات التأمين تعد مسؤولية الى جانب وكيلها عن اي ضرر لحق بأحد المتعاقدين معها و يقع عليها عبء اثبات تقديم النصح و اعلام قبل التعاقد.

و بالرجوع الى الواقع العملي ، يلاحظ ان الانخراط في التأمين على القروض عادة ما يكون بين المقرض او المؤسسة المالية مع شركة التأمين لفائدة المقرض او المدين الراهن ، فحينما يتم ابرام عقد القرض يضمن فيه الدائن المرهق بندا يلتزم بمقتضاه المدين بالانخراط في شركة التأمين على الحياة و العجز الكلي و الدائم ، اما البعض الاخر من البنوك فتخصص رسوم التأمين على القروض

الشخصية دون ابلاغ زبائنها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-حكم رقم 407 صادر بتاريخ 2009/4/23 في الملف رقم 4/06/1025 ، 4/785 ( غير منشور).

<sup>2</sup>-انظر في نفس التوجه الأحكام القضائية التالية:

- حكم المحكمة التجارية بمكناس ( بدون رقم) صادر بتاريخ 2010/03/17 في الملف رقم 4/09/248 و 4/09/136 ( غير منشور).

-حكم المحكمة التجارية بفاس رقم 249 صادر بتاريخ 202006/20 في الملف رقم 04/05/1975 ( غير منشور).

-حكم المحكمة التجارية بالبيضاء رقم 3375 صادر بتاريخ 02009/3/24 في الملف رقم 2007/11/12088 ( غير منشور)

<sup>3</sup>-جاء في حكم المحكمة التجارية بمكناس ما يلي : " وحيث و أمام ما سبق تعليقه يبقى المدعى عليه مستفيدا من الضمان الذي حوله له انخراطه في وثيقة التامين الجماعي المنصوص عليه في عقد القرض .

وحيث إنه بثبوت الخطر المؤمن عليه ، وقيام المدعى عليه بإشعار البنك المدعي بوقوعه ، يبقى من حق هذا الأخير استخلاص دينه مباشرة من شركة التأمين إعمالا بالمقتضيات الواردة بعقد القرض ، مما يبقى طلب الأداء المقدم في مواجهة المدعى عليه غير ذي أساس و يتعين رده".

-حكم رقم 841 صادر بتاريخ 2009/10/20 في الملف رقم 4/7/852 ( غير منشور).

ختاما هذا الموضوع ، نعتقد ان حصول واقعة الخطر المؤمن عنه يفرض على المقترض تبليغ شركة التأمين قصد الاستفادة من اثار عقد التأمين في وقت محدد ، و في نفس الوقت لا يجب على المرض متابعة المدين او المؤمن له او ذوي حقوقه في حالة الوفاة بمسطرة التنفيذ الجبري من اجل اداء ما تبقى من مبلغ الدين موضوع التأمين ، و انما يجب متابعة شركة التأمين التي يجب عليها ان تحل محل المؤمن له في اداء التزاماته لفائدة المؤمن في حالة قيام عقد التأمين على وجه صحيح .

و ان من شأن اعفاء المؤمن له او ذوي حقوقه من اداء ما تبقى من مبلغ الدين موضوع القرض العقاري يولد طمأنينة لدى المقترضين قصد الاقراض من جهة اولى و التأمين على مبلغ القرض من جهة ثانية ، و ان كانت القواعد القانونية المنظمة للتأمين على القروض لا تسعفنا للتأكد على وجود حماية قانونية فعالة للمؤمن له او ذوي حقوقه الذي يحتاج اكثر الى وجود نظام حمائي فعال.

### ● اتفاقية كرامة والقرض الشعبي الجزائري CPA للتأمين عن كريق البطاقة البنكية الالكترونية:

وقعت شركة تأمين الأشخاص كرامة للتأمينات (الفرع التابع لشركة التأمين و إعادة التأمين) الاثنين بالجزائر مع القرض الشعبي الجزائري اتفاقية تتيح لحاملي البطاقات البنكية الالكترونية باكتتاب عقد تأمين الكتروني ببدء في مرحلة أولى بالتأمين على السفر الذي يقترحه هذا المؤمن الاجتماعي.

وتم التوقيع على الاتفاقية بالأحرف الأولى من طرف الرئيس المدير العام لشركة كرامة للتأمينات السيد عمار مصلوح و الرئيس المدير العام للقرض الشعبي الجزائري عمار بودياب بحضور الوزير المنتدب المكلف بالاقتصاد الرقمي و عصرنة الأنظمة المالية السيد معتصم بوضياف.

ولهذا الغرض فتحت شركة كرامة للتأمينات بوابة للاكتتاب و التسيير و الدفع الالكتروني لتصبح بذلك أول مؤمن يوفر هذا النوع من البوابات حتى وإن كان التأمين الالكتروني مقترح من طرف مؤمنين آخرين حسب السيد مصلوح.

وتسمح هذه البوابة- التي طورتها الشركة- ليس فقط بإعداد كشف تقديري الالكتروني و تحويله إلى عقد و الدفع بالبطاقة البنكية الالكترونية بل وأيضا بتسيير و تغيير العقد عن بعد فيما يخص مثلا فترة و مدة السفر أو الوجهة بل حتى إلغائه.

كما تتيح أيضا للزبون إمكانية "التعويض بشكل آلي و جد مبسط عند الاقتضاء.

كما تسمح البوابة لشركة كرامة للتأمينات ب "الاقتراب أكثر من زبائنها و الظفر بخصص جديدة من سوق التأمينات و كذا تحسين العلاقة بين الزبائن و المؤمنين" حسب قوله مؤكدا أن العقد الالكتروني "مؤمن كليا حسب المقاييس الدولية في هذا المجال".

وأكد المتحدث أن الأمر يتعلق أيضا بوضع تحت تصرف الزبائن "وكالة افتراضية حقيقية علما أن جميع الخدمات المقترحة في وكالة تقليدية متوفرة عبر المسار الرقمي" مشيرا إلى أن التأمين الالكتروني سيوسع في المستقبل القريب ليشمل منتجات أخرى إضافة إلى التأمين على السفر "مسافر".

ومن جهته أشاد معتصم بوضياف بإطلاق هذا المنتج "الذي يوفر للزبائن راحة و وضوح الرؤية" متوقعا أن تكون 2017 "سنة التأمين الالكتروني على غرار الخدمات البنكية الالكترونية".

ويذكر أن شركة كرامة للتأمينات التي أنشأت في سنة 2011 قد حققت رقم أعمال فاق 2 مليار دج في 2016 (مقابل 1ر8 مليار دج في 2015) من خلال شبكة تضم 243 نقطة بيع.

وإضافة إلى شبكتها الخاصة تركز الشركة أساسا على الشبكة الأم (شركة التأمين و إعادة التأمين) ب 85 نقطة بيع و القرض الشعبي الجزائري (ب 100 وكالة قريبا) و أبي سي بنك.

ومنذ 2011 تم التكفل ب 11000 ملف من طرف المؤمن بقيمة إجمالية تقدر ب 3 مليار دج.

وللإشارة فإن نمو قطاع التأمينات بالجزائر يغلب عليه في السنوات الأخيرة التأمين على الأشخاص رغم أن هذا الفرع لا يمثل سوى 8 بالمائة من السوق الإجمالية.

وقد ارتفع التأمين على الأشخاص سنة 2015 ب 18 بالمائة مقابل 1 بالمائة فقط للتأمين على الأضرار.



دخول وشيك للقرض الشعبي الجزائري في رأسمال كرامة للتأمينات ومن جانبه كشف بودياب أن القرض الشعبي الجزائري و شركة كرامة للتأمينات يعزمان تعزيز شراكتهما من خلال ترقية نشاطات الخدمات المصرفية الالكترونية و التأمين المصرفي و هو تعاون من شأنه أن يتعزز من خلال الدخول الوشيك لهذا البنك العمومي في رأسمال شركة كرامة للتأمينات التابعة حاليا للشركة الجزائرية للتأمين وإعادة التأمين بنسبة 100 بالمائة.

وذكر أن القرض الشعبي الجزائري و قبل شراكاته مع كرامة للتأمينات قد فتح عدة ورشات للدفع عبر الانترنت باستعمال البطاقة البنكية الالكترونية مع بعض المؤسسات على غرار الشركة الوطنية للخطوط الجوية و جازي و الصندوق الوطني للعدل المدفوعة الأجر و البطالة الناجمة عن سوء الأحوال الجوية لقطاعات البناء والأشغال العمومية و الري والوكالة الوطنية لتحسين السكن و تطويره (عدل) و الفنادق العمومية و شركات تأمين أخرى (الشركة الجزائرية للتأمين وإعادة التأمين و الشركة الجزائرية للتأمين الشامل...).

ويعد الطرفان شريكين في مجال التأمين المصرفي منذ 2011 و هو نشاط سمح للبنك بتحقيق مبلغ 146 مليون دينار من العمولات لحد اليوم منها 46ر5 مليون دينار سنة 2016 كما تسوق منتجات شركة كرامة للتأمينات الخاصة بتأمين الأشخاص عبر 73 وكالة للقرض الشعبي الجزائري و من المقرر ان تتوسع هذه العملية لتخص 31 وكالة جديدة عما قريب.

تمويل 120 ألف سكن آل بي بي قريبا وردًا على سؤال حول تمويل القرض الشعبي الجزائري لبرامج السكن الترقوي العمومي أكد بودياب أن التمويلات المصرفية لهذه المشاريع "تتقدم بوتيرة حسنة".

وفيما يخص برنامج السكن الترقوي العمومي الجديد لسنة 2017 و الذي يخص 120.000 سكن أوضح أن البنوك بصدد دراسة ظروف تمويل هذا المشروع.

وأشار في الأخير إلى أن القرض الشعبي الجزائري يعد حاليا 15.000 ملف تمويل سكنات من مختلف الصيغ.

وفي نهاية 2016 كان القرض يعد نحو 366.000 بطاقة بنكية الكترونية التي حققت أزيد عن مليون صفقة و أكثر من 2.500 نهائي للدفع الالكتروني من الجيل الجديد و 161 موزع آلي للأوراق البنكية منها 45 موزعا مفتوحا على المستوى الدولي حسبما أكده بوغريرة مدير الاستغلال على مستوى هذا البنك<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: فرض الرقابة على شركات التأمين

يعتبر نظام التأمين بمختلف أنواعه من أهم الوسائل التي لجأ إليها الإنسان لمواجهة مختلف المخاطر التي تواجهه أثناء حياته، وبتطور المجتمعات أصبح التأمين نظاما قانونيا واقتصاديا مستقلا بذاته تحكمه قواعد و ضوابط خاصة، وتعد الجزائر من الدول التي اهتمت بنظام التأمين و خصصته بقوانين و نصوص تنظيمية بمختلف صورته. فما هي أسس و قواعد عمل شركات التأمين و آليات الرقابة عليها في القانون الجزائري.

#### 1- القواعد المنظمة لشركات التأمين الوطنية و الأجنبية في التشريع الجزائري:

سنتناول بيان شروط إنشاء و اعتماد شركات التأمين الوطنية و الأجنبية وفق آخر تعديل لقانون التأمين الجزائري رقم 06/04 المؤرخ في فبراير 2006 في نقطتين اثنتين.

#### أ- الشروط العامة لإنشاء و اعتماد شركات التأمين الوطنية و الأجنبية في الجزائر:

أوجب المشرع الجزائري على الشركات الوطنية للتأمين و إعادة التأمين أن تكون شركات ذات أسهم و أن تتوفر على الحد الأدنى لرأسمال يختلف حسب طبيعة فروع التأمين التي طلب الاعتماد من أجلها ، ويشترط منها إيداع طلب اعتماد مع ملف يحتوي على المخطط التقديري للنشاط و الوسائل التقنية و المالية و اللازمة لذلك و المؤهلات المهنية التي تتوفر لديها ، و الحصول على الاعتماد بقرار من الوزير المكلف بالمالية بعد إبداء رأي المجلس الوطني للتأمينات في ذلك.

و في حالة رفض طلب الاعتماد من قبل الوزير المكلف بالمالية فإنه يجب تبليغه للشركة طالبة

<sup>1</sup> - مقال نشر في وكالة الأنباء الجزائرية يوم 2018/04/03 والموجودة على الموقع الالكتروني:

<http://www.radioalgerie.dz/news/ar/node/107895>، آخر تحديث يوم: 2018/06/11 على الساعة: 17:12.

التأمين بقرار مبرر قانونا، و يمكن لهذه الأخيرة الطعن في قرار الرفض أمام مجلس الدولة باعتباره أعلى جهة في السلم القضائي الإداري الجزائري، حيث أن من بين مهامه النظر و الفصل في الطعون بالبطلان و الإلغاء و تفسير القرارات الصادرة عن السلطات المركزية و الهيئات الوطنية<sup>1</sup>.

### ب - الشروط الخاصة لإنشاء و اعتماد تعاضديات التأمين الأجنبية في الجزائر<sup>2</sup>:

زيادة على الشروط العامة الوارد ذكرها أعلاه و التي يجب على شركات التأمين أو إعادة التأمين مراعاتها للحصول على الاعتماد بالجزائر، هناك شروط خاصة أوردها المشرع الجزائري بالنسبة لهذه الشركات و هي:

أ- بالنسبة لتعاضديات (تعاونيات) التأمين: و هي تلك الهيئات التي تقوم بعمليات التأمين دون أن يكون غرضها هو تحقيق الربح و أطلق عليها المشرع الجزائري مصطلح "شركة ذات شكل تعاضدي"، كما اشترط المشرع الحد الأدنى للمنخرطين فيها حتى يتم قبولها و هو 5000 منخرط.

ب- بالنسبة لشركات التأمين الأجنبية: بموجب نص المادة 204 مكرّر 2 من قانون التأمينات الجزائري فإن فتح فروع لشركات التأمين الأجنبية بالجزائر يستوجب الحصول مسبقا على رخصة يمنحها الوزير المكلف بالمالية، مع المراعاة مبدأ المعاملة بالمثل.

كما أن فتح مكاتب تمثيل شركات التأمين أو إعادة التأمين في الجزائر يخضع للحصول المسبق على اعتماد من الوزير المكلف بالمالية، بعد توافرها على الحد الأدنى من رأسمال المطلوب قانونا الذي يختلف حسب طبيعة كل شركة و نوع التأمين الذي تمارسه، فضلا عن إلزامها بأداء وديعة ضمان لإقامة فروع شركات الأجنبية تساوي على الأقل الحد الأدنى رأسمال المطلوب حسب الحالة<sup>3</sup>.

### 2- مهام و التزامات شركات التأمين:

<sup>1</sup> - المادة 09 من القانون العضوي 01/98 الصادر عام 1998 المتعلق بصلاحيات مجلس الدولة الجزائري وكيفية يسر عمله.

<sup>2</sup> - بوحية وسيلة، المرجع، القواعد المنظمة لعمل شركات التأمين وآليات الرقابة عليها في القانون الجزائري، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية، العدد 1 لسنة 2015، جامعة يحي فارس بالمدينة، ص. 4-5.

<sup>3</sup> - بوحية وسيلة، المرجع السابق، ص. 9 وما بعدها.

و يقع على عاتق شركات التأمين العاملة بالجزائر التزامات تجاه المؤمنين لهم كونها الطرف الثاني في عقود التأمين و تتمثل فيما يلي :

1- دفع مبلغ التأمين: إن أهم التزام يقع على عاتق شركات التأمين هو دفع مبالغ التأمين في حالة تحقق الخطر المؤمن منه إلى المؤمن له أو إلى الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه .

2- الاشتراك بمبالغ مالية في صندوق المنشأ لدى الوزارة المكلفة بالمالية يسمى "بصندوق ضمان المؤمن لهم" و يتمثل هذا الاشتراك بنسبة 1% من الأقساط المدفوعة من قبل المؤمن لهم صافية .

3- القدرة على تبرير التقديرات المتعلقة بالالتزامات النظامية طبقا لنص المادة 224 من قانون التأمينات بنصها: "يجب على شركات التأمين أو إعادة التأمين و فروع شركات التأمين الأجنبية أن تكون قادرة على تبرير التقديرات المتعلقة بالالتزامات النظامية التي يتعين عليها تأسيسها وهي الاحتياطات، الأرصدة التقنية ،

وفقا للأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمين المعدل و المتمم، تم إنشاء لجنة الإشراف و الرقابة على التأمينات التي تتصرف كإدارة رقابية بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات لدى وزارة المالية و المكلفة برقابة مؤسسات التأمين، و تهدف الدولة من رقابة نشاط التأمين وإعادة التأمين إلى حماية مصالح المؤمن لهم و المستفيدين من عقد التأمين بالشهر على شرعية عمليات التأمين و على شركات التأمين أيضا، وكذلك ترقية و تطهير السوق الوطنية قصد إدماجها في النشاط الاقتصادي والاجتماعي.<sup>1</sup>

#### أولا - الرقابة الإدارية :

وهي تتمثل في منح و سحب الاعتماد و قد فرض الجزائري من خلال نص المادة 204 من الأمر رقم 07/95 على شركات التأمين و إعادة التأمين بالحصول على اعتماد بقرار من الوزير المكلف بالمالية بعد أن يبدي المجلس الوطني للتأمينات رأيه بشأن قرار منح الاعتماد مع الأخذ بعين الاعتبار في ذلك المخطط التقديري للنشاط، والوسائل المالية اللازمة، بالإضافة إلى المؤهلات المهنية لمسيري

<sup>1</sup> - المادة 209 من الأمر 07/95 السالف الذكر .

الشركة ونزاهتهم فإذا لم تتوافر هذه الشروط أمكن للجهة المختصة رفض الاعتماد، ويصدر هذا الرفض بقرار مبرر قانونا يبلغ لطالب الاعتماد ويمكن الطعن فيه أمام مجلس الدولة<sup>1</sup>. ويمكن للجهة التي منحت الإعتماد أن تسحبه في أي وقت إذا رأت مبررا لذلك، وهذا بقرار من الوزير المكلف بالمالية وذلك بعد إبداء المجلس الوطني للتأمينات رأيه فيه باستثناء حالة التوقف عن النشاط المصرح به وحالات الحل والتسوية القضائية والإفلاس<sup>2</sup>.

### ثانيا- الرقابة التقنية:

تتمثل في فرض التزامات خاصة توجب على شركات التأمين الخضوع لها وتتمثل في تكوين احتياطات وأرصدة وديون تقنية<sup>3</sup>، وتم تحديد شروط تكوين هذه الإحتياطات والأرصدة التقنية والديون التقنية، فبالنسبة للإحتياطات التي يتعين على شركات التأمين وإعادة التأمين تكوينها وتسجيلها في خصوم موازاتها في الإحتياطات المبينة في المخطط الوطني المحاسبي لقطاع التأمين وفي كل احتياط آخر اختياري يكون بمبادرة الأجهزة المختصة في هيئات التأمين وإعادة التأمين فاحتياط الشركة تقابل ديونها وبذلك فهي ملزمة بتخصيص ما يكفي للوفاء بالتعويضات التي تلتزم بها.

### ثالثا- رقابة الدولة من خلال فرض التزامات أخرى على شركات التأمين:

بالإضافة إلى تكوين وتمثيل الإحتياطات والأرصدة التقنية والديون التقنية يجب على شركة التأمين وإعادة التأمين أن ترسل إلى لجنة الإشراف على التأمينات، الميزانية وتقرير نشاطها وجداول الحسابات والإحصائيات وكل الوثائق الضرورية، ويتعين عليها أيضا أن تنشر ميزانيتها وحسابات النتائج في يوميتين وطنيتين على الأقل 04 تكون إحداها باللّغة العربية<sup>4</sup>، وتلتزم كذلك بمسك

<sup>1</sup> - المادة 218 من الأمر 07/95 السالف الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - المادة 119 و 120 من نفس الأمر.

<sup>3</sup> - المادة 224 من نفس الأمر وكذا المرسوم التنفيذي 272/04 المؤرخ في 2004/08/29 المتعلق بالالتزامات التقنية الناجمة عن تأمين آثار

الكوارث الطبيعية، ج.ر.ع 55 لسنة 2004.

<sup>4</sup> - المادة 226 من نفس الأمر.

الدفاتر والسجلات التجارية<sup>1</sup>، وتتجلى رقابة الدولة لشركات التأمين من خلال عرض كل وثيقة تجارية موجهة للجمهور على إدارة الرقابة ويمكن لهذه الأخيرة أن تطلب تعديلها في أي وقت شاءت<sup>2</sup>. وقد نص المشرع الجزائري في هذا الخصوص في المادة 227 من قانون التأمينات على أنه " تخضع الشروط العامة لوثيقة التأمين أو أية وثيقة أخرى تقوم مقامها، لتأشيرة إدارة الرقابة التي تستطيع أن تفرض العمل بشروط نموذجية. تسلم إدارة الرقابة التأشيرة المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه في أجل خمسة وأربعين (45) يوما من تاريخ الاستلام، وبانقضاء هذا الأجل تعتبر التأشيرة مكتسبة، تعرض مسبقا كل الوثائق التجارية الموجهة للجمهور على إدارة الرقابة التي يمكن لها أن تطلب تعديلها في أي وقت". حيث يتضح منه ضرورة الحصول على ترخيص إداري مسبق، بالنسبة لكل المستندات التي يرغب المؤمن في طرحها على الجمهور، ومن حق السلطة المختصة<sup>3</sup> في رقابة محتوى هذه الوثائق وخاصة الشروط العامة للتعاقد ومدى اتفاقها مع الأحكام القانونية السارية، غير أن العمل قد جرى على أن السلطة المختصة تبسط رقابتها خارج هذا النطاق، لتتناول مدى ملاءمة الوثيقة وعدالتها، وتتأكد من خلوها من الشروط التعسفية التي تخل بالتوازن المفترض داخل العقد، ويكون لإدارة الرقابة أن تطلب من المؤمن ابلاغه بكل المستندات الموجهة للجمهور بهدف التعاقد أو الاعلان، وذلك قبل نشرها، ويكون امام الوزير المكلف بالمالية مهلة 45 يوما ليقتراح ما يراه من تعديلات وإلا كان للمؤمن نشر هذه المستندات، وإذا تبين أن هذه الوثائق أو

<sup>1</sup> - المادة 225 من نفس الأمر.

<sup>2</sup> - المادة 227 من نفس الأمر. ولتعزيز وتقوية الحماية الفعالة للمستهلكين في هذا النوع من العقود يقتضي الأمر الإشارة إلى بعض الاقتراحات نذكر منها:

\* ضرورة استعمال اللغة العربية في صياغتها احتراماً لمقتضيات الدستور.

\* وضع لائحة لتحديد الشروط التعسفية بتوفير المستهلك على مستوى تكوين العقد وتنفيذه وتحديد نطاق المسؤولية المترتبة عن ذلك.

\* خلق مراكز الاستقبال والإخبار، والاستشارة المجانية في كل قضايا الاستهلاك.

\* تعميم حقوق المستهلك على مستوى الإعلام بنفس القدر فيما يتعلق بالإشهار التجاري.

\* تفعيل الرقابة على شركات التأمين وعلى مستوى قدرتها على الوفاء بالالتزامات التي تعاقدت عليها تجاه المستهلكين.

<sup>3</sup> - المتمثلة في كل من وزارة المالية، والمجلس الوطني للتأمين، راجع حول دور الأجهزة في الرقابة، معراج جديدي، النظام القانوني للتأمين في الجزائر في ضوء التحولات الاقتصادية الجديدة، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2007، ص. 176 وما بعدها.

المستندات تحتوي ما يتعارض مع القوانين واللوائح، كان للوزير المختص، بد أخذ رأي اللجنة الاستشارية للتأمين ، أن يطلب تعديل هذه المستندات أو سحبها وعدم نشرها<sup>1</sup>.

أم المشرع الإماراتي فإنه من خلال هيئة التأمين التي أنشئت بموجب القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 2008 والتي حولها تنفيذ أحكامه وتحديد مدى تطبيق قواعد ممارسة الشركات لمهنة التأمين وآدابها وذلك في إطار حماية حقوق حملة وثائق التأمين والمستفيدين منها نذكر من بين هذه الأحكام: "يمتد إشراف ورقابة هيئة التأمين على نظام وسطاء التأمين وتنظيم أعمالهم من أجل حماية جميع الأطراف ذات العلاقة التأمينية".

وحقيقة هذه الإجراءات<sup>2</sup> كلها من شأنها حماية مستهلك خدمة التأمين ، حيث تفرض على المؤمن أن يعرض خدمته بطريقة تكون مفهومة من المؤمن له، كما تسهل عليه مقارنة ما يعرض عليه من وثائق من جهة، وتعمل هذه الإجراءات على توحيد محتوى وثائق التأمين من جهة أخرى، بما يكفل توفير المناخ الملائم لتطوير وتعزيز دور صناعة التأمين في ضمان الأشخاص و الممتلكات والمسؤوليات ضد المخاطر وذلك حماية للاقتصاد الوطني.

وإن كان من الممكن إبداء الملاحظة التالية، وهي أن أجهزة الرقابة في التشريع الجزائري يغلب عليها الطابع الإداري في تشكيلتها وصلاحتها، عن الطابع الفني والسياسي فهي أجهزة بإمكانها أن تكون أكثر فعالية لو تكونت من أشخاص ذوي كفاءة عالية ومتخصصين في مجال تقنيات التأمين.

### المبحث الثاني: تنفيذ عقد التأمين

يعد من الآثار القانونية للعقد إلزام المتعاقد بتنفيذه طبقاً للفصل ... من ق.م.ج الذي ينص على أن "الاتفاقيات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئها ولا يجوز إلغائها إلا برضاها أو في الحالات المنصوص عليهما في المنصوص عليهما في القانون".

<sup>3</sup> - المادة 228 من قانون التأمينات، وراجع في هذا الخصوص، معراج جديدي ، المرجع السابق، ص.177.

<sup>2</sup> - وعكس ذلك تقرير قطاع التأمين في الإمارات بعدما أنيط بهيئة التأمين دور الإشراف والرقابة على أعمال شركات التأمين، فإنه وفق مؤشرات السوق وتأكيدات الخبراء والمختصين في هذا القطاع، نجاح هذه الهيئة الرقابية في إحداث نقلة نوعية ومتطورة في سوق التأمين من الناحية التشريعية والرقابية، مما ضاعف نمو هذا القطاع وتطوير تنافسية سوق التأمين المحلية، تقرير حجم الاستثمارات في سوق التأمين للإمارات بلغ 2,6 مليار درهم على الموقع: [www.argaam.com/article/articledetail/381166/](http://www.argaam.com/article/articledetail/381166/)

ويمكن أن نلتبس واقع وآفاق الحماية القانونية على مستوى تنفيذ عقد التأمين من خلال الحماية القانونية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري (المطلب الأول)، على أن ننوه في المطلب الثاني إلى ثنائية التأمين والمسؤولية كضمان لتقرير حق المستهلك في التعويض (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: حماية مستهلك خدمة التأمين من الشروط التعسفية طبقا للقانون الجزائري :

إن الطرف القوي في عقد التأمين و هو المؤمن يسعى بما أوتي من سيطرة إلى تقييد القواعد العامة للقانون و يفرض القواعد التي تحقق مصالحه و تنقض من أعبائه، و يقلل أو يلغي حقوق الطرف الضعيف أو يزيد من أعبائه من خلال العقد النموذجي الذي يضعه، و ما على هذا الأخير إلا أن يقبل و يوقع في المكان المحدد له.

و يصاحب ذلك عادة تفنن المؤمن في تعقيد أسلوب صياغة العقد حيث يصعب على المؤمن له فهمه، أو يعمد إلى كتابته بأحرف صغيرة يصعب قراءتها، أو يقوم بكتابة شروط مهمة في مجالات هامشية في العقد، كل ذلك يدفع المؤمن له إلى العزوف عن قراءة العقد لأن ذلك لن يجديه نفعاً<sup>1</sup>. كل هذا دفع المشرع المرابي و غيره من التشريعات المقارنة ، أمام واقع تخلف أو ضعف الرضا في الشروط النموذجية لعقد التأمين، إلى الوقوف إلى جانب الطرف الضعيف و إبطال البنود المجحفة لمصلحته تحقيقا للتوازن العقدي و مراعاة لمبادئ العدالة و الإنصاف.

و نظرا لأهمية التشريع الفرنسي باعتباره الأصل المادي و التاريخي للقانون الجزائري ارتأينا بحث موضوع الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري وذلك استأناسا لما أقر به المشرع الفرنسي في "الفرع الأول" على أن نخصص "الفرع الثاني" ضمان حق مستهلك في التعاقد المجدي،.

### الفرع الأول : حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفقا للقانون الجزائري

<sup>1</sup> - أحمد الملحم : نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكونية السنة السادسة عشرة. العدد الأول و الثاني، مارس يونيو 1992. ص 251. و في نفس الصفحة يقول "إن أحد الفقهاء سأل كثيرا من المحامين و أساتذة القانون على مدى سنوات عديدة إذا كانوا يقرؤون نماذج العقود قبل التوقيع و كانت إجابة الأغلبية بالنفي".



لم يكتف كل من المشرع الجزائري ونظيره الإماراتي بما ورد في التقنين المدني من قواعد عامة تحمي الطرف المدعى في عقد التأمين، وإنما حرص على إيراد بعض النصوص التي يبدو من خلالها مدى وعيه الكامل باختلال التوازن بين أطراف عقد التأمين. وأول هذه النصوص وأهمها هو ذلك الذي يجعل من القواعد المنظمة لعقد التأمين قواعد آمرة وثانيها خاص بتحديد مشتملات الوثيقة سواء عن طريق حظر بعض الشروط، أو عن طريق فرض بعض البنود التي يجب أن تحتويها الوثيقة، وثالث هذه النصوص، تلك التي تفرض رقابة جدية من الدولة على شركات التأمين لضمان عدم تعسفها، وستتناول هذه المظاهر الثلاث للحماية تباعا.

### أولاً: رفع الجهالة عن مستهلك خدمة التأمين

التفاوت الصارخ في المعلومات و المعطيات بين المهني و المستهلك ، يستدعي أن يقدم الأول للثاني المعلومات المطلوبة، و ينقلها إليه لتنوير بصيرته و مساعدته على اتخاذ قرارات تعاقدية صائبة، و التزام المهني في هذا الصدد يكيف على انه سعي إلى تحقيق نتيجة (المطلب الأول)، و لا يكفي المؤمن بذلك بل هو مطالب بالالتزام بإفهام المستهلك بالمعلومات المنقولة إليه ، و هو التزام ببذل عناية ليس إلا (المطلب الثاني).

### 1- دعم الإطار الجبري لخلق ثقل موازن لمعارف المهني

#### ● البيانات اللازمة و الشروط النموذجية

المسلك الذي انحازت إليه تشريعات التأمين المقارنة ، هو تنظيم عقد التأمين و محتوياته تنظيماً قانونياً مباشراً بالشكل الذي لم يترك للأطراف خيارات كبيرة في تحديد شروطه و آثاره<sup>1</sup> و بات القانون هو مصدر إلزامية العقد. و لا شك أن هذا التنظيم المسبق هو آلية وقائية و فعالة لحماية رضا المستهلك، و هذا المقتضى تطلب أمرين:

#### أ/ البيانات و المعلومات الإلزامية

<sup>1</sup> - محمد الهيني، المرجع السابق، ص. 22

التفاوت الاقتصادي و الاجتماعي الصارخ بيت مهني التأمين و المستهلك، أحال العقد إلى قانون الطرف الأكثر قوة، و هو ما دفع المشرع إلى خلق ثقل مواز للمزايا الطبيعية للمهنيين،<sup>1</sup> بتدعيم الإطار الجبري في عقد التأمين و انطلاقا من رؤية معينة للمصلحة العامة، قام بتوجيه العقد صوب ما يحقق نفعا أكبر للجماعة<sup>2</sup>. و بمقولة أن الشخص غير المختص و الجاهل لخبايا التأمين يطلب المعرفة من المختص و ه ما تطلب وضع هذا الأخير (المؤمن) في مركز الموجب و الذي يتعين عليه أن يشتمل عرضه على معلومات معينة تدرج و بشكل إلزامي. بعد إثبات عدم قدرة القواعد المكملة الصمود أمام الرغبة في مخالفتها، و هو ما استدعى ظهور طائفة العقود المنظمة و الجبرية<sup>3</sup> Règlementés Forcés، و الملاحظ في هذا الصدد أن هذا التدخل التشريعي لم يعد يتوقف على إلزام مهني التأمين بالإعلام، بل تعداه إلى مسألة تحديد المعلومات الملتمزم بالإفشاء بها، و من الغريب أن هذا التوجه لا نجده إلا في قوانين التأمين المقارنة، و التي تؤطر معطيات شروط العقد و نظم أحوال سقوطه و حالات الاستبعاد، و الانتهاء و غيرها من المتعلقات و ما يسترعي الانتباه، هو ذلك التطور الملفت في هذا المجال، و الذي على ما يبدو هو صنعة فلسفة قانون الاستهلاك الحمائية. فاليوم بم يعد غريبا الكلام على ضرورة المطابقة القانونية للمعلومات الواردة في العقد مع مقتضيات هذا القانون<sup>4</sup>. كما لم يعد مستهجنا الدعوة لالتزام المؤمن لمقياس و مواصفات و نوعية المعلومات المطلوبة (التقيس Normalisation)<sup>5</sup>، لا و أيضا الرجوع إلى فكرة الوسم Etiquetage، و التي باتت موجهها عاما، يعبر عن مجموع البيانات و الكتابات و الرموز، و هو ما تؤكد عليه المادة 52 من مرسوم 13- 378 المحدد لشروط و كفايات الإعلام المستهلك

<sup>1</sup>-بوعبيد عباس، مرجع سابق، ص. 72

<sup>2</sup>-أمين إبراهيم العشماوي، مفهوم العقد و تطوره، دار النهضة العربية، مصر 2002، ص 139.

<sup>3</sup>- كما يقرر أحدهم أن الحرية هي من تقيد القانون و من يجر، راجع :

-Christian Lapoyade de Champs, Droit des obligations, Ellipses, 1998, p.02.

<sup>4</sup>- راجع المواد 11-12 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر.ع 15 لسنة 2009..

<sup>5</sup>- المعرف بالمادة 02 من القانون 23/89 المتعلق بالتقيس و المعدل و المتمم في مواجهة مشاكل الهدف منها تحقيق الدرجة المثلى من التنظيم في

إطار معين (منتوج أو خدمة).

بقولها" يجب على مقدم الخدمة إعلام المستهلك عن طريق الإشهار أو الإعلان أو بواسطة أي طريقة بالخدمات المقدمة و الحدود المحتملة للمسؤولية، و الشروط الخاصة بتقديم الخدمة".

### ب/ فكرة الشروط النموذجية:

قد أسلفنا أن فكرة النظام العام الحمائي بدأت تلقي بضلالها على عقد التأمين، و هذا لمواجهة الشروط المدعنة و المعضلة بإرادة المستهلك و المدجة بوثائق التأمين<sup>1</sup>. هذا و تنص المادة 11/04 من قانون التأمين الفرنسي على إمكانية فرض السلطة الإدارية للشروط النموذجية في عقد التأمين، و رغم أنها رخصة، لكن الهيئات المشرفة على التأمين في فرنسا سارعت إلى أعمالها (شروط التحفيزات التشجيعية في بوليصة التأمين على السيارات، و التأمين على البناء...).

و تؤكد الممارسة في فرنسا أن هذه الشروط معمدة التطبيق على كل أنواع التأمين و هو ما يثير قلق مهني التأمين بمقولة أنها تحد من حرية المنافسة و تشوهها في هذا القطاع.

و من جهته فإن القانون الجزائري قد نص على بعض الشروط النموذجية في عقد التأمين على الأشخاص بموجب المادة 70 من القانون 04/06، و من دون أن يعممها على باقي أنواع العقود الأخرى (التأمين البحري، التأمين على المسؤولية...)، و هذا ما يوحي بانسحاب أحكام المادة السابعة (07) من ذات القانون على هذه التأمينات إلى غاية وضع شروط نموذجية لكل نوع من أنواع التأمين، على غرار ما فعلته فرنسا<sup>2</sup>.

### 2- حق المستهلك في فهم ما ينقل إليه من معلومات

ليس يكفي التأكيد على ضرورة نقل المعلومات إلى المستهلك، إنما يتعين إفهامها و توضيحها له. على اعتبار أن الفائدة الوحيدة من إلزام المهني بالإدلاء بالبيانات هي تحصيل ملتقي التأمين لهذه البيانات و فهمها.

<sup>1</sup>- Yvonne Lambert, op. cit , P. 106.

<sup>2</sup>- بن حميدة، نهيات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، المرجع السابق، ص 19.

صحيح أن الفقه جرى على التأكيد أن التزام المؤمن في هذا الصدد لا يعدو أن يكون التزاما بوسيلة<sup>1</sup>، لكن يجب أن لا يؤخذ هذا القول على إطلاقه، إذ المطلوب منه أن يختار من وسائل تنفيذ الالتزام الوسيلة الملائمة و الفعالة كي يستطيع الدائن فهمها، و هذا يقتضي أولا إيصال المعلومة باللغة التي يفهمها المرسل إليه ثم التحري عن قابلية المتلقي لفهم ما ينقل إليه من معلومات و أخيرا تبسيط اللغة المستعملة في العقد.

### ● لغة عقد التأمين:

ليس هنالك في قانون التأمين الجزائري تحديدا للغة التي تحرر بها بوليصة التأمين<sup>2</sup>، و ذات الأمر يسجل في قانون التأمين المغربي الذي لم يتعرض للغة التي يجب أن يكتب بها عقد التأمين على خلاف قانون التأمين الفرنسي، الذي ينص صراحة على إلزامية كتابة عقد التأمين باللغة الفرنسية، لكنه و بناء على توصية اللجنة الأوروبية لسنة 2002، تم التأكد على إمكانية تحرير العقد بلغة أخرى بطلب أطراف العقد. كما أبدت ليونة بخصوص العقود التي لا تخضع للقانون الفرنسي، و أجازت تحريرها بلغة أخرى غير اللغة الفرنسية<sup>3</sup>. و هذا و لا يتوقف التمسك باللغة الفرنسية على المشرع ، و إنما نلمس أن القضاء الفرنسي سائر على عدم الاعتداد بشروط العقد إذا ما صيغت بلغة أخرى غير الفرنسية<sup>4</sup>.

هذا و إذا كانت مدونة التأمين الجزائرية أغفلت التأكيد على ضرورة تحرير باللغة العربية، فان النصوص قانون الاستهلاك في الجزائر لم تتأخر البتة في التأكيد على ضرورة الوسم (وسيلة للإعلام) باللغة العربية و هذا ما نكتشفه من منطوق المادة 18 من القانون 03/09 التي تنص على أن "يجب أن تحرر بيانات الرسم و طريقة الاستخدام الاستعمال و كل معلومة أخرى

<sup>1</sup> - بو عبید عباسي، مرجع سابق، ص. 90.

<sup>2</sup> - و هذا ما جعلها تحرر من الناحية العملية باللغة الفرنسية، مع بعض المختصرات باللغة العربية و هو ما يمثل عقبة كأداء المستهلك خدمة التأمين في الجزائر لأكثر تفصيل راجع شهيدة قادة، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، المرجع السابق، ص. 29.

<sup>3</sup> - و هو ما يفسح المجال للكتابة بأي لغة أخرى غير العربية، حتى لو صعب فهمها على اطراف العقد، لأكثر تفصيل راجع محمد الهني، المرجع السابق، ص. 82.

<sup>4</sup> - En ce sens voir, Yvonne Lamert, op cit, P. 106.

منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، و على سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين". كما نصت المادة السابعة من المرسوم 13-378 المحدد لشروط و كفيات إعلام المستهلك في الجزائر على أنه: " يجب أن تحرر البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك باللغة العربية أساس، و على سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الاستيعاب لدى المستهلك".

فمن الواضح أن المشرع الجزائري قد استدرك ما أغفله في قانون التأمين، متشبثا بالنص الدستوري القاضي بأن اللغة العربي هي اللغة الرسمية هذا من جهة و من جهة أخرى فقد ركز على فهم المستهلك و استيعابه لما ينقل له من معلومات.

و لما كانت اللغة العربية هي أدواته للوصول إلى الفهم، ركز عليها المشرع مع ترك بعض الخيارات الأخرى له و التي لا تقلل في شيء من سبق اللغة العربية و أولويتها عنده.<sup>1</sup>

#### ● قابلية المتلقي لفهم ما ينقل إليه من معلومات:

تحقيق الإعلام لغايته في تبديد جهالة المستهلك يتوقف في المقام الأول على قابلية هذا الأخير لفهم ما ينقل إليه من معطيات، و من شروط و بنود وثيقة التأمين. و لهذا فان غالبية الفقه يسر على أهمية الاستعداد و الجاهزية لاستيعاب ما ينقل إليه la compréhensibilité des clauses du contrat<sup>2</sup>، و على رأي الأستاذ Jean Bigot فان يكون مجافيا للقانون و مشككا في عدالة القضاء، إعمال شروط صحيح أنها تبدو واضحة، و لكنها غير مفهومة<sup>3</sup>.

و غالبا ما ارتبط هذا الإشكال (مفهومية العقد)، بمسألة هامة مقلقة للقضاء ألا و هي الإعلان عن الخطر، فجل المنازعات تنور من حوله عبر ثلاث مسائل:

- الأولى: لها علاقة بمدى اعتبار الواقعة ذات صلة بالخطر من منظور المؤمن له.

<sup>1</sup> - و قد اكتفينا بهذين النصين على سبيل المثال، مع ان هناك أحكام أخرى متناثرة هنا و هناك بين قانون المنافسة 03/03، و قانون المبادلات التجارية 02/04، و غيرها من النصوص، و المرسوم التنفيذي 65/09 المحدد للكميات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات.... النشاط او بعض السلع و الخدمات المعينة، و بالخصوص المادة 07 منه.

<sup>2</sup>-G. Alpa M. Dasio, Contrat de consommateur en Italie, R.I.D.C 3-1997, P 635.

<sup>3</sup>-Jean Bigot, op, cit, P 332.

-و الثانية : لها علاقة بكثافة الأسئلة، و التي من شأنها أن تنتهي بتقييمها لشخصية المستهلك حيال الأسئلة المطروحة.

-أما المعضلة الثالثة فهي مرتبطة بشخصية المخاطر أو المعلن<sup>1</sup>.

ما يلاحظ هو تعاطي الحذر مع سالف الإشكالات، ففيما تعلق بالمسألة الأولى: هناك اعتماد كلي على الاستمارة الاستفسارية، التي تختتم دائما بالأسئلة المحتاجة إلى إجابة صريحة من المعلن، و الثانية و إزاءها يطلب من القضاء التعاطي بذكاء و الوصول إلى قناعات من مجمل الوثيقة مع دعوة المؤمن (الخبير) إلى استنتاج ما يحتاجه من معلومات من عموم الإقرار لا من بعضه<sup>2</sup>.

و أخيرا، فان القضاء يحتاج لكل ذكائه و فطنته لتقييم ذكاء و قابلية متلقي الخدمة للفهم من عدمه، و هنا يطرح أمامه ضابطين: إما مجردا in abstracto أو شخصيا<sup>3</sup> inconcreto، و كثيرا ما انحاز القضاء الفرنسي للتقدير الثاني بالتركيز على ثلاث معطيات و هي درجة العلم و المعرفة - درجة إتقانه للغة الفرنسية - و أخيرا مهنته. و هي كلها محددات من شأنها أن تحدد مدى أهليته لتقدير مضمون ما ينقل إليه من بنود او شوط. و كان يمكن للقضاء المقارن أن لا يتجشم عناء الاجتهاد لو أن النصوص وفت بهذا المقتضى، و صنت على وجوب تحرير عقود التأمين بصيغة مقروءة و مفهومة<sup>4</sup>، الأمر الذي لا نجده إلا في بعض أنواع التأمينات كالتأمين على الحياة و الرسملة<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: ضمان حق مستهلك : حق التأمين في التعاقد المجدي

علاوة على الطابع التقني و الفني لعملية التأمين، فإن أدبيتها تؤدي غالبا إلى لبس و عدم فهم متلقي التأمينات لها، و تسعى الفيدراليات الفرنسية للتأمين و بالتشاور مع جمعيات حماية مستهلكي الخدمة على حصر لبعض المصطلحات و المفاهيم المؤرقة للمؤمن لهم، و لقد تم تحديد ثلاث و

<sup>1</sup>-J . Kulmann, op, cit, P. 36.

<sup>2</sup>-ibid,P.36.

<sup>3</sup>-بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مرجع سابق ذكره، ص 53.

<sup>4</sup>-Jean Bigot, op cit , P .330.

<sup>5</sup>-راجع المادة 70 من القانون 04/06 المتعلق بالتأمين في الجزائر.

أربعين مفهوم الأكثر تعقيدا و إثارة لعدم الفهم، فبعضها في حاجة ماسة إلى التحديد لتماثلها، و الأخرى تحتاج إلى سلامة التعبير و إرفاقها بشرح، في حين أن المؤمنين مدعويين إلى تعريف بعض المفاهيم إذا أرادوا الاحتفاظ بها. هذا و تقر اللجان المشكلة لدراسة هذه المطالب بشرعيتها، و لكنها تطلب بعض الوقت لتجسيدها بالنظر إلى التحديات الكبيرة التي تواجهها<sup>1</sup>. فليس يكفي حماية رضا المستهلك و تنوير بصيرته بل هو في حاجة لضمان تحقيق مصالحه المالية المتوسمة في عقد التأمين و هذا يعني ضرورة ضمان حقه في أن يكون تعاقد مجديا من خلال تمكينه من حقه في التغطية التأمينية الملائمة ، و انتهاء بضمان قدرة المؤمن على الوفاء بالحقوق المالية للمستهلك .

#### أ- حماية الحق في التغطية التأمينية

##### ● فكرة الشروط التعسفية و حماية ضمان مستهلك خدمة التأمين

قدمت فكرة الشروط التعسفية دعما كبيرا للأطراف الضعيفة في مختلف الإدعان مصححة لحالات عدم التوازن العقدي، فاستعارها قانون التأمين لحماية مستهلكي خدمة التأمين في مواجهة النفوذ الاقتصادي و الاجتماعي لمهنيي التأمين اللذين دأبوا على تضمين عقودهم عديد الشروط المضيفة للضمان أو المحددة لحق المستهلكين في التعويض<sup>2</sup>.

هذا و لا تبدو هذه التقنية غريبة عن آليات حماية متلقي التأمين على اعتبار أن القانون الجزائري لحماية المستهلك بمختلف مكوناته لا يفصل بينها، و بين المنتج من حيث ضرورة الحماية<sup>3</sup>.

و من زاوية أن الجهد الدولي و تشريعات الدول لم تستثني أبدا قطاع التأمين من مكافحة الشروط التعسفية، هذا و ليس في نية الدراسة التعرّيج على كل تلافيف الفكرة و تاريخها، بقدر ما

<sup>1</sup>- Voir M. H. Maleville, le langage des contrats d'assurances, perspectives d'évolution R.E.A.T, p. 733.

<sup>2</sup>- شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 267..

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص. 37

سنحاول ملامسة أثر إعلامها على حماية حقوق المستهلك في الضمان و التغطية التأمينية<sup>1</sup>، طبعاً بالتركيز على ما يوفره القانون الجزائري من حماية في هذا الصدد، و على هذي ما عرفته القوانين الرائدة في هذا الشأن من تطور و على رأسها القانون الفرنسي بحسبانه مصدراً مادياً و تاريخياً له<sup>2</sup>. هذا و ما يعنينا في هذا المقام هو الوقوف على الضابط الذي على هديه تقرر تعسفية الشرط (أولاً)، ثم الأثر المترتب عن هذا التحديد بالنسبة لحق المستهلك في الضمان المأمول من عقد التأمين (ثانياً).

### - المعيار المعتمد لتحديد الشروط التعسفية في عقود التأمين

بادئه نؤكد أن القواعد العامة للقانون الجزائرية و المتمثلة في أحكام القانون المدني<sup>3</sup>، و الأحكام الخاصة في قانون التأمين<sup>4</sup>، كانت تتضمنان بعض آليات حماية الأطراف الضعيفة في عقود الإذعان، لكن فكرة مناهضة الممارسات التعاقدية التعسفية لم تظهر إلا بموجب القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على المبادلات التجارية، في مادتيه 29 و 30. مع الإحالة على تنظيم لاحق ينظم و بصفة حصرية فكرة الشروط التعسفية، و هذا ما تم تكريسه بالمرسوم 306/06 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>-Emanuel Contons, le consommateur d'assurance est-il surprotégé ? les entretiens de l'assurance F.S.A. 2005. P .01.

<sup>2</sup>- بن حميدات نيهات، مرجع سابق، ص 156.

<sup>3</sup>- و منها المادة 70 التي تنص على أن: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها" و هو ما يحصل فعلاً في عقد التأمين، و كذا نص المادة 110 التي اعترفت بسلطة استثنائية للقاضي لتحقيق التوازن المفقود بين الطرفين في عقود الإذعان على أن يعدل تلك الشروط أو يعفي الطرف المدعى منها، و ليس للأطراف مكنة استبعاد تدخل القاضي في هذا الشأن لتعلقه بالنظام العام. كما نصت المادة 622 مدني جزائري على بطلان طائفة من الشروط التي ترد في وثيقة التأمين و لتي من شأنها إنقاص حق المؤمن له في التأمين أو التعويض، لاكثر تفصيل راجع محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 101، 202.

<sup>4</sup>-المادة 227 من قانون التأمين الجزائري نصت على أن "تخضع الشروط العامة لوثيقة التأمين أو أية وثيقة أخرى تقوم مقامها، لتأشيرة إدارة الرقابة التي تستطيع أن تفرض العمل بشروط نموذجية...."

<sup>5</sup>- و جاء هذا النص نزولاً عند مقتضى المادة 30 من القانون 02/04، و تضمن هذا المرسوم ثمان عشرة 18 مادة، و عد آنذاك رائداً للقوانين العربية.



و الواقع أن القانون السالف و إطاره التنظيمي، يكونان الإطار القانوني الوطني لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية، بينما يخلو القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش من أي حكم في هذا الشأن.

هذا و لقد عرفت المادة الثالثة من القانون 02/04 الشرط التعسفي بأنه: " كل بند شرط بمفرده أو مشترك مع بند آخر أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بن حقوق و واجبات الأطراف".

و من جهتها فإن المادة الخامسة من ذات القانون أعطت أمثلة لمظاهر عدم التوازن الفاحش بين حقوق و التزامات الأطراف<sup>1</sup>.

و يبدو من منطوق النصين أن المشرع الجزائري قد انحاز لمعيار الإخلال الظاهر للتوازن بين حقوق و التزامات طرفي العقد، و نعتقد أنه استعاره من نص المادة 132 فقرة 1 من قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>2</sup>، ملتفتا عن المعيار القديم و المهجور ذي الطبيعة المركبة (التعسف في استعمال القوة الاقتصادية - الميزة المفرطة)<sup>3</sup>. مع الملاحظ أن تقدير الطابع التعسفي للشرط ، أو ما نعته المشرع بالبند، يكون في إطار كلي عن طريق موازنة الشروط المختلفة المتضمنة في العقد للوقوف على تحقق التوازن من عدمه<sup>4</sup>، و لا يجب الركون إلى التحديد الرقمي و إنما قد يتمثل في مظاهر أخرى مالية و غير مالية، فالمستهدف من أعمال هذه التقنية ليس الوصول إلى التعادل الكلي، و إنما تحقيق التوازن المقبول و المعقول.

هذا و أن القانون الفرنسي ذهب إلى ان النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود، و أخصها عقود الإذعان، و هذا ما نظن أن المشرع الجزائري قد حرص على تأكيده على

<sup>1</sup>- و ذكرت على سبيل المثال، الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه منفردة دون تعويض للمستهلك ، النص على ضرورة تخلي المستهلك على أي وسيلة طعن ضد المهني...، و لأكثر تفصيل راجع المادة الثالثة 03 من القانون 02/04.

<sup>2</sup>- في تفصيل ذلك راجع محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية...، مرجع سابق ذكره، ص 127.

<sup>3</sup>- و لو أن البعض كالأستاذ Denis Mazeaud و بحسبه لا يتغير أي شيء (الكلمات هي التي تغيرت، و لكن الفكرة هي ذاتها)، فالنتيجة المنتهى إليها واحدة، راجع في ذلك:

-Ismail Alkhalfanne, op, cit, P. 75.

<sup>4</sup>- لأكثر تفصيل راجع بن حميدات نهيات ، مرجع سابق، ص 37.

هدي نص المادة الأولى من المرسوم 306/06، و التي تنص على أن: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم كل اتفاق أو اتفاقية تهدف بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر ، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".  
و لكن، إذا كان هذا التحديد المعمول به في عموم مستهلكي المنتج و الخدمة، فهل يؤخذ به على إطلاقه لمكافحة الشروط التعسفية في عقود التأمين؟ أم هو في حاجة إلى بعض التصويبات و التعديلات للتقدير السالف؟<sup>1</sup>

في ظل قانون 10 يناير 1978 الخاص بحماية و إعلام المستهلكين في فرنسا، دأبت محكمة النقض الفرنسية، و على هدي المادة 35 من سالف القانون، إلى طريقة ذكية لمناهضة الشروط التعسفية في عقد التأمين، بمقولة: "إن الاكتفاء التركيز على تناقض الامتيازات في جهة المؤمن له، دون مقارنتها بالامتيازات المتحصل عليها من المؤمن في الجانب المقابل ، لن يسهم البتة في الوقوف على الميزات الفاحشة المنصوص عيها في ذات القانون."<sup>2</sup>

و هو ما يعني أن التقدير يجب أن يضع في الحسبان مجموع العقد لا لشرط محدد بعينه، أي كل بنود العقد و الظروف المحيطة بالتعاقد لحظة إبرام العقد.<sup>3</sup>

و ما هو حري بالذكر هو ان تطبيقات القضاء جرت - في هذا الصدد - على أعمال التقدير الشخصي *in concreto* أو ما يعرف بنظام حالة بحالة<sup>4</sup>، فالأمر يختلف بخصوص الشرط الواحد حال إعماله في عقود التأمين على السكن، و التأمين على السيارات، و بحسب ظروف الحال، و على هذه ما تفضي إليه الموازنة بين حقوق و التزامات طرفي العقد. و قد جرت العادة على أن القضاء الفرنسي، و هو يكون قناعته في الحكم على تعسفية الشرط من عدمها، يراعي بعض الملابسات ، منها ان تكون الشروط مكتوبة في عقد التأمين (نص المادة 132 فقرة 1 من قانون

<sup>1</sup>-Ismail alkhalafanne, thèse précitée, P. 82.

<sup>2</sup>- Cass, civ 1ère , 26 fev 1991, R. Gat 1991,P. 907, note J kulmann.

<sup>3</sup>- محمد الهيني، مرجع سابق، ص 152.

<sup>4</sup>-En ce sens voir Jeon Bigot, op cit, P. 333.

الاستهلاك الفرنسي<sup>1</sup>. مما يتعين عليه التفرقة أيضا بين ما إذا كان التحديد يتعلق بعقد واحد مستقل، أو بعقد يتصل بعقد آخر برابطة قانونية.

في الحالة الأولى: المعول عليه هو التقدير الشخصي *in concreto* ، و استثناءا يتم الاعتماد على الضابط الجرد لتحديد الشرط التعسفي في فرضيتين: حينما يكون من يثير الدعوى لتعديل الشرط جمعية مصرح لها بذلك، أو إذا كان الشرط يندرج ضمن تعداد القائمة السوداء.

### الحالة الثانية:

فإن إبرام العقد أو تنفيذه متوقف على سريان العقد الآخر و المثال الأوضح لهذه الفرضية، (عقد التأمين على القرض، و عقد القرض)، على أن العلاقة هي ذات طابع اقتصادي و ليس لها أي أثر قانوني، إذ رغم هذا الوضع المركب، لكن القاضي يركز على عقد القرض: مقتضياته و ملابساته<sup>2</sup>. فالحصله إذن هو أن أعمال فكرة الشروط التعسفية في عقد التأمين تبدو جد دقيقة و معقدة بالموازاة لباقي عقود الإذعان، فهي تقع في مفترق طرق يتعايش من خلالها و غيرها القانون و القضاء و الغدارة،

و بعض الهيئات الجمعوية، و تعرف بعض المحددات مردها الطابع التداخلي المتنامي في عقد التأمين، و هو ما يجعل من بعض الشروط الإلزامية أو النموذجية تخرج عن دائرة الإلغاء أو الحظر<sup>3</sup>.

### - تأثير مكافحة الشروط التعسفية على حماية ضمان مستهلك خدمة التأمين:

انتقد بعض الفقه الفرنسي بشدة فكرة تطبيق نظام الشروط التعسفية لحماية مستهلك خدمة التأمين<sup>4</sup>، غير أن هذا الرأي يقف معزولا من غير أنصار، على اعتبار أن هذه الفكرة باتت عصب

<sup>1</sup> - Ismail Alkhalifanne, op cit, P81.

<sup>2</sup> - ibid, P.82.

<sup>3</sup> - منها الشرط المتعلق بتحديد الخطر المؤمن منه ، الشرط المتعلق بملائمة الثمن للخدمة، الشرط الذي تضمن نصا قانونيا أو تنظيميا، و لأكثر تفاصيل راجع:

-Laurantinlle Gass, Les clauses abusives dans le contrat d'assurance, presses Universitaires, Marseille, 1998 , P.6.

<sup>4</sup> - و منه الفقيه J. kulmann و الذي وصف هذا النظام بالفيروس الذي لا يحتاج قانون التأمين دوريا تلقيحات تشريعية و تنظيمية و قضائية، راجع:

حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، و منها عقد التأمين<sup>1</sup>. و اليوم و بعد مرور نصف قرن على تقنين محاربة الشروط التعسفية في الدول الأوروبية، فإنها ساهمت في تصحيح العلاقة التعاقدية بين مهني التأمين و مستهلكي الخدمة ، بمناهضة التعاقدات التعسفية النظر للبعد الذي انتهت إليه و المدى الذي طالته، و درجة التغلغل و النفاذ المحققة في المعاملات التعاقدية في هذا القطاع، و القبول بها حتى من لدن شركات التأمين<sup>2</sup>، و هو ما يمكن التعرّيج عليه في عجالة من خلال النقاط الآتية:

**1/** إن سياسة مكافحة الشروط التعسفية ساهمت في تحسين وضعية مستهلك التأمين التعاقدية في شتى مناحي و محطات الرابطة التعاقدية، انطلاقا من قرينة عدم التوازن العقدي لمستهلك عقد التأمين<sup>3</sup>، فطالت التزاماته و حقوقه لحمايته من تعسف التعديل الانفرادي لعناصر العقد من قبل المهني، تفسير المعقول و العادل لشروط العقد، حمايته من سيف قطع العلاقة المفاجئ من المهني، و الأسئلة لا تنتهي<sup>4</sup>.

**2/** اتساع دائرة الشروط المعتبرة تعسفية، و المحاربة من قبل المشرع، و القاضي و لجنة الشروط التعسفية، و جمعيات حماية المستهلكين (قائمة سوداء و رمادية، مع إعطاء فرصة للغدارة شروط مستحدثة)، و نما نسيان تعاون و تكامل آليات المادية المكفولة من مختلف فروع القانون (قانون التأمين قانون الاستهلاك و القاعد العامة...) <sup>5</sup>.

**3/** أن مستهلك خدمة التأمين لم يعد مطالباً في القانون الجزائري و لا في القانون الفرنسي<sup>6</sup> بإثبات الطابع التعسفي للشروط لطلب تعديله أو إلغائه ، و هو ما رفع عنه حرجا كبيرا كان يحول

-J. kulmann, clauses abusives et contrat D'assurance, R.G.A.T, N.1, P. 41.

<sup>1</sup>- Ismail Alkhalafne, Thèse préside, P. 16.

<sup>2</sup>- محمد الهني، المرجع السابق، ص. 115.

<sup>3</sup>- J. Bigot, op, cit, P. 976.

<sup>4</sup>- في تفاصيل ذلك راجع: محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 136.

<sup>5</sup>- Ismail Alkhalafne, op cit, P. 327.

<sup>6</sup>- و خاصة بعد صدور القانون 2008/776 المتعلق بتطوير الاقتصاد لأكثر تفصيل راجع،

-Ismail Alkhalafne, op cit, P. 21.

بينه و بني ساحات القضاء، كما أنه بات مساندا من قبل جمعية حماية المستهلكين في هذا الصدد و حتى النيابة العامة<sup>1</sup>.

14/ إن الذكاء الذي تعامل به القضاء الفرنسي مع الفكرة بإلغاء الشرط المدرج بالعقد حقق حماية كبيرة لمستهلك خدمة التأمين، بحافظته على مقدرات العقد و فوائده المالية المنتظرة منه.

15/ لقد استوعب المهنيين أخيرا فلسفة محاربة الشروط التعسفية الهادفة إلى الوصول إلى التوازن المعقول و المقبول و من دون التضحية بمصالحهم كلية، فانضموا إلى هذه السياسية، و خاصة بعد الجهد الرائع للجنة الشروط التعسفية الفرنسية، و باتو الآن يتفاوضون مع جمعية حماية المستهلكين من أجل إلغاء الشروط التعسفية الفاحشة.

16/ لم يعد مقبولا اليوم بان هذه الكرة هي ذات طابع أخلاقي و خالية من الضوابط و المحددات، بل الكل أصبح يسلم بأهميتها في حماية مصالح مستهلكي التأمين ضمن حدود معينة وفق ضوابط مرسومة و بالاعتماد على شروط واضحة.

#### • الجهود الرامية لضمان التغطية التأمينية:

لاشك أن الهاجس الأكبر لمستهلك خدمة التأمين هو ثغرات الضمان التي يتعرض لها عقد التأمين نتيجة الاستثناءات و المشاركات (التحديد المكاني و الزماني و المالي)<sup>2</sup>، و هو ما من شأنه أن يؤثر على مدى التغطية التأمينية المرتجاة من بوليصة التأمين. و هو ما يستدعي اضطلاع مؤسسة التفسير القضائي بدور خلاق لحماية جمهور متلقي خدمة التأمين طبعاً بعون من المشرع ، و لكن أيضا بتفهم ملت للمؤمنين لأهمية هذا الدعم<sup>3</sup> هذا و رغم تعدد مناحي الحماية في هذا الصدد لكننا آثرنا التركيز على محورين.

#### - توسيع نطاق الخطر المضمون:

<sup>1</sup> - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص. 136.

<sup>2</sup> - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق الإشارة إليه، ص. 379.

<sup>3</sup> - Yvonne Lambert, La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses de réclamation de la victime, recueil Dalloz Sirey N° 02. 09 janvier 1992, P. 16.

يسعى المؤمنون في أن لا تتضمن التغطية التأمينية التي يقدمونها إلا عدد محدودا من المخاطر، لهم القدرة على السيطرة عليها و تحملها ماليا<sup>1</sup>. و لكن المنطق الاقتصادي السالف يتحافى مع روح العدالة التعاقدية المنتظرة، و هو ما حفز القضاء على تفسير النصوص بالشكل الذي يؤدي إلى إدخال عديد المخاطر إلى دائرة الضمان. قد لا تنال هذه الاجتهادات رضا الجميع، فيصنفها البعض بكونها إخراج للشروط عن طبيعتها *dénaturation clauses*. و لكن لا ضير مادامت بمقتضى العدالة و لخدمتها<sup>2</sup>.

و غنيا عن البيان القول أن هذا العمل البديع من محكمة النقض الفرنسية، كان بخصوص تفسير الشروط الغامضة في عقد التأمين، و من أهم تجليات هذا البناء القضائي، هو بخصوص الأخطار المعروفة مسبقا *risques putatifs*، و هي تلك التي لم ينمو إلى علم طرفي العقد حدوثها قبل إبرام عقد التأمين، و قد كانت محظورة (فيما عدى المجال البحري)<sup>3</sup> و يختلف بشأنها الفقه بين رافض لدخولها دائرة الضمان، و مؤيد لاعتبار جواز تغطيتها تأمينيا.<sup>4</sup> و لقد انبعث الاهتمام بها مجددا، و خاصة مع التطور العلمي الحاصل في مجال كشف العيوب و إرهابات الأمراض، و معها باتت دائرة هذه الشروط تضيق و لا يتم الأخذ بدفع الظنية - المعمول عليه في هذه الحالة، إلا بخصوص الملبسات التي لم تتكشف للطرفين عند إبرام العقد، و على هذا المحور تشتغل محكمة النقض الفرنسية محاولة إسعاف متلقي التأمين من غير المهنيين.

هذا و لم يتوقف اجتهاد القضاء الفرنسي عند هذا الحد بل تفتق عن إبداعات أخرى، فالكل يقف مثمنا للتفسير الجريء لمحكمة النقض لمفهوم أشغال البناء *les travaux de batiments*، حينما اعتبرته يضم كل الأشغال المستدعية لتقنيات أعمال البناء، بما فيها مساهمات الهندسة المدنية، و التي

<sup>2</sup>- Ibid,P.17.

<sup>3</sup>- J. kulmann,Op. cit, P. 373.

<sup>4</sup>- ibid,P.373.

باتت مع هذا التفسير تحت طائلة التأمينات الإجبارية المنصوص عليها في المادة 241 فقرة 1 من قانون التأمينات و جمعياتهم، و في المقابل قبول باستياء كبير من لدن المؤمنين<sup>1</sup>.

كما أن محكمة النقض الفرنسية و بالتعويل على بعض التقنيات: الشرط غير الملائم، و تفسير الشرط الغامض لمصلحة المؤمن له، ذهبت إلى توسيع دائرة الضمان، فهي بخصوص شرط شغل المكان، رأت فيه ذلك الانقطاع عن البيت لمدة طويلة و ليس لساعات معينة فقط.<sup>2</sup> كما أنها و بمقولة التطبيق الضروري و المنطقي، ذهبت بخصوص إسقاط شرط الإغلاق في التأمين على السرقة على السيارات، و خاصة بالنسبة للأشياء الخارجية منها. و ذات التوجه سارت عليه حكمة النقض بخصوص مفهوم الدخول الخفي للبيوت، و تحديد المستفيدين من عقد التأمين على الحياة. على أن أهم اجتهاد على الإطلاق، هو ذلك المتعلق بإلغاء الشروط المعروفة<sup>3</sup> "cleams made"، و الذي أتاح للمستهلكين امتداد الضمان زمنيا.

هذا و جدير بالذكر المؤازرة التي قدمها مهنيو التأمين في هذا المجال من خلال بعض الممارسات التضامنية مع جمهور متلقي التأمين، إما من خلال أعمال كرة الضمان القبلي Garantir<sup>4</sup> d'antériorité، أو صيغة استغراق مرحلة الماضي المجهول reprise du passé inconnu<sup>5</sup>، أو عبر القبول الطوعي لتغطية الضمان للاحق garantie subséquent.

### المطلب الثاني: ضمان قدرة المؤمن على الوفاء بالتزاماته المالية حيال المستهلك

ما يميز نشاط التأمين أن دورة الإنتاج لديه معكوسة، و إن سعر البيع يحدد قبل معرفة سعر التكلفة، و هو ما جعل من عملية التأمين محفوفة بالمخاطر عدم اليسر المالي لشركات التأمين، و

<sup>1</sup> -محمد الهيني، المرجع السابق، ص. 201.

<sup>2</sup>-C. civ, n 25 oct 1989, R. Gat 1989.637 note J. kulmann,

<sup>3</sup>-و هي شروط درت على إعمالها شركات التأمين الأمريكية و انتقلت في التسعينات إلى الأسواق الفرنسية، مقتضاها أنه لا يحق للمؤمن له المطالبة بالضمان إلا إذا كانت الأفعال المنتجة للضرر خلال مدة سريان عقد التأمين، لأكثر تفصيل راجع:

-Yvonne Lamber, la durée de la garantie, précité, p. 10.

<sup>4</sup>-Ibid

<sup>5</sup> - شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص. 358.

التي قد تجد نفسها عاجزة عن الوفاء بالتزاماتها المالية حيال متلقي التأمين<sup>1</sup>، و هو ما يستدعي تدخل الدولة لمراقبة قوة المركز المالي لمقاولات التأمين، حماية للمستهلك المتعامل بالتأمين، و لكن في إطار سياسة عامة لمراقبة الأنشطة الاقتصادية و المالية المباشرة في اقتصاد السوق<sup>2</sup>. و تستهدف بالأساس تقنين الشروط و القواعد الأساسية التي يتعين على شركات التأمين العاملة في الجزائر التقيد بها، بل أيضا التقنيات و الإجراءات التي على هديها تتم تصفية أعمال تلك الشركات في حال عجزها المالي. هذا و تحظى المسألة بتخصيصات قانونية نشطة من لدن المشرع الجزائري، تتداخل من خلالها القاعد القانونية و المالية و التقنيات الاقتصادية و التقنية<sup>3</sup>. و في عمومها فإن الآليات القانونية المستهدفة ضمان ملاءة المؤمن تتعدد و تتنوع، و تتفاوت في الأهمية و الأدوار.

### الفرع الأول: الرقابة على قدرة المؤمن على الوفاء:

و تستهدف في المقام الأول الحؤول دون وصول شركات التأمين إلى حالات العجز، أو بمعنى آخر أنها ذات طابع استباقي، و تتنوع بين آلية الرقابة الإدارية من قبل الدولة، و تقنية المراقبة المالية من قبل لجنة الإشراف على التأمينات الهادفة إلى ضمان قدرة مؤسسات التأمين على الوفاء بالتزاماتها المالية تجاه زبائنهم<sup>4</sup>. هذا و يبدو أن المشرع الجزائري أسوة بنظيره الفرنسي قد أخضع شركات التأمين إلى الرقابة الإدارية الممارسة من قبل الوزير الكلف بالمالية، و اسمها بالتنظيم، بينما جعل مهمة الرقابة المالية من اختصاص إدارة الرقابة الممثلة في لجنة الإشراف على التأمينات<sup>5</sup>.

### أولا - الرقابة الإدارية (الاعتمادات الإدارية):

<sup>1</sup> - صبرينة شراقة، دور الرقابة في تنمية قطاع التأمين في الجزائر، فعاليات الملتقى الدولي "شركات التأمين التقليدي و مؤسسات التأمين التكافلي، بين الأسس النظرية و التجربة التطبيقية - كلية العلوم الاقتصادية، جامعة سطيف 1، الجزائر، 25 - 26 أبريل 2001، ص. 400.

<sup>2</sup> - Yvonne Lambert, droit des assurances..., précité, p 98.

<sup>3</sup> - Karim Abboura, le contrôle de la solvabilité des compagnie d'assurances algériennes, coll interne SETIF, O précite p 360.

<sup>4</sup> - راجع في ذلك المرسوم 113 /08 الصادر في يوم 09 أبريل من سنة 2008 الموضح لمهام لجنة الإشراف على التأمين، جريدة رسمية عدد 20 لسنة 2008، و خصوصا المادة 07 منه و راجع أيضا المادة 209 من القانون 04/06 المتعلق بالتأمين.

<sup>5</sup> - راجع المادة 203 من القانون 04/06.



إن رقابة الدولة التنظيمية على شركات التأمين تبدو من خلال الاعتمادات الإدارية الممنوحة من قبل وزارة الاقتصاد و المالية (لجنة مراقبة التأمين)<sup>1</sup> و التي يقع عليها واجب ضمان مطابقة الملف لمقترح مع لوائح و أنظمة الدولة، و قدرة العرض المقترح على الوفاء بالتعهدات و اخصها كفاية المؤمن التقنية لمواجهة حالات المطالبة بالتعويض من لدن المستهلكين<sup>2</sup>. فمن الواضح أن مبدأ حرية التجارة

و لصناعة المكرس دستوريا (المادة 37)، غير كاف للممارسة شركات التأمين لنشاطها في الجزائر، و غنما يتعين إلى السهر على مطابقة عمليات التأمين و إعادة التأمين مع القوانين و اللوائح ليس إلا. و لكن بالرجوع إلى المرسوم 338/95 و المتعلق بإعداد قائمة عملية التأمين و حصرها فإنه يتأكد لنا إن هذه الرقابة تمتد لتنصب على وجود ملاءة مالية للوفاء بالدين لمواجهة الخسائر المحتملة مستقبلا، و هذا ما نستشفه من الوثائق المتطلبة لمنح الاعتماد، و أخصها النقطة العاشرة الخاصة بالمخطط التقديري المتعلق بالوسائل المالية الموجهة لتغطية الالتزامات و أيضا التقديرات المتعلقة بهامش القدرة على الوفاء التي يجب أن تتوفر لدى الشركة<sup>3</sup>. و في فرنسا فإن الالتزامات الأوروبية استدعت تناغم نظام الاعتماد الإداري مع متطلبات المنظومة الأوروبية في هذا الصدد. و هذا ما تطلب من القانون 94/05 لسنة 1994 لنص على أنظمة مختلفة للاعتمادات:

-أنظمة الاعتماد الموجه لمؤسسات التأمين الفرنسية (المادة 322 الفقرة 1 من قانون التأمين الفرنسي).

-الاعتماد الخاص بشركات التأمين غير الأوروبية و التي يقع مركزها الرئيسي في إحدى دول الاتحاد الأوروبي

-و الاعتماد المطلوب من شركة لا يقع مركزها الرئيسي في إحدى دول المنظومة الأوروبية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - خالد الخطيب، الأسس النظرية و التنظيمية للتأمين التقليدي بالجزائر، ملتقى دولي، جامعة سطيف 1، مرجع سابق ذكره، ص 204.

<sup>2</sup> -Michelle Cumyn, la sanction des lois d'ordre public tendant a la justice contractuelle : leur finalité, leur efficacité, 2007-41 Rj I.I P 60.

<sup>3</sup> - قادة شهيدة، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، المرجع السابق، ص 14.

<sup>4</sup> -En ce sens voir Yvonne Lambert, drt des assurances, précité p 98.

على أن التوسع في حماية المستهلك المتعامل مع التأمين قد تطلب من الدولة بسط رقابتها الإدارية على إجراءات تأسيس الشركات و سيرها و إجراءات نقل الحافظات النقدية و المالية<sup>1</sup>.

### ثانيا - المراقبة المالية (مراقبة الملاءة المالية) :

يتعين على شركات التأمين أن تتوفر على هامش من الملاءة المالية قادرة على الوفاء بالتزاماتها حيال المستهلكين، و الاستجابة إلى المخصصات المالية المطلوبة قانونا<sup>2</sup>، ضمنا لفكرة التوازن الفني<sup>3</sup>، و لو باللجوء إلى آلية الضمان الخاص.

هذا و أن الرقابة على الملاءة المالية باتت محور اهتمام السلطات العمومية في مختلف الدول و خاصة بالنظر للتحديات الكبيرة التي تواجه حق المستهلك متعامل التأمين في التعويض، و قانون دورة الإنتاج المعكوسة في قطاع التأمين بالإضافة إلى حالات الفساد و العجز المالي التي تعرفها شركات التأمين في السنوات الأخيرة<sup>4</sup>.

هذا و بالنظر للنتائج المبهرة التي حققتها الرقابة على الملاءة المالية فإنها باتت توجه إلى مختلف أنواع شركات التأمين: التأمين على الحياة و الرسمة، التأمين على الأضرار الجسمانية، فئات أخرى من التأمين، شركات إعادة التأمين. و في كل يوم جديد تطرق ميدانا آخر من فروع التأمين.<sup>5</sup> و الحري بالذكر هو أن تنامي هذه الآلية يتم على مستوى القانون لأوروبي و الذي وضع برنامجا أسماه Solvabilité 2، من خلال التوجيه الأوروبي الإطار الصادر عام 2009، و المصحح و المطور لصيغة Solvabilité 1، المطروح في سبعينات القرن الفائت، و وضعت أجندة أقصاها 014/01/01 لحماية مصلح مستهلكي خدمة التأمين في أوروبا بشكل متناغم و متجانس.

<sup>1</sup>-ibid

<sup>2</sup>-Le contrôle de la solvabilité des compagnies d'assurance, panorama des pays de l'OCDE , Edition Amazon France 2002, p 55.

<sup>3</sup> - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق ، ص. 116.

<sup>4</sup> - ساعد بن فرحات، بعض مبادئ و آليات الحوكمة في شركات التأمين، فعاليات الملتقى الدولي، شركات التأمين التقليدي، مرجع سابق ذكره، ص. 377.

<sup>5</sup>Yvonne lambert, droit des assurance....., précité , p. 99.

و في الجزائر فإن مهام الرقابة المالية على نشاط التأمين و إعادة التأمين قد أنيطت به لجنة الإشراف على التأمينات و التي نص القانون 06/04 في مادته 203 الفقرة 3 منه على دور هذه الهيئة في حماية مصالح المؤمن لهم و المستفيدين من عقد التأمين بالسهر على شرعية عمليات التأمين و على يسر شركات التأمين أيضا، لتأتي بعد ذلك المادة 210 من ذات القانون للتأكيد على ذات الدور من خلال نصها في الفقرة الثانية على أنه " تكلف اللجنة بالتأكد من أن هذه الشركات تفي بالالتزامات التي تعاقبت عليها تجاه المؤمن لهم و لا زالت قادرة على الوفاء". و يبدو أن المشرع حدد لنا بعض تجليات هذه القدرة من خلال توفرها على مبلغ إضافي (يعرف عند المختصين بالاحتياطي).

و استرسل في ذكر بعض الضوابط المحددة لمسك هذا الرصيد الإضافي<sup>1</sup>، ليأتي بعد ذلك المرسوم 115/13 المعدل و المتمم لسالف المرسوم ، و يوسم المبلغ الإضافي بوصف حد القدرة على الوفاء، و يضيف بعض المكونات لهذا الحد<sup>2</sup>، و يعطي بعض التوضيحات الدقيقة واضعا اعتبارات دنيا لا يمكن تجاوزها عند وضع حد القدرة على الوفاء مجريا تفرقة بين شركات التأمين على الأضرار و إعادة التأمين<sup>3</sup>، و شركات التأمين على الأشخاص<sup>4</sup>، و الفروع الأخرى<sup>5</sup>، و قد أزم المرسوم الشركات المخالفة لضوابط تصحيح وضعيتها و مطابقة المعايير القانونية في خلال ستة 06 أشهر مع إيداع كفالة كضمان إضافي لحماية حقوق الدائنين من المستهلكين.

### الفرع الثاني: ثنائية (تأمين - مسؤولية) وسيلة لكفالة حق التعويض

قبل ظهور آليات أخرى حديثة لتغطية الأخطار في المجتمع، كانت الهيمنة ثابتة لنظام المسؤولية كآلية لتعويض الأضرار، في الوقت الذي أخذت مخاطر الأضرار في ظل مجتمعنا الصناعي

<sup>1</sup> - لأكثر تفصيل راجع المادة 2 من المرسوم 95/343 (ج.ر 65 لسنة 1995) المتعلق بحدود قدرة شركات التأمين على الوفاء، معدل و تمم بالمرسوم 115/13 (ج ر ع 18 لسنة 2013).

<sup>2</sup> - راجع المادة 2 من المرسوم 115/13 المتعلق بحدود قدرة شركات التأمين على الوفاء.

<sup>3</sup> - 15% من الأرصدة التقنية (المادة 3/1).

<sup>4</sup> - راجع المادة 2/3 من ذات المرسوم

<sup>5</sup> - راجع المادة 2/3 من ذات المرسوم.

والتكنولوجي تأخذ بعدا اجتماعيا، وتتميز بطابعها الفحائي وغير المتوقع، فبدأ يظهر عجز نظام المسؤولية المدنية عن كفالة تعويض ضحايا هذه الحوادث والذي بدأ معه قصور هذا النظام في تأدية الوظيفة التعويضية، استوجب الاستعانة بآليات أخرى جماعية تعتمد تقضية اشتراكية الأخطار، وذلك بالتوسيع من شريحة المساهمة في توفير الملاءة المالية تحقيقا لغاية التعويض.<sup>1</sup>

ذلك أن تقرير فكرة المسؤولية الموضوعية<sup>2</sup> على عاتق الطرف المستحدث لعنصر الخطر ليس كافيا لوحده لتقرير حماية فعالة للمضرورين، لأنه من جهة سيكون جد مكلف على الذمة المالية للمسؤول في ظل عدم اقتداره المالي، وأمام هذا الوضع، فسوف لن تتحقق الغاية المرجوة من هذه الفكرة، لأنها ستكون مجرد حماية نظرية لا تتجسد في الواقع العملي وهو الأمر الذي تنبه إليه أحد القضاة في فرنسا، فأقر أن هناك ووفقا لسياسة قضائية مشتركة، يذهب القضاة إلى تععيد أحكام المسؤولية على فكرة مبنية على أساسين الأول أنه لا بد من قواعد فعالة للمسؤولية المدنية في ظل هذا المجتمع الصناعي والذي تسوده عدم الأمن القانونية، والثاني أنه ليس ثمة اليوم وفي ظل هذه<sup>3</sup> وسوف نركز في هذا المطلب. المعطيات من قواعد ناجعة للمسؤولية المدنية دون تقنية تأمين فعالة على العلاقة بين التأمين و المسؤولية المدنية الفرع الأول ، على أننا أشرنا في الفرع الثاني على التأمين من المسؤولية في مجال الإستهلاك.

### أولا: العلاقة بين التأمين والمسؤولية المدنية للمهنيين

التأمين من المسؤولية "assurance de responsabilité" هو العقد الذي يتم بين المؤمن و المؤمن له، بموجبه يضمن المؤمن الأضرار التي تلحق بالذمة المالية للمؤمن له من جراء رجوع الغير

<sup>1</sup> - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 217.

<sup>2</sup> - وذلك على صورة المسؤولية المفترضة والتلقائية المقررة على عاتق المنتج للمادة 140 مكرر من ق.م.الجزائري.

<sup>3</sup> -CHANTAL Russo, de l'assurances de responsabilité a l'assurance directe ,Dalloz, 2001, p04.

عليه بالتعويض على أساس المسؤولية المدنية<sup>1</sup>، و يقصد به أن يؤمن الشخص نفسه من الضرر الذي يصيبه في ماله إذا تحققت مسؤوليته قبل الغير، و رجع عليه هذا الأخير بالتعويض.

لذا يعرف أيضا بالتأمين من الديون، فالمؤمن فيه لا يعوض الغير مصاب بالضرر، و لكنه يتحمل العبء المالي الذي القي عاتق المؤمن له ينتجه لإنقاذ مسؤوليته فالتأمين من المسؤولية يتم عادة عندما يخشى شخص ما أن يكون مسؤولا مدنيا، عما يصيب الغير من ضرر سواء كان هذا الغير محمدا أو غير محدد، وذلك بواسطة عقد التأمين الذي ينقل بموجبه تبعة تعويض ذلك الضرر عن كاهله إلى طرف آخر يرضى بذلك وهو المؤمن.

وفي هذا السياق، يمكن القول بأن تأمينات المسؤولية في العصر الحديث قد انتشرت انتشارا واسعا، تبعا لاتساع مجالات النشاط واستخدام الآلات الحديثة، و أصبح له صور.

إن المسؤولية هي نقطة ارتكاز في الفلسفة التشريعية للقانون المدني بل للقانون برمته، وكانت الهيمنة ثابتة لنظام المسؤولية آلية لتعويض الأضرار ولم تكن هذه المكانة محل نقاش في تغطية الأخطار في المجتمع، ولكن في الوقت الحاضر أخذت مخاطر الأضرار في ظل التطور التكنولوجي تأخذ منحني آخر، فبدأت تتميز بطابعها الفجائي و الغير متوقع، فبدأ يظهر عجز نظام المسؤولية المدنية عن كفالة ضحايا هذه الحوادث.

وبناء على الصعوبات بات يتعرض لها المضرورين في سبيل الحصول على تعويضهم جراء الاعتماد على قواعد المسؤولية المدنية، فأصبح من الضروري الانصراف نحو الاجتهادات القضائية ونحو فكرة التأمين من المسؤولية<sup>2</sup> و العلاقة بين نظامي المسؤولية والتأمين أصبحت متبادلة حيث كلما اتسعت المسؤولية فلا بد من إرفاقها بالتأمين، وظهور نظام التأمين من المسؤولية يحقق الغاية المتمثلة

<sup>1</sup> - وعرفه اتجاه آخر بأنه "تأمين يرمه الشخص ضد الضرر الذي يصيبه في ماله إذا تحققت مسؤوليته من قبل الغير و رجع عليه هذا بالتعويض، فتعوضه شركة التأمين عن مبلغ التعويض الذي سيدفعه إلى هذا الغير مضرور" لأكثر تفصيل راجع، نزيه محمد الصادق مهدي، عقد التأمين مع أحدث التطبيقات المعاصرة للتأمين من الناحيتين القانونية و الفنية، دار النهضة العربية - القاهرة - 1996، ص 62-63.

<sup>2</sup> - بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص.02.

في التعويض في اطار حوادث الإستهلاك، أما عن الدور الذي يلعبه كل من المسؤولية والتأمين فهو متكامل فاتحا الطريق لجعل هذا الدور هو الوقاية ثم تعويض الأضرار .

### 1-تعريف التأمين من المسؤولية :

يعرف التأمين طبقا للمادة 2 من القانون 95-07 بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير مستفيد الذي اشترط التأمين لمصلحته مبلغا من المال أو إيراد أو أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى.

ويقصد بتأمين الأضرار الذمة المالية ،فإذا تعلق بجانبها الإيجابي كنا أمام تأمين أشياء ،وإذا ارتبط بشقها السلبي عد تأميننا من المسؤولية .<sup>1</sup>

وعليه فان الخطر المؤمن منه في عقد التأمين من المسؤولية بخاصيته الجوهرية تميزه عن التأمين على الأشياء باعتباره أنه يرتب علاقة ثلاثية ،بالإضافة إلى طرفي العقد الذي يشترك فيه كل من المؤمن و المؤمن له ،يندمج طرف ثالث في العلاقة القانونية ،وهو الغير معرض للخطر ، وهو المستفيد من تفاعلية التأمين بالرغم من عدم اشتراكه في العقد ابتداء.

وهو ما دفع بعض من الفقه إلى تكيف التأمين من المسؤولية بأنه:

-تأمين عن دين :فيعرف على أنه تأمين لدين المؤمن له المسؤول وليس تأمين لخف الضرور في التعويض ،فالخطر المؤمن منه في تأمين المسؤولية لا يتمثل في الضرر الذي أحدثه المؤمن له في مواجهة الغير ،فالتأمين من المسؤولية ما يهدف وفقا لهذا الاتجاه إلى ضمان الأضرار التي يحدثها المؤمن له للغير .

وكذلك الأضرار التي تلحق من مطالبة الغير له بالتعويض ولو كانت هذه المطالبة ليس لها أساس وتأمين من المسؤولية هو قسم من أقسام وتأمين الأضرار وليس تأمين الأشخاص<sup>2</sup>

<sup>1</sup> -بن طرية معمر،مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين،مذكرة ماجستير في القانون الخاص،2011 جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2012،ص.112

<sup>2</sup> - ديدوح مريم، تأثير التأمين على التوجهات الجديدة للمسؤولية المدنية للمهنيين ،مذكرة نيل شهادة الماستر "قانون العقود"،جامعة تلمسان،2015،ص.11.

هذا ما يراه أنصار النظرية التقليدية ، وذلك من أجل تجنب الخلط بين تأمين المسؤولية وتأمين الإصابات ، وحسب أنصار هذا الاتجاه يختلف التأمين عن شرط الإعفاء من المسؤولية إذ هو على النقيض من هذا الشرط يؤكد المسؤولية ومعناه ذلك أن " شرط الإعفاء من المسؤولية الغرض منها هو نفي المسؤولية عن الحادث و جعل المضرور يتحملها وحده".

أما الغرض من التأمين من المسؤولية هو بقاء المسؤولية على عاتق المسؤول ويجعل المؤمن يتحمل تبعاتها.

فالالاتجاه التقليدي يرى أصحابها أن التأمين لدين المسؤول وليس تأمين لحق المضرور، وهذا بغرض تمييزه عن التأمين على الأشياء أو الأموال و الذي يغطي عنصرا إيجابيا ، ولعل هذه التسمية لا تتوافق مع المقصد الحالي لمنظومة التأمين و المسؤولية.

## 2- ضمان حق المضرور في التعويض :

حيث يرى أصحاب النظرية الحديثة أن في تأمين المسؤولية يكون المضرور أجنبيا عن عقد التأمين عند إبرامه، ولكن بمجرد وقوع الكارثة ، يكون طرفا في التأمين و يتدخل في العقد وبالتالي يجب تحديد مفهوم الكارثة ، ويعرف الفقه الحديث ومنهم "هيمار" الكارثة في تأمين المسؤولية بأنها المطالبة بتعويض من قبل المضرور.<sup>1</sup>

و في هذا الصدر لا بد من معرفة مدى التأثير المتبادل بين منظومتي التأمين والمسؤولية في مسار حماية الأشخاص من المخاطر الوقوع في الأضرار ، و في كفالة حقهم في التعويض ، ذلك أن التطور الذي شهدته معظم الدول المصنفة في القرن الماضي في تجسيدها لمبدأ السلامة و كفالتها لحق التعويض مر بتوجهين هما من جهة السعي نحو تكريس أطر موضوعية لنظام المسؤولية المدنية من خلال الاعتراف بنظام المسؤولية الأخطئية ومن جهة أخرى محاولة تحقيق توزيع لعبئ التعويض على الكيان الاجتماعي من خلال تقنية توزيع المخاطر ، وعليه فإن كفالة حقوق المضرور في دعاوى المسؤولية تطلبت نظام جهود الفقه والقضاء سعيا لتجاوز عقبة أن لا مسؤولية بدون خطأ ، وذلك

<sup>1</sup> - بن طرية معمر، المرجع السابق، ص، 114.

بالتوجه نحو تقرير إطار موضوعية المساءلة المدنية، فاقتضى الأمر البحث عن الطريقة التي يمكن من خلالها توظيف قواعد المسؤولية المدنية لتحقيق وظيفة توزيع المخاطر، وذلك من خلال توزيع العبئ المالي على مجموع الذمم المالية المؤمن لها، وفقا لطرق الفنية و إحصائية تؤديها شركة التأمين، لخلق نوع من التعاون غير المباشر بين فئة المؤمن لهم<sup>1</sup>.

### ثانيا: التأمين من المسؤولية المدنية ضد مخاطر الاستهلاك

إن المسؤولية المدنية طبقا للقانون الجزائري قد تأثرت في جوهرها بمفهوم و طبيعة المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي، و لا يزال هذا قائما حتى الآن، نتيجة للتواصل القانوني بين النظامين الفرنسي و الجزائري.

فالمسؤولية المدنية في القانون الفرنسي مبنية على الخطأ الشخصي الذي يطلب من المضرور إقامة الدليل عليه، وعلى علاقته بما أصابه من ضرر، حتى تنهض مسؤولية الفاعل عنه، ولكن هناك أنماط مختلفة من النشاط الإنساني أصبحت تهرّب باستمرار في بعض الدول، من إطار مسؤولية المؤسسة على الخطأ، كما هو الحال في القانون النيوزيلندي الصادر في 01 ابريل 1974 و الذي تتم بواسطته الاستغناء كلية عن قواعد المسؤولية المدنية في مجال التعويض عن الحوادث الجسدية، ويتم التعويض تلقائيا عن طريق آليات التأمين الاجتماعي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> -، شهيدة قادة، إشكالية مفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمنتج، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، العدد(1)-2014، جامعة تلمسان، ص.54

<sup>2</sup> - لقد أخذ المشرع الجزائري بما وصل اليه القانون الفرنسي، وفي مجال المسؤولية المدنية وبالتحديد المسؤولية التقصيرية، حيث أسس قانون نابليون المسؤولية التقصيرية على الخطأ الشخصي الذي يطلب من المضرور إقامة الدليل عليه وعلى علاقته بما أصابه من ضرر حتى تنهض مسؤولية الفاعل عنه، فالمسؤولية كانت فردية أي العلاقة قائمة بين الفاعل والمضرور، وهذا ما نصت عليه المادة1382 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابلها المادة124 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395ه الموافق ل26-09-1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو2005، المتضمن القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". إلى جانب ذلك، فلقد أخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية القائمة على فكرة الخطأ المفترض - وهو بذلك أعفى المضرور من عبئ إثبات الخطأ إلى جانب الفاعل، وهذا ما قرره المواد1384 و1385، تقابلها المواد138،134 من القانون المدني الجزائري.



أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالنظرية الموضوعية في قانون حوادث المرور بموجب الأمر 15/74 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار بموجب الأمر 15/74 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، أين خرج المشرع عن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، وأقر بمبدأ المسؤولية دون الخطأ، معتمدا على نظرية تحمل التبعة كأساس لإلتزام المؤمن بدفع التعويض للمضرور.

وبالرغم من ذلك أضحى المسؤولية المدنية غير كافية في ظل التطور الحديث، إلى إشباع حاجات المجتمع وحماية المضرور، خاصة فيما يتعلق بالتعويض وإذا كان الغاية التي يسعى إليها المضرور بل وحتى المسؤول.

ولما كان سبيل الإنسان للتخلص من أعباء المسؤولية (التعويض)، يكون من خلال إلقاءها على آخرين، يقبلون أن يتحملوا معه أو عنه هذا العيب، ألا وهي ظاهرة "تعدد المدنين" بالتعويض<sup>1</sup>. والحقيقة أن الرغبة في توفير الحماية للمضرور قد دفعت إلى ظهور أنظمة قانونية كثيرة، تساهم في تخفيف ما قد يصيب الأشخاص من أضرار، سواء عن طريق الحلول محل المسؤولية المدنية، أو حتى بالعمل بها جنبا إلى جنب، ولعل أهم هذه الأنظمة هو نظام التأمين، وبصفة خاصة "تأمين المسؤولية" L'assurance de La responsabilité.

وفي هذا المجال لابد من الإشارة إلى التأمين في قطاع المنتجات فلا بد من التنويه بداية بأن العيوب المشمولة بالغطاء التأميني من وجهة نظر رجال التأمين، تجد مصدرها في "الفعل المنتج fait générateur" والذي يتموقع زمنيا خلال مرحلة الإستغلال au cours de la période de exploitation، ويتمثل هذا الفعل في "كل تقصير، رعونة، إهمال، أو خطأ غير عمدى صادر من المؤسسة الإنتاجية خلال مرحلة الإستغلال، مسببا أضرارا للغير أو مابعد تسليم المنتج المعيب للغير وهي الحادثة المؤمن منها "Sinistre"

<sup>1</sup> - بوعكاز زهرة، التأمين على المسؤولية المدنية للعون الإقتصادي وأثره على الحق في التعويض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مصطفى استنبولي معسكر، 2011، ص11.

في بوليصة تأمين م.م.م.

وما يعاب على بوليصات التأمين في حصرها للأفعال الضارة المعنية بالضمان، تشبثها بالإصطلاح التقليدي المرتكز على "فكرة الخطأ" والتي باتت لا تنسجم مع نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج، ما دام أن هذا النوع من البوليصة تغطي الأضرار الناتجة عن تسليم المنتج المعيب سواء كان عيبا ذاتيا في المنتج، كما تغطي أنواعا متعددة من الأخطار ناجمة عن تعيب خارجي للمنتج<sup>1</sup>.

### 1- التأمين من المسؤولية المدنية للمنتج

يعتبر موضوع مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة من المواضيع التي تستحق التعمق في دراستها نظرا للأهمية البالغة التي تحتلها باعتبار ضحايا المنتجات المعيبة (المستهلكين) في ازدياد مستمر خاصة مع تقدم التقنية العالية.

وبالتالي والسؤال المطروح هو: إلى أي مدى وقف المشرع الجزائري في توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلكين والمستهلكين للمنتجات المعيبة وخاصة بعد تعديله للقانون المدني في سنة 2005 وإضافة المادة 140 مكرر مسطرة لنهج المشرع الفرنسي.

السؤال الذي سنحاول الإجابة عنه من خلال تحديد نظام المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة (أولا)، ثم ما هي الأحكام الخاصة التي أقرها المشرع لصالح المضرور في هذا الصدد (ثانيا).

#### - تأصيل نظام المسؤولية:

بتاريخ 25 جويلية 1985 أصدر الإتحاد الأوروبي التوجيه رقم 374/85 المتعلقة بالتقريب والتنسيق بين النصوص التشريعية واللائحية والإدارية للدول الأعضاء في مجال المسؤولية عن

<sup>1</sup> - بن طرية معمر، مدى تأثير آلية التأمين على نظام المسؤولية المدنية للمتدخل - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2018، ص.123.

المنتجات المعيبة المعدل المتمم<sup>1</sup>، وقامت جميع دول الإتحاد بإدخاله في قوانينها الداخلية، في خلال المدة المحددة بثلاث سنوات أي قبل 30 جويلية 1988 باستثناء فرنسا التي لم تقم بقله إلى في سنة 1998 بموجب القانون رقم 98-389 المؤرخ في 19 ماي 1998.

وبدوره المشرع الجزائري متأثرا بنظيره الفرنسي إذ نص على المسؤولية من خلال تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 في المادة 140 مكرر التي تنص على أنه: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى لو لم تربطه بالمتضرر أي علاقة تعاقدية". من الأسباب التي أدت إلى استحداث هذه المسؤولية العجز الذي تبين بعد تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية والعقدية بحسب مدى توافر شروط كل منهما، من حيث النقص في الدقة القانونية واليقين، وخاصة في باب التفرقة في المعاملة بين مضرورين محتملين يتعرضون لنفس الضرر، بحسب اختلاف الظروف التي يقع فيها هذا الأخير، وكذلك عجز النصوص المتعلقة بضمان العيوب الخفية عن تقديم الحماية اللازمة للمتضررين من المنتجات المعيبة، نظرا لأن دعوى الضمان لا تكفل غالبا سوى ما يعرف بالأضرار التجارية فقط، كما لا يمكن الاحتجاج بهذه الدعوى إذا كان المضرور من غير المتعاقدين.

وحتى تقوم مسؤولية المنتج يجب على المتضرر إثارتها ولا يتأني ذلك إلا بإثبات عيب المنتج<sup>1</sup> المطروح في التداول، والضرر اللاحق به، والعلاقة السببية بينهما.

<sup>1</sup>- La directive 85/374 CEF du conseil du 25/07/1985 relative au rapprochement des dispositions législatives ,réglementaires et administratives des états membres en matières de responsabilité du fait des produit défectueux, JOL du 07/08/1985 modifiée par le directive 1999/34/Ce du parlement européen el du conseil du 10/05/1999,J.O.L 141 du 04/06/1999,voir : [www.légisfrance.gouv.fr](http://www.légisfrance.gouv.fr).

-وجوه هذا التوجيه يتمثل في الآتي:

1- وجوب حماية كل ضحايا الأضرار الجسدية الناتجة عن منتوجات مطروحة في السوق، أي دون التفرقة بين المضرور المتعاقد والمضرور غير المتعاقد.

2- إلزام المنتج بإصلاح الأضرار المترتبة عن العيب في منتجاته.

3- تعريف المنتج المعيب بأنه ذلك المنتج الذي لا يوفر الأمن والسلامة لكل من يسوغ له أن ينتظرها منه وللمزيد من المعلومات؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2008، ص.70.

**-إقرار أحكام خاصة لصالح المضرور:**

عمل المشرع الجزائري في إطار سعيه لتوفير حماية فعالة للمستهلك، إلى إقرار قواعد متميزة تسهل على المضرور من فعل المنتجات المعيبة استيفاء حقه من المتدخل، وذلك من خلال إقرار حق جمعيات حماية المستهلكين في التقاضي لصالح المضرورين<sup>2</sup> من المستهلكين كطرف أصلي، على أن يتم تكريس إلزامية التأمين على المسؤولية المدنية عن المنتوجات ومن ثم إمكانية إدخال شركات التأمين كطرف في الدعوى.

**أ- إلزامية التأمين على المسؤولية المدنية على المنتوجات:**

أصبحت تغطية المخاطر من خلال التأمين من أهم السمات المرتبطة بالنهضة الاقتصادية في شتى المجالات<sup>3</sup>، وخاصة في مجال التأمين على المسؤولية المدنية المهنية عن المنتوجات، حيث أوجب المشرع الجزائري على كل متدخل ضرورة اكتتاب تأمين لتغطية الأضرار التي تسببها المنتوجات تجاه المستهلكين من خلال المادة 168 من الأمر 95-07 المؤرخ في 1995/01/25<sup>4</sup> المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> -L' article 6,alinéa de1 la directive 85/374/CEE : « Un produit est (-1) défectueux l'orsqu'il n'offre pas la sérarite a laquelle on peut légitimement s'attendre tenu de toutes les circonstances ».

<sup>2</sup> نصت المادة 23 من القانون رقم 09-03 المتعلق بقواعد حماية المستهلك وقمع الغش على أنه "عندما يتعرض المستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني". وبهذا فقد منح المشرع الجزائري لجمعيات حماية المستهلكين الحق في رفع الدعاوى أمام المحاكم المختصة، شرط أن يكون الضرر الحاصل قد لحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين وهذا دون توكيل أو شكوى منهم.

<sup>3</sup> -Boudjellal mohammed, les assurances dans un système islamique. Revue des sciences économiques et de gestion, Faculté de science économique, commerciales et des sciences de gestion , université Fer Rat Abbes, Sétif, N05, 2005. p60.

<sup>4</sup> -الأمر 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات (ج.ر العدد 13 المؤرخة في 1995/03/08).

<sup>5</sup> -القانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 (ج.ر العدد 15 المؤرخة في 2006/03/12).

أما في التشريع الفرنسي لا يوجد نص يلزم المنتجين الصناعيين بالتأمين الإجباري على مسؤولية هم بل التأمين الموجود هناك يتعلق بالتأمين على المنتجات ذات الاستهلاك المكثف وتخضع لقواعد التأمين العامة<sup>1</sup>.

وعليه سنحاول تحديد نطاق عقد تأمين المسؤولية المدنية عن المنتجات من حيث الأشخاص ثم من حيث المنتجات، وبيان الأضرار المؤمن ضدها.

### 1- نطاق التأمين من حيث الأشخاص:

تنص المادة 1/186 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم على ما يلي: "يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي، يقوم بصنع وابتكار أو تحويل أو تعديل أو تعبئة مواد معدة للاستهلاك أو الاستعمال، أن يكتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه المستهلكين والمستعملين وتجاه الغير".

وبالتالي فيتحدد هذا النطاق من جهة المتدخل المتمثل في كل شخص طبيعي أو معنوي سواء كان صانع أو مبتكر أو من يدخل تحويلات أو تعديلات على المنتج بما في ذلك القائم على عمليات التعبئة للمواد المعدة للاستهلاك أو الاستعمال، وأضافت نفس المادة في فقرتها الثالثة المستوردين والموزعين الممارسين لنشاطهم بخصوص المنتجات المحددة في الفقرة الثانية من نفس المادة. والملاحظ أن المادة 168، قد استثنت من هذا المجال البائعين، وعلى الأرجح يعود ذلك لعدم إمكانية التأمين على كل أنواع المنتجات التي يقومون ببيعها. ومن جهة أخرى يشمل نطاق هذا التأمين كل المستهلكين والمستعملين للمنتجات إضافة إلى الغير المتضرر منها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - وقد أورد الأستاذ هيمار في كتابه شرح التأمين تعريفا للتأمين كمنشأ بأنه "عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير دفع قسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن، مهذا التعهد يدفع بمقتضاه هذا الأخير أداء معين عند تحقق الخطر معين لك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المقاصة وفقا لقوانين الإحصاء.

وهذا التعريف يقترب مما أورده المشرع الجزائري وفقا للمادة 1/02 من الأمر 95-07 المعدل والمتمم عند تعريفه لعقد التأمين بنصها على أنه: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن أو غير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد لك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى".

ومن هذا المنطلق، يعد عقد تأمين المسؤولية المدنية عن المنتجات عقد تأمين مهني، ذلك أنه يتعلق بتغطية الأضرار التي تلحق المستهلكين من المنتجات محل نشاط مهني من طرف المتدخل، وكما يعد عقد تأمين تعويضي لأن الهدف الأساسي للعقد هو تعويض المؤمن له عن الخسارة التي تلحقه نتيجة الحكم عليه بمبلغ التعويض المستحق للمستهلك، وهو المستفيد من الضمان من جزاء فعل المنتجات المعيبة<sup>2</sup>.

## 2- نطاق التأمين من حيث المنتوجات:

نجد المادة 2/168 من الأمر 07-95 المعدل والمتمم، قامت بتعداد المنتوجات الخاضعة، لإلزامية التأمين على سبيل المثال وما يؤكد ذلك نص المشرع في الفقرة: "... وبصفة عامة في أية مادة يمكن أن تسبب أضرار المستهلكين والمستعملين وللغير...." وذكرت نفس المادة البعض من هذه المنتوجات، والمتمثلة في المواد الغذائية،

والصيدلانية ومستحضرات التجميل ومواد التنظيف والمواد الصناعية والميكانيكية و الإلكترونيات والكهربائية، ويلاحظ كذلك أن المشرع قام بتعداد هذه المنتوجات باعتبارها سلعا ولم يتطرق إلى الخدمات، ولعل ذلك يرجع لتنظيمها بموجب مواد متفرقة في الأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم المتعلقة بالتأمينات كخدمة النقل الجوي أو في نصوص أخرى، وكما أنه يتضح من سياق نفس المادة أن نطاق التأمين شامل لكل المنتوجات المشار إليها لاحقا بعد صدور الأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم المتعلقة بالتأمينات والمتضمنة في نص المادة 140 مكرر .... من القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري المؤسسة لمسؤولية المنتج<sup>3</sup>.

## 3- الأضرار المؤمن ضدها:

<sup>1</sup> - بن بعلاش خليدة، بشير بن حبيب، مقال بعنوان حماية المستهلك في ظل قواعد المسؤولية المدنية المستحدثة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، العدد 01، 2015، ص. 142 وما بعدها.

<sup>2</sup> - طيب ولد عمر، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2009-2010، ص. 213.

<sup>3</sup> - بن بعلاش خليدة، بشير بن حبيب، المرجع السابق، ص. 143.

تم تحديد كيفية تطبيق المادة 168 من الأمر رقم 95-07 المعدل ومتمم المتعلق بالتأمينات وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-48 المؤرخ في 17/01/1996 المحدد لشروط التأمين و كفياته في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات<sup>1</sup>، حيث تنص المادة الثانية منه بأنه: "يضمن التأمين المسمى "المسؤولية المدنية عن المنتجات" طبقاً للتشريع المعلن به، المستهلكين والمستعملين وغيرهم من الآثار المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية المهنية بسبب الأضرار الجسمانية المادية والمالية التي تنسب فيها المنتجات"، ويظهر من خلال هذه المادة كيف أن المشرع قد حدد الأضرار المعينة بالتعويض بالأضرار الجسمانية المادية والمالية، دون الأضرار المعنوية، وذلك على الرغم أنها تصلح محلاً لدعاوى التعويض طبقاً لأحكام قانون الإستهلاك، فجاء سلوكه بذلك غير مبرر مع العلم أنه لم يستدرك هذا النقص. بموجب التعديل الأخير الأمر رقم 95-07 بموجب القانون رقم 06-04.

\* وهنا قد يطرح التساؤل عن كيف يتم التأمين على المسؤولية المدنية عن المنتجات؟:

أوجب المشرع الجزائي على كل متدخل ضرورة اكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية اتجاه المستهلكين عن الأضرار التي تسببها المنتجات<sup>2</sup>.

ب- الخصائص الذاتية لعقد تأمين المسؤولية المدنية عن المنتجات:

يعتبر عقد تأمين المسؤولية عن المنتجات من العقود الإلزامية والمهنية والتعويضية والتي لا يستفيد منها إلا الغير.

فهو عقد إلزامي، حيث ألزم المشرع المتدخل ضرورة اكتتاب تأمين طبقاً للمادة 168 من الأمر رقم 95-06 المعدل والمتمم التي نصّت على أنه "يجب على كل شخص طبيعياً أو معنوي يقوم بصنع أو ابتكار أو تحويل أو تعبئة مواد معدة للاستهلاك أو الاستعمال، أن يكتب تأميناً لتغطية

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 96-48 المحدد لشروط التأمين وكفياته في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات (ج.ر. العدد 05، المؤرخة في 21 / 01 / 1996).

<sup>2</sup> - حيث نصت المادة 168 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم على أنه "يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع أو ابتكار أو تحويل أو تعبئة مواد معدة للاستهلاك أو الاستعمال أن يكتب تأميناً لتغطية مسؤولية المدنية المهنية اتجاه المستهلكين والمستعملين واتجاه الغير....".

مسؤوليته المدنية المهنية اتجاه المستهلكين والمستعملين واتجاه الغير.....يخضع المستوردون والموزعون لهذه المواد ذاتها لنفس إلزامية التأمين....".  
 كما يعقد عقد تأمين المسؤولية عقد تأمين مهني، ذلك أنه يتعلق بتغطية الأضرار التي تلحق المستهلكين من المنتجات محل نشاط المتدخل<sup>1</sup>.  
 كذلك يعد عقد تأمين تعويضي، لأن الهدف الأساسي للعقد هو تعويض المؤمن له عن الخسارة التي تلحقه نتيجة الحكم عليه بمبلغ التعويض المستحق للمستهلك<sup>2</sup>.  
 أخيراً، فإنه لا يستفيد من الضمان إلا الغير المضور من جراء فعل المنتجات المعيبة<sup>3</sup>.

### ج- نطاق عقد تأمين المسؤولية المدنية عن المنتجات:

يتحدد نطاق عقد تأمين المسؤولية المدنية عن المنتجات بالنطاق الشخصي والموضوعي و الزمني ، كما يلي:

#### 1- النطاق الشخصي:

يقصد بالنطاق الشخصي لعقد التأمين عن المسؤولية المدنية عن المنتجات بالمتدخل والمضور.  
 والمتدخل في عقد التأمين هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع أو ابتكار أو تعبئة مواد معدة للاستهلاك أو الاستعمال<sup>4</sup>، دون غيره من المتدخلين الموزعين.  
 أما المضور، فهو المستهلك أو المستعمل أو الغير<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 168 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - تنص المادة 96-48 من المرسوم التنفيذي رقم 96-48 النافذ على أنه "يضمن التأمين المسمى "المسؤولية المدنية عن المنتجات" طبقاً للتشريع المعمول به، المستهلكين والمستعملين وغيرهم الآثار المالية المترتبة عن مسؤولية المؤمن له المدنية المهنية بسبب الأضرار الجسمانية والمالية التي تتسبب فيها المنتجات".

<sup>3</sup> - حيث نصت المادة 59 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم على أنه "لا ينتفع المبلغ الواجب على المؤمن أو بجزء منه الغير المتضرر أو ذوو حقوقه ما دام هذا الغير لم يستوف حقه في حدود المبلغ المذكور من النتائج المالية المترتبة عن الفعل الضار الذي سبب مسؤولية المؤمن له".

<sup>4</sup> - المادة 168 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم.

<sup>5</sup> - جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص، 41.



## 2- النطاق الموضوعي:

يتحدد النطاق الموضوعي لعقد التأمين من المسؤولية المدنية عن المنتجات، بالمنتجات والمخاطر والأضرار، كما يلي:

أ- **المنتجات:** تتحدد المنتجات المعنية بالتأمين عن المسؤولية المدنية عن المنتجات بالمواد الغذائية و الصيدلانية ومستحضرات التجميل ومواد التنظيف البدني والمواد الصناعية والميكانيكية والإلكترونية والكهربائية، وبصفة عامة أية مادة يمكن أن تسبب أضرار للمستهلكين وللمستعملين وللغير.

ب- **المخاطر:** الخطر، وفقا لمادة التأمين، حادث مستقبلي محتمل الوقوع لا دخل لإرادة أحد الأطراف في حدوثه، وأن يكون محله مشروعا، وهو على أنواع، غير أنه وتحدد الأخطار القابلة للتأمين بكل مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في حفظ مال أو عدم وقوع خطر<sup>1</sup>.

ج- **الأضرار:** يكتب المتدخل تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية اتجاه المستهلكين عن الأضرار التي تلحقهم بسبب المنتجات<sup>2</sup>.

وتحدد الأضرار المعنية بالتعويض بالأضرار الجسمانية المادية والمالية<sup>3</sup>، دون الأضرار المعنوية وبذلك استثنى المشرع الأضرار المعنوية من التأمين على الرغم من أنها محلا لدعوى التعويض طبقا لأحكام قانون الاستهلاك، فجاء بذلك سلوكه غير مبرر مع العلم أنه لم يستدرك هذا النقص بموجب التعديل الأخير للأمر رقم 95-07. بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20/02/2006

## 3- النطاق الزمني:

<sup>1</sup> - المادة 29 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم، ويشترط في الخطر القابل للتأمين المواصفات الآتية:

- أن يكون حادث مستقبلي.
- أن يكون الحادث محتمل الوقوع.
- أن يكون الحادث مستقل عن إرادة الطرفين.
- أن يكون الخطر مشروعا، وللمزيد من التفاصيل، علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014، ص. 427.

<sup>2</sup> - المادة 186 من نفس الأمر.

<sup>3</sup> - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 96-48 الناقد.

في الأصل يضمن عقد التأمين من المسؤولية نتائج الأفعال الضارة التي تؤدي إلى مسؤولية المؤمن له والتي تقع أثناء مدة صلاحية عقد التأمين، حتى ولو تأخرت مطالبات الغير بالتعويض إلى ما بعد انتهاء هذه المدة.

ويجري الواقع العلمي على ترك تحديد نطاق الضمان من حيث المدة لإرادة الطرفين، وهو ما تبناه المشرع الجزائري طبقا للمادة 7 من الأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم التي نصت على أنه "يجر عقد التأمين كتابيا، وبجروف واضحة، وينبغي أن يحتوي إجباريا، زيادة على توقيع الطرفين المكتتبين على البيانات التالية..... - تاريخ سريان العقد ومدته،...."، وتتوزع آثار التأمين على المنتجات بالنسبة لطرفي عقد التأمين. ففيما يخص **إلتزامات المؤمن له**، بالإضافة إلى الإلتزامات المنصوص عليها. بموجب القواعد العامة ذات الصلة بعقد التأمين وفقا للأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم كالتزامه بدفع الأقساط والتزامه بالتصريح أو الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر<sup>1</sup>، يلتزم المؤمن له بأن يتخذ كل الإجراءات الكفيلة بحماية المنتجات وتجنب الأضرار<sup>2</sup>.

أما فيما يتعلق بالتزامات المؤمن فإنه يضمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية تسبب الأضرار اللاحقة بالغير<sup>3</sup>، وبذلك يلتزم المؤمن في حالة توافر شروط المسؤولية المدنية عن المنتجات بتعويض الخسائر والأضرار<sup>4</sup> كما يتحمل المؤمن المصاريف القضائية الناجمة عن أية دعوى تعود بمسؤوليتها إلى المؤمن له إثر وقوع حادث مضمون<sup>5</sup>.

غير أنه لا ينتفع بالمبلغ الواجب على المؤمن أو بجزء منه إلا الغير المتضرر أو ذوو حقوقه مادام هذا الغير يستوف حقه في حدود المبلغ المذكور من النتائج المالية المترتبة على الفعل الضار الذي بسبب مسؤولية المؤمن له<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 15 وما يليها من الأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 48-96 النافذ.

<sup>3</sup> - المادة 56 من الأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> - المادة 12 من نفس الأمر.

<sup>5</sup> - المادة 57 من نفس الأمر.

<sup>6</sup> - المادة 9+5 من الأمر رقم 07-95 المعدل والمتمم.

كما أنه يدفع التعويض أو المبلغ المحدد في العقد في أجل تنص عليه الشروط العامة لعقد التأمين<sup>1</sup>، ويجب أن يؤمر المؤمن بإجراء الخبرة عندما تكون ضرورية في أجل أقصاه سبعة أيام ابتداء من يوم استلام التصريح بالحادث، ويجب على المؤمن أن يعمل على إيداع تقرير الخبرة في الآجال المحددة في عقد التأمين<sup>2</sup>، وإذا لم يدفع التعويض في الآجال المحددة بالشروط العامة لعقد التأمين، يحق للمستفيد طلب هذا التعويض بإضافة الفوائد كل يوم تأخير على نسبة إعادة الخصم<sup>3</sup>. أخيراً لا يحتج بالمؤمن بأي إقرار بالمسؤولية ولا بأية مصلحة خارجية عنه، ولا يقصد الاعتراف بحقيقة الأمر إقراراً بالمسؤولية<sup>4</sup>، أما في حالة الاشتراك أو التضامن في مسؤولية المؤمن له مع متدخلين متدخلين آخرين لا يسري مفعول ضمان التأمين إلا حسب نسبة مسؤولية المتدخل في الضرر الملحق<sup>5</sup>.

وهنا قد يطرح التساؤل أيضاً عن مدى جواز التأمين على مخاطر التطور العلمي من عدمه؟ فيقصد بمخاطر التطور العلمي: "كشف التطور العلمي التكنولوجي عن عيوب وجدت في منتوجات عند إطلاقها في التداول، في وقت لم تكن حالة العلم والتقدم التكنولوجي تسمح باكتشافها فهل يجوز للمتدخل الذي أبرم عقد تأمين المسؤولية المدنية عن عيب سلامة المنتوجات، وتعرض لهذا الخطر، أن يطالب المؤمن بأن يتحمل عنه مسؤوليته؟ وفي هذا الشأن، تقضي المادة (12) من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم، على أنه "يلتزم المؤمن :

#### • تعويض الخسائر والأضرار:

أ- الناتجة عن الحالات الطارئة

ب- الناتجة عن خطأ غير متعمد من المؤمن له...."

وهذا ما يعني بأن المخاطر التطور العلمي لا تكون مستبعدة من الضمان ذلك أنه لا يصح أن

<sup>1</sup>-الفقرة 01 من المادة 13 من نفس الأمر.

<sup>2</sup>-الفقرتين 2 و3 من نفس المادة.

<sup>3</sup>-المادة 14 من نفس الأمر.

<sup>4</sup>-المادة 58 من نفس الأمر.

<sup>5</sup>-المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 96-48 النافذ.

ندخل منتج من شأنه أن يولد هذا النوع من الخطر إلى السوق، ويتعين على المؤمن له قبل أن يطرح هذا المنتج أن يعلن الديون التقنية ، و يجب أن تقابل هذه الالتزامات أصول معادلة لها و هي :سندات و ودائع و قروض، قيم منقولة و سندات مماثلة، أصول عقارية ، أصول أخرى.

د — بالنسبة للتعاضديات فقد الزمها المشرع بالامتثال إلى القانون الأساسي المحدد عن طريق التنظيم و ضمان منخرطيها التسوية الكاملة للالتزامات في حالة وقوع أخطار.

ذلك للمؤمن،طبقا للمادة15 من الأمر رقم 95-07 المعدل والمتمم التي نصت على أنه"يلزم المؤمن له:..... - بالتصريح المسبق للمؤمن بتغيير الخطر أو تفاقمه بفعل المؤمن له....." وإلا تعرض للجزاءات المنصوص عليها في المادتين 19 و 21 من نفس الأمر.

### الفرع الثالث:انتشار التأمين والأنظمة الجماعية للتعويض

يعتبر نظام التأمين من المسؤولية من بين أوجه الحماية القانونية التي كرسها التشريعات المختلفة،من أجل حماية المضرورين بصفة عامة والمضرورين جسمانيا بصفة خاصة،وعمقتضاه أمكن للفرد أن يؤمن على أخطائه أيا كانت طبيعة هذه الأخطاء،بشرط ألا تكون أخطاء عمدية.

ويحقق هذا النظام للمضرور ميزة الرجوع بالتعويض مباشرة على المؤمن،حيث يركز على أساس توزيع المخاطر بين أفراد المجتمع،حيث يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التعويض مقابل دفع الأقساط من طرف المؤمن له.

ولقد اتسع نطاق التأمين نتيجة للتطور الذي شهدته المسؤولية المدنية،وذلك لظهور النظريات التي تنادي بتأسيس المسؤولية على فكرة المخاطر،وظهور المسؤولية اللاخطئية،حيث تطور الأمر في صالح المضرور فلم تعد المسؤولية تقام على الخطأ الواجب الإثبات وحده وإنما تقوم على أساس الخطأ المفترض<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>-بمعنى أن الخطأ المتسبب في الضرر قرينة على سوء مسؤولية تجاه المتضرر وبدون أن نأخذ بحسن أو سوء نية هذا الأخير في ارتكاب الخطأ أو الضرر.

ومما زاد التأمين انتشارا تعقد الحياة الحديثة وزيادة مخاطرها، واتجاه التشريع إلى الانتقال بالمسؤولية المدنية من أساسها التقليدي إلى حديث تقوم فيه على فكرة تحمل التبعة.

وإذا كان التأمين من المسؤولية يتوقف على إرادة ذوي الشأن، بمعنى أنها اختياريا، إلا أنه في ظروف خاصة يعتبر إجباريا بنص القانون، وذلك بسبب كثرة وانتشار الأضرار في هذه الظروف<sup>1</sup>.

و سنتبين مدى الحماية التي كرسها المشرع الجزائري بالخصوص، فيها يخص تعويض الأضرار الجسمانية الناتجة عن حوادث المرور، والأضرار الجسمانية الناجمة عن حوادث العمل والأمراض المهنية، وكيف أن المسؤولية بدأت تأخذ صبغة اجتماعية.

### أولا-مدى حماية المضرورين جسمانيا من حوادث المرور:

يخضع ضحايا حوادث المرور في الجزائر إلى الأمر 54-15<sup>2</sup>، حيث يتميز هذا النظام بطابع إلزامي في مجال تقدير التعويض عن الأضرار الجسمانية، وتقوم المسؤولية فيه على أساس نظرية المخاطر لا على أساس الخطأ<sup>3</sup>.

والمستحقون للتعويض عن الأضرار الجسمانية الناجمة عن حوادث المرور حسب الأمر السابق هم كل من الضحية والمكتب في التأمين ومالك السيارة وكل سائق لها<sup>4</sup>.

حيث تعوض الضحية عن كل حادث مرور مهما كان خطأها، ولا يهم لتعويض الضحية أيضا معرفة إذا كان السائق مسؤولا أم لا، إذا أهلية كاملة أم قاصرة، وقد نص هذا الأمر على الأضرار الجسمانية المستوجبة للتعويض، ويدخل ضمنها وفاة الضحية البالغة وحالة العجز المؤقت عن العمل والعجز الجزئي أو الكلي الدائم، والمصاريف الطبية والصيدلية ومصاريف النقل والجنائز وتعويض الضرر الإجمالي الناتج عن عملية جراحية.

<sup>1</sup> -1، محمد حسين منصور، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري عنها، دار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص.220.

<sup>2</sup> -انظر، الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 06 محرم 1394 الموافق ل30 يناير 1974 المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 الصادر في 19-07-1988 المتعلق بإلزامية التأمين السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار. ج.ر. عدد 29، ص.1068.

<sup>3</sup> - لم يتخل الأمر 74-15 عن المسؤولية الخطئية فيما يتعلق بإصلاح الأضرار المادية، انظر، محمد حسين منصور، المضرور والمستفيد من التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث المرور، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.

<sup>4</sup> - المادة 8 من الأمر 74-15 السابق الذكر.

ولم يجز الأمر التعويض عن الضرر الأدبي إلا بعد صدور القانون 88-31<sup>1</sup>، حيث أصبح يعوض عن الضرر الأدبي المرتد وذلك عن وفاة القاصر.

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن نظام التعويض في حوادث المرور يقوم على أساس نظرية المخاطر، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/27 حيث جاء في حيثياته "إن التعويضات المحددة بالجدول المرفقة بالأمر 74-15 هي من النظام العام وأن عدم مراعاتها يترتب عليه البطلان والنقض".<sup>2</sup>

وقد أكدت ذلك المادة 8 من نفس الأمر والتي ألفت عنصر الخطأ لقيام المسؤولية المدنية، وفي قرار آخر لها عن الغرفة الجنائية الثانية مؤرخ في 1990/07/09 نص على أنه إلى غاية 1980 وهو تاريخ صدور المراسيم التطبيقية للأمر 74/15 كانت تطبق أمام الجهات القضائية في دعاوى حوادث المرور نظرية الخطأ التي تشترط من الضحية إثبات الخطأ المرتكب من قبل السائق وكون هذا الخطأ هو الذي كان سببا في الضرر الذي لحقها، ثم أخذ المشرع بنظرية الخطر التي تشمل التعويض التلقائي دون مراعاة مسؤولية أي طرف في الحادث حسب القواعد المحددة للأمر 74-15 وقانون 88-31<sup>3</sup>.

ولقد بلغت حماية المضرور جسمانيا ذروتها من خلال صندوق التعويضات، حيث نصت المادة الأولى من المرسوم 80-37 المتعلق بهذا الصندوق على أنه "يكلف الصندوق الخاص بالتعويض، بدفع التعويضات إلى المصابين جسمانيا بحوادث المرور، أو إلى ذوي حقوقهم، في الحالات المشار إليها في المادة 24 وما يليها من الأمر 74-15....."، وحيث أن المادة 24 من الأمر السابق قد نصت على ضرورة تعويض المضرورين جسمانيا في حالة ما إذا كان المسؤول مجهولا أو سقط حقه في الضمان وقت الحادث أو كان ضمانه غير كاف أو كان غير مؤمن له أو..... إلخ.

<sup>1</sup> - قانون رقم 88-31 الصادر في 19-07-1988 المعدل والمتمم للأمر 74-15، ج.ر. رقم 29، ص. 1069.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 27-02-1990، غير منشور، مقتبس عن العرابوي نبيل صالح، التأمين في النقل البري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003-2004، ص. 125.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ.م، ج.ر. في 09/07/1990 ملف رقم 203-66، المجلة القضائية، 1999، العدد الأول، ص. 45.

وصفوة القول أن المشرع الجزائري قد ساير التشريعات الحديثة فيما يخص التعويض عن الأضرار الجسمانية الناجمة عن حوادث المرور، وواكب التطور الذي شهدته المسؤولية المدنية في آخر مراحلها، وقد أرسا هذا التحول الإجهاد القضائي، وهو تقدم يحسب له.

### ثانيا- مدى حماية المضرورين جسمانيا من حوادث العمل والأمراض المهنية:

فضلا عن نظر التأمين سواء كان إجباريا أو اختياريا، فإن من أوجه حماية المضرور جسمانيا نظام التأمينات الاجتماعية، ذلك أنه بمقتضاه ينتقل الالتزام بالتعويض عن الإصابات التي تحدث أثناء العمل وبسببه من صاحب العمل إلى هيئة عامة تلتزم به، وتكون هي المسؤولية أمام المضرور بالتعويض.

يتخذ هذا النظام صبغة إجبارية لكل من رب العمل والعامل، يطلق عليه في فرنسا إصلاح الضمان الاجتماعي، والتأمين الاجتماعي نظام كل سنة الدول من أجل حماية الطبقة العاملة من الأضرار التي قد تلحقها أثناء العمل وتكون السبب في تعطلهم عنه، وذلك بتقديم الوسائل الوقائية والعلاجية، العينية والنقدية، بالقدر الذي يمكن إعادة المضرور فيه إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الحادث، وتقوم هذه الحقوق التي للعامل في مواجهة الهيئة على أساس فكرة التأمين وليس على أساس فكرة المسؤولية أو الخطأ لذلك فهي لا تحدد بقدر الضرر بل هي عبارة عن تعويض جزائي لا يستهدف التعويض أو الجبر الكامل الأضرار التي لحقت العامل<sup>1</sup>.

ظهر هذا النظام في نهاية القرن 19 استجابة لما نادى به الفقه من ضرورة تأسيس التعويض على فكرة تحمل التبعة بدلا من خطأ حيث كانت إصابات العمل تشكل السبب الرئيسي في قصور أحكام المسؤولية المدنية التقليدية كما رأينا، فالضرورات الاجتماعية للعمل أصنفت على كل ما من شأنه أن يحول بذل العامل لقواه العضلية والذهنية صفة الخطر الاجتماعي.

وفي الجزائر صدر القانون رقم 83-11 الصادر في 1983/08/02 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-19 الصادر في 1996-07-06، حيث يقوم هذا النظام على

<sup>1</sup> - رمضان جمال كمال، موسوعة التأمينات الاجتماعية، الطبعة الثانية، الأصيل للنشر والتوزيع، طنطا، 2001، ص.328.

فكرة تحمل التبعة أو الضمان دون اشتراط الخطأ<sup>1</sup>، إذ حدد المشرع من خلاله تعويضاً ..... هو الآخر ملزماً للقاضي أثناء الحكم بالتعويض، ويتضمن أداءات عينية وأخرى نقدية، تتمثل الأولى في دفع مصاريف العلاج وإعادة التأهيل الوظيفي، وتتمثل الثانية في شكل تعويضات يومية تحسب على أساس أجل العامل في حالة العجز المؤقت، أو في شكل إيراد مرتب مدى الحياة في حالة العجز الدائم، وذلك تبعاً لنسبة العجز التي يحددها طبيب الضمان الاجتماعي في الخبرة الطبية.<sup>2</sup>

وإذا كان نظام التأمينات الاجتماعية لا يقوم على أساس المسؤولية الخطئية كمبدأ عام<sup>3</sup>، إلا أن هناك حالات استثنائية تقوم فيها المسؤولية المدنية لرب العمل على أساس المسؤولية الخطئية، ومع ذلك يستحق العامل تعويضاً .....، وتتعلق هذه الحالة بالخصوص في حالة ارتكاب العمل الخطأ غير معذور أو خطأ متعمد، حسبما نصت عليه المادة 47 من القانون 83-15 المؤرخ في 02-07-1983 المتعلق بالمنازعات في الضمان الاجتماعي.

وهكذا يمكن القول أن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات الأخرى قد كرس حماية فعالة فيما يخص المضرورين جسمانياً من حوادث العمل، تجلت مظاهر هذه الحماية في النصوص القانونية التي أصدرها في هذا الشأن من جهة، وفي مدى الضمانات التي تقدمها هذه النصوص للعامل من جهة أخرى، حيث تحولت حقيقة المسؤولية من فكرة المسؤولية الفردية إلى المسؤولية الجماعية، ويعتبر هذا النظام من أهم صور هذا التحول.

### ثالثاً - ضمانات المضرورين جسمانياً من السلع المعيبة:

تأثرت المسؤولية المدنية بمدى التطور التقني الكبير في إنتاج السلع والخدمات، وما ترتب عليها من أضرار جسمانية، لحقت بالأساس الطرف الضعيف في العلاقة وهو المستهلك، وهو ما فرض على المشرع التدخل لفرض إجراءات خاصة لحماية هذه الشريحة من المضرورين، ذلك أن غاية المستهلك

<sup>1</sup> - القانون رقم 8-11 المؤرخ في 21 رمضان 1403 الموافق لـ 2 يوليو 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 06/07/1996.

<sup>2</sup> - المواد من 36 إلى 31 من نفس القانون السابق الذكر.

<sup>3</sup> - المواد من 29 إلى 31 من القانون 83-11.



هي الاستهلاك فحسب والمستهلك وراء رغباته ما لم تتحقق، فهو في ذلك الوقت لا يرى إلا تلك السلعة<sup>1</sup>.

وسنعالج أوجه الحماية المقررة لفئة المضرورين من السلع المعيبة، في كل من القانون الفرنسي والقانون الجزائري، وذلك لكي يتضح أن الأضرار الجسمانية كانت من بين الدوافع التي أدت بالمشرع إلى إصدار نصوص خاصة من بينها قانون حماية المستهلك.

#### أ - ضمان تعويض المضرورين من السلع المعيبة في القانون الفرنسي:

لقد خطا المشرع الفرنسي خطوات جبارة في مجال حماية المستهلك، وذلك بإصداره للقانون 98-398 المؤرخ في 19 ماي 1998 وقد أضاف به فصلا جديدا للقانون المدني الفرنسي تحت عنوان "المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة"، ويضمن هذا القانون أحكاما تمثل انقلابا على المسؤولية المدنية في صورتها التقليدية. ولاشك أن المشرع الفرنسي قد تبني المسؤولية (المسؤولية المفترضة) بدون خطأ، وهو ما تجلّى في المادة 1/1386 من القانون المدني المقابل لنص المادة 140 مكرر المعدلة من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

وإذا كان القانون قد استبعد فكرة الخطأ كأساس المسؤولية وأقامها على الضرر، فإنه كذلك قد توسع في مفهوم المنتج والمنتجات، وذلك بغرض توفير أكثر من مسؤول يرجع عليه المتضرر بالتعويض، وفي هذا ضمان كاف له.

وفي مجال عقد التأمين فقد فرض المشرع على الحرفيين الالتزام بالإعلام، وهو التزام يسبق إبرام العقد، إذ يقع على عاتق المؤمن أو مقدم الخدمة تزويد المستهلك بالمعلومات الجوهرية عن العملية التأمينية التي يتم التعاقد بشأنها.

<sup>1</sup> - المادة 140 مكرر من التقنين المدني الجزائري التي كرس المشرع من خلالها التزاما عاما بالسلامة، حيث كان في بادئ الأمر يقوم التزام المحترف على أساس تعاقدى فقط، ثم تطور الوضع بفضل الدور الرائد الذي لعبه القضاء الفرنسي، إلى التزام عام بالسلامة حيث أصبح من الممكن للمستهلك أن يقاضي المحترف ولو لم يتعاقد معه، وذلك بموجب المسؤولية القانونية.

<sup>2</sup> - بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2002-2003، ص. 438.

ولهذا لجأ القضاء الفرنسي إلى نصوص أخرى لفرض جزاء على المخالفة هذا الالتزام أهمها: اعتبار عدم تزويد المستهلك بالمعلومات نوعاً من التغيير، فقد أصبح مسموحاً في القانون الفرنسي التديس بالسكوت عن ملابسة، إذا كان عمدياً وأثر في رضا المتعاقد.

و الالتزام العقدي بتزويد المستهلك بالمعلومات يبدو أكثر وضوحاً في العلاقة بين المهنيين والمستهلكين، وسند هذا الالتزام على قاعدة أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بنا ورد فيه فقط، ولكن يتناول أيضاً ما هو من ملتزماً به وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التعرف.

وقد نصت المادة 2/1386 من القانون المدني الفرنسي على أنه "تطبق النصوص الواردة في هذا الفصل على حالات تعويض الضرر الذي ينتج عن المساس بالشخص أو بأي مال آخر خاص به باستثناء المنتج الضار نفسه"<sup>1</sup>.

و ما يمكن استخلاصه مما تقدم أن المشرع الفرنسي قد وفر ضمان خاص لحماية الطرف الضعيف في جميع أنواع العقود، وأنشأ التزامات جديدة تمثلت في الالتزام بالإعلام والسلامة والحماية، ذلك أنه من تقاليد القانون المدي حماية الطرف الضعيف ضد القوي و الجاهل ضد العارف و المبتدأ ضد المحترف، و هو ما أدى تطور هذا القانون، غير أن الخوف كل الخوف من الإفراط في الحماية، لأنه من شأنه أن يضع حداً للابتكارات و يصمد في وجه الاستغلال و النشاط و الإنتاج بالنسبة للمحترفين، و هذا ما يؤثر سلباً على الاقتصاد.

بعد التطرق إلى الضمانات التي كرسها التشريع الفرنسي المضرورين جسمانياً من السلع المصيبة، يحق لنا أن نتعرف على موقف المشرع الجزائري من ذلك<sup>2</sup>.

### ب- ضمان تعويض المضرورين من السلع المعيبة في القانون الجزائري:

<sup>1</sup> -L'article 1386/2 code civil français édite que « Les dispositions du présent titre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne ou à un bien autre que le produit défectueux lui-même ».

<sup>2</sup> - بحماوي شريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، مذكرة ماجستير قانون خاص، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص. 141.

لقد طبق المشرع الجزائري أحكام الضمان على الأضرار الناتجة عن السلع المعيبة والخطرة، وهو ما ينطبق أيضا في مجال التأمين، وأن شركة التأمين تعرض منتوج وتضمن للمؤمن له تغطيته ضد كل المخاطر التي قد يكون عرضة لها.

حيث نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 على أن المحترف يضمن سلامة المنتوج الذي يقدمه من أي عيب أو خطر ينطوي عليه.<sup>1</sup>

وقد كرس المشرع الجزائري هذا الالتزام في القانون المدني وذلك في المادة 140 مكرر المعدلة، حيث نصت على أنه "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

متبينا من خلالها المسؤولية الآخضية، كما فعل المشرع الفرنسي، وقد توسع في مفهوم المنتوج ليشمل أغلب القطاعات، سواء تعلق بميدان الزراعي أو الصناعي أو بقطاع التأمين..... وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 140 مكرر سالفه الذكر.

ولكن الإشكال المطروح هو أن المضرور في رجوعه على المنتج سواء كان على أساس المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، فإنه يقتضي منه إثبات الدليل على الخطأ في جانب المنتج.

ناهيك عن الصعوبة التي يثيرها هذا الإثبات، لاسيما إثبات الخطأ في الآلة وما يثيره من تعقيدات فنية، التي لا يمكن للشخص العادي أن يكتشفها كما أنه قد يقع ضرر رغم عدم وجود عيب في السلعة كما هو الحال بالنسبة للأشياء الخطرة بطبيعتها، كالأدوية والأجهزة الإلكترونية، فإنه في الحالة على الرغم من وجود التزام عام بالسلامة إلا أن هذا الالتزام يبقى التزاما يبذل عناية ويبقى على المضرور إثبات عدم الإعلام أو عيب في السلعة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15/07/1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات.

<sup>2</sup> - علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، بدون سنة، ص.93؛ بودالي محمد، المرجع السابق، ص.461.

يمكن القول أن حماية المستهلك ضد أخطار السلع المعيبة، لا يتأني إلا باعتناق تقنين خاص. بمسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته، حيث يكفي فيها بوقوع الضرر، على أساس أنها مسؤولية موضوعية تقوم على فكرة تحمل التبعة<sup>1</sup>.

**الفرع الرابع: دور و الالتزام بالسلامة في تحقيق التوازن بين المحترف و المستهلك :**

يهدف الالتزام بالسلامة إلى الحفاظ على التوازن بين كل من مصلحة المضرور بضمان حصوله على تعويض الأضرار التي تسبب فيها المنتجات عن طريق آليات تضمن تحقق هذه الغاية(1).

و المهني الذي يبقى مطالباً بالاجتهاد و الإبداع من خلال ضمان عدم اختلال التوازن لصالح المضرور على حساب تشجيعه و تحفيزه على الإنتاج وذلك لن يتحقق بإبقاء مسؤوليته مطلقة و إنما العمل على تقيدها بوضع حدود لها(2).

● **إقرار حق المضرور في الحصول على تعويض :**

يعتبر التعويض أهم أثر يسعى إليه المضرور من المنتجات الخطيرة لذلك يفرض الالتزام بالسلامة على المدين به تحمله تتولى هذه المهمة أما أحكام المسؤولية المدنية الخاصة أو آلية التأمين باعتبارها ضمان إضافي لحصول المضرور على تعويض وضمانا لحصول عليه تم تنظيمه بالشكل الذي يعمل على ست المنافع التي يعلن المدين ان يتصل من خلالها من التزامه بالضمان يظهر ذلك بالخصوص من خلال إبطال الاتفاقات التي من شأنها ان تعيق جبر ضرر المضرور .

**-آليات تعويض المضرور :**

يحدث ان تلحق بالمستهلك أضرارا نتيجة استعماله و استهلاكه لمنتجات تفتقر للسلامة أما لعيب اعترى تصنيعها او لخطورة لم يفض بها بشكل واف و في هذه الحالة يعتبر التعويض عما أصابه

<sup>1</sup> -بجماوي شريف، المرجع السابق،ص.142.

من أضرار اهم اثر يسعى المضرور إلى تحقيقه لذلك تكفلت النصوص العلاجية بتنظيم هذا التعويض أولا.

وفي ظل تنامي احتمالات حدوث الأضرار و تعاظم التعويضات الناشئة عنها كان لابد من وضع آلية لتعويض الضحايا مستقبلا عن نظام المسؤولية المدنية لذلك وتأكيذا على حق المضرور في جبر ضرره يتعين على المدين بالسلامة التأمين من مسؤوليته ثانيا.

#### أولا - التعويض وفقا للمسؤولية القانونية الخاصة بالمنتج:

لم تحدد المسؤولية المستحدثة بموجب المادة 140 مكرر ت.م.ج المتعلقة بمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة قيمة الأضرار الاستحقاق التعويض اذا جاءت صياغتها عامة وذلك في صالح المضرور .

يكون بذلك التعويض بالنسبة للمشرع الجزائري كاملا دون اشتراط حد ادنى للمطالبة ب هاو حدا اقصى له أو قيمة الضرر الذي يمكن على أساسه المطالبة به بالتالي تطبق الأحكام العامة المتعلقة بالتعويض<sup>1</sup>.

يلاحظ مع ذلك استحداث المشرع الجزائري لأمر مام و الذي يعتبر ضمنا آخر المضرور يعزز فكرة الحفاظ على السلامة الجسدية للإنسان من طرف الدولة من خلال دعمها التعويض عن

#### الأضرار الجسدية في حالة انعدام المسؤول<sup>2</sup>.

وذلك بموجب المادة 140 مكرر ت.م التي تنص على انه اذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر .

<sup>1</sup> نظم المشرع الجزائري مسألة التنفيذ بطريق التعويض في المواد من 176-187 ت.م.ج ، توجد اعتبارات تجعلنا نستخلص ان الأضرار المقصودة هي الأضرار التي تسببها المنتجات المسؤول المعني هو المنتج ، الأولى تتمثل في ورود هذه المادة في القسم الخاص بالمسؤولية الناشئة عن الأشياء ، أما الثانية فتتمكن في تموقعها مباشرة بعد نص المادة 140 مكرر المكرسة لمسؤولية المنتج.

<sup>2</sup> -Nekli-kacel nouara , l'assurance et l'indemnisation du dommage corporel, mémoire de magistère , faculté de droit , université d'alger ,2013 ;p18

إذ قد يجد ضحايا المنتجات انفسهم دون تعويض عن الأضرار لعدم تحديد المسؤول عنها و هنا على الدولة ان تضطلع بمهمة إسعاف المضرورين<sup>1</sup>.

و يستخلص من المادة السالفة الصفة الاحتياطية لضمان الدولة اذا لا يقوم إلا في حالات معينة يشترط توفرها مجتمعة تتمثل فيما يلي :

### 1- انعدام المسؤول عن الضرر:

استعمل المشرع مصطلح الصدام مع انه لا يمكن تصور منتج خطير أدى إلى ضرر دون ان يكون هناك مسؤول عن هذا المنتج و عن هذا الضرر لذلك نعتقد أنه كان يقصد تعذر معرفة المسؤول عن الضرر وعليه ينبغي قبل مطالبة الدولة بالتعويض ان تعتذر معرفة المسؤول أو الضامن الأصلي للضرر.

### 2- أن يكون الضرر جسماني :

تتراوح الأضرار التي تتسبب المنتجات الخطيرة في وقوعها بين الأضرار الجسدية التي تطال جسم الإنسان أو معنوياته و الأضرار التي تعرض أمواله للضياع أو الانتقاص .  
و ضمان الدولة ينصب على جبر الأضرار الجسمانية فقط دون الأضرار المادية .  
وتتراوح هذه الأضرار بين الإصابات و الحروق و التشوهات و بتر الأعضاء و التسممات و ما يترتب عنها من تكاليف مالية يتحملها المضرور<sup>2</sup> بالإضافة إلى الأضرار المعنوية .

### 3- ألا يكون للمضرور يد في وقوع الضرر:

يمكن للدولة ان تدفع عن نفسها الضمان اذا كان للمضرور دور في وقوع الضرر كان يعتمد الحاق الضرر بنفسه أي ان يتوفر لديه قصد الأضرار بها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -قادة شهيدة ، المسؤولية المدنية للمنتج ، المرجع السابق ، ص.398.

<sup>2</sup> - تكاليف مساعدته في حالات الإعاقة أو العجز سواء تعلقت الإعاقة بالبيت أو بالمستشفى و الأضرار المالية المتخذة شكل الكسب الفائت سبب العجز عن العمل في حالة مزاوله النشاط المهني ، الرجوع في هذا العدد إلى قادة شهيدة ، المسؤولية المدنية للمنتج ... ، المرجع السابق ، ص.75.

<sup>3</sup> - فمن يلحق بنفسه أمام سيارة أثناء سيرها ، محاولا الانتحار فأصيب بأضرار جسمانية لا يمكنه الاستفادة من الضمان ، أنظر في هذا العدد ، محمد سليمان ، فلاح الرشيد ، نظرية الالتزام بضمان سلامة الأشخاص ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، عين شمس ، مصر 1989 ، ص.253.

وبهذا تكون الدولة قد أخذت على عاتقها مسؤولية ضمان تعويض ضحايا المخاطر التي لم تستطيع ان تدفع عنهم أذاها .

و يعتقد البعض ان التزام الدولة بالتعويض في هذه الحالة يتأسس على فكرة التضامن الاجتماعي لا المسؤولية و أن كان بإمكان الدولة فيما بعد الرجوع على محدثي تلك الأضرار<sup>1</sup>. فالمساواة بين الأفراد يقضي ألا يتحصل شخص على حقه و يحرم آخر لعدم معرفة المسؤول عن ضرره لذلك و تحقيقا لهذا المبدأ أوجب على الدولة ان تتدخل و تقوم بأداء التعويض إلى المتضررين الذين يتعذر معرفة المسؤول عن الضرر هم على أن تحل الدولة محل المتضرر عن معرفة المسؤول أو عند يسره بما أدته من تعويض<sup>2</sup>.

من خلال نص المادة 140 مكرر 1 .ت.م نستنتج انه لا بد من توفر شروط في الضرر الذي يلحق بالمستهلك إذ يجب ان يكون جسمانيا و بهذا يكون المشرع قد استبعد الضرر المادي و المعنوي كما يشترط ألا يكون للمتضرر يد فيه أي ألا يكون المستهلك قد ساهم بخطئه في أحداث الضرر و يجب كذلك ان يكون المسؤول منعدما و انعدام المسؤول يمكن ان يكون بفرضيتين الأول إذ كان المسؤول مجهولا ويكون ذلك اذا لم يتمكن المستهلك من معرفة مصدر المنتج الذي تسبب له في الضرر بسبب عيب فيه<sup>3</sup>.

و الفرض الثاني ان يكون المسؤول معلوما و لكنه غير مسؤول و هي في حالة ما اذا كان المنتج موجودا و لكنه تمكن من نفي مسؤوليته .

أما فيما يتعلق بالأساس الذي تقوم عليه المسؤولية في هذا الفرض فهو أساس جديد يخرج عن الاطار التقليدي للمسؤولية وهو المسؤولية على أساس مخاطر حيث تلتزم الدولة بتعويض المتضرر

1 -قادة شهيدة ، المسؤولية المدنية للمنتج ...، المرجع السابق ، ص.399.

2-عفيف محمد أبو الكلوب : " التعويض عن الضرر عند تعذر الحصول عليه من المسؤول عن الضرر ، دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني و الفرنسي و الفقه الإسلامي " ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ، المجلد الثاني والعشرون ، عدد 2، 2014، ص528.

3 -تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الفرنسي و التوجيه الأوروبي تضمننا مسؤولية الموزع بصفة احتياطية إذا كان المنتج مجهولا ، لكن المشرع الجزائري قد قصر المسؤولية عن الأضرار التي تسببها عيوب المنتجات على المنتج وحده.

من المنتج المعيب في حالة انعدام المسؤول. بمجرد وقوع الضرر دون حاجة لإثبات الخطأ أو علاقة السببية كما تختلف هذه الآلية التي استحدثتها عما يسمى بتقنيات التعويض التلقائي للأضرار<sup>1</sup>. كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للتعويض عن الأضرار الجسمانية الناتجة من حوادث المرور<sup>2</sup>. و ما الشروط السالفة لقيام الضمان إلا دليل على عدم تصنيفها ضمنها .

يلاحظ مع ذلك ان المشرع لم يبين أو يوضح كيفية استثناء التعويض و بتالي فان هذه المادة تحتاج إلى صدور تنظيم يبين كيفية تطبيقها بإنشاء صندوق أو هيئة خاصة تتكفل بتعويض هذه الفئة من المضرورين طبقاً للمادة 140 مكرر 01 ويوجد مصدر تمويله في الاقتطاعات التي تحصل من المهنيين على شكل ضرائب أو من خلال أقساط يدفعها المهنيون باقتطاع نسبة معينة من الأرباح التي يجنونها من نشاطاتهم فيكون بمثابة تأمين تعاوني ضد المسؤولية يساعد في اختصار آجل الحصول على التعويض و اقتصاد الإجراءات و تبسيطها .. بينما بالنسبة للمشرع الفرنسي و بموجب القانون رقم 98-389 المتعلق بمسؤولية المنتج عند فعل المنتجات المعينة الذي نقل بموجبه المشرع أحكام التوجيه الأوروبي في قانونه الداخلي بعد طول الانتظار فقد كان نص المادة 2-1386 من القانون أعلاه يشير إلى تعويض الأضرار التي تمس بالشخص أو بمال آخر غير المنتج المصيب نفسه .

وقد أثار هذا النص جملة من الملاحظات و هي :

- جاء النص متوافقاً مع ما استوجبه نص المادة 09 من التوجيه رقم 85-374 مع اختلاف في مداها فنص التوجيه على وضع حد ادنى و اقصى للتعويضات بحيث تغطي الأضرار التي تقل قيمتها عن 500 أورو و لا يمكن الزام المنتج في حالة ثبوت مسؤوليته بتجاوز مقداراً معيناً من

<sup>1</sup> - يقصد بنظام التعويض التلقائي ، استحقاق التعويض من طرف الضحية أو ذوي حقوقها ، بطريقة آلية و بقوة القانون و في كل الحالات التي تصاب فيها جسدياً ، و ذلك دون إقامة أي اعتبار للسلوك أو الخطأ الذي يتسبب فيه مهما كان مرتكبه ، كما لا يقيم أي اعتبار أيضاً لوضعه أو درجة خطورته عمدياً كان أو غير عمدي ، جسيم أو يسير ، الرجوع في هذا الصدد إلى : عابد فايد عبد الفتاح فايد ، التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين و صناديق الضمان ، دراسة مقارنة في القانون المصري و القانون الفرنسي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2014 ، ص.18.

<sup>2</sup> - المادة 08 من الأمر رقم 74-15 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار المعدل و المتمم بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19/06/1988 ج.ر.ع 29 الصادر في 20/07/1988 و كذلك الرجوع إلى زوليخة زرهوني بطاش "نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية و المادية الناجمة عن حوادث المرور" مجلة المحكمة العليا ، عدد 01 ، 2011 ، ص16-28



التعويضات تاركا الحرية للبلدان الأعضاء في تحديد هذا السقف لكن النص الفرنسي على النحو الذي أوردناه لم يشر إلى هذا التحديد مما يجعله أكثر اتساعا و امتدادا من نقص التوجيه .

- استبعد النص من نطاق الأضرار تلك التي تمس المنتوج المعيب ذاته حيث جعل التعويض بشأنها يخضع لأحكام المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية ولقد جاء هذا متوافقا مع ما نص عليه التوجيه . و بنظر إلى اعتبار النص الفرنسي أكثر اتساعا من نص المادة 09 من التوجيه لقي انتقادات على المستوى الأوروبي مما جعل المشرع الفرنسي يعمد إلى تعديله عام 2004<sup>1</sup> . ليحمله ماثلا للنص الأوروبي فجاء نص المادة 1386-2 ت .م الذي ادرج في المادة 1245-1 ت.م.ف على النحو التالي:

تسري أحكام هذا الباب لتعويض الضرر الناشئ عن المساس بالشخص .

تسري أيضا لتعويض الضرر الذي يتجاوز مقدارا يحدد بمرسوم الناشئ عن المساس بمال غير المنتوج المعيب ذاته<sup>2</sup> .

و تطبيقا لهذا النص صدر مرسوم في 11.02.2005 الذي حدد مسؤولية المنتجين عن الأضرار

التي تمس الأموال ذات الاستعمال الخاص التي تزيد قيمتها على 500 أورو<sup>3</sup> .

حتى يكون منسجما مع الشروط الأوروبية و الهدف من هذا التحديد هو تفادي نشأة عدد كبير من التراعات أما اذا كانت قيمة الأضرار المادية الناتجة عن المنتوج المعيب اقل من 500 أورو فان تعويضها لا يدخل في نطاق المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة .

اخذ أيضا المشرع الفرنسي بآلية التعويض التلقائي إذ في نهاية عام 1991 أناط بصندوق الضمان

تعويض ضحايا الإصابة بمرض نقص المناعة البشرية ( الإيدز ) نتيجة عمليات نقل الدم الملوث و

<sup>1</sup> - Loi n°2004-1343 du 09/12/2004 de la simplification du droit ,J.O.R.F, du 02/03/2005.

<sup>2</sup> -« les dispositions du présent titre s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne ,elle s'appliquent également à la réparation du dommage supérieure à un montant déterminé par décret , qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même »

<sup>3</sup> -Decret n°2005-113 du 11/02/2005 pris pour l'application de l'article 1386 bis 02 du code civil , J.O.R.F , n°36 du 12/02/2005.

مكوناته المنتجة في فرنسا وذلك من خلال القانون رقم 91-1406 الصادر بتاريخ 31.12.1991<sup>1</sup>.

### ثانيا - التأمين كضمان إضافي لجبر الضرر:

أمام الوضع المتنامي في مجال تطور نظام التأمين على المسؤولية وقصور التعويض في نظام أحكام المسؤولية المدنية نظرا لعدة أسباب من بينها صعوبة إثبات خطأ المتدخل أو التمسك بالدفع المتعلقة بالقوة القاهرة أو السبب الأجنبي أو حتى مخاطر النمو و التي تبقى محل جدل كبير في الفقه ونظرا للتكلفة المرتفعة للأضرار التي تسببها المنتجات فلا مفر من لجوء المنتجين إلى اكتتاب تأمين لتغطية الأضرار الناتجة عن عيوب منتجاتهم وهذا هو الجاري عليه العمل في القانون الجزائري الذي يعتبر عقد التأمين من المسؤولية المدنية عن المنتجات من العقود الإلزامية حيث لزم المشرع المتدخل بضرورة اكتتاب تأمين طبقا للمادة 1/168 من الأمر رقم 95-07 المعدل و المتمم سالف الذكر التي نصت على انه يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع أو ابتكار أو تحويل أو تعديل أو تعبئة مواد معدة للاستهلاك أو الاستعمال ان يكتتب تامينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه المستهلكين و المستعملين و تجاه الغير نستنتج من هذه المادة ان المشرع الجزائري اكد على إلزامية نظام التأمين من المسؤولية المدنية على المنتجات و لم يتركه خاضعا لإرادة الأطراف .

كما وسع نطاقه من حيث الأشخاص فلم يقصرها على الشخص الطبيعي و إنما حتى الشخص المعنوي كالشركات المنتجة و المستوردة للمواد الاستهلاكية معنية بهذا الالتزام فكل متدخل بحكم مهنته في صنع أو تحويل أو تعبئة أو استرا داو توزيع المنتج الاستهلاكي ملزم قانونا باكتتاب تأمين على المسؤولية كما يستفيد من التأمين الإلزامي كل مستعملين و المستهلكين للمنتج إضافة إلى الغير لضمان أكبر قدر من الحماية للمضرورين دون إغارة أي اهتمام للرابطة العقدية

<sup>1</sup> -Loi n°91-1406 du 31/12/1991 postant diverses disposition d'ordre social J.O.R.F , n°03 du 04/01/1992

يستخلص أيضا ان عقد التأمين يرد على كل المنتجات التي يمكن ان تسبب أضرارا لمن يتعاملون معها حتى يضمن تغطية جميع الأضرار المتوقعة و المرتبطة أساسا بحوادث الاستهلاك و هو ما يستخلص من المادة 168 / 2 من الأمر رقم 95-07 عندما تناولت المنتجات المعينة بالتأمين لتشير في الأخير إلى إنها جاء ذكرها على سبيل المثال و التي تشمل كل هذه المواد الغذائية الصيدلانية مستحضرات التجميل و مواد التنظيف المواد الصناعية الميكانيكية و الإلكترونية و الكهربائية بصفة عامة أية مادة يمكن ان تسبب أضرارا للمستهلكين و للمستعملين و للغير .

ولضمان تنفيذ المادة 186 / 1 أعلاه صدر المرسوم التنفيذي رقم 96-48 الذي يحدد شروط التأمين و كفياته في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات<sup>1</sup> حيث نصت المادة 02 منه على أنه :

"يضمن التأمين المسمى المسؤولية المدنية عن المنتجات طبقا للتشريع المعمول به المستهلكين و المستعملين و غيرهم من الآثار المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية المهنية بسبب الأضرار الجسمانية المادية و المالية التي تتسبب فيها المنتوجات".

يعد هذا تطورا ملموسا لضمان الحصول على التعويض في مجال حوادث الاستهلاك بدلا من اللجوء إلى القضاء و ما يتطلب من إجراءات طويلة للحصول على تعويضات اللازمة في حالة الأضرار التي تلحق بالمستهلكين .

غير انه بالنسبة للمشرع الفرنسي لا يوجد نص يفرض وبصدفة عامة على القناع و المنتجين التزاما بالتأمين على مسؤوليتهم حتى في مواجهة المنتجات الخطرة وذات الاستهلاك الواسع و المكثف المواد الصيدلانية المواد الغذائية و المواد الكيماوية<sup>2</sup>.

لذلك على المشرع الفرنسي تدارك ذلك وجعله أمرا إلزاميا و عدم تلك هذه المسألة خاضعة لمبدأ الحرية التعاقدية في لجوء المحترفين من منتجين وبائعين إلى شركات التأمين قصد التأمين على مسؤوليتهم لتقوية فرص حصول المضرورين على تعويض يجبر ضررهم.

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 48/96 المؤرخ في 17/01/1996 يحدد شروط التأمين و كفياته في مجال المسؤولية المدنية عن المنتوجات ، ج ، ر ، عدد 05، الصادر في 21/01/1996

<sup>2</sup> -قادة شهيدة ، المسؤولية المدنية للمنتج ، المرجع السابق ، ص.320.



## الفصل الثاني:

الحماية المدنية والجناية لمستهلك خدمة التأمين

العادي والإلكتروني

مع تعاضم امكانيات المحترفين الاقتصادية، وسيطرت أصحاب راس المال وظهور الشركات والمؤسسات الكبرى، بدت العلاقة بين المستهلك والمحترف غير متوازنة ما استوجب تدخل المشرعين لاصدار قوانين خاصة بغية اعادة التوازن في العلاقات التعاقدية بين المستهلك والمهني، و لكن مع تطور وسائل التقنية الحديثة وازدهار التجارة الالكترونية زاد الخطر مما استدعى تعديل القوانين السابقة وتوسيعها لتشمل حماية المستهلك من الاخطار المستحدثة في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، وهو ماسوف يتم تبيانه في هذا المقام بالتعرض للحماية المدنية باعتبارها صورة من صور الحماية القانونية التي تهدف إلى حماية المستهلك في العقد الإلكتروني حتى لا يقع فريسة الإستغلال والغش، وحتى يعلم بحقيقة التصرفات التي يباشرها وطبيعة المتعاملين معه. فما مدى الحماية التي أولتها التشريعات للمستهلك الإلكتروني في ظل تقدم تكنولوجيات الإتصالات<sup>1</sup>؟ وللإجابة عن سالف الاشكال ارتأينا التعرض إلى مقتضيات الحماية المدنية الخاصة للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ( المبحث الأول) ثم دراسة وتقييم ضمانات حماية المستهلك الإلكتروني جزائيا ( المبحث الثاني) .

### المبحث الأول : الحماية المدنية لمستهلك خدمة التأمين

يتميز التعاقد الإلكتروني بخصائص لا تتوفر في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية ، كونه يبرم في بيئة إفتراضية ، وعبر شبكات الإتصالات العالمية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، إذ أنه غالبا ما يكون محررا على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية<sup>2</sup>.

وعلى اعتبار أن هذا العقد ينتمي لفئة العقود المبرمة عن بعد والتي تنعقد بوسائط الكترونية دون تواجد مادي للأطراف، فإن إثباته والوفاء به يتم بطرق خاصة مختلفة عن العقد

<sup>1</sup> - فلاح فهد العجمي ، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الأوسط ، الكويت ، 2011، ص.26.

<sup>2</sup> - بن ثابت شريفة، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ابرام عقد البيع الإلكتروني، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص.13.

التقليدي<sup>1</sup>، وعليه فإن هذه الخصائص تثير الكثير من التساؤلات حول مبررات حماية المستهلك الإلكتروني (المطلب الأول)، على أن ننوه في المطلب الثاني إلى

### المطلب الأول: خصوصية الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني

إن أبرز أوجه الحماية التي يمكن أن يستفيد منها كل متعامل بأي وسيلة إلكترونية، سواء كان هذا الأخير شخصا طبيعيا (مستهلك)، أو شخصا معنويا في إطار نشاطه التجاري أو المدني، هي المسؤولية المدنية التي قد تطال كل من أحلّ بأحد أو بعض الإلتزامات الملقاة على عاتقه<sup>2</sup>. وتبرز هذه الحماية بالنظر إلى تأثير البيئة الإلكترونية على رضا المستهلك (الفرع الأول)، وبالنظر أيضا إلى خصوصية العقد الإلكتروني المراد إبرامه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: حماية رضا المستهلك

ينبغي التأكيد على أن الرضا المعتبر والمنتج أثره في التعاقد الإلكتروني هو الرضا الصادر من ذي أهلية، وغير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة، وذلك بتبصير المستهلك بالمعلومات الجوهرية للعقد المزمع إبرامه<sup>3</sup>، كما تبينه العناصر التالية:

### أولا: الإعلانات التجارية الإلكترونية وتأثيرها على اختيار المستهلك

عادة ما تكون الأعمال التجارية الإلكترونية مسبوقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان الإلكتروني، والتي تشكل مصدر خطورة حقيقية على توجيه إرادة المستهلك سواء عن

<sup>1</sup> -تنص المادة 2 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين عن بعد بأنه " يقصد بالتعاقد عن بعد ، كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد و مستهلك في نطاق نظام البيع أو تقديم الخدمات عن بعد ...".

<sup>2</sup> - حداد العيد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الأنترنت، مداخلة أقيمت في المنتدى الدولي الأول حول التنظيم القانوني والجريمة المنظمة، جامعة الخلفة أيام 27-28 أبريل 2009، ص.01؛ الموقع الإلكتروني،

<http://WWW.droit-dz.com/from/showthread.php?E5953,19/07/2011>.

<sup>3</sup> - خالد إبراهيم ممدوح، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص.145 وما بعدها.

طريق التضليل الإعلاني<sup>1</sup> la publicité mensongère ou trompeuse، للحث على التعاقد أو بواسطة البريد الدعائي التجاري غير المرغوب فيه.

وقد بين القضاء الفرنسي<sup>2</sup> مسألة الإعلان بأنه " كل وسيلة معلوماتية تدفع العميل إلى تكوين عقيدة مقصودة من النتائج التي ستعود عليه من المال الذي يشتريه أو الخدمة التي ستقدم له". والإعلان له عنصران مادي ومعنوي: يتمثل العنصر المادي في استعمال أداة من أدوات التعبير مهما كان شكلها<sup>3</sup>. أما الركن المعنوي فيتمثل في تحقيق الربح والكسب باعتبار أن الإعلان تجاري، سواء تم عن طريق صفحات الويب أو البريد الإلكتروني، فيستوي أن يكون فيه التضليل إيجاباً أو سلباً. فيكون إيجاباً إذا تضمن مواصفات خادعة مغايرة للحقيقة. ويكون سلباً كعدم ذكر البيانات الجوهرية ما يؤدي إلى خداع المستهلك ومنحه صورة مغايرة للحقيقة. الأمر الذي يترتب عليه أن يساهم التصميم الممتاز للإعلانات التجارية التفاعلية في جذب المستهلك والإلحاح عليه بكافة المؤثرات<sup>4</sup>، ويشكل البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه أحد تطبيقات الإعلان التجاري.

وفي هذا الإطار، يعرف البريد الإلكتروني المزعج<sup>5</sup> بأنه " إرسال رسائل إلكترونية تجارية تهدف تسويق المنتجات والخدمات إلى عناوين البريد الإلكتروني للمستهلكين". ويتمثل عنصر الإزعاج في الكم الهائل من الرسائل التي تؤدي إلى تشبع خادم الإيميل، فيستحيل عليه الإستمرار في

1 - عبد الفتاح بيومي الحجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص.43.

2- Cf.Cass., crim. 12 novembre 1986, Bull.crim. p. 121.

3 - الإعلان المضلل هو الذي يكون من شأنه خداع المستهلك، فهو لا يتضمن معلومات كاذبة لكنه يصاغ في عبارات أو صور تؤدي إلى خداع المتلقي وأخذ إنطباع غير حقيقي عن الشيء المعلن عنه. للمزيد من معلومات؛ أبو العلا التمر، المشكلات العملية والقانونية في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار أبو مجد، بيروت، لبنان، 2005، ص.209.

4 - خليفي مريم، الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2011، ص.249.

5 - يطلق عليه باللغة الإنجليزية عدة مصطلحات والقاسم المشترك بينها أنها تدخل في مفهوم الإساءة Spamming،

multipostage viral , pollupostage .



استخدام بريده الإلكتروني، وهو بذلك يعطي نفس نتائج الفيروس من حيث الأضرار الناجمة<sup>1</sup>.

كما اعتمد التوجيه الأوروبي 2002/58 الصادر في 12 جويلية 2002 والمتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية وحماية الحياة الخاصة في قطاع الإتصالات، بحضر إرسال رسائل الكترونية دعائية إلا بعد موافقة المستقبل<sup>2</sup>.

كذلك نص المشرع الفرنسي على ذلك من خلال نص المادة 22<sup>3</sup> من القانون رقم 2004/575 المتعلق بشأن الثقة في الإقتصاد الرقمي، فالطريقة التي يتم بها إبرام العقد عن طريق البريد الإلكتروني وعلى خلاف الوسائل الأخرى في التعبير عن الإرادة، فإن التعاقد يتم عن طريق ارسال الرسائل الإلكترونية واستقبالها في أسرع وقت ممكن وبطريقة آمنة وخاصة إذا تضمن البريد الإلكتروني توقيعاً الكترونياً<sup>4</sup>.

فالعقد الإلكتروني المبرم عن طريق تبادل الإرادة بالبريد الإلكتروني يجعل منه عقداً تفاوضياً يسمح للمستهلك بمناقشة شروط العقد، وهذا على خلاف الدخول المباشر إلى الموقع، غير أن عدم معرفة المستهلك اليقينية بالشخص الذي يتعامل معه وبالمعلومات الضرورية حول شخصه وحول

1 - لقد وجدت حلول تشريعية لمكافحة الرسائل الإلكترونية غير المرغوب فيها، بالاعتماد على نظامين:

نظام "Opt-in": وهو اتجاه يقوم على حضر ومنع إرسال البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه إلا بالموافقة المسبقة على استلامه، وهو اتجاه يميل نحو حماية المستهلك.

نظام "Opt-out": وهو يقوم على مبدأ حرية البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه، وهذا الاتجاه يميل نحو حماية التجارة وليس المستهلك. للمزيد من التفاصيل، خليفي مريم، المرجع السابق، ص. 251.

<sup>2</sup>- Directive 2002/58/CE du parlement européen et du conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), J.O.R.F, N° 201/3 du 31 juillet 2002.

<sup>3</sup>- L'article 22 de la loi 2004 énonce: " Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen". Voir la loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. J.O.R .F, n° 0143 du 22 juin 2004, p. 1168.

<sup>4</sup> - نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008، ص. 282.

العقد، وعدم إمكانية معاينة محل العقد حقيقة نتيجة البعد المكاني الذي يفصل بين المتعاقدين، يمكن أن يجعل المستهلك عرضة للتحايل أو الغش من طرف المهني<sup>1</sup>.

ونتيجة لسرعة عملية تبادل الرسائل الالكترونية عن طريق البريد الالكتروني وامكانية رؤية الطرف المتعاقد الآخر عبر الشاشة وذلك لضمان جدية التعامل والتفاوض غير أنها تنتقص الى الأمان ولذا يتم الاعتماد عادة على ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني<sup>2</sup> من أجل التعرف على هوية المرسل .

الآن أنه وبالرغم من اختلاف الوسائل التي بمقتضاها يتم التعاقد يبقى المستهلك ملزماً بقبول العروض المقدمة إليه في انتظار حصوله على المنتجات، والتي قد لا تكون مطابقة لما تم الاتفاق عليه مما يزيد من التزاماته بتحمل مصاريف نقلها وتوصيلها إليه مما يحقق ارباحاً كبيرة للمهني التاجر المحترف<sup>3</sup>.

### ثانياً: حماية رضا المستهلك في التعاقد بواسطة الوكيل الإلكتروني

تجدر الإشارة على أن الوكيل<sup>4</sup> (Agent) يستخدم بتوسع من قبل الكافة ويستخدم بشيوع في الفقه الأمريكي تحديداً، فالبعض منهم وسع من تعريفه بأن أدخل عليه مصطلح (Software) و (Hardware). بمعنى المكونات التي يتكون منها جهاز الحاسوب<sup>5</sup> لقد عرفت التشريعات الأمريكية

<sup>1</sup> - عبد العزيز زرداري، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مقال منشور في "مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون" بجامعة باججي مختار - عنابة، العدد 38 لسنة 2014، ص.265.

<sup>2</sup> - انظر ما سيتم التعرض اليه لاحقاً بخصوص التوقيع الإلكتروني، ص. من هذه الدراسة.

<sup>3</sup> - وبجانب مصطلح هناك العديد من المرادفات التي نسمعها، والتي تعبر أيضاً عن الوكيل الإلكتروني مثل Robots, Softbots, Performing arepetitive task, Software robots, Know bots, Knowledge-based robots, Task bots autonomous agents, Personal Agents and Personal asstants.

<sup>4</sup> - See : Emily M. Weit zenboeck Electronic agents and the Formation of contrats , P.4.

<sup>5</sup> - An agent is anything that can be viewed as perceiving its environment through sensors and acting upon that environment through effectors. The definition is rather broad: any artifact ,such as hardware or software, that perceives an environment and acts upon it, will be considered an agent . مقتبس عن رانيا صبحي محمد عزب، العقود الرقمية في قانون الأنترنت - دراسة مقارنة -، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص.244.

كقانون المعاملات الأمريكي الموحد<sup>1</sup> UETA في المادة الثانية منه الوكيل الإلكتروني بأنه "برنامج حاسوبي أو إلكتروني أعد لكي يبدأ عملاً أو الرد على التسجيلات الإلكترونية....."<sup>2</sup>، والقانون الأمريكي للتوقيع الإلكتروني<sup>3</sup> E-sign عرفه بأنه "برنامج حاسوبي أو أي وسائل إلكترونية أو أدوات آلية أخرى تعمل بشكل مستقل للبدء في التصرف أو الاستجابة للسجلات الإلكترونية أو الأداءات، بشكل كليّ أو جزئي، دون مراجعة أو إجراء من الفرد. وتجدر الإشارة أيضاً إلى موقف التشريعات العربية التي أقرت بصحة المعاملات التي تتم بواسطة الوسيط الإلكتروني المؤتمت (الوكيل الإلكتروني)، فعرفه مشروع قانون المعاملات السوداني لسنة 2006 بأنه "برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسليم رسالة معلومات دون تدخل أي فرد". وعرفته المادة الثانية من قانون إمارة دبي<sup>4</sup> بالقول أنه "برنامج إلكتروني يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل دون إشراف أي شخص طبيعي في وقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة"<sup>5</sup>.

وعليه، فمن خلال هذه التعاريف يتبين أن العقد الإلكتروني يتم بين شخص طبيعي ووكيل إلكتروني الذي هو جهاز كمبيوتر مبرمج مسبقاً .

ومن بين شروط إنشاء الوكيل الإلكتروني (agent électronique) هي أن يقوم صانع البرنامج ببرمجة الكمبيوتر لعملية الرد، على أن يرد الكمبيوتر بطريقة أوتوماتيكية<sup>6</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن الإشارة أن الكمبيوتر لا يتحاور ولا يتفاوض، لأنه لا يخرج عن حدود ما تم برمجته عليه. ويترتب

1 - وهو اختصار لـ The Uniform Electronic Transaction

2 - انظر، قانون المعاملات الأمريكي الموحد (UETA) لسنة 2000.

3 - وهو اختصار لـ The Electronic Signatures in global and National commerce Act

4 - القانون رقم 2 لسنة 2006 بشأن المعاملات الإلكترونية .

5 - للمزيد من التفاصيل؛ خالد إبراهيم ممدوح ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.153.

6 - و مؤدى ذلك أنه إذا أراد شخص ما شراء تذكرة طيران لإحدى شركات الطيران عن طريق موقعها على الأنترنت فيقوم بدفع التذكرة عن طريق إحدى وسائل الدفع الإلكترونية أو بواسطة بطاقات الإئتمان و يذهب إلى مكتب الشركة المتعاقد معها ويتسلم التذكرة . ومن ثم تنشأ علاقة تعاقدية بين الشخص الطبيعي (المشترى) ، و الوكيل الإلكتروني .

على المعاملات الإلكترونية التي تتم بواسطة الوكيل الإلكتروني كافة آثار العقود التقليدية. ومن ثم تنصرف آثار العقد إلى الموكل وهذا ما قرره المشرع المصري في المادة 105 من القانون المدني المصري<sup>1</sup>.

وقد أجاز القانون الأمريكي الموحد للمعلومات الإلكترونية (ueta) إبرام العقود بواسطة الوكيل الإلكتروني دون الحاجة لنية العنصر البشري (human intent) لأن النية موجودة بالفعل من خلال برمجة الكمبيوتر وإعداده للتعامل، وتسمى بالنية المبرمجة<sup>2</sup> (programmed intention). وعلى ذلك فإن العقد الإلكتروني يبرم بين المستهلك و البرنامج من دون مناقشة للشروط، ويتم ذلك عن طريق قيام المستهلك بإرسال البيانات المطلوبة منه بعد إطلاعها على العرض المقدم عن طريق ملء الإستمارات المقترحة التي تتضمن المعلومات الضرورية كالإسم والعنوان والبريد الإلكتروني وغيرها، ثم يقوم البرنامج بالرد بصفة آلية على حسب البيانات المقدمة له وفقا للبرمجة التي تمت مسبقا.

فباعتبار أن الوسيط الإلكتروني هو الوسيلة التي يستعين بها المهني في التعبير عن إرادته وبالمقابل فالمستهلك بعد تلقيه الإيجاب ومعاينة الشروط وإدخال البيانات الآزمة والضغط على زر القبول تترتب في ذمته جميع الآثار التي تترتب عن العقد من حقوق والتزامات دون امكانية تعديله للشروط التي وضعها المهني في مواجهته<sup>3</sup>.

أمّا بخصوص تحديد مسؤولية الوكيل الإلكتروني فالواضح هو أن برنامج الكمبيوتر ما هو إلا أداة في يد الشخص الذي يقوم باستعماله، فإذا حدث خطأ أو غلط عند التعاقد فإن المسؤول عنه هو الشخص الذي يملكه طالما ليس للأداة إرادة مستقلة. ويستطيع الموكل التنصل من هذه

<sup>1</sup> - القانون رقم 131 لسنة 1948 المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.118.

<sup>3</sup> - عبد العزيز زرداوي، المرجع السابق، ص.264.

المسؤولية إذا ثبت أن الوكيل الإلكتروني يشتغل من دون السيطرة عليه ( عطل ، أو قرصنة ) أو أن الخطأ لا يرجع إلى الوكيل الإلكتروني وإنما إلى سبب أجنبي<sup>1</sup>.

وعليه، إذا ارتكب الوكيل خطأ أو غلط بسبب عيب في البرمجة دفعت المستهلك إلى التعاقد معه جاز لهذا الأخير طلب إبطال العقد، باعتباره الطرف الأصيل. كما يمكن للغير الرجوع على الموكل بالتعويض ولا يكون على الموكل إلا أن يرجع على مصمم برنامج الكمبيوتر (computer programmer) ، باعتباره المسؤول عن الخطأ في برمجة الكمبيوتر. وتفاديا للمشاكل العملية فإن التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة 2000 وبموجب نص المادة 2/11 منه، ألزم الأشخاص الذين يعرضون سلعا أو خدمات بأن يوفرُوا الوسائل لتصحيح الأخطاء المادية للمدخلات (Input)<sup>2</sup>.

من خلال ماسبق التنويه إليه، يمكن القول بأن العقد الإلكتروني يبرم بين المستهلك والبرنامج من دون مناقشة للشروط، ويتم ذلك عن طريق قيام المستهلك بإرسال البيانات المطلوبة منه بعد اطلاعه على العرض المقدم عن طريق ملئ الاستمارات المقترحة التي تتضمن المعلومات الضرورية كالإسم و العنوان والبريد الإلكتروني وغيرها، ثم يقوم البرنامج بالرد بصفة آلية على حسب البيانات المقدمة له وفقا للبرمجة التي تمت مسبقا.

وإبرام العقد المتعلق بالحصول على البضائع والسلع من طرف المستهلك بهذه الطريقة ، يتضمن تحديدا لإرادته وتضييقا لمجال التفاوض بشأن المنتجات ، لاسيما في ظل اختلاف الحاجات المراد تحقيقها، واختلاف شروط التعاقد بالنسبة إلى كل نوع من السلع ، وتباين العناصر الأساسية لكل نوع من العقود، واختلاف المعاملات والعروض المعروضة على المواقع الإلكترونية للشركات التجارية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2006، ص.11.

<sup>2</sup> - خالد إبراهيم ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية ، المرجع السابق، ص. 160.

<sup>3</sup> - عبد العزيز زرداوي، المرجع السابق، ص.265.

أما بخصوص النيابة في التعاقد الإلكتروني فهي اتفاقية تتم بواسطة وسيط وهو الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال واستلام أو تخزين هذه الرسالة. وبالتالي، فليس هناك ما يمنع بإبرام العقد الإلكتروني عن طريق الأصيل أو من ينوب عنه، كما هو الشأن في العقد التقليدي. والإشكال يطرح بخصوص الشخص المعنوي أي المؤسسة التجارية التي لا تستطيع في التعاقد الإلكتروني مباشرة نشاطها بنفسها، فأوكلت المهمة لأشخاص طبيعيين بإبرام العقود نيابة عنها بمقتضى العقد التأسيسي للشركة (le statut de la société) <sup>1</sup>.

### ثالثاً: حماية المستهلك الإلكتروني القاصر وحظر إرسال بضاعة دون طلب

بالبحث والمراجعة لقانون اليونيسترال بشأن التجارة الإلكترونية، وكذلك قوانين الدول العربية نجد أنّهما لم يتضمنا نصوص لحماية المتعاقد القاصر. أمّا فيما يتعلق بالتوجيهات الأوروبية، نجد التوجيه رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 الذي اهتم بحماية المستهلك القاصر. فالمبدأ العام هو قابلية العقود التي يبرمها المستهلك القاصر للبطلان<sup>2</sup>، غير أنّه يزول حق طلب الإبطال المقرّر للمستهلك القاصر في حالة إجازته الصريحة أو الضمنية للعقد، كما يجوز أن تصدر من وليه أو من المحكمة. وعلى ذلك نجد بعض الشركات تلجأ إلى وضع تحذيرات على الشبكة وتطلب فيها عدم الدخول إلى المواقع إلّا من قبل شخص يتمتع بالأهلية بالكشف عن هويته، وذلك بملاء نموذج معلومات موضوع على الشبكة<sup>3</sup>. إلّا أنّه وتطبيقاً للقواعد العامة يرى البعض من الفقه الإسلامي أنّه إذا تمّ الشراء عبر الأنترنت من الصبي، أو السفّيه، ونحوهما من غير إذن الولي في الأشياء اليسيرة كالأطعمة ونحوها صحّ التصرف ولا يبطل. أمّا العقود ذات القيمة الكبيرة فإنّها تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي. وفي حالة إذا ما تعمد المستهلك القاصر إخفاء نقص أهلية فنجد المادة 119 من القانون المدني المصري لسنة 1948 تنص على أنّه "يجوز

<sup>1</sup> - قارة ميلود، التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية؛ الموقع الإلكتروني:

<http://www.lawjo.net/vd/showthread.php?10312>

<sup>2</sup> - كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص. 472 وما بعدها.

<sup>3</sup> - للمزيد من المعلومات، نور نادر المغربي، عقود التجارة الإلكترونية، الجامعة الإسلامية، غزة، 2011-1432 هـ، ص. 10؛

الموقع الإلكتروني: <http://www.site.iugaza.edu.ps/>

لناقص الأهلية أن يطالب بإبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته".

وعليه، فإذا سرق القاصر البطاقة المصرفية لأحد والديه واستعملها فإنه يحق للمتعاقد معه الرجوع عليه على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية تطبيقاً لنظرية الظاهر<sup>1</sup>.

لذا فإنه لا بد من تبني التشريعات المختلفة المنظمة للمعاملات الإلكترونية قواعد السلوك بالنسبة لما له علاقة بحماية القاصرين والكرامة البشرية.

وقد أمكن التغلب على المسألة المتعلقة بالتحقق من أهلية المتعاقد وصلاحيته لإبرام العقد بالعديد من الطرق، منها بطاقات الإئتمان، التوقيع الإلكتروني ليستطيع التاجر من خلاله التحقق من شخصية المتعاقد وأهليته<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: خصوصية العقد الإلكتروني .

لا يخرج العقد الإلكتروني في بنائه ومضمونه عن العقد العادي الذي تحكمه قواعد القانون المدني، فهو من العقود غير المسماة طالما أن المشرع لم يضع له تنظيم خاص به. ويعرف الفقه العقد الإلكتروني بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل<sup>3</sup>.

وفي التشريعات المقارنة تعرف المادة الثانية من القانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط الكترونية كلياً أو جزئياً".

<sup>1</sup>-Cf. Ph.LE TOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques ,4éme édition, Dalloz, Paris, 2006, p.284.

<sup>2</sup> -وقد أمكن التغلب على هذه المسألة وذلك بإلزام القابل بتسجيل بيانات معينة تكشف عن هويته مثل اسم المستخدم (User name) ، وكلمة الدخول (Password). للمزيد من التفاصيل؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي 21 - 27 أبريل 2003، ص.49.

<sup>3</sup>-Cf.M-I.,CAHEN, La formation des contrats de commerce électronique, Septembre 1999, p.55. site internet :

<http://www.google.dz/url?q=http://lthoumyre.chez.com/uni/mem/05/ce01.pdf&sa=U&ei=8mKeUdj7AoLvswbNjICYDQ&ved=0CB0QFjAA&usg=AFQjCNGvVNkWnJjYfKcEznlFk9MAKsuJw>.

وعرفته المادة الثانية من القانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي<sup>1</sup> بما يلي " المبادلات الإلكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية". أمّا بخصوص القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية<sup>2</sup> (uncitral) ، فقد اكتفى في المادة 2-ب بتعريف البيانات الإلكترونية بأنها " نقل للمعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات". وعليه، ومن خلال التعاريف المشار إليها فإن العقد الإلكتروني يتميز بخصائص أهمّها:

- أ. يتم العقد الإلكتروني دون الحضور المادي لأطراف العقد، فالمتعاقدان يجمعهما مجلس عقد حكومي وهذا ما أضفى على العقد طابع التفاوض بين غائبين<sup>3</sup>.
- ب. العقد الإلكتروني عقدا مستقلا يخضع الى نظام قانوني خاص يتم ابرامه بطرق مختلفة ممّا يؤدي الى تباين دور ارادة كل طرف فيه، وهو ما يؤثر على طرق حماية المستهلك في مجال العقود الإلكترونية بصفة عامة<sup>4</sup>.
- ج. ينتمي العقد الإلكتروني<sup>5</sup> إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد عبر وسائط الكترونية.
- د. يغلب على العقد الإلكتروني الطابع التجاري والاستهلاكي في نفس الوقت، فأما الطابع التجاري يتمثل في كونه يتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك الكتروني<sup>6</sup>. أما ميزة الطابع الاستهلاكي فلأنه غالبا ما يتم بين تاجر ومستهلك، ومن ثمة يعد من قبيل عقود الاستهلاك.

1 -تعتبر تونس الدولة العربية الأولى التي أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية، وكان ذلك في 9 أوت 2000.

2 -صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، تكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية. الموقع الإلكتروني: [www.Uncitral.org](http://www.Uncitral.org)

3 - عبد الرّحمان خلفي، حماية المستهلك في القانون الجزائري، "دراسة مقارنة"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، المجلد 27-01 لسنة 2013، ص. 4-5.

4 - عبد العزيز زرداوي، المرجع السابق، ص. 263.

5 -حيث تعرفه المادة 121-16 من القانون المستهلك الفرنسي الصادر بتاريخ 26 جويلية 1993 بأنه " كل بيع لمال أو أداء خدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني، يستخدمان لإبرام هذا العقد بأي وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد والواردة على سبيل الحصر".

6 - عبد الرّحمان خلفي، المرجع السابق ، ص. 4.



د. يتم إثبات العقد الإلكتروني عن طريق المستند الإلكتروني وهو المرجع للوقوف على اتفاق أطراف العقد وتحديد التزاماتهما القانونية<sup>1</sup>.

ومن هذا المنطلق تتجسّد خصوصية العقد الإلكتروني في الآتي :

### أولاً: أطراف العقد الإلكتروني

تكمن أهمية توفير الحماية للمستهلك كونه الطرف الضعيف في التعاقد بينما المهنيون في مركز قوة في مواجهة المستهلكين.

**أ. تعريف المستهلك الإلكتروني:** يعرف المستهلك الإلكتروني بأنه الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها<sup>2</sup>.

أمّا من الناحية القانونية، فطبقاً للتوجيه الأوروبي 07/97 المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، فإنّ تعبير المستهلك يعني " كل شخص طبيعي يبرم عقداً ويكون خاضعاً لهذا التوجيه، لتحقيق الأهداف التي لا تدخل في نطاق تجارته، أو أعماله التجارية أو نشاطه المهني". أمّا قانون الإستهلاك الفرنسي، فلم يحدد المقصود بالمستهلك ولا المهني<sup>3</sup>، ويرر ذلك بأن هذه المعايير (أي المستهلك والمهني) يمكن تعريفهما من خلال القوانين الأخرى ذات الصلة بحماية المستهلك.

1 - عبد الباقي عمر محمد، الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، مصر، 2008، ص.78.

2 - مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2012، ص.9-10؛ الموقع الإلكتروني : <http://www.Ummto.dz/IMG/pdf/D1121.pdf>

3 - إنَّ قانون الإستهلاك الفرنسي الصادر في 26 جويلية 1993 الذي عدّل بموجب المرسوم رقم 2001/741 الصادر في 23 أوت 2001 لم يحدد المقصود بالمستهلك ولا المهني ممّا يستدعي اللجوء لأحكام القضاء الفرنسي في هذا الشأن.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرّف المستهلك في المادة الثالثة<sup>1</sup> من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

وما تجدر الإشارة إليه في الأخير أن اصطلاح المستهلك الإلكتروني<sup>2</sup> هو تعبير مستحدث ولا يختلف عن مفهوم المستهلك التقليدي إلا من حيث الأداة أو الوسيلة التي يستخدمها للتعاقد عن بعد<sup>3</sup>.

### ب. تعريف المزود في العقد الإلكتروني:

يقصد بالمزود الطرف الثاني في العقد الإلكتروني ويعرفه قانون حماية المستهلك المصري<sup>4</sup> في المادة الأولى منه بأنه "كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو إنتاج أو استيراد أو توزيع.... بهدف تقديمها للمستهلك.... بأي طريقة من الطرق". ويعرف جانب من الفقه القانوني المزود في العقد الإلكتروني بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يعمل من أجل حاجات مهنته ويسعى إلى الربح وعلى سبيل الإحتراف، بإملاكه موقعا إلكترونيا أو محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه"<sup>5</sup>.

### ثانيا: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

إن العقد الإلكتروني لا ينعقد صحيحا ما لم يتم تحديد أطرافه تحديدا وافيا كإسم وهوية الشخص المتعاقد. وهذا ما وفرته الوسائل التقنية الحديثة التي تحيلنا إلى

<sup>1</sup>- جاء في محتوى المادة أن المستهلك "هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقطن بمقابل أو بجانا سلعة أو خدمة موجهة للإستعمال النهائي، من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

<sup>2</sup>- وقد عرفته المادة 06 من القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 مايو 2018 والمتضمن التجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ع. 28 لسنة 2018

<sup>3</sup>- القيسي عامر قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية و دار الثقافة، الأردن، 2002، ص.9.

<sup>4</sup>- القانون المصري رقم 67 لسنة 2007 المتعلق بحماية المستهلك .

<sup>5</sup>- أكرم يا ملكي، القانون التجاري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 1998، ص.121.

التوقيع الإلكتروني، وسلطة التصديق إضافة إلى ذلك عملية التشفير أو الترميز الإلكتروني التي تحمي مصدر الإيجاب والقبول على الشبكات دون تعديل خارجي لموضوع العقد<sup>1</sup>.

أ- الإيجاب: كقاعدة عامة هو تعبير عن إرادة صاحب العقد الذي يجب أن يتضمن جميع العناصر الأساسية للعملية القانونية. وعليه، فحسب هذا الطرح فإن الإيجاب هو كل إتصال عن بعد يتضمن كل العناصر الآزمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا مجرد الإعلان<sup>2</sup>.

إنّ التطور التكنولوجي ساهم في اختلاف وسائل التعاقد عن بعد، كإبداء الإيجاب عبر البريد الإلكتروني، المواقع الإلكترونية، وقد يوجه عبر المحادثة الإلكترونية والمشاهدة عبر الانترنت. وتعتبر اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية أن مكان الإيجاب يرتبط بموطن مقر عمل الشخص الموجب وأن مكان تلقي هذا الإيجاب هو مكان عمل المرسل إليه، ويمكن للشخص الموجب أن يستعين بالعديد من الأنظمة والأساليب لإثبات إرساله للإيجاب كاستعمال إشعار العلم بالوصول الإلكتروني (Accusé de réception électronique)، فإذا تطابق الإيجاب مع القبول فلا يمكن التراجع عنه احتراماً لقاعدة عدم جواز الغاء الإتفاقات<sup>3</sup>، ومع ذلك قد يطرح الإشكال بخصوص النطاق المكاني أو نطاق التغطية في العقد الإلكتروني، لأن تحديد النطاق المكاني مهم لإنعقاد العقد عن بعد، وهذا ما جعل العديد من المتاجر تقيّد الأماكن التي يتم فيها التسليم. الأمر الذي قد يدفع المستهلك في التردد في قبول مثل هذا العرض، ومن

<sup>1</sup> - فيما يتعلق بالأهلية الآزمة لإبرام العقد الإلكتروني فإنه لا يمكن التحقق من أهلية المتعاقدين، حيث نصت المادة 1/12 من القانون المدني الأردني لسنة 1976 على أنه "... إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته". بخصوص حماية المستهلك القاصر انظر سابقاً، ص من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - للمزيد من المعلومات، سليم سعادوي، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص. 40.

<sup>3</sup> - نوار حليل، التعاقد الإلكتروني "معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد"، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن مخبر القانون الخاص، جامعة تلمسان، العدد 4، 2007، ص. 250.

أمثلة ذلك ما نصّ عليه عقد المركز التجاري L'Infonie، على أن العروض لا تكون صالحة إلاّ إذا تمت في الإقليم الفرنسي، وبالتالي فهذه المسألة تؤثر لاشكّ في مسألة قبول الطرف الآخر<sup>1</sup>. وقد يطرح الإيجاب إشكالية أخرى تتعلق بنفاد المخزون بحيث يعرض التاجر سلعته على الشبكة أو خدماته، ولكن ينفد المخزون بعد قبول عدد مستخدمي الشبكة لعرضه. ولتفادي المسؤولية العقدية للمورد أو عارض البضاعة، وحتى لا يتابع عن عدم تنفيذه لإلتزاماته يضطر لإستعمال عبارات يفهم منها أن هذا الإيجاب ما هو إلا دعوة للمفاوضات كاستعمال كلمة دون تعهد (sans engagement) أو بعد التأكد (après confirmation)<sup>2</sup>.

وبدورها أشارت اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع إلى مسألة الإيجاب من خلال المادة 1/14 التي نصّت على أنّه "يكون محمداً بشكل كاف إذا عينت فيه البضائع وتحددت كمياتها وثمنها إمّا صراحة أو ضمناً".

وفي نفس السياق، جاء في نص المادة 2 من التوجيه الأوروبي الصادر سنة 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنّ العقد الإلكتروني "..... يتعلق بسلع وخدمات تتم بين مورد ومستهلك تتم إمّا بالبيع أو عن طريق تقديم خدمات ينظمها المورد". وعليه، فإنّ الإيجاب هو كل اتصال عن بعد، إذ يتضمن كافة العناصر الآزمة التي تمكن المرسل إليه من قبول التعاقد المباشر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - نصّت الشروط العامة للمركز التجاري (Infonie) على بعض الإلتزامات في حالة عدم توافر السلعة فورد بها "أنا ملتزمون في الحالة التي لا تتوافر فيها بعض القطع أن نقدم لكم قطعاً بديلة تتوافر بما ذات المميزات والصفات..... على أن نرد لكم ما دفعتموه.....".  
\* كما حرصت الشروط العامة للمركز التجاري في المقابل على أن تفرض على كل متجر بأن تكون المنتجات متاحة بناء على طلب العميل وذلك في الظروف المعتادة للمخزون. كذلك هناك ما يعرف بالبيع المصفقي "Le démarchage" الذي يتم في موطن المستهلك والذي يقتضي الوجود المادي المعاصر للمحترف والمستهلك وذلك في موطن هذا الأخير.

-Cf.G. Beure Dugères,P. Bresse et S.Thuilier, paiement numérique sur Internet, Etat de l'art, aspect juridiques et impact sur les métiers, Thomson publishing,Paris, 1997, p.145.

<sup>2</sup> - للمزيد من المعلومات، أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص.15.

<sup>3</sup> - بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت -دراسة مقارنة-، الطبعة 1، عالم الكتب الحديثة، الأردن، 2004، ص.62.

ب. أمّا بخصوص القبول الإلكتروني (l'acceptation électronique) فيعرف بأنه تعبير عن إرادة لمن وجه إليه في ابرام العقد، فإذا صدر الإيجاب على الخط (offre via internet.offre en ligne)، استلزم الأمر أن يصدر القبول فوراً قبل فض المحادثة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يشترط الإتفاق على المسائل الجوهرية والتفصيلية معا، إذا اكتفى في هذه الحالة بالمسائل الأساسية وترك المسائل الأخرى لسلطة القاضي لتقديرها<sup>1</sup>.

وإذا حدث خلافا بين الإيجاب والقبول فهذا لا يعتبر قبولا، بل يوصف بأنه إيجاب جديد. فهل الضغط على أيقونة القبول (icône d'acceptation) مرة واحدة كاف عنه<sup>2</sup>؟

فمن الناحية العملية يصعب إقناع القاضي بهذا الغرض ما لم يكن القبول حاسما بحيث يتم التعبير عنه بلمستين (double. clic)، فيكون الأول بما يفيد القبول والثاني بما يفيد التأكيد<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري فنجد نصّ في عدة مواد على مسائل التعاقد بين طرفين إذ نصّ في المادة 59 من القانون المدني على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين"<sup>4</sup>.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد طرق صدور الإيجاب في المادة 64 من القانون المدني فإمّا أن يكون في مجلس العقد مع شخص حاضر، أو أن يصدر هذا الإيجاب من شخص لآخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. أما بخصوص التزام الموجب بالعقد المزمع ابرامه إذا عدل

<sup>1</sup> - حسب نصّ المادة 65 من قانون المدني الجزائري "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد.... فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون، والعرف، والعدالة".

<sup>2</sup> - كرم كريمة، مدى كفاية قواعد القانون المدني لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، عدد خاص، 2005، ص.144.

<sup>3</sup> - و بالنظر إلى هذه الإشكالية أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا مرجعيا لها سنة 1981 بخصوص تحديد النطاق المكاني و الزماني لانعقاد العقد، فاعتبرت فيه أن المسألة تخضع لاتفاق الطرفين، فإن لم يوجد اتفاق فيحدد لحظة انعقاد العقد و مكانه من لحظة إعلان القبول.

<sup>4</sup> - أكدت المادة 63 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى انقضاء هذا الأجل".

القابل عن عرض صاحب الموقع الإلكتروني فقد نصّت المادة 66 مدني جزائري على أنه " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً"<sup>1</sup>.

ب. وفيما يتعلق بمسألة السكوت: بعد صدور الإيجاب<sup>2</sup> في العقد الإلكتروني فقد نصت المادة 44 من القانون المدني الكويتي لسنة 1980 على أنه " لا ينسب لساكت قول" ولكن يعتبر السكوت قبولا إذا كان هناك تعامل سابقا بين المتعاقدين<sup>3</sup>. وفي هذا الإطار يرى جانب من الفقه أن السكوت لا يعتد به كأساس في القبول الإلكتروني وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 2/60 من القانون المدني الجزائري<sup>4</sup>.

وقد ذهب بعض من الفقه إلى القول بأن التعاقد عبر شبكة الأنترنت ليس فيه فاصل زمني بين المتعاقدين، فالتعاقد عبر الأنترنت، كالتعاقد بالتليفون، فهو تعاقد بين حاضرين حكما. بينما ذهب البعض الآخر على اعتبار هذا النوع، تعاقد بين غائبين إما بالكتابة مثل برنامج فري تيل أو بالصوت مثل برامج فوكس وير، وهو رأي أيده مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة في مارس 1990<sup>5</sup>.

وعليه، أصبح من الضروري على المشرع الجزائري أن يستحدث بابا خاصا بالتجارة الإلكترونية لاسيما في القانون التجاري. فذكر المجلس الحكمي للعقد المتعلق بالتعاقد بين غائبين

1- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة نابلس، فلسطين، 2008، ص.97.

2- أمّا بخصوص التعبير عن الإرادة عبر التزليل أو التسليم المعنوي فهي تشكل عملية استقبال أو تزييل برامج عبر الأنترنت إلى الكمبيوتر الخاصّ فيقوم العارض ببيع نسخة من أشياء مرئية، فيلم، حقائق تاريخية، أو شريط وثائقي فيقوم القابل بتسجيل رقم بطاقة الإئتمان الشخصية فيتم بعدما خصم قيمة المبيع من رصيده. و بعد عملية التحويل الإلكترونية للأموال يتم نقل الشيء المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاصّ بالشخص الموجب إليه.

3- طبقا لما ورد في القواعد العامة، فإنه لا يعتبر السكوت معبرا عن إرادته إلا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه وهذا ما أشارت إليه المادة 68 من القانون المدني الجزائري. للمزيد من المعلومات، أسامة أحمد بدر، مائة المستهلك في التعاقد الإلكتروني،-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص.87.

4- سليم سداوي، عقود التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة-، ط1، دار الخلدونية -الجزائر-، 2008، ص. 48-49.

5- وقد أكد المجمع الفقهي أنه " إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معانية ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السّفارة ما ينطبق على البرقية والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي، في هذه الحالة ينعقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه و قبوله".

المنصوص عليه في المادة 67 من القانون المدني، أضحى لا يكفي لمسايرة التعاملات التجارية وحل إشكالية الإيجاب والقبول عبر الأنترنت .

**جـ. المحل والسبب في العقد الإلكتروني:** بالرجوع إلى القواعد العامة يشترط في العقد الإلكتروني أن يكون محله معيناً وقابل للتعيين ومشروعاً حتى يضمن المستهلك العلم الكافي بالعملية ومدى ملائمة العرض لمطلبه إضافة إلى ذلك يشترط أن يكون محل العرض مشروعاً وأن لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة<sup>1</sup>، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادتين 93 و94 من القانون المدني<sup>2</sup>.

وكذلك الشأن بالنسبة للسبب في العقد الإلكتروني فإذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً<sup>3</sup>. وفي هذا الإطار يرى جانب من الفقه أن "المحل هو جواب قولك بماذا التزم المدين، والسبب هو جواب قولك لماذا التزم المدين...." <sup>4</sup>.

### ثالثاً: طبيعة العقود الإلكترونية

لقد ثار جدال فقهي حول مدى اعتبار العقود الإلكترونية عقوداً رضائية أو مساومة يمكن مناقشة بنودها، وبين اعتبارها عقوداً إذعاناً<sup>5</sup> (contrats d'adhésion) ينخرط إليها الرّاعب في التعاقد دون مناقشتها، وهذا ما تبناه الفقه الإنجليزي والفرنسي الحديث. وكذلك الأمر في التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية كمشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري

1- إبراهيم رفعت جمال، انعقاد البيع بالوسائل الحديثة، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص.112-113.  
2- تشير المادة 93 من القانون المدني على أنه "إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً" كما تنص المادة 94 من هذا القانون على أنه "إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه وإلا كان العقد باطلاً".  
3- جاء في نص المادة 97 من ذات القانون على أنه "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً".  
4- للمزيد من المعلومات؛ عبد الباقي عمر محمد، الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، مصر، 2008، ص.86.  
5- وفي هذا الصدد يقول الفقيه الألماني إهرنج (ihring) إن الكثير من الإتفاقات في العقود لا يمثل بالضرورة أي وجه للعدالة و المساواة " وإنما حسب رأيه هي إعطاء رخصة صيد للقراصنة و رجال العصابات ، فالعقد أصبح في كثير من الأحيان عبارة عن صيغة جاهزة formule prêt à porter مثل العقود النموذجية (contrats. types)، العقود المنظّمة (contrats réglementés).

لسنة 2001 في مادته 18، وعليه، فإنّ العقد الإلكتروني طالما كان بين مستهلك لسلعة ضرورية لا يمكن الإستغناء عنها، وبين طرف قوي محتكر لتلك السلعة، فهنا القابل لا يملك خيار الموافقة أو الرّفص ولا حتى مناقشة الموجب، فالمتاح له قبول العقد برمته أو رفضه كلياً . لكن جانبا آخر من الفقه يرى أن العقد الإلكتروني هو عبارة عن عقد رضائي لعدم توافر عنصر الإحتكار، وهو ما أخذ به المشرع المصري في المادتين 04 و 05 من قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2001 وكذلك مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة في هذا الصّدّد أنّه لا يمكن اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بشكل مطلق أو عقد رضائي مطلق .

وعليه، فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو من خلال برامج المحادثة فإنّ العقد الإلكتروني قد يوصف بأنه عقد رضائي، بحيث يستطيع الموجه إليه التفاوض بكل حرية عبر شروط العقد. أمّا العقود المبرمة عبر شبكة المواقع (Site web) التي تستخدم عقوداً نموذجية، ففي هذه الحالة نكون أمام عقد إذعان وبالتالي لا يترك للمستهلك مجالاً للمناقشة بخصوص هذه العقود<sup>2</sup>.

### 1- تمييز العقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت عن غيره من عقود الانترنت

العقد الإلكتروني، أو عقود التجارة الإلكترونية ليست هي الوحيدة التي تبرم في البيئة الإلكترونية، فتوجد عقود عديدة تتم في هذا المحيط يمكن اعتبارها بأنها علاقات عقدية متنوعة تنشأ لتحقيق عقد التجارة الإلكترونية دون أن تكون محلاً له، ويطاق عليها البعض عقود الخدمات الإلكترونية، ويقصد بها العقود الخاصة بتقديم خدمات الانترنت والمستهفيدين منها<sup>3</sup>.

وتتمثل هذه الطائفة من العقود و المرتبطة بالعقد الإلكتروني فيما يلي:

<sup>1</sup> - خاطر نوري محمد، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة موازنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2001، ص.15-16.

<sup>2</sup> - نص المادة 104 مدني أردني بأن " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها " و هي تقابل نص المادة 1/80 من القانون المدني الكويتي رقم 22 لسنة 2004.

<sup>3</sup> - أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 2007، ص.134 وما بعدها.



## 2- عقد الدخول إلى الشبكة

يجدر التنويه الى أنه لا يوجد نموذج وحيد لعقد الدخول وإنما توجد صور عديدة مثلما يوجد أنواع مختلفة من متعهدي الدخول.

فعقد الدخول إلى الشبكة هو العقد الذي يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية وبمقتضاه يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الشبكة المعلوماتية للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة، وذلك لقاء أجر<sup>1</sup>. وعليه فبإتمام عقد الدخول إلى الشبكة يكون للعميل (الزبون) موقع محدد يمارس فيه نشاطه، ويتم ذلك بالمحافظة على سرية رموز كلمات المرور المخصصة له. ولتفادي الخلط بين المواقع العديدة على الشبكة، فقد جرى العمل على وضع نظام لعناوين المواقع على شبكة الانترنت، ونظام مقابل لأسماء المجالات التي يقع فيها العنوان على الشبكة، وذلك لتحديد المجال الذي سيقع فيه النشاط الذي يمارسه صاحب الموقع<sup>2</sup>.

## 3- عقد خدمة الخط الساخن

يسمى هذا النوع من العقود كذلك بعقد خدمة المساعدة الفنية ، وهذا يعني أن مقدم هذه الخدمة يقوم بأداء المساعدة التليفونية لحل المشكلات التي يواجهها المستخدم أثناء تواجده على الشبكة. وغالبا فهذا التعاقد يتم بين المورد والعميل بمناسبة الإشتراك في الشبكة المعلوماتية<sup>3</sup>، ويتم تقديم هذه الخدمة عن طريق التليفون تنفيذا للشروط التعاقدية المتفق عليها والتي تبين موعد وكيفية وأساليب الاستفادة منها، وإلتزام هذه العملية التعاقدية يجب أن تتوافر عدة شروط في مقدم خدمة الخط الساخن منها الخبرة الفنية، وكفاءة الحوار، بالإضافة إلى قدرة المعالجة، وكذلك يتم تحديد مدة الوقت الذي يمكن فيه للعميل الدخول إلى الخط الساخن، ومدة الانتظار المقبولة للرد وكل هذه الأمور تدخل في تحديد المقابل المدفوع للخدمة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Jean-BAPTISTE(m), créer et exploiter un commerce électronique, édition lilec, Paris, 1998, P.45.

<sup>2</sup> - لزهري بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2012، ص.52.

<sup>3</sup> - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص.54.

<sup>4</sup> - VIVANT(M) , Les contrats du commerce électronique, édition lilec , Paris , 1999, P.53.

## 4- عقد إنشاء المتجر الافتراضي

يعتبر هذا العقد من عقود الخدمات الإلكترونية، ويعرف بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع إلكتروني أو مركز تجاري افتراضي، والذي من خلاله يضمن التاجر عرضه وذلك مقابل أجر متفق عليه.

ويتطلب هذا العقد شروطاً عامة والتي تخضع لها كل المتاجر الافتراضية كتحديد البيانات الشخصية للمشارك، وتحديد اللغة التي يتم بها العرض وتحديد الأسعار بوضوح مع بيان الضرائب، ونفقات الشحن، ومواعيد التسليم، وتنظيم إبرام العقود مع الأفراد وسبل الوفاء، واحترام التشريعات والأعراف السارية، أما فيما يخص الشروط الخاصة فهي خاصة بكل متجر على حدة وهي عبارة على نظام داخلي يكفل السير الحسن للمتجر<sup>1</sup>.

## 5- عقد الأيجار المعلوماتي (عقد الأيواء)

هو عقد من عقود الخدمات وفيه يلتزم مقدم خدمة الانترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك بعضاً من امكانياته الفنية لإستعمالها في تحقيق أغراضه ومثاله بأن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشارك إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني لديه، والمتصل بشبكة الانترنت من أجل صندوق خطاباتته الإلكتروني.

وكسائر العقود الأخرى فيتم في هذا العقد تحديد التزامات متقابلة بين مقدم الخدمة والمشارك عبر الشبكة، بحيث يلتزم هذا الأخير بعدم تجاوز الإطار المحدد لإستعمال الأجهزة والنطاق المحدد له، حتى لا يتسبب في إتلافها وبالمقابل يلتزم متعهد الخدمة بأداء خدمات إضافية كالإلتزام بالمساعدة وتزويد المشترك بالمعلومات، وذلك لقاء مبلغ مالي معين<sup>2</sup>.

خامساً: عقد البيع المعلوماتي (عقد البيع عبر شبكة الأنترنت)

1 - مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه عين الشمس، 2007، ص. 91.

2 - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص. 56؛ كذلك اسامة ابو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق،

ص. 153.

عقد البيع عن بعد *contrat de vente à distance* هو عقد يتم بين غائبين ولا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد، وينتقل فيه الإيجاب عن بعد بوسائل مختلفة مثل إرسال كتالوج أو بالهاتف أو عن طريق التلفزيون أو بوسيلة اتصال مرئية (*vidéotex*) أو موسوعة (*audiotex*) ونفس الشيء بالنسبة للمشتري.

كما جاء قانون حماية المستهلك الفرنسي يعرف عقد البيع عن بعد بأنه " كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني والذين يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد<sup>1</sup>.

ومما يستوجب الملاحظة أن عقد البيع المبرم عبر الأنترنت هو نوع خاص من العقود المبرمة عن بعد، والتي تتم بين غائبين، وفي نفس الوقت تستخدم أحدث وسائل الإتصال الفورية الحديثة وهي الأنترنت، بما توفره من صفة تفاعلية، إضافة إلى اختراقات أخرى مع بقية العقود المبرمة عن بعد<sup>2</sup>.  
مما سبق يتضح لنا أن عقد التجارة الإلكترونية المبرم عبر الأنترنت هو عقد شامل عن غيره من أنواع العقود الأخرى ن فباختلاف العقود وتنوعها تختلف معها طريقة التعاقد وتكيف مع متطلبات المعلوماتية وآلياتها الإلكترونية .

**المطلب الثاني: مدى إمكانية تحقيق أمن المستهلك الإلكتروني من خلال الضمانات الخاصة أو المستحدثة**

إنّ إرتباط عقود التجارة الإلكترونية بالعملية الإستهلاكية أدّى إلى ظهور مشكلات مصاحبة لعقود الإستهلاك، التي قد تضعف المستهلك عند إبرام هذا النوع من العقود بل وحتى

<sup>1</sup> - L'article L121-16 du code de la consommation Français Modifié par ordonnance n20015-648 du 6 juin 2005-art 1 JORF7 join 2005 en vigueur le 1 er décembre 2005 "stipule les dispositions de la présente-sous-section s'appliquent à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue,sans la presence physique simultanée des parties entre un consommateur et un professionnel qui,pour la conclusion de ce contrat utilisent exclusivement un ou plusieurs techniques de communication à distance" Voir; [Http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do11/09/2010.....](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do11/09/2010.....)

<sup>2</sup> - بن جديد فتحي، التزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، بجامعة سيدي بلعباس، 2013-2014، ص.55.

عند تنفيذها. الأمر الذي أدى إلى تعزيز الحماية المقررة له بإعطائه حقوق تزيد من موقفه كطرف ضعيف<sup>1</sup>. وعلى هذا الأساس، نتعرض في الدراسة بالدرجة الأولى إلى حقوق المستهلك المستحدثة (الفرع الأول)، ثم التطرق بعدها إلى حماية المستهلك عند الدفع والتوقيع الإلكتروني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: حقوق المستهلك المستحدثة

من مقتضيات حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ المعاملات الإلكترونية هو تزويده ببعض الحقوق أو الإمتيازات المستحدثة بالنظر إلى خصوصية هذا النوع من العقود الذي تتعدد فيه وسائل الغش والخداع<sup>2</sup>، ومن الآليات القانونية المقررة للمتعاقد الإلكتروني يمكن ذكر ما يلي:

#### أولاً: حق المستهلك الإلكتروني في الإعلام

حق المستهلك في الإعلام يعني حقه في معرفة المنتج خاصّة في مواجهة تاجر محترف ذي دراية واسعة، الأمر الذي يستتبع معه وجود إختلال فادح في ميزان العلم بين هذين الطرفين المقبلين على التعاقد<sup>3</sup>.

المعروف أنّ الإلتزام بالإعلام هو إلتزام عام<sup>4</sup> يشمل جميع عقود الإستهلاك. أمّا الإلتزام بالإعلام الإلكتروني فيعرفه بعض من الفقه بأنه "إلتزام سابق على التعاقد الإلكتروني يمكن أن يستمر حتى بعد إبرام العقد، يتعلق بإلتزام المزود بإعلام وتبصير المستهلك بمعلومات شاملة عن كل ما يتعلق بعملية البيع عبر الأترنت<sup>5</sup>. وقد بيّن المشرع الجزائري بوضوح في المادة 1/17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش إلزامية إعلام المستهلك، هذا في العقود العادية دون الإشارة إلى العقود

<sup>1</sup> - خالد إبراهيم ممدوح، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، مصر، 2008، ص. 75.

<sup>2</sup> - خليف مريم، المرجع السابق، ص. 263.

<sup>3</sup> - Cf. A. BENSOUSSAN, Op.cit, P. 24.

<sup>4</sup> - أدرجه المشرع الجزائري ضمن فكرة النظام العامّ الحمايى التعاقدى إذ أوجب في المادة 08 من القانون 02/04 على العون الإلتزام وقبل اختتام البيع، إخبار المستهلك بأي طريقة كانت بالمعلومات التزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج. للمزيد من المعلومات؛ قادة شهيدة، مداخلة بعنوان الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، فعالية الملتقى الدولي حول التجارة الإلكترونية، جامعة عنابة، 2007، ص. 7.

<sup>5</sup> - القيسي عامر قاسم أحمد، المرجع السابق، ص. 12.

الإلكترونية<sup>1</sup>، على عكس المشرع الفرنسي الذي ضمّن في قانون المستهلك ما يعرف بحماية المستهلك في المادة 17/121 في مجال التعاقد عن بعد<sup>2</sup>. كما أنّ التوجيه الأوروبي لسنة 1997 أصدر عدة توجيهات أرست دعائم الإلتزام بالإعلام وهذا ما جاء في نص المادة 4 من هذا التوجيه<sup>3</sup>.

وعليه، فإنّ الهدف من الإلتزام بالإعلام الإلكتروني هو تحقيق المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة وبالتبعية لذلك يتحقق التوازن العقدي<sup>4</sup>. وبما أنّ نظرية عيوب الرضا ونظرية ضمان العيوب الخفية، وكذلك نظرية ضمان التعرض والإستحقاق، قد لا توفر للمستهلك الحماية الكافية، أضحي هذا الإلتزام ضرورة عملية تقتضيها طبيعة الحياة المعاصرة والتي شهدت تطورا هائلا في وسائل الإتصال الحديثة<sup>5</sup>.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، أنّ عدم المساواة في المعرفة بين أطراف العقد يرتبط بجهل المستهلك جهلا مشروعاً (Ignorance légitime) بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالمبيع التي يتعين على المحترف الإفصاح عنها<sup>6</sup>، وذلك ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة.

وفي سبيل إعادة التوازن العقدي يرى جانب من الفقه بأن الأساس موجود في قانون حماية المستهلك والذي يشكل نظرية مستقلة تجعل من المستهلك دائما الطرف الضعيف في مواجهة البائع

<sup>1</sup> - محمد السيد عمران، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت؛ الموقع الإلكتروني:

<http://www.sciencejuridiquesahlamontada.net/t1198-topic>.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 2005/648 المعدل و المتمم لقانون الإستهلاك الفرنسي لسنة 1993.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية الإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 146.

<sup>4</sup> - للمزيد من المعلومات؛ خاطر نوري محمد، المرجع السابق، ص. 54.

<sup>5</sup> - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، 2007، ص. 113.

<sup>6</sup> - L'article 111-1 du code de la consommation français édicte que « Tout professionnel vendeur de bien doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ». Article 111-1 modifié par loi n°2010-853 du 23 juillet 2010-art. 35., relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services.

المحترف، وهذا الأخير ملزم بإعلام المستهلك مسبقاً بكل المعلومات الضرورية حتى تتوازن الإرادتين وتكافأ<sup>1</sup>.

ومن منطلق الحرص على الثقة والشفافية في المعاملات الإلكترونية إتجهت أغلب التشريعات إلى وجوب إلتزام البائع بتحديد هويته كالإسم والعنوان ورقم هاتف المهني وبريده الإلكتروني، مع بيان مقر وعنوان الشركة الإعتباري إن وجد<sup>2</sup>.

فقد تناول قانون الإستهلاك الفرنسي لسنة 1993 شخصية البائع، بحيث أقرّ تحديد هذه الشّخصية من خلال التمييز بين ثلاث حالات لمكان الموقع عبر شبكة الأنترنت، وهي حالة وجود الموقع في فرنسا، والحالة الثانية خاصّة بمواقع الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي والحالة الثالثة بالنسبة للمواقع الموجودة في دولة أجنبية. وبغرض تسهيل معرفة هذه البيانات للمستهلك الإلكتروني، فقد أصدر المجلس الوطني للمستهلك الفرنسي قراراً يقضي بضرورة وضع تحت تصرف المستهلك قائمة إسمية للتجار والوسطاء المعروضين على الشبكة<sup>3</sup>.

فإعلام المستهلك لا يتوقف على تبيان مواصفات السلعة بل تحديد ثمنها، وهو ما نصّ عليه المشرع الفرنسي، إذ نصت المادة 17/121 على المعلومات التي يجب الإدلاء بها ومنها "ثمن السلعة، طرق الدفع، مصاريف التسليم..."، كما أن القانون الفرنسي رقم 2004/575 الصادر في 21 يونيو 2004 المتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي فقد أكدّ على وجوب إعلام المستهلك بالثمن بطريقة واضحة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 39.

<sup>2</sup> - من الأهمية بمكان التمييز بين الإعلام والإعلان، فالإعلام هو عبارة عن إلتزام قانوني سابق على إبرام العقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية بتقديمها للطرف الآخر. أمّا الإعلان يتم بصورة خفية ومستترة ويهدف إلى الترويج بالمنتجات والخدمات بقصد تحقيق كسب مادي، محمد السّيد عمران، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت، ص. 8؛ الموقع الإلكتروني <http://www.sciencejuridiqueahlamontada.net/t1198-topic>

<sup>3</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص. 82.

<sup>4</sup> - سليم السعداوي، المرجع السابق، ص. 30.

و تجدر الإشارة على أن الالتزام بالاعلام عن خصائص المنتج أو الخدمة هو مختلف عن ما يقدمه العون الاقتصادي من اعلان و إشهار وتتطلبه آليات استعادة التوازن المفقود في عقود التجارة الالكترونية الناتجة عن الفجوة المعلوماتية الصارخة بين المهني والمستهلك، بل تستدعي ضرورة التعاقد عن بعد، والتي تقتضي ليس فقط الحيلولة دون ايقاع المستهلك في فخ الدعاية الخادعة والمضللة بقدر ما تتطلب أن تعكس الصورة المعروضة للسلعة أو الخدمة المواصفات الحقيقية، وان تخلو من أي غموض.

هذا ومن الصعب الوقوف على سقف معين للمعلومات والبيانات المطلوبة في هذا الشأن ، وانما الجاري به العمل وعلى رأي جانب كبير من الفقه هو ربط هذا الالتزام بفكرة حسن النية ومقتضاها هو ارشاد المستهلك الإلكتروني وإضاءة طريقه وتبصير إرادته قبل ابرام العقد<sup>1</sup>.

وبدوره أوجب المشرع الجزائري على البائع إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات<sup>2</sup>. أمّا المرسوم التنفيذي 306/06<sup>3</sup>، فقد أوجب على العون الإقتصادي تبصير المستهلكين بالشروط العامة والخاصة ببيع السلع أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه، وهذا ما ورد أيضا في المرسوم التنفيذي 65/09 في نص المادة 05 منه<sup>4</sup>.

ويجدر التنويه بأن اللغة أيضا لها دور هام للإعلام بالمعلومات. فبالرجوع إلى التشريع الفرنسي فإنّ المرسوم التنفيذي لسنة 2001 أشار في المادة 2 منه على أن اللغة الفرنسية هي اللغة المستخدمة لإعلام المستهلك بالشيء المنتج أو تقديم الخدمة، لكن هذا لا يمنع دول الإتحاد الأوروبي من استخدام لغات أخرى كالألمانية. وقد صدر منشور من رئيس الوزراء بتاريخ

1 - شهيدة قادة ، مداخلة حول الالتزام بالاعلام في عقود التجارة الالكترونية، مجلة سداسية تصدر عن مخر القانون الخاص الاساسي، العدد 06-2009، ص.54.

2- المادة 04 من القانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر.ج. ج. ع. 41 لسنة 2004 ، ص. 4.

3- المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر.ج. ج. ع. 5 لسنة 2006، ص. 16.

4- المادة 05 من المرسوم التنفيذي 65/09 المؤرخ في 07/02/2009 الذي يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعنية، ج. ر. ع. 10 لسنة 2009 ، ص. 8.

1994/08/04 الذي أكد على ضرورة استخدام اللغة الفرنسية مع إتباعها بالترجمة بلغة أجنبية أخرى<sup>1</sup>.

أضف إلى ذلك أن القضاء في فرنسا في سنة 1985 قرر فرض التعويض على أحد مدراء دور النشر كونه استخدم في نشره كلمتين فقط باللغة الإنجليزية، وهما جهاز القرص الصلب للكمبيوتر (hardware) وبرنامج الكمبيوتر (software)، مما يعني أنه لا يمكن استخدام لغات أجنبية ما دام لها مرادف في فرنسا وهما كلمتا (ordinateur et programme) ، والمشرع الجزائري نص بدوره على ذلك صراحة في المادة 18 من قانون حماية المستهلك<sup>2</sup>.

إنّ حماية المستهلك لم تكن فعالة بإقرار جزاء مناسب في حال الإخلال بالحق في الإعلام. فالتوجيه الأوروبي رقم 97-07 أكد على ترتيب جزاء في حال مخالفة الحق في الإعلام، وذلك في نص المادة 01/11 منه. أضف إلى ذلك ، أن قانون الإستهلاك الفرنسي نظّم التعاقد عن بعد وجعله من النظام العام. وبالتالي، فمخالفة أي إلتزام من طرف التاجر الإلكتروني مصيره البطلان ، إذ يمكن الرجوع عليه بقواعد المسؤولية التقصيرية والمطالبة بالتعويض عمّا يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم إعلامه على نحو سليم<sup>3</sup>.

وتعدّ الشريعة الإسلامية سبّاقة في هذا الشأن إعمالاً لخيار الرؤية والذي يقتضي علم المشتري بمحل العقد، ويلزم البائع بإعلامه ببيانات وعيوب المبيع وفي حالة الإخلال بهذه الإلتزامات يكون العقد قابلاً للفسخ<sup>4</sup>.

### ثانياً: حق المستهلك في العدول أو الرجوع على التعاقد

<sup>1</sup> - بن ثابت شريفة، المرجع السابق، ص. 51.

<sup>2</sup> - القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتضمن تحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر.ع. 15 لسنة 2009، ص. 02.

<sup>3</sup> - القرار الصادر بتاريخ 1972/07/12 عن محكمة إستئناف باريس بخصوص النزاع الذي أقامته شركة Flammarion ضد شركة IBM؛ محمود عبد الرّحيم شريفات، التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، عمّان، 2005، ص. 72.

<sup>4</sup> - محمّد محمّد أحمد أبو سيّد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 2004، بيروت، لبنان، ص. 286.



يهدف الحق في العدول إلى حماية رضا المستهلك مما قد يعلق به من عوامل المجازفة، ويكون من خلال إعطائه مهلة إضافية للتروي والتدبر في أمر العقد. وقد وردت عدة تعاريف لحق العدول، فبعض الفقه عرفه بأنه: "سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحليل منه، دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر". ويعرفه الفقه الفرنسي على أنه: "بمثابة الاعلان عن ارادة مضادة يعتزم من خلاله المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها، وذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل"، كما قرر القانون الانجليزي حق المستهلك في العدول بموجب القانون الصادر عام 1974 The consumer credit Act وهو نفس مذهب إليه التشريع المصري للقانون رقم 354 لسنة 1954 وكذا القانون رقم 67 لسنة 2006<sup>1</sup>.

والهدف من هذا الإلتزام هو القضاء على ظاهرة شائعة تتمثل في لجوء بعض المهنيين إلى رفض تسليم نماذج العقود للمستهلكين إلا بعد التوقيع عليها على نحو يجرم المستهلك من إمكانية التفكير المسبق في شروط العقد قبل إبرامه<sup>2</sup>. فقد منحت المادة 06 من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 للمشتري الحق في إرجاع المنتج إلى البائع من أجل إستبداله أو إسترداد ثمنه في أجل 7 أيام من تاريخ تسليم البضاعة، أمّا المشرّع الجزائري لم يقرّر حق المستهلك في العدول بمعناه القانوني، لكن أجاز له أن يمارس حقه في ردّ السلعة واسترجاع الثمن، في حالة وجود عيب في المنتج، دون تحمّل أعباء إضافية<sup>3</sup>.

وعليه، فإنّ حق المستهلك في العدول ليس مطلقاً حيث نجد أنّ المشرع الفرنسي استبعد بعض العقود من التطبيق باستثناء حالة العيوب الظاهرة أو الخفية<sup>4</sup>. أمّا فيما يتعلق ببدء سريان مهلة

<sup>1</sup> - بن غيدة إيناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعقم، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015، ص.103.

<sup>2</sup> - Selon l'article 121-20 du code de la consommation français, modifié par loi N° 2005 du 26 Juillet 2005 art. 3 J.O.R.F du 27 Juillet 2005 « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir justifier de motifs ni a payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant des frais de retour... ».

<sup>3</sup> - تنص المادة 2/13 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغشّ على أنّه "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته...".

<sup>4</sup> - لا يمكن للمستهلك العدول على الشراء في الحالات التالية:

حق العدول فإن كان محل العقد عبارة عن سلع ومنتجات فإن المهلة تبدأ من يوم استلام المستهلك لها طبقاً للمادة 121-2/20 من قانون الإستهلاك، وإذا كان محل العقد أداء خدمات فتبدأ المهلة من يوم إبرام العقد، أما إذا لم يوفّ المورد بهذا الإلتزام إلاّ بعد إبرام العقد، فإنّ المهلة تبدأ من ذلك الحين بشرط ألاّ يتجاوز مدة ثلاثة أشهر من تاريخ التسليم أو الإبرام<sup>1</sup>.

### ثالثاً: حق المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية وحماية البيانات الشخصي

إنّ الحفاظ على بيانات المستهلك في التعاقد الإلكتروني من خلال نظام التشفير أو غيره من التقنيات الحديثة، يورث الثقة لدى المستهلك ويجعل بياناته في مأمن من الإختراق والسرقة، فالثقة هي من أهمّ الأسس في العملية التعاقدية بالنسبة للمستهلك<sup>2</sup>.

أما فيما يتعلق بمكافحة الشروط التعسفية في عقد الأنترنت فتتطلب قوانين التجارة الإلكترونية بأن تكون الدعاية والإعلان عن السلع والخدمات عبر وسائط إلكترونية أو عن طريق أقراص أو شرائط. وإذا انعدمت هذه الوسائط يكون كلا الطرفين قد فقدوا مرجعاً هاماً بوصفها وثائق مكتملة للعقود المتعلقة بالمنتجات التي يرغب المستهلك في شرائها<sup>3</sup>.

وقد لعب القضاء الفرنسي دوراً هاماً في تحديد الشروط التعسفية نذكر على سبيل المثال ما ذهبت إليه محكمة بوردو (Bordeaux) في حكمها الصادر بتاريخ 11 مارس 2008 والخاص بالشروط العامّة للبيع التي فرضتها شركة Discount، حيث اعتبرت هذه الشروط غير شرعية أو تعسفية وأمرت بإلغائها<sup>4</sup>. ومن بين التطبيقات الخاصّة بحماية المستهلك في بعض العقود

أ- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل إنتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.

ب- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات ذات خصوصية معينة أو لا يمكن إعادة إرسالها أو قابلة للتلف أو الفساد لإنهاء مدة صلاحيتها.

ج- عند قيام المستهلك بتزج الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلانية المسلمة أو المنقولة آلياً. للمزيد من المعلومات انظر، أبو علا النمر، المرجع السابق، ص. 122.

<sup>1</sup>-Cf . H. LAABIDI ,L'offre et l'acceptation dans les contrats de commerce électronique, Revue de la jurisprudence et de la législation N° 9, Tunis, 2002, p. 25.

<sup>2</sup>- أوشن حنان، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مجلة الفقه والقانون، 2013، ص. 13؛ الموقع الإلكتروني: [www.majalah-droit-ici.st](http://www.majalah-droit-ici.st)

ici.st

<sup>3</sup>- حداد العيد، المرجع السابق، ص. 7-8.

<sup>4</sup>- بن ثابت شريفة، المرجع السابق، ص. 41.

الإلكترونية المستحدثة: حماية المستهلك في عقود بيع برامج الكمبيوتر، وكذا حمايته في بيع الدواء عبر الأنترنت، وأخيراً حمايته في حالة البيع بالمزاد العلني.

### أ - حماية المستهلك في عقود بيع برامج الكمبيوتر: Shrink wrap licenses

في حالة التعاقد الإلكتروني على شراء برنامج الكمبيوتر يقوم العميل بنسخ البرنامج (Software) من على شبكة الأنترنت عن طريق الإنزال (Download) بعد موافقته على الشروط الموجودة وذلك بوساطة الضّغط على الزّر الخاص بعبارة موافق I agree. ووفقاً للقانون الأمريكي الموحد لمعلومات الأعمال التجارية عن طريق الكمبيوتر UCITA، فإنّه إذا كان المستخدم للبرنامج غير موافق على شروط الترخيص فيستطيع العدول عن قبوله وإستعادة نقوده التي دفعها وكذلك الحصول على التعويض<sup>1</sup>.

### ب - حماية المستهلك في بيع الدواء عبر الأنترنت:

يتوجب على المنتج إعلام المستهلك وتوجيهه من خلال ذكر البيانات الهامة للمنتجات الدوائية أو العلاجية. وبإمكان المستهلك إذا حصل من الصيدلية الإلكترونية على دواء به عيب خفي أن يلجأ إلى دعوى ضمان العيب الخفي<sup>2</sup>.

كما أنّ المشرع الأمريكي اهتم بهذه المسألة بشأن الترويج بالمنتجات الدوائية، فالإعلان فيها ليس حرّاً بل يتقيد بالعديد من الضوابط التي هي في نفس الوقت ضمانات لحماية المستهلك. وبالتالي لا يجوز الدعاية للجمهور إلاّ بعد الحصول على ترخيص من الجهة المختصة، ويقع على عاتق الصيدلي الإلكتروني فحص المنتج الدوائي بعناية شديدة وأن يكون صالح للإستعمال<sup>3</sup>.

### ج - حماية المستهلك في بيوع المزاد العلني:

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات ، خالد إبراهيم ممدوح، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 292-293.

<sup>2</sup> - Cf. L. BOUCHURBERG, Op.cit, p. 212.

<sup>3</sup> - الصيدلية الإلكترونية (L'offre électronique) هي "عبارة عن موقع على الأنترنت متخصص في بيع الدواء".

- L. BOCHURBERG, ibid, p. 209.

يقصد بالمزاد الإلكتروني أن يتولى شخص بوصفه وكيلا عن المالك، عرض المال في مزاد عامّ بالطريق الإلكتروني عن بعد بقصد إرساله على أفضل عرض مقدم من المتزايدين. وتجدد الإشارة إلى أن بيع الآثار والتحف الفنيّة عبر الأنترنت يعد مزادا بالمعنى التقليدي لتوافر السمات الخاصّة بالمزاد على الرغم من أن مجلس إجراء هذا المزاد هو مجلس إفتراضي حكمي في الفضاء الإلكتروني. وحماية للمستهلك يجب أن يسبق المزاد الإلكتروني (Les enchères électroniques) إجراء الإعلان والنشر، خاصة الحد الأدنى للثمن، ومسؤولية القائم على المزاد في مواجهة البائع والمشتري، وكذلك الإلتزام بالتبصير بخصوص مشروعية المحل أو تحديد حقوق وإلتزامات الأطراف<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني عند الدفع والتوقيع الإلكتروني

بالإضافة إلى الإلتزامات الملقاة على عاتق المهني أو المحترف في عقود الإستهلاك الإلكترونية يوجد إلتزامين هامين مرتبطين بالعقود الإلكترونية ويوفران حماية إضافية للمستهلك الإلكتروني أثناء الدفع والتوقيع<sup>2</sup>.

### أولاً: حماية المستهلك عند الدفع الإلكتروني

تتميز وسائل الدفع الإلكترونية بمجموعة من المميزات التي جعلتها أكثر إستخداما وخاصّة في المجتمعات المتقدمة اقتصاديا وثقافيا، لكن موازاة مع هذه المميزات يبقى البعد الأمني أحد أهمّ الموضوعات التي تقلق المتعاملين بوسائل الدفع الإلكترونية. فقد تتعرض البطاقات الإلكترونية المملوكة للمستهلك أو للتاجر للسرقة، وقد يتم التزوير أو التزييف عن طريق تعديل البيانات المخزونة على البطاقات الإلكترونية أو على البرمجيات أو على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي<sup>3</sup>.

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، المرجع السابق، ص. 121-122.

2- كريم كريمة، المرجع السابق، ص. 148.

3- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 16.

لذا لجأت الشركات والمؤسسات الدولية المهتمة بالتجارة الإلكترونية إلى البحث عن مجموعة من الميكانزمات، ومن هذه الآليات وضع بروتوكولات أمن وسلامة، مثل بروتوكول (ssl/tls)<sup>1</sup>، وهذا تماشيا مع ما تعرض له المجلس الأوروبي حيث أصدر توصية في 1998/05/19 تحت مسمى تأمين نظم الدفع. ومن أجل إقرار الحماية من المخاطر في حال سرقة البطاقة أو ضياعها، أصدر المشرع الجزائري نظام عن بنك الجزائر متعلق بأمن أنظمة الدفع<sup>2</sup>، إذ نص في المادة 12 منه "يسهر بنك الجزائر على توفير الأمن المنطقي للبنية الأساسية الخاصة بأنظمة الدفع... وبصفة خاصة التأكد من أمن بطاقات الدفع..."، ولذا فوجود نظام دفع الكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر الانترنت يستلزم توافر شروط قانونية وفنية تتمثل فيما يلي:

- توفير بيئة تشريعية ملائمة تقرر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني (في القانون التجاري والمصرفي)

- توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع وتسهيلها، ويتوقف ذلك على توفير الأجهزة التي تقوم بإدارة هذه العمليات.

- توفير الامكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات<sup>3</sup>.

وعليه، فإنّ المشرع حاول حماية المتعاملين بنظم الدفع، كما منح بنك الجزائر سلطة الرقابة والسّهر على متابعة التطورات التي تؤثر على أمن بطاقات الدفع، ومن شأن هذا النص تعزيز العمل ببطاقات الدفع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الإتصالات الآمنة الأكثر شيوعا تستخدم بروتوكول SSL/TLS وهما Secure Sockets layer and Transport layer security فيبروتوكول SSL طور من قبل شركة Netscape باستخدام مفتاح خاص لتشفير ونقل المستندات بطريقة آمنة عبر

الأنترنت. انظر الموقع التالي: <http://kenanaonline.com/users/ahmedkordy/posts/323324>

<sup>2</sup> - النظام رقم 07-05 المؤرخ في 28 ديسمبر 2005، المتضمن أمن أنظمة الدفع، ج. ر. ع. 37 لسنة 2006، ص. 24.

<sup>3</sup> - تشير الإحصائيات في الجزائر أن 80% من التعاملات التجارية تتم نقدا وهذا راجع على تخوف البنوك من نظام الدفع الإلكتروني، إذ أن أقل من 250 ألف شخص من بين 10 ملايين مالك لحساب يملك بطاقة للدفع فقط، وهو عدد قليل بالمقارنة مع الدول المجاورة في حين وصلت فيه الدول المتقدمة الى تخفيض نسبة النقد الى 20 بالمائة وهي نسبة في انخفاض مستمر. راجع تعليق على مداخلة د. يابسي فريد في المنتدى المنظم بمركز تطوير التكنولوجيات الحديثة بالتعاون مع الشركة الكندية لمحطات الدفع الإلكتروني المباثر-الجزائر في 2005/12/14، جريدة الخبر الصادرة يوم 15 ديسمبر 2005، ص. 06.

<sup>4</sup> - نواراة حمليل، المرجع السابق، ص. 256-257.

## ثانيا: حماية التوقيع الإلكتروني للمستهلك

الثقة في التوقيع الإلكتروني تكون من خلال التأكد من صحته بشهادة تصديق معتمدة، فالتصديق على صحة التوقيع الإلكتروني يقع على طرف ثالث محايد يسمى مزود خدمات التوثيق. فإذا تبين لهذا الأخير عدم أمن أحد المواقع، فإنه يقوم بتوجيه رسالة تحذيرية إلى المستهلكين المتعاملين معه يوضح فيها عدم مصداقية هذه المواقع<sup>1</sup>. فالأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني يختلف بحسب ما يتوافر به من شروط، فقط يكون توقيعاً موثقاً به ويكون غير موثق به. وبخصوص هذا الأخير فإنه يقع على صاحب هذا التوقيع إثبات الوسيلة المستخدمة في إنشائه<sup>2</sup>.

أما بخصوص الوضع في الجزائر فقد أدرج التوقيع الإلكتروني لأول مرة ضمن القانون المدني لسنة 2005 وكذلك ضمن المرسوم التنفيذي 07-162.

وبناء على ما تم توضيحه فإن التوقيع الإلكتروني للمستهلك يجب أن يكون محمياً حتى تتوفر الثقة في التعاقد وفي الوقت ذاته، فإن صعوبة تقليد أو تزوير هذا التوقيع يؤدي إلى توفير الأمان في التعاقد الإلكتروني<sup>3</sup>.

ولتعزيز الثقة أكثر ما بين المتعاقدين والأطراف أخرى فإن السياسة القانونية للمشرع تقتضي إقرار حماية جزائية في العقود الإلكترونية.

وماتجدد الإشارة إليه أن التشريع الجزائري عرف تأخر كبير في سن القوانين المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، إلا أن الدولة الجزائرية حاولت استدراك ذلك، فكانت وزارة العدل سباقة في ذلك عن طريق إصدار قانون رقم 15 - 03 المتعلق بعصرنة العدالة، حيث يهدف هذا القانون وفق المادة الأولى منه إلى :

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات، عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، المرجع السابق، ص. 269 وما بعدها.

<sup>2</sup> - حكمت محكمة الاستئناف (بيسانسون) الفرنسية بعدم قبول عريضة الاستئناف المقدمة من أحد الأطراف لوجود توقيع إلكتروني للمحامي عليه وأنّ الأداة المستخدمة غير موثوق بها، لأنها لا تحدد هوية موقع صحيفة الاستئناف.

<sup>3</sup> - Cass., civ, 1ère Ch, 8 Novembre 1989, Bull N° 342, p.230. ، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة

الإستئناف بعدم قبول الإستئناف. - Cass., civ. 2ème Ch, 30 Avril 2003, Bull N°118, p.101

<sup>3</sup> - بخصوص التوقيع الإلكتروني و حججته في الإثبات، انظر سابقاً، ص من هذه الدراسة.

- وضع منظومة معلوماتية مركزية لوزارة العدل

- إرسال الوثائق والمحركات القضائية بطريقة الكترونية

فالمشرع الجزائري نص بموجب هذا القانون على إمكانية أن توقع المحررات والوثائق الصادرة من وزارة العدل<sup>1</sup> و المؤسسات التابعة لها و الجهات القضائية بتوقيع الكتروني بشرط أن تكون صلة بالمحرر الأصلي مضمونة بواسطة وسيلة تحقق مضمونة، وتعتبر وسيلة التصديق، وفق المادة 5 من هذا القانون موثوق فيها إلى أن يثبت العكس بشرط أن يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني وهوية الموقع وسلامة العقد مضمونة، يلاحظ في هذه المادة انه كان من الضروري أن يستعمل المشرع مصطلح المحرر بدلا من العقد لأن وزارة العدل لا تكفي بإصدار العقود فقط بل تشمل العديد من الوثائق التي لا يمكن إدراجها ضمن العقود.<sup>2</sup>

### المبحث الثاني: الحماية الجنائية لمستهلك خدمة التأمين:

لا شك أن المزايا المترتبة على استخدام شبكات الإتصالات والمعلومات في التعاقد سوف يتعاضم شأنها إذا تم ضبط أحكامها القانونية، لتتلاءم مع الطبيعة الخاصة لوسائل الاتصالات الإلكترونية بما يكفل حماية الحقوق المترتبة عليها، وهو ما يستدعي ضرورة تطوير القوانين وتحديثها لتلائم والتطور التكنولوجي الحادث وإحاطتها بجميع أنواع الحماية القانونية وعلى رأسها الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية والتي تنصرف بالتبعية إلى السلع والخدمات، فقد أصبح التعامل الإلكتروني عرضة لإعتداءات إجرامية متزايدة على نحو يهدد التنمية الإقتصادية للدول على حد سواء.

وفي ظل استمرارية التقدم العلمي والتكنولوجي لتقنية نظم المعلومات الآلية في جميع المجالات تضعف قبضة الأمن والمراقبة والتحكم، وتزداد عمليات التجسس على المعلومات المعالجة

<sup>1</sup> - تنص المادة 4 من القانون رقم 15-103 المتعلق بعصرنة العدالة على أنه يمكن أن تمهر الوثائق و المحررات القضائية التي تسلمها مصالح وزارة العدل و المؤسسات التابعة لها و الجهات القضائية توقيع الكتروني تكون صلته بالمحرر الأصلي مضمونة بواسطة وسيلة تحقق موثوقة".

<sup>2</sup> - تنص المادة "5" من نفس القانون على مايلي: "تفترض الموثوقية في وسيلة التصديق إلى غاية إثبات العكس متى أنشئ التوقيع الإلكتروني وكانت هوية الموقع أكيدة وسلامة العقد مضمونة".

إلكترونيا وسرقتها حتى أصبحت تشكل تهديداً بالغاً لسائر الدول والمنظمات والمؤسسات والأشخاص التي تستند في نشاطاتها على الحاسبات الآلية والشبكات الاتصالية، فظاهرة الاجرام المعلوماتي أو جرائم التقنية العالية، أو الجريمة الإلكترونية، أو جرائم أصحاب اللياقات البيضاء، واقعة إجرامية تفرع في جنباتها أجراس الخطر لتنبه مجتمعات العصر الراهن لحجم المخاطر وهول الخسائر الناجمة عنها، باعتبارها تستهدف الاعتداء على المعطيات بدلائنها التقنية الواسعة، (بيانات ومعلومات وبرامج بكافة أنواعها)<sup>1</sup>.

ويعرف البعض الجريمة الإلكترونية بأنها الجريمة ذات الطابع المادي التي تتمثل في كل فعل أو سلوك غير مشروع مرتبط بأية وجهة بالحاسبات، يتسبب في تكبد أو إمكانية تكبد المجني عليه خسارة، وحصول أو إمكانية حصول مرتكبه على أي مكسب<sup>2</sup>.

أمّا عن اصطلاحى جرائم الكمبيوتر computer crimes والجرائم المرتبطة بالكمبيوتر Computer-related crimes، فيظهر الفرق بينهما في أنّ اصطلاح جرائم الكمبيوتر يدل على الأفعال التي يكون الكمبيوتر غاية في الجريمة، كالدخول غير المصرح به، وإتلاف البيانات المخزنة في النظم ونحو ذلك.

أمّا فيما يخص الجرائم المرتبطة بالكمبيوتر فهي تلك الجرائم التي يكون فيها الحاسوب وسيلة لارتكاب الجريمة كالاختيال بواسطة الكمبيوتر والتزوير ونحوهما<sup>3</sup>.

وعليه، فمن الضروري وضع نظام متكامل للحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية من أجل تدعيم ثقة المستهلك بها. ولن تتأتى هذه الثقة من الحماية المدنية فقط، بل لابد من تفعيل الحماية الجنائية.

1 - محمود ابراهيم غازي، الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، -مصر-، ص.32.

2 - في حين أن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OCDE أعطت تعريف للجريمة الإلكترونية بأنها "كل فعل أو امتناع من شأنه الاعتداء على الاموال المادية او المعنوية يكون ناتجاً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن تدخل التقنية المعلوماتية".

3 - وحتى لا يقع الإرباك في ذهن المتلقي، فيتم استخدام مصطلح جرائم الكمبيوتر والأنترنت أو يستخدم مصطلح السبير كرائم Cyber crime للدلالة على أن هذا التعبير شاملاً لجرائم الكمبيوتر وجرائم الشبكات بمعنى شبكة الأنترنت ذاتها أو العالم الافتراضي، مقتبس عن، محمود ابراهيم غازي، المرجع السابق، ص.122.



وعلى هذا الأساس فإن غالبية الدول المتقدمة وضعت تشريعات تنظم استخدام الحاسب الآلي وتواجه الظاهرة الإجرامية المرتبطة بذلك<sup>1</sup> ولكن التساؤل الذي يطرح في هذا المقام هل أوجدت التشريعات الجنائية للدول العربية والأجنبية نظام متكامل لحماية التعاملات الإلكترونية جنائياً يعيد ثقة المستهلك في التجارة الإلكترونية على وجه التحديد؟. وعليه فإنه بات بالإمكان تحليل الجهود الدولية واتجاهات القانون المقارن بشأن جرائم الكمبيوتر والأنترنت في ثلاث قطاعات مستقلة (حماية استخدام الكمبيوتر أو ما يعرف بجرائم الكمبيوتر ذات المحتوى الاقتصادي، وحماية البيانات المتصلة بالحياة الخاصة (الخصوصية المعلوماتية)، وحماية حق المؤلف على البرامج وقواعد البيانات (الملكية الفكرية للمصنفات الرقمية)<sup>2</sup>.

وبعد استعراض ماهية هذه الحماية الجزائية الإلكترونية (المطلب الأول) سيتم التطرق إلى خصوصية الجرائم الإلكترونية وآليات الوقاية منها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : ماهية الحماية الجزائية الإلكترونية

إن من أهم وظائف النظام القانوني أن يحدد الأموال والمصالح التي يجب عليه حمايتها وذلك بوضع قواعد قانونية جنائية تجرم السلوك الذي يهدر المصالح أو يهددها بكل خطر محتمل. فالجناة يزدادون مهارة كلما تم تطوير برامج الحماية بخلق وسائل تدميرية، إمّا عن طريق القرصنة للمعلومات والبرامج، أو استعمال وسائل احتيالية واختلاس البيانات وتزويرها.

لذلك فإنّ التشريعات المعاصرة تحرص على حماية المستهلك بصفة عامّة وفي المجال الإلكتروني بصفة خاصّة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد الكردي، حماية المستهلك الإلكتروني، الموقع الإلكتروني :

. [www.kananaonline.com/users/ahmedkordy/posts/275121-13-06-2012](http://www.kananaonline.com/users/ahmedkordy/posts/275121-13-06-2012)

<sup>2</sup> - من المعلوم أن الاتفاقية الدولية المعروفة باتفاقية تريبس بشأن الجوانب المتصلة بضمان حقوق الملكية الفكرية كان لها الدور الكبير في الزام الدول الأعضاء على ضمان احتواء قوانينها الوطنية على الاجراءات الكفيلة بحماية حقوق الملكية الفكرية المادية والمعنوية وإنزال العقاب بمن يتعدى على هذه الحقوق، وقد توجت الجهود الدولية بشأن حماية الملكية الفكرية التي تنزعمه المنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo) التي أنشأت في عام 1976 بإصدار الاتفاقية الدولية المسماة باتفاقية (الجات) التي بدأ تطبيقها في الأول من يناير/كانون الثاني من عام 1992؛ محمود عبد الرحيم الديب، الحماية القانونية للملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 29.

وتتمثل الحماية الجنائية في التعاقد الإلكتروني من خلال تجريم الأفعال التي يقوم بها الجاني اتجاه المستهلك بقصد الإضرار به عبر الشبكة المعلوماتية ، فالعديد من التشريعات الوضعية الحديثة أضافت هذه الحماية للمستهلك في قوانين التجارة الإلكترونية، التي تجرم بعض الأفعال التي تقع على المستهلك. ومن أشكال هذه الأفعال الغش التجاري والصناعي ، وجريمة الإحتيال في عقود التجارة الإلكترونية ، بالإضافة إلى الصور الأخرى من الجرائم المقترفة في نطاق المعاملات الإلكترونية<sup>2</sup>. وعلى هذا الأساس، لابدّ من تحديد أركان الحماية الجزائية والمسؤولية المترتبة عن الجرائم المقترفة ( الفرع الأول ) ثم تحديد صور الحماية الجزائية للمستهلك في التعاقد الإلكتروني ( الفرع الثاني ).

**الفرع الأول : أركان الحماية الجزائية للمستهلك الإلكتروني والمسؤولية المترتبة عن الجرائم المقترفة**

تتميز الجريمة الإلكترونية عن الجريمة التقليدية كون أن الأولى تكون الأداة فيها ذات قيمة عالية، وأن مكان الجريمة لا يتطلب انتقال الجاني إليه انتقلا ماديا. فالجريمة الإلكترونية تتم عن بعد باستخدام مواقع الأنترنت بين الجاني والمستهلك. وتتشابه الجريمتين في أن أطراف الجريمة من مجرم وضحية والذي قد يكون شخص طبيعي أو اعتباري وكذا في ركنها المادي والمعنوي ( أولا ) ، وبالنظر أيضا إلى المسؤولية المترتبة عن الجرائم المقترفة ( ثانيا )<sup>3</sup>.

**أولا: الركن المادي والمعنوي في الجريمة الإلكترونية المرتكبة ضدّ المستهلك**

1- عبد الفتاح بيومي حجازي ، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.255.

2- عبد الله ذيب عبد الله محمود ، المرجع السابق، ص.94.

3- محمد سالم عياد، شرح قانون العقوبات الأردني، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1997، ص.231 وما يليها.

التجارة الإلكترونية بوصفها نظام معلوماتي يعتمد على وسائل اتصال إلكترونية ، أنشأت مجالاً خصباً للجريمة المعلوماتية. ونظراً لتعاظم الضرر الناتج عن هذه الجريمة التي تمس واقع ومستقبل التجارة الإلكترونية فلا بدّ من التعرض للركن المادي وكذا الركن المعنوي لها<sup>1</sup>.

## 1- الركن المادي

إن النشاط أو السلوك المادي في جرائم الأنترنت يتطلب وجود بيئة اتصال بالأنترنت ويتطلب أيضاً معرفة بداية هذا النشاط والشروع فيه ونتيجته. فمن يقوم بسرقة رقم البطاقة الائتمانية للمستهلك عبر الأنترنت، يحتاج إلى تجهيز الحاسوب لكي يحقق له حدوث الجريمة، فيقوم بتحميل الحاسوب ببرامج اختراق، أو أن يقوم بإعداد هذه البرامج بنفسه. وكذلك قد يحتاج إلى تهئية صفحات تحمل فيروسات لسرقة معلومات هذه البطاقة أو أرقام الحساب أو غير ذلك من المعلومات المهمة بتحميلها على جهاز المستهلك<sup>2</sup>. كما يمكن أن يقوم بجريمة إعداد برامج فيروسات تمهيدا لبثها، مع العلم أنه لا يشترط أن تكون هناك أعمال تحضيرية لوقوع الجريمة.

وقد يقوم بالإحتيال عن طريق الشبكة الإلكترونية، حيث يتم الإعلان عن منتجات لا تنفق في حقيقتها مع ما هو معلن عنها من حيث الخواص والمزايا وإشباع حاجات المستهلك<sup>3</sup>. أمّا بالنسبة لعملية الغش فيتحقق السلوك الإجرامي من خلال الطرح للبيع عن طريق الأنترنت للسلع الفاسدة أو المغشوشة التي تصل إلى المستهلك ونشير في هذا الصدد أن مسألة النتيجة الإجرامية في جرائم الأنترنت يمكن معرفتها من خلال معرفة وقت الضرر الذي يلحق المستهلك نتيجة وقوع العمل الإجرامي عليه، وقد يطرح التساؤل في هذا الشأن عن مدى صلاحية الأموال المعلوماتية المعنوية كمحل لجريمة النصب؟. حيث اختلف الفقه حول هذه المسألة وانقسم إلى اتجاهين: حيث أن الإتجاه الأول يرى بعدم صلاحية برامج الحاسوب والمعلوماتية لأن تكون محلاً لجريمة النصب

<sup>1</sup> - عبد الباقي عمر محمد، المرجع السابق ، ص.122.

<sup>2</sup> - هشام محمد فريد رستم ، الجرائم المعلوماتية وأصول التحقيق الجنائي الفني ، مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الأنترنت ، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد في الفترة ما بين 1 إلى 3 مايو 2000، ص.23.

<sup>3</sup> -Cf.C.FERAL-SCHUHL,Cyber droit, droit à l'épreuve de l'internet,6émeédition,Dalloz, Paris,2010, p.148.

حجته في ذلك أنه لا يوجد نشاط مادي ملموس يحصل فيه التسليم والإستلام، وحتى ولو حدث هذا الفعل فإنه لا يترتب عليه حرمان المحمي عليه من حيازة هذه البرامج والمعطيات حيث تبقى هذه الأخيرة تحت سيطرته الفعلية وهذا مالا يتناسب والنشاط الإجرامي في هذه الجريمة. أما الإتجاه الآخر فينادي بقابلية البرامج و المعلومات محل لجريمة النصب واستناده في ذلك قانون العقوبات الفرنسي الذي أشار في المادة 336 من قانون العقوبات على المنقول دون تحديد لطبيعته ماديا كان أم معنويا، مما يؤدي إلى دخول برامج الحاسوب والمعطيات ضمن الأشياء التي تقع عليها جريمة النصب والإحتيال.

وقد نص المشرع الجزائري في هذا النطاق على الأموال والمنقولات في المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري دون تقييد لطبيعتها، مما من شأنه أن يجعل الأموال المعنوية صالحة لأن تكون محلا أو موضوعا لجريمتي النصب والإحتيال، وهو الرأي الراجح في نظرنا مادام أن النص قابل للتفسير وفقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات<sup>1</sup> (Le Principe de la légitimité des infractions et des sanctions)

## 2- الركن المعنوي

يعرف الركن المعنوي على أنه اتجاه الإرادة الجاني إلى ارتكاب فعل ضد حق يحميه القانون ويعاقب عليه، وهو عالم أنه يقوم بعمل غير مشروع ينطوي على إقتراف جريمة محددة بوعي وإدراك بالظروف والملابسات المكونة للجريمة. فالأساس الذي يقوم عليه الركن المعنوي للجريمة الإلكترونية، هو توافر الإرادة لدى الفاعل، وتوجيه هذه الإرادة إلى القيام بعمل غير مشروع يجرمه القانون<sup>2</sup>. كما يجب أن تتوافر النتيجة الجرمية المترتبة على الأفعال السابقة، فتكتسب إرادة الجاني الصفة الجرمية من العمل غير المشروع الذي يبت النية على إرتكابه، وهو عالم بالآثار الضارة الناشئة عنه.

<sup>1</sup> - صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2012-2013، ص.18-19.

<sup>2</sup> - للمزيد من المعلومات، محمد سالم عياد، المرجع السابق، ص.324.

ويتوافر الركن المعنوي في جرائم الأنترنت على سبيل المثال، بقيام أحد المحتالين بإنتحال شخصية مزود عبر الأنترنت بقصد الإضرار بالمستهلك ، والحصول على أمواله ، ومن ثم إيقاع الأذى بالمستهلك<sup>1</sup>.

### ثانيا : المسؤولية الخاصة في الجرائم المرتكبة ضد المستهلك

جرمت معظم القوانين الأفعال التي تؤدي إلى الإضرار بالمستهلك ، فقد تضمن قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 العديد من المواد التي يمكن أن تمثل الأسس القانونية لحماية المستهلك جزائيا في الباب الحادي عشر من قانون العقوبات، والمنظم لأحكام الجرائم التي تقع على الأموال<sup>2</sup>.

وبالرّجوع إلى القوانين الوضعية الأخرى نجد القانون الفلسطيني لحماية المستهلك<sup>3</sup>، نصّ في المادة 27 على أنّه "كل من يعرض أو يبيع سلع تموينية فاسدة أو تالفة أو يتلاعب بتاريخ صلاحيتها يعاقب بالسّجن لمدة تزيد عن 10 سنوات أو بغرامة لا تتجاوز 10 آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا أو بكلتا العقوبتين"<sup>4</sup>.

وعليه، فإنّ قانون حماية المستهلك الفلسطيني جرم قيام المزود بخداع المستهلك من خلال الإيهام بأن المبيع يتمتع بجودة معينة أو إخفاء حقيقة المبيع أو نوعه، وبالتالي أقر عقوبة خاصّة لهذا العمل. كما تنص المادة 38 من قانون المعاملات التجارية الأردني لسنة 1952 على أنّه "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة أو بالغرامة بما يتجاوز المائة دينار أو بكلتا العقوبتين من قام بأي من الجنح التالية"<sup>5</sup>:

1- عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع السابق، ص.94-95.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.259.

3- قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005.

4- عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع السابق، ص.97.

5- نائل عبد الرحمن، حماية المستهلك في التشريع الأردني، الطبعة الأولى، مؤسسة زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 1991، ص.97 و ما بعدها.

-إستعمال علامة تجارية باسم الغير بطريقة غير مشروعة...، أو السبب في إدخال بيانات مزورة إلى علامة تجارية، أو بيع سلع تحمل علامة تجارية غير مشروعة".  
ويلاحظ أن قانون العلامات التجارية الأردني اهتم بالعلامة التجارية الخاصة بالمزود. فهناك بعض المزودين يقومون بسرقة علامة تجارية ووضعها على منتجاتهم، وإيهام المستهلك بأن المنتج يحمل هذه العلامة التجارية، وبالتالي فإن القانون قد جرم هذا الفعل واعتبره من الأفعال غير المشروعة<sup>1</sup>.

أمّا فيما يخص قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 فقد تناول الأحكام العامة ذات العلاقة بالجريمة الجنائية ضمن الفصل السابع في المواد 28-35 منه ومنها حظر نشر التصديق الخاص بالتوقيع الإلكتروني أو بيانات التجارة الإلكترونية ونسبتها إلى مزود خدمة أو موقع بالمخالفة للحقيقة.

وقد حظر المشرع في هذه الجريمة أن تنسب شهادة مصادقة الكترونية الى مزود خدمة التصديق لم تصدر عنه هذه الشهادة، ومثالها أن يقوم أحد الأشخاص باستعمال شهادة منسوب توقيعها الكترونياً الى شخص ما ينكرها ولا يقبلها، ففي هذه الحالة لا يمكن استعمال هذه الشهادة، فإذا ما توافر الجريمة بركنيها المادي والمعنوي تعين معاقبة الجاني وهو الأمر الذي نص عليه في المادتين 29 و30 من هذا القانون<sup>2</sup>.

وتعتبر فرنسا من الدول السبّاقة التي اهتمت بحماية المعلوماتية والتصدي لصور الجرائم التي تمسّ الأنظمة المعلوماتية، حيث استحدث المشرع الفرنسي نصوصاً عقابية تتعلق بحماية المعلومات آلياً<sup>3</sup> الأمر الذي يضيف حماية متكاملة على الأنظمة المعلوماتية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - نجاة عباوي، جرائم المعلوماتية في التشريع الجزائري الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بشار، 2008، ص.98.

<sup>2</sup> - تنص المادة 29 على أنه " يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تتجاوز 250 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أنشأ أو نشر عن معرفة شهادة أو بيانات غير صحيحة لأي غرض احتيالي أو أي غرض آخر غير مشروع...."،

<sup>3</sup> - قانون العقوبات الفرنسي الجديد، الذي بدأ العمل به في 1 مارس 1994.

-le code pénal français est entré en vigueur le 01 mars 1994 pour remplacer le code pénal de 1810.

أمّا بخصوص الوضع في الجزائر، فقد تم سدّ الفراغ القانوني الذي عرفه هذا المجال بصدور القانون رقم 04-15<sup>2</sup> الذي أكد على حماية جزائية للأنظمة المعلوماتية من خلال تجريم بعض أنواع الإعتداءات التي تستهدف أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، كالدخول غير المشروع للأنظمة المعلوماتية والتلاعب بالمعطيات الخاصة بأنظمة المعلومات.

وما دام أن المشرع الجزائري قد أدمج برامج الحاسب الآلي ضمن قائمة المصنفات المحمية عن طريق القانون المتعلق بحماية المؤلف، فإن أي اعتداء على الحق المالي أو الأدبي لمؤلف البرنامج يشكل فعلا من أفعال التقليد وهو ما تضمنه نص المادة 151<sup>3</sup> من الأمر 05/03 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة<sup>4</sup>.

ومن بين التشريعات العربية التي نصت على مكافحة جرائم تقنية المعلومات، يمكن ذكر القانون الإتحادي الإماراتي رقم 2 لسنة 2006 الذي تناول العديد من الجرائم المعلوماتية ونص على العقوبة المقررة لها. وفي هذا السياق، أكد التوجه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر في 2000/06/08 الخاص ببعض الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية أن مقدم الخدمة<sup>5</sup> لا يسأل إذا كان عمله يقتصر على النقل أو التخزين، حيث أنه لا يمثل تدخلا في المعلومات والبيانات ذاتها. إلا أن هذا لا يمنع أي جهة إدارية أو قضائية من التدخل لتطلب من مقدم الخدمة أن يضع حدا لمخالفة قانونية أو أن يخطر بأي مخالفة رفعت أمام الجهات القضائية<sup>6</sup>، وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناولت بعض نصوص موضوع مقدمي الخدمات أهمها القانون رقم 04/09 المتعلق

<sup>1</sup> - ر المواد من 1/323 إلى 7/323 من قانون العقوبات الفرنسي.

<sup>2</sup> - القانون رقم 04-15 الصادر المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 الموافق ل 27 رمضان 1425 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر.ع. 71 لسنة 2004.

<sup>3</sup> - تنص المادة 151 على ما يلي " يعد مرتكبا لجنحة التقليد كل من يقوم بالأعمال التالية:

-الكشف غير المشروع للمصنف أو المساس بسلامة مصنف أو أداء لفنان أو عازف

-استيراد أو تصوير نسخ مقلدة من مصنف أو أداء....".

<sup>4</sup> - صدر هذا القانون بتاريخ 19 جويلية 2003.

<sup>5</sup> - وقد عرفه القانون الفرنسي الصادر في سنة 2000 بأنه كل من " يقوم بمقابل أو بدون مقابل بالتخزين المباشر والدائم والذي يضع تحت تصرف الجمهور إشارات أو كتب أو صور أو رسائل من أي نوع يمكن الحصول عليها بالخدمات التي يعرضونها".

<sup>6</sup> - راجع المادة 3/12 من نفس التوجه.

بتكنولوجيا الإعلام والاتصال، حيث نصت المادة 2/د منه تعريف مقدمي الخدمات ومن التزاماته في مساعدة السلطات بالتحريات القضائية بجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة بمحتوى الاتصالات في حينها، ويجب عليهم كتمان المعطيات التي ينجزونها بطلب من المحققين، كما اشترط المشرع الجزائي لقيام مسؤولية مزودي الخدمة الجزائية أن يؤدي الفعل الإجرامي المتمثل في عدم احترام مزودي الخدمات للالتزامات المنصوص عليها في المادة 11 من القانون 09-04 ما يؤدي إلى تحقق نتيجة ضارة وهي عرقلة سير التحريات القضائية. كما أن المادتين 70 و71 من القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين عاقبتا على إخلال مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بالالتزامات التي فرضها القانون المذكور عليهم<sup>1</sup>.

وفيما يتعلق بمتعهد الإيواء<sup>2</sup> فقد نصت على المادة 14 من نفس التوجه على عدم مسؤوليته عن البيانات التي يقوم بإيوائها بناء على طلب العملاء بشرط ألا يكون عالماً بعدم مشروعية البيانات، وإذا علم بذلك اتخذ اللازم لمنع الإطلاع عليها أو سحبها أو يجعل الدخول إلى الموقع غير ممكن<sup>3</sup>. وتجدر الإشارة أن المادة الأولى من قانون اليونسسترال النموذجي للجنة الأمم المتحدة قد أكدت على أن الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية هي حماية للمصالح اللصيقة بهذه التجارة، فهي تشكل في نهاية الأمر حماية للثقة في تبادل السلع والخدمات.

في فرنسا يجوز مساءلة متعهد الإيواء على أساس القواعد العامة، إذ يتعين التفرقة بين فرضيتين في مسؤولية متعهد الإيواء: الفرض الأول أن يكون متعهد الإيواء شريكاً في جريمة بث الرسالة غير المشروعة، والفرض الثاني أن يسأل عن جريمة إخفاء أشياء مسروقة، ولكي يسأل

<sup>1</sup> - خطاب كمال، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه فرع علوم جنائية، جامعة سيدي بلعباس، 2015-2016، ص.278.

<sup>2</sup> - وهو شخص طبيعي أو معنوي يعرض تسكين مواقع (Site Web) على أجهزته الخادمة مقابل أجر. أما متعهد الوصول فهو شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتوصيل المستخدم إلى شبكة الأنترنت.؛ شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.164.

<sup>3</sup> - فقد تأكدت مسؤولية مزود الخدمات في قضية إيستال هاليداي (Estelle Hallyday) حيث نشر أصحاب أحد المواقع صوراً للسيدة وهي عارية، وعلى إثر ذلك رفعت تلك السيدة دعوى بالتعويض على متعهد الإيواء وهو (Valentin Lacambre). نقلاً عن:-

Cf. P.AUVRET, L'application du droit de La presse au réseau d'internet, La semaine juridique, édition générale, J.c.p.3février1999, p.108.



متعهد الايواء كشريك في جريمة بث المحتوى غير المشروع لا بد أن يثبت قيامه بفعل من أفعال الإشتراك وهي التحريض أو الاتفاق أو المساعدة، وذلك بأن يأتي بأفعال إيجابية تفيد مساهمته في السلوك الإجرامي للجريمة، ولذلك لا يسأل متعهد الايواء متى ثبت عدم علمه بالمادة المعلوماتية غير المشروعة لان مجرد التعاقد مع مورد الرسالة أو المؤلف حتى ولو كانت غير مشروعة لا ينعض سببا في لادانته طالما أنه لا يعلم، أما اذا كان متعهد الايواء يعلم بالطابع غير المشروع للمادة المعلوماتية على حساب الخادم فإن مسؤوليته تتوقف على طبيعة الجريمة التي كانت هذه المعلومات موضوعا لها هل هي جريمة وقتية أم مستمرة<sup>1</sup>.

وعليه، فالخدمات الوسيطة في التجارة الإلكترونية شديدة الشبه بالخدمات الوسيطة المتعلقة بالتجارة التقليدية، فهناك شركات تساعد التجار في نقل بضائعهم، وهناك ناقل الخدمة الذي يمكن المستخدم من الاتصال بالشبكة وربط المعلومات اليها، وفي التجارة التقليدية هناك تاجر الجملة الذي يورد بضاعته لتاجر التجزئة، كذلك هناك متعهدي الايواء أو التخزين في التجارة الإلكترونية. وهناك من يقوم بالتخزين في التجارة التقليدية.

وعلى مستوى القضاء الفرنسي قضت محكمة استئناف باريس في 10 فبراير سنة 1999 بمسؤولية الشخص الذي يقوم بإيواء المواد المتعلقة بالإنترنت على أساس أن هذه الخدمات هي من قبيل الخدمات السمعية البصرية، وأقامت مسؤوليته على أسس من المسؤولية التلقائية والتي تفترض أنها تتعلق بجرائم الصحافة<sup>2</sup>. وقد أثار هذا الحكم الكثير من الجدل، لذلك تدخل المشرع الفرنسي ليؤكد الرأي المخالف، وأصدر قانون رقم 2000/719 بتاريخ 2000/9/1 المعدل للقانون رقم 86-1067 والمتعلق بجرية الاتصالات، وقد أضاف القانون الجديد المادة الثامنة المتعلقة بعدم قيام المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية أو الطبيعية التي تقدم بدون مقابل أو بمقابل بالتخزين

<sup>1</sup> - خطاب كمال، المرجع السابق، ص.268

<sup>2</sup> - مروك نصرالدين، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد الثالث، بدون سنة نشر، ص.151.

المباشر والدائم<sup>1</sup>. ويقرر القضاء أيضا في العديد من التشريعات المقارنة مبدأ مسؤولية متعهد الإيواء عندما يقوم بالبحث علما بمحتوى الرسالة أو كان يجب عليه أن يعلم محتواها<sup>2</sup>.  
ومما سبق فإن تحديد المسؤولية الجزائية لمقدمي الخدمات الوسيطة في شبكة الأنترنت يسهم في اضافة نوع من الحماية للتجارة الإلكترونية ويدعم ثقة المستهلكين فيها<sup>3</sup>.  
فعلى من تقع المسؤولية بالنسبة المواقع المخالفة للنظام العام؟

هذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي :

### 1) مدى مسؤولية مومني التوطين (fournisseurs d'hébergement)

مومني التوطين هم عبارة عن مؤسسة لخدمات الانترنت □ تمتلك موزعات (serveur) يتم توطين (reberger) المواقع (site) داخلها ل يتم ربط المبحرين internautes بهذه المواقع من خلالها , فالموقع الالكتروني لا يمكن أن يكون في متناول المبحرين في الشبكة إلا إذا تم توطينه في موزع لأحد مومني التوطين ومن تمت فإن أول عمل يقوم به صاحب أي موقع الكتروني بعد إنشائه هو الاتصال بأحد مومني التوظيف (fournisseurs d'hébergement) بغرض توطين (Héberger) موقعه الالكتروني في موزع هذا الأخير<sup>4</sup>.

لأن التساؤل الذي يطرح في هذا المقام عن ما هو الأساس القانوني المسؤولية عن مخالفة للنظام العام في المواقع الالكترونية ؟.

<sup>1</sup>- لقد بحث القضاء الفرنسي في سنة 1995 في مسؤولية متعهدي الوصول ضمن خدمة الأنترنت بوصفه فاعلا للجريمة وتم الإشارة لقضايا جنائية عديدة منها قضية Religious technology ضد شركة Netcom.

<sup>2</sup>- شيماء عبد الغني محمد عطا الله، المرجع السابق، ص.166.

<sup>3</sup>- عبد الفتاح بيومي حجازي، الجرائم المستحدثة في نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة، منشأة المعارف -الاسكندرية- مصر، 2009، ص.120.

<sup>4</sup>- ميلاط عبد الحفيظ، الطبيعة الدولية لشبكة الانترنت وفكرة النظام العام، تحديد المسؤولية في حالة مخالفة النظام العام في العقود المتعلقة بمنح التوظيف hébergement والدخول ACCES المواقع الالكتروني في شبكة الانترنت ، مجلة الدراسات القانونية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، العدد 05-2008، ص-178.

بموجب التشريع 10 أوت 2000 المعدل والمتهم لتشريع 1067/86 المؤرخ في سبتمبر 1986 المتعلق بجرية الاتصال وبنص المادة 8143<sup>1</sup> منه نستنتج أن مسؤولية مموني التوظيف لا تقوم على أساس الضرر وإنما على أساس الخطأ، و أن الخطأ يتحقق في حالة ما إذا تم إخطارها من طرف سلطة قضائية أو من طرف الغير بالمضمون المخالف لنظام العام للمواقع التي تم توطينها، دون أن تتخذ أي إجراء لمنع ذلك، كما حدث في قضية Yahoo، حيث أن القاضي GOMMEZ منح لمؤسسة yahoo أجلا بثلاثة أشهر لوضع التقنيات اللازمة لمنع الربط بالمواقع المخالفة لنظام العام، فقامت هذه المؤسسة بوضع آليات ضمن هذه المدة فأعفاها من المسؤولية.

وفيما يخصّ التزام متعهدي الوصول بالإعلام أو الكشف عن البيانات والمعلومات الخاصة بهم وبالمشركين معهم، احترام القواعد العامة في حماية المستهلك وقواعد القانون التجاري التي تفرض على كل شخص يتخذ من تقديم خدمات الأنترنت مهنة له التعريف بنفسه لجمهور المتعاملين.

وكذا ومن أهم الالتزامات التي تقع على عاتق متعهدي الوصول، يتمثل في وجوب اقتراحهم على عملائهم الوسائل الفنية الآزمة لمنع الوصول إلى بعض المواقع الإلكترونية المشبوهة، فالمادة 1/6 من القانون الفرنسي حول الثقة في الاقتصاد الرقمي تلزم هؤلاء المتعهدين بتزويد المشتركين بالوسيلة الفنية التي تسمح لهم بفرض نوع من الرقابة الذاتية على أنفسهم أو على أفراد أسرهم في هذا المجال<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : صور الحماية الجزائية للمستهلك الإلكتروني

<sup>1</sup> -والتي جاء نصها كالآتي: "إن الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التي تتضمن مجانا أو بمقابل التخزين المباشر والدائم بغرض وضع تحت تصرف الجمهور رموزا أو كتابات أو صور أو رسائل أو غيرها، مما يمكن الولوج إليها من خلال الخدمات الإعلامية التي تقدمها هذه الأشخاص فإن هؤلاء لا يتحملون المسؤولية أكانت جزائية أو مدنية على محتويات هذه الخدمات إلا في حالتين:

**A-** إذا تم إخطارهم من طرف سلطة قضائية، دون أن يتخذوا أي إجراء لمنع الدخول لهذه المواقع المخالفة للنظام العام.

**B-** إذا تم إخطارهم من طرفا لغير بأن أحد المواقع الموطنة على مستواهم مخالفة للنظام العام أو أنها تلحق ضرر شخصي بهم، أن يتخذوا الإجراءات الكفيلة بمنع وقوع هذا الضرر".

<sup>2</sup> - درار نسيم، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية، مذكرو ماجستير في قانون المسؤولية المدنية للمهنيين - دراسة مقارنة-، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-، 2012، ص.165.

إن المخاطر التي يتعرض لها المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية قد يكون مصدرها التاجر والذي يمثل الطرق المتعاقد معه في العلاقة التعاقدية حيث يتسم سلوكه بالغش والتحايل قبل المستهلك<sup>1</sup>.

إن الغش التجاري أو الصناعي الذي يتعرض له المستهلك في نطاق المعاملات المدنية العادية وخاصة في مضمون السلعة ذاتها هو نفسه الذي يتعرض له في حال ما إن تم إبرام العقد بطريق الأنترنت (الفرع الأول). كما أن فعالية الشبكة المعلوماتية من حيث الانتشار والتأثير والدعاية والإعلان والقدرة للتفاد إلى المستهلك تجعله محاصراً في مسكنه، سيما وأن وسائل التواصل بهذه الدعاية تدفعه للتعاقد حتى قبل أن يكتشف أنه ضحية لمؤامرة مزدوجة من وسائل الدعاية والإعلان ومن قبل التاجر أو المنتج. الأمر الذي تستوجب حمايته من الغش والتحايل<sup>2</sup>.

#### أولاً: الحماية الجنائية ضد الغش التجاري والصناعي

لقد أثير جدل كبير حول المفهوم التقليدي للغش التجاري ومدى تطابقه على الجرائم الإلكترونية. فقد كُيف بأنه " كل فعل عمدي ينال سلعة ما بتغيير خواصها أو ذاتيتها أو صفاتها الموهوبة بحيث ينخدع المتعاقد للآخر<sup>3</sup>. وقد يقع الغش بفعل الإنسان كما في حالة الإضافة أو النقصان أو الخلط، ويكون الغش لأسباب خارجة عن إرادة الإنسان كما هو الشأن في حالة فساد السلعة.

وإذا كانت النصوص القانونية لم تعرّف الغش إلاّ أن محكمة النقض الفرنسية عرفتته بأنه "صناعة المنتوجات في ظروف غير مطابقة للتنظيم الساري المفعول يشكل غشاً"<sup>4</sup>، وفي قرار آخر عرفتته بأنه "اللجوء إلى التلاعب أو المعالجة غير المشروعة والتي تؤدي بطبيعتها إلى التحريف في التركيب المادي للمنتوج"<sup>5</sup>.

1 - حداد العيد، المرجع السابق، ص.9.

2 - اوثن حنان، المرجع السابق، ص.14-15.

3 - عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك من الغش التجاري و التقليد في عقود التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص.38.

4 - Crim. 3 octobre 1991, Bull info cass. 15 décembre 1991, p23.

5 - كما جاء في النص باللغة الفرنسية:

### • أركان جريمة الغش التجاري

وفي جميع الأحوال فإنّ جريمة الغش لها ركنان أحدهما مادي والآخر معنوي .

#### أ. الركن المادي:

يتحقق الركن المادي لجريمة الغش بأي فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة 70 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على أنّه " تعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 431 من قانون العقوبات الجزائري" كل من يزور أي منتج موجه للإستهلاك أو الاستعمال البشري أو الحيواني أو يعرض أو يضع للبيع أو يبيع منتوجا يعلم أنّه مزور أو فاسد أو سام أو خطير للإستعمال البشري أو الحيواني".

ومن بين الأفعال التي تشكل عناصر الركن المادي لجريمة الغش في المواد الغذائية الموجهة للإستهلاك البشري و الحيواني يمكن ذكر:

- تزوير أي منتج موجه للإستهلاك أو الإستعمال البشري أو الحيواني.

- عرض أو الوضع للبيع أو بيع منتوجا مع العلم أنّه مزور أو فاسد أو سام أو خطير

للإستعمال البشري أو الحيواني .

إن الركن المادي يتوافر حتى في حالة البيع الإلكتروني وذلك عن طريق العرض أو الطرح

لبيع من خلال شبكة الأنترنت بالنسبة للسلع الفاسدة أو المغشوشة التي تصل إلى المستهلك لاحقا

وجريمة الغش الإلكتروني في المواد الغذائية لا يشترط لقيامها إصابة المستهلك بضرر بل

يكفي توافر عناصر الغش مما يجعلها تصنف ضمن جرائم الخطر وليس الضّرر<sup>1</sup>.

**ب. الركن المعنوي:** يتحقق الركن المعنوي في هذه الجريمة بتوافر نية الغش أي انصراف

إرادة الفاعل إلى تحقيق الواقعة الإجرامية مع العلم بتوافر أركانها<sup>1</sup>. أضف إلى ذلك أن المهني في

"...la falsification implique le recours à une manipulation ou à un traitement illicite ou non

- contourné à la réglementation or nature à altérer la constitution physique du produit"

.Crim.15décembre1993,J.C.P,E.D.G,1994,L.V.P.p.103

<sup>1</sup> - محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، د.م.ج، الجزائر، 2000، ص.184.

عقد البيع الإلكتروني من الصّعب تصور جهله بحقيقة العيوب التي في بضاعته أو المنتج الخاص به. ويلحق الغش حالات التقليد في مراحل الإنتاج الصناعي، وكذلك تقليد العلامات التجارية المضلّة للمستهلك.

لقد نصّ المشرع الجزائي على جزاءات لجريمة الغش في البيع، إذ اعتبرها جنحة حسب نص المادة 431 من قانون العقوبات التي أحالت عليها المادة سبعون (70) من قانون رقم 09-03 و كعقوبة أصلية يعاقب بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج. أمّا العقوبات التكميلية فتتمثل حسب نص المادة 82 من القانون رقم 09-03 لسنة 2009 في مصادرة المنتوجات والأدوات.

وقد تمتد العقوبة المفروضة على هذا النوع من الجرائم، إذا كانت السلع المغشوشة أو الفاسدة ضارة بصحة الإنسان وتسبب له مرضاً أو عجزاً لتأخذ وصف جنائية وذلك ما أقرته نص المادة 83 من القانون 09-03 بأنه " يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 432 من قانون العقوبات كل من يغش أو يعرض أو يضع للبيع أو يبيع كل منتج مزوراً أو فاسداً أو ساماً أو لا يستجيب لإلزامية الأمان المنصوص عليها في المادة 10 من هذا القانون إذا ألحق هذا المنتج بالمستهلك مرضاً أو عجزاً عن العمل ... " .

وإذا تسببت تلك المادة في مرض غير قابل شفاء أو في فقد استعمال عضو، أو في عاهة مستديمة تكون العقوبة السّجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 إلى 2.000.000 دج.

- إذا تسببت تلك المادة في موت شخص أو عدة أشخاص تكون العقوبة السّجن المؤبد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود ، المرجع السابق، ص.101؛ عبد الله حسن محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصّناعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.10 وما بعدها.

<sup>2</sup> - والتي كانت عقوبتها الإعدام قبل تعديل قانون العقوبات في 2006.

أمّا في حالة العود فتضاعف الغرامات بالإضافة إلّا أنه يمكن للجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع أن تأمر بشطب السّجل التجاري لمرتكب الجريمة وهي عقوبة جوازية بإمكان القاضي التصريح بها أو غض النظر عنها.

وعليه، فالمشروع الجزائري تصدى لتلك الظاهرة عن طريق إصدار تشريعات صارمة لتضييق الخناق على المتدخلين في عملية الإستهلاك وهو شيء إيجابي لمواكبة مقتضيات التطور الذي عرفه القطاع الإقتصادي، إذ بادر المشرع بإصداره القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>1</sup>.

أمّا فيما يخصّ جريمة الغشّ المعلوماتي، فقد عالج المشرع الفرنسي بموجب نصوص قانون العقوبات رقم 88-19 الصادر في جانفي 1978 في المواد 2/462 إلى 9/462 والذي جرّم بعض الأفعال الإجرامية كفعل الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات سواء كان ذلك في صورته البسيطة أم في صورته المشددة، فعل الإعتداء القصدي على المعطيات ذاتها عن طريق الإدخال أو الحو أو التعديل، وقد نص في المادة 5/462 على جريمة التزوير في المحررات المبرمجة والتي نصت على أنه: "كل من زور وثائق أيا كان شكلها إذا سبب ضررا للغير يعاقب بالحبس، وكذلك فقد استحدثت بمقتضى هذا القانون؛ نصت المادة على تجريم و استعمال المحرر الكتروني<sup>2</sup>، وتعليقا على نص هذه المادة يقول الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي: "...نص المادة الأخيرة كان قاصرا على البيانات في داخل النظام المعلوماتي أو في وسائل البث التي تمتد إلى الخارج، في حين أن المادة 5/462 أكثر اتساعا وتعاقب على التزوير في أي وثيقة مبرمجة سواء كانت داخل النظام أي أثناء معالجة البيانات أو المعلومات، أو كانت خارجة كأن تكون موجودة بمكتبة الأشرطة متى كانت الوثيقة عبارة عن شريط ممغنط<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: خصوصية الجرائم الإلكترونية وآليات الوقاية منها

<sup>1</sup> - القانون رقم 09-03 سالف الذكر، ص.5.

<sup>2</sup> - راضية عيمور، مقال بعنوان "الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 01-2015، جامعة الأغواط، ص.179-180

<sup>3</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، ط. غ. م. دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص.354-355.

الجريمة المعلوماتية (cyber crime) أو ما يعرف بالجريمة المستحدثة أثارت ضجة في الأوساط الفقهية فالبعض ينعونها بجرائم التكنولوجيا، والبعض الآخر يطلق عليها تسمية جرائم الإعلام الآلي أو جرائم التقنية العالية<sup>1</sup> (technocrimes). فتعددت تعريفات الجريمة المعلوماتية وتباينت فيما بينها ضيقا واتساعا، وقد أسفر ذلك عن تعذر إيجاد فهم مشترك لظاهرة الجريمة الإلكترونية. فمصطلح الجريمة المعلوماتية مزيج بين مصطلحين "الجريمة والمعلوماتية". ولعلّ تعريف منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية الخاصّ باستبيان الغشّ المعلوماتي عام 1982 والذي أوردته بلجيكا في تقريرها بأنّ الجرائم المعلوماتية هي "كل فعل أو امتناع من شأنه الاعتداء على الأموال المادية أو المعنوية يكون ناتجا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن تدخل التقنية المعلوماتية"<sup>2</sup>. فالجريمة المعلوماتية هي إفراز ونتاج لتقنية المعلومات واتساع نطاق تطبيقها في المجتمع فبعضها قد يتطابق مع خصائص طوائف أخرى من الجرائم وهي جرائم اللياقات البيضاء white collar (crime). وبعضها الآخر يميزها عن الجرائم التقليدية لصعوبة كشف وإثبات الجرائم الأولى دون الثانية<sup>3</sup>: وفي هذا النطاق سيتم التركيز على بعض الجرائم الخاصة المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية (الفرع الأول) ثم تحديد الآليات أو الميكانزمات المقررة بخصوص الجرائم الإلكترونية ومدى تجسيدها لفكرة الأمن القانوني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : بعض الجرائم الخاصة المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية

لقد تطورت الظاهرة الإجرامية في الآونة الأخيرة تطورا مذهلا سواء في أشخاص مرتكبيها أو في أسلوب ارتكابها، والذي يتمثل في استعمال آخر ما توصل إليه العلم وتطويره في خدمة الجريمة، ولقد زاد من أهمية البحث صعوبة تطبيق النصوص التقليدية على هذه الجرائم، وهو ما دفع

<sup>1</sup> - وفي هذا الصدد وحسب تعريف الفقيه "SIEBER":

"est considérée comme crime informatique tout comportement illégal ou non autorisé qui concerne un traitement automatique de données ou de transmission de données".

<sup>2</sup> - حاجب هيام، الجريمة المعلوماتية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2005-2008، ص.7.

<sup>3</sup> - قارة آمال، الجريمة المعلوماتية، رسالة ماجستير في القانون الجنائي و العلوم الجنائية، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص. 18.



العديد من الدول إلى التدخل التشريعي لمواجهة الجريمة المعلوماتية، فخطرها المحتمل في بيئتنا يمكن أن يكون كبيرا<sup>1</sup>.

إنّ الإستخدام المضطرب للمعلوماتية سواء في شكل أموال معلوماتية أو أساليب مستحدثة أدّى إلى ظهور ما يعرف بالإجرام المعلوماتي (délinquance informatique) كنتيجة حتمية لكل تقدم تقني مستحدث، إلا أن ذلك لا ينفي ضرورة التصدي لبواده كي لا يستفحل مع وتيرة النمو المتسارع الذي تشهده دول عربية عدّة ومن بينها الجزائر في استخدام النظم المعلوماتية. فضلا عن ظروف العولمة والتبعية التكنولوجية من مناخ موات لإنتهاك حرمة البيانات الشخصية والمساس بالأمن القومي لهذه الدول والسيادة الوطنية<sup>2</sup>: وقد أكّدت هذا الطرح "روي جودسون" الخبيرة بمركز المعلومات الوطني الأمريكي بقولها "لقد أصبحت الجريمة أكثر قوة بفضل التقنية الحديثة"<sup>3</sup>، فقيم تتمثل خصوصية الجرائم الإلكترونية المستحدثة؟ وما هو موقف التشريعات المقارنة في هذا الخصوص؟.

### أولاً: الجرائم الماسّة بالمواقع الإلكترونية والبيانات الشخصية

لقد شهد العصر المعاصر تضافرا للجهود على المستويين الوطني والدولي من أجل حماية مواقع التجارة الإلكترونية من خلال تجريم الدخول العمدي أو البقاء غير المشروع في نظام معالجة البيانات، وكذا تجريم الإعتداء على نظام معالجة المعلومات.

كما اهتمت القوانين المقارنة بحماية البيانات الشخصية أو اسمية في برنامج المعلومات، ووضعت قيودا على الحكومات والأجهزة الإدارية العامّة والخاصّة والأفراد بصدد إنشاء أنظمة معلوماتية، حيث يحظر تخزين المعلومات الشخصية التي تمس الحريات والحياة

<sup>1</sup> - هدى قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص. 15.

<sup>2</sup> - إبراهيمي سهام، الجريمة المعلوماتية، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2004-2007، ص. 1-2.

<sup>3</sup> - قارة آمال، المرجع السابق، ص. 8.

الخاصة، ويحظر انتهاك السرية والخصوصية، أو استخدام بيانات التجارة الإلكترونية في غير الأغراض المخصصة لها<sup>1</sup>.

### 1- الجرائم المتعلقة بالمواقع الإلكترونية

إنّ شبكات المعلوماتية هي موضوعا لبعض جرائم الأموال كالسرقة، والإتلاف العمدي لأجهزة الحاسب الآلي بالإضافة إلى الجرائم التي يكون محلها بيانات غير مادية<sup>2</sup>، وفي هذا الصدد تشير الإحصائيات إلى وقوع ما بين 200 إلى 250 حالة اعتداء يوميا على الأنظمة المعلوماتية في الجزائر<sup>3</sup>. وإنّ تفاقم الإعتداءات الواقعة على الأنظمة المعلوماتية خاصة مع ضعف الحماية الفنية استدعى تدخلا تشريعا على المستويين الدولي والداخلي. فعلى المستوى الدولي تم وضع أول اتفاقية حول الإجرام المعلوماتي بتاريخ 2001/11/08 تضمنت مختلف أشكال الإجرام المعلوماتي. أمّا على المستوى الوطني فقد استدرك المشرع الجزائري الفراغ القانوني من خلال التعديل الأخير لقانون العقوبات<sup>4</sup>، وكذا القانون 04/09 المؤرخ في 2009/08/05 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال ومكافحتها.

#### أ- مفهوم نظام المعالجة الآلية للمعطيات:

يعد نظام المعالجة الآلية للمعطيات بمثابة الشرط الأول الذي يلزم تحققه لإثبات حدوث اعتداء على نظام المعالجة الآلية للبيانات من عدمه<sup>5</sup>، وتجدر الإشارة أنّ المشرع الجزائري تبني التعريف الذي جاءت به الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي وهذا بموجب أحكام المادة الثانية

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص. 149-150.

<sup>2</sup> - هدى قشقوش، المرجع السابق، ص. 17.

<sup>3</sup> - Cf. K.BENLKADI, Les sites algériens vulnérables, journal el waten, 23/12/2002 n°-3668, p. 46.

<sup>4</sup> - راجع المواد من 394 مكرر إلى غاية 394 مكرر 7 من القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري، الصادر في ج.ر.ع رقم 84، ص. 116.

<sup>5</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2000، ص. 21.

الفقرة ب من قانون 04 - 09<sup>1</sup> وأطلق عليه تسمية "منظومة معلوماتية"<sup>2</sup>. ومن أجل الحفاظ على خصوصية البيانات المتناقلة عبر الشبكات، أكد الخبراء والمتخصصون في مجال أمن المعلومات على ضرورة استخدام أسلوب التشفير لأنه يمثل أفضل وسيلة للحفاظ على سرية البيانات المتناقلة ولمنع الآخرين من الإطلاع على الرسائل الإلكترونية<sup>3</sup>.

والسؤال المطروح حول مدى اعتبار الحماية الفنية للنظام كشرط للتمتع بالحماية الجنائية؟ وبالرجوع إلى النصوص المتعلقة بجرائم الاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية نجد أنها لا تتضمن شرط الحماية، ونظرا لأن المشرع لم يتطرق لشرط الحماية الفنية فإنه يستكشف من ذلك أنه أراد إستبعاده.

### ب: الأركان الأساسية لجرائم المواقع الإلكترونية

يمكن تحديد هذه الأركان في الركن المادي، الركن المعنوي.

فبخصوص الركن المادي فإنه يتمثل في الأشكال المختلفة للإعتداء على نظام المعالجة الآلية للمعطيات والتي يمكن تحديدها في العناصر التالية :

-الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات: (accès et maintien

frauduleux dans un système de traitement automatisé des données)

أي الدخول إلى العمليات الذهنية التي يقوم بها نظام المعالجة الآلية للمعطيات. ولم يحدد المشرع وسيلة الدخول إلى النظام فقد يتم عن طريق كلمة السر الحقيقية، أو استخدام برنامج أو شفرة خاصة، أو عن طريق استخدام الرقم الكودي لشخص آخر؛ فيستوي أن يتم الدخول

<sup>1</sup> - القانون رقم 04-09 المؤرخ في 5 غشت 2009 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من تكنولوجيا الإعلام و الإتصال ومكافحتها، ج.ر. ع. 47، ص.1.

<sup>2</sup> -راجع نص المادة 2 من قانون رقم 04-09 سالف الذكر.

<sup>3</sup> -يمكن التمييز بين نوعين من التشفير:

ومفاده أن نفس المفتاح التشفيري يستعمل للتشفير ولفك الشفرة. أما الشكل (La cryptologie symétrique) الشكل الأول و يسمى يتطلب استخدام مفتاحا خاصا وآخر عاما، والمرسل إليه وحده بإمكانه الإطلاع (La cryptologie Asymétrique) الثاني المعروف ب على الرسالة المشفرة باستعمال المفتاح الخاص.؛سوير سفيان، جرائم المعلوماتية، مذكرة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010 - 2011، ص.87.

مباشرة أو عن طريق غير مباشر<sup>1</sup>. وتقع هذه الجريمة من كل إنسان أيًا كانت صفته وكفاءته المهنية والفنية.

في حين يقصد بفعل البقاء (le maintien)<sup>2</sup> التواجد داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات ضدّ إرادة من له الحق في السيطرة على هذا النظام، ويكون البقاء معاقبا عليه استقلالاً حيث يكون الدخول إلى النظام مشروعاً. ومن أمثلة ذلك أن يتحقق الدخول إلى النظام بالصدفة أو عن طريق الخطأ

أو السهو، وكان على الشخص قطع وجوده أو انسحابه فوراً<sup>3</sup>، أو في حالة طبعه لنسخة من المعلومات في حين سمح بالرؤية فقط. فإنّه يعاقب على جريمة البقاء غير المشروع متى توافرت أركانها لاسيما منها الركن المعنوي. وقد يرتبط البقاء غير المشروع بالدخول غير المشروع، وذلك في الغرض الذي لا يكون فيه للجاني الحق في الدخول إلى النظام، ويدخل إليه فعلاً ضدّ إرادة من له حق السيطرة عليه<sup>4</sup>.

وعليه، توصف هذه الجريمة بأنّها سلوك مجرد أي أنّها تقع وتكتمل بمجرد الانتهاء من السلوك المكوّن لها وهو الدخول أو البقاء دون أن يتطلب المشرع في نموذجها القانوني أية نتيجة إجرامية<sup>5</sup>.

إلا أنّ الفقه لم يتفق حول ما إذا كانت هذه الجريمة وقتية أو مستمرة أو متتابعة الأفعال. غير أنّ الرأي الرَّاجح اعتبر أنّ جريمة البقاء داخل النظام تبدأ منذ اللحظة التي يبدأ فيها الجاني التجول داخل النظام أو استمراره في التجول بداخله بعد انتهاء الوقت المحدّد. أمّا إذا بدأ في

1 - سوير سفيان، نفس المرجع، ص.89.

2 - حاجب هيام، المرجع السابق، ص.46.

3 - زريقي أحمد، المعلوماتية وجرائم الإعتداء على الأموال، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2004-2007، ص.49.

4 - قارة آمال، المرجع السابق، ص.110.

5 - حاجب هيام، المرجع السابق، ص.47.

التجول فإن جريمة البقاء داخل النظام تبدأ منذ تلك اللحظة، وهذا ما يشكل الركن المادي لتلك الجريمة، بحيث يكون اعتبارها مستمرة أو وقتية ذات أثر ممتد بدون أثر<sup>1</sup>.

وبخصوص تجريم هذا النوع من الإعتداء الإلكتروني فقد نصت عليه الإتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي لسنة 2001 على أنه "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك، وتضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50.000 دج إلى 150.000 دج"<sup>2</sup>. وفي نفس السياق أكد المشرع الجزائري على فرض عقوبات بالحبس والغرامة في المادة 394 مكرر/2 و3 من قانون العقوبات والتي نصت على أنه "تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير المعطيات المنظومة، وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام إشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50.000 دج إلى 150.000 دج"<sup>3</sup>.

وعليه، فإن ظرف التشديد هنا ظرف مادي يكفي أن توجد بينه وبين الجريمة الأساسية - الدخول أو البقاء غير المشروع<sup>4</sup> - علاقة السببية للقول بتوافره، إلا إذا أثبت الجاني انتفاء تلك العلاقة وأن تعديل أو محو المعطيات أو عدم صلاحية النظام بوظائفه يرجع إلى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ<sup>5</sup>.

1 - عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1999، ص.121.

2 - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص.135.

3 - القانون رقم 06-23، السالف ذكره.

4- ومن بين جرائم الدخول أو البقاء لنظام معلوماتي الذي أدى إلى محو النظام أو تدميره قيام مجموعة يطلق عليها "Action Direct" أتلفت برامج و ملفات تخص شركة متخصصة في بيع الحاسبات الآلية و توثيق المعلومات الحسابة وكان ذلك لحساب الشركات المنافسة. أضف إلى ذلك ظهور مجموعة تطلق على نفسها (Anonymous.dz) التي دمرت و عبثت بعدة مواقع الكترونية جزائرية و أجنبية. وللمزيد من التفاصيل؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.37.

5- قارة آمال، المرجع السابق، ص. 114.

-الإعتداء العمدي على سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات: (Atteintes volontaires ou fonctionnement de STAD)

لقد أكدت مختلف التشريعات على حالة الإعتداء العمدي على سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وهو ما نصّت عليه المادتين 5 و8 من الاتفاقية الدولية الإجرام المعلوماتي، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يأت بنصّ خاص بالإعتداء العمدي على سير النظام واكتفي بالنص على الإعتداء على المعطيات الموجودة بداخل النظام<sup>1</sup>. الأمر الذي دفع الفقه للفرقة بين الإعتداء على المعطيات والاعتداء على النظام. فإذا كان الإعتداء مجرد وسيلة فإن الفعل يشكل جريمة الإعتداء العمدي على النظام، أمّا إذا كان الإعتداء غاية فإن الفعل يشكل جريمة الإعتداء العمدي على المعطيات<sup>2</sup>.

ويتخذ الإعتداء العمدي عدّة صور من بينها:

-**التعديل:** الذي يقتضي وجود عمل إيجابي دون اشتراط أن يقترن التعطيل بالعنف، وتمثل الوسيلة المادية في كسر الأجهزة المادية للنظام أو تحطيم الأسطوانة. أمّا عن الوسيلة المعنوية فهي التي تقع على الكيانات المنطقية للنظام كالبرامج والمعطيات، كأن يتم ادخال برنامج فيروسي، أو تعديل كلمة السرّ، أو جعل النظام يتباطأ في أدائه لوظائفه<sup>3</sup>.  
وعليه، فإنّ إعاقة سير النّظام هو "فعل يتسبب في تباطؤ أو ارتباك (Ralentissement) عمل نظام المعالجة، والذي يؤدي إلى تغيير (modification) في حالة عمل النظام<sup>4</sup>.

-**الإفساد:** يجعل نظام المعالجة الآلية للمعطيات غير صالح للاستعمال السليم، كأن يعطي نتائج غير تلك التي كان من الواجب الحصول عليها<sup>5</sup>. ومن وسائل التعيب أو الإفساد تقنية استخدام القنبلة المعلوماتية التي تدخل عن طريقها مجموعة معطيات تتكاثر داخل النظام تجعله غير

<sup>1</sup> - لقد اعتبر المشرع الجزائري أن برامج سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات تدخل ضمن المعطيات المعلوماتية، راجع أحكام المادة 02 فقرة ج من قانون 04-09 السالف الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - سوير سفيان، المرجع السابق، ص. 92.

<sup>3</sup> - زرقى احمد، المرجع السابق، ص. 52.

<sup>4</sup> - شيماء عبد الغني محمد عطا الله، المرجع السابق، ص. 134.

<sup>5</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 41.

صالح الاستعمال، كاستخدام البرامج المسمى "بخصان طروادة" والذي يقوم بتغيير في البرامج أو المعطيات<sup>1</sup>

وفي هذا السياق جرّم المشرع الجزائري الإعتداءات العمدية على المعطيات إذ نص في المادة 394 مكرر 2 من قانون العقوبات على أنه " يعاقب بالحبس من شهرين ( 02 ) إلى ثلاث ( 03 ) سنوات، وبغرامة من 1 000.000 إلى 5.000.000 دج كل من يقوم عمدا وعن طريق الغش بما يلي:

1. تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الاتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلّة عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم.  
2. حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال لأي غرض كان المعطيات المتحصل عليها في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم: ويظهر أن المشرع الجزائري قد وسّع من مجال تجريم الأفعال التي ترد على المعطيات في المادة 394 مكرر 2/2 التي تجرم أفعال الحيازة، الإفشاء، النشر، الإستعمال أيا كان الغرض من هذه الأفعال التي ترد على المعطيات المتحصل عليها من إحدى الجرائم الواردة في القسم السابع مكرر من قانون العقوبات بهدف المنافسة غير المشروعة، الجوسسة، الإرهاب<sup>2</sup>.

وأما عن الركن المعنوي في مختلف الإعتداءات الماسّة بالأنظمة المعلوماتية فيتمثل في صورة القصد الجنائي إضافة إلى نية الغش<sup>3</sup>.

ويتطلب الركن المعنوي لهذه الجريمة اتجاه إرادة الجاني إلى فعل الدخول أو إلى فعل البقاء وأن يعلم الجاني بأنه ليس له الحق في الدخول إلى النظام والبقاء فيه. وعليه، لا يتوافر الركن المعنوي إذا كان دخول الجاني أو بقاءه داخل النظام مسموح به أو مشروع. وتجدر الإشارة أن

<sup>1</sup> -علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص. 143.

<sup>2</sup> - حاجب هيام، المرجع السابق، ص. 50.

<sup>3</sup> - خليفي مريم، المرجع السابق، ص. 177.

توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة لا يتأثر بالباعث على الدخول فيبقى القصد قائما حتى ولو كانت الباعث هو الفضول أو إثبات القدرة على المهارة والإنتصار على النظام.

وعليه، فإنّ جريمة الإعتداءات على سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات فإنّها تعد بطبيعتها جريمة عمدية، إذ أنّه من المفترض أن أفعال العرقلة والتعطيل تكون عمدية<sup>1</sup>. أضف إلى ذلك أنّ القصد الجنائي لا يعني ضرورة توافر قصد الإضرار بالغير، بل تتوافر الجريمة ويتحقق ركنها بمجرد فعل الإدخال أو المحور أو التعديل مع العلم بذلك واتجاه الإرادة إليه<sup>2</sup>.

## 2- الجرائم الماسّة بانتهاك سرّية وخصوصية البيانات الشخصية

يقصد بسرّية البيانات في عقود التجارة الإلكترونية حصر المعلومات وعدم حركتها إلّا في نطاق عدد محدود من الأشخاص، ومعنى الخصوصية هو ارتباط هذه البيانات بالمتعاقدين - بائع ومشتري أو منتج ومستهلك - وعدم إطلاع الغير عليها<sup>3</sup>.

### أ. تجريم التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص

تعرض عمليات التجارة الإلكترونية فيما يتعلق بتداول البيانات الكترونيا، باعتداء يتمثل في التعامل في البيانات بدون ترخيص، والترخيص من الجهات المختصة يناط بها منح التراخيص بالتعامل في هذه البيانات دون غيرها من الجهات. ويجب أن يتوافر لجريمة التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص ركنين مادي ومعنوي<sup>4</sup>. يتحقق الركن المادي بمجرد التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص من الجهة المختصة.

وقد اهتم قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي المؤرخ في 9 أوت 2000 بهذه المسألة حيث نص في المادة 44 منه بأنّه " يسحب الترخيص من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية ويتم إيقاف نشاطه، إذا أحلّ بواجباته المنصوص عليها بهذا القانون أو بنصوص

<sup>1</sup> - محمد زلايحي، حجية دليل الحاسوب الآلي في النطاق الجنائي، مجلة صادرة عن مخر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 07، 2010، ص. 70.

<sup>2</sup> - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص. 145.

<sup>3</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية ...، المرجع السابق، ص. 282.

<sup>4</sup> - خلفي مريم، المرجع السابق، ص. 350.



تطبيقية. وتتولى الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية سحب الترخيص بعد سماع المزود المعنى بالأمر<sup>1</sup>.

أمّا بخصوص الرّكن المعنوي، فإنّ هذه الجريمة تقع بطريق العمد أو بطريقة الخطأ . فهي جريمة عمدية يكفي لتوافرها القصد الجنائي العام بعنصره العام والإرادة. وتكون الجريمة غير عمدية عندما يخطأ الشخص في تداول البيانات بدون حصوله على الترخيص من الجهة المختصة<sup>2</sup>.

### ب. تجريم انتهاك سرية وخصوصية في البيانات في نطاق التجارة الإلكترونية

تأمينا لممارسة العملية التجارية يجب الحفاظ على سرية وخصوصية البيانات المعالجة إلكترونياً<sup>3</sup> والتي يتم التعامل بها في نطاق التجارة الإلكترونية، ويلقى على عاتق نظام الأمن الخاص بحماية البيانات والمعلومات عبئ تأمين سريتها. وككل جريمة لا بد أن يتوافر في جريمة انتهاك سرية وخصوصية البيانات ركنها المادي والمعنوي. فالرّكن المادي يتحقق بمجرد انتهاك سرية البيانات وخصوصيتها حتى لو لم يترتب على الفعل أي نتيجة باعتبارها من جرائم السلوك المجرد أو جرائم الحظر العام. فلا يستوجب حصول الضّرر حتى يعاقب الجاني على الفعل الذي ارتكبه لأن ذلك يضعف ثقة المتعاملين في التجارة الإلكترونية<sup>4</sup>.

أمّا الرّكن المعنوي فهو يتمثل في القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، ويتحقق ذلك متى سعى الجاني وانصرفت إرادته إلى فض مفاتيح التشفير الخاصة بالمعلومات والبيانات بما يخالف القانون.

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، المرجع السابق، ص. 316.

2- خليفي مريم، المرجع السابق، ص. 352.

3- تتضمن البيانات المعالجة إلكترونياً "مجموعة العمليات التي تتم آلياً أو باستخدام الحاسب الآلي، و تتعلق بالتجميع، التسجيل، التعديل، الاحتفاظ ومحو المعلومات التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية؛ علي عبد القادر قهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص. 50.

4-Cf. J. LARRIEU, Droit de l'internet , Ellipses, Paris, 2005, p.64.

وعليه، فإنه احتراماً للحق في الخصوصية، تسعى التشريعات إلى الإهتمام بموضوع البيانات المشفرة وذلك بتجريم كل فعل من شأنه انتهاك السرية والخصوصية، وإن كان التشفير ليس هو الوسيلة الوحيدة بل هناك وسائل فنية عديدة تتمثل في أنظمة الأمان المعلوماتي<sup>1</sup>.

### ج- تجريم التصريح عمداً بمعطيات خاطئة

يتجلى الهدف من هذه الجريمة هو حماية العملية التجارية وأطرافها من استقبال معلومات خاطئة تؤثر على حقوق أطراف التعاقد، ومن ثم تحلّ بثقة المستهلك والتي هي مفترضة في مجال التجارة الإلكترونية. فالمعلومات أو البيانات تلعب دوراً أساسياً في نجاح التجارة الإلكترونية وتزيد من نسبة رواجها.

وبخصوص الركن المادي لهذه الجريمة فيمكن القول أنّها من جرائم السلوك الجرد أو جرائم الخطر، وليست من جرائم الضرر. فالجريمة إذن تقتضي إعطاء معطيات غير صحيحة من جانب أي شخص الذي يتعين عليه الإلتزام بصحة المعطيات التي صرح بها لثقة مورد الخدمة الإلكترونية، وكذلك الأطراف في توقيعه على غير ما صدر عنه<sup>2</sup>.

وعلى سبيل المثال فإنّ المشرع التونسي يتطلب في المعطيات التي يتم الإدلاء بها، أن تكون خاطئة أي كاذبة، حيث يتم الإدلاء بها بهدف التأثير على عمل ونشاط مزود الخدمة الخاصّة بالتوثيق الإلكتروني، أو تصرف أحد أطراف العقد<sup>3</sup>.

أمّا بخصوص الركن المعنوي فإنّ هذه الجريمة من الجرائم العمدية<sup>4</sup>، وصورة القصد فيها هو القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة<sup>5</sup>.

1- أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص. 196.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية ....، المرجع السابق، ص. 263.

3- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية ....، المرجع السابق، ص. 291.

4- تنص المادة 47 من قانون التجارة الإلكترونية و المبادلات التونسي المؤرخ في 9 أوت 2000 على أنّه "يعاقب كل من صرح عمداً بمعطيات خاطئة ...".

5- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 293.

## الفرع الثاني: جرائم الماسة بالتوقيع الإلكتروني والبيانات المشفرة

تتحدد القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني إذا توافر فيه أمران : الأول استعمال وسيلة موثوق فيها والثاني أن يتوافر في المستند الإلكتروني شروط سلامته والمحدد وفقا لمرسوم المجلس الأوروبي<sup>1</sup>.

## أولا : جرائم الإعتداء على التوقيع الإلكتروني

تعتبر هذه الجريمة من الجرائم التي تقع على مضمون التجارة الإلكترونية، وليس على البيانات الخاصة بها، الأمر الذي يثير قلق الكثير من المستهلكين والمزودين. وعلى هذا الأساس ظهر اهتمام كبير للعديد من التشريعات الوضعية بخصوص التوقيع الإلكتروني كقانون التجارة الإلكترونية التونسي، وكذلك المشرع الجزائري الذي اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني. بموجب نص المادة 2/327 من القانون المدني<sup>2</sup>.

كما أكد التوجيه الأوروبي رقم 99/93 الصادر في 13 ديسمبر 1999 على أن "التوقيع الإلكتروني معطيات تأخذ الشكل الإلكتروني، وترتبط بمعطيات أخرى إلكترونية وتستخدم كوسيلة لإثبات صحتها"<sup>3</sup>.

## أ. الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني

تتضمن قاعدة البيانات والمعلومات المخزنة داخل الحاسب الآلي، أو على قرص منفصل كالبيانات المتعلقة بإسم صاحب التوقيع، ومهنته، وبياناته الشخصية، وكافة المعلومات المتعلقة بذلك التوقيع<sup>4</sup>.

ويتحقق الركن المادي للجريمة عند الدخول إلى نظام معلومات أو قاعدة البيانات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني بطريق الغش والتدليس، الذي قد يؤدي إلى أضرار تتمثل في تدمير البرامج والبيانات، لأن هذه الجريمة ليست من جرائم الضرر، وإنما تصنف ضمن جرائم الخطر.

<sup>1</sup> - شيماء عبد الغني محمد عطا الله، المرجع السابق، ص. 411.

<sup>2</sup> - تنص المادة 2 /327 على أنه "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1...". انظر القانون رقم 05-10 سالف الذكر.

<sup>3</sup>- Cf . L. BOCHURBERG, Op .cit, p. 136.

<sup>4</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، المرجع السابق، ص. 149.

ويقصد بالغشّ أو التدليس المعلوماتي أن يكون الدخول إلى قاعدة البيانات مجردا من المشروعية أي بدون إذن قضائي، أو ليس من قبل الأشخاص الذين لهم حق الإطلاع على هذا النظام.

أمّا الركن المعنوي لهذه الجريمة يتطلب توافر القصد الجنائي العامّ بعنصره العلم والإرادة ، وذلك بأن يعلم الجاني بحقيقة سلوكه الإجرامي، وأن ذلك محظور بنص القانون، ومع ذلك تنصرف إرادته إلى السلوك الإجرامي<sup>1</sup>.

### ب. جريمة صنع أو حيازة برنامج لإعداد توقيع الكتروني

محل الجريمة في هذه الحالة هو إعداد توقيع الكتروني دون موافقة صاحبه.

أمّا الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في صور عديدة كصناعة نظام معلوماتي أو برنامج لإعداد توقيع إلكتروني، أو حيازة النظام أو البرنامج، ويستوي في هذا الغرض أن يكون الجاني من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية.

وتجدر الإشارة أنّه لا عقاب على الشروع في العمل الإجرامي لأنّه من الأعمال التحضيرية ، باعتبار أنّه لا عقاب على الشروع في الجنح إلاّ بنصّ خاص<sup>2</sup>.

أمّا الصورة الأخرى للركن المادي فتتضمن حيازة برنامج أو نظام معلوماتي لإعداد توقيع الكتروني دون موافقة صاحبه، والحيازة المشروعة المرخص بها من الجهة المختصة لا عقاب عليها، وذلك بهدف توثيق هذه التوقيعات.

وصورة الركن المعنوي في هذه الجريمة هو القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة ، لأنّ الجريمة عمدية ولا يتصور قيامها بطريق الخطأ غير العمدي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات؛ الجندي حسني، المرجع السابق، ص. 53.

<sup>2</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية ...، المرجع السابق، ص. 300.

<sup>3</sup> - انظر ما سيأتي تفصيلا بخصوص العقوبات المقررة في هذا المجال، ص. من هذه الدراسة.

## جـ. جريمة تزوير المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني أو اتلافهم

إن جريمة التزوير في المجال المعلوماتي هي أخطر صور غشّ المعلوماتية<sup>1</sup>، وقد تضمنت توصية المجلس الأوروبي الخاصّة بجرائم المعلوماتية الإشارة إلى جريمة التزوير المعلوماتي وإلى ضرورة تجريم استعمال المحرر المعلوماتي المزور.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي، فإنّه شهد صدور قانون عقوبات جديد تضمن جريمة التزوير<sup>2</sup>، وبهذا أصبحت جريمة التزوير المعلوماتي ليس مجرد جريمة تقع على المستندات المعالجة آليا فقط، بل أصبحت جريمة تزوير المستندات المعلوماتية واستعمالها. وهذا بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يتطرق إلى التزوير المعلوماتي كجريمة خاصّة في تعديل 2006<sup>3</sup>.

ولقيام هذه الجريمة فإنّ الأمر يتطلب تحقق الركن المادي فيها الذي يأخذ صورا مختلفة تتمثل في تزوير أو تقليد محرر الكتروني أو توقيع الكتروني أو شهادة اعتماد توقيع الكتروني، أو استعمال محرر أو توقيع الكتروني مزور، أو شهادة مزورة باعتماد توقيع الكتروني<sup>4</sup>، والمشرع المصري جرّم هذه الأفعال بموجب قانون التوقيع الإلكتروني لسنة 2000 بنص المادة 23/ب من "أُتلف أو عيّب توقيعاً أو وسيطاً أو محرراً إلكترونياً أو زور شيئاً من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحويل أو بأي طريق آخر". فالسلوك الإجرامي يتمثل في فعل الإلتلاف كإفقاد البرنامج المعلوماتي الخاص بالتوقيع الإلكتروني قدرته على العمل؛ كنشر الفيروس المعلوماتي أو سكب سائل على الوسيط الإلكتروني المحفوظ عليه، أو طمس التوقيع الإلكتروني أو طمس بعض الأسطر المكتوبة بطريقة إلكترونية، ولا يتصور إلتلاف أو تعيب المحرر الإلكتروني دون أن يمتد ذلك إلى الوسيط الإلكتروني-الدعامة الإلكترونية CD أو وسيط ممغنط FD أو تزوير التوقيع الإلكتروني أو المحرر أو الوسيط الإلكتروني عن طريق الاصطناع أو إنشاء منظومة التوقيع

<sup>1</sup> - حاجب هيام، المرجع السابق، ص. 54.

<sup>2</sup> - راجع نص المادة 1/141 من قانون العقوبات الفرنسي الصادر في 1994. انظر في هذا الصدد، إبراهيمي سهام، المرجع السابق، ص. 36.

<sup>3</sup> - Cf. J. LARRIEU, Op.cit, P.94.

<sup>4</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص. 150.

الإلكتروني ونسبتها إلى شخص من الأشخاص، أو تغيير مضمونه-التزوير المعنوي- وطرق الاصطناع أو التزوير أو التحويل لم ترد على سبيل الحصر لأن المشرع أضاف عبارة -أو بأي طريق آخر-<sup>1</sup>.

أما الركن المعنوي فيها فهو القصد الجنائي العام في صورته التعيب والإتلاف إضافة إلى القصد الخاص المتمثل في نية التزوير-التزوير المعلوماتي- وهي جنحة معاقب عليها بالحبس والغرامة أو أيهما مع العلم بذلك؛ وكذلك يعاقب بنفس الجرم من استعمل توقيع أو وسيط أو محرر الكتروني أو مزور وفقا لنص المادة 23/ج.<sup>2</sup>

فالإعتداء على منتجات الإعلام الآلي يتجسد في فعل التزوير المعلوماتي الذي نصت عليه المادة 7 من الإتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي لسنة 2001، كون أن التلاعب في المعطيات الذي نتج عنه معطيات غير أصلية يعد تزويرا<sup>3</sup>.

وتجدر الملاحظة أن التغيير المشروط لقيام جريمة التزوير هو الذي ينصب على بطاقات الإئتمان الممغنطة: وفي هذا الصدد، اعتبر الفقه أن التغيرات المادية لبطاقة الإئتمان كتغيير اسم الحامل أو الرقم الخاص بالبطاقة أو تاريخ إنتهاء صلاحيتها يشكل تزويرا. وتجدر الملاحظة بأنه من الضّروري على المشرع الجزائري تحديد مفهوم المحرر الذي يكون محلا لجريمة التزوير.

وبخصوص الركن المعنوي لهذه الجريمة فيتمثل في انصراف إرادة الجاني إلى تغيير الحقيقة في المحرر، واتجاه نيته إلى استعمال المحرر فيما زور من أجله.

### ثانيا: جرائم الاعتداء على البيانات المشفرة:.

وكما سبقت الإشارة إليه فإنّ تشفير البيانات يعني " التغيير في شكلها عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو تعديلها أو تغييرها".

1 - راضية عيمور، المرجع السابق، ص.197.

2 - عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي.....، المرجع السابق، ص.182.

3 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج2، جرائم الفساد، جرائم المال و الأعمال، جرائم التزوير، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص. 336.

وبما أن التوقيع الإلكتروني يتعرض لإعتداءات معلوماتية، فإنّ تشفير البيانات قد تكون عرضة للإعتداء بإختراقها عن طريق فض الشفرة أو تسريبها من قبل من له حق الاحتفاظ بها، لذلك يتعين حمايتها جنائيا ضد هذه الإعتداءات .

### أ. جريمة فض مفاتيح التشفير

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة في قيام لجاني بكشف مفاتيح التشفير أو بفك معلومات مشفرة محفوظة لدى مكتب التشفير، وكشف مفاتيح الشفرة يكون بتسليم برنامج الشفرة ذاته لمن ليس له حق في ذلك.

وعلى سبيل المثال يتم تشفير التوقيع الإلكتروني، بنظامين أحدهما يسمّى النظام السيمتري وهو نوع من البرامج يعتمد الرموز الهندسية المعقدة، والآخر يسمّى النظام البيومتري وهو يعتمد على مواصفات شخصية تتعلق بصاحب التوقيع ذاته<sup>1</sup>.

- أما الصورة الثانية للركن المادي في هذه الجريمة، فهي فض المعلومات المشفرة في غير الأحوال المصرح بها قانونا، كأن يقوم الجاني بفض شفرة بعض المعلومات وتسليمها لشركة منافسة، الأمر الذي يترتب عليه الإضرار بحق الشركة المجنى عليها<sup>2</sup>.

ويلاحظ على هذه الجريمة أنّها من جرائم السلوك المجرد إذ لا يشترط ضرورة تحقق الضرر بالنسبة للمجني عليه من عملية فض الشفرة، لأن الضرر محقق الوقوع في المستقبل .

كما تعد هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي تستلزم لقيامها توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة<sup>3</sup>.

وعلى هذا الأساس جرّم المشرع التونسي جريمة فض مفاتيح التشفير الإلكتروني في المادة 48 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لعام 2000. وبناء على ذلك تقوم جريمة فض

1 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية .....، المرجع السابق، ص. 311.

2 - محمد شكري سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة 2003/2/26 ، الموقع الإلكتروني: [www.kananaonline-com/users/ahmedkordy/posts/277936](http://www.kananaonline-com/users/ahmedkordy/posts/277936)

3 - خلفي مريم، المرجع السابق، ص. 360.

مفاتيح التشفير الإلكتروني عند قيام الجاني بفض مفاتيح التشفير المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني وذلك بنقل التوقيع من صور مكتوبة إلى صور رقمية غير مفهومة<sup>1</sup>، ويعتبر القانون التونسي هو القانون العربي الأول في شأن حماية التجارة الإلكترونية والذي عالج المسائل المتعلقة بها على نحو مفصل لاسيما الحماية الجنائية لهذه التجارة.

ب. جريمة إذاعة واستعمال المحررات والتوقيعات الإلكترونية والشفرات دون مسوغ

### قانوني

يتعلق الركن المادي لهذه الجريمة بتسهيل أو إذاعة مضمون المحرر أو التوقيع الإلكتروني، وكذلك استعمالهما ولو في غير علانية وبدون رضاه صاحبه، وإذا توافر الركن المادي للجريمة يتعين أن يقوم القصد الجنائي لدى الجاني بعنصريه بوصفها جريمة عمدية<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد على وجود جرائم أخرى لم يتم التعرض إليها كجريمة استغلال المتعامل في البيع الإلكتروني حيث عاقب المشرع التونسي كل من يستغل ضعف أو جهل المتعاقد في البيع الإلكتروني ودفعه إلى التعاقد عن ضعف أو جهل<sup>3</sup>. أمّا فيما يتعلق بجريمة إختراق (Hacking) البريد الإلكتروني وبطاقات الإئتمان، توجد طرق عديدة لإختراق البريد الإلكتروني سواء من قبل القراصنة الهواة hackers أو المخترقون crackers، بالإستلاء على كلمة السر (password). ومن بين أحدث الطرق للإختراق قيام الشخص بالدخول إلى الموقع ووضع اسمه وكلمته السرية، فيقوم ذلك الموقع الكاذب بإرسالها إلى المخترق لأجل الإطلاع على الرسائل والعبث بها، وإرسال رسائل من بريد المخترق لتحقيق أغراضه الشخصية<sup>4</sup>. ومن بين الأمثلة الحية في هذا المجال قيام قراصنة بإختراق موقع ياهو (yahoo)، وفي اسم الموقع تمت إضافة مكان 0 ليصبح الموقع yah0oo، فتم إرسال هذا الرابط لمجموعة من الأشخاص قصد الدخول إليها

1 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 319.

2 - قارة آمال، المرجع السابق، ص. 61.

3 - للمزيد من المعلومات؛ خليفي مريم، المرجع السابق، ص. 361.

4 - مصطفى الفوركي، الحماية القانونية والتقنية للتجارة الإلكترونية؛ الموقع الإلكتروني: [www.MarocDroit.com](http://www.MarocDroit.com)



وبالتالي تم إختراق بريدهم الإلكتروني، أمّا الطريقة الثانية فهي تفجير الإيميل (Email) بإغراق البريد بالرسائل، وإرسال رسائل محملة بملفات ضخمة<sup>1</sup>.

ففيما يتعلق بتأمين البريد الإلكتروني فيعتبر التشفير من أهم وسائل تأمينه على الإطلاق وهو على نوعين:

أ- التشفير المتماثل: يستخدم أسلوب المفتاح السري، يجب عدم اطلاع الشخص الشاغر عليها  
ب- التشفير غير المتماثل: إنه الرقم الذي يكون معلوماً لأكثر من شخص، يستند إلى أسلوب المفتاح العلني، أما المفتاح الآخر فيظل سرياً لا يعرفه سوى طرف واحد (صاحب المفتاح)، ولمعرفة الرسالة يجب استعمال المفتاحين، بحيث لا يمكن فك شفرتها إلا باستخدام المفتاح الآخر.

وبخصوص قرصنة بطائق الائتمان (les cartes de credits) عن طريق محاكاة المواقع فيقوم الجاني بإنشاء موقع شبيه بالموقع الأصلي، ويقوم بتخفيض أئمة البضائع لأجل إغراء متصفح الموقع. فإذا تقدم المشتري لأجل شراء تلك البضائع يقوم بإدخال معلومات بطاقته الإلكترونية، ففي تلك اللحظة لا يجد مرحلة تنفيذ العقد، بل فقط صفحة بيضاء أو صفحة أخرى<sup>2</sup>.

ومفاد هذه العملية أن تلك المعلومات قد تم إرسالها إلى القرصان، فيقوم بدوره بالتصرف فيها وشراء حاجاته الشخصية ببطاقة غيره. ومثال ذلك أنه في سنة 2009 قام مجموعة من الأشخاص بعمل صفحة على الأنترنت شبيهة بموقع (Ebay) برابط مزور هو (Ebay.com) وعدّلوا أئمة البضائع وجعلوها بخسة مما شجع المشتريين على القيام بعملية الشراء مما خلف خسائر تقدر بـ 40 مليون دولار أمريكي، نتيجة قيام القرصنة بإعادة التصرف في البيانات المدخلة للموقع المزيف من قبل القرصنة<sup>3</sup>.

1 - كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص.605.

2 - شريف محمد غنام، حماية العلامة التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.102-103.

3 - مصطفى الفوركي، المرجع السابق، ص.37.

## الباب الثاني: الأساليب الإجرائية المقررة لحماية مستهلكي خدمة التأمين في

### حالة حدوث منازعة تأمينية

يراد بالمنهج التنازعي ذلك المنهج الذي يستعين به القاضي الوطني في منازعة خاصة دولية اعتمادا على ما تقرره قاعدة التنازع التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الواقعة أو التصرف القانوني، فهو يفترض وجود عدة قوانين تنتمي إلى دول مختلفة بحكم العلاقة القانونية، ويتم اختيار قانون واحد من بينها لحل المشكلة كلّها أو جزء منها ويقع هذا التحديد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية التي تنتمي إلى قانون الدولة المعروض التنازع أمامها.

وبطبيعة الحال، فإن أهم ما يستلزمه إعمال المنهج التنازعي أن تكون الرابطة أو العلاقة التي يكون القاضي إزاءها تتضمن عنصرا أجنبيا، والذي يعبر عنه في الوقت الحالي بالبعد الدولي.

وعقد التأمين كغيره من العقود يمكن أن يداخله عنصر أجنبي، وهذا المعطى هو الذي يؤدي إلى قيام حالة التنازع فيأخذ في هذه الحالة تسمية "عقد التأمين الدولي"، ولم يرد هذا المصطلح في التشريع الجزائري، كما لم يرد في التوجيهات الأوروبية، رغم أنها تولت تنظيم حالات التنازع التشريعي والقضائي لهذا العقد، وبما أننا وفي مجال بحثنا هذا انتهجنا الدراسة المقارنة، وعليه توجهنا بالدراسة إلى التشريع المغربي ومدى اهتمامه بالمجال التنازعي وفقا لقواعد التأمين الإلكتروني، حيث تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين حيث تمت الإشارة في (الفصل الأول) إلى: ماهية قواعد التنازع المطبقة على عقد التأمين، على أن تم الحديث في (الفصل الثاني) عن حدود تدخل القضاء في إعمال قواعد التنازع المطبقة على عقد التأمين بتسوية المنازعات اجرائيا ويكون ذلك في مرحلة انقضاء عقد التأمين.

## الفصل الأول:

ماهية قواعد الإسناد المطبقة

على عقد التأمين

ترتبط ماهية ضوابط الاستناد المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين داخل نطاق منظومة تشريعية معينة. بمدى تطور فكرة حماية المستهلك داخل هذه المنظومة ، وهذا التلازم ينطبق على قاعدة التنازع المطبقة على عقد التأمين من حيث كون هذا الأخير يندرج ضمن العقود الاستهلاكية فأغلب التشريعات التي تبنت الفكرة المذكور، تعاملت مع المنازعات الخاصة الدولية المرتبطة بهذا العقد سواء فيما يخص القانون الذي يحكمه، أو المحكمة المختصة دولياً للنظر في منازعاته وفقاً لما يراعي طبيعته الإذعائية.

ويستفاد من ذلك أن التشريعات التي استطاعت أن تقنن لفكرة حماية المستهلك كما هو الشأن مع أغلبية التشريعات الأوروبية، لم تبقى متمسكة فيما يخص تحديد قاعدة التنازع التي تتولى ضبط القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين بالقاعدة التقليدية القائمة على إسناد العقد للقانون الذي اختاره الأطراف، كما قضت بذلك أول مرة محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 5 دجنبر 1910 ، وإنما طورت قواعد إسناد خاصة بعقد التأمين بشكل يجعلها تستجيب للاعتبارات الحماية التي تحكم هذا الأخير ، والتي لا يمكن لقاعة الإسناد أن ترعاها إذا تمسكت بوظيفتها التقليدية القائمة على توزيع الاختصاص بين الأنظمة القانونية المتزاحمة في حكم العلاقة القانونية بناء على ضابط إسناد مجرد<sup>1</sup>.

ولترجمة هذه الحماية فعلياً فقد عمدت التشريعات المتقدمة الذكر على ربط عقد التأمين بقانون الوسط الاجتماعي المؤمن له والذي يتحدد أساساً في قانون الدولة التي يتواجد بها محل إقامته الاعتيادية<sup>2</sup>.

ويشكل هذا التوجه في حقيقة الأمر تنويجاً للمسار الذي سار عليه الفقه والتشريع في دول الاتحاد الأوروبي، فيما يخص المنازعات الخاصة الدولية الخاصة بعقود الاستهلاك، فعلى سبيل المثال فقد سبق

<sup>1</sup> - أبو العلاء علي أبو العلا النمري، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر ، 1998، ص.44.

<sup>2</sup> - بتفصيل أكثر، راجع أطروحة ، Nicolas Auclair, la loi applicable au contrat communautaire d'assurance , étude En droit international privé , Thèse pour la Doctorat , Université de Paris 1 , 1999 , P.101.

للقانون الخاص السويسري لسنة 1987 أن نص في المادة 120 منه على مايلي: "يسرس على عقود الاستهلاك (... ) قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك.

أ. إذا كان المورد قد تلقى العرض في هذه الدولة.

ب. إذا كان إبرام العقد في تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية وقام فيها المستهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد.

ج. أو كان المستهلك قد استحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها طلبه<sup>1</sup>.

وعلى المستوى الفقهي، فقد أكد جانب كبير من الفقه الأنجلو أمريكي، على ضرورة تطبيق قانون موطن أو محل الإقامة العادية للطرف المدعى، لكونه هو الطرف الضعيف اقتصاديا والأحوج إلى الحماية، وبعض منها ذهب إلى القول يجب إهمال الاختيار الصريح لقانون العقد، وتطبيق القانون الأصح للمدعى دائما<sup>2</sup>.

ولاشك أن تحول التشريعات ومواقف الفقه المتقدمة في تعاملها مع مشكلة القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين من تقنين هذه المشكلة بضوابط إسناد تقليدية إلى أخرى وظيفية تنسجم لا محالة مع خصوصية عقد التأمين من حيث كون ضابط الإسناد التقليدي القائم على مبدأ حرية اختيار القانون الواجب التطبيق من شأنه أن يضر بمصالح الطرف الضعيف في الرابطة التأمينية.

ولقد لخص بعض الفقه<sup>3</sup> الأخطار التي ينطوي عليها ربط عقد التأمين بمبدأ سلطان الإدارة في اختيار القانون الواجب التطبيق فيما يلي:

أولاً: يمكن اختيار قانون لا توجد بينه وبين العقد أي صلة.

<sup>1</sup> -راجع هذا التشريع وبقية التشريعات المماثلة عند: أحمد عبد الكرم سلامة، علم قاعدة النزاع والاختيار بين الشرائع: أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة منصور، ص. 1050 ومايليها.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص. 1121.

<sup>3</sup> - أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص. 22.

ثانياً: يمكن للمتعاقدين (المؤمن له وشركة التأمين) اختيار قانون معين مع التحفظ باستبعاد كالنص جديد يمكن أن يظهر بسبب إصدار قانون جديد أثناء تنفيذ القعد، وهو ما يعرف بشرط تثبيت القانون.

ثالثاً: تمتع الأطراف بحرية اختيار غير مقيدة يسمح لهم بعدم إخضاع العقد إلا لنصوص معينة من قانون معين باستبعاد النصوص الأخرى الآمرة.

والملاحظ بهذا الخصوص أن النقاش الذي أثاره تحديد ضوابط إسناد الكفيلة بتعيين القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين، والذي يتمحور بالأساس حول ضرورة التلطيف من ضوابط الإسناد الإدارية (المبحث الثاني) وجد له مكان أيضاً فيما يخص تحديد المعايير الواجب اعتمادها لإضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين، على اعتبار أن شرط الدولية يعتبر شرطاً أساسياً لتطبيق قاعدة التنازع على هذا العقد، مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية (المبحث الأول).

### المبحث الأول: الصفة الدولية كشرط لإعمال قواعد التنازع على عقد التأمين

لا تنشط قواعد الإسناد الخاصة بالتزامات التعاقدية كقاعدة عامة إلا إذا كانت دولية، لأن العقد أياً كانت طبيعته لا يثير في حد ذاته مشكلة تنازع القوانين إلا حينما يكون دولياً، وعقد التأمين لا يشد على هذه القاعدة، فدوليته مسألة أولية يشترط توافرها ابتداء لأعمال المنهج التنازعي، وتكييف الدولية على هذا النحو تتفق عليه التشريعات الدولية والوطنية على حد سواء كما يؤيده الفقه والقضاء الراجع<sup>1</sup>.

إلا أن إضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين تترتب عنه آثار جد هامة، ذلك أنه يخرج العقد من محيطه القانوني الأصل مع ما يضمنه هذا الأخير لفائدة للمكاتب أو المؤمن له من ضمانات واضحة ومعروفة إلى محيط قانوني معرفته به تكاد تكون مجهولة، ويتأكد هذا الوضع إذا علمنا أن اختيار القانون الأجنبي إنما يقع في الغالب من طرف المؤمن بحيث لا يملك المؤمن له سوى الخضوع لإرادته ورغبته.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص، 1055.

واشترط الصفة الدولية في عقد التأمين لإعمال قواعد التنازع عليه، لا يعتبر خاصية ينفرد بها هذا العقد فأغلب التشريعات أقرت صراحة هذا الشرط لتحريك آليات القانون الدولي الخاص عموماً سواء ما اتصل منها بالقانون التطبيق أو المحكمة المختصة دولياً.

وإذا كان ظهير الوضعية المدنية للأجانب لم يورد إشارة في هذا الاتجاه، فإن الفقه المغربي الغالب أكد بهذا الخصوص أن الصفة الدولية أو الأجنبية مسألة ضرورية للإعمال قواعد القانون الدولي الخاص وهي صفة يمكن استنتاجها إما من جنسية المتعاقدين أو من مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه<sup>1</sup>.

وعموماً فإنه وبصرف النظر عن تعدد المواقف الفقهية حول المعايير الواجب اعتمادها في إضفاء الصفة الدولية على عقد التأمين والتي توزعت بين داع إلى اعتماد المعيار القانوني، وبين داع إلى اعتماد المعيار الاقتصادي والسلبيات التي أبان عنها كل معيار (المطلب الثاني)، فإن الثابت هو أن مثل هذه العملية التي يقوم بها القاضي الوطني والتي يستخلص من خلالها الطبيعة الداخلية أو الدولية لعقد التأمين تعتبر مسألة تكييف، وبالتالي فإنها تخضع لقانونه الوطني (المطلب الأول)، على أن تتم الإشارة في مطلب ثالث إلى مسألة التحكيم في عقد الإستهلاك الدولي.

### المطلب الأول: خضوع تكييف الطبيعة الدولية لعقد التأمين لقانون القاضي

منهجياً، فإن بحث القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين لاحق على تحديد طبيعته الدولية والقيام بهذه العملية تدرج ضمن مسائل تكييف التي تخضع لقانون المحكمة، وإذا كان قاضي الموضوع ملزم باحترام الأوصاف التي ترد على العقود الداخلية<sup>2</sup> لأن كل خطأ بشأنها يستتبع قواعد قانونية لا تنسجم والطبيعة التي أسبغتها عليها المشرع<sup>2</sup>، فإنه في نطاق العلاقات الخاصة الدولية يستتبع ذلك تطبيق قانون دولة غير ذلك الواجب تطبيقه بالفعل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي المغربي، طبعة 1994، ص. 289.

<sup>2</sup> - محمد الكشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2001، ص. 321.

<sup>3</sup> - Toubiana(A) :Domaine de la loi du contrat en droit international privé.Paris.dalloz ,1973,P.83.

وإذا كانت مسألة التكييف يتم ربطها في الغالب بالوضع اللاحق على ثبوت الطابع الدولي لرابطة أو علاقة قانونية معينة، أي إعطاء وصف معين لهذه العلاقة لتحديد التصنيفات التي يمكن أن تدرج فيها (المسؤولية التقصيرية، الالتزامات التعاقدية، الأحوال الشخصية، أحوال عينية...) و ذلك قبل تحديد قاعدة الإسناد التي تناسبها، فإن تحديد الطابع الدولي أو الداخلي لعلاقة قانونية معينة تعتبر مسألة أولية، وبالتالي فإنها تخضع هي الأخرى لآلية التكييف.

والمتفق عليه في هذا الإطار هو الخضوع التكييف لقانون القاضي، الذي يتوجب عليه توخي الحيطة والحذر قبل أن يقرر في مسألة الطابع الداخلي أو الدولي لعقد التأمين، وذلك بالنظر إلى اصطفااف هذا العقد ضمن خانة العقود الاستهلاكية، التي تستوجب ربط الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بمحيطه القانوني الذي له معرفة به، و معلوم على الأقل في ظل التشريع المغربي أن الحماية المقررة للطرف الضعيف في عقد التأمين تكاد تكون منعدمة في الوضع الذي يكون فيه هذا العقد دوليا، إذ يقع في هذا الوضع الأعمال المجرد والحرفي للقانون الذي اختاره الأطراف وفقا لصريح المادة 13 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب، وطبعاً لا تخفي المساوئ المترتبة عن ذلك في ظل رابطة تعاقدية تنعدم فيه عنصر تكافؤ القدرة الاقتصادية لمبرميه.

ويبنى على ذلك أن على القاضي أن لا يركن إلى ما تقرره إرادة طرفي عقد التأمين فيما يخص إضفاء الطابع الدولي على هذا العقد، لأن هذا الاتفاق يكون في كثير من الفروض مجرد تعبير عن تلاقي إرادتين أكثر مما يحمل معاني التوافق والتراضي، حيث تعتمد شركة التأمين في الغالب إلى ربط عقد التأمين في أحد عناصره أو إحدى الالتزامات التي يرتبها بعنصر أجنبي (أداء أقساط التأمين بعملة أجنبية على سبيل المثال...)، ومن ثم فإن اختيار قانون أجنبي ليطبق على هذا العقد يوفر ضمانات أفضل للمؤمن.

وعموماً فإنه إذا كان تكييف الطبيعة الدولية لعقد التأمين يخضع لقانون القاضي الذي يختار المناهج و المعايير السائدة بقانون دولته لإسباغ هذا العقد بالصيغة الدولية ( الفرع الأول ) ، فإن الامر



يختلف تماما بالنسبة لتحديد الطبيعة القانونية لعقد التأمين ، وما إذا كان مدنيا او تجاريا ، فهذه المسألة تعد مسألة لاحقة على الأولى ، ويعود النظر فيها إلى قانون العقد ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول : اختصاص قانون القاضي بتكييف الطبيعة الدولية لعقد التأمين :

عقد التأمين كغيره من العقود لا يخضع لقواعد التنازع إلا إذا كان دوليا ، والقاعدة العامة هو ان العقد يكون دوليا إذا كان يتضمن عنصرا أجنبيا<sup>1</sup> ، سواء تعلق الامر بمحل إبرامه أو مكان تنفيذه أو بموضوعه أو بأطرافه ، ففي هذه الحالات ، فقط يكون من اللازم العودة إلى قاعدة الإسناد المختصة لتحديد القانون الواجب التطبيق ، وإذا حصل وان حاول الاطراف الرابطة التأمينية اصطناع العنصر الأجنبي بهدف اختيار القانون الواجب التطبيق عليه ، فإن هذا العمل يكون من قبيل الغش نحو القانون<sup>2</sup> . وخلافا لذلك فإن عقد التأمين الداخلي لا يثير أي إشكال من هذه الناحية ، وليس مقصودا من هذه الدراسة ، لأنه يخضع في كل الاحوال للقانون القاضي.

وعموما ، فإن تحديد الطبيعة الدولية أو الوطنية لعقد التأمين<sup>3</sup> تعد مسألة تكييف ، و مفهوم التكييف بوجه عام ، ينصرف إلى العمل الذهني الذي يقوم به القاضي الوطني والذي من خلاله يقوم بتحديد طبيعة الرابطة او الحالة القانونية المعروضة عليه وإعطائها الوصف القانوني الملائم ليتمكن بعد ذلك من إلحاقها بقانون معين.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- تقرر هنا المبدأ فقط ، حيث سيتم تفصيل المراد بالصفة الأجنبية وحدودها فيما سيأتي ، لأن ثقل الصفة الأجنبية ومداهما مما اختلف الفقه في تحديدها ، وتجدد الإشارة في هذا الصدد إلى أن فقه الحماية كان يعتبر أن مجرد اتصال الصفة الأجنبية بأحد أطراف العقد يجعل من هذا العقد عقدا دوليا ، و العلة التي تكمن خلف هذا الرأي-حسب الأستاذ محمد الوكيل- تعود على فكرة شخصية القوانين المطلقة الموروثة عن نظام الإمتيازات التي كان يدافع عنها فقهاء عهد الحماية تحت ستار عدم تقييد إرادة المتعاقدين في إختيار القانون الذي يناسبهم ، راجع ، محمد الوكيل، الطعن في أهلية المتعاقد الأجنبي ، قرار عدد 63 الصادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى في 20 يناير 1982 ، مجلة القضاء و القانون السنة 24 العدد 135-136 ، ص. 140.

<sup>2</sup>-محمد المبروك اللاقي ، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي ، منشورات الجامعة المفتوحة ، 1991 ، ص. 176.

<sup>3</sup>-ذهب بعض الفقه إلى أن الصفة الدولية التي تطرأ عقد التأمين تصير هذا الأخير عقدا دوليا وتخرجه بالتالي فيما يخص تنظيمه عن إطار القوانين الوطنية ليدخل في إطار التنظيمي لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص ، هشام أحمد محمود عبد العال ، عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص ، طبعة 2000 ، دار النهضة العربية ، ص. 46.

والواقع أن هذا الرأي تعوزه الدقو ويتعارض تعارضا بينا مع المبادئ الأولية المتعارف عليها في نطاق القانون الدولي الخاص ، والتي تقرر بهذا الخصوص أن قواعد التنازع هي قواعد وطنية محضة تلزم القاضي الوطني بالتقييد بها وتصريف الآثار الناشئة عنها ، وليس قواعد دولية.

<sup>4</sup>-محمد الوكيل : دروس في القانون الدولي الخاص المغربي ، المرجع السابق ، ص. 52.

غير أن الاستعانة بالتكليف كوسيلة لتحديد كنه العلاقة القانونية ، ومن ثم تحديد القانون الذي يحكمها ، قد يتم قبل ذلك من خلال تحديد ما إذا كان التصرف القانوني الذي يكون إزاءه القاضي يكتسي طابعا دوليا " فحتى يكون العقد دوليا فإنه يخضع إلى التكليف<sup>1</sup> هذه الحالة لأي قانون يعود الاختصاص في تكليف الطابع الدولي لعقد التأمين ؟ يكتسي هذا السؤال أهمية قصوى بالنظر إلى أن التكليف يختلف من بلد إلى آخر ، و باختلاف تكليف العلاقة أو التصرف القانوني ، قد تختلف طبيعة القانون المطبق على عقد التأمين ، فإذا ثبت الطابع الدولي لهذا الأخير فإنه في هذه الحالة يقع الرجوع إلى قاعدة الإسناد الخاصة بعقد التأمين لمعرفة الواجب التطبيق عليه ، وفي الوضع المغاير يقع تطبيق القانون الداخلي .

والملاحظة بهذا الخصوص أن المشرع المغربي لم يعرض لمشكلة التكليف ، مع العلم أن ظهور 14 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للأجانب يتضمن قواعد إسناد يقتضي تطبيقها اللجوء إلى عملية التكليف أولا .<sup>2</sup>

وفي كل الأحوال فقد ظهرت عدة نظريات حاولت أن تتصدى بالإجابة عن السؤال المذكور " فهناك من يقول بأن التكليف مسألة تدخل ضمن نطاق الاختصاص الحصري لقانون القاضي ، في حين ذهب رأي آخر إلى القول بوجوب إجراء التكليف أساسا وفقا للقانون الذي يحكم النزاع ولو كان هذا القانون أجنبيا ، و أخيرا هناك من يرى إمكانية الاستعانة في التكليف بالقانون المقارن ، لكن الرأي السائد اليوم فقها وقضاء هو الذي يخضع التكليف لقانون القاضي " .<sup>3</sup>

ويستعين القاضي في هذا الإطار بمختلف العناصر المرتبطة بالعقد و بالظروف المحيطة بإبرامه . لكن هل تملك إرادة أطراف الرابطة التأمينية سلطة معينة لإضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين من خلال اختيار قانون أجنبي ليطبق عليه؟

<sup>1</sup>-ممدوح عبد الكريم : القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، دار الثقافة للنشر ، ص، 162.

<sup>2</sup>-محمد الموساوي، قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق ، جامعة الحسن الثاني عين الشق ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإجتماعية ، الدار البيضاء-المغرب- ، ص. 111.

<sup>3</sup>-محمد الوكيل، الم السابق ، ص.53.

بحسب ما ذهب إليه بعض الفقه ، فإن القانون المختار من طرف المتعاقدين يتزل منزلة الشروط التعاقدية بحيث تأخذ أحكام القانون الأجنبي حكم هذه الشروط ، مستنتجا من ذلك أنه " لا يصح الاعتداد بها ، أي الشروط المذكورة ، ما دامت تخالف القواعد الآمرة في القانون الوطني الذي يحكم العقد في هذا الفرض ، فقانون الإرادة لا يتدخل في هذه الحالة بوصفه قانونا وإنما بصفته تعبيرا عن إرادة المتعاقدين " <sup>1</sup> ، أو كما عبر عنه البعض الآخر قائلا بأنه " إذا كانت دولية العقد تقوم دليلا على اختيار قانون أجنبي يحكم العقد ، فإن العكس غير صحيح ، فاختيار قانون أجنبي لا يقود ، ولا يرتب دولية العقد.

وهذا يعني بصيغة أخرى إلى أنه إذا كان يجوز إسناد عقد التأمين الداخلي إراديا إلى قانون أجنبي ، فإن هذا الإسناد ليس له أية آثار تنازعية ، إذ يظل خاضعا لقانون الطبيعي ، بما يؤكد في هذا الصدد عدم وجود أي دور لإرادة الأطراف في تدويل عقد التأمين الداخلي .

وتنسجم المواقف الفقهية المتقدمة الذكر مع ما أقرته اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي اعتبرت أن اختيار الأطراف لقانون أجنبي لحكم رابطة تعاقدية تتسم بالطابع وطني هو مجرد اختيار مادي ولا يمكن أن يثير أية مشكلة ترتبط بتنازع القوانين وأن القانون المختار في هذه الحالة يصبح جزء من الشروط التعاقدية المضمنة بالعقد ، ولقد أكدت المادة الأولى من هذه الاتفاقية في فقرتها الثانية أن اختيار قانون أجنبي ليطبق على العقد لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يؤدي إلى المساس بالنصوص الآمرة في قانون الدولة التي تركز فيها كافة عناصر الرابطة التعاقدية.

وبطبيعة الحال ، فإن المواقف المتقدمة لا تعكس الرأي الغالب ، فقد منحت بعض الاجتهادات القضائية لإرادة أطراف العقد دورا كبيرا في تثبيت الصفة الدولية على عقد من العقود أو تجريده

<sup>1</sup> - هشام علي صادق : تنازع القوانين، ط. غ. م ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1993 ، ص : 645.

من هذا الوصف ، وهذا التوجه يترجمه قرار قديم لمحكمة النقض الإيطالية صادر بتاريخ 22 ديسمبر 1960.<sup>1</sup> ولقد لقي هذا الرأي مجموعة من الانتقادات لخصها بعض الفقه<sup>2</sup> في ما يلي :

**أولا :** إن إضفاء الدولية على علاقة معينة لا يتوقف على إرادة الأطراف وإنما يستمدده القاضي من العناصر الذاتية للعلاقة نفسها ، فتصبح هذه الأخيرة ذات طابع دولي إذا امتد إليها العنصر الأجنبي وإلا كانت وطنية ، وهذه مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض.

**ثانيا :** إن ترك الحرية لإرادة الأطراف في إضفاء الطابع الدولي على علاقة قانونية معينة من شأنه أن يؤدي إلى إفلاتهم من القواعد الآمرة في القانون الداخلي.

**ثالثا :** إن تعليق دولية العلاقة على إرادة الأطراف يؤدي إلى خلق نوع من التناقض ، حيث أن دولية العلاقة تعد شرطا أساسيا لإعمال قاعدة الإسناد ، فشرط الدولية هنا سابق على إعمال قانون الإرادة ، فكيف تحدد الإرادة دولية العلاقة التي تسبقها في الوجود ؟

وكاستنتاج عام ، فإن الظاهر هو أن تحديد الطبيعة الدولية لأية رابطة تعاقدية بما في ذلك عقد التأمين ، مما يدخل في صميم اختصاص القاضي الوطني ، وأن فتح المجال في هذا الإطار لإرادة الأطراف من شأنه أن يفتح الباب مشرعا امام كافة اشكال الاحتيال و الغش نحو القانون ، بل ويمكن أن يؤدي إلى الإضرار بمصالح الطرف الضعيف في الرابطة التأمينية من خلال تعمد شركة التأمين إضفاء الطابع الدولي على العقد من أجل التهرب من الأحكام الآمرة أو التي توفر حماية فصلي للمكاتب أو المؤمن له الواردة بالقانون الذي من المفروض أن يحكم عقد التأمين باعتباره عقدا داخليا ، وهذا الموقف ينسجم في عمومته مع مبدأ العام الذي كرسه القضاء المغربي والذي أكد بهذا الخصوص أن " الطبيعة القانونية للعقود رهينة ليس بالتحديد الصادر عن الأطراف ، وإنما بالطبيعة المستخلصة من بنودها ، لذلك فإن على قاضي الموضوع أن يحدد هذه الطبيعة ، وأن

<sup>1</sup> -Mario Giluiano :La loi applicable aux contrats , problèmes choisis « Recueil des cours de lahay » 1977,p. 224.

<sup>2</sup> -هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس - المنصورة-

يستخلص من هذا التحديد الآثار القانونية او الاتفاقية التي تولدها هذه العقود<sup>1</sup> . وهذا المبدأ يكتسي طبيعة عامة ينطبق العقود الداخلية و الدولية على حد سواء .

### الفرع الثاني : اختصاص قانون العقد بتحديد الطبيعة القانونية لعقد التأمين :

كغيره من العقود المسماة ، فإن عقد التأمين يمكن أن يتخذ أكثر من طبيعة قانونية واحدة ، فقد يكون عقدا تجاريا ، وقد يكون خلاف ذلك عقدا مدنيا<sup>2</sup> ، وفي تحديد مدى تجارية عقد التأمين او مدنيته ، فإن البحث ينصب على ضبط الطبيعة القانونية لهذا العقد ، وليس على تكييفه ، فحصر القانون الذي يخضع له عقد التأمين يتم عبر مرحلتين : الأولى وهي مرحلة التكييف وخالها يتم تحديد الوصف السليم للعلاقة التعاقدية المطروحة أمام القاضي الوطني ، وهذه العملية قد تقوده إلى نفي أو إثبات كون العقد يندرج فعلا ضمن زمرة عقود التأمين<sup>3</sup> .

ويعد هذا الإفتحاص ، وخلصه إلى هذه النتيجة ، ينتقل القاضي إلى مرحلة البحث عن نوعية القانون الخاص الواجب التطبيق على هذا العقد ، وما إذا كان الأمر يستلزم تطبيق قواعد القانون التجاري او القانون المدني .

ونخلص من ذلك ان هناك تمييز يتعين مراعاته بين الطبيعة القانونية والتي تعني إخضاع الواقعة أو التصرف لقانون لمعناه الخاص أي لتنظيم قانوني معين ، والتكييف القانوني التي يعني إعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة أو التصرف القانوني .

وكما سلفت الإشارة فإن تحديد الطبيعة القانونية لعقد التأمين قد تقضي إما إلى اعتباره عقدا مدنيا او عقدا تجاريا ، و المبدأ في ظل التشريع المغربي هو أن أنشطة التأمين تندرج ضمن

<sup>1</sup> -قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 7 يناير 1976 ، منشور بمجلة المعيار تصدرها هيئة المحامين بفاس ، العدد 1 ص. 45 وما بعدها .

<sup>2</sup> -مع التأكد في هذا الإطار أن عقد التأمين في أصله عقد مدني ، و إلى هذا أشار قرار صادر عن محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 22 يوليوز 1999 في الملف عدد 9/99/1182 والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي : " أنه بالرجوع إلى أوراق الملف يتجلى أن الطرف المستأنف أبرم عقد التأمين بمناسبة العمل الذي يمارسه والذي يتجلى في تجارة مواد البناء. وحيث أنه إذا كان إبرام عقد التأمين مع المستأنف عليها في حد ذاتها عملا مدنيا ، إلا أنه نظرا لصدوره عن التاجر على اعتبار أن المستأنفين يمارسون تجارة مواد البناء وارتباطه بهذا العمل التجاري فإنه يكتسب الصفة التجارية بالنسبة لتطبيقا لقاعدة أن الغرض يتبع الأصل : (قرار غير منشور).

<sup>3</sup> -محمد سليمان الأحمد، في ضوء تعيين القانون الواجب التطبيق : كيف نميز بين التكييف القانوني و الطبيعة القانونية ؟ مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين بجمهورية العراق ، العددان 1 و 2 ، السنة 2002 ، ص. 91.

صنف الأنشطة التجارية وفقا لصريح المادة السادسة من مدونة التجارية إذ بالنسبة للمؤمن أو شركة التأمين يعتبر التأمين عملا تجاريا<sup>1</sup> ، ويقوم بأعمال التأمين في الوقت الراهن شركات المساهمة ، وهي شركات تجارية بشكلها ، إضافة إلى هيئات التأمين بالاكنتاب حيث يتم احتساب قسط التأمين بحيث يغطي الخطر المؤمن عنه إلى جانب تغطية المصروفات الإدارية والربح التي تهدف إليه مثل هذه الهيئات<sup>2</sup> .

وعلى عكس من ذلك فإن عقد التأمين بالنسبة للمكاتب أو المؤمن له ، كما قد يكون تجاريا يمكن أن يكون مدنيا أيضا ، إذا يأخذ الوصف الأول حينما يتعلق بأعماله التجارية ، ويأخذ الوصف الثاني إذا تعلق بأغراضه المدنية أو المهنية<sup>3</sup> ، ويدخل ضمن نطاق الأخير التأمين التعاوني ، وهو تأمين يتفق فيه مجموعة من الأشخاص على تعويض الأضرار التي تلحق أحدهم نتيجة خطر معين من مجموع الاشتراكات التي يدفعها كل واحد منهم ، فهذا النوع من التأمين لا يقوم على الربح.

و تحديد الطبيعة القانونية لعقد التأمين وفقا للتقسيمات المتقدمة الذكر ، دفعت ببعض الفقه إلى إقامة قرينة بمقتضاها يكون عقد التأمين تجاريا ، كما تعلق الأمر بحماية المصالح المالية للمقاول ، وفي الواقع العلمي يتعلق الأمر خصوصا بالتأمين عن الحريق و التأمين عن السلع ، والتأمين عن المسؤولية المبرم لفائدة العمال بالنسبة للأضرار التي يتسببون فيها للغير<sup>4</sup> .

وبديهي ، فإن الفائدة المستقاة من إقامة التمييز المذكور ، هي نفسها الفائدة من تمييز الأعمال أو الأنشطة التجارية عن الأنشطة المدنية بوجه عام ، وضمن نطاق القانون الدولي الخاص

<sup>1</sup>-فؤاد معلال ، شرح القانون التجاري المغربي الجديد ، الطبعة الأولى ، دا الآفاق المغربية، 2009، ص. 89.

-paul Didier ، « Droit commercial : TA :introduction, les entreprises », Presses Universitaires de France 1970, p.136 et 137.

<sup>2</sup>-إبراهيم على عبد ربه: مبادئ التأمين التجاري و الاجتماعي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، طبعة 1988 ، ص. 55.

<sup>3</sup>-Hélène de rode ,les assurances de responsabilité , édition kluwer, 2006 , p.49.

<sup>4</sup>-Mohammed Drissi alami :droit commercial fondamental au maroc,dar al kalam,édition 2006,rabat, p .154.

فإن التوجيهات و التشريعات الأوروبية قننت لقواعد الإسناد المطبقة على عقد التأمين وفق ما يراعي طبيعته المدنية أو الاستهلاكية.<sup>1</sup>

تجدر الإشارة إلى أنه خلافا للتكييف القانوني الذي يعود اختصاص النظر فيه إلى قانون القاضي ، فإن تحديد الطبيعة القانونية بالتعريف والتقسيمات الأنفة الذكر ليست مسألة أولية ، وبالتالي فهي لا تدخل ضمن اختصاص قانون القاضي ، وإنما ضمن اختصاص قانون العقد فإلى هذا الأخير صلاحية تحديد شروط تجارية أو مدنية هذا العقد ، فضلا عن الآثار المترتبة عن ذلك ، غير أن هذا الاختصاص ليس مطلقا ، إذ يرد عليه استثنائيين هامين :

الأول : اختصاص قانون المقر الاجتماعي لشركة التأمين : سلفت الإشارة إلى أن شركة التأمين تكتسي في ظل القانون المغربي صيغة تجارية من حيث الشكل ، و طبيعة الحال فإن تقدير ما إذا كانت شركة التأمين تكتسي هذا الوصف مما يعود الاختصاص فيه إلى قانون الدولة التي يتواجد بها المقر الاجتماعي لهذه الشركة .

الثاني : اختصاص قانون القاضي : يكتسي هذا الاختصاص صيغة تصحيحية ، فمن المعلوم أن التقسيم موضوع النقاش ، لا يحظى بأهمية منهجية فقط ، و إنما بأهمية أخرى تتصل بحماية مصالح الطرف المدني ، وهو في الغالب المؤمن له ، الذي تخول له هذه الصفة الاستفادة من مجموعة من الامتيازات تأخذ بعين الاعتبار مركزه القانوني هذا. وترتبطا على ذلك فإن القانون المختص الذي يجرى المؤمن له - الطرف المدني بحسب الأصل - من الصيغة الاستهلاكية ويضفي بالمقابل على العقد الذي يبرمه وصف " العقد التجاري " بالتبعية للصفة التجارية الثابتة لشركة التأمين يتعين استبعاده في هذا الجزء ، وتطبيق مقتضيات قانون القاضي باعتباره طرفا مدنيا ، وهذه الخلاصة أو الاستنتاج يجد تبريره في خصوصية عقد التأمين الذي لا تثار مقتضياته الحمائية إلا في الشق أو الجزء المتعلق بحماية المصالح المالية أو الشخصية المؤمن له .

<sup>1</sup> -Philippe Guez ,L'élection de for en droit international privé , thèse de doctorat , université de paris X, nanterre,soutenue le 18 janvier 2000, P.91 et s.

## المطلب الثاني: ازدواجية المعايير المعتمدة في إضفاء الدولية على عقد التأمين :

احتمت معظم التشريعات المقارنة عن وضع معايير واضحة يمكن للقاضي الوطني الاسترشاد بها في إضفاء الصيغة الدولية على أي عقد من العقود<sup>1</sup> ، ويندرج ضمن زمرة هذه التشريعات ظهير الوضعية المدنية للأجانب الذي اكتفى واضعة بتحديد ضوابط الإسناد المعتمدة في ربط العقود الدولية بقانون معين ، دون تحديد المعايير الواجب اعتمادها في إضفاء الطابع الدولي على عقد من العقود كما فعلت بعض التشريعات المقارنة . ويصرف النظر عن الملاحظات و الانتقادات التي يثيرها موقف المشرع المغربي ، فإن حصر المعايير المكتسبة لعقد من العقود طابعه الدولي لا تقل أهمية عن الضوابط التي يخضع لها متى ثبتت هذه الصفة له ، فتحقق الوصف الأول هو الذي يجرى عمل ضوابط الإسناد و الآثار الناشئة عنها ( الإحالة التكييف ، النظام العام ... ) .

و بالعودة إلى التوجيهات الأوروبية التي نظمت مشكلة تنازع القوانين المتصلة بعقد التأمين ، سنجد بأنها كما هو الحال مع المشرع المغربي ، تفادت الحديث عن الوصف الدولي لهذا العقد تاركة المجال لقضاء دول الإتحاد في تحديد المعايير الملائمة و المناسبة لإضفاء هذا الوصف او نزعها عن هذا العقد ، إلا أنها و بالمقابل حرصت على تحديد الضوابط التي يمكن اعتمادها ، كآليات لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد ، وهي لا تتعدى في عمومها مكان تحقق الخطر المؤمن عليه و مكان إقامة المؤمن له أو شركة التأمين .

وعموما فإن معالجة المعايير المعتمدة في إضفاء الصيغة الدولية على عقد التأمين نستلزم التعرض أولا للمعايير القانوني و الاقتصادي اللذين اعتمدهما أغلب الاجتهادات القضائية والفقهية في إصباغ الصفة الدولية على العقود بوجه عام بما في ذلك عقد التأمين (الفرع الأول) ، على أساس أن نتلو ذلك بتقييم مدى انسحاب المعيارين إمتقدمي الذكر مع خصوصية هذا العقد (الفرع الثاني) .

<sup>1</sup> -Guiliano Mario ,» La loi applicable aux contrats » , rec.des cours 1977/V.E.158,P .195 et s.



الفرع الأول : توزع المعايير المعتمدة في إضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين بين المعيار القانوني و المعيار الاقتصادي :

يخضع عقد التأمين كغيره من العقود الدولية الأخرى لنفس المناهج و المعايير التي ابتدعها الفقه للتمييز بين العقود الدولية و العقود الداخلية<sup>1</sup> و نقصد بذلك كلا من المعيار القانوني ( بند 1 ) و المعيار الاقتصادي ( بند 2 ) ، حيث يؤشر غلبة ضوابط الإسناد الآمرة كوسيلة لتحديد أو ربط عقد التأمين بقانون دولة معينة ، إشارة واضحة إلى رغبة مختلف التشريعات التي تولت تنظيم الدولي على هذا العقد ، ويؤشر الحضور المحدود لضابط حرية الإرادة برغبة مقابلة لتقليص المعيار الاقتصادي القائم على المساس بمصالح التجارة الدولية المجسدة في حرية تداول السلع والخدمات التي تفرض حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق.

#### أولاً: المعيار القانوني:

بحسب هذا المعيار يصبح عقد التأمين عقداً دولياً بمجرد اتصال إحدى عناصره بأكثر من نظام قانوني ، وهذه العناصر كما قد تكون موضوعية كاختلاف دولة الإبرام عن دولة التنفيذ يمكن أن تكون أيضاً شخصية كاختلاف جنسية أطراف الرابطة التأمينية أو تباين موطنهما<sup>2</sup> ، ومثل هذا الاختلاف هو الذي يفرز مشكلة تنازع القوانين و يستدعي بالتالي البحث عن القانون الواجب التطبيق ، وتطبيقاً لهذا التوجه فقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار صادر عنها

<sup>1</sup> - يعدد الفقه الحالات التي يمكن أن تصبغ على عقد التأمين الصبغة الدولية كأن يقوم بتأمين أجنبي أو شركات أجنبية داخل الدولة، أو أن يصطبغ التأمين أو النشاط الذي يتم التأمين عليه بالصبغة الدولية كأعمال التصدير و الإستيراد ، إبراهيم أحمد ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1997 بيروت، ص.345.

<sup>2</sup> - أحمد القشيري، الإتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 21، لسنة 1965، ص.75. وأيضاً، سامي بديع منصور الوسيط في القانون الدولي الخاص ، تقنية وحلول للتنازعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية للطباعة و النشر ، الطبعة الأولى 1994، بيروت لبنان ، ص. 536.

-batiffol (h) :répertoire dalloz.droit.inter.v.contrat et convention ,n°9,p :564.

-jean michel jacquet : le contrat international , connaissance du droit , paris dalloz , 1992, p M6

-louis lucas :porté de la distinction entre droit privé interne et droit international privé ,revue marocain de développement n°7 , 1984, p ;4.

بتاريخ 15 ماي 1934 بأن العقد يكون دوليا عندما يتخطى حدود دولتين ويؤول بالتالي إلى تطبيق القانون هذه الدولة أو تلك.<sup>1</sup>

وقد تبنت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر في 19 حزيران 1970 نفس التوجه ، حينما قضت بأن العقد يعتبر دوليا رغم عدم استجماعه لإحدى الشروط المتقدمة لذكر ، وذلك عند اتصاله بشكل وثيق بعقد آخر يعتبر هو نفسه عقدا دوليا.<sup>2</sup>

وكما هو واضح فإن المعيار القانوني يبدو و كأنه يؤدي إلى إعطاء معنى سهل وبسيط لمفهوم "عقد التأمين الدولي " ، إلا أن هذه الإيجابية لا تحجب خطورة التطبيق المتفلت من كل الضوابط أو القيود لهذا المعيار ، وهذا الاحتمال كان سائدا لدى فقه القانون الدولي الخاص في عهد الحماية ، فقد أخذ الفقه آنذاك بالمعنى الحرفي المعيار القانوني ليعتبره عقدا دوليا ، كل عقد يكون أحد طرفيه أجنبيا.<sup>3</sup>

وهذا الموقف الذي تبناه القضاء المغربي<sup>4</sup> ، أعطى لأطراف العقد مساحة وحرية واسعة في تعيين القانون الذي يخضع له العقد حتى ولو أدى ذلك إلى مخالفة القواعد الآمرة الواردة في القانون المغربي ، مع أن هذا العقد قد يكون مرتبطا من خلال عناصره الموضوعية بالمغرب أكثر من ارتباطه بقانون دولة أخرى بما يترع عنه صفة العقد الدولي<sup>5</sup> .

### ثانيا : المعيار الاقتصادي :

خلافًا للمعيار القانوني ، فإن المعيار الاقتصادي لا يهتم بالعناصر القانونية التي تحقق ارتباط عقد التأمين بقانون دولة معينة ، وإنما يهتم بالأساس بمدى اتصال هذا العقد بمصالح التجارة الدولية

<sup>1</sup> - mohammed el mernissi : « définition du contrat international ;l'actualité juridique n°18 septembre 1999, p :4

<sup>2</sup> -cass.civ 7 octobre 1980,revcrit d.i.p 1981, p :313.

<sup>3</sup> -lérís (p) :la justice au maroc point de vue international, in, decroux (p) :droit international privé , ed.la porte,rabat 1963,p ; 415.

<sup>4</sup> -قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 31 أكتةبر1930،منشور ضمن مجموعة قرارات محكمة الاستئناف 1928، ص :121.

<sup>5</sup> -محمد الوكيللي : الطعن في أهلية المتعاقد الأجنبي، تعليق على قرار عدد 63، الصادر عن الغرفة المدنية بالجلسة الأعلى في 20 يناير 1982، مجلة القضاء والقانون، السنة 24، العدد 136،135،ص :140.

، أي عندما يكون محله أو موضوعه تداول القيم أو الخدمات أو الأموال و الانتقال بها خارج الحدود<sup>1</sup>.

فهذا المعيار يقوم أساسا على الغاية أو الهدف من العقد او المعاملة دون اعتبار للعناصر القانونية الأجنبية المرتبطة بالعقد<sup>2</sup>.

ولهذا قيل أن الفارق الرئيسي بين المعيار القانوني و المعيار الاقتصادي يتمثل في كون المعيار القانوني يعتمد ضوابط قانونية محصنة كالجنسية و الوطن و مكان الإبرام ، في حين يعتمد الثاني الأثر الاقتصادي المتأتي من العملية<sup>3</sup> ، من غير أن يعني ذلك وجود تباعد تام بين الاثنين ، لأن القضاء وإن كان اعتمد في بعض الحالات المعيار القانوني وسيلة لإضفاء الصبغة الدولية على عقد من العقود ، فإنه اعتمد الجزء المتصل بمحل العقد وموضوعه من هذا المعيار طنا منه بأنه ذو طبيعة قانونية محضة ، وهذا وإن كان في ظاهره كذلك فهو جوهره يعتبر معيارا ذو طبيعة اقتصادية لاتصاله بمصالح التجارة الدولية ، وتنطبق هذه الملاحظة بشكل بارز على الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس الصادر بتاريخ 19 يونيو 1970 ، وقرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 1970<sup>4</sup>.

والظاهر أن المشرع الأوربي سار في اتجاه تغليب المعيار القانوني فيما يخص إضفاء الصبغة الدولية على عقد التأمين ، إذ لم ينظر إلى طبيعة المعاملة في حد ذاتها ، وإنما اهتم في المقام الأول بالعنصر الأجنبي الذي يداخلها ، وهكذا فإذا رجعنا إلى معاهدة روما واتفاقية امستردام ولا سيما المادة 43 منها سنجدتها تكرر مبدئين هامين يحكمان التعاملات المدنية و التجارية داخل نطاق

<sup>1</sup> - سامي بديع منصور ، المرجع السابق، ص. 536.

<sup>2</sup> - mohamed el mernissi ,op cit,p.5.

<sup>3</sup> - أشرف وفا محمد ، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ، الطبعة الأولى 2005، ص.11. نفس المقال ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 59، ص 155.

<sup>4</sup> - antoine kassis : « le nouveau droit eurpéen des contrats internationaux » hors collection , L . G .D.J,1996 ,p.66 et s.

La libre prestation des services ، ويتعلق الأمر بمبدأ حرية أداء الخدمات ، و La liberté d'établissement<sup>1</sup>.

ويراد بالمبدأ الأول في سياق علاقته بأنشطة التأمين أن من حق أي شركة تأمين تتواجد بإقليم دولة عضو من دول الإتحاد الأوروبي أن تتقدم بإيجاب لإبرام عقد التأمين في دولة أخرى ، ولو لم تكن لها بهذه الدولة وكالة أو فرع يمثلها ، وإبرام عقد التأمين ضمن نطاق هذا المبدأ هو الذي يجعل من هذا العقد ، عقدا دوليا ، لأن نطاقه يتجاوز إقليم دولة أوروبية واحدة ليمتد بمجاله القانوني لدولة أوروبية أخرى ، وبالتالي فهو الذي بشير مشكلة تنازع القوانين<sup>2</sup> ، هذا خلافا لمبدأ حرية التأسيس الذي لا يهدف سوى إلى السماح لشركة التأمين التي تتواجد بإقليم دولة أوروبية بإمكانية تأسيس فرع لها أو وكالة فوق إقليم دولة أوروبية أخرى ، والمراد من هذا المبدأ - وكما عبر عن ذلك الأستاذان Le Tallec و Schapina إدماج شركة التأمين الأجنبية في الدولة المستضيفة أو المستقبلية لفرع شركة التأمين الأم ، وعليه فإن عقود التأمين التي تصدرها هذه الأخيرة لا تثير أي تنازع للقوانين ، إذ تخضع من حيث القانون الذي يحكمها لقانون الدولة التي تتواجد فوق إقليمها<sup>3</sup>.

وفيما نعتقد فإن المسلك الذي نهجته التوجيهات الأوروبية بتغليبها المعيار القانوني بحد تفسيره أساسا في معطين:

<sup>1</sup> -nicolas auclair ,Op.Cit, p .2. ;Levrier (G) ,droit européen des assurances , bruxelles , bruylant 1992, p.278. ;Classens (H) ,La libre presentation de services en assurance vie et en assurance automobile, hors édition ,1989, p .269,278.

<sup>2</sup> -كما تجدر الإشارة على أن جميع الأخطار ليست مشمولة بمبدأ حرية الخدمات التأمينية ، فإذا رجعنا على سبيل المثال إلى القانون الفرنسي سنجد أنه قد استبعد بعض العمليات الخاصة من مجال تطبيق المبدأ المذكور ، ونذكر منها تغطية حوادث العمل و الأمراض المهنية ، المسؤولية المدنية للمركبات الأرضية التي تعمل بالمحركات باستثناء مسؤولية الناقل ، المسؤولية المدنية الناتجة عن صناعة العقاقير و الأدوية ، المسؤولية المدنية لمشغلي المنشآت النووية وتغطية مخاطر الأعمال التي تحدثها منشأة لا تخضع لتأمين إجباري.

بتفصيل أكثر، نبيل إسماعيل، التأمين ضد أخطار التلوث ، دار النهضة العربية ، بيروت، 2003، ص.167.

<sup>3</sup> -Schapira (J), le Tallec(g),Balaise(JB) :Droit européen des affaires , édition P .U .F , 1992 , P .618.

أ- وضوح العناصر المعتمدة من طرف المعيار القانوني : بحيث أن القاضي بإمكانه أن يتبين منذ البداية العناصر التي يمكنه أن يعتمدها في إضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين كموطن شركة التأمين ، ومحل إقامة المؤمن له ، ومكان تحقق الخطر المؤمن عليه ، لكن هذا الوضع لا يرادف إيجابية " التوقع " لأن أطراف الرابطة التأمينية ليس بمقدورهم أن يتكهنوا منذ البدء بأي من العناصر السابقة يمكن القاضي أن يعتمدها في هذا الإطار.

وفي كل الأحوال فإن القاضي وهو يقوم بتحليل كافة العناصر المعروضة أمامه قد يستعين بأحد المنهجين : المنهج المطلق أو المنهج المؤثر.

فإن اعتمد الأول فإن اختياره قد يؤول إلى إسباغ عقد التأمين بالصيغة الدولية لمجرد ارتباط أحد عناصره بقانون دولة أجنبية ، كوجود المقر الاجتماعي لشركة التأمين بهذه الدولة أو أن تكون الأخيرة محلا لإبرام عقد التأمين نفسه... وتتجلى خطورة هذا المنهج في أنه يوفر حماية ضئيلة للمكاتب أو المؤمن له لأن الارتباط المذكور قد لا يكون إلا ثانويا وغير ذي قيمة .

أما المنهج القائم على اختيار المعايير المؤثرة ، فإيجابيته تتجلى في أنه يقود إلى إضفاء طابع حقيقي على الطبيعة الدولية لعقد التأمين كما سيأتي توضيح ذلك.

ب- انسجام المعيار القانوني مع خصوصية الطابع الحمائي لعقد التأمين : ليس عناصر الربط الواردة في المعيار القانوني من ضمن هذه الحماية في حد ذاتها ، وإنما كيفية توظيف القاضي لها ، فالأخير ، خلافا فيها لو تعلق الأمر بالمعيار الاقتصادي الذي يلزمه بمراعاة مدى مساس عقد التأمين بمصالح التجارة الدولية ، يمكنه أن يختار أيا من العناصر القانونية كأساس لاستنتاج الطابع الدولي لعقد التأمين أو الحفاظ له على طابعه الإقليمي ، أو المحلي إذا لمس في ذلك ما يضمن ويكفل الحماية للمكتب أو المؤمن له ، ومن هنا يمكن القول بأن اختيار أي عنصر من العناصر المشكلة للمعيار القانوني أو استبعاده لها من طرف القاضي الوطني لا يستند على عملية تجريدية محايدة قائمة على المقارنة و الموازنة بين العناصر المطروحة أمامه بقدر ما تحكمه مدى ما ستؤول إليه هذه العملية من نتائج لفائدة المكتب أو المؤمن له ، وهذا الطرح يؤكد أسبقية النتائج المرتقبة من تطبيق

القانون الأجنبي على عقد التأمين ، على الأعمال الطبيعي و المحايد للمعيار المحددة لإقليميته أو دوليته .

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن عقد التأمين محكوم ضمن نطاق المنظومة التشريعية لدول الإتحاد الأوروبي بازدواجية القوانين التي تحكمه ، فبالنسبة للأخطار المتواجدة فوق إقليم إحدى الدول الأوروبية فإنها تكون محكومة من حيث المبدأ بالجيل الثاني من التوجيهات الأوروبية المتعلقة بالتأمين عن الأشياء و التأمين عن الحياة المتقدم ذكرها ، وقواعد التنازع المضمنة في قوانين دولة الإتحاد الأوروبي التي استمدت منها ، ونخص بالذكر هنا القانون الفرنسي<sup>1</sup> الذي نقل هذه القواعد بموجب قانون رقم 89-1014 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1989 والمعمول به في الأول من يونيو 1990 ، وأيضاً بموجب القرار رقم 90-700 الصادر بتاريخ 8 غشت 1990 ، أما بالنسبة للأخطار المتواجدة خارج نطاق أقاليم هذه الدول فتحكمها اتفاقية روما لسنة 1980 و المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بوجه عام ، فضلاً عن قواعد التنازع الخاصة بالعقود الدولية الواردة ضمن نطاق تقنيات القانون الدولي الخاص لكل دولة من دول الإتحاد<sup>2</sup>.

غير أن هذه الاتفاقية حلت محلها اللائحة الأوروبية رقم 593 الصادر بتاريخ 17 يونيو 2008 المعروفة بروما الأولى والتي خصصت المادة 7 منها لعقد التأمين مقررة أن الأحكام الواردة في هذه المادة ، والتي سنتولى الإشارة إليها بحسب السياق تطبيق على عقود التأمين التي تغطي الأخطار الكبيرة سواء حصلت فوق النفوذ الترابي لدول الإتحاد أو خارجه بالإضافة إلى جميع عقود التأمين الأخرى التي تغطي الأخطار الواقعة فوق إقليم إحدى دول أعضاء هذا الإتحاد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- Voir article 351-1 du code des assurances françaises(Loi n92-24 du 09mars1992,portant promulgation du code des assurances,modifié le 08 novembre2018).

<sup>2</sup>-Bian Carelli (j) dans son rapport intial du 12 éme colloque juridique international de c e a « l'application du droit du contrat d'assurance dans le marché unique européen », éd.r.g.a.t et l.g.d.j, avril 1992,P.40.

<sup>3</sup> -j.o.u.e, du 4/4/2008 article 177/12.

المطلب الثالث : تقييم ازدواجية المعايير المعتمدة في إضفاء الصيغة الدولية على عقد التأمين :

على الرغم من استقرار الفقه و الاجتهاد القضائي على اعتماد المعيارين القانوني و الاقتصادي في إضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين ، فإن خصوصية هذا الأخير وهيمنة القواعد الحماائية المتعلقة بتنظيم التشريعي ، يدفع في اتجاه القول عدم انسجام المعيارين المتقدمي الذكر مع خصوصية هذا العقد ( الفرع الأول) وهو ما يفرض البحث عن معايير بديلة ( الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تقدير المعايير المعتمدة في إضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين :

في معرض تحليله للمعايير الكفيلة بإضفاء الطابع الدولي على عقد من العقود أشار الأستاذ محمد الوكيل إلى أن " الأمر يفرض إعادة النظر في المعيار المستعمل لتمييز العقد الدولي عن العقد الداخلي وآثاره القانونية و الرجوع إلى المعيار السائد في فقه القانون الدولي الخاص الذي تبني فكرة العقد الدولي على أسس موضوعية محضة " ، ويعني ذلك يضيف نفس الفقه " انه يجب البحث داخل العقد نفسه عن العناصر التي يمكن أن تساهم في تدويله وليس بناء على جنسية المتعاقدين أنفسهم ، ومن أهم العناصر الموضوعية التي يمكن أن ترقى بالعقد إلى مصاف العقود الدولية ارتباط محله بالتجارة الدولية.<sup>1</sup>

ومن دون شك فإن مناقشة هذا الرأي بناء على الأسس التي اعتمدها تقضي إلى طرح مجموعة من الأسئلة : هل توجد فعلا معايير موضوعية يمكن أن ننعثها بأنها محضة ، ويمكن بالتالي أن نؤسس عليها دولية عقد ما أو نفي هذه الصفة عنه ؟ وما طبيعة هذه المعايير إن وجدت ؟ وهل المقصود بالمعايير الموضوعية تلك التي لا يكون لأطراف العقد دخل في إقامتها بمعنى أنها تتصل بجوهر العقد وخارجة عن إرادة الأطراف ؟ وهل ينسجم فعلا معيار التجارة الدولية مع كل طوائف العقد ؟

<sup>1</sup> -محمد الوكيل ، تعليق على قرار المجلس الأعلى رقم 63، الصادر بتاريخ 20 يناير 1982 في الملف المدني عدد 86772، مجلة القضاء و القانون ، السنة 24، العددان 135-136، ص. 142. وما يليها.

يومي تناسل الأسئلة على هذا النحو على أن هناك إشكالا عميقا يؤول إلى عدم قبول " معيار التجارة الدولية " الذي قال به الفقه المذكور ، بل وعدم قبول المعيار القانوني نفسه وذلك لاعتبارين اثنين :

#### أولا : صعوبة تحديد مدلول واضح للمعايير الموضوعية المحضة :

ليس من السهل إيجاد معايير موضوعية يمكن أن نعتبرها معايير محضة ، فغالبا ما تختلط هذه المعايير الموضوعية بأخرى ذات طبيعة شخصية ، ولإيضاح الصورة يمكن أن نسوق المثال التالي : أبرم عقد تأمين بين شخص مغربي وشركة التأمين الفرع التي يوجد مقرها في المغرب لتأمين عن الأضرار التي تلحق منقولات هذا الأخير أثناء تواجدها فوق الإقليم المغربي ، وتم الإنفاق فوق ذلك أن يتم أداء الأقساط بالعملة الأوربية تؤدي أمام شركة التأمين الأم ، فهل هذا العقد بهذه المواصفات يمكن اعتباره دوليا ؟

بحسب المعيار الموضوعي موضوع المناقشة فإنه يتعين اعتباره كذلك لأن عملة الأداء تدرج ضمن المعايير الموضوعية ، لكن واقع الحال لا يتيح مثل هذه القراءة لأن هذا المعيار لم تفرضه ضرورات التعاقد أو موضوع العقد وإنما فرضته شركة التأمين على المؤمن له ، بالنظر إلى اعتبارات تم مصالحها المالية و التجارية .

#### ثانيا - عدم انسجام معيار التجارة الدولية مع مبدأ عدم تجانس العقود :

من حيث الأصل فإن القبول بقاعدة أو معيار معين ليسري على العقود بصفة عامة يفرض ويقتضي تجانس هذه العقود واصطفافها في مرتبة واحدة .

إلا أن النظرية العامة للعقود تسير في غير هذا الاتجاه ، فالعقود على الجملة تختلف من حيث مقدار حضور مبدأ سلطان الإرادة ضمنها بين عقود رضائية وأخرى إدعائية وينبني على ذلك كنتيجة طبيعة ان تختلف المعايير المعتمدة في وصف عقد رضائي بأنه عقد دولي عن تلك التي يتم اعتمادها في وصف عقد إذعان بأنه يحمل ذات الصفة او الوصف.



ومن المؤكد كذلك أن اعتماد معيار " التجارة الدولية " لإضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين سيخدم مصالح شركات التأمين ، فهي شركات تجارية ومصالحها لا تتضرر كثيرا فيها لو جرد عقد التأمين من طابعة الداخلي وتم تصديره عقدا دوليا.

وفضلا عن ذلك فإن العناصر التي يتأسس عليها معيار التجارة الدولية ، أي انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود ومساس العقد بالتجارة الدولية " ما هو إلا نتيجة وغاية لأصل يتجسد في وجود ضروري للعناصر القانونية ، فهذه الأخيرة هي التي تمنح الدولية للعلاقة التعاقدية ، وليس الجانب الاقتصادي ، لأن العملية الاقتصادية بمدلولها السابق متوفرة حتى داخل حدود الدولة الواحدة<sup>1</sup>.

أمام هذا الوضع يبدو تطبيق معيار التجارة الدولية او المعيار الاقتصادي على عقد التأمين غير ملائم لخصوصية هذا الأخير ، فإذا عقد التأمين نكون أمام عقد استهلاك ، وبحسب Philippe Guze فإن تطبيق المعيار الاقتصادي على هذا الصنف من العقود يعبر عن تجاهل للخصائص المميزة للعقود المبرمة مع متعاقد ضعيف يوجه عام ، والتي تقتضي ضرورة إحاطتها بأقصى درجات الحماية الممكنة ، و المعيار الاقتصادي هو معيار بالطبيعة لا يراعي هذا الاعتبار لأنه أصلا يجد مكانه الخصب في عقود التجارية الدولية.<sup>2</sup>

وبطبيعة الحال ، فإن المعيار القانوني لا يسلم هو الآخر ، من النقد من زاوية كونه يربط الطابع الدولي لعقد التأمين بمجرد اتصال أحد عناصره بإقليم أجنبي ، والحال أن هذا الارتباط يمكن أن لا يكون سوى ارتباطا ثانويا ومحدودا.

### الفرع الثاني : الحاجة إلى اعتماد المعيار المؤثر في إضفاء الصيغة الدولية على عقد التأمين :

تقوم فكرة العنصر المؤثر على مبدأ عدم كفاية اتصال العنصر الأجنبي بعقد التأمين لإسباغ الصفة الدولية عليه ، وإنما يتعين فوق ذلك أن يكون منتجا ، بحيث تتحقق له فعالية في العلاقة

<sup>1</sup> - سناء راكيع ، تنازع القوانين في مجال التجارة الدولية-عقد البيع للبضائع-، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون المقاولات ، وحدة قانون المقاولات ، كلية الحقوق ، أكادال ، الرباط، 2005-2006، ص.15.

<sup>2</sup> -Philippe Guez :op.cit,p .91 et s.

التعاقدية ، وهذه مهمة يتكفل بها قضاء الموضوع ، إذ يعود له الاختصاص في استخلاص العناصر الأجنبية الحاسمة الكفيلة بتصنيف عقد التأمين ضمن مجال العقود الدولية.

ويخلص الفقه من دراسته للعنصر المؤثر أو الفعال إلى أن "أي مركز أو علاقة نشأت في بلد معين وتقوم على مجرد ارتباط ضعيف أو بعيد مع بلد أجنبي ، لا يكفي لأن تثير تدخل القانون الدولي الخاص ، بل يلزم أن يكون للعنصر الأجنبي بعض الكيان أو أن يتسم بحد أدنى من الأهمية<sup>1</sup> ، وبمعنى مرادف فإنه يتعين أن تلحق الصفة الأجنبية التي يعتد بها في هذا الصدد بعنصر مؤثر في الرابطة المطروحة ، بحيث يتعين التفريق بين العناصر المحايدة و العناصر المؤثرة ، وأن يعتمد فقط بهذه الأخيرة لأنها تمثل مركز الثقل في العلاقة<sup>2</sup> ، وليس بمجرد اتصال أحد عناصر العقد بإقليم دولة أجنبية.<sup>3</sup>

يبقى الانطلاق إذن من العناصر المؤثرة لعقد التأمين المرجع في تحديد طابعه الدولي أو الإقليمي ، وبمعنى أوضح فإنه لا يكفي أن تتصل الصفة الأجنبية بجنسية المؤمن له أو مكان تواجد المقر الاجتماعي لشركة التأمين ، لكي نضفي على عقد التأمين الطابع الدولي ، وإنما يتعين بالأولوية أن يتصل أو يمس العنصر الأجنبي أحد الصفات الجوهرية لهذا العقد.

ويتوافق هذا التصور مع ما هو سائد لدى العديد من تقنيات القانون الدولي الخاص و التي لم تضع ابتداء أي من المعايير المتقدمة الذكر شرطا أو مقياسا لتحديد الطبيعة الدولية للتصرف القانوني ، ويمكن أن نشير هنا إلى ما جاء في توطئة الفصل الثاني من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية و التي نصت على ما يلي : " تعتبر دولية العلاقة القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام او عدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي " .

وفي شرحه لمضمون هذا النص ، يفيد الأستاذ مبروك بنموسى قائلا بأن " المشرع التونسي بموجب هذا النص لم يعتمد المعيار القانوني ولا المعيار الاقتصادي ولا المعيار المختلط الذي يجمع

<sup>1</sup> - منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأ المعارف، الإسكندرية، طبعة 1991، ص. 33 وما يليها.

<sup>2</sup> - Lamy (S.A) :Le contrat international, 1986, tome II, L. 218.

<sup>3</sup> - Jacque Mestre, n° 19, Rev. Crit. D.L.P., 1981, P. 324, 7 octobre 1980, cass civ.

بينهما معا ، وإنما اختار المعيار الرابع - أي العنصر المؤثر أو الفعال - وهو معيار يقوم على انتقاء العنصر المؤثر من بين عناصر العلاقة القانونية ، فإن كان لهذا العنصر صلة بنظام او عدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي ، عدت علاقة دولية...<sup>1</sup>.

وينسجم الموقف المتقدم المشرع التونسي ما هو سائد لدى عديد من الاتفاقيات الدولية ، فكل اتفاقية تضع معيارا يعد بمثابة العنصر المؤثر في إضفاء الطابع الدولي على العلاقة التعاقدية ، كما هو الحال مع اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلق بالبيع الدولي للبضائع التي اعتمدت مكان إقامة أطراف عقد البيع الدولي عنصرا في ثبوت الصفة الدولية لعقد البيع ، فنصت المادة الأولى منها على ما يلي : " تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة ، نفس التوجه نلمسه لدى اتفاقية النقل الدولي للبضائع بطريق البر او ما يعرف بقواعد هامبورغ لسنة 1978 والتي صادق عليها المغرب بتاريخ 12 يونيو 1981 والتي أشارت في مادتها الأولى إلى أن عقد النقل البحري للبضائع يعد دوليا ويخضع لقواعد هامبورغ إذا توافر لها معيار أساسي وهو كون النقل يقع بين دولتين مختلفتين مهما كانت صفة أو جنسية طرفي العقد<sup>2</sup>.

وبحسب مضمون المواد المتقدمة الذكر ، يمكن القول بأن تحديد مركز الثقل أو العنصر المؤثر في أية رابطة او علاقة قانونية حتما سيختلف بحسب نوعية هذه الرابطة ، فقد تتمثل في أطراف العلاقة كما هو الحال بالنسبة لعقد الزواج ، او موضوع العلاقة كما هو الحال في عقد بيع العقار أو في الواقع المنشئة للالتزام كما هو الشأن بالنسبة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الضار ، وتسري هذه القاعدة من حيث المبدأ على عقد التأمين أيضا ، وهو ما يبرر طرح التساؤل التالي : أي عنصر من العناصر المكونة او المتصلة بعقد التأمين يمكن اعتبارها بمثابة مركز الثقل في هذا العقد ، والتي يمكن اعتمادها بحسب هذا الوصف لإضفاء الطابع الدولي عليه ؟.

<sup>1</sup> -ميروك بنموسى، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص ، نوفمبر 2003، ص.38.

<sup>2</sup> - مجموع هذه الإتفاقيات منشورة على الموقع الإلكتروني:

لم يرد بحسبان المشرع المغربي مثل هذا التساؤل ، فالأخير لم يفترض في عقد التأمين سوى الوضع الثابت له ، أي أن يكون عقدا داخليا ، ولهذا فإن الحالات التي يمكن أن يكتسي فيها هذا العقد الطابع الدولي تكاد تكون محدودة جدا ، فلو رجعنا إلى المادة 162 من القانون رقم 99-17 المتعلق بمدونة التأمينات سنجدتها تؤكد كقواعد عامة على ضرورة تأمين الأخطار الموجودة بالمغرب و الأشخاص المقيمين به وكذلك المسؤوليات المرتبطة بالأخطار و الأشخاص المذكورين بواسطة عقود تكتسبها وتديرها مقاولات التأمين وإعادة التأمين المعتمدة بالمغرب<sup>1</sup>.

وباعتماد صريح هذه المادة و التعديلات التي أدخلت عليها بمقتضى الظهير الشريف رقم 17/6/1 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006<sup>2</sup> ، فإن الطابع الدولي لعقد التأمين يكاد ينحصر في الفروض التالية:

أولا : الحالات المنصوص عليها في اتفاقية التبادل الحر المبرمة بين المغرب ودول أخرى ، كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية التبادل الحر المبرمة مع الولايات المتحدة الأمريكية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-وتقرب صياغة هذه المادة من الصياغة التي جاءت بها المادة 81 من القانون رقم 10 لسنة 1981 المصري والتي تنص على ما يلي : "لا يجوز للأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين التعاقد على أي عمليات تأمين مباشرة تتعلق بممتلكاتهم أو مسؤولياتهم في مصر إلا لدى شركات خاضعة للأحكام هذا القانون".

-وهو نفس المقتضى الذي نجده في المادة L-321-1 من مدونة التأمين الفرنسية الذي يقرر البطلان بالنسبة لجميع عقود التأمين المبرمة أمام شركات تأمين غير معتمدة فوق الإقليم الفرنسي ، وهو بطلان لا يحتج به ، بحسب نفس المادة ، في مواجهة المكتسبين و الغير حسني النية. وتجدر الإشارة إلى أن موقف المشرع الفرنسي -وبحسب الفقه الغالب - يتعارض بوضوح مع مبدأ حرية أداء خدمات والذي يخول للفرنسي إبرام عقد تأمين أمام إحدى شركات التأمين الأوروبية.

-Jean Bigot ,L' internationalisation du droit des assurances ,édition Dalloz, 1999 , P.62.

<sup>2</sup>-راجع الجريدة الرسمية عدد 5399 ، بتاريخ 28 محرم 1427 الموافق لـ 27 فبراير 2006 ، ص 526.

<sup>3</sup>-لا بد من التنويه إلى أن الجانب الأمريكي في مفاوضات التبادل الحر مع المغرب دفع في اتجاه تعديل القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 126 من مدونة التأمينات والتي تقضي بضرورة التأمين وجوبا على الأخطار الموجودة في المغرب و الأشخاص المقيمين به وكذا المسؤولية المرتبطة بالأخطار أو الأشخاص المذكورين أمام شركات تأمين مغربية ، معضدا موقفه بكون بعض من هذه الأخطار يصعب إخضاعها لهذه القاعدة لكونها يمكن أن تقع خارج النطاق التراخي لإحدى الدولتين كما الشأن بالنسبة للأخطار التي تتهدد الطائرات و السفن .

راجع في هذا الصدد : الحوار الذي أجرته جريدة La nouvelle tribune مع السيد التهامي اليحياوي المدير المساعد بمديرية التأمينات تابعة لوزارة الإقتصاد و المالية.

ثانيا : عقد التأمين على الأخطار الواقعة او الموجودة فوق إقليم دولة أجنبية و المؤمن عليها من طرف شركة التأمين مغربية.

ثالثا : تأمين الطيران و التأمين البحرية .

رابعا : عقد التأمين المبرم لتغطية أحد الأخطار الذي يكون اكتبته إجباريا بموجب نص قانوني او تنظيمي لا تتوفر لدى مقاومة التأمين وإعادة التأمين المشار إليها في المادة 158 من مدونة التأمينات ، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للتأمين عن المسؤولية المدنية لمراقبي الحسابات ووسطاء البورصة.

فضمن نطاق هذه الحالات ، يمكن أن نتصور قيام عقد تأمين دولي وفقا لمفاهيم القانون المغربي ، و بالمقابل فإن نفس العقد لا يصطبغ بالصيغة الدولية إذا وقع إبرامه من طرف شركة تأمين أجنبية للتأمين عن الأخطار الموجودة في المغرب أو الأشخاص المقيمين به أو المسؤوليات المرتبطة بهؤلاء الأشخاص ، كما لا يكتسي نفس الوصف إذا أبرم من طرف فرع شركة التأمين أجنبية متوطنة فوق الإقليم المغربي للتأمين عن الأخطار أو المسؤوليات المذكورة .

ويقترب من موقف المشرع المغربي ما سار عليه المشرع التونسي ، الذي نص بموجب المادة 44 من مجلة التأمين التونسية على أنه " يجب تأمين الأخطار الواقعة بالبلاد التونسية و الأشخاص القاطنين بها بعقود تكتب لدى مؤسسات تأمين لها صفة المؤسسات المقيمة"<sup>1</sup>.

وفي تحليله لمضمون هذه المادة حدد الفقه ما يعتبر تأمينا داخليا قائلًا : " التأمين يعتبر داخليا في الحالات التي يتحقق فيها الخطر في تونس ولو كان المؤمن له أجنبيا ، كما أن عقد التأمين يعتبر داخليا لأن المؤمن له قاطن في تونس ولو كان الخطر محتمل الحدوث خارج التراب التونسي كخطر نقل البضائع من الخارج إلى تونس مثلا"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-أضاف المشرع التونسي بموجب الفصل الثالث من القانون رقم 37 لسنة 2002 المؤرخ في أبريل 2002 فقرة تعد استثناء من المبدأ المتقدم مقتضاها أنه : " يمكن لوزير المكلف بالمالية الترخيص بصفة استثنائية في اكتتاب عقود تأمين خارج البلاد التونسية لتغطية نتائج المسؤولية المهنية للنقل البحري والجهاز البحري".

<sup>2</sup>-عثمان بن فضل ، خواطر حول التحكيم وعقد التأمين في زمن عولمة الإقتصادية ، مقال منشور ضمن الأعمال الكاملة للملتقى الدولي الذي نظم في 24 أبريل 1998 مركز الدراسات القانونية والثقافية و القضائية ، تونس 1998،ص.45.

وفي كل الأحوال فإن استخلاص العنصر المؤثر من عقد التأمين و الكفيل باعتماده في بصم هذا العقد بالطابع الدولي محفوف بصعوبات عديدة ، فالأمر يتوقف على تحليل الرابطة التأمينية موضوع النزاع والوقوف على طبيعتها لبيان مدى وضوح العنصر الأجنبي في حد ذاته ومدى التأثير الذي يداخله هذا العنصر فيها.<sup>1</sup>

والحال كذلك ، فأيا تكون طبيعة عقد التأمين ، فإن العنصر الحاسم أو المؤثر فيها لن يكون واحد بالضرورة ، وهذا أمر طبيعي لأنه إذا كانت العناصر الأجنبية المختلفة فيها لن يكون واحد بالضرورة ، وهذا أمر طبيعي لأنه إذا كانت العناصر الأجنبية المختلفة كمكان الإبرام ، والجنسية و الإقامة ومكان التنفيذ تختلف قوتها ومفعولها من عقد لآخر ، فإنه ضمن نطاق العقد الواحد يمكن أن نلمس ذات الاختلاف ، ويستتبع هذا ، أنه إذا كانت جنسية أطراف الرابطة التأمينية لا تمثل وزنا كبيرا في إضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين عن الأشياء ، ما دام أن هذا المعيار لا تأثير له ولا علاقة متينة تربطه بموضوع ومحل هذا الصنف من عقود التأمين ، فإن الصورة تبدو مغايرة في الأحوال التي يتعلق فيها الأمر بالتأمين عن الحياة إذ تصبح هنا جنسية المؤمن له المكتتب عاملا مؤثرا ، تماما كما هو الشأن مع عقود أخرى اعتد فيها القضاء باختلاف جنسية الأطراف لإقرار الطبيعة الدولية للعقد الذي أبرموه.

<sup>1</sup> - في هذا السياق لا بد من التنويه إلى أن بعض الفقه لم يقبل باعتماد العنصر المؤثر معيارا لإضفاء الصبغة الدولية على عقد التأمين ، وضمن هذا الاتجاه يشير الأستاذ إبراهيم أحمد قائلا : "...ونحن لا نؤيد القول بالترفة بين عوامل مؤثرة في دولية العقد وعناصر سلبية غير مؤثرة في تكييف لعملية التعاقدية.

أولا: لعدم وجود أي أساس قانوني للقول بهذه التفرقة.

ثانيا: لاستحالة إيجاد معيار الواضح وموضوعي تبين على معيار أساسه هذه التفرقة وبالتالي سيترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي .

ثالثا : لأنه من المنطقي تمكين أطراف أي تعامل يتصف بالصفة الدولية بأي عنصر من عناصره من اختيار القانون الواجب التطبيق على هذا التعامل .  
رابعا : لأن بإمكان أي دولة أن تضع ما تحقق مصالحها التجارية و الاقتصادية وغيرها من خلال ما تصدره من قواعد موضوعية تنطبق على مختلف المعاملات سواء أكانت وطنية أم اشتملت على عنصر أجنبي ، وهو ما يؤدي إلى استبعاد أسلوب تنازع القوانين أي اختيار القانون الواجب التطبيق في إطار هذه القواعد التي تنطبق في كافة الحالات".

وما قيل عن معيار الجنسية يصدق أيضا على مكان إبرام عقد التأمين ، فإن يرم عقد التأمين في هذه الدولة أو تلك ، لا تأثير له على المصالح المحمية لكل طرف من أطراف عقد التأمين ، وبالتالي لا يبدو مناسبا اعتماد كعنصر مؤثر في إضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين.

ويتزل الموطن منزلة الجنسية ، فمكان إقامة المؤمن له او المكتتب لا تأثير لها في حسم إشكالية الطابع الدولي لعقد التأمين على الأشياء خلافا للتأمين عن الحياة على الرغم من أن التشريعات الأوروبية تعتمد هذا العنصر كضابط لإسناد ، لأن ثمة فرق بين وزن هذا العنصر كضابط لإسناد عقد التأمين لدولة معينة ووزنه كعنصر لإضفاء الطابع الدولي عليه ، ففي الحالة الأولى يكون استدعاء الموطن مبرر لغاية حماية تنسجم وخصوصية عقد التأمين ، أما استدعاؤه في الحالة الثانية فليس ثمة ما يبرره.

إلا أنه خلافا للعنصرين المتقدمي الذكر ، فإن مكان تحقق الخطر المؤمن عليه يمكن اعتماد كعنصر مؤثر لإضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين ، ومن ثم لتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص عليه ، فمكان تحقق الخطر على سبيل المثال إذا كان اتصل بدولة أجنبية سيؤول إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بكيفية تلقائية على الشق المتعلق بالمسؤولية التقصيرية ، وقد يؤول إلى توحيد القانون الواجب التطبيق على هذه المسؤولية و على عقد التأمين نفسه ، إذا قر القاضي الوطني أن قانون الدولة التي تحقق فيها هذا الخطر يعتبر القانون الأوثق صلة بعناصر عقد التأمين. على هذا العقد التأمين و تجريدها من كل الأدوار و الوظائف التي يمكن أن تقوم بها ، ولا سيما تحرير سوق التأمين ، وتسهيل تصريف خدمات التأمين .

وهذه الخصوصية تعكسها بوضوح الاختلاف القائم بشأن كيفية إعمال وتطبيق فكرة النظام العام ، سواء بمدلولها الحمائي أو التوجيهي ، بين التشريعات الأوربية المحكومة في هذا الإطار بمبدأ حرية أداء خدمات التأمين ( الفقرة الأولى) وما هو عليه الأمر في القانون المغربي المحكوم بأولوية المحافظة على مقولة التأمين الوطنية ( الفقرة الثانية).

أولا : إعمال فكرة النظام العام ضمن نطاق قواعد الإسناد الأوروبية الخاصة بعقد التأمين:

يؤخذ من مراجعة التشريعات الأوروبية سواء تعلق الأمر بالتوجيهات أو التشريعات الداخلية الخاصة بعقد التأمين ، وسواء كان للأمر ارتباط بتطبيق قانون الإرادة أو بتطبيق قواعد الإسناد الآمرة بأن القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين يمكن استبعاده في كل الأحوال التي تتعارض فيه مقتضياته مع النظام العام لدولة القاضي.

وهكذا ، فبعد أن اعترفت المادة 181 من مدونة التأمين الفرنسية بأحقية أطراف عقد التأمين باختيار القانون المطبق على هذا العقد ، استدركت و أضافت بأنه كيفما كانت طبيعة القانون الواجب التطبيق على عقد التأمين ، فإن هذا الأخير يجب أن يراعي مقتضيات النظام العام الفرنسي.<sup>1</sup>

وهو نفس المنحى الذي سارت عليه المادة 16 من اتفاقية روما لسنة 1980 والتي منحت للقاضي الوطني إمكانية استبعاد القانون الأجنبي ، كما تبين له أن فيما يتعارض مع النظام العام ، وأكدت أيضا المادة 21 من اللائحة الأوروبية لسنة 2008 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

وضمن نفس السياق ، يمكن أن نلاحظ أن التشريعات الأوروبية تعاطت مع آلية النظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على عقد التأمين انطلاقا من منهجين ، فبعض هذه التشريعات اعترفت بهذا القيد وآثاره القانونية المتعارف عليها ضمن إطار النظرية العامة للقانون الدولي الخاص بدون تمييز عقد التأمين بخصوصية معينة ، وهذا هو الحال - على سبيل المثال - مع التشريع الفرنسي السالف الذكر ، وبعضها الآخر حاول ضبط وحصر الحالات التي يمكن اعتبارها مخالف للنظام العام و المبررة تبعا لذلك لاستبعاد القانون الأجنبي إذا تضمن بعضا منها ، وتمثل لهذا المنهج وكحالة فريدة ضمن إطار القوانين الأوروبية بالقانون البرتغالي رقم

<sup>1</sup>-راجع مقتضى هذا التشريع على الموقع الإلكتروني:



94/102 الصادر بتاريخ 20 ابريل 1994 والذي تدخل بحصر الأخطار التي لا يجوز التأمين

عليها والتي اعتبرها مخالفة للنظام العام ، محمدا إياها في ما يلي:

\* التأمين عن المسؤولية الجنائية و التأديبية .

\*الاختطاف.

\* حيازة او نقل المخدرات و التي يعتبر استهلاكها ممنوعا.

\* سياقة السيارة بدون رخصة.

\* وفاة طفل تقتل سنة عن 14 سنة باستثناء مصاريف الجنازة .<sup>1</sup>

وهكذا فباستثناء القانون البرتغالي فإن معظم التشريعات الأوربية لم تتناول بالتحديد الحالات التي يمكن اعتبارها مخالفة للنظام العام ، وهو ما يترك الباب مشرعا اما القاضي الوطني لاستحضار كافة النظريات و الأفكار و التقسيمات المتاحة فقها ، و المعمول بها قضاء لتقنين وضبط هذا المفهوم . ومع ذلك لا بد من التنويه إلى أن القاضي الأوربي ملزم في تقديره واستخلاصه لمفهوم النظام العام بأن يركن إلى مصدرين هامين :

الأول : مضامين التوجيهات الأوربية المنظمة لعقد التأمين ، لأن القاضي في أية دولة من دول الإتحاد ملزم بمراعاة مبادئ النظام العام التي تحكم هذه الدول ، وهي مبادئ تكاد تقتسمها هذه الأخيرة باعتبارها مبادئ مشتركة ، فهذه التوجيهات لم توحد فقط سوق التأمين من خلال إرساء مبدأ حرية تقديم الخدمات التأمينية ، وإنما أفضت أيضا إلى توحيد القواعد المنظمة لعقود التأمين ومقاولات التأمين عبر توحيد القواعد التقنية التي تحكمها بالشكل الذي يسمح بممارسة أنشطة التأمين بنفس القواعد و التقنيات داخل مجموع دول الإتحاد الأوربي<sup>2</sup> ، هذا فضلا عن توحيد القواعد الحمائية التي من شأنها حماية ممارسة أنشطة التأمين ، إذ بالعودة إلى التطبيقات العملية المتعلقة بتطبيق فكرة النظام العام ، سنجد بأن هناك غلبة لمفهوم النظام العام الحمائي مقارنة مع

<sup>1</sup>-أورده nicolas auclair، المرجع السابق،ص.50.

<sup>2</sup> -Perbet Gaschet (c) :le marché de l'assurance dans l'ordre juridique communautaire, Presse Universitaires d'aix marseille 1989,P.54.

نظيره الآخر ، أي النظام العام التوجيهي ، و الحضور المكثف لفكرة النظام العام القائمة على مرتكزات حمائية يتماشى إلى حد كبير مع طبيعة الضوابط المعتمدة من طرف هذه التوجيهات الأوروبية في اسناد عقد التأمين و القائمة هي الأخرى على اعتبارات حمائية تربط القانون الواجب التطبيق بالبيئة القانونية للمكتب وتحديدًا قانون الدولة التي توجد بها إقامته الاعتيادية .

**الثاني :** المبادئ العامة التي تحكم السياسة التشريعية في دول القاضي : وهذه مسألة بديهية ، ولا تعتبر سوى ترجمة لما هو سائد في أجديات القانون الدولي الخاص ، إلا أن قضاء دول الإتحاد الأوربي يتوسع في الأساليب إلى الدفع بالنظام العام ، إذ يصبح بالإمكان ، خروجًا عن القواعد العامة التي تحكم القانون الدولي الخاص ، استبعاد قانون أجنبي لمجرد أنه يتعارض مع النظام العام في دولة أجنبية أخرى وليس فقط ما يقرره النظام العام لدولة القاضي ، ويبرز هذا بوضوح من خلال مضمون الفقرة الخامسة من المادة 14 من التوجيه الأوروبية الثانية المتعلقة بالتأمين على الحياة و الصادر بتاريخ 8 نونبر 1990 والتي نصت على مايلي : " لا يمكن للدول الأعضاء أن تمنع المكتب من إبرام عقد تأمين جائر و مرخص له من طرف قانون الدولة العضو و التي يتواجد فوق إقليمها مقابولة التأمين ، إلا إذا كان متعارضًا مع مقتضيات النظام العام للدولة العضو التي ستقدم فيها خدمة التأمين " .

وقد علق البعض على هذا المقتضى قائلًا بأن " تطبيق مثل هذا النص يؤدي إلى إعمال الدفع بالنظام العام من خلال قضاء أجنبي وذلك في القرض الذي يكون فيه القاضي المطروح عليه النزاع ليس هو القاضي الدولة التي يمثل إقليمها محلاً للإقامة المعتادة لطالب التأمين وتحقق هذا الفرض واردة نتيجة للخيارات التي منحتها اتفاقية بروكسيل المؤمن له " <sup>1</sup> .

إجمالاً ، فإن فكرة النظام العام على عقد التأمين ضمن قضاء دول الإتحاد الأوربي تستلزم إبداء

ملاحظتين :

<sup>1</sup> - هشام أحمد محمود عبد العال ، المرجع السابق ، ص. 292.

**الملاحظة الأولى :** فرضية إطار فطرة النظام العام في مواجهة قانون إحدى دول الإتحاد تظل محدودة ، ويظل الأعمال الطبيعي و العادي لقواعد التنازع الافتراض الغالب ، وهذا عائد إلى تقارب المقتضيات التشريعية لدى أغلب هذه الدول ، واعتمادها لمقتضيات حمائية ينهل معظمها من التوجيهات الأوروبية ، و البعض الآخر مما انتهى إليه تطور فكرة حماية المستهلك داخل نطاق دول الإتحاد الأوروبي عموماً.

وهذه الملاحظة تفضي إلى القول بأن آلية النظام العام بصنفيها متاحة للإعمال أمام قضاء دول الإتحاد الأوروبي فقط حينما يتعلق الأمر بتطبيق قانون دولة أجنبية على عقد التأمين لا تنتمي إلى قضاء دول الإتحاد الأوروبي ، ولا سيما تشريعات التأمين العربية والتي عنت بتنظيم عقد التأمين من زواياها التكوينية والآثار الناشئة عن ذلك مغلبة هذا التوجه على الضمانات الحمائية الواجب كفالتها للطرف الضعيف في الرابطة التأمينية ، وهذه الملاحظة تؤكد فكرة كون الدفع بالنظام العام يختلف بحسب الفلسفة التي تحكم قوانين التأمين في كل بلد على حدة بحماية يمكن أن نعاين أن هناك أولويتين متعارضتين تحكمان إعمال هذه الآلية أو استبعادها ، فلدى القضاء الأوروبي يقع الدفع بالنظام العام كلما وقع المساس بالحماية المقررة للمكاتب أو المؤمن له أو الضحية ، أما داخل نطاق التشريعات العربية فإن إثارة فكرة النظام العام ضمن هذا المستوى ، وإن كان وارداً ، فإن إثارتهما على المستوى المرتبط بالسياسة التوجيهية في إبرام عقود التأمين يبقى قائماً هو الآخر .

وبحسبان هذا المعطى فإن مكنة استبعاد القاضي الأوروبي لقوانين التأمين العربية تظل متاحة في كل الأحوال التي ينعقد لها الاختصاص التشريعي لحكم وتنظيم عقد التأمين موضوع النزاع ، إما باعتبارها مكان الدول التي تحقق فيها الخطر المؤمن عليه أو باعتبارها مكان الإقامة الاعتيادية للمكاتب أو المؤمن له ، أو باعتبارها الدولة التي يتصل قانونها اتصالاً وثيقاً بعناصر عقد التأمين .

**الملاحظة الثانية :** إن مجال إعمال فكرة النظام العام داخل المحيط الأوروبي يرتبط في جزء كبير منه ليس فقط بالمعطيات الحمائية التي سبق إيضاحها ، وإنما أيضاً بطبيعة الإسناد ، وفي هذا الصدد لاحظ بعض الفقه بأن " الدفع بالنظام العام في مجال عقد التأمين بضيق ويتسع حسب المنهج المتبع

في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه ، فإذا كان الاتجاه الإداري هو السائد ، نجد بأن الدفع بالنظام العام يتسع بمجاله ، وذلك لأن أعمال المنهج الإداري يؤدي بشكل أو بآخر إلى عقد الاختصاص لقانون أجنبي ، وقد يتعارض هذا القانون مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي ، وتضييق فرصة الدفع بالنظام العام في مجال عقد التأمين ، إذا كان المتبع هو المنهج الأمر أي تطبيق قوانين البوليس و الأمن " <sup>1</sup>.

والواقع أن هذه الملاحظة تعوزها الدقة فمن ناحية ، فقوانين البوليس و الأمن ، لا تعتبر منهجا آمرا ، ولا يجوز وضعها في الوضع المقابل للمنهج الإداري ، الذي يندرج بحسب الأصل ضمن إطار المنهج التنازعي الذي يخول لإرادة أطراف عقد التأمين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق ، أما قوانين البوليس فتصطف ضمن القيود الواردة على تطبيق قاعدة الإسناد ، ولا تعتبر قانونا يقع الإسناد إليها ، إلا إذا كانت منتمية إلى القانون المختار أو القانون الأمر المطبق على عقد التأمين ، ومن ناحية ثانية فإن الرجوع المتكرر للقاضي الوطني إلى آلية النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على عقد التأمين ، لا يرتبط في الواقع بالمنهج المتبع في الإسناد ، وما إذا كان إراديا أو آمرا<sup>2</sup> وإنما بمدى توافق أو تعارض القانون الأجنبي مع المبادئ العامة و السياسية التشريعية السائدة في دولة القاضي.

وإجمالا ، فإن كل ما سبق ليس بكافة لإماتة اللثام عن كل الغموض التي يكتنف تطبيق فكرة النظام العام ، وتبقى الإشارة إلى أن غلبة الدفع بالنظام العام القائم على اعتبارات حمائية داخل نطاق دول الإتحاد الأوربي ، لا يجب أن يحول دون الانتباه إلى السياق التاريخي الذي حكم التوجيهات الأوربية التي كانت سابقة إلى معالجة مشكلة تنازع القوانين في عقد التأمين ، والقائم على هاجس ضمان حرية تداول خدمات التأمين داخل نطاق هذه الدول ، وتركيز هذه

<sup>1</sup> -محمود عبد العال، المرجع السابق، ص . 289.

<sup>2</sup> -نقصد بالإسناد الأمر هنا ، ليس معناه الذي أورده الفقه المذكور في ملاحظته ، وإنما قواعد الإسناد التي لا تترك لأطراف عقد التأمين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق.

التوجيهات على هذا المعطى لا يوازيه سوى الحرص على ضمان أقصى الحماية للمكثتين و المؤمن لهم<sup>1</sup>.

ومفترق الطرق هذا الذي يقف فيه عقد التأمين المبرم داخل دول الإتحاد لا شك سيدفع في اتجاه تدبب مواقف القضاء بشأن مسألة تغليب صنف معين من النظام العام ، فغلبة النظام العام الحمائي لا يلغي كلية حضور النظام العام التوجيهي.

**ثانيا: إعمال فكرة النظام العام ضمن نطاق عقود التأمين وفقا لقواعد ق.د.خ المغربي :**

عرفت فكرة النظام العام أهم تطبيقاتها داخل نطاق العقود ، وهذا ينم عن رغبة المشرع في تحصيل العلاقة التعاقدية و البناءي بها عن كل ما يمكن أن يمس بالآثار و النتائج المتوخاة من وراءها ، لهذا قضى الفصل 62 من قانون الالتزامات والعقود بما يلي: "يكون السبب غير مشروع ، إذا كانت مخالفا للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون " ، و نصت المادة السادسة في القانون الفرنسي على أنه " لا يجوز المتعاقدين أن يتفقوا على مخالفة القوانين التي تتعلق بالنظام العام و الآداب السليمة " ، وأشارت المادة 1333 من نفس القانون إلى أن السبب في مادة الالتزام يكون غير مشروع عندما يمنعه القانون او يتنافى مع الأخلاق الحميدة أو النظام العام.

ومضمون هذه النصوص يكشف مدى الصلة القائمة بين العناصر التكوينية للعقد و الدفع بفكرة النظام العام ، ما يعني أن هذه العناصر التكوينية تحظى بالأولوية بالمقارنة بالمضامين الأخرى المرتبطة بالتوازن العقدي ، والتي قد تأخذ في إحدى مظاهرها تضمين العقد شرطا من شأنه أن يقلل من الحماية المكفولة للمهني أو المؤمن له ، وهذا الاستنتاج يمكن أن نعاينه بوضوح من خلال قراءة مدونة التأمينات ، والتي تكشف عن خاصية أساسية لتطبيق النظام العام على عقد التأمين في ظل القانون المغربي وتتمثل في ضمور فكرة النظام العام الحمائي ( الفقرة الثانية) في مقابل بروز وتضخم فكرة النظام العام الحمائي القائم على حماية سوق التأمين الوطنية ( الفقرة الأولى).

<sup>1</sup> -Nicolas Auclair , op.cit, P .62.

الفقرة الأولى : تضخم النظام العام الحمائي القائم على حماية سوق التأمين في ظل القانون المغربي:

تجد فكرة تضخم آلية النظام العام الحمائي القائمة أولوية حماية قطاع التأمين أساسها في مبدأ إقليمية الأخطار المؤمن عليها ، أي أن الأخطار الموجودة فوق التراب المغربي لا يمكن ان تؤمن إلا في إطار عقود تأمين مكتتبه ومنفذة عن طريق مقاولات متواجدة داخل المغرب .

وهذا المبدأ الذي يعتبر من النظام العام يقطع الطريق أمام جميع عقود التأمين المبرمة مع شركات التأمين الأجنبية والتي لا تنسجم مع المادة 162 من مدونة التأمينات المغربية ولا تتوافق مقتضياتها مع مقتضيات القرار 5 أبريل 1968 ، والقاضي بمنع ممارسة النشاط التأميني داخل الإقليم المغربي إلا للمقاولات المرخص لها بموجب القواعد الواردة في هذا القرار.<sup>1</sup>

ورغم أن هذه القواعد تعتبر من النظام العام اعتبارا للأهداف المتوخاة من وراءها وهي حماية مقولة التأمين المغربية ، فلا بد من الإقرار بتعارضها مع نص المادة السابعة من اتفاقية الكات التي تبنت نظام الاعتراف الذي بموجبه تلتزم الدولة الموقعة على الاتفاقية بنفس المعايير و الضوابط التي تم منح التراخيص دون أية تفرقة بين المقاولات الوطنية و الأجنبية .

ويشير بعض الباحثين إلى أن : " تطبيق هذه المادة على مقولة التأمين الأجنبية يستدعي إلغاء الشروط التي جاء بها القرار 5 أبريل 1968 في معرض تنصيبه على الوثائق المطلوبة من طرف مقاولات التأمين التي لا يوجد مقرها الاجتماعي بالمغرب "<sup>2</sup>.

واللافت للانتباه هو أن تطبيق آليات الرقابة الممارسة من طرف الدولة على قطاع التأمين لا يرتبط رأسا برغبة ملحة من طرف المشرع في إقرار إجراءات تمنح ضمانات أوفر للمكاتبين ، وإنما حماية النشاط الاقتصادي الذي تمثله مقولة التأمين ، خلافا للاعتماد الذي ذهب إليه البعض من " أن تدخل الدولة عن طريق فرض هيئات رقابية على هذا النشاط الخاص ، غايته حماية بعض

<sup>1</sup> - طارق مصدق، مداخلة بعنوان " النظام القانوني لمقولة التأمين بالمغرب " ، مجلة القانون والأعمال ، جامعة الحسن الأول بالمغرب، العدد 12

لسنة 2015 ، ص.95.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، ص .98.

المراكز القانونية التي تنشأ عن وجود مقاوله التأمين و التي تهم المؤمن لهم المستفيدين في عقود التأمين "1.

فالها حسب الحمائي يكاد يكون مغيبا ، بدليل أن قراءة المشروع الحكومي المتعلق بمدونة التأمينات المشار إليه سابقا يوضح بجلاء مركزية حماية مقاوله التأمين الوطنية : لكن ألا تحقق قوانين الرقابة المفروضة على قطاع التأمين حتى بهذا المعنى حماية للمكسبين ؟

ما من شك ان الرقابة الممارسة على مقاوله التأمين تعتبر قاسما مشتركا بين مختلف التشريعات المقارنة<sup>2</sup> وإن اختلفت هذه الأخيرة من حيث المرامي المقصودة من ممارسة هذه الرقابة فإنها لم تختلف فيما يخص ممارسة وتقنين فعل الرقابة في حد ذاته ، و المشرع المغربي لم يشد عن هذه القاعدة ، وتدخل سواء عبر آلية الترخيص الإداري أو تقنين أو تقنية تنظيم بعض الشروط النموذجية ، او فكرة إجبارية التأمين لترجمة هذه الرقابة على أرض الواقع .

وإذا كان لا بد من الاعتراف بأن هناك هواجس حماية حكمت تدخل الدولة في هذا الإطار<sup>3</sup> فإن نطاق هذه الهواجس لا يتعدى نطاق إقرار آلية الشروط النموذجية وإجبارية التأمين ، ولا يمكن تمديدها إلى مسألة الترخيص الإداري وحصر مجال إبرام عقد التأمين واللذين حكمتها في المقام الأول حماية مقاوله التأمين الوطنية.

ولئن كان هذا التوجه يضمن حد أدنى من الحماية لفائدة مكنتي عقود التأمين ، من حيث أنه يضمن لهم المعرفة المسبقة بالقانون الواجب التطبيق ، فإن هذه الحماية تظل نسبية ، ولذا تبدو

<sup>1</sup>- نفس المرجع ، ص. 184.

<sup>2</sup>- Demichel (A) : Le control de l'état sur les organismes privés , essai d'une théorie général, L.G.D.J, 1960, P.12.

<sup>3</sup>-قضاءا تحددت القضاء المغربي عن حماية حقوق الأشخاص و الحفاظ عليها ، وكذا جاء في إحدى حيثيات الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بين شركة ربما ضد الدولة المغربية ، " أنه بالرجوع إلى النصوص التشريعية يتضح أن شركات التأمين تخضع لرقابة الدولة سواء من حيث تأسيسها أو من حيث مباشرة نشاطها — التصرف في منتج أفساط التأمين ، إذا ألما ملزمة بأن تقدم جميع المعلومات و المستندات التي تسمح بتقدير قيمة العقارات و القروض و السندات أو الديون المقيدة... وذلك ضمانا لحسن تسييرها و حفاظا على حقوق الأشخاص المتعاملين معها " . أورده طارق مصدق، المرجع السابق، ص.188.؛ أيضا

-Zoulikha Nasri ,Le droit de l'assurance au maroc , édition la porte , rabat 1984, P.496.

وأیضا:

Besson (A) ,les entreprises d'assurances , paris , L.G.D.J, 1977 , 4ème éd,P.156.

الحاجة ضرورية للتلطيف من تقنية الترخيص الإداري الفائدة تقنية حرية أداء الخدمات<sup>1</sup> التي أخذت بها اتفاقية روما و التي من شأنها السماح لشركات تأمين أجنبية تتوطن بالخارج للتأمين عن أخطار تتواجد فوق الإقليم المغربي وهذا يوفر للمكاتب خيارات أفضل دون التخوف من المساس بالمصالح المحمية القررة لفائدتهم وفقا للقانون المغربي ، إذ يمكن في كل الحالات الاستعانة بقواعد البوليس والنظام العام لفرض تطبيق هذه المصالح.

**الفقرة الثانية : ضهور النظام العام الحمائي القائم على توفير الحماية للطرف الضعيف في الرابطة التأمينية :**

إذا كان الدفع بالنظام العام في نطاق عقد التأمين يرتبط باعتبارات حمائية ، فإن إثارة هذه الاعتبارات لا ترتبط لازما بالانتماء القانوني للعقد الضعيف في هذا العقد لدولة القاضي ، وإنما بعنصر الحماية في حد ذاته و الذي يعلو على أية اعتبارات تتصل بجنسية أحد طرفي الرابطة التأمينية ليتأسس بالدرجة الأولى على عناصر موضوعية محايدة تطبق بعينها.<sup>2</sup>

فالنظام العام الحمائي يرمي في المقام الأول إلى حماية بعض الفئات من المتعاقدين الذين يكونون بحاجة إلى حماية خاصة إما بسبب وضعهم ومركزهم الاقتصادي كالعمال و المؤمن لهم ، و المستهلكين ...، أو بسبب وضعهم الشخصي كالقاصرين مثلا ، وبعبارة مكافئة فمثل هذا الصنف من النظام العام يروم بالأساس ضمان حد أدنى من الحماية لصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.<sup>3</sup>

وأيا ما يكون التعريف الذي يمكن أن يعطي لمفهوم النظام العام الحمائي ، فإن ذلك لا يصادر وحدة الهدف المراد منه ألا وهو استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي محله في التطبيق .

<sup>1</sup> - بشأن تقني "حرية أداء الخدمات" و "حرية التأسيس" ، يراجع:

-nicolas auclair : la loi applicable au contrat communautaire d'assurance : etude en droit international privé , université paris I , thèse doctorat en droit 1999,P.2 et s .

<sup>2</sup> -في هذا المعنى يراجع، محمد هاشم ، مفهوم النظام العام عند القاضي التونسي" ، المجلة القانونية التونسية 1976، العدد الأول ، ص. 11 وما يليها.و أيضا محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر-القاهرة- ، ص. 128.

<sup>3</sup> Ghestin (Jacques ) : Traité de droit civil , la formation du contrat , tome 3 , édition – economiva- paris, P.359 .



و إطراح فكرة النظام العام الحمائي ضمن نطاق القانون الدولي الخاص المغربي تستدعي مراعاة ما يلي:

أولاً: ارتباط عقد التأمين بروابط إقليمية متينة ، تجعله أكثر ارتباطاً بمفاهيم الأمن والسلامة بمدلولها الوارد في المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي ، ومنه فإن الضرورة تقتضي عدم التوسع في أعمال هذه الآلية لمجرد وجود اختلاف بسيط بين مقتضيات القانون الأجنبي وقانون القاضي<sup>1</sup> ، وإلا فإن ذلك سيؤدي إلى تجميد قواعد التنازع بشكل كلي وإخضاع عقد التأمين لقواعد مادية هي قواعد قانون القاضي الوطني مع ما قد ينشأ عن ذلك من خطورة لا تخفى بالنسبة لاستخلاص التعويضات الناشئة عن تنفيذ العقد ، لا سيما إذا كانت شركة التأمين الملزومة بالأدلة توجد خارج إقليم دولة القاضي.

ثانياً : عدم التوسع في أعمال آلية النظام العام الحمائي وفقاً للتوضيح المتقدم ذكره ، يستدعي إقامة تمييز بين المبادئ التي يتألف منها هذا الصنف من النظام العام ، وقواعد البوليس ، وهذا التمييز وإن بدا من حيث النتائج التي قد يؤول إليه غير ضروري طالما أن تطبيق قواعد البوليس أو قواعد النظام العام الحمائي ستؤول في المحصلة النهائية إلى نتيجة واحدة ، وهي تطبيق قانون القاضي ، فإن لهذه التفرقة أهمية إجرائية تمكن أحد طرفي الرابطة التأمينية من مراقبة قاضي الموضوع في الأسس التي اعتمدها في اعتبار مقتضي ما من النظام العام الحمائي ، أو خلاف ذلك من صنف قواعد البوليس عبر استنطاق مدى توافر شروط أعمال الآلية الأولى أو الثانية .

والمتحصل مما تقدم هو أنه من الصعب استخلاص ما يعد ضمن نطاق قانون التأمينات ما يتصل فعلاً بالنظام العام الحمائي بمدلوله في القانون الدولي الخاص لأن الأمر هنا لا يتعلق بقواعد بعينها وإنما بمدى ارتباط هذه الأخيرة بمبادئ عامة تكتسي طابعاً نظامياً ، وهذا هو الحال مثلاً

<sup>1</sup> - وهذا ما عبر عنه الأستاذ **jean bigot** قائلاً: بأن تدخل آلية النظام العام لا يتحقق إلا في حالة ما إذا كان تطبيق المقتضى التشريعي الوارد في القانون الأجنبي المطبق على عقد التأمين سيؤدي إلى نتيجة تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي ، وهذا التعارض يجب أن يكون جلياً وواضحاً..".

بالنسبة لفكرة الالتزام بالإعلام المقننة في مدونة التأمينات فمخالفة مثل هذا الالتزام من طريقة القانون الأجنبي على سبيل المثال لا يرقى إلى مستوى مخالفة النظام العام المغربي ، إلا لكونه يرتبط بمبدأ عام يحكم إبرام عقود التأمين بصفة عامة هو مبدأ حسن النية في التعاقد ، الذي اعتبرت محكمة النقض الفرنسية من مستلزماته ، الالتزام المذكور<sup>1</sup> ، ومثاله أيضا ما يقرره القانون الأجنبي من تقييد شروط اللجوء إلى القضاء ، فهذه القيود في حد ذاتها لا يمكن القول بأنها ترقى إلى مستوى مخالفة النظام العام الحمائي إلا تأكد بالفعل أن الهدف منها هو المساس بحق المؤمن له في التقاضي ، إذ في هذه الحالة فقط يمكن استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته الصريحة لنص المادة 19 من مدونة التأمينات التي تؤكد في هذا الإطار المبدأ التالي " يحضر كل شرط من شأنه أن يمنع المؤمن له أم من يحل محله في مقاضاة المؤمن أو من مطالبته بالضمان بمناسبة تسوية الحوادث "2 .

وينبني على ذلك أن المشرع المغربي وإن أوجد مجموعة من القواعد تكفل حماية لفائدة مكتسبي عقود التأمين سواء اتصلت بأداء أقساط التأمين ، أو بتقنين حالات سقوط الضمان ، أو بأداء مبلغ التأمين ... فليست كل هذه المقتضيات من متعلقات النظام العام الحمائي بمدلوله في القانون الدولي الخاص ، وما يبرر هذا الاستنتاج هو أن تمديد هذه المقتضيات الحمائية بطبيعتها هذه أو إضفاء

<sup>1</sup> - « l'obligation de contracter de bonne foi impose un devoir d'information » (cass. Civ 1 , 15 mars 2005).

[http://www.lexinter.net/jf/obligation\\_d'information.hpm](http://www.lexinter.net/jf/obligation_d'information.hpm).

بشأن موضوع الإلتزام بالإعلام في نطاق عقد التأمين يراجع :

-Ful (P) Lecat (J) : L'obligation d'information et consiet et matière d'assurance. Presse universitaire d' aix-merseille , 1996,P.10.

<sup>2</sup> - يعد الحق في التقاضي قرينة الحق في الدفاع فما يقال عن هذا الأخير يصدق على الأول ، ويترد الإثنيين منزلة واحدة من حيث تضامنيتهما ، أي انتمائهما إلى صنف قواعد النظام العام الحمائي ، وبموجب الحق في التقاضي فإن لكل شخص أن سقذم للقضاء أ مطلب يرى عرضه عليه حتى لو كان هذا المطلب غير حق أو كان لا يتركز على أي أساس ، ويشير الأستاذ الكزيري رحمة الله عليه في هذا الصدد قائلا: "حق اللجوء إلى القضاء الذي تنطوي عليه الدعوى في هذا المفهوم ليس حا من حقوق الخاصة ، بل هو صورة من صور الحريات العامة وهذه الحرية العامة ليس قاصرة على المتقاضين من مواطني الدولة فحسب ، بل للمتقاضين الأجانب المتمتع بها كذلك ؛مامون الكزيري : شرح قانون المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي ، الجزء الثاني : الدعوى ، الإجراءات لأمام المحاكم الصكوك ، طبعة 1973 ، مطابع القلم ، بيروت ، ص.11 و 12.

الطابع النظامي عليها كفيلا بأن يعطل آلية تنازع القوانين أو أن يمس بأحد أهم المبادئ العامة التي تقوم عليها التعاملات الدولية وهو حرية أداء الخدمات و تسويقها.<sup>1</sup>

وعلى الجملة فإنه لا تلازم بين ثقل المقتضي الحمائي الوارد في القانون الداخلي المنظم لعقد التأمين و ثقل نفس المقتضي حينما يتجرد هذا العقد من طابعه الوارد في القانون الداخلي المنظم لعقد التأمين و ثقل نفس المقتضي حينما يتجرد هذا العقد من طابعه الداخلي ليصير عقدا دوليا ، وهذا عائد إلى أن إتاحة الفرصة لإعمال النظام العام الحمائي ضباط نطاق عقد التأمين بحاجة لا إلى الحضور القوي للقواعد الآمرة في مدونة التأمينات وإنما إلى حماية فعالة للمؤمن له من خلال التأسيس لفكرة حماية هذه الأخير باعتباره مستهلكا لخدمة التأمين ، فنصوص هذه المدونة ما زالت ودية في تنظيمها لعقد التأمين للنظرية الكلاسيكية القائمة على ما أسماه الأستاذ فارجا<sup>2</sup> Farjat النظام العام المتعلق بالتنظيم الداخلي للعقد ، وهذا ما يفسر أولوية الحفاظ على كيان العقد لدى المشرع المغربي و الذي يجسده غلبة القواعد المتعلقة بفسخ عقد التأمين وشروط سقوط الضمان ، والتقدم...، من دون أن يعني ذلك الغياب التام لبعض مبادئ حماية المستهلك في بعض المواد الواردة في مدونة التأمينات من قبيل الالتزام بالإعلام ، والتضييق من حالات سقوط الضمان وغيرها...

### المبحث الثاني: المنهج القانوني السليم للتعامل مع تكنولوجيا المعلومات

إن العالم اليوم والذي دخل ألفيته الثالثة يشهد ثورة شاملة في مجالات علمية مختلفة ومتباينة هي الثورة المعلوماتية مبنية على تطورات كمية هائلة في مجال الحواسيب والاتصال، مست جميع جوانب الحياة الإنسانية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والقانونية، وساهمت في تسريع وتيرة

<sup>1</sup>-وعلى سبيل المقارنة فقد خلص بعض الباحثين في معرض دراسته لأحدى أصناف عقود التجارة الدولية ، وهي الضمانة البنكية المستقلة ، إلى أن تمديد المقتضيات الحمائية الواردة في ف.ل.ع و الخاص بعقد الكفالة إلى هذا النوع من الضمانات مسألة غير قائمة وغير ممكنة ، محمد الأطرش ، الضمانات البنكية المستقلة في عقود التجارة الدولية ، جامعة القاضي عياض ، منشورات كلية القانون و الإقتصاد و الإجتماعية بمراكش ، سلسلة الرسائل و الأطروحات ، العدد 1996/2 ، ص 99..

<sup>2</sup>-Fajat (Gérard) : « l'ordre public économique »,L.G.D.J,Paris , 1963,P.80 .

التطور العلمي ودعم التبادل التجاري والإعلامي بين مختلف الدول والأشخاص والمشروعات، وأصبحت جزءاً من النظام الاقتصادي العالمي بما توفره من قدرات في التخزين والمعالجة والتبادل، وأضفت الصفة النسبية على مفاهيم اعتبرت إلى زمن قريب مفاهيم مطلقة ومن بينها فكرة الحدود الجغرافية للدول، الواقع المادي والتواصل المباشر، الزمن والمسافة، وبالتالي شكل ذلك تمرداً على القيم الكلاسيكية الكونية.

ورغم المميزات العديدة لهذه الثورة إلا أن لها جانباً مظلماً. فلقد أتت فوائد ثورة الاتصالات على حساب الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي، يتجلى ذلك في فقد الألوفا من الأشخاص لوظائفهم، كما أدت إلى سهولة الاعتداء على حرية الأفراد وحقوقهم المحمية. بموجب القوانين الوطنية بما في ذلك حقوق الملكية الصناعية والتجارية والفكرية، بالإضافة إلى أن هذه الثورة تثير عدم المساواة الفاحش بين الدول مما أدى إلى تعرض الدول النامية لما يسمى بالاستعمار المعلوماتي أي أن الدول المتقدمة بجانب تصديرها التكنولوجيا والخدمات تقوم بتصدير الإيديولوجيات أي مقاييس القيم الأخلاقية وفلسفة الحياة<sup>1</sup>.

والحقيقة أن المنازعات المترتبة عن استعمال تكنولوجيا المعلومات تثير بالإضافة إلى الإشكاليات التقليدية المرتبطة بالقانون الدولي الخاص كتحديد الاختصاص التشريعي والقضائي، تحديات لها صلة بكثافة المعاملات، والبعد الدولي والمتشعب للتزاع، وعدم معرفة الأشخاص بعضهم لبعض، وعدم ارتياح بعضهم للبعض الآخر، وعدم معرفة مكان إبرام أو تنفيذ الالتزامات، وسرعة المعاملات، وعدم استيعاب القانون المادي للعمل القانوني الافتراضي، وظهور القانون المادي الإلكتروني.

لذلك تبرز الأهمية العلمية والعملية لبحث العلاقة بين ثورة المعلومات وآليات فض المنازعات وهي محاولة لتقريب الجوانب القانونية من الجوانب الفنية.

<sup>1</sup> - عمر بن الخطاب البغدادي، الآثار القانونية والإدارية لاستخدام تكنولوجيا المعلومات، الملتقى العربي الثالث لتطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين، مؤتمر منظم من طرف المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أيام 15-17 ديسمبر 2003-مصر، ص. 265.

فإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة تتاح للأطراف إمكانية اختيار الجوانب الإجرائية المناسبة لتسوية النزاع.

الخيار الأول: هو تسوية المنازعات التي تنشأ عن المعاملات المبرمة عبر الأنترنت داخل الشبكة بالإلتجاء إلى الآليات الحديثة لتسوية هذه المنازعات.

الخيار الثاني: هو تسوية المنازعات التي تنشأ عن المعاملات المبرمة عبر الأنترنت بالإلتجاء إلى الآليات الحديثة لتسوية هذه المنازعات.

لذلك سنتناول هذا الموضوع من خلال مدى الحاجة لتدخل القانون لتنظيم المسائل المتصلة بالمعلومات (المطلب الأول)، على أن يتم الإشارة إلى مدى ملائمة الآليات التقليدية لتسوية المنازعات مع متطلبات تكنولوجيا المعلومات وذلك في المطلب الموالي.

#### المطلب الأول: مدى الحاجة لتدخل القانون لتنظيم المسائل المتصلة بالمعلومات

جوهر الإشكال المتمثل فيما إذا كان الفكر القانوني (الكلاسيكي) قد هرم واهترأ إلى درجة أتاح لثورة تكنولوجيا الاتصال و المعلومات إعادة تشكيل الفكر القانوني عبر ذلك أركان الفكر القانوني السائد، أم أن مرحلة الأنترنت ليست سوى مواصلة للمراحل التي سبقتها مع بعض أوجه التجديد.

من هنا جاء البحث عن منهج قانوني سليم يصلح لتقرير أحكام تتراوح بين النظرية التجديدية للفكر القانوني السائد وبين معالج تفكير يمكن أن يكون مستوحى من رؤية جديدة. فالعديد التي تثار عند استخدام الأنترنت ووسائل الاتصال الحديثة يستعين القضاء المقارن فيها بفلسفة إعادة تفسير النصوص القانونية التقليدية لكي يصل إلى حلول للإشكالات المثارة، ومسألة إعادة التفسير لنصوص قديمة هذه يمكن أن تكون محل اختلاف و إعادة نظر دائماً، لكن يمكن الإقرار بها من حيث المشروعية، وقد تكون دافعا لتوجيه المشرع إلى البحث في مسألة تقرير التجديد أو التعديل على السواء. فمثلا مسائل الاختصاص القضائي في المنازعات التي تنشأ عن استخدام الأنترنت يمكن الاستعانة بشأها بنظريات وضوابط لها مكانتها في هذا الإطار - موطن المدعى عليه مثلا - كما

يمكن أن تكون رؤية جديدة في هذا الشأن يقودها القضاء كنوع من استرداد أحقيته في الاختصاص باعتبار أن أصالة الاختصاص هنا (الاختصاص هو من فن عمل القاضي وليس المشرع) على عكس ما كان سائدا لمرحلة طويلة من الزمن في فهم الوعي بالاختصاص بأن الذي يملكه - أصالة - المشرع وليس القاضي<sup>1</sup>. فقد نبتت في كنف القضاء المقارن فكرة جديدة هي فكرة (المواقع الإيجابية) و(المواقع السلبية)، قد تحل محل فكرة اختصاص القضاء الوطني بنظر المنازعات و الأفعال غير المشروعة التي تنشأ وتنتج عن استخدام تكنولوجيا المعلومات، وهذه الفكرة تفصيلية نوعا ما ولكنها تفيد في بناء منهجية جديدة في هذا الإطار.

والحقيقة أنه يجب أن لا نتعسف في حق النظم القانونية القائمة، صحيح أن التقدم التقني المحرز على مستوى الاقتصاد الشبكي كشف بالإمكانات التي يتيحها عن نوع من الفراغ التشريعي الذي يمكن أن تعاني منه معاملات التجارة الإلكترونية من جراء تخلف القانون عن ملاحقة ذلك التقدم، إلا أنه ليس من الحكمة التسرع بسن تشريعات جديدة أو استخدام تنظيمات إدارية هدفها مجرد التقييد أو المنع. وذلك قبل استيعاب أبعادها والتأكد من عدم وفاء التنظيمات القانونية القائمة بمتطلباتها.

ومع ذلك فثمة مجالات تحتاج إلى تنظيم قانوني سريع، قائم على دراسة علمية لمدى التدخل التشريعي المطلوب، مثل إنشاء المواقع على شبكة الإنترنت، ووسائل تأمين المعاملات عليها وحماية حقوق وحرية مستخدميها، خصوصا في مجال الاستهلاك.

فلو اقتصرنا على مجال حيوي نتج عن ثورة المعلومات وهو التجارة الإلكترونية، نجد أنها تحتاج إلى وسائل لتأمينها من محاولات اختراقها و تخريب مقوماتها أو استلاب فوائدها أو اتخاذها وسيلة لسلب الحقوق والاعتداء على الحريات، كما أنها تحتاج إلى ضوابط قانونية تبث الثقة فيها وتؤكد ثباتها الجبري عند اللزوم. ولذلك فسوف تبقى مخاوف من ذلك، طالما شعر مجي استلاب

<sup>1</sup> - للتفصيل أكثر؛ مشروع قانون الإنترنت الصادر عن المؤتمر الدولي الأول لقانون الإنترنت، والمنظم من طرف المنظمة العربية للتنمية الإدارية من

21 إلى 25 غشت 2005 بالغرقة، جمهورية مصر العربية، ص. 319.

الحقوق والنصب على أصحابها عبر الفضاء الإلكتروني أن هذا المجال مفتوح لجرائمهم دون رادع وطالما اكتشف أصحاب المصالح أنه بمقدورهم الإخلال بالتزاماتهم القانونية دون جزاء. وبالمثل فإن عامة الناس سيحجمون عن استخدام قنوات الاتصال الإلكترونية في إنجاز معاملاتهم خصوصا في مجال المواد الاستهلاكية من عقود ومفاوضات واتفاقات وإعلانات، إذا عرفوا أن القواعد القانونية القائمة لا تقدم لهم حماية كافية وفعالة لحقوقهم وحررياتهم.

وهكذا فإن التنظيم القانوني للمسائل المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات يحتاج قبل إصداره، دراسة الأبعاد والانعكاسات القانونية خصوصا فيما يتعلق بتكوين العقود وإثباتها وحماية حقوق وحرريات أطرافها في ضوء القواعد القانونية القائمة وتحديد المواقع الذي ينبغي تطوير قواعدها لتصبح أكثر استجابة لمقتضيات الاستفادة من التقدم التقني في مجال المبادلات أو المعاملات الاقتصادية<sup>1</sup>.

لذلك فإن البحث يجب أن يتجه أولا إلى الكشف عن الصعوبات والعقبات والمخاطر التي سوف يوجهها التبادل الإلكتروني في الأوساط التجارية على الصعيد القانوني، ومن ثم البحث عن إطار قانوني يكفل الاستفادة من الإمكانيات التقنية الحديثة في إبرام العقود وحماية حقوق أطرافها وبيث الثقة في مصداقيتها، ويأتي في هذا السياق بحث مدى إمكانية الاعتراف القانوني بتبادل التعبير عن الإرادة عبر شبكة الإنترنت ومدى الحجية القانونية لحوامل أو دعائم البيانات (مثل مخرجات الكمبيوتر والأقراص المدججة) في مجال الإثبات. وهذا هو تماما النهج اتبعه المشرع المغربي من خلال مشروع قانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الذي صادق عليه مجلس النواب<sup>2</sup>. في قطاع من القطاعات القانونية المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات هو تحديدا قطاع الإثبات خصوصا فيما يتعلق بحجية المحررات والتوقيعات الإلكترونية.

### الفرع الأول: مشروع قانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية

<sup>1</sup> - أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، الملتقى العربي الثالث لتطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين، 15-17 ديسمبر 2003 شرم الشيخ-مصر، ص.126.

<sup>2</sup> - يبدو أن المشرع المغربي من خلال مشروع رقم 53.05 قد سلك نفس مسلك المشرع الفرنسي الذي أدخل تعديلا على المواد 1316 وما بعدها من التقنين المدني بموجب قانون 2000/230 الصادر في 13 مارس 2000 ليوسع من جهة نطاق الإثبات الكتابي، و يعترف من جهة أخرى بمصداقية التوقيع الإلكتروني.

بعد أن لوحظ شيوع استخدام شبكات الاتصال الإلكترونية في إنجاز العديد من المعاملات القانونية، وظهور الحاجة عمليا إلى تقنين طرق إثباتها، تدخل المشرع المغربي بموجب مشروع قانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، ليكرس من ناحية مبدأ الاعتراف بالحجية القانونية للكتابة والتوقيع الإلكترونيين وليضع من ناحية أخرى شروط اعتبارها دليلا في الإثبات<sup>1</sup>.

وبذلك أصبح القانون المغربي يعرف نوعين من الكتابة الموقعة، النوع الأول يفترض استخدام الورق وهذه هي الكتابة الورقية الموقعة خطيا، أما النوع الثاني فهو الكتابة غير المموسة ماديا الموقع عليها إلكترونيا.

ورغم أن تدخل المشرع المغربي من خلال هذا المشروع، اقتصر إلى تعديل وإضافة بنود إلى قانون الالتزامات والعقود إلا أنه أوجد بهذا التعديل مكانا للعقود الإلكترونية بين دفتيه. ومن الواضح أن المشرع المغربي لم يكن يجراً على تعديل هذا القانون الذي دام منذ سنة 1913، إلا بعد أن دلته التجارب خصوصا التجربة الفرنسية على أن العقود الإلكترونية جديرة بأن تجد لها مكانا فيه، بعد أن استوفت البيئة التي سوف يجري فيها العقود متطلبات إنجازها.

ولا ندري هل هذا الموقف جاء كقناعة وخيار من خلال دراسات وأبحاث وترتيب للأولويات أم أنه انسياق مع الدعوات الدولية لوضع حد أدنى من التنظيم القانوني لتقنية المعلومات<sup>2</sup>.

فعلينا أن ندرك أن هناك اختلافا جذريا فيما بين الواقع الدولي وواقع أنظمتنا القانونية في التعامل مع مسائل تكنولوجيا المعلومات فتبني المنظمات الدولية لهذا الموقف مبرر لأن نظمها القانونية منذ مطلع السبعينيات عرفت ترسانة تشريعية لا تزال آخذة في النماء والتطور في حقل الجرائم الإلكترونية وأمن المعلومات وحجية المستخرجات الإلكترونية في الإثبات والمواصفات والمعايير

<sup>1</sup> -المسألة ليست مسألة تعديل أو تطوير القوانين كيفما اتفق وإنما المسألة هي مسألة ترتيب أولويات بحيث لا يأتي التدخل التشريعي المرتقب إلا بعد استيفاء المرحلة البحثية لتحديد القطاعات التي تحتاج إلى هذا التدخل.

<sup>2</sup> -هذا ما عبرت عنه الرئاسة الأمريكية عام 1997، وتبناه أيضا مجلس خبراء الاتحاد الأوروبي في مؤتمهم وأكد عليه المؤتمر العالمي لمنظمة التعاون الاقتصادية والتنمية عام 1998.

<sup>3</sup> - المادة 27 وما بعدها من القانون رقم 05/18 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري والسالف الإشارة إليه



التقنية والملكية الفكرية والخصوصية وقواعد تبادل البيانات ووسائل الدفع الإلكتروني<sup>1</sup>، وحماية المستهلك وغيرها.

لكن مجتمعاتنا لم تعرف مثل هذه التشريعات ولم تتقاطع مع موجات التشريع العالمية في هذا الميدان، أضف على ذلك أن هناك اتفاقيات ثنائية ودولية في الحماية المدنية والجنائية لتكنولوجيا المعلومات نحن لسنا طرفا فيها.

لهذا لا يصلح معنا كدول عربية مستهلكة، تبني وجهة النظر التي تطالب بحد أدنى من التدخل التشريعي دون تقييم لهذا المعطى، بل يلزم على المشرع المغربي ما دام أنه تبني مقاربة تجديدية داخل بنود قانون الالتزامات والعقود، أن يواكب ذلك بسن قوانين تتعلق بالتجارة والمعاملات الإلكترونية وأخرى لها علاقة بالجرائم الإلكترونية وبأمن المعلومات، كذلك المسائل المتعلقة بالملكية الفكرية وبمحماية المستهلك.

**المطلب الثاني: مدى ملائمة الآليات التقليدية لتسوية المنازعات مع متطلبات تكنولوجيا المعلومات**

لذلك سنتطرق إلى التسوية القضائية لمنازعات تكنولوجيا المعلومات (الفرع الأول)، على أن تتم الإشارة في الفرع الثاني إلى الحاجة إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.

### الفرع الأول: التسوية القضائية لمنازعات تكنولوجيا المعلومات

التسوية القضائية لمنازعات تكنولوجيا المعلومات صعبة، نظرا لطبيعة البيئة الرقمية التي يجري من خلالها التعامل، وخصوصيات المنازعات المثارة، وطبيعة الحقوق المتنازع عليها، ومدى اختصاص المحاكم الوطنية.

ففي اليوم الذي ينظر فيه القضاء المغربي منازعة مرتبطة بتكنولوجيا المعلومات وخصوصا التجارة الإلكترونية<sup>2</sup>، سوف تثار أمام المحكمة أو المتقاضين العديد والعديد من الأسئلة منها:

<sup>2</sup>- هذا لا ينفي أن القضاء المغربي عرضت عليه بضع منازعات مرتبطة أساسا بالجرائم الإلكترونية وبأمن المعلومات وأخرى متعلقة ببطاقة الائتمان وبحجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات.

- ضد من توجه الدعوة؟

- ما هي الضوابط التي يستعملها القاضي للتأكد من ثبوت الاختصاص القضائي الدولي له؟  
- ما هي القواعد التي يفصل على أساسها القاضي في نزاع بين العناوين الإلكترونية والعلامات التجارية؟

- ما مدى فعالية ما توفره أحكام و أوامر القضاء من حماية الحقوق المتنازع عليها؟

- هل الحل القضائي حل مناسب لنظر هذه المنازعات؟

فطرح النزاع على المحاكم الوطنية ذات الاختصاص الإقليمي سوف يفتح المجال لبروز مسائل عديدة، سواء فيما يتعلق بتحديد هوية ومكان المدعى عليه، أو بإعمال معايير المحكمة المختصة، أو فيما يتصل بحدود سلطتها ومدى فعاليتها ما توفره أحكامها أو أوامرها من حماية للحقوق المتنازع عليها.

- أطراف الدعوى:

ليس في تحديد المدعي من خصوصية فهو المتضرر في الدعوى، لكن المسألة فيها الكثير من النقاش إذ اتجه التفكير لتحديد هوية ومكان المدعى عليه<sup>1</sup>.

- فضاء من ستوجه الدعوى؟

القاعدة الأولى في ذلك أن الدعوى توجه ضد مزودي المحتوى أو أصحاب التطبيقات غير المشروعة أو ضد المتعامل المخل بالتزامه، وبالإمكان مبدئياً الوصول إلى التعرف على هوية هذا الشخص وموقعه الجغرافي، حيث أن العلاقات التعاقدية لا تطرح أي إشكال في ذلك، فالأطراف كثيراً ما تعتمد على وسائل ناجعة في التعريف والاستتباب بما في ذلك وسائل التشفير، وتدخل غير المصادق الذي يضمن صحة التوقعات الإلكترونية ونسبتها إلى أصحابها، وبالتالي يمكن القول

<sup>1</sup> - من الأهمية بمكان التمييز بين الشبكات المغلقة والشبكات المفتوحة، حيث أن الشبكات المغلقة INTRANET خلافاً للشبكات المفتوحة INTERNET تتضمن جانباً كبيراً من الأمان والمصادقية، فهي عبارة عن جملة من الحواسيب المرتبطة ببعضها بواسطة وسائل فنية، وتديرها سلطة مركزية تتحكم في الأشخاص الذين بإمكانهم الدخول إلى الشبكة عبر كلمة مرور تمكنهم منها طبقاً للاتفاق المبرم مسبقاً، وتتضمن هذه الشبكة قدرات عليا الاستتباب والسرعة والأمان والدقة، وتمكن في نفس الوقت من ضمان التعرف على المستخدمين بواسطة الأرقام الشخصية المستندة إلى كل واحد منهم مسبقاً.

مبدئيا إن هوية الأطراف ومواقعهم الجغرافية يمكن أن تكون معلومة مسبقا، فتوجه الدعوى ضدهم. لكن التعاقد عن بعد بوسائل إلكترونية لا ينفي المخاطر، فمن الجائز أن يبرم العقد التجاري مع مجهول الهوية أو في إطار خدمات وهمية، وتبقى بالتالي مسألة الهوية والجنسية من الأمور التي يصعب الوصول إليها.

ويمكن كذلك أن يكون المدعي عليه معلوم الهوية والمكان، إما اختياريا أو كرها. فإذا كان مشتركا بشبكة الإنترنت أو مستعملا لها يمكن التعرف عليه عن طريق العنوان IP، فكل حاسوب مرتبط بشبكة الإنترنت يحمل عنوانا خاصا به، ويتكون هذا العنوان من أربع مجموعات من الأرقام ترشد إلى موقع الشبكة وطبيعتها ومكان وجود الحاسوب، وفعلا تكونت مؤسسات خاصة مهمتها التعرف على أصحاب المواقع انطلاقا من اسم النطاق الذي يستر العنوان IP، لكن مزود خدمة الدخول لشبكة الإنترنت بإمكانه تغيير هذه العناوين فتغيب المعلومات عن الجميع إلا على مزود الدخول، ويصبح هو الوحيد الذي يمكنه أن يعلم بهوية المتدخل وبموقعه الجغرافي بالرجوع إلى يومية نشاطه، لذلك تدخل المشرع في أكثر من بلاد ليسمح لمزودي الخدمات بمسك البيانات اللازمة التي يمكن أن تعرف بالأطراف<sup>1</sup>.

لكن ذلك ليس إلا القاعدة العامة، والاستثناءات أكثر من القاعدة، حيث إن تقديم الهوية ليست شرطا في عقد الاشتراك، ثم إن المنخرط بإمكانه أن يقدم هوية مغلوبة، و الأغلب أن يفعل وهو مقدم على تطبيقات غير مشروعة. وبإمكانه استعمال معدات في ملك غيره إما طوعا أو كرها، وقد يتردد على مقاهي الإنترنت أو غيرها. كما أن كثيرا من مزودي الدخول يستعملون أجهزة ومعدات معلوماتية serveur توجد خارج مكان عملهم، بحيث أن الأرقام التي يسندونها تظهر و كأنها تابعة للبلاد الأجنبية وإن كان المزود والحاسوب المستعمل موجود بمكان آخر ليس له علاقة

<sup>1</sup> - Voir par exemple l'article 43-9 de la loi française n 2000-719 de 1<sup>er</sup> aout 2000. Modifiant la loi n 86-1067 du 30 septembre 1986 relative a la liberté de communication.

بالمكان الأول<sup>1</sup>. ثم إن هناك عددا من العناوين التي لا يمكن التعرف عليها والمتعلقة بالشبكات الخاصة مثل الأنترنت INTRANET ، كما أن الاشتراك من خارج البلاد يبقى دوماً فرضية ممكنة، وبالتالي يمكن أن يكون الفاعل ببلاد بينما الخادم الذي يتبعه موجود ببلاد أخرى، كل هذه المسائل من شأنها أن تجعل من تحديد هوية الأطراف التي ستوجه ضدهم الدعوى ومكان وجودهم أمراً غير ميسور بالمرّة<sup>2</sup>.

ولهذا الغرض، وبصرف النظر عن المسؤولية التعاقدية، فإن الدعوى عادة ما توجه ضد مزودي الخدمات الموجودين بالدائرة الترابية التي يوجد بها المتضرر، حيث إن هذه المؤسسات عادة ما تكون معلومة المقر والهوية، ولأن المسؤولية الأولى يجب أن يتحملها المختصون وأصحاب الخدمات الفنية. وفعلاً إن القضايا المنشورة أخيراً في جميع بلاد العالم قد وجهت بالدرجة الأولى ضد مزودي الخدمات أمام صعوبة التعرف على هوية ومكان الفاعل الأصلي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- والمثال على ذلك هو مزود الدخول AOL الذي يعتمد على خادم *serveur* موجود بالولايات المتحدة الأمريكية، ولو أن المزود يقدم خدماته انطلاقاً من فرنسا.

<sup>2</sup>- أثبتت بجدّة إشكالية عدم معرفة هوية ومكان المدعى عليه فيما يخص منازعات العناوين الإلكترونية.

فحتى تقبل دعوى التقليد أو التزييف لا بد أن ترفع الدعوى ضد شخص أو مشروع معين معروف هويته ومحل إقامته، باعتباره مالك العلامة المعتدية (العنوان الإلكتروني)، بيد أن متمسكي القرصنة الإلكترونية كانوا يخفون هويتهم الحقيقية ومحل إقامتهم الفعلية، فعملوا إلى تزويد الشركة المختصة بالتسجيل (ICANN أو أحد فروعها المفوض إليهم) ببيانات خاطئة عن أسمائهم ومحل إقامتهم. لذلك كانت هناك صعوبة في الاختصاص أمام القضاء وكانت دعواهم تفتشل في كثير من الأحيان، لذلك كان من المحتّم على مالكي العلامات التجارية أن يتفاوضوا من خلال الإنترنت مع مسجلي العناوين الإلكترونية لشراء هذا العنوان منهم ولو بأثمان مبالغ فيها. وقد جاء القانون الأمريكي في 29 نوفمبر 1999 لعلاج جديد لظاهرة القرصنة الإلكترونية حيث قضى على الصعوبة التي كانت تواجه القضاء الأمريكي والمتمثلة في غياب المعلومات الدقيقة عن مسجلي العناوين الإلكترونية، فمكن القانون مالكي العلامات التجارية من رفع دعوى يطلق عليها (الدعوى العينية) يختصون فيها مباشرة العنوان الإلكتروني بهدف إلغاء تسجيله أو نقله إليهم. ومن تطبيقات هذه الدعوى الحكم الصادر في قضية OMEGA في 2 فبراير 2000، ففي هذا الحكم أمرت المحكمة شركة OMEGA بنقل العنوان الإلكتروني "Spotys.com" إلى شركة Sportsmen's مالكة العلامة التجارية التي تحمل هذا الاسم. ومن ذلك أيضاً الحكم في قضية *relais et chateaux* الصادر عن محكمة باريس الابتدائية في 22 فبراير 2000.

انظر في ذلك: شريف محمد غانم، حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ط. 2007، ص. 182.

<sup>3</sup>- علي كحلون، المسؤولية المعلوماتية، محاولة لضبط مميزات مسؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها، مركز النظر الجامعي، ط. 2005، ص. 325.

عموما إذا استطاع الأطراف أو النيابة العامة رفع الدعوى ضد المدعى عليه أو أحد المتدخلين، تثار أمام المحكمة إشكال هام مرتبط بضرورة التأكد من كون الاختصاص القضائي الدولي يثبت لها وفقا لضوابط معينة.

### \*صعوبة أعمال معايير الاختصاص التقليدية بالنسبة لمنازعات البيئة الرقمية:

لا شك أن كل دولة تقوم بتحديد قواعد الاختصاص القضائي التي تطبق على إقليمها، سواء تعلق الأمر بمنازعات داخلية بحتة أم كان الأمر يخص منازعات ذات عنصر أجنبي أو ذات طابع دولي، ويحدد المشرع الوطني عادة قواعد الاختصاص القضائي بنظر المنازعات ذات الطابع الدولي، إما بإعطاء قيمة بإرادة الأطراف بمنحهم القدرة على اختيار المحكمة المختصة بنظر ما بينهم من منازعات، أو بتحديد الاختصاص طبقا لقواعد موضوعية أو إقليمية (موطن المدعى عليه، مكان إبرام أو تنفيذ الالتزام، مكان نشوء أو تحقق الفعل الضار أو غيرها).

فغالبية الاختصاص القضائي الدولي في القوانين الوطنية إن لم يكن معظمها تقوم وكما هو معلوم على عنصري الملائمة والفعالية (قوة نفاذ)، ويراد بالأول، أن محاكم الدولة تعد أكثر ملاءمة من غيرها بنظر النزاع بسبب ارتباط النزاع بهذه الدولة برابطة ما تجعل من الملائم منح محاكمها الاختصاص بنظره، فيما يعني الثاني، أن محاكم الدولة أقدر من غيرها فيما يتعلق بتنفيذ الحكم الذي سيصدر في النزاع لتركيز مصالح المدعى عليه في هذه الدولة أو لوجود أمواله فيها أو لأن المال محل النزاع كائن بها.

وقد بدت ملامح الشك والريبة على بعض الفقه وثارَت التساؤلات حول مدى إمكانية بقاء الاختصاص على هذين العنصرين بالنسبة لضوابط الاختصاص القضائي الدولي التقليدية مع ما ظهر في الآونة الأخيرة من منازعات عصرية جديدة لم تخطر ببال واضعي التشريعات الوطنية حال تنظيم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية. فهل تتلاءم تلك الضوابط مع منازعات العصر الحديث؟

بالنسبة إلى المغرب، جوهر الإشكال مرتبط أصلاً بوجود أو عدم وجود قواعد للاختصاص القضائي الدولي، فظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب وقانون المسطرة المدنية لم يتضمن أية قاعدة في الموضوع وهذا خلافاً لبعض الدول التي نظمت الاختصاص القضائي الدولي<sup>1</sup>. لذلك فالعمل جرى لتمديد قواعد الاختصاص المنصوص عليها في القانون الداخلي (المسطرة المدنية) إلى المنازعات ذات الطابع الدولي. ومن ثم يستند الاختصاص القضائي للمحاكم المغربية على قاعدة عامة وهي توطن المدعى عليه في المغرب أو إقامته به<sup>2</sup>، ثم هناك معايير احتياطية يجب الرجوع إليها في منازعات معينة<sup>3</sup>.

فمفهوم الموطن في القانون الداخلي المغربي يقوم على حالة واقعية تتجاوز مع حاجة قانونية هي الربط بين الشخص والمكان برابط قانوني، ولهذا يعرف الموطن بأنه المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزاً لمصالحه، فالأصل أن تحديد الموطن مرتبط بمكان وتطبيق هذه الفكرة يعني بالضرورة الوصول إلى الموطن الحقيقي للمتعاقدين، وهذه الفكرة رغم وضوحها إلا أن تطبيقها من الناحية الواقعية على منازعات تكنولوجيا المعلومات ليس سهلاً. ذلك أن التعامل الذي يتم من خلال المواقع على شبكة الإنترنت يعتمد بالدرجة الأولى على العنوان الإلكتروني وليس على العنوان الحقيقي للشخص. وهذا العنوان الإلكتروني لا يعطي دلالة على العنوان الحقيقي، فإذا كان من المسلم به أن استخدام المواقع التي تنتهي بـ com/net مواقع دولية-إذا جاز التعبير- لا تنتمي لأي دولة، فإن المواقع التي تنتهي بأسماءها برموز خاصة بدول مثل .sa/.fr/.ma/.kw لا تعني دلالة حقيقية أنها مرتبطة بهذه الدول، كون التسجيل لهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاري. فقد تكون هناك شركة ترغب في الحصول لأي سبب

<sup>1</sup> - الفصلين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي، والمواد من 28 إلى 35 من قانون المرافعات المصري.

<sup>2</sup> - الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

<sup>3</sup> - محمد تكمنت، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، طبعة 2005، ص. 108.

كان على موقع خاص بها على صفحة إنترنت مغربية، فتشترك بهذا الموقع وينتهي الاسم الإلكتروني لها برمز المغرب.ma. إلا أن هذا لا يعني أن لها موطنًا حقيقيًا في المغرب<sup>1</sup>. وقد عملت للنظم المقارنة والقضاء المقارن في كل من الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية على تطوير وتطوير قواعد الاختصاص القضائي لكي تتلاءم مع متطلبات تكنولوجيا المعلومات.

فالحلول المقررة لتنازع الاختصاص القضائي بين محاكم دول الاتحاد الأوروبي تنطلق من اتفاقية بروكسل المؤرخة في 17 سبتمبر 1968 واتفاقية لوجانو المبرمة في 16 سبتمبر 1988، ومن الأدلة التوجيهية والتعليمية الصادرة عن الاتحاد والتي تستند إلى دراسات شاملة ومتخصصة لكافة المسائل القانونية المتصلة بالمعلومات من ضمنها مسائل الاختصاص القضائي في بيئة الإنترنت. ويبدو أن المحرك الأساسي لحل مشاكل الاختصاص القضائي الدولي بشأن منازعات تكنولوجيا المعلومات فيما بين دول الاتحاد الأوروبي هي مسألة حماية المستهلك باعتماد مفهوم النشاط المؤثر الموجه لمنطقة وجود المستهلك.

لذلك فإن موردي الخدمات والبضائع عبر الإنترنت وأصحاب المشروعات الاستثمارية الإلكترونية عليهم أن يدركوا جيدًا أن توجيه النشاط للمستهلكين الأوروبيين يمكن أن يؤدي وفي الغالب إلى خضوعهم لاختصاص المحاكم الأوروبية وأن تطبق عليهم القوانين الأوروبية المشددة في حماية المستهلك، وأن الاعتراف بالقرارات الأجنبية وتطبيقها لن يكون متيسرًا في نطاق الاتحاد الأوروبي إذا ما تعارض مع القواعد المذكورة. لذلك اعتبرت المحاكم الفرنسية نفسها مختصة في النظر في طرق البيع التي تتبعها بعض المواقع الأمريكية وبالتالي محاكمتها في فرنسا. وأعلنت اختصاصها أيضًا

<sup>1</sup> - كما أن القاضي سيجد صعوبة في حالة إعمال الضابط الخاص بمحكمة مكان إبرام أو تنفيذ العقد. كذلك سيجد صعوبة من الناحية العملية للاستدلال على صحة ما يدعيه الخصم وهذا سيجعل احترام المبادئ المستقرة في حق الدفاع والحق في المواجهة محل تساؤل.

في مشروعية المواد المباعة على مواقع أمريكية، وذلك بمجرد معاينة المواقع الأمريكية من فرنسا كما لو كانت هذه المواد غير المشروعة قد بيعت فعليا داخل فرنسا<sup>1</sup>.  
لكن لهذا الاتجاه نتائج خطيرة، إذ يجعل المحاكم الفرنسية صالحة لمراقبة جميع المواقع الموصولة للشبكة، علما أن غالبية المواقع الموجودة حاليا في العالم والتي يمكن معاينتها من فرنسا تحترق بشكل واضح القوانين الفرنسية وخاصة قانون "Toubon" بما أنها محرر بلغة أجنبية، لذلك يقتضي التمييز بين كل حالة على حدة خاصة أن معاينة المواقع يتم من قبل المتصل أو المستخدم وبإرادته، لذلك يقتضي التمييز بين:

- المواقع "الجامدة" الخاضعة لقانون البلد حيث توجد.

- المواقع "المتحركة" الخاضعة لقانون البلد حيث تثير المستعملين.

وقد تبين الاجتهاد الأمريكي في بعض قراراته هذا التمييز.

فبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فقد عملت على إيجاد حلول لإشكالية التنازع القضائي بين الولايات المكونة لها، حيث وجدت مؤسستها التشريعية أن الاقتصاد الرقمي الجديد استلزم تدخل تشريعي يتيح قواعد موحدة تمنع ما أمكن مشكلات التنازع، فكان المدخل في ذلك إقرار القانون

<sup>1</sup> -قضت المحكمة الابتدائية في فرنسا في حكمها الصادر في 20 نوفمبر 2000 بالاختصاص بنظر النزاع بين جمعيات (العصبة الدولية مناهضة العنصرية ومعاداة السامية "L.I.C.R.A" واتحاد الطلبة اليهود بفرنسا "U.E.J.F"، مدعومين فيما بعد بحركة مناهضة العنصرية ومعاداة السامية "M.R.A.P") وبين الشركات الأمريكية Yahoo Inc والفرنسية Yahoo France بصدد نزاع يتعلق بالبيع بالزاد لموضوعات تتعلق بالنازية على موقعها. ورفضت الدفع بعدم الاختصاص المقدم من Yahoo Inc. ولقد دفعت هذه الشركة بعدم الاختصاص استنادا إلى صعوبة تنفيذ الحكم الصادر من المحاكم الفرنسية في أمريكا، إلا أن قضاة المحكمة رفضوا هذا الدفع استنادا إلى أنه إذا كان موقع Yahoo موجه بصفة عامة لمستخدمي الإنترنت الموجودين في أمريكا، وذلك طبقا لطبيعة الموضوعات محل البيع وطرق الوفاء، واللغة المستخدمة وشروط التسليم وعملة الوفاء، إلا أن الموضوع يهم الكثيرين الذين يرغبون في الوصول إلى هذا الموقع ومن ضمن هؤلاء طبعاً الفرنسيين، حيث أنه يعرض شارات أيديولوجية عن النازية. وتصوير فكرة بسيطة عن هذا الموضوع يعد مخالفة للمادة 1/645 من قانون العقوبات ويخل بالنظام العام الداخلي، كما أن تصوير هذه الفكرة سبب ضررا واضحا في فرنسا للجمعيات المدعية التي تطالب بالتعويض، وأخيرا فإن Yahoo توجه إلى الفرنسيين لأن هناك صفحة إعلانية مكتوبة باللغة الفرنسية. وهذا يكفي لوجود رابطة مع فرنسا تعطي لمحاكمها الحق في الاختصاص.

وهكذا نلاحظ أن موقع Yahoo قد سقط بين نظامين عامين مختلفين، نظام عام فرنسي يمثل القاضي الفرنسي له حساسية كبيرة من محتوى تلك الصفحة موضوع النزاع، ونظام عام أمريكي لا يشكل له محتوى هذه الصفحة أي إشكال، وما يؤكد هذا الأمر، هو أن محكمة أمريكية في كاليفورنيا، رفضت منح الصيغة التنفيذية للحكم الفرنسي بداعي تعارض هذا الحكم مع حرية التعبير المعلنة في الدستور الأمريكي.

-T.G.T.Paris 20 nov 2000.rev lamy dr.Aff 2001 n 31-2518.



التجاري الموحد UCC، تم إقرار القانون الموحد للمعلومات المتعلقة لصفات الحاسوب UCITA سنة 1999.

ولقد عرضت العديد من الدعاوى التي تتعلق بالتزاعات المتصلة بالإنترنت أمام المحاكم الأمريكية والتي أخضعتها إلى ما يمكن تسميته فحص الاختصاص والولاية القضائية، ويعتمد فحص قابلية المحكمة لنظر الدعوى في القانون الأمريكي على توفر حد أدنى من الارتباط بين المدعى عليه ونطاق اختصاص المحكمة، وهذا المعيار يختلف في فحص الاختصاص القضائي الخاص. ففي حقل الاختصاص القضائي العام (الفحص الأول الذي يقوم به القاضي) لا بد من وجود اتصال وارتباط منتظم بين المدعى عليه ومجتمع المحكمة.

أما في حقل الاختصاص القضائي الخاص أو المحدد (معياري احتياطي) فإنه يتوقف على مدى وجود علاقة بين سلوك المدعى عليه وبين نطاق اختصاص المحكمة ومدى توجيه المدعى عليه أنشطته لمجتمع المحكمة، إضافة إلى عوامل أخرى كطبيعة الارتباط وعدد مرات الاتصال ونشوء سبب الدعوى من الاتصال ومصلحة المجتمع في نظر الدعوى ومدى ملائمة المحكمة لنظر نزاع الأطراف. وقد جاءت اتجاهات قرارات المحاكم متباينة<sup>1</sup>، ويمكن للباحث أن يرصد ثلاث اتجاهات رئيسية:

- الحكم بعدم الاختصاص لانتفاء الارتباط الكافي بنطاق اختصاص المحكمة،

- الحكم بالاختصاص لتحقق الارتباط الكافي بنطاق اختصاص المحكمة،

- الحكم بالاختصاص أو بعدم الاختصاص بناء على عناصر تتصل بكل حالة على حدة.

والملاحظ أن أغلب القرارات الصادرة عن القضاء المقارن في ما يخص التطبيقات المعلوماتية هي قرارات صادرة عن القضاء الاستعجالي رغم وجود حالات منعزلة رفضت فيها المحكمة اللجوء إلى الإجراءات الاستعجالية بعلّة أنها لا يمكن النظر في مثل هذه القضايا دون المساس بالأصل، لكن الأمر الملفت للانتباه هو منطوق القرارات التي يلجأ إليها القاضي الاستعجالي والتي في حقيقة الأمر ليست إلا قرارات أخلاقية وليست لها علاقة بعمل المحاكم، فمجرد الدعوة إلى العمل أو حتى

<sup>1</sup> - يراجع حول ما يخص وقائع هذه القضايا، المحامي يونس العرب، منازعات التجارة الإلكترونية، الأمم المتحدة، اجتماع الخبراء حول التجارة الإلكترونية في منطقة الاسكوا، بيروت 8-10 تشرين الثاني 2000، ص.15 وما يليها.

الطلب بإلحاح ليس من القانون في شيء، لكن ذلك يفسر بعدم وضوح الرؤى وصعوبة تقدير مجال تدخل كل طرف، وحدائث المواضيع المطروحة، ورغبة القضاء في أن لا يبقى هذا المجال بدون عقاب.

ورغم ذلك تبدو هذه القرارات الاستعجالية ناجعة حيث تؤدي في مجمل الأوقات إلى وضع حد لاستمرارية الجريمة أو العمل الضار، لكن ذلك لا يعدو إلا أن يكون إجراء وقتيا في انتظار تعهد محكمة الأصل وتتخذ الحكم المناسب، إلا أنه إجراء هام.

كذلك تأخذ مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية في ظل شبكة الإنترنت أهمية بالغة نظرا لشمولية هذه الشبكة التي تربط كافة دول العالم بعضها ببعض وما ينتج عن ذلك من تشابك وتصادم بين الأنظمة القانونية المختلفة، فما يعتبر شرعا مقبولا في دولة قد يعتبر جرما في دولة أخرى، وهذا الوضع يؤدي إلى عدم الاعتراف بالأحكام الصادرة وبالتالي يجعل عملية التنفيذ غير مطروحة. لذلك فالمطلوب أن يعمل القاضي قدرا من المرونة في التعامل مع المسائل المستجدة.

### الفرع الثاني: الحاجة إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات

للحد من الصعوبات والمشاكل التي يحتمل أن يفرزها اختصاص محاكم الدول بمنازعات تكنولوجيا المعلومات، اتجه التفكير والعمل سويا نحو إيجاد آليات بديلة لتسوية تلك المنازعات تتفادى الاصطدام بالطابع الإقليمي والمادي لمعايير فض النزاع القضائي وتكفل تسوية غير مكلفة وسريعة وفعالة دوليا، وهو ما توفر بعض الآليات المتداولة في العمل مثل التحكيم والوساطة والمفاوضات وغيرها من الآليات التي تقوم على الاختيار الحر لأطراف النزاع.

وتساهم وسائل التقاضي البديلة بتجاوز مشكلات غياب القوانين الناظمة لهذه الموضوعات في عدد كبير من الدول، وتتيح أيضا تخطي مشكلات صعوبة تحديد الاختصاص والقانون الواجب التطبيق ومشكلات الأحكام التي تعتمد على توفر الشروط القانونية لصحة التنفيذ، عوضا عن فعاليتها من حيث قدرة جهات التقاضي البديلة بنظر هذه المنازعات المنطوية على مسائل تقنية وإدارية معقدة والمنطوية أيضا على أدلة وبيانات قد لا تكون مقبولة في النظم القانونية على أدلة وبيانات قد لا تكون مقبولة في النظم القانونية التي تتبع إليها المحاكم القضائية فيما لو عرضت عليها بدلا من جهات التحكيم.

إن هناك اتجاهًا دوليًا متناميًا نحو تطبيق وسائل التقاضي البديلة والتشجيع على اللجوء إليها سواء من حيث تشجيع إقامة مراكز فض المنازعات أو من حيث التدريب على وسائل التحكيم والوساطة والمفاوضات وغيرها أو من حيث اتخاذ تدابير تشريعية تساهم في تنظيم وسائل التقاضي البديلة وتتجاوز الصعوبات المرتبطة بفعاليتها، وفي هذا الحقل احتل التوجه نحو تعميم مراكز التحكيم التجاري الدولي مكان الصدارة، حتى أن أحد أهم دعائم التنظيم التجاري الدولي العالمي إقرار آلية لتسوية النزاعات التجارية الدولية ضمن اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، وفي مجال الملكية الفكرية اعتمدت المنظمة العالمية للملكية الفكرية آلية شاملة لتسوية المنازعات تنطوي على نظام للوساطة وآخر للتحكيم وثالث للتحكيم المعجل ورابع بشأن البنود التعاقدية والاتفاقيات الموصى بها. ويمكننا فيما يلي إبراز عناصر الدور الذي تلعبه طرق التقاضي البديلة في مجال منازعات تكنولوجيا المعلومات:

**-العنصر الأول:** إن طرق التقاضي البديلة تتيح اللجوء إلى أكثر الجهات خبرة للتعامل مع مسائل تكنولوجيا المعلومات حيث التقنية المعقدة والمستجدات القانونية وتتيح الثقة بكفاءة الجهة التي تتولى البت في النزاع.

**-العنصر الثاني:** طرق التقاضي البديلة في مجال تكنولوجيا المعلومات تجتاز مشكلات غياب النصوص القانونية بخصوص العقود الإلكترونية وحجية الإثبات بالمسائل الإلكترونية ومشكلات المعايير والمواصفات ومسائل التعامل مع المصنفات الرقمية وعناصر الإخلال بالالتزامات وتفسير البنود العقدية خاصة في رخص الملكية الفكرية وعقود نقل التكنولوجيا وعقود نقل الخدمات التقنية وغيرها.

**-العنصر الثالث:** إن إيراد الشروط العقدية التي تقرر اللجوء لطرق التقاضي البديلة وتحديد الطريقة المقرر إتباعها عند النزاع وآلية اللجوء إليها والقوانين المتعين تطبيقها من قبل الجهة المتولية نظر النزاع سواء الموضوعية أو الإجرائية ومدى حجية القرار النهائي الصادر في النزاع وتحديد الأحكام المتعلقة بحالات الامتناع عن اللجوء لهذه الوسائل لفض النزاع تتخذ جميعًا عملية استثنائية وتتطلب

التشجيع لاعتمادها أساسا في العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت أو تلك المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية على أن ترعى دقة وشمولية مثل هذه الشروط وحكمها في حال إبطال التعاقد وأن تراعى لدى وضعها الأحكام القانونية التي قد تقيدها أو تحد من فاعليتها إلى غير ذلك من المسائل التي تكفل وفعالية شرط اللجوء التقاضي البديلة و جدر بالذكر هنا أن العديد من المنازعات القضائية قد أثرت بخصوص شروط اللجوء إلى التحكيم المقررة في النماذج العقدية الإلكترونية<sup>1</sup>، أو في رخص مصنفات الفكرية الإلكترونية تستلزم في الحقيقة دراسة معمقة لتحديد نماذج معيارية للشروط العقدية المتعلقة بهذا الخصوص يمكن في حال تعميمها المساهمة في فض منازعات التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية وبالعموم منازعات الإنترنت.

إن تكنولوجيا المعلومات فيها من الحداثة والتميز ما يشد عن المؤلف، ويتطلب بالضرورة خيارات تتناسب مع هذا التميز، وكثيرا ما يقال إن الإجراءات القضائية تتميز ببطئها وكلفتها، الأمر الذي يتماشى مع الخصوصية المعلوماتية. لذلك اتجه التفكير إلى وضع إجراءات متوازنة وموازية لعمل المحاكم تضمن تبسيط الإجراءات والإسراع في حسم المنازعات، وفعلا نسجل أهمية الآليات الحديثة لتسوية منازعات تكنولوجيا المعلومات.

<sup>1</sup> -نشير هنا إلى العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التاجر والمستهلك الذي أعد من طرف غرفة التجارة بباريس والعقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر من المركز الدولي للأبحاث والدراسات في قانون المعلومات CIREFIT.

## الفصل الثاني:

تسوية المنازعات المتعلقة بعقود

التجارة الإلكترونية

تكمن مشكلة منازعات عقود التجارة الإلكترونية في إنها تتم في الغالب بين أطراف تختلف جنسياتهم، وأماكن إقامتهم، وتعلق بموقع لا يعلم مكانه، أو مكان الجهة التي تديره، كما أن القانون الواجب التطبيق أيضا لا يكون محددًا بوضوح، وحتى في حال الاتفاق عليه بين المتعاقدين في العقد الإلكتروني تثار مشكلة مدى صحة مثل هذا الشرط في ضوء حقيقة أن المستخدم قد لا يكون قد قرأ العقد، وهو بالتأكيد لم يناقشه، وربما يقع هذا العقد ضمن عقود الإذعان، إضافة إلى أن ثمة العديد من النظم القانونية لا تتضمن حتى الآن تشريعات منظمة لمسائل تقنية المعلومات، ومن الطبيعي في بيئة التجارة الإلكترونية أن تظهر المنازعات تماما كما هو الحال في العالم غير الإلكتروني {التجارة التقليدية}.

وهذه المنازعات غالبا ما تتضمن طرفا أجنبيا لقيامها بين أطراف خارج النظام الإقليمي الواحد تثير العديد من التساؤلات بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على النزاع، والمحكمة المختصة بنظر النزاع. وإذا كانت مختلف الدول قد واجهت الكثير في تحديد التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية وخاصة مسائل التعاقد، والإثبات فإنه بالمقابل لم تتصد لمشكلة الاختصاص القضائي، وتنازع القوانين في بيئة التجارة الإلكترونية، ويتصل بهذا الموضوع أيضا مدى فاعلية 'وأهمية الاعتماد على طرق التقاضي البديلة، وتحديد التحكيم لفض منازعات التجارة الإلكترونية وسوف نتناول هذه المسائل في هذا الموضوع من الدراسة من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

المبحث الثاني: الآليات الحديثة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

**المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية**

من موضوعات التجارة الإلكترونية المثيرة للجدل مسألة منازعات التجارة الإلكترونية واختصاص القضاء بنظرها، ومشكلة القانون الواجب التطبيق.

وتواجه التجارة الإلكترونية صعوبة مزدوجة، حيث يتعذر تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثار بشأنها، فتتطوّر إمكانية تطبيق قانون الإدارة عليها، وإذا كان كذلك فإنه لا بد

أن يستجيب هذا الأخير لمقتضيات التجارة الإلكترونية، ولكن نظرا لغياب اتفاق الأطراف بخصوص القانون الواجب التطبيق على تلك العقود التي تبرم في عالم تتلاشى فيه الحدود، فإننا سنحاول تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية بإخضاعها لقواعد التنازع التقليدية في مسائل العقود الدولية لاسيما في ظل عدم وجود ضوابط إسناد خاصة بمعاملات التجارة الإلكترونية، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية

المطلب الأول: تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية

الفرع الأول: قواعد الإسناد الشخصية

من الثابت قانونا أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يمكن أن يتقيد الإنسان إلا بإرادته، فالإرادة هي أساس التصرف القانوني، فهي التي تنشئه، وتحدد آثاره، وهذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة، وقد أصبح مبدأ سلطان الإرادة، وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابت في القانون المقارن حيث تعترف به كل الأنظمة القانونية<sup>1</sup>، وتعترف به أيضا قواعد التجارة الدولية، ولما كانت شبكة الإنترنت بطبيعتها شبكة عابرة للحدود، وبالتالي فإن العقود المبرمة عبر الإنترنت تعد عقودا دولية لأنه يجوز لأي شخص في أي مكان أن يستخدم تلك الشبكة، ويقوم بإبرام عقود مع أشخاص آخرين، ويثور هنا لدينا التساؤل عن إمكانية تطبيق قانون الإدارة على عقود التجارة الإلكترونية، والإجابة على هذا السؤال تكون بالرجوع إلى ما سبق أن تناولناه في هذه الدراسة من كون أن العقود الإلكترونية لا تختلف عن أغلب العقود التقليدية من حيث الأركان والآثار، ولا من حيث الأطراف أو الموضوع، ولكن الاختلاف الوحيد يتمثل في وسيلة التعاقد، حيث يتم استخدام وسائط إلكترونية في العقود الإلكترونية بدل الوسائط الورقية في العقود التقليدية.

<sup>1</sup> -ومن تطبيقات هذه الفكرة، المادة 1/147 من القانون المدني المصري والمادة 106 من القانون المدني الجزائري، وكلاهما ينص على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.

ويعد مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم من المبادئ الأساسية في العقود الدولية، وقد أقرته عدة اتفاقيات دولية، حيث نصت المادة {3} من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الصادرة عام 1980 على أن "يحكم العقد القانون المختار من الأطراف". كما نجد أن المادة {7} من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1985 نصت على أن يحكم البيع القانون المختار من الأطراف.

وقد استقر مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الداخلي في مختلف التشريعات الوطنية، ويقابل ذلك في العلاقات الخاصة الدولية مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فلهم الحق في أن يخضعوا عقدهم لحكم قانون وطني معين، أو يخضعوه لأكثر من قانون، وهذا ما يطلق عليه الفقه تجزئة العقد، ولهم الحق أيضا في استبعاد أي قانون وطني وإخضاع العقد لحكم المبادئ العامة في القانون، أو عادات وأعراف التجارة الدولية.

وإذا كان الأصل في أن الفرد حر في أن يتعاقد، أو لا يتعاقد، وحر أيضا في اختيار القانون الذي يحكم تصرفاته العقدية، فإنه من الثابت أيضا أن هذه الحرية تجدد حدودها فيما يطلق عليه بالنظام العام. وسنقسم هذا الفرع إلى:

أولا: مفهوم قانون الإدارة في عقود التجارة الإلكترونية.

ثانيا: كيفية تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

أولا: مفهوم قانون الإدارة في عقود التجارة الإلكترونية:

سوف نحاول تحديد هذا المضمون من خلال بيان المقصود بقانون الإدارة التي تشير إليه قاعدة التنازع في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ثم نوضح النتائج المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإدارة بعد ذلك على النحو التالي:



## 1- المقصود بعقود الإدارة في مجال العقود الإلكترونية

اختلف الفقه والقضاء، وكذلك التشريعات الوطنية في تحديد المقصود بقانون الإدارة الذي تشير إليه قواعد الإسناد، ويمكن جمع هذا الخلاف في ثلاث اتجاهات:

## الاتجاه الأول:

وهذا الاتجاه يضيق من نطاق قانون الإدارة، حيث إنه قصر حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم تعاقدهم في القانون الداخلي لدولة معينة، أي أنه يقتصر على القوانين الوطنية الصادرة على دولة معينة تتمتع بهذا الوصف وفقا لأحكام القانون الدولي العام، وعليه فإن أطراف العقد الإلكتروني إذا اختاروا قانونا معيناً ليحكم عقدهم، فيجب أن يكون قانونا وطنيا أي قانونا داخليا لدولة ما.

وقد أخذت محكمة العدل الدولية الدائمة في هذا الاتجاه في حكمها الصادر عام 1929 حيث قشت بأن "كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص".

كما أخذت به كذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها في سنة 1950 بأن: "كل عقد دولي يخضع لقانون دولة معينة"<sup>1</sup>.

وقد أخذ التقنين المدني المصري بهذا الاتجاه في الفقرة الأولى من المادة 19 والتي نصت على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة..."

كما أن هذا التحديد لفكرة قانون الإدارة قد التزمت به أيضا الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي 1955 بشأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية، والتي نص في المادة الثانية منها على أن البيع يكون منظما بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة. كما تجدر الإشارة إلى أن معهد القانون الدولي قد نشر إعلانا أوضح فيه أن الأطراف لهم حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، فيمكنهم الاتفاق على تطبيق قانون أي دولة.

<sup>1</sup> - صالح المتزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص. 269. وما بعدها.

لقد انتقد جانب من الفقه هذا الاتجاه بحجة أنه يضيق من فكرة قانون الإدارة في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، على أساس أن تطبيق هذا المنهج يترتب عليه تطبيق قواعد وطنية وضعت أساساً من أجل العقود الداخلية، لا عقود التجارة الإلكترونية في حين أن هذه الأخيرة هي عقود دولية كما أن تطبيق القوانين الوطنية قد يؤدي إلى تباين واختلاف الأحكام القضائية بصدد تلك النوعية من المنازعات التي تتم عبر الخط<sup>1</sup>.

### الاتجاه الثاني:

ويقوم هذا الاتجاه على إطلاق يد المتعاقدين في اختيار القانون الواجب على عقودهم، أي أنه منح الحرية الكاملة للمتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، والتوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية مثل: القواعد العرفية التي نشأت واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية<sup>2</sup>.

ويظهر هذا الاتجاه في نص المادة 19 من القانون المصري التي نصت على أنه "ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه" فالنص يتحدث عن حرية المتعاقدين في اختيار قانون آخر دون تقييده، أو تخصيصه بكونه قانون دولة معينة مما يعني أن هذا القانون قد يكون قانوناً وطنياً وقد يكون غير ذلك.

وقد أخذ بهذا الاتجاه قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994، حيث نصت المادة 1/39 على أن "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان".

فهذه النصوص تؤكد بما لا يدع مجالاً للشك حرية المتعاقدين في اختيار قواعد لا تنتمي إلى نظام وطني معين، وذلك يبرز من خلال استخدام المشرع المصري لمصطلح قواعد بدلاً من مصطلح قانون في المادة سالفة الذكر.

<sup>1</sup> - فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2008، ص. 66 وما بعدها.

<sup>2</sup> - Verbiest (T) , La protection juridique du cyber Consommateur, édition litec ,2002 ,P.1 .

ونجد كذلك أن العديد من الاتفاقيات الدولية قد اعتنقت هذا الاتجاه الموسع لفكرة قانون الإدارة، حيث نصت المادة 7 من اتفاقية جنيف للتحكيم الدولي عام 1961 على أن "الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع".

ونصت أيضا المادة 1/3 من اتفاقية روما 1980 بخصوص القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أنه "يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف...."، وتبعتها في ذلك المادة 7 من اتفاقية مكسيكو عام 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية<sup>1</sup>.

ولكن يعاب على هذا الاتجاه أنه يطلق حرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد على نحو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد ارتباطا وثيقا.

### الاتجاه الثالث:

ويحمل هذا الاتجاه في طياته طابع الاعتدال حيث أنه لا يصل إلى حد تضيق نطاق قانون الإدارة الذي نادى به أصحاب الاتجاه الأول، كما لا يذهب إلى حد إطلاق العنان للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، والذي ذهب إليه أنصار الاتجاه الثاني.

فهذا الاتجاه يخول للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية عملا بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد، واحتراما لتوقعاتهم، ولمنه يحرص في ذات الوقت على أن لا تصل هذه الحرية إلى حد إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة، فهذا الحل يقيم نوعا من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وإرساء هذه الحرية على أسس مشروعة<sup>2</sup>.

ويجد هذا الاتجاه أساسه في بعض الاتفاقيات الدولية حيث إن المادة 6 من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، تنص صراحة على استبعاد تطبيق

<sup>1</sup>- يمكن الإطلاع على نصوص هاتين الاتفاقيتين من خلال الموقع الآتي:

[-http://hech.net/f/convention.index.html](http://hech.net/f/convention.index.html)

<sup>2</sup>- صالح المزلاوي القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 273 وما بعدها.

القانون المحدد بموجب الاتفاقية إذا تعارض مع النظام العام، وهذا ما ذهبت إليه المادة 1/7 من اتفاقية روما سنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع.

## 2- النتائج والآثار المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإدارة:

يترتب على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون إرادة المتعاقدين آثار خطيرة منها:

### أ- تجزئة العقد الإلكتروني:

حيث يرى البعض أنه من الضروري الحفاظ على وحدة العقد، وذلك بإخضاعه لقانون واحد حتى لا يحتل التوازن، والاستقرار اللازم للرابطة العقدية، وبالتالي يجب إخضاع العقد الإلكتروني لقانون واحد ينظم الالتزامات المتبادلة للمتعاقدين باعتباره من العقود الملزمة للجانبين، أي وبعبارة أخرى عدم تجزئة العقد الإلكتروني بينما يرى اتجاه آخر<sup>1</sup> أن العقد رابطة متعددة الجوانب، وأنه لا يوجد ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعوا كل جانب من جوانب العقد لقانون معين، فيصح أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لمحل إبرامه، وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، فهذا الرأي يقضي بتجزئة العقد، وتعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوع العقد سواء فيما يتعلق بتمويله، أو بآثاره. وهذا النهج التزمته به اتفاقية روما لعام 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث تنص المادة 1/3 على أنه "يجب للمتعاقدين اختيار الواجب التطبيق على كل العقد، أو على جانب منه فقط".

وتجدر الإشارة على أن بعض أنصار التجارة الإلكترونية يفضلون الأخذ بهذا الاتجاه، والذي يعطي أطراف العقد الإلكتروني في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد.

ونحن نرى من جانبنا أنه إذا كان من الضروري احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد جزئياً أو كلياً، فإنه يجب كذلك احترام مبدأ الإخلال بالرابطة العقدية، وذلك منعا للتضارب المتوقع بين تطبيق قوانين مختلفة.

<sup>1</sup> - أحمد صالح القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد (1)، 1991، ص 75.

ب- عدم لزوم توفر صلة بين القانون المختار والعقد: اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توفر صلة بين قانون الإدارة، والعقد الذي سيخضع لأحكام هذا القانون الذي اختاره الأطراف، كما اختلفوا أيضا حول المقصود بتلك الرابطة التي يتعين أن تتوافر بين قانون الإدارة، والعقد الدولي، ويمكننا تلخيص هذا الاختلاف في ثلاثة آراء:

**الرأي الأول:** ويرى أصحاب هذا الرأي أن حق الأطراف في اختيار قانون العقد ليس مطلقا، حيث أنهم لا يملكون اختيار قانون لا علاقة له بالعقد، ويجب أن ينصب الاختيار على قانون له صلة بالعقد، فقد يكون قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، أو الواجب تنفيذه فيها، أو قانون جنسية المتعاقدين، أو مواطنهم أي أن ينصب الاختيار على أحد القوانين التي تتزاحم حكم العقد الأصلي.

**الرأي الثاني:** وذهب أصحاب هذا الرأي إلى منح الحرية المطلقة للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم، حتى وإن لم تكن هناك صلة بين بين القانون الذي اختاروه والعقد، وقد اشترط أصحاب هذا الرأي ألا يكون هذا الاختيار متعارضاً مع النظام العام، وألا ينطوي على غش نحو القانون<sup>1</sup>.

**الرأي الثالث:** ويستلزم أنصار هذا الرأي وجود صلة بين القانون المختار والعقد، ولكنه لا يتطلب أن تتحقق هذه الصلة عن طريق عناصر شخصية كجنسية المتعاقدين، أو مادية كقانون محل إبرام العقد أو تنفيذه وإنما يكفي أن تكون الصلة نابعة من حاجة المعاملات، والتجارة الدولية، كأن يبرم العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في سلعة معينة، وتقبله أوساط التجارة الدولية، فيخضع الأطراف للقانون الذي يحكم هذا العقد بالرغم من انتفاء الصلة بين القانون المختار، وعناصر العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص بدون ناشر وبدون سنة نشر بنود 300، ص 454.

<sup>2</sup> - صالح المتزلاوي، المرجع السابق، ص 278.

وإذا أردنا تطبيق هذه العقود الثلاثة على عقود التجارة الإلكترونية نجد من الصعوبة اشتراط وجود صلة بين القانون المختار، والعقد، وذلك لأن التعاقد من خلال شبكة الإنترنت، وهي شبكة مفتوحة بطبيعتها، وعابرة للحدود كما أن العقود التي تتم من خلالها لا تدخل في حدود معينة، ويستدل على ذلك بالمواقع الإلكترونية التي لا تنتمي إلى دولة بعينها.

والحقيقة أنه يصعب في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكات الآلية الاعتماد بتلك الصلة بين قانون الإدارة، وبين العقد قياسي على عقد التجارة الدولية، وذلك للأسباب التالية:

**أولاً:** إن التعاقد الإلكتروني يفرض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد نتيجة للطابع العالمي لشبكات الاتصال الإلكترونية، وبالتالي صعوبة تحديد تلك الرابطة المزعومة بين القانون المختار والعقود الإلكترونية<sup>1</sup>.

**ثانياً:** وسيلة التعاقد في كلتا التجارتين مختلفة، ففي مجال التجارة الإلكترونية يتم إبرام العقد من خلال شبكة إلكترونية لا تتركز في إقليم دولة معينة، ولا تخضع لدولة بعينها، بحيث يمكن القول بتطبيق قانونها، والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتجارة التقليدية.

**ثالثاً:** إن الرابطة بين القانون المختار، والعقد تبنى غالباً على عناصر مادية كمكان إبرام العقد أو تنفيذه فإذا كانت هذه الضوابط المادية تصلح للسريان في مجال عقود التجارة الدولية التي تتم بعيداً عن شبكة الاتصال الإلكترونية، فإن عقود التجارة الإلكترونية التي تتم من خلال الشبكات، ويجري تنفيذها مادياً إلا أنه توجد صعوبة حقيقية تقف حاجزاً أمام تطبيق تلك الضوابط في حالة المعاملات التي تتم وتنفذ بطريقة إلكترونية، كما هو الشأن في حالة توريد برامج النظام الآلي عن طريق إنزالها مباشرة على كمبيوتر المستهلك، ففي هذه الحالة يثور التساؤل عن مكان تنفيذ العقد، هل هو الذي يوجد به الحاسب الآلي للمستهلك أو المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات التابع للبائع أم مكان إقامة البائع؟ أو محل إقامة المشتري<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص.114.

<sup>2</sup> - Coutellier(S) et Durindel(I) la loi applicable aux contrats ; conclus sur internet :

[http://www.univ\\_orleans.fr/asso/dess\\_dicom/mémoire\\_loi\\_contract\\_internet\\_en\\_pdf](http://www.univ_orleans.fr/asso/dess_dicom/mémoire_loi_contract_internet_en_pdf), P.6.

لهذه الأسباب يمكن القول بأنه يصعب تحديد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد لأننا بصدد بيئة غير مادية، أو افتراضية يتم تنفيذ العقد من خلالها، ومن ثم يجب تحرير اختيار المتعاقدين من كل قيد.

وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية روما 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي حولت المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق دون استلزام توافر رابطة بين القانون المختار والعقد.

### ثانيا: كيفية تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في مجال عقود التجارة الإلكترونية

إذا كانت جل التشريعات قد اعترفت بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقودهم، فغن هذا الاعتراف يثير التساؤل حول كيفية التعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد قانون الإدارة، حيث قد تكون هذه الإرادة صريحة، وذلك عندما يورد طرفا عبارة صريحة تحدد القانون الذي يحكم العقد، وقد تكون هذه الإرادة ضمنية يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات العقد.

### 1- الاختيار الصريح لقانون الإدارة

أصبح من المؤلف في مجال عقود التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب تطبيقه على عقودهم، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي<sup>1</sup>، ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أي صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد، ومثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 20 أبريل 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين، فينص العقد في أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي<sup>2</sup> بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين، أو مواطنهم، أو محل إبرام العقد أو تنفيذه.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص. 83.

<sup>2</sup> - بنود هذا العقد منشورة في Lamy S.A DECEMBRE 1998.

كما يمكن للمتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية أن يقدروا بحرية تامة إخضاع عقدهم لقانون دولة تقرر بصحة التوقيعات الإلكترونية دون اشتراط وجود أي صلة بين القانون المختار والعقد. وهذا الاختيار يمكن أن يتم عبر شبكة الإنترنت بصور متعددة، فقد يتم برسائل بيانات كما يمكن أن يتم أيضا بالبريد الإلكتروني، وذلك بعد الاتفاق على بنود العقد الأخرى. وإذا كان الأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي، أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه، فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتأخر إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد. وهذا ما نصت عليه المادة 2/3 من اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

وإذا كان من حق المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم سواء عند إبرام العقد الأصلي، أو في وقت لاحق لإبرامه، فإنه يجوز لهم تعديل اختيارهم السابق إلى اختيار آخر في أية فترة لاحقة على إبرام العقد، بشرط ألا يؤدي هذا التعديل على المساس بصحة العقد الأصلي.

## 2- الاختيار الضمني لقانون الإدارة

وهو اختيار حقيقي من طرف المتعاقدين، ولكنه غير معلن يستخلصه القاضي من ظروف الحال، وتؤكد كافة التشريعات المعاصرة على ضرورة البحث عن الإدارة الضمنية للمتعاقدين، فقد نصت المادة 1/19 من القانون المدني المصري على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان، أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وقد استقر التفسير المصري في تفسيره للمادة (1/19) على ضمينا تقرر قاعدة حرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويستوي أن يكون هذا الاختيار صريحا أو ضمينا<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - فؤاد رياض؛ سامية رشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، 1994، ص. 324.



كما نصت المادة (1/3) من اتفاقية روما 1980 على أن "يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا، أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد، أو من ظروف التعاقد".

كما نصت المادة (1/7) من اتفاقية لاهاي لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع على أن "اختيار الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحا، أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد، أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معا"<sup>1</sup>.

وقد استقر الفقه والقانون التقليديان على وجود عدة قرائن، أو علامات تدل على الإدارة الضمنية بخصوص قانون العقد، حيث لا يكفي عادة بعلامة واحدة منها للدلالة على تلك النية غير المعلنة، بل الغالب أن يجتمع القضاء بأكثر من علامة، أو مؤشر ليستوثق من نية المتعاقدين. أخير يمكن القول بأن قاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة لا تزال هي الصائبة فقها، وقضاء وتشريعا، وأن قانون الإرادة يتعين بالإرادة الصريحة، أو الضمنية على التفصيل الذي سبق بيانه.

### الفرع الثاني: قواعد الإسناد الموضوعية

إذا لم يكن هناك اتفاق بين عقود التجارة الإلكترونية على تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، وتعذر تبين واستنتاج إرادتهم الضمنية في هذا الشأن فإنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الفصل في النزاع المعروف عليه، غلا يكون قد ارتكب جريمة إنكار العدالة<sup>2</sup>. ولا يجوز له أيضا يتجاهل القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية محل النزاع، ويمنح الاختصاص مباشرة لقانونه الوطني، وإنما يتعين عليه أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان.

<sup>1</sup>-راجع نصوص هذه الاتفاقية في Lamy S.A OCTOBRE 1987

<sup>2</sup>-كما هو مقرر في نص المادة 122 من قانون العقوبات المصري.

حيث إن القاضي هنا لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يفرض عليها إرادة غير موجودة فعلا، وقيمها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية نفسها، أو من ظروف وملابسات الحال، وهي ما أطلق عليه الإرادة المفروضة، إرادة القاضي هي التي تتولى تحديد قانون العقد، وليس إرادة المتعاقدين. ويقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إما بإسناد تلك الرابطة العقدية لضوابط جامدة، ومعلومة سلفا للمتعاقدين كمكان إبرام العقد، أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة، أو الوطن المشترك، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد.

وسوف نقسم هذا المطلب إلى مايلي:

أولا: الإسناد الجامد للرابطة العقدية

ثانيا: الإسناد المرن للرابطة العقدية

أولا: الإسناد الجامد للرابطة العقدية:

استقر فقه القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الذي يحكم العقد في ظل غياب اتفاق الأطراف على ضوابط ثابتة بإرادة الأفراد، وكان هذا التحديد مستندا إلى فكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين<sup>1</sup>، وفي ظل إسناد الرابطة العقدية إلى تلك الضوابط في أغلب تقنيات القانون الدولي الخاص المعاصرة في حالة عدم وجوده إرادة صريحة، أو ضمنية للأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم بوصفه إسنادا معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربط العقد بقانون دولة محل إبرامه، أو تجسيده أو جنسية المتعاقدين، أو موطنها المشترك.

وقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية في هذا الاتجاه، فالمادة (1/19) من القانون المدني المصري، تبنت معيارا جامدا فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الإرادة الصريحة، أو الضمنية للأطراف فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، حيث تقرر أنه "في حالة غياب هذا الاختيار، فإن الالتزامات الناشئة علة هذه العقود تكون خاضعة لقانون الدولة التي

<sup>1</sup> - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق ص 548.

يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد".

ويظهر من هذا النص أن المشرع المصري لم يترك للقاضي تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهما الضمنية كما هو الحال في كثير من النظم القانونية على أساس ما كان يفعلانه لو اتجهت نيتهما إلى اختيار قانون العقد، بل أتى بضابطي إسناد احتياطين، وقرر الأخذ بهما في سبيل التدرج<sup>1</sup>.

أما من جهتنا فنعتقد أنه يجب تفسير هذين الضابطين في مجال عقود التجارة الدولية عامة، وعقود التجارة الإلكترونية خاصة على أنهما ضابطا إسناد احتياطين أوردتهما المشرع كقرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في إعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ليكون هو القانون الواجب التطبيق دون التوقف عند مقتضى الإسناد الواردين في صدر المادة (1/19).

ويتميز هذا الاتجاه بما يكفله للمتعاقدين من العلم المسبق بالقانون الذي يحكم عقدهم في حالة غياب اختيارهم، وبمذه المثابة يتحقق له الأمان المنشود، ويصون للأفراد توقعاتهم، ويكفل للتجارة الاستقرار<sup>2</sup>.

غير أن تحديد هذه الضوابط بشكل مسبق قد يترتب عليه أن تأتي هذه الضوابط غير متطابقة مع فكرة القانون الأوثق بالرابطة العقدية علاوة على ذلك قد تثير صعوبات عديدة في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية، وسوف تعرض تلك الضوابط على النحو التالي:

### 1- إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل تكوين العقد :

على الرغم مما يقول به جانب من الشراح بأفول ضابط محل إبرام العقد، فقد رأينا عددا من التشريعات تستند إليه لتعيين قانون العقد في حال انتفاء الإرادة الصريحة، أو الضمنية للأطراف في

<sup>1</sup> - مجموعة المكتب الفني، الطعن رقم 164 لسنة 52 القضائية، جلسة 4 ديسمبر 1989، ص 244.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 549.

هذا الشأن، لاسيما إن لم يكن لهم جنسية مشتركة، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الإسباني، والقانون الإيطالي، أو إذ لم يكن لهم موطن مشترك كما هو الشأن في القانون المصري، والقانون البرتغالي.

ومن جانبه يتعد القضاء الفرنسي بمكان إبرام العقد كمييار هام لتحديدي القانون الذي يحكم العقد في حال انتقاء اختيار الأطراف لهذا القانون، كما أن قواعد التنازع الفرنسية تنظم شكل التصرف في القانون في الغالب وفقا لقاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف، وقد قيل في تأييد إسناد الرابطة العقدية لقانون محل تكوين القانون الآتي:

أ- إنه إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية، وجادة بين القانون والعقد<sup>1</sup>.

ب- إنه يكفل للمتعاقدين إمكانية الحل المطبقة بشكل أكثر تفصيلا عن غيره.

ج- إنه يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، ومن ثم يكفل لهم الأمان القانوني المنشود، ويصون لهم توقعاتهم، حيث يمكنهم إبرام عقدهم في بلد معين يعترف بصحة التوقعات الإلكترونية، ويعترف كذلك بصحة التصرفات القانونية التي تتم عبر شاشات الحواسب الآلية ذاتها.

د- إنه يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية<sup>2</sup>، وإذا كان إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد يعد أمرا ملائما للعقود التجارية التقليدية التي تتم بين التجار في الأسواق المختلفة، إلا أنه يعد أمرا من الصعوبة بمكان تطبيقه على المعاملات التي يتم إبرامها من خلال شبكة الإنترنت، وذلك لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، حيث يمكن للشخص أن يبرم عقدا وهو ينتقل من دولة إلى أخرى، وقد يوجد المتعاقد في أماكن غير خاضعة لإقليم دولة معينة، وبالتالي صعوبة تركيز تلك المعاملات تركيزا مكانيا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص. 553.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص. 553 وما بعدها.

<sup>3</sup> - Couttelier(s) et Durindel(l).Op.cit.p8.

كما أن إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد قد يؤدي إلى عدم ارتباط محل الإبرام بموضوع العقد برابطة حقيقية، أو جادة، وذلك لأن التعاقد من خلال شبكة الإنترنت يعني اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المتصلة بالشبكة.

## 2- إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل تنفيذ العقد:

كان أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد هو الفقيه الألماني Savigny باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، وقد كان في شأن ذلك التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق<sup>1</sup>.

وقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية للقانون الدولي الخاص هذا الضابط<sup>2</sup>، كالعقد. ما أقيمت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية والأوربية، ويأخذ به القضاء في ألمانيا كإسناد احتياطي في حالة عدم وجود إرادة صريحة، أو ضمنية للأطراف فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويأخذ به القضاء الفرنسي فيما يتعلق بآثار العقد، ويرجح القضاء الإنجليزي على قانون محل إبرام العقد عندما يكون تنفيذ العقد كلياً، أو جزئياً واجبا في مكان غير مكان تكوين العقد وينهض الإسناد إلى قانون دولة محل تنفيذ العقد على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين، ففي هذا المكان سيحني هؤلاء ثمار تعاقدتهم، وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزامهم<sup>3</sup>، فمحل التنفيذ يعبر عن مركز الثقل، والارتباط الاجتماعي،

والاقتصادي في الرابطة العقدية، ويسمح بتطبيق قانون البلد الذي يتأثر اقتصاده بالعقد، أضف إلى ذلك أنه المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية لأن قيام الأطراف بإبرام عقد ما يكون دائما بقصد تنفيذه.

<sup>1</sup> - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية 1965، ص. 404.

<sup>2</sup> - سلامة فارس عرب، معالجة اختلاف توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق جامعة القاهرة 1998، ص. 278 وما بعدها.

<sup>3</sup> - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 559.

وإذا كان لتطبيق قانون دولة محل تنفيذ العقد المزايا السالفة الذكر، فإن هناك بعض الصعوبات تثار بعد إعمال هذا الضابط المكاني على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، ويمكننا عرضها من خلال التمييز بين العقود الذي تنفذ مباشرة عبر الخط، وبين العقود الذي تنفذ مباشرة خارج الخط، وذلك على النحو الآتي:

**أ-العقود الذي تنفذ خارج الخط:** الأصل أن هذه العقود لا تثير مشكلة حقيقية لأنها تحيل إلى عناصر مادية تدور حول مكان تنفيذ العقد، وهذا المكان سيكون غالبا مكان تسليم الطلب، أو الخدمة<sup>1</sup>. غير أنه من المتصور أن يقوم الأطراف باختيار قوانين مختلفة، وقد يصعب تحقيق الانسجام فيما بين هذه القوانين بسبب اختلاف المفاهيم النظم القانونية حول محل تنفيذ العقد.

### ب-العقود الذي تنفذ على الخط:

إذا كان من السهل تحديد مكان تنفيذ العقد في حالة إبرام العقود غير شبكات الاتصال الإلكترونية، حيث يجري تنفيذها ماديا، فإن ثمة صعوبة تعترض تحديد هذا المكان في حالة المعاملات التي يتم تنفيذها كليا بالطرق الإلكترونية كما هو الشأن في برامج الحاسوب الذي يتم إنزالها مباشرة على شبكة الإنترنت، ففي هذه الحالة يصعب تنفيذ مكان العقد، فهل هو موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ؟ أم كان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع؟ أم مكان المستضيف الذي تجري فيه عملية التحميل؟ أم المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري.... إلخ<sup>2</sup>.

ولتفادي هذه الصعوبات فإننا ندعو المتعاقدين إلى تحديد مكان التنفيذ في اتفاقهم، لأنه أجدى، وأنفع لهم.

### 3-إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين:

تبنّت بعض التشريعات الوطنية هذا الاتجاه الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدت عند سكوت عن اختيار قانون الإدارة صراحة، أو ضمنا، ولقد

<sup>1</sup> - Couttellier(s) et Durindel(l),Op.cit ,p5.

<sup>2</sup> -Ibid ,p ;5.

اختلفت تلك التشريعات حول قانون الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، فالقانون المدني الإيطالي قد منح لقانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب وفضلها على قانون دولة محل إبرام العقد، وهي نفس الأفضلية التي منحها القانون الإسباني لهذا القانون قبل قانون الموطن المشترك، وبالأسبقية على قانون دولة محل إبرام العقد<sup>1</sup>.

وقد اختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة، فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلاً على الأحكام الضمنية، أو مركز الأعمال المشترك.

الحقيقة أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد يصعب التعويل عليه في مجال عقود التجارة الإلكترونية لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفق لهذا الأساس والعقد، ويؤكد الفقه أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية، ولا تصلح وحدها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود<sup>2</sup>، وعلاوة على ذلك، فإن الإعتداد بجنسية المتعاقدين سيتطلب التحقق من جنسية الأطراف، وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهو أمر لا تأبه به التجارة الإلكترونية.

#### 4- إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدین:

لا تزال بعض التشريعات الوطنية تطبق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحدا موطناً، ويفضلونه على قانون محل إبرام العقد، فالقانون المدني المصري على سبيل المثال قد منح لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدین الموقع الأول في الترتيب<sup>3</sup>، بينما فضل القانون المدني الإسباني وضع قانون الموطن المشترك للمتعاقدین في الموقع الثاني للترتيب بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدین، وقبل قانون محل إبرام العقد. ويدافع أنصار هذا الإسناد عنه بالقول: إن قانون الموطن هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، وقد اعتادوا على تنظيم سلوكهم

<sup>1</sup> - صالح المزلولي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية مرجع سابق، ص 332.

<sup>2</sup> - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 75.

<sup>3</sup> - المادة 1/19 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل والمتمم.

وفق أحكامه، وبالتالي يكون في مقدورهم أن يتوقعوا ما يكون في تطبيقه من آثار سلبية، أو إيجابية بالنسبة لهم<sup>1</sup>.

والأصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص و المكان برباط قانوني، ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص، أو يتخذ منه مركزا لأعماله<sup>2</sup>، فالأصل أن الموطن يتحدد بمكان حقيقي للمتعاقدين.

وعلى الرغم من وضوح هذه الفكرة إلا أنه يصعب تطبيقها في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، ذلك لأن التعامل عبر شركة الإنترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية، لا على العنوان الحقيقي، فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين ترتب ببلدان معينة ومع ذلك لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه، ومثال ذلك العناوين الذي تنتهي بFR أو DZ<sup>3</sup>، علاوة على ذلك أن هناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة كما هو الشأن في العناوين التي يشار إليها من نهاية الموقع ب(COM) أو (ORG)، وبالإضافة إلى ذلك، فإن مواقع الويب في حركة دائمة، والمتعاقد يمارس أنشطته الاقتصادية بصرف النظر عن توطين مواقع الويب (La localisation des sites web)، أو مقدمي الخدمات، ولذلك فهي تتسم بعدم التوطين. خلاصة القول أنه يجب تفادي الاصطدام بالطابع الإقليمي، والمادي لمعايير فض النزاع القانوني باعتبار أن هذه الضوابط يكتنفها الكثير من الغموض، والصعوبات عند تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، ولعل هذا هو السبب في تبني الفقه، والقضاء المعاصر ضوابط موضوعية أخرى لتعيين قانون العقد، ومن أهم هذه الضوابط ضابط الأداء المميز للعقد.

ثانيا: الإسناد المرن للرابطة (العقدية معيار الأداء المميز) :

<sup>1</sup> - أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 1995، ص.155.

<sup>2</sup> - وهذا التحديد يتفق مع ما أورد في الحثية رقم 19 من التوجيه الأوربي الصادر في 8 يونيو 2000 بشأن التجارة الإلكترونية.

<sup>3</sup> - FR تعني أن الموقع يرتبط بفرنسا، وDZ تعني ارتباط الموقع بالجزائر.



لما كانت الضوابط التي تدعو إلى اعتناق ضابط محل إبرام العقد، أو محل تنفيذ العقد، أو قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، ولما كان من الصعوبة تبني هذه الضوابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، فقد تبني الفقه والقضاء، والتشريع ضابطا موضوعيا آخر هو ضابط الأداء المميز.

حيث يعتمد هذا الضابط على أساس تنوع العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد، ويعبر عن جوهره، وبالتالي يجب الاعتماد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، ويتميز هذا الضابط بسهولة العلم المسبق به، ومرونته و ملاءمته لكل أنواع العقود، وبالتالي يعد أداء مميزا للالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري كما أن التزام المورد بتوريد الخدمة يعد أداء مميزا على أساس أن هذه الالتزامات تعبر عن مركز ثقل اجتماعي، والاقتصادي للعملية التعاقدية<sup>1</sup>.

يعد أداء الضابط المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية، ولقد تبنته العديد من تشريعات القانون الدولي الخاص هذا الضابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وذلك منعا من اللجوء إلى إسناد الرابطة التعاقدية لضوابط جامدة، فنجد المادة (39) من قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 لسنة 1994 قد نصت على أنه "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالا بالنزاع". ولا يتم اللجوء إلى ضابط الأداء المميز إلا عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح، أو الضمني لقانون العقد، وهو إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد، وبالتالي يكفل لأطراف الرابطة العقدية الأمان القانوني، ويحقق الاستقرار

<sup>1</sup> - فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، ط. غ. م، 2008، ص. 702 وما بعدها.

لمعاملتهم التجارية، وهنا يظهر الاختلاف بين ضابط التوطين، أو التركيز المكاني، وضابط الأداء المميز، ففي ضابط التوطين، أو التركيز المكاني يتحدد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية في مرحلة لاحقة لا تسمح للمتعاقدين قبلها بمعرفة القانون الذي يحكم عقدهم، وبالتالي لا يحقق ضابط التوطين الأمان القانوني الذي يريده كل المتعاقدين.

ونجد كثيرا من الاتفاقيات الدولية قد أخذت بضابط الأداء المميز، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي المبرمة في 10 يونيو 1955 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية، إذ اعتدّت المادة 3 من هذه الاتفاقية بمحل الإقامة العادية للبائع، أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي لتحديد القانون الذي يحكم العقد على أساس أن إلتزام البائع يمثل الأداء المميز في العقد، فنصت الفقرة الأولى على أنه "في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فإن البيع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة وقت تسلمه الطلب، ومع ذلك إن كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع يكون محكوماً بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة".

كما نجد اتفاقية روما لعام 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية قد اعتنقت ضابط الأداء المميز للعقد حيث نصت في المادة (4) على أنه:

1- "عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا.

2- وتعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد، فإذا كان هذا الطرف شخصيا معنويا، وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني، فإن قانون الدولة التي بها المنشأة الرئيسية لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد، وإذا كان الأداء المميز للعقد سيتم عن طريق شركة أخرى بخلاف الشركة الرئيسية، فإن قانون الدولة التي يتواجد بها مقر تلك الشركة هو الذي يحكم العقد". أي أن اتفاقية

روما قد وضعت قرينة مفادها أن العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز للعقد، وهذا ينطبق على دولة البائع، أو مقدم الخدمة<sup>1</sup>.

وقد نادى البعض<sup>2</sup> بإمكانية ملائمة تطبيق ضابط الأداء المميز على عقود خدمات المعلومات الإلكترونية لأنها نظرية مرنة تسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يربط بها العقد برابطة وثيقة. واستنادا إلى التوجيه الأوربي للتجارة الإلكترونية الصادر 7 يونيو عام 2000 الذي أخذ بضابط الأداء المميز، فإن بنك المعلومات يعد تاجرا يقوم بإبرام الآلاف من العقود يوميا، ومن المناسب له أن يتم توحيد القانون الواجب التطبيق، وهو قانون الدولة التي يوجد بها البنك إذ لا يعقل أن يخضع كل عقد يبرمه البنك لقانون يختلف من عقد لآخر.

ولكننا نرى صعوبة أعمال ضابط الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية، وذلك لأن أغلب التشريعات الوطنية تعتمد على محل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فالمادة 2/4 من اتفاقية روما تعتمد على هذا المعيار في تحديد قانون العقد، وكذا المادة 2/8 من ذات الاتفاقية تسمح للطرف الذي يحتج بعدم رضائه أن يتمسك بقانون محل إقامته المعتادة، وترجع هذه الصعوبة إلى أن الإقامة يقصد بها المكان الثابت، والدائم الذي يتم فيه إبرام العقود، وهذه الشروط غير متوافرة في العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت كما سبق وأن أوضحناه، فالاعتماد على ضابط الأداء المميز قد يؤدي أيضا إلى الإضرار بمصالح الطرف الضعيف، وذلك بإسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد مثل عقود البيع، أو عقود توريد الخدمات التي تتم من خلال شبكة الإنترنت، فإن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود هو قانون دولة البائع، أو مقدم خدمة التوريد، فنجد أن الأداء المميز في عقد البيع يتمثل في التزام البائع بتسليم المبيع، وفي عقد توريد الخدمات يتمثل في التزام المورد بتوريد الخدمة.

<sup>1</sup> - فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 704.

ويظهر ذلك بوضوح في عقود الاستهلاك، ويرجع ذلك إلى أن التزام المستهلك يتمثل دائما في دفع مبلغ من النقود على خلاف التزام البائع، أو المورد، والذي يقدم دائما الأداء المميز في عقود الاستهلاك، كما نجد أن مبدأ الإقليمية لا يمكن تطبيقه في العالم الافتراضي.

إذ أصبح العالم مجرد قرية تكنولوجية على شبكة الإنترنت، وهذا المجتمع الإلكتروني ينقسم إلى شبكات اتصال، وأسماء نطاقات أو ما يدعى بالمجال والدومين، ومواقع الويب بينما نجد أن أساس ضابط الإسناد يتمثل في الإقليمية بتقسيم المجتمع إلى دول وأقاليم تفصل بينها حدود سياسية وجغرافية.

بالإضافة إلى أنه توجد بعض العقود ذات الطبيعة المركبة تتساوى فيها التزامات<sup>1</sup> كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية من حيث الأهمية، وبالتالي يصعب معها تعيين الأداء المميز للعقد، ونجد مثلا لذلك في عقد توريد المعلومات على شبكة الإنترنت المجاني، وهو العقد الذي يبرمه مورد المعلومات، والخدمات من طرف آخر، وهو المستخدم بطرح الخدمات على شبكة الإنترنت، فالمستخدم لا يلتزم هنا بدفع المقابل المالي للأداء المقدم إليه، حيث يمكن للمورد أن يقوم بتغطية التكلفة من خلال الرعاية الذين يقومون بتمويل الصفحات الإعلانية.

### خلاصة:

بعد استعراضنا لمحاولات تطبيق قواعد الإسناد الشخصية، والموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية نرى أنه يجب على المتعاملين في المجال الإلكتروني عبر شبكات الاتصال الدولية أن يقوموا بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة في بنود العقد، وأن يتضمن العقد شرطا يلزم أطراف العقد الإلكتروني بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية المتعلقة بهم لاسيما العنوان الجغرافي، وفي حالة عدم التزام أحد أطراف العقد بهذا الشرط يمكن للطرف الآخر في العقد عند حدوث نزاع أن يقوم برفع دعواه أمام محاكم موطنه، أو محل إقامته، وإزاء صعوبة أعمال ضابط

<sup>1</sup> وهذا ما تشير إليه مواد الفصل الرابع من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري، والتي تحدد لنا أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المستهلك الإلكتروني، ويليهما الفصل الخامس الذي يحدد لنا واجبات المورد الإلكتروني ومسؤولياته.

محل إبرام العقد، وتنفيذه يجب أن يعطى الحق للمستهلك وهو الطرف الضعيف في العقد في أن يرفع دعواه أمام محكمة دولة المورد، أو أمام محكمة موطنه، أما بالنسبة للمورد، والذي يمثل الطرف الأقوى في العقد، فليس له إلا رفع دعواه أمام محكمة موطن المستهلك كما هو متبع في عقود المستهلكين.

فالعقود الإلكترونية من العقود التي تتسم بعدم التوازن بين إرادة طرفي العقد، وبصفة خاصة العميل الذي لا يكون في الغالب ملما بآلية إبرام العقود من خلال شبكات الاتصال الدولية، فطبيعة العقود الإلكترونية تستوجب قيام بعمل دراسة لبيان الظروف المحيطة بالتعاقد، ومحل التعاقد والبيئة الإلكترونية.

فقواعد القانون الدولي الخاص أصبحت غير قادرة على مواجهة تطورات التكنولوجيا المتسارعة، وذلك لأن العقود الدولية الإلكترونية لها معطياتها خاصة، وتتطلب قانونا ذا طبيعة خاصة كي يخاطب مجموعة من الأشخاص هم مستخدمي شبكة الإنترنت، ومقدمي خدمة الإنترنت، وينظم معاملاتهم الإلكترونية العابرة للحدود.

فالمفاهيم التقليدية للاختصاص التشريعي، والقضائي التي وضعت لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول تفصل بينها حدود سياسية، وجغرافية لا تتلاءم مع مجتمع افتراضي ينقسم إلى شبكات اتصال، ومجالات دومين ومواقع ويب.

فلا بد من البحث عن حلول أخرى تناسب حالة تلك العقود من قبيل إنشاء نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية، وذلك بالرجوع إلى العادات والأعراف التجارية الدولية، ومن أهم هذه الحلول وضع قانون موضوعي موحد للمعاملات الإلكترونية، ويتم ذلك إما عن طريق وضع وصياغة معاهدات واتفاقيات دولية عن طريق المنظمات، والهيئات الدولية، مثل اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع لعام 1980 على سبيل المثال. من جانب آخر ينبغي تنشيط دور المنظمات الدولية مثل منظمة الأمم المتحدة لتلعب دورا أكبر في عمليات توحيد القوانين الموضوعية حتى

يعود النفع، والمصلحة على كل الدول، وحتى تزدهر العلاقات ذات الطابع الدولي فتسبح القواعد الموضوعية بكل مصادرها قانونا عالميا.

وحرص مشرع قانون التجارة الإلكترونية المصري<sup>1</sup> في الفصل الحادي عشر "تسوية المنازعات" في المادتين (32)، (33) على تشكيل لجنة متخصصة في الفصل في التظلمات المتعلقة بالقرارات الصادرة في شأن أعمال هذا القانون، وتكون قرارات هذه اللجنة نهائية، وتقبل الطعن فيها أمام القضاء العادي خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدورها، والهدف من تشكيل هذه اللجنة هو تحقيق سرعة الفصل في المنازعات المتعلقة بالقرارات المرتبطة بتطبيق أحكامه تماشيا مع سياسة الدولة الحالية في تيسير سبل فض المنازعات، وتقصير أمد التقاضي، ونهيب بالمشرع المصري بأن يضع آلية لفض منازعات العقود الإلكترونية، أو تعديل بعض نصوص قانون التحكيم التجاري الدولي رقم 27 لسنة 1994 التي لا تتلاءم مع عقود التجارة الإلكترونية.

### المطلب الثاني: الاختصاص القضائي بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية

تبعد أن تعرفنا على القواعد القانونية التي تحكم عقود التجارة الإلكترونية، والقانون الواجب التطبيق، نرى أنه من الضرورة بمكان أن نحدد حلا لمشكلة منازعات التجارة الإلكترونية التي غالبا ما تنشأ بعقد يتمتع بالطابع الدولي، نظرا لأن هذه التجارة تتم إلى أطراف ينتمون إلى دول مختلفة، ووفقا للقواعد العامة يتاح أمام الأطراف المتنازعة عدة خيارات لتسوية منازعاتهم، فقد تتم التسوية باللجوء إلى القضاء، أو باللجوء إلى التحكيم، أو يتم حل النزاع بالتسوية الودية من خلال الأدوات القانونية البديلة لحل النزاعات كالوساطة، والمفاوضات، والتوفيق، وربما أن اللجوء إلى القضاء هو الأسلوب المعتاد حيث لا يمكن إجبار أحد الخصوم على ترك هذا الأسلوب، واللجوء إلى طريق آخر من طرق تسوية النزاع، فإن اللجوء إلى القضاء الوطني يثير العديد من التساؤلات ضمن هذا الإطار، ومن أهم هذه التساؤلات مايلي:

\* هل اللجوء إلى القضاء الوطني يتناسب مع معطيات التجارة الإلكترونية؟

\* ما هي الضوابط والمرتكزات في تحديد المحكمة المختصة دوليا بنظر مثل هذه المنازعات؟

\* وهل يمكن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لفض منازعات عقود التجارة الدولية؟  
 للإجابة على هذه التساؤلات، أرى أنه من الضروري أن نشير إلى حقيقة هامة، وهي أن الإطار القانوني الحالي يعاني من قصور، وفراغ تشريعي، فالقانون غير قادر على التحرك، وعلى متابعة التطورات السريعة في تقنية المعلومات والاتصالات، وتوفير مستلزمات التجارة الإلكترونية على نحو يواكب الثورة المعلوماتية التي وصلت إلى كافة أنحاء العالم.  
 وللتغلب على هذا الفراغ والقصور التشريعي لا بد من الاستعانة بالمفاهيم التقليدية السائدة في القانون الدولي باعتبارها الوسائل القانونية المتاحة لتطويعها لحل منازعات التجارة الإلكترونية.  
 وسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

الفرع الأول: القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية طبقاً للقانون الجزائري.

الفرع الأول: القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية طبقاً للقانون الجزائري

تتطلب غالبية الأنظمة القانونية لاختصاص محاكمها بالتزاع المعروض عليها وجود علاقة، أو صلة تربط بين هذا العقد المعروض على محاكمها، وبين هذه الدولة، كأن يجري إبرام العقد، أو تنفيذه على إقليمها، أو أن يكون أحد أطراف العقد مقيماً على إقليم هذه الدولة، أو يحمل جنسيتها، أو غير ذلك من الروابط، وكل هذا معلق على شرط خاص في العقد يحدد المحكمة المختصة بنظر التزاع.

فالحلaxe أنه لتحديد المحكمة المختصة بنظر التزاع، إما أن يتم اللجوء لضوابط إقليمية، أو شخصية وقد اتجه جانب من الفقه<sup>1</sup> إلى القول بإمكانية اللجوء إلى المحاكم التقليدية، وذلك لحل المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، وذلك استناداً على القواعد العامة لتحديد اختصاص المحاكم

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تراق، مرجع سابق، ص 30.

الواردة في قانون المرافعات المصري، وهناك ثلاث حالات ينعقد فيها الاختصاص للمحاكم المصرية وهي كمايلي:

### 1- الحالة الأولى: اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه

يرى البعض أنه في حالة إبرام عقد دولي بواسطة شبكة الإنترنت سواء كان هذا العقد متعلقاً بتقديم خدمة، أو بيع سلعة ما ليس هناك ما يدعو للخروج على القواعد العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم حيث يمكن رفع الدعوى أماما محكمة موطن، أو محل إقامة المدعى عليه استناداً إلى نص المادة ( 29 ) من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 التي تنص على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدى الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج<sup>1</sup>.

### 2- الحالة الثانية: اختصاص المحكمة المتفق اللجوء إليها:

تنص المادة 32 من قانون المرافعات المصري على أن تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى، ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة، أو ضمناً. وتتجه معظم التشريعات المقارنة إلى إمكانية اتفاق الأطراف على تحديد المحكمة المختصة سواء فيما يتعلق بالأحوال المدنية، أو الأحوال الشخصية، مثل التشريع الفرنسي في المادة 41 مرافعات، ومن الاتفاقيات الدولية اتفاقية لوجا نو لعام 1988، واتفاقية بروكسل لعام 1961، في المواد 17، 18.

ويشترط لصحة اتفاق المتعاقدين، أو الأشخاص على تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع توافر عدة شروط هي:

- 1- ألا يكون الاتفاق منطويًا على غش.
- 2- أن تكون هناك مصلحة مشروعة للطرف لجعل الاختصاص لمحكمة معينة بالذات.
- 3- ضرورة توافر رابطة جدية بين النزاع، والمحكمة التي اتفق على تقرير الاختصاص لها.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق ص 70.



4- يجوز أن يكون الاتفاق على تحديد محكمة بالذات صريحا أو ضمنيا، ويجوز أن يكون هذا الاتفاق سابقا على نشوء النزاع، أو بعد نشوء هذا النزاع.

ومن شأن الاتفاق على الاختصاص في العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت، فإنه تفاديا لإنكار الطرف الآخر للاتفاق على الاختصاص، فإنه يلزم التنبيه عليه بأن يوقع صراحة على إعلان يوضح فيه قبوله شرط الاختصاص القضائي، وهذا يمكن عمليا بطباعته من على صفحة الإنترنت، وهذا ما يظهر أن الشروط التعاقدية التي تتم عبر الإنترنت تظل غير مؤكدة، وتبقى الصورة التقليدية، وهي الدليل الكتابي هي الأصل لإثبات الاتفاق<sup>1</sup>.

### 3- الحالة الثالثة: اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد:

تنص المادة 2/30 من قانون المرافعات المصري على أن تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن، أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك في الأحوال التالية:

1- "....."

2- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجودة في الجمهورية، أو كانت متعلقة بالتزام نشأ، أو نفذ، أو كان واجبا تنفيذه فيها، أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها".

وبالنسبة للعقود المبرمة بوسيلة إلكترونية ينعقد العقد عند العلم الموجب بالقبول أي أن زمن انعقاد العقد هو زمن علم الموجب باعتباره المكان الذي يتحقق فيه تلاقي التعبير عن هذا القبول بالتعبير عن هذا الإيجاب، فإنه يتعين الرجوع إلى هذا المكان لتحديد الاختصاص القضائي في الحالات التي يتحدد فيها هذا الاختصاص بالمكان الذي نشأ فيه الالتزام<sup>2</sup>.

وبناء على ما سبق فإنه يمكن خضوع العقود الإلكترونية لمحكمة الطرف الموجب أي المحكمة التي يتواجد فيها الطرف مصدر الإيجاب، وذلك عندما يصل هذا القبول إلى علمه، ومسامحه غير أنه يمكن أن تختص المحاكم في دولة تنفذ الالتزامات التعاقدية بصرف النظر عن مكان إبرام

<sup>1</sup> - فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 711.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 32.

العقد، ويرجع في تحديد معنى تنفيذ الالتزامات التعاقدية إلى قانون القاضي مسترشدا بنية الأطراف، وطبيعة العقد، وعادات التجار إذا تعلق الأمر بتفسير أحد قواعد الاختصاص الوطنية، فدفن الثمن عن طريق بطاقة الائتمان، ورقمها الإلكتروني إلى البائع، أو تقديم الاستشارة الطبية، أو القانونية يعد تنفيذا للعقد في بلد المستفيد منها، وينعقد الاختصاص لمحاكم دولته.

ولقد تعرض الاتجاه الذي يرى إمكانية اللجوء إلى المحاكم التقليدية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية بالإسناد إلى القواعد الواردة في قانون المرافعات، إلى العديد من الانتقادات ومن ضمن هذه الانتقادات صعوبة، أو استحالة تحديد موطن، أو محل إقامة المدعى عليه عبارة عن موقع منشئ على شبكة الإنترنت، وجرى التعامل معه، فما هو موطن هذا الموقع؟

كما تثار المشكلة أمام محاكم الدول التي لا يوجد بها تشريعات تتعلق بتنظيم أحكام التجارة الإلكترونية، ويدخل من ضمن هذه الدول الجزائر، وجمهورية مصر العربية<sup>1</sup> كذلك تثار الصعوبة في حالة طرح النزاع أمام محكمة دولة ليس لها تشريع ينظم التوقيع الإلكتروني، وما إذا كان القضاء يعتد بمخرجات الحاسب الآلي كدليل في الإثبات.

فالحقيقة الغلبة في عقود التجارة الإلكترونية هي غياب الوجود المادي لطرفي العقد لحظة إبرامه، ويستتبع ذلك أن التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين قد لا يكون في مجال التعاقد عبر الإنترنت، بالسهولة نفسها التي كانت تبحث بها وفق الطرق التقليدية للتعاقد عن بعد، وذلك لأن المتعاقدين من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية التقليدية كالفاكس، أو التلكس، أو التلفون يعرفون مقدما الدولة التي يتصلون بها، ويعرفون مكان وهوية الطرف الآخر في العقد، وذلك من خلال الرقم الكودي الذي يطلبونه، في حين أن المتعاملين عبر شبكة الإنترنت، فيفتقرون إلى ذلك التحديد، لأن العنوان الإلكتروني الذي يتعاقدون من خلاله قد لا يكون مرتبطا ببلد معين كما هو الضأن في العناوين الإلكترونية التي يضار إليها في المقطع الأخير منها ب COM أو ORG .

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة إلى أنه يوجد مشروع قانون لمعاملات التجارة الإلكترونية في مصر، أما في الجزائر فإنه يجري التفكير لسن تشريع ينظم هذه المعاملات.

غير أن تلك الصعوبات لا يمكن أن تحول دون التأكد من شخصية المتعاقد، وأهليته القانونية في مجال العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية، لأن في ذلك مصلحة ينصدها المستهلك، ويرغب فيها التاجر، فالنسبة للمستهلك فإن تحديد هوية الطرف الآخر (المورد) يمكنه التعرف على القانون الواجب التطبيق على العقد لأنه غالباً ما يكون قانون هذا الأخير. لذلك تؤكد المادة (4) من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 على ضرورة الإيجاب ما يفصح عن شخصية المورد<sup>1</sup>.

كما أن التاجر يحرص كذلك على معرفة الطرف الآخر الذي يقدم له الخدمة، أو السلعة حتى يتأكد من أن الطرف الذي قبل عرضه يتمتع بألية التعاقد، فهناك بعض المنتجات والخدمات تقدم لأشخاص محددين دون غيرهم. الأمر الذي يوجب على التاجر التحقق من أن المستهلكة يندرج ضمن الأشخاص الذين لهم الحق بالانتفاع بتلك الخدمات، أو المنتجات، وإلا تعرض للعقوبة التي تنص عليها المادة (14/227) من قانون العقوبات الفرنسي.

فالحقيقة التي لا جدال فيها أنه سيكون من الصعب على التاجر أمام تلك القيود، والمتطلبات مراقبة كل الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية للاستفادة بتلك الخدمة وبالتالي يمكن أن يقع تحت طائلة العقاب المقررة في قانون العقوبات الفرنسي.

وإزاء كل تلك الصعوبات يجب على كل من يرغب في التعاقد عبر الإنترنت أن يتحقق من هوية الشخص الذي يتعاقد معه، لأن العقد لن يكون سليماً من الناحية القانونية إلا إذا تم بين شخصين يتمتع كل منهما بالأهلية القانونية. إلا أن الإشكالية التي تواجهنا هنا هي أن الأهلية تحدد وفقاً للقانون الشخصي لأطراف الرابطة العقدية، وهذا التحديد يختلف من نظام قانوني لآخر فكيف يمكن التحقق من تلك الأهلية؟ بالنظر إلى أن العقد الإلكتروني الذي يتم عن طريق شبكة

<sup>1</sup> -تنص المادة 4 من القانون المصري لحماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006"على المورد أن يضع في جميع مراسلاته والمستندات والمحركات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقد مع المستهلك بما في ذلك المستندات والمحركات الإلكترونية، البيانات التي من شأنها أن تحدد شخصيته وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطاته وعلاقاته التجارية إن وجدت".

الاتصالات الدولية شأنه شأن أي عقد، لا ينعقد صحيحا إلا إذا كان صادرا عن متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية القانونية اللازمة للتعاقد.

ليس هناك من صعوبة تذكر في التأكد في أهلية التعاقد في حالة كونه تعاقدًا بين حاضرين يجمعهما مجلس واحد، إذ يمكن التحقق من أهلية التعاقد عن طريق البطاقة الشخصية التي يحملها من كان شخصا طبيعيا، أو من خلال شهادة تسجيل الشركة، أو شهادة القيد بالسجل التجاري إذا كان المتعاقد شخصا اعتباريا.

ولكن الصعوبات الحقيقية تكمن في الفرض العكسي الذي يتم فيه التعاقد عن بعد بشكل عام، والتعاقد عن بعد باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات بشكل خاص، فقد يجري التعاقد عبر شبكة الإنترنت دون أن تتوافر أهلية التعاقد لأحد أطراف الرابطة العقدية، أو لكليهما، ومن ثم يثور التساؤل عن كيفية التأكد من أهلية الكرف الآخر؟

يمكن الإجابة عن هذا التساؤل من خلال تقديم بعض الحلول التقنية، وأيضا بعض الحلول القانونية، وذلك على النحو التالي:

### أولا الحلول التقنية:

تمثل مسألة التأكد من شخصية المتعاقد، وصلاحيته لإبرام التصرفات القانونية في مجال العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الاتصال دولية أهمية كبرى، وتحتاج إلى خبراء متخصصين في التجارة الإلكترونية، والإنترنت بغية وجود حلول تقنية متطورة تساهم في هذا الشأن، ومن التقنيات المستخدمة في تحديد هوية المتعاقد، تقنية التحقق من المواقع، وتعقبها خوفا من وجود أشخاص، أو شركات وهمية مثل شركة Verisign فهذه الشركة تستخدم شهادة العملاء للتعرف على الشركات التجارية المزودة بالخدمة، و التأكد من هوية الأطراف الذين يعملون معها، وفي مصر تتولى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات إصدار شهادة بنتيجة الفحص، والتحقق من صحة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بناء على طلب كل ذي شأن خدمة الفحص، والتحقق نظير مقابل يحدده مجلس إدارة الهيئة، ويجوز للهيئة أن تعهد للغير بتقديم هذه الخدمة تحت إشرافها)

م/2 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري) م 109 الصادرة بقرار رقم 109 لسنة 2005.

### ثانيا الحلول القانونية:

سعيًا للتحقق من هوية المتعاقدين، أوصلت المادة الخامسة من التوجيه الأوربي الصادر في 01 يوليو 2000، والمادة 14 من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء بأن تجعل مؤدي الخدمة يتيح لمتلقي الخدمة بشكل دائم اسمه، وعنوانه الجغرافي والإلكتروني، واسم السجل التجاري المقيد به، ورقمه، وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته. ولما كانت تلك التوصيات لا تفرض جزاءات على عدم الامتثال لتلك التعليمات، فإن أغلب المتعامدين يعمدون إلى إخفاء نقص أهليتهم، وبالتالي قد يكون أحد أطراف العقد، أو كلاهما ناقص الأهلية فما مدى صحة التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عبر شبكة الإنترنت؟

ذهب بعض الشراح إلى القول بأنه إذا كان أحد أطراف العقد كامل الأهلية، وفقا لقانون دولته، والآخر ناقص الأهلية وفقا لقانون دولته، أو وفقا لقانون دولة المتعاقد الآخر، فإنه ينبغي ترجيح مصلحة كامل الأهلية إعمالا للوضع الظاهر<sup>1</sup>، وتطبيقا لذلك إذا قام القاصر بسرقة البطاقة الائتمانية الخاصة بأحد والديه، أو استخدم توقيعه الإلكتروني في إبرام العقد، فإنه يتعين ترجيح مصلحة التاجر، وعدم السماح بإبطال العقد بنقص أهلية المتعاقد الآخر، ويبدو أن هذا الرأي يتفق مع نص المادة (11) من القانون المدني المصري<sup>2</sup>.

ونتيجة لذلك يمكننا القول بأن نقص أحد أهلية المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت وفقا لأحكام قانون جنسيته، أو أحكام قانون موطنه، أو جنسية المتعاقد الآخر لا يؤثر في أهليته ويعتبر في حكم كامل الأهلية، ويستطيع من التعاقد مع ناقص الأهلية بحسن نية أن يرجع عليه على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية.

<sup>1</sup> - أسامة أبو حسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص. 113.

<sup>2</sup> - نصت المادة 11 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على أنه "إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية يرجع لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر، فمثل هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

## أ- موقف القضاء من الاختصاص بنظر منازعات التجارة الإلكترونية:

اختلف مسلك القضاء في تحديد اختصاصه بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، بين من يرى بعدم اختصاصه بنظر هذه المنازعات، وبين من يرى اختصاصه بنظر هذه المنازعات عند توافر شروط، أو روابط معينة.

فبالنسبة للمحاكم التي تعقد اختصاصها بنظر منازعات العقود الإلكترونية المعروضة عليها نجد أن كلا منها استندت إلى رابطة معينة تختلف عن باقي الروابط التي استندت إليها المحاكم الأخرى ومن هذه الروابط:<sup>1</sup>

1- انعقاد الاختصاص القضائي للمحكمة الوطنية لنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية إذا كان في استطاعة كل من يقيم على إقليم الدولة الولوج إلى الموقع وذلك بغض النظر عن مكان إنشاء الموقع أو مكان تسجيله، أو جنسية مالكه.

2- استند بعض المحاكم لتحديد اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية بتسجيل العنوان الإلكتروني للشركة في الإدارة المختصة الواقعة في دوائر اختصاص المحكمة المطروح عليها النزاع.

## ب- صعوبة إعمال معايير الاختصاص التقليدية بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية:

إزاء الأساس الإقليمي للاختصاص القضائي القائم على روابط مكانية يثور التساؤل عن كيفية تطبيق هذا الأساس، وضوابطه على منازعات التجارة الإلكترونية التي لا تسمح طبيعة القنوات التي تجري من خلالها المعاملة بتركيزها مادياً أو مكانياً<sup>2</sup> إلا على سبيل الافتراض، أي اعتبار مكان معين من أماكن عديدة هو المكان الذي ترتبط به المعاملة، أو العلاقة ارتباطاً مادياً، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو كيف يتحدد هذا المكان في حالة التعامل من خلال موقع تم إنشائه على شبكة الإنترنت؟ من الواضح أن إنشاء موقع في الفضاء الإلكتروني يمكن النفاذ إليه من أي دولة في العالم

<sup>2</sup> - فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 719.

قد يبرر اختصاص محاكم العديد من الدول بنظر منازعات المعاملات التي جرى إنجازها من خلال هذا الموقع، وهو ما يتطلب وفقاً للمعايير التقليدية للارتباط المادي تحديد مكان إبرام التعامل أو تنفيذه، أو موطن أطرافه في المواد العقدية، وتحديد مكان العمل غير المشروع، أو حدوث ضرر في المواد غير العقدية، وهذه مسائل يكتنفها الكثير من الغموض والصعوبات، ومن ثم كانت محلاً للخلاف أيضاً بالنسبة لتحديد الاختصاص التشريعي<sup>1</sup>.

لقد أدى شيوع استخدام شبكات الاتصال الإلكترونية في إنجاز المعاملات إلى ضرورة إعادة النظر في القواعد التي تحكم اختصاص المحاكم بالمنازعات الناشئة عن تلك المعاملات، وقامت العديد من التنظيمات الإقليمية بالبحث عن كيفية تطبيق النظام التقليدي للاختصاص القضائي، وذلك لمواكبة الحاجة إلى عقود التجارة الإلكترونية، ونجد عدداً من المحاولات التي قام بها الاتحاد الأوروبي للتنسيق بين اتجاهات الدول الأعضاء فيه بشأن الاختصاص التشريعي والقضائي لأعمال عقود خدمات المعلومات، أما بالنسبة لغير هذه العقود من عقود التجارة الإلكترونية فإن الاختصاص القضائي بمنازعاتها يخضع للقواعد الواردة في اتفاقيتي بروكسل ولوجانو وذلك بالنسبة للدول الأطراف فيها. وقد تصدت الدول الأوروبية عامة، ودول الاتحاد الأوروبي خاصة للصعوبات التي تكتنف تطبيق معايير الاختصاص القضائي ذات الطابع الإقليمي، وطرح مشروعاً لاتفاقية دولية، وهي (اتفاقية لاهاي بشأن الاختصاص القضائي في مواد المدنية التجارية) وتشترك هذه المحاولات في أمرين: الأول الاعتراف بحق أصحاب العلاقة في تحديد الجهة القضائية التي ستختص بالمنازعات التي تنشأ بين أطراف بينهم، والأمر الثاني هو الاهتمام بتوفير حماية خاصة للمستهلكين.

**الفرع الثاني: تحديد الجهة القضائية المختصة للبت في المنازعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية طبقاً للقانون المغربي**

ما دام أن العقود الإلكترونية تبرم بواسطة الإنترنت فإن احتمالية وجود العنصر الأجنبي تعد كبيرة جداً، طالما أن استخدام الإنترنت متاح لمختلف الأفراد في أماكن تواجدهم المختلفة في العالم.

<sup>1</sup> - أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي لمنازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص. 11.

ولا تثور مشكلة تحديد الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في العقود الإلكترونية إلا إذا حدث نزاع بين طرفي العقد الإلكتروني، أما إذا أبرم ونفذ دون مشاكل فلا أهمية لبحث وتحديد مسائل تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي. ومن الجدير بالذكر أن الاختصاص القضائي يؤثر في الاختصاص التشريعي ولا يتأثر به، ذلك أن المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص بنظر نزاع أحد طرفيه إنما يعتمد على تكييف العلاقة القانونية وفقا لقانونها من ناحية، وتقوم بإعمال قواعد الإسناد الواردة في قانونها أو القانون الدولي الخاص من ناحية أخرى. مما يترتب عليه أثر واضح في الاختصاص التشريعي، أي في القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وفي ضوء ما تقدم فإنه يتعين علينا التعرض لموضوع مرتبط ارتباطا وثيقا بالعقود الإلكترونية، وهو المحكمة المختصة التي تنظر في النزاع.

إذا كانت العقود الإلكترونية في الغالب الأعم مشوبة بعنصر أجنبي فإنها أحيانا نادرة لا تكون كذلك، لابد من التمييز بين هاتين الحالتين لدراسة هذه النقطة.

#### أ- العقود الإلكترونية غير المشوبة بعنصر أجنبي:

إذا ثار نزاع في شأن العقد الإلكتروني غير المشوب بعنصر أجنبي، واختار صاحب المصلحة رفع دعوى قضائية فإنه يتعين عليه رفعها أمام المحكمة المختصة قيما ومكانيا.

ويختلف الاختصاص القضائي المكاني باختلاف صفة العقد الإلكتروني، فإذا كان هذا العقد مدنيا فإن النظر في النزاع الذي يثور بشأنه ينعقد لمحكمة موطن المدعى عليه استنادا لقاعدة أن المدعي يتبع المدعى عليه.

أما إذا كان العقد تجاريا فإن النظر في النزاع الذي يثور بشأنه ينعقد لمحكمة موطن المدعي عليه، أو المحكمة التي تم في دائرتها الاتفاق أو إبرام العقد وتسليم البضاعة، أو التي يقع في دائرتها المكان الذي يجب فيه الوفاء.



علما أنه من غير المتصور أن ينعقد الاختصاص للمحكمة التي تم فيها إبرام العقد، وعلة ذلك أن العقد الإلكتروني ينعقد في مكان افتراضي محايد هو البيئة الإلكترونية لشبكة الاتصال العالمية (الإنترنت)، والتي لا وجود مادي لها في مكان معين.

**ب - العقود الإلكترونية المشوبة بعنصر أجنبي:** قد يكون العنصر الأجنبي جنسية أطراف العقد، أو مكان إقامتهم، أم موطنهم، أو مكان تنفيذ العقد، ومهما كان سبب العنصر الأجنبي في العقد الإلكتروني فإنه يجعل الاختصاص القضائي للمحكمة الوطنية منوطا بقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية. ويمكن إجمال هذه القواعد فيما يلي:

### 1- الاختصاص المبني على القبول الصريح أو الضمني:

لكي ينعقد الاختصاص للمحكمة الوطنية وفقا لهذه الحالة لا بد من توافر الشرطين التاليين:  
**الشرط الأول:** ألا تكون المحكمة الوطنية مختصة بحسب الأصل، كما لو كان الأجنبي المدعى عليه في الدعوى له موطن في المغرب، أو مكان إقامة مؤقت فيها.

**الشرط الثاني:** قبول المدعي الأجنبي ولاية المحكمة المغربية، ويكون هذا القبول إما صريحا، وإما ضمنيا، ويأخذ القبول الصريح أي شكل من أشكال التعبير القاطع الدلالة على القبول، كالكتابة أو القول، كما يحمل القبول الضمني على كل ما من شأنه استخلاص القبول كأن يمثل المدعى عليه أمام المحكمة المغربية، أو يوكل من ينوب عليه في الدعوى دون الاعتراض على اختصاص المحكمة.

### \* الاختصاص في المسائل والطلبات المرتبطة في الدعوى الأصلية:

تكون المحاكم المغربية مختصة للنظر في الطلبات العارضة أو الطارئة إذا توافرت الشروط التالية:

**الشرط الأول:** أن تكون المحكمة المغربية مختصة للنظر في الدعوى الأصلية.

**الشرط الثاني:** أن يكون أحد الخصوم أجنبيا، ويعد أجنبيا كل من ليس مغربيا.

**الشرط الثالث:** أن تكون المسألة أو الطلب المعروض على المحكمة مرتبطا ارتباطا لا يقبل التجزئة بالدعوى المنظورة من قبلها.

**2- الاختصاص إستنادا موطن الأجنبي المختار:**

تعد المحكمة المغربية مختصة بنظر دعوى العقد الإلكتروني المرفوعة على أجنبي، إذا تضمن هذا العقد اتفاقه مع المتعاقد الآخر، على أن يكون المغرب أو أي جزء فيه موطن مختارا لتنفيذ هذا العقد، أو بعضا من الالتزامات الواردة فيه.

**3- الاختصاص إستنادا إلى ضابط المكان:**

وفقا لقواعد قانون المسطرة المغربي فإن المحاكم المغربية تختص بنظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي إذا كان موضوعها يتعلق بمال موجود في المغرب، أو بالتزام نشأ، أو نفذ فيه، أو كان واجبا تنفيذه فيه. وعلى ذلك فإن المحكمة المغربية تعد مختصة وفقا لضابط المكان في الحالات التالية:

● **إذا كان محل العقد الإلكتروني موجودا في المغرب:** تفترض هذه الحالة أن يكون المعقود عليه في العقد الإلكتروني موجودا في المغرب وقت رفع الدعوى، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا المال قد وجد بعد انعقاد العقد، أم أثناءه أم قبله.

● **إذا كان الطرف الثاني في العقد الإلكتروني أكثر من شخص أحدهم ذو موطن أو محل إقامة في المغرب** وتفترض هذه الحالة أن يكون الطرف الثاني عدة أشخاص متضامنين في مواجهة الطرف الآخر، ويقع الإخلال بالالتزام المترتبة على العقد من هؤلاء ويكون من بينهم واحد أو أكثر له موطن إقامة في المغرب، حيث ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن ذلك الشخص أو محل إقامته، ويكون لها محاكمتهم جميعا بقطع النظر عن موطن البقية، أو محل إقامتهم، أو جنسيتهم.

● **إذا كان العقد الإلكتروني قد أبرم في المغرب، أو نفذ، أو كان واجبا تنفيذه فيه.** فالعقد الإلكتروني يبرم بوسائل إلكترونية على شبكة الاتصالات العالمية التي لا تحتل حيزا مكانيا محسوسا، وبالتالي فإن تحديد مكان انعقاده هو تحديد قانوني افتراضي اقتضته الضرورة العلمية والقانونية بالنظر إلى الأهمية القصوى لمعرفة مكان انعقاد العقد كضابط يلجأ إليه في مسائل قانونية شتى، ومن بينها تحديد اختصاص المحكمة المكاني.

وعليه، فإن القول بانعقاد العقد في المغرب إنما يمكن أن يجعل الاختصاص منعقدا للمحكمة المغربية في نظر الدعوى المتعلقة به.

وإذا كانت مسألة تنفيذ العقد الإلكتروني في المغرب أو وجوب تنفيذه فيه فلا تثير إشكالية قانونية، حيث تعد المحكمة المغربية مختصة بنظر الدعوى المتعلقة بالعقد الإلكتروني متى نفذت الالتزامات المترتبة عليه في المغرب، تنفيذا معيبا أو لم تنفذ نهائيا وهاتان الحالتان هما اللتان تجعلان المسؤولية العقدية تنهض في مواجهة المتعاقد المخل بالالتزام، وتعطي للآخر مصلحة في رفع هذه الدعوى. فإن تحديد وقت ومكان إبرامه تثير بعض الإشكاليات القانونية خاصة وأنا نتحدث عن عالم افتراضي غير ملموس يصعب من الناحية العملية تحديد مكان قيام العقد.

علما أن آلية تحديد وقت ومكان إبرام العقد، تعتبر من أهم الآليات المعتمدة في تحديد الجهة القضائية المختصة للبحث في النزاع المتعلق بالعقود الإلكترونية، بحيث يمكن الاعتماد عليها في العقود التي تبرم بين شخصين يتواجدان في بلدين مختلفين، من أجل تحديد الجهة القضائية المختصة. وكذا بالنسبة للعقود الإلكترونية التي تبرم داخل نفس الوطن من أجل تحديد المحكمة المختصة محليا.

#### 4- آليات تحديد مكان وزمان إبرام العقد الإلكتروني:

سنتعرض لآليات تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني ثم بعد نعرض لآليات تحديد مكان إبرامه:

#### - آليات تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني:

تجدر الإشارة إلى أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يتخذ المظاهر التالية:

-أولا: التعاقد المباشر والذي يمكن فيه للطرفين مخاطبة بعضهما البعض ومشاهدة كل منهما للآخر عبر نظام الاتصال المباشر الذي يعتمد على نقل الصوت والصورة في آن واحد، يتيح رغم غياب أطراف العقد، وعدم وجودهما في مجلس العقد، تفاعلا معاصرا ينتهي بما يحقق الوجود الافتراضي

بينهما<sup>1</sup>، ويمكن أن يتحقق ذلك من خلال الدخول للمواقع الإلكترونية الخاصة بالطرف الآخر للعقد.

-ثانيا: يمكن أن يتحقق التعاقد عبر الإنترنت من خلال العقد الإطار.

-ثالثا: أن يكون التعاقد عبر الإنترنت عبر البريد الإلكتروني بواسطة الرسائل الإلكترونية فإنه يخضع من حيث المبدأ لقواعد خاصة تنظم التعاقد عبر الإنترنت، أو الوسائل الإلكترونية المشابهة التي تختلف عن القواعد التي تنظم التعاقد عبر الرسائل العادية. وفي كلتا الحالتين يخضع المتعاقدين لمقتضيات قانون 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات الإلكترونية.

وعليه، ففي الحالة يبعث بها الشخص بإيجاب إلى شخص آخر عبر رسالة إلكترونية، فيرد الموجب إليه بقبوله عبر رسالة إلكترونية كذلك، يطرح التساؤل متى ينعقد العقد؟ هل في اللحظة التي حرر فيها القابل رسالته أو أكدها، أم في اللحظة التي بعث بها عبر الإنترنت أم في اللحظة التي تصل فيها الرسالة إلى البريد الإلكتروني للموجب، أم في اللحظة التي وصلت فيها الرسالة إلى الموجب، أم في تلك اللحظة التي اطلع فيها الموجب على الرسالة، وبعث برسالة الإقرار بعلی الاستسلام؟

ومن تم فإن دراسة هذه الإشكالية تقتضي استعارة النظريات الفقهية المحددة لوقت وزمان انعقاد العقد ومحاولة تطبيقها على التعاقد عبر الإنترنت، وهي:

-أولا: نظرية إعلان القبول الإلكتروني

-ثانيا: نظرية تصدير القبول الإلكتروني

-ثالثا: نظرية تسلم القبول الإلكتروني

-رابعا: نظرية العلم بالقبول الإلكتروني

وتجدر الإشارة إلى أننا حاولنا استعارة النظريات الفقهية المحددة لزمان ومكان إبرام العقد بين غائبين أو بواسطة المراسلة وتطبيقها على التعاقد عبر الإنترنت مع تحويرها وجعلها تم القبول

<sup>1</sup> -L'interactivité des réseaux permet à l'offre commerciale et à l'acceptation du consommateur de se rencontrer de manière quasi-simultanée malgré la distance physique qu'il y a entre les contractants.

الإلكتروني وليس القبول العادي. وهذه المسألة في نظرنا تعتبر آلية فعالة لتحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني.

ثم بعد ذلك نعرض للمعيار المعتمد في تحديد مكان إبرام العقد.

أما بخصوص موقف التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية من تحديد مكان و زمان إبرام العقد فقد نظم قانون الأونسترال النموذجي مسألة زمان ومكان إبرام العقد في المادة 15 منه والمعنونة بزمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات<sup>1</sup>.

والسؤال الذي يطرح هو متى ينعقد العقد الإلكتروني؟ هل وقت التوصل بالتعبير عن الإرادة؟ أم وقت إرسال الإقرار بالاستسلام؟ من المؤكد أن العقد ينعقد وقت توصل الموجب بالقبول إلا أن سريان هذا القبول وإنتاجه لآثاره يكون متوقف على إرسال إقرار باستلامه من طرف الموجب<sup>2</sup>.

واستنادا على ما سبق يمكن القول أن زمان العقد الإلكتروني هو الوقت الذي يتلقى المرسل قبول الطرف الآخر ويعمد إلى تأكيد توصله به. ومن ثم يظهر أن قانون الاونسترال النموذجي أخذ نظرية العلم بالقبول الإلكتروني. ومن ثم يكون الاختصاص للبت في النزاعات المتعلقة بالعقود

<sup>1</sup>-تنص المادة 15 من قانون الاونسترال النموذجي لسنة 1996 على ما يلي:

1- "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ".

2 - ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على نحو التالي:

(أ) إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسالة البيانات يقع الاستلام:

\*1: وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين، أو

\*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.

3-تنطبق الفقرة 2 ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلف عن المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة 4.  
4- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة:

(أ) إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل إذ لم توجد مثل تلك المعاملة.

(ب) إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار إلى محل إقامته المعتاد...

<sup>2</sup>-إبراهيم رفعت جمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة فقهية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص.112.

الإلكترونية وفق هذا القانون، إما للمحكمة التي حددها الأطراف وعند عدم الإشارة إلى ذلك تكون المحكمة التي يتواجد بها المرسل.

### - عرض المسألة في التشريع المغربي

استنادا إلى القانون رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، لم يتناول فيه بالتفصيل وقت ومكان إبرام العقد الإلكتروني، كما هو الشأن في قانون الاونسترال وكذا التشريعات المقارنة. وقد ذهب بعض الفقه<sup>1</sup> إلى أن المشرع المغربي لم يقم بتنظيم هذه النقطة، واعتبر ذلك من نقائص مشروع القانون، بحيث لا يتصور تنظيم التعاقد عبر الانترنت دون وضع مبادئ محددة لزمان ومكان إبرام هذا العقد.

إلا أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 5-65 من القانون المذكور يظهر جليا أن المشرع قد حدد مبادئ يمكن الاستناد إليها لتحديد زمان ومكان قيام العقد الإلكتروني، سواء تعلق الأمر بعقد بيع الإلكتروني أو غيره حيث أشار الفصل 5-65 في فقرته الثانية<sup>2</sup> إلى أنه يجب على صاحب العرض الموجب، أن يشعر القابل بتسلمه قبول العرض، و يصبح القابل ملزما بقبوله فور تسلمه الإشعار المذكور.

و استنادا إلى ذلك يمكن القول بأن العقد يبرم في الوقت الذي يتسلم فيه القابل الإشعار الموجه إليه من الموجب، والذي يخبره فيه بتوصله بقبوله الإلكتروني<sup>3</sup>.

وعليه يظهر أن المشرع المغربي تبني صراحة نظرية "العلم بالقبول الإلكتروني". إلا أن السؤال الذي يطرح هو متى يمكن القول أن القابل قد تسلم هذا الإشعار، للقبول بقيام العقد؟.

<sup>1</sup> عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك، البيع في الوطن، التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني، سلسلة الدليل القانوني للمستهلك، شركة مطبعة أميمة 2006، ص:66.

<sup>2</sup> تنص الفقرة الثانية من الفصل 5-65 على مايلي: "يجب على صاحب العرض الإشعار، دون تأخير غير مبرر وبطريقة إلكترونية، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه على هذا النحو والذي يصير المرسل إليه فور تسلمه ملزما به بشكل لا رجعة فيه".

<sup>3</sup> -القبول هنا يعني تأكيد القبول، ما دام أن في التعاقد عبر الإنترنت يقتضي تأكيد القبول حتى يكون منتجا لآثاره وفق ما تنص عليه الفقرة الأولى من الفصل 5-65 من القانون 53-05.

الجواب نجده في الفقرة الأخيرة من الفصل 05-65 من مشروع القانون 5-53<sup>1</sup> حيث اعتبر أن الإشعار بالتسلم، يعتبر كما لو تم التوصل به عندما يتمكن القابل من الولوج إليه، بمعنى يكون بإمكانه الاطلاع عليه، كما لو كانت الرسالة في البريد الإلكتروني للمرسل إليه. والمشرع المغربي وضع هذا المبدأ دون وضع الفرضيات كما فعل قانون الانستفال النموذجي، وهو بذلك ترك الأمر لاتفاق الأطراف، وعند الاقتضاء للسلطة التقديرية للقاضي الذي يمكنه تحديد ذلك استناداً إلى المعطيات التقنية التي يمكن على أساسها تحديد متى كان بإمكان القابل الإطلاع على الإشعار المرسل إليه.

- **التعاقد عن طريق الدخول للموقع مباشرة:** يعرف موقع الويب بأنه فضاء إلكتروني مرئي يتكون من مجموعة من الصفحات الإلكترونية على شبكة الإنترنت، ويتضمن صور وبيانات حول السلع والخدمات المعروضة للبيع، وكذا معلومات حول البائع خاصة ما يتعلق بعلامته التجارية وعنوانه وأرقام هاتفه.

وعن طريق الويب يتم عرض المنتجات، والخدمات لمستعملي الشبكة العالمية. بحيث تحدد المزايا المتعلقة بها وقوائم الأسعار. ويمكن للمشتري التعبير عن إرادته بعد إدخال المعلومات الضرورية كاسمه وعنوانه، وبريده الإلكتروني، فيعد ذلك إيجاباً منه، يتطلب تعبير البائع عن إرادته بالقبول لانعقاد العقد، كما يمكن التعبير عن الإرادة ببعض الإشارات والرموز المتعارف عليها عن طريق هذه الشبكة. وهذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أن الإشارة الجديدة هي الإشارة الصادرة عن جهاز الكمبيوتر، ولكنها تعبر عن إرادة الموجب له وليس عن إرادة الكمبيوتر لأنه أداة صماء.

<sup>1</sup> -تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 5-65 على مايلي: "يعتبر قبول العرض وتأكيده والإشعار بالتسلم كما لو تم التوصل بها عندما يتمكن الأطراف الموجهة إليهم من الولوج إليها".

وقد سبق للقضاء الفرنسي أن اعتبر أن التزاعات التي ترتبط بالدخول إلى مواقع الإنترنت بواسطة جهاز حاسوب متواجد على الأراضي الفرنسية، تجعل من القضاء الفرنسي هو المختص بالتزاعات المتعلقة بالدخول إلى هذه المواقع سواء كان هذا التزاع عقدي أو تقصيري.

### - التعاقد بواسطة العقد الإطار

وهو عبارة عن عقد نموذجي يتم بموجب اتفاق المعاملة الإلكترونية، قبل الدخول في إجراءات التعاقد عبر استخدام نظام التبادل الإلكتروني في إبرام العقد وتنفيذه. بحيث يتم الاتفاق على شروط العقد وإثباته، والمسؤولية التي تترتب عنه الإخلال بشروط العقد والقانون واجب التطبيق وزمان إبرام العقد الذي سيرم مستقبلا عبر الإنترنت<sup>1</sup>.

وفي هذا الإطار قد قامت جماعات المستخدمين للإنترنت والمنظمات الوطنية<sup>2</sup> في عدة دول بإعداد نماذج لعقود أو اتفاقات خاصة بتبادل المعطيات المعلوماتية، وذلك خارج نطاق مجلس الاتحاد الأوروبي، والجمعية العامة للأمم المتحدة وتنقسم إلى نوعين هما، النوع الأول وينحصر تطبيقه في دول معينة، وهي نماذج وطنية بحتة لا تطبق خارج حدود الدولة حيث أعدتها هيئات تابعة للدولة وتسري عليها القوانين والأنظمة الوطنية السارية فيها<sup>3</sup>، وأما النوع الثاني فهو يمثل نماذج ذات

<sup>1</sup> -D.Gobert ,la Publicité sur l'internet , le droit évolution,REv, Ubiquité, n°7. Déc.2000 ,P.71 à 90.

2- TN.Verbiest et E. Wery, le droit de l'internet et de la société de l'imformation, droit européen, Belge et Français, Larcier,2001,p.261.

<sup>3</sup> -ومن أمثلة هذه النماذج، نموذج المملكة المتحدة(edia)، ونموذج إيطاليا والنموذج الاشتراكي (edia) وفي كندا تم نشر نموذج بمعرفة وزارة الاتصالات في ولاية كيبيك- ونموذج آخر أعده المجلس الكندي لتبادل المعطيات المعلوماتية المعروفة باسم Edic- وفي سويسرا تم نشره في عام 1994 بواسطة eurosinet,suiss pro وفي النرويج نجد نموذج في مارس 1993 باسم Norsk tedis وفي الولايات المتحدة الأمريكية تم إعداد نموذج بواسطة American bar association.

2- أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته دروس الدكتوراه لدبومي القانون الخاص والتجارة الدولية، جامعة عين شمس، بدون تاريخ، ص:44.

3-Chissick(M) and Kelman(A) : electronic commerce, law and practice 3éme éd ,London 2002,p.120.



استخدام محصور أو محدد بقطاع معين أو ببعض المسائل القانونية<sup>1</sup>. وفي فرنسا ومن أجل تسهيل التعاقد عبر الإنترنت، فقد تمت صيانة العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين، والذي تم اعتماده من مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس 30 أبريل 1998، من طرف اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في مايو 1998، وقد تمت صياغته ووضع نصوصه حسب القانون الفرنسي بطبيعة الحال، ومع ذلك فإنه ليس هناك ما يحول دون إمكانية تطبيق القواعد الواردة به أمام إحدى المحاكم الأجنبية إذا رأى القاضي أن هذه القواعد الاتفاقية تحقق حماية الأطراف أكثر من تلك الذي يحققها القانون الوطني<sup>2</sup>.

وبالنسبة للمشرع المغربي فرغم أنه لم يتضمن ما يفيد العقد الإطار في النصوص القانونية المنظمة للتعاقد الإلكتروني كآلية من آليات التعاقد الإلكتروني فإنه باستقرار المقتضيات 53-05 لا نجد ما يمنع اللجوء إلى العقد الإطار لإبرام العقود بل إن المشرع نص في الفصل 3-65 على مسألة ملئ الاستمارة ويمكن أن تكون هذه الاستمارة هي العقد الإطار<sup>3</sup>.

كذلك فإن المشرع المغربي نص في الفصل 4-65 من قانون 53-05 على مسألة تضمين العرض مجموعة من الشروط، وبالتالي فإن العقد الإطار يمكن أن يتضمن ما يفيد تحديد الجهة القضائية المختصة.

### • آليات تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني:

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يضع في القانون 53-05 آليات يمكن الاعتماد عليها لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني. وفي نجد أن قانون الأنسترال النموذجي وضع بعض المبادئ الأساسية لتحديد مكان إبرام العقد، فمن حيث المبدأ أسندت مقتضيات هذا القانون لإرادة

<sup>4</sup>- إبراهيم المنحي، عقد نقل التكنولوجيا، التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، والتجارة الإلكترونية، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص.65.

أطراف تحديد مكان بعثة الرسالة، المتضمنة للتعبير عن الإرادة ومكان وصولها وكذا مكان إبرام العقد.

وفي حال عدم الاتفاق على ذلك فإن القانون اعتبر أن مكان بعث الرسالة يكون هو مقر عمل المنشئ، كما أن مكان وصولها يكون هو المكان الذي يتواجد فيه مقر المرسل إليه، وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل اعتبر مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية. وإذا لم يتوفر الشخص على مقر عمل اعتبر محل إقامته المعتاد هو مكان إرسال الرسالة أو التوصل بها<sup>1</sup>.

ونفس المبادئ التي تبناها المشرع الأردني في المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم سنة 85 لسنة 2001 التي تنص على ما يلي:

"تعد رسالة المعلومات دُ أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأنها سلمت إلى المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد مكان إقامته مقرا لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة أو المرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك".

وتعرف الرسالة الإلكترونية أو رسالة المعلومات بأنها البيانات أو المعلومات التي يتم إنشائها، أو إرسالها، أو تسلمها، أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، وعلى ذلك يمكن القول إن الرسالة الإلكترونية تأخذ إحدى صورتين:

**الصورة الأولى:** الرسالة المباشرة عبر الموقع الإلكتروني يرسلها أحد المتعاقدين إلى الآخر برسالة إلكترونية مباشرة وفق ما يعرف بنظام "chat"، وهو نظام إلكتروني يتقابل فيه شخصان في لقاء إلكتروني رغم الاختلاف المكاني لكليهما. ورغم ذلك الالتقاء والحوار الإلكتروني الدائر بينهما لا

<sup>1</sup> -تنص الفقرة الرابعة من المادة 15 من قانون الأنسترال النموذجي على مايلي: "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها سلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة: -إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل إذا لم توجد مثل تلك المعاملة إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار إلى محل إقامته المعتاد...."

يمكن اعتبارهما في مجلس واحد، لأن ذلك يخالف القواعد العامة التي تعد مجلس العقد هو الحيز المكاني الذي يجتمع فيه المتعاقدان بصورة حقيقية وهذه الحقيقة، هي التي كانت وراء وضع قواعد خاصة يحدد على أساسها مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

### الصورة الثانية: الرسالة الإلكترونية غير المباشرة:

وهي التي ترسل وتستقبل بواسطة البريد الإلكتروني، وهو يريد يتم إنشائه على شبكة الاتصالات العالمية لشخص ما كما يتم تبيانه سابقا، ويمكن الوصول إليه من خلال عنوان إلكتروني محدد، فإذا أرسلت رسالة إلكترونية إلى ذلك العنوان بقيت في الصندوق الخاص بذلك البريد إلى أن يتم تصفحها من قبل المعني بعد فتحه بكلمة المرور الخاصة به، ويستطيع فعل ذلك من أي مكان في العالم، فهذه المقدرة غير مرتبطة بمكان إقامته أو موطنه.

وفي صورتين إذا حملت رسالة المعلومات إيجابا تتوافر فيه الشروط القانونية، فقام من تلقاها بإنشاء رسالة إلكترونية تفيد معنى القبول فعندئذ يكون العقد قد انعقد إلكترونياً، ويبقى السؤال فقط هو أين تم العقد الإلكتروني؟ وهو ما سنحجب عليه استنادا للمعايير التالية:

### المعيار الأول : معيار مقر العمل :

افترض قانون الاونسترال النموذجي وكذا المشرع الأردني أن الرسالة الإلكترونية أينما أرسلها المرسل وكأنه أرسلها إلى مقر عمله، وأينما تسلمها المرسل إليه كأنما تسلمها في مقر عمله، فلو فرضنا أن مقر عمله في المغرب، بينما فتح بريده الإلكتروني وهو في إسبانيا، ووجد فيه رسالة إلكترونية تحمل إيجابا فوافقه بالقبول أدرجة في رسالة إلكترونية بعثها إلى البريد الإلكتروني للموجب، ففي هذه الحالة لا يكون العقد منعقدا في إسبانيا باعتبارها الحيز المكاني الذي تم فيه القبول وإنما في المغرب باعتباره المكان الذي يوجد فيه مقر عمل القابل فيه، وذلك طبقا للمقتضيات المضمنة في قانون الانسترال التي تعتبر الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل وإلا فمن مكان إقامته، فإن مؤدي هذه القراءة هي القول بأن الرسالة الإلكترونية التي يرسلها القابل، ويعبر بها عن قبوله تجعل العقد منعقدا في المكان الذي يوجد فيه

مقر عمله وفي حالة عدم وجوده فمحل إقامته، وتوضيحا لذلك يمكن القول إن المكان الذي صدر منه القبول بوسيلة إلكترونية، ليس هو الحيز المكاني المادي الذي يوجد فيه القابل، وإنما المكان الذي يوجد فيه مقر عمله أو مكان إقامته، فنظرا لأن العقد ينعقد في الفضاء الإلكتروني، وهو ما لا يعد مكانا ماديا بالمعنى القانوني، وبالتالي لا يصلح ضابط لتحديد الاختصاصين القضائي أو التشريعي، ومن ناحية أخرى فإن المكان أو الحيز المادي الذي يوجد فيه القابل وقت إصداره القبول إلكترونيا ونظرا لعدم وجود أي صلة بينه وبين العقد مثلما هو الحال في مثالنا السابق، فإن القبول الإلكتروني يعتبر صادرا في المكان الذي يوجد فيه مقر عمله، فإن لم يوجد له مقر عمل فمكان إقامته.

ولما كانت الرسالة الإلكترونية يتم تسليمها عمليا في لحظة إصدارها فإن مؤدي ذلك أن لا توجد أهمية عملية أو قانونية للتفرقة في مسألة إصدار القبول أو تسليمه، وذلك لغاية التعويل على أيهما لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، وعلى أي حال فإن مكان انعقاد هذا العقد يجب أن يحمل حكما على أنه مكان عمل القابل فإن لم يوجد فمكان إقامته.

وإذا كان للمرسل أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل اعتمد بمقر عمل ذي الصلة بموضوع العقد وفقا لما نص عليه قانون الاونسترال وكذا نص الفقرة (ب) من المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

### المعيار الثاني: معيار مكان الإقامة:

تحسبا لعدم وجود مقر عمل، سواء لمرسل الرسالة الإلكترونية أو لتسلمها، كما هو الحال عندما يكون أي من هؤلاء شخصا عاديا وليس تاجرا له مقر لممارسته أعماله، فقد وضع قانون الاونسترال معيارا آخر هو مكان الإقامة كضابط احتياطي لا يلجأ إليه إلا في غياب الضابط الأول، حيث تعد عندئذ الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من مكان المرسل الذي ليس له مقر عمل، وأنها استلمت في المكان الذي يقيم فيه المرسل إليه الذي ليس له مقر عمل.

وبالتالي يكون العقد الإلكتروني منعقدا في مكان إقامة القابل الذي بعث بقبوله الإلكتروني إلى الموجب، حتى وإن بعث هذا القبول وقت تواجده العرضي في دولة أخرى غير تلك التي يوجد فيها مكان إقامته.

### المعيار الثالث: معيار إرادة الأطراف:

أعطى كل من قانون الاونسترال النموذجي وكذا المشرع الأردني أهمية كبيرة لإرادة الأطراف للاتفاق على مكان معين باعتباره المكان الذي أرسلت منه الرسالة الإلكترونية أو استلمت فيه، وبالتالي اعتباره مكان انعقاد العقد الإلكتروني، فإذا اتفق الموجب الذي يوجد مقر عمله في تركيا مع القابل والذي يوجد مقر عمله في الأردن على اعتبار المغرب مكانا لانعقاد العقد الإلكتروني، فإن مفاعيل هذا الاتفاق تسري على ذلك العقد بكل آثارها القانونية، ويعد هذا المعيار هو الأولي بالتطبيق في حال وجوده، فإذا لم يتفق المتعاقدان عليه يصار إلى تطبيق معيار مقر العمل، وإلا فمكان الإقامة وفقا لهذا التدرج.

وفي الأخير نقول إن مسألة تحديد الجهة القضائية المختصة للبت في المنازعات، تعتبر من أهم الوسائل الكفيلة بإنجاح هذا النوع من التعاقد، لأنها ستساعد الأطراف على تجنب الدخول في متاهات تحديد المحكمة المختصة.

### المبحث الثاني: الآليات الحديثة لتسوية منازعات تكنولوجيا المعلومات

بعد شيوع استخدام المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال القانونية وإبرام العقود وتنفيذها اتجه التفكير إلى تسوية منازعاتها باستخدام نفس تلك التقنيات لتكون التسوية هكذا إلكترونية<sup>1</sup>. وعليه سنتطرق في (المطلب الأول) إلى التسوية الإلكترونية للمنازعات المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات، وفي (المطلب الثاني) إلى التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

**المطلب الأول: التسوية الإلكترونية للمنازعات المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات**

هناك عوامل متعددة تبرز الأخذ بالتسوية الإلكترونية<sup>1</sup> (الفرع الأول)، على أن يتم التنويه في الفرع الموالي إلى تقييم ودراسة هته المؤشرات وكيف يمكن الأخذ بها (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: عوامل الأخذ بالتسوية الإلكترونية**

-**العامل الأول:** مرتبط بطبيعة النزاع ففي بعض الأحيان لا تصلح الطرق التقليدية لتسوية بعض النزاعات، مثل تلك المتعلقة بالعناوين الإلكترونية، حيث من يستولي على العلامة التجارية عبر الإنترنت ليس بالضرورة خاضعا للولاية القضائية لصاحب العلامة الأصلية، وبالتالي فإن اللجوء إلى المحاكم أمر معقد، وبخاصة إذا كانت محكمة دولة المعتدي على العلامة لا تعترف بالحماية القانونية للعلامة التجارية وعليه فإن الأسلم في هذه الحالة اللجوء لحل النزاع لدى من يستطيع رد العلامة أو اسم التجاري لصاحبها (ICANN-WIPO).

-**العامل الثاني:** مرتبط بالقيمة المادية للنزاع، فهناك الملايين من الصفقات الصغيرة بين التجار والمستهلكين تحدث يوميا على الإنترنت وهي ذات قيمة تقل عن تكاليف التحكيم التقليدي، فضلا عن أن قواعد التحكيم التقليدي لا تصلح لحلها.

-**العامل الثالث:** رغبة الأطراف في توفير الوقت والجهد بتسريع الإجراءات المتبعة لحل النزاع وذلك بعقد جلسات التسوية إلكترونيا استخدام وسائل تقنية وتسهيل عملية جمع وإرسال وتخزين المعلومات.

-**العامل الرابع:** ازدياد حجم العقود المبرمة عن طريق الإنترنت ولخشية مواقع البيع أن تفقد ما تجنيه بسهولة ويسر، أصبحت تضمن أغلب العقود المبرمة بنود تحكيمية باللجوء إلى التسوية الإلكترونية.

<sup>1</sup> - Voir Thomas SCHULTZ , Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, une approche critique. Générale de droit et du jurisprudence paris, éd 2005.P .195.

2- Christiane Fèral Schuhl. Cyber Droit. 3ème édition dalloz.dunond.P.292.

-**العامل الخامس:** الرغبة في تجاوز الإشكاليات المرتبطة بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص على التفاعلات المثارة.

-**العامل السادس:** وجود شعور نفسي لدى الأطراف المتعاملين في السوق الإلكتروني بضرورة عرض منازعاتهم أمام التحطيم الإلكتروني لتحقيق وحدة وتجانس داخل هذا السوق. وبانتشار فكرة التسوية الإلكترونية بدأت مراكز وتنظيمات تعمل على حل الخلافات والتفاعلات عن طريق شبكة الإنترنت وذلك ضمن قواعد معينة يرسمها كل مركز في تحديد مجرى العملية التحكيمية. ويمكن إيضاحها على النحو التالي:

#### أ- مشروع القاضي الافتراضي Virtual Magistrate

التجربة الأولى في مجال تسوية الخصومات عبر الفضاء الإلكتروني تتمثل في برنامج القاضي الافتراضي<sup>1</sup>، هذا المشروع الأمريكي تم إرساء دعائمه في مارس 1996. ويتولى إدارته والإشراف عليه عدة جهات هي: معهد قانون القضاء، جمعية التحكيم الأمريكية، المركز الوطني لأبحاث المعلوماتية، مركز القانون وقواعد المعلومات. ويعتمد هذا النظام على فكرة تجميع الخبراء القانونيين المتخصصين، ويقوم القاضي الافتراضي بالتحاور مع الأشخاص الراغبين في الخضوع لهذا النظام، على أن يفصل القاضي في النزاع خلال 72 ساعة تبدأ من اللحظة التي يعرض فيها الموضوع عليه. ويحدث الاتصال بين القاضي والأطراف بالبريد الإلكتروني ويصدر الحكم ويخطر به الأطراف من خلال هذا البريد، ويمكن للأطراف في هذا النظام طلب الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التي يدلون بها. ومن مميزات هذا النظام سرعة الفصل في المنازعات، وقدرت الأطراف على اختيار القضاء من خبراء تكنولوجيا المعلومات، ولكن يعاب عليه صعوبة تنفيذ الحكم حال سوء نية الطرف الخاسر.

#### ب- محكمة الفضاء Cyber Tribunal<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> - الموقع الإلكتروني: <http://www.Vmag.law.vill.edu>.

<sup>2</sup> - موقع المحكمة على العنوان التالي: <http://www.Cybertribunal.org>.

نشأت هذه المحكمة في كندا بمركز بحوث القانون العام centre de recherche en droit public بكلية الحقوق بجامعة مونتريال في سبتمبر 1996، ووفقا لنظام هذه المحكمة تتم كافة الإجراءات إلكترونيا على الموقع الشبكي للمحكمة ابتداء من طلب التسوية ومرورا بالإجراءات اللازمة لسير القضية، وانتهاء بإصدار الحكم وقيده على الموقع الإلكتروني للمحكمة.

وتهدف هذه المحكمة إلى إيجاد حلول للمشكلات التي تثور في مجتمع الفضاء الإلكتروني، بالإضافة إلى توحيد القواعد القانونية المطبقة على المعاملات الموجودة على شبكة الإنترنت. وبثا للثقة في هذا النظام تصدر المحكمة شهادات لأصحاب المواقع أو المسؤولين عنها الملزمين بتسوية منازعاتهم وفقا لإجراءات المحكمة، لذلك يجب أن يكون هؤلاء على علم تام بالمبادئ التي يكفلها النظام من أجل احترامها والالتزام بقواعد السلوك التي تتضمنها.

ويتسع نطاق اختصاصها ليشمل خمسة مجالات هي: التجارة الإلكترونية، حقوق التأليف، المنافسة، حرية التعبير، الحق في الحياة الخاصة. وهذا لا يعني أن اختصاصها غير محدد فهي لا تفصل في المسائل ذات الصلة بالنظام العام ولا تعالج سوى المسائل ذات الصلة بالقانون الجديد للتكنولوجيا. وتقوم محكمة الفضاء الإلكتروني بالبحث في القضايا بطريقتين: الوساطة أو التحكيم، وهي تضمن سرية المعلومات الخاصة بالقضايا المنظورة أمامها عن طريق التشفير.

وفي هذا النظام تتم جميع الإجراءات إلكترونيا فيقوم الطرف الراغب في الخضوع لهذا النظام بملء نموذج إلكتروني موجود على موقع المحكمة الإلكترونية ويختار كلمة مرور شخصية له، ويعد فحص إمكانية قبول الطلب تقوم المحكمة بتعيين المحكم وتفتح ملف الدعوى الذي يمكن الوصول إليه على موقع القضية ولا يكون الوصول إليه إلا لأطراف النزاع فقط، كما أن الأطراف لا يمكنهم الوصول إلا للجزء الخاص بهم في ملف القضية<sup>1</sup>، ومن مميزات هذا النظام أنه يقدم خدماته باللغتين الفرنسية والإنجليزية فضلا عن أن مجال اختصاصه أوسع من القضاء الافتراضي ومع هذا فإنه يعاب عليه أن الحكم الصادر من هذه المحاكم لا يصدر إلى باتفاق جميع الأطراف على

<sup>1</sup> -Eric CAPRIOLO, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique , L'expérience du Cyber tribunal ,rev arb 1999 n° 2 ,P.230.



الخضوع لهذا النظام بالإضافة إلى أنه لا يتعامل إلى مع المنازعات المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات ولا يفصل في الموضوعات المتعلقة بالنظام العام.

### ت-مركز الوساطة والتحكيم التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI:

وضعت هذه المنظمة نظام تحكيم في مجال التجارة الإلكترونية لتنظيم المنازعات الخاصة بالإنترنت لاسيما المتعلقة بالعناوين الإلكترونية على أن تتم الإجراءات أمام لجان تحقيق إدارية *commission de constatation administrative CCA* تتضمن خبراء دوليين في مجال التجارة الإلكترونية خاصة في الملكية الفكرية وأسماء الدومين، ويمكن من خلال هذا النظام التغلب على العديد من الصعوبات، حيث يسمح هذا النظام للأطراف بجرية اختيار القانون الواجب التطبيق، كما أنه يتضمن وحدة في الجزاء رغم اختلاف الجنسيات، زد على ذلك أنه يعطي الفرصة لمحكم واحد لديه قوة تنفيذية كما أن العديد من العقود التي تبرم في هذا المجال تتضمن شرطا ينص على اللجوء للتحكيم للفصل في المنازعات التي تحدث في المستقبل<sup>1</sup>.

### ج-مكتب الوساطة على الخط *on line ombuds office* :

تأسس سنة 1996 بفضل المركز الوطني لأبحاث المعلوماتية *NCAIR* ومركز تكنولوجيا المعلومات وتسوية المنازعات وقد أعلن عنه رسميا في يوليو 1997.

د-في فرنسا تم إنشاء هيئة خاصة عام 1997 تسمى *Imaginons un réseau internet plus solidaire (IRIS)* من أجل تسوية المنازعات في المعاملات الصغيرة أو متوسطة القيمة على شبكة الإنترنت.

### ه-القواعد الموحدة ل ICANN:

<sup>1</sup> - Jèrom huet ; Stefènie Val MACHINO. R`flexion sur l'arbitrage `lectronique dans le commerce international. *Gaz pal.*2000.p.103.

وضعت ICANN وهي منظمة لتحديد الأرقام والأسماء عبر الإنترنت في 24 أكتوبر 1999 قواعد موحدة لتسوية النزاعات المتعلقة بالعاوين الإلكترونية، تضمن قواعد مختصرة يتم بها الوصول إلى قرار سريع ويتفادى انتقادات الحل القضائي، ويستند لهذا الإجراء في تسوية المنازعات عن طريق بند يدرج في عقد تسجيل العنوان الإلكتروني يقبل بمقتضاه مسجل العنوان الإلكتروني الخضوع إلى هذا الإجراء في حالة نشوب نزاع يتعلق بالعنوان، ويمكن لكل شخص يقدر أن تسجيل العنوان الإلكتروني قد اعتدى على علامته التجارية أن يتقدم بشكوى إلى إحدى الجهات وهي إما مركز التحكيم والوساطة التابع لمنظمة ال OMPI<sup>1</sup> أو محكمة التحكيم الوطنية أو مركز تسوية النزاعات أوجهة ال Résolution.

### ع- موقع Square trade<sup>2</sup>:

أنشأ هذا الموقع سنة 2000 لفض النزاعات عن طريق الوساطة، ويرم هذا الموقع اتفاقيات مع مواقع متخصصة في البيوع الإلكترونية مثل موقع e-pay المتخصص في المزادات العلنية عبر الإنترنت ليتولى فض النزاعات التي يكون فيها e-pay طرفاً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - منذ الموافقة على OMPI أي من ديسمبر 1999 حتى أبريل 2002 نظر المركز فيما يخص العناوين الإلكترونية 3800 نزاع. يعتبر القرار الصادر في قضية world wresting الصادر في 14 يناير 2000 أول القرارات التي أصدرها المركز بعد الموافقة عليه من جانب ICANN حيث اشكت المؤسسة الألمانية catch شخصاً خاصاً اعتدى على علامتها التجارية World wresting federation أو WWF في صورة عنوان إلكتروني [www.world\\_wresting\\_federation.com](http://www.world_wresting_federation.com) وبعد فحص الشكوى وتطبيق قواعد الموحدة UDRP عليها انتهت اللجنة الإدارية التي نظرت النزاع إلى ضرورة نقل العنوان الإلكتروني محل النزاع إلى الشركة المدعية.

انظر الموقع الإلكتروني: <http://www.arbiter.wipo.int>.

<sup>2</sup> - موقع مركز الوساطة والتحكيم [squaretrade](http://www.squaretrade.com):

<http://www.Square.trade.com/hetp/mediation-faq.jsp>.

<sup>3</sup> - هناك مواقع أخرى متخصصة في فض النزاعات عبر الإنترنت من ذلك:

.Mediare-net -

.Le projet ECODIER -

.Cybersettle.com -

## الفرع الثاني: تقييم التسوية الإلكترونية لمنازعات تكنولوجيا المعلومات

إن محاولة الوقوف على أهم المواقع المتخصصة في تسوية المنازعات المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات إلكترونياً<sup>1</sup>، تظهر أن حل التقنيات التي تضعها هذه المواقع على ذمة الأطراف المتعاملة بالإنترنت تعثرها نواقص ومثالب من ذلك:

أن النظم القانونية القائمة الوطنية و الاتفاقية المنظمة للتحكيم التقليدي تفترض استخدام المستندات الورقية لأطراف النزاع أو وكلائهم أمام هيئة التحكيم، لذلك فإن التحكيم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية يثير العديد من التحديات في أكثر من مسألة قانونية<sup>2</sup>، فهناك بعض الصعوبات تتعلق بإبرام اتفاق التحكيم وكتابته وتوقيعه بما يفيد اتفاق الأطراف، وكذلك مدى أهمية انعقاد الجلسات بالحضور المادي لأطراف النزاع والمحكمين لتدقيق المستندات وسماع الشهود وتبادل المذكرات وسماع مرافعات المحامين، كما يظل من المهم تحديد مكان التحكيم الذي يمكن بناء عليه تحديد القانون الواجب التطبيق، ثم كيف سيتم اعتماد قرار التحكيم وتوقيع المحكمين عليه إلكترونياً، ومدى اعتراف دولة محل التنفيذ بالقرار التحكيمي الإلكتروني.

- يبدو أن جل التجارب تتميز بغياب يكاد يكون كلياً لتدخل الدولة كسلطة رسمية ولم تتحصل على اعتراف دولي بمصداقيتها.

- الملاحظ أن أغلب هذه التجارب حاولت تطبيق الحلول التي يضعها القانون الدولي الخاص للتراعات الدولية إلا أن هذه الحلول قد لا تكون ملائمة لعالم الإنترنت.

- إن التجارب المعروضة الآن على مستخدمي الإنترنت لا تنظر إلا في التفاعلات القابلة للتحكيم أو الوساطة، وهي تقصي إذن من مجال اختصاصها كل المواد الأخرى التي لا تقبل التحكيم أو الوساطة والتي لا تمس في أغلبها بالنظام العام، من أهمها القانون الجنائي.

<sup>1</sup>- Voir Thomas SCHULTZ. Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne : une approche critique. Générale de droit et du jurisprudence paris.ed 2005.p.391.

<sup>2</sup>- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 2006.ص.6.

-أغلب القرارات الصادرة في إطار حل النزاعات عبر الإنترنت لا تقبل الطعن بأي طريقة كانت، وهذا يعارض المبدأ الدولي المتعلق بالتفاضي على درجتين.

-الاعتراف بالحكم الصادر سوف يواجه عقبة في تنفيذه في الدول التي لا يوجد ما يلزم محاكمها بالاعتراف بالأحكام الصادرة في قضايا التحكيم التي جرت إجراءات النظر وإصدار الحكم فيها على الخط المباشر، وأيضا أحكام التحكيم التي تبني على بنود تحكيمية واردة في عقد إلكتروني. لقد أصبح من الضروري التفكير في توسيع رقعة اختصاص هذه التجارب أمام كل الانتقادات وذلك باقتراح حلول جديدة من شأنها تجاوز هذه النقائص.

فهل الحل هو إبرام معاهدة دولية أم سن قانون نموذجي حول تسوية المنازعات أم الضرورة تقضي بعث مشروع يكون ناتج عن تعاون بين القانونيين والتقنيين، ويتمثل في إيجاد حاجز تقني يحول دون القيام بأي عمل قانوني عبر الإنترنت إلا بعد اتفاق الطرفين حول اختيار أحد الحلول المقترحة عليهم على شاشة الموقع لحل النزاع الذي قد ينشأ بينهم، على أن يقع إيواء هذا الموقع الذي سيختص في عرض تقنيات حل النزاعات إلكترونيا، من قبل مؤسسة تابعة للأمم المتحدة.

### المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

أدى التزايد المستمر في حجم التجارة الإلكترونية إلى زيادة معدل المنازعات الناجمة عنها، مما استدعى البحث عن وسائل لتسوية تلك المنازعات بطريقة إلكترونية تتماشى مع طبيعة تلك المعاملات من حيث السرعة، ولكونها تتم عبر شبكات الاتصال الحديثة، فاللجوء إلى القضاء ليس طريقا مقبولا لفض المنازعات الإلكترونية. كما أن التحكيم العادي ليس طريقا سريعا بدرجة كافية. لذلك ظهر التحكيم الإلكتروني، أو ما يطلق عليه التحكيم على الخط ONLINE أو التحكيم الشبكي. والتحكيم هو أمر استثنائي، فلا يجوز لطرفي العقد الإلكتروني التمسك به إلا باتفاق صريح بينهما على اللجوء إلى أسلوب التحكيم التقليدي، أو الإلكتروني بدلا من اللجوء إلى المحاكم العادية.

كل ذلك يأتي بالنظر إلى الميزات العديدة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني، و ملائمته مع السرعة التي تتميز بها التجارة الإلكترونية، فضلا عن وجود شعور لدى الأطراف المتعاملين في السوق الإلكتروني بضرورة عرض منازعاتهم أمام التحكيم الإلكتروني لتحقيق وحدة، وتجانس داخل هذا السوق.

لقد أعدت بعض المنظمات المعنية أنظمة خاصة بالتحكيم الإلكتروني لمواجهة خصوصية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، لاسيما أن الدول لم تتدخل بإصدار تشريعات، وإعداد اتفاقية دولية تضع حولا سريعة، وقواعد قانونية جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية، ومن هذه المنظمات: المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي أنشأت مركزا للتحكيم والوساطة خاصا بها لتقديم خدمات التحكيم والوساطة لتسوية المنازعات التجارية بين الأطراف، خاصة في مجال الملكية الفكرية<sup>1</sup>. كما قام مركز الأبحاث بقسم القانون العام بكلية الحقوق بجامعة منتريال بكندا في سبتمبر 1996 بطرح مشروع محاكم الافتراضية، وبعد مرور سنتين من العمل ظهر الإصدار الشرعي للمحكمة في 04 يوليو 1998، كما ظهر نظام القضاء الافتراضي في أمريكا عام 1996، كما وضعت المنظمة العالمية للملكية الفكرية نظام للتحكيم في المنازعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية لاسيما المتعلقة بأسماء الدومين، على أن تتم الإجراءات أمام لجان تحقيق إدارية تتضمن خبراء دوليين في مجال التجارة الإلكترونية، خاصة في الملكية الأدبية، وأسماء الدومين، ويمكن من خلال هذا النظام التغلب على العديد من الصعوبات، حيث يسمح النظام للأطراف بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق كما أنه يتضمن وحدة الجزاء رغم اختلاف الجنسيات.

بالإضافة إلى أن العديد من العقود التي تبرم في هذا المجال تتضمن شرطا ينص على اللجوء للتحكيم للفصل في المنازعات التي تحدث في المستقبل مثل العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التاجر والمستهلك الذي أعد من طرف التجارة الدولية بباريس.

<sup>1</sup> - موقع مركز تحكيم الويب: <http://www.arbiter.wipo.int>

وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين سنتطرق في الفرع الأول إلى التحكيم الإلكتروني وكل ما يحتويه من اجراءات ،أما الفرع الثاني فسنعرض فيه إلى التحكيم وفقا لقواعد الاستهلاك الدولية من وجهة نظر المشرع المغربي، على أن نتناول في الفرع الثالث طرق إنقضاء عقد التأمين.

### الفرع الأول:التحكيم الإلكتروني ضمن عقود تكنولوجيا المعلومات

#### أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني ومميزاته:

بعد شيوع استخدام التقنيات والمعلومات والاتصالات في انجاز الأعمال الإلكترونية، وإبرام العقود وتنفيذها عبر شبكة الإنترنت، اتجه التفكير إلى استخدام نفس التقنيات الإلكترونية لتسوية ما قد ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات، بمعنى أن إجراءاتها تجري عبر الوسائل الإلكترونية دون الحاجة لتواجد أطراف المنازعة في مكان واحد، وهذا الوضع الجديد يقتضي تطوير نظام قانوني ملائم وموازن يحكم هذه العملية.

ومع أن التحكيم التقليدي المتعارف عليه دوليا في حل منازعات التجارة الدولية سريع، وغير مكلف ماديا بالنسبة للأطراف، إلا أن هذا التحكيم يبقى لمعاملات التجارة الإلكترونية بطيئا ومكلفا، وذلك بسبب ضالة المبالغ المادية، أو تعويض المطالب به في غالب الأحيان، مما قد يؤدي إلى البطء، وتقاعس الأفراد والمستهلكين، وحتى التجار عن المطالبة بحقوقهم، إضافة إلى ما يتطلبه من تبادل مادي من البيانات والطلبات والدفع من الأطراف، والاستماع للشهود وغير ذلك من الأمور.

#### أ-تعريف التحكيم الإلكتروني:

التحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين لتسوية خارج المحكمة المختصة، ومهما اختلفنا أو اتفقنا حول التعريف الأمثل للتحكيم التجاري الذي يختص بمنازعات التجارة الدولية، والذي ظهر استجابة لمتطلبات هذه التجارة، وتحقيق العدالة والسرعة، وتقليل التكاليف على أطراف التحكيم، وعدم قطع العلاقات التجارية بينهم<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص.44.

إلا أن ما يهمنا في هذا المجال هو ظهور نوع خاص، ومستقل بشكل كبير عما جرى العمل به، والمتعارف عليه بالتحكيم التقليدي، وهذا الشكل من أشكال التحكيم أصبح يعرف بالتحكيم الإلكتروني، الذي يمكن أن يحكم إضافة إلى الأعمال الإلكترونية- التي نشأ بسبب حاجة الأعمال لمثل هذا التحكيم- العلاقات التجارية الدولية الخاصة ذات الطابع التقليدي.

ولا يختلف تعريف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الوسيلة التي تتم بها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فلا وجود للورق، و الكتابة التقليدية، أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم، حتى الأحكام فقد يحصل عليها الأطراف موقعة وجاهزة بطريقة الكترونية<sup>1</sup>، وقد عرفه البعض بأنه: علمية إدارية يتفق الأطراف بواسطتها على إحالة النزاع إلى شخص ثالث محايد يسمى المحكم، و يتم اختياره من قبل أطراف مباشرة، أو بواسطة جهة أخرى يوكل الأطراف إليه هذه المهمة ليقوم بحل النزاع بينهم بحكم ملزم لهم.

فالتحكيم نظام قضائي يختار فيه الأطراف قضائهم و يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب. بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي، و التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم، بإنزال حكم القانون عليها و إصدار قرار ملزم بشأنها<sup>2</sup>.

### ب- نشأة التحكيم الإلكتروني:

أسهم انتشار وسائل الاتصال الحديثة، و استخدامها في إبرام العقود الدولية إلى ظهور ما يسمى بالتحكيم الإلكتروني.

و التحكيم الإلكتروني كما أشرنا سابقا لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث أن إجراءاته تتم إلكترونيا على شبكة الإنترنت ابتداء من ملء نموذج خاص بقبول التحكيم عبر الشبكة؛ مروراً

<sup>1</sup> - محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية 2008، ص 91.

<sup>2</sup> - فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 731 وما بعدها.

بتبادل الرسائل، و المستندات الإلكترونية، وتعيين المحكمين و السماع الخبراء و الشهود، إلى غاية صدور قرار التحكيم.

وإذا كان التحكيم بصورته التقليدية دائما هو الأبرز من بين الوسائل البديلة لحسم منازعة ما، فإن الأمر يتغير عندما تطور شكل هذه الوسائل، و اتخذت صورة إلكترونية؛ حيث أصبح التحكيم الآلية الأكثر قبولا من بينها لتحقيق هذا الغرض<sup>1</sup>.

و هذا ما دفع ببعض المنظمات، و الجمعيات الدولية إلى تطوير النظام القاضي الافتراضي، و هو جزء من المنظومة أكبر، و يقصد بذلك المحكمة الإلكترونية Cyber Tribunal التي تقدم خدمات الوساطة، و التحكيم عبر وسائل الإلكترونية<sup>2</sup>.

و هكذا ظهر التحكيم الإلكتروني كواحد من أنجع الطرق البديلة لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

### ج- مميزات التحكيم الإلكتروني:

بالإضافة إلى ما يقدمه التحكيم التقليدي من مميزات لفض المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية فإن التحكيم الإلكتروني له مزايا أخرى أهمها:

1- توفير نفقات السفر بالنسبة الأطراف التحكيم، والشهود و الخبراء؛ حيث إن هؤلاء غير ملزمين بالانتقال إلى مكان التحكيم الذي يكون بعيدا غالبا عن محل إقامتهم.

2- السرعة في إصدار حكم التحكيم، و ذلك لسهولة و سرعة تقديم الأوراق، و المستندات المطلوبة وذلك باللجوء إلى استخدام البريد الإلكتروني بدل البريد التقليدي الذي يحتاج إلى وقت أطول بكثير، حيث قامت بعض المؤسسات بإنشاء محكمة التحكيم الإلكتروني بجامعة مونتريال بكندا، و كذلك المحكمة الإلكترونية التابعة للويبو<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - من بين الطرق البديلة لفض المنازعات أيضا التفاوض والوساطة والتوفيق بصورة إلكترونية.

<sup>2</sup> - The international demenisions of cyberspace law UNESCO publishing 2000.p35.

<sup>3</sup> - فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقود الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة 2002، بيروت، ص31، وما بعدها.



3- عدم الاشتراط في المحكم الذي يعين الفصل في النزاع أن يكون من القانونين، لعب دورا هاما في انتشار التحكيم الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية، و ذلك لأن المنازعات الناشئة في هذا المجال غالبا ما ترتبط بأمور تقنية بالغة الدقة يصعب على أهل القانون فهم تفاصيلها.

4- إحاطة معاملات المتعاملين في مجال التجارة بوجه عام، و التجارة الإلكترونية بوجه خاص بقدر كبير من السرية لما قد يؤدي الإفصاح عن هذه المعاملات، من إلحاق خسائر فادحة بهم، و في سبيل ذلك يدرجون من شروط ما يهدف إلى تشديد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات<sup>1</sup>، ذلك لأن استخدام الوسائل الفنية في إدارة التحكيم الإلكتروني من شأنها أن تجعل الوصول للمعلومات، والبيانات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، والنزاعات ذات العلاقة أمرا شبه مستحيل، وتقضي على حالات الإهمال المادي التي قد تؤدي إلى الكشف عن مضمون بعض الأحكام الخاصة بالنزاع<sup>2</sup>.

5- يعتبر التحكيم الإلكتروني هو الأكثر ملائمة لتحقيق العدالة في منازعات التجارة الإلكترونية خاصة، وأن القوانين الوطنية تبدو غير مواكبة لهذا النوع من المنازعات.

6- يراعى في التحكيم الإلكتروني مجموعة من المبادئ، والأسس تضمن السير الحسن لإجراءات التحكيم،

والعملية التحكيمية<sup>3</sup>، وتمثل في:

#### - مبدأ المواجهة:

يعد هذا المبدأ أمرا جوهريا يتعين على المحكمة احترامه باعتباره ضمانا أولية للوصول إلى حكم عادل، وفي ضوء المرونة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني، فإن للأطراف الحرية في اختيار الشكل الذي يرونه مناسباً لتوجيه الدعوة، والتكليف بالحضور، حيث نصت غالبية التشريعات الخاصة

<sup>1</sup> - محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 13 و 14.

<sup>2</sup> - بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص. 111.

<sup>3</sup> - نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه حقوق، عين الشمس، 2008، ص. 299.

بالتحكيم على المستويين الدولي، والوطني على أن يكون التبليغ أو إعلام المطلوب إبلاغه بواسطة البريد الإلكتروني، أو أي وسيلة اتصال أخرى تعطي إثباتا على إرسالها<sup>1</sup>.

#### - مبدأ الاستمرارية:

إن ضمان مبدأ الاستمرارية هو أمر ضروري، ومرتكز أساسي تقوم عليه عملية التحكيم، ولا يتصور أن يحقق التحكيم النتائج المرجوة منه إذا ما كان هناك مساس بهذا المبدأ، فالتحكيم الإلكتروني يستجيب لتحقيق الهدف من مبدأ الاستمرارية، وهو سرعة الفصل في النزاع بشكل أوضح مما هو عليه في التحكيم التقليدي<sup>2</sup>.

#### - مبدأ المساواة:

ويقوم هذا المبدأ على أساس تساوي مراكز الأطراف أمام هيئة التحكيم بخصوص إجراءات نظر النزاع الخاص بهم، والمساواة بهذا المفهوم يمكن أن تتحقق في مجال التحكيم الإلكتروني، وهذا يفترض إمام أطراف المنازعة بشكل كاف بكيفية التعامل مع الأجهزة الإلكترونية.

#### ثانيا: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني:

تتم إجراءات التحكيم بطريقة إلكترونية على موقع المركز الإلكتروني، ويتم خلال هذه الإجراءات تخزين البيانات، والمستندات، والوثائق المتعلقة بالقضية، وعندما يتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم لتسوية ما قد يثور بينهم من خلافات، فمن المؤلف أن يضمنوا عقدهم بندا يشيرون فيه إلى اتجاه إرادتهم إلى حل نزاعهم من خلال التحكيم، ويسمى هذا الشرط بشرط التحكيم، وقد يتم إبرام هذا الاتفاق في عقد مستقل عن العقد الأصلي، وقد يكون سابقا، أو لاحقا لنشوب النزاع فضلا عن أن اتفاق التحكيم يتضمن العديد من التفاصيل التي لا يمكن أن يشملها شرط التحكيم.

<sup>1</sup> - المادة 4 فقرة 1 من النظام محكمة لندن للتحكيم التجاري.

<sup>2</sup> - بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص. 31.

و نظرا للأهمية العلمية التي يقوم بها التحكيم الإلكتروني في فض منازعات التجارة الإلكترونية بشكل عام، فإنه يجب على نظامه القانوني أن يراعي متطلبات المعاهدات، و الاتفاقية الدولية المبرمة في مجال التحكيم، و في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، و مراعاة النظم القانونية الداخلية في الدول التي ينتمي لها الأفراد، لأن معظم الأحكام يصدرها المحكمون ستنفذ في إطار الدولة أحد أطراف النزاع، و هذه الأحكام ليست من نوع الذي تطبقه المراكز، و المحاكم الافتراضية مباشرة بل يستلزم إصدار الأمر بتنفيذه في إطار القوانين الداخلية المنظمة.

ومن أجل ذلك فإن متطلبات الشكل، والموضوع في التحكيم الافتراضي، والمنصوص عليها في القوانين، والاتفاقيات الدولية يجب أن تراعى عند نظر كل منازعة ابتداء من اتفاق التحكيم، وحتى تنفيذ حكم التحكيم، وبذلك فإننا نبحث الإطار الذي يجب مراعاته في التحكيم الإلكتروني كالاتي:

#### أ- إبرام الاتفاق:

يجب على الأطراف المتعاقدة الاتفاق على التحكيم لحل ما قد ينشئ بينهم من منازعات، وقد نصت المادة (10) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أن:

1- اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهم. بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية، أو غير عقدية.

2- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع، سواء كان مستقلا، أو ورد في عقد معين بشأن كل، أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين..... إلخ.

ولا يختلف تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني عن ذلك، إلا من حيث أنه يتم عبر وسائط إلكترونية، وشبكات اتصال مثل شبكة الإنترنت، ودون حاجة إلى الوجود المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد، وإذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم بأكمله، أو في بعض مراحل إلكترونيا، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في الوجود المادي لأطراف العملية التحكيمية، ولا يوجد في نظام التحكيم الإلكتروني مكان

تحكيم حقيقي، بل يحددها هذا المكان مجازاً أو افتراضياً، ولا يلتقي فيه الأطراف أو المحكمون، بل يتم ذلك على الخط عبر شبكة الاتصال الإلكتروني، وهو ما يثير مشكلة المكان، والوقت الذي يعتبر حكم التحكيم قد صدر فيهما، ولذلك يلجأ أطراف التحكيم في مرحلة التفاوض على الاتفاق مسبقاً على تحديد مكان، وزمان صدور الحكم.

ومن المسائل التي يتم بضاؤها التحكيم الإلكتروني على سبيل المثال لا الحصر المنازعات الناجمة عن الإخلال ببنود العقود الإلكترونية، وحقوق والتزامات كل طرف، ومسؤولية مزودي خدمة الإنترنت، ونزاعات أسماء النطاق، وحقوق النشر، والمشاكل الناتجة عن عمليات السداد الإلكتروني.

وإزاء أهمية التحكيم الإلكتروني اهتمت المنظمات، والدول بإصدار قوانين تتيح للأطراف اللجوء إليه عبر شبكة الإنترنت، فمثلاً نجد الاتحاد الأوروبي نص في المادة (17) من التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة 2000، والمسمى بتوجيه التجارة الإلكترونية على السماح لدول الأعضاء في حالة وجود نزاع بين مقدمي خدمة المعلومات، والمتعاملين معهم بتسوية هذه الخلافات خارج المحاكم باستخدام الوسائل الإلكترونية. كما نصت المادة (7) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة في 21 يونيو 1985 على أن اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يجيلا التحكيم جميع، أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت، أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت، أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أو في صورة اتفاق منفصل<sup>1</sup>.

ويتضح من هذه النصوص انه عندما يتفق الأطراف على اللجوء للتحكيم لتسوية ما يثور بينهم من خلافات فمن المؤلف أن يتضمن العقد بندا يشير فيه إلى اتجاه إرادتهم إلى حل منازعاتهم من خلال التحكيم، ويسمى هذا شرط التحكيم، أو يقوم الأطراف بإبرام عقد مستقل بالإضافة إلى العقد

<sup>1</sup> - [www.unictral.org/unictral/ar/unictral-textes-ration/1985mode/arbitration](http://www.unictral.org/unictral/ar/unictral-textes-ration/1985mode/arbitration).

الأصلي الذي أبرموه يسمى اتفاق التحكيم ، أو مشاركة التحكيم إذا أبرم الاتفاق بعد نشوب النزاع، مما يعني أن هناك صورتين لاتفاق التحكيم هما:

### ب- شرط التحكيم:

ويقصد 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 الأصلي. وعادة ما يرد الشرط بصيغة مقتضبة تتضمن فقط الإحالة للتحكيم، كقول مثلا أن أي خلاف أو نزاع بين طرفي العقد يحال إلى التحكيم، وقد يتوسع الأطراف في ذلك فيضيفون أحكاما أخرى لشرط التحكيم مثل: مكان التحكيم، ولغة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على النزاع، وصفات، ومؤهلات كل، أو بعض الأشخاص الذين سيعينون محكمين في هيئة التحكيم<sup>1</sup>.

وإذا كان التحكيم مؤسسيا فقد جرت العادة أن تضع مؤسسة التحكيم المعينة صيغة ينصح الأطراف بإدراجها في عقدهم إذا رغبوا بإحالة نزاعهم إلى تلك المؤسسة، وفي هذه الحالة تتبع قواعد المؤسسة في إجراءات، وإدارة التحكيم بما في ذلك تعيين المحكمين.

### ج- مشاركة التحكيم:

فيقصد بها الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد الأصلي بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد، ويحيلان بموجبه نزاعهما إلى التحكيم، ففي هذه الحالة لا يرد الاتفاق إلى التحكيم في صيغة شرط التحكيم بالمفهوم المذكور سابقا، وإنما بصيغة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، وعلى غرار شرط التحكيم<sup>2</sup>، ويتضح مما سبق أن مشاركة التحكيم هي اتفاق علاقة قانونية ما على تسوية ما ثار بينهم من منازعات بشأن هذه العلاقة بواسطة التحكيم.

<sup>1</sup> - محمود مختار بريري، مرجع السابق، ص 73 وما بعدها.

<sup>2</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008، ص. 276.

فلا يتم الاتفاق على مشاركة التحكيم إلا بعد نشوء نزاع، ووقوع خلاف بين أطراف العلاقة القانونية، ولا يتم اللجوء على مشاركة التحكيم إلا إذا خلا العقد من شرط، أو بند التحكيم. وتقترب مشاركة التحكيم من عريضة الدعوى حيث يجب أن تتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف، حيث شرع المشرع المصري على ضرورة تحديد المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلا، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة (1012)<sup>1</sup> حيث أوجب تحديد موضوع النزاع، وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم في مشاركة التحكيم، وإلا كانت باطلة، وهذا عكس شرط التحكيم الذي لا يحدد موضوع النزاع كونه لم ينشأ بعد. تحرر مشاركة التحكيم في مستند مستقل عن العقد الأصلي حيث أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب نزاع، وليس عند إبرام العقد الأصلي الذي يقوم بشأنه النزاع.

#### د - شكل اتفاق التحكيم:

إن نقطة الاختلاف بين التحكيم الإلكتروني، والتحكيم العادي في اتفاق التحكيم هي مشروعية اتفاق التحكيم المبرم إلكترونيا، خاصة وأن معظم القوانين تتطلب الكتابة في اتفاق التحكيم، وهذا غير موجود لاسيما في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية التي تتم بشكل كامل في نطاق العالم الافتراضي، وليس فيها أي كتابة على دعامة مادية بل تكون بشكل إلكتروني فقط. وقد تناولت كثير من القوانين تنظيم مسائل التحكيم كبطلان الاتفاق في حالة عدم الكتابة مثل المادة (12) من قانون التحكيم المصري، والمادة (1012) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. فهل يستوفي اتفاق التحكيم الإلكتروني الموجود في شكل الكتابة الإلكترونية هذا الشرط الذي يترتب عليه البطلان؟

<sup>1</sup> - نص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 10 على أنه "...وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا". ونص المشرع الجزائري في المادة 1012 على أنه: "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع....".

ذهب رأي<sup>1</sup> إلى عدم إمكانية امتداد التعبير الموجود في القوانين الوطنية، والاتفاقيات الدولية التي لم تنص على جواز، وصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني، ويبرز هؤلاء رأيهم على أساس أن العديد من المعاهدات، والاتفاقيات بشأن التجارة الدولية وجدت قبل ظهور الوسائل الإلكترونية، ولم تأخذ في الاعتبار عند إبرامها، وتنظيم بنودها واقعيًا هذه الوسائل لكي تعتبر أسلوبًا مكتوبًا به قانونًا، وهذا الأمر ينطبق على القوانين التي أعدت، ولم تنص على الوسائل الإلكترونية في كتابة اتفاق التحكيم، والاعتراف بها، وذلة مثل اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية، وتنفيذها، وخاصة ما نصت عليه المادة 3/6 بأن "يشمل اصطلاح اتفاق مكتوب، أي شرط تحكيم يرد في العقد، أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين وارد في رسائل، أو برقيات متبادلة"، ومثل المادة (12) من قانون التحكيم المصري<sup>2</sup> وكذلك المادة (2/7) القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام 1985<sup>3</sup>، وكذلك نص المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري<sup>4</sup>.

بينما نرى أن الكتابة الإلكترونية تحقق شرط الكتابة الموجودة في المعاهدات الدولية، والقوانين الدولية ذات الاختصاص بالتحكيم، وحجتنا في ذلك أنه:

**1- ففي الدول التي تعترف بالوسائل الإلكترونية (الإنترنت) كوسيلة لإبرام العقود ضمن الشروط التي اعترفت بها القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية، والمعاملات الإلكترونية، فإن هذه القوانين تعترف تمامًا باتفاق التحكيم الذي تتم كتابته بالبريد الإلكتروني، أو عن طريق تبادل المعلومات، وتدوينها على الموقع الإلكتروني لمركز التحكيم بإرسال البيانات للمركز إلكترونيًا عبر صفحة على الموقع تكون مخصصة لملء البيانات، والعنوان وما شابه ذلك، لأن الاعتراف في هذه القوانين بصحة العقود يتضمن تبعًا لذلك الاعتراف بالاتفاق على التحكيم، سواء جاء في صورة شرط تحكيم أو**

<sup>1</sup> - أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 223.

<sup>2</sup> - تنص المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 سنة 1994 يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان باطلاً.

<sup>3</sup> - تنص المادة 2/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا.....".

<sup>4</sup> - تنص المادة 1012 في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 9 لسنة 2008 على أنه " يحصل الاتفاق على ذلك كتابيًا...".

مشاركة تحكيم، ما دام يتم فيه مراعاة الشكل والشروط المطلوبة وفقا للقوانين التي تنظم العقد الإلكتروني، وتتوافر فيها الشروط اللازمة لصحة، وحجية الإثبات بالكتابة الإلكترونية.

2- أصدرت الأمم المتحدة عن طريق لجنة الأونسيترال الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية<sup>1</sup>، وهذه الاتفاقية تعتبر مرجعا مهما لما تتضمنه من أحكام، خاصة وأنها في المادة 20 نصت صراحة، ومن غير لبس على مساواة الكتابة والرسائل الإلكترونية بالكتابة العادية، وإعطائها نفس الحجية في الإثبات في العقود الدولية، ويتجلى ذلك صراحة في نص المادة 2/9، والتي تنص على أنه "حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد الكتابي، ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الإلكتروني، إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسرا على نحو يتيح استخدامها، والرجوع إليها لاحقا".

وأهم ما في هذه الاتفاقية ما جاءت به المادة (20) والتي اعترفت بالخطابات الإلكترونية المتبادلة في العقود الدولية، والتي تخضع لاتفاقيات، ومعاهدات دولية حددتها في الفقرة (1) ومنها اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية، وتنفيذها لعام 1958، وبذلك جنبت هذه الاتفاقية عدم النص على الكتابة الإلكترونية مع الكتابة العادية المتبادلة في رسائل إلكترونية، أو عقد موقع عليه حيث أنها اعترفت بالتوقيع الإلكتروني في المادة 3/9.

### ● مضمون اتفاق التحكيم الإلكتروني:

ترك بعض مسائل التحكيم لحرية اختيار الأطراف، فيقومون بتحديدتها في اتفاقهم بيد أن مسألتين منها تكون من الأهمية بمكان بحيث يمكن أن تؤثر على إجراء التحكيم، الأولى مسألة تحديد قواعد القانون الواجب التطبيق، والثانية تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، ونبحث هاتين المسألتين بالتعاقب كل في عنصر مستقل كآتي:

<sup>1</sup> - نصوص هذه الاتفاقية موجودة على موقع الجمعية العربية لقانون الإنترنت، [www.cyberlawnet.net](http://www.cyberlawnet.net)، ص 184.



### • القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني:

مع مراعاة النصوص الوطنية، ونصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة للنظام العام، فإن لأطراف اتفاق التحكيم كل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ بينهم، ومن المقرر أن هذه الأطراف يمكنهم تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما يمكنهم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، ونبحث هذين الأمرين بالتعاقب في ما يلي:

#### 1- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني:

تبدو أهمية اختيار القانون - أو لائحة التحكيم الواجبة التطبيق على الإجراءات - في الأثر المترتب على ذلك الاختيار، من حيث تحديد نظام إدارة الإثبات، والوسائل الفنية التي تسمح بتأكيد احترام مبادئ السرية، والمواجهة بين الخصوم، وحقوق الدفاع، وتنظيم المداولات، والاجتماعات الإلكترونية<sup>1</sup>. ويتمتع الأطراف في هذا الصدد بجرية كاملة بحيث يمكنهم اختيار القانون الذي يحكم تلك الإجراءات في اتفاق التحكيم، كما يمكنهم الخضوع للوائح إحدى هيئات التحكيم، ويمكنهم أخيراً تعيين قانون وطني باعتباره القانون الواجب التطبيق، وفي هذا الصدد أوردت اتفاقية نيويورك الموقعة سنة 1958 والخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها قاعدة تنازع غير مباشرة *une regle de conflit indirect*<sup>2</sup> في المادة (5/1/5) التي نصت على أنه لا يجوز رفض الاعتراف، وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ، الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم يخالف ما اتفق عليه الأطراف، أو تخالف قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - حازم جمعة اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة. المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية. دبي. الإمارات العربية المتحدة 11-26 أبريل 2003. ص.71. وما بعدها.

<sup>2</sup> - حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر 2005. ص. 35 وما بعدها.

<sup>3</sup> - راجع نصوص هذه الاتفاقية باللغة الفرنسية في: JCDI.arbitrage commercial international,

textes,1994 :fax588

وهكذا يتعين على الأطراف الراغبين في إجراء التحكيم الإلكتروني مراعاة أن القانون، أو لائحة التحكيم التي تم اختيارها للتطبيق تسمح بمثل هذا النوع من التحكيم. ولم تعد ثمة صعوبات في ظل وجود لوائح تحكيم تنص على إتباع إجراءات إلكترونية، من ذلك لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية <sup>1</sup> cybertribunal كذلك لائحة تحكيم المنظمة العالمية للملكية الذهنية OMPI، ونظمها لحل المنازعات الخاصة بأسماء حقول الإنترنت، وكذلك ما قررته هيئة التحكيم الأمريكية من إجراءات تحكيمية لحل المنازعات التي تقع بين مشغلي الأنظمة، ومستخدمي الخدمات الإلكترونية التي يدعون أنهم ضحايا لرسائل غير مشروعة.

وتبدو المسألة أكثر دقة في الفرض الذي يخضع فيه أطراف التحكيم للائحة غرفة التجارة الدولية C.C.I، أو القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985، حيث لم تواجه اللائحة، ولا ذلك القانون التقنيات الإلكترونية كما لم يستبعدها، إذ يمكن اعتبارهما قد تركا حيزا واسعا لإرادة الأطراف، فأرادتهما تعطي حرية إلى الوصول إلى استعمال تلك الدعامات المعلوماتية، وغاية ما هنالك أن أي منهما لا يفرض إتباع وسائل اتصال إلكترونية دون أن يكون هناك قبول واضح لها، وبعبارة أخرى ليس هناك تعارض ظاهرا بين بعض تلك النصوص، وخصوصية التحكيم الإلكتروني<sup>2</sup>.

ومهما يكن من أمر فإنه إزاء عدم إشارة النص إلى التحكيم الإلكتروني فإنه يتعين على الأطراف أن يحددوا في اتفاقهم التحكيمي الاشرطات الفنية، فيمكنهم على سبيل المثال أن يجرروا اتفاقا بشأن الإثبات لتجنب المنازعات اللاحقة، وبالنسبة لاتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والاعتراف بها والموقعة سنة 1958 فإنها قد تركت كامل الحرية لأطراف الاتفاق لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

<sup>1</sup> - والموجودة عبر الموقع الإلكتروني [www.cybertribunal.org](http://www.cybertribunal.org) السالف الإشارة إليه.

<sup>2</sup> - حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص. 360.

ومن ثم، فقانون مكان التحكيم لا ينطبق إلا بطريقة احتياطية بعد قانون الإرادة، ومع ذلك فإن القانون الأول (قانون مقرر التحكيم) يستعيد نفوذه، ويكون واجب التطبيق لحكم صحة الاتفاق التحكيمي وفقا للمادة 1/5 من تلك الاتفاقية، لاسيما فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، أو بمجموع الإجراءات التحكيمية، ذلك أنه وفقا للمادة السالفة، لن يتم تنفيذ حكم التحكيم الصادر في الخارج إذا كان تشكيل هيئة التحكيم، أو إجراءات التحكيم مخالفا لما اتفق عليه الأطراف، أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم، في حالة عدم الاتفاق، ويرجع ذلك إلى أنه يتم في التحكيم العادي يمكن تحديد مكان مادي حيث يجتمع المحكمون.

والحال على خلاف ذلك بصدد التحكيم الإلكتروني حيث تبدو صعوبة توطين مثل هذا النوع من التحكيم، ولذلك فقد تم طرح العديد من الحلول لتحديد مكان التحكيم<sup>1</sup>. فقد يقال بأن المسألة تحل بالرجوع إلى المكان الذي يوجد فيه المحكم، وهو ما يعني تطبيق قانون المحكم.

بيد أن ذلك الحل يبدو أقل إقناعا عندما نكون بصدد تحكيم إلكتروني فيثور التساؤل: هل يجب الإعتداد بمكان وجود المحكم في بداية الإجراء؟ أو الإعتداد بقانون موطنه؟ أو محل إقامته؟ وتتعقد الأمور عندما نكون أمام هيئة تحكيم ثلاثية، ولسنا أمام محكم واحد. وقد يقال بجل المسألة بالرجوع إلى قانون مكان مقدم الخدمة، وهذا الحل يتركز على التوطين الجغرافي، لمقدم الخدمة، والواقع أن هذا الإسناد يبدو مصطنعا عند تعدد مقدمي خدمة الانتفاع بالإجراء التحكيمي إذا كان كل منهم مقيما في دولة مختلفة.

وهناك حل آخر للمشكلة يفضل نظرية التحكيم غير التوطيني التي توجب الاعتراف للتحكيم الإلكتروني بالطابع غير التوطيني، أو غير الوطني، وهو ما يعني عدم إسناد هذا النوع من التحكيم إلى قانون مكان التحكيم.

<sup>1</sup> - حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص. 37.

ويصعب قبول ذلك الحل بالنسبة للمحاكم الوطنية، كما أنه لا يتوافق مع أحكام اتفاقية نيويورك، والحل الأقرب إلى الإقناع هو ترك الحرية الكاملة للأطراف في تحديد مكان وهمي للتحكيم، ولعل ذلك يتفق مع عدم وجود مقر مادي للمحاكم الإلكترونية التي تتولى إدارة هذا النوع من التحكيم، فالمحكمة الإلكترونية التي تعبر عن التجربة الكندية في هذا المجال ليس لها موقع جغرافي في إقليم دولة معينة.

ويتوافق ذلك أيضا مع نص المادة 1/14 من لائحة غرفة التجارة الدولية التي أوكلت للمحكمة مهمة تحديد مكان التحكيم، بشرط أن لا يكون الأطراف قد حددوه، كما يتفق كذلك مع نص المادة 1/20 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي الصادر لسنة 1985 على أن يكون الأطراف أحرارا في تحديد مكان التحكيم، وعند انتفاء اتفاقهم تتولى هيئة التحكيم تحديده على أن تأخذ في الاعتبار ظروف القضية، وبما في ذلك مواعدهم للأطراف.

والجدير بالملاحظة أن اللوائح التي تحكم التحكيم الإلكتروني لا تتضمن حلا لتلك المشكلة سواء في ذلك لائحة المحكمة الإلكترونية cybertribunal، أو لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI، وحتى بالنسبة للأخيرة، فإن قواعد التحكيم الخاصة بأسماء حقول الإنترنت أمام لجان المنازعات الإدارية CCA لا تتصدى لمسألة مكان التحكيم<sup>1</sup>.

## 2- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني:

يتمتع أطراف اتفاق التحكيم بنفس الحرية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الاتفاق، حيث تؤكد ذلك المادة 1/17 من لائحة غرفة التجارة الدولية المعدلة والسارية اعتبارا من يناير سنة 1988، والتي تقرر أن "الأطراف أحرار في اختيار قواعد القانون التي يجب على المحكمة التحكيمية تطبيقها على موضوع النزاع".

<sup>1</sup>- نفس المرجع، ص.38.

والحل السابق تقررته اتفاقية جنيف لسنة 1927 والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة لسنة 1961 في المادة 1/7 منها، وكذا القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985 في المادة 1/28 منه<sup>1</sup>. وينبغي ألا يغرب عن البال أن مصطلح قواعد القانون الواردة في تلك النصوص لا تعني فقط القانون الوطني لأية دولة، ولكنها تعني كذلك كل القواعد التي ليست ذات أصل تشريعي وطني، وبصفة خاصة قواعد قانون التجارة الدولي *lex mercatoria*.

### \* حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق:

تقرر النصوص السابقة أنه عند انتقاء قانون الأطراف للقواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، يرجع إلى المحكم لتحديد تلك القواعد، ويتعين على المحكم أن يختار قواعد القانون الذي يحكم بملاءمتها حسب المادة 1/17 من لائحة المحكمة الإلكترونية، التي توجب تطبيق القانون الوطني الذي يرتبط به النزاع بالروابط الأكثر وثوقا.

### \* مراعاة أحكام النظام العام:

وفي جميع الأحوال سواء كان القانون الذي يحكم موضوع الاتفاق مختارا من جانب الأطراف، أو من جانب محكمة التحكيم بتعين مراعاة قوانين البوليس، والنصوص المتعلقة بالنظام العام<sup>2</sup>. وفي ذلك تقرر المادة 2/5 من اتفاقية نيويورك الموقعة لسنة 1958 والخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والاعتراف بها على أن الاعتراف بحكم التحكيم، وتنفيذه يمكن أن يكون مرفوضا إذا كان ذلك الحكم مخالفا للنظام العام في البلد الذي يتم التمسك فيه بالحكم. وهذا القيد الوارد على حرية الأطراف في اختيار قواعد القانون الواجب التطبيق يتعين إعماله أيضا في حالة التحكيم الإلكتروني.

<sup>1</sup> - حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص.39.

<sup>2</sup> - Huet(j) , le droit applicable dans les réseaux numérique ; j.d.2002.p.744.

كما تورد المادة 3/17 من لائحة المحكمة الإلكترونية قيوداً على القانون المختار لصالح تطبيق قانون موطن المستهلك، وهو أيضاً قيد يتعين تطبيقه في مجال التحكيم الإلكتروني إذا كان أحد الأطراف مستهلكاً.

#### \*مراعاة المبادئ العامة للتحكيم:

وفشلاً عما تقدم نلاحظ أن لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية في صياغتها الأساسية، ودون أن تكرر صراحة اصطلاح النظام العام، تفرض على المحكم الالتزام باحترام المبادئ العامة للتحكيم، ومنها مبدأ المواجهة بين الأطراف، ومبدأ السرية، ومبدأ المساواة بين الأطراف<sup>1</sup>.

وفي واقع الأمر فإن أحد الفروض الأساسية التي يتم التمسك فيها بالنظام العام الدولي يتعلق بمخالفة القواعد الأساسية لإجراءات التحكيم، أي مخالفة مبدأ المواجهة، وعدم احترام حقوق الدفاع وغيرها، وما دام الحال كذلك، فإن احترام المادة الأساسية للتحكيم يكون متطلباً من باب أولى بمناسبة إجراء التحكيم الإلكتروني.

وفضلاً عن ذلك فإن مخاطر تمسك أحد الأطراف بمخالفة النظام العام لاستبعاد تنفيذ الحكم، أو تجريدته من آثاره، تتعاضد في حالة التحكيم الإلكتروني مقارنة بالتحكيم العادي.

#### \*مراعاة عادات التجارة الدولية:

يلزم المحكمون باحترام نوع آخر من القواعد، يتمثل في عادات التجارة الدولية، حيث تنص المادة 2/17 من لائحة غرفة التجارة الدولية على أنه في جميع الأحوال تأخذ محكمة التحكيم في اعتبارها نصوص العقد، وعادات التجارة الملائمة، وهو نفس ما جاء به نص المادة 2/17 من لائحة المحكمة الإلكترونية التي نصت على أنه يتعين على محكمة التحكيم في جميع الأحوال أن تأخذ بعين الاعتبار العقد، والعادات التجارية في مجال الإنترنت، وإن لم يحدد الأخير مفهوم العادات الجارية في هذا المجال الافتراضي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص. 97.

<sup>2</sup> - حسام الدين فتحي، نصف، المرجع السابق، ص. 41 وما بعدها.

**\*تعيين المحكمين في التحكيم الإلكتروني:**

من المسلم به أن إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم هي المرجع في شأن اختيار، وتشكيل هيئة التحكيم، بحيث إذا اتفق الأطراف على طريقة معينة لاختيار المحكمين، فإنه يتعين الالتزام بهذا الاتفاق، ويعبر عن ذلك بمبدأ سمو اتفاق التحكيم<sup>1</sup>.

وقد أخذ المشرع المصري بمبدأ ترك تسمية المحكمين لإرادة الأطراف، وهو في ذلك نهج مسلك كل من القانون الفرنسي، وقانون التحكيم النموذجي للأمم المتحدة، وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

فوفقاً لقواعد التحكيم التقليدي في قانون التحكيم المصري يتم تشكيل محكمة التحكيم باتفاق طرفي التحكيم (المادة 12)، والذي يشترط أن يكون عدد المحكمين وتراً إذا قرر تشكيل المحكمة من أكثر من محكم (2/15) فإذا لم يتفق الطرفان على عدد المحكمين تولت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أو محكمة استئناف القاهرة تعيينهم إذا كان التحكيم دولياً، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى، وذلك حسب نص (المادة 1/9).

أما في إطار التحكيم الإلكتروني فإن تسمية المحكمين تتم بمعرفة محكمة التحكيم، ومثال ذلك ما تقرره المادة (8) من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية، والتي تقر في فقرتها الأولى أن محكمة التحكيم يتم تشكيلها بتسمية محكم واحد، أو ثلاث محكمين، وذلك بمعرفة سكرتارية المحكمة، ويتولى هؤلاء مهمة تعيين محكم يتولى رئاسة المحكمة، فإذا تعذر عليهم ذلك تولت السكرتارية هذا الأمر، كما قضت المادة (3/8) بأنه تختص سكرتارية محكمة التحكيم بمنح كل محكم دليل الدخول، وكلمة المرور للدخول إلى موقع القضية.

وفيما يخص رد المحكم، فقد نص قانون التحكيم المصري على وضع عدة ضوابط لرد المحكم، حتى لا يتخذ الخصوم من الرد وسيلة لتعطيل التحكيم، كما أوضح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري عدة حالات لرد المحكمين في نص المادة 1016.

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.306.

حيث إن المشرع المصري نص في الفقرة الثانية من المادة (18) على أنه لا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه، أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبين بعد أن تم التعيين، كما نصت المادة 2/18 على أنه لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب رد المحكمة نفسه في ذات التحكيم، وذلك حرصاً على إبداء كافة الأسباب جملة واحدة لتكرار عملية الرد.

أما في إطار التحكيم الإلكتروني فإن طلب الرد يمكن أن يتم بإخطار بإخطار يرسل إلكترونيا عبر الإنترنت، وهو ما قرره المواد 3-23 من نظام تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo) بالنسبة لمنازعات اللجان الإدارية بشأن أسماء حقول الإنترنت.

كما نظمت المادة 10 من لائحة المحكمة الإلكترونية إجراءات رد المحكمين، وهذا الرد يجب أن يكون مؤسسا إما على عدم حيده المحكم، أو عدم استقلاليته، ويجب أن يقدم طلب الرد خلال 10 أيام من تاريخ تعيين المحكم، أو من تاريخ علم الطرف طالب الرد بالأسباب التي بني عليها طلب الرد<sup>1</sup>.

ولا يلتفت إلى طلب الرد الذي يقدم بعد فوات هذا الميعاد، وتفصل سكرتارية المحكمة في طلب الرد المقدم بقرار نهائي غير قابل للطعن.

### ثالثاً: إجراءات التحكيم الإلكتروني

بما أن الخصومة التحكيمية تمر بمرحلتين، وهما مرحلة نشوء النزاع، وبدأ الخصومة، ومرحلة إصدار الحكم الفاصل في النزاع، فكان لزاماً علينا في بحثنا هذا أن نتعرض لهاتين المرحلتين للوقوف على مدى إمكانية إتمام تلك الإجراءات في الشكل الإلكتروني.

#### المرحلة الأولى: إجراءات سير خصومة التحكيم الإلكتروني:

وتمر الخصومة التحكيمية بعدة مراحل وصولاً إلى صدور القرار سنعرض لها فيما يلي:

#### 1- طلب اللجوء إلى التحكيم:

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 38.



يتم التقدم إلى مركز التحكيم المعين عن طريق ملء النموذج المبين على موقع الإنترنت، والمعد سلفاً من قبل المركز، أو الجهة المعنية بالتحكيم، مبيناً فيه طبيعة الخلاف الناجم عن النزاع، وما قد يقترحه من حلول مناسبة إذ يجب أن تتضمن وثيقة التحكيم تعييناً لموضوع النزاع ضم تحديد ولاية المحكمين، ثم يقوم كل طرف بتحديد أسماء ممثليه في نظر النزاع، وتحديد وسيلة الاتصال بهم، وعمماً إذا كان عن طريق البريد الإلكتروني، أو الفاكس، أو التلكس، وإذ رغب الأطراف في مناقشة بعض المسائل، فإنه يتم اللقاء بينهم من خلال ما يسمى بغرفة المحاطبة، والحوار على الإنترنت، ويعقد في هذه الحالة مؤتمر عن بعد يسمى: (vidéo conférence) بين جميع الأطراف، يتم فيه مناقشة جوانب متعلقة بموضوع التحكيم، وكذا تحديد عدد المحكمين، واختيار طريقة الإجراءات التي يرغب في اتباعها خلال نظر النزاع، وكذلك تحديد مدة التحكيم<sup>1</sup>.

فقد نصت المادة الرابعة من نظام التحكيم في غرفة التجارة الدولية على أن طلب التحكيم يقدم إلى الأمانة العامة، ويبلغ المدعي عليه بوصول هذا الطلب، وتاريخ تقديمه. ويجوز الإبلاغ إما عن طريق البريد العادي، أو البريد الإلكتروني، ويجب تحديد شخصية المدعى عليه بشكل دقيق بالإضافة إلى تحديد موضوع النزاع الذي يرغب فيه الأطراف في إخضاعه للتحكيم، ويتطلب إعداد هذا الطلب عناية فائقة لأن تعديله يخضع للسلطة التقديرية للمحكم.

ولقد نصت المادة (1) من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية بباريس على أن يرسل الطلب للسكروتارية، ويخطر به المدعى عليه، كما تقوم أمانة المحكمة بإخطار المدعى عليه بالطلب إلكترونياً حيث تسمح المادة (6/3) من قواعد الغرفة بذلك، فبعد أن نصت على إجراءه بالبريد، أو الفاكس، وغيرها أضافت عبارة، وكل وسيلة للاتصال تثبت حدوثه، وتوضح القواعد المنظمة للمحكمة الافتراضية، وأن تقديم الطلب يكون من خلال ملء نموذج إلكتروني على موقع المحكمة،

<sup>1</sup> - محمد نور شحاتة، الوفاء الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الإلكترونية والمنعقدة بالمركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل - القاهرة يومي 19/18 مايو 2002، ص. 32.

ويختار كلمة مرور شخصية، وتقوم المحكمة بإرسال إفادة بالتسلم للمدعى، ويخطر المدعى عليه بالطلب خلال يومين من تقديمه<sup>1</sup>.

## 2- إنشاء موقع إلكتروني<sup>2</sup>:

يتم إنشاء موقع خاص بكل قضية لتسهيل إجراءات التحكيم، حيث تجمع أغلب الأنظمة القائمة في مجال حل المنازعات بطرق إلكترونية على ضرورة إنشاء موقع إلكتروني خاص بكل نزاع، ويتميز هذا الموقع بعدم استطاعة أي كان الدخول إليه، إلا أطراف اتفاق التحكيم، وذلك بموجب أرقام سرية، ويودع في داخل هذا الموقع طلب التحكيم، والمستندات، والإعلانات الخاصة بالتزاع محل اتفاق التحكيم<sup>3</sup>.

ويقابل هذا الموقع الإلكتروني الخاص الذي تقيمه الجهة التي تدير إجراءات التحكيم الإلكتروني، قلم كتاب المحكمة بالنسبة للقضايا التي تنظر أمام القضاء الوطني المختص، والهدف من إنشاء هذا الموقع الإلكتروني هو تسهيل إجراءات التحكيم، وتمكين أطراف خصومة التحكيم من إيداع، وتقديم ما يريدون إيداعه، أو تقديمه من طلبات ومستندات تحت تصرف هيئة التحكيم التي تتولى نظر النزاع<sup>4</sup>. كما يوفر هذا النظام إمكانية استلام المستندات في أي وقت يومياً حتى في أيام الإجازات، والعطل الرسمية طوال 24 ساعة، ومن أي مكان عبر شبكة الإنترنت.

## 3- تبادل الوثائق والطلبات:

إن تبادل المستندات، أدلة الإثبات بين الأطراف يساعد المحكم على الفصل في موضوع النزاع، ولم تذكر نصوص التحكيم العادي سوى الوثائق المكتوبة، نظراً لعدم ظهور الوثائق الإلكترونية بعد، ومع ذلك فإن نص المادة (2/3) من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية قد سمح بحدوث الاتصال بالمحكمة إلكترونياً، فبعد أن نصت هذه المادة على حدوث الاتصال بالبريد، أو من خلال

<sup>1</sup> - فيصل محمد محمد كامل عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، جامعة القاهرة، مصر، 2008، ص. 757.

<sup>2</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني - الدعوة الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، 2007، ص. 14.

<sup>3</sup> - خالد ممدوح إبراهيم التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 311.

<sup>4</sup> - سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص. 137.

التلغراف، أو التلكس أضافت، وكل وسيلة للاتصال تسمح بإثبات الرسالة مما يعني إمكانية حدوث الاتصال، وتبادل الوثائق إلكترونياً.

بالإضافة إلى أن الوثائق المنظمة للمحكمة الافتراضية نصت على أن الاتصال بالسكرتارية يكون بالبريد الإلكتروني (م/3) كما نص نظام التحكيم المستعجل التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية على إمكانية نقل الوثائق إلكترونياً باستثناء الوثائق الأصلية التي ترسل بالبريد المستعجل.

#### 4- إدارة جلسات التحكيم الإلكتروني:

قد يثور التساؤل حول ما إذا كان من المقبول إدارة جلسات التحكيم في الشكل الإلكتروني، ومما لا شك فيه أن الوسائل التكنولوجية المتاحة في هذا المجال عبر شبكة الإنترنت تسمح بتبادل النصوص، والصور، الأصوات بشكل فوري، ولحظي بين الأطراف، كما أن تقنية البريد الإلكتروني تسمح بنقل المستندات، والبيانات عبر الإنترنت<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى ذلك فإن المؤتمرات المرئية عن بعد (téléconférence) تعتبر إجراء يتعلق بالجلسة، حيث يتواجد الأطراف بطريقة افتراضية، وبذلك تقترب المؤتمرات الافتراضية إلى حد كبير من تلك التي تحصل عادة بدعوة الأطراف بماديتهم لحضور الجلسات<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد نجد أن لائحة المحكمة الإلكترونية تنص في المادة 2/21 على أنه "للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة تسمح بتبادل البلاغات بشكل مناسب بين الأطراف".

أما لائحة المنظمة العالمية للملكية الفردية (wipo) فقد الخاصة بالمنازعات الإدارية في أسماء الحقول فقد نصت في المادة (48) منها على مصطلح الجلسة يجب أن يشمل - فضلاً عن الاجتماعات بين الأشخاص مادياً - المداولات التليفونية، والمداولات المرئية، والتبادل الفوري، والموثق للبلاغات الإلكترونية، وبأسلوب يسمح لكل الأطراف باستقبال، وإرسال البلاغات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 139.

<sup>2</sup> - حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص. 55.

<sup>3</sup> - خالد ممدوح إبراهيم المرجع السابق، ص. 313.

ومما لا شك فيه أن إتمام إجراءات التحكيم في الشكل الإلكتروني لا يخل بالمبادئ الأساسية للتحكيم، ومنها مبدأ حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة ذلك أن المداوالات المرئية باستخدام تقنية تلي مقتضيات احترام حقوق الدفاع ، واحترام مبدأ المواجهة بين أطراف الخصومة<sup>1</sup>.

### المرحلة الثانية: حكم التحكيم

#### 1- شكل الحكم:

تتطلب العديد من التشريعات الوطنية ضرورة كتابة حكم التحكيم، بالإضافة إلى أن الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم استلزمت الكتابة سواء كان بشكل صريح، أو ضمني، فقد نصت المادة (1/30) من القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي على ضرورة أن يصدر حكم التحكيم كتابة، وأيضاً نجد نص المادة (1/43) من قانون التحكيم المصري قد نص على أن يصدر حكم التحكيم كتابة، ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية<sup>2</sup>.

ونجد هذا الشرط أيضاً في المادة (28) من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية بباريس، والتي تنص على أنه يجب على الأمانة العامة أن تبلغ الأطراف بنص حكم التحكيم موقعا من قبل محكمة التحكيم حال إصداره شريطة أن يكون الأطراف، أو أحدهم قد دفع مصاريف التحكيم كاملة إلى غرفة التجارة الدولية، والمادة (4) من اتفاقية نيويورك التي استوجبت الاعتراف بالحكم، وتنفيذه تقديم أصل الحكم، أو نسخة طبق الأصل منه، كما نصت على نفس الشروط المادة (54) من قواعد منظمة الملكية الفكرية، وفيما يتعلق بتوقيع الحكم فقد نصت المادة (31) من القانون

<sup>1</sup> - حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> - محمد سليم العواد، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، المركز العربي للتحكيم، 2007، ص 288 وما بعدها؛ وانظر كذلك محمود مختار بري، المرجع السابق، ص 187.

النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على ضرورة توقيع المحكم، أو المحكمين حال تعددهم على حكم التحكيم<sup>1</sup>.

وهذا هو المتبع في التحكيم العادي حيث يقوم المحكمون بتوقيع الحكم بخط اليد، إلا أن التوقيع بخط اليد غير ميسر في التحكيم الإلكتروني، لذا اقترح البعض لعلاج مشكلة توقيع المحكمين بخط اليد- إرسال نسخة مطبوعة من الحكم إلى أعضاء لجنة التحكيم لتوقيعها، إلا أن هذا الحل لا يمكن قبوله لأنه يخرج عن الإطار الإلكتروني الذي يجري فيه التحكيم، ونجد أن الحل الأمثل هو ما قرره قانون التحكيم الأمريكي الموحد uniform arbitration الصادر في 16 مارس 2000 باستخدام التوقيع الإلكتروني من المحكمين على الحكم عندما ينقل الحكم للأطراف عبر الإنترنت، وأيضاً قواعد منظمة الملكية الفكرية التي نصت على أن يوقع الحكم إلكترونياً من أعضاء اللجنة.

## 2- الإخطار بالحكم:

توضح النصوص المعنية بالتحكيم التجاري الدولي أسلوب الإخطار بالحكم، فقد نصت المادة (28) من المادة المنظمة لعرفة التجارة الدولية على أن يعلم الأطراف بالحكم من أمانة المحكمة، أو بتسليمهم صورة طبق الأصل منه، كما نصت المادة (4/31) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن تسلم صورة من الحكم للأطراف، وكذا المادة (44) من قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 التي نصت على أن تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين نسخة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال 30 يوماً من تاريخ صدوره<sup>2</sup>.

وهنا يثور التساؤل هل تنطبق المصطلحات الموجودة في هذه النصوص مثل التسليم، وصورة طبق الأصل مع طبيعة التحكيم الإلكتروني الذي يجري من خلال العالم الرقمي؟

<sup>1</sup> -تنص المادة 31 من القانون النموذجي للتحكيم على أنه: يصدر قرار التحكيم ويوقعه المحكم أو المحكمون.

<sup>2</sup> - محمود مختار بريري المرجع السابق، ص. 197.

نرى أن المهم في هذا الصدد هو وصول الحكم إلى الأطراف دون تعديل أثناء النقل أما وسيلة الإخطار فهي غير مهمة، ويتم الاستدلال على ذلك بنص المادة (2/3) من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية بشأن الإخطارات، والاتصالات المكتوبة التي جاء فيها "كل وسيلة للاتصال تسمح بإثبات الرسالة".

وقد نصت المنظمات المعنية بالعالم الإلكتروني على مسألة الإخطار بالحكم في المادة (54) من نظام مركز الوساطة، والتحكيم بقولها أن توقيع أعضاء الهيئة التحكيمية على القرار التحكيمي يخضع للتوقيع الإلكتروني، وعند صدور القرار التحكيمي يجب إبلاغه للأطراف بأي وسيلة كانت، كما يقوم مركز التحكيم بإرسال الحكم للأطراف، وذلك بوضعه على موقع القضية على شبكة الإنترنت، كما نصت القواعد المنظمة للمحكمة الافتراضية على أن يوضع الحكم على موقع القضية في شبكة الإنترنت، ويخطر المحكم الأطراف بالحكم، ولكن لم يوضح النص كيفية الإخطار، والراجح هو أن يقوم المحكم بإرسال بريد إلكتروني مع إفادة تسليم.

### 3- تنفيذ الحكم:

مما لاشك فيه أنه عندما يلجأ الأطراف إلى التحكيم، فمن المفترض قبولهم تنفيذ القرار التحكيمي، كما يجب عليهم تنفيذ الحكم الصادر من محكمة التحكيم دون تأخير، ومع ذلك قد يكون الطرف الخاسر سيء النية، ويرفض تنفيذ الحكم مما يضطر الطرف المستفيد من الحكم إلى اللجوء إلى القضاء الوطني لدولة التنفيذ لطلب تنفيذ هذا الحكم، وعليه أن يقدم أصل الحكم أو صورة كبق الأصل منه للاعتراف به، وتنفيذه بالإضافة إلى أصل، وصورة طبق الأصل من اتفاق التحكيم حسب المادة 31 من اتفاقية نيويورك، فالنسخة الصالحة للتنفيذ هي النسخة الرسمية، أو الأساسية، ولا توجد صعوبة فيما يتعلق بتنفيذ القرار التحكيمي العادي، إلا أن الصعوبة تكمن في تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني لسببين:

الأول: هو أن العالم الرقمي لا يميز بين الأصل والصورة.

الثاني: وجود بعض الصعوبات التي تتعلق بالتصديق على الوثائق الإلكترونية<sup>1</sup>.

ولم تحل المادة (54) من نظام مركز الوساطة والتحكيم طبقاً لقواعد منظمة الملكية الفكرية هذه مشكلة حيث نصت على أن يسلم المركز "صورة طبق الأصل من الحكم"، إلا أنها لم توضح الوسيلة التي يتم بها التصديق الكتابي، ولذلك جاءت المادة (8) من القانون النموذجي من التجارة الإلكترونية الصادر في عام 1996 بحل هذه المشكلة حيث نصت على تماثل الوثيقة مع الأصل بشرطين هما:

أ- ضمان مصداقية المعلومات كاملة دون تحريف.

ب- إثبات مضمون المعلومات.

كما يمكن للأطراف النص في اتفاق التحكيم على قبول الوثائق الإلكترونية في الإثبات.

#### 4- حفظ حكم التحكيم:

لا يثير حكم تحكيمي أي مشكلة بالنسبة للتحكيم العادي، فقد نصت المادة 4/28 من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية على أن يودع أصل الحكم أمانة المحكمة، ولكن تبدو الصعوبة في التحكيم الإلكتروني لأن تعبير سلامة، وسرية، والنسخة الأصلية تبدو دقيقة جداً بالنسبة إلى مفهوم المستندات الإلكترونية، ولم تشر اتفاقية نيويورك، و لا القواعد المنظمة للمحكمة الافتراضية إلى مسألة الحفظ، وإن كانت الأخيرة قد نصت في المادة 6/23 على أن يعرض الحكم على موقع القضية.

إلا أن المادة 10 من القانون النموذجي من التجارة الإلكترونية أشارت إلى بعض الشروط التي يجب توافرها لحفظ الوثائق الإلكترونية هي:

1- سهولة الاطلاع على المعلومات التي تتضمنها هذه الوثائق في وقت لاحق.

2- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت، أو أرسلت، أو تم استلامها به.

<sup>1</sup> - حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، ص 66 وما بعدها.

3- الاحتفاظ بالمعلومات التي تتعلق بمنشئ رسالة البيانات، وجهة وصولها، وتاريخ، ووقت إرسالها واستلامها.

ونجد أن المادة 47 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 قد اشترط على من صدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم، أو صورة موقعه منه قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر النزاع<sup>1</sup>. ولكن هذا الفرض غير متصور في حكم التحكيم الإلكتروني فلا يوجد تمييز بين أصل حكم التحكيم وصورته، فكل صور حكم التحكيم الإلكتروني تعد أصولاً وليست صوراً، كما يجب أن يتم حفظ حكم التحكيم على وسائل آمنة، للحفاظ مثل الأسطوانات وغيرها.

5- مدى الاعتراف بالقوة الملزمة للأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية<sup>2</sup>:

بخصوص الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم، فقد منحها الاتفاقيات الدولية، و القوانين النموذجية، و الوطنية فضلاً عن لوائح هيئات التحكيم ذات الحجية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة عن قرارات التحكيم الأجنبية بتاريخ 10 يونيو 1958 في المادة الثالثة منها أن "على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم كقرارات ملزمة ....."

و بالإضافة إلى ذلك نجد الفقرة الأولى من المادة (35) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قد نصت على أن "قرار التحكيم ملزم بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه ....."

و لم يختلف المشرع المصري عن هذا التنظيم فنص صراحة في المادة (55) من القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية على أن تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً.

<sup>1</sup> - حسام الدين فتحي ناصف. المرجع السابق. ص. 70. وكذلك محمد مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص. 199.

<sup>2</sup> - منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2006، ص. 113 وما بعدها؛ كذلك د/خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 431، وما بعدها.



لهذا القانون حجية الأمر المقتضي، وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، وقد انعكس هذا الاهتمام الدولي بالتحكيم على واقع عقود التجارة الدولية فلا يكاد يخلو عقد من هذه العقود من شرط أو مشاركة تحكيم يتم إسناده إلى هيئة مستقلة، مهمتها الفصل فيما يثور بشأنهما من نزاعات.

### الفرع الثاني: التحكيم في عقود الاستهلاك الدولية طبقا للقانون المغربي

كل التحولات الاجتماعية و الاقتصادية التي يعرفها العالم اليوم دعت الى تعميق الدراسات حول مستقبل العدالة ، و الى توسيع المنظور اليها لكي تأخذ بعدا جديدا يتجاوب مع الاضطرار المتواتر و ارتفاع عدد القضايا و الوسائل المتاحة لديها و التفكير في وسائل بديلة لفض المنازعات<sup>1</sup>. حيث يعتبر التقاضي امام المحاكم التي تقيمها الدولة هو الطريق العادي لفض المنازعات ، تجارية كانت او مدنية او مختلطة ، الى ان ذلك لا يمنع من الخروج من هذا الاصل بمنح هذا الاختصاص لهيئات خاصة<sup>2</sup>. و يمثل التحكيم الصورة الاساسية لهذا الخروج عن اختصاص القضاء الرسمي حيث يقوم على حرية الافراد في اختيار من يحسم في منازعتهم ، و هذا ما يجعله يشكل اختيارا لعدالة خاصة اساسها حرية التعاقد<sup>3</sup>. سواء اكانت بالطرق التقليدية او بوسائل الاتصال عن بعد ، التي تثير صعوبة تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بالنظر للإجراءات المعقدة التي يتطلبها سلوك طرق المحاكمة العادية.

و اذا كان التحكيم كنظام استثنائي لفض المنازعات يتم اللجوء اليه في كافة المعاملات التجارية بشكل عام ، فانه ثمة خلاف حول صلاحية التحكيم للفصل في منازعات المستهلكين ، بمعنى تلك العلاقات ذات الطبيعة المختلطة طرفاها مستهلك و اخر مهني. و ان كان هذا الاخلاف

<sup>1</sup> -إدريس الضحاك ، تقدم بندوة نظمتها وزارة العدل و الإتحاد العام لمقاومات المغرب تحت عنوان : التحكيم التجاري الداخلي و الدولي أيام 3-4 مارس 2004 ، مطبعة الأمنية ، ص. 8.

<sup>2</sup> - عبد الإله برجاني، التحكيم ذات التقاضي بالتراضي ، المجلة المغربية للإقتصاد و القانون ، العدد الثاني 1993 ، ص. 69.

<sup>3</sup> -yves guyon(M ),droit des affaires ,economica,10 éme édition 1998,p. 826.

ينطلق اساسا من شرط التحكيم ضمن عقود الاستهلاك ، فغياب التوازن و انتقاء التعادل في العلاقة الاستهلاكية يجعل من ذلك الشرط شرطا تعسفيا في العقود الداخلية دون الدولية. هذه الاخيرة التي حسمت فيها محكمة النقض الفرنسية الامر بصفة صريحة معلنة عن صحة شرط التحكيم في علاقات المستهلكين الدولية .

من هذا المنطق سنبحث فيما يلي إذا كانت نزاعات عقود الاستهلاك الدولية قابلة للتسوية عن طريق التحكيم الدولي (أ) ثم ما مدى فعالية هذه الآلية البديلة في توفير الحماية للمستهلك في تلك العقود (ب).

**1: قابلية عقود الاستهلاك للتسوية عن طريق التحكيم:** لما كانت عقود التجارة الدولية عموما و الإلكترونية منها على وجه الخصوص يتم تسوية النزاعات الناتجة عنها بواسطة الطرق البديلة خاصة التحكيم التجاري الدولي استجابة لما تتطلبه من سرعة وثقة بين الفاعلين الاقتصاديين ، فإن الإشكالية يظل قائما بالنسبة لعقود الاستهلاك الدولية فيما إذا كانت قابلة للتسوية عن طريق التحكيم ، فهي تتأرجح بين رفض أعمال التحكيم وبين صحته

**-رفض أعمال التحكيم في عقود الاستهلاك الدولية:**

اختلفت الآراء وتضاربت بشأن قبول أو رفض اللجوء الى التحكيم لتسوية المنازعات المثارة بين المهني و المستهلك ، بالاستناد الى مجموعة من المبررات (الفقرة الاولى) يدعمها انصاف شرط التحكيم بالطابع التعسفي (الفقرة الثانية).

**الفقرة الاولى : مبررات رفض اللجوء الى التحكيم في عقود الاستهلاك الدولية:**

لم تعد مؤسسة القضاء الوطني الجبهة الوحيدة المحتكرة لسلطة الفصل في منازعات العقود التجارية الدولية ، و انما اصبح التحكيم منافسا كبيرا للقضاء الوطني في هذا المجال فجعل الفاعلين

الدوليين في ميدان التجارة الدولية يفضلون اللجوء الى التحكيم كمؤسسة للفصل في منازعاتهم التجارية تفاديا منهم لسلبات القضاء الوطني.<sup>1</sup>

و اذا كانت اهمية التحكيم كآلية بديلة لتسوية منازعات التجارة الدولية ، ضمانا للسرعة و الفعالية التي يبتغيها مختلف الفاعلين الاقتصاديين الدوليين ، فان قابلية منازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك سواء ابرمت بشكل تقليدي او بواسطة الانترنت للتحكيم تباينت الاراء بخصوصها. فمن جهة يستند الاتجاه الرفض لإعمال اتفاق التحكيم في عقود المستهلكين الدولية الى حجتين ، تنصرف الحجة الاولى الى الطبيعة المختلطة لهذه العقود ، اما الحجة الثانية فتتركز على اساس عدم ملائمة قضاء التحكيم لهذا النوع من المنازعات.<sup>2</sup>

فبالنسبة للطبيعة المختلطة لعقود المستهلكين من حيث انها تبرم بين مهني و مستهلك ، نجد مطلقها في المادة<sup>3</sup> 2061 من قانون المدني الفرنسي ، التي لا تعرف بإدراج شرط التحكيم سوى في العقود التجارية المحضة ، اما في العقود المختلطة و خاصة المدنية منها نحتاج الى اجازة من طرف القانون على الرغم من الاختلاف المتباين بين الفقه الفرنسي حول نطاق تطبيق هذه المادة بين المجال الداخلي او الدولي.<sup>4</sup>

غني عن البيان ان عقود الاستهلاك الالكترونية وطنية كانت ام دولية تعد من العقود المختلطة فهي ليست تجارية و ليست مدني ، و انما لها صفة تجارية اذا نظرنا اليها من جهة المهني و مدنية اذا نظرنا اليها من جهة المستهلك. و ما دامت كذلك و حسب هذا الاتجاه تخرج من دائرة العقود

<sup>1</sup>-علي غزواني : قانون التجار الدول، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ، جامعة محمد الخامس ، السوسي ، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2006-2007 ، ص 71.

<sup>2</sup>-طرح البحور علي حسن : عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم و القضاء الوطني، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، 2007 ، ص 211.

<sup>3</sup>-تنص هذه المادة على أنه:

Art 2061 « ...la clause compromissoire n'était autorisé qu'en matière commerciale pour d'autre matières notamment civiles , il fallait une autorisation particulière par la loi »

<sup>4</sup>-حول مختلف النقاشات الدائرة حول نطاق تطبيق المادة 2016 أنظر:

-chey (r) ,L'arbitrage et le contrat de consommation le point sur l'état du droit , thèse d'obtention du grade de master, faculté de droit et science politique ,mention droit européen et international des contrat , 2005-2006,p40 .

التي يمكن ادراج شرط التحكيم فيها. ليظل امر اختصاص البث فيها للقضاء الوطني التابع لكل دولة ، و نتيجة لذلك يعتبر شرط التحكيم الوارد فيها باطلا.

و ليس الامر كذلك بالنسبة لمشاركة التحكيم التي تقع صحيحة لسبب واحد و وحيد يتعلق الوضع بان تحديدها يأتي في مرحلة لاحقة لنشوء النزاع.<sup>1</sup> و لعل الدافع وراء ذلك هو توفير حماية للمستهلك عن طريق الاتفاق بشكل لاحق لنشوء النزاع عن اللجوء الى التحكيم ، لأنه من المتصور تعرض المستهلك لضغوط تدفعه الى قبول شرط التحكيم الذي يكون اثناء التعاقد اي قبل نشوء النزاع و هو حال العقود النموذجية ، التي تكون معدة سلفا مضمنة لكافة عناصر العقد يكفي المستهلك ان يوقع عليها بشكل عادي او الكتروني.

زيادة على ذلك و لتبرير موقفه الرافض للتحكيم في عقود الاستهلاك الدولية ، اضاف حجة ثانية تلخص في عدم ملائمة التحكيم للحاجة الملحة للمستهلكين<sup>2</sup>. ذلك ان التكلفة التي يتطلبها التحكيم تفوق او لا تتناسب مع القيمة محل العقد (سيارة خاصة مثلا) و اساس ذلك ان ارهاق المستهلك بالتكلفة المالية بالتماس العدالة لدى قضاء التحكيم ، سوف يجعله يمتنع عن اللجوء اليه ، اذ يلتزم بدفع نفقات التحكيم الخاصة بتشكيل الهيئة التحكيمية و استعمال محامي يباشر اجراءات التحكيم ، و قد تضاف تكلفة الطعن في المقر التحكيمي الصادر بعد ذلك.<sup>3</sup> و ليس امام المهني في الوقت الذي يعجز فيه المستهلك في الاستفادة من هذه الالية ، إلا الحرص على تضمينه في العقود التي تكتسي طابعا نمطيا يقوي مركز المهني و يزيد في حالة الضعف لدى المستهلك ، سواء في العقود الوطنية او الدولية يؤثر سلبا على الوضعية الاقتصادية و الاجتماعية للمستهلك كحلقة اساسية ضمن سلسلة الانتاج و التوزيع و الاستهلاك.

<sup>1</sup> -طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص 212.

<sup>2</sup> -Loquin ( e ).obs.sur appei paris 7 déc 1994,RTD.com 1995,p401.

<sup>3</sup> -محمد بن الماحي : نظام الوساطة وحماية المستهلك المغربي ، مجلة المحاكم الغربية ، العدد 110 ، سنة 2007 ، ص 32:

2-ونضيف هنا أن الاعتراف بصحة مشاطرة التحكيم التي لا يمكن تصورها إلى في حالة وقوع النزاع وليس قبله ، تفتح الباب في وجه المستهلك للإرتماء في أحضان جمعيات المستهلك التي تشكل قوة ضغط لأجل توفير الحماية له في مواجهة المهني ، القصد هنا ليس منه المصارعة بقدر ما تكون المصالحة.

و على الرغم من صدور قانون رقم 95-96 في فاتح فبراير 1995 المتعلق بقانون الاستهلاك الفرنسي عقب المرسوم رقم 93-13 الصادر بتاريخ 5 ابريل 1993 الخاص بمكافحة الشروط التعسفية الذي اصبح جزءا لا ينفصل عن القانون الداخلي الفرنسي<sup>1</sup> ، فان بعض الباحثين لازال يرفض ادراج شرط التحكيم في عقود الاستهلاك بحجة ان تفعيله عند حدوث نزاع سيجعل المستهلك في مصاف المهني ، تنتفي معه صفة الطرف الضعيف عن المستهلك. كما انه قد يحرم المستهلك من مزايا الحماية التي يوفرها له القاضي الوطني ، على اعتبار ان مبدأ الاختصاص بالاختصاص compétence de compétence من شأنه ان يشكل عائقا اما اللجوء المباشر للقضاء العادي للبت في النزاع.<sup>2</sup>

وبالرجوع إلى المادة L-132-1 من المرسوم الأوربي نجدتها تحدد معنى الشرط التعسفي الذي يؤدي إلى اختلال التوازن وانتقاء التعادل بين حقوق و التزامات الطرفين ، كما أشارت ذات المادة إلى محلق يحدد لائحة بالشروط التعسفية تثبت للقاضي كما توفر معيار انعدام التوازن بين الأطراف.<sup>3</sup>

أما هذه المادة ، تذهب جانب من الفقه تمسكا بموقفه الرفض أنها لن تغير الأمر شيئا ، فهي مجرد مرشد للقاضي ولن تغير من حقيقة بطلان شرط التحكيم في عقود الاستهلاك بناء على المادة 2061 ناهيك على التبعيات المرهقة للمستهلك تجعل من شرط التحكيم موسوما بالتعسفي

<sup>1</sup> -chey (r) ,op.cit,p.9.

<sup>2</sup> -chey ( r) ,op.cit.p31.

<sup>3</sup> -L 132-1 du code de consommationfrançais dispose que « dans les contrat conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateur ,sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour ettet de créer au détriment du non professionnel ou du consommateur , un déséquilibre significatif entre les droit et obligation des parties au contrat.

وينصّ ملحق هذه المادة على أنه:

-l'annexe « les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'action en justice ou des voies de recours pou le consommateur , notamment en obligeant le consommateur à saisir par un mode alternatif de réglemnt des différents , en limitant indument les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui en vertu du droit applicable , devait venir normalement à autre partie au contat »

، وبالتالي بطلانه في عقود الاستهلاك ، وتقدير ذلك متروك لسلطة القاضي ، مما يعني أن القول ببطالان شرط التحكيم لكونه تعسفي لا يأتي بصورة آلية وإنما بإعمال السلطة التقدير القاضي الوطني.

فالقاعدة والأساس إذن هو صحة شرط التحكيم في عقود الاستهلاك الدولية ما لم يأتي بشكل تعسفي طبقاً لمنطوق المادة 1-132-L من قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>1</sup> التي ينحصر تطبيقها فيما بين دول الإتحاد الأوربي ، فهي تتعلق بالنظام العام كما تحوز صفة قواعد البوليس التي تطبق بشكل مباشر بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق.

صفوة القول أن الاعتماد على هذه الحجج لتبرير رفض اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستهلاك تطرح مسألة المفاضلة بين الوسائل البديلة لحل النزاعات ، من توفيق وتحكيم ووساطة وصلاح ، إذ أنه بالنسبة للمستهلك لا بد من وسيلة تتميز بالبساطة في علاقة تعاقدية مع التاجر المسلح بقوته المالية و التقنية.

### الفقرة الثانية : اعتبار شرط التحكيم شرطاً تعسفياً :

يقصد بشرط التحكيم اتفاق سابق لكل نزاع الهدف منه حسم الخلاف الذي قد يقع بين المتعاقدين من طرف المحكمين يتم تعيينهم من الطرفين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، لإصدار حكم نهائي بشأن هذا النزاع بدلا من اللجوء إلى القضاء الرسمي ، وينفذ هذا الحكم كالأحكام القضائية إذا توافرت الشروط القانونية.<sup>2</sup>

ويعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه ، على حساب حماية المستهلك ، عدم التوازن مهم بين حقوق وواجبات طرفي العقد<sup>3</sup> فيقع باطلا كل شرط يؤدي إلى اختلال التوازن بين الأطراف و حقوقهم .

<sup>1</sup>- طرح البحور علي حسن ، المرجع السابق ، ص 215.

<sup>2</sup>-نادية المشيشي : حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية ، رسالة لنيل الماستر في قانون الأعمال و المقاولات ، جامعة محمد الخامس ، كلية

الحقوق السوسي ، 2008-2009 ، ص. 51.

<sup>3</sup>-المادة 15 قانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلكين.

والملاحظة أن المشرع المغربي سواء في مشروع قانون رقم 31.08 لم يأتي على ذكر ضمن الشروط التعسفية التي حددها في المادة 18 شرط التحكيم في العقود المختلطة التي يرمها المستهلك ، بالإضافة إلى ذلك استثنى العديد من الحقوق من أن تكون محلا للتحكيم<sup>1</sup> ، ولم يجعل العقود المختلطة مشمولة بهذا الاستثناء<sup>2</sup> ، مما يزيد من انتشار شروط التحكيم في العقود الاستهلاكية . ونظرا لخطورة التحكيم فقد اعتبره القانون المدني الفرنسي في المادة 2061<sup>3</sup> شرطا باطلا ، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك . وهو ما خالفته محكمة النقض الفرنسية في كل من قضية Rado وlaguar، حيث اعتبرته صحيحة على الرغم من أن النزاع يتعلق برابطة مختلطة ما لم يكن تعسفيا ، وتقدير صفة شرط التحكيم بما إذا كان تعسفيا أم لا ، راجع إلى تضمينه في العقد باتفاق الأطراف ويرضى المستهلك حتى يكون صحيحا.

وبذلك فالاتفاق بين المستهلك والمهني وفي عقدهم الدولي على اللجوء إلى التحكيم يعتبر مشروعاً ، أما في الحالة التي يلجأ فيها المهني إلى إدراجه بإرادته في العقد دون اتفاق وإذعان . يشكل بطبيعة الحال شرطا تعسفيا على اعتبار أن المهني هو الذي يحدد المحكمين ومكان التحكيم و

<sup>1</sup> -سواء في الفصل 306 من قانون المسطرة الذي نسخته مقتضيات قانون 08.05 والوارد على سبيل الإستثناس ، حيث جاء فيه " يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها ، غير أنه لا يمكن الإتفاق عليه:

- في الهيئات والوصايا المتعلقة بالطعمة والملابس
- في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص و اهليتهم
- في المسائل التي تمس النظام العام و الخاصة
- النزاعات المتعلقة بعقود و اموال خاصة لنظام بحكمه القانون العام
- النزاعات المتعلقة بتطبيق قانون جنائي
- النزاعات المتعلقة بقوانين بتحديد الائتمان و التداول الجبري و الصرف و التجارة الخارجية
- النزاعات المتعلقة بالبطلان و حل النزاعات

اما المادة 309 و 310 من قانون التحكيم الوساطة الاتفاكية فتتصان على انه:

" مع مراعات مقتضيات الفصل 308 اعلاه لا يجوز ان يبرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تم حالتها الاشخاص و اهاليهم أي الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع التجارة."

كما لا يجوز ان تكون محل التحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الاحادية للدولة او الجماعات المحلية.

<sup>2</sup> - نزهة الخلدني: الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، عقد البيع نموذجاً، اطروحة لنيل دكتوراه قانون الخاص، وحدة القانون المدني، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، اكدال، السنة الجامعية 2004-2005 ص. 286.

<sup>3</sup> - Qu'il indique : « la clause compromissoire est nulle s'il est disposé autrement par la loi »

القانون الواجب التطبيق على النزاع فضلا عن قبول المستهلك لما توصلت إليه الهيئة التحكيمية<sup>1</sup> ، بل وقد يتم حرمان المستهلك من اللجوء إلى طريق الطعن في المقرر التحكيمي<sup>2</sup> ليجعل المهني من هذا المقرر طليقا أو ما يعرف بالتحكيم المرسل<sup>3</sup>.

وتعرف الحياة العملية الانتشار المكثف لهذا الشرط بين المتعاقدين ، اللذان لا ينفقان مباشرة على شرط التحكيم في العقد المبرم بينهما و إنما يتم الإحالة عليه في دفتر التحملات لتطبيقه فيما لا نص عليه في العقد الأصلي الذي يوقعه المستهلك<sup>4</sup> ، وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم بالإحالة<sup>5</sup> الذي يعتبر صالحا بشرط أن يكون المستهلك الذي اعترض على شرط التحكيم له معرفة عند إبرام العقد بأن النزاع الذي سينشأ عن هذا العقد ، يعرض على قضاء التحكيم<sup>6</sup>.

تجد الإشارة إلى أن بإدراج شرط التحكيم بالإحالة في العقد الذي يبرمه المستهلك يضع هذا الأخير على قدم المساواة مع المهني في التجارة الدولية ، يجعل هذا التوجه محل نظر لأنه إذا كانت صحة هذا الشرط مقبولة في العلاقات التعاقدية بين التجار، فلا تعتبر كذلك في حالة ما إذا لم يصل إلى علم المستهلك أن النزاع سيفض عن طريق التحكيم. تأسيسا على ذلك يعتبر شرط التحكيم باطلا إذا لم يتخذ شكل إتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة وهو ما أخذ به المشرع

<sup>1</sup> -نادية المشيشي، المرجع السابق، ص53.

<sup>2</sup> -نفصل هنا إطلاق لفظ المقرر التحكيمي عوض الحكم التحكيمي حتي يتميز عن الحكم الصادر عن أجهزة القضاء الرسمي.

<sup>3</sup> - المقصود بالحكم التحكيمي المرسل "ذلك الحكم غير المرتبط بنظام قانوني وطني، ولا يخضع لدعوة بطلان في دولة مقر التحكيم و ضده الحكم المقيد"

للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ؛ محمد حسين بشاير، الحكم التحكيمي المرسل مفهومه و تنفيذه دراسة لفكرة الالغاء دعوى البطلان او الحد من اثاره ضد احكام التحكيم، مجلة الحقوق، ص.241 و ما بعدها.

<sup>4</sup> -نادية المشيشي ، المرجع السابق ، ص.53.

<sup>5</sup> -Chey (R), op.Cit, P.31.

<sup>6</sup> - « attendue qu'en matière d'arbitrage internationale, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, par exemple les conditions générale ou un contrat – type est valable, à défaut deux mentions dans la convocation principale lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, à eu connaissance de la tenue de ce document au moment de la conclusion du contrat est quelle a été se part sans silence accept l'incorporation du document au contrat  
Cass.civ.1er ch,3 juin1997, rev.arb 1998/537.



المغربي في مدونة التأمينات في المادة 35 التي نصت على أنه: "يقع باطلا ما يرد في عقد التأمين.... كل شرط تحكيم لم يوافق عليه المؤمن صراحة عند اكتتاب العقد".

كما تلعب المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي دورا مهما في مواجهة شرط التحكيم التعسفي على مستوى العلاقات الخاصة ذات طابع دولي ولكن إعمالها ينحصر على مستوى الأوربي ، فكل مستهلك يقيم في إحدى دول الإتحاد الأوربي يمكن له الإستفادة والمطالبة ببطلان شرط التحكيم المعتبر تعسفي ما دامت تحمل صفة قواعد البوليس التي تطبق بالأولوية على عقود الاستهلاك حتى وإن كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة عضو في الإتحاد<sup>1</sup> ، ولما كان المحكم ليس له قانون محدد فكل القوانين تعتبر من قبل القواعد البوليس أجنبية ، ولكن ليس ملزم بتطبيق المقتضيات المتعلقة بالشروط التعسفية على الأقل عندما يكون القانون غير واجب التطبيق<sup>2</sup>.

وعليه يمكن القول بأن شرط التحكيم يعتبر باطلا عندما يكون تعسفيا ويظل منتجا لآثاره عند ثبوت صحته.

## 2- صحة شرط التحكيم في العقود التي يبرمها المستهلك

النظام التحكيمي ، نظام سهل و بسيط حيث يتفق الاطراف على قضاء يمكنهم الفصل في النزاع ، و يحددون القانون الواجب التطبيق على نزاعهم و يكون اختيارهم هذا اما في اطار شروط التحكيم<sup>3</sup> clause compromissoire او شكل مشاركة التحكيم compromis، و التحكيم في مجمله لا يجوز إلا في المسائل التي لم يتم استبعاد التحكيم فيها صراحة من طرف القوانين الوطنية.

<sup>1</sup>Chey ( R ) ,op.cit,p41.

<sup>2</sup> - art 1 135-1: dispose que "nonobstant tout stipulation contraire, les disposition de l'article 1 132-1 sont applicable lorsque la loi qui regit le contrat est celle d'un état n'appartenet pas l'Union European, que le consommateur ou le non - professionnelle à sont domisille sur le territoire l'in des état nombre de l'Union European et que le contrat est proposé conclue ou executé »

<sup>3</sup>-جعل المشرع المغربي انفاق يأخذ شكل عقد التحكيم او شرط التحكيم

المادة 307 من القانون 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الإتفاقية الذي يقضي بنسخ وتعويض الباب الثمن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2007 و المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584، ص3895.

و على الرغم من الخلاف الدائر حول صحة شرط التحكيم في عقود الاستهلاك الدولية بين مؤيد و معارض لها ، استنادا الى مجموعة من الحجج المبررة لموقف كل من الطرفين ، فإن محكمة الاستئناف و محكمة النقض الفرنسية قد قطعت دابر الخلاف و أقرت صحته في تلك العقود ة ذلك من خلال قرارها في قضية <sup>1</sup> jaguar و <sup>2</sup> Rado و تتلخص وقائع قضية jaguar في ان نزاعات نشأت سنة 1990 بين مواطن فرنسي، السيد (Meglio) مقيم في فرنسا و شركة السيارات الانجليزية xj220 التي تتولى تصنيع نوع خاص من السيارات تنتجها شركة jaguar الفرنسية v220 ، حيث قام بشراء سيارة بمبلغ 290 ألف إسترليني.

و قد طالب السيد Meglio برد الثمن الذي دفعه اليه بتاريخ 27 مارس 1993 نتيجة اعتقاده انه تعرض للغش من طرف شركة الجكوار الفرنسية و الانجليزية ، هذه الاخيرة التي دفعت بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية ، و هو الدفع الذي رفضته محكمة باريس مستندة في ذلك الى المادة 2061 من القانون المدني الفرنسي ، التي تنص على عدم صحة شرط التحكيم في العقود المختلطة.

في مرحلة الاستئناف قضت المحكمة بتاريخ 8 دجنبر 1994 بعدم اختصاصها نظرا لصحة شرط التحكيم المترتب لجميع اثاره.

حيث اعتبرت انه على من الطبيعة المختلطة للعقد بين المستهلك و الشركة فهو يمس او مرتبط بمصالح التجارة الدولية بمفهوم المادة 1492 نتيجة انتقال السلع و الخدمات عبر الحدود ، و هو امر يبرر كمبدأ عام استقلالية التحكيم عن القانون الواجب التطبيق ، و بالتالي يعتبر هذا الاتفاق صحيحا و منتجا لآثاره <sup>3</sup> .

<sup>1</sup> - Cass.civ 1er , 21 mai 1997, jaguar, rev.arbitrage 1997/5,537.

<sup>2</sup> - Cass. Civ 1er, 30 mars 2004, rev.arb, 2005/115.

<sup>3</sup> . « ... L'opération litigieuse mettait en cause les intérêts du commerce internationale au sens de l'article 1492 du nouveau code de procédure civil et que la clause compromissoire clairement visiblement stipulée » .

ليقوم السيد Meglio بالطعن في قرار المحكمة الاستئناف ، بحجة ان الغرض من شرائه للسيارة هو الاستقلال الشخصي و ليس للاستعمال المهني ، و بالتالي ليس هناك ارتباط بين هذه العملية و مصالح التجارة الدولية انطلاقا من المادة 1492 من القانون المدني الفرنسي.

اضافة الى ان القواعد الامرة في القانون الفرنسي و النظام العام تتعارض و شرط التحكيم في العقد المبرم بين المهني و المستهلك ، مما يعني بنتيجة بطلان الظاهرة لشرط التحكيم موضوع النزاع.<sup>1</sup>

غير ان محكمة النقض الفرنسية رفضت ما دفع به المدعي (السيد Meglio) بموجب قرارها بتاريخ 21 ماي 1997<sup>2</sup> مستندة في ذلك الى ان العقد يرتبط بمصالح التجارة الدولية و استقلالية شرط التحكيم.

و في نفس الاتجاه ذهبت في قرارها الصادر بتاريخ 30 مارس 2004 في قضية Rado مؤيدة بذلك ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف.<sup>3</sup>

و الملاحظة ان الحديث عن التحكيم التجاري في عقود المستهلكين الدولية يثير اكثر من علامة استفهام ، خاصة تأثير الصفة التجارية للتحكيم على عقود المستهلكين. بمعنى اخر هل معيار تجارية التحكيم يؤثر في صفة المتعاقد (المستهلك)؟ هذا السؤال يدفعنا الى تساؤل اخر حول ما اذا كانت العقود التي يبرمها المستهلك و العابرة للحدود ترتبط بمصالح التجارة الدولية؟

ان محكمة النقض الفرنسية اعتبرت ان معيار تجارية التحكيم لا يتأثر بالصفة التي يحملها احد اطراف العلاقة التعاقدية ، سواء أكان مستهلك او غير مستهلك ، و الحال ان المادة 1492 من

<sup>1</sup> - De plus l'article 2061 du code civil novocation à s'applique qu'aux relation interne ( dans l'ordre internationale, la clause compromissoire est licite en tent que telle, en vertu du principe générale d' autonomie de la convonsion d'arbitrage. »

<sup>2</sup> - cass.civ.1er ch, 21 mai 1997, jaguar, rev.ard1997.537.

<sup>3</sup> La cour d'apple à retenue le caractère internationale de l'opération économique litigieuse, la convention d'ouverture de compte ayant en pour effet un transfere de fons entre la France et les etat unis, peu important, dans des condtions, de l'une des partie ne fut par commerçant... elle en a déduit qu'en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire devait recevoir application en vertu indépendance d'une telle clause en matière international. »

Cass.civ 1er, 30 mars 2004, rev.arb, 2005.115.

القانون المدني الفرنسي التي استند إليها السيد Meglio تجعل من التحكيم تجارياً متى تعقل الأمر بمصالح التجارة الدولية ، مما يبرز خروج طائفة عقود المستهلكين من مجال التجارة الدولية ، خاصة و أنها ترتبط بمصالح شخصية او عائلية تجعل من الصفة التجارية تنتفي عن عقد شراء سيارة للاستعمال الشخصي و بالنتيجة عدم عرض النزاع على مؤسسة التحكيم.

يجب الاعتراف في هذا الصدد ان محكمة النقض الفرنسية تؤكد ان انتقال السلع و الخدمات عبر حدود كل من فرنسا و الولايات المتحدة الامريكية تجعل من العقد المنظم لها يمس مصالح التجارة الدولية ، و لا يغير من ذلك ما قد يكتشفه القاضي من ملاسات التعاقدية من حيث ان الشراء كان لأجل الاستعمال الشخصي للمستهلك.<sup>1</sup>

و بهذه المثابة ، يكون شرط التحكيم الوارد في عقد الاستهلاك الدولي صحيحاً ، لتوفر معيار موضوعي محض يعتمد على الحقيقة الاقتصادية للعمليات التعاقدية التي ينتج عنها انتقال السلع و الخدمات من دولة لأخرى ، يؤدي الى اختلاف مفهوم التجارية في المجال الدولي عن ما هو معمول به في المجال الداخلي.

و تبعا لذلك ، ففكرة التجارية في مسائل التحكيم الدولي تختلف بدورها فن تلك الخاصة بالعمل التجاري بالمفهوم الضيق في القانون التجاري ، فيكون بالتالي التحكيم تجارياً كلما تعلق الأمر بتزاع ناشئ بمناسبة عملية اقتصادية دولية و تثير مصالح التجارة الدولية.<sup>2</sup>

و بالتالي لا يمكن باس حال من الاحوال ان يكون للتحكيم التجاري كآلية لتسوية اغلبية النزاعات المثارة على مستوى التجارة الدولية تأثير ليزع الصفة المختلطة على عقد الاستهلاك الدولي.

هذا و من بين الحجج التي استندت إليها محكمة النقض الفرنسية لتأكيد صحة شروط التحكيم في عقود الاستهلاك الدولية. هو مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في العلاقات الخاصة ذات

<sup>1</sup> - « Qu'avant ainsi retenue que ce contrat mettait un cause des intèrés du commerce internationale pure important dans des circonstance relevés par le juges, qui l'achète fut destinée a l'usage personnel »

<sup>2</sup> - طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص.223.

العنصر الجنبى مع مراعاة مقتضيات النظام العام الدولى<sup>1</sup>، فلا تتأثر صحة اتفاق التحكيم بالقواعد الوطنية التي تقرر بطلانها سواء تلك المضمنة في القانون الفرنسى او اي قانون اجنبى آخر و ذلك متى كان تدويل العقد بالمفهوم الاقتصادى.<sup>2</sup>

و مادامت المادة 2061<sup>3</sup> من القانون المدنى الفرنسى تنطق ببطلان اتفاق التحكيم في الاعمال المختلطة و المدنية ، فالمبدأ هو عدم تطبيقها على الروابط التعاقدية ذات العنصر الاجنبى.<sup>4</sup> تأسيسا على ما سبق تكون محكمة النقض الفرنسية قد اسست لمعنى خاص لمفهوم التجارية في المجال الدولى تجعله متميزا عن ما هو معمول به في العلاقات التعاقدية الوطنية البحثة ، يستنبط من معيار موضوعى قوامه مصالح التجارة الدولية<sup>5</sup> التي لا تؤثر في صفة المستهلك بشكل مطلق. كما ان المحكمة الابتدائية و محكمة الاستئناف عندما اعلنتا عن عدم اختصاصهما للنظر في النزاع تكون قد كرسن بشكل ضمني صحة شرط التحكيم في تلك القضية ، لان مسألة اختصاص الهيئة التحكيمية تفحصها هذه الاخيرة نفسها بنفسها و ليست في حاجة الى الاعتراف لها بذلك من طرف المحكمة استنادا على مبدأ الاختصاص بالاختصاص.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - « La cour d'appel en a exactement d'étui que la clause compromissoire devrait recevoir l'application en vertu de l'indépendance d'une telle clause endroit internationale sous la seul reverse des règles d'ordre publique internationale »

<sup>2</sup> - طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص225.

<sup>3</sup> - L'art 2061 du code civil disposée que « la clause compromissoire est nulle s'il n'est dispose autrement par la loi, la clause compromissoire n'étai autrement comme matière commerciale pour d'autre matière notamment civiles, il fallait une autorisation particulière par la loi ».

<sup>4</sup> - Chey (R) ,op.cit,p70.

<sup>5</sup> - طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص226.

<sup>6</sup> - هذا المبدأ يعنى في جملة ان المحكم (بفتح الكاف) له سلطة النظر في مسائل اختصاصه قبل عرض الموضوع على القضاء و اللجوء الى هذا المبدأ املته عدة اعتبارات تلتخص في انه يساعد على محاربة الغش او التحايل الطرف السيئ النية عندما يكتشف ان عملية التحكيم ليست فب صالحه و يعمل على اثاره اختصاص قضاء الدولة التي يمثل التحكيم بالنسبة لها قضاء استثنائيا، كما يلعب دورا مهما في الاقتصاد الوطنى من حيث الوقت و الاجراءات فكلما تن الاعتراف به من قبل الانظمة القانونية الا و تم الاستغناء عن اللجوء لاحقا للقضاء الرسمى قصد النظر في اختصاص الهيئة التحكيمية.

و هذا المبدأ يجد سنده في المادة 327 من قانون التحكيم و الوساطة الاتفاقيه المغربى التي تنص على انها " .... عندما يعرض النزاع المطروح امام الهيئة التحكيمية عملا باتفاق التحكيم على النظر احدى المحاكم، و جب على هذه الاخيرة اذا ما دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع ان تصرح بعدم القبولالى حين استنفاذ مسطرة التحكيم او ابطال اتفاق التحكيم.

و اذا كانت لا توجد اية اشارة في التشريع المغربي تتعلق بمدى قبول او رفض عرض نزاعات المستهلكين الدولية على قضاء التحكيم سواء في قانون الاستهلاك او في المقتضيات المنظمة للتحكيم و الوساطة الاتفاقية ، فان ذلك يدفعنا الى القول بقابلية المنازعات الناتجة عن عقود الاستهلاك الدولية للفصل فيها عن طريق التحكيم و ذلك لعدة اعتبارات نجعلها فيما يلي:

بداية ان قبول او منح الاطراف الحرية في الاتفاق المسبق على عرض نزاعهم على محكمة اخرى غير تلك المختصة قانونا لا يتناقض و عرض النزاع على المحكم فكل منهما ضابط خضوع ارادي لمحكمة لي لها صلاحية البت في النزاع اصلا.

كما ان المحكم ملزم بتطبيق قواعد حماية المستهلك المرة في القانون الواجب التطبيق على النزاع، و إلا كان مصير حكمه البطلان.<sup>1</sup>

صحيح ان ارتفاع تكلفة اللجوء الى التحكيم ، تشكل عقبة اساسية امام المستهلك. و ان كان السبب راجع بالأساس للقيمة الكبيرة للمنازعات الدولية و تشعبها لا لطبيعة التحكيم ، و يستتبع ذلك التناسب الطردي للتكلفة مع قيمة النزاع.

فتكلفة التحكيم في عقود الاستهلاك الدولية ، تتلاءم مع قيمة الاموال المحدودة ، و لما لا ايجاد اطار خاص سواء منه مالي (التكلفة) او الاجرائي يتلاءم و طبيعة عقود الاستهلاك. و من هذا المنطلق يمكن التنويه بأن المشرع المغربي كان موفقا في تحديد الطابع البديل لمنازعات عقود الإستهلاك الدولية بصفة عامة.

### الفرع الثالث: حماية المستهلك الالكتروني في مرحلة انقضاء عقد التأمين

لم يقتصر المشرع حمايته للطرف الضعيف في عقد لتأمين على مستوى مرحلة تكوين العقد و تنفيذه و غنما مددها أيضا حتى مرحلة انقضاء العقد، نظرا لأهمية هذه المرحلة و تأثيرها على حقوقه و مصالحه الاقتصادية لان من خلالها تبرز الكثير من المخاطر التي قد تهدد التوازن العقدي و تغلب كفة المؤمن، لذلك سعى المشرع إلى حماية المؤمن له من خلال محاربة أي إنهاء تعسفي لعقد

<sup>1</sup> - طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص.231.

التأمين من جانب المؤمن عن طريق إحاطة موضوع العقد بسياج من الضمانات القانونية مرتبطة بالنظام العام تتعلق إما بانتهاء عقد التأمين (1) ، و إما بتقديم الحقوق و الالتزامات الناشئة عنه (2).

### 1 - حماية المؤمن له على مستوى التنظيم القانوني لانتهاء عقد التأمين

ينتهي عقد التأمين من عقود المدة إما بانقضاء المدة المحددة فيه (البند الأول)، و إما بفسخه (البند الثاني).

#### \* انقضاء المدة المحددة في عقد التأمين

ينقضي عقد التأمين بانقضاء مدته (أ) ، لكنه قد يمتد ضمناً لمدة أخرى باتفاق طرفي العقد (ب)

#### (أ) انقضاء مدة عقد التأمين:

نصت المادة 6 من م.ت.ج.ع.ل انه تحدد مدة العقد في بوليصة التأمين، غير أنه يمكن للمؤمن له مع مراعاة الأحكام الواردة بعده و المتعلقة بالتأمين على الحياة أن ينسحب مع العقد عند انصرام مدة ثلاثمئة و خمسة و ستين 365 يوماً ابتداء من تاريخ اكتتاب العقد شريطة أن يخبر المؤمن بذلك وفق الشروط المنصوص عليها في هذه المادة بواسطة إخطار بالفسخ تعادل مدته على الأقل الأجل الأدنى المحدد في العقد، و يملك المؤمن كذلك هذا الحق الذي يجب التنصيص عليه في كل عقد تأمين.

و يجب أن تتراوح مدة الحد الأدنى لهذا الإخطار ما بين ثلاثين 30 يوماً و تسعين 90 يوماً غير أنه لا يمكن أن تقل مدة الحد الأدنى لهذا الإشعار المتعلق بفسخ ضمان الأخطار المشار إليها في المادة 450 من هذا القانون عن ثلاثين يوماً<sup>1</sup>.

و لما كان عقد التأمين عقداً زمنياً فقد كان من الطبيعي أن يبرم لمدة محددة ينتهي بانقضائها، و قد سعى المشرع إلى حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين من خلال تنظيمه المحكم مدة العقد و لامتداد بنصوص أمره لا يمكن معه مخالفتها.

<sup>1</sup> - يتعلق الفصل 45 من م.ت.ج.ع.ل بالأضرار الناتجة عن حرب خارجية و إما عن حرب أهلية و إما عن فتن و اضطرابات شعبية.

و تتجلى الحماية القانونية التي وفرها المشرع للطرف الضعيف في عقد التأمين على مستوى التنظيم القانوني لمدة العقد من خلال:

**أولاً:** تحديد مدة العقد في بوليصة التأمين بحروف بارزة و إن لإضافة أو تغيير في هذه المدة يجب أن يتم بواسطة ملحقة مكتوب و موقع عليه من الأطراف (م11).

**ثانياً:** إذا كانت مدة العقد تفوق سنة 1 يجب كتابتها بحروف بارزة أعلى توقيع المكتتب و يجب التذكير بهذا الشرط في كل عقد.

**ثالثاً:** عند انعدام هذه الإشارة يمكن للمكتتب رغم كل شرط مخالف أن يفسخ العقد دون تعويض كل سنة في التاريخ الذي يصادف تاريخ سريان مفعوله بواسطة إخطار بالفسخ تتراوح مدته ما بين 30 و 90 يوماً و لا يمكن أن يعقل أجل الإخطار عن الحد الأدنى.

**رابعاً:** عند انعدام الإشارة إلى المدة أو كانت هذه الأخيرة غير واردة بحروف بارزة يعد العقد مكتتباً لمدة سنة (م6).

و يرى بعض الفقه خلافاً لذلك أن تحديد مدة عقد التأمين بصفة غير واضحة يجلب المدة غير نافذة في مواجهة المؤمن له و يمكنه بالتالي إنهاء العقد في أي وقت، لكن يبقى هذا الرأي محل نظر لمخالفته صراحة لنص المادة السادسة فقرة 3 من مدونة التأمينات.

**خامساً:** حول المشرع لكل من المؤمن و المؤمن له إمكانية الانسحاب من عقد التأمين داخل أجل (365) يوماً ابتداءً من تاريخ الاكتتاب باستثناء التأمين على الحياة و ذلك حرصاً على مصالح

المؤمن لهم بالدرجة الأولى و منعا من تورطهم في الالتزام بعقود طويلة الأجل

لذلك أعتبر المشرع هذه الرخصة من النظام العام لا يمكن للمؤمن له التنازل عنها.

**سادساً:** إن كلا من المؤمن و المؤمن له يملك حق فسخ العقد داخل أجل سنة من تاريخ إبرامه و لو كانت مدة العقد تفوق السنة و ودت بحروف جد بارزت، لكن بعد مضي أجل السنة و عدم استعمال أحد الطرفين لحقه في إنهاء العقد، فغن العقد يبقى ساري المفعول يستمر لسنة أخرى ما لم يكن قد تم الاتفاق على مدة تفوق السنة و وردت بحروف جد بارزة ، فلا يحق لأي من



الطرفين التحلل من العقق بع مرور أجل السنة، و إنما عليه الانتظار إلى حين انتهاء المدة الأصلية للعقد<sup>1</sup>.

سابعاً: في التأمين على الحياة يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط تأمين دورية أن ينهي العقد في أي وقت يشاء مع حقه في استرداد الرأسمال أو الإيراد المضمون.

و يرى بعض الفقه أن المؤمن له يتمتع بحق الإنهاء السنوي لعقد التأمين على الحياة بقوة القانون بحيث لا يحتاج إلى شرط خاص ليمتتع بهذا الحق غما بالنسبة لباقي عقود التأمين الأخرى فلا يستطيع ممارسة هذا الحق إلا إذا نص عليه في بنود العقد.

و ينبئ هذا الرأي عن سوء فهم لمقتضيات المادة السادسة من مدونة التأمينات ذلك أن رخصة الإنهاء السنوية يتمتع بها المؤمن له بقوة القانون دون حاجة إلى وجود نص خاص.

أما فيما يتعلق بالتأمين على الحياة فلا يمكن الحديث عن رخصة سنوية و غنما عن رخصة دائمة طيلة مدة العقد انسجاماً مع طبيعة هذا النوع من التأمين.

و من المهم الإشارة إلى كون رخصة الإنهاء السنوي بالنسبة للمؤمن له هي رخصة قانونية من النظام العام منحت له بقوة القانون، أما رخصة الإنهاء السنوي بالنسبة للمؤمن فهي رخصة اتفاقية أساسها وجود نص خاص في عقد التأمين و لا علاقة بها بالنظام العام.

### (ب): الامتداد القانوني للعقد

نصت المادة 7 من م.ت.ج على أنه إذا اتفق الأطراف على تمديد العقد بواسطة الامتداد المني وجب التنصيص على ذلك في العقد، كما يجب أن ينص هذا الأخير على أن مدة كل من الامتدادات الضمنية لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تتجاوز سنة واحدة.

و هذا الحكم يوفر حماية للمؤمن و المؤمن له في نفس الوقت، فعدم خطار المؤمن برغبة المؤمن له في عدم تجديد العقد يفيد بقاء العقد و بالتالي احتفاظ المؤمن بالمؤمن له كعميل من عملائه لمجرد

<sup>1</sup> - و هنا نعتقد أنه كان يجب على المشرع وضع حد أقصى لمدة عقق التأمين ليس فقط بالنسبة لتجديده، و إنما أيضاً لمدته الأصلية، و ذلك حماية للمؤمن له الطرف الضعيف من كل ارتباط طويل قد يمتد لعقد من الزمن رغم ما شابه من تعسف من تحديد المدة رغم أنها وردت بحروف جسد بارزة على توقيعها، و تتعرض مصالحه الاقتصادية للضياع بعوى أنه لم يباشر رخصة إنهاء العقد اخل السنة.

سكوته عن طلب التجديد صراحة بسبب نسيانه لموعد انتهاء هذه المدة، فضلا عن ذلك فغنه لا يجب أن يتخذ من التمديد وسيلة لربط المؤمن له بالتزام بعيد المدى مما جعل المشرع يقيد التمديد بشرط السنة.

و يعتبر كل اتفاق على تمديد العقد لأكثر من سنة باطلا و لا يصح إلا في حدود سنة لأن هذا المقتضى الحمائي من النظام العام.

و لا يحق للمؤمن له التحلل من العقد بعد موافقته على الامتداد الضمني له، لكن الملاحظ أن قانون التأمين الفرنسي يوفر حماية أقوى لهذا الأخير و يمنحه إمكانية إنهاء العقد بدون جزاءات شريطة إخبار المؤمن بذلك برسالة مضمونة حول موضوع.<sup>1</sup>

و يبدو أن مصطلح الامتداد الضمني للعقد غير دقيق<sup>2</sup> لأن العقد لا يتجدد تلقائيا و إنما بشرط خاص في العقد مما يجعله امتدادا صريحا للعقد (prolongation de contrat) و ليس تجديدا ضمنيا له (tacite de recondition).

و حتى نكون أمام حالة للامتداد الضريح للعقد لابد من توفر الشروط التالية:<sup>3</sup>

1/ أن يكون العقد عقد تأمين من الأضرار

2/ وجود شرط صريح في العقد

3/ أن يكون العقد المحدد المدة و إن لم يكن كذلك فإنه يعد مبرما لمدة سنة

<sup>1</sup> -الفقرة.2 من قانون رقم 67-2005 الصادر بتاريخ 28 يناير 2005 المتعلق بتعزيز و حماية المستهلك وأيضا ، ف 1-15-113 L من ق.ت.ف.

<sup>2</sup>-Picard et Besson, op cit, P. 276 note 163.

وأيضا، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 1355،

وكذلك، أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 376 و ما بعدها.

<sup>3</sup> -عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 1352؛ وانظر أيضا:

-أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 378؛

-محمد أوغريس، المرجع السابق، ص. 210.

-Jean Bigot et autres, op. cit, P. 533.

-Yvonne Lambert Faivre, op cit, P. 187.

## 4/ انتهاء المدة الأصلية للعقد

## 5/ عدم معارضة المؤمن ه لامتداد العقد

فإذا توافرت هذه الشروط امتد العقد من تلقاء نفسه لمدة سنة واحدة دون حاجة لاتفاق جديد أو أي إجراء آخر فلا يلزم تحرير وثيقة تأمين جديدة أو أية وثيقة أخرى و يميل الاجتهاد القضائي الفرنسي الحديث مدعما بالفقه إلى أن امتداد العقد يشكل عقدا جديدا<sup>1</sup> يأخذ تاريخيا مستقلا عن وقت الامتداد مما يستلزم توافر الأهلية من جديد.

## \* فسخ عقد التأمين

ينفسخ عقد التأمين إما بقوة القانون (أ) ، أو بإرادة المؤمن (ب) ، و أخيرا بإرادة المؤمن له (ج).

أ- الفسخ بقوة القانون<sup>2</sup>

يفسخ عقد التأمين بقوة القانون في الحالات التالية:

## الفقرة الأولى: التصفية القضائية للمؤمن

تنص المادة 27 فقرة 3 من م.ت.ج على أنه " في حالة التصفية القضائية للمؤمن ، ينتهي عقد التأمين بثلاثين (30) يوما بعد إعلان التصفية القضائية<sup>3</sup> ، يحق للمؤمن له المطالبة باسترجاع قسط التأمين المؤدى عن الفقرة التي لم يعد خلالها التأمين ساريا.

<sup>1</sup>-Jean Bigot et autres, op cit, P. 532.

1-Yvonne Lambert Faivre, op cit, P.187.

أنظر عكس هذا الرأي عند:

-Picard et Besson, op cit, P. 280.

-أحمد شرف الدين، المرجع سابق، ص. 380؛

-عبد الرزاق السنهوري، المرجع سابق، ص. 1358.

<sup>3</sup> -مع مراعاة الاحكام الخاصة، ذلك أنه في حالة التصفية القضائية للمؤمن في التأمين على الحياة يحصر يوم صدور حكم التصريح بالتصفية دين كل واحد من المستفيدين من العقود الجارية في مبلغ يعادل الاحتياطي الحسابي لكل عقد يتم احتسابه دون أي زيادة بناء على القواعد التقنية لتعريف الأقساط المعمول بها عند ابرام العقد (م 96 من م.ت.ج).

و بعد صدور الحكم بالتصريح بالتصفية القضائية<sup>1</sup> يتم إعلانه للعموم في صحيفة محول لها نشر الإعلانات القانونية و في الجريدة الرسمية داخل أجل ثمانية أيام من صدوره. كما يعلق هذا الإشهار من طرف كتابة الضبط بالمحكمة يدعى من خلاله الدائنين إلى التصريح بديونهم للسنديك.

و ابتداء من تاريخ هذا الإعلان يحتسب أجل الثلاثين يوما لانتهاء عقد التأمين. و لقد سعى المشرع على حماية مصالح المؤمن لهم و ذلك بضمان إعلامهم بوضعية التصفية القضائية التي توجد عليها مقاوله التأمين عن طريق الإشهار حتى يتسنى لهم البحث عن مؤمن آخ حتى لا يظلوا بدون تغطية مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية<sup>2</sup> فضلا عن حق ممارسة دعاويهم ضد المؤمن للمطالبة بإرجاع أقساط التأمين عن المدة التي لم يعد فيها التأمين قائما ما دام أن أقساط لا تدفع إلا في مقابل ضمان الخطر.

و بزوال هذا الضمان لم يعد لأداء الأقساط محل تفاديا لأي إثراء غير مشروع حسابهم. و من المهم الإشارة إلى أن المؤمن لا يتحلل من أي ضمان للخطر في حالة وقوع أي حادثة خلال كل من المدة السابقة للحكم للتصفية القضائية و مدة ثلاثين يوما المخصصة لإعلان هذه الوضعية، و يبقى وحده مسؤولا عنها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -تنص المادة 619 من مدونة التجارة المغربية على انه " تفتح مسطرة التصفية القضائية إذا تبي أو وضعية المقاوله أصبحت مختلفة بشكل لا رجعة فيه... و يؤدي الحكم القاضي بالتصفية القضائية إلى تخلي المدين بقوة القانون عن تسيير أموال و التصرف فيها، و حتى تلك التيامتلكها بأي وجه من الوجوه ما دامت التصفية القضائية لم تقفل بعد. يقوم السنديك بممارسة حقوق المدين و إقامة دعاوى بشأن ذمته المالية طيلة فترة التصفية القضائية...".

<sup>2</sup> -كتعرضهم لجزاء عدم التأمين بالنسبة للتأمين الإجباري على حوادث العربات البرية ذات محرك (م 120 م.ت.ج) و المحدد في الحبس من شهر (1) إلى ستة (6) أشهر و بغرامة من 1200 درهم إلى 6000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين (م 131 م.ت.ج).

<sup>3</sup> - و هكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2000/05/04: " إن وجود المؤمنة في حالة تصفية قضائية لا يعفيها من ضمان الحوادث التي تؤمنها و الواقعة أثناء سريان عقد التأمين ما دامت لم تشعر المؤمن له بإيقاف مفعول العقد و ترجع له باقي من القسط المؤدى". قرار عدد 1877 في الملف المدني عدد 1826/1/5/99.

مذكور عند: عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى للتأمين، من سنة 1998 - 2000، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،

و بانقضاء هذه الفترة يظل المؤمن له ملزما بالضمان<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: سحب الاعتماد الممنوح للمؤمن

طبقا للمادة (267 فقرة 1 م.ت.ج) يتوقف بقوة القانون في الساعة الثانية عشرة زوالا من اليوم العشرين (20) لنشر القرار الإداري<sup>2</sup> القاضي بحسب الاعتماد الممنوح لمقاوله التأمين وإعادة التأمين<sup>3</sup> بالجريدة الرسمية، أثر كل العقود التي أبرمتها هذه المقاوله، و يجب أن ترجع إلى المؤمن لهم الأقساط المتعلقة بالمدة الجارية من يوم الفسخ بقوة القانون إلى غاية تاريخ حلول الأجل المنصوص عليه في العقد.

و نظرا للآثار القانونية المترتبة على سحب الاعتماد أوجب المشرع في المادة 13 من مدونة التأمينات إخبار المؤمن له بها مقدما عبر وضع شرط خاص في العقد عند اكتتاب عقد التأمين، حتى يتسنى له البحث عن مؤمن آخر لكي لا يبقى بدون تغطية و أيضا حتى لا يتعرض لجزاء عدم التأمين كما هو الحال في التأمين الإجباري على حوادث العربات البرية حرك (م 120 م.ت.ج).

<sup>1</sup> - و يترتب عن اندماج الشركات انتهاؤها دون تصفية و انتقال مجموع ذمتها المالية للشركة المستفيدة في الحالة التي تكون عليها ذمتها المالية وقت الإنجاز النهائي للعملية (المادة 224 من قانون شركات المساهمة رقم 95/17)، و يعاب على المشرع المغربي عدم تنظيمه لمسألة اندماج شركات التأمين و أثر ذلك على حقوق المؤمن لهم خاصة من زاوية الحق في إخبارهم بالوضعية الجديدة.

<sup>2</sup> - إلا أن عقود التأمين البحرية و التأمينات على الحياة و التأمينات الزوجية أو المهيرية و الرسملة و تملك العقارات بواسطة تكوين إيرادات عمرية و تأمين القرض أو الكفالة تبقى خاضعة لشروطها العامة و الخاصة إلى غاية نشر القرار الإداري المنصوص عليه في الفقرة أدنته بالجريدة الرسمية. يمكن للقرار الإداري إما أن يحدد التاريخ الذي يتوقف فيه أثر العقود المبرمة و إما يخصص بتحويلها جزئيا أو كليا لمقاوله أو عدة مقاولات للتأمين، و يمكنه أن يمدد آجال تلك العقود أو أن يقرر تخفيض المبالغ المؤاة في حالة الحياة أو الوفاة و كذا الأرباح الممنوحة و قيم الاسترداد بحيث تقلص قيمة التزامات المقاوله إلى المبلغ الذي تسمح وضعيتها بتغطيته.

<sup>3</sup> - و يترتب سحب الاعتماد إما عن رفض المقاوله تقديم مخطط التقويم أو عدم التنفيذ داخل الأجل المحدد لمخطط التقويم الذي تم قبوله (م 258 م.ت.ج):

- إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك

- إذا كانت المقاوله لا تسير وفقا للنصوص التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل.

- إذا رفضت المقاوله اكتتاب تأمين على أخطار العربات المنصوص عليها في المادة 128 من هذا القانون

- إذا كانت المقاوله لا تستوفي الضمانات المالية المنصوص عليها في القسم الخامس من هذا الكتاب (م 265).

و تبقى الشركة موضوع سحب الاعتماد مسؤولة عن الأخطار الواقعة قبل هذا السحب و طيلة العشرين يوما المخصصة لإعلان هذه الوضعية، أما بعد ذلك فهي غير مسؤولة عنها لانفساخ عقد التأمين بقوة القانون<sup>1</sup> مع ما يترتب عن ذلك من تحلل المؤمن له من أداة الأقساط مع ثبوت حقه في استرجاع الأقساط المتعلقة بالمدة الجارية من يوم الفسخ بقوة القانون إلى تاريخ حلول الأجل المنصوص عليه في العقد.

و يترتب عن سحب الاعتماد كليا خضوع المقاوله للتصفية الإدارية (م 268 م. ت. ج) و لحماية المؤمن لهم و المستفيدين من عقود التأمين خلال مرحلة التصفية، منحهم القانون على أصول مقاولات التأمين و إعادة التأمين امتيازات خاصة و امتيازات عاما لاستيفاء حقوقهم بالأولوية على بعض الدائنين، لكي لا يضارون بمزاحمتهم و اقتسام الأصول بينهم.

و من المهم الإشارة إلى أن تفعيل المراقبة التي تجريها الدولة على مقاولات التأمين قصد التأكد من احترامها لأحكام القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه قصد التحقق من وضعيتها المالية الحقيقية الغرض منه الحرص على احترامها للالتزامات التي أبرمتها تجاه المؤمن لهم أو المستفيدين من العقود (المادتين 242 و 243 من م. ت. ج).

و لهذا الغاية أوجب المشرع على مقاولات التأمين و إعادة التأمين الإدلاء بجميع البيانات و التقارير و الجداول و كل الوثائق التي تمكن من مراقبة وضعيتها المالية و سير عملياتها و إصدار الأقساط أو الاشتراكات و تسوية الحوادث و تقييم الاحتياطات و تمثيلها في الشكل و داخل الآجال المحددة بنص تنظيمي.

<sup>1</sup> - و هكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2001/3/21: "يعد سحب رخصة مباشرة عقد التأمين سببا من أسباب انتهاء عقد التأمين، و هو في هذه الحالة يفسخ بقوة القانون.

تكون المحكمة قد أحلت بالمقتضيات المذكورة عندما قضت بقيام ضمان شركة التأمين تؤكد معطيات النازلة صحة الدفع الذي تمسكت به أمامها يكون الحادثة المطلوب التعويض عن الأضرار الناجمة عنها قد وقعت بعد سريان مفعول أصبح مفسوخا بقوة القانون منذ دخول ذلك القرار حيز التطبيق".

قرار عدد 510/2 ملف جنحي عد 9126/99؛ مذكور عند: حسن البكري، قضاء المجلس الأعلى في حوادث السير، مكتبة الرشد، سطات، ط 1، 2005، ص. 223.

و هذه المراقبة يمكن اعتبارها إجراء وقائيا لتفادي متاهات سقوط المقاولات في التصفية أو استمرارها في هذه الوضعية إضرار بالمؤمن لهم.  
و يجب أن تكون هذه القوائم و التقارير و الجداول و الوثائق مصدقا عليها من طرف مراقبي حسابات هذه المقاولات (م 245 من م.ت.ج).

#### الفقرة الثالثة: هلاك الشيء المؤمن عليه

تنص المادة 46 من مدونة التأمينات على انه "في حالة ضياع كلي للشيء المؤمن عليه نتيجة واقعة غير منصوص عليها في العقد ينتهي التأمين بقوة القانون و يجب على المؤمن أن يراجع للمؤمن له جزء قسط التأمين المؤدي و المتعلق بالمدة التي م يعد فيها ضمان الخطر ساريا.

ففي حالة هلاك كلي للشيء المؤمن عليه بعد إبرام عقد التأمين<sup>1</sup> بسبب حادث غير مذكور في العقد أو حادث غير مؤمن عليه يفسخ العقد بقوة القانون لاستحالة التنفيذ، لكون الخطر محل عقد التأمين لم يعد له وجود ، فينعدم التزام المؤمن بالضمان، و بالمقابل ينعدم التزام المؤمن له بأداء الأقساط ، لكن لا يجرمه من استرجاع الأقساط المقابلة للفترة التالية لتاريخ الفسخ من المؤمن.

#### الفقرة الرابعة: التسخير الناقل للملكية الشيء المؤمن عليه

يترتب عن التسخير النقال للملكية شيء كله أو بعضه و في حدود هذا التسخير فسخ أو تقليص نطاق عقد التأمين المتعلق بالشيء المسخر ابتداء من يوم انتقال ملكيته، غير أنه يمكن للمؤمن له الاتفاق على استبدال الفسخ بتوقيف آثار العقد بغرض استئناف العمل به لاحقا بالنسبة لأخطار مماثلة (م 33 فق 1 من م.ت.ج)

<sup>1</sup> - اما ثبوت هلاك الشيء المؤمن عليه قبل إبرام عقد التأمين فيجعل العقد باطلا لانعدام محله لأن تحقق الخطر أصبح مستحيلا و بالتالي انعدام أحد الشروط الواجب توافرها في الخطر و هو أن يكون غير محقق الوقوع.

و التسخير هو نظام بمقتضاه ينتزع من المالك للشيء ملكه مؤقتا قصد استغلاله لفائدة الدولة إلى حين انتهاء موجبات التسخير المتمثلة إما في وجود كارثة أو أزمة معينة أو بصفة عامة اقتضاء المصلحة العامة ذلك<sup>1</sup>.

و يجب على المؤمن له أن يشعر المؤمن بانتقال الملكية بواسطة رسالة مضمونة داخل أجل (30) يوما ابتداء من يوم علمه بذلك محمدا الأموال التي سملها التسخير و مصرحا عند الاقتضاء برغبته في توثيق العقد عوض فسخه، و في حالة عدم إشعار المؤمن داخل هذا الأجل يحق لهذا الأخير كتعويض الاحتفاظ بجزء من القسط المتعلق بالمدة الفاصلة بين التسخير و اليوم الذي أخبر فيه به. و حماية للمؤمن له أوجب المشرع في حالة الفسخ إرجاع المؤمن له جزء القسط المؤدي عنه مسبقا و المتعلق بالمدة التي لم يكن فيها ضمان الخطر ساريا بعد خصم مبلغ التعويض. و في حالة توقيف العقد يحتفظ المؤمن بهذا الجزء من القسط في دائنية المؤمن له مع ترتيب الفوائد عليه حسب السعر القانوني.

و لا شك أن ترتيب الفوائد على هذه الأقساط يشكل حماية معقولة إضافية للمؤمن له و يشجعه على توقيف العقد و عدم فسخه بالبقاء كزبون مع المؤمن و عدم قطع الصلة به بصفة نهائية ما دام أنه سيتقاضى مقابل الاحتفاظ بالأقساط.

### الفقرة الخامسة: تفويت عربة برية ذات محرك

في حالة تفويت عربة ذات محرك غير مرتبطة بسكة حديدية أو مقطورتها أو شبه مقطورتها يفسخ بقوة القانون عقد التأمين الخاص بالعربة المفوتة فقط و ذلك ابتداء من تاريخ تسجيل العربة باسم المالك الجديد و اذا تعلق الأمر بعربة لا تخضع للتسجيل يسري مفعول الفسخ ثمانية (08) أيام بعد تاريخ التفويت.

<sup>1</sup> - و من المهم الإشارة إلى أن المشرع المغربي، و بمقتضى مدونة الشغل الجديدة، قانون (65.99)، منع نظام السخرة بالنسبة للأجراء لأداء الشغل قهرا أو جبرا (المادة 10)، و ذلك انسجاما مع ما تقضي به الاتفاقية الدولية رقم 105 الصادرة عن منظمة العمل الدولية. للاطلاع على هذه الاتفاقية، يراجع موقع المنظمة على الانترنت:



في هذه الحالة يجب على المؤمن أن يرجع للمؤمن له جز القسط أو الاشتراك المتعلق بالفترة التي لم يعد ضمان الخطر فيها ساريا (م 28 من م.ت.ج)، و 12 من ش.ن.ع، للتأمين المتعلقة بتأمين المسؤولية المدنية عن العربات ذات محرك.

و تبدو معقولة سبب الفسخ في كون التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث العربات مرتبطة بحراسة المؤمن له للشيء موضوع التأمين<sup>1</sup>، فكان من الطبيعي أن يترتب عن تفويت العربة انتقال الحراسة للمالك الجديد مما يترتب عنه فسخ عقد التأمين بقوة القانون.

لكن يمكن للمؤمن و الممن له قبل بيع العربة الاتفاق. بموجب ملحق لوثيقة التأمين على تحويل الضمان إلى عربة يملكها المؤمن له.

و لم يفت المشرع التنصيص على أن التأمين يبقى ساريا بالنسبة للعربات الأخرى المضمونة بموجب العقد و التي بقيت في حيازة المؤمن له و لم تكن موضوع تفويت، و ذلك حماية للمؤمن له لأن الفسخ الجزئي أقل له و أكثر مراعاة لمصالحه و حقوقه، و عليه فإن كل فسخ كلي للعقد يعتبر غير مشروع و يترتب مسؤولية المؤمن له.

و يعتبر باطلا كل شرط بمقتضاه يحول للمؤمن حق فسخ باقي عقود التأمين المتعلقة بباقي العربات الأخرى سواء كانت موضوع عقد واحد أو كانت موضوع عدة عقود.

### ب-: الفسخ بإرادة المؤمن:

يفسخ عقد التأمين بإرادة المؤمن في الحالات التالية:

#### الفقرة الأولى: حالة عدم إداء قسط التأمين:

##### ● جزاء أداء قسط التأمين في غير التأمين على الحياة :

يؤدي قسط التأمين بموطن المؤمن أو الوكيل الذي عينه لهذا الغرض ما لم ينص العقد على خلاف

<sup>1</sup> - و هكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2004/4/7: "إن مناط الضمان أساسه المسؤولية المدنية لأن الأمر لا يتعلق بتأمين خاص حتى يمكن البحث في قيامه بمعزل عن المسؤولية المدنية للمؤمن له عن الحادثة". مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 62، ص 81.

ذلك<sup>1</sup>.

" و في حالة عدم أداء قسط التأمين أو جزء منه داخل العشرة (10) أيام الموالية لتاريخ حلول أجل استحقاقه و بصرف النظر عن حق المؤمن في المطالبة القضائية بتنفيذ العقد يحق للمؤمن توقيف الضمان عشرين (20) يوما بعد توجيه الإنذار إلى المؤمن له، و في الحالة التي يكون فيها القسط السنوي مجزأ فإن توقيف الضمان الناتج عن عدم أداء أجزاء اقسط التأمين تبقى آثاره سارية إلى غاية انصرام الفترة المتبقية من سنة التأمين، و في كل الحالات يؤدي القسط أو جزاؤه بموطن المؤمن بعد إنذار المؤمن له.

يحق للمؤمن فسخ العقد عشرة (10 أيام) بعد انصرام اجل العشرين يوما المشار إليها أعلاه (م 21 من م.ت.ج)<sup>2</sup>.

و هكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 31 يوليوز 1985 " إنه طبقا للقواعد العامة إذا حل أجل الدين أصبح المدين في حالة مطل و حق للدائن أن يطالبه بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد دون ضرورة إنذاره بذلك (الفصل 55 من ق.ل.ع).

<sup>1</sup> - و تعتبر شهادة التأمين وسيلة إثبات للوفاء بقسط التأمين و ليست فقط قرينة على ذلك، قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1981/5/15، رقم 164 في الملف الإداري رقم 66830، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 29، ص 15.

و خلافا لذلك اعتبر القضاء الفرنسي أن حيازة شهادة التأمين تعتبر قرينة على الوفاء؛ فؤاد معلال، مرجع سابق، ص. 62.

- و من المهم الإشارة إلى بعض المحاكم المغربية خالفت هذا الاتجاه و لم تعتبر عق التأمين وسيلة إثبات أو مجرد قرينة، و اكتفت بالتصريح، رغم وجود عقد التأمين، "أن المدعى عليه لم يستظهر بأي حجة تثبت أداء قسط التأمين المطلوب للمدعية، و هو الملزم بالإثبات، لذلك يتعين الحكم عليه"، قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء، صادر بتاريخ 2000/02/27، ملف رقم 9207/99/96، قرار 2000/141. غير منشور.

<sup>2</sup> - لو طبقنا القواعد العامة لوجب القول بأنه إذا امتنع المؤمن له عن دفع القسط أو تأخر عن دفعه لكان للمؤمن بعد إنذار المؤمن له في القانون المغربي بدون إنذار الفصل 259 من ق.ل.ع) أن يطلب قضاء إما التنفيذ العيني و إما الفسخ و هو ما يتحلل من التزامه بضمان الخطر المؤمن منه إلا إذا حصل على حكم بفسخ العقد و من الوقت الذي صدر فيه الحكم لأن التأمين عقد زمني لا يكون لفسخه أثر رجعي و لا يستطيع المؤمن وقف التزامه بمضمن الخطر و كل ما يستطيع في هذا السبيل هو أنه إذا تحقق الخطر و جب عليه التعويض جاز له أن يجبس مبلغ التأمين حتى يستوفي القسط أو الأقساط المستحقة و له أن يخصمها من هذا المبلغ كما سبق القول.

- و لا شك في ان هذه الإجراءات إذا كان المؤمن له يستطيع أن يستغل طولها و تعقيداتها لا تتلاءم إطلاقا مع مصلحة المؤمن و لا تتفق في الوقت ذاته مع التبسيط الواجب مراعاته في تسيير عجلة التأمين؛ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 1135 و ما بعدها.

ليس في قرار 28 نوفمبر 1934 المتعلق بالتأمين البري ( و لا حتى في مدونة التأمينات الجديدة الملغية له) ما يفيد أن المشرع عدل صراحة عن القواعد العامة في نطاق التأمين بالنسبة للتنفيذ العيني بأداء أقساط التأمين.

و الهدف من الإنذار<sup>1</sup> ليس هو إمكان مطالبة المؤمن له بالتنفيذ العيني للالتزام و إنما إيقاف مفعول عقد التأمين مؤقتا و المطالبة بفسخ العقد إن اقتضى الحال.

و نظرا لما فسخ عقد التأمين آثار خطيرة فقد عدل المشرع إليه عن القواعد العامة و اشترط توجيه إنذار منظم تنظيما خاصا يؤدي إلى إيقاف مفعول التأمين و المطالبة بالفسخ إن اقتضى الحال<sup>2</sup>، و ذلك لحماية المؤمن له من كل فسخ تعسفي لعقد التأمين<sup>3</sup>.

و لا يصير الفسخ ساري المفعول إلا إذا لم يؤد القسط أو الجزء من القسط قبل انصرام أجل العشرة (10) أيام و يصير الفسخ الذي يجب تبليغه للمؤمن له بواسطة رسالة مضمونة ساري المفعول في نهاية اليوم الثلاثين (30) الموالي لتاريخ توجيه رسالة الإنذار غير أنه عندما يكون الإنذار موجها خارج المغرب لا يصير الفسخ ساري المفعول غلا في نهاية اليوم الخمسين (50) يوما الموالي لتاريخ توجيه الرسالة المذكورة.

و حساب الأجل من وقت الإرسال يظل مسألة متقدمة لكون العبرة يجب أن تكون بالعلم أي

<sup>1</sup> -فالتاريخ المثبت على الرسالة المضمونة من طرف إدارة البريد هو المعبر في حساب أجل الإنذار بالفسخ و يعتبر الإنذار صحيحا بفرض المؤمن له التسليم أو رجوع الرسالة بوجود خطأ في العنوان أو في اسم المؤمن له.

<sup>2</sup> -مذكور عند عبد العزيز توفيق، محمد أفرкос، قضاء المجلس الأعلى في التأمين خلال أربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة، 1999، ص 233.

<sup>3</sup> -بحيث لا يمكن أن يعتبر مجرد عدم أداء المؤمن له لأقساط التأمين أو عدم مطالبة المؤمن بما فسحا للعقد، ذلك أن الفسخ لا يقع إلا بوجود اتفاق خاص أو اتباع الإجراءات القانونية المنظمة له. انظر في ذلك:

-Civ 1ère civ 23 septembre 2003, Chambre civile 1, n° de pourvoi 00-12781.

-Dalloz 2003, TR 2545 RC et ass, 2003, n° 337, JCP 2003, G, IV 2768.

و في نفس الاتجاه جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء، صادر بتاريخ 2000/02/23 ما يلي " و حيث إنه لا دليل بالملف على ان المدعى عليه ق فسخ عقد التأمين مع المدعية مما يستنتج أن العقد ظل قائما و أن المعني عليه قد كان مضمونا من طرف المدعية طيلة المدة المطلوبة بالمقال.

و حيث إن العقد المذكور قد أبرم بين طرفين الدعوى لمدة محددة و أن الطرف الذي يرغب في فسخ عليه أن يشعر الطرف الآخر برغبته برسالة مضمونة قبل انتهاء العقد"، قرار رقم 2000/1416، ملف رقم 6/99/9207، غير منشور.

بالتوصل بالإندار بالفسخ لأن مدة العشرين يوما قد لا تكفي لحصول عملية التبليغ<sup>1</sup>.

و تتجلى الحماية التي خولها المشرع للمؤمن في نظام الفسخ:

**1/** وجوب تضمين الإنذار بالفسخ بيانات معينة فيجب أن يذكر مقدار القسط المستحق و تاريخ استحقاقه حتى يتبين المؤمن له ماذا يطل منه دفعه و هذا بيان بديهي بل هو الغرض الأساسي من إرسال الرسالة المضمونة، و يجب ثانيا ان يذكر ان المقصود بهذا الكتاب أن يكون إنذارا للمؤمن له بالدفع حتى يتبين هذا الأخير أن هذا الكتاب ليس مجرد مطالبة بسيطة بالقسط بل هو إنذار ترتب عليه نتائجه<sup>2</sup> و يجب أن يذكر فيه ما هي النتائج المترتبة على الإنذار و المتمثلة في وقف عقد التأمين بعد انقضاء عشرين يوما بعد توجيه الإنذار إلى المؤمن له و جواز فسخه بانقضاء عشرة أيام بعد انصرام أجل العشرين يوما إذا ماطل متخلفا عن الدفع.

و لعل تنصيب المشرع على وجوب تضمين المادة 21 من م.ت.ج في صلب الإنذار للدليل على أهمية إخبار المؤمن له بخطورة الجزاءات المترتبة على عدم أداة قسط التأمين<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> -فالتاريخ مثبت على الرسالة المضمونة من طرف إدارة البريد هو المعتب في حساب أجل الإنذار الفسخ، و يعتبر الإنذار صحيحا برفض المؤمن له التسليم أو رجوع الرسالة بعبارة كون العنوان ناقص أو مجهول، لكن رجوع الرسالة المضمونة بعبارة "غير مطلوب" لا يفيد التوصل كما استقر على ذلك المجلس الأعلى (قرار رقم 23 س.1) الصادر بتاريخ 27 ديسمبر محتويا على رسالة الإنذار حتى ينتج آثاره القانونية (قرار رقم 681 الصادر بتاريخ 27 ديسمبر كما أن باث الإنذار هو الملزم بإثبات توصل المدعي عليه به فعليا، و بأن ظرف التبليغ كان محتويا على رسالة الإنذار حتى آثاره القانونية (قرار رقم 681 الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الغرفة التجارية بتاريخ 1983/04/22 ملف رقم 1940/82 المذكورين عند حسن البكري: إشكالات قانونية في التبليغ من خلال العمل القضائي، ط1، 2003، مكتبة الرشاد، سطات، ص.57. وأيضا ص.111.

<sup>2</sup> -عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.1311.

<sup>3</sup> - و نشير إلى أن إصدار الورقة التجارية لاسيما الشيك باعتباره مستحق الأداء عند الاطلاع لا يعد وفاء مبرئ لذمة الساحب ما دام أنه معلق على شرط التحصيل و لا يعني كذلك إلا باستلام المستفيد لقيمته من المسحوب عليه (طعن مصري رقم 2227 سنة 57 جلسة 1989/2/27)؛ أحمد حسين، قضاء النقص التجاري في خمسين عاما، مطبعة أطلس، 1992، ص.99.

و خلافا لذلك ، لم يكن المجلس الأعلى موقفا حينما اعتبر في قراره الصادر بتاريخ 77/2/16 أن عدم وجود رصيد بالشيك لا يمنع عقد التأمين من إنتاج أثره و لا يمكن التحلل من العقد إلا عن طريق إبطاله في حالة ثبوت سوء نية المؤمن له (قرار رقم 110، ملف مدني عدد 49706، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين، المادة المدنية، 1958-1996، طبعة 1997، ص.57)، ذلك أنه لا يترتب عن عدم أداء قسط التأمين بطلان العقد و إنما يترتب عنه فسخه بعد اتباع الإجراءات و الأشكال المحددة قانونيا و لا عبرة بحسن أو سوء نية المؤمن له.

و جاء في قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2002/01/22 ما يلي:

« lorsqu'un assureur encaisse le montant d'une prime, il résulte de l'article 1315, al.2 du code civil, que c'est à lui de rapporter la preuve, pour s'exonérer de son obligation de garantie, que

12/ إخبار المؤمن له بحالات و شروط الفسخ في عقد التأمين (م 12 من م.ت.ج) حتى يعرف مقدما مختلف الحالات التي منش أنها أن تؤثر على حقوقه و منها الحق في الضمان.

13/ يعتبر كأن لم يكن كل شرط من شأنه تخفيض آجال الإنذار بالفسخ أو إعفاء المؤمن نفسه من توجيه الإنذار و ذلك تحريما لكل الاشتراطات التعسفية التي كانت تضعها شركات التأمين فتسير لنفسها الإجراءات تيسيرا شديدا بحيث يصبح المؤمن له تح رحمة المؤمن، من ذلك أن تشترط إعفائها من الإنذار و عدن تقييدها بمدته أو حقها في تخفيض آجال الإنذار بالفسخ مما يترتب عنه مفاجأة المؤمن له بضياح حقه في التأمين في أمد قصير.

14/ يعتبر كل شرط من شأنه أن يلزم المؤمن له بدفع الأقساط عن مدة الوقف مقابل تحلل المؤمن من الضمان خلال هذه المدة تعسفا و يقع باطلا لانعدام مقابل أداء القسط الذي هو الضمان فيكون التزام المؤمن له بدون سبب، و يكون المؤمن مثرى على حسابه بدون سبب.

و لا يمكن اعتبار هذا الشرط بأنه شرطا جزائيا صحيحا أي بمثابة تعويض عن إخلال المؤمن له بالتزامه بدفع قسط التأمين كما يرى بعض الفقه<sup>1</sup> لأن شروط صحة الشر الجزائي أن يكون مطابقا للقانون و حاليا من التعسف، و لا شك أن المشرع اعتبر في مدونة التأمينات شرط قابلية القسط للتجزئة من النظام العام فضلا عن ذلك فإنه لا يمكن في نطاق عقد التأمين فرض جزاءات أقصى ممار فرضه المشرع حماية للمؤمن له و ذلك كنتيجة لسيطرة الجزاءات القانونية في قانون التأمين و انحلال أو تراجع مفهوم الجزاءات الاتفاقية.

و الملاحظ أن العقد غير المفسوخ يستأنف آثاره في المستقبل على الساعة الثانية عشرة زوالا من اليوم الموالي لليوم الذي تم فيه دفع القسط المتأخر للمؤمن أو للوكيل المعين من طرفه، أو في حالة

le chèque de règlement lui serait parvenu postérieurement à la réalisation d'un sinistre survenu au cours d'une période de suspension de la garantie, conformément à l'a.

L113-3 du code des assurance ».

Cass civ. I 22 janvier 2002, 99-10..078, cahiers de jurisprudence de la tribune de l'assurance, VII.

<sup>1</sup> -عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 1306 هامش رقم 3.

تجزئة القسط السنوي أجزاء القسط التي كانت موضوع الإنذار و تلك التي حل أداؤها خلال مدة التوقيف و كذا إن اقتضى الحال مصاريف المتابعة و التحصيل.

### ● جزاء عدم الوفاء بالقسط في التأمين على الحياة

انطلاقاً من الطبيعة الخاصة للتأمين على الحياة باعتباره و على خلاف التأمينات الأخرى يقوم على مفهوم الرسملة أي تجميع الأقساط التي يدفعها المؤمن له دورياً على امتداد سنين عديدة و إضافة الأرباح المحققة من استثمارها إلى الرأسمال الناتج عن ذلك حتى إذا ما تحققت الواقعة الممن منها دفع للمستفيد مبلغ التأمين في شكل رأسمال أو إيراد دوري يكون قد ورعي في تحديده منذ البداية الأقساط و الأرباح المتوقعة من استغلالها، فإنه لم يكن ممكناً إخضاع عدم أداء الأقساط فيه إلى الجزاء العام (جزاء الفسخ) الذي قرره المشرع بالنسبة لباقي التأمينات، لأن ذلك يعني تمكين المؤمن من فسخ العقد و الاحتفاظ من تم بالرأسمال الذي جمعه لحساب المؤمن له<sup>1</sup> و هو ما لا يقبله المنطق. و عليه، فالقاعدة في جميع التشريعات المقارنة أن دفع القسط في التأمين على الحياة اختياري و لي إجباري لأن هذا التأمين يعد مثابة تدبير توقعي إرادي حر acte de prévoyance لأنه لو كان دفع القسط إجبارياً لما أقدم أحد على التأمين على حياته لأنه غالباً ما يبرم لمدة طويلة و يكون القسط عادة مرتفعاً، و قد يصبح المؤمن له عاجزاً عن سداد الأقساط<sup>2</sup> لذلك كان الأحسن أن

<sup>1</sup> - فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 65.

<sup>2</sup> - راجع في هذا المعنى:

-M. Picard et A Besson, les assurances terrestres en droit français, tome premier, le contrat d'assurance, 4<sup>ème</sup> édition, par André Besson, LDGJ Paris, 1975, P. 172.

-André Favre Rochex & Guy courtier, le droit du contrat d'assurance terrestre, Préface de Hubert Groutel- Faibre, op cit, P. 790.

-عبد الرزاق السنهوري، عقد التأمين و الغرر، مرجع سابق، ص 1486.

-رمضان أو السعود، أصول التأمين، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط2/2000، ص 505 و ما بعدها

-عادل سيد فهميم، المرجع السابق، ص. 159.

El hansali Basso, l'assurance-vie dans le contexte marocain, Ed Khattabi, 1990, p 55.

Hatimy farid, les assurances de personnes au Maroc à l'heur de la mondialisation. Ed Maghrebine, Casablanca, 2000, p. 79.

يعطي له فرصة لتقدير مركزه المالي، و تقدير ما إذا كان من مصلحته الاستمرار في العقد أو إنهائه حماية لحقوقه و مصالحه الاقتصادية.

و هكذا جاء في المادة 85 من م.ت.ج أنه ليس للمؤمن أي وسيلة لإجبار المكتتب على أداء الأقساط، و إذا لم يؤد قسطا أو جزء منه داخل العشرة (10) أيام من استحقاقه يوجه المؤمن إلى المكتتب رسالة مضمونة مع أشعار بالتوصل يخبره بأنه بعد انتهاء أجل عشرين (20) يوما من تاريخ توجيه هذه الرسالة فإن عدم أداء هذا القسط أو الجزء منه و كذا الأقساط التي يكون استحقاقها ق حل خلال الأجل المذكور يؤدي إما لفسخ العقد في حالة انعدام أو عدم كفاية استرداد رأس المال أو إيراد المضمون و إما لتخفيض رأس المال أو الإيراد المذكورين (م 86 من نفس القانون).

و في عقود التأمين في حال الوفاة المبكرة لدى حياة المؤمن له دون شرط البقاء على قيد الحياة و في جميع العقود التي تؤدي بموجبها المبالغ أو الإيرادات المؤمن عليها بعدد محدد من السنوات لا يترتب على عدم دفع قسط التأمين إلا تخفيض رأس المال أو الإيراد المضمون رغم كل اتفاق مخالف شريطة أن يكون قد تم أداء ثلاث أقساط سنوية على الأقل (م 87).

لكن بالنسبة للتأمينات المؤقتة في حالة الوفاة فإنها غير قابلة لتخفيض رأس المال أو الإيراد المضمون. و إذا كان المشرع قد تولى حماية المصالح الاقتصادية للمؤمن له انطلاقا من قاعة اختيارية أداء القسط، فإنه و تدعيما لهذه الحماية لم يترتب على عدم دفع قسط التأمين إلا تخفيض رأس المال أو الإيراد بحيث يعد كل اتفاق على التنازل عن الرأسمال أو الإيراد كان لم يكن في حالة ثبوت كفاية قيمة الرأسمال أو الإيراد المضمون.

و لضمان إخبار صحيح و كامل للمؤمن له حتى يتعاقد عن بنية و تبصر نصت المادة 88 من م.ت.ج على أنه يجب أن تبين شروط تخفيض رأسمال أو الإيراد المضمون في العقد بطريقة تمكن المؤمن له في كل حين معرفة المبلغ المخفض الذي سيؤول إليه رأس المال أو الإيراد المضمون في حالة التوقف عن دفع الأقساط.

كما نصت المادة 89 من نفس القانون بأنه يجب أن تكون شروط الاسترداد مبنية في العقد حتى يتسنى للمتعاقد في كل حين معرفة المبلغ الذي هو من حقه.

و يمتاز الالتزام بالإخبار في عقد التأمين على حياة انه التزام سنوي ممتد في الزمان. وهكذا أوجب المشرع على المؤمن بان يبلغ المكتب سنويا بواسطة رسالة مضمونة المعلومات التي تمكن من تقييم التزاماتها المتبادلة، و يجب أن يكون هذا الإبلاغ موضوع شرط خاص في العقد.

**الفقرة الثانية: حالة الكتمان أو الإدلاء بتصريح كاذب من قبل المؤمن له**

**أولاً: في غير التأمين على الحياة:**

سنتعرض في البداية لنظام الإفصاح التلقائي قبل تقييمه من وجهة نظر الحماية اللازم توفيرها للمؤمن له.

**1/ عرض لنظام الإفصاح التلقائي:** يلزم المؤمن له بأن يصرح بالضبط عند إبرام العقد بكل الظروف المعروفة لديه<sup>1</sup> و التي من شأنها أن تمكن المؤمن من تقدير الأخطار التي يتحملها، كما يقع على عاتقه بأن يوجه للمؤمن في الآجال المحددة في العقد التصريحات التي قد تكون ضرورية للمؤمن من أجل تحديد قسط التأمين إذا كان هذا القسط متغيراً (م 20 م.ت.ج). و هو يلتزم بذلك عند التعاقد، و كذا أثناء سريان العقد بالنسبة للظروف المستجدة أو المغيرة للخطر.

<sup>1</sup> - فمثلاً في التأمين على الحياة يلزم المؤمن له بذكر كافة الوقائع و الظروف التي تؤثر في صحته و مستقبل حياته كأن يدلي بملفه الصحي، و في التأمين من السرقة مثلاً يلتزم المؤمن بذكر حوادث السرقة التي تعرض لها المكان من قبل، و في التأمين من الحريق يلتزم المؤمن به بذكر الظروف التي تؤثر على وقوع الحريق مثل إنشاء محطة بتزين بجوار المحل المؤمن عليه أو أي محل لبيع مواد مشتعلة أو قابلة للاشتعال.

و قد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 200/5/10:

" إن مقتضيات الفصل 20 من الشروط النموذجية لعقد التأمين تتعلق بالأخطار التي تساعد المؤمن على تقرير تعريفه التأمين، المحكمة التي لم تعتبر عدم التصريح بحوادث سابقة لا يدخل ضمن ما يقتضيه الفصل 20 المذكور تكون قد ركزت قرارها على أساس قانوني صحيح و لم تحرق الفصل المذكور".

-قرار عدد 919/2، ملف جنحي عدد 18832/96، ص. 94.



و الهدف من هذا التصريح أو الإعلان إخبار المؤمن بهذه الظروف و تبصيره بها حتى يستطيع على ضوء ذلك قبول أو رفض التأمين او تحديد قسط التأمين الملائم و تبعا لمدى جسامة الخطر على ضوء تقدير الاحتمالات و قانون الكثرة.

و رتبت المادة 30 من م.ت.ج بطلان عقد التأمين في حالة الكتمان أو الإدلاء بتصريح كاذب من قبل المؤمن له متى ساهم في تغيير موضوع الخطر او النقص من أهميته في نظر المؤمن و لو لم يكن للخطر الذي أغفله المؤمن له أو غير طبيعته تأثير على الحادث. فالمشرع و حماية للمؤمن له من هذا الجزاء القاسي و المتمثل في بطلان العقد حدد مجموعة من الضمانات القانونية الكفيلة بحمايته من خلال:

-تحديد نطاق الإعلان بالبيانات الخاصة بالظروف التي تمكن المؤمن من تقدير الخطر و المعلومة من طرف المؤمن له، أما إذا كان يجهل هذه الظروف فإنه يعفي من الالتزام بالإخبار، فمن أركان الالتزام بالإخبار كما أسلفنا،<sup>1</sup> علم المدين بالمعلومات و البيانات و بأهميتها بالنسبة للمتعاقد الآخر، و هذه القاعدة تقتضيها قواعد المنطق و العدالة لأنه لا يمكن إلزام الشخص بالتصريح بشيء لا يعلمه و لا يفترض علمه به و لم يثبت في حقه أي تقصير في الاستعلام عنها.

-يقع على عاتق المؤمن إثبات درجة تأثير البيانات الخاصة بالظروف التي لم تعلن على الوجه الحقيقي على فكرة الخطر لديه و على قراره بشأن التأمين.<sup>2</sup>

-لا يؤدي الإغفال أو التصريح الخاطئ من طرف المؤمن له الذي لم تثبت سوء نيته إلى بطلان التأمين، و إذا كان المؤمن له شخصا معنويا فحسن أو سوء نيته يجب أن تقدر بالنظر لشخص المسير القانوني أو الفعلي له.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-راجع ما سبق، ص.111.

<sup>2</sup>-و هكذا جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية:

« les juges du fond ne donnent pas de légale à leur décision s'ils annulent le contrat en se bornant à relever une déclaration inexacte et sans rechercher si celle-ci aurait été de nature à modifier l'opinion que la compagnie d'assurance pouvait se faire du risque à assurer ». RGAT 1999,P. 30.

<sup>3</sup>-Cass civ, I 6 avril 2004, 01-03-494 ; Dalloz 2004, IR, 1425.

و يقع على عاقت المؤمن إثبات سوء نية المؤمن له<sup>1</sup>.

و الملاحظ أن هناك فرقا بين جهل المؤمن له لواقعة تتعلق بالخطر و بين أن يكون حسن النية. فحسن النية لا يعني ان يكون جاهلا بالواقعة بل يعني أن يكون عالما بها و لكن أهمل في تقديمها دون أن يقصد بذلك غش المؤمن أو الإضرار به، فإهماله صادر عن اكتراث لا عن سوء نية، و المؤمن له حسن النية لا يعني من الالتزام بتقديم البيان الذي يعلمه و لكن إخلاله بهذا الالتزام يستوجب جزاء أخف من جزاء الإخلال بالالتزام عن سوء نية، أمام المؤمن الذي يجهل الواقعة يكون معذورا في جهلها فإنه يعفي أصلا من تقديم بيان بشأنها<sup>2</sup>.

و انطلاقا من هذا المفهوم السابق يكون الجهل أقل خطورة و أقل أثرا من حالة سوء النية، و طالما أن سوء النية مفترض فإننا نعتقد أن عدن العلم بالمعلومة أيضا هو أمر مفترض و بالتالي فعلى المؤمن إذا ادعى علم المؤمن بالبيان الناقص أن يقيم الدليل على هذا العلم و حاصله أنه كان حسن النية أمرا مفترضا فإن الجهل بالمعلومة أولى من الافتراض<sup>3</sup>.

و إذا كان إخفاء المؤمن له للبيانات أو التصريح الخاطئ أو الكاذب بسوء نية يجعل عقد التأمين باطلا و يخول للمؤمن حق الاحتفاظ بأقساط التأمين المدفوعة و المطالبة بالأقساط المستحقة التي لم تدفع كتعويض عن الخسائر التي لحقت من جراء سوء نية المؤمن له، فإن حسن النية هذا الأخير لا يخول له إلا الخيار بين الإبقاء على العقد مع زيادة القسط شريطة قبول المؤمن له بذلك أو فسخ

<sup>1</sup> - كما جاء في قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ:

« Il appartient aux juges du fond d'apprécier la mauvaise foi de l'assuré dont la preuve incombe à l'assureur ». RGAT 1997, P. 123. Note Kullmann.

كما جاء في قرار صادر عن مجلس الأعلى بتاريخ 76/1/9:

"لا بد من إثبات عنصر سوء النية في التصريح الكاذب أو الكتمان عند إبرام عقد التأمين و إعتبر التأمين صحيحا".

- قرار عدد 2 ملف مدني عدد 23182 ص 106. مذكور عند عبد العزيز توفيق، محمد افركوس، المرجع السابق، ص. 106.

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 78/6/16: " لا يقبل الدفع بسوء نية المصريح في عقد التأمين إذا لم يعزز بسند لإثباته، استنتاج سوء النية مسألة واقعية لا رقابة للمجلس الأعلى عليها".

- قرار عدد 299 ملف مدني عدد 5203، مذكور عند عبد العزيز توفيق، محمد افركوس، المرجع السابق، ص. 134.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 1245.

<sup>3</sup> - سهير منتصر، الالتزام بالإدلاء ببيانات الخطر و تفاقمه في عقد التأمين، دار النهضة العربية، د.ن.ط، د.س.ن، القاهرة، مصر، ص. 52 و ما بعدها.

العقد<sup>1</sup> بعد عشرة أيام من توجيه الإشعار إلى هذا الأخير بواسطة البريد المضمون مع إرجاع الجزء من القسط الذي يقابل المدة التي لم يعد فيها التأمين قائما تفاديا للإثراء بلا سبب على حساب المؤمن له.

و الملاحظ أنه إذا تمت معاينة هذا الإغفال أو التصريح الخاطئ قبل أي حادث يحق للمؤمن إما الإبقاء على العقد مقابل زيادة في القسط يقبله المؤمن له و إما فسخ العقد عشرة (10) أيام بعد تبليغ المؤمن له بذلك بواسطة رسالة مضمونة مع إرجاع جزء القسط المؤمن عن الفترة التي لم فيها التأمين ساريا.

- لا يمكن الاحتجاج بسقوط الحق الناشئ عن عدم القيام بالإعلام داخل الآجال بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ الغير.

و في الحالة التي لم تتم فيها المعاينة إلا بعد الحادث يخفض التعويض تناسبيا بين نسبة الأقساط المؤداة و نسبة الأقساط التي كان من المفروض أن تؤدي لو صرح بالإخطار الكاملة و بدقة.

## 2/ تقييم الحماية:

إن المشرع المغربي على عكس نظيره الفرنسي لم يأخذ بنظام استجواب المؤمن له عبر نظام الأسئلة و إنما أخذ بنظام الإفصاح التلقائي كنظام تقليدي و منتقد كأساس لتحديد نطاق الالتزام بالإدلاء ببيانات الخطر.

و من مزايا الأسلوب الحديث أنه يسهل الأمر على المؤمن له، و يخلي مسؤوليته أمام شركة التأمين ما دام قد أجاب على الأسئلة بأمانة و بغير غش<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- و هكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1970/6/4: " إذا لم تقم حجة على سوء نية المؤمن له لا يمكن أن يترتب بطلان التأمين عن الإغفال أو الصريح غير الصحيح و لكن يترتب عنه حسب الأحوال إما الزيادة في وجية التأمين او فسخ الوثيقة أو التخفيض من التعويض". قرار جنائي عدد 705، مذكور عند عبد العزيز توفيق، محمد افرкос، مرجع سابق، ص 56.

<sup>2</sup> لكن لا يمكن إغفال التحايل الذي تقوم به بعض مقاولات التأمين من خلال طح أسئلة غير دقيقة لتبرير الخطأ في جواب المؤمن له. للمزيد من التعمق حول هذا الموضوع، يراجع:

-Luc Mayaux, éthique et offre d'assurance, Rapport au colloque de l'association internationale des établissements Francophones de Formation à l'assurance (AIEFFA), Casablanca, 27-28 avril 2000, RGDA, n° 2, P. 453.

يضاف إلى ذلك أن المؤمن هو شركة خبيرة بشؤون التأمين و أكثر إلماما من المؤمن له بالظروف المؤثرة في الخطر و مساهمته، لذلك فإن ما تضمنه من أسئلة إنما يتم إعداده بأسلوب فني يغطي المسائل الهامة التي تعني الشركة بمعرفتها<sup>1</sup>.

و يساهم هذا الأسلوب أيضا في ضمان تقدير موحد للظروف المؤثرة في الخطر، ذلك أن مجرد عدم الجواب على سؤال محدد و واضح بشأن بيانات الخطر تجعل المؤمن له مخلا بالتزامه بالإخبار بصرف النظر عن حسن أو سوء نيته.

فالمؤمن لهم يجهلون تقنية التأمين و لا يستطيعون تحديد الظروف خاصة الشخصية التي تهم المؤمن بالإضافة إلى ذلك فإن الإفصاح التلقائي عن ظروف الخطر يطرح صعوبة إثبات سوء النية، لهذا السبب و جهة لجنة الشروط التعسفية انتقادا عنيفا لهذا النظام ما دام أن المؤمن له ليس برجل تقني في ميدان التأمين و لن يمكنه أن يعلم بجميع الظروف التي تؤثر على فكرة الخطر لدى المؤمن.<sup>2</sup>

هذه التوصية كان لها صدى إيجابي على التشريع الفرنسي بحيث هجر نظام الإفصاح التلقائي نظرا لسلبياته و أخذ بنظام استجواب المؤمن له عبر طرح أسئلة محصورة و محددة Questionnaire limitatif et précis و أن كل سؤال عام و غير محدد<sup>3</sup> يسأل عنه المؤمن باعتباره المخل بالصياغة الدقيقة و الواضحة للعق و يعفي المؤمن له من كل مسؤولية عن جواب غير محدد و غامض بشأنه. و المأمول أن يتدخل المشرع مستقبلا لتبني هذا النظام الحديث لأنه فضلا عن واقعيته و عدالته يحقق حماية للطرف الضعيف في عقد التأمين.

كما أن بطلان عقد التأمين و لو لم يكن للخطر الذي أغفله المؤمن له تأثير على الحادث جزاء يتسم ببالغ القسوة في حق المؤمن له لأنه طبقا لقانون الإحصاء يحدد القسط تبعا لدرجة احتمالات وقوع الحادث المؤمن له، فإذا لم يكن للخطر موضوع الإغفال أو الكتمان أثر على وقوع الحادث

<sup>1</sup> - سهير منتصر ، المرجع السابق، ص 36.

<sup>2</sup>Yvonne Lambert- Faivre op, cit, P. 27 et suiv.

<sup>3</sup> و هكذا نصت المادة L.112.3 من قانون التأمين الفرنسي:

« Lorsque avant la conclusion du contrat l'assureur a posé des questions par écrit ou par tout moyen, il ne peut se prévaloir du fait qu'une question exprimée en termes généraux n'a reçu qu'une réponse imprecise ».

فإن هذا يعني أنه لم يكن ذات أهمية و لم يؤثر على قرار المؤمن بشأن تحديد القسط و بالتالي قبول التأمين.

و البطلان يحتج به على الكافة و خاصة كل من له حق على عوض التأمين كالمستفيد و المحال عليه و الدائن المرتهن، كما أن الأصل أيضا هو الاحتجاج بهذا البطلان على المضرور في التأمين عن المسؤولية بصفة عامة، و مع ذلك لا يحتج بهذا البطلان على المصاب المضرور في التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات<sup>1</sup>.

### ثانيا: في التأمين على الحياة:

نصت المادة 95 من م.ت.ج. على أنه في حالة الكتمان أو التصريح الكاذب فإن المؤمن يدفع للمتعاقد أو في حالة وفاة المؤمن له للمستفيد مبلغا يساوي الاحتياطي الحسابي للعقد. كما نصت المادة 94 من نفس القانون على أنه " لا يترتب على الغلط في سن المؤمن له بطلان التأمين إلا إذا كانت سنه الحقيقية توجد خارج الحدود الموضوعية لإبرام العقود حسب تعريفات المؤمن.

في أية حالة أخرى إذا كان القسط المدفوع أقل من القسط الذي كان من الواجب أدائه ناتجا عن غلط يتعلق بسن المؤمن له يخفض رأس المال أو الإيراد المؤمن عليه تناسيبا بين القسط المحصل و القسط الملائم للسنة الحقيقية للمؤمن له، أما إذا حدث عكس ذلك و دفع قسط جد مرتفع بسبب غلط في سن المؤمن له يتعين على المؤمن أن يرجع بدون فوائد جزء القسط الزائد الذي توصل به. و هكذا يمكن تحديد ملامح و أوجه حماية المؤمن له من خلال أنه:

- لا يترتب على بطلان العقد في حالة الكتمان أو التصريح الكاذب بشأن إعلان الخطر أن تبقى الأقساط المؤداة كسبا للمؤمن الذي له الحق في تحصيل كل الأقساط المستحقة على سبيل التعويض

<sup>1</sup>- و قد اكد ذلك المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 1970/3/15:

"إن جهل المؤمن له بالشرط الذي يحتم عليه بأن يصرح للمؤمن بكل تبديل أو تغيير في المجازفات التي تدخل في استعمال الشاحنة لا يمكن أن يعارض به ضحايا حادثة أو من يقوم مقامهم، لأن شركة التأمين تحتفظ بحقها في أن تسترجع من المؤمن له النصيب من التعويض الذي يمكن ان تكون قد ادته زائدا".

-قرار جنائي عدد 392 ، مذكور عند عبد العزيز توفيق ، محمد افركوس ، المرجع السابق ، القاهرة، ص. 56.

و إنما يقع لزاما على عاتقه أن يدفع للمتعاقد أو في حالة وفاة المؤمن له للمستفيد مبلغا يساوي الاحتياطي الحسابي للعقد.

- أن الغلط في سن المؤمن لا يترتب عنه بطلان التأمين إلا إذا كانت سنه الحقيقية توجد خارج الحدود الموضوعية لإبرام العقود حسب تعريفات المؤمنين.

و يجب لإعلان بالبطلان أن تكون السن الحقيقية للمؤمن على حياته أكبر من السن الذي قرره المؤمن له، و هذا بديهي و لكن أيضا أن تتجاوز السن الحقيقية للمؤمن عليه الحد المعين الذي نصت عليه تعريفه التامين، و إذا تقرر البطلان فإن المؤمن يتحلل من التزامه بضمان تبعة الخطر و لكن ف مقابل ذلك يجب عليه أن يرد الأقساط المدفوعة للمؤمن له و لو كان هذا الأخير سيء النية.

أما إذا كان سن المؤمن على حياته لا يتجاوز الحد المعين الذي نصت عليه تعريفه التامين فإن العقد لا يبطل و لو كان المؤمن له سيء النية، و يمكن إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية بإجراء ما تقتضيه قاعدة تناسب الأقساط مع الخطر<sup>1</sup>.

### الفقرة الثالثة: حالة التصريح بالظروف المستجدة<sup>2</sup> التي ينتج عنها تفاقم الضرر

نصت المادة 24 من م.ت.ج على أنه إذا تفاقمت الأخطار بفعل المؤمن له بحيث أنه لو كانت الوضعية الجديدة موجودة وقت إبرام العقد أو القيام به مقابل قسط أعلى، و جب على المؤمن له ن يصرح مسبقا للمؤمن بحالة التفاقم و ذلك بواسطة رسالة مضمونة.

إذا تفاقمت الأخطار دون فعل المؤمن له و ب على هذا الأخير أن يصرح بذل بواسطة رسالة مضمونة يوجهها إلى المؤمن داخل أجل ثمانية (8) أيام ابتداء من وقت عمله بذلك.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 203

<sup>2</sup> - عبد لرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 1482.

<sup>3</sup> - في كلتا الحالتين يمكن للمؤمن إما أن يفسخ العقد و إما أن يقترح نسبة جديدة للقسط، و إذا اختار المؤمن فسخ للعقد، فإن هذا الفسخ يصير ساري المفعول ابتداء من اليوم العاشر (10) من تبليغ الإشعار بالفسخ بواسطة رسالة مضمونة، و عندئذ يجب على المؤمن أن يرجع إلى المؤمن له جزء قسط التأمين و الاشتراكات المتعلقة بالفترة التي لم يعد فيها ضمان الخطر ساريا.

و يقصد بتفاقم الخطر طروء بعض الظروف بعد إبرام عقد التأمين و أثناء سريانه تؤدي إما إلى زيادة نسبة احتمال وقوع الخطر و إما إلى زيادة درجة جسامته بحيث يترتب على ذلك أن يظهر الخطر على حالته و كانت موجودة وقت إبرام العقد لامتنع المؤمن عن التعاقد أو لما تعاقد إلا في نظير مقابل أكبر<sup>1</sup>.

فتفاقم الخطر يؤدي إلى تهديد التوازن العقدي و اهتزازه بين طرفي عقد التأمين، فطبقاً لمبدأ تناسب القسط مع الخطر فإن المؤمن له ملزم بإعلان وجو حالة تفاقم الخطر حتى يتمكن المؤمن من مراجعة العقد و ذلك بين الخيار حول الإبقاء على العقد مع اقتراح زيادة القسط شريطة قبول المؤمن له بذلك أو فسخ العقد مع إرجاع جزء قسط التأمين أو الاشتراك المتعلق بالفترة التي لم يعد الخطر فيها سارياً.

و تتجلى الحماية التي وفرها المشرع للمؤمن له في حالة تفاقم الخطر في:

- إخبار المؤمن له من طرف المؤمن بالاقتراح المتعلق بالنسبة الجديدة للقسط حالة اختيار الاستمرار في العقد بحروف جد بارزة تحت طائلة عدم مشروعية الفسخ.

- إذا أخذ بعين الاعتبار من أجل تحديد القسط ظروف خاصة مشار إليها في البوليصة تؤدي إلى تفاقم الأخطار و إذا زالت هذه الظروف أثناء مدة التأمين فللمؤمن له رغم أي اتفاق مخالف الحق في تخفيض مبلغ قسط التأمين، و ذل لتحقيق نوع من المساواة بين طرفي عقد التأمين إزاء وضعية تفاقم أو انحسار الخطر و أثره في مراجعة القسط أو في ممارسة حق الفسخ؛

- جعل المشرع حماية للمؤمن له و لإضفاء الفعالية على هذا المقتضى هذه القاعدة من النظام العام،

و إذا لم يرد المؤمن له على اقتراح المؤمن أو إذا رفض صراحة النسبة الجديدة للقسط داخل أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداءً من تبليغ الاقتراح، يمكن للمؤمن فسخ العقد عند نهاية هذا الأجل شريطة أن يكون قد أخبر المؤمن له بهذه الإمكانية و ذلك بإدراجها بحروف بارزة في الرسالة المتضمنة للاقتراح (المادة 24 من م.ت.ج).

<sup>1</sup> - أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 212.

-لا يمكن للمؤمن أن يعتد بتفاهم الخطر إذا كان قد أحيط علما بأية وسيلة من الوسائل و أبدى موافقته على إبقاء عقد التأمين خاصة باستمراره في تحصيل أقساط التأمين او دفعه تعويضا بعد وقوع حادث.

و من المهم الإشارة إلى أن المشرع المغربي و إن كان موقفه منتقدا من ناحية تبنيه للنظام التقليدي المتعلق بأسلوب الإفصاح التلقائي عن بيانات الخطر أثناء إبرام العقد و كذا أثناء سريانه بالنسبة للظروف المشددة للخطر فإن المشرع الفرنسي رغم وجهة موقفه لم يكن منسجما مع نفسه، إذ بينما أخذ بنظام الإفصاح التلقائي بالنسبة لمرحلة سريان العقد، و إذا كان البعض<sup>1</sup> يبرر ذلك بالرغبة في حماية المؤمن له فإننا نعتقد خلاف ذلك لأن ذات الرغبة هي التي جعلت المشرع يتراجع عن هذا النظام الأخير<sup>2</sup>.

غير أنه فيما يتعلق بالتأمين على الحياة، فلا يقع أي التزام بالإعلان بتفاهم الخطر للمؤمن طبقا للمادة 20 فقرة 8 من م.ت.ج لأن طبيعة هذا النوع من التأمين تقتضي أن يشمل ضمان المؤمن للخطر أيا كانت حالته بعد انعقاد العقد و لو طرأ من الظروف ما يؤدي إلى تفاهمه كتقدم المؤمن له مثلا في السن أو تغيير حرفته أو إصابته ببعض الأمراض ، و علاوة على ذلك فإن الغاية من التأمين على الحياة هي ضمان تفاهم الخطر بحسب نوعه كالشيخوخة و الأمراض و لا يعقل أن يلزم المؤمن له بالإخطار عن شيء و هو داخل بطبيعته في ضمان الخطر، و لا يتصور بصفة خاصة في التأمين على الحياة لحال الحياة وجود تفاهم للخطر حتى يجب إعلانه، و ذلك لأن الخطر المؤمن

<sup>1</sup>-Jean Bigot et autres, op cit, P. 714.

<sup>2</sup> -راجع نفس الرأي عند:

-Yvonne Lambert-Faivre, op cit, P. 228.

و هذا ما أكدته لأعمال التحضيرية لقانون التأمين الفرنسي الصادر بتاريخ 1930/7/13 بحيث جاء فيها:

« Comment L'assuré plus au moins instruit pourrait-il se rendre compte des circonstances qu'il doit d'clarer ».

Voir ; Jean Bigot et autres, op cit, p 681.

و إذا كان هذا القانون لم يأخذ بالأسلوب الحديث بموجب تعديل الفصل 10 من قانون 1989/12/31 حاليا الفصل L113-2 من قانون التأمين الفرنسي.



منه هو بلوغ المؤمن له سنا معينة و لا مكن عقلا إلزام هذا الأخير بأن يبلغ المؤمن بأنه يتقدم في العمر كل سنة مثلا.

و عندما أقدم المؤمن له على إبرام التأمين على الحياة ضد الوفاة لم يكن يقصد و لم يتعهد أن يجد من نشاطه المشروع و حرিতে و بعد القيام بما من شأنه أن يشد الخطر فهذا كله فضلا عن الالتزام بإعلانه يتعارض مع الغاية من هذا التأمين<sup>1</sup>.

#### الفقرة الرابعة: حالة تحقق الخطر المؤمن عنه:

نصت المادة 26 من مدونة التأمينات الجديدة على أنه " في الحالات التي ينص فيها عقد التأمين على امكانية فسخ العقد من طرف المؤمن بعد ووع حادث لا يمكن لهذا الفسخ أن يصبح ساري المفعول إلا داخل أجل الثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ توصل المؤمن له بالتبليغ، و لا يمكن للمؤمن بعد انصرام أجل ثلاثين (30) يوما من علمه بالحادث أن يعتد به لفسخ العقد إذا كان قد قبل وقوع الحادث تسلم قسط التأمين أو الاشتراك أو جزء من القسط أو الاشتراك عند حلول أجله.

و بذلك يكون المشرع قد أجاز الاتفاق في عقد التأمين على فسخ العقد حالة تحقق الخطر المؤمن عنه و قيده بممارسته داخل أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ العلم بالحادث معتبرا أن كل استخلاص و لو لجزء من قسط التأمين بعد وقوع الحاث يعتبر تنازلا ضمنيا عن ممارسة رخصة الفسخ.

#### الفقرة الخامسة: حالة وفاة المؤمن له أو انتقال ملية الشيء المؤمن عليه:

في حالة وفاة المؤمن له أو في حالة تفويت الشيء المؤمن عليه يبقى التأمين قائما بقوة القانون لفائدة الوارث أو الممتلك شريطة أن ينفذ كل الالتزامات التي كان المؤمن له ملتزما بها تجاه المؤمن بموجب العقد،

<sup>1</sup>- أحمد اشرف الدين، المرجع السابق، ص. 222 و ما بعدها.

و هكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 14/02/1974: " إن التأمين في حالة وفاة المؤمن له يستمر بقوة القانون لفائدة الورثة مؤقتا على الشياح إلى حين التقسيم النهائي للتركة و بعد التقسيم يستمر لفائدة الشخص الذي سيحظى بملكية السيارة في حصته و أن تحويل التأمين يقع و لو أن الشركة ظلت تجهل الوفاة على نفس البنود و الشروط التي يتضمنها العقد الجاري دون أن يتوقف الأمر على ضرورة تعديل العقد<sup>1</sup>.

و يمكن للمؤمن فسخ العقد داخل أجل تسعين (90) يوما ابتداء من اليوم الذي قد يطلب فيه من آلت إليه نهائيا الأشياء المؤمن عليه تحويل عقد التأمين باسمه. و إذا مارس المؤمن حقه في الفسخ فإن عقد التأمين ينحل من وقت ممارسة الفسخ و ينصرف آثار للمستقبل و يترتب عنه إرجاع المؤمن ه الأقساط المتعلقة بالفترة التي لم تعد فيها الأخطار مضمونة.

#### الفقرة السادسة: حالة الإعسار أو التصفية القضائية للمؤمن له:

يحتفظ المؤمن بحق فسخ عقد التأمين في حالة الإعسار أو التصفية القضائية للمؤمن له داخل أجل تسعين (90) يوما ابتداء من تاريخ الإعسار أو التصفية القضائية بعد إنذار المؤمن له في موطنه بواسطة البريد المضمون. و يترتب عن افساخ التزام المؤمن بإعادة جزء القسط المتعلق بالمدة التي لم يعد خلالها الضمان قائما إلى كتلة الدائنين (السنديك).

#### ج-: الفسخ بإرادة المؤمن له أو من يحل محله:

ينفسخ عقد التأمين بإرادة المؤمن له أو من يحل محله في الحالات التالية:

#### الفقرة الأولى: حالة وفاة المؤمن له أو تفويت الشيء المؤمن عليه:

إن الحكمة من انتقال عقد التأمين نتيجة لانتقال ملكية الشيء المؤمن عليه إلى الخلف هو ضمان التأمين و لو بشكل وقتي على هذا الشيء حتى لا يكون المؤمن له الجديد مهددا بشكل فجائي بهلاك هذا الشيء دون أن يكون مؤمنا عليه.

<sup>1</sup>-مجلة القضاء و القانون، عدد 127 يناير 1978، ص. 192.

و انتقال عقد التأمين على الخلف العام او الخلف الخاص يتعلق فقط بالتأمين على الأضرار سواء أكان تأميناً على الأشياء أو تأميناً ضد المسؤولية، و لا يشمل الاستخلاف عق التأمين على الأشخاص لكون محلها شخص المؤمن له بالإضافة إلى قيامها على الاعتبار الشخصي خاصة و أن المشرع استعمل عبارة الشيء المؤمن عليه.

و عليه فلا يجوز الاتفاق على عدم انتقال التأمين طالما أنه يقع بقوة القانون لمصلحة المؤمن له و كل اتفاق مخالف يعد باطلاً.

فالانقاقات التي تضر بمصلحة المؤمن له تكون باطلة على سبيل المثال لا يجوز الاتفاق على إضافة شروط الانتقال أو تعليقه على شروط لم يقرها المشرع كتعليقه على بعض الشروط الشكلية كإبلاغ شركة التأمين بانتقال ملكية الشيء المؤمن عليه او على تحرير ملحق لوثيقة التأمين يتضمن هذا الانتقال او التزام المؤمن له بأن يشترط في التصرف النقال للملكية على المالك الجديد بأن يحتفظ بعقد التأمين أو ان يتنازل عن حقه بفسخ العقد.... فهذه الشروط كلها باطلة لأنها تضر بالمؤمن له و ترهقه و ترتب عليه التزامات غير مقررة قانوناً لانتقال عقد التأمين<sup>1</sup>.

و إذا كان المشرع قد قرر انتقال عقد التأمين بقوة القانون و بشكل تلقائي دون حاجة إلى موافقة المؤمن أو المالك الجديد فإنه بالمقابل قد منحه الحق في فسخ عقد التأمين بعد انتقال العقد داخل أجل تسعين (90) يوماً ابتداء من اليوم الذي قد يظل فيه من آلت إليه نهائياً الأشياء المؤمن عليها تحويل عقد التأمين باسمه.

و يبقى المفوت ملزماً تجاه المؤمن بأداء أقساط التأمين التي حل آجالها غير أنه يتحرر من التزامه و لو بصفة ضمناً للأقساط التي يحل أجلها مستقبلاً ابتداء من إعلامه المؤمن بوقوع التفويت بواسطة رسالة مضمونة.

<sup>1</sup> - خالد الهندياني، اثر انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه في عقد التأمين، مجلة الحقوق الكويتية، عدد 2 يونيو 1998، السنة 2، ص 86.

و إذا تعدد الورثة أو الممتلكون و بقي التأمين قائما يلزم هؤلاء على وجه التضامن بأداء أقساط التأمين<sup>1</sup>.

و إذا كان المشرع الفرنسي قد ألغى بموجب الفصل 10.121L من مدونة التأمين طبقا لتعديلات قانون 1889/12/31 شرط أداء مبلغ القسط السنوي لفائدة المؤمن على سبيل التعويض في حالة وفاة المؤمن له أو تفويت الشيء المؤمن عليه إذا فضل الوارث أو الممتلك فسخ العقد و اعتبره باطلا للتعسف حماية للمؤمن له فإن المشرع المغربي و للأسف لم يتبنى هذا التعديل في مدونة التأمينات المغربية،<sup>2</sup> خاصة و أنه مبدأ غير عادل و غير متوازن لأنه لا يجب تحميل المؤمن له مسؤولية شخص آخر لم يرغب في الاستمرار في العقد مما قد يساهم في عرقلة أي تفويت للشيء المؤمن عليه أو تفويته دون إتباع الإجراءات القانونية مخالفة تحمل هذا التعويض.

### الفقرة الثانية: حالة الإعسار أو التصفية القضائية للمؤمن له

نصت المادة 27 من م.ت.ج على أنه في حالة الإعسار أو التصفية القضائية للمؤمن له يظل التأمين قائما لفائدة كتلة الدائنين التي تصير مدينة تجاه المؤمن بمبلغ أقساط التأمين التي سيحل أجلها ابتداء من الإعسار أو افتتاح التصفية القضائية.

و يبقى لكتلة الدائنين<sup>3</sup> (السنديك) لخيار بين الإبقاء على العقد أو فسخ العقد بعد توجيه إنذار بذلك إلى المؤمن بواسطة تصريح يتم بالمقر الاجتماعي للمؤمن مقابل واصل، و إما بمحضر قضائي

<sup>1</sup> - و إلزام الورثة على سبيل التضامن يعتبر مخالفة للمبدأ العام القاضي بأن مسؤولية الورثة مسؤولية فردية في حدود نصيب كل واحد منهم (الفصل 229 من ق.ل.ع)، و هكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 4 يونيو 1969:

"إن مسؤولية الورثة فردية، تكون على نسبة ما حازه كل منهم في نصيبه، و لهذا فإن محكمة الموضوع قد خرقت هذه المبادئ عندما قضت على الورثة بالأداء على سبيل التضامن". مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 9، ص 39.

<sup>2</sup> - و هذا ما يبين بجلاء أن الاقتباس التشريعي أو على الأصح (الترجمة) كثيرا ما تلتصق بالعيوب و الثغرات التي قد يكون قد تجاوزها التشريع المقتبس منه بعقود طويلة.

<sup>3</sup> - و المقصود هنا السنديك و ليس كتلة الدائنين لأن هذه المؤسسة لم يعد لها وجود كمؤسسة قانونية بعد صدور القانون رقم 15.05 المتعلق بمدونة التجارة مما يدل دلالة أكيدة على أن المشرع يفتقد لمنهج موحد و واضح في العملية التشريعية و يجهل حتى التشريعات التي لها علاقة بالموضوع و الذي يفترض هو في عموم الأفراد العلم بما؟

و لم يقف عند هذا الحد بل عاود نفس الزلة حينما تعرض للعقوبات التي يتعرض لها مسيرو شركات التأمين عن جريمة التفالس البسيط و التفالس التديسي (الفصول 556-569 من ق.ل.ع)، رغم ان التفالس أصبح حاليا منظما بالمقتضيات المنصوص عليها في القسم الخامس من الكتاب الخامس من مدونة التجارة التي لم تميز بين نوعي التفالس.

و إما برسالة مضمونة و غما بأية وسيلة أخرى ينص عليها العقد داخل أجل تسعين يوماً من تاريخ الإعسار أو افتتاح التصفية القضائية.  
و يترتب عن الفسخ إرجاع المؤمن جزء القسط المتعلق بالمدة التي لم يعد فيها الضمان سارياً إلى السنديك<sup>1</sup>.

### الفقرة الثالثة: حالة زوال الظروف المشددة للخطر

إذا أخذ بعين الاعتبار من أجل تحديد القسط ظروف خاصة مشار إليها في البوليصة تؤدي إلى تفاقم الأخطار و إذا زالت هذه الظروف أثناء مدة التأمين فللمؤمن له رغم أي اتفاق مخالف الحق في تخفيض مبلغ قسط التأمين، و إذا لم يوافق المؤمن على ذلك داخل أجل عشرين (20) يوماً ابتداء من تاريخ طلب المؤمن له الذي تم بواسطته تصريح مشهود عليه بوصول أو بواسطة رسالة مضمونة يمكن للمؤمن له أن يفسخ العقد، و آنذاك يسري مفعول الفسخ عند انصرام الاجل المذكور و يجب على المؤمن أن يدفع للمؤمن له جزء القسط أو الاشتراك المتعلق بالفترة التي لم يعد ضمان الخطر فيها سارياً (المادة 25).

و لتحقيق نوع من المساواة و العدالة بين طرفي عقد التأمين و كما منح المشرع الحق للمؤمن في فسخ العقد أو الاستمرار فيه مع الزيادة في قسط التأمين في حالة تفاقم الخطر، منح بالمقابل للمؤمن له إزاء وضعية انخفاض درجة احتمالات وقوع الخطر أو انعدامها (انعدام سبب معين للخطر ليس انعدام الخطر) الحق في الفسخ أو الاستمرار في العقد مع تخفيض قسط التأمين.

و إذا كان حق المؤمن ليس من النظام العام في شيء إذ يمكنه التنازل عن الفسخ أو الزيادة في قسط التأمين فإنه لحماية المؤمن له - الطرف الضعيف في عقد التأمين - اعتبر المشرع حقه في تخفيض قسط التأمين أو فسخ العقد من النظام العام بحيث يعد كل اتفاق مخالف لذلك باطلاً.

و مع ذلك يعتبر مسلك المشرع في ضرورة و ورود مسألة زوال الظروف المشددة للخطر في بوليصة التأمين لكي يستحق المؤمن له الحماية منتقداً لأنه لا يعقل أن نطبق قاعدة استجواب المؤمن

<sup>1</sup> - و يكلف السنديك بتسيير عمليات التسوية و التصفية القضائية (المادتين 576 و 640).

له (نظام الأسئلة) في حق المؤمن، فكان من الأولى و الأخرى أن نطبق نفس القاعدة في حق طرفي عقد التأمين معا تحقيقا لمبدأ المساواة في الحماية و حرصا على التوازن العقدي و استقرار المعاملات.

و إن كان قد يبدو وجيها الاحتكام للظروف المنصوص عليها في البوليصة لكونه يوفر حماية للمؤمن له و يسهل عليه عبء إثبات زوال هذه الظروف المشددة للخطر فإن توسيع الحماية إلى كل الظروف المعلومة من الطرفين و التي أخذت بعين الاعتبار أثناء تحديد القسط يوفر حماية أقوى.

#### الفقرة الرابعة: حالة لجوء المؤمن إلى فسخ العقد عقب تحقق الخطر المؤمن منه:

حماية من المشرع للمؤمن له من الرخصة الاتفاقية للفسخ التي قد لجأ إليها المؤمن وحده ابتداء حالة تحقق الخطر المؤمن منه أو جب الاشتراط في نفس العقد على الصفة التبادلية لهذا الجزاء<sup>1</sup> بحيث يجب أن ينص فيه على حق المؤمن له داخل أجل ثلاثين يوما من تصييه بالفسخ ممارسة حقه في الفسخ كافة عقود التأمين التي كون قد ابرمها مع المؤمن (م 26) تحت طائلة بطلان شرط الفسخ الاتفاقي.

و من المهم الإشارة إلى أن حق المؤمن له في فسخ عقود التأمين الأخرى التي تربطه بالمؤمن له كجزء على ممارسة المن لحقه الاتفاقي في فسخ عقد التأمين بعد وقع الحادث المؤمن عنه يشكل مخالفة للأثر النسبي للعقد من حيث موضوعه، هذه المخالفة اقتضاها واجب حماية المؤمن لهم. و يترتب عن إمكانية الفسخ التبادلية إرجاع المؤمن لأجزاء الأقساط و الاشتراكات المتعلقة بالفترة التي لم تعد فيها الأخطار مضمونة.

و نظرا لخطورة إجراء الفسخ على الأغيار و خصوصا المضرورين من الحوادث المتعلقة بالعربات البرية ذات المحرك و حماية للمؤمن لهم أيضا استثنى المشرع التأمين من حوادث السيارات من الخضوع لأحكام الفسخ أعلاه.

<sup>1</sup> - لكن ألا يعتبر ممارسة رخصة الفسخ بصفة قانوني تعسفا؟ يراجع حول هذا الموضوع:

J. kullmann, la sanction d'une résiliation licite, RGDA 2000, N°4, P. 1033.



الخاتمة

إنّ الوسائل المستعملة في التعاقد الإلكتروني والمتمثلة في التكنولوجيا الحديثة في عالم الحواسب الآلية، هي التي تفرض وجوب استحداث حماية إضافية وخاصة للمستهلك الإلكتروني من شأنها حمايته باعتباره الطرف الضعيف في هذا النوع من العقود، الذي زاد من إتساع عدم التوازن العقدي الذي ظهر مع ظهور عقود الإستهلاك.

فموضوع حماية المستهلك الإلكتروني لا يمسّ المستهلك وحده فقط، بل يتعلق بالتطور الإقتصادي. الأمر الذي يزيد من حرية المنافسة سواء الداخلية أو الخارجية، والتي كثيرا ما تكون ضدّ مصلحة المستهلك حسب التنوع في السلع والخدمات المعروضة عليه والإهتمام بجانب الربح على حساب صحة وسلامة المستهلك عن طريق عمليات الغش والإحتيال الممارسة عليه.

ويتضح من خلال استعراض ما تضمنته التشريعات التي اهتمت بحماية المستهلك الإلكتروني، أنّه لا يوجد ما يمنع من تطبيق القواعد العامّة في توفير الحماية لهذا الأخير، لكن ما يمكن ملاحظته هو أن التقنيات التكنولوجية الحديثة المستعملة في التعاقد عبر الأنترنت رغم أنّها حلت عدة مشاكل وفتحت المستهلك على إمكانيات تسوق جديدة ساهمت في ظهور مشاكل جديدة لم تكن موجودة في السابق، وأصبح المستهلك عرضة لها.

ومن جملة ما تمّ التوصل إليه من خلال هذه الدراسة هو أنّ الحماية القانونية للعقود الإلكترونية في جانبها المدني يتعلق أساسا بحماية المستهلك كمتعامل بالتجارة في شكلها المستحدث. فخصوصية وسيلة إبرام العقود هي التي تميز المستهلك في نطاق التعاملات التجارية الإلكترونية عن المستهلك في نطاق التجارة التقليدية. ونتيجة لأسلوب الإعلان الإلكتروني المضللّ، أو أسلوب التفاوض في العقود الإلكترونية الذي ينعدم في البعض منها ويجعلها عقود إذعان، ظهرت الحاجة إلى حماية المستهلك في هذا المجال. الأمر الذي ترجمه الضمانات الممنوحة لهذا الأخير سواء العامّة منها، أو الخاصّة، والتي استحدثت لحماية المستهلك كإلتزام بالإعلام والحق في العدول عن التعاقد.



كما أنّ تدعيم الثقة في التجارة الإلكترونية لن يتأتى من الحماية المدنية فقط، بل من تفعيل الحماية الجنائية أيضا كون أنّ التجارة الإلكترونية عبارة عن نظام معلوماتي تطاله أيضا الجرائم المعلوماتية.

وفي هذا السياق، لوحظ أنّ المشرع الجنائي لم ير في بادئ الأمر أي حاجة في أفراد الإعتداءات التي تطال النظم المعلوماتية بنصوص خاصة وتم الإكتفاء بالنصوص التقليدية.

وقد حاول الفقه والقضاء تطويع هذه القواعد الكلاسيكية لنصوص القانون الجنائي لتطبيقها في مجال حماية المعلوماتية، لكن الواقع كشف عن ضرورة تدخل تشريعي خاص بإيجاد أنظمة قانونية جديدة تستوعب هذه الظواهر الحديثة. وعلى هذا الأساس إتجهت مختلف التشريعات في محاولة سدّ الفراغ التشريعي بتجريم العديد من الأفعال الماسّة بالنظم المعلوماتية.

وبما أنّ التجريم لا يشمل جميع الجرائم التي قد تمس التجارة الإلكترونية، فقد برزت الحاجة إلى إصدار قوانين وأنظمة فاعلة لمواجهة هاته الجرائم واختلاف سبل الحماية الجنائية لها على مستوى خاص، من خلال تجريم أفعال الإعتداء على التجارة الإلكترونية.

ونظرا لخطورة هذه الجرائم بات حتميا على الهيئات والمنظمات والمجالس الدولية أن تلعب دورا مهما في محاولة ترسيخ وجوب التعاون الدولي لمواجهة هذه الجرائم بهدف الحدّ من إنتشارها وتعظيم آثارها، من خلال المساعدة القضائية الدولية وتسليم المجرمين.

كما أنه وبعد تعرضنا لمختلف أوجه الحماية القانونية للمستهلك خدمة التأمين وكذا الأسانيد التي تقوم عليها ، وما يتعرضها من إنتهاكات عبر الفضاء الكوني، لنا أن نتساءل عن مستقبل هذه المعاملات الإلكترونية وإمكانية فض المنازعات الناجمة عنها.

ولذا فإعمال قواعد القانون الدولي الخاص - كما مرّ معنا - سيحول بلا شك دون هوض التجارة الإلكترونية، لما فرضته من قيود وعقبات في تحديد الإختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق وعدم الاعتراف بمرتكزات التجارة الإلكترونية كما ذهبت بعض التشريعات. وبالنتيجة فلا يصلح في اخضاع التصرفات والعقود الإلكترونية للقواعد التقليدية، وعليه لا بد من البحث عن

وسائل أكثر مرونة تتلاءم وطبيعة التجارة الإلكترونية والتي يتجلى فيها دور الإرادة للمتعاقدين، لتجاوز بذلك مشكلتي تنازع القوانين وتحديد الاختصاص القضائي.

أما فيما يتعلق المنازعات الإلكترونية غير العقدية وكيفية فضها، فإنه لا بد من عمل دولي صوب وقف هذا السيل من الإعتداءات على الحقوق والتي منها الملكية الفكرية، حق المؤلف، العلامة التجارية،...، من خلال تفعيل دور المنظمات العالمية العاملة في هذا المجال ومنحها سلطة الفصل في المنازعات الإلكترونية مع إضفاء القوة لأحكامها وتنفيذها على أقاليمها، ليتحقق بذلك مفهوم القرية الكونية القائم إلى جانب الإنفتاح العالمي في التبادل التجاري اتصالاً وتنسيقاً في الاختصاصات القضائية؛ بغية توفير غطاء تشريعي يصون حقوق المتعاملين من خلال الشبكات المفتوحة

ويمكن تلخيص أهمّ النتائج والمقترحات التي تتضمنها هذه الدراسة فيما يلي:

- أن دراسة موضوع حماية المستهلك ضمن التعاملات الإلكترونية يحظى بإهتمام متزايد سواء على المستوى الوطني أو العالمي. كما أن هذا الإهتمام يعكس من جهة أخرى حجم التحديات الراهنة التي تواجه المجتمعات خاصة العربية منها بفعل الإنفتاح الإقتصادي المتعظم، والتدفق الإعلامي والمعلوماتي المتسارع.
- العمل على الإرتقاء بالمستوى التشريعي فيما يخص المعاملات الإلكترونية، وذلك بإصدار تشريعات مستقلة، أو بإدخال تعديلات تتناسب ومتطلبات العقود المبرمة بإستخدام وسائل مستحدثة، تعترف بمستخرجات الحاسب الآلي المرتكزة إلى الكتابة والتوقيع الإلكترونيين.
- توفير شبكة اتصالات قادرة على حفظ التداولات التي تتم من خلالها بسرية تامة بعيداً عن أيدي العابثين وأعين المتلصقين.
- توفير نظام اتصالات قادر على تحمل أعباء الأعمال القائمة من خلالها بما يسمح بالدخول اليه والتفاوض وإبرام العقود من خلاله، بعد التيقن من شخصية وأهلية المتعاقدين.

- ضرورة الإهتمام بالمسائل القانونية المتعلقة بالعقود الإلكترونية، مثل سرية البيانات وتأمين نظم الدفع الإلكتروني، والمواقع الإلكترونية وتسوية المنازعات، والتي من شأنها تقوية النظام القانوني للتجارة الإلكترونية عموماً.
- وضع قواعد مشتركة بين الدول تكفل وحدة الحلول بالنسبة لمنازعات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، أيا كانت الدولة التي يرفع النزاع أمامها.
- وضع تشريع ينظم خصوصيات التجارة والمعاملات الإلكترونية من كل جوانبها، مع تحديد مفهوم المعلومة ومراكز أطرافها، وحماية الطرف الضعيف في ظل سلسلة العقود النموذجية، وفي ظل تعدد أشكال الدعاية والإعلان على مواقع الأنترنت.
- صياغة اتفاقية دولية تنظم عمل المنظمات العالمية المتخصصة في مجال الملكية الفكرية وحق المؤلف، وتسجيل أصحاب الحقوق براءاتهم لديها في خطوة صوب الاعتراف وبسط الحماية للحقوق عبر الفضاء الإلكتروني.
- صياغة اتفاقية دولية تلزم من خلالها منتهكي الحقوق عبر شبكة الأنترنت المثول أمام المنظمات المتخصصة مع الاعتراف بالأحكام والقرارات الصادرة عنها، ومنحها قوة وحجية الأحكام القضائية.
- ضرورة مراعاة التغيير المدروس بما يتلاءم والوضع العالمي وأثره على المتطلبات الوطنية، للارتقاء بذلك للمستوى المنشود من التجارة الإلكترونية.
- إنشاء قضاء متخصص للنظر في جرائم العقود الإلكترونية وجرائم الأنترنت ومراقبة الانتهاكات اليومية التي تتم من خلاله، وذلك لصعوبة كشفها وإثباتها والتحقيق فيها.
- ضرورة تطوير النظام المصرفي حتى يتلاءم مع شبكات الإتصال الحديثة، ويقبل التعامل من خلالها، ويقدم التسهيلات اللازمة لإنجاز معاملات التجارة الإلكترونية، والتوسع في استخدام بطاقات الائتمان.

- العمل على إعداد كوادر في مجالات القانون والإقتصاد والأمن، والتكنولوجيا تكون قادرة على تفعيل التجارة الالكترونية، ومواكبة التطورات التي تعرفها: توكل لهم مهمة نشر الوعي المعرفي للتجارة الالكترونية يكفل خلق الثقة والشفافية في المعاملات الرقمية.

- تعزيز التعاون والتنسيق الدولي بين الدول العربية مع بعضها البعض، وبينها وبين باقي الدول خاصة في مجال المساعدة القضائية الدولية وتسليم المجرمين، والعمل على متابعة المستجدات على الساحة العالمية خاصة فيما يتعلق بجرائم العقود الإلكترونية عبر الأنترنت، ولما لا محاولة وضع تشريع موحد للمعاملات الرقمية، وإنشاء مركز للتحكيم الإلكتروني، وجهات خاصة بمنح شهادات التصديق الإلكتروني.

- الإنضمام إلى الإتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة جرائم الإنترنت، وخاصة المعاهدة الدولية لمكافحة جرائم المعلوماتية والأنترنت، وتجسيد هذا الإهتمام بالتصديق على هته الإتفاقيات وليس الإكتفاء بالتوقيع عليها.

تم بحمد الله وعونه.



# قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المراجع باللغة العربية :

● القرآن الكريم :

● - سورة البقرة آية رقم 189.

● الكتب

1. إبراهيم أحمد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 1997 بيروت،
2. إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا، والتجارة الإلكترونية، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002،
3. إبراهيم رفعت جمال، انعقاد البيع بالوسائل الحديثة، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005،
4. إبراهيم علي إبراهيم عبد ربه، الخطر و التأمين المبادئ النظرية و التطبيقات العملية، طبعة 2008 دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
5. إبراهيم علي عبد ربه: مبادئ التأمين التجاري و الإجتماعي، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة 1988
6. أبو العلا النمر، المشكلات العملية والقانونية في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار أبو مجد، بيروت، لبنان، 2005،
7. أبو العلا علي أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1998،
8. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج2، جرائم الفساد، جرائم المال و الأعمال، جرائم التزوير، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2006
9. أحمد الملحم : نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكونية السنة السادسة عشرة. العدد الأول و الثاني، مارس يونيو 1992.
10. أحمد بدر، مائة المستهلك في التعاقد الإلكتروني، -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005،
11. أحمد سالم ملحم، التأمين الإسلامي "دراسة شرعية (de l'assurance) تبين التصور للتأمين التعاوني وممارسة العملية في شركات التأمين الإسلامي، ط1، دارالثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص106.
12. أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي لمنازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2003،
13. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر،
14. أحمد محمد الهوارى، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية 1995

15. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2005
16. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 2007،
17. أسامة أبو حسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2005،
18. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العلمية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2003،
19. أكرم يا ملكي ، القانون التجاري ، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة ، عمان، 1998،
20. الأمراني زنطار أحمد ، شرح قانون التأمين رقم 17.99 دراسة نظرية وعملية ، الطبعة الأولى ، المطبعة و الوراثة الوطنية - مراكش ، 2005،
21. أيمن إبراهيم العشماوي ، مفهوم العقد و تطوره، دار النهضة العربية، مصر 2002،
22. برهام محمد عطا الله التامين من الوجهة القانونية و الشريعة، 1999، الإسكندرية .
23. بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت -دراسة مقارنة-، الطبعة 1، عالم الكتب الحديثة، الأردن، 2004،
24. بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2006،
25. بهاء بهيج شكري، التأمين في التطبيق والقانون والقضاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007،
26. بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة) ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، 2005،
27. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، دار النشر و التوزيع ، القاهرة، 2007،
28. بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، الطبعة الأولى ، مطبعة الوراثة الوطنية، مراكش 2008،
29. توفيق حسن فرج، أحكام التأمين، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1996
30. جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000،
31. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية ، مصر، 2005،
32. الحسن بلوش ، الإلتزام بالتصريح بالخطر على ضوء مدونة التأمينات ، الطبعة الأولى ، مطبعة بني سي ، الداخلة 2010.

33. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004،
34. خاطر نوري محمد، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة موازنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2001،
35. خالد إبراهيم ممدوح، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008،
36. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008،
37. رانيا صبحي محمد عزب، العقود الرقمية في قانون الأنترنت - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012،
38. رمضان جمال كمال، موسوعة التأمينات الاجتماعية، الطبعة الثانية، الأصيل للنشر والتوزيع، طنطا، 2001،
39. سامي بديع منصور الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول للتراعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية للطباعة و النشر، الطبعة الأولى 1994، بيروت لبنان،
40. سامي عبد الباقي، التحكيم التجاري الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2004،
41. سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة-، ط1، دار الخلدونية -الجزائر- 2008،
42. سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008،
43. سهير منتصر، الالتزام بالإدلاء ببيانات الخطر و تفاقمه في عقد التأمين، دار النهضة العربية، د.ن.ط.د.س.ن، القاهرة، مصر
44. شريف محمد غانم، حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ط. 2007،
45. شلقامي شحاتة غريب، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
46. شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007،
47. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007،
48. طرح البحور علي حسن: عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم و القضاء الوطني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2007،



49. عابد فايد عبد الفتاح فايد ، التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين و صناديق الضمان ، دراسة مقارنة في القانون المصري و القانون الفرنسي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2014،
50. عبد الباقي عمر محمد، الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، مصر، 2008،
51. عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك، البيع في الوطن، التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني، سلسلة الدليل القانوني للمستهلك، شركة مطبعة أميمة 2006،
52. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني - عقود الغرر و عقود المقامرة و الرهان و المرتب مدى الحياة و عقد التأمين - دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، القاهرة 1964
53. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقد التأمين، العقود الاحتمالية، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ص. 7/1087.
54. عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، التأمينات البرية، الطبعة الجديدة، 1998.
55. عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى للتأمين ، من سنة 1998 - 2000، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 2005،
56. عبد العزيز توفيق، محمد أفر كوس، قضاء المجلس الأعلى في التأمين خلال أربعين سنة، مطبعة النجاح الجديدة، 1999،
57. عبد العزيز فهمي هيكل ، مقدمة في التأمين ، مطبعة دار النهضة العربية ، بيروت ، طبعة 1987.
58. عبد الفتاح بيومي الحجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008،
59. عبد الفتاح بيومي حجازي ، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003،
60. عبد الفتاح بيومي حجازي، الجرائم المستحدثة في نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة، منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر، 2009،
61. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، ط . غ . م، دار الكتب القانونية، مصر، 2007،
62. عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان 2004
63. عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1999،
64. عبد المجيد الحكيم ، محمد طه البشير وعبد الباقي البكري ، القانون المدني ( العراق ) و أحكام الإلتزام ، جزء الثاني، 2000.

65. عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين (حقيقته ومشروعيته)، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة جديدة ،دراسة مقارنة،2010.
66. عبد الودود يحي، الموجز في عقد التأمين، دار النهضة العربية،القاهرة،1986.
67. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية1965،
68. عفيف محمد أبو الكلوب : " التعويض عن الضرر عند تعذر الحصول عليه من المسؤول عن الضرر ، دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني و الفرنسي و الفقه الإسلامي " ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ، المجلد الثاني والعشرون ، عدد 2 ، 2014 ،
69. علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، بدون سنة،
70. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1990
71. علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على ضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى،2014،
72. غازي خالد أبو عربي، أحكام التأمين "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان،2011.
73. فؤاد رياض؛ سامية رشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية،1994
74. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقود الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة 2002، بيروت،
75. فايز عبد الرحمن، الشروط التعسفية في وثائق التأمين، دراسة في نطاق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، طبعة 2006،
76. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية، ط.غ.م،2008،
77. القيسي عامر قاسم أحمد ، الحماية القانونية للمستهلك ، دراسة في القانون المدني و المقارن ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية و دار الثقافة، الأردن ، 2002 ،
78. كوثر سعيد عدنان ، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2012،
79. لزهرة بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2012،
80. مأمون الكريبي ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي ، الجزء الثاني ، أوصاف الإلتزام وانتقاله و انقضاؤه ، مطبعة النجاح الجديدة ( دون ذكر رقم الطبعة) البيضاء .
81. مجموعة المكتب الفني، الطعن رقم 164 لسنة 52 القضائية، جلسة 4 ديسمبر 1989.

82. محمد الزحيلي، التأمين على الديون في الفقه الإسلامي، مقال منشور بجامعة دمشق للعلوم القانونية والإقتصادية، المجلد 22، العدد الثاني، 2006 .
83. محمد الكشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2001،
84. محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، الطبعة 2007.
85. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية 2008،
86. محمد أوغريس ، تأمينات الأضرار في التشريع المغربي الجديد ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار القرويين البيضاء ، 2004 ،
87. محمد بن الماحي : نظام الوساطة وحماية المستهلك المغربي ، مجلة المحاكم الغربية ، العدد 110 ، سنة 2007 ،
88. محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في عقد التأمينات، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005
89. محمد حسين منصور ، مبادئ عقد التأمين ،الدار الجامعية للطباعة والنشر الاسكندرية "مصر، دون سنة نشر
90. محمد حسين منصور، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري عنها، دار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية، بدون سنة طبع
91. محمد حسين منصور، المضرور والمستفيد من التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة من حوادث المرور، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
92. محمد سالم عياد، شرح قانون العقوبات الأردني، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1997
93. محمد سليمان الأحمد، في ضوء تعيين القانون الواجب التطبيق : كيف نميز بين التكييف القانوني و الطبيعة القانونية ؟ مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين بجمهورية العراق ، العددان 1 و 2 ، السنة 2002
94. محمد شكري سرور، التأمين ضد الأخطار التكنولوجية، القاهرة، دار الفكر العربي، 1987.
95. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط1، 1992، دار الهدى - الجزائر -.
96. محمد أحمد أبو سيّد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، 2004، بيروت، لبنان،
97. محمد نور شحاتة، الوفاء الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الإلكترونية والمنعقدة بالمركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل - القاهرة يومي 19/18 مايو 2002،
98. محمود ابراهيم غازي، الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الالكترونية، الطبعة الاولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، -مصر-،

99. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ( عقود التأمين من الناحية القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأهلية، المجلد السادس، الطبعة الأولى، 2008 .
100. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية القانونية للملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005،
101. محمود عبد الرّحيم شريفات، التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر والتوزيع، عمّان، 2005،
102. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2006،
103. مصطفى محمد جمال، أصول التأمين "عقد الضمان"، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999.
104. موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي المغربي، طبعة 1994،
105. نائل عبد الرّحمن، حماية المستهلك في التشريع الأردني، الطبعة الأولى، مؤسسة زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 1991،
106. نادية أمين محمد علي، من أشغال ملتقى استراتيجيات مستحدثة التطوير المنتج بالتطبيق على وثائق التأمين، الملتقى العربي الثاني، التسويق في الوطن العربي الفرص و التحديات ، الدوحة، قطر، 2003.
107. نزيه محمد الصادق مهدي، عقد التأمين مع أحدث التطبيقات المعاصرة للتأمين من الناحيتين القانونية و الفنية، دار النهضة العربية - القاهرة - 1996،
108. هدى قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992،
109. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص ، طبعة 2000، دار النهضة العربية
110. هشام محمد فريد رستم ، الجرائم المعلوماتية وأصول التحقيق الجنائي الفني ، مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الأنترنت ، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد في الفترة ما بين 1 إلى 3 مايو 2000،
111. هيثم حامد المصاورة، المنتقى في شرح عقد التأمين، الطبعة الأولى، دار اثراء للنشر و التوزيع، الأردن، عمان ، 2010،
112. ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول : نظرية العقد" الطبعة الأولى ، دار وائل عمان، 2002
113. يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه عين الشمس، 2007،

114. علي كحلون، المسؤولية المعلوماتية، محاولة لضبط مميزات مسؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها، مركز النظر الجامعي، ط. 2005.

115. محمد السيد حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2008،

116. نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008

### • المذكرات، الرسائل والبحوث :

1. محمد أمين بند حماد ، حماية المستهلك من مخاطر القروض الاستهلاكية ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، مسلك قانون العقود و العقار ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإجتماعية ، جامعة محمد الأول وجدة ، السنو الجامعية ، 2011-2012 .

2. قاده شهيدة ، مداخلة بعنوان الإلتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، فعالية الملتقى الدولي حول التجارة الإلكترونية، جامعة عنابة، 2007.

3. إبراهيمي سهام، الجريمة المعلوماتية، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2004 - 2007

4. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص والتجارة الدولية، جامعة عين شمس، بدون تاريخ،

5. بحماوي شريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية، مذكرة ماجستير قانون خاص، جامعة تلمسان، 2007-2008.

6. برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2006،

7. بن بعلاش خليدة، بشير بن لحبيب، مقال بعنوان حماية المستهلك في ظل قواعد المسؤولية المدنية المستحدثة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، العدد. 2015.

8. بن ثابت شريفة، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة إبرام عقد البيع الإلكتروني، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012 .

9. بن جديد فتحي، التزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الانترنت -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، بجامعة سيدي بلعباس، 2013-2014،

10. بن حميدة نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة تلمسان 2007.

11. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2010-2011.

12. بن طرية معمر، مدى تأثير آلية التأمين على نظام المسؤولية المدنية للمتدخل - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2018.
13. بن طرية معمر، مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، 2011 جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012.
14. بن غيدة إيناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015.
15. بن مرزوق عبد القادر، محاضرات في قانون التأمين موجهة لطلبة السنة الرابعة ليسانس حقوق لسنة 2014، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - غير منشورة.
16. بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2002-2003.
17. بوعكاز زهرة، التأمين على المسؤولية المدنية للعون الإقتصادي وأثره على الحق في التعويض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مصطفى استنبولي معسكر، 2011..
18. حداد العيد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الأترنت، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي الأول حول التنظيم القانوني والجريمة المنظمة، جامعة الجلفة أيام 27-28 أبريل 2009.
19. حطاب كمال، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه فرع علوم جنائية، جامعة سيدي بلعباس، 2015-2016.
20. خليف مريم، الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2011.
21. درار نسيم، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية، مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المدنية للمهنيين - دراسة مقارنة -، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، 2012.
22. ديدوح مريم، تأثير التأمين على التوجهات الجديدة للمسؤولية المدنية للمهنيين، مذكرة نيل شهادة الماستر "قانون العقود"، جامعة تلمسان، 2015.
23. راضية عيمور، مقال بعنوان "الحماية الجنائية للمعاملات الإلكترونية"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 01 - 2015، جامعة الأغواط.
24. رشيد مسيح، حماية المستهلك وفق القانون رقم 13.08 - القروض العقارية نودجا - رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، مسلك قانون العقود والعقود، قار، كلية العلوم القانوني و لباقتصادية و الإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية، 2012-2013.
25. زرقعي أحمد، المعلوماتية وجرائم الإعتداء على الأموال، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2004-2007.

26. سلامة فارس عرب، معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية في قانون التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، حقوق جامعة القاهرة 1998
27. سناء راكيع ، تنازع القوانين في مجال التجارة الدولية-عقد البيع للبضائع-، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون المقاولات ، وحدة قانون المقاولات ، كلية الحقوق ، أكادال ، الرباط، 2005-2006
28. سوير سفيان، جرائم المعلوماتية، مذكرة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص.87.
29. شبور سهيلة، التأمينات الاجبارية و المسؤولية المترتبة عن الاخلال بالتزاماتها، مذكرة ماستر 2، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2011، 2012.
30. شهيدة قادة ، إشكالية مفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمنتج ، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، العدد(1)-2014، جامعة تلمسان .
31. شهيدة قادة، محاضرات في قانون التأمين متضمنة لمختلف النصوص التنظيمية في القانون الجزائري موجهة لطلبة ل.م.د، الموسم الجامعي 2010-2011.
32. صالح المتزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، 2008.
33. صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، 2012-2013.
34. طيب ولد عمر، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2009-2010.
35. عبد العزيز زردازي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مقال منشور في "مجلة التواصل في الإقتصاد والادارة والقانون" بجامعة باججي مختار - عنابة -، العدد 38 لسنة 2014.
36. عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.
37. علي غزواني : قانون التجار الدول، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ، جامعة محمد الخامس ، السوسي ، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2006-2007 .
38. علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة وهران، 2006-2007.
39. فلاح فهد العجمي ، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الأوسط ، الكويت ، 2011،
40. فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2008.

41. فيصل محمد كامل عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، جامعة القاهرة، مصر،
42. قارة آمال، الجريمة المعلوماتية، رسالة ماجستير في القانون الجنائي و العلوم الجنائية، جامعة الجزائر، 2001-2002.
43. لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، مذكرة ماجستير في القانون ، جامعة نابلس ، فلسطين، 2008.
44. المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 27-02-1990، غير منشور، مقتبس عن العرباوي نبيل صالح، التأمين في النقل البري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003-2004، ص.125.
45. محمد زلايحي، حجية دليل الحاسوب الآلي في النطاق الجنائي، مجلة صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 07، 2010.
46. محمد سليمان ، فلاح الرشيد ، نظرية الالتزام بضمان سلامة الأشخاص ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، عين شمس ، مصر 1989 .
47. مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2012.
48. معراج جديدي، النظام القانوني للتأمين في الجزائر في ضوء التحولات الاقتصادية الجديدة، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2007.
49. نادية المشيشي : حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية ، رسالة لنيل الماستر في قانون الأعمال و المقاولات ، جامعة محمد الخامس ، كلية الحقوق السوسي ، 2008-2009
50. نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه حقوق، عين الشمس، 2008.
51. نجاة عباوي، جرائم المعلوماتية في التشريع الجزائري الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بشار، 2008.
52. نزهة الخلدي: الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، عقد البيع نموذجاً، اطروحة لنيل دكتوراه قانون الخاص، وحدة القانون المدني، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، اكدال، السنة الجامعية 2004-2005.
53. نوارة حميل، التعاقد الإلكتروني " معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد"، مجلة الدراسات القانونية، صادرة عن مخبر القانون الخاص، جامعة تلمسان، العدد 4، 2007.
54. -هاجر هروس ، إشكالية حماية المستهلك في القانون رقم 13.08 - القروض العقارية نموذجاً - رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص / مسلك القانون المدني و الأعمال ، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإجتماعية ، جامعة عبد الملك السعدي ، طنجة ، السنة الجامعية ، 2011-2012.



55. هشام أحمد محمود عبد العال، عقد التأمين في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس - المنصورة -، 2000.

### • المقالات والمدخلات:

1. أحمد القشيري، الإتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 21، لسنة 1965،
2. أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، الملتقى العربي الثالث لتطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين، 15-17 ديسمبر 2003 شرم الشيخ-مصر،
3. أحمد صالح القشيري، الإتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد (1)، 1991،
4. أشرف وفا محمد، حوالة الحق في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ، الطبعة الأولى 2005، ص.11. نفس المقال، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 59،
5. بوحية وسيلة، المرجع، القواعد المنظمة لعمل شركات التأمين وآليات الرقابة عليها في القانون الجزائري، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية، العدد 1 لسنة 2015، جامعة يحي فارس بالمدينة
- تميز حقوق رقم 87/07 مجلة نقابة المحامين لسنة 1989 . 6.
7. جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية 2010-
8. حازم جمعة اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة. المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية. دبي. الإمارات العربية المتحدة 11-26 أبريل 2003.
9. خالد الهندياني، اثر انتقال ملكية الشيء المؤمن عليه في عقد التأمين، مجلة الحقوق الكويتية، عدد 2 يونيو 1998، السنة 2،
10. رحمان مختار محمد، عيب المنتج سبب منشئ للمسؤولية المدنية للمنتج ، مجلة المحكمة العدد الثاني قسم الوثائق و الدراسات القانونية و القضائية، الجزائر، 2013.
11. شهيدة قادة ، مداخلة حول الالتزام بالاعلام في عقود التجارة الالكترونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الاساسي، العدد 06-2009،
12. صبرينة شراقة، دور الرقابة في تنمية قطاع التأمين في الجزائر، فعاليات الملتقى الدولي "شركات التأمين التقليدي و مؤسسات التأمين التكافلي، بين الأسس النظرية و التجربة التطبيقية - كلية العلوم الاقتصادية، جامعة سطيف 1، الجزائر ، 25 - 26 أبريل 2001،

13. طارق مصدق، مداخلة بعنوان " النظام القانوني لمقاولة التأمين بالمغرب " ، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول بالمغرب، العدد 2/ لسنة 2015
14. عبد الإله برجاني، التحكيم ذات التقاضي بالتراضي ، المجلة المغربية للإقتصاد و القانون ، العدد الثاني ، 1993 ،
15. عثمان بن فضل ، خواطر حول التحكيم وعقد التأمين في زمن عولمة الإقتصادية ، مقال منشور ضمن الأعمال الكاملة للملتقى الدولي الذي نظم في 24 أبريل 1998 مركز الدراسات القانونية والثقافية و القضائية ، تونس 1998، ص.45.
16. عمر بن الخطاب البغدادي، الآثار القانونية والإدارية لاستخدام تكنولوجيا المعلومات، الملتقى العربي الثالث لتطوير العلاقة بين القانونيين والإداريين، مؤتمر منظم من طرف المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أيام 15-17 ديسمبر 2003-مصر،
17. قادة شهيدة، إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج، مجلة الدراسات، جامعة تلمسان، العدد 2011، 8.
18. قضية الشركة الجزائرية لتأمينات النقل ضد ذوي الحقوق ح.ع، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 سنة 2008،
19. كريم كريمة، مدى كفاية قواعد القانون المدني لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، عدد خاص، 2005، ص.144.
20. ميروك بنموسى، شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص ، نوفمبر 2003، ص.38.
21. مجلة القضاء و القانون، عدد 127 يناير 1978
22. محمد الوكيللي : الطعن في أهلية المتعاقد الأجنبي، تعليق على قرار عدد 63، الصادر عن الغرفة المدنية بالجلسة الأعلى في 20 يناير 1982، مجلة القضاء والقانون، السنة 24، العدد، 136140.
23. محمد الوكيللي، تعليق على قرار المجلس الأعلى رقم 63، الصادر بتاريخ 20 يناير 1982 في الملف المدني عدد 86772، مجلة القضاء و القانون ، السنة 24، العددان 135-136،
24. محمد حسين بشاير، الحكم التحكيمي المرسل مفهومه و تنفيذه دراسة لفكرة الالغاء دعوى البطلان او الحد من اثاره ضد احكام التحكيم، مجلة الحقوق،
25. محمد شكري سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة 2003/2/26،
26. محمد هاشم، مفهوم النظام العام عند القاضي التونسي " ، المجلة القانونية التونسية 1976، العدد الأول ،
27. مصطفى محمد الجمال، أصول التأمين " عقد الضمان "، -دراسة مقارنة في التشريع و الفقه والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت-1999.

28. مقني بن عمار، الضوابط الإدارية لاعتماد شركات ووسائط التامين - دراسة في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط العدد 2016/03 .
29. ميلاط عبد الحفيظ ،الطبيعة الدولية لشبكة الانترنت وفكرة النظام العام ،تحديد المسؤولية في حالة مخالفة النظام العام في العقود المتعلقة بمنح التوظيف hebergement والدخول ACCES المواقع الالكترونية في شبكة الانترنت ، مجلة الدراسات القانونية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي ،جامعة تلمسان ،العدد 200-05

● . التشريعات الوضعية:

(1) التشريع الجزائري:

- القوانين

1. القانون 23/89 المتعلق بالتقييس و المعدل والمتمم في مواجهة مشاكل الهدف منها تحقيق الدرجة المثلى من التنظيم في إطار معين (منتوج أو خدمة).
2. القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع. 56 لسنة 2006 المعدل والمتمم سنة 2008.
3. قانون رقم 31-88 الصادر في 19-07-1988 المعدل والمتمم للأمر 74-15، ج.ر.ع. رقم 29، ص. 1069.
4. القانون رقم 15-04 الصادر المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 الموافق ل 27 رمضان 1425 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر.ع. 71 لسنة 2004.
5. القانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع. ج. ج. ع. 41 لسنة 2004
6. القانون التجاري الجزائري، رقم 02/05 المؤرخ في 20 فبراير 2005 المعدل والمتمم والمتضمن القانون التجاري.
7. القانون رقم 04-06 المؤرخ في 20/02/2006 (ج.ر.ع. العدد 15 المؤرخة في 12/03/2006).
8. القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتضمن تحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر.ع. 15 لسنة 2009.
9. القانون 03/09 الصادر بتاريخ 25/02/2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع. 15 لسنة 2009.
10. القانون 04/06 المتعلق بالتأمين في الجزائر المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر.ع. ج. ج. ع. 15 لسنة 2006.
11. القانون 03/09 بخصوص الالتزام بالاعلام الصادر في 09/11/2013 ج.ر.ع. 58 لسنة 2013،

12. القانون 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الإتفاقية الذي يقضي بنسخ وتعويض الباب الثمن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر بتاريخ 26 دجنبر 2007 و المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584.

13. القانون رقم 05/18 المؤرخ في 20 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية في الجزائر، ج.ر.ع 28 لسنة 2018.

- المراسيم :

1. المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر.ع.ج، ع.5 لسنة 2006،
2. المرسوم التنفيذي 04/272 المؤرخ في 29/08/2004 المتعلق بالالتزامات التقنية الناتجة عن تأمين آثار الكوارث الطبيعية، ج.ر.ع 55 لسنة 2004.
3. المرسوم رقم 95/343 (ج.ر.ع.رقم 65 لسنة 1995) المتعلق بحدود قدرة شركات التأمين على الوفاء، معدل و المتمم بالمرسوم 115/13 (ج ر ع 18 لسنة 2013).
4. المرسوم 115/13 المتعلق بحدود قدرة شركات التأمين على الوفاء.
5. المرسوم التنفيذي رقم 95-340 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 المحدد لشروط منح وسطاء التأمين، الاعتماد والأهلية المهنية وسحبه منهم و مكافئتهم ومراقبتهم .
6. المرسوم التنفيذي رقم 95-341 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 المتمم القانون الأساسي للوكيل العام للتأمين .
7. المرسوم 96/47 الصادر في 17/01/1996 (ج.ر.ع 05 الصادرة في 21-01-1996).
8. المرسوم 08/113 الصادر في يوم 09 أبريل من سنة 2008 الموضح لمهام لجنة الإشراف على التأمين، جريدة رسمية عدد 20 لسنة 2008.
9. المرسوم التنفيذي رقم 96-48 المحدد لشروط التأمين وكيفيةه في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات (ج.ر.ع.العدد05، المؤرخة في 21/01/1996).
10. المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15/07/1990 المتعلق بضمان المتوجات والخدمات.
11. المرسوم التنفيذي رقم 96/48 المؤرخ في 17/01/1996 يحدد شروط التأمين و كيفيةه في مجال المسؤولية المدنية عن المتوجات ، ج ، ر عدد05، الصادر في 21/01/1996

- الأوامر:

1. الأمر رقم 648/2005 المعدل و المتمم لقانون الإستهلاك الفرنسي لسنة 1993.

2. الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 06 محرم 1394 الموافق ل30 يناير 1974 المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 الصادر في 19-07-1988 المتعلق بالزامية التأمين السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار . ج . ر. عدد 29، لسنة 1988.
3. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 والمؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتضمن قانون التأمين، ج.ر.ع. 13 لسنة 1995.
4. الأمر 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل والمتمم وملتضمن القانون التجاري الجزائري (ج.ر. العدد 78 لسنة 1975).
5. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني (ج.ر. العدد 78 لسنة 1975).

#### - القرارات والانظمة:

1. قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن نموذج وثيقة التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم (3) لسنة 2011، قرار المدير العام لهيئة التأمين بشأن آلية إصدار وثائق التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات رقم (3) لسنة 2004.
2. قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس رقم 1233 صادر بتاريخ 2004/11/09 (غير منشور).
3. قرار عدد 1423 صادر بتاريخ 2004 /12/29 في الملف التجاري رقم 2004/01/541 منشور بالجلد المغربية لقانون الأعمال عدد 08 ماي 2005
4. قرار رقم 27 صادر بتاريخ 2006/11/05 في الملف عدد 05/880 (غير منشور).
5. قرار عدد 32 صادر بتاريخ 2006/01/05 في الملف عدد 05/1521 (غير منشور).
6. قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس رقم 806 صادر بتاريخ 2006/05/18 في الملف رقم 06/395 (غير منشور).
7. قرار رقم 951 صادر بتاريخ 2008/06/12 في الملف عدد 2007/1100 (غير منشور)
8. قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس رقم 1542 صادر بتاريخ 2008/10/30 في الملف رقم 2008/659 (غير منشور).
9. قرار محكمة الإستئناف التجارية بفاس رقم 201 صادر بتاريخ 2004/2/19 (غير منشور)
10. النظام رقم 05-07 المؤرخ في 28 ديسمبر 2005، المتضمن أمن أنظمة الدفع، ج . ر. ع. 37 لسنة 2006.
11. قرار محكمة الإستئناف بالرباط بتاريخ 31 أكتوبر 1930، منشور ضمن مجموعة قرارات محكمة الإستئناف 1928.

12. قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 7 يناير 1976 ، منشور بمجلة المعيار تصدرها هيئة المحامين بفاس ، العدد 13.

13. قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء، صادر بتاريخ 2000/02/27، ملف رقم 9207/99/96، قرار 2000/141. غير منشور.

14. قرار عدد 510/2 ملف جنحي عدد 9126/99؛ مذكور عند: حسن البكري، قضاء المجلس الأعلى في حوادث السير، مكتبة الرشاد، سطات، ط1، 2005.

15. قرار عدد 919/2، ملف جنحي عدد 18832/96،

(2) ... تشريعات بعض الدول العربية الأخرى :

1. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل والمتمم.

2. القانون الإماراتي رقم 24 لسنة 2006

3. قانون البيان رقم 30 لسنة 1952،

4. القانون اللبناني لحماية المستهلك رقم 659 لسنة 2005

5. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

6. القانون المدني الكويتي رقم 22 لسنة 2004.

7. القانون المصري لحماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006"

8. القانون رقم 806-2004 المؤرخ في 9 أوت 2004 المتعلق بالصحة العامة الفرنسي

• .... اجتهادات المحكمة العليا :

1. حكم رقم 146 صادر بتاريخ 2010/02/18 في الملف رقم 4/09/597 (غير منشور).

2. حكم رقم 841 صادر بتاريخ 2009-10-20 في الملف رقم 4-07-852 (غير منشور).

3. حكم رقم 356 بتاريخ 2010.4.22 في الملف رقم 4.09.953 (غير منشور).

4. حكم رقم 407 صادر بتاريخ 2009/04/23 في الملف رقم 4/06/1025 ، و 4/785 ( غير منشور).

5. حكم (بدون رقم) صادر بتاريخ 2007/02/21 في الملف رقم 06/05/763 (غير منشور).

6. حكم رقم 8013 صادر بتاريخ 2008/7/1 في الملف رقم 2007/11/10812 (غير منشور).

7. حكم رقم 407 صادر بتاريخ 2009/4/23 في الملف رقم 4/06/1025 ، 4/785 (غير منشور).

8. حكم المحكمة التجارية بالبيضاء رقم 11287 في الملف رقم 201/3550 / (غير منشور).

9. حكم المحكمة التجارية بمكناس ( بدون ذكر رقم ) صادر بتاريخ 2010/3/17 في الملف 04/09/248 و 04/09/136 (غير منشور).

10. حكم المحكمة التجارية بمكناس ( بدون رقم) صادر بتاريخ 2010/03/17 في الملف رقم 4/09/248 و 4/09/136 ( غير منشور).
11. حكم المحكمة التجارية بفاس رقم 249 صادر بتاريخ 202006/20 في الملف رقم 04/05/1975 ( غير منشور).
12. حكم المحكمة التجارية بالبيضاء رقم 3375 صادر بتاريخ 02009/3/24 في الملف رقم 2007/11/12088 ( غير منشور)

• .... المواقع الإلكترونية :

1. موقع مركز تحكيم الويب: <http://www.arbiter.wipo.int>
2. موقع مركز الوساطة والتحكيم [squaretrade](http://www.squaretrade.com):
3. مصطفى الفوركي، الحماية القانونية والتقنية للتجارة الإلكترونية؛ الموقع الإلكتروني: [www.MarocDroit.com](http://www.MarocDroit.com)
4. أحمد الكردي ، حماية المستهلك الإلكتروني، الموقع الإلكتروني :
5. أوشن حنان، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مجلة الفقه والقانون، 2013 ، الموقع الإلكتروني: [www.majalah-droit-ici.st](http://www.majalah-droit-ici.st)
6. محمد السيّد عمران، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأترنت؛ الموقع الإلكتروني:
7. [http:// www. sciencejuridiquesahlamontada.net/t1198-topic](http://www.sciencejuridiquesahlamontada.net/t1198-topic).
8. قارة ميلود، التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية؛ الموقع الإلكتروني:
9. <http://www.lawjo.net/vd/showthread.php?10312>
10. نور نادر المغربي، عقود التجارة الإلكترونية ، الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2011- 1432 هـ، ؛ الموقع الإلكتروني: <http://www.site.iugaza.edu.ps/>
11. مراد زريقات ، التأمين على القروض الشخصية ، مقال منشور بالموقع الإلكتروني الآتي: [mz@murad-zuriekat.com](http://mz@murad-zuriekat.com) بتاريخ 2011.12.10.
12. [www.unicitral.org/unicitral/ar/unicitral-textes-ration/1985-mode/](http://www.unicitral.org/unicitral/ar/unicitral-textes-ration/1985-mode/) arbitration
13. [www.cyberlawnet.net](http://www.cyberlawnet.net)
14. <http://www.Square.trade.com/hetp/mediation-faq.jsp>.
15. <http://www.Vmag.law.vill.edu> .
16. <http://www.Cybertribunal.org>.
17. [-http://hech.net/f/convention.index.html](http://hech.net/f/convention.index.html).
18. [http :lwww.boursorama.com/patrimoine/guides/europe/DIV41.html](http://www.boursorama.com/patrimoine/guides/europe/DIV41.html).
19. [www.dm.net.id/tmalouli/practice-www.org.net-www.m.org](http://www.dm.net.id/tmalouli/practice-www.org.net-www.m.org).
20. [www.kananaonline-com/users/ahmedkordy/posts/277936](http://www.kananaonline-com/users/ahmedkordy/posts/277936)

21. [www.kananaonline.com/users/ahmedkordy/posts/275121-13-06-2012](http://www.kananaonline.com/users/ahmedkordy/posts/275121-13-06-2012).
22. <http://kenanaonline.com/users/ahmedkordy/posts/323324>
23. [www.Uncitral.org](http://www.Uncitral.org)
24. <http://www.sciencejuridiqueahlamontada.net/t1198-topic>
25. <http://www.google.dz/url?q=http://lthoumyre.chez.com/uni/mem/05/ce01.pdf&sa=U&ei=8mKeUdj7AoLvswbNjICYDQ&ved=0CB0QFjAA&usg=AFQjCN GvVNkWnIjYfKcEzznlFk9MAKsuJw>.

ثانيا : باللغات الأجنبية :

• **Les ouvrages :**

1. ...Dictionnaire Encyclopédique Larousse ,1993 .
2. Lamy (S.A) :Le contrat international,1986,tome II,L. 218.
3. Lamy dr.Aff 2001 n 31-2518 , T.G.T.Paris 20 nov 2000.
4. ...Anne Sinay-Cytermann, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français,édition N2,L.G.D.J,1996.
5. ...antoine kassis : « le nouveau droit eurpéen des contrats internationaux »hors collection,L.G.D.J,1996 .
6. ...Beaure Daugères,P. Bresse et S.Thuilier, paiement numérique sur Internet, Etat de l'art, aspect juridiques et impact sur les métiers, Thomson publishing,Paris, 1997 .
7. ...Besson (A) ,les entrepriesses d'assurances , paris , L.G.D.J, 1977 , 4ème éd,
8. ...Bett. Jean Claude , Droit des assurances,3ème édition. Dalloz,1981.
9. ...C.FERAL-SCHUHL,Cyber droit, droit à l'épreuve de l'internet,6èmeédition,Dalloz, Paris,2010.
10. CHANTAL Russo,de l'assurances de responsabilité a l'assurance directe ,Dalloz,2001.
11. Chantelristian Dubreuil et particedeslauriers, l'assurance : une protection pour le crédit, R.J.T, Monreol 1997/31.
12. ChentaleRusso, de l'assurance de responsabilité à l'assurance direct, Dalloz, 2001.
13. Chissick(M) and Kelman(A) : electronic commerce, law and practice 3ème éd ,London 2002.
14. Christian Lapoyade de Champs, Droit des obligations, Ellipses, 1998.
15. Dalila Zenaki ,Quelque approche de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et en droit commun el dirassat k,étude comparé,n°8 ,2011.
16. Demichel (A) :Le control de l'etat sur les arganismes privés , essai d'une théorie général, L.G.D.J, 1960.
17. El hansali Basso, l'assurance-vie dans ke contexte marocain, Ed Khattabi, 1990.



18. Emanuel Contons, le consommateur d'assurance est-il surprotégé ? les entretiens de l'assurance F.S.A. 2005.
19. Emily M.Weit zenboeck Electronic agents and the Formation of contrats
20. Fajat (Gérard) : « l'ordre public économique »,L.G.D.J,Paris , 1963.
21. FONTAINE,Nature juridique de l'assurance crédit,Bruzelles,C.I.D.C, 1966.
22. Ful (P) Lecat (J) : L'obligation d'information et consiet et matière d'assurance. Presse universitaire d' aix-merseille , 1996.
23. Guiliano Mario ,» La loi applicable aux contrats » , rec.des cours 1977.
24. Hatimy farid, les assurances de personnes au Maroc à l'heur de la mondialisation. Ed Maghrebine, Casablanca , 2000.
25. Héléne de rode ,les assurances de responsabilité , édition kluwer, 2006
26. Huet(j) , le droit applicable dans les réseaux numérique ; j.d.2002.
27. Isabelle de BENALCAZAR, la protection des intérêt économique des consommateurs dans le secteur des produits « Etude comparée », Université paris I .
28. J. kulmann, clauses abusives et contrat D'assurance, R.G.A.T, N.1,
29. J. LARRIEU, Droit de l'internet , Ellipses, Paris, 2005 .
30. Jean Bigot ,L'internationalisation du droit des assurances ,édition Dalloz,1999.
31. Jean Bigot, traité de droit des assurances, L.G.D,J, paris cedex, Delta, 2002,
32. Jean BIGOT, traité de droit des assurances, Tome 3 ,Delta ,L.G.D.J ,Paris , 2000.
33. Jean BiGot,L'assurance de la responsabilité du Fabricant, Calloque, « La responsabilité du fabricant... » paris,1975.
34. jean michel jacquet : le contrat international , connaissance du droit , paris dalloz , 1992.
35. Jean-BAPTISTE(m), créer et exploiter un commerce électronique,édition lilec,Paris,1998.
36. Jèrom huet ; Stefenie Val MACHINO. Rèflexion sur l'arbitrage èlectronique dans le commerce international.Gaz pal.2000.
37. lèris (p) :la justice au maroc point de vue international, in, decroux (p) :droit international privé , ed.la porte,rabat 1963.
38. Levrier (G) ,droit européen des assurances , bruxelles , bruylant 1992, Classens (H) ,La libre presentation de services en assurance vie et en assurance automobile, hors édition ,1989.
39. M. H. Maleville, le langage des contrats d'assurances, perspectives d'évolution R.E.A.T,.
40. Marcel Fontaine,La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse dans le Centre de Droit des
41. Mario Giluiano :La loi applicable aux contrats , problèmes choisis « Recueil des cours de lahay » 1977.
42. Michelle Cumyn, la sanction des lois d'ordre public tendant a la justice contractuelle : leur finalité, leur efficacité, 2007-41 Rj I.I

43. Mohammed Drissi alami :droit commercial fondamental au maroc,dar al kalam, rabat,.édition 2006.
44. mohammed el mernissi : « définition du cantrat international لا ;l'actualité juridique n°18 septembre 1999.
45. paul Didier , « Droit commercial : TA :introduction, les entreprises », Presses Universitaires de France 1970.
46. Perbet Gaschet (c) :le marché de l'assurance dans l'ordre juridique communautaire, Presse Universitaires d'aix marseille 1989.
47. Ph.LE TOURNEAU,Contrats informatiques et électroniques ,4émeédition, Dalloz,Paris,2006.
48. Schapira (J), le Ttallec(g),Balaise(JB) :Droit européen des affaires , édition P.U.F,1992.
49. T .WILHEMSSON sous la direction de porspectives of critical contrat law, ouvrage collectif, dartmouth, 1993.
50. The international demenisions of cyberspace law UNESCO publishing 2000.
51. Thomas SCHULTZ , Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, une approche critique. Générale de droit et du jurisprudence paris, éd 2005.
52. Christiane Fèral Schuhl. Cyber Droit. 3ème édition dalloz.dunond.
53. TN.Verbiest et E. Wery, le droit de l'internet et de la société de l'imformation, droit européen, Belge et Français, Larcier,2001.
54. Toubiana(A) :Domaine de la loi du contrat en droit international privé.Paris.dalloz ,1973.
55. Verbiest (T ) ,La protection juridique du cyber Consommateur,édition litec ,2002 .
56. VIVANT(M) , Les contrats du commerce électronique,édition litec , Paris ,1999.
57. WILHELMSSON, Critical Studies in private law, Kluwer, Dordrecht, 1992,
58. yves guyon(M ),droit des affaires ,economica,10 éme édition 1998
59. Yvonne Lambert Faivre , droit des assurances,10<sup>éme</sup>éd, Paris Dalloz,1998 ;n°18.
60. Yvonne lambert, La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses de réclamation de la victime, recueil Dalloz Sirey N° 02. 09 janvier 1992.
61. Yvonne Lambert-faire·Droit des assurances·10édition Dalloz ,Delta ,1998.
62. -Zoulikha Nasri ,Le droit de l'assurance au maroc , édition la porte , rabat 1984.
63. Le contrôle de la solvabilité des compagnies d'assurance, panorama des pays de l'OCDE , Edition Amazon France 2002.

• **Les articles(Revues) :**

1. Bian Carelli (j) dans son rapport initial du 12<sup>ème</sup> colloque juridique international de c e a « l'application du droit du contrat d'assurance dans le marché unique européen », éd.r.g.a.t et l.g.d.j, avril 1992.
2. Boudjellal mohammed, les assurances dans un système islamique. Revue des sciences économiques et de gestion, Faculté de science économique, commerciales et des sciences de gestion, université Fer Rat Abbas, Sétif, N05, 2005.
3. D. Gobert, la Publicité sur l'internet, le droit évolution, REv, Ubiquité, n°7. Déc. 2000.
4. Eric CAPRIOLO, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, L'expérience du Cyber tribunal, rev arb 1999 n° 2.
5. H. LAABIDI, L'offre et l'acceptation dans les contrats de commerce électronique, Revue de la jurisprudence et de la législation N° 9, Tunis, 2002.
6. J. KULMANN, Assureurs et assurés en droit français, la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J, 1996.
7. Louis Lucas : porté de la distinction entre droit privé interne et droit international privé, revue marocain de développement n°7, 1984.

• **Les thèses et les mémoires :**

1. chey (r), L'arbitrage et le contrat de consommation le point sur l'état du droit, thèse d'obtention du grade de master, faculté de droit et science politique, mention droit européen et international des contrats, 2005-2006
2. Frederic Leclerc, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois. Tome 1, Thèse/Université Rebert Schumann de Strasbourg
3. ISMAIL, Alkhalfan, la protection contre les clauses abusives du contrat d'assurance, Doctorat Montpellier, 2012.
4. Laurantinlle Gass, Les clauses abusives dans le contrat d'assurance, presses Universitaires, Marseille, 1998.
5. Nekli-kacel nouara, l'assurance et l'indemnisation du dommage corporel, mémoire de magistère, faculté de droit, université d'alger, 2013.
6. Nicolas Auclair, la loi applicable au contrat communautaire d'assurance, étude En droit international privé, Thèse pour la Doctorat, Université de Paris 1, 1999.
7. Obligations de l'Université de Paris I et le Centre de Droit des Obligations de L'Université Catholique de Louvain (Comparaisons franco-belges). L.G.D.J, 1996.
8. P. LE TOURNEAU, Quelques aspects des responsabilités professionnelles, Gaz. Pal, 1982.
9. Philippe Guez, L'élection de for en droit international privé, thèse de doctorat, université de paris X, nanterre, soutenue le 18 janvier 2000,

• **Conventions Internationales ;Loi et Réglements:**

1. Decret n°2005-113 du 11/02/2005 pris pour l'application de l'article 1386 bis 02 du code civil , J.O.R.F , n°36 du 12/02/2005.
2. Directive 2002/58/CE du parlement européen et du conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques),J.O.R.F,N° 201/3 du 31 juillet 2002.
3. La directive 85/374 CEF du conseil du 25/07/1985 relative au rapprochement des dispositions législatives ,réglementaires et administratives des états membres en matières de responsabilité du fait des produit défectueux, J.O.R.F du 07/08/1985 modifiée par le directive 1999/34/Ce du parlement européen el du conseil du 10/05/1999,J.O.L 141 du 04/06/1999.
4. le code pénal français est entré en vigueur le 01 mars 1994 pour remplacer le code pénal de 1810.
5. loi française n 2000-719 de 1<sup>er</sup> aout 2000. Modifiant la loi n 86-1067 du 30 septembre 1986 relative a la liberté de communication.
6. loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. J.O.R .F,n° 0143 du 22 juin 2004.
7. loi N° 2005 du 26 Juillet 2005 art. 3 J.O.R.F du 27 Juillet 2005 .
8. Loi n°2004-1343 du 09/12/2004 de la simplification du droit ,J.O.R.F, du 02/03/2005.
9. loi n°2010-853du23 juillet 2010-art .35.,relative aux réseaux consulaires,au commerce,à l'artisanat et aux services.
10. Loi n°91-1406 du 31/12/1991 postant diverses disposition d'ordre social J.O.R.F , n°03 du 04/01/1992.
11. Loi n92-24 du 09mars1992,portant promulgation du code des assurances,modifié le 08 novembre2018.

• **Les jurisprudences :**

1. Cass.civ 13 mai 1985, R.G.A.T, 1985.
2. Cass civ,7 octobre 1980 ,Rev. Crit. DL. P,1981 .
3. Cass.civ 1er , 21 mai 1997, jaguar, rev.arbitrage 1997/5,537.
4. Cass. Civ 1er, 30 mars 2004, rev.arb, 2005/115.
5. Cass.civ.1er ch, 21 mai 1997, jaguar, rev.ard1997.
6. Cass., crim. 12 novembre 1986, Bull.crim.
7. Cass civ, I 6 avril 2004, 01-03-494 ; Dalloz 2004, IR, 1425.
8. Cass.civ.1er ch,3 juin1997, rev.arb 1998/537.
9. Cass.civ 1er, 30 mars 2004, rev.arb, 2005.115.


• **Les sites internet :**

1. [http:// www.légisfrance.gouv.fr](http://www.légisfrance.gouv.fr).
2. [http://www.lexinter.net/jf/obligation\\_d'information.hpm](http://www.lexinter.net/jf/obligation_d'information.hpm).

3. [http://www.univ\\_orleans fr/asso/dess\\_ dicom/mémoire loi\\_ contract internet ,en pdf.](http://www.univ_orleans.fr/asso/dess_dicom/mémoire_loi_contract_internet_en_pdf)

• Les journeaux

1. K.BENLKADI, Les sites algériens vulnérables, journal el waten, 23/12/2002 n°-3668 ,
2. J.O .U.E du 4/4/2008 article 177/12.



الفهرس

مقدمة : ..... أ.

## الباب الأول:

### مدى الحماية القانونية المقررة لمستهلك خدمة التأمين

02	الفصل الأول مستهلك خدمة التأمين مفهوم في حاجة إلى تحديد.....
03	المبحث الأول: ماهية الطرف الضعيف في عقد التأمين .....
04	المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لمستهلك خدمة التأمين .....
05	الفرع الأول: تحديد مدلول الطرف الضعيف في العقد بوجه عام وعملاء خدمة التأمين بوجه خاص....
05	أولا- مدلول الطرف الضعيف في العقد بوجه عام .....
06	ثانيا- مستخدمى خدمة التأمين .....
22	ثالثا- نظام التأمين من الناحية الشرعية و التشريعية .....
33	الفرع الثاني: آثار عقد التأمين الإستهلاكي .....
33	أولا- التزامات أطراف العلاقة التعاقدية في عقد التأمين .....
48	ثانيا- التزام المؤمن بتقديم و نقل المعلومات للمستهلك .....
80	المطلب الثاني: صور ونماذج عقد التأمين و الرقابة عليه .....
80	الفرع الأول: مدى جواز التأمين على المخاطر التطور العلمي .....
86	الفقرة الأولى : الضمانات الحماية للدائن في عقد التأمين على القروض .....
87	أولا - أداء أقساط التأمين .....
88	ثانيا - إخطار المؤمن بحدوث الخطر المؤمن عنه .....
92	ثالثا- قصور قواعد التقادم في مجال التأمين لحماية المدين .....
95	الفقرة الثانية : حلول المؤمن محل المؤمن له في عقد التأمين على القروض كضمان للمدين .....
95	أولا : أحكام الحلول الإتفاقي .....
98	ثانيا : حدود الحماية المقررة للمدين من قبل القضاء عند حلول شركة التأمين محل المدين .....
106	الفرع الثاني: فرض الرقابة على شركات التأمين .....
109	أولا- الرقابة الإدارية .....

109	..... ثانيا- الرقابة التقنية
110	..... ثالثا- رقابة الدولة من خلال فرض التزامات أخرى على شركات التأمين
112	..... المبحث الثاني: تنفيذ عقد التأمين
112	..... المطلب الأول: حماية مستهلك خدمة التأمين من الشروط التعسفية طبقا للقانون الجزائري
113	..... الفرع الأول : حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفقا للقانون الجزائري
113	..... أولا- رفع الجهالة عن مستهلك خدمة التأمين
119	..... الفرع الثاني: ضمان حق مستهلك : حق التأمين في التعاقد المجدي
128	..... المطلب الثاني: ضمان قدرة المؤمن على الوفاء بالتزاماته المالية حيال المستهلك
129	..... الفرع الأول: الرقابة على قدرة المؤمن على الوفاء
129	..... أولا- الرقابة الإدارية
130	..... ثانيا- المراقبة المالية
132	..... الفرع الثاني: ثنائية (تأمين - مسؤولية) وسيلة لكفالة حق التعويض
133	..... أولا- العلاقة بين التأمين والمسؤولية المدنية للمهنيين
136	..... ثانيا- التأمين من المسؤولية المدنية ضد مخاطر الاستهلاك
148	..... الفرع الثالث: انتشار التأمين والأنظمة الجماعية للتعويض
149	..... أولا- مدى حماية المضرورين جسمانيا من حوادث المرور
151	..... ثانيا- مدى حماية المضرورين جسمانيا من حوادث العمل والأمراض المهنية
153	..... ثالثا- ضمانات المضرورين جسمانيا من السلع المعيبة
156	..... الفرع الرابع: دور و الالتزام بالسلامة في تحقيق التوازن بين المحترف و المستهلك
157	..... أولا - التعويض وفقا للمسؤولية القانونية الخاصة بالمنتج
162	..... ثانيا - التأمين كضمان إضافي لجبر الضرر
165	..... الفصل الثاني: الحماية المدنية والجنائية لمستهلك خدمة التأمين العادي والإلكتروني
166	..... المبحث الأول : الحماية المدنية لمستهلك خدمة التأمين
167	..... المطلب الأول: خصوصية الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني
167	..... الفرع الأول: حماية رضا المستهلك



- 167.....أولا- الإعلانات التجارية الإلكترونية وتأثيرها على اختيار المستهلك
- 170.....ثانيا- حماية رضا المستهلك في التعاقد بواسطة الوكيل الإلكتروني
- 174.....ثالثا- حماية المستهلك الإلكتروني القاصر وحظر إرسال بضاعة دون طلب
- 175.....الفرع الثاني: خصوصية العقد الإلكتروني
- 177.....أولا- أطراف العقد الإلكتروني
- 178.....ثانيا- التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني
- 183.....ثالثا- طبيعة العقود الإلكترونية
- المطلب الثاني: مدى إمكانية تحقيق أمن المستهلك الإلكتروني من خلال الضمانات الخاصّة أو المستحدثة
- 187.....
- 188.....الفرع الأول: حقوق المستهلك المستحدثة
- 188.....أولا- حق المستهلك الإلكتروني في الإعلام
- 193.....ثانيا- حق المستهلك في العدول أو الرجوع على التعاقد
- 194.....ثالثا- حق المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية وحماية البيانات الشخصي
- 196.....الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني عند الدفع والتوقيع الإلكتروني
- 196.....أولا- حماية المستهلك عند الدفع الإلكتروني
- 198.....ثانيا- حماية التوقيع الإلكتروني للمستهلك
- 199.....المبحث الثاني: الحماية الجنائية لمستهلك خدمة التأمين
- 201.....المطلب الأول : ماهية الحماية الجزائية الإلكترونية
- 202.....الفرع الأول : أركان الحماية الجزائية للمستهلك الإلكتروني والمسؤولية المترتبة عن الجرائم المقترفة
- 203.....أولا- الركن المادي والمعنوي في الجريمة الإلكترونية المرتكبة ضدّ المستهلك
- 205.....ثانيا - المسؤولية الخاصّة في الجرائم المرتكبة ضد المستهلك
- 212.....الفرع الثاني : صور الحماية الجزائية للمستهلك الإلكتروني
- 212.....أولا- الحماية الجنائية ضد الغش التجاري والصنّاعي
- 216.....المطلب الثاني: خصوصية الجرائم الإلكترونية وآليات الوقاية منها
- 217.....الفرع الأول : بعض الجرائم الخاصّة المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية

- أولا- الجرائم الماسّة بالمواقع الإلكترونية والبيانات الشخصية ..... 217
- الفرع الثاني: جرائم الماسّة بالتوقيع الإلكتروني والبيانات المشفرة..... 227
- أولا - جرائم الإعتداء على التوقيع الإلكتروني ..... 227
- ثانيا- جرائم الاعتداء على البيانات المشفرة: ..... 230

### الباب الثاني:

#### الأساليب الإجرائية المقررة لحماية مستهلكي خدمة التأمين في حالة حدوث منازعة تأمينية

- الفصل الأول: ماهية قواعد الإسناد المطبقة على عقد التأمين..... 235
- المبحث الأول:الصفة الدولية كشرط لإعمال قواعد التنازع على عقد التأمين ..... 238
- المطلب الأول:خضوع تكييف الطبيعة الدولية لعقد التأمين لقانون القاضي..... 239
- الفرع الأول : اختصاص قانون القاضي بتكييف الطبيعة الدولية لعقد التأمين ..... 241
- الفرع الثاني : اختصاص قانون العقد بتحديد الطبيعة القانونية لعقد التأمين ..... 245
- المطلب الثاني: ازدواجية المعايير المعتمدة في إضفاء الدولية على عقد التأمين ..... 247
- الفرع الأول : توزع المعايير المعتمدة في إضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين بين المعيار القانوني و المعيار الاقتصادي ..... 249
- أولا- المعيار القانوني ..... 249
- ثانيا - المعيار الاقتصادي ..... 250
- المطلب الثالث : تقييم ازدواجية المعايير المعتمدة في إضفاء الصيغة الدولية على عقد التأمين ..... 255
- الفرع الأول : تقدير المعايير المعتمدة في إضفاء الطابع الدولي على عقد التأمين ..... 255
- أولا- صعوبة تحديد مدلول واضح للمعايير الموضوعية المحضة ..... 256
- ثانيا - عدم انسجام معيار التجارة الدولية مع مبدأ عدم تجانس العقود ..... 256
- الفرع الثاني : الحاجة إلى اعتماد المعيار المؤثر في إضفاء الصيغة الدولية على عقد التأمين ..... 257
- أولا - إعمال فكرة النظام العام ضمن نطاق قواعد الإسناد الأوربية الخاصة بعقد التأمين ..... 264
- ثانيا- إعمال فكرة النظام العام ضمن نطاق تقود التأمين وفقا لقواعد ق.د.خ المغربي ..... 269
- المبحث الثاني: المنهج القانوني السليم للتعامل مع تكنولوجيا المعلومات ..... 276
- المطلب الأول: مدى الحاجة لتدخل القانون لتنظيم المسائل المتصلة بالمعلومات ..... 277

- 280..... الفرع الأول: مشروع قانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية
- 281..... المطلب الثاني: مدى ملائمة الآليات التقليدية لتسوية المنازعات مع متطلبات تكنولوجيا المعلومات
- 282..... الفرع الأول: التسوية القضائية لمنازعات تكنولوجيا المعلومات
- 290..... الفرع الثاني: الحاجة إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات
- 293..... الفصل الثاني: تسوية المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية
- 294..... المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية
- 295..... المطلب الأول: تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية
- 295..... الفرع الأول: قواعد الإسناد الشخصية
- 296..... أولا- مفهوم قانون الإدارة في عقود التجارة الإلكترونية
- 303..... ثانيا- كيفية تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية في مجال عقود التجارة الإلكترونية
- 305..... الفرع الثاني: قواعد الإسناد الموضوعية
- 306..... أولا- الإسناد الجامد للرابطة العقدية
- 313..... ثانيا- الإسناد المرن للرابطة (العقدية معيار الأداء المميز)
- 318..... المطلب الثاني: الاختصاص القضائي بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية
- الفرع الأول: القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية طبقا للقانون
- 319..... الجزائي
- 324..... أولا- الحلول التقنية
- 325..... ثانيا -الحلول القانونية
- الفرع الثاني: تحديد الجهة القضائية المختصة للبت في المنازعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية طبقا للقانون المغربي
- 327.....
- 341..... المبحث الثاني: الآليات الحديثة لتسوية منازعات تكنولوجيا المعلومات
- 342..... المطلب الأول: التسوية الإلكترونية للمنازعات المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات
- 342..... الفرع الأول: عوامل الأخذ بالتسوية الإلكترونية
- 347..... الفرع الثاني: تقييم التسوية الإلكترونية لمنازعات تكنولوجيا المعلومات
- 348..... المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

350	الفرع الأول: التحكيم الإلكتروني ضمن عقود تكنولوجيا المعلومات
350	أولاً- تعريف التحكيم الإلكتروني ومميزاته
354	ثانياً- الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني
368	ثالثاً: إجراءات التحكيم الإلكتروني
377	الفرع الثاني: التحكيم في عقود الاستهلاك الدولية طبقاً للقانون المغربي
390	الفرع الثالث: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة انقضاء عقد التأمين
408	أولاً: في غير التأمين على الحياة
413	ثانياً- في التأمين على الحياة
424	الخاتمة
430	قائمة المصادر والمراجع
458	الفهرس

## ملخص:

يعدّ إبرام العقود بوسائل الاتصال الحديثة والتي أصبحت تربط بين أطراف المعمورة كلّها، من أخطر الموضوعات المتعلقة بالعقود بحيث تمّ اختصار المسافات والحواجز المكانية والزمانية. وقد أصبحت هذه الوسائل أمراً ملموساً لإبرام الكثير من المعاملات بواسطتها، وإنشاء التصرفات عن طريقها، لعلّ من أهمّها الشبكة المعلوماتية العالمية، حيث تحولت هذه الأخيرة من مجرد تبادل البيانات عبر البريد الإلكتروني إلى إنجاز العمليات التجارية إذا فرضت نفسها بقوة. وإذا كانت هناك أبحاث قانونية متعددة المضمين في مجال المعلوماتية والشبكات، إلا غالبيتها لا يثار فيها موضوع التأمين إلا بطريقة هامشية، فلا يوجد إلا القليل من الكتابات المتخصصة في مجال التأمين المعلوماتي، ومن هنا جاءت الفكرة في دراسة التأمين في مجال المعلوماتية والشبكات. **الكلمات المفتاحية:** الحماية القانونية، المستهلك العادي، المستهلك الإلكتروني، خدمات التأمين، منازعات التجارة الإلكترونية، التسوية الإلكترونية، التحكيم الإلكتروني.

## Résumé :

La conclusion des contrats à travers les moyens modernes de la communication qui sont devenus un lien entre les parties de la planète , est considéré comme étant l'un des sujets les plus graves liés aux contrats, de sorte que l'on raccourci les distances et les barrières temporelles et celles du lieu.

Ces moyens sont devenus concrets pour la conclusion de nombreuses transactions et la création d'opérations ,sans doute, le plus important du réseau mondial d'information: de façon que ce dernier est passé du simple échange de données par courrier électronique à la réalisation d'opérations commerciales si obligatoires.

Et s'il existait un nombre de recherches juridiques à contenus multiples dans le domaine de l'informatique et des réseaux: la plupart d'entre ces recherches ne soulèvent pas la question de l'assurance sauf de façon marginal, il n'existe que peu de littératures spécialisées dans le domaine de l'assurance de l'information. Et donc de là, est survenue l'idée de l'étude de l'assurance dans le domaine de l'informatique et des réseaux.

**Les mots clés :** Protection juridique; consommateur ordinaire; consommateur électronique; service d'assurance; litiges en matière de commerce électronique; règlement électronique, arbitrage électronique

## Summary:

The conclusion of contracts through modern means of communication which have become a link between the parts of the planet, is considered to be one of the most serious subjects related to the contracts, so that distances and the temporal barriers and those of the place.

These means have become concrete for the conclusion of many transactions and the creation of operations, undoubtedly the most important of the global information network: so that the latter has gone from the simple exchange of data by electronic mail to the realization of business operations if mandatory.

And if there were a number of multi-content legal research in the field of computers and networks: most of this research does not raise the question of insurance except marginally, there is only few specialized literatures in the field of information assurance. And so from there, came the idea of the study of insurance in the field of computing and networks.

**Keywords :** Juridical protection; ordinary consumer; electronic consumer; insurance service; electronic commerce litigation; electronic regulation, electronic arbitration