جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

حماية المتعاقد أثناء تنفيذ العقد المُبرم عبر الأنترنت

أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم
تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة:
عرعار الياقوت

تحت اشراف الأستاذ:
بن عصمان جمال

أعضاء اللجنة:

أ. ديـــش موســـى	أستاذ محاضر - أ -	جامعـة تلمسـان	رئيســـا
أ. بـن عصـمان جمـال	أســـتاذ	جامعـة تلمسـان	مشرفا و مقررا
أ. صـمود سـيد أحمـد	أســـتاذ	جامعـة سـيدي بلعبـاس	مناقشـا
أ. هـديـلي أحمـد	أستاذ محاضر - أ -	جامعـة سـيدي بلعبـاس	مناقشـا

السـنة الجـامعيـة 2021/2020

شـــكـــر و تـــقـــديـــر

الحمد لله الذي هدانا إلى سبيل العلم ونور المعرفة، الدّالة على ذات الهادي جلّ شأنه، وتعالت قدرته وتقدّست أسماؤه وعظمت أسراره.

وأصلي وأسلم وأبارك على معلّم البشرية والهادي إلى النّور سيدنا محمد صلّى الله عليه وسلّم.

ثمّ أنّني أتوجه بخالص شكري وعظيم امتناني وتقديري واحترامي إلى الأستاذ الدكتور بن عصمان جمال، لتفضّله بالإشراف على هذه الرّسالة، ولما بذله من جهد كبير وتعاون سخي كريم، وإبداء ملاحظاته السّديدة، ممّا كان له عظيم الأثر في إخراج بحثي هذا إلى النّور، جزاه الله عني كل خير.

كما أتقدّم بالشّكر الجزيل إلى الأساتذة الأفاضل الكرام، أعضاء لجنة المناقشة الموقرين لتفضّلهم بمناقشة هذه الرّسالة، ولما أبدوه من سّعة صدر وعلم كريم، وبما قدّموه من جهود كبيرة لتقويم هذا العمل، فازداد البحث بهم قيمة وثراء، فجزاهم الله كل خير، أساتذة أجلاء، العلم هويتهم، والتّواضع خلقهم.

والشكر الجزيل لكل من سهّل لي مهمتي في إنجاز هذه الرسالة.

جزاهم الله جميعا خير الجزاء

إهـــــــــــــــداء

إلى روح والدتي الطّاهرة برًا وإحسانًا وعرفانًا ووفاءً.

يرحمها الله واسكنها الفردوس الأعلى من الجنة.

أهدي كلماتي هذه... علّها تصدح عرفانًا بالجميل...

فلن أفيها حقًا مهما عملت... ولن أزجيها برًا مهما بررت...

ولا أملك إلاّ الدّعاء لها بالرّحمة...

إلى والدي متّعه الله بالصّحة والعافية.

إلى رفيق دربي زوجي الفاضل.

إلى فلذات كبدي ونبع السّعادة والسّرور... بناتي: نور اليقين، فاطمة الزهراء، دعاء ريتاج... بارك الله فيهن.

إلى إخواني وأخواتي... آدامهم الله.

أهدي هذا الجهد المتواضع

راجية من الله عز وجل أن تكون فيه فائدة

قــائمة أهــم المختّــصــرات

باللّغة العربية

ج : الجزء

ج. ر : الجرية الرسمية للجمهورية الجزائرية

ص : الصّفحة

ص ص: الصّفحة و الصّفحة

ط: الطبعة

ع : العدد

ف : فقرة

ق. إ. م. إ. ج : قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ق. ت. إ : قانون التجارة الإلكترونية

ق. م : قانون مدني

ق. م. ج قانون مدني جزائري

م : المادة

La liste des principales abréviations :

Art : Article
Cass.civ : Cassation Civil
Civ : Civil
Coll. : Collection
Ed : Edition
J.O : Journal Officiel
Ibid. : Ibidem
L.G.D.J : Librairie Général de Droit et Jurisprudence
N° : Numéro
Op.cit. : Ouvrage précité
P : Page
PP : De page à la page
V : Voir
Vol: Volume

مـــــقـــــدّمـــــــة

يتّم يوميًا إبرام عدد غير محدود من العقود، سواءً أكانت شفوية أم كتابية، وبالرّغم من تعدّد هذه العقود، إلاّ أنّها متشابهة كونها تتّم دائمًا بين طرفين المُوجب والقابل وتتّم في مجلس العقد. ولإبرام أي عقد يجب تحقّق التّراضي اللاّزم لانعقاد العقد؛ من خلال تلاقي الإيجاب والقبول المُتطابقين والمقترّنين، ووصول القبول إلى علم المُوجِب، وهو ما يتّم من خلال صورتين؛ فإمّا أن يُبرّم العقد بين حاضرين في مجلس العقد أو بين غائبين.

حيث أنّ الغرض الرئيسي من أي عقد، وبصرف النّظر عن الوسيط المُستّخدم في التّعاقد، هو أن يتحقّق معه أهداف طرفيه؛ إذ على أحدهما أن يؤدي الخدمة أو المنتّج وما يستّتبع ذلك من التزامات، وعلى الآخر أن يؤدي المقابل أيًا كان ويلقى القبول عند مُقدِّم الخدمة أو المُنتِّج.

وتلعب الوسيلة المُستّخدمة في إبرام العقود دورًا بارزًا في التّعبير عن إرادتي المتعاقدين، والتّي يلزّم لها كي تؤدي الغرض المنوط بها أن تكون واضحة ومحدّدة، حتى لا يُثار حولها أيًا من المشكّلات التّي تُثار حول إبرام العقود. وللوسائل الإلكترونية طبيعة خاصّة في النّاحية العملية، فقد أفرزت ألوانًا وأنماطًا من التّعامل قد يتردّد التّطبيق القانوني في الأخذ بقاعدة أو بأخرى. حيث اكتّملت المنظومة الإلكترونية بظهور شبكة الأنترنت[1]، والتّي تتميّز بالطّابع الدولي واللاّمادي، وأصبحت تُستّخدم في تفعيل وتسهيل المعاملات والمبادلات الدّولية للسّلع والخدمات، وظهرت بالتّالي المعاملات الإلكترونية بوجه عام والتّجارة الإلكترونية بوجه خاص.

ظهور وسائل الاتصال الحديثة شكّل إذًا طفرة نوعية في مجال التّعاقد، فبعد أن كان عقد البيع[2] يتّم بتلاقي إرادتي كل من البائع والمشتّري بالطّرق التّقليدية المعروفة في القانون المدني، صارت السّمة الأساسية للتّعاقد الإلكتروني أن يتّم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، حيث يتّم إبرام هذا العقد عن بُعد بوسائل اتصال تكنولوجية بدون التّواجد المادي لأطرافه، وتتركّز معظم قواعده في توفير حماية خاصّة للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنت.

---

(1) شبكة الأنترنت هي اختصار لكلمة International Net Work أي شبكة المعلومات العالمية، ويعرّفها بعض الفقه بأنّها: شبكة الاتصالات العالمية التّي تربط الملايين من الحواسيب بعضها ببعض، إمّا عن طريق ضوابط الهواتف، وإمّا عن طريق الأقمار الصناعية، والتّي يستّخدمها مستخدمو الحواسيب في معظم أنحاء العالم. للتّفصيل أكثر أنظر: رامي محمد علوان، " التّعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التّعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، ع04، جامعة الكويت،السنة26، 2002، ص234.

(2) تنص المادة 351 ق. م. ج على ما يلي:" البيع عقد يلتّزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". ومن ثمّ فالبيع سواءً بالطريقة التّقليدية أو بالطريقة الإلكترونية، يجب أن يتضمّن اتفاق على البيع بتراض، إذ يكون البائع راضيًا بإعطاء ملكية المبيع إلى المشتري، وأن يكون المشتري راضيًا بإعطاء ثمن المبيع نقدًا للبائع. راجع في هذا الشّأن: يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، ط01، دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص07.

ومن المفترّض أنّه بإبرام العقد يكون المستّهلك قد حِيز له - على الأقل من وجهة نظره - كافة مقوّمات العلاقة العقدية الصّحيحة والعادلة، بداية من تحرّر إرادته من أي ضغوط تكون قد دّفعته إلى التّعاقد، وتلقيه إعلامًا صادقًا في مرحلة ما قبل التّعاقد صادرًا من المتعاقد الآخر، ومرورًا بخلوّ إرادته من العيوب التّي قد تعتّرضها، وتعيين محل العقد وانتهاءً بعدم تعرّضه لأي مظاهر تعسّف أو استغلال المتعاقد الآخر، ومن ثمّ لم يتبق له لكي يتحقّق له الهدف الذي من أجله أقبل على التّعاقد، إلاّ قيام المتعاقد الآخر بوضع محل العقد تحت تصرفه، بصورة صحيحة وكاملة على نحوٍ يمكّنه من الانتفاع به على الوجه المأمول [1].

فإذا انعقد العقد صحيحًا وتحدّد مضمونه، فإنّه يصبّح واجب التّنفيذ، وتعدّ المرحلة التّنفيذية في العقد المُبرم بطريقة إلكترونية من أكثر المراحل التّي تظهر فيها الخصوصية لجهة الوسيلة التّي يتّم بها، بما يفتّرض من جوانب خاصّة بتنفيذ الالتزامات النّاشئة عن هذا التّعاقد؛ والتّي من أبرزها تسديد ثمن البضاعة المُتعاقد عليها، أو الخدمة التّي يتّم الحصول عليها بطريقة إلكترونية، وهو ما اصطلّح على تسميّته بالدّفع الإلكتروني[2].

هذه الوسيلة تثير بعض التّحديات المتمثّلة في كيفية تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهما، فالبائع أو مورّد الخدمة ملزّم بتّسليم المبيع أو تنفيذ الخدمة. والزّبون أو العميل مُلتّزم بالوفاء بالثّمن، فأثر العقد هو إنشاء التزام، وأثر الالتزام هو تنفيذه طبقًا لما اشتّمل عليه وبطريقة تتّفق مع ما يُوجبه حسن النّية[3]، وهو ما يستلّزم من كلا الطّرفين المتعاقدين أن يختارا في تنفيذه، الطّريقة التّي تفرّضها الاستقامة والنّزاهة في التّعامل، دون غش أو تدليس الذي أصبح المتعاقد المستّهلك في الاقتصاد الرّقمي عُرضة له، وللتّلاعب بمصالحه بواسطة التّضليل والإيهام بمزايا غير مُطابقة للحقيقة [4]، والذي يرجع ضعفه إلى كونه يجهل المعلومات الكافية والضّرورية حول هذه السّلعة أو الخدمة، التّي تجعله

(1) إسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني، ط 01، المصرية للنشر والتوزيع، مصر،2018، ص 567.

(2) فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك- دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بُعد " إلكترونيا "- ، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص13.

(3) أنظر المادة 107 من أمر رقم75/58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني، ج ر، ع 78، الصّادر في 30 سبتمبر1975، ص990، معدّل و متمم. كما تنص المادة 18 من قانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلّق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، ع 28، الصّادر في 16 مايو 2018، ص 04، على أنّه: "بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبّح المورّد الإلكتروني مسؤولاً بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتّبة على هذا العقد ..."

(4) شول بن شهرة، "حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية "، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، ع 03، المركز الجامعي، غرداية، الجزائر، ديسمبر، 2008، ص213.

يستّخدمها أفضل استخدام بما يحقّق له الغرض الذي من أجله قام بإبرام العقد، ومن هنا كان لابدّ من وجود مجموعة من القواعد الحمائية لصالح المستهلك، من كل تعسّف وخداع يمكن أن يعيب رضاه.

وإذا كانت فكرة اختلال التّوازن في العلاقة ما بين التّاجر المحتّرف والمستّهلك، وضرورة إحاطة المستهلك بالحماية، ليست بالفكرة الحديثة ولا هي قاصرة على عقود التّجارة الإلكترونية، إذ ينبّغي إحاطة المستهلك بالحماية، وتتسّم هذه الحماية بخصائص عدّة منها عمومية وشمولية الحماية والعدالة، فليست حماية المستهلك كغاية تبرّر كل وسيلة قانونية تصبو إلى تحقيق هذه الغاية. وتتّخذ الحماية القانونية للمستهلك مظاهر وأساليب متعدّدة؛ سواء من الناحية الإجرائية أو التّنظيمية أو الإدارية أو الجنائية أو المدنية.

ومن هذا المنطلق تكمن أهمية توفير الحماية المدنية للمتعاقد المستهلك - هذه الحماية تفتّرض عملاً وجود عقد مُبرم بين المهنّي المحتّرف والمستّهلك، فالقانون المدني لا يتوجّه بحمايته إلاّ إلى المتعاقدين من المستهلكين- في أنّه الطّرف الضّعيف في التّعاقد اقتصاديًا وقانونيًا، كما أنّه قليل الخبرة بالنّظر إلى المورِّد الإلكتروني الذي هو في مركز القوة، وأيضًا لأنّه في المعاملات الإلكترونية يكون التّعاقد عن بُعد ولا يكون المنتَّج محل التّعاقد بين يدّي المتعاقد[1]، وتأسيسًا على ذلك وُجد اليقين بأنّ حق المتعاقد المشتري– المستهلك الإلكتروني- بحاجة إلى حماية آثار عقد بيعه الإلكتروني مع المورّد الإلكتروني.

وتجدر الإشارة إلى أنّ حماية المستهلك في العقد الإلكتروني تشمّل عدّة مراحل: منها ما يكون عند التّفاوض، ومنها ما يكون عند إبرام العقد الإلكتروني، ومنها ما يكون عند تنفيذ العقد، ولا يمكن القول أنّ الحماية المُقرّرة للمستهلك تنتّهي بمجرد إبرام عقد البيع وانتقال الملكية إليه، بل تظلّ مُصاحبة له حتّى مرحلة ما بعد الإبرام، حيث أقرّ المشرّع حقوق للمستهلك، وخوّله الضّمانات القانونية ذات الطّابع الحمائي في هاته المرحلة المتعلّقة بتنفيذ العقد[2].

إنّ مقوّمات حماية المستهلك في المرحلة السّابقة لإبرام العقد؛ من خلال التّنوير المعلوماتي وتكوين العقد الإلكتروني، تهدّف بصفة أساسية إلى حماية رضاء المستهلك قبل إبرامه العقد، أمّا حماية المستهلك في المرحلة اللاّحقة للعقد؛ فتتعلّق بمرحلة تنفيذ العقد وما قد يُصاحب ذلك من ملابسات.

(1) خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص34.

(2) موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، ط01، مكتبة السنهوري، مكتبة زين الحقوقية، بغداد، العراق، 2011، ص207.

وتؤسّس هذه الحماية على ذات الأسّس والمبرّرات التّي تقوم عليها الحماية السّابقة لإبرام العقد، والتّي تتمثّل بالطّبيعة الخاصّة للوسيلة المستّعملة في إبرام العقد[1]. ولأنّ عقد البيع الإلكتروني يخضّع في تنفيذه لأحكام البيع؛ فتّطبيق هذه الأحكام عليه تنشأ عنها صعوبة متمثّلة في افتقار نصوصه لمعالجة هذه المفاهيم الجديدة، الأمر الذي يطرّح معه إشكالية حماية المتعاقد المستهلك عند تنفيذ العقد.

وتعدّ مرحلة تنفيذ العقد مرحلة هامة يلزّم فيها توفير الحماية الكافية للمتعاقد المستهلك، وذلك لما يتمتّع به البائع أو المُورِّد أو المُنتِّج من قوة اقتصادية، وما يعاني منه المستهلك من ضعفٍ يجعل هناك نوعًا من عدم التّوازن بين طرفي العقد، ولهذا أصبحت الحاجة إلى حماية المستهلك ضرورة مُلّحة، فقد يتلقى معلومات عن عقد معيّن، وتكون في غير مصلحتّه. وفي نفس الوقت من الواجب عليه تنفيذ شروط العقد المتضمّن مصطلحات تقيّد حقوقه، دون أن يملك أي اختيار في شروط العقد وخاصّة العقود النّموذجية، ولا يدرّك في ذات الوقت نتائج هذا الشّرط الذي قد يحدّ من حقه في التّعويض مثلاً، خاصّة إذا كان التّقاضي في بلد المحتّرف مما يكلّفه الكثير[2].

ولكل التزام في التّعاقد الإلكتروني تحدٍّ خاص، فدفع الثّمن يثير إشكالية وسائل الدّفع الإلكترونية، كالدّفع بواسطة بطاقات الائتمان أو بواسطة النّقد الإلكتروني، أو مشكلة تزويد رقم البطاقة عبر الخط، وهو تحدٍّ نشأ خاصّة في البيئة الإلكترونية. إذ تثير تقنية الأداء الجديدة هاجس ضمانات التّوفر على الحماية الكافية، وتطرح كذلك مشكلة أمن المعلومات المنقولة وشهادات الجهات التّي تتوسّط عملية الوفاء من الغير[3].

أمّا الالتزام بالتّسليم فيثير مشكلات التّخلف عن التّسليم، أو تأخّره أو تسليم محل يتخلّف فيه مواصفات الاتفاق، حيث أجمعت جميع الدّراسات الحديثة المُرتّبطة بالتّحديات القانونية للتجارة الإلكترونية على إدراج المشكّلات المتعلّقة بالتّسليم أو التّوريد، داخل نطاق ما أصبح يُعرَف بحماية المستهلك في مجال التّعاقد الإلكتروني.[4]

---

(1) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص207.

(2) أحمد عبد الحي السيد، أحكام التحكيم الإلكتروني، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2019، ص ص37 - 38.

(3) بشرى النية، العقد المُبرم بطريقة إلكترونية، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في القانون المدني المعمّق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، المغرب، 2011- 2012، ص488.

(4) مولاي حفيظ علوي قاديري، إشكالات التعاقد في التجارة الإلكترونية، ط01، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، دار البيضاء، المغرب،2013، ص92.

وتعمد الكثير من التّشريعات إلى وضع الأسس القانونية لحماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، والتّي تهدف إلى إعادة التّوازن في العقد لرفع الضّرر والخطر عن هذا الأخير، والذي يترتّب أساسًا عن عدم الحضور المادي لأطرافه في لحظة تبادل الرّضا بينهم، ما يؤدي إلى عدم إمكانية التّحقق من بعض المسائل القانونية كأهلية الطّرف الآخر وصفته. مثل هذه الصّعوبات لا تقتّصر على المستوى الوطني فقط، فالمعاملات الإلكترونية في غالبيتّها دولية بسبب انعقادها بوساطة الأنترنت، التّي لا تعرّف الحدود وامتدادها على أنحاء العالم كافة، مما يستّدعي توحيد النّظام القانوني الدولي والإقليمي[1]، بهدف توازن المراكز القانونية للمتعاقدين واتساع نطاق الحماية القانونية للمتعاقد المستهلك.

جميع هذه الاعتبارات إذن تعكّس **أهمية دراسة هذا الموضوع**، فالتّجارة الإلكترونية أنتجت الكثير من الجدل والنّقاش حول العديد من المبادئ والقواعد القانونية التّقليدية، التّي تحكم نظم العقد والنّشاط التّجاري، وقصور النّظرية العامة التّقليدية للالتزامات في التّأقلم مع هذا المُعطى الجديد، وعجزها عن مواكبة التّطور وتقديم الوسائل التّي تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات العقد المُبرم عن بُعد، الذي يشكّل المستهلك أحد أطرافه الرئيسية في الكثير من الحالات، بحيث أصبح المستهلك رهينة شروط المُورِّد الإلكتروني عند تعاقده إلكترونيًا.

كما تكمن أهمية الموضوع في عدم الثّقة في نفوس المستهلكين بالحماية التّي توفّرها لهم القواعد القانونية، خصوصًا في مجال التّعاقد عن بُعد، دون أن تنتابهم مخاوف حول عدم التّغطية القانونية للممارسات غير المشروعة، الّتي يكونون ضحيّتها فيصبحون مُلزمون وفقًا لما لم ترضاه

---

(1) في هذا الصّدد صدرت توجيهات المجلس الأوربي Directive Council Européen بغرض توحيد قواعد حماية المستهلك بين الدول الأوربية في مجال العقود المبرمة عن بُعد، ويعدّ التوجيه الأوربي رقم 07/97 : (Com.UE.Directive.97/07/CE 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, J.O. L144 du 04 juin 1997).

أهم إطار قانوني نموذجي عام بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بُعد. وقد تلته بعد ذلك إصدارات أخرى، خاصّة منها التّوجيه الأوربي الخاص بالتجارة الإلكترونية:

(Directive 2000/31/CE du parlement Européen et du conseil du 08 Juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur « directive sur le commerce électronique », Journal officiel des communautés européennes : 17/07/2000.L178-01.)

والتوجيه الخاص بالتوقيع الالكتروني: (Directive 1999/93/CE du parlement Européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ,Journal officiel des communautés européennes,19/01/2000.L13-12.)

وكلّها توجيهات تحوم في فلك حماية المستهلك الإلكتروني في مجال التّجارة الإلكترونية. أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص34.

إرادتهم، وكونهم الطّرف الأقل خبرة ودراية في المعاملات التّجارية الإلكترونية، والأقل قوة في المعاملة الاقتصادية.

فلا شكّ أنّ إمداد المستهلك بوسائل الحماية المُناسبة في العمليات التّجارية الإلكترونية؛ هو من الأهداف الأولية للتّشريعات الوطنية المختلّفة، التّي اهتّمت غالبيتها ببيان النّظام القانوني لحماية المستهلك بوضوح تام ودون لبس أو غموض، وبما يحقّق التّوازن ما بين مصلّحة المنتّج أو المهنّي وحماية المستهلك. والحقيقة أنّ حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني تتطلّب تحديد المشكلات التّي تمثّل ضعفًا لديه حال التّعامل بالوسائط الإلكترونية، ولعلّ أهمها ضمانات مرحلة تنفيذ العقد، وخاصة في ظل الآثار المترتّبة على هذا النّوع من العقود، وهو الأمر الذي يستّدعي البحث عن إطار قانوني يتكيّف مع واقع التّعاقد الإلكتروني، ويقيم المساواة في العلاقات التّعاقدية بهدف توسيع نطاق الحماية القانونية للمتعاقد المستهلك.

ونظرًا لأهمية هذا الموضوع وحداثته، فقد وقع الخيار على دراسته اعتبارًا أنّه من المواضيع التّي احتّدم حولها النّقاش القانوني، وأصبحت تطرح نفسها في الوقت الرّاهن خصوصًا لما يطرحه هذا النّوع من التّعاقد من تأثير على مصالح المستهلكين.

كما تظهر الحاجة **والهدف من هذه الدّراسة**، فيما نراه في الواقع من تنافس محموم بين التّجار، على تصريف منتّجاتهم ووصولها إلى المستهلكين، بصّرف النّظر عن مدى مشروعية الوسائل التّي يقومون بها والنّتائج التّي سوف تُفضي إليها.

ويُلاحظ أنّ كل التّشريعات التّي صدرت، أو التّي ستّصدر تبتّغي دائمًا هدفًا أصليًا وهو حماية المتعاقد المستهلك. ولعلّ إبراز الالتزامات الواقعة على عاتق البائع؛ من شأنها تحقيق هذا الهدف المنشود، وذلك لأنّ الالتزامات المُتبادلة بين طرفي العقد تعدّ من أهم معطيات التّوازن العقدي المطلوب قيامه بينهما، فحماية المستهلك أضحّت في الوقت الحالي في مقدّمة الواجبات الأساسية للدولة المعاصّرة. ومن هذا المُنطّلق فإنّ الإصلاحات الاقتصادية التّي شهدتها الجزائر، قد تُوّجت بإصدار العديد من النصوص التّشريعية، تجسيدًا للتّوجه الجديد والمتمثّل في اعتماد آليات الاقتصاد الحر، لعلّ من أبرزها القانون رقم 03/09[1] المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي مهّد الطّريق لصدور العديد من القوانين.

---

(1) قانون رقم 03/09 مؤرخ في 25 فبراير2009، يتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، ع 15، الصّادر في 08 مارس2009، ص12.

إنّ مقتّضيات قانون الاستهلاك تعتّمد على مبدأ حماية المستهلك؛ ليس فقط لضمان حقوقه وسلامة صحّته من الأخطار، وإنمّا لدرجة تمكينه من الاستفادة من هذه الحقوق، عن طريق الإجراءات التّي تعكس رغبة المشرّع في القضاء على الممارسات التّعسفية التّي تصدّر من المهنيين.

ومن بين أهداف هذه الدّراسة أيضًا إبراز الضّمانات القانونية التّي يقرّرها التّشريع لحماية المستهلكين، بهدف إظهار ما يجب الأخذ به لوقاية المستهلك، والوقوف على أهم العقبات التّي يواجهها في عقود التجارة الإلكترونية، في محاولة لإيجاد حلّ يتجاوز هذه التّحدّيات.

ولقد تعدّدت **أسباب ودوافع اختيار** هذا الموضوع ولعلّ أهمها يتمثّل في:

ــ أنّ حماية المتعاقد المستهلك في التّعاقد الإلكتروني من أهم وأكثر المواضيع التّي تحتاج إلى البّحث والتّفصيل، بسبب حداثة هذا الموضوع وما يواكب التّعاقد الإلكتروني من تطور علمي، بحيث أصبح العالم سوقًا كبيرة داخل شاشة حاسوب صغيرة.

ــ توجّه الدّراسات القانونية والفقهية في مجال حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني نحو النّظرة العامّة لهذا النّوع من العقود الحدّيثة، وغياب الدّراسة والتّحليل المتطلّب وهو ما لا يعطي للمستهلك ثقة حول الحماية المقرّرة لحقوقه، نظرًا لغياب لمحة واضحة عن الحماية المتوفّرة له تجاه هذا العقد، فالمشتّري المتعاقد ينطّبق عليه وصف المستهلك؛ ويستّفيد من الحماية، لأنّنا بصدد حماية المتعاقد المستهلك.

ــ الرّغبة في إضافة بحث ودراسة شاملة ومتكاملة عن حماية المتعاقد المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد المُبرم عبر الأنترنت، ممّا يساهم في إثراء المكتبة الجزائرية بصفة خاصّة والمكتبة العربية بصفة عامة.

ــ البحث عن الحلول والآليات الكفيلة بحماية المتعاقد المستهلك في العقد الإلكتروني، من أجل تبديد شكوكه حول المخاطر التّي تطيح بثّقته في التّعامل عبر الوسائط الإلكترونية، مع السّعي لإزالة المخاطر المتعلّقة بالأمان الواجب له، خاصّة في ظلّ عدم وجود تنظيم قانوني خاص يحكم العقود الإلكترونية في الكثير من الدول ومنها الجزائر.

وتتمحور الاشكالية الرئيسية لهذه الدّراسة حول: **ما مدى فعالية الآليات أو الضّوابط التّشريعية، التّي تهدف إلى حماية المتعاقد عند تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت في تحقيق حماية كافية وناجعة له؟**

بالإضافة للتّساؤلات الفرعية التّي تدور حول الضّمانات القانونية الأساسية لمنح المتعاقد في مرحلة تنفيذ العقد حماية فعّالة، في ظل التّعاقد عبر شبكة الأنترنت، وهل أوجدت القوانين نطاقًا قانونيًا متكاملاً، لبسط الحماية لهذا المتعاقد؟ أو بعبارة أخرى ماهي الضمانات القانونية ذات الطابع الحمائي التّي خوّلها المشرّع للمستهلك المتعاقد في هاته المرحلة المتعلّقة بتنفيذ العقد؟

هذه الإشكاليات سيتّم الخوض فيها من خلال دراسة تعتّمد مجموعة من المناهج بدءًا بالمنهج الوصفي والمنهج التّحليلي؛ لتحديد طبيعة المشكّلة واستعراض وتحليل النصوص والأحكام القانونية ذات العلاقة والصّلة، لاستخراج أهداف المشرّع من سنّها، ولبيان مدى ملاءمتّها للتّطبيق على موضوع الدّراسة، ومدى الحماية المتوفّرة للمتعاقد عبر شبكة الأنترنت. كما تمّ استخدام المنهج المُقارن، وذلك باستعراض النصوص والأحكام القانونية الخاصة المتعلّقة بحماية المتعاقد المستهلك أثناء تنفيذه العقد الإلكتروني، أو الرّجوع للقواعد العامة في هذا الشّأن في حالة خلو النصوص الخاصّة من تنظيم هذه المسألة، مدّعمين هذه الدراسة ببيان موقف التّشريعات المُقارنة، والاتفاقيات والتّوجيهات الأوربية مع إبراز أوجه الشّبه والاختلاف بين هذه النّصوص.

وللوصول بهذه الدّراسة إلى غايتها فقد تمّ وضع بابين، خصّص **الأول** لمظاهر الحماية المدنية الموضوعية للمتعاقد عبر الأنترنت عند تنفيذ العقد، بينما تناول الباب **الثاني** ضمانات تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت.

الباب الأول:

مظاهر الحماية المدنية الموضوعية للمتعاقد عبر الأنترنت عند تنفيذ العقد

إذا توفرت لعقد البيع أركانه وشروط صحتّه ترتّب على ذلك آثاره القانونية، فيلتّزم أطراف العقد بتنفيذ الالتزامات النّاتجة عنه تنفيذاً عينيًا، وذلك لأنّ للعقد قوّة مُلزِمة، فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه وتعديله إلاّ باتفاق الطرفين وللأسباب التّي يقرّرها القانون[1].

من أهم النّتائج المترتّبة على مبدأ حرية التّعاقد، إطلاق الحرية للإرادة في تكوين العقود وفي ترتيب آثارها، وأن يتحقّق لهذه العقود توازنها بالنّظر إلى التّساوي المفترّض بين مراكز الأطراف، وحرص كل منهم على تحقيق مصالحه. وإذا كان تطبيق القواعد العامة في العقود بشكل عام، يهدف إلى تحقيق مصالح أطراف التّعاقد بصورة متكافئة، فإنّ عقود التجارة الإلكترونية التّي يكون أحد أطرافها مستهلكًا تتميّز بخصوصية، نابعة من اختلال التّوازن العقدي بين المستّهلك والمهنّي، ولعلّ من أهم صيغ الحماية التّي يحظى بها المستّهلك بعد إبرامه للعقد هي حمايته من الشّروط التّعسفية، وحماية حقّه في ممارسة خيار العدول عن العقد بعد إبرامه **(الفصل الأول)**.

فشاكلة أو وسيلة التّعاقد التّي تعتّمد على التّقنية الحديثة كشبكة الأنترنت، جعلت من الصّعب الاعتماد على القواعد القانونية الحالية لتوفير آليات ناجعة وكافية، للمتعاقد المستهلك في ظلّ المعاملات التّجارية الإلكترونية. ولعلّ إبرام عقد البيع عبر شبكة الأنترنت، يمكن أن يضفي على آثاره وخاصّة التزامات البائع ميزة خاصّة، فيجعل من دراستها أمرًا جديرًا بالبحث، فالبائع باعتباره الطّرف القوي يُحمّل جملة من الالتزامات المفروضة عليه فرضًا، كل ذلك في إطار السياسة الرّامية إلى حماية المشتري المستهلك، وهو الطّرف الضّعيف في المعاملة الإلكترونية، وتحديد الضّوابط القانونية الواجبة بصدد تنفيذ المهني لالتزاماته، وهي الالتزام بالتّسليم والالتزام بالضّمان؛ يعدّ من أهم الأليات التّي يحظى بها المستهلك في العقد الإلكتروني **(الفصل الثاني)**.

(1) المادة 106 ق. م. ج والتّي تقابلها م 147 ق. م. مصري.

الفصل الأول:

تحقيق التوازن العقدي في التعاقد عبر الأنترنت

يُقصد بحماية المستهلك بوجه عام، حفظ حقوقه وضمان حصوله على تلك الحقوق قِبَل المهنيين في كافة المجالات، سواءً أكانوا تجارًا أو صنّاعًا أو مقدِّمي خدمات أو شركات، وذلك في إطار التّعامل التّسويقي الذي يكون محلّه سّلعة أو خدمة، هذه الحماية ليست صراعًا بين طرفين بقدر ما هو ضبط للتّوازن العقدي بينهما، من خلال المُوازنة لحقوق وواجبات طرفي التّعامل[1]. فالمستهلك يُوصف بالضّعف لأنّه يجهل العديد من الأمور المتعلّقة بالمنتّجات والخدمات، في حين يتمتّع المهني بامتيازات خاصّة تمكنّه من فرض سيطرته وتحقيق مصالحه، وكذا تمريره شروطه التّعسفية [2]، وهذا التّفوّق غير العادل يؤثّر على توازن العلاقة بين المهنّي والمستهلك، وهو ما يجعل المشتّري باعتباره مستّهلكًا جديرًا بالحماية، وإعادة التوازن العقدي بين طرفي العقد، ولإعادة التّوازن العقدي اتّجهت كافة التّشريعات المقارنة بما فيها التّشريع الجزائري، إلى توفير الحماية الفّعالة للمستهلك عن طريق مواجهة الشّروط التّعسفية بموجب مجموعة من الضّمانات والآليات **(مبحث أول)**.

من جهة أخرى، بالنّظر إلى السّرعة التّي تتّم في ظلّها التّعاقدات الإلكترونية، عبر شبكة الأنترنت وانتشار العقود النّموذجية، إضافة للطبيعة الحديثة للمنتجات والخدمات، قد يتبيّن للمستهلك لسبب أو لآخر رغم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه صحيحًا وكاملاً، أنّ شروط العقد وبنوده قد جاءت في غير صالحه، أو أنّه في غير حاجة إلى هذا التّعاقد أساسًا، أو أنّ السّلعة (المُنتَّج) أو الخدمة المعروضة أمامه لا يستّطيع الإمساك بها أو معاينتها، كما لا تُتاح له الفرصّة الكافية لمراجعة العقود المُبرمة عبر الأنترنت[3]، إزاء هذه الفروض، يلزّم الاعتراف في المعاملات الإلكترونية بمنح حق المتعاقد في العدول عن التّعاقد، والرّجوع في عملية البيع أو أداء الخدمة التّي تمّ الاتفاق عليها **(مبحث ثان)**.

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 33.

(2) Pierre Catala," l'informatique et l'évolution des modèles contractuels", J.C.P. 1993, P.P.2 -3.

(3) إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص567.

المبحث الأول:

حماية المتعاقد من الشّروط التّعسفية في العقد المُبرّم عبر الأنترنت

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنّ: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه وتعديله إلاّ باتفاق الطرفين، وللأسباب التّي يقرّرها القانون" [1]. فإطلاق الإرادة في تكوين العقود وفي تحديد آثارها، يعدّ من أهم آثار إعمال مبدأ الحرية التّعاقدية، إلاّ أنّه ظهر نوع من التّفاوت البارز بين مقوّمات القدرة الاقتصادية والفنية والقانونية بين طرفي العقد، بسبب تغيّر العوامل الاقتصادية والظّروف الاجتماعية، ممّا أدّى إلى تمكّن البائع المهنّي أن يُدرِّج في العقد، الشّروط التّي تتحقّق بها مصالحه بصورة مُبالغ فيها، هذا ما يؤدي إلى جعل العلاقة العقدية تتّسم بالتّعسّف والإجحاف، إلى الحدّ الذي نال من توازنها[2].

الحقيقة أنّ النّظرية التّقليدية للعقد هي التّي تضعف اليوم، في مواجهة مشاكل عدم التّوازن العقدي، حيث أنّ الواقع قد رسّخ مفهوم سيطرة أحد طرفي العقد على الآخر؛ بماله من قدرة اقتصادية أو فنية أو قانونية أو تكنولوجية، ما قد يجعله يلجأ إلى تضمين العقود التّي يبرمها مع المستهلكين شروطًا تعتّبر تعسفية [3]، ويمكن القول أنّ المستهلك باعتباره طرفًا ضعيفًا؛ يتمتّع بحماية خاصّة في مرحلة تنفيذ العقد ضدّ الشّروط التّعسفية، سواءً بمقتّضى نظرية عقود الإذعان أو نظرية عقود الاستهلاك.

إنّ حماية المتعاقد ضدّ الشّروط التّعسفية في إطار نظرية عقود الإذعان، أسفر عن عدم الإحاطة بكل المسائل التّفصيلية المتعلّقة بمظاهر ضعف المستهلك، ذلك لأنّ هذه النظرية لا تُعالج سوى الأثر المترتّب على ضعف المركز الاقتصادي للمستهلك، باعتبار أنّ ضعف المستهلك أو زيادة النّفوذ الاقتصادي للتّاجر يؤدي حتمًا إلى وجود هذه الشّروط [4]. إلاّ أنّه كأثر للواقع الإلكتروني وتغيّر العوامل الاقتصادية والظّروف الاجتماعية، بدأت تلوح في الأفق مظاهر انهيار عوامل هذه المساواة،

---

(1) المادة 106 من أمر رقم58/75، يتضمّن القانون المدني، معدّل ومتمم. وهذه المادة تقابلها م 147/ 1 ق. م. مصري، و م 1134 من قانون مدني فرنسي.

(2) خليل زكرياء، "حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية "، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع 11- 12، المغرب، 2016، ص ص16- 17.

(3) المهدي ابن شقرون، حماية المستهلك في عقد البيع عن بُعد، ط01، اغادير للخدمات، المغرب، 2015، ص ص160-161.

(4) إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشّروط التّعسفية " دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص131.

وأصبح وجود قدر من التّفاوت البارز بين مقوّمات القدرة الاقتصادية، والفنية والقانونية بين المتعاقدين في المعاملات، حتى صارت المساواة في هذا المجال مجرد فروض نظرية. فالمستهلك لا يتمكّن من مناقشة شروط العقد، مقارنة بالمهنّي الذي ينفّرد بتحديد هذه الشروط [1]، وباعتبار أنّ أحكام العقد الإلكتروني لا تخرج عن تلك الأحكام التّي تخضع لها العقود التّقليدية، وأنّ المشرّع الجزائري لم يدرّج أحكامًا خاصةً بالعقود الإلكترونية، ولا بالشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك الإلكترونية. لذا نبحث في تحديد مفهوم الشّروط التّعسفية ونطاقها، في القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، ودون إهمال الأحكام المتعلّقة بها بمقتضى قانون 02/04. وسنتناول بالدّراسة في هذا المبحث؛ من خلال مطلبين: مفهوم الشّروط التّعسفية **(المطلب الأول)**، ثم نتطرّق لمكافحة الشّروط التّعسفية في العقد الإلكتروني **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول:

مفهوم الشّروط التّعسفية

تزداد الهوة بين المتعاقدين في مجال العقود الإلكترونية، التّي قد تصل إلى انعدام المساواة تماماً بين المتعاقدين لصالح البائع المهني؛ الذي ينفرد بصياغة بنود التّعاقد ووضعها في صورة عقد نموذجي، وطرحه على موقعه الإلكتروني على شبكة الأنترنت، واقتصار دور من يرغب في التّعاقد معه في مجرد الضّغط بالموافقة، في الخانات المخصّصة لذلك بعد ملء الفراغات الخاصة ببياناته، أو إرسال رسالة إلى بريد التّاجر الإلكتروني، تفيد قبوله التّعاقد بتلك الشّروط دون أي مناقشة منه، لبنود العقد النّموذجي أو تعديل لأي منها، مما نتج عن ذلك عدم التّوازن العقدي بين الطّرفين.[2]

لا شكّ أنّ أهم أسباب عدم التّوازن العقدي هو وجود متعاقد على قدر من القوة الاقتصادية والقانونية؛ يستّطيع أن يضع في العقد الشّروط والبنود التّي تتحقّق بها مصالحه وبصورة مُبالغ فيها، غير مُبالي بأي أضرار قد تقع على الطّرف الآخر، وذلك على نحوٍ يمكن أن تتّصف معه هذه الشّروط أو البنود بالتّعسّف، إلى الحدّ الذي ينال من توازن العقد وعدالته[3]. وسوف نتطرّق لتعريف الشّروط التّعسفية **(الفرع الأول)**، ثم نحدّد عناصر هذه الشّروط **(الفرع الثاني)**، لننتقل إلى معايير تحديد الطّابع التّعسفي**(الفرع الثالث)**.

(1) إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص503.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2012، ص494.

(3) إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص506.

الفرع الأول:

التّعريف بالشّروط التّعسفية

قرّرت معظم التّشريعات حماية المستهلك باعتباره الطّرف الضّعيف في العلاقة التّعاقدية، فذهب المشرّع الجزائري بموجب المادة 110 ق. م. ج إلى منح القاضي سلطة استثنائية؛ وذلك لإعادة التّوازن بين المتعاقدين، كما تمّ منع العمل ببعض الشّروط التّعسفية، وهو ما جاء في نص المادة 29 من قانون 02/04[1].

قد ترد شروط في عقد الاستهلاك بناءً على اتفاق الأطراف، ولا تكون مُجحفة في حق أحد الطّرفين، ولكن يمكن أن تأخذ هذه الشّروط طابع تعسّفي؛ ناتجة عن استعمال السّلطة الاقتصادية للمتدخّل. ولم يتطرّق قانون 03/09 المتعلّق بحماية المستهلك و قمع الغش لتكريس حماية من الشّروط التّعسفية، ويكمن السّبب في ذلك كون قانون 02/04 المتعلّق بتحديد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية، تطرّق لتنظيمها من قَبل صدور قانون حماية المستهلك[2].

إذا كان الأصل أنّ عقد البيع الإلكتروني من العقود الرّضائية، إلاّ أنّ ذلك لا يمنّع من أن يتضمّن في أحد بنوده شرطًا تعسفيًا la clause abusive، وبصفة خاصّة في عقود الاستهلاك، وإذا كان المستهلك يقبل هذه الشّروط التّعسفية بدون مناقشة أو تفاوض، فإنّه يقبلها نتيجة لقلّة خبرته الفنيّة والقانونية.

ومن هذا المنطلق تبدو أهمية حماية المستهلك في مثل هذه العقود التّي لا تقبل شروطها للتّفاوض، بل يفرضها أحد المتعاقدين وهو المهني على الطّرف الآخر وهو المستهلك، بحيث لا يملك هذا الأخير سوى قبول أو رفض الشّرط التّعسفي. وأهم صور الشّروط التّعسفية في مرحلة تنفيذ العقد، الشّرط الذي يعفي المنتّج من مسؤوليته عن ضمان العيوب الخفية[3].

---

(1) قانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التّجارية، ج ر، ع 41، الصّادر في 27 يونيو 2004، ص03، معدّل و متمّم.

(2) منيرة جربوعة، " آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية "، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، ع 02، كليـــة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر،2017، ص193.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة "، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص ص457-458.

أولاً: معنى الشّروط التّعسفية: قبل التّطرق للتّعاريف المختّلفة للشّروط التّعسفية، يمكن الإشارة للتّعريف اللّغوي والاصطلاحي كالآتي:

تعني كلمة **الشّرط لغة**: إلزام الشّيء والتزامه في البيع ونحوه.

أمّا **التّعسّف** في **اللّغة**، تعسّف تعسفًا، عَسفَه عن الطّريق أي مال عنه، وعدل وتعسّف الأمر ركبه بلا روية، وتعسّف فلان ظلمه، استّخدمه. وتعسّف في القول أخذ على غير هداية، حمله على معنى لا تكون دلالته عليه ظاهرة.

في حين الشّرط التّعسفي في **الاصطلاح**، يُقصد به الشّرط الذي يرفع مُوجب العقد والشّرط الذي يؤدي إلى جهالة في المعقود عليه، واشتراط أمر غير مشروع[1].

إنّ مصطّلح الشّروط التّعسفية ظهر لأول مرة في الولايات المتّحدة الأمريكية سنة 1962، وذلك في قانونها التّجاري المُوّحد (Uniforme commercial code)، حيث سمح هذا القانون للقاضي بإمكانية إلغاء كل شرط يبدو تعسفيًا (Uniconscionable). وانتقلت الفكرة بعد ذلك إلى الدول الأوربية في السّبعينيات، حيث أصدرت السّويد تشريعًا خاصًا لمواجهة الشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك سنة 1971، والدنمارك عام 1974، وألمانيا سنة 1976، وفرنسا سنة 1978، حيث خصّص الفصل الرّابع من القانون المُسمّى" Loi Scrivener " للشّروط التّعسفية[2].

وجدير بالذّكر أنّ هناك عدة تعاريف فقهية وتشريعية، حاولت تقريب مفهوم الشّرط التّعسفي إلى الأذهان، لذا نتناول تعريف الشّرط التّعسفي في الفقه والقضاء والتّشريع ، مع الإشارة إلى بعض القوانين المُقارنة.

1 / التّعريف الفقهي للشّرط التّعسفي: تناول الفقه القانوني أولاً دراسة وتعريف الشّرط التّعسفي من زوايا عدّة، فمن حيث **المصدر**؛ فقد اعتّبر الشّرط التّعسفي هو ذلك الشّرط الذي ينشأ بسبب التّعسف ويسمح بوقوعه. وأما من حيث **الطبيعة**؛ فهو الشّرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التّعامل من شرف ونزاهة وحسن نية، والذي يتنافى أيضا مع روح الحق والعدالة[3].

---

(1) محمد فواز صباح الآلوسي ،" التعسّف في عقود الإذعان"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، ع 13، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الأنبار، العراق، 2017، ص 201.

(2) محمود علي رحمة، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشّروط التّعسفية، ط 01، مركز الدّراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص187.

(3) خليل زكرياء، مرجع سابق، ص17.

إنّ تعريف الشرط التّعسفي من ناحية الفقه القانوني؛ تجعلنا أمام العديد من التّعاريف نكتّفي بذكر البعض منها، فقد اعتّبره البعض بأنّه:" الشّرط الذي يُفرَض على غير المهني أو المستهلك من قِبَل المهني، نتيجة لتعسّف هذا الأخير في استعمال سلطّته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة تكون مُجحِّفة بالنسبة لمن تعاقد معه." (1)

ويذهب اتجاه آخر، إلى أنّ الشّرط التّعسفي هو: " الشّرط الذي يترتّب عليه الإخلال بالتّوازن العقدي ضد مصلحة المستهلك، لعدم خبرته ودرايته بالأشياء محل التّعاقد؛ أو لوجوده في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية في مواجهة الطّرف الآخر- المهني- سواءً كان الشّرط يتعلّق بالثّمن أو كيفية دفعه، أو يتعلّق بماهية محل التّعاقد؛ أو بتسليم السّلعة أو المنتّج أو ظروف تنفيذ العقد، أو يتعلّق الشّرط بالمسؤولية والضّمان." (2)

وفي هذا المقام يرى الباحث أحمد رباحي أنّ الشّرط التّعسفي هو:" الشّرط الذي يستّأثر أحد طرفي العلاقة العقدية، بفرضه تعسفاً على الطّرف الآخر، بحيث يجعله يخضع له دون امكانية حقيقية لتعديله، بسبب عدم المساواة التّي وُجد فيها، وينتّج عنه اختلال ظاهر في التّوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله، يظهر في الميزة الفاحشة التّي يحصل عليها الطّرف الأقوى، فيشكّل ذلك عبئاً على الطّرف الآخر دون مقتضى." (3)

وعلاوة عن ذلك اتجه جانب من الفقه، إلى القول أنّ التّعسّف يكون عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه، في حين يرى اتجاه آخر أنّ البند التّعسّفي يتعدّد بتعدّد مراحل العقد، فقد يوجد البند عند تكوين العقد، مثل الشّرط الذي يسمح للمهني بالاحتفاظ بالعربون في حالة امتناع المستهلك عن إتمام العقد، وقد يوجد البند عند تنفيذ العقد، كالبند المتعلّق بتطويع أحد التزامات المحتّرف؛ وهو الالتزام بضمان العيوب الخفية، وقد يكون البند التّعسفي بصدد عدم تنفيذ الالتزامات التّعاقدية، كالبند الذي يقضي بحرمان المستهلك من التّنازل عن حقوقه، في حالة عدم التّنفيذ التّي يرجع فيها الخطأ إلى المحتّرف(4).

---

(1) جرادات سحر بهجت، حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية في العقود الإلكترونية " دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن،2011، ص37.

(2) سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، أحكام العقد الإلكتروني في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة "، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2013، ص ص232- 233.

(3) أحمد رباحي، " أثر التفوق الاقتصادي للمحتّرف في فرض الشّروط التّعسفية في القانون الجزائري والقانون المُقارن "، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، ع 05، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2008، ص347.

(4) بركات كريمة، " الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 293.

هذا ولا تغيّر وسيلة إبرام العقد في تعريف الشّرط التّعسفي، بمعنى أنّ المقتّضيات القانونية المنظِّمة للشّروط التّعسفية، تسري على عقود البيع المُبرمة بوسيلة تقليدية أو تلك المُبرمة بوسيلة إلكترونية[1]. استنادًا إلى ما سبق، يمكن تعريف الشروط التّعسفية في التّعاقد الإلكتروني بأنّها:

" الشروط التّي ترد في العقود المُبرمة بين المهنيين والمستهلكين عبر شبكة الأنترنت، حيث تكون شروط مُجحفة فتؤثّر في حقوق والتزامات طرفي التّعاقد، وأنّها شروط غير مقبولة تمنح المهنيين ميزة غير مقبولة على حساب المستهلكين". ويتضمّن هذا التّعريف نوعين من الشّروط التّعسفيّة:

- ✓ **النوع الأول:** الشّروط التّي تؤدي إلى الإخلال بالتّوازن بين الحقوق والالتزامات، الخاصّة بكل طرف.
- ✓ **النوع الثّاني:** الشّروط التّي تعطي أحد المتعاقدين ميزة مُفرطة على حساب الطّرف الآخر[2].

ففي الحالات التّي يكون فيها على المستهلك قبول الشّروط المعروضة عليه، في العقد الإلكتروني دون إمكانية مناقشتها، فإنّه يكون بذلك طرفًا ضعيفًا في هذه العلاقة، فهو مضطّر للتّعاقد وبحاجة إلى السّلعة أو الخدمة المعروضة عليه، وهو في هذا النّوع من العقود يقبل أو يرفض العرض أو الإيجاب الذي يتلقاه عبر الشّبكات، فيكون قبوله عبارة عن التّسليم بالشّروط التّي وضعها الطّرف الآخر، من دون أن تكون له فرصة أو إمكانية مناقشتها.[3]

2/ التّعريف القضائي للشّروط التّعسفية: للقضاء دور كبير في تعريف الشّرط التّعسفي، بحيث ذهبت محكمة النّقض الفرنسية إلى أنّ الشّرط التّعسفي يوجد إذا كان الشّرط يتضمّن تصرّفًا غير مشروع، يعدّل المبادئ العامة بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية العقدي. وفي حكمها الصّادر بتاريخ1999/05/04عرّفته بأنّه: " شرط غير مقبول يمنح المهني ميزة غير مقبولة على حساب المستهلك." [4]. في حين ذهبت محكمة النّقض المصرية إلى تعريفه بأنّه: " الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد ومخالفا للنظام العام." [5]

---

(1) خليل زكرياء، مرجع سابق، ص ص19- 20.

(2) عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة "، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر،2017، ص366.

(3) عبد العزيز زردازي، " الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني "، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع 38، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، جوان 2014، ص266.

(4) Cass.Civ.1re chambre, 04/05/1999, 97-14.187.

(5) خليل زكرياء، مرجع سابق، ص17.

3/ التّعريف القانوني للشّروط التّعسفية: الأصل أنّ التّعريف ليس من المهام المنوطة للمشرّع، والتّي يُفتّرض أن يسطّر نقاط للسير والتّوجيه، أكثر من إيراد تعريفات قد تكون مقيّدة للقاضي فيما بعد[1].

أ/ تعريف الشّرط التّعسفي في القانون الفرنسي: عرّف المشرّع الشّرط التّعسفي في المادة 35[2] من القانون23/78 الصّادر في 1978/01/10 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسّلع والخدمات[3]، والتّي جاء فيها:" في العقود المُبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين قد تكون محظورة، أو محدّدة أو منظّمة ... الشّروط المتعلّقة بـــ...متى يظهر أنّ هذه الشّروط مفروضة على غير المحترفين أو المستّهلكين، بواسطة استعمال التّفوق الاقتصادي للطرف الآخر، والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة" [4].

ولقد تعرّض هذا التّعريف لانتقادات، لكونه يُحمّل المستهلك واجب إثبات أنّ المهني قد تعسّف في استعمال سلطته وتفوّقه الاقتصاديين، رغم صعوبة هذا الإثبات عمليًا، ولعلّ هذا ما كان وراء تعديل المشرّع الفرنسي لقانون الاستهلاك، وتبنيه لتعريف آخر ركّز فيه على اعتبار الشّرط التّعسفي هو: " كل شرط يكون موضوعه أو أثره، خلق اختلال مُبالغ فيه بين حقوق والتزامات أطراف العقد، على حساب الطّرف الضّعيف – المستهلك- " [5].

ثمّ أعاد المشرّع الفرنسي تعريف الشّرط التّعسفي في قانون الاستهلاك 96/95، الصّادر في 1995/02/01 بموجب الفقرة الأولى من المادة L132-1 التّي جاء فيها بأنّه: " في العقود المُبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشّروط التّي يُحدِّث موضوعها أو آثارها

---

(1) منيرة جربوعة، مرجع سابق، ص193.

(2) Article 35 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites ,limitées ou réglementées , par des décrets en conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36 en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère détermine ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement. À la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif. »

(3) Loi 78/23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.

(4) حسيبة شرون، نجاة حملاوي، " حماية المستهلك من الشروط التّعسفية في ظل أحكام القانون 02/04 بالقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية للمستهلك"، مجلة الحقوق والحريات، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل2017، ص 53.

(5) أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال والمقاولات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2014- 2015، ص 218.

إضرارًا بغير المحتّرفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد." [1]

ويبدو واضحًا أنّ المادة 132-1/5 من القانون الاستهلاك الفرنسي، تذهب إلى أنّ الطّابع التّعسفي للشّرط يُقدَّر بالاستناد وقت إبرام العقد، إلى جميع الظّروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة للشّروط الأخرى للعقد، وأن يُقدَّر بالرّجوع إلى الشّروط التّي قد يتضمّنها عقد آخر، عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيه أحدهما قانونا للآخر، كما هو الحال بالنسبة للقرض المُرتّبِط بالبيع[2].

ب/ تعريف الشّرط التّعسفي في التّوجيه الأوربي: إنّ التّوجيه الأوربي رقم13/93 الصّادر في 05 أبريل1993 بشأن الشّروط التّعسفيّة في العقود المُبرّمة مع المستهلكين، قد عرّف بموجب المادة الثالثة الفقرة الأولى الشّرط التّعسفي بأنّه:" الشّرط الذي يرد في العقد وينطّوي على إخلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف فيه، على حساب المستهلك وتتعارض مع مبدأ حُسن النيّة." [3]

وتجدر الإشارة أنّ هذا التّوجيه يهدف إلى حماية المستهلك في مواجهة الشّروط؛ التّي تعفي البائع من ضمان العيوب في عقد البيع. وقد توافق القانون الانجليزي لعام 1999 في النظام الخامس مع هذا التّوجيه، وعرّف الشّرط التّعسفي بأنّه: " كل شرط في العقد لا يقوم المستهلك بالمُفاوضة عليه."[4]

ج/ تعريف الشّرط التّعسفي في القانون المصري: أمّا مشروع قانون التّجارة الإلكترونية المصري، فنصّ في المادة 17 في الفصل السّابع منه على تعريف الشّرط التّعسفي بأنّه: " كل شرط من شأنه الإخلال بالتّوازن المالي للعقد، وكل شرط يتضمّن حكمًا لم يجر به العرف ". وفي واقع الأمر هذا التّعريف مُنتّقد لسببين:

- ✓ أنّه قصر اختلال التّوازن بين المتعاقدين على التّوازن المالي فقط، في حين قد يكون الاختلال ناتجًا

---

(1) L 132 -1 du code de la consommation, a défini cas clauses abusives comme étant celles : « qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif, entre les droits et les obligatoires des parties au contrat. » راجع في هذا الشّأن: أحمد رباحي، مرجع سابق، ص 345. وكذا: أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 219.

(2) محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن، " دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي"، دار الكتاب الحديث، الجزائر،2006، ص240.

(3) Art 03 du Directive n° 93/13 CEE, 05/04/1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les conseils, consommateurs, dit : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. »

أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص459.

(4) جرادات سحر بهجت، مرجع سابق، ص 39.

عن المعرفة الفنية أو القانونية.

- ✓ الاستناد إلى معايير غير محدّدة وغير دقيقة، حيث وضع معيارًا غير واضح هو " كل شرط لم يجر به العرف "، لأنّه يمكن أن يكون الشّرط غير تعسفي ولم يجر العرف به[1].

د/ تعريف الشّرط التّعسفي في التّشريع الجزائري: تطرّق المشرّع الجزائري لتعريف الشّرط التّعسفي في المادة 03 ف07 من قانون 02/04 المتعلّق بالقواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية بأنّه:

" شرط تعسفي، كل بُند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بُند واحد أو عدّة بُنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظّاهر بالتّوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."

من خلال هذا التّعريف، ركّز المشرّع الجزائري على الإخلال الظّاهر في التّوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، وهذا ما يظهر من عبارة " من شأنه الإخلال الظّاهر بالتّوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد "، فأراد بتبنيه لهذا المعيار توفير حماية فعّالة للمستهلك. فعلى الرّغم من تعريف المشرّع للشّرط التّعسفي، إلاّ أنّه لا يخلو من النّقص والتّناقض وعدم الدّقة، ويظهر ذلك من خلال الملاحظات التّالية:

- ✓ لم يدقّق المشرّع في تحديد صفة أطراف العقد، أي لم يبيّن مجال تطبيق الشّرط التّعسفي، هل يكون بين المتدخّل والمستهلك أو بين متدخّل آخر ضعيف اقتصاديًا.
- ✓ كما يُلاحظ من نص هذه المادة، أنّ المشرّع الجزائري قد تأثّر بالتّعريف الوارد في القانون الفرنسي ومنه في التّوجيه الأوربي، إلاّ أنّ التّعريف الذي جاء به عامًا يصلح وضعه في إطار قانوني آخر غير قانون الاستهلاك، فهو لا يعكس الهدف من تقرير الحماية من الشّروط التّعسفية، وهو المستهلك لأنّه لم يحدّد أطراف العقد بدقة مثلما فعل نظيره الفرنسي، كما أنّ عدم التّحديد هذا يعطي انطباعًا لتقرير نفس درجة الحماية للطّرفين دون تفضيل، ما لا يتّسم وغاية نظام الشّروط التّعسفية في تحقيق حماية قانونية للمستهلك في مواجهة المهنّي.

لذلك يعتّبر التّعريف الذي أورده المشرّع الفرنسي في المادة 132 من قانون 96/95 لسنة 1995 تعريفا شاملاً وواضحًا، يعكس حقيقة وضع الشّروط التّعسفية؛ من حيث نوع العقود المُبرمة وهي العقود المُبرمة بين المهنيين والمستهلكين، ومن حيث محل الحماية وهو المستهلك، ومن حيث القائم بإيراد مثل هذه الشّروط وهو المهني، ومن حيث أثر وجود مثل هذه الشّروط وهو عدم التّوازن الظّاهر

(1) عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص364.

بين حقوق والتزامات أطراف العقد[1].

- ✓ أنّ المشرّع كرّس حماية للمستهلك المتضرّر من الشّروط التّعسفيّة، تقوم على أسس موضوعية أكثر منها شخصية، فوُفِّق المشرّع بذلك؛ كونه لم يربط مفهوم الشّرط التّعسفي بمعايير ذاتية، قد يتعذّر إثباتها بالنّظر للمركز الذي يتواجد فيه أطراف العلاقة الاستهلاكية[2].
- ✓ كما يُلاحَظ على هذا التّعريف، أنّه يتّسم بطابع العمومية والشّمولية، كونه ورد بصفة مُطلقة وواسعة، مستوّعبًا في ثناياه العديد من صور الشّرط التّعسفي، الأمر الذي يعدّ تقييدًا لحرية التّعاقد ولمبدأ سلطان الإرادة، وذلك لخوف المتعاقدين من تكييف الكثير من شروطهم بأنّها ذات طابع تعسّفي، وبمعنى آخر قد يكون هناك تعسّف في اعتبار بعض الشّروط بأنّها تعسّفية، لذا نجد المشرّع تدارك هذا الأمر وتخفيفًا من هذه العمومية، أدرج صورًا للشّرط التّعسفي بموجب المادة 29 من نفس القانون[3].

رغم هذه الملاحظات، يجب تثمين موقف المشرّع الجزائري بخصوص تعريفه للشّرط التّعسفي، كونه بهذا التّعريف أزال الغموض واللُّبس بشأن تحديد طبيعة الشّروط التّي تقتّضي الحماية، وكذا المعايير الواجب توافرها لتّقدير الطّابع التّعسفي للشّرط، وإضفاء الصّفة التّعسفية عليه[4].

يتّضح من هذه النّصوص، أنّ التّحديد القديم لحالات توافر الشّروط التّعسفية قد تمّ إلغاؤه، فبمجرّد وجود بند في العقد يخلّ بالتّوازن العقدي لصالح البائع المهني، يعدّ شرطًا تعسفيًا ومن ثمّ يجب استبعاده. ويُلاحظ أنّه لا يوجد تحوّل جذري في المفهوم لفكرة محاربة الشّروط التّعسفيّة، كل ماهناك أنّ التطوّر قد حصل باتجاه بسيط، أو وضع مفهوم مُوسّع لفكرة الشّروط التّعسفيّة[5].

وفضلاً عن ذلك أنّ التّعريف الذي أوردته مختلف التّشريعات، ينطّبق على ما يخضع له المستهلك في التّعاقد الإلكتروني، فالمشتري ينطّبق عليه وصف المستهلك، ويستّفيد من الحماية من

---

(1) بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التّعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018، ص69.

(2) جربوعة منيرة، مرجع سابق، ص194.

(3) عادل عميرات، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي " دراسة في القانون الجزائري "، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصّص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015- 2016، ص 122.

(4) عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، " الضوابط الحمائية المُصوِّبة لاختلال التّوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية"، مجلة الحقوق والحريات، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017، ص 104.

(5) زعموش محمد، " حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد "، حوليات مخبر الدراسات والبحوث حول المغرب العربي والبحر الأبيض المتوسط، ع06، مطبعة القصبة، قسنطينة، الجزائر، 2005، ص96.

الشّروط الواردة في العقود المُبرمة بينه وبين البائع المهني، وكانت تهدف هذه الشّروط إلى منح هذا الأخير مزايا على حساب المستهلك.

ثانيا: خصائص الشّروط التّعسفية: كما أسلفنا الذّكر عند تعريف الشّرط التّعسفي، أنّ أهم ما يميّزه هو استغلال المهني لسلطته أو قوّته الاقتصادية، وما يُسفر عنه ذلك من ميزة مُفرِّطة له على حساب المستهلك، ولا تعدو الميزة المُفرِّطة أن تكوِّن عدم توازن بيِّن أو فادح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، إلاّ أنّ فريقًا من الفقه الفرنسي يشتّرط لكي يعدّ البند تعسفيًا؛ ضرورة أن تتوافر فيه مجموعة من الخصائص يمكن إجمالها كالآتي:[1]

- ✓ أنّ قياس التعسّف في الشّرط لا يكون بالنّظر إلى كل شرط من شروط التّعاقد لوحده، بل بالنّظر إلى مجموع تلك الشّروط، فربّما يكون أحد الشّروط قد وفّر منفعة للمهنّي، في حين يكون هناك شرط آخر قد أعطى للطّرف الضّعيف – المستهلك – ما يُقابل هذه المنفعة.
- ✓ أنّ الشّرط التّعسّفي شرط صحيح، وغير مُخالف للنظام العام والآداب والقواعد الآمرة في القانون.
- ✓ أنّ الحماية من الشّروط التّعسفية إنّما وُجدت للتّفاوت في القدرة الفنيّة، والاقتصادية بين المهني والمستهلك، فإذا كانت الأطراف في منزلة واحدة من حيث القدرة الاقتصادية والفنية، فلا سبيل لإثارة موضوع الشّروط التّعسّفية، لأنّ على كل متعاقد واجب السّهر والمحافظة على حقوقه، لأنّه ليس بحاجة للحماية.
- ✓ أنّ لمصطلح التّعسّف في الشّرط التّعسّفي مدلولاً، يختّلف عن مدلوله في نظرية التّعسف في استعمال الحق، ذلك أنّ وجود شرط يخلّ بحقوق الطّرف الضّعيف؛ دليل بذاته على وجود التّعسف أو افتراضه، سواءً انطّوت نيّة المُشتَّرط إلى إلحاق الضّرر بالطّرف الضّعيف أم لم تنطّو، ولا يشفع للمُشتَّرط المحتّرِف حسن نيته، لأنّنا بصدد حماية المتعاقد المستهلك ولسنا بصدد عقاب المهني. فإثبات التّعسّف يكون بافتراضه من خلال وجود المنفعة التّي خوّلها الشّرط للمحتّرِف[2]. ومن هنا وجب حماية المستهلك؛ باعتبار أنّ قبوله تمّ في عقد من عقود الإذعان، بهدف التّخفيف من الأضرار التّي قد تلحق به، وبالرّغم من إنكار الصّفة العقدية للعلاقة التّي تتّم عن طريق الإذعان، وباعتبارها مركزًا قانونيًا منظّمًا، فإنّه لا يمكن إنكار الصّفة العقدية على العقد الإلكتروني؛ والذي يتّم بين طرفين يكون أحدهما

(1) محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك "دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 36.

(2) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص ص252-253.

أقوى من الآخر، خاصّة من النّاحية المالية والاقتصادية والوضعية الاحتكارية، التّي يمارسها على السّلعة أو الخدمة المطلوبة من قِبل المستهلكين.[1]

الفرع الثاني:

عناصر الشّروط التّعسفية

إنّ الشّرط التّعسفي في إطار عقد الاستهلاك الإلكتروني، هو الشّرط الذي يُدرِّجه المهني أو المحتّرف، مُقدِّم الخدمة في العقد الإلكتروني المُبرم مع المستهلك، والذي يؤدي إلى اختلال التّوازن بين حقوق والتزامات الطّرفين ضدّ مصلحة المستهلك. هذا البند التّعسفي يمتاز بخصوصيّة في هذا النّوع من التّعاقد الذي يختلّف عن التّعاقد التّقليدي[2]. لذا تتجلّى عناصر إقرار البند التّعسفي في عقد الاستهلاك الإلكتروني على النّحو التّالي:

أولا: أن يكون مجال الشّرط التّعسفي عقد إذعان، محلّه بيع سلعة أو تأدية خدمة: عرّف المشرّع عقد الإذعان في المادة 03 فـ04 من قانون 02/04 الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية، بأنّه: " يُقصّد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

4- **عقد**: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حُرّر مُسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه."

كما تكرّر هذا التّعريف بموجب المرسوم التّنفيذي رقم306/06، في الفقرة الثانية من المادة الأولى بأنّه: " يُقصد **بالعقد** في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03 الحالة 04 من قانون 02/04 المؤرّخ في 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حُرّر مُسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يُمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه." [3]

من خلال النّصين المذكورين أعلاه، نجد أنّ المشرّع الجزائري قد تبنّى المفهوم الموسّع لعقود الإذعان، ووسّع الحماية من الشّروط التّعسّفية لتشمل المهنيين والمستهلكين معًا، هو الأمر الذي تؤكّده المادة الأولى من قانون 02/04 المعدّل والمتمّم التّي تقضي بأنّه :" يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد

---

(1) عبد العزيز زردازي، مرجع سابق، ص266.

(2) الحاج مبطوش، العيد جباري، " البنود التعسفية في عقود الاستهلاك الإلكتروني "، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، المجلد03، ع 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، جوان 2018، ص 555.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 306/06، مؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لــ 10 سبتمبر سنة 2006، يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التّي تعتبر تعسفية، ج ر، ع 56، الصّادر في 11 سبتمبر2006، ص 16. معدّل بموجب مرسوم 44/08، المؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر، ع 07، الصّادر في10 فيفري 2008، ص17.

ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التّجارية التّي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه."

أمّا من حيث مجال هذه الشّروط التّعسفية، فقد حدّد المشرّع الجزائري على أنّها تكون في عقود الإذعان فقط، والتّي لا تكون إلاّ في دائرة معيّنة تحدّدها **الخصائص** التّالية:

- ✓ تعلّق العقد بسلع أو مرافق، تعتّبر من الضّروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتّفعين.
- ✓ احتكار المُوجب لهذه السّلع احتكارًا فعليًا أو قانونيًا، أو على الأقل سيطّرته عليها بصورة تجعل المنافسة فيها محدّدة النّطاق.
- ✓ صدور الإيجاب إلى النّاس كافة، وبشروط واحدة وعلى نحو مستّمر و مدّة غير محدّدة[1].

وهذا ما تتبناه محكمة النّقض المصرية بصدد عقود الإذعان، إذ تشتّرط توافر تلك الشّروط لاعتبار العقد عقد إذعان[2].

ومن جانب آخر تحاول الاتجاهات الحديثة توسيع مفهوم عقد الإذعان، على النّحو الذي أصبح يمكن تعريفه: " العقد الذي يتحدّد مضمونه العقدي كليًا أو جزئيًا، بصورة مجرّدة وعامة قبل الفترة العقدية ". ويرى أنصار هذا الاتجاه عقد الإذعان، بأنّه يأتي بصيغة مُعدّة سلفًا يقبلها الطّرف المُذعَّن دون مناقشة. وليس بالضرورة توافر الاحتكار القانوني أو الفعلي للسّلعة أو الخدمة؛ كمعيار للعلاقة بين طرف مُتفوِّق وآخر ضعيف.

ويُلاحظ أنّ موقف الاتجاهات الحديثة لعقود الإذعان؛ تهمّل التّركيز على احتكار السّلعة أو الخدمة محل العقد، وتتمسّك بمفهوم صيغة العقد المُعدّة سلفًا، وبهذا الخصوص نرى أنّ الصيغة المعدّة سلفًا، لا تختّلف كثيرًا عن مفهوم الشّروط التّعسفية، التّي لا يُسمّح بمناقشتها في العقد [3].

وفي مقابل ذلك يتّجه أغلبية الفقه إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان، وحجّتهم في ذلك أنّ البائع يضع شروطًا، لا يستّطيع المشتّري إلاّ أن يوافق عليها أو يرفضها، وهو ما يجعل المشتّري باعتباره مستهلكًا؛ جديرًا بالحماية وإعادة التّوازن التّعاقدي بين طرفي العقد[4].

---

(1) حسينة شرون، حملاوي نجاة، مرجع سابق، ص ص54 - 55.

(2) سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك " دراسة مقارنة "، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007- 2008، ص106.

(3) محمد حازم عبد الستار، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشّرق الأوسط، عمان، الأردن، 2018، ص96.

(4) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص364.

وعليه تطبّق الأحكام المتعلّقة بالشّروط التّعسفية، على جميع العلاقات التّعاقدية التّي يظهر طرفاها المستهلك والمتدخّل، فهي لا تقتّصر فقط على عقود الإذعان كما هو منصوص عليه في المادة 110 من القانون المدني[1]، وإنّما تمتّد إلى عقود الاستهلاك لا سيما المُعدّة مُسبّقًا والعقود النّموذجية، وكل العقود الأخرى مهما كانت طبيعتها: عقود البيع، عقود الإيجارات، الوديعة، القرض والتّأمين. وكذلك مهما كان موضوعها: منقولاً أو عقارًا [2].

ويُلاحظ أنّ هذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة03 ف04 المذكورة أعلاه، بحيث وسّع من نطاق الحماية في مجال العلاقات التّي يرتّبط فيها المستّهلك بالمهنّي، سواءً تعلّق الأمر بعقود الخدمات أو عقود المنتّجات التّي تُعدّ مُسبّقًا من قِبل هذا الأخير، بحيث لا يجد المستهلك الإمكانية أو القدرة على تغيير أو تعديل شروط التّعاقد. هذا وتجب الإشارة إلى أنّ هذا النّص لم يبيّن الحالة التّي لا يجد فيها المستهلك بديلاً آخرًا للتّعاقد، والتّي تظهر عندما يكون المتدخّل في وضعية احتكار للسّوق، خلافًا لوكان في وضعية هيمنة التّي يجد فيها المستهلك بديلاً آخرًا للتّعاقد. فالإذعان يحصل في كلتا الصّورتين، على اعتبار أنّه يتعلّق بالعقد المُعدّ مُسبّقًا، دون الأخذ في الحسبان وضعية المتدخّل في السّوق[3].

وتأسيسًا على ذلك تطبّق الأحكام المتعلّقة بالشّروط التّعسفية مثلما أشارت إليه المادة03 ف04 من القانون 02/04؛ على كل اتفاق أو اتفاقية أُنجز بواسطة طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أية وثيقة أخرى، مهما كان شكلها أو سندها حتّى لو تعلّق الأمر بالتّعاقد الإلكتروني. لابدّ من التأكيد على أنّ المشرّع الجزائري اعتّرف بالعقود الإلكترونية بمقتّضى نص المادة 06 ف 02 من ق. ت. إ[4]، ومن خلال هذا النّص؛ وسّع من مفهوم العقد الإلكتروني المُبرم عبر تقنية الاتصال الإلكتروني دون حصرها في وسيلة الأنترنت فقط. ونظرًا لعدم تطرّقه لأحكام حماية

---

(1) المادة 110 من الأمر رقم58/75 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتمّم تنّص على أنّه: " إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يُعدّل هذه الشّروط أو أن يعفي الطّرف المُذعَن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك."

(2) Roger Bout, " les clauses abusives " , Revue Lamy, droit économique, éd Wolters Kluwer, paris, 2009, p 452.

(3) قانون رقم 02/04 الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية، السّالف الذكر.

(4) المادة 06 ف02 من قانون رقم 05/18 تنصّ على أنّه: " العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 02/04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية، ويتّم إبرامه عن بُعد، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللّجوء حصريًا لتقنية الاتصال الإلكتروني."

المستهلك الإلكتروني من الشّروط التّعسفية؛ فإنّه يمكن لنا تطبيق قواعد العقود التّقليدية المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، على العقد الإلكتروني لحماية المستهلك الإلكتروني من الشّروط التّعسفية؛ كونه الطّرف الضّعيف في العقد والذي يجب أن يحظى بحماية خاصّة. فالمشرّع اعتّبر عقود الاستهلاك بمثابة عقود إذعان؛ لكون المستهلك الطّرف الأضعف في العقد، ولا يحقّ له التّفاوض مقارنة مع المورِّد الإلكتروني؛ الذي يضع شروط العقد مُسبقًا.(1)

كما أضاف نفس القانون أنّ طلبية منتوج أو خدمة عبر الوسائط الإلكترونية تمرّ بثلاث مراحل إلزامية هي:

- وضع الشروط التّعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتّم تمكينه من التّعاقد بعلم ودراية تامّة.
- التّحقق من تفاصيل الطّلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخصّ ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة والسّعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتّملة.
- تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد.

علاوة على ذلك يُشتّرط أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني مُعبّرًا عنه بصراحة. إضافة إلى عدم التّأثير على اختيار المستّهلك؛ بتضمين الخانات المُعدّة للتّعاقد معطيات تهدف لتوجيه اختياره(2).

ثانيا: أن يكون العقد مكتوبًا: وذلك من خلال إيراد الشّروط العامة للتّعاقد في الوثائق المختّلفة، التّي تصدر عن المهنّي، كما هو الحال في طلب الشّراء، الفاتورة، سند الضّمان، وصل التّسليم وغيرها، وهذه الحالة نصّت عليها المادة 03 فقرة04/ب من قانون 02/04 السّالف الذكر كالآتي: " يمكن أن يُنجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أيّ وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمّن الخصوصيّات أو المراجع المُطابقة لشروط البيع العامّة المقرّرة سلفًا ".

(1) عدو حسين، " الحماية المدنية لرضا المستهلك في التّعاقد الإلكتروني – دراسة في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري- "، مجلة القانون، المجلّد 07، ع01، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، الجزائر، 2018، ص ص223- 224.

(2) أنظر نص المادة 12 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

وفي مقابل ذلك أقرّ قانون 05/18 بوجوب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني، وأن توثّق بموجب عقد إلكتروني يُصادق عليه المستهلك الإلكتروني[1]. الأمر الذي أكدّ عليه المشرّع في نص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني، والتّي أقرّت قانونية الكتابة الإلكترونية[2]، وفي مقام موالي اعتّبر المشرّع بموجب المادة 03 فقرة04/ب أنّ عقد الإذعان الذي يكون مجالاً للشّروط التّعسفية يقتّصر على الشّروط المكتوبة مُسبقًا[3].

ويُلاحظ أنّه إذا كان عقد الإذعان يتّسع ليشمل في مفهومه العقود المُبرمة شفاهيًا، فإنّ المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التّي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مُسبّقًا، ممّا يجعلها تتعلّق بعملية مستّمرة وأكثر أهمية من تلك المُنجّزة شفاهيًا، ولتوضيح ذلك يكفي هنا وجود نص مكتوب من قِبل شخص معيّن هو المحتّرف، يهدف إلى إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص سواءً كانوا من المحتّرفين مثله أو من المستّهلكين[4].

وفضلاً عن ذلك نصّ المشرّع الجزائري في المادة 11 من قانون 05/18 على المعلومات الواجب توفرها في العرض التجاري الإلكتروني، أي العقد النّموذجي على سبيل المثال لا الحصر، كتحديد طبيعة وخصائص وأسعار السّلع أو الخدمات المقتّرحة باحتساب كل الرسوم، حالة توفّر السّلعة أو الخدمة ومدّة صلاحية العرض، وغيرها من المعلومات الضّرورية الواجب توفّرها - والتّي لا تدع مجالاً لغبن المستهلك أو التّحايل عليه- تحت طائلة البطلان حسب المادة 14 من نفس القانون. [5]

ثالثا: <u>أن يكون أحد أطراف العقد مستّهلكًا أو مهنّيًا</u>: لقد عرف مفهوم المستهلك جدلاً فقهيًا كبيرًا انعكس على تطوره التّشريعي، حيث كان المستهلك يُقصد به كل شخص طبيعي يتعاقد لحاجاته الشّخصية؛ مثلما اعتّمده المشرّع الأوربي في البداية[6]، من جهة أخرى تمّ تعريف المستهلك بطريق الإحالة أو النفي، حيث اُعتبر بأنّه كل شخص غير مهني " non professionnel"، وبالتّالي أصبح هذا المفهوم مرادفًا لمفهوم المستهلك. غير أنّ هذا التّعريف عرف الكثير من الانتقادات على اعتبار أنّه

---

(1) أنظر: المادة 10 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

(2) أنظر: المادة 323 مكرر01 من قانون رقم 10/05، مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدّل و يتمم الأمر 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدّل والمتمم، ج ر، ع 44، الصّادر في 26 يونيو 2005، ص17.

(3) هذا ما يُستّخلص من عبارة **"حُرِّر مُسبّقًا "** الواردة في المادة03 فقرة04/أ من قانون02/04.

(4) سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص ص107- 108.

(5) عدو حسين، مرجع سابق، ص 215.

(6) Sabrine Bernheim-desvaux, " Droit de la Consommation entre protection du Consommateur et Régulation du marché ", Revue Lamy, Droits des affaires, éd Wolters Kluwer, Paris, 2012, p16.

لا يفرّق بين المستهلك و المهنّي[1].

هذا وقد عرّف المشرّع الجزائري المستهلك في المادة 03 ف01 من قانون 03/09 بأنّه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتّني، بمقابل أو مجانًا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشّخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان مُتكفّل به" [2]. ومن الجدير بالملاحظة من خلال هذا النّص؛ أنّ التعريف الذي أورده المشرّع ضيّق ويشوبه القصور، لأنّه ربط الاستهلاك بغاية معيّنة وهي تلبية حاجة شخصية أو عائلية أو غيرها، دون الأخذ في الاعتبار عنصر التّخصّص، إذ أقصى من نطاق الحماية الأشخاص الذين يقتّنون الأشياء لغاية مهنيّة خارج تخصّصهم[3].

فضلاً عن ذلك جاء تعريف المستهلك ضمن المادة 03 ف 02 من قانون 02/04 بأنّه:
" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتّني سّلعًا قُدِّمت للبيع أو يستّفيد من خدمات عُرضت ومجرّدة من كل طابع مهني."

وفي مقابل ذلك ورد تعريف المستهلك الإلكتروني في المادة 06 ف03 من قانون 05/18 بأنّه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتّني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المُورّد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي" [4]. من خلال هذا التّعريف؛ نجد أنّ مفهوم المستهلك الالكتروني يتطابق مع نظيره التّقليدي؛ إلاّ من ناحية استعمال الأول للوسائط الإلكترونية.

وعلى خلاف المستهلك الذي يتصرّف لإشباع حاجاته الشّخصية أو حاجات من هم تحت كفالته، فإنّ المهنّي هو الشّخص الذي يتصرّف من أجل حاجات مهنّته[5]. وعليه فالمهنّي قد يكون شخصًا طبيعيًا كما قد يكون شخصًا معنويًا، بحيث يمارس نشاطًا صناعيًا أو تجاريًا أو حرفيًا أو فلاحيًا، أو أي نشاط آخر تتوافر فيه صّفة المهنية أو الاحترافية، وتفسيرًا لذلك يأتي القصور في العلاقة التّعاقدية من

(1) Guy Raymond, " Mutations en droit de la consommation ", Revue Lamy, Droit des affaires, éd Wolters Kluwer, paris, 2010, p8.

(2) قانون 03/09، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر.

(3) حورية سي يوسف زاهية، "حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 14، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي آمين العقال الحاج موسى آق أخموك لتمنراست، الجزائر، يونيو 2018، ص 18.

(4) قانون 05/18 المؤرخ في 10 مايو 2018 يتعلّق بالتجارة الإلكترونية، سالف الذكر.

(5) زرارة صالحي الواسعة، " حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية في العقد في التّشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع05 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّه لخضر، الوادي، الجزائر، جوان 2012، ص 190.

قِبله؛ عندما يستّغل وضعه ومركزه التّفاوضي، بما يملكه من قوة اقتصادية من خلال إدراج الشّروط التّعسفية، أو التّي يُمكنها أن تُكيّف كشروط تعسفيّة. أما إذا تمّ عقد بين محتّرفين من نفس الفئة، فهي تعتّبر علاقة احترافية لا تخضّع لقواعد حماية المستّهلك[1].

أطلق المشرّع الجزائري على المهنّي تسمية عون اقتصادي؛ وذلك بموجب المادة 03 من قانون 02/04[2]. وفي هذا المقام عرف مفهوم المهنّي أو المحتّرف تطورًا تشريعيًا سنة 2009، عندما أتى المشرّع الجزائري بمفهوم جديد يتمثّل في مفهوم المتدخّل؛ وهذا بمقتضى المادة03 ف07 [3]، بموجب هذه المادة يُعتّبر عارض المنتوجات مهنيًا، مهما كانت طبيعته القانونية سواءً كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا. وممّا يمكن ملاحظته في التّعريف الذي جاء به المشرّع الجزائري أنّه غير واضح، فمصطّلح "متدخّل" توحي بأنّ الشّخص يُمارس هذا العمل بصّفة مؤقتة، بينما يُشتّرط في المهني بمفهومه الواسّع سواءً كان تاجرًا أو حرفيًا أن يُمارس العمل باستمرار واعتياد[4]، مما يُصعّب بالتّالي تحديد المعيار الذي يجب اتباعه لتّحديد مفهوم المهنّي[5].

وفي هذا الإطار جاء المشرّع مُؤخرًا في قانون 05/18 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونية؛ ليُطلق على المتدخّل مصطلح المورّد الإلكتروني في المادة 06 ف04 منه كالآتي:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السّلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية ". بناء على ما ورد في هذا النّص، نجد أنّ هذا التّعريف يقتّصر على المُورّد الإلكتروني الذي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السّلع والخدمات[6].

---

(1) Roger Bout, Op.cit., p 451.

(2) المادة 03 من قانون 02/04 تنص على أنّه: " يُقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

1- عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدّم خدمات أي كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التّي تأسّس من أجلها."

(3) المادة 07/03 من قانون 03/09 تقضي بأنّه:" المتدخل كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك."

(4) المادة الأولى من أمر رقم 27/96 مؤرخ في 09/12/ 1996، الذي يتضمّن القانون التجاري، ج ر، ع 77، الصّادر في 11/12/1996، ص 04، معدّل ومتمّم. والتّي تنصّ على أنّه:" يعدّ تاجرًا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجاريًا ويتّخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك."

(5) زرارة صالحي الواسعة، مرجع سابق، ص 191.

(6) حورية سي يوسف زاهية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك، مرجع سابق، ص19.

رابعا: أن يؤدي الشّرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظّاهر بالتّوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد: من خلال التّعريف الذي أعطاه المشرّع الجزائري للشّرط التّعسفي بموجب المادة 03 ف05 من القانون 02/04 المعدّل والمتمّم التّي تقضي بأنّه "... من شأنه الإخلال الظّاهر بالتّوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ". ولا مناص من القول أنّ الشّرط المُتضمّن في عقد الإذعان الذي من شأنه إحداث عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف؛ هو لا محال شرط تعسفي، وعليه نستّنتج أنّ المشرّع الجزائري أخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد، مُتأثّرًا بما ذهب إليه المشرّع الفرنسي في هذا الصّدد، الذي نقله بدوره من التّعليمة الأوربية لسنة 1993.[1]

إلاّ أنّه على الرّغم من أنّ تكييف العقد الإلكتروني كعقد إذعان أدّى إلى حماية المستهلك، غير أنّ هذا التّكييف لم يكن ولم يعد كافيًا من أجل إرساء الحماية الكاملة للمستهلك، في ظِّل الانتشار الواسع للعقود الإلكترونية، وفي ظلّ ظهور مبادئ جديدة وآليات حديثة في مجال حماية المستهلك. وعلاوة على ذلك يُلاحَظ وجود قصور في مواجهة الشّروط، التّي يضعها الطّرف القوي في العقود مع المستّهلكين، باعتباره عقد إذعان وذلك على أساس عدم إمكانية توافر شروط تطبيقه في جميع العقود، خاصّة بالنسبة للعنصر الذي يشتّرط أن يكون الطّرف المُوجب؛ في حالة احتكار قانوني أو فعلي للسّلعة أو الخدمة المعروضة على الجمهور، ولتجنّب هذا القصور فإنّه يمكن حماية المستهلك بشكل أوسع في العقود المُبرمة عن بُعد، عن طريق اعتبار البنود الواردة في العقد مع المستّهلك شروطًا تعسفية.[2]

الفرع الثالث:

معايير تحديد الطّابع التّعسفي

استنادًا لما سبق ومن خلال التعرّض لمفهوم الشّرط التّعسفي، يمكن استخلاص معايير تحديد الشّروط التّعسفية؛ **أولهما** اقتصادي يتمثّل في تعسّف النّفوذ الاقتصادي للمهنّي، و**ثانيهما** قانوني يتجلّى في الميزة الفاحشة التّي يحصل عليها المهني، ويُلاحظ أنّ هذان المعياران مرتبطان ارتباط السّبب بالنّتيجة؛ لأنّ الشّرط لا يكون تعسفيًا إلاّ عندما تكون الميزة الفاحشة التّي يحصل عليها المهني، ناتجة عن تعسّف هذا الأخير في استعمال نفوذه الاقتصادي[3].

(1) حسينة شرون، نجاة حملاوي، مرجع سابق، ص 56.

(2) عبد العزيز زردازي، مرجع سابق، ص268.

(3) خليل زكرياء، مرجع سابق، ص21.

وتجدر الإشارة أنّ هذين المعيارين قد اعتمدتهما أغلب التّشريعات المُقارنة، أُسوةً بالمشرّع الفرنسي في توجهه السّابق بموجب قانون 23/78 لعام 1978، أمّا بالنسبة للمعيار المُتبنى في التّشريع الجزائري فهو معيار الإخلال الظّاهر بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، وهو ذات التّوجه المُعتّمد من المشرّع الفرنسي بموجب قانون96/95 لعام 1995 أُسوة باتجاه التّوجيه الأوربي 13/93 [1]. ولكن لا يفوتنا أن ننوّه أنّ أهمية تحديد المعايير التّي يعتّبر بموجبها الشّرط تعسفيًا من عدمه، تتجلّى في التّمكّن من تقديم حماية أفضل للمستهلك من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ أهمية ذلك تكمّن في توحيد أحكام القضاء تجنّبًا للمساس باستقرار المُعاملات[2].

أولا: معيار تعسّف المهنّي في استخدام نفوذه الاقتصادي: جدير بالذّكر أنّ هذا العنصر يتّم استخلاصه من الصّفة الخاصّة بأطراف العقد، لذلك يُوصف عنصر التّعسّف في استعمال القوة الاقتصادية للمهنّي بأنّه شّخصي[3]، وبالتّالي يتبيّن أنّ التعسّف في استعمال القوة أو السّلطة الاقتصادية للمهني، يُمكّن هذا الأخير من فرض شروط تعسفية لأنّه اعتاد على إبرام العقود والصّفقات.

ومن البديهي أنّ صفة الاعتياد هي التّي جعلت منه شخصًا محتّرفًا في مجاله؛ ويكون بذلك في مركز قوة، في مواجهة المستهلك الذي يحتّل مركز الضّعف، بالإضافة لذلك فإنّ المهنّي يعرف جيدًا الالتزامات والحقوق النّاشئة عن العقد، ويمتّلك من الوسائل ما يمكّنه من تحديد الالتزامات التّي يستّطيع تنفيذها، ويفرّض الشّروط التّي يراها مُناسبة على المتّعاقد معه[4].

ولابد من الإشارة إلى أنّ بعض الفقه الفرنسي يرى أنّ المادة L132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة1993، قد ألغت معيار التعسّف في استعمال القوة الاقتصادية وأبقت على معيار الميزة الفاحّشة السّابق؛ ولكن في شكل جديد عبّر عنه المشرّع الفرنسي بعدم التّوازن الظّاهر بين حقوق والتزامات الأطراف[5].

---

(1) بوشارب إيمان، مرجع سابق، ص ص77 – 78.

(2) سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 110.

(3) إدريس الفاخوري، "حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع 03، المغرب، يونيو2001، ص 69.

(4) أبو عجيلة عقيلة علي نصر، حماية المستهلك في مجال التعاقد عبر الأنترنت، رسالة ماجستير في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر،2015، ص177.

(5) أحمد رباحي، مرجع سابق، ص 356.

ممّا لا شك فيه أنّ هذا التّفوق الفنّي يمكّن المهنّي من فرض شروط تعسفية، لأنّ هذا الأخير يقوم باستمرار بإبرام العقود، وعنده الخبرة الكافية بمعرفة الالتزامات والحقوق النّاشئة عن العقد وكيفية تنفيذها، ويفرض الشّروط التّي يراها مناسبة على المستهلك. وعليه يعدّ من النّاحية العملية هذا الشّرط دون جدوى، ويرجع سبب العدول عن معيار التعسّف في استعمال التّفوق الاقتصادي؛ لعدم ملاءمته للتّعريف الموضوع من قبل التّوجيه الأوربي، الذي لم يُورد هذا المعيار في تعريفه للشّرط التّعسفي[1].

أمّا على مستوى آليات تقدير هذا المعيار، فقد يبدو الأمر أكثر غموضًا إذا اعتّبرنا أنّ القوة الاقتصادية للمهنّي؛ تُقاس في ضوء حجم المشروع الذي يستّغله، والوسائل التّي يملكها في ممارسة نشاطه. إلاّ أنّنا نرى أنّ ضّخامة المشروع لا تعني دائما القوة الاقتصادية، فقد يتمتّع مشروع صغير بقوة توازي قوة مشروع كبير، وهذا ما يظهر في عقود البيع الإلكترونية؛ إذ قد يفرض البائع المهنّي شروط تعسفية على المستهلكين، يتوقّف العقد الإلكتروني معهم بموجب قبولها، مُحتّجًا في ذلك بالمزايا التّي قد تمنّحها هذه الوسيلة من التّعاقد للمستهلك.

وعليه قد تكون الوسيلة المُقتّرحة للتّعاقد مُبرّرًا لفرض بعض الشّروط التّعسفية، بغض النّظر عن مسألة التّفوق الاقتصادي[2]، وهي الحالة التّي تبرّز فيها مظاهر استغلال المهني لحاجة المستهلك للسّلع والخدمات، ومن ثمّ إمكانية فرض شروط عليه، ويكون ردّ الفعل حيال ذلك؛ إمّا القبول أو الرفض دون إمكانية الدّخول في مفاوضات لمناقشة الشّروط، وهذا ما يُضعِّف إلى حدّ كبير حرية الاختيار[3].

لابد من التأكيد أنّ خطورة الشّروط التّعسفيّة في العقود الإلكترونية؛ تكمن في كون شروط التّعاقد تُهيء مُسبّقًا من طرف المهني قبل عرضها على شبكة الأنترنت، خاصّة وأنّ انعدام خبرة المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، تمكّن المهني من استغلاله لتمرير الشّروط التّعسفيّة، نتيجة لوضعه القوي على المستويين الاقتصادي والتّقني؛ الذي يستّغله لتوجيه العقد لما فيه مصلّحته، وذلك على حساب المستّهلك[4].

---

(1) جرادات سحر بهجت، مرجع سابق، ص42.

(2) خليل زكرياء، مرجع سابق، ص ص22- 23.

(3) علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية " دراسة مقارنة "، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص267.

(4) أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص224.

ثانيا: معيار الميزة المُفرّطة أو الفاحشّة التّي يحصل عليها المهنّي على حساب المستّهلك بمناسبة التّعاقد: بادئ ذي بدء تعدّ الميزة المُفرّطة أو المُتجاوزة التّي يحصل عليها المهني بمناسبة التّعاقد، عنصر موضوعي يتعلّق بتوفير مزايا مُبالغ فيها للمهني كيفما كان نوع هذه المزايا، إذ يعرّفها الفقيه « GIAM » على أنّها:" المُقابل المُغال فيه، وذلك بواسطة شرط أو عدّة شروط عديدة تكون مُخالفة للقانون المدني أو التجاري" [1].

وفي هذا الإطار، الميزة الفاحّشة هي التّي عبّر عنها المشرّع المغربي في المادة 15 من قانون تحديد تدابير لحماية المستهلك بـــ: "...الاختلال الكبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك". وعبّر عنها المشرّع الفرنسي في المادةL132-1 من مدوّنة الاستهلاك بعبارة:

« Le déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ». [2]

في مقام موالي يبدو أنّ هذا المعيار هو نتيجة للمعيار الأول، فتعتّبر الميزة الفاحّشة هي النتيجة المُحصّلة من استخدام النّفوذ الاقتصادي، بطريقة تعسّفية مرتبطة به بعلاقة سببية، فالشّرط لن يكون تعسفيًا إلاّ إذا أعطى ميزة فاحّشة[3]. وناهيك عن ذلك يثير معيار المّيزة الفاحّشة إشكالاً، يتمثّل في كيفية تقدير هذه الميزة، وهل يجب النّظر للشّرط الذي أعطى الميزة الفاحّشة للمُحتّرف، منعزلاً عن غيره من الشّروط، التّي يتضمّنها عقد الاستهلاك المعني، أم أنّه يجب النّظر إلى شروط العقد في مجموعها؟ إذ من الحكمة أن لا يتسرّع القاضي في إضفاء الطابع التّعسفي على الشّرط، لمجرّد منحه بعض المزايا للمحتّرف، ذلك أنّه من المُمكّن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى، مُوجّهًا لإعطاء المستهلك من المزايا ما يعيد التّوازن إلى العقد في مُجمّله[4].

وتجدر الإشارة أنّ هذا المعيار يكتّنفه بعض الغموض؛ من ناحية عدم تحديد المقصود بمصطلح " المزايا "؛ هل يقتّصر فقط على المزايا ذات الطّابع المادي أم أنّه ورد بصفة مُطلقة وعامة، بحيث يشمّل المزايا المادية وغير المادية، ومن ناحية أخرى حول كيفية تقدير وجود عدم التّوازن، هل يكون

(1) Christian Larroumet, Droit civil, les obligations, 3éme édition, Delta, Paris, 1996, p46.

(2) إمان التيس،" حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية "، ورشة دكتوراه 02 " القانون وحماية الطرف الضعيف"، المنظّم من قبل مختبر البحث قانون الأعمال وبيت علوم الإنسان، بكلية الحقوق، سطات، يومي 20 و21 أفريل 2012، مطبعة النّجاح الجديدة، دار البيضاء، المغرب، 2013، ص127.

(3) سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص114.

(4) عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك " دراسة في القانون المدني والمقارن "، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 140.

بضرورة نشوء عدم التّوازن العقدي من الشّرط بصفة مباشرة، أم أنّه يجب تقدير وجود عدم التّوازن والمزايا النّاشئة عن الشّرط، من خلال التّقدير الشّامل لشروط وبنود العقد جميعًا[1].

وعليه فإنّ تحقّق الميزة المُفرّطة، يكون إمّا بالمبالغة في تعداد الالتزامات المُلقاة على عاتق المستهلك، أو عن طريق التّخفيف من التزامات المهني، كما أنّ هذه الميزة يمكن أن تكتّسي طابعًا ماليًا " كالشّروط المتعلّقة بالثمن"، ويمكن أن تكتّسي طابعًا غير ماليًا أيضًا " كالشّروط المتعلّقة بالتّسليم والتّنفيذ وتحمّل التّبعة." [2]

ومن هذا المنطلق فإنّ تقدير الصّفة التّعسفية؛ يرتّبط بمدى الاختلال الكبير بين الحقوق والالتزامات بين أطراف العقد، النّاجم عن وجود شرط مُنتّقد من ناحية شكله أو أسلوبه، وطريق تعاطيه في العقد[3]. ونتيجة لعدم وضوح ملامح هذا المعيار وعدم تحديد الأسس، التّي يقوم عليها في سبيل تقدير الطّابع التّعسفي للشّرط، والذي أثبت فشله عمليًا في تحقيق الهدف المنشود، من تبنيه والمُشار إليه سابقًا، تمّ تبنّي وانتهاج معيار آخر والمتمثّل في معيار الإخلال الظّاهر بالتّوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

ثالثا: معيار الإخلال الظّاهر بتوازن الالتزامات كمعيار وحيد لتحديد الشّرط التّعسفي: لقد نصّ المشرّع الفرنسي على معيار الإخلال الظّاهر بتوازن الالتزامات في المادة L132-1، التّي حلّت مكانها المادة L 212-1/1 من تقنين الاستهلاك لسنة 2016، إلاّ أنّ البعض رأى في هذا الصّدد أنّ هذا المعيار ليس سوى ترديدًا لمعيار الميزة المُفرّطة من حيث الموضوع؛ على أنّ الاختلاف يكمن في التّسمية فقط[4]، وتعتّبر عقود الاستهلاك في الغالب عقودًا نموذجية؛ مُحرّرة مُسبّقًا من طرف مهنيين، والتّي تخضع لإذعان المستّهلكين، دون أن تكون لهؤلاء الآخرين إمكانية تعديلها[5].

وبالرجوع للتّشريع الجزائري، نجد قانون02/04 الذي يحدّد القواعد المُطبّقة على الممارسات التّجارية، عرّف الشّرط التّعسفي بأنّه :" الشّرط التّعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتّركًا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظّاهر بالتّوازن بين حقوق وواجبات أطراف

(1) إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص107.

(2) إمان التيس، مرجع سابق، ص 127.

(3) Marc Bruschi, " L'amélioration de la protection du consommateur ", LAMY, droit économique, N° 145, NOV.2001, éd.2002, p20.

(4) خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2015- 2016، ص ص70 -71.

(5) Yves Picos, Hélène DAVO, droit de la consommation, 2ème édition, Sirey, Paris 2010, p163.

العقد" [1].

وتجدر الإشارة أنّ المشرّع الجزائري وفقًا لنّص المادة المذكور، قد تبنّى معيار الإخلال الظّاهر بالتّوازن العقدي، كمعيار مادي لا شخصي في إطار تقديره للطّابع التّعسفي للشّرط التّعاقدي. ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري أخذ هذا المعيار من المادة L 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 96/95 لسنة 1995، والتّي هجر بموجبها معيار التعسّف في استعمال القوة الاقتصادية؛ الذي تبنّاه سابقًا بموجب المادة 35 من قانون 23/78 واستبقى على معيار الميزة الفاحّشة بأسلوب وصياغة جديدة؛ أسماها بعدم التّوازن الظّاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، وهو المعيار نفسه الذي جاء به التّوجيه الأوربي رقم 13/93 لسنة 1993 المتعلّق بحماية المستهلك من الشّروط التّعسفية في المادة 03 ف01، والتّي نصّت على أنّه:" ذلك الشّرط في العقد الذي لم يكن محل مُناقشة شخصية، عندما يكون مُخالفًا لمقتّضيات حسن النية، ويرتّب ضررًا للمستهلك يتمثّل في عدم توازن ظاهر في الحقوق والالتزامات النّاجمة عن العقد بين أطرافه." [2]

ممّا لاشك فيه أنّ الاعتماد على الجانب المالي للعقد؛ عنصرًا جوهريًا لتحديد اختلال العقد من عدمه، لأنّ التّفاوت في المزايا المالية يعتّبر نوعًا من الإكراه الاقتصادي، الذي لا يمسّ المتعاقد إلاّ في نطاق المال، ولا أثر له في صّحة الرّضا. وبناءً على ذلك لا يمكن الإقرار باختلال توازن العقد، في ظل عدم وجود اختلال في الأداءات المالية لطرفي العقد، ذلك أنّ الجوانب الأخرى في العقد، كحقوق والتزامات المتعاقدين بخصوص كيفيات الدّفع، تسليم المبيع، طرق التّعويض وآليات فضّ النّزاع مثلاً، لا يرمي من وراءها الأطراف سوى الحصول؛ إمّا على فائدة مالية أو التّنصّل من دفع تعويض مالي[3].

وعلاوة على ذلك فإنّ المشرّع الجزائري من خلال ضبّطه للشّروط التّعسفية عن طريق القوائم القانونية، قد ركّز على صيانة مضمون العقد في شقّه المالي، وذلك بحظر أي حرمان للمستهلك في حقّه في التّعويض، والذي غالبًا ما يكون مبلغًا من المال.

(1) الفقرة الخامسة من المادة 03 من قانون 02/04.

(2) أحمد رباحي، مرجع سابق، ص 360.

(3) معوش رضا، حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصّص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014- 2015، ص 38.

وبالرجوع للمادة الخامسة الفقرات03،04،08،09 و10 من المرسوم التنفيذي 306/06، تظهر أهمية الجانب المالي للعقد كأساس لتّقدير الاختلال الظاهر بتوازن العقد، من خلال حظر الشّروط التّالية:

- ✓ الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة مُنفردة، بدون تعويض المستهلك.
- ✓ عدم السّماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة، بفسخ العقد إلاّ مقابل دفع تعويض.
- ✓ الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك، في حالة ما إذا امتّنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دون إعطاءه الحق في التّعويض؛ في حالة ما إذا تخلّى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- ✓ تحديد مبلغ التّعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدّد مقابل ذلك تعويضًا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- ✓ الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصّاريف والأتعاب، بغرض التّنفيذ الإجباري دون أن يمنّحه نفس الحق[1].

ولكن لا يفوتنا أن ننوّه أنّ التّوجيه الأوربي لسنة 1993 المتعلّق بالشّروط التّعسفية، قد تبنّى بصدد تعريفه للشّروط التّعسفية معيارين؛ الأول يتعلّق بعدم التّوازن الظّاهر في الحقوق والالتزامات لطرفي العقد، والثّاني يتعلّق بمعيار المفاوضة الفردية، الذي يُقصّد به انفراد المتدخّل بوضع شروط العقد، مع عدم منح المستهلك مُكنة التّفاوض معه حول تلك الشّروط، وفي هذا المقام ركّز التّوجيه الأوربي على هذا المعيار كعنصر أساسي في تحديد الشّروط التّعسفية[2].

أمّا عن قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، فإنّه لم يُوضّح أي معايير يمكن الاستعانة بها، لتّعيين الشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك، وهو ما يعدّ قصورًا في هذا القانون. وعلى خلاف ذلك نصّت المادة 10 من هذا القانون على أنّه :" يقع باطلاً كل شرط يَرِد في عقد أو وثيقة أو مستّند أو غير ذلك، ممّا يتعلّق بالتّعاقد مع مستهلك، إذا كان من شأن هذا الشّرط إعفاء مُورِّد السّلعة، أو مُقدِّم الخدمة من أيّ من التزاماته الواردة بهذا القانون."

(1) مرسوم تنفيذي 306/06، يحدّد العناصر الأساسية للعقود المُبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التّي تعتبر تعسفية، السّالف الذكر.

(2) خالد معاشو، مرجع سابق، ص ص71- 72.

وبالتّالي نجد أنّ المشرّع المصري اكتّفى بوضع معيارًا للشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك، بأن يكون الشّرط التّعسفي هو الذي من شأنه أن يُحدِّث تفاوتًا ظاهرًا، ضدّ مصلحة المستهلك بين حقوق والتزامات الطّرفين. ولهذا يرى الدكتور عبد الرؤوف حسن عبد العال أنّ القانون رقم67 لسنة 2006 ومشروع التّعديل لم يتضمّنا تعريفًا للشّرط التّعسفي، ولا معيارًا لتّحديده ولا صورًا مباشرة للشّروط التّعسفية، وبالتّالي لو كان المشرّع يريد الإشارة إلى الشّروط التّعسفية لكان أوردها صراحة، غير أنّه آثر عدم ذكرها ضمن نصوص القانون بصورة مباشرة [1].

وجدير بالذكر أنّ المشرّع الفرنسي أقرّ حماية من الشّروط التّعسفية، وقصّرها على فئة المستهلكين فقط بموجب المرسوم 2009/ R302 ، في حين أنّ القانون الألماني أقرّ حماية عامة من الشّروط التّعسفيّة، واستّثنى فقط عقود المُعاوضة أو المُساومة، ذلك لأنّ طبيعة هذه العقود تنطّلق من مقدّمة أكثر عمومية، وهي إعادة التّوازن العقدي عن طريق استبعاد الشّروط التّعسفية، من الشّروط العامة للعقود لتحقيق العدالة بين الأطراف[2].

فضلاً عن ذلك، فإنّ نماذج الشّروط التّعسفية المنصوص عليها في القوانين، لا تخرج عن المنظومة التّقليدية لأنماط الشّروط التّعسفية، التّي تخدم مصالح المهنّي الذي يهدف من ورائها إلى إعفائه من تحمّل الضّمان، أو المسؤولية أو الحدّ منها، أو احتفاظ المُورّد ببعض الامتيازات العقدية؛ التّي تمكنّه من الانفراد بتعديل بنود العقد، أو آجال التّسليم بإرادته المُنفردة، أو حرمان المستهلك من الاستفادة من آجال الضّمان ومُهل التّقاضي، أو إلزامه بالوفاء بتّعهداته ولو لم ينفّذ المهني التزامه المُقابل، وكذا الحالات التّي ينفّرد فيها المهني بالحسّم في مصير العقد إراديًا، أو إنهاء العلاقة العقدية دون سابق إنذار[3].

هكذا يتبيّن أنّ الشّروط التّعسفية متنوّعة؛ منها ما هو متعلّق بتكوين العقد، وآخر مُرتّبط بتنفيذ التزامات الطّرفين، وكذلك ما ترتّب عن عدم تنفيذ الالتزامات. وبالتّالي سنكتّفي بالتّطرق إلى الشّروط التّعسفية المتعلّقة بمرحلة تنفيذ العقد، إذ أنّ التزام البائع المهني باحترام الوعود والضّمانات، والتزاماته بتحمّل المسؤولية؛ عادة ما يدفعه إلى وضع شروط تعسّفية من أجل التّخفيف من التزاماته، وهذه

(1) عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، مرجع سابق، ص ص377- 378.

(2) مرجع نفسه، ص383.

(3) عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب 01: نظرية العقد "دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة الواردة في القانون رقم31/08 المتعلّق بحماية المستهلك "، ط 04، دار الأمان، الرباط، المغرب، 2015، ص ص219- 220.

الشّروط يمكن إجمالها كالآتي:

أ/ **الشّروط المتعلّقة بالتّسليم:** كأن ينفّرد البائع المهني بتحديد موعد تسليم المبيع، بدون التزامه بتقديم أعذار عن التّأخير أو أسباب اختيار موعد معيّن دون غيره[1]. فضلاً عن الشّروط التّي تسمح للمهني بتسليم غير مُطابق للمواصفات المُدرجة في العقد.

ب/ الشّروط المتعلّقة بالمسؤولية والضّمان: كشرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية في غير الحالات المسموح فيها بذلك، وشرط يعفي المهني من الضّمان عند تخلّفه عن تنفيذ التزامه[2]، مثل الشّروط المعفية أو المحدّدة للمسؤولية، والشّروط المُحدّدة لضمان الفعل الشّخصي، إضافة للشّروط المتعلّقة بظروف فسخ العقد أوحلّه أو تجديده مثل: شرط إبطال الطّلبية حسب رغبة المهنّي، أو شرط التّأجيل أو الامتداد التّلقائي، المُرتّبط بالمستهلك لمدة طويلة، في العقود ذات الأداءات المُقسّطة[3].

وبالرجوع لنص المادة 05 فـ08 من مرسوم 306/06، نجد الشّرط التّعسّفي الذي يتعلّق بتحديد مبلغ التّعويض، الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدّد مُقابل ذلك تعويضًا، يدفعه المتدخّل الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، وكذا الشّرط الذي يقضي بإعفاء المتدخّل في حالة عدم تنفيذ التزاماته، كليًا أو جزئيًا أو التّنفيذ غير الصّحيح لها، من مسؤوليته اتجاه المستهلك.

ج/ الشّروط المتعلّقة بعبء المخاطر: كما في حالة نقل هذا العبء إلى المستهلك، ويحدث ذلك على سبيل المثال: حينما يشترّط النّاقل على الشّاحن تحمّل جميع المخاطر[4].

وناهيك عن ذلك هناك **شروط تعسّفية متعلّقة بإنهاء العقد وتعديله؛** كالشّروط التّي تسمح بالتّمييز بين أطراف العقد، في سلطة فسخ العقد[5] وإنهاء العقد، فقد يرد شرط يفرّض على الخاضّع له بالاستمرار بعقد لا يرغب الاستمرار فيه، إذا لم يقم هذا الأخير بإخطار الطّرف الآخر، برغبته في الاستمرار خلال مهلة محدّدة، وفي الغالب يكون هذا الإخطار صّعبًا.

---

(1) أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص139.

(2) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 254.

(3) السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد " دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصّة بحماية المستهلك "، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2003، ص53.

(4) مرجع نفسه، ص 52.

(5) نجد ما نصّت عليه المادة 05 فـ02 من المرسوم التنفيذي 306/09 التّي تقضي بأنّه: " الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك."

في مقام موالي نجد شروطًا تمكّن الطّرف الأقوى في العقد، من تعديل العقد أو إنهائه بإرادة منفردة، وهناك من الشّروط ما يمنع مُتلقي السّلعة أو الخدمة، من المُطالبة بفسخ العقد، حتى وإن قصّر المُحتّرف في تسليم المبيع أو القيام بالخدمة محل العقد، خلال المهلة المقبولة أو أثناء المهلة المُتّفق عليها[1].

المطلب الثاني:

مكافحة الشّروط التّعسّفية في العقد الإلكتروني

في ظل القواعد الحديثة لحماية المستهلك من الشّروط التّعسفية، تنوّعت أساليب الرّقابة على شروط العقد، فأُستحدّثت طرق جديدة تتمثّل في: الرّقابة التّشريعية وذلك عن طريق إيراد قوائم محدّدة للشّروط التّعسفية، مُلحقة بالقوانين الحمائية من تلك الشّروط، بالإضافة إلى الاتجاه إلى الأسلوب التّنظيمي لمواجهة الشّرط التّعسفي، والذي يتمثّل في الرّقابة التّي تُمارسها لجنة الشّروط التّعسفية، التّي تقوم بالاطلاع على نماذج العقود التّي يعرضها المحتّرفون على المستهلكين، وذلك من أجل إبداء رأيها حول طبيعة الشّروط المُدرّجة في هذه العقود فيما إذا كانت تعسفية، في مقام موالي هناك نوع آخر من الرّقابة وهو الرّقابة الإدارية، حيث تباشر الحكومة رقابة إدارية على الشّرط التّعسفي، وذلك من خلال إصدارها مراسيم بتحريم أو تحديد أو تنظيم الشّروط التّعسفية، والنوع الثّالث من الرقابة هو الرّقابة القضائية، هذه الرقابة الأخيرة تتمثّل في رقابة القضاء المدني، حيث يتّصل هذا الأخير بالدعوى بناءً على الدعوى التّي يرفعها المستهلك، أو الدعوى التّي ترفعها جمعيات المستهلكين[2].

وعليه يمكن التّصدّي للشّروط التّعسفية المُتضمّنة بعقود الاستهلاك، من خلال الآليات التّشريعية لمكافحة الشّروط التّعسفية **(الفرع الأول)**، وفي مقابل ذلك نجد أنّ لجنة البنود التّعسفية لها دور في استبعاد الشّروط التّعسفية **(الفرع الثاني)**، من زاوية أخرى تقوم الرّقابة القضائية قصد فرض جزاء لهذه الشروط **(الفرع الثالث)**.

---

(1) جابر محجوب علي، خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة "دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانونين المصري والكويتي"، ط02، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص43.

(2) عرعارة عسالي، التّوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر01، الجزائر، 2014- 2015، ص ص186- 187.

الفرع الأول:

الآليات التّشريعية لمكافحة الشّروط التّعسفية

ممّا لا شك فيه أنّ المشرّع يتدخّل في الرّابطة العقدية، من أجل فرض وتحديد الالتزامات التّي تقع على الطرفين، دون حاجة إلى انتظار أي اتفاق رضائي بشأنها، ولا شك أنّ هذا التّدخل التّشريعي في نطاق العقد، يمثّل تراجعًا لمبدأ الرضائية، وما يقتّضي من اتفاق ارادتين أو أكثر بقصد إحداث آثار قانونية، هذا التّراجع الذي يجد مُبرّره في السياسة التّشريعية، التّي تتّجه نحو التّدخل في العلاقات التّعاقدية أكثر فأكثر، من أجل تحديد الالتزامات المُتقابلة بين الأطراف[1].

ومن هذا المنطلق يُقصّد بالحماية القانونية للمستهلك من الشّروط التّعسفية، وضع قوائم بموجب النصوص القانونية لحماية المستهلك؛ والتّي تهدف إلى تحديد الشّروط التّي تعدّ تعسفية، الأمر الذي يسمّح بفرض الرّقابة عليها. على غرار ما أقرّه المشرّع الألماني بموجب القانون الصّادر في 1976/12/09، المتعلّق بالشّروط العامة للعقود والذي تضمّن قائمتين السّوداء والرّمادية، قام المشرّع الفرنسي بالأمر ذاته؛ بموجب المادة 35 من قانون 1978/01/10 المتعلّق بعناصر تكوين العقد، والتّي جاءت على سبيل الحصر، ثمّ بموجب قانون 96/95 السّابق الذّكر عن طريق إيراد مُلحق بقانون الاستهلاك، يتضمّن قائمة بيانية وغير حصرية للشّروط التّي يمكن اعتّبارها تعسّفية[2].

وفي نفس الصّدد عمد المشرّع الجزائري على وضع قائمة الشّروط التّعسفية، التّي يرى أنّ أغلب عقود الاستهلاك المُبرمة بين المستهلكين والمتدخلين، أصبحت تتضمّن تلك الشّروط، ساعيًا وراء ذلك إحاطة المستهلك بحماية خاصّة، ومن أجل تحقيق التّوازن العقدي.

وفي هذا الإطار يستّعين القاضي عند فصله في النّزاع القضائي، المتعلّق بحماية المستهلك من الشّروط التّعسفية، بالأحكام الخاصّة المتعلّقة بنظام القائمة، وعلى ضوء ما ورد في القانون 02/04 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية، إذ تضمّن الفصل الخامس من الباب الثالث من هذا القانون المادتين29 و30 تحت عنوان الممارسات التّعاقدية التّعسفية، حيث نصّت المادة 29 منه على قائمة لبعض الشّروط التّعسفية، وبهدف حماية المستهلك وضمان أكثر لحقوقه نصّت المادة 30 من ذات القانون، على إمكانية تحديد العناصر الأساسية لبعض العقود، ومنع العمل ببعض الشّروط التّي تعتّبر

(1) سعدون يسين، " الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، جويلية 2016 ، ص 321.

(2) حسينة شرون، حملاوي نجاة، مرجع سابق، ص60.

تعسّفية في العقود عن طريق التّنظيم[1].

وتطبيقًا لنص المادة 30 من قانون 02/04، صدر المرسوم التّنفيذي 306/06 لسنة 2006، المُحدّد للعناصر الأساسية للعقود المُبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التّي تعتّبر تعسفية، والذي أورد قائمة الشّروط التّعسفية[2].

أولا: قائمة الشّروط التّعسفية الواردة في القانون 02/04: سعى المشرّع الجزائري إلى تحديد أبرز حالات وصور الشّروط التّعسفية بمقتّضى أحكام نصّ المادة 29 من قانون 02/04، وحسب هذه المادة وردت هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر، وهو ما يُستّشف من عبارة " لا سيما البنود والشّروط الواردة فيها "، وحسن فعل المشرّع لأنّ تحديد كل الصّور التّعسفية أمر صعب[3]. ولابدّ من التّأكيد على أنّ هذه القائمة تحمل طابع الإلزام، فهي مُلزمة للمحتّرفين ولغير المحتّرفين في تعاقدهم مع المستهلكين. و تجدر الإشارة إلى أنّ مصطّلح البائع المذكور في نص المادة، ورد عامًا وشاملاً لم يبيّن المقصود منه؛ هل هو البائع المهني أو غير المهني؟ الأمر الذي من شأنه أن يُساهم في توسيع نطاق حماية المستهلك، في مواجهة الأشخاص الذين يمكن أن يتعاقد معهم[4].

وفي مقام موالي يتمثّل تعداد الشّروط التّعسفية الواردة في قانون 02/04 في الشّروط التّالية:

1/ أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مُماثلة مُعتّرف بها للمستهلك.

2/ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنّه يتعاقد هو بشروط يحقّقها متى أراد.

3/ امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية، أو مميّزات المنتوج المُسلّم أو الخدمة المُقدّمة دون موافقة المستهلك.

4/ التّفرّد بحق تفسير شرط أو عدّة شروط من العقد، أو التّفرّد في اتخاذ قرار البّت في مطابقة العملية التّجارية للشّروط التّعاقدية.

5/ إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يُلزم نفسه بها.

---

(1) خالد معاشو، مرجع سابق، ص ص107- 108.

(2) المرسوم 306/06، معدّل بموجب المرسوم رقم 44/08 المؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر، ع 07، الصّادر في10 فيفري 2008، ص17.

(3) عادل عميرات، مرجع سابق، ص 123.

(4) مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014- 2015، ص 106.

6/ رفض حق المستهلك في فسخ العقد، إذا أخلّ هو بالالتزام أو عدّة التزامات في ذمّته.

7/ التّفرّد بتغيير آجال تسليم منتوج، أو آجال تنفيذ خدمة.

8/ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التّعاقدية؛ لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة[1].

ويُلاحظ من نص المادة 30 [2] أنّ المشرّع الجزائري منح السّلطة التّنظيمية للمتدخّل، بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، وذلك عن طريق محورين: الأول وهو التّحديد المُسبّق للعناصر الأساسية للعقود المُبرمة مع المستهلكين، أما المحور الثاني فهو تدخّل السّلطة التّنظيمية لمنع بعض الشّروط التّي تعدّ تعسفية، لكن هذا المحور الثاني لم يقصّره المشرّع على العقود المُبرمة مع المستهلكين، وإنّما خوّل السّلطة التّنظيمية منع الشّروط التّعسفية في جميع العقود؛ سواء كانت مُبرمة بين مهنيين فيما بينهم أو بين هؤلاء والمستهلكين، ويظهر ذلك من عبارة : "... منع العمل في مختلف أنواع العقود..." الواردة في المادة 30 السّابقة، وذلك بشرط أن تكون عقود إذعان[3].

وفي هذا الإطار يكون المشرّع الجزائري قد أورد أبرز صور الشّروط التّعسفية، والتّي بتوافرها لا يكون أمام القاضي سوى القضاء ببطلانها، وذلك لانعدام سلطة تقدير الطّابع التّعسفي لها.

كما يُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد قصّر مجال الحماية من الشّروط التّعسفية على عقود البيع فقط، وناهيك عن ذلك نجد أحكام المادة 30 من نفس القانون فوّضت للتّنظيم المتمثّل في المرسوم 306/06 أمر تحديد شروط تعسّفية أخرى، إذ جاء فيها: " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التّنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشّروط التّي تعتّبر تعسفية." [4]

ثانيا: قائمة الشّروط التّعسفية الواردة في المرسوم التّنفيذي 306/06: بالرجوع للمرسوم التّنفيذي رقم 306/06 في الفصل الثاني تحت عنوان البنود التّي تعتّبر تعسفية، نجده تضمّن قائمة للشّروط التّعسفية الآتية:

---

(1) المادة 29 من قانون 02/04، السّالف الذكر.

(2) تنّص المادة 30 على أنّه: " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التّنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التّي تعتّبر تعسفية."

(3) أنظر نص المادة 03 الحالة04 الفقرة 01 من قانون 02/04 السّالف الذكر. وللتفصيل أكثر، راجع: سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 133.

(4) قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 272.

1/ تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين02 و03 أعلاه.[1]

2/ الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة مُنفردة بدون تعويض المستهلك.

3/ عدم السّماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلاّ بمقابل دفع تعويض.

4/ التّخلي عن مسؤوليته بصفة مُنفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التّنفيذ الكلي أو الجزئي، أو التّنفيذ غير الصّحيح لواجباته.

5/ النّص في حالة الخلاف مع المستهلك، على تخلي هذا الأخير عن اللّجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.

6/ فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

7/ الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك، في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التّعويض، في حالة ما إذا تخلّى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو فسخه.

8/ تحديد مبلغ التّعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك، الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدّد مقابل ذلك تعويضًا، يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

9/ فرض واجبات إضافية غير مبرّرة على المستهلك.

---

(1) تنص **المادة 02** على أنّه:" تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المُبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المُرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتّي تتعلّق بالإعلام المُسبّق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السّلع و/أو الخدمات، وكذا الضّمان والخدمة ما بعد البيع.

وتنص **المادة 03** على أنّه: " تتعلّق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساسًا بما يأتي:

- خصوصيات السّلع و/أو الخدمات و طبيعتها.
- الأسعار والتّعريفات.
- كيفيات الدّفع.
- شروط التّسليم وآجاله.
- عقوبات التّأخير عن الدّفع و/أو التّسليم.
- كيفيات الضّمان ومطابقة السّلع و/أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التّعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد. "

10/ الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصّاريف والأتعاب المستحقّة، بغرض التّنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

11/ يعفي نفسه من الواجبات المترتّبة عن ممارسة نشاطاته.

12/ يحمّل المستهلك عبء الواجبات التّي تعتّبر من مسؤوليته[1].

يتبيّن من خلال عرض هذه الشّروط بأنّها تحمل طابع التّعسّف بقوة القانون، وتحمل بالنّتيجة نفس القيمة القانونية للشّروط التّعسفية المحدّدة بموجب نصّ المادة 29 من قانون 02/04، وبالتّالي تعتّبر قائمة تكميلية للقائمة المذكورة أعلاه، وتعتّبر قائمة سوداء لا يكون أمام القاضي سوى الحكم بتّعسّفها، ومن ثمّ القضاء بإلغائها.

استنادًا إلى ما سبق، نصل إلى أنّ نظام القائمة المُتّبع من طرف المشرّع الجزائري، هو نظام أُحادي القائمة المتمثّل في نظام القائمة السوداء، ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أحسن حينما أورد القائمتين على سبيل المثال لا الحصر، حماية لمصالح المستهلك الإلكتروني وتوسيع لنطاق حمايته، خاصّة وأنّ مجال المعاملات الإلكترونية يعدّ الأرضية الخصبة لتطوّر المُمارسات التّعاقدية التّعسفية، وظهورها ضمن أساليب وأشكال متنوّعة.

هكذا يتبيّن أنّ المشرّع منح السّلطة التّنظيمية التّدخل، بهدف حماية مصالح المستهلك وذلك بكيفيتين: **الأولى** تتعلّق بالتّحديد المُسبّق للعناصر الأساسية للعقود المُبرمة مع المستهلكين، أمّا **الثانية** فتتمحور حول تخويل السّلطة التّنظيمية التّدخّل لمنع بعض الشّروط؛ التّي تعتّبر تعسّفية في جميع العقود، سواءً كانت مُبرمة بين مهنيين فيما بينهم أو بين هؤلاء والمستهلكين[2].

وتجدر الإشارة فيما يتعلّق بالوسائل القانونية للحدّ من الشّروط التّعسفية في العقد الإلكتروني، أنّها تُطبّق عليها الأحكام المنصوص عليها في القانون02/04 والمرسوم التّنفيذي306/06 السّابق ذكرها، وهذا نظرًا لغياب نصوص خاصّة لتنظيمها. غير أنّ ما يتميّز به العقد الإلكتروني من خصوصية؛ من كونه يُبرم بين طرفين لا يجمعهما مكان واحد، قد يقف عائقًا أمام المستهلك في تمسّكه بهذه القوانين، بحكم وجودهما في دولتين مختلّفتين لكل منهما قانونها، فما يعدّ مثلاً شرطًا تعسّفيًا في دولة ما، قد لا يعدّ ذلك تعسّفيًا في دولة أخرى. لذا ولتوفير حماية للمستهلك الإلكتروني يجب توحيد القواعد بين الدّول، خاصّة فيما يتعلّق بإعداد قوائم الشّروط التّي تعدّ تعسّفية.

---

(1) المادة 05 من المرسوم التّنفيذي 306/06، السّالف ذكره.

(2) عرعارة عسالي، مرجع سابق، ص ص194- 195.

الفرع الثاني:

دور لجنة البنود التّعسفية في استبعاد الشّروط التّعسفية

تمّ إنشاء لجنة البنود التّعسفية بموجب المرسوم التّنفيذي 306/06 الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المُبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التّي تعتّبر تعسّفية. إذ تناولت تنظيم لجنة البنود التّعسّفية المواد من 06 إلى 16 من المرسوم المذكور أعلاه. وبالرجوع لنصّ المادة 06 نجدها عرّفت اللّجنة بأنّها: " تنشأ لدى الوزير المكلّف بالتّجارة لجنة البنود التّعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النّص " اللّجنة "

يرأس اللّجنة ممثّل الوزير المكلّف بالتّجارة

تُعِدُّ اللّجنة نظامها الداخلي الذي يُصادَق عليه بقرار من الوزير المُكلّف بالتّجارة

تُسيّر أمانة اللّجنة من طرف المصالح المعنية للوزارة المُكلّفة بالتّجارة." [1]

من خلال هذا النّص، يتّضح أنّ لجنة البنود التّعسفية هي جهاز إداري استشاري، على اعتبار أنّها تنشأ لدى الوزير المُكلّف بالتّجارة، ممّا يعني أنّها جهاز تابع لوزارة التّجارة لا يتمتّع بالاستقلالية، وعلى الرغم من أنّها في المجال الاقتصادي، إلاّ أنّ هذه التّبعية تنفي اعتبارها سلطة من السّلطات الإدارية المُستقّلة[2].

أولا: تشكيلة لجنة البنود التّعسفية: تتشكّل اللّجنة حسب المادة 08 من المرسوم التّنفيذي 44/08 [3] من خمسة (5) أعضاء دائمين وخمسة (5) أعضاء مستّخلفين يتوزّعون كما يأتي:

- ✓ ممثلان(2) عن الوزير المكلّف بالتّجارة مختّصان في مجال المُمارسات التّجارية.
- ✓ ممثلان(2) عن وزير العدل، حافظ الأختام مختّصان في قانون العقود.
- ✓ ممثلان(2) عن مجلس المنافسة.
- ✓ متعاملان اقتصاديان(2) يمثّلان الغرفة الجزائرية للتّجارة والصّناعة مُؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ✓ ممثلان(2) عن جمعيات حماية المستهلكين مُؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

---

(1) المادة 06 من المرسوم 306/06، يحدّد العناصر الأساسية للعقود المُبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التّي تعتبر تعسفية، السّالف ذكره.

(2) إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 132.

(3) المرسوم التنفيذي 08/ 44، يعدّل المرسوم التنفيذي 306/06، السّالف ذكره.

وفي هذا الإطار يمكن للجنة البنود التّعسفية الاستعانة بأي شخص آخر، بوسعه أن يفيدها في أعمالها [1]. وتجتّمع اللّجنة مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر في دورة عادية، باستدعاء من رئيسها، كما يمكنها الاجتماع في دورة استثنائية، بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل، وتصّح جلساتها بحضور نصف أعضائها على الأقل، مع صّحة مداولاتها في حالة عدم اكتمال النّصاب القانوني لعدد الأعضاء الحاضرين، وذلك بعد استدعاء ثانٍ بعد 08 أيام من الاستدعاء الأول. وتجدر الإشارة إلى أنّ قرارتها تتّخذ بأغلبية الأصوات الحاضرين، مع ترجيح صوت الرئيس عند تعادل الأصوات[2].

ثانيا: مهام لجنة البنود التّعسفية: أمّا عن المهام المنُوط بها للجنة البنود التّعسفية فتتمثّل في أنّها:

- ✓ تبحث في كل العقود المُطبّقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطّابع التّعسفي، كما تصيغ توصيات تُبلّغ إلى الوزير المُكلّف بالتّجارة والمؤسسات المعنية.
- ✓ يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلّقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين.
- ✓ يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها[3].

وفي سبيل قيام اللّجنة بمهامها؛ تُخطَّر إمّا من تلقاء نفسها، أو تُخطَّر من طرف الوزير المُكلّف بالتّجارة، ومن طرف كل إدارة أو جمعية مهنية، وكل جمعية حماية المستهلكين، وكذا كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[4].

وتنشّر اللّجنة آرائها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة على ذلك يمكنها أن تعدّ أو تنشّر كل المعلومات المفيدة، المتعلّقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة، وعلاوة على ذلك تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها، يُبلَّغ إلى الوزير المُكلَّف بالتّجارة، ويُنشّر كليًا أو مستّخرجات منه بكل

---

(1) كان نص المادة 08 قبل التعديل في ظل المرسوم 306/06 كمايلي:

" تتكوّن اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- ممثّل(1) عن الوزير المكلّف بالتجارة مختّص في مجال الممارسات التجارية رئيسا.
- ممثّل(1) عن وزير العدل مختّص في قانون العقود.
- عضو(1) من مجلس المنافسة.
- متعاملين اقتصاديين(2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود.
- ممثلين (2) من جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني مؤهلين في مجال قانون الأعمال و العقود.

يمكن اللجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها."

(2) المادة 13 من المرسوم التنفيذي 306/06.

(3) المادة 07 من المرسوم المذكور أعلاه.

(4) المادة 11 من نفس المرسوم.

وسيلة مُلائمة[1].

ولا يفوتنا أن ننوّه أنّ قانون03/09 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، تضمّن تحديد مهام جمعيات حماية المستّهلك كجهة للدّفاع عن مصالح المستهلك، وبالتّالي يكون لها دور في حمايته من الشّروط التعسفية[2]، وفي نفس الصّدد اعترّف المشرّع لجمعيات حماية المستهلكين بصلاحيات التّمثيل القضائي، حيث يمكنها التّأسيس مدنيًا لطلب التّعويض دفاعًا عن مصلحة المستهلك[3].

الفرع الثالث:

جزاء الشّروط التّعسفية

ضمانًا لاحترام نظام القائمة، رتّب المشرّع الجزائري على إدراج أحد الشّروط التّعسّفية في العقود، التّي يكون أحد أطرافها مستهلكًا نوعان من الآثار القانونية؛ **الأول** يتعلّق بالجزاء المدني الذي يوقّعه القاضي المدني، الفاصّل في منازعة قضائية تتعلّق بمكافحة الشّروط التّعسفية، التّي يحتّويها عقد الاستهلاك، أما **الثاني** فيوقّعه القاضي الجزائي، نظرًا لما يشكّل فعل الاخلال بنظام القائمة، بتضمين عقد الاستهلاك أحد الشّروط التّعسفية الممنوعة من مخالفة جزائية[4].

وفي هذا الإطار يملك القاضي سلطة واسعة في مجال التّدخل ومحاربة الشّروط التّعسّفية، والتّي يتصدّى لها بفرض الجزاء المُناسب؛ سواءً تعلّق الأمر بجزاء مدني أو جنائي.

وعليه قرّر المشرّع الجزائري آليات جديدة لمحاربة الشّروط التّعسفية، وذلك برصد جزاء مدني يترتّب عن إدراج الشّروط التّعسفية في العقد **(أولا)**، كما قرّر عقوبات جزائية على المخالفين للنصوص القانونية المُنظّمة للشّروط التّعسّفية، أدرجها قانون 02/04 **(ثانيا)**.

أولا: الجزاء المدني للشّروط التّعسفية: نصّ المشرّع الفرنسي في المادة L132/01 فقرة 06 من قانون الاستهلاك لسنة 1993، على اعتبار الشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك باطلة بطلانًا مطلقًا nulles absolue كأنّها لم تكن مكتوبة.

---

(1) المادة 12 من المرسوم التنفيذي 306/06.

(2) إذ تنّص المادة 21 منه قانون 03/09 على أنّه: "جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله."

(3) تنّص المادة 23 من نفس القانون على أنّه:" عندما يتعرّض المستهلك أو عدّة مستهلكين لأضرار فردية تسبّب فيها نفس المتدخّل وذات أصل مشترك، يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني."

(4) خالد معاشو، مرجع سابق، ص118.

و جدير بالذكر أنّه كانت تنّص على هذا الجزاء المادة 35 من قانون 10 يناير1978 [1]. وفي هذا المقام يتّفق الفقه أنّ عبارة غير مكتوبة يُقصد بها باطلة، مع الإبقاء على العقد المُتضمِّن الشّرط ساريًا، مالم يكن هذا الشّرط هو الدّافع للتّعاقد، وبالتّالي فإنّ البطلان يلحق الشّرط لا العقد. ويُلاحظ أنّ المقصود بالبطلان هنا البطلان النّسبي لا المُطلّق، الذي يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه[2]، على عكس أحكام البطلان النّسبي الذي لا يستّطيع أن يتمسّك به سوى المستهلك، وهذا البطلان هو الذي يجب على القاضي الحكم به، سواءً أكانت الدعوى مرفوعة من المستهلك المضرور مباشرة، أومن إحدى جمعيات المستهلكين، هذا ما نصّت عليه المادة 06/421 من قانون الاستهلاك لسنة1993 [3].

وتجدر الإشارة أنّ المشرّع اللّبناني سار على نفس المنهج، إذ تنصّ المادة 26 فقرة أخيرة على ذلك بأنّه: " تعتّبر البنود التّعسفية باطلةً بطلانًا مطلقًا، على أن تُنتّج أحكام العقد الأخرى كافة مفاعيلها" [4]. وفي مقابل ذلك نصّت المادة 18 من مشروع قانون التّجارة الإلكترونية المصري على أنّه: " تعتّبر العقود النّمطية[5] المُبرمة إلكترونيا من عقود الإذعان في مفهوم القانون المدني، من حيث تفسيرها لمصلحة الطّرف المُذعن، وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسّفية، ويعدّ شرطًا تعسّفيًا كل شرط من شأنه الإخلال بالتّوازن المالي للعقد، وكل شرط يتضمّن حكمًا لم يجر العرف به".

ولا مناص من القول أنّه في نطاق التّعاقد الإلكتروني يتّم مراعاة الظّروف الخاصّة، بالمحتّوى الإلكتروني للعقد وبُعد الأطراف، ولا يتّم إبطال العقد ولكن يتّم إلغاء الشّروط التّعسفية، ويبقى العقد مطبّقًا إذا كان يبقى بدونها. وفي هذا المقام نصّ التّوجيه الأوربي الصّادر في 05 أفريل 1993 في المادة 06 /01 منه على أنّه: " تنصّ الدّول الأعضاء على أنّ الشّروط التّعسفية الواردة بالعقد المُبرم مع المستهلك بواسطة مهني، لا تُلزِّم المستهلكين في الشّروط المُحدّدة بواسطة القوانين الوطنية، ويبقى العقد مُلزِّمًا بالنسبة للأطراف طبقًا لذات الأحكام، إذا كان يمكن أن يبقى دون الشّروط التّعسفية." [6].

---

(1) محمود عبد الرحيم ديب، مرجع سابق، ص59.

(2) عرعارة عسالي، مرجع سابق، ص 203.

(3) محمود عبد الرحيم ديب، مرجع سابق، ص 60.

(4) كما تنّص المادة 19 من قانون 31/08 المتعلّق بحماية المستهلك المغربي على أنّه :"يعتبر باطلاً ولاغيًا الشّرط التّعسفي الوارد في العقد المُبرم بين المُورّد والمستهلك."

(5) العقود النّمطية أو النّموذجية هي عقود تنطوي على حقيقة التعاقد، وتحيل الأطراف فيها إلى نموذج وضعته أو أقرّته سلطات عامة، أو هيئات نظامية مثل التّجمعات المهنية والوطنية. أنظر: محمد شوقي محروس، العقد الإلكتروني في ضوء الإرادة والحماية، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2019، ص42.

(6) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص ص521- 522.

ويُلاحظ أنّه في القانون الجزائري لا نجد ضمن القواعد الخاصّة، أيّ حكم يتكلّم عن بطلان الشّروط التعسّفية، أو العقود التّي تتضمّنها سواء تعلّق الأمر بالقانون 02/04 أو 03/09 [1]. وناهيك عن ذلك نجد أنّ قانون05/18 قضى بأنّه في حالة عدم احترام الشّروط المنصوص عليها في المادتين 10 و13، والتّي تتعلّق بضرورة احتواء العرض الإلكتروني على المعلومات "المذكورة في المادة 11"، وكذا المعلومات المطلوب إدراجها في العقد الإلكتروني" المذكورة في المادة13"، جاز للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد، والتّعويض عما لحقه من ضرر. [2]

إنّ الأصل في دور القاضي وفقًا للقواعد العامة، أنّه يقتّصر فيما يتعلّق بالعقود على مجرّد تفسيرها لتطبيق حكم القانون عليها، إلاّ أنّه خروجًا على هذه القاعدة، وبحجّة توفير الحماية للطّرف المُذعَّن في عقود الإذعان، منح له سلطة استثنائية بموجب أحكام المادة 110 من التّقنين المدني[3]؛ هذه السّلطة الاستثنائية للقاضي تتمثّل في تعديل العقد وفقًا لسلطّته التّقديرية، والتّي يُقصّد بها ذلك النشاط الذّهني الذي يقوم به القاضي في فهم الوقائع، والقواعد القانونية التّي يُقدِّر أنّها تحكّم النزاع المطروح عليه[4]، وفي هذا الإطار للقاضي إمّا تعديل الشّروط التّي يراها تعسّفية، أو إعفاء الطّرف المُذعَّن منها؛ وذلك عن طريق استبعادها أي القضاء ببطلانها، مع بقاء العقد قائمًا وصحيحًا[5].

وجدير بالذكر أنّ القاضي لا يتصدّى وفقًا للقانون المدني الجزائري، للشّروط التّعسفية من تلقاء نفسه، بل بناءً على طلب المستهلك المُذعَّن عملاً بمبدأ حياد القاضي. وعلى العكس من ذلك هناك من الفقه من يرى منح القاضي سلطة إثارة التّعديل، أو الإعفاء من الشّروط التّعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التّنفيذ أو فسخ العقد، لأنّ ذلك يُسهِّم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشّروط التّعسفية [6].

---

(1) سامي بن حملة، " إعادة التّوازن العقدي بين المستهلك والمتدخّل في عقود الاستهلاك "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة01- الحاج لخضر- الجزائر، مارس2015، ص 97.

(2) أنظر نص المادة 14 من قانون 05/18.

(3) المادة 110 ق. م. ج التّي تنّص على أنّه: " إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطًا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشّروط أو أن يعفي الطّرف المُذعَن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك."

(4) بولقواس سارة، " الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التّعسفية في العقد الإلكتروني"، مجلة المنار للبحوث والدّراسات القانونية والسياسية، ع02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، سبتمبر2017، ص ص58- 59.

(5) عبد العزيز زردازي، مرجع سابق، ص267.

(6) بولقواس سارة، مرجع سابق، ص59.

ومن هذا المنطلق أجاز المشرّع للقاضي وفقًا لسلطّته التّقديرية، أن يقدّر مدى تعسّف هذه الشّروط في حق المستهلك، فيمكن له أن يُعدّلها أو يعفي الطّرف المُذعَن منها وفقًا لمقتّضيات العدالة.

ونظرًا لما تتميّز به عقود الإذعان بانفراد المحتّرف في وضع الشّروط، وغالبًا ما تتضمّن شروطًا غامضة مُبهمة، أعطى المشرّع للقاضي سلطة تفسير العقد؛ من حيث العبارات المُدرّجة فيه، وهذا في حالة غموض عبارات العقد[1]، ومن الضّروري كذلك تفسير الشّك في صالح الطّرف المُذعَّن، باعتباره الطّرف الضّعيف في العقد، وهذا خلافًا للقاعدة العامة التّي تقضي أن يكون التّفسير عند الشّك لصالح المدين [2].

وعلاوة على ذلك للمستهلك المضرور اللّجوء إلى المحاكم المدنية، والمُطالبة بالتّعويض في حالة وقوع ضرر تطبيقًا للقواعد العامة[3].

وفي واقع الأمر نجد أنّ الضّمانات التّقليدية ضد الشّروط التّعسفية، غير كافية لحماية المستّهلك الإلكتروني في العلاقة العقدية ذات الطّابع الدولي؛ ذلك لاحتمال الاختلاف في تفسير قوانين الدّول للشّروط التّعسفية، حتى يتسنّى للقضاء التّدخّل في تعديل أو إعفاء الطّرف المُذعَّن من تلك الشّروط.

وعليه وبالرّغم من الإطار العام لحماية المستهلك من الشّروط التّعسفية، التّي نظّمتها التّشريعات المدنية، إلاّ أنّنا ندعّم الرأي القائل بضرورة تطوير قواعد قانونية؛ تستّقل باتجاه حماية المستهلك التّقليدي عمومًا، والتّركيز على المستهلك الإلكتروني بشكل خاص، وبما يتلاءم مع واقع التجارة الإلكترونية واسع الانتشار[4].

---

(1) أنظر نصّ المادة 111 ق. م. ج.

(2) تنّص المادة 112 من ق. م. ج على أنّه:" يؤول الشّك في مصلحة المدين.

غير أنّه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطّرف المُذعَن."

(3) إذ تنّص المادة 65 فـ02 من قانون 02/04 على أنّه: " كما يمكنهم التّأسيس كطرف مدني في الدعاوي للحصول على تعويض الضّرر الذي لحقهم."

(4) محمد حازم عبد الستار، مرجع سابق، ص87.

ثانيا: الجزاء الجنائي للشّروط التّعسفية: قرّر المشرّع الجزائري جزاءً للشّروط التّعسفية، وفي هذا المقام نصّت المادة 39 من قانون 05/18 على أنّه:" يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، كل مورّد إلكتروني يخالف أحد الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و12[1] من هذا القانون. كما يجوز للجهة القضائية التّي رفعت أمامها الدعوى أن تأمر بتعليق نفاذه إلى جميع منصّات الدّفع الإلكتروني، لمدّة لا تتجاوز ستّة (6) أشهر."

وبمقتّضى المادة 38 من قانون 02/04 [2] يُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري جاء مُتأثِّرًا بما ذهب إليه كذلك المشرّع الفرنسي، في مرسوم 464/78 المؤرخ في 24 مارس1978، من تقرير عقوبة الغرامة على كل من يُخالف، أو يخرق الالتزام بذكر الضّمان القانوني للعيب الخفي، في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها[3]، وفي مقابل ذلك تُكيّف الجريمة المتعلّقة بإدراج شروط تعسّفية في العقود، المُشار لها في المادة 38 من قانون 02/04 على أنّها جنحة، استنادًا لمعيار مبلغ الغرامة الذي لا يتعدّى 2.000 دج كحد أدنى، الذي انتّهجه المشرّع في قانون العقوبات بمقتّضى الأمر 156/66[4].

كما ترصد عقوبات في حالة ارتكاب المورّد الإلكتروني أثناء ممارسة نشاطه، لمخالفات تكون تحت طائلة عقوبة غلق المحل، وجدير بالذكر أنّ المادة 43 من قانون 05/18 تحيل فيما يتعلّق بإجراء غلق المحل إلى المفهوم الوارد في التّشريع المتعلّق بممارسة الأنشطة التّجارية [5].

---

(1) المادتان 11 و 12 اللتّان تنصّان على ضرورة إعلام المستهلك بكل تفاصيل السّلع أو الخدمات المقدّمة: من حيث طبيعة وخصائص وأسعار السّلع أو الخدمات، شروط الضّمان التّجاري، من أجل توفير الحماية القانونية للمستهلك من الشّروط التّعسفية.

(2) تنّص المادة 38 على أنّه:" تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسّفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)."

(3) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص100.

(4) المادة 05 من أمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمّن قانون العقوبات، ج ر، ع 49 ، الصّادر في 11 يونيو1966، ص 702، معدّل ومتمّم. ليتمّ رفع مبلغ الغرامة إلى 20.000 دج بمقتضى قانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدّل ويتمّم الأمر 156/66 والمتضمن قانون العقوبات ، ج ر، ع 84، الصّادر في 24 ديسمبر2006، ص11. للتفصيل أكثر أنظر معوش رضا، مرجع سابق، ص 114.

(5) وهو قانون رقم 06/10، المؤرخ في 15 غشت 2010، يعدّل ويتمّم القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو2004، الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجارية، ج ر، ع 46، الصّادر في 18 غشت 2010، ص 11.
وبموجب المادة 46 منه ؛ يتّخذ الوالي المُختّص إقليميًا، بناءً على اقتراح المدير الولائي المُكلّف بالتّجارة، بموجب قرار إجراءات الغلق الإدارية للمحلات التّجارية لمدة أقصاها ستّون يومًا.

وعلاوة على ذلك قضت نفس المادة – المادة 43 ف01- بتعليق تسجيل أسماء نطاق المورّد الإلكتروني، بشكل تحفّظي من طرف الهيئة المكلّفة بمنح أسماء النّطاق في الجزائر، بناءً على مقرّر من وزارة التّجارة، على أن لا تتجاوز مدّة التّعليق التّحفظي لاسم النّطاق ثلاثين(30) يومًا حسب المادة 43 ف02.

ولكن لا يفوتنا أن ننوّه أنّه تمّ رصد عقوبات استثنائية في حالة العود؛ إذ يتمثّل هذا الأخير بالرّجوع لنصّ المادة 47 ف02 من قانون06/10؛ والتّي تقضي بأنّه:" تعدّ حالة عود، في مفهوم هذا القانون، قيام العون الاقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين(2) التّي تلي انقضاء العقوبة السّابقة المتعلّقة بنفس النّشاط "، وتنحصّر هذه العقوبة في إجراء الغلق الإداري[1] الذي يمكن اللّجوء إليه نتيجة إدراج العون الاقتصادي لشروط تعسّفية، في العقود المُحرّرة اتجاه عملائه.

إلى جانب إجراء الغلق الإداري، أقرّ المشرّع تدابير أخرى بموجب قانون 06/10؛ كالمنع المُؤقت والشّطب من السّجل التّجاري؛ ويُستشّف هذا من نص المادة 47 ف03[2]، وفضلاً عن ذلك تُضاف لهذه العقوبات، عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات[3].

واستخلاصًا لما سلف، يتّضح موقف المشرّع الجزائري في وضع عقوبات شديدة، من أجل ردع المتدّخلين، وحملهم على عدم إدراج مثل هذه الشّروط حماية للمستهلك في علاقاته التّعاقدية، على اعتبار أنّ إقرار عقوبة الغرامة، قد يمسّ بالمصالح المالية للمهنّي، خلافًا لو تمّ إقرار جزاء البطلان؛ سواءً للعقد أو للشّرط التّعسّفي[4].

(1) تنّص المادة 47 ف01 من قانون 06/10 على أنّه: " تتّخذ إجراءات الغلق الإدارية، المنصوص عليها في المادة 46 أعلاه، وفق الشّروط نفسها في حالة العود، لكل مخالفة لأحكام هذا القانون."

(2) تنّص المادة 47 ف03 من قانون 06/10 على أنّه: " في حالة العود ، تُضاعف العقوبة ويمكن القاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أيّ نشاط مذكور في المادة 02 أعلاه، بصفة مؤقتة وهذا لمدة لا تزيد عن 10 سنوات."

(3) المادة 47 ف04 من قانون 06/10، السّالف الذكر.

(4) سامي بن حملة، مرجع سابق، ص99.

المبحث الثاني:

دور حق العدول في حماية المتعاقد في العقد المُبرّم عبر الأنترنت

يعتّبر حق المستهلك في العدول عن العقد الذي سبق إبرامه، أحد الآليات القانونية الحديثة التّي لجأ إليها المشرّع، بقصد توفير حماية فعّالة للمستهلك، هذا الحق الذي يمثّل في الواقع خروجًا على مبدأ القوة المُلزمة للعقد، فهو حق استثنائي قُرِّر للمستهلك في العقود المُبرمة عن بُعد، ومنها العقود الإلكترونية المُبرمة على أحد مواقع الأنترنت.

وعليه حين لا تتوافر للمتعاقد على شبكة الأنترنت، الإمكانية الفعلية أو الحقيقية لمعاينة السّلع واقعيًا، والتّحقق من الأداء المُناسب للخدمات، وأصبح للمتعاقد المُنتِّج فرصة استغلال هذا التّعاقد الافتراضي والسّريع، بالحصول على توقيع المستهلك عبر وسائل الاتصال الحديثة، ونتيجة ذلك أنّه يكون للمستهلك حق العدول في العقد، ونقضه بالإرادة المُنفردة لعيب اكتّشفه، إذا ما سارع بإبلاغ المُنتِّج (المهني) خلال فترة زمنية قصيرة [1].

ومن هنا برزت الحاجة إلى حماية المستهلك من المخاطر؛ التّي قد يصادفها جرّاء إبرامه لعقود الاستهلاك الإلكتروني، ممّا دفع المشرّع في الكثير من الدول، إلى محاولة إيجاد وسائل قانونية مناسبة لحماية المستهلك، بالنّظر إلى عجز القواعد العامة عن توفير الحماية الكافية للمستهلك، وكان من هذه الوسائل إعطاء المستهلك مهلة للتّفكير والتّروي، يكون للمستهلك خلالها خيار التّحلّل من هذه القواعد التّي أبرمها، إذا اتضح أنّ السّلع محل التّعاقد لا تلائم احتياجاته، وهو ما يسمّى خيار الرّجوع عن العقد[2].

وباعتبار حق العدول من الآليات القانونية المُعدّة لضمان حماية فعّالة للمستهلك، في التّعاقد عبر شبكة الأنترنت، كونه الطّرف الضّعيف في مواجهة المُورِّد الإلكتروني، لابد من تحديد ماهية الحق في العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت **(المطلب الأول)** وتوضيح تنظيم ممارسة هذا الحق **(المطلب الثاني).**

---

(1) خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني" دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2011، ص712.

(2) أحمد شهاب أزغيب، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكتروني، رسالة مقدّمة لنيل درجة دكتوراه في القانون، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2016، ص393.

المطلب الأول:

ماهية حق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت

إن ّحق العدول هو أحد أهم الوسائل القانونية في المرحلة اللاّحقة للتّعاقد، وتزداد أهمية تقرير هذا الخيار للمستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني المُبرم عبر الأنترنت[1]، وبهذا الحق يتمكّن المستهلك من تدارك الأمر والرّجوع عن العقد، الذي أبرمه برعونة وتسرّع، دون أن يكون ملزمًا بتبرير هذا العدول[2].

وتجدير بالذكر أنّه قد نُصّ على هذه الرّخصة للمستهلك، في قوانين حماية المستهلك المتعاقبة في فرنسا عام 1971، 1972 و1978 في شأن القرض الاستهلاكي، وأخيرا في قانون 06 يناير 1988 رقم 21 لسنة 1988 في شأن عمليات البيع عن بُعد، حيث يحق للمستهلك وبعد تسلّمه المبيع حق ردّه وإرجاعه، واسترداد الثّمن خلال سبعة أيام محسوبة من تاريخ تسلّمه لهذا المبيع [3].

وفي هذا المقام أقرّ المشرّع الجزائري حق الرّجوع للمستهلك بموجب المادة 19 ف02 من قانون 09/18[4]، كما أنّ الفقه الإسلامي قد أسّس لهذا الرأي؛ حيث أثبت خيار الرؤية للمشتري أو المستهلك[5]. وترتيبًا على ذلك سنتناول في هذا المطلب مفهوم الحق في العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت **(الفرع الأول)**، والتّكييف القانوني لحق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت **(الفرع الثاني)**.

---

(1) مالك جابر الخزاعي، زهراء ياسين برهان، "حماية المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، ع 42، ج01، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2019، ص316.

(2) كريم عزت حسن الشاذلي، النظام القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019، ص 273.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر، 2006، ص43.

(4) قانون رقم 09/18، مؤرخ في 10 يونيو2018، يعدّل ويتمّم القانون 03/09، مؤرخ في 25 فبراير2009، والمتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، ع 35، الصّادر في 13 يونيو2018، ص05.

(5) هناك نظرية العقد غير اللاّزم في الشّريعة الإسلامية، وهو عقد يقبل باتفاق الطرفين أو بطبيعته أو بحكم شرعي الرّجوع عنه، بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، دون أن يتوقّف ذلك على رضاء المتعاقد الآخر. راجع في هذا الشّأن: عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص43.

الفرع الأول:

مفهوم حق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت

يعدّ حق العدول عن العقد الإلكتروني حقًا إراديًا محضًا، وحقًا شخصيًا مقرّرا لفائدة المستهلك، يُترك لكامل تقديره وانسجامًا لما يراه محقّقًا لمصالحه، فاستعمال المستهلك لحق العدول لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته[1]، لأنّه غالبًا ما يتّخذ قراره بصورة متسرّعة، معتّمدًا في ذلك على وصف السّلعة من قبل البائع، أو رؤية صورتها عبر شاشّة الحاسوب؛ ويُلاحظ أنّ تلك العروض تكون مُحاطة بوسائل الإغراء والدّعاية والإعلان، ممّا يدفع المستهلك إلى إبرام العقد مُتأثّرا بتلك الوسائل، هذا ما يؤدي إلى أنّ المستهلك قد يشعر أحيانًا بالنّدم لإبرام هذا النّوع من العقود[2].

من هذا المنطلق ولتحديد مضمون حق العدول، نبدأ بتحديد مدلوله **(أولا)** ثمّ نميّز حق العدول عن تنفيذ العقد عن غيره من النّظم القانونية **(ثانيا)**.

أولا: مدلول حق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت: من المقرّر وفقًا للقواعد العامة وبموجب القوة المُلزمة للعقد، أنّ أيًا من طرفي العقد لا يستّطيع أن يرجع عنه، فمتى تمّ التقاء الإيجاب بالقبول أُبرم العقد، وفي واقع الأمر نظرًا لأنّ المستهلك في العقد الإلكتروني؛ ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السّلعة، والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد؛ لأنّ التّعاقد يتّم عن بُعد فإنّه يجب أن يتمتّع بحق العدول.

وحرصًا على حماية المستهلك تقرّر هذا الحق للمستهلك بنص المادة 26/121 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وعمليات البيع عن بُعد، والمعروف بقانون18 يناير لسنة1992، والذي يعطي حقًا للمستهلك في ردّ الشيء المبيع بعد تسلّمه واسترداد الثّمن خلال سبعة أيام؛ محسوبة من تاريخ تسلّمه لهذا المبيع [3]. ومن زاوية أخرى فإنّ إعطاء أحد المتعاقدين مُكنة العدول عن التّعاقد، أمر ينطوي على خطورة كبيرة، بما يشكّله ذلك من انتهاك لمبدأ القوة المُلزمة للعقد، لذا يقتّضي البحث في حق العدول؛ تحديد تعريفا له تحديدا دقيقا، لضمان إعماله في النّطاق الذي حدّده المشرّع، ثمّ نتناول مبرراته أو الهدف من تقرير العدول لصالح المستهلك.

---

(1) العلمي إلهام، "حماية المستهلك في تنفيذ عقد البيع الإلكتروني" ، أشغال الندوة الوطنية: التجارة الإلكترونية أية حماية ؟ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، ماي 2009، ص298.

(2) محمد جابر" الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية - دراسة مقارنة- "، لارك للفلسفة واللّسانيات والعلوم الاجتماعية، ع 28، ج02، كلية الآداب، جامعة واسط، العراق، 2018، ص440.

(3) محمد شوقي محروس، مرجع سابق، ص ص35- 36.

1/ التّعريف بحق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت: لقد تعدّدت تسميات الحق في العدول[1]، فمن الفقه من أطلق عليه حق الانسحاب، ويسمّيه جانب آخر حق الرّجوع [2]، وهناك من يسمّيه بالحق في الفسخ، أما أنصار مصطّلح "إعادة النّظر" [3]، فهم يستّندون إلى ترجمة كلمة "Repentir" التّي تعني النّدم أو الأسف التّي استّعملها المشرّع الفرنسي في قانون 88/21 لسنة 1988 بشأن البيع عن بُعد والبيع عن طريق التّلفزيون. وتجدر الإشارة أنّ مصطّلح الرّجوع "Retour" قد أُستعمل في القانون الفرنسي رقم 78/22 الخاص بإعلام وحماية المستهلك في نطاق بعض عمليات الائتمان الفرنسي، وكذلك في العقد النّموذجي الفرنسي الخاص بالتّعاقد عبر الأنترنت الصّادر عن غرفة التّجارة والصّناعة الفرنسية لعام1998[4]، وفي هذا الإطار ومع تعدّد هذه العبارات فإنّ أغلب التّشريعات استعملت عبارة حق العدول« droit de rétraction ». [5]

أ/ المقصود بحق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت: في ظل غياب تعريف قانوني لحق العدول، ظهرت عدّة تعاريف للفقه لهذا الحق، إذ ذهب جانب من الفقه إلى تعريفه أنّه:" مُكنة ممنوحة لأحد طرفي العقد، يستّعملها خلال مدّة محدّدة للعدول عن تنفيذ العقد المُبرم" [6].

في حين عرّفه بعض الفقه الفرنسي بأنّه:" بمثابة الإعلان عن إرادة مُضادة، يعتّزم من خلاله المتعاقد الرّجوع عن إرادته وسحبها، واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أيّ أثر، كان لها في الماضي أو سيكون في المستقبل" [7].

---

(1) Droit de rétractation : حق التّراجع.

(2) أحمد عصام منصور، الحماية القانونية للمستهلك في العقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، مصر، 2019، ص 266.

(3) وفضّل بعض الفقهاء استعمال مصطلح "إعادة النظر" في العقود للدّلالة على خيار المستهلك بالرّجوع في العقد، لكونه يشمل إلى جانب حق المستهلك بالرّجوع، حقّه باستبدال السّلعة دون أن يرجع في العقد المُبرم. راجع: أحمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص395.

(4) بن جديد فتحي، "حق المشتري في التّراجع عن تنفيذ العقد المُبرم عن بُعد"، مجلة القانون، ع04، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، غليزان، الجزائر، ديسمبر 2014، ص80.

(5) استعمل المشرّع الجزائري مصطّلح العدول، وهذا بموجب المادة 19 من قانون 09/18، السّالف الذكر.

(6) أحمد رباحي، " المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوربي رقم 2011/83 المتعلّق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع 03 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، الجزائر،جانفي2016، ص 136.

(7) Solange Mirabail, la rétractation en droit privé français, L.G.D.I, 1997, p128.

وعرّفه آخر بأنّه:" حق المستهلك في إرجاع السّلعة أو رفض الخدمة، في خلال مدة معيّنة يحدّدها القانون، دون إبداء أية مبرّرات، مع التزام التّاجر أو مُقدّم الخدمة بحسب الأحوال، بردّ قيمتّها مع تحمّل المستهلك مصروفات الرّجوع فقط." [1].

وفي هذا الصّدد وضع بعض الفقهاء المسلمين تعريفًا شاملاً، فقد جاء في مغنى المحتّاج لمحمد الشّربيني الخّطيب: أنّ الخيار هو: " طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه".

وجاء في كشاف القناع بأنّه: "وهو أي " الخيار" في بيع أو غيره، طلب خير الأمرين وهما هنا الفسخ أو الامضاء" [2].

ومن زاوية أخرى يرى جانب من الفقه؛ بأنّ المستهلك الإلكتروني يتمتّع بحق خيار الرؤية، ويُعرّف هذا الحق بأنّه: " إثبات حق المشتّري في إمضاء العقد، أو فسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رآه عند العقد أو قبله، والمستهلك الإلكتروني الذي يشتّري السّلعة عن طريق الأنترنت، لم يكن قد رأى البضاعة، وإنّما رأى صورتها أو علم بأوصافها المكتوبة على الشّاشة أمامه: فإذا ما استّلم السّلعة يكون له حق خيار الرؤية في إمضاء العقد أو فسخه" [3]. وهوما نتّفق معه، بالنّظر لخصوصيّة المعاملات الإلكترونية، وعدم التّواجد المادي لأطراف العقد في نفس المكان، وبالتّالي اعتماد المستهلك بشكل رئيسي على المعلومات المقدّمة له من طرف المهني، والصّورة التّي كوّنها عن الشّيء أو الخدمة محلّ التّعاقد، من خلال شبكة الأنترنت وشاشّة الحاسوب[4].

وبالتالي اهتّمت جلّ القوانين ومشاريع القوانين الخاصّة بحماية المستهلك بحق العدول، وجعلّته من أبرز الحقوق التّي يتمتّع بها المستهلك، وهذا ما أخذ به المشرّع الفرنسي في جميع قوانين الاستهلاك وعقود التجارة الإلكترونية، حيث يحقّ للمستهلك وبعد تسلّم المبيع، ردّه وإرجاعه واسترداد الثّمن، خلال سبعة أيام محسوبة من تاريخ تسليمه المبيع[5].

---

(1) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص627.

(2) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 768.

(3) محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية " دراسة مقارنة "، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2009، ص393.

(4) رضوان جيراني، " الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية "، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مؤلف جماعي حول "حماية المستهلك "، ط1 ، المغرب، 2020، ص31.

(5) العلمي إلهام، مرجع سابق، ص299.

وفي هذا الإطار نصّ قانون حماية المستهلك العراقي رقم 01 لسنة 2010 في الفقرة الثانية من المادة السّادسة منه على هذا الحق، والتّي جاء فيها:" للمستهلك وكل ذي مصلحة، في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة، إعادة السّلع كلاً أو جزءًا إلى المُجهِّز... "[1]

وفضلا عن ذلك تضمّن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري[2] في المادة 20 منه النّص على أنّه:" مع عدم الإخلال بأحكام الضّمان القانونية والاتفاقية، يجوز للمستهلك أن يفسخ العقد المُبرم إلكترونيًا، خلال الخمسة عشرة يومًا التّالية على تاريخ تسلّمه للسّلعة، أومن تاريخ التّعاقد على تقديم الخدمة، وذلك بدون حاجة إلى تقديم أيّ مبررات". ما يُلاحظ على هذا النّص، أنّ المشرّع المصري استّخدم مصطلح الفسخ، الذي هو جزاء لعدم تنفيذ المدين لالتزامه التّعاقدي، ولم يتضمّن هذا النّص مثالاً لحق العدول عن عقد الاستهلاك بمعناه الدّقيق[3].

ولابد من الإشارة أنّ المشرّع المغربي لم يكن بمنأى عن فكرة العدول عن العقد، إذ نصّ على هذا الحق في الفصل 36 من مشروع قانون حماية المستهلك رقم 31/08[4].

أمّا المشرّع التّونسي، فقد نصّ على الحق في العدول بموجب المادة 30 من القانون الخاص بالمبادلات والّتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000، إذ قضت بأنّه:" يمكن للمستهلك العدول عن الشّراء في أجل عشرة أيام عمل تُحسب..." [5].

---

(1) محمد جابر، مرجع سابق، ص441.

(2) أمّا قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، في المادة 08 منه لم يقرّر مثل هذا الخيار للمستهلك، بل نصّ على حق المستهلك في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرجاع ثمنها، إذا شابها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات، ولا يمثّل ذلك عدولاً عن العقد، وإنّما هو تطبيق للقواعد العامة في إخلال البائع بضمان عيوب المبيع. راجع في هذا الشّأن: أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص ص268- 269.

(3) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص283.

(4) الفصل 36 ينّص على أنّه: " للمستهلك أجل:

- سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع.
- ثلاثين يوما لممارسة حقّه في التراجع، في حالة ما لم يوف المورد بالتزامه..." = أنظر في هذا الشّأن: العلمي إلهام، مرجع سابق، ص 300.

(5) في حين نجد أنّ القانون الأردني والبحريني وقانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية، لم يتضمّنوا نصّا خاصّا لحق العدول. راجع في هذا الشأن: بخالد عجالي، "حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد و أثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي"، مجلة الحقوق والحريات، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017، ص338.

وناهيك عن ذلك نظّمت المادة 06 ف01 من التّوجيه الأوربي رقم 07/97 المتعلّق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بُعد الحق في الرجوع[1]. والجدير بالملاحظة بالنسبة للمشرّع الجزائري أنّه تناول حق العدول بموجب المادة 19 من قانون 09/18، وعرّفه في الفقرة الثانية منها؛ بأنّه حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب[2]. غير أنّ شروط وكيفية ممارسة هذا الحق، وكذا آجال وقائمة المنتّجات المعنية؛ أحالها التّشريع الجزائري إلى التّنظيم[3]، هذا الأخير الذي تأخرّ صدوره لغاية الآن.

وفي مقابل ذلك تضمّن قانون05/18 النص على هذا الحق بموجب المادة 11 منه كالآتي:

" يجب أن يقدّم المورّد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمّن على الأقل، وليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:...- شروط وآجال العدول، عند الاقتضاء..."، وتجدر الإشارة كذلك أنّه باستقراء المادة 23 من نفس القانون؛ نجد أنّ المشرّع نصّ على حق العدول، عندما قرّر أنّ للمستهلك الإلكتروني- في حالة غير تسليم مُطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا- إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، على أن يتّم إعادة الارسال خلال مدة أقصاها 04 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، أما تكاليف إعادة الإرسال فيتحمّلها المورّد الإلكتروني.

---

(1) تنصّ المادة 06 ف 01 على أنّه: " يملك المستهلك في كل عقد عن بُعد مدة سبعة أيام عمل، على الأقل للرّجوع أو العدول دون جزاءات ودون بيان السّبب. والمصاريف الوحيدة التّي يمكن أن يتحمّلها المستهلك، لممارسة حق العدول هي المصاريف المباشرة لردّ البضائع ". راجع : كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص623.

إنّ التوجيه رقم CE/ 2000/31 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية، جاء خاليًا من النّص على حق المستهلك في العدول، إلاّ أنّه نصّ في حيثيّته رقم 55، 56 وكذا المادة 01 منه، على أنّ نصوصه لا يمكن أن تمثّل تعدّيا على حقوق المستهلكين. راجع في هذا الشأن: أشرف محمد رزق فايد، حماية المستهلك، رسالة دكتوراه، القسم المدني، كلية الحقوق، عين شمس، مصر، 2014، ص752.

أمّا التوجيه الأوربي رقم 2002/65، الصّادر في23 سبتمبر 2002 والمتعلّق بتسويق الخدمات المالية للمستهلكين عن بُعد، قد أعطى للمستهلك مدة 14 يوما للانسحاب من العقد، دون عقوبة و دون إبداء أيّ سبب. راجع : نوزت جمعة حسن الهسنياني، التعاقد بواسطة الشبكة الإلكترونية، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2014، ص 292.

(2) القانون 09/18 المعدّل والمتمّم للقانون رقم 03/09 والمتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش. ومن زاوية أخرى وبالاستناد لمشروع تعديل التقنين المدني الجزائري، في جزئه المتعلّق بعقد البيع والمخصّص لتنظيم البيع عن بُعد، ورد النص على حق العدول في المادة 412 مكرر 06 كالآتي: " للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسّك بحقه في العدول دون تسبيب ذلك، ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الارجاع...". راجع : بخالد عجالي، مرجع سابق، ص339.

(3) انظرالمادة 19 ف 04 من القانون 09/18، السّالف الذكر.

واستنادًا إلى ما سبق نصل إلى أنّ التشريعات التّي أقرّت هذا الخيار للمستهلك، لم تغفل تنظيمه تنظيمًا يحدّ من خطورة انتهاكه لمبدأ القوة المُلزّمة للعقد، إلاّ أنّ ذلك يبقى في إطار الاستثناء، غير أنّ سّعة الاستثناء تجعله مقارنا للأصل العام، خاصّة وأنّ خيار المستهلك في العدول بعد إبرام العقد، يكاد يكون القاسم المشترّك لجميع قوانين حماية المستهلك، سواءً في البلدان الأوربية أم في النّظم القانونية الأخرى، التّي صدرت فيها تشريعات لحماية المستهلك[1].

ب/ خصائص حق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت: من خلال ما تطرّقنا إليه من تعاريف مختّلفة للعدول، يمكن إجمال أهمّ خصائصه والمتمثّلة في:

- ✓ أنّ حق العدول تحكمه قواعد آمرة، تتعلّق بحماية المستهلك والنظام الاقتصادي، ولا يجوز التنازل عنه.
- ✓ حق العدول حق تقديري ومؤقت، أي ينفّرد به المستهلك دون تدخّل المهني، سواءً أكان بمبرّر أو لا حسب القانون المعمول به، ويملك الحق في إعماله خلال المدّة الزّمنية المحدّدة [2].
- ✓ لا يرد حق العدول إلاّ على عقد لازم كالبيع والإيجار، دون العقود غير اللاّزمة بطبيعتها كالوكالة، وكان المشرّع الفرنسي يكرّس الحق في العدول في العقود التّي تتم عن بُعد، عن طريق البيع من خلال التليفون، كما أقرّ المرسوم الرئاسي رقم 741/2001 حق عدول المستهلك ليشمل الخدمات أيضا.[3]
- ✓ أنّ ممارسة حق العدول تعدّ مجانية، حيث أنّ للمستهلك إمكانية ممارسة حقّه في التّراجع؛ دون دفع أيّ مقابل مالي جراء ذلك، باستثناء ما يمكن أن يدفعه المستهلك فقط كمصاريف وتكاليف الإرجاع[4].

2/ مبررات الحق في العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت: يرى بعض الفقهاء أنّ المستهلك له الحق في العدول عن إبرام العقد الإلكتروني، مثلما هو مقرّر في العقود التّقليدية، وهو مكمّل لحق التّبصّر، فهو يشترّي السّلعة في هذا النّمط من التّعاقد في الغالب عن طريق الأنترنت، ولم يرها فعليًا؛ وإنّما رأى نموذجًا لها على شّاشة الحاسب الآلي، فإذا تسلّم نموذجًا لها كان له حق العدول، حماية له

---

(1) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص215.

(2) يلس آسيا، "حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد: بين الحاجة وغموض النص"، مجلة الاجتهاد القضائي، ع 14، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل2017، ص515.

(3) بموجب هذا المرسوم، تمّ تحرير المادة 20/121 من قانون الاستهلاك؛ التّي تضمّنت حق المستهلك المتعاقد في العدول عن العقد المبرم عن بُعد. أنظر عبد الرحمان خلفي، "حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري - دراسة مقارنة- "، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 27، ع 01، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2013، ص14.

(4) وهوما ذهب إليه المشرّع المغربي في المادة 50 من القانون رقم 31/08. انظر في هذا الشّأن: رضوان جيراني، مرجع سابق، ص32.

من أي أشكال التّلاعب أو التّدليس من قِبل البائع.

وقد سار المشرّع الفرنسي على هذا الاتجاه، إذ نصّ على ذلك في مختلّف قوانين حماية المستهلك لسنوات 1978/1972/1971 في شأن القرض الاستهلاكي، وفي قانون 06 جانفي1988 رقم21 لسنة 1988 الخاص بعمليات البيع عن بُعد. وأخيرًا في القانون رقم 2005/659 المعدّل لقانون الاستهلاك، حيث يحقّ للمستهلك وبعد تسليم المبيع، ردّه وإرجاعه واسترداد الثّمن خلال سبعة أيام، محسوبة من تاريخ تسليمه المبيع، دون أن يكون ملزمًا بأي تبرير عند عدوله. (1)

ممّا لا شك فيه أنّه يعدّ التّنظيم التّشريعي لحق المستهلك في العدول، دلالة لا تقبل الشّك على أهمية الوجود القانوني لهذا الحق، فالمشرّع لن ينصّ على حق ما لم تتوافر مبرّرات وجوده. وهذه المبرّرات يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ/ حماية المستهلك: يعتّبر الحق في العدول أحد الوسائل القانونية التّي قرّرها المشرّع، بقصد توفير حماية فعّالة للمستهلك، حيث أنّ القواعد العامة في التّعاقد والمتعلّقة بعيوب الإرادة، أثبتت قصورها في حماية المستهلك، فقد لا يتوافر له معنى التّدليس أو الإكراه أو الغلط، على نحوٍ يُجيز له طلب إبطال العقد (2).

ب/ اتسام العقود الإلكترونية بطابع السّرعة الفائقة، التّي تُمكّن المستهلك من إبرام عقد خلال ثواني، وهذا بدوره يلغي عامل التّفكير والتّروي قبل إبرام العقد.

ج/ نظرًا للصّعوبات والمشاكل التّي تواجه التّعاقد الإلكتروني؛ لبُعد المسافة بين المستهلك والمهنّي، إذ أنّ المستهلك لا يقدر على معاينة السّلعة، محل البيع معاينة حقيقية، بل يعتّمد على مجرّد صور أو أفلام، يضعها المهني من أجل التّرويج عن البضاعة، بالإضافة إلى إعداد العقود النّموذجية الإلكترونية، غير القابلة للمناقشة والمفاوضة(3). وفي هذا الشّأن قضت المادة 14 من التّوجيه الأوربي رقم 07 لسنة 1997 بأنّه:" المستهلك غير قادر على رؤية المنتّج رؤية حقيقية، أو يتحقّق من طبيعة الخدمة قبل إبرام العقد، لذلك أُعطي الحق في العدول" (4).

---

(1) ذيب محمد، نبيلة جيماوي، "حماية المستهلك مدنيًا من مخاطر التّعاقد الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد القضائي، ع14، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التّشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل2017، ص 652.

(2) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص ص287- 288.

(3) مالك جابر الخزاعي، زهراء ياسين برهان، مرجع سابق، ص317.

(4) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص290.

على هذا الأساس، تشترط القوانين الإلكترونية المُقارنة، لصحّة التّراضي في التّعاقد الإلكتروني، ضرورة وجود الرّخصة المقرّرة للمستهلك في التجارة الإلكترونية، للرّجوع في العقد خلال المدّة المحدّدة (وهي ثلاثة أيام)، وهذا لحماية الطّرف الضّعيف من الصّعوبات، والمخاطر التّي تحيط بالصّفقات التّجارية عبر الوسائل الإلكترونية.

وعليه قُرِّر حق المستهلك الإلكتروني في العدول، كحماية قانونية له من أي غشّ أو خداع أو تضليل، من جانب البائع المورِّد الذي يعرّض السّلعة، أو الخدمة عبر الوسائل الإلكترونية. ومن بين الحقوق الثّمانية للمستهلك- التّي أقرّتها الجمعية العامة للأمم المتّحدة بقرارها رقم 39/348 في 09 نيسان عام1985- نجد حق المعرفة؛ والذي يعني تزويد المستهلك بالحقائق، التّي تساعد على قيامه بالاختيار السّليم، وحمايته من الإعلانات ومن بطاقات السّلع، التّي تشمل معلومات مضلّلة وغير صحيحة. وهذا ما نصّ عليه قانون اليونيسترال الدولي النّموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية الصّادر عام 1996 عن لجنة الأمم المتّحدة للقانون التّجاري الدولي.[1]

وفي مناقشة مدى عدالة هذا الحق الممنوح للمستهلك في إمكانية رجوعه عن العقد، يتّضح الضّرر الذي سُيلحقه هذا الحق بالبائع؛ سواءً من حيث مركزه المالي أو مخزون البضائع. وطبيعة التّعامل التّجاري تفرض على التاجر، المشاركة في الصفقات والأعمال التجارية المختلّفة، كالبيع والشّراء، والتّي بدورها تستّند على مركزه المالي، فإذا تصرّف التاجر بجميع أمواله بالبيع والشّراء، وتفاجأ بعد ذلك بقيام المشتّري بالعدول عن العقد، فكيف يردّ التّاجر الثّمن للمشتّري، وهذا من شأنه أن يزعزع مركز التاجر المالي، ويُلحق به ضررًا جسيمًا. أمّا بالنسبة لمخزون البضائع، فإنّ التاجر يستّند عليه في تعاملاته وصفقاته التّجارية، فإذا قام بالتّصرف به ونفذ المخزون، وقدّمت للتاجر عروض جديدة، ورفضها بسبب نفاذ المخزون، وأُعيدت إليه البضائع بعد ذلك، فهذا يفوّت عليه فرصة وقد يُلحّق به خسارة، بالإضافة إلى إمكانية قيامه بشراء كميات إضافية، من المنتّج الذي أُعيد إليه، ممّا قد يؤدي إلى تكدّسه، وتفويت فرصة بيعه بعروض أفضل.[2]

(1) عجابي عماد، " تأثير التّعاقد عبر الوسائط الإلكترونية على حفظ حقوق المستهلك في القانون الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، ع02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2019، ص ص1069- 1070.

(2) أحمد عبد الحي السيد، مرجع سابق، ص72.

ثانيا: تمييز حق العدول عن تنفيذ العقد عن غيره من النّظم القانونية: ولابد من الإشارة أنّ العدول عن التّعاقد يتّفق مع بعض الأنظمة القانونية الأخرى، المُشابهة له في الأثر المترتّب عليه وهو زوال العقد، إلاّ أنّ هناك أوجه تمايز بينه وبين هذه الأنظمة، تؤكّده الطّبيعة الخاصّة للحق في العدول، وتكشف عن مدى مساهمته في تحقيق قدر من الحماية للمستهلك، إزاء صور التّعاقد الأخرى.[1]

1/ التّمييز بين حق العدول عن تنفيذ العقد وفسخ العقد: إذا أخلّ أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد[2]، هذا الفسخ قد يكون باتفاق المتعاقدين وقد يكون بحكم قضائي، والأثر المترتّب عن الفسخ هو زوال العقد بأثر رجعي، ويُعاد المتعاقدان إلى الحالة التّي كانا عليها قبل التعاقد. هكذا يتبيّن أنّ الفسخ يختلّف عن الرّجوع في العقد من حيث السّبب؛ فإذا كان حق الفسخ بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، فإنّ حق الرّجوع حق مطلق يستّعمله المستهلك دون سبب، ويختلّف عنه أيضًا في أنّ الفسخ لا يتقرّر إلاّ بحكم من القاضّي إلاّ في حالة الفسخ الاتفاقي، وعلى العكس من ذلك نجد أنّ حق الرّجوع يتقرّر من صاحبه، ومن زاوية أخرى يُرتّب الفسخ التّعويض للمتعاقد المتضرّر بسبب عدم التّنفيذ، في حين أنّ حق الرّجوع يعفي المستهلك من أيّ تعويض بسبب ممارسته لهذا الحق. وناهيك عن ذلك يتشابهان في النّقاط الآتية:

- يكون كلا العقدين قد أُبرما صحيحًا، وترتّبت جميع آثاره بين المتعاقدين.
- كلاهما حق خاص يتمسّك به صاحبه.
- كلاهما يزيل العقد بأثر رجعي.
- كلاهما تسري عليه مهلة السّقوط المحدّدة قانونا.[3]

2/ التّمييز بين حق العدول والبطلان(إبطال العقد المعيب للإرادة): إنّ الحق في الرّجوع عن العقد يعالج رضا المستهلك، من الجانب الذي يشير إلى أنّ إقباله على التّعاقد قد أتى بشكل متسرّع، في الوقت الذي تهدف فيه نظرية عيوب الرّضا إلى ضمان رضا المتعاقد حرًا وصحيحًا، وهو ما يمكن معه القول بأنّ عدم التّأني وعدم التّمهّل، وإن كان لا يُدرج ضمن عيوب الإرادة التّقليدية، إلاّ أنّه يتعلّق بالرّضا والإرادة أيضًا ليس في شكلها القديم، وإنّما في مظهر جديد لها هو عيب التّسرّع في التّعاقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن القول أنّ الحق في التّراجع عبارة عن سبب شخصي لزوال العقد

(1) أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص270.

(2) أنظر المادة 119 ق. م. ج

(3) يمينة حوحو، مرجع سابق، ص ص152- 153.

وليس موضوعي، على اعتبار أنّه تتّم حماية المستهلك من نفسه فيما يخصّ الحق في التّراجع، عكس عيوب الإرادة التّي تكون مُرتبطة بغش أو تدليس أو إكراه من طرف المهنّي، كما أنّ طلب الإبطال يتّم في الغالب باللّجوء إلى القضاء، في حين أنّ حق الرّجوع لا يتطلّب اللّجوء إلى القضاء[1].

3/ التمييز بين حق العدول وإلغاء العقد بالإرادة المنفّردة: جدير بالذكر أنّ الرجوع عن العقد هو حق إرادي محض، يمارسه من تقرّر له في الأحوال التّي تستّدعي ذلك، بإرادته المُنفّردة دون توقّف ذلك على إرادة المتعاقد الآخر، وذلك اتفاقًا مع آثار حق المتعاقد إلغاء العقد بالإرادة المُنفّردة؛ بوصفهما من صور إنهاء العقد[2]. وتفسيرًا لذلك فإلغاء العقد بالإرادة المُنفّردة هو تصرّف قانوني مُنفّرد الإرادة، يؤدي إلى حلّ رباط التّعاقد بالنسبة للمستّقبل، ولا يكون إلاّ في حالات نصّ عليها القانون[3].

وبالتّالي فمعيار التّفرقة بين حق الرجوع في التّعاقد وبين إلغاء العقد بالإرادة المنفردة، يكون بالنّظر إلى انسحاب أثر هذا الزوال على الماضي، بشرط ألاّ يكون قد بُدء في تنفيذ هذه العقود، ومن زاوية أخرى فإنّ الهدف من تقرير خيار الرّجوع هو استيثاق المتعاقد من رضائه، الذي أتى على غير تمهّل، ولا يؤتى إعمال هذا الحق ثماره المرجوة، إلاّ في المراحل التّي تسبق تنفيذ للعقد، ولا يؤثر على ذلك قيام الطرف الآخر، بالوفاء بالالتزامات النّاشئة عن العقد المُصاحب للخيار[4].

استخلاصًا ممّا سلف، يتّضح من مقارنة حق المستهلك بالعدول مع غيره من الأنظمة الأخرى، أنّه له طبيعة خاصّة حدّدها القانون، فعلى الرّغم من وجود بعض أوجه التّشابه بين هذا الحق وهذه الأنظمة، إلاّ أنّ هناك اختلافات جوهرية تفصّل بينه وبينها، بحيث يتعذّر إلحاقه بأيّ منها.[5]

(1) رضوان جيراني، مرجع سابق، ص 35.

(2) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ص796- 797.

(3) أنظر المواد 546، 547، 586 و587 ق. م. ج.

(4) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص798.

(5) الحياري أحمد إبراهيم حسين، "عدول المستهلك عن العقد المُبرّم عبر الأنترنت- دراسة مقارنة في القانونين الأردني والفرنسي-"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مج 01، ع 02، جامعة مؤتة، الأردن، 2009، ص136.

الفرع الثاني:

التّكييف القانوني لحق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت

إنّ تحديد التّكييف القانوني لحق العدول يتطلّب دراسة وتحليل طبيعة هذا الحق، وأساسه القانوني، فمن ناحية طبيعة الحق في العدول الذي منحه المشرّع للمستهلك، فالواضح أنّ المشرّع اكتّفى بمنح المستهلك إمكانية العدول عن العقد خلال مدّة معيّنة، دون أن يبيّن الطّبيعة القانونية للعدول، وما إذا كان حقا أم مجرّد رخصة، أم أنّه مُكنة قانونية.

أمّا من ناحية الأساس القانوني لهذا الحق، فشأنه شأن الطّبيعة القانونية، حيث اختّلف الفقه في تحديد الأساس القانوني لحق المستهلك في العدول، حيث أرجعه جانب من الفقه إلى بعض الأنظمة الموجودة في النّظرية العامة للعقد، فيما حاول جانب ثانٍ من الفقه ربطه بنظرية العقود الاستهلاكية.[1]

أولا: الطّبيعة القانونية لحق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت: إنّ حق العدول يفتّرض وجود عقد سبق إبرامه، باتفاق إرادتين وتمّ ذلك عن بُعد، ثمّ تأتي إرادة أحدهما فقط لنقض ذلك العقد وتهدّمه، بدون أن تعطي للإرادة الثّانية هذا الحق، فإذا كان العدول بوصفه تصرّفا قانونيا بإرادة منفّردة، فهل يعدّ هذا الخيار حقا؟ وإذا كان كذلك، فهل هو حق شخصي أو حق عيني؟ [2]

1/ حق العدول حق شّخصي: يذهب أنصار هذا الاتجاه، أنّه يحقّ للمستهلك الدّائن مطالبة المتدخّل المدين، وإجباره على القيام بعمل معيّن أو الامتناع عنه.

وفي هذا الصّدد يُردّ على هذا الاتجاه، أنّ في خيار العدول لا وجود لمثل هذه السّلطة، إذ لا يحقّ للدائن مطالبة المدين بأي دور إيجابيًا كان أم سلبيًا، فهذا الحق في العدول يُخوّل له فقط إمّا إتمام العقد أو نقضه.[3]

2/ حق العدول حق عيني: هناك من اعتّبر خيار العدول حق عيني، فالحق العيني سلطة لشخص على شيء معيّن، يخوّله الحق في الحصول على منافعه، والتّمتّع به والاحتجاج به اتجاه الغير، أما خيار العدول فلا يمنّح المستهلك سلطة على شّيء، بل يمنّحه القدرة على نقض العقد بعد إبرامه، وبالتّالي لا يمكن اعتبار خيار العدول حقًا عينيًا.[4]

---

(1) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص303.

(2) بن جديد فتحي، مرجع سابق، ص84.

(3) سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص17.

(4) بن جديد فتحي، مرجع سابق، ص85.

3/ حق العدول حق إرادي محضّ: الكثير من الفقهاء يرون أنّ العدول ليس حقًا بالمعنى الدّقيق، فهو ليس بحق شخصي ولا حق عيني، كما أنّه ليس مجرد رخصة، بل هو يحتّل مرتبة وسطى بينهما - بين الحق والرّخصة- تسمّى بالحق الإرادي المحضّ، فمن ناحية أولى يتوقّف الحق الإرادي المحضّ على محضّ إرادة ومشيئة صّاحبه، حيث ينفّرد المستهلك وحده بالتمتّع به، دون إبداء أسباب أو أداء تعويض للمتعاقد الآخر، ودون أن يكون لهذا الأخير أن يعتّرض، ومن ناحية ثانية يتطابق مضمون الحق الإرادي المحضّ أو المُكنة القانونية مع مضمون حق العدول، حيث يتمثّل الحق الإرادي المحضّ في تخويل صاحبه سلطة الخيار بين بدائل معروفة ومحدّدة سلفًا، حيث يتمتّع المستهلك بسلطة التّحكّم في مصير العلاقة العقدية أي العقد، فيكون له سلطة الاختيار بين أمرين لا ثالث لهما؛ إمّا قبول العقد وإمّا رفضه.[1]

<u>ثانيا</u>: **<u>الأساس القانوني لحق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت</u>**: يجد الحق في العدول مصدره، إمّا في اتفاق المتعاقدين أو في نصوص القانون. وعليه ميّز الفقه بين نوعين من العدول، ولكل منهما أساس يختّلف عن الآخر، هما العدول الاتفاقي والعدول التّشريعي. فبالنسبة للأول، وبما أنّ العدول يعدّ استثناء من مبدأ القوة المُلزمة للعقد، فبإمكان المتعاقدين مخالفة هذه القاعدة، بالاتفاق على إعطاء خيار العدول عن العقد لكليهما، أو لأحدهما بإرادته المنفردة، دون أن يتوقّف ذلك على إرادة الطّرف الآخر، وفي هذه الحالة يصبح العقد غير لازم وقابلاً للرجوع عنه، وهو ما يُطلق عليه خيار العدول الاتفاقي، أو كما يُطلق عليه القانون المدني العراقي البيع بشرط الخيار، ويعدّ اتفاق المتعاقدين هنا هو أساس الخّيار، بناءً على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبشرط أن يكون الخيار مقيّدًا بفترة زمنية مُحدّدة، يتّم خلالها إعمال خيار العدول، ويصبح بانتهائها العقد باتًا ونهائيًا لا رجوع فيه[2].

وفي هذا الإطار أثار تحديد أساس العدول التّشريعي جدلاً واسعًا في الفقه، الذي طرح أكثر من فكرة لتكون أساسًا لحق المستهلك في العدول، في نطاق العقود المُبرمة عن بُعد. لذا سنتناول أهمها على النحو الآتي:

(1) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص771.

(2) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم،" العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني- دراسة مقارنة- "، مجلة المُحقّق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع 02، السنة 04، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2012، ص ص55 – 56.

1/ التّأسيس على فكرة الشّرط التّعليقي: جدير بالذّكر أنّ الفقه انقسم في هذا الصّدد إلى قسمين: أحدهما يقيم الأساس على الشّرط الواقف، في حين يتبنّى الآخر فكرة التّأسيس على الشّرط الفاسخ، وعليه فحسب **الرأي الأول** أنّ العقد يكون معلّقا على شرط واقف؛ وهو اختيار المستهلك إمضاء العقد بعد فوات مُهلة العدول. وعلى العكس من ذلك يذهب **الرأي الثاني** إلى القول بأنّ العقد يكون معلّقا على شرط فاسخ؛ وهو قيام المستهلك بسحب رضاه خلال المدّة المحدّدة للعدول في القانون، وتفسيرًا لذلك فإنّ العقد في الحالة الأولى، لا ينتّج آثاره إلاّ عند تحقّق الشّرط، ويكون له أثر رجعي من تاريخ إبرام العقد، في حين يكون العقد في الحالة الثّانية، مُنتّجًا لآثاره إلى حين تحقّق الشّرط، الذي يزيل تلك الآثار رجعيًا[1].

إلاّ أنّه على الرغم من ذلك، فإنّ هذا الرأي بشقّيه لم يسلّم من النّقد، إذ أنّ الشّرط هو أمر خارج عن ماهية العقد يُعلّق عليه الطّرفان وجوده، وعلى العكس من ذلك نجد أنّ الحق في العدول يتعلّق بالتّراضي المُكوّن للعقد ذاته، أي أنّه جزء من ماهية العقد. كما أنّ اعتماد الشّرط الفاسخ أو الواقف أساسًا لخيار العدول، سيجعل من هذا الشّرط تصرّفا إراديا، وبناء على ذلك يؤدي إلى عدم الاعتداد به. وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة 205 ق. م. ج. و التّي تقضي بأنّه:
" لا يكون الالتزام قائمًا إذا عُلِّق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام مُتوقّفًا على محض إرادة الملتّزم"[2].

ولا مناص من القول أنّ وجود مثل هذه الشّروط، يتناقض مع نية الأطراف الذين لم يقصّدوا تأجيل تنفيذ العقد، حتّى انقضاء مدّة خيار العدول [3].

2/ التّأسيس على فكرة التّعاقب في تكوين العقد: وفقا لهذه النظرية أنّ عقود الاستهلاك لم تعد تتكوّن في لحظة زمنية محدّدة، وهي لحظة قبول المستهلك، إذ يتطلّب صدور رضا مزدوج للمستهلك على مرحلتين متتابعتين، تبدأ بصدور القبول وتنتّهي بانتهاء مهلة خيار العدول، إلاّ أنّ المستهلك إذا أراد العدول، فإنّه لن يؤكّد قبوله الأولي أو يعمد إلى سحب موافقته الأولى، خلال مدّة الخيار في العدول، وبذلك يحول دون إتمام تكوين عقد ملزم، وبعكس ذلك إذا ما اختار تأكيد رضاه السّابق بالعقد، فإنّ

(1) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص547.

(2) نصّ المادة 205 ق. م. ج يقابلها نص م 267 ق. م. مصري، كما تضمّن كذلك القانون المدني الفرنسي في المادة 1174 النصّ على أنّه:" يعتبر كل التزام باطلاً عندما يُعقد تحت شرط إرادي من قبل المُلتزم."

(3) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص321.

الأثر المترتّب على هذا التّأكيد تمام العقد، منذ صدور هذا التّأكيد أو اتصاله بعلم المتعاقد الآخر، دون أن يرتّب أيّ أثر رجعي. وتجدر الإشارة أنّ من مؤيدي هذا الاتجاه أو النّظرية الفقيه الفرنسي "Calais Auloy"، الذي يرى بأنّ خيار العدول لا يمثّل اعتداءً على القوة المُلزمة للعقد، فهو يتواجد في وقت لم ينعقد فيه العقد بعد.(1)

وفي هذا المقام وُجِّه لهذا الاتجاه انتقاد؛ على أساس أنّ فكرة التّكوين التّعاقبي للرّضا، تقوم على تجزئة إرادة المستّهلك إلى إرادة مبدئية غير كاملة، وهي عديمة الأثر قانونيا، وإرادة ناضجة مستنيرة تظهر عقب انقضاء مهلة العدول، ويتوقّف عليها انعقاد العقد. ويُلاحظ في هذا الصّدد أنّ هذا الأمر يصعب التّسليم به لمجافاته المنطق(2).

3/التّأسيس على فكرة شرط التّجربة: يرى جانب من الفقه، أنّ هناك تقاربًا كبيرًا بين حق المستهلك في العدول وبين البيع بشرط التّجربة، وتفسيرًا لذلك يكون للمستهلك بموجب هذا الخيار، أن ينقض العقد إذا تبيّن له أنّ المبيع لا يلائم حاجاته أو رغباته، وبالتّالي فكل من خياري الرّجوع والتّجربة يمنح المستهلك فرصة التحلّل من العقد، بعد تسلّم البضائع محل العقد، كما أنّ كليهما ممنوح للمشتري دون البائع، حيث يتقرّر مصير العقد بناءً على إرادة المشتري، في استعماله الخيار بالرّجوع أو الحق بالتّجربة، كما لا يمنّع من ورود هذا الخيار في أنواع أخرى من العقود، التّي لم يرد ذكرها في القانون(3).

ويُلاحظ أنّ هذا الاتجاه وُجِّه له انتقاد، على أساس أنّ مهلة التّفكير والتّروي التّي تُمنح للمستهلك، حال ثبوت الحق له في الرّجوع في التّعاقد، ليس الغرض منها التّحقّق من ملاءمة المبيع للاستعمال المخصّص له، كما هو الحال في شرط التّجربة، بل تسمح فقط بنضج واكتمال الرّضا لدى المستهلك، فضلاً عن أنّ ممارسة خيار الرجوع الذي نظّمه المشرّع، يتوقّف على محض إرادة ومشيئة المستهلك، ولا تخضع لأي تسبيب أو رقابة (4).

وعلاوة على ذلك لابد من تدخّل المشرّع لحماية المستهلك بنصّ آخر، يكفل للمستهلك خيار الرّجوع في عقود معيّنة، دون حاجة لاتفاق الأطراف عليه، حيث أنّه لا يمكن الاكتفاء بخيار التّجربة،

(1) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص549.

(2) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص ص323- 324.

(3) أيمن ساعدة، علاء خصاونة: "خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية و بيوع المسافة "، سلسلة دراسات وأبحاث، مجلة القضاء المدني، ع 04 "حماية المستهلك"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2014، ص67.

(4) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص775.

الذي يجد مصدره القانوني في إرادة الأطراف، ولو كان مبدأ سلطان الإرادة كافيًا في ذاته لحماية المستهلك، لما كان هناك من حاجة إلى التّقدّم الملحوظ، الذي نشهده حاليًا في قوانين حماية المستهلك على المستوى الدولي[1]. ومن زاوية أخرى نجد أنّ حق العدول أساسه في نصوص قانون الاستهلاك، وهي نصوص آمرة لا يجوز مخالفتها، وعلى العكس من ذلك نجد أنّ البيع بشرط التّجربة، يجد أساسه في نصوص القانون المدني، وهي نصوص مُكمِّلة يجوز الاتفاق على مخالفتها.[2]

4/ التّأسيس على فكرة العقد غير اللاّزم: ذهب جانب من الفقه إلى أنّ الحق في الرجوع يستّند إلى فكرة "العقد غير اللاّزم"، فالعقد رغم إبرامه صحيح يكون لازمًا لأحد طرفيه فقط، أمّا الطّرف الآخر وهو الذي تقرّر له هذا الحق(الرّجوع) فلا يُلزّمه العقد[3]، ومن ثمّ جاز للمستهلك أن يرجع عنه بإرادته المنفردة.

وعليه يذهب بعض الفقهاء إلى أنّ عقود البيع عن بُعد، ومنها بيع السّلع المُبرم في إطار عقود التّجارة الإلكترونية، هو عقد غير لازم تأسيسًا على أنّ للمستهلك فيه خيار الرؤية، فهو بيع يشتّري فيه المستهلك شيئًا لم يره اكتفاءً بوصفه، فيكون له أن يستّعمل خيار الرّؤية ويعدّل عن العقد[4]، غير أنّ المستهلك لا يستّطيع الإفادة من أحكام خيار الرّؤية في جميع الأحوال، فهذا الخيار يسقط متى وُصف الشّيء في عقد البيع، وصفًا يقوم مقام الرّؤية، فضلاً عن ذلك فإنّ أحكام خيار الرّؤية، لا تأخذ بعين الاعتبار إبرام العقد بوسيلة إلكترونية، وأنّ الأطراف قد تفصل بينهم دول متباعدة، فلا تتضمّن هذه الأحكام تحديدًا للمدّة، التّي ينبّغي على المستهلك أن يعيد الشّيء المبيع خلالها، على فرض ثبوت الخيار له، كما لا تتضمّن أحكام خيار الرّؤية تحديدًا لمن تقع عليه نفقات إعادة الشّيء، لاسيما إذا كان الأطراف في دولتين مختلفتين[5].

وترتيبًا على ذلك، فإنّ عقد الاستهلاك ينعقد بمجرد توافق إرادة الطّرفين، إلاّ أنّ المشرّع يُوقف فاعليته ونفاده، فلا يعتّبر العقد نافذًا إلاّ بانتهاء مدّة العدول، فإذا مرّت هذه المدّة دون أن يمارس

---

(1) أيمن ساعدة ،علاء خصاونة ، مرجع سابق، ص68.

(2) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص319.

(3) أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2016، ص450.

(4) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص228.

(5) آلاء يعقوب يوسف النعيمي، " الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية "، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، مجلد18،ع 14، جامعة النهرين، بغداد، العراق، 2005، ص41.

المستهلك حق العدول، اكتّسب العقد الفاعلية والنّفاذ، أمّا إذا مارس ذلك الحق فسينتهي العقد[1].

ولابد من الإشارة أنّ هذا الأساس لم يسلم من النّقد، ذلك أنّ فكرة عدم لزوم العقد لا تحول دون ترتيب العقد لآثاره، وكل ما هناك أنّ المتعاقد يملك إنهاء العقد بإرادته المُنفردة، بشرط عدم إلحاق الضّرر بالغير، وعلى خلاف ذلك نجد أنّ خيار العدول يحول دون ترتيب العقد لآثاره، حتّى تمرّ المدّة المحدّدة لممارسة خيار العدول، كما أنّ للمستهلك العدول عن العقد وإعادة السّلعة، دون أن يكون مُلزمًا بتقديم أيّ تبرير لذلك، ودون أن يكون مُلزمًا بأداء تعويض معيّن إلى التّاجر المُحترّف، كونه يستّعمل خيارًا مُتاحًا له، على خلاف خيار المتعاقد في فسخ العقد في حالة عدم اللُّزوم.[2]

واستنادًا إلى ما سبق، إذا كانت كل الآراء التّي طُرحت لبيان الأساس القانوني لخيار العدول لم تسلّم من النّقد، فإنّ الأساس القانوني- الذي نراه- للعدول عن التّعاقد يكمّن في النّص التّشريعي الذي منح للمستهلك هذا الخيار، والذي يعدّ استثناءً من المبدأ العام الذي يثبّت القوة المُلزّمة للعقد، وذلك لاعتبارات رآها المشرّع جديرة بالخروج على هذا المبدأ، لكون المستهلك في مركز تعاقدي ضعيف من النّاحية الواقعية مع الطّرف الآخر، لا يشفع له وفقًا للنّظرية العامة في حماية مصالحه[3].

ونحن بدورنا نميل إلى الرأي القائل أنّ الأساس القانوني لحق العدول هو النصوص القانونية، التّي تمّ صياغتها في معظم التّشريعات، والتّي تضمّنت حق المستّهلك في العدول، وفي هذا المقام لا يستّطيع المستّهلك النّزول عن ذلك الحق الذي قرّره المشرّع لمصلحته.

المطلب الثاني:

تنظيم ممارسة الحق في العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت

يُعدّ خيار المستهلك في العدول من الرّكائز الأساسية، التّي يقوم عليها النّظام القانوني لحماية المستهلك بصفة عامة، وفي عقود التجارة الإلكترونية بصفة خاصّة. فالعلّة من تقرير هذا الالتزام تتمثّل في محاولة إعادة التّوازن إلى العلاقة العقدية نظرًا لظروف إبرام هذه العقود.

وفي هذا الصّدد يُمارس المستهلك هذه المُكنة بإرادته المنفردة، دون اللّجوء إلى القضاء، ودون اشتراط موافقة البائع المُحترّف، وحتى ولو لم يخلّ هذا الأخير بالتزاماته، وبناء على ذلك يدخل هذا الخيار ضمن الخيارات المؤقّتة؛ التّي تنقّضي إمّا باستعماله أو بسريان المدّة المحدّدة لممارسته.

---

(1) أشرف محمد رزق فايد، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص757.

(2) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص229.

(3) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، مرجع سابق، ص57.

وممّا لا شك فيه أنّ التّشريعات التّي أقرّت هذا الخيار، في أغلب الأحيان جعلت الأحكام المُنظِّمة لهذا الخيار متعلّقة بالنّظام العام، وبالتّالي لا تجيز للمستهلك النّزول عنه، ويقع باطلاً أيّ شرط يقضي بغير ذلك، وانطلاقًا من هذه المبرّرات وغيرها، نظّمت القوانين الخاصّة بحماية المستهلك في عقود التّجارة الإلكترونية هذا الخيار بوصفه خيارًا تشريعيًا[1]، وعليه سنتناول أحكام حق العدول والتّنظيم التّشريعي لهذا الخيار، من خلال التّطرق إلى: ضوابط أو شروط ممارسة حق العدول **(الفرع الأول)** وآثار ممارسة هذا الحق **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

ضوابط العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت

ولابد من الإشارة إلى أنّ التّشريعات التّي أقرّت حق المستهلك في العدول، لم تغفل عن تنظيمه تنظيما دقيقا، ليحدّ من خطورة انتهاكه لمبدأ القوة المُلزمة للعقد، ويُلاحظ أنّ هذه التّشريعات حرصت على وضع شرطين، يجب أن يجتّمعا معًا لكي يسمح للمستهلك بممارسة الحق في العدول، ومن هذه الشّروط ما هو **شكلي**: يتمثّل في ممارسة المستهلك لهذا الحق خلال مهلة محدّدة، ومنها ما هو **موضوعي**: يتمثّل في تحديد العقود التّي يجوز فيها مباشرة هذا الحق.

وفي هذا الصّدد نجد أنّ المشرّع الفرنسي فرض بالتّحديد على المهني، أن يُخطِّر المستهلك في كل حالة يُبرم فيها عقدًا يجوز فيه العدول، بوجود هذا الحق ومهلتّه، وبالوسيلة التّي يمكن اللّجوء إليها لمباشرته، ويُشتّرط أن تكون هذه الوسيلة ميسّرة وواضحة[2].

أولا: **الشّروط الشّكلية لممارسة حق العدول**: إنّ الغاية من تقرير هذا الحق للمستهلك هو تبيّن رضاه، فيما يتعلّق بالتّمهل في إبرام العقد، ممّا يستّوجب حسب الأصل، ألاّ تخضّع ممارسة هذا الحق لإجراءات خاصّة اتفاقًا مع الغاية المُقرّرة له[3]، فالشّرط الوحيد هو احترام المدّة الواردة في القانون، ولكن هذا لا يمنّع المستهلك من اتخاذ إجراءات احتياطية، خشية الوقوع في مُنازعة قانونية لاحقة.[4]

1/ كيفية تنفيذ المستهلك لحقّه في العدول عن العقد: يكون للمشتري ممارسة حقّه في العدول خلال المدّة المحدّدة له، لكونه يعتّبر في الواقع حقا تقديريا يخضع لتقديره، وفي هذا الصّدد نجد بعض

(1) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، مرجع سابق، ص57.

(2) مصطفى أحمد أبو عمرو،" التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول "، مجلة روح القوانين، ع60، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، أكتوبر 2012، ص73.

(3) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص779.

(4) عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص16.

التشريعات كالتشريع الفرنسي، لا تضع أيّ التزام على المستهلك بتبرير قراره بالعدول، أو بيان بواعثه التّي دفعته إلى ذلك، وعلى العكس من ذلك ذهب المشرّع الجزائري في قانون 05/18[1] إلى ضرورة إشارة المستهلك الإلكتروني إلى سبب الرفض؛ عند إعادة إرسال السّلعة. هذا ولم يحدّد المشرّع شكلاً خاصًا لتعبير المتعاقد - المشتري- عن عدوله عن العقد الذي سبق إبرامه، غير أنّه من النّاحية العملية، ينبّغي الإشارة إلى أنّه يكون دائما من مصلحته عند استعماله لهذا الحق، أن يعبّر عن عدوله من خلال وسيلة، تمكّنه من إثبات هذا العدول فيما بعد، في حالة منازعة البائع المتدخّل في حدوثه، وذلك من خلال تضمين عدوله لخطاب مُوصى عليه بعلم الوصول[2].

وناهيك عن ذلك نجد أنّ بعض القوانين قد تستلّزم أن يدفع المستهلك، حين عدوله عن العقد مبلغا معيّنا؛ يتمثّل بنسبة معيّنة من قيمة المبيع، وبشرط أن تكون قيمة محل العقد قد وصلت إلى حدّ معيّن، ويُلاحظ أنّ القوانين التّي أقرّت هذه المُكنة، لم تُخضّع ممارسته من حيث الأصل لشكّل معيّن أو إجراءات خاصة[3]، وفي هذا الصّدد قام التّوجيه الأوربي رقم 83/2011 المتعلّق بحقوق المستهلك الصّادر في 2011/01/25، بتحديد شكل التّعبير عن العدول في المادة 11 ف01[4].

علاوة على ذلك قضى المشرّع المغربي في المادة 85 ف02 من قانون 31/08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك بأنّه: "غير أنّ للمُقتَّرض إن تراجع عن التزامه، داخل أجل سبعة أيام ابتداءً من تاريخ قبوله للعرض، ولممارسة الحق في التّراجع، يُرفق العرض المُسبّق باستمارة قابلة للاقتطاع". وعليه وفقا لهذا النص، تتّم ممارسة الحق في التّراجع باعتماد استمارة، مُرفقة بعقد البيع قابلة للاقتطاع، تُرسّل بواسطة أيّ وسيلة تُثبِّت ذلك[5]. وهو نفس التّوجه الذي جاء به المشرّع الفرنسي، من خلال إقرار الاستمارة الخاصّة بالتّراجع" Formulaire type de rétraction "، من خلال الفقرة الثانية من المواد L221-5 وL221-21 من قانون الاستهلاك الفرنسي، ووفقا لنصّي المادتين يمكن

---

(1) انظر نص المادة 23 ف02 من ق. ت. إ.

وجدير بالذّكر أنّ مشروع تعديل القانون المدني الجزائري أشار في المادة 412 مكرّر06 إلى أنّه يمكن للمشتّري ممارسة حق العدول عن العقد خلال المدّة المحدّدة له، دون إبداء أسباب ذلك، ولم يحدّد شكل للتّعبير عن مُمارسة هذا الحق. انظر في هذا الشأن: بخالد عجالي، مرجع سابق، ص349.

(2) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص66.

(3) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، مرجع سابق، ص59.

(4) المادة 11 ف01، اشتّرطت على المهني أن يُرفق نموذجا خاصًا للعدول في العقد، بحيث ينبغي على المستهلك إذا أراد ممارسة الحق في العدول، أن يعبئ النموذج ويردّه للمهني برسالة مسجّلة بعلم الوصول.

(5) رضوان جيراني، مرجع سابق، ص37.

للمستهلك الإلكتروني تعبئة هذه الاستمارة عن طريق الأنترنت، وإرسالها للموقع الإلكتروني للمهني، والذي يُرسل للمستهلك بدوره إشعارًا بوصول تلك الاستمارة، بدون الارتباط بأيّ أجل كان لهذا الرّد، مع إخضاعه للقواعد اللاّزمة لاعتباره حجّة كاملة[1]. في مقام موالي لم يتردّد القضاء الفرنسي في قبول أيّ وسيلة أخرى، مادام الهدف هو إثارة انتباهه لهذا الحق وتسهيل ممارسته، وهو ما جاء في إحدى القرارات الصّادرة عن محكمة النّقض الفرنسية في عام 1995.[2]

2/ ممارسة الحق في العدول خلال المدّة القانونية: ممّا لا شك فيه أنّه عندما منح المشرّع حق العدول للمستهلك، فإنّ من الطبيعي أن يحدّد لمزاولة هذا الحق مدّة معيّنة، بمرورها يسقط حقّه في العدول، حفاظا على استقرار التّعامل. فليس من العدالة أن يبقى المركز القانوني للمحتّرف مضطربًا مدة طويلة، يمكن خلالها أن يُفاجئ بطلب نقض عقد مضت على إبرامه مدّة طويلة.[3]

وبناء على ذلك يعدّ شرط المدّة من أهم الشّروط، الواجب استيفاؤها في حق العدول حتّى نضمن فاعليّته، وتنطوي وجهة النّظر هاته على أنّه يشكّل حق العدول، مخالفة واضحة لمبدأ القوة المُلزمة للعقد، لأنّه يسمح للمستهلك بالتّحلّل من العقد، المُبرم بشكل صحيح بإرادة منفردة، مما استّدعى تحديده في مدة زمنية، يختار المستهلك خلالها إمضاء العقد أو العدول عنه، لذلك لا يجوز أن تكون المدّة غير محدّدة، حتّى لا تبقى المعاملات في حالة عدم استقرار[4].

وتأسيسا على ذلك، حدّد المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية مهلة إعادة إرسال السّلعة أو إرجاعها بأربعة أيام عمل؛ يبدأ سريانها من تاريخ تسليم المنتوج فعليا[5]، لكن ما يُلاحظ

---

(1) أنظر الفقرة الثانية من المواد L221-5 وL221-21 من أمر رقم 301 /2016، صادر في 14 مارس 2016، المتعلّق بقانون الاستهلاك الفرنسي. للمزيد راجع: رضوان جيراني، مرجع سابق، ص38.

(2) Civ, 1ère: 12/02/1995,conso. 1991, n° 95,obs, G. Raymond, RTD Civ. 1991, P525.
نقلا عن: رضوان جيراني، مرجع سابق، ص38.

(3) آلاء يعقوب يوسف النعيمي، مرجع سابق، ص96.

(4) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص330.

(5) راجع الفقرة الثانية من المادة 23 من قانون 05/18، السّالف الذكر.
وتجدر الإشارة أنّ مشروع تعديل القانون المدني الجزائري نصّ في الفقرة الثّانية من المادة 412 مكرّر06 على أنّه: " للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسّك بحقّه في العدول، دون تسبيب ذلك ولا دفع أيّ تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن وُجدت. يسرى الأجل المذكور في الفقرة السّابقة ابتداءً من تسلّم المال المُباع –المبيع-"
وما يُلاحظ في هذا الصّدد أنّ مهلة سبعة أيام (07) المُقرّرة لممارسة الحق في التّراجع، تمدّد إلى ثلاثة أشهر؛ في الحالة التّي لا يتضمّن فيها الإيجاب المُوجّه من طرف المُوجب، المعلومات التّي يجب ذكرها، والتّي بيّنتها المادة 412 مكرر3. للتفصيل أكثر راجع: بخالد عجالي، مرجع سابق، ص348.

بالنسبة لهذا التّحديد أنّ هذه المدة- 04 أيام- غير كافية ليفحص المستهلك الإلكتروني السّلعة فحصًا كاملاً، ويكون قراره المتّخذ في هذا الشّأن مستنيرًا.

وجدير بالذّكر أنّ التّوجيه الأوربي رقم 83 لسنة 2011، أوصى الدّول الأعضاء بضرورة توحيد مهلة العدول وجعلها 14 يوما[1]، يبدأ سريانها من تاريخ حيازة المستهلك، أومن يمثّله قانونًا للشّيء محل التّعاقد، وللمستهلك مُباشرة حق العدول قبل هذا التّاريخ؛ إذا ورد العقد على سلع أو منتجات طلبها المستهلك في أمر شراء واحد، ولكنّه تسلّمها على دفعات، وفي هذه الحالة يبدأ سريان مهلة العدول من تاريخ استلام آخر دفعة من السّلع أو المنتجات محل التّعاقد.

وفي هذا الصّدد يُلاحِظ جانب من الفقه، فيما يخص المدّة المُحدّدة للعدول في التّوجيه الأوربي، أنّه وبالمقارنة بالتّوجيهات السّابقة التّي حدّدتها بسبعة أيام[2]، أنّ هذا التّوجيه (83/ 2011) قد أطال المدّة بجعلها 14 يوما في كافة العقود، وأنّه مدّ مهلة العدول من خلال تأخير وقت بدء سريانها، بجعلها تبدأ من تاريخ استلام آخر دفعات التّعاقد.[3]

وفي مقابل ذلك نصّ المشرّع الفرنسي في مختلف قوانين حماية المستهلك لسنوات 1971-1972 و1978 في شأن القرض الاستهلاكي، وفي قانون 1988/01/06 رقم 21 لسنة 1988 الخاص بعمليات البيع عن بُعد، وفي قانون رقم 2005/659 المعدّل لقانون الاستهلاك، على أنّه يحقّ للمستهلك وبعد تسليم المبيع ردّه وارجاعه، واسترداد الثّمن خلال سبعة أيام؛ محسوبة من تاريخ تسليمه المبيع، دون أن يكون مُلزّما بأيّ تبرير عن عدوله[4].

ويُلاحظ أنّه استجابة من المشرّع الفرنسي للتّوجيه الأوربي رقم 2011/83، فقد عدّل من مدّة هذه المهلة، إذ نصّت المادة 121 /21 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 2014/344، الصّادر في 17 مارس 2014، على أنّ المستهلك يمكنه خلال أربعة عشرة يوما أن يُمارس حق العدول، وأضافت الفقرة الأولى من هذه المادة أنّه:" إذا لم يقدّم المعلومات عن الحق في العدول، المُشار إليه في المادة

(1) حُدّدت هذه المهلة بموجب المادة 09 من التوجيه الأوربي 83 / 2011.

(2) كالتّوجيه الأوربي رقم 07 لسنة 1997، حدّدها بسبعة أيام لممارسة حق العدول، وهذا بموجب المادة 06 ف01. أمّا التّوجيهين رقم 65 لسنة 2002 ورقم 122 لسنة 2008، بموجب المادة 06 ف01 منهما، حدّدت مدة العدول بـــ 14 يوما، في حين التّوجيه رقم 48 لسنة 2008، حدّد المدة بـــ14 يوما وفقا لنص المادة 14 ف01. راجع في هذا الشأن: كريم عزت حسن الشّاذلي، مرجع سابق، ص ص336- 337.

(3) مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص85.

(4) زروق يوسف، "حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التّعاقد الإلكتروني - دراسة مقارنة – "، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 09، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان 2013، ص139.

17/121 من هذا القانون، فإنّه يتّم مدّ فترة العدول إلى اثنتي عشرة(12) شهرًا، تُحسب من انتهاء مدّة العدول المحدّدة في المادة 21/121، ومع ذلك إذا قام المهني بتوفير هذه المعلومات خلال فترة التّمديد، يتعيّن إنهاء فترة العدول بعد مرور أربعة عشر(14) يومًا، من اليوم الذي يتلقى فيه المستهلك هذه المعلومات." [1]

لكن لا يفوتنا أن ننوّه – في هذا الصّدد- أنّه بمجيء قانون ماكرون"loi Macron" المؤرخ في 06 أوت2015، فإنّ مدة الرّجوع عن العقد أصبحت 15 يوما؛ يبدأ حسابها من يوم طلب السّلعة أو الخدمة عبر الأنترنت، ولا مناص من القول أنّ هذا التّحديد لا يحقّق حماية للمستهلك، وإنّما هو في صالح المهني، لأنّ المستهلك مضطّر لانتظار التّسليم، حتّى يستّعمل حقّه في الرّجوع، وربّما مدّة 15 يوم تكون قد انتهت، ولن يتمكّن من استعمال حقّه في الرّجوع.[2]

أمّا مشروع قانون التّجارة الإلكترونية المصري، نصّ على أنّه يجوز للمستهلك فسخ العقد المُبرم إلكترونيا خلال خمسة عشر (15) يوما؛ التّالية على تاريخ تسلّمه للسّلعة، أومن تاريخ التّعاقد على تقديم الخدمة، وذلك بدون حاجة إلى تقديم أيّ مبرّرات[3]. في حين المشرّع اللّبناني حدّد مهلة الحق في العدول في المادة 55 من قانون حماية المستهلك، وجعلها عشرة أيام (10)؛ تبدأ من تاريخ التّعاقد فيما يتعلّق بالخدمات، وتبدأ من تاريخ التّسليم فيما يتعلّق بالسّلع[4]، وفضلاً عن ذلك نجد أنّ القانون التّونسي رقم 83 لسنة 2000، قد حدّد مدّة العدول بعشرة (10) أيام؛ بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلّمها من طرف المستهلك، وبالنسبة للخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد[5].

---

(1) Art L121 /21-1 : " lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2° du l de l'article L121-17 le délai de rétractation est prolongé de douze mois de l'expiration du délai de rétractation initial déterminé conformément à l'articleL121-21. Toutes fois, lorsque la fourniture de ces informations intervient pendant cette prolongation, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations. " أنظر: أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص284.

(2) القانون رقم 2015/990، في حين حدّدتها المادة L221/18 بـــ 14 يوما، هذه المادة مُضافة بالأمر رقم 301 لسنة 2016، المتعلّق بالقسم التشريعي لقانون الاستهلاك الفرنسي، الصّادر في 2016/03/14. راجع: سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص22.

(3) أنظر المادة 20 من مشروع التجارة الإلكترونية المصري، في حين نجد أنّ المادة 08 من قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006، نصّت على أنّه للمستهلك خلال 14 يوما من تسلّم أية سلعة، الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها. راجع: كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص ص339- 340.

(4) فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الأنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية "دراسة مقارنة "، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 53.

(5) أنظر الفصل 30 من القانون رقم 83 لسنة 2000. للتفصيل أكثر راجع: بن جديد فتحي، مرجع سابق، ص87.

ولابد من الإشارة أنّ عبء إثبات بداية مدّة العدول، يقع على عاتق البائع، فتُحتّسب بالنسبة للسّلع من تاريخ تسلّمها، أمّا بالنسبة للخدمات فتبدأ منذ لحظة قبول المستهلك للعرض المُقدّم من المُحترّف، أي من لحظة إبرام العقد. وفي هذا الصّدد نجد أنّ معظم العقود المُبرمة عبر الأنترنت، تتضمّن مبدأ علم الوصول والاستلام، فإذا كان هناك تسليم عبر وسيط أو شركة نقل، فإنّ المشتري يوقّع على سند الاستلام، وتُثبّت فيه ساعة الاستلام وتاريخه، أمّا عن مدّة استرداد الثّمن، فقد جرت شركات التّعاقد عن بُعد، على النّصّ بأنّ هذا الاسترداد للثّمن يجب تنفيذه خلال مدّة لا تتجاوز شهرًا[1]. وإذا لم يقرّ البائع المهني بواقعة حدوث العدول من قِبل المستهلك، أو أنّ هذا العدول لم يأت إلاّ بعد انتهاء المُهلة المُقرّرة له، فإنّ المستهلك يكون مُكلّفا بإثبات ما يدعيه، وهذا ما أكّدته الفقرة الرّابعة من المادة 11 من التّوجيه الأوربي رقم 83 لسنة 2011.[2]

ثانيا: <u>الشّروط الموضوعية لممارسة حق العدول</u>: ممّا لا شك فيه أنّ المشرّع حاول إيجاد صيغة للتّوازن ما بين الحقوق والالتزامات المُتقابلة لطرفي العقد، لأجل ذلك منع المستهلك من استعمال حق العدول في حالات محدّدة، رأى المشرّع أنّ العدول راجع إليه وليس إلى البائع أو مقدّم الخدمة[3]. وأعطى المشرّع- بمقتضى المادة 23 من قانون 05/18- للمستهلك الإلكتروني الحق في الرجوع عن التعاقد، إذا كانت السّلعة أو الخدمة المتعاقد لأجلها، غير مُطابقة للمواصفات المتّفق عليها، أو يعتّريها عيب، كما يجب على المستهلك الإلكتروني عند ممارسته لهذا الحق، إعادة إرسال السّلعة في غلافها الأصلي ضمن الآجال المحدّدة قانونا، مع ضرورة الإشارة إلى سبب الرفض.

إنّ الأصل في العدول أن تخضع كافة العقود، المبرّمة بين المستهلك والمهني عبر وسيط إلكتروني لحق العدول، إلاّ أنّ المشرّع قرّر تقييد هذا الحق بالنسبة لبعض العقود؛ حيث استّبعد طائفة من العقود من نطاق حق العدول بشكل مُطلّق، وسمح لطائفة أخرى من العقود بالخضوع لهذا الحق بشرط اتفاق الأطراف على ذلك[4]، وعليه سنوضّح موقف التّوجيهات الأوربية، التّي صرّحت بطائفة العقود المُستّبعدة من نطاق حق العدول، إلاّ إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، ثم نتطرّق لموقف المشرّع الفرنسي في هذا الشّأن.

---

(1) بن جديد فتحي، مرجع سابق، ص87.

(2) مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص140.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص232.

(4) بن جديد فتحي، مرجع سابق، ص88.

1/ العقود المُستّثناة من نطاق حق العدول في ظلّ التّوجيهات الأوربية:

I- نصّ **التّوجيه الأوربي 07/97 على استثناءات للتّمتّع بحق العدول**، حيث جاء بثلاثة أسباب استّبعدت بها حق الرّجوع هي:

أ/ استبعاد عقود من مجال تطبيق القرار: وهي التّي وردت في **المادة 03** من القرار وتشمل:

- ✓ عقود ناقلي الخدمات المالية.
- ✓ عقود بناء وبيع العقارات أو نقل الحقوق الأخرى المتعلّقة بالعقارات، ما عدا المحل التّجاري.
- ✓ عقود بيع بالمزاد "enchères" [1].

ب/ استبعاد العقود الّتي بنصّ تطبيق القرار: وهي التّي وردت في **المادة 06** من القرار وتشمل:

- ✓ عقود توريد خدمات الإيواء والنّقل كما جاء بالمادة 03.
- ✓ أيضا عقود توريد المواد الغذائية والمشروبات، أو السّلع الأخرى العائلية للاستهلاك، والتّي يتّم توزيعها في مكان إقامة المستهلك، أو مكان وجوده أو مكان العمل بواسطة المُوزّعين.

ج/ استبعاد العقود والمُستّخلّصة من شروط الحق في المادة 06: وفقا لنصّ **المادة 03/06** من القرار، وباستثناء الأطراف المتّفقة لا يمارس المستهلك حق الرّجوع على عقود:

- ✓ توريد الخدمات المنفّذة مباشرة بالاتفاق مع المستهلك، قبل نهاية مدة السّبعة أيام.
- ✓ توريد سّلع أو خدمات بسعر يؤدي الى تقلّب في السّوق المالية، والتّوريد لا يخضع لرقابة الدولة.
- ✓ توريد سلع مُصنّعة بمواصفات المستهلك الشّخصية، والتّي لا يمكن إعادة تصديرها ثانية لأنّها سريعة التّلف.
- ✓ توريد تسجيلات الراديو أو الفيديو أو برامج المعلومات.
- ✓ توريد الجرائد والدوريات والمجلاّت.
- ✓ خدمات المراهنات واليانصيب.[2]

II- كما نصّت **المادة 16 من التّوجيه الأوربي (2011/83/ UE)** على ضرورة خروج بعض العقود من نطاق أو مجال تطبيق حق العدول وهي:

---

(1) طاهر شوقي مؤمن، " عقد البيع الإلكتروني"، مجلة الحقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، ع 18، جامعة حلوان، مصر، يناير- يوليو 2008، ص 463.

(2) مرجع نفسه، ص464.

- ✓ عقود توريد الخدمات التّي يكون فيها قد تمّ تقديم الخدمة كاملة، بناءً على موافقة صريحة من المستهلك، وإقرار منه بحرمانه من حق العدول عند تنفيذ العقد بشكل كامل.
- ✓ عقود توريد السّلع والخدمات، والتّي تتعرّض لتقلّبات في أسعارها داخل الأسواق المالية، ولا يستّطيع التاجر السّيطرة عليها، والتّي قد تحدث خلال فترة الانسحاب.
- ✓ العقود التّي تكون فيها السّلعة قد تمّ انتاجها وفقا للمواصفات أو طلب المستهلك، أو التّي تمّت بشكل شخصي واضح[1].
- ✓ العقود التّي تكون فيها السّلعة عرضة للتّغيّر والتّلف بسرعة.
- ✓ العقود التّي تكون فيها السّلعة لا يمكن بحسب طبيعتها أن يتّم إرجاعها، وذلك لأسباب تتعلّق بالحماية الصّحية، أو التّي تكون مختومة أو محرزة، ويقوم المستهلك بفضّ حرزها بعد تسلّمها.
- ✓ العقود التّي يتّم فيها خلط السّلعة بمواد أخرى، ولا يمكن فصلها.
- ✓ العقود الخاصة بالمشروبات الكحولية، والتّي يكون الثّمن فيها قد تمّ الاتفاق عليه مع التّاجر، والتّي لا يمكن تسليمها إلاّ بعد مدة ثلاثين يوما، والتّي تعتّمد قيمتها الفعلية على تقلّبات السّوق، والتّي لا يستّطيع التّاجر التّحكم فيها.
- ✓ العقود التّي يطلب المستهلك فيها زيارة التاجر، وذلك لغرض إجراء إصلاحات عاجلة أو صيانة، إلاّ أنّه في هذه الحالة إذا قام التاجر بتقديم بعض الخدمات، أو السّلع الإضافية خلاف ما طلبها المستهلك، فإنّها يسري عليها حق العدول.
- ✓ العقود الخاصّة بالتّسجيلات السّمعية المُحرّزة، أو تسجيلات الفيديو المُحرّزة، أو برامج الكمبيوتر المُحرّزة أيضًا، إذا تمّ فضّ حرزها بعد التّسليم.
- ✓ العقود الخاصّة ببيع الصّحف أو المجلاّت الدورية، وذلك باستثناء عقود توريد مثل هذه المنشورات.
- ✓ العقود المُبرمة في مزاد علني.
- ✓ العقود المتعلّقة بتقديم خدمات الاستضافة وعقود نقل البضائع، أو خدمات تأجير السّيارات، أو الإصلاح أو الصّيانة أو المطاعم، والخدمات ذات الصّلة بأنشطة أوقات الفراغ، إذا كان العقد محدّد التّاريخ، أو محدّد له فترة للأداء.

(1) أشرف محمد رزق فايد، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص762.

- ✓ العقود الخاصّة بالمحتّويات الرّقمية، والتّي لا يتّم عرضها على دعامة مادية، والتّي يتّم إبرامها بناءً على موافقة صريحة من المستهلك، وإقرار منه بحرمانه من حق العدول.[1]

2/ العقود المُستّثناة من نطاق حق العدول في ظلّ التّشريع الفرنسي:

أ/ كما نجد أنّ المشرّع الفرنسي قد استّبعد العديد من العقود من حق العدول، طبقًا **للمادة 02/20/121** من تقنين الاستهلاك الفرنسي منه وهي:

- ✓ عقود توريد الخدمات التّي يبدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك، قبل انتهاء المدّة المقرّرة في ممارسة الحق في العدول خلالها.
- ✓ عقود توريد السلّع التّي يتّم تصنيفها وفقا لخصوصيات المستهلك، أو بالمُطابقة لشّخصيته أو التّي بحسب طبيعتها، لا يمكن إعادتها للبائع، أو التّي يُسرّع إليها الهلاك.
- ✓ عقود توريد السّلع والخدمات، التّي تحدّد أثمانها وفق ظروف السّوق.
- ✓ عقود توريد التّسجيلات السّمعية أو البصّرية، أو البرامج المعلوماتية، عندما يكون قد تمّ نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك.
- ✓ عقود توريد الصّحف والدوريات والمجلاّت.
- ✓ عقود خدمات الرّهان وأوراق اليانصيب المُصرّح بها.[2]

ب/ بالإضافة إلى هذه القائمة نجد **المادة 04-121/20 L** من تقنين الاستهلاك الفرنسي، نصّت على حالات أخرى لا يكون للمستهلك فيها حق الرجوع، حيث جاء بها أنّه: " لا تسري أحكام المواد L 121 -18، L 121 -19، L 121-20، L 121-20/01 على العقود التّي يكون محلّها توريد سلع استهلاكية عادية، في مكان سكن أو عمل المستهلك، من خلال موزعين يقومون بجولات متكرّرة ومنتّظمة، وكذلك العقود التّي يكون محلها أداء خدمات الإقامة، والنّقل والمطاعم والتّرفيه، والتّي يجب أداؤها في تاريخ معيّن، أو على فترات دورية محدّدة." [3]

ج/ وفي مرحلة لاحقة قام المشرّع الفرنسي بتعديلات مهمّة؛ على العقود المُستّثناة من نطاق حق العدول، وذلك استجابة للتّوجيه الأوربي رقم 83 لسنة 2011، وكرّست هذه التّعديلات المادة **L 221-28**، والتّي جاءت بالنّص على 13 استثناء من نطاق العدول، منها ما سبق وروده

(1) أشرف محمد رزق فايد، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص763.

(2) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص ص354 - 355.

(3) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد، مرجع سابق، ص62.

بالمادة L 121-20-02 والمادة L 121-20-04 [1] من قانون المستهلك الفرنسي قبل تعديل 2014، ومنها لم يرد عليه النّص في قانون المستهلك الفرنسي من قبل هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يتّضح أنّ جميع الاستثناءات الواردة بالمادة L221-28، تضمّنها من قبل التّوجيه الأوربي رقم 83 لسنة 2011 في نص المادة 16.[2]

وفي نفس الصّدد قرّر قانون المبادلات والتّجارة الإلكترونية التّونسي لسنة 2000، استثناءات على حق المستهلك في العدول في المادة 32 منه[3]. وناهيك عن ذلك تطرّق قانون المعاملات الإلكترونية السّوري رقم 03 لعام 2004 للاستثناءات على حق المستهلك في العدول في المادة 22 منه، التّي تنص على أنّه:" مع مراعاة المادة 17 من هذا القانون، لا يحقّ للمستهلك العدول عن الشّراء في الحالات الآتية..." [4].

وفي مقام موالي تضمّن مشروع قانون المبادلات الإلكترونية المصري لسنة 2011 النّص على بعض الحالات، التّي لا يمكن فيها للمستهلك استعمال حقه في العدول، وهي التّي لا يرجع فيها الخطأ للبائع أو مقدّم الخدمة، وهذه الحالات هي:

---

(1) ويُلاحظ أنّ المادة 412 مكرر08 مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري تضمّنت الحالات التّي يُستبعد فيها الحق في العدول عن العقد، وهي ذات الاستثناءات التّي تضمنها كل من التوجيه الأوربي وتقنين الاستهلاك الفرنسي، إلاّ بخصوص استثناءين لم تتضمّن المادة 412 مكرر 08 النّص عليهما، الأول منهما يتعلّق بعقود الخدمات التّي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدّة المُقرّرة للعدول، والثّاني يتعلّق بالعقود الواردة على خدمات الرّهان المُصرّح بها. كما جاء مشروع قانون تعديل التّقنين المدني الجزائري باستثناء آخر، وهو الخاص بعقود توريد سلع استهلاكية عادية، والتّي يتّم تنفيذها في مكان مسكن أو عمل المستهلك، من خلال موزعين يقومون بجولات متكرّرة ومنتّظمة، وهذا ما نصّت عليه المادة412 مكرر10، وتجدر الإشارة إلى أنّه نفس الاستثناء، الذي تضمّن تقنين الاستهلاك الفرنسي- كما أشرنا له سابقا- النصّ عليه بمقتضى المادة L121-20/4. راجع في هذا الشأن: بخالد عجالي، مرجع سابق، ص344.

(2) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص358.

ويُلاحظ أنّ المادة 412 مكرر08 مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري تضمّنت الحالات التّي يُستبعد فيها الحق في العدول عن العقد، وهي ذات الاستثناءات التّي تضمنها كل من التوجيه الأوربي وتقنين الاستهلاك الفرنسي، إلاّ بخصوص استثناءين لم تتضمّن المادة 412 مكرر 08 النّص عليهما، الأول منهما يتعلّق بعقود الخدمات التّي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدّة المُقرّرة للعدول، والثّاني يتعلّق بالعقود الواردة على خدمات الرّهان المُصرّح بها. كما جاء مشروع قانون تعديل التّقنين المدني الجزائري باستثناء آخر، وهو الخاص بعقود توريد سلع استهلاكية عادية، والتّي يتّم تنفيذها في مكان مسكن أو عمل المستهلك، من خلال موزعين يقومون بجولات متكرّرة ومنتّظمة، وهذا ما نصّت عليه المادة412 مكرر10، وتجدر الإشارة إلى أنّه نفس الاستثناء، الذي تضمّن تقنين الاستهلاك الفرنسي- كما أشرنا له سابقا- النصّ عليه بمقتضى المادة L121-20/4. راجع في هذا الشأن: بخالد عجالي، مرجع سابق، ص344.

(3) أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص284.

(4) أحمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص429.

- حالة طلب توفير الخدمة أو المنتجات اللاّمادية قبل انتهاء أجل العدول، كالاستشارة القانونية والطبية والهندسية.
- حالة طلب منتجات بمواصفات خاصة.
- حالة نزع الأختام عن المنتجات.[1]

ويرى الأستاذ خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، أنّ الهدف الأساسي من وراء هذه الاستثناءات، واستبعاد بعض العقود من نطاق حق العدول، هو حماية حقوق الملكية الفكرية، فمنح المستهلك حق الرّجوع بشأن هذه المنتّجات، قد يمكّنه من الحصول عليها دون دفع مقابلها، كما هو الحال مثلاً إذا قام المستهلك بإعادة البرنامج المعلوماتي، أو التّسجيلات بعد نسخها وإعادة إنتاجها[2]، ومن زاوية أخرى لا يجوز للأطراف الاتفاق على استثناء عقد معيّن من الحق في العدول، إذا كان هذا العقد غير وارد، في الحالات المحصورة من طرف المشرّع، وإلاّ كان هذا الاتفاق باطلاً لمخالفته للنّظام العام.[3]

الفرع الثاني:

آثار ممارسة حق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت

إنّ ممارسة حق العدول هو حق تقديري يخضع لتّقدير المستهلك[4]، وإذا لم يزاول المستهلك خياره خلال المهلة التّشريعية المحدّدة له؛ يلحق العقد الذي أبرمه المستهلك صفة اللّزوم، ويصبح باتاً واجب التّنفيذ من قبل الطّرفين، وتنتّهي بذلك حالة الشّك التّي كانت تدفع بالمتعاقد الآخر، إلى التّرقّب والانتظار لما سيؤول إليه أمر التّعاقد، أمّا في حالة إعمال المستهلك لخياره في العدول، فهنا يرتّب القانون عليه مجموعة من الآثار[5].

وعليه يترتّب على اختيار المستهلك طريق الرّجوع عن التّعاقد زوال العقد وانقضائه، ويلتّزم الأطراف بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التّعاقد، فإن تسلّم الشّيء المبيع التّزم بإعادته إلى الحالة التّي تسلّمها فيها. ويُلاحظ أنّ هذا ينطّبق على العقود الاستهلاكية عامّة والعقود الإلكترونية، إلاّ أنّ هذه

---

(1) فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011، ص ص113- 114.

(2) خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص726.

(3) هذا ما ذهب إليه المشرّع الفرنسي بموجب المادة 121- 20 في فقرتها الثامنة (08) ، إذ اعتّبر الأحكام المتعلقّة بحق العدول من النظام العام. أنظر: بخالد عجالي، مرجع سابق، ص345.

(4) هذا ما نصّت عليه المادة 03/06 من التّوجيه الأوربي رقم 07 لسنة 1997 على أنّه:
" The consumer may not exercise the right of with drawal for gaming and lottery services" .

(5) منصور حاتم محسن، إسراء الخضير مظلوم، مرجع سابق، ص66.

الأخيرة تتميّز بخصوصية، وفي هذا الإطار نجد كلا من قانون المستهلك الفرنسي وكذا التّوجيه الأوربي نصا عليها[1]، هكذا يتبيّن أنّ تمسّك المستهلك بحق العدول يُرتّب آثار بالنسبة له – للمستهلك- وكذا بالنسبة للمحتّرف أو المهنّي.

أولا: آثار ممارسة حق العدول بالنسبة للمستهلك: يرتّب القانون على ممارسة المستهلك لحق العدول عدّة آثار قانونية في مواجهته، ومن أهمها: التزام المستهلك بردّ المبيع إلى المهني، فضلاً عن التزامه بتحمّل مصاريف ردّ المبيع (السّلعة).

1/ التزام المستهلك بردّ المبيع إلى المهنّي: يلتّزم المستهلك عند عدوله عن العقد، الذي سبق أن أُبرم عن بُعد عبر شبكة المعلومات الدولية، إعادة المبيع إلى المهنّي خلال مدة معيّنة، وأن يعيدها جديدة كما هي وفي هيئتها التّي تسلّمها بها، وهذا ما قضت به المادة 23 ف 02 من قانون 05/18. وفي نفس الصّدد أكدّ على ذلك أحد بنود العقد النّموذجي، التّي وضعها أحد المراكز التّجارية في فرنسا، والذي جاء فيه أنّ للمستهلك الخيار في إرجاع السّلعة، لاستبدالها بغيرها أو إعادتها واسترداد ثمنها، بدون أن يستّقطع من الثّمن أيّ مبلغ ما عدا نفقات النّقل، بشرط أن تتّم إعادة السّلعة جديدة، كما تسلّمها عند تنفيذ العقد الذي عدل عنه، وهي في عبوتها أو غلافها الأصّلي.[2]

وفي هذا الإطار قضى المشرّع الفرنسي من خلال المادة L 221-23 من قانون الاستهلاك؛ بأنّ المستهلك عند ممارسته حقّه في التّراجع، يجب عليه إرجاع محل التّعاقد للمهني، أو لأي شخص يعيّنه هذا الأخير مكانه، بدون تأخّر وداخل أجل أربعة عشر(14) يوما، من تاريخ تبليغه للمهني قراره بالتّراجع عن العقد، ما لم يقتّرح المهني أنّه هو من سيتكفّل بإرجاع محل التّعاقد[3].

ومن زاوية أخرى تثور مسألة تبعة هلاك السّلعة، وذلك بالنّظر إلى أنّ المشتري قد تسلّم المبيع دون أن يكون مالكا، لذلك فإنّ المشتري قبل إعلان خياره بين المضي في العقد أو العدول عنه، يكون

---

(1) عبد الرحمان خلفي، مرجع سابق، ص17. أنظر كذلك:

Salem Yanimahi, la protection du consommateur dans les contrats électroniques de consommation, thèse pour le doctorat en droit privé, université de Rouen, 2009, P266.

(2) عبد المجيد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك "عقود الاستهلاك: البيع في الموطن- التعاقد عن بُعد، العقد الإلكتروني- " ط 01، مطبعة أميمة، فاس، المغرب، 2006، ص22.

(3) المادة L 221-23 من قانون الاستهلاك الفرنسي تنصّ على أنّه:

"Le consommateur renvoie ou restitue les biens au professionnel ou à une personne désignée par ce dernier , sans retard excessif et au plus tard dans les quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter conformément à l'article L221-21 à moins que le professionnel ne propose de récupérer lui –même ces biens. "

راجع : رضوان جيراني، مرجع سابق، ص 40.

مجرّد حائز للسّلعة، وتظل رغم استلامه لها مملوكة للبائع المحتّرف، وإعمالاً للقواعد العامة فإنّ البائع يتحمّل تبعة هلاك المبيع؛ إذا وقع الهلاك خلال مدة العدول رغم أنّ المشتري المستهلك حائزًا له، باعتبار أنّ المبيع مازال مملوكًا للبائع خلال هذه الفترة[1]. ويُلاحظ أنّ المشرّع الفرنسي في المادة 03/21/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 2014/344[2] قد خرج عن القواعد العامة في القانون المدني، وقرّر بموجب هذه المادة عدم تحمّل المستهلك المسؤولية في حالة نقص قيمة السّلعة، الناتج عن استخدامها بهدف تحديد طبيعتها وخصائصها، بشرط أن يكون المهني قد أبلغ المستهلك بحقه في العدول[3]. وعلى عكس من هذا الحكم، فقد جاء في نصّ المادة 02/14 من التوجيه الأوربي رقم 2011/83 بأنّه: " يجب على المستهلك لئن يكون مسؤولا عن أي نقص في قيمة السّلع، الناتج عن استخدامها بهدف تحديد طبيعتها وخصائصها، والاستثناء على ذلك هو حالة عدم قيام المهني بإبلاغ المستهلك، بمعلومات عن وجود الحق في العدول وشروط أدائه، وفي هذه الحالة لن يكون المستهلك مسؤولاً عن أي نقص في قيمة السّلع عند إعادتها." [4]

وعليه فالمستهلك يلتّزم بالمحافظة على المبيع، وأن يبذل في ذلك عناية الرجل العادي، ويكون مسؤولاً عن أيّ تلف أو هلاك يصيب المبيع، بسبب تقصيره في واجب العناية المُلقى على عاتقه، على أساس أنّ تبعية الهلاك ترتّبط بالتّسليم.[5]

وفي هذا الصّدد د قضت محكمة الاستئناف ببوردو – فرنسا – بأنّه: " فيما يخصّ الحق في التّراجع فإنّ شركة CD Iscout ، وهي شركة مختّصة بالبيع عبر الأنترنت، تشتّرط في العقود التّي تبرمها أنّه لا تقبل المنتجات، التّي ترجع في حالة لا تسمح بإعادة تسويقها، حيث أنّ المنتوج يجب أن يُردّ في حالة جيّدة وفي غلافه الأصلي، وذلك دون أن يتّم فتح هذا الأخير، ولا إتلافه ولا أن يكتب عليه، وحيث أنّ جمعية حماية المستهلك "UFC que choisir"، تعتّبر أنّ هذا الشّرط يحرّم المستهلك

(1) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص784.

(2) هذا ما اتجه إليه كذلك قانون الاستهلاك الفرنسي (2016) بموجب المادة L 221-23

Article L221-23:"La responsabilité du consommateur ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation des biens résultants de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature , les caractéristiques et Lebon fonctionnement de ces biens, sous réserve que le professionnel ait informé le consommateur de son droit de rétraction, conformément au 2° article L221-5."

أنظر: رضوان جيراني، مرجع سابق، ص298.

(3) أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص298.

(4) مرجع نفسه، ص ص298- 299.

(5) كريم عزت حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص 362.

المتعاقد إلكترونيا من الاستفادة من حقّه في التّراجع، لأنّه ليس بإمكانه أن يتفحّص المنتوج الذي اقتناه، بما أنّ شركة "CD Iscout" تمنع المستهلك في حقيقة الأمر، من فتح الغلاف من خلال الشّرط المُشار إليه، لأنّه في حالة فتحه فإنّه سيتّم اتلافه بالتأكيد. وقد ردت شركة "CD Iscout " على هذا الدّفع، فاعتّبرت أنّ الهدف من هذا الشّرط ليس هو حرمان المستهلك من ممارسة حقّه في التّراجع، بل إنّ هذا الشّرط يهدف إلى الحفاظ على المنتوج وإرجاعه في حالة جيدة.

إنّ المنتوج يجب ألا يتّم خلطه مع الغلاف، فهذا الأخير من الضّروري فتحه حتى يتمكّن المستهلك من تصفّحه السّلعة، بل ويمكن إتلافه أيضا، لكن هذه المسألة يجب ألاّ تحرّم المستهلك من ممارسة حقّه في التّراجع، لذا فإنّ الشّرط المُشار إليه أعلاه يجب تعديله." [1]

2/ التزام المستهلك بمصاريف ردّ المبيع: جدير بالذّكر أنّ قانون الاستهلاك الفرنسي لعام 2016 تضمّن النّص على التزام المستهلك بمصاريف ردّ المبيع في المادة L221–23 فقرتها الثانية، حيث قضت بأنّ المستهلك لا يتحمّل إلاّ مصاريف الإرسال، ما لم يقم أيضا المهني بإشعار المستهلك بأنّه هو من سيتكفّل بتلك المصاريف[2]. وفي نفس الصّدد تضمّنت الفقرة الثالثة من المادة L 221- 23 النصّ على أنّه، فيما يخص العقود المُبرمة عن بُعد أي عندما يتّم تسليم محل التّعاقد، مباشرة لمنزل المستهلك عند إبرام العقد، يلتّزم المهني باسترجاع ذلك المحل على مصاريفه الخاصّة، لو كانت طبيعة المحل تحول دون إرساله بالشّكل العادي[3].

هذا وكان المشرّع الفرنسي قد أكّد من قبل في المرسوم رقم 2014/344[4] على تحمّل المستهلك فقط تكاليف إعادة السّلع، ما لم يقبل المهني تحمّلها بنفسه، أو إذا فشل إعلام المستهلك بتحمّل هذه التّكاليف، كما يتحمّل المهني على نفقته الخاصّة استرداد السّلع، التّي سلّمها للمستهلك في مقرّه، إذا

(1) Tribunal de grande instance de Bordeaux 1er chambre, le 11/03/2008 publiée sur www.legalis.net, mot clé : rétractation

أنظر: رضوان جيراني، مرجع سابق، ص ص42.

(2) Article L221-23 : " Le consommateur ne supporte que les coûts directes de renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge ou s'il a omis d'informe le consommateur que ces couts sont à sa charge. "

(3) Article L221-23/03 : " Néant moins, pour les contrat conclus hors établissement, lorsque les biens sont livrés au domicile du consommateur au moment de la conclusion du contrat, le professionnel récupère les biens à ses frais s'ils ne peuvent pas être renvoyés normalement par voie postale en raisin de leur nature. "

أنظر رضوان جيراني، مرجع سابق، ص41.

(4) كما نصّت الفقرة الأولى من المادة 20/121 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، المُضافة بالمرسوم 2001-741 الصّادر في 23 أغسطس 2001 على أنّه: " يكون للمستهلك مدة سبعة (07) أيام كاملة من أيام العمل لممارسة حقه في الرجوع، دون أن يلتزم ببيان الأسباب أو دفع الجزاءات، باستثناء مصاريف الرّد". أنظر : كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص647.

كانت بحكم طبيعتها لا يمكن إرجاعها من جانب المستهلك، كما قرّر المشرّع الفرنسي أن تحمّل المستهلك لتكاليف إعادة السّلع يخضع لاتفاق الطّرفين؛ المستهلك والمهنّي، فقد يقبل هذا الأخير تحمّلها بنفسه[1]. ويُلاحظ أنّ التّوجيه الأوربي رقم 2011/83 في المادة 14 [2] منه تضمّن إلزام المستهلك بتحمّل تكاليف إعادة البضاعة، وعلى العكس من ذلك لم يرد في قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 النصّ على هذا الالتزام[3]، ولكن لا يفوتنا أن ننوّه أنّ المشرّع الجزائري بموجب قانون 05/18 قرّر أن تكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورّد الإلكتروني[4].

في مقام موالي نجد أنّ كلا من قانون حماية المستهلك اللّبناني وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التّونسي وهو القانون رقم 83 لسنة 2000، قد تضمنا أحكاما تقضي بتحميل المستهلك مصاريف إعادة السّلعة إلى مُصدرها[5].

هكذا يتبيّن أنّ المستهلك الذي يستّعمل حقه في الرّجوع، يلتّزم فقط بمصاريف ردّ المبيع للمهني، وهو ما جعل بعض الفقه يرى أنّ الحق في العدول، وبجانب كونه حقًا تقديريًا هو أيضا حق مجاني[6]. وبطبيعة الحال، فإنّ مصاريف الردّ هذه تنطّبق بالنسبة لحالة إرجاع السّلعة، فهي التّي يتكلّف إعادتها مرة أخرى للتاجر المهني من مصروفات نقل وشحن، أمّا إذا تعلّق العقد بخدمة وقام المستهلك باستخدام حقّه في الرجوع، ورفض الخدمة بعد إبرام العقد، فلن يتحمّل أيّ شيء، حيث أنّ الخدمة لم تؤد بعد، ولا يوجد شيء معيّن يقوم المستهلك بإرجاعه.

---

(1) أمينة أحمد محمد أحمد، مرجع سابق، ص504.

(2) وقد سبق و أن أشار التوجيه الأوربي رقم 97/07 في المادة 01/06 منه؛ إلى أنّه: " المصروفات التّي يمكن أن يتحمّل بها المستهلك بسبب عدوله عن العقد، هي فقط المصروفات المباشرة لإعادة البضائع إلى المهني". راجع منصور حاتم محسن، إسراء الخضير مظلوم، مرجع سابق، ص68.

(3) أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص ص295- 296.

(4) أنظر نص المادة 23 ف02 من ق. ت إ. كما نجد كذلك المادة 19 ف 03 من قانون 09/18 المعدّل والمتمّم للقانون رقم 03/09، نصّت على أنّه:" للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ... و دون دفعه مصاريف إضافية ". وفي مقابل ذلك وبالرجوع إلى مشروع تعديل التّقنين المدني الجزائري، نجد المادة 412 مكرّر06 تنص على أنّ المشتري متى مارس حقّه في العدول، فإنّه لا يتحمّل أية جزاءات أو مصاريف ما عدا مصاريف الإرجاع إن وُجدت. راجع: بخالد عجالي، مرجع سابق، ص353.

(5) تنص المادة 56 من قانون حماية المستهلك اللبناني بأنّه: " يتوجب على المُحترف في حال مارس المستهلك حقّه المنصوص عليه في المادة 55 إعادة المبالغ التّي يكون قد تقاضاها على أن يتحمّل المستهلك في حال عدل على قراره بالتعاقد بعد إجراء التّسليم مصاريف التّسليم"، في حين تنّص المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي بأنّه: "... ويتحمّل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة ". راجع : منصور حاتم محسن، إسراء الخضير مظلوم، مرجع سابق، ص68.

(6) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد، مرجع سابق، ص71.

وبناء على ذلك لا يجوز للمهني أن يحمّل المستهلك أية مصروفات أخرى، سوى مصاريف الرّجوع، وأيضًا لا يحق له مطالبته بالتّعويض.[1]

وفي مقابل ذلك قد يثور التّساؤل عن مدى حق البائع المهني في الرجوع على المستهلك، بمقابل انتفاعه بالسّلعة قبل ممارسة المستهلك لحقّه في العدول عن العقد؟ جاءت الإجابة على هذا التّساؤل من خلال التّطبيقات القضائية بالنفي؛ ففي حكم صادر عن محكمة الاتحاد الأوربي في 2009/09/03، قرّرت المحكمة عدم جواز حصول البائع المهني على أي مقابل- بخلاف مصاريف الرّد- من المستهلك الإلكتروني، إلاّ في حالتين فقط؛ وهما حالة سوء النية من جانب المستهلك الإلكتروني، كأن يُمارس هذا الحق بسوء نية ظاهر، أو في حالة الإثراء بلا سبب، دون أن يبيّن الحكم أمثلة لحالات إثراء المستهلك الإلكتروني بلا سبب، عند ممارسته لحقّه في العدول عن العقد[2]. وعلى خلاف ذلك إذا أخلّ المهني بالتزاماته، بأن قدّم للمستهلك سلعة أو خدمة غير منصوص عليها في العقد، ففي هذه الحالة فإنّ مصاريف الرّد النّاتجة عن ممارسة حق الرّجوع، تقع على عاتق المهني ويجب إخطار المستهلك بها، وجدير بالذّكر أنّ هذه الحالة نصّ عليها المشرّع الفرنسي، وكذا التّوجيه الأوربي رقم 07 لسنة 1997 بشأن حماية المستهلك في التّعاقد عن بُعد بموجب المادة 07 ف 03 منه[3].

ومن هذا المنطلق يرى البعض أنّ الشّروط التّي تحدّ من حق المستهلك الإلكتروني في ممارسة حقّه في العدول، أو تحمّله بمصاريف أخرى فضلاً عن مصاريف الرّد هي شروط باطلة، بحسبان أنّ هذه القواعد تتعلّق بالنّظام العام، ولذلك فهي قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها، وتأسيسًا على ذلك وفقا لنصّ المادة L141-01 من تقنين الاستهلاك، والمعدّلة بالقانون رقم03 لسنة 2008، الصّادر في03 يناير 2008، فإنّ قاضي الموضوع يتصدّى من تلقاء نفسه، ومن دون إثارة المنازعة من جانب المستهلك، فيقضي بإبطال مثل هذه الشّروط، لتعلّقها بالنظام العام الحمائي للمستهلك[4].

(1) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص ص647- 648.

(2) محمد أحمد عبد الحميد محمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر،2012، ص ص375- 376.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص649.

(4) محمد أحمد عبد الحميد محمد، مرجع سابق، ص376.

ثانيا: آثار ممارسة حق العدول بالنسبة للمهنّي: يترتّب على ممارسة المستهلك لحقّه في العدول بعض الآثار بالنسبة للمحترّف، تتمثّل بصفة أساسية في التزامه بردّ الثمن؛ الذي دفعه المستهلك له مقابل حصوله على السّلعة، كما أقرّت بعض التّشريعات بأنّ رجوع هذا الأخير عن التّعاقد سيتبعه فسخ أي عقد آخر، ارتبط بالعقد الأصلي الذي جرى العدول عنه.(1)

1/ التزام المهنّي بردّ الثّمن إلى المستهلك: وفي هذا الإطار وبمقتضى المادة 23 فقرة أخيرة من قانون05/18 يتعيّن على المورّد الإلكتروني إرجاع المبالغ المدفوعة خلال 15 يوما من تاريخ استلامه المنتوج. كما جاء في المادة 13 من التّوجيه الأوربي رقم 2011/83، بأنّه يجب على المهني ردّ الثّمن للمستهلك، في أجل لا يُجاوِز 14 يوما التّالية لإخباره بقرار المستهلك بالعدول، ويتعيّن ردّ الثمن بذات الوسيلة التّي تمّ بها الوفاء، سواء تمّ ذلك نقدا أم من خلال تحويل مصرفي تقليدي أو إلكتروني، على أنّه يجوز الاتفاق على ردّ الثّمن بوسيلة أخرى أفضل لصالح المستهلك (2).

ويُلاحظ أنّ المشرّع الفرنسي أقرّ ذات التّوجه من خلال المادة L221-24 من تقين الاستهلاك الجديد 2016(3)، والتّي قضت بأنّ المهني يقوم بإرجاع المبالغ المدفوعة، داخل أجل أربعة عشر يوما من تاريخ علمه بقرار المستهلك بالتّراجع عن العقد(4)، وإن تجاوز المهني الميعاد المذكور، دون أن يردّ الثّمن للمستهلك، يجعل مبلغ الثّمن مُنتجًا للفوائد على أساس المعدّل القانوني المعمول به(5).

وفي نفس الصّدد نجد أنّ قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد في المادة L221-24 (6) لم يذكر إلاّ ردّ الثّمن، فيما كانت المادة 16/121 من تقنين الاستهلاك لعام 1993، والتّي كانت تتناول الموضوع ذاته، تقضي بأنّ للمستهلك ردّ السّلعة؛ إمّا لاسترداد ثمنها أو لاستبدالها بأخرى، خلال سبعة أيام من تسلّم المبيع، وهوما يمثّل بعدًا آخرًا من أبعاد حماية المستهلك، بفسح المجال أمام التّعدّد

(1) منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، مرجع سابق، ص69.

(2) كما سبق وأن نصّ التوجيه الأوربي رقم 1997/07، والخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بُعد، في المادة 02/06 على التزام المحترف عند ممارسة المستهلك لخيار العدول، بردّ المبالغ التّي دفعها المستهلك خلال مدة أقصاها ثلاثون يوما من تاريخ استعمال الخيار. راجع : منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، مرجع سابق، ص69. وأنظر كذلك: أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص291.

(3) وهذه المادة تقابلها المادة 222/ 15 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2017، ج ر، ع 5932 الصّادر في 2017/04/17، ص1072، إذ تنّص المادة 15/222على التزام المهني بردّ الثمن خلال مدة أقصاها 30 يوما، تُحسب من التاريخ الذي أعلن فيه المستهلك عدوله. أنظر: سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص 24.

(4) رضوان جيراني، مرجع سابق، ص39.

(5) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص ص241- 242.

(6) وهو نفس المسلك الذي سلكه في المادة 20/121-01 من تقنين الاستهلاك لسنة 2014 رقم 2014/344.

في خياراته[1].

أمّا بالنسبة للتّشريعات العربية [2] التّي أقرّت حق العدول، نجدها نصّت على التزام المهني بردّ الثّمن إلى المستهلك، كقانون حماية المستهلك اللّبناني وتشريع المبادلات والتّجارة الإلكترونية التونسي، والتّشريع المغربي[3].

وناهيك عن ذلك قد يتّم توجيه تهمة المخالفة ضدّ المهني، إذا امتّنع عن تنفيذ التزامه بردّ المبالغ[4]، التّي دفعها المستهلك مقابل السّلعة التّي أعادها إليه، من قبل الجهات المُناط بها التّحقيق في مجال المنافسة والاستهلاك وقمع الغش، والتّي قد تفرض عليه عقوبة الحبس لمدة ستّة أشهر وغرامة قدرها 7500 يورو[5]. وتجدر الإشارة إلى أنّ قانون09/18 تضمّن النّص على عقوبة الغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج في حالة مخالفة أحكام العدول.[6]

وفي نفس الصّدد نصّت الفقرة الثانية من المادة 21/121/ 04 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 2014/344، على فرض سعر فائدة على تأخير المهني في سداد المبلغ[7].

وفضلا عن ذلك وعلى خلاف بقية التشريعات المقارنة؛ نلاحظ أنّ المشرع الجزائري أعطى للمورّد الإلكتروني الحق في مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض، إذا لحقه ضرر نتيجة العدول عن التعاقد الإلكتروني. [8]

---

(1) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص861.

(2) نلاحظ في هذا الشأن خلوّ مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، من النّص على التزام المهني بردّ المبلغ إلى المستهلك.

(3) أنظر المادة 56 من قانون حماية المستهلك اللبناني، والمادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لعام2000، والمادة 37 من قانون 31/08 المغربي.

(4) وقد نصّ المشرّع المغربي في قانون 31/08 في المادة 178 على أنّه: " يعاقب بغرامة مالية من 1200 إلى 50.000 درهم المورد الذي يرفض ارجاع المبالغ إلى المستهلك، وفق الشّروط المنصوص عليها في المادتين 37 و40. في حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف... "

(5) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد، مرجع سابق، ص67.

(6) أنظر المادة 78 مكرّر من قانون 09/18، السّالف الذكر.

وفي هذا المقام أوجب مشروع قانون تعديل التّقنين المدني الجزائري، في المادة412 مكرر07 على البائع أن يقوم بردّ الثّمن خلال ثلاثين يوما، من اليوم الذي أعلن فيه المشتري تمسّكه بالعدول، وفي حالة تجاوز البائع هذا الأجل دون أن يردّ الثمن، فإنّه يتعرّض لزيادة في الثّمن على سبيل الغرامة، حدّدها المشروع بـــ 10% من ثمن المبيع عن كل يوم تأخير. للتفصيل راجع: بخالد عجالي، مرجع سابق، ص354.

(7) أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص292.

(8) أنظر المادة 23 من قانون 05/18، السّالف الذكر.

2/ فسخ العقد المُبرم بمناسبة العقد الذي عدل عنه المستهلك: بقيام المستهلك بممارسة حقّه في الرجوع وإرجاع السّلعة أو رفض الخدمة، ينتّهي العقد المُبرم بينه وبين التاجر، وينتّهي تبعًا له كل عقد تابع له أو مُلحق به[1]، هذا ما اتجه إليه التّوجيه الأوربي رقم 83 لسنة2011، حيث قضت المادة 01/11 منه على أنّه:" عندما يُمارس المستهلك حقّه في العدول عن عقد استعمال الأموال بنظام اقتسام الوقت، أو ما يشابهه من عقود، فإنّ عقد المبادلة المُرتّبط به أو أي عقد آخر مكمّل، ينفّسخ تلقائيا دون أية مصروفات أو نفقات على عاتق المستهلك...".

كما نصّت المادة 311- 01/25 من تقنين الاستهلاك الفرنسي[2] على أنّه:" إذا كان الوفاء بثمن السّلعة أو الخدمة، مُموّل كليًا أو جزئيًا بائتمان ارتضاه المُورّد أو من الغير، على أساس اتفاق مُبرم بين الغير والمُورّد، يترتّب على ممارسة المستهلك لحقّه في العدول، فسخ عقد الائتمان بقوّة القانون المخصّص لتّمويله، دون مصاريف أو تعويض عدا المصاريف المحتّملة لفتح الائتمان" [3].

بذلك يكون المشرّع الفرنسي قد نظر إلى العقدين؛ العقد المُبرم عن بُعد والعقد المُبرم تمويلاً له باعتبارهما كُلاًّ لا يتجزّأ، فقرّر بالتّالي أنّ زوال الأصلي منهما أي العقد المُبرم عن بُعد، يتبع زوال تابعه أي العقد المُبرم لتمويل الأول، فالمستهلك في الواقع لم يُبرم عقد الائتمان إلاّ بقصد تمويل العقد الذي أبرمه عن بُعد، فإذا عدل عن هذا الأخير تعيّن إنهاء العقد المُرتبط به[4].

وجدير بالذّكر أنّ مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري ينّص كذلك على أنّه:" في حالة فسخ العقد المتعلّق بالسّلعة أو الخدمة على النحو الوارد في المادة السّابقة، يعدّ مفسوخًا من تلقاء نفسه كل عقد مُرتبط به، كعقود التّمويل وعقود الائتمان وغيرها..." [5].

وعليه إذا انقضى العقد الفرعي فإنّه لا يتحمّل المستهلك أية تعويضات أو جزاءات، وهذا الانقضاء (الانفساخ) للعقد الفرعي هو انقضاء بقوة القانون[6].

---

(1) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص651.

(2) المادة 311- 01/25 أضيفت إلى قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب المرسوم 741/2001، الصّادر بتاريخ 2001/08/23 وصدرت هذه المادة إعمالا لنصّ المادة 04/06 من التوجيه الأوربي رقم 07 لسنة 1997.

(3) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص243.

(4) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد، مرجع سابق، ص 69.

(5) ويُلاحظ أنّ مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري انتّهج ذات النّهج في المادة 412 مكرر12.

(6) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص653.

فضلاً عن ذلك فإنّ إبرام عقد القرض دون إبرام العقد الأصلي، يترتّب عليه عدم سريان التزامات المُقترّض.[1]

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره نصل إلى أنّ الرجوع عن العقد في البيع الإلكتروني، يترتّب عليه زوال العلاقة التّعاقدية بين الطّرفين بالإرادة المُنفردة للمستهلك، التّي خوّل لها القانون بنصّ صريح صلاحية إبقاء العقد، أو إزالته خلال أجل محدّد، عندئذ يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التّي كانا عليها قبل التّعاقد، حيث يتعيّن على المستهلك إرجاع المبيع، مُقابل التزام المحترّف بإرجاع الثّمن.

وبالتّالي أصبح الرّجوع عن التّعاقد يشكّل نظامًا خاصًا، له أحكامه باعتباره سبب من أسباب زوال العقد، مثله مثل الفسخ والانفساخ والإبطال والبطلان في العقود[2]، وتجدر الإشارة إلى أنّه يمكن للمُورّد الإلكتروني التّحلّل من كامل مسؤوليته أو جزء منها، إذا أثبت أنّ عدم التنفيذ - كتنفيذ التزامه بردّ الثّمن في حالة عدول المستهلك- أو سوئه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة قاهرة.[3]

ومن هذا المنطلق يجب حماية المستهلك الإلكتروني، في ظلّ النّقص الذي لا يزال يعتّري النّصوص التّشريعية في القانون الجزائري، وخاصّة في حالة التّعاقد عن بُعد عبر الأنترنت، بحمايته من الغشّ والنّصب والاحتيال، في ظلّ وجود الشّركات الوهمية التّي تعلّن عن خدمتها عن طريق الأنترنت، وفضلاً عن ذلك يجب حظر التّعامل مع القصّر عبر الويب. كما يمنّع إرسال السّلعة بدون طلب صريح.[4]

---

(1) وردت هذه القاعدة بالمادة 20/311 من قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث نصّت على أنّه :"عندما يذكر في العرض، أنّ المنتَّج أو الخدمة سيتّم تمويلها عن طريق الائتمان، فإنّ التزامات المُقترّض لا تبدأ في السّريان، إلاّ منذ تسليم المنتج أو أداء الخدمة".
راجع: أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص294.

(2) يمينة حوحو، مرجع سابق، ص ص157- 158.

(3) أنظر المادة 2/18 من قانون 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية، السّالف الذكر.

(4) عجابي عماد، مرجع سابق، ص 1070.

الفصل الثاني:

الضّوابط القانونيـــة لتنفيـــذ المـــورِّد الإلكترونـــــــــــي لالتزاماتـــــــــــه

تعتّبر حقوق المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني من الضّمانات الأساسية من أجل انتفاع المستهلك بالمنتّج أو الخدمة محل التّعاقد، وأيّ كان محل التّعاقد فإنّه يفرض التزامات متقابلة على كل من المتعاقدين، وهذه الالتزامات تمثّل الحدّ الأدنى الواجب احترامه والتّقيد به، كما لا ينفي انطباق هذه الالتزامات على كلّ صور العقود- بما فيها التّعاقد بالوسائل الإلكترونية - كل حسب طبيعته وآثاره.

ولا يقتّصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستّلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام[1]. وفي هذا الإطار يخضع المُورِّد الإلكتروني لجميع التّشريعات والتّنظيمات المطبّقة على الأنشطة التّجارية وحماية المستّهلك[2]. وبسبب خصوصية التزام البائع المتدخّل بالتّسليم والضّمان، سواءً ضمان سلامة المستهلك أو ضمانه لعدم التّعرّض والاستحقاق، فضلاً عن ضمانه للعيوب الخفية أو ضمان الصّلاحية، لا سيما أنّ التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المستهلك لا يحتاج مبدئيًا إلى تنفيذه، إنّما يشكّل أثرًا يترتّب على البيع حكمًا بمجرد التّعاقد، ما لم ينص القانون أو يتّفق الطرفان على خلاف ذلك. ففي عقود الاستهلاك بمجرد انعقادها يصبح المستّهلك بموجبها مالكا للمبيع المنقول، وبالتّالي تُثار المشكّلات القانونية الحقيقية بصدد تنفيذ المهني لالتزامه بالتّسليم وبالضّمان[3].

إنّ أبرز تعبير مُرادف لضوابط تنفيذ البائع المتدخّل لالتزاماته في العقود الإلكترونية؛ هو حماية الزّبون المستهلك، وسواء كان الالتزام بتسليم بضاعة أو توريد خدمة(**المبحث الأول**).

ولمّا كانت المعاملات الإلكترونية في الغالب عقود بيع تتّم عبر شبكة الأنترنت، كان من الأهمية بمكان إبراز التزام البائع بالضّمان في هذا النّوع من العقود، إذ أنّه يعدّ الطرف الأقوى والأكثر دراية وخبرة (**المبحث الثاني**).

فإبراز الالتزامات المفروضة على البائع المحتّرف، يوفّر أفضل أمان وسلامة للمستهلك، وتشكّل ضمانات لحمايته في مرحلة تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، لذا رأينا البحث في التزامات البائع أو مقدّم الخدمة في ظل النّظام التّقليدي أو القواعد العامة، ومدى إمكانية تطويعها لتنطّبق على عقد البيع الإلكتروني؛ في ظل عدم وجود أحكام خاصّة تنظّم هذا النّوع من العقود.

---

(1) مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2007، ص400.

(2) أنظر المادة 35 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

(3) أسامة أحمد بدر، "ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني "، الجزء الثاني، مجلة الشّريعة والقانون، ع41، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، أبو ظبي، الإمارات العربية المتّحدة، يناير 2010، ص 186.

المبحث الأول:

التزام المورِّد الإلكتروني بالتّسليم

إنّ عقد البيع الإلكتروني الذي يجمع بين المستهلك والمُورّد الإلكتروني، يتّسم بعدم التّوازن العقدي؛ كون أنّ المورّد الإلكتروني تكون له دراية كاملة بمحل العقد، عكس المستهلك الذي يضع فيه الثّقة الكاملة، بأن يسلّمه منتوج تتوافر فيه الصّفات القانونية المُتّفق عليها.

وفي هذا المقام يعدّ الالتزام بالتّسليم جوهر عقد البيع ومحور أحكامه، فهو الوسيلة التّي تحقّق المقصود من البيع بانتفاع المشتري بالمبيع[1]. وينشأ الالتزام بالتّسليم بمقتضى وجود عقد صحيح قانونًا، يتضمّن هذا الالتزام ضرورة احترام مبدأ الوفاء، وتسليم بضاعة للمستهلك مُطابقة للطّلب وحسب الخصوصيات التّي تمّ الاتفاق عليها[2]. وجدير بالذّكر أنّ الالتزام بالتّسليم يمكن أن تُثار بصدّده عدّة مسائل جوهرية منها: التّسليم المُطابق والتّسليم غير المُطابق وطريقة التّسليم، وفضلاً عن ذلك أنّ وسيلة المشتري لمعاينة المبيع المعروض عبر وسائل الاتصال الحديثة هي المشاهدة فقط، فهل هي كافية لإسقاط حقّه في ردّ المبيع أو طلب الإبطال لعدم علمه بالمبيع؟

لقد برزت للوجود أحكام ونصوص قانونية تتعلّق بالتّعاقد الإلكتروني؛ خاصّة في التّشريعات المُقارنة، إضافة للمقتّضيات القانونية وفق القواعد العامة المتعلّقة بالتّسليم، والتّي تُطبّق عمومًا على جميع المعاملات التّجارية، بناء على ذلك وجب الرجوع لهذه الأحكام، كلما تعلّق الأمر بمعاملات تجارية إلكترونية، وفي نفس الصّدد يمكن التّساؤل عن ما إذا كان يتوفّر المستهلك على وسائل وضمانات، تحقّق له الحماية الكافية في إطار التّعاقد الإلكتروني عند التّسليم؟ ومحاولة منّا الإجابة عن كل التّساؤلات التّي تُثار في التزام المهني بالتّسليم في العقود المُبرمة عن بُعد، سنتناول بالدّراسة مفهوم هذا الالتزام (**المطلب الأول**) ثم نتطرّق لأحكامه (**المطلب الثاني**).

---

(1) عمرو محمد المارية، عقد البيع الإلكتروني" أحكامه وآثاره- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني-"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017، ص525.

(2) هونة رحمة رشيد القرداغي، الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2017، ص159.

المطلب الأول:

مفهوم الالتزام بالتّسليم

تتجلّى خصوصية العقد الإلكتروني بوصفه عقدًا غير ملموس في الغالب، ممّا يجعل من واقعة التّسليم واقعة مادية؛ ذات أهمية في تنفيذ العقود المُبرمة عن بُعد - عن طريق الأنترنت- خاصّة إذا أخذنا بعين الاعتبار، عدم الحضور المادي لطرفي العقد في مجلس واحد، حيث تفصل بينهما الحدود الدولية، الشّيء الذي يؤدي إلى غياب عنصر المُناولة اليدوية[1].

ويتمثّل التّسليم من خلال تخلّي البائع عن المبيع، وصدور إذن للمشتري في تسلّم المبيع[2].

و عليه لتحديد مفهوم هذا الالتزام، لابد من التّطرّق للتعريف بالالتزام بالتّسليم؛ من حيث المقصود به وإبراز أهميته وعناصره (**فرع أول**) ثمّ نتناول بالدّراسة لمحل التزام البائع بالتّسليم؛ بمعنى موضوع هذا الالتزام (**فرع ثان**).

الفرع الأول:

التّعريف بالالتزام بالتّسليم

يلتزم البائع المتدخّل بتنفيذ التزامه بتسليم محل العقد، بناءً على ما تمّ الاتفاق عليه بين طرفي العقد، وفي مقابل ذلك يوفي الطّرف الآخر بالتزامه المقابل؛ وهو تسلّم محل العقد وقبوله، سواءً كان صريحًا أو ضمنيًا، من خلال استعماله أو التّصرّف فيه في الحدود التّي تمّ الاتفاق عليها، ودون أن يحول شيء بين إتمام الالتزامات وتسليم محل العقد.[3]

إنّ التّسليم يُمكِّن المشتري من حيازة المبيع دون مانع، وأنّ الصّورة هذه من الحيّازة المادية الملموسة، لا تتماشى وخصوصية عقد التجارة الإلكترونية؛ باعتباره عقد عن بُعد، وهوما يؤدي إلى عدم إمكانية معاينة المحل، واستخدامه إلاّ بعد استلامه.[4]

---

(1) عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الأنترنت "دراسة تحليلية "، ط 01، دار حامد للنشر والتوزيع ، الأردن، 2007، ص294.

(2) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، عقود التجارة الإلكترونية، ط03، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016، ص207.

(3) محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة "، ط03، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص96.

(4) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص207.

أولا: المقصود بالالتزام بالتّسليم: يُعدّ التّسليم هو الوسيلة التّي تؤدي إلى انتفاع المشتري بالمبيع، وبالتّالي تحقّق المقصود من البيع، فبدون تسليم يظلّ عقد البيع عديم الأثر من الناحية العملية بالنسبة للمشتري، حيت يتوقّف الانتفاع بالمبيع على تسليمه[1]، ولابدّ من التأكيد على أنّ التزام البائع بالتّسليم تُوجبه طبيعة عقد البيع، دون حاجة إلى إدراجه في بنود العقد أو في اتفاق لاحق[2].

وعليه لتّحديد المقصود بالتّسليم، سنتطرّق لمعناه اللّغوي، الفقهي والقانوني.

1/ المعنى اللّغوي للتّسليم: التّسليم عبارة عن جعل المبيع سالمًا أي خالصًا، يُقال: سلّم الشّيء لفلان أي خلّصه، وسلَمَ له الشّيء أي خلص له، قال الله تعالى:" وَرَجُلاً سَلَمًا لِّرَجُلٍ." [3] أي سالمًا خالصًا لا يُشرّكه فيه أحد، فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالمًا للمشتري، أي خالصًا بحيث لا يُنازعه فيه غيره.[4]

2/ المعنى الفقهي للتّسليم: تقاربت عبارات الفقهاء في كتاباتهم المختلفة بشأن تعريف التّسليم، فمنهم من عرّفه بأنّه:" وضع المبيع تحت تصرّف المشتري، بحيث يتمكّن من حيازته والانتفاع به دون عائق أو مانع. أو هو عبارة عن التّخلية، بمعنى أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري، برفع الحائل بينهما، على وجه يتمكّن المشتري من التّصرف فيه، فيجعل البائع مسلِّمًا للمبيع والمشتري قابضًا له"[5]. ومنهم من عرّفه بأنّه: "عبارة عن واقعة مادية يقوم بها البائع، بقصد تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع" [6].

أو كما عرّف بأنّه هو:" تلك العملية القانونية التّي بموجبها يتعيّن على البائع، اتخاذ كافة الإجراءات اللاّزمة لوضع البضاعة تحت تصرّف الشّخص، الذي يجب عليه استلامها." [7]

---

(1) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص525.

(2) مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتّعاقد عبر شبكة الأنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2010، ص345.

(3) سورة الزمر، الآية 29.

(4) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص526.

(5) بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التّعاقد عبر الأنترنت " دراسة مقارنة"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، القسم المدني، جامعة المنصورة، مصر، 2003، ص150.

(6) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009، ص230.

(7) Philippe Kahn, " La convention de vienne 11 avril 1980 sur les contrats de vente international de marchandises", revue international de droit comparé, N°:04, Paris, Année 33, Octobre-Décembre1981, P970.

3 /المعنى القانوني للالتزام بالتّسليم: في هذا الصّدد عرّف المشرّع الجزائري التّسليم في التّقنين المدني بموجب المادة 367 بأنّه:" يتّم التّسليم بوضع المبيع تحت تصرّف المشتري، بحيث يتمكّن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولولم يتسلّمه تسلّمًا ماديًا مادام البائع قد أخبره بأنّه مستّعد لتّسليمه بذلك، ويحصل التّسليم على النّحو الذي يتّفق مع طبيعة الشّيء المبيع.

وقد يتّم التّسليم بمجرد تراضي الطّرفين على البيع، إذا كان المبيع موجودًا تحت يدّ المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع، لسبب آخر لا علاقة له بالملكية" [1].

ومن جانب آخر عرّف المشرّع المصري في المادة 435 ف01 ق. م التّسليم بأنّه :" و يكون التّسليم بوضع المبيع تحت تصرّف المشتري، بحيث يتمكّن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستّول عليه استيلاءً ماديًا، ما دام البائع قد أعلمه بذلك." [2]

وفي هذا المقام عرّفه المشرّع الفرنسي في المادة 1604 من التّقنين المدني الفرنسي بأنّه:

"هو نقل الشّيء المبيع إلى سلطة وحيازة المشتري". ويُلاحظ أنّ هذا التّعريف وُجِّهت له انتقادات على أساس أنّه عرّف التّسليم بأنّه:" نقل الشّيء المبيع"، في حين أنّ التّسليم قد يكون محلّه حق من الحقوق وليس شيء من الأشياء، فكان من الأفضل أن يتجنّب المشرّع الفرنسي لفظ " الشّيء"، ويعبّر بلفظ " المبيع " حتّى يشمل الشّيء والحق معا.[3]

وتضمّنت اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1964، تعريف التّسليم في المادة 19 منها بأنّه: "Delivery[4] consist in the handing over[5]of good which conform with the contract."

أي التّسليم حسب الاتفاقية هو: " إعطاء شيء مُطابق للعقد." أو أنّه:" نقل السّلطة أو السّيطرة على بضائع مُطابقة لما تمّ التّعاقد عليه" [6].

في حين اكتّفت اتفاقية فيينا لسنة 1980، بالنّص في المادة 30 منها على أنّه :" يجب على البائع أن يسلّم البضائع والمستّندات المتعلّقة بها، وأن ينقل ملكية البضائع، على النّحو الذي يقتّضيه

---

(1) المادة 367 من أمر 58/75، المتضمّن القانون المدني، السّالف الذكر.

(2) أنظر كذلك: المادة 494 قانون مدني أردني، م 402 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، م 499 من قانون التزامات وعقود مغربي و م 01/538 من قانون مدني عراقي. راجع: أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص 231.

(3) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص 231.

(4) تعني كلمة "Delivring" حسب الفقهاء: التّسليم.

(5) كلمة "handing over" فتعني نقل السيطرة و الحيازة. أنظر في هذا الشّأن: عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص295.

(6) المرجع نفسه، ص295.

العقد، وهذه الاتفاقية" [1]. وممّا لاشك فيه أنّ تنفيذ أطراف العقد المُبرم عن طريق الأنترنت، لالتزاماتهم النّاتجة عن العقد دون أن يتلاقى المتعاقدان، يجعل الالتزام بالتّسليم يتمتّع بصفات خاصّة؛ تظهر هذه الخصوصية في أنّه التزام رئيسي، بالنسبة للاتفاقات التّي يكون محلّها أشياء مادية، كما أنّه التزام لا يمكن تنفيذه في مكان وزمان إبرام البيع، ونتيجة ذلك يكون تنفيذه باللّجوء إلى الغير (كالمهنيين في النقل)[2]، فهو ينفّذ في بيئة لامادية عن بُعد، من خلال التّواصل عبر الأنترنت، ويمثّل التّسليم الإلكتروني أحد جوانب نجاح شبكة الأنترنت؛ التّي سهّلت تجاوز الحدود المكانية، والقيود الإدارية والجمركية المعروفة في التّعاقد التّقليدي.[3]

فضلاً عن ذلك نصّت المادة 13 من قانون 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية على أنّه:

" يجب أن يتضمّن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية... - شروط و كيفيات التسليم ..."، وبناء على ذلك رتّب على عدم إدراج هذه الشّروط، والكيفيات المتعلّقة بالتّسليم في العقد الالكتروني، حقّ المستهلك في طلب إبطال العقد، والتّعويض عن الضّرر الذي لحق به.[4]

ولابدّ من التأكيد أنّه يترتّب الالتزام بالتّسليم بمجرد انعقاد العقد، ولو لم ينصّ على هذا الالتزام فيه.[5]

ثانيا: أهمية الالتزام بالتّسليم: جدير بالذّكر أنّ الالتزام بالتّسليم يضع على البائع التزامًا، بأن يسلّم المشتري مبيعًا مُطابقًا؛ من حيث ذاتيته ومقداره وصفاته لما تمّ الاتفاق عليه في العقد، وأن يضمن له صلاحية المبيع وملاءمته للاستعمال العادي أو التّجاري، تبعًا لطبيعة المبيع أو حسب الغرض الذي أُعدّ له، وإمّا طبقًا لما هو متّفق عليه في شروط العقد[6]. وبالتّالي ترجع أهمية الالتزام بالتّسليم؛ في أنّه يُحقّق نفعًا عمليًا للمشتري على مبيعه، كما يحقّق له حماية إيجابية. وبالتّسليم ترتبط تبعة المخاطر والهلاك، لذلك سندرس هذه الأهمية تبعًا:

---

(1) Art30: " The saller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, are required by the contract and this convention"

راجع: عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص ص529- 530

(2) عمرو عبد الفتاح على يونس، الجوانب القانونية للتّعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، عين شمس، مصر، 2008، ص423.

(3) يمينة حوحو، مرجع سابق، ص232.

(4) أنظر المادة 14 من قانون 05/18، السّالف الذكر.

(5) هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 73 لسنة 17 القضائية، الجلسة تاريخ : 1938/02/03. أنظر: محمود محمد زيدان محمد، المشكلات القانونية التّي تواجه التجارة الإلكترونية ، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2012، ص169.

(6) سيد محمد سيد شعراوي، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2010، ص ص341- 342.

1/ تحقيق الانتفاع الفعلي للمشتري بالمبيع: إنّ تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع، هي الغاية المنشودة من البيع، إذ يتحقّق القصد من الشّراء وهو وضع المشتري يدّه على المبيع، أي يحوزه حيازة مادية- هذه الحيازة تتحقق في التعاقد عن بُعد بوصول المبيع للمشتري المستهلك-، لأنّ حيازته قانوناً قد تحقّقت بمجرد انعقاد التصرّف القانوني، حيث انتقلت الملكية من البائع إلى المشتري.[1]

2/ تحقيق حماية إيجابية للمشتري على مبيعه: وتظهر هذه الحماية على وجه الخصوص في حالة بيع المنقول؛ سواء كان منقولاً معيّنًا بالذّات أو معيّنًا بالنّوع:

أ/ حالة شراء منقول معيّن بالذّات: يحفظ التّسليم للمشتري ملكيّته التّي اكتّسبها بمجرد التّعاقد، دون أن يحتّج الغير عليه بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية."

ب/ حالة شراء منقول معيّن بالنّوع: يؤدي التّسليم دورًا جوهريًا، وذلك لأنّ فرز المبيع وتحديد ذاتيته؛ يتمّان عادة وقت التّسليم، وبذلك تنتّقل الملكية إلى المشتري. ولارتباط الفرز بالتّسليم، فقد شاع عن هذا العمل أنّه بيع التّسليم[2].

3/ تحديد من يقع عليه تحمّل تبعة الهلاك: وتبرز هذه الأهمية بصفة خاصّة في التّعاقد عن بُعد، ومن صورتها التّعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، حيث يقوم البائع بتصدير المبيع إلى المشتري، وغالبًا ما يتّم الاتفاق بين الطّرفين على تحمّل المخاطر، التّي يتعرّض لها المبيع أثناء نقله، وحتّى يتّم تسليمه إلى المشتري، أمّا إذا لم يتّم الاتفاق بينهما على ذلك، فإن كان المبيع **معيّنا بالنّوع؛** والإفراز يتّم عادة وقت التّسليم ساعة وصول المبيع إلى المشتري، أمّا قبل ذلك، فإنّ الذي يتحمّل هذه المخاطر فهو البائع، أمّا بعد وصوله وتسلّمه من قبل المشتري، فإنّ هذا الأخير هو الذي يتحمّل هذه المخاطر.

أمّا إذا كان المبيع منقولاً **معيّنًا بالذّات؛** فإنّ ملكيّته تنتّقل إلى المشتري فور التّعاقد، فإذا تمّ التّسليم قبل تصدير المبيع أيّ تمّ في ميناء الشّحن، فإنّ تبعة الهلاك في هذه الحالة تقع على عاتق المشتري، أمّا إذا لم يكن التّسليم قد تمّ قبل التّصدير، وإنّما تمّ ساعة الوصول في ميناء الوصول، فإنّ تبعة الهلاك تقع على عاتق البائع، ما لم يكن المشتّري قد تسلّم المبيع، ثمّ حدث الهلاك بعد أن تسلّمه.[3]

---

(1) أسامة أحمد بدر، العقود المسماة : البيع والإيجار، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002-2003، ص210.

(2) مرجع نفسه، ص ص210- 211.

(3) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص ص240- 241.

وفي هذا الإطار نصّ المشرّع الفرنسي في المادة L 121-20-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنّه:" يعدّ المهني مسؤولاً قانونًا أمام المستهلك، عن جودة إيفاء التزاماته في اطار العقد المُبرم عن بُعد، وعن إيفاء هذه الالتزامات بمعرفة المهني الذي أبرم هذا العقد، أو غيره من مُقدّمي الخدمات، دون الاخلال بحقّه في الرّجوع عليهم، ومع ذلك يجوز له أن يُعفى من كل أو جزء من مسؤوليته، من خلال إثبات أنّ عدم تنفيذ العقد أو سوئه، يُنسب إمّا إلى المستهلك، أو لحدث غير متوقّع خارج عن سيطرة المهني، أو لطرف ثالث عن العقد أو لحالة قوة قاهرة." (1)

هكذا تتبيّن أهمية الالتزام بالتّسليم، في أنّ حصوله يعدّ وفاءً للالتزام بالتّسليم وانقضائه، ويتوقّف عليه انتقال تبعه هلاك المبيع إلى المشتري.(2)

ثالثا: عناصر الالتزام بالتّسليم: يتّم التّسليم في العقود الإلكترونية بوضع المبيع تحت تصرّف المشتري أو العميل، بحيث يتمكّن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولولم يتّم تسليمه ماديًا، مادام البائع قد أعلمه بأنّه مستعدّ لتّسليمه. وجدير بالذّكر أنّ التّعاقد عبر الأنترنت، يُتصوّر فيه وسيط مكلّف بالقيام بعمليات التّوزيع، والتّسليم للبضائع المشتراة عبر الأنترنت، أو من خلال البريد أو من خلال مكاتب وفروع البائع، أو المنتّج أو وكلائه في مكان المشتري(3).

ويُلاحظ أنّه بتنفيذ الالتزام بالتّسليم، يتمكّن المشتري من الانتفاع بالمبيع، وعليه فتسليم المبيع يتكوّن من عنصرين:

1/ العنصر الأول: وضع المبيع تحت تصرّف المشتري: بحيث يستّطيع حيازته والانتفاع به دون عائق- في التعاقد عن بُعد يكون بوصول" La livraison " المبيع للمشتري المستهلك-، ولا يستّلزم ذلك أن تنتّقل الحيازة المادية فعلاً للمشتري، وإنّما يكفي أن يُوضع المبيع تحت تصرّف المشتري، وإذا وُضع المبيع تحت تصرّف المشتري، دون أن يستّولي عليه استيلاءً ماديًا؛ عُدّ المشتري في هذه الحالة مستوفيًا لالتزام التّسليم، ولكنّه لا يعتّبر حائزًا للمبيع.(4)

(1) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص342.

(2) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص ص347- 348.

(3) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص296.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، 1970، ص589.

2/ العنصر الثاني: أن يُعلم البائع المشتري بأنّه قد وضع المبيع تحت تصرّفه، ويجب أن يكون إعلام البائع للمشتري إعلامًا مانعًا، لأيّ لبس حول حقيقة وضع المبيع تحت تصرّف المشتري، هذا العلم قد يتّم بصورة إنذار رسمي، أو خطاب أو أن يتّم شفاهية[1].

فإذا توافر هذان العنصران، فإنّ البائع يكون قد نفّذ التزامه بالتّسليم، ولو لم يكن المشتري قد حاز المبيع، حيازة مادية أو فعلية، فتنفيذ البائع لالتزامه بالتّسليم يتّم بالتّسليم القانوني.[2]

الفرع الثاني:

موضوع الالتزام بالتّسليم

يتّم التّسليم في أغلب الأحوال في مجال عقود التجارة الإلكترونية، من خلال تنزيل وتحميل البرامج "Down load " أو النّسخ "Copy"، من الموقع المُتاح إلى الجزء الصّلب من جهاز العميل، كما يمكن أن يتّم عن طريق منح العميل، الصّلاحية بالدخول إلى موقع معيّن، واستعراض المادة المخزّنة محل التّعاقد، إضافة إلى تحميل الأموال غير المادية، على أسطوانات أو دعامة مادية مثل "CD" أو "Floppy.A"، أو تكون مادية بطبيعتها كالأجهزة المنزلية والسّيارات، ويتّم التّسليم فيها ماديًا وخارج الشّبكة [3]. أمّا في مجال تقديم الخدمات كمحلّ لالتزام مقدّم الخدمة، في عقد البيع المُبرم عبر الأنترنت، فإنّ تنفيذ هذا العقد قد يتّم عبر الشّبكة أيضا، أو خارج الشّبكة حسب ما اتفق عليه الطرفان[4] .

على ضوء التزام البائع بتسليم السّلعة وتقديم الخدمة، في مجال التّعاقد المُبرم عبر الأنترنت[5]، سنتطرّق لموضوع الالتزام بالتّسليم من خلال العناصر التّالية: حالة المبيع **(أولا)**، مقدار المبيع **(ثانيا)**، تسليم مشتّملات أو ملحقات المبيع **(ثالثا)**.

---

(1) محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع : في ضوء التوجهّات القضائية والتشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص ص232- 233.

(2) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص109.

(3) التّسليم والتّنفيذ عبر الخطّ، والّتسليم والتّنفيذ خارج الشّبكة، يمكن اعتبارهما التّطبيق العملي لنصّ الفقرة الأولى من المادة 367 فـ01 ق. م. ج.

(4) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص ص294- 295.

(5) فموضوع التّسليم هو الشّيء المُباع الذي قد يكون سّلعة، مثل السّلع ذات الكيان المادي المحسوس كالأجهزة الكهربائية، وقد يكون أشياء ذات كيانات معنوية، ليس لها وجود مادي كبرامج الكمبيوتر، وقواعد البيانات والمعلومات، في حالة ما إذا تمّ وضعها على دعامات مادية، كالفلاش ميموري وcd والهار ديسك، وغيرها من وسائل نقل البيانات الإلكترونية. راجع: صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص209.

أولا: **حالة المبيع وقت التّسليم**: تجدر الإشارة أنّ التّسليم في مجال البيع الإلكتروني، يتّم وفق القواعد العامة[1]، مع الاختلاف الموجود بين هذا البيع والبيع التّقليدي؛ من حيث الوسيلة الإلكترونية المُستّعملة في التّعاقد، هذه الأخيرة التّي لا تؤثّر في عملية التّنفيذ وخاصّة في مجال تسليم السّلع[2]، وفي هذا الإطار تنصّ المادة 364 ق. م. ج على أنّه:" يلتّزم البائع بتّسليم الشّيء المبيع للمشتّري في الحالة التّي كان عليها وقت البيع".

ويُلاحظ أنّ حالة المبيع وفقًا لهذا النّص، هي الوضعية التّي كان عليها المبيع وقت التّعاقد، وتراضى الطّرفان عليها، فقد تكون هذه الحالة هي التّي دفعت المشتّري إلى التّعاقد، فلو كانت حالة المبيع تختّلف عما شاهده المشتّري، وقت التّعاقد للمبيع بواسطة شاشّة الكمبيوتر، أو بواسطة كتالوج "Catalogue"، أو أي وسيلة أخرى، لكان له أن يتّفق بشروط أفضل، فيجب على البائع أن يسلّم المبيع إلى المشتّري، بالحالة التّي تراضيا عليها عند إبرام العقد، وعلى أساسها تمّ الاتفاق.[3]

1/ حالة المبيع وقت إبرام البيع (أصل الالتزام" المُطابقة الوصفية"): إنّ الالتزام بتسليم المبيع بالحالة التّي كان عليها، أو وفقًا لما تمّ الاتفاق عليه أو بشكل مُطابق، لما قد يكون قد قدّم من عيّنة له، ما هو إلاّ الالتزام بالتّسليم المُطابق، وهو التزام رئيسي متفرّع عن الالتزام بالتّسليم، ويُلقى على عاتق البائع، بصرف النّظر عن طبيعة الشّيء المبيع.[4]

و لابدّ من الإشارة أنّ المُطابقة تعدّ عنصرًا أساسيًا، يجب على البائع احترامه عند تنفيذ التزامه بالتّسليم، فالشّيء المُسلّم يجب أن يكون مُطابقًا من جميع النّواحي، وفقًا لما تمّ الاتفاق عليه بين طّرفي العقد [5]. وقد أشار الفقه الفرنسي في ضوء أعمال اللّجان المعنية بحماية المستّهلكين، بصدّد البيوع أو تقديم الخدمات عن بُعد، لمبدأ المُطابقة "Principe de conformité " والذي يعني بصفة أولية، أن تكون المنتّجات أو الخدمات المعروضة، وليست التّي تمّ تسليمها للمشتري، كتّنفيذ لالتزام البائع في عقد البيع في السّوق، موافقة أو مُطابقة للتّوقّع العادل، أو المعقول من جانب المستّهلكين.[6]

---

(1) المنصوص عليها في المادة 364 ق. م. ج، هذه المادة تقابلها م 431 ق. م. مصري، و م 489 من ق. م أردني.

(2) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص209.

(3) محمد يوسف الزّغبي، العقود المُسماة:" شرح عقد البيع في القانون المدني "، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2004، ص355.

(4) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص250.

(5) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص539.

(6) أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص205.

وفي هذا الإطار أكّدت اتفاقية فيينا الصّادرة في1980/04/11 بشأن البيع الدولي للبضائع، على مفهوم الالتزام بالمُطابقة وجعلته التزامًا مستّقلاً بذاته[1]، وعالجت أحكامه في المواد من35 إلى45. وقد تطرّقت الاتفاقية لمفهوم الالتزام بالمُطابقة في المادة35 ف01 منها؛ وفيها يشتّمل هذا المفهوم على كمية المبيع، ونوعيّته وأوصافه، حيث تفرض الاتفاقية على البائع أن يسلّم بضائع، تكون نوعيّتها وأوصافها مُطابقة لاتفاق الطرفين.[2]

هذا ويتقرّر الالتزام بالمُطابقة[3] في القانون الجزائري بمقتضى قانون 09/18، حيث أكدّت المادة 11 منه على أنّه:" يجب أن يُلبي كل منتوج معروض للاستهلاك، الرّغبات المّشروعة للمستهلك، من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية، وتركيبته ونسبة مقوّماته اللاّزمة وهويّته وكمّياته، وقابليته للاستعمال والأخطار النّاجمة عن استعماله.

كما يجب أن يحتّرم المنتوج، المتطلّبات المتعلّقة بمصدره والنّتائج المرجوة منه، والمميّزات التّنظيميّة من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه، والتّاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفيّة استعماله، وشروط حفظه والاحتياطات المتعلّقة بذلك، والرّقابة التّي أجريت عليه.

تحدّد الخصائص التّقنية للمنتوجات، التّي تتطلّب تأطيرًا خاصًا عن طريق التّنظيم." [4]

وتجدر الإشارة إلى أنّ التزام البائع بالتّسليم المُطابق، ومدى الوفاء به، يتحدّد بطبيعة المبيع؛ بحسب ما إذا كان مبيعًا معيّنًا بالذات، أو بالنّوع أو بالعيّنة، أو إذا كان البيع إلكتروني.

أ/ التزام البائع بالتّسليم المُطابق في المبيع المعيّن بالذّات (الأشياء القيّمية): إذا كان المبيع مُعيّنا بالذّات (سواء أكان منقولاً أو عقارًا)، فإنّ المشتري قد يكون رأى المبيع أو علم به علمًا كافيًا، ومن المنطقي أن تختّلف حالته عن التّسليم عن حالته وقت البيع، ولا يجبر المشتّري على تسلّم شيء آخر، أو شيء بحالة تختّلف عن التّي كان عليها المبيع وقت الشّراء، ولو كان هذا الشّيء يزيد في قيمته على المبيع المتّفق عليه.[5]

---

(1) في حين نجد أنّ اتفاقية لاهاي لعام 1964، كانت تعتبر الالتزام بالمطابقة التزاما تكميليا للالتزام بالتّسليم.

(2) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص ص541- 542.

(3) عرّفت المادة 03 من قانون 03/09 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، المُطابقة على أنّها:" استجابة كل منتوج موضوع للاستهلاك، للشّروط المتضمّنة في اللوائح الفنّية، وللمتطلّبات الصّحية والبيئية، والسّلامة والأمن الخاصّة به."

(4) قانون 09/18، يعدّل و يتمّم قانون 03/09، السّالف الذكر.

(5) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص ص250- 251.

ب/ التزام البائع بالتّسليم المُطابق في المبيع المُعيّن بالنّوع (الأشياء المثليّة): يجب على البائع إذا كان الشّيء المبيع معيّنا بالنّوع، أن يسلّم للمشتري شيئًا من نفس النّوع والجودة المتّفق عليها، وغالبًا ما يتّفق المتّعاقدان على تحديد درجة جودة الشّيء، صراحة في عقد البيع، ويجب على البائع في هذه الحالة، احترام كل أوجه المُطابقة المتّفق عليها؛ سواء ما يتعلّق منها بالمظهر الخارجي للشّيء، كشكله ولونه، أو ما يتعلّق بجوهر الشّيء وقدرته الوظيفية[1]. ومن زاوية أخرى فإن لم يحّدد المتّعاقدان الحالة، التّي يجب تسليم المبيع عليها؛ فيرجع إلى العرف، فإن لم يكن؛ فإلى أيّ ظرف أحاط بإبرام العقد، يمكن أن يكشف عن الحالة، التّي ارتضاها الأطراف، لكي يتسلّم المبيع عليها، فإن لم يكن؛ يلتّزم البائع بتسليم مبيع متوسّط الجودة[2]، وفي نفس الصّد أشارت إلى هذه الحالة صرّاحة المادة 94 ف02 ق. م. ج التّي تقضي بأنّه: "... وإذا لم يتّفق المتّعاقدان على درجة الشّيء، من حيث جودته، ولم يمكن تبيّن ذلك، من العرف أو من أيّ ظرف آخر، التّزم المدين بتسليم شّيء من صنف متوسّط." [3]

ج/ التزام البائع بالتّسليم المُطابق في البيع بالعيّنة: ومن الضّروري في البيع بالعيّنة، أن يقوم البائع بتقديم عيّنة للمشتري، ويتّفق معه على أن يقدّم له بضاعة مُطابقة لهذه العيّنة، مثال ذلك: أن يقدّم له قطعة من القماش، أو حفنة من القمح، وفي هذا الإطار يجب أن يكون المبيع مُطابقًا لهذه العيّنة، ويعتّبر تعيين العيّنة تعيينا للشّيء المبيع، من جنسه ونوعه ودرجة جودته[4]، ونصّت المادة 353 ق. م.ج على أنّه:" إذا انعقد البيع بالعيّنة، يجب أن يكون البيع مُطابقًا لها، وإذا تلفت العيّنة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين، ولو دون خطأ كان على المتّعاقد؛ بائعًا أو مشتّريًا أن يثبّت أنّ الشّيء، مُطابق أو غير مُطابق للعيّنة " [5].

وعليه إذا كان المبيع مُطابقًا للعيّنة، فلا يجوز للمشتري أن يرفضه، بدعوى أنّه غير ملائم لحاجته أو أقل جودة، أمّا إذا ادّعى المشتري أنّ المبيع غير مُطابق للعيّنة، وكانت العيّنة موجودة لديه أو لدى البائع، فعبء الإثبات يقع على عاتق البائع، ويجوز له الالتجاء إلى خبير.[6]

(1) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص251.

(2) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، ط 01، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص119.

(3) هذه المادة تقابلها م 133 ف 02 ق. م. مصري.

(4) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص ص41- 42.

(5) هذه المادة تقابلها م 420 ق. م. مصري.

(6) زاهية سي يوسف، عقد البيع ، ط 02، دار الأمل للطباعة والنّشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2000، ص46.

د/ التزام البائع بالتّسليم المُطابق في البيع الإلكتروني: إنّ المشتري في عقود البيع الإلكترونية، لا يرى البضاعة المبيعة قبل التّعاقد، وإنّما يُبرم العقد بمقتّضى أوصاف تذكر فيه، وتؤخذ عادة من عيّنات أو كتالوجات، أو نماذج يرسّلها البائع عبر وسائل الاتّصال الإلكترونية الحديثة، ليقوم المشتري بدروه في اختيار السّلعة، التّي يرغب فيها، فإذا قام البائع بتقديم بضاعة؛ تختّلف عن المواصفات المُتّفق عليها، أُعتّبر مخلاّ بالتزامه بالمطابقة الوصفيّة.(1)

ويُلاحظ أنّ الالتزام بالمُطابقة، لا نجده فقط في الأشياء المادية؛ وإنّما يشمل كذلك الأشياء المعنوية، كأن يكون برنامج معلوماتي. وفي هذا المقام يرى البعض، بأنّ إثبات الالتزام بالمطابقة يصعب في هذا النوع، من الإثبات أنّ المهنّي زوّد المستهلك بالبرامج خالية من العيوب، لأنّه يصعب تحديد متى اعتّرى العيب هاته البرامج، هل عند التّسليم أم قبلها أم بعدها ؟ وفي ظل غياب نصوص تشريعية، تفرض الالتزام بالمطابقة في هذا النّوع، من الضّمان الخاصّ بالأشياء المعنويّة، نجد في هذا الإطار أنّ القضاء الفرنسي قد تبنّى هذا التّوجّه في أحد قراراته(2).

وتجدر الإشارة إلى أنّه، إذا كانت السّلعة ذات كيان معنوي كالمعلومات، فيشتّرط فيها أن تكون حديثة وشاملة، بحيث يحرصّ المتّعاقد على إضافة كل جديد؛ من المعلومات التّي تتعلّق بالمجال، الذي يهتّم به المتّعاقد الآخر، الذي من أجله أقدم على إبرام العقد، كما عليه أن يغطي تمامًا مجال العقد.(3)

ولا مناص من القول أنّه تبدو أهمية تسليم شيء مُطابق، في عقود البيع عن بُعد، أنّ المشتّري لم ير المبيع رؤية حقيقية، وحتى لو كان قد رآه عبر الشّاشة، فإنّ رؤيته له ناقصة، وكذلك فهو لم يستّطع تقييم الشّيء؛ تقييمًا حقيقيًا دقيقًا، ولا يستّطيع المشتري تقييم المبيع إلاّ برؤيته، ولا يتّم ذلك إلاّ إذا استّلم البائع مبيعًا مُطابقًا. والمطابقة تكون في النّوع والصّفات والمقدار، لأوصاف المبيع المعروض عبر شاشة الأنترنت، ومع ذلك فإنّ الغالب في عقد البيع عن بُعد بوجه عام، أن يتّم التّسليم عندما يُسلَّم المبيع للنّاقل.(4)

---

(1) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص544.

(2) كالقرار الصّادر في: 06/01/1995, Paris. أنظر في هذا الشّأن: نهاد الطاهري، " الحماية القانونية للمستهلك المُتعاقد إلكترونيا"، المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع 04، دار السّلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، السنة 02، يونيو 2013، ص233.

(3) محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص119.

(4) محمد سعد خليفة، مشكّلا ت البيع عبر الأنترنت، دار النّهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص ص98- 99.

وتأسيسًا على ذلك نجد أنّه طبقًا للعقد النّموذجي الفرنسي، وفي حالة عدم مُطابقة المنتّج المبيع أو الخدمة المقدّمة، لما ورد في العرض، كان البائع مُلتزمًا إمّا بمعالجة ذلك؛ بردّ ما سبق للعميل أن دفعه، ونتيجة ذلك يكون البائع ضامناً مُطابقة السّلعة للشّروط، والمواصفات المحدّدة في العقد، وهو الأمر الذي يتّضح عند التّسليم[1]، وفي مقابل ذلك نجد هذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري، في قانون 05/18 بموجب المادة 23 الفقرة الأخيرة.[2]

وفضلاً عن ذلك قد يتّم تحديد المواصفات والمُطابقة، من خلال اشتراط تقديم شهادة جودة ""L'attestation de la qualité، حيث أصبح هناك حدّ أدنى من الصّفات العلميّة، التّي يتعيّن توافرها في المنتّج المعدّ للتّصدير للخارج، وفي هذا الإطار هناك منظّمات عالمية، تتولّى إصدار شهادات الجودة لكلّ من يطلبها، ويقع على عاتق الملتّزم بالتّسليم، الحصول على هذه الشّهادة، لإثبات مطابقة المنتّج للمواصفات العالمية، وتعتّبر المنظّمة مسؤولة تعاقديًا، في مواجهة المتّعاقد معها عن إصدار هذه الشّهادة، وللغير أن يرجع عليها بدعوى المسؤولية التّقصيرية، متى أثبت إصابته بضرر نتيجة إصدار هذه الشّهادة[3].

وجدير بالذّكر أنّه عند تسلّم المبيع، يتعيّن على المشتّري فحصه، والتّأكّد من مُطابقته للمواصفات، قبل التّوقيع على وثيقة التّسليم "bon de livraison "، وبإمكان المشتّري في حالة اكتشافه أنّ المبيع غير مُطابق للمواصفات المطلوبة؛ أن يرفض التّسليم ويُدرج ملاحظاته في وثيقة التّسليم، وإذا حصل أن تسلّم المشتري المبيع، ووقّع على وثيقة التّسليم، ثم اكتّشف بعد ذلك عدم مطابقته للمواصفات، فمن المعلوم أنّ القوانين الحديثة، تمنّح للمشتري في سائر العقود المُبرمة عن بُعد، الاستفادة من حق الرّجوع، وإعادة ارسال السّلعة في أجل 07 أيام؛ تبدأ في السّلع من اليوم المُوالي للتّسليم[4]، لكن ينبّغي مع ذلك الانتباه، إلى الشّروط العامّة للعقد، واعتبار أيضا أنّ شروط ممارسة هذا الحق ونطاقه، قد تتغيّر أو تختّلف، حسب جنسيّة الموقع الإلكتروني[5].

---

(1) محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت " دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع رقم 15 لسنة 2004 "، ط01، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص ص111- 112.

(2) تنّص المادة 23 الفقرة الأخيرة على أنّه: " يجب أن يتّم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال 15 يوما من تاريخ استلامه المنتوج."

(3) Alain Ben Soussan, l'informatique et le droit, 1994, P520.

(4) تنّص المادة 23 ف 02 من قانون 05/18 على أنّه:" يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السّلعة، في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة (04) أيام عمل، ابتداءً من تاريخ التّسليم الفعلي للمنتوج ..."

(5) عبد الحميد أخريف، مرجع سابق، ص83.

وممّا لا شك فيه أنّ المشرّع الجزائري، آثر معالجة عدم تّسليم مبيع مُطابق لما تمّ الاتفاق عليه، عند تنظيمه للمسؤولية عن ضمان العيوب الخفيّة، فقرّر في المادة 379 ق. م. ج بأنّه:" يكون البائع مُلزمًا للضّمان، إذا لم يشتّمل المبيع على الصّفات التّي تعهّد بوجودها، وقت التّسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب يُنقص من قيمتّه، أومن الانتفاع به بحسب الغاية المقصّودة منه، حسبما هو مذكور بعقد البيع ..."

وفي نفس الصّدد قرّر جانب من الفقه، أنّ تخلّف الصّفة التّي كفل البائع وجودها في المبيع، وإن لم يكن عيبًا في المبيع بمعناه التّقليدي، أي الآفة التّي تخلو منها الفطرة السّليمة للمبيع، إلاّ أنّ المشرّع قد ألحقه بالعيب الخفّي.[1]

2/ تغيّر حالة المبيع:(حدود الالتزام بالتّسليم المُطابق "حدود المطابقة الكميّة"): يعدّ الالتزام بالتّسليم في عقود التجارة الإلكترونية، التزامًا بتحقيق نتيجة مثله مثل الالتزام بالتّسليم في العقود التّقليدية، ومن ثمّ يترتّب على حدوث تغيير في حالة المبيع نتائج، يختّلف حكمها بحسب ما إذا كان هذا التّغيير؛ إلى الأفضل أم إلى الأسوأ.

أ/ تغيّر حالة المبيع إلى الأفضل: إذا تغيّرت حالة المبيع وأصبح أفضلاً، ممّا كان عليه عند التّعاقد، وكان ذلك التّغيير بفعل أجنبي، كالتصاق الطّمي بالأرض الزراعية مثلاً، فيكون التّقدم في حالة المبيع من حق المشتري، كونه المالك الفعلي للمبيع، وصاحب الحق في نمائه من وقت العقد، ودون التزام منه بدفع ما يقابله[2].

وأمّا إذا كان التغيّير قد حدث بفعل البائع، ففعل تحسينات من أيّ نوع في المبيع، فإنّه تطبّق في ذلك أحكام البناء، أو الغراس في ملك الغير[3]، فيكون حكمه كمن تصرّف في ملك غيره وهو عالم بذلك، ويُعامل البائع مُعاملة الباني في ملك الغير، حتّى ولو لم تنتّقل الملكية بعد إلى المشتّري، لأنّ البائع يكون قد أخلّ بالتزامه، بتسليم المبيع بحالته وقت العقد[4].

---

(1) أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص206.

(2) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص357.

(3) راجع في هذا الشّأن المادتان: 784 و839 ق. م. ج واللتّان تقابلهما المادتين 924 و980 ق. م. مصري.

(4) محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 232.

ويُلاحظ أنّ نصوص القانون التّجاري، تقضي على خلاف القاعدة العامة؛ بأحقيّة البائع في استرداد قيمة ما طرأ من زيادة في الكميّة المبيعة، وذلك مع مراعاة تقييّد هذا الحق بقيّدين: **الأول** هو منح فرصة للمشتري في أن يُكمِل الثّمن خلال15 يوما من إخطاره بوجود الزّيادة، والقيد **الثاني** وهو تحديد مدّة 60 يوما لرفع دعوى الاسترداد.[1]

ب/ تغيّر حالة المبيع إلى الأسوأ: تقضي القواعد العامة في حالة تغيّر المبيع إلى الأسوأ، أنّ البائع يتحمّل تبعة هذا التّغيير الضّار، فإذا استلّم المشتري المبيع وادّعى أنّ البيع قد تغيّرت حالته، وأنّه أصبح بحالة أسوء من الحالة التّي كان عليها عند التّعاقد، فإنّ البائع هو الذي يتحمّل تبعة أو نتيجة التّغيير أو النّقص في المبيع، وسواءً أكان هذا التّغيير بفعل البائع أو بفعل الغير أو بسبب القوة القاهرة أو الحادث المُفاجئ [2].

ونتيجة ذلك يقع عبء الإثبات على البائع باعتباره مدينًا بالالتزام بالتّسليم، فإذا فشل في إثبات المُطابقة أصبح من حق المشتري[3] ردّ المبيع إلى البائع مع مطالبته بتسليم الشّيء المُتّفق عليه، ورجوع المشتري على البائع في هذه الحالة يكون على أساس الاخلال بالتزامه بالتّسليم، وعليه يكون للمشتري أن يُطالب البائع بالتّنفيذ العيني أو التّنفيذ بمقابل وفق أحكام المسؤولية العقدية، كما يكون له طلب الفسخ إذا لم يكن قد وفى بالثّمن باعتباره التزام مقابل التزام البائع بالتّسليم، مع التّعويض في الحالتين إذا كان له مقتّضى[4].

وجدير بالذّكر أنّه في حالة تسليم المورّد الإلكتروني لمبيع أو منتج غير مُطابق للمواصفات، يجب على المستهلك إعادة إرسال المنتّج في غلافه الأصلي خلال مدّة أقصاها أربعة أيام عمل ابتداءً من تاريخ التّسليم الفّعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، ونتيجة ذلك يتحمّل المورّد الإلكتروني تكاليف إعادة الإرسال، والتزامه إمّا بتسليم جديد مُطابق أو موافق للطّلبية (التّنفيذ العيني) أو إصلاح المنتوج المعيب أو استبدال المنتوج بآخر مماثل أو إلغاء الطّلبية (الفسخ) مع إرجاع الثّمن للمستهلك[5]، مع حقّ هذا الأخير في طلب التّعويض عن الضّرر[6].

---

(1) أنظر المادة 102 من القانون التّجاري المصري.

(2) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص ص357- 358.

(3) أنظر المادة 101 من القانون التجاري المصري.

(4) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص252.

(5) إرجاع الثّمن أو إعادة المبالغ المدفوعة للمشتري يكون في أجل 15 يوما من تاريخ استلامه المنتوج.

(6) أنظر المادة 23 من قانون 05/18 السّالف الذكر.

واستثناءً على القاعدة العامة في تحمّل البائع تبعة الهلاك، فإنّه قد يتحمّل المشتري تبعة الهلاك، إذا تدخّل في تنفيذ عملية التّسليم؛ بأن يطلب المشتري بإرسال المبيع إلى غير المكان المعيّن لتّسليمه، وهذا ما ورد النّص عليه في المادة 94 ف 01 من القانون التجاري المصري[1].

ثانيا: مقدار المبيع وقت التّسليم (المطابقة الكميّة): تتحقّق المطابقة الكميّة في حالة قيام البائع، بتسليم السّلعة المتّعاقد عليها كمًّا وقدرًا، مع كافة ملحقاتها المتّفق عليها، وتجدر الإشارة أنّ الاتفاق على كمية البضاعة المبيعة؛ يعتّبر من الأسس التّي يقوم عليها تعيين محل الالتزام[2].

وفي هذا الإطار تنصّ المادة 94 ق. م. ج على أنّه:" إذا لم يكن محل الالتزام معيّنا بذاته، وجب أن يكون معيّنا بنوعه ومقداره، وإلاّ كان العقد باطلاً.

ويكفي أن يكون المحل معيّنا بنوعه فقط، إذا تضمّن العقد ما يُستطاع به تعيين مقدراه. وإذا لم يتّفق المتعاقدان على درجة الشّيء، من حيث جودته ولم يُمكن تبيّن ذلك، من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط." [3]

وتفسيرًا لذلك أنّ التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، يكون حسب المقدار المتّفق عليه في العقد، أمّا إذا لم يرد في العقد تعيين لمقدار المبيع، ولم يرد عرف بهذا الشّأن، فتطبّق الأحكام الواردة في نصّ المادة 365 ق. م. ج[4]. وعليه يثور هنا التّساؤل عن الحكم في حالة وجود نقص (عجز) أو زيادة في المبيع ؟

1/ حالة نقص المبيع: وفقا لنصّ المادة 365 ف01 ق. م. ج السّالفة الذكر، يتبيّن أنّه إذا نقُص المبيع عن القدر المُتّفق عليه في العقد، فإنّه يتّم إعمال الجزاء المتّفق عليه بين المتّعاقدين، وإذا لم يوجد اتفاق حول هذه المسألة؛ فإنّه يرجع في ذلك إلى العرف، وفي هذا المقام جرى العرف على التّسامح، في

---

(1) تنّص المادة 94 ف 01 ق. ت. مصري على أنّه:" إذا قام البائع بناء على طلب المشتري، بإرسال المبيع إلى غير المكان المعيّن لتسليمه، كانت تبعة الهلاك على المشتري، من وقت تسليم المبيع إلى من يتولى نقله، إلاّ إذا اتفق أو نصّ القانون على غير ذلك ". أنظر: صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص212.

(2) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص545.

(3) هذه المادة تقابلها م 133 ق. م. مصري.

(4) تنصّ المادة 365 ق. م. ج على أنّه: " إذا عيّن في عقد البيع مقدار المبيع، كان البائع مسؤولاً عما نقص منه، بحسب ما يقضي به العرف.

غير أنّه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد، لنقص في البيع إلاّ إذا أثبت أنّ النقص، يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها، المشتري لمّا أتمّ البيع.

وبالعكس إذا تبيّن أنّ قدر الشيء المبيع، يزيد على ما ذكر بالعقد، وكان الثّمن مقدّرا بحسب الوحدة ... كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه ". وتجدر الإشارة أنّ هذه المادة تقابلها م 433 ق. م. مصري و م 492 ق. م. أردني.

قدر معيّن من النّقص أو العجز، كما هو الحال في البيوع التّجارية، وإذا لم يوجد عرف؛ كان للمشتري الحق في طلب إنقاص الثّمن، بقدر ما لحق به من ضرر، وليس من الضّروري أن يكون إنقاص الثّمن، بنسبة ما نقص من المبيع، فقد يكون الضّرر أقل أو أكثر من ذلك[1]. ومن زاوية أخرى يستّطيع المشتري طلب فسخ العقد، إذا أثبت أنّ نقص المبيع كان من الجّسامة، بحيث لو أنّه كان يعلمه لما أتمّ العقد، وجدير بالذّكر أنّه لا يجوز التّمسّك بالفسخ، أو طلب التّعويض لأول مرّة أمام محكمة النّقض.[2]

2/ حالة زيادة المبيع: تنّص المادة 365 ف02 ق. م. ج على أنّه: "وبالعكس إذا تبيّن أنّ قدر المبيع، يزيد على ما ذُكر بالعقد، وكان الثّمن مقدّرا بحسب الوحدة، وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتّقسيم، أن يدفع ثمنًا زائدًا، إلاّ إذا كانت الزّيادة فاحشة، ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه" [3]. وعليه طبقا لهذا النّص، إذا وُجد بالمبيع زيادة عند التّسليم، وجب إعمال اتفاق المتعاقدين إن وُجد، وإلاّ تمّ العمل بالعرف السّائد، فإن لم يوجد عرف طُبِّق الحكم السّابق- المذكور في المادة- والذي يفرّق بين **فرضين**:

أ/ إذا كان الثّمن مُقدّرًا بالجملة: ومثال ذلك؛ بيع قطعة أرض بمبلغ 50 ألف دج، ثمّ تبيّن أنّ قطعة الأرض مساحتها أكثر من 10 هكتارات، فلا رجوع للبائع على المشتري، الذي يأخذ المبيع كلّه، دون أن يلتّزم بزيادة الثّمن[4]. فالغالب هنا أنّ المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثّمن، ولو زاد على القدّر المعيّن، لأنّ بيان المقدار في هذه الظّروف، يكون على سبيل الوصف، والوصف لا يقابله شيء من الثّمن.[5]

---

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصّادر في 1970/11/03، السنة21، ص1105 بأنّه: " البائع يضمّن للمشتري، القدر الذي تعيّن للمبيع بالعقد، وذلك دون تمييز بين ما إذا كان قد قُدِّر بالعقد، سّعر الوحدة أو تعيّن به جملة واحدة، بل جعل للمشتري الحق في هذا الضّمان، إذا وُجد عجزًا في المبيع، بطلب انقاص الثّمن أو فسخ البيع، بحسب الأحوال طالما أنّ مقدار المبيع قد تعيّن في العقد ". راجع في هذا الشّأن: محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص ص236- 237.

(2) إذ قضت محكمة النّقض المصرية في حكمها الصّادر في 1957/05/16، السّنة 08، ص479 بأنّه:" متى كان النّزاع قد دار بين الطّرفين أمام محكمة الموضوع، على أمر واحد وهو مقدار كميّة الحديد، التّي تمّ عليها التّعاقد، ولم يتمسّك المشتري صراحة، لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذي يدّعيه، فإنّه لا يكون هناك محل لإثارة الجدل، بشأنه أمام محكمة النقض". راجع: محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص238.

(3) هذه المادة تقابلها م 02/433 ق. م. مصري.

(4) محمد صبري السّعدي، الواضح في شرح القانون المدني "عقد البيع والمقايضة: دراسة مقارنة في القوانين العربية "، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص276.

(5) محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك، مرجع سابق، ص238.

ب/ أمّا اذا كان الثّمن مُقدّرًا بحسب الوحدة: فإذا كان المبيع غير قابل للتّقسيم، فلا يجوز للمشتّري أن يقتّصر على أخذ المقدار المذكور في العقد، بل عليه أن يأخذ المبيع كلّه، في مقابل تكملة الثّمن بما يعادل الزّيادة في المبيع، إلاّ إذا كانت هذه الزيادة جسيمة، فيجوز له طلب الفسخ، أمّا إذا كان المبيع قابلاً للتّقسيم، فهنا على المشتّري ردّ الكمية الزائدة.[1]

ومن الجدير بالملاحظة أنّ اتفاقية فيينا لعام 1980، قد أشارت إلى المطابقة الكميّة، وتركت في هذا الإطار للأطراف المتعاقدة، كامل الحرّية بشأن حدود المطابقة الكميّة، ومن زاوية أخرى تعرّضت إلى حالة الكميّة الزائدة بنصّها:" إذا سلّم البائع كمية من البضائع، تزيد عن الكميّة المنصوص عليها في العقد، يجوز للمشتّري أن يتسلّم تلك الكمية، أو أن يرفض استلامها، وإذا استلّم الكمية الزائدة كلّها، أو جزء منها، يجب عليه دفع قيمتها، بالسّعر المحدّد في العقد " [2]، وعلاوة عن ذلك لا يجوز للمشتري رفضّ البضاعة، ما لم تكن الكمية الزّائدة فيها مخالفة جوهرية، فإذا كانت المخالفة غير جوهرية، جاز للمشتري أن يحصل على تعويض، يتمثّل في تخفيض سعر كمية البضاعة الزّائدة.[3]

وبناءً على ذلك إذا وُجد في المبيع عجز(نقص) أو زيادة، فإنّ حق المشتري في طلب انقاص الثّمن، أو في طلب فسخ العقد، وحق البائع في طلب تكملة الثّمن، يسقط كل منهما بالتّقادم، إذا انقضت مدّة سنة؛ من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعليًّا[4].

<u>ثالثا</u>: <u>تسليم ملحقات المبيع</u>: إنّ التزام البائع بالتّسليم لا يقتّصر على المبيع ذاته فحسب، بل يشمل أيضا ملحقاته. ولم ينظّم المشرّع الجزائري حكم ملحقات المبيع، كما فعل المشرّع المصري[5]، وعلى الرّغم من هذا النّقص التشريعي، فإنّنا نستّطيع أن نتلمّس من القواعد العامة في القانون، حكم ما يعتّبر من ملحقات المبيع في المادة 107 فـ02 ق. م. ج[6].

---

(1) محمد صبري السّعدي، الواضح في شرح القانون المدني "عقد البيع والمقايضة: دراسة مقارنة في القوانين العربية "، مرجع سابق، ص276.

(2) أنظر المادة 01/25 من اتفاقية فيينا لعام 1980. راجع : عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص546.

(3) مرجع نفسه، ص547.

(4) أنظر المادة 366 ق. م ج، والتّي تقابلها م 334 ق. مدني مصري.

(5) أنظر المادة 432 ق. م. مصري، والتّي تقابلها م 490 ق. م. أردني، و م 400 ق. م. سوري و م 516 ق. م. مغربي.

(6) تنّص المادة 107 فـ02 ق. م. ج على أنّه :" لا يقتّصر العقد على إلزام المتّعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام."

1/ **التّعريف بملحقات المبيع**: تنص المادة 432 ق. م. مصري على أنّه:" يشمل التّسليم ملحقات الشّيء المبيع، وكل ما أُعدّ له بصفة دائمة لاستعمال هذا الشّيء، وذلك طبقًا لما تقضي به طبيعة الأشياء، وعُرف الجّهة وقصد المتعاقدين."

ولابدّ من الإشارة أنّ الملحقات ليست هي أصل المبيع، فالمبيع المشتّمل على الأجزاء، لا تعدّ هذه الأجزاء من ملحقاته، والملحقات أيضا ليست من نمائه، ولا من منتجاته ولا من ثمراته، وبالتّالي فالملحقات هي ما يتبع الأصل ويُعدّ بصفة دائمة لخدمته[1]. وبناء على ذلك يمكن القول بأنّ ملحقات المبيع يُقصد بها: " كل شيء أعدّ بصفة دائمة لاستعمال المبيع، وفق ما يقضي به الاتفاق أو العرف، أو طبيعة الشّيء المبيع." [2]

2/ تحديد ملحقات المبيع: لتّحديد ملحقات المبيع يجب أولاً الرّجوع إلى إرادة المتعاقدين، فإذا لم تكن الإرادة صريحة أو ضمنية، يجب الرّجوع إلى ما يقضي به العرف أو طبيعة الأشياء، فيلحق بالمبيع أيًا كان مستندات ملكيّته، ويلحق به أيضا حقوق الارتفاق، التّي قد تكون له، وإذا كان المبيع منزلا أُلحق به الأشياء المثبّتة فيه، وأمّا الأشّياء التّي يمكن فصلها دون تلف، فإنّها لا تلحق بالمبيع إلاّ إذا اتجهت إرادة المتعاقدين إلى غير ذلك، فيعتّبر من ملحقات المنزل؛ الأفران المثبّتة في المطابخ، وتلحق به المرايا غير المثبّتة، وإذا كان المبيع سيّارة؛ فإنّه يعتّبر من ملحقاته مستّندات الملكية، ورخصة التّسيير ووثيقة التّأمين عليها[3]. هكذا يتبيّن أنّ الملحقات - والتّي يعبّر عنها بعضهم بتوابع المحل- تعدّ جزء لا يتجزأ منه، ولا يمكن تصوّر سير عمل المحل دونها، كونها تعدّ ركيزة أساسية للعقد، لأنّ المحل لا يحقّق الغاية منه، دون توفّر هذه الملحقات.[4]

3/ ملحقات المبيع في عقد البيع المُبرّم عبر الوسائل الحديثة: إنّ عقد البيع الإلكتروني لا يختّلف عن عقد البيع التّقليدي، من حيث ملحقات الشّيء المبيع، فنجد أنّ الالتزامات المُلحقة بالشّيء المبيع، تشمل كل ما أُعدّ بصفة دائمة لاستعمال هذا الشّيء، وذلك طبقًا لما تقضي به طبيعة الأشياء، وعُرف الجهة وقصد المتعاقدين. ولو أخذنا مثالاً على ملحقات الشّيء المبيع في ظل عقود البيع الإلكترونية، بعقد بيع برنامج معيّن، فعقد البيع قد يقع على البرنامج، أو على البرنامج وجهاز الحاسب أيضا، فينعقد العقد في الحالتين، بمجرّد تطابق الإرادتين، ما لم يتّجه طرفا العقد إلى ضرورة إفراغ العقد بشكل ما.

---

(1) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص259.

(2) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص548.

(3) مرجع نفسه، ص548.

(4) محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص97.

وهذه الملحقات قد تكون معنوية، كالمعلومات اللاّزمة لاستغلال وتشغيل البرنامج المبيع، أو ملحقات مادية، كالكتاب الذي يبيّن طرق التّشغيل للبرنامج.(1)

أمّا في بيع المنقولات المادية، فتوابع المبيع تشمل جميع الأشياء، المخصّصة لاستعماله أو تشغيله أو صيانته، كدليل الاستعمال وأدوات أو مفاتيح التّشغيل أو الصّيانة، وغالبًا ما تحتّوي العروض المقدّمة إلكترونيا، على دليل يصف المنتوج المعروض للبيع، مع بيان عددي ونوعي للملحقات، التّي سيجري تسليمها عند شّراء المنتوج، كذلك المنقولات الغير مادية تبقى لها توابعها أيضا، كمفاتيح وشّفرات الدخول أو تنزيل أنظمة قبلية للقراءة(2). كما يعدّ من ملحقات المبيع في عقد البيوع، بخصوص برامج الحاسب الآلي، المعلومات اللاّزمة لاستغلال وتّشغيل البرنامج المبيع، وكذلك دليل الارشادات الذي يبيّن طريقة تشغيل البرنامج.(3)

وقد تعرّضت اتفاقية فيينا للتّأكيد على ضرورة الالتزام بتسليم المستّندات الشّارحة، التّي توضّح كيفية عمل الأجهزة، والبرامج وأساليب الصّيانة والتّطوير، وتناولت هذا الالتزام في المادة 34 منها بنصّها: " إذا كان البائع مُلزمًا بنقل حيّازة المستّندات المتعلّقة بالبضاعة، فإنّ عليه أن يقوم بذلك في الزمان والمكان ووفقًا للشّكل المُحدّد في العقد، وإذا قام البائع بتنفيذ هذا الالتزام، قبل الميعاد المتّفق عليه، فله حتّى ذلك الميعاد بأن يعالج أيّ نقص أوعيب في مُطابقة المستّندات، متى لم تؤد ممارسة هذا الحق إلى إلحاق مضايقات، غير معقولة بالمشتري أو تحميله نفقات غير معقولة، وفي جميع الأحوال يحتّفظ المشتري، بحقّه في طلب التّعويض وفقًا لأحكام هذه الاتفاقية." (4)

وناهيك عن ذلك يستّلزم الالتزام بالتّسليم أن يكون المبيع مُطابقًا، لما تمّ الاتفاق عليه بين طرفيّ العقد، وأن يكون المبيع صالحًا للاستعمال(5)، ومن الضّروري في حالة عدم توفّر المنتوج، إعلام المستهلك بذلك قبل تاريخ التّسليم المتّفق عليه(6). ولا مناص من القول أنّه يجب على البائع، عدم الموافقة على طلبية منتوج غير متوفّر في مخزونه(7).

---

(1) بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص154.

(2) مولاي حفيظ علوي قاديري، مرجع سابق، ص130.

(3) نهاد الطاهري، مرجع سابق، ص236.

(4) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص549.

(5) هذا ما ذهب إليه أحكام القضاء الفرنسي، حيث أكدّت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة تّسليم المبيع وهو صالح للاستعمال، من أهمّها : Cass.civ.I,5 novembre 1985, R.T.D.C, 1986,P 370

(6) العلمي الهام، مرجع سابق، ص286.

(7) أنظر المادة 24 من قانون 05/18 السّالف الذكر.

المطلب الثاني:

أحكام التّسليم

ممّا لاشك فيه أنّ تّسليم المبيع، في القواعد التّقليدية يأخذ الطّابع المادي، غير أنّ الأمر خلاف ذلك في البيع الإلكتروني، حيث يتّم تسليمه إلكترونيًا، عبر شبكة الأنترنت في فضاء لا مادي. وسواء أكان المبيع رقميًا أو تقليديًا، فإنّ التّشريع أخضع تنفيذ البيع الإلكتروني، في العلاقة ما بين المورّد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني، إلى أحكام خاصّة لها الطّابع الحمائي والوقائي، والتّي كانت تحكمها من قبل القواعد العامّة، في إطار عقود البيع التّقليدية[1].

تتّضح أهمية الالتزام بالتّسليم، في أنّ حصوله يعدّ وفاءً للالتزام بالتّسليم وانقضائه، ويتوقّف عليه انتقال تبعة هلاك المبيع إلى المشتري، وبذلك يكون لتعيين طريقة وميعاد ومكان التّسليم، أهمية بالغة في معرفة ما إذا كان التّسليم قد تمّ [2]. وانطلاقا مما سبق، يمكن أن نتساءل عن: كيف يتّم تنفيذ عملية تسليم المبيع، وما هي أشكاله وطرقه؟ وماهي الالتزامات المُلحقة بعملية التّسليم، من تحديد زمان ومكان التّسليم؟ وكيف يمكن تطبيق هذه القواعد على عقد البيع المُبرم عبر الأنترنت؟ وما مدى ملاءمتها لذلك؟ إجابة لهذه التّساؤلات، سنتطرّق لطرق التّسليم أو أشكاله **(الفرع الأول)**، في حين نتناول آلية التّسليم **(الفرع الثّاني)** وجزاء الإخلال بالالتزام بالتّسليم **(الفرع الثّالث)**.

الفرع الأول:

طرق التّسليم

يعتّبر التزام المشتري بتسلّم المبيع، مقابلاً لالتزام البائع بتّسليم المبيع، وقد يتسلّم المشتري المبيع بطريقة فعلية أو حكمية أو افتراضية، وتتّم عملية التّسليم بأن يضع البائع المبيع، تحت تصرّف المشتري، بحيث يكون هذا الأخير متمكّنا من حيازته؛ حيازة يستّطيع معها أن ينتّفع به دون عائق[3]. ولكن لا يفوتنا أن ننوّه أنّ المادة 11 من قانون 05/18، ألزمت المورّد الإلكتروني أن يضمّن إيجابه - العرض التجاري الإلكتروني- الكيفيات التّي يتّم بها التّسليم.

---

(1) حوحو يمينة، مرجع سابق، ص ص231- 232.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص138.

(3) زياد إبراهيم النجار، قواعد حماية المستهلك من التغرير والغبن في العقود الإلكترونية " دراسة مقارنة "، ط 02، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2019، ص210.

تنّص المادة 367 ق. م. ج على أنّه:" يتّم التّسليم بوضع المبيع تحت تصرّف المشتري، بحيث يتمكّن من حيازته والانتفاع به، دون عائق ولولم يتسلّمه تسلّما ماديا، مادام البائع قد أخبره بأنّه مستّعدّ لتّسليمه بذلك، ويحصل التّسليم على النحو الذي يتّفق مع طبيعة الشّيء المبيع.

وقد يتّم التّسليم بمجرد تراضي الطّرفين على البيع، إذا كان المبيع موجودًا تحت تصرّف المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استّبقى المبيع في حيازته بعد البيع، لسبب آخر لا علاقة له بالملكية " [1].

طبقًا للنص المذكور، التّسليم إمّا أن يكون فعليًا أو قانونيًا أو حكميًا.

أولا: **التّسليم الفعلي**: يكون التّسليم الفعلي[2] بوضع المبيع تحت تصرّف المشتري، بحيث يتمكّن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولولم يحوزه فعلاً أو لم يحوزه أبدًا[3]، وفي هذا المقام يتّضح أنّ التّسليم الحقيقي ينطوي على **عنصرين**:

1/ العنصر الأول: وضع المبيع تحت تصرّف المشتري، بحيث يتمكّن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولكن لا يُشتّرط أن تنتّقل الحيازة فعلاً إلى المشتري، بحيث يستّولي على المبيع استيلاءً ماديًا.

2/ العنصر الثاني: إعلام البائع المشتري أنّه قد وضع المبيع تحت تصرّفه، ولا يتّم التّسليم إلاّ إذا أعلم البائع المشتري، أنّه قد وضع المبيع تحت تصرّفه، ولا يكفي لذلك مجرّد علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرّفه، بل يجب أن يُعلم البائع المشتري بذلك منعًا لكل لبس[4]. وبالتالي متى توافر هذان العنصران، أُعتبر التّسليم قد تمّ .

وجدير بالذّكر أنّه في عقود البيع الإلكترونية، يجب على المُورِّد الإلكتروني أن يطلب من المستهلك الإلكتروني، توقيع وصل استلام عند التّسليم الفعلي للمنتوج، أو تأدية الخدمة موضوع العقد الإلكتروني، كما يُلزّم المستهلك الإلكتروني على توقيع وصل الاستلام، ولا يمكنه رفض التّوقيع. وتسلّم نسخة من هذا الوصل وجوبًا للمستهلك الالكتروني[5].

وتجدر الإشارة أنّ للتّسليم الفّعلي **صورتان**:

---

(1) المادة 367 ق. م. ج تقابلها م 435 ق. م. مصري و م 403 ق. م. سوري، و المادتان 494- 495 ق. م. أردني، و م 525 ق. م. إماراتي، و م 473 ق. م. كويتي.

(2) نصّت على التّسليم الفعلي المادة 367 ف01 ق.م. ج، والتّي تقابلها م 435 ف01 ق. م. مصري، و م 494 ف01 ق. م. أردني.

(3) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص560.

(4) مرجع نفسه، ص560.

(5) أنظر المادة 17 من قانون 05/18 السّالف الذكر.

- **الصّورة 01: التّسليم المّادي**: حيث يتسلّم المشتري المبيع بالفعل، ويستّولي عليه استيلاءً ماديًا، أي يتّم تّسليم الشّيء المبيع إلى المشتري يدًا بيد.

- **الصّورة 02: التّسليم الرّمزي**: حيث لا يتّم تسليم البضاعة مناولة أو بطريقة مادية، كأن يكون المبيع منقولاً مُودعًا في أحد المخازن العمومية، فيتّم تسليمه قانونًا بتّسليم مفتاح المخزّن، المُودّع فيه البضاعة، أو تّسليم المستّندات التّي تمثّل البضاعة إلى المشتري.[1]

ثانيا: <u>التّسليم الحُكمي</u>: يكون التّسليم حكميا[2] باتفاق الطرفين[3] على تغيير صّفة الحيّازة، وذلك كما لو كان المبيع في حيّازة المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استّبقى المبيع في حيّازته بعد البيع، لسبب آخر غير الملكية، ويتحقّق ذلك في إحدى الصّورتين:

1/ الصّورة الأولى: فقد يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع لسبب آخر، ومثال ذلك أن يشتّري شخص وحدة سكنية، كان مستأجرًا لها.

2/ الصّورة الثانية: وقد يستّبقي البائع المبيع في حيازته بعد البيع، لسبب آخر غير الملكية، كأن يستّأجره من مشتّريه الذي أصبح مالكًا له، ويحوزه في هذه الحالة باعتباره لا مالكًا للمبيع، ولكن باعتباره مستّأجرًا له[4].

ولذلك يجب الأخذ في الحسبان أنّ التّسليم الحكمي في العقود، التّي تُبرم عبر الشّبكات الإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة، يتعذّر معها تنفيذ أسلوب التّسليم الحكمي لعدم معقوليته، لا سيما في العقود التّي تتّسم بالقيمة المالية العالية الدولية، كأن يتّم شراء بضائع، وهي في حيازة مالكها في دولة، ويقوم المشتري بدفع ثمنها، وتركها في حيازته في ذات الدولة موطن البائع، على أن يُستّثنى من ذلك العقارات[5]، حيث من المُمكن تصوّر تلك التّعاقدات التّي محلّها عقار، كمن يشتّري عقار في دبي، وتقوم الشّركة المالكة بتأجيره وإدارته، خلال فترات عدم تواجد المالك، بذلك تستّمر حيازة الشّركة المالكة، على الرّغم من انتقال ملكيّتها للمشتري.

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص ص138- 139.

(2) أشارت للتّسليم الحكمي المادة 367 ف02 ق. م. ج، والتّي تقابلها م 2/435 ق. م. مصري و م 495 ق. م. أردني، و م 403 ق. م. سوري و م 526 ق. م. كويتي.

(3) هذا ما نصّت عليه بداية الفقرة الثانية من المادة 367 بنصّها: " وقد يتّم التّسليم بمجرد تراضي الطرفين"، في حين وردت في القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة 435 بأنّه: "و يجوز أن يتّم التّسليم بمجرد تراضي المتعاقدين."

(4) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص561.

(5) وفي هذا الصّدد أقرّت المادة 03 من قانون 05/18، أنّه تُمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية، إذا كانت تتعلّق بسلعة أو خدمة تستّوجب إعداد عقد رسمي- كالمعاملات الواردة على العقارات-

ويُلاحظ أنّ المنازعات التّي تثور في شأن عدم تنفيذ الالتزام، من جانب المورّد من خلال الشّبكة، هي منازعات قليلة، لأنّه يصعب إثبات عدم تنفيذ المورّد الخدمة، كما يمكن أن يحتّج على المستهلك، أنّ عدم التّنفيذ داخل الشّبكة سببه قوة قاهرة، كوجود عطل في الشّبكة الدولية أو فعل المستهلك نفسه.[1]

ثالثا: التّسليم القانوني: فهو الذي يتّم في حالات معيّنة، كتلك التّي نصّت عليها 368 ق. م. ج بأنّه: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري، فلا يتّم التّسليم إلاّ إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك " [2]. وفي نفس الصّدد نصّت كذلك المادة 812 ق. م. ج على أنّه:" يجوز نقل الحيازة دون تسليم مادي، إذا استّمر الحائز واضعًا يده، لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استّمر الخلف واضعًا يده، ولكن لحساب نفسه." [3]

رابعا: التّسليم المعنوي أو الإلكتروني: تجدر الإشارة أنّه في عقد البيع الإلكتروني، إلى جانب التّسليم الفعلي والحكمي، يوجد التّسليم المعنوي أو التّسليم الإلكتروني، الذي يتّم في الفضاء الإلكتروني "cyber space"، أي تسليم المنتّجات عبر شبكة الأنترنت، عن طريق تنزيلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالمشتري[4]، حيث تسمّى هذه العملية بالتّنزيل عن بُعد"Down loade"، وتعني نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرّسائل، أو البرامج أو البيانات عبر الأنترنت، إلى الحاسب الآلي للعميل تنفيذًا لعقد إلكتروني، أبرمه مع عارض البرنامج أو مصمّمه، كبرامج التّصاميم الهندسية أو الموسيقية، حيث يعدّ التّسليم في هذه الحالة تسليمًا معنويًا، ويتّم تنفيذ العقد على الخط، دون حاجة إلى اللّجوء للعالم الخارجي، وهو عكس مصطلح" Up load" الذي يقصد به التّحميل عن بُعد، وهي عملية إرسال الملف أو البرنامج، من جهاز حاسب آلي إلى آخر. والجدير بالذكر أنّ شبكة الأنترنت، قد أتاحت تسليم بعض المنتجات إلكترونيًا مثل برامج الحاسب الآلي، وأفلام الفيديو والكتب والأبحاث، إلى جانب خدمات الاستشارات الطبية والهندسية والقانونية[5].

---

(1) نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص ص188- 189.

(2) المادة 368 ق. م. ج تقابلها م 436 ق. م. مصري.

(3) المادة 812 ق. م. ج تقابلها م 953 ق. م. مصري.

(4) خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص139.

(5) إبراهيم عبيد علي آل علي، العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة "، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2010، ص401.

وعليه فإنّ التّسليم في البيع الإلكتروني يأخذ **صورتين**؛ بحسب محل البيع، فإذا كان محل البيع سلعًا كان التّسليم خارج الخط، وإذا كان محل البيع خدمات كان التّسليم على الخط.

1/ التّسليم خارج الخطّ "Hors ligne ": وهو ما يتعلّق بتّسليم السّلع المادية، حيث يتّم الاتفاق على الخطّ، سواءً كان طلب السّلعة أو دفع ثمنها، بينما التّسليم يتّم خارج الخط، وعليه يكون التّسليم إلكترونيًا فقط في مرحلة إبرام العقد، بينما التّنفيذ يكون غير إلكتروني، حيث يتّم التّسليم ماديًا "Livraison matérielle " وجهًا لوجه أو يدًا بيد.

2/ التّسليم على الخطّ "en ligne": وهو يتعلّق بتقديم الخدمات "services"، وفيها يتّم الاتفاق على تقديم الخدمة على الخط، ويتّم تنفيذها أيضا على الخط، وهنا يكون التّسليم إلكترونيا في الإبرام و التنفيذ[1].

ومن أمثلة التّسليم الإلكتروني للمبيع، أن يعرض البائع على المستهلك منتوج معيّن، فيقوم هذا الأخير بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية الخاصّة به، في الخانة المخصّصة لذلك على الشّاشة، فيتّم خصم قيمة المبيع من رصيده فورًا، عن طريق التّحويل الإلكتروني للأموال، والذي يتّم عن طريق شبكة تربط بين البنوك تسمى "سويفت "، ثم يقوم البائع بتنزيل المبيع على جهاز الكمبيوتر، الخاص بالمشتري عبر الأنترنت، وبذلك يمكن أن يتّم تّسليم المنتوج، دون حاجة إلى الوجود المادي الخارجي.[2]

وفي هذا الصّدد نصّت الفقرة السّابعة من البند الرّابع، للعقد النّموذجي الفرنسي للتّجارة الإلكترونية، على تحديد كيفية التّسليم، وما إذا كان سيتّم عن طريق البريد مثلاً، أو بوساطة وسيلة نقل أوعن طريق الهاتف، أو على الشّبكة نفسها، مثل برامج الكمبيوتر أو قواعد البيانات.

وفضلاً عن ذلك نصّت الفقرة التاسّعة من البند الرابع، من العقد النّموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية، على ضرورة تحديد مدّة العقد- سواء أكان موضوع التّزويد سلّعة أو خدمة- إذا كان العقد من العقود المُحدّدة.[3]

(1) طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص ص417 - 418.

(2) العلمي إلهام، مرجع سابق، ص286.

(3) نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، 2009، ص105.

الفرع الثاني:

آلية التّسليم

الأصل أنّ العقد ما بين الطّرفين يحدّد زمان ومكان التّسليم، لكن قد يخلو مثل هذا الاتفاق، وجدير بالذّكر أنّ المشرّع الجزائري، تدخّل في الأحوال التّي يخلو فيها العقد من ذكر ميعاد ومكان التّسليم، واعتّبره إخلالاً بالالتزام بالإعلام قبل التّعاقدي، الذي يستّوجب مساءلة البائع عليه[1].

أمّا فيما يخصّ نفقات التّسليم، فالأصل أنّ البائع هو المُلزّم بها، باعتباره المدين بتنفيذ الالتزام بالتّسليم[2].

أولا: زمان التّسليم: من واجبات البائع بتنفيذ التزامه بالتّسليم، أن يتّم في الزّمان المُثبّت في عقد الاستهلاك الإلكتروني، إذ من بين المعلومات التّي يجب أن يتضمّنها العرض التجاري، حسب نص المادة 11 من قانون 05/18؛ ذكر كيفيات **ومصاريف وآجال التّسليم**؛ وأنّ عدم ذكرها يترتّب عليه جزاء وهو إبطال العقد.[3]

1/ تحديد زمان التّسليم: جاءت المادة01– L114 من قانون الاستهلاك الفرنسي لتنصّ بأنّه: " يتوجّب على المهنّي، في كل عقد موضوعه بيع مال منقول، أو توريد خدمات للمستهلك، عندما لا يكون تسليم المال أو توريد التّقديم فوريًا، أو إذا كان الثّمن المُتّفق عليه، يتجاوز العتبات المحدّدة عن طريق التّنظيم، أن يبيّن التّاريخ الأقصى الذي يتعهّد فيه، بتسليم المال أو تنفيذ التّقديم ..."

وتجدر الإشارة أنّه منذ صدور هذا القانون بتاريخ 18 جانفي 1992، أصبح لزامًا في عقود الاستهلاك، على المهنّي أن يحدّد تاريخ التّسليم صرّاحة، وإن لم يفعل وجب عليه أن لا يتأخّر في التّسليم عن سبعة أيام، وإلاّ جاز للمشتري فسخ العقد، خلال ستين(60) يوما من إبرام العقد[4]، ويُلزّم في هذه الحالة، بإرسال خطاب بعلم الوصول، فإذا لم ينفّذ الالتزام بالتّسليم، في الفترة بين إرسال الخّطاب واستلامه، فإنّ العقد يعتّبر قد أُلغي، وعليه يشتّرط لتطبيق هذا النص، أن يتعلّق الأمر بعقد تزيد قيمته عن 3000 فرنك، فلا يستّفيد منها المستهلك إذا كان عقد الشّراء أقل من هذه القيمة.[5]

---

(1) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص348.

(2) غازي بن فهد بن غازي المزيني، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، ط 01، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص426.

(3) هذا حسب مقتّضى المادة 14 من قانون05/18، السّالف ذكرها آنفا.

(4) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص ص297- 298.

(5) A. Bossut, "exécution des commandes en vente par correspondance et à distance", Gaz. Pal. No spécial, 25 Fes, 1993.p 134.

وفي واقع الأمر هذه الحماية التّي قرّرتها المادة L 114-01 من قانون الاستهلاك، قد تبدو عمليًا عديمة الجدوى؛ في بعض التّعاقدات المستّخدمة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، فالمتعاقد عن طريق التليفزيون مثلاً، غالبًا ما يُقدّم على أشياء أقل من ثلاث آلاف فرنك، ومن ثمّ لا يمكنه الاستناد إلى هذه المادة[1]، بالإضافة إلى أنّ ما تؤكّده هذه المادة، جاء مخالفًا للقواعد العامة في القانون المدني، ذلك أنّ نموذج عقد الاستهلاك الإلكتروني، ينبّغي وضع أحكامه في ضوء الخصائص النّوعية الذّاتية للأنترنت، بوصفه الوسط الذي ينشأ فيه عقد الاستهلاك الإلكتروني.[2]

وتأسيسًا على ذلك، فإنّ عقد الاستهلاك الإلكتروني[3] يعدّ مفسوخًا بقوة القانون، من تلقاء نفسه كحقّ للمستّهلك بتوافر ثلاث **شروط** هي:

أ- تأخير التّسليم عن التّاريخ المُثبّت في العقد، بحيث يتّم تجاوز هذا التّاريخ بأكثر من سبعة (07) أيام.

ب- عدم توفّر حالة القوة القاهرة، التّي تبرّر التّأخير، ويثبّتها المهني أمام القضاء.

ج - حق المستهلك في فسخ العقد، يجب أن يتّم بخطاب مسجّل، مصحوب بعلم الوصول خلال مدّة ستين (60) يومًا، يبدأ في حسابها من تاريخ التّسليم، المُثبّت في عقد البيع أو عقد تقديم الخدمة.[4]

ويُلاحظ أنّ اتفاقية فيينا تقضي بأنّه: " يجب على البائع أن يسلّم البضاعة:

أ- في التّاريخ المحدّد أو قابل للتّحديد طبقا للعقد.

ب- في أيّ وقت خلال المدّة المحدّدة، أو القابلة للتّحديد طبقا للعقد، ما لم يتبيّن من الظّروف أنّ المشتّري هو الذي يختار تاريخ التّسليم.

ج - خلال مدّة معقولة من تاريخ إبرام العقد، في أية حالة أخرى." [5]

وتفسيرًا لهذا النّص يتبيّن لنا أنّ العبرة في تحديد الوقت الذي يجب على البائع تسليم المبيع فيه؛

---

(1) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص284.

(2) أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص194.

(3) ونصّت المادة 17 من مشروع نظام التجارة الإلكترونية السّعودي على أنّه: " أ- مالم يتّفق مُمارس التّجارة الإلكترونية والمستهلك، على مدة أخرى للتّسليم أو تنفيذ العقد، للمستهلك فسخ العقد، إذا حدث تأخير في التّسليم، أو تنفيذ العقد لمدّة تزيد على خمسة عشر يوما، من تاريخ التّسليم المتّفق عليه، واسترداد أيّ مبالغ قام بدفعها، بمقتضى العقد مقابل المنتجات، أو البضائع أو الخدمات أو غيرها، من التزامات العقد الأخرى المتأثّرة بهذا التأخير،

ب - يلزّم مُمارس التجارة الإلكترونية بإخطار المستهلك عن أيّ تأخير، أو صعوبات يواجهها، لها تأثير جوهري على تنفيذ العقد". راجع : غازي بن فهد بن غازي المزيني، مرجع سابق، ص426.

(4) أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص195.

(5) أنظر نصّ المادة 03/33 من اتفاقية فيينا.

يكون طبقا لإرادة الأطراف، وما تمّ الاتفاق عليه في العقد، في تاريخ معيّن أومن خلال مدّة معيّنة كأسبوع مثلا، أويتّم التّسليم خلال التّاريخ، أو المدّة القابلة للتّعيين، والتّي يمكن أن تُستّخلص من نصوص العقد، فإذا لم يتضمّن العقد نصًا، يحدّد بمقتضاه زمان تسليم المبيع، فإنّ تسليم البضاعة يجب أن يتّم خلال مدة معقولة، تخضع لتقدير قاضي الموضوع، وتختّلف طبقًا لظروف الحال.[1]

وفي مقابل ذلك قضت المادة 03 من الاتفاقية الأوربية للبيع بالمُراسلة عن بُعد [2]، بأنّه إذا استحال على البائع تصدير البضاعة المطلوبة، في 30 يومًا من تاريخ التّعاقد، فإنّه يلتّزم بإعلان المستهلك[3]، وفي نفس الصّدد جاء في البند الحادي عشر (11) من العقد النموذجي الفرنسي، بأن يتّم التّسليم خلال مدة ثلاثين يومًا، وإلاّ جاز إنهاء العقد وردّ كافة المبالغ المدفوعة[4].

ومن الجدير بالملاحظة أنّ قانون التّجارة الإلكترونية الجزائري رقم 05/18، أقرّ بأنّه في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التّسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته، في أجل أقصاه أربعة (04) أيام عمل، ابتداءً من تاريخ التّسليم الفعلي للمنتوج، دون المسّاس بحقّه في المطالبة بالتّعويض عن الضّرر[5]، وفي مقابل ذلك يلتّزم المورّد الإلكتروني بإرجاع الثّمن المدفوع، والنفقات المتعلّقة بإعادة إرسال المنتوج، إلى المستهلك خلال أجل خمسة عشر(15) يومًا، تسري من تاريخ استلامه المنتوج[6].

وتجدر الإشارة أنّ غالبية العقود المُتداولة، للمراكز الافتراضية عبر شبكة الأنترنت، قد جاءت متضمّنة فراغًا خاصًا، ضمن بند واضح يحدّد مدّة التّسليم، وهذا يأتي استجابة لما ورد في العقد النّموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية، الصّادر عن الأونيسترال، حيث أفرد فراغًا يجب ملؤه من قبل المتعاقدين بالاتفاق، مفاده: " بأنّ آخر موعد للتّسليم هو ... و إلاّ فإنّ التّسليم خلال 30 يوما." [7]

---

(1) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص ص570- 571.

(2) التوجيه الأوربي الخاصّ بحماية المستهلكين في البيع بالمراسلة أو عن بُعد عبر الحدود: CE, Directive n°:97/07 20/05/1997، كما ورد في المادة السابعة(07) من هذا التّوجيه بأنّه:" ما لم يتّفق الطرفان على خلاف ذلك، يجب على المورّد تنفيذ أمر الشّراء، على أقصى تقدير خلال ثلاثين يوما، تُحسب من اليوم التّالي لأمر الشّراء، المُرسّل من المستهلك إلى المُورِّد". راجع في هذا الشّأن: نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص191.

(3) محمد حسن رفاعي العطّار، مرجع سابق، ص114.

(4) جاء في البند الحادي عشر: "Livraison dans les 30 jours, à peine de résiliation du contrat et du remboursement des sommes versées..." راجع في هذا الشّأن: محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص104.

(5) أنظر نصّ المادة 22 ف01 من قانون 05/18.

(6) أنظر نصّ المادة 22 ف02 من قانون 05/18.

(7) محمود محمد زيدان محمد، مرجع سابق، ص173.

واستنادًا لما سبق، يمكن أن نستّخلص أنّ زمان التّسليم عبر الأنترنت يمكن تصوّره:

- وقت انعقاد العقد، وذلك في الحالات التّي يسمح فيها تنفيذ العقد عبر الشّبكة.
- في الوقت الذي يتّفق عليه الطّرفان، وهو الأصل حيث أنّ وقت وزمان تّسليم المبيع ليس من القواعد العامة، مع مراعاة أنّ ترك تحديده للبائع، يخضع لسلطات الرّقابة القضائية لحماية حقوق المستهلك، في الدوّل التّي تُفرد تشريعات خاصّة لذلك.
- في الوقت الذي يقرّره عرف التّعامل أو خلال المدّة المعقولة، وهذا في حالة عدم الاتفاق الصّريح على تحديد زمان معيّن في العقد، فيُصار إلى إعمال أعراف التّعاقد عن بُعد، أو بالمُراسلة لتّقدير المدّة المعقولة، وفي هذه الحالة نرى أن يُعذِّر المشتري البائع، بأن يسلّم إليه المبيع خلال مدّة معيّنة يحدّدها بالإعذار، وتصبح هذه المدّة بعد ذلك آمرة، يترتّب على الإخلال بها الجزاء على عدم التّنفيذ، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة أو طارئة.[1]

2/ أهمية تحديد زمان التّسليم: إنّ السّرعة في إبرام العقود عبر الأنترنت، يجب أن تقابل بالسّرعة في تسليم المنتّجات، لا سيما وأنّ المستهلكين يندفعون للتّعاقد عبر الأنترنيت، تحت تأثير تحريض المهنيين والمحتّرفين على الشّبكة، فلا يُتصوّر أن يُبرم المستهلك المتعاقد عقده في غضون دقائق بسيطة، وينتّظر أسابيع طويلة حتّى يتسلّم حاجته[2].

وعليه تظهر أهمية تحديد مدّة التّسليم في المعاملات الإلكترونية، لحماية مصالح الطّرفين وتدعيم الثّقة بينهما، وتحديد المسؤولية عن الأضرار النّاجمة عن التّأخير، ومن زاوية أخرى يصعب تحديد المدّة في بعض العقود، حيث يتوقّف أحيانًا الأمر على الظّروف الخارجية مثل: إجراءات الشّحن والجمارك وإعداد الإمكانيات لتلّقي الخدمة، أو أن يكون المحل عملاً ذهنيًا، يستّدعي ابتكاره وتصميمه وملاءمته، لاحتياجات العميل فترة زمنية معقولة، يجري العمل في مثل الحالات، على تحديد موعد تقريبي ينبّغي كقاعدة عامة الالتزام به، ما لم يقدّم المدين مبرّرات معقولة للتّأخير، يقدّرها قاضي الموضوع، ويتوقّف الأمر على طبيعة الالتزام وتعقيداته الفنّية، وصفّة المدين به كمهني مُحتّرف؛ لا يقبل منه التّنصّل من المسؤولية عن التّأخير في التّنفيذ[3].

---

(1) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص ص299- 300.

(2) المرجع نفسه، ص300.

(3) مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص406.

وعليه يمكن القول، أنّه إذا تمّ تحديد موعد التّسليم في العقد، فلا تظهر في ذلك أية إشكالات، لأنّ كلاّ من طرفي التّعاقد بائعًا كان أم مشتريًا؛ يكون عالمًا بهذا الميعاد، مستّعدًا لتنفيذ التزام التّسليم إن كان بائعًا، أو التسلّم إن كان مشتريًا، ولكن المشكّلة تظهر إذا لم يحدّد الميعاد؛ وفي ظلّ عدم وجود أعراف تعمل في هذا الشّأن، حينذاك يتّم إعمال قاعدة التّنفيذ الفوري لواجب التّسليم، بمعنى أنّ التّسليم يُنفّذ بمجرد انعقاد العقد، لكن في نطاق التجارة الدولية يكون لقاعدة التّنفيذ الفوري، معنى مختّلف عنه في البيوع الداخلية من جهة، كما يختّلف الأمر تبعًا لطبيعة البضاعة نفسها، حيث تعطي التّطبيقات التّجارية الدولية، للبائع فرصة التّسليم في البيوع الدولية، تجاوزًا لقاعدة التّنفيذ الفوري.

كما أنّ النّص على التّنفيذ الفوري في نطاق التّجارة الدولية، أمر غير مقبول لجميع أنواع السّلع، لأنّ طبيعة المبيع تستّوجب النّظر في المدّة، التّي تُعطى من أجل إتمام عملية تسليمه، كما أنّ العادات السّائدة وطبيعة العلاقات السّابقة، بين أطراف العقد تمثّل محدّدات تؤثّر في تحديد مدّة التّسليم، وهذا دعا إلى وضع قواعد البيع المُوحّد، بشأن تحديد مدّة التّسليم مصطلح المدّة المعقولة، وكل ذلك ينطّبق أيضا بشأن الصّفقات، التّي تُجرى إلكترونيا، بحيث أنّ طبيعة السّلعة تحدّد المدّة، التّي يتّم تسليمها فيها، فإن تمّ التّعاقد على سّلعة بسيطة، فيتّم بشكل أسرع ممّا لو كانت الصّفقة كبيرة.[1]

أمّا بالنسبة للتّأخير من جانب المهنّي في تنفيذ التزامه بالتّسليم، أي عدم قيامه بتسليم السّلعة أو بتنفيذ الخدمة، التّي تعهّد بها في الميعاد المحدّد بالعقد، فإنّ من مصلحة المستهلك أن يُوجّه إليه - في أقرب وقت مُمكن- إنذارا بتنفيذ التزامه، ومن الثّابت قانونًا أنّ توجيه مثل هذا الإنذار، ليس فرضًا على المستهلك؛ عندما تكون المدّة المتّفق عليها في العقد محدّدة بدقّة، في ضوء ما تقضي به المادة 1146 من القانون المدني الفرنسي، رغم أنّه لا يخلو في هذه الحالة من فائدة، باعتباره وسيلة للضّغط ووسيلة للإثبات[2].

ومن هذا المنطلق إذا نفّذ المهني التزامه في وقت متأخّر، فللمشتري أن يختار بين فسّخ العقد أو الإبقاء عليه، مع حقّه في المُطالبة بالتّعويض في الحالتين.[3]

---

(1) نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص104.

(2) أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ص191- 192.

(3) راجع المادة 22 من قانون 05/18، السّالفة الذكر. أنظر كذلك نصّ المادة 1610 ق. مدني فرنسي التّي تقضي بأنّه:
« Si le vendeur manqué à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mis en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur. »

راجع: أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص192.

ثانيا: مكان التّسليم: إنّ قوانين معاملات التّجارة الإلكترونية، لم تُعالج موضوع مكان التّسليم، وبالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني، نجد أنّ تحديد مكان تّسليم المبيع ليس من القواعد الآمرة، وعليه يجوز الاتفاق على مخالفتها.(1)

1/ تحدّيد مكان التّسليم: نستّطيع أن نستّخلص بعض القواعد العّامة في تحديد مكان التّسليم؛ من نص المادة 282 ق. م.ج التّي تنصّ على أنّه:" إذا كان محل الالتزام شيئًا معيّنًا بالذّات، وجب تّسليمه في المكان الذي كان موجودًا فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نصّ يقضي بغير ذلك .

أمّا في الالتزامات الأخرى، فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسّسته، إذا كان الالتزام مُتعلّقًا بهذه المؤسّسة." (2)

يتّضح من نصّ هذه المادة أنّه:

أ/ إذا كان المبيع شيئا **معيّنًا بالذّات،** وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت البيع، أمّا إذا كان منقولاً معيّنًا بالذّات، ولم يتّم تعيين مكان وجوده وقت البيع، فمكان التّسليم هو موطن البائع، أوفي المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال البائع، إذا كان البيع يتعلّق بهذه الأعمال.

ب/ أمّا إذا كان المبيع شيئا **معيّنا بالنّوع،** فمكان التّسليم يكون كذلك في موطن البائع، أو مركز أعماله إذا كان البيع يتعلّق بهذه الأعمال.(3)

تجدر الإشارة أنّ هذه القاعدة ليست من النّظام العام، يجوز تعديلها باتفاق خاص، أمّا في حالة وجود الاتفاق فيجب العمل به، بمعنى يجب على البائع أن يقوم بتّسليم المبيع في المكان المتّفق عليه.(4)

ج/ وإذا كان الشّيء المبيع **واجب التّصدير إلى المشتري،** فإنّ التّسليم لا يتّم إلاّ في حالة وصوله إليه، ما لم يوجد اتفاق يُخالف ذلك(5)، وهذا ما تضمّنته المادة 368 ق. م. ج إذ تقضي بأنّه: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري، فلا يتّم التّسليم إلاّ إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يُخالف ذلك" (6).

---

(1) محمود محمد زيدان محمد، مرجع سابق، ص174.

(2) المادة 282 ق. م. جزائري، تقابلها م 347 ق. م. مصري و م 499 ق. م. أردني.

(3) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص112.

(4) " le principe n'est pas d'ordre public, il est possible d'y déroger par un clause particulière"
أنظر في هذا الشأن :

Philippe (le Tourneau), le contrat de vente, Dalloz, Paris, 2005, P95.

(5) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري "عقد البيع "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص ص138- 139.

(6) المادة 368 ق. م. ج تقابلها المادة 436 ق. م. مصري و م02/499 ق. م. أردني.

ولتوضيح ذلك: يرجع إلى اتفاق المتّعاقدين على مكان التّسليم أولاً، فقد يكون هذا الاتفاق على التّسليم في محلّ البائع مثلاً، أو ميناء الشّحن، ميناء التّفريغ أو محل المشتري، فإذا لم يوجد اتفاق يرجع إلى النّص المكمّل؛ الذي يقضي بأنّ مكان التّسليم في حالة تصدير المبيع، هو مكان وصوله للمشتري(المستورّد)، وهو نفس النّهج الذي سار عليه القانون المدني الإيطالي، من خلال اختصاصه لحالة تصدير المبيع بحكم خاص أورده في المادة 1510.[1]

وفضلاً عن ذلك حرصّت العقود الدولية بشأن مكان التّسليم، على أن تُورد بين بنودها ما يحدّد مكان التّسليم، فجاء في البند 12 من عقد المركز التجاري " Infonie " أنّه:" يتّم تسليم السّلع في موطنك، أو في أيّ عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي، وتذكره في طلبك، ولن تتحمّل أية نفقات من أجل التّسليم، إلاّ نفقات التّصدير المذكورة سالفا " [2].

وفي نفس الصّدد ورد بنصّ المادة 31 من اتفاقية فيينا، عدّة حلول احتياطية لمواجهة الاحتمالات، التّي قد لا يشتّمل فيما العقد على تحديد المكان، الذي يتعيّن فيه على البائع تسليم المبيع، فقد فرّقت هذه المادة بين **ثلاثة فروض**:

الأول: حالة تضمّن البيع نقلاً للبضاعة، فحدّدت هذه المادة أن يتّم التّسليم بوضع البضاعة ماديًا، في حيازة الناقل الأول لتوصيلها إلى المشتري، وذلك في حالة تعدّد النّاقلين، فالعبرة بتّسليم البضّاعة للناقل، تحت تصرّف المشتري في مكان وجود البضّاعة، أوفي المكان المحدّد من قبل المتّعاقدين؛ وهذا يعني أنّ البائع بتّسليمه البضاعة، إلى النّاقل الأول يكون قد أوفى بالتزامه بالتّسليم.[3]

أمّا في الحالة **الثانية**: حالة العقود التّي لا تتضمّن نقل المبيع، ففي هذه الحالة طالما أنّ المتعاقدين يعرفان وقت تحرير العقد، أنّ البضائع المحدّدة بذاتها موجودة في مكان معيّن، أو أنّها سيجري انتاجها في مكان معيّن، فالبائع يكون قد أوفى بالتزامه؛ إذا قام بوضع تلك البضائع تحت تصرّف المشتري في ذلك المكان، أمّا في غير هذه الأحوال، فيكون مكان التّسليم هو مركز أعمال البائع عند البيع؛ وهذه هي الحالة **الثالثة**.[4]

تطبيقًا لذلك، فقد صدر حكم عن محكمة النقض الفرنسية في 02 كانون الأول1997 مؤيّدًا ذلك، وهذه القضية تتعلّق بنزاع نشب بين شركة بائعة، مركز إدارتها في إيطاليا ومشتّري فرنسي؛

(1) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص290.

(2) نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص106.

(3) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص291.

(4) مرجع نفسه، ص291.

حيث سلّمت الشّركة البّائعة منتجات إلى الشّركة المشتّرية، وكان إيصال طلب المشتّري يتضمّن شرطًا تعاقديًا، يُنسِّب الاختصاص القضائي إلى المحكمة التّجارية في فرنسا، غير أنّ القوائم التّي أرسلتها الشّركة الإيطالية، إلى الشّركة الفرنسية المتعاقدة معها، كانت تشير إلى اختصاص المحكمة التّجارية في إيطاليا، ثم ظهر أنّ المنتجات معيبة، فرفع المشتري الفرنسي دعوى ضد الشّركة الإيطالية، أمام المحكمة التّجارية في فرنسا، وأثار البائع الإيطالي عدم اختصاص القضاء الفرنسي، مؤكّدًا اختصاص القضاء الإيطالي، فاستّأنف المشتري الفرنسي الحكم، وبعد ذلك اعتّبرت محكمة الاستئناف، أنّ الاختصاص يتحدّد استنادًا إلى مكان وفاء البائع بالالتزام بالتّسليم؛ نظرًا لخضوع البيوع لاتفاقية فيينا، فإنّ مكان التّسليم يوجد في إيطاليا، التّي هي مكان تسليم البضاعة إلى المشتري وفقا للمادة 31 من اتفاقية فيينا، ثم طعن المشتري الفرنسي في الحكم بالنّقض، ورفضت محكمة النّقض هذا الطّعن، واعتّبرت أنّ محكمة الاستئناف برّرت قرارها، عندما بيّنت أنّ مكان تنفيذ الالتزام بالتّسليم، من قِبل البائع يوجد في إيطاليا، التّي هي مكان تسليم البضاعة للمشتري، وهذا المكان حدّد بموجب تطبيق صرّيح للمادة 31 من اتفاقية فيينا.[1]

ومن الضّروري في العقد المُبرم عبر الأنترنت، التّمييز بين الخدمة التّي تقدّم من خلال الشّبكة العالمية، وبين السّلعة التّي ينبّغي تسليمها في مكان يتّم الاتفاق عليه، ففي الحالة **الأولى** يتّم تقديم الخدمة على الشّبكة نفسها، بينما في الحالة **الثانية** ترسّل البضاعة أو الشّيء المبيع إلى عنوان طالبه، ومن ثمّ يتّم تنفيذ العقد المُبرم عبر الأنترنت، بتسليم الشّيء المبيع إلى العنوان الذي يحدّده المشتري[2].

ويُلاحظ أنّ في برامج المعلومات، إذا ما اتفقا طرفا العقد على أن يتّم التّسليم في مكان معيّن، فإنّه يجب احترام الشّروط التّعاقدية؛ إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة. أمّا إذا لم يتّفق الطّرفان على مكان التّسليم، فإنّه ينبّغي تطبيق القواعد العامة؛ فيجب تسليم البرنامج مثلاً في المكان الذي وُجد به البرنامج، محل التّعاقد وقت إبرام العقد، وإن كان البرنامج من البرامج النّمطية - المثليات – فإنّ مكان التّسليم يكون هو المكان الذي يوجد فيه البرنامج، لدى البائع لحظة تعيين البرنامج وإفرازه[3].

(1) محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى: القرار صادر في 1997/12/02، كما أنّ ملف القضية مُتاح على الموقع : http//www.csmail.law.pace.edu /cisgarabic/middle east /abstract 15.htm

(2) بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص156.

(3) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص291.

استنادًا لما سبق نخلص إلى أنّ **أماكن تسليم المبيع عبر الأنترنت** يمكن تصوّرها كالآتي:

أ/ في المكان الذي يحدّده إعلان البائع: وهذه الصّورة الغالبة في عقود البيع عبر الأنترنت، إذ أنّ كثيرًا من عقود المتاجر الافتراضية، تتضمّن نصوصًا تُحدّد فيها أماكن مزاولة النّشاط، أو الأماكن التّي يستّطيع فيها المورِّد تقديم خدماته ومعروضاته.

ب/ المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع: وذلك في حالات الشّراء عبر الحدود، على سلع يُمنع تداولها في مكان المشتري، حيث نرى ضرورة مراعاة قوانين الدّول، التّي تُحرِّم دخول المبيع إليها، فما يمكن أن يُباع ويُشتّرى من السّلع في السّويد مثلاً، قد لا يسمح بتداوله في مصر.

ج/ المكان الذي يحدّده العُرف: ونقصد بذلك عرف تسجيل الطّلبيات أو طلبات المنازل، والذي يقضي بإيصالها إلى مكان تواجد المشتري.

د/ في المكان الذي يحدّده المشتري: وسواءً أكان مكان سكنه أو عمله أو أيّ مكان آخر، فقد يشتّري الشّخص من مصر هدية لأحد الأصدقاء، على سرير الشّفاء في ولاية فلوريدا، عبر معارض صفحات الويب، ويطلب إرسالها وتّسليمها إليه في المستشفى هناك[1].

2/ أهمية تحدّيد مكان التّسليم: وجدير بالذّكر أنّه في مجالات المعاملات الإلكترونية، يكون لتحديد مكان التّسليم وشروطه أهمية قصوى، والذي يرتّبط بأسلوب دفع المقابل، لضمان جدّية التّنفيذ، وكذلك ميعاد التّسليم، والذي يُراعى فيه طبيعة المحل أو ما يقتّضيه العرف[2].

وفضلاً عن ذلك يعدّ تحديد مكان التّسليم، ضروري في التّعاقدات الإلكترونية عبر الأنترنت، لتحديد المخاطر التّي قد تلحق بالسّلعة، عند وصولها لمكان التّسليم، وكذلك تحديد القانون الواجب التّطبيق.[3]

ثالثا: نفقات التّسليم: ممّا لا شكّ فيه أنّ تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع للمشتري، قد يتطلّب نفقات معيّنة لمصروفات نقل المبيع إلى مكان التّسليم، وخاصّة في حالة التّصدير والاستيراد، ونفقات فرز المبيع المعيّن بنوعه؛ وقيّاسه أو كيله أو عدّه أو وزنه، فمثل هذه النّفقات تتطلّب تحديد أيّ المتعاقدين يتحمّلها[4].

---

(1) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص303.

(2) أيمن أحمد محمد الدلوع، المسؤولية المدنية النّاشئة عن التّعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص109.

(3) نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص192.

(4) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص293.

وفي هذا المقام لم ينصّ المشرّع الجزائري في القانون المدني، على قواعد خاصّة تتعلّق بنفقات تّسليم المبيع، ممّا يتعيّن معه الرّجوع إلى القواعد العّامة، حيث تنّص المادة 283 ق. م. ج على أنّه: " تكون نفقات الوفاء على المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نصّ يقضي بغير ذلك" [1]، وعليه فإنّ نفقات تسليم المبيع في عقود التّجارة الإلكترونية، تكون على عاتق البائع، إلاّ إذا وُجد اتفاق أو نصّ يقضي بغير ذلك[2]، فنصّ المادة 283 ق. م. ج نص مُكمِّل، يجوز مخالفته بالاتفاق أو بنصّ قانوني، كما أنّه قد يتّفق الطّرفان على أن يتحمّل كل منهما نسبة معيّنة من هذه النّفقات، أو تكون هذه النّفقات مُناصفة بين الطّرفين[3]. وفي نفس الصّدد تضمّنت المادة 1608 من القانون المدني الفرنسي نصًّا مماثلاً، يقضي بأن تكون مصاريف "les frais" التّسليم على عاتق البائع، وتجدر الإشارة أنّ هذه القاعدة ليست من النّظام العام، وبالتّالي يجوز للأطراف الاتفاق على ما يُخالفها[4].

ولابد من الإشارة أنّه إذا كان المشتري في غير مكان البائع، واشتّرط التّسليم خالص الأجر، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري، ونفقات النّقل عليه- أيّ على المشتري-، وفي هذا الصّدد تنص المادة 1510 من القانون المدني الإيطالي على أنّه: " إذا تمّ تصدير المبيع أو نقله إلى المشتّري، فإنّ مصروفات النّقل أو الشّحن تكون على المشتري .

وإذا اشتّرط المشتّري أن يكون التّسليم خالص، من أجر الشّحن ومن الرّسوم الجمركية، فإنّ البائع يتحمّل هذه الرّسوم أيضا " [5].

وفي واقع الأمر الرّسوم الجمركية والضّرائب، يتحمّلها غالبًا المشتري في العقود المُبرمة عبر شّبكة الأنترنت، ولكن يجب على البائع أن يبيّن للمشتري ثمن السّلعة بشّكل منفّصل، ويبيّن له أيضًا ما يترتّب عليها من رسوم، أو ضرائب وكذلك رسوم الشّحن، وذلك لكي لا يتفاجأ المشتري بالمبلغ المطلوب منه، وأنّ هذا المبلغ كبير قد يفوق في بعض الأحيان ثمن السّلعة[6].

---

(1) المادة 283 ق. م. ج تقابلها م 348 ق. م. مصري و م 388 ق. م. أردني، في حين تنصّ المادة 531 ق. م. أردني على أنّه: " نفقات تسليم الثّمن وعقد البيع وتسجيله، وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري، ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع، ما لم يوجد اتفاق أو نصّ في قانون خاص يقضي بغير ذلك."

(2) غازي بن فهد بن غازي المزيني، مرجع سابق، ص427.

(3) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص371.

(4) طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص 418.

(5) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص294.

(6) محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص123.

وفي مقابل ذلك لا يمكّن للمورّد الإلكتروني، مطالبة المستّهلك الإلكتروني بدفع الثّمن أو مصاريف التّسليم، إذا قام هو بتسليم منتوجًا أو خدمة، لم يتّم طلبها من طرف المستّهلك الإلكتروني[1].

ومن زاوية أخرى أوردت التّشريعات الخاصّة بمبادلات التّجارة الإلكترونية، مقتّضى فريد تتأثّر به العلاقة التّعاقدية، وحدها التّي تنشأ عبر استعمال الوسائل الإلكترونية، هذا المُقتّضى يتعلّق بالحق في الإعلام، حيث ألزمت تلك القوانين على المُوجب أن يُضمِّن إيجابه، معلومات تتعلّق بنفقات التّسليم، وهو كذلك ما أقرّه المشرّع الجزائري بمقتّضى المادة 11 من قانون 05/18. وفي حالة تمام العقد دون الإشارة إلى ذلك؛ يتحمّل البائع نفقات تسليم الشّيء المبيع، وهو ما نصّ عليه المشرّع التّونسي في قانون غشت 2000؛ من أنّه يجب على المُوجب أن يُضمِّن إيجابه، معلومات عن نفقات التّسليم، تحت طائلة تحمّلها من طرف البائع حالة غياب ذلك التّنصيص، كما أنّ القانون الفرنسي أشار إلى نص المقتّضى في الفصل 19 من قانون 2004[2].

الفرع الثالث:

جزاء الإخلال بالالتزام بالتّسليم

إنّ العقد تترتّب آثاره القانونية متى انعقد صحيحًا، وهو ما يجعل كل طرف فيه مدينًا بتنفيذ التزاماته، إلاّ أنّه قد يحدث أن لا يستّطيع أحد الأطراف تنفيذ التزاماته، ففي التزام البائع المهنّي بالتّسليم، قد يجد هذا الأخير نفسه غير قادر على الوفاء بالتزامه، وذلك بسبب هلاك المبيع قبل تسليمه للمشتري، فهنا يكون تحمّل تبعة الهلاك بحسب المُتسبِّب فيها، وبالرّجوع إلى التّنظيمات الخاصّة بالمعاملات الإلكترونية، لا نجد نصوصًا تنظِّم مسألة تبعة الهلاك، ومن يتحمّلها، وإنّما نرجع دائمًا إلى القواعد العامة لنظرية العقد[3]، وهو ما يفسِّر نقص وغموض هذه التّشريعات[4]. لذا يعتّبر البائع مخلاً بالتزامه بالتّسليم، في حالة امتناعه عن التّسليم، أو إذا قام بتّسليم المبيع في غير الحالة التّي كان عليها وقت البيع، أو في حالة تأخّره عن التّسليم، في الميعاد المُتّفق عليه أو المحدّد قانونا[5]. وكذلك في حالة

(1) أنظر نصّ المادة 21 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

(2) مولاي حفيظ علوي قاديري، مرجع سابق، ص132.

(3) المادة 369 ق. م. ج تنصّ على أنّه: " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع واسترد المشتري الثّمن، إلاّ إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع."

(4) محمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص ص588- 589.

(5) أنظر نصّ المادة 22 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

ما إذا قام بتسليم مبيع غير مُطابق لما تمّ الاتفاق عليه[1]، وتسليم المبيع في غير المكان المُتّفق عليه[2]. لذا سنتناول بالدّراسة لتبعة هلاك المبيع قبل التّسليم (أولا)، وإلى الجزاء المترتّب عن عدم تسليم المبيع (ثانيا).

أولا: تبعة الهلاك قبل التّسليم: إذا انعقد البيع وطرأ على المبيع هلاك، أو تلف أو ضرر قبل تسليم المبيع إلى المشتري، فإنّ تبعة الهلاك تكون في الأصل على البائع، إلاّ إذا كان الهلاك بسبب المشتري، أمّا تبعة الهلاك بعد تسليم المبيع، فتكون على المشتري؛ إلاّ إذا كان الهلاك بفعل البائع أو بسببه.

وفي مقابل ذلك إذا كان الهلاك بفعل المشتري قبل التّسليم، فإنّه يعتّبر مُتسلِّما للمبيع، وينقض بذلك التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، الذي سبّب هلاك المبيع[3]. لذا سنتطرّق لتبعة هلاك المبيع قبل التّسليم تبعا لمصدر الضّرر كالآتي:

1/ هلاك المبيع بفعلّ المشتري: إذا كانت القاعدة أنّ تبعة الهلاك تقع على البائع قبل تسليم المبيع، وعلى المشتري بعد تسليمه، إلاّ أنّ هذه القاعدة ترد عليها استثناءات، أين تقع فيها تبعة الهلاك على المشتري، قبل أن يُنفّذ البائع التزامه بتسليم المبيع، ويكون ذلك في **الحالات** التّالية:

أ/ حالة اتفاق المتعاقدين على أن يتحمّل المشتري تبعة هلاك المبيع قبل تمام التّسليم؛ وذلك على أساس أنّ قاعدة تحمّل البائع تبعة الهلاك قبل التّسليم ليست من النّظام العام، وبالتّالي يجوز الاتفاق على ما يُخالفها.

ب/ كما تكون نتيجة الهلاك على المشتري، إذا أعذره البائع لتسلّم المبيع فامتّنع عن تسلّمه، فإذا هلك في هذه الحالة، كانت تبعة هلاكه على المشتّري، رغم عدم تسلّم المبيع.

ج/ إذا وضع المشتري يده على المبيع، قبل دفع الثّمن وبدون إذن البائع، وهلك المبيع، تحمّل المشتري تبعة الهلاك.

د/ يتحمّل المشتري تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه، إذ هلك المبيع في يدّ البائع وهو حابسًا له، نظرا لعدم وفاء المشتري بالثّمن[4]، وفي هذا الصّدد نصّت المادة 391 ق. م. ج على أنّه:" إذا تلف المبيع في يدّ البائع وهو ماسك له، كان تلفه على المشتري، ما لم يكن التّلف قد وقع من فعل البائع." [5]

---

(1) أنظر نصّ المادة 23 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

(2) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري "عقد البيع"، مرجع سابق، ص141.

(3) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص373.

(4) محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية، مصر، 1996، ص264.

(5) المادة 391 من أمر 58/75 المتضمّن القانون المدني، السّالف الذكر.

و/ جاء في القانون التّجاري المصري استثناء من قاعدة أنّ الهلاك على البائع قبل التّسليم، إذ نصّت المادة 94 على أنّ البضائع التّي تخرج من مخزن البائع، أو المُرسّل يكون خطرها في الطريق على من يملكها، ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك[1]، وقد كان مقتّضى المادة 436 ق. م. مصري أنّ هلاك البضاعة في الطريق، يكون على عاتق البائع بصرف النّظر عن انتقال الملكية[2]. وتجدر الإشارة إلى أنّه ليس في القانون التّجاري الجزائري مقابل للمادة 94 ق. تجاري مصري، ومن ثمّ فيتبع حكم المادة 368 ق.م. ج ويكون هلاك البضاعة في الطريق على البائع.[3]

2/ هلاك المبيع بسبب لا يد لأحد المتّعاقدين به: يُفرّق في هذه الحالة بين الهلاك الذي يقع بسبب القوة القاهرة، أو الذي يتسبّب فيه فعل الغير.

أ/ هلاك المبيع بسبب القوّة القاهرة أو حادث مُفاجئ: وسبب الهلاك هنا لا يدّ للمتبايعين فيه، وليس صادرًا عن أحد من الغير، فمصدر الهلاك آفة سماوية أو حادث مفاجئ، أو قوة قاهرة ولا يكون من الأشخاص [4]، و في هذا المقام يختّلف الحكم تبعًا لطبيعة الهلاك؛ كليًا كان أو جزئيًا:

أ1/ إذا كان الهلاك كليًا: انفّسخ العقد واستّرد المشتري ما دفعه من ثمن، بمعنى أنّه متى أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب القوّة القاهرة، انقضى الالتزام المُقابل.

أ2/ أمّا إذا كان الهلاك جزئيّا: والبيع يقبل التّجزئة فيكون الخيّار هنا للمشتري، إمّا بفسخ العقد واسترداد الثّمن، أو إجازة البيع بالجزء الباقي من المبيع بما يقابله من ثمن[5]، وتنصّ المادة 370 ق. م. ج على أنّه: " إذا نقُصت قيمة المبيع قبل التّسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري، إمّا أن يطلب فسخ البيع إذا كان النّقص جسيمًا، بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتّم البيع، وإمّا أن يُبقي البيع مع إنقاص الثمن." [6].

وفي هذا الإطار يُفتّرض بداية أنّ الهلاك الجزئي، أو التّلف قد حدث لسبب أجنبي لا يدّ للبائع أو المشتري فيه، ويُقصّد بالهلاك الجزئي؛ التّلف الذي يعتّري جزء من المبيع، ويترتّب عليه نقصان

---

(1) المادة 94 ق. ت مصري مطابقة للمادة 100 ق. تجاري فرنسي.

(2) المادة 436 ق. م. مصري تنصّ على أنّه:" إذا وجب تصدير المبيع للمشتري، فلا يتّم التّسليم إلاّ إذا وصل إليه..."

(3) المادة 368 ق. م. جزائري هي مقابلة للمادة 436 ق. م. مصري. راجع : محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص126.

(4) مصطفى موسى العجارمة، مرجع السابق، ص374.

(5) لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01 بن يوسف بن خدة، الجزائر،2011 - 2012، ص51.

(6) المادة 370 ق. م. جزائري تقابلها م 438 ق. م. مصري و م 500 ق. م. أردني.

مقدار المبيع، لا نقصان قيمته لسبب من الأسباب، كالأزمات الاقتصادية مثلاً.[1]

ب/ هلاك المبيع بفعلّ الغير: في هذه الحالة يختّلف الأمر تبعًا لطبيعة الهلاك، فيما إذا كان كليًا أو جزئيًا:

ب1/ إذا كان الهلاك كليًا: فله خياران:

- ✓ أن يختار إمّا فسخ العقد واستعادة الثّمن، ويكون للبائع أن يعود على المتسبّب، بضمان مثل المبيع أو قيمته، وعلى الغير أن يلتّزم بما يختاره البائع، كما له أن يُطالب بالتّعويض.
- ✓ وإمّا أن يجيز العقد، حيث تبعة الهلاك على المشتري، لكونه يعتّبر بحكم المتسلِّم للمبيع حكمًا، وعليه أن يؤدي الثّمن إن لم يكن أدّاه، وله أن يرجع على المُتسبِّب بما أتلفه، مثلّه أو قيمته، وعلى هذا الأخير أن يلتّزم بما يختاره، فإن اختار الرّجوع عليه بقيمة المبيع أدّاه، وإن اختار أن يرجع عليه بمثل ما أُتلف عليه الالتزام بهذا الأخير، كما يكون للمشتري المطالبة بالتّعويض عمّا أصابه من ضرر.[2]

ب2/ أمّا إذا كان الهلاك جزئيًا: فللمشتّري الخيارات الثلاثة:

- ✓ إمّا أن يختار الفسخ، وفي هذه الحالة يُعاد الحال إلى ما كان عليه قبل التّعاقد، بحيث يبقى المبيع في ملك البائع، ويستّردّ المشتري الثّمن، ولا يكون للبائع إلاّ أن يُطالب المُتسبِّب، بضمان قيمة الأضرار التّي أصابته. أمّا إذا كان الهلاك جزئيا، بحيث لا يمكن الانتفاع بالمبيع، فيكون للبائع في مثل هذه الحالة، حق المطالبة بمثل المبيع الهالك أو قيمته.
- ✓ إمّا أن يجيز عقد البيع في الجزء المُتبقي، ويفسخ العقد فيما هلك منه، بشرط أن يقبل المبيع التّجزئة، فيأخذ المشتري الجزء غير الهالك، ويفسخ العقد فيما هلك منه، وبذلك يستّرد ثمن هذا الجزء، إن كان قد دفع ثمن المبيع، أو أن يدفع ثمن ما أجاز إن لم يكن قد دفع ثمنه، ويكون للبائع الحقّ في أن يرجع على المُتلِّف، بضمان ما أُتلف مع مطالبته بالتّعويض عمّا أصابه من ضرر.
- ✓ وللمشتّري الخيار في أن يجيز البيع، ويرجع على مُتسبِّب التّلف بالضّمان، بحيث يكون المشتري في هذه الحالة مُتسلِّما حكمًا للمبيع، فإذا هلك عليه فيُلزم بدفع الثّمن، على أن يعود على المُتسبِّب بضمان ما أُتلف. وفي كلّ الحالات السّابقة إذا اختار المشتري أحد الخيارات، سقطت الخيارات الأخرى؛ بمعنى أنّه لا يجوز للمشتري أن يرجع عن خياره إلاّ بموافقة البائع.[3]

---

(1) أسامة أحمد بدر، رمزي رشاد الشيخ، العقود المسمّاة " البيع والإيجار"، مطبعة جامعة طنطا، مصر، 2008، ص243.

(2) نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص ص108- 109.

(3) لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص ص51- 52.

وتجدر الإشارة بشأن العقود الإلكترونية، هو أنّ هلاك المبيع قبل تسليمه لا يثير أيّة مشكلاّت، وذلك لأنّ قوانين التّجارة الإلكترونية، أعطت للمشتري مهلة للتّراجع عن البيع، بحيث تجيز هذه القوانين في فترة يحدّدها العقد التّراجع عن البيع.[1]

ثانيا: جزاء عدم تسليم المبيع: الالتزام بالتّسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، فيتحقّق الإخلال به بمجرد عدم إتمامه، أو التأخّر فيه أو إتمامه بطريقة معيبة[2]، فإذا توفّرت حالة من هذه الحالات؛ كان للمشتري إمّا الدّفع بعدم التّنفيذ، أو المطالبة بالتّنفيذ العيني أو فسخ العقد.

1/ الدّفع بعدم التّنفيذ: يُعرّف الدّفع بعدم التّنفيذ بأنّه: " حق كل متعاقد في عقد ملزم للجانبين، في أن يمتّنع عن تنفيذ التزامه، حتّى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به." [3]، وبعبارة أخرى، هو قيام أحد المتعاقدين بوقف تنفيذ التزاماته بالعقد، حتّى يقوم المتعاقد بتنفيذ ما التّزم به في هذا العقد. وأساس قاعدة الدّفع بعدم التّنفيذ، أنّه إذا كان للدائن في العقد المُلزم للجانبين المُطالبة بفسخ العقد، إذا لم ينفِّذ المتعاقد الآخر التزامه، فإنّ له من باب أولى أن يتوقّف عن تنفيذ التزاماته، حتّى يقوم المدين بتنفيذ ما التزم به[4]، وفي نفس الصّدد تنصّ المادة 123 ق. م. ج على أنّه:" في العقود المُلزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المُتقابلة مُستّحقّة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتّنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به" [5]. وبالتّالي أحكام هذه المادة تعطي للمشتري، الحق في الامتناع عن دفع الثّمن إذا كان مؤجلاً، أو عدم تكملة الثّمن إذا كان مقسّطًا، إذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه بتّسليم المبيع.[6]

ولابدّ من الإشارة أنّ الأساس الذي يقوم عليه الدّفع بعدم التّنفيذ، هو ما يسمّى نظرية السّبب المباشر، بمعنى أنّ سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر. ويُشتّرط للتمسّك بالدّفع بعدم التّنفيذ، أن يكون مصدر الالتزامات المُتقابلة عقدًا واحدًا، كما يشتّرط في المُمتّنع عن التّنفيذ، أن يكون حسن النية، وذلك بأن يكون مستّعدًا لتنفيذ التزامه، وأن تكون حجّته في الامتناع مبنية على أسباب معقولة،

---

(1) نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص ص109- 110.

(2) محمود محمد زيدان محمد، مرجع سابق، ص175.

(3) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع: العقود التّي تقع على الملكية " البيع والمقايضة "، ط 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص603.

(4) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول: مصادر الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص826.

(5) المادة 123 ق. م. جزائري، تقابلها م 203 ق. م. أردني.

(6) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص382.

وفي نفس الصّدد نجد أنّ عدم إمكانية استمرار الامتناع عن التّنفيذ، إنّما هو إجراء مؤقّت إذا لم يعط آثاره. ونتيجة ذلك أنّ للقاضي تقرير الفسخ أو التّنفيذ العيني الجبري، أو أن ينتّفي الدّفع بتقديم المدين ضماناً، يكفل بأن ينفّذ التزام التّسليم.[1]

2/ المُطالبة بفسخ العقد: لم يعرِّف المشرّع الجزائري الفسخ، باعتباره أحد وسائل انحلال العقد، وبالرجوع لنصّ المادة 119 ق. م. ج [2]، يعدّ الفسخ جزاء مترتِّب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، ولا يكون إلاّ في العقود الملزمة للجانبين، فإذا أخلّ أحد المتعاقدين بالتزاماته، جاز للمتعاقد الآخر بدلاً من طلب تنفيذ العقد تنفيذاً عينيًا، أو طلب التّعويض عن عدم التّنفيذ أن يطلب فسخ العقد؛ وهو ما يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي[3]. وبالتّالي إذا أخلّ البائع بالتزامه بالتّسليم، فيجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد، بعد إعذار البائع بضرورة تنفيذ التزامه خلال مدّة معقولة، فإذا لم يقم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري خلال هذه المدّة، فللمشتري رفع دعوى فسخ العقد، وبعد الحكم بالفسخ يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التّي كانا عليها قبل التّعاقد[4].

ويشترّط للتّمسّك بالفسخ أن يكون العقد مُلزمًا للجانبين، وأن يكون أحد المتعاقدين قد تخلّف عن تنفيذ التزامه، وأن يكون المتعاقد الآخر الذي يطالب بالفسخ قد نفّذ التزامه، أو مستّعدًا لتّنفيذ هذا الالتزام[5]. وتأسيسًا على ذلك رتّب كل من المشرّع التّونسي والمشرّع الفرنسي فسخ العقد، بسبب عدم تسليم المنتوج من قِبل المُحترف، النّاتج عن نفاذه، والفسخ هنا لا تنطّبق عليه القواعد العامة التّقليدية، التّي تقتّضي أن يقوم الدائن بإعذار المدين، ثمّ تسجيل تخلّفه عن تنفيذ التزامه، عندئذ يستّطيع الدّائن المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم التّنفيذ أمام القضاء، لكن هذه القواعد وما تتطلّبه من إجراءات طويلة ومُكلِّفة للدائن، قد تجاوزها التّشريع المُقارن في التّعاقد الإلكتروني، ورتّب الفسخ بإرادة المستهلك مباشرة، بعد أن يكون هذا الأخير قد أعلمه برسالة مضمونة الوصول، وابتداءً من تلك اللّحظة تزول العلاقة التّعاقدية بين الطّرفين، ويُعاد المتعاقدين إلى الحالة التّي كانا عليها قبل التّعاقد.

---

(1) نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص111.

(2) تنّص المادة 119 ق. م. ج على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين، أن يُطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التّعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"، هذه المادة تقابلها المادة 01/246 ق. م. أردني.

(3) أحمد إبراهيم عطية، بطلان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، ط 01، دار الراضي للنشر، القاهرة، مصر،2012، ص153.

(4) محمد يوسف الزغبي، العقود المسمّاة " شرح عقد البيع في القانون المدني "، مرجع سابق، ص329.

(5) علي فيلالي، الالتزامات " النظرية العامة للعقد "، ط 02، موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2005، ص350.

بناءً على ذلك نجد أنّ قواعد التّعاقد الإلكتروني، تجعل الفسخ الحلّ المُلائم لطريقة التّعاقد، من أجل حماية المستهلك، بينما القواعد التّقليدية تفضّل الإبقاء على العلاقة التّعاقدية، حماية لاستقرار المعاملات[1]. وفي هذا المقام نصّ في الفصل 35 من قانون المبادلات والتّجارة الإلكترونية التّونسي على أنّه: " يتعيّن على البائع في صورة عدم توفير المنتّج أو الخدمة المطلوبة، إعلام المستهلك بذلك في أجل أقصاه 24 ساعة، قبل تاريخ التّسليم المنصوص عليه في العقد، وإرجاع كامل المبلغ المدفوع لصاحبه، وباستثناء حالات القوّة القاهرة، يُفسّخ العقد إذا أخلّ البائع بالتزاماته، ويسترّجع المستهلك المبلغ المدفوع، بقطع النّظر عن جبر الضّرر اللاّحق به." [2]

ولابدّ من الإشارة أنّ المادة 24 من قانون 05/18 قد ألزمت المُورّد الإلكتروني، بعدم الموافقة على طلبية منتوج غير متوفّر في مخزونه.

3/ المطالبة بالتّنفيذ العيني: تنصّ المادة 164 ق. م. ج على أنّه:" يُجبر المدين بعد إعذاره طبقًا للمادتين 180 و181، على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًا، متى كان ذلك مُمكنًا." [3]، فطبقا لهذا النصّ؛ تُعطى للمشتري في حال إخلال البائع بالتزامه بالتّسليم، الحق بمطالبة البائع بتنفيذ ما التّزم به، جبرًا بعد إعذاره بضرورة التّنفيذ، متى كان التّنفيذ العيني مُمكنًا[4]، وفقا للشّروط المنصوص عليها في أحكام الالتزام، وإلاّ فالتّنفيذ بمقابل. وفي حالة ما إذا اختار المشتري التّنفيذ العيني الجبري، كان له الحقّ في المُطالبة بالتّعويض، عن الضّرر الذي أصابه، حتّى ولو كان ذلك من مجرد التّأخر في التّسليم، أمّا إذا اضطّر إلى طلب التّنفيذ بمقابل، وذلك في استحالة التّنفيذ العيني؛ كان له الحق في تعويض يشمل قيمة المبيع، وقيمة الأضرار التّي لحقته بسبب التّأخر في التّسليم[5]، أيّ الأخذ بعين الاعتبار الضّرر الذي لحق المشتري، والعنت الذي بدا من البائع، عملاً بالقواعد التّشريعية:

" الضرورات تقدّر بقدرها " و" الضّرر يُدفّع بقدر الإمكان" [6].

ومن هذا المنطلق، التّنفيذ العيني هو إجبار البائع على تنفيذ التزاماته، لأنّ الغاية من العقد هو تنفيذه بين الطّرفين، فإذا طالب الدائن بتنفيذه، فلا يجوز للمدين الامتناع عن ذلك، بل يُجبّر على ذلك

(1) يمينة حوحو، مرجع سابق، ص ص243- 244.

(2) نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص113.

(3) المادة 164 ق. م. ج تقابلها م 01/355 ق. م. أردني.

(4) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص384.

(5) سليمان مرقس، شرح القانون المدني " العقود المسماة " المجلّد الأول: عقد البيع ، ط 04، عالم الكتب " نشر و توزيع و طباعة "، القاهرة، مصر، 1980، ص236.

(6) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص384.

إذا كان مُمكّنًا، وإلاّ حُكم له بالتّعويض في حالة استحالته. ولكن لكي يتمكّن المشتري من مطالبة البائع بالتّنفيذ العيني، وجب عليه إعذار البائع بذلك[1]. ومن أمثلة ذلك القرار الصّادر بتاريخ 2000/02/16، المتعلّق بتسليم بضاعة فاسدة، حيث تمّ تسليم كمية من البطاطس المخصّصة للاستهلاك، بدلاً من بذور البطاطس المعدّة للزراعة- حسب مقتّضيات العقد المُبرم بين الطّرفين المتنازعين-، وبثبوت فساد البضاعة المُسلّمة، يجعل مسؤولية الطّاعنة قائمة في إطار المسؤولية العقدية، وانتهى بقبول الطّعن شكلاً ورفضه موضوعًا، وتحميل الطّاعنة المصاريف القضائية [2].

ولا مناص من القول أنّ التّنفيذ العيني على البائع عند التّعاقد عبر الأنترنت، يكون فيه صعوبة كبيرة، حيث أنّ كل من البائع والمشتري غالبًا ما تفصل بينهما مسافات بعيدة، لذلك فالتّنفيذ العيني على البائع غير مُتصوّر في هذه الصّورة من التّعاقد[3]، وفي مقابل ذلك نصّ العقد النّموذجي الفرنسي للتّجارة الإلكترونية، في الفقرة الثّامنة من البند الرّابع على ضرورة تحديد ضمانات وخدمات ما بعد البيع، كرّر ذلك في البند الثّاني عشر(12) بعنوان الضّمانات والخدمة ما بعد البيع، وذلك بالنّص على ضرورة تحديد كيفية تقديم خدمة ما بعد البيع، وذكر الضّمانات التّجارية والقانونية والاتفاقية تحديدًا، والذي يثير بدوره صعوبات كبيرة، كون المتعاقدين عادة ما تفصّل بينهما مسافات بعيدة[4].

ومن زاوية أخرى، فإنّ التّنفيذ الجبري يصعب كذلك ملاءمته للمعاملة الإلكترونية، كون العقد الإلكتروني في الغالب عقد دولي، حيث وجود المسافات البعيدة التّي تفصّل بين طرفي العقد. وبصرف النظر لا يمكن قبول هذا الأمر على إطلاقه، لأنّ فيه إهدار لحقّ المستهلك، حيث لا يستّطيع المستهلك طلب التّعويض بعد الفسخ، لأنّ التّنفيذ بالتّعويض يجد نفس الصّعوبة، أو الاستحالة في التّنفيذ العيني، ممّا يؤدي إلى إهدار حقّ المشتري بالكليّة، كما أنّ القبول بذلك يؤدي إلى عرقلة تقدّم التّجارة الإلكترونية، لفقدان الثّقة بين المتّعاملين، وعليه لا يمكن قبول القول بالمسافات البعيدة بين المورّد والمستهلك.

---

(1) سليمان مرقس، شرح القانون المدني" العقود المسماة "، مرجع سابق، ص237.

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مؤرخ في 2000/02/16، ملف رقم 213691 : قضية بين (م ط ت ح) ضد (ك ج)، المجلة القضائية، ع 01، السنة2001، ص ص122- 125.

(3) محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص124.

(4) الطيب حسن عبد الله العوض، إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرباط الوطني، خرطوم، السودان، 2015، ص ص109- 110.

هكذا يتبيّن وبنظرة فاحصة للمعاملات الإلكترونية، أنّ العقود الإلكترونية المتّبع فيها تزامن التّسليم والوفاء في نفس الوقت- أي اللّجوء إلى الدّفع بعدم التّنفيذ أو الحق في الحبس-، وعلى خلاف ذلك بالنسبة لعقود الخدمات؛ نجد أنّه يُشترّط دفع المُقابل ابتداءً، قبل تسليم الخدمة وإنجازها[1].

وخلاصة القول أنّ الالتزام بأداء الخدمة أو تسليم المنتّج أو السّلعة، يعدّ التزامًا مستّمرًا، يستّمر تنفيذه فترة طويلة، لذا يجب على كلا الطّرفين التّعاون لحسن تنفيذه، وعدم الإساءة في أحد جانب من جوانب العقد، كما عليهما أيضا الالتزام بوضع قواعد وإجراءات، يجب اتباعها في حالة التّوقف، كما لهما أن يُقدّما بعض التّدابير الاحترازية، والتّي تحول دون إحداث أيّ خلل بالعقد. ولا شكّ أنّ الإخلال بتلك الالتزامات يُثير المسؤولية العقدية، ويمكن أن يُعفي الطّرف الآخر من مسؤوليته، فتقصير العميل في أداء التزامه بالتّعاون، يحمّله مسؤولية تقصير المورّد النّاتج عن ذلك[2].

وتجدر الإشارة أنّه إذا رفض الدائن (متلّقي الخدمة أو المنتّج) الاستلام، لكون محل الالتزام غير مُطابقًا للمواصفات، أو غير مُلائم ويخلّ بالغرض الذي من أجله أنشأ هذا التّعاقد، أو تمّ على مراحل جزئية؛ لم يطمّئنّ إلى كفاءتها بعد تجميع كافة مراحلها، أو أنّها تحتّاج من أجل الاستفادة منها إلى خبرة فنيّة، ومن ثمّ يجوز في تلك الحالات، والتّي يكون لنكول الدّائن عن التّسلّم مبرّراته المقبولة؛ أن يرفض الاستلام، وإلزام المدين المورّد بالتّعويض وبالإصلاح[3]، على النّحو الذي يجعل الشّيء محل الالتزام، مُطابقًا للشّروط المُتّفق عليها.[4]

وفي نفس الصّدد إذا أخلّ البائع بتنفيذ التزامه، جاز للمشتري أن يحصل على الشّيء، من النّوع ذاته على نفقة البائع، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يكون للمشتري المُطالبة بقيمة الشّيء، دون إخلال بحقّه في طلب التّعويض[5]. ولا يسقط حق المشتري في المُطالبة بالفسخ، إذا لم يكن المبيع مُطابقا للحالة التّي كان عليها وقت إبرام البيع، إلاّ إذا تسلّم المبيع ومضت مدّة معقولة، على هذا التّسليم دون أن يعتّرض، وفضلا عن ذلك يسقط حق المشتري في المُطالبة بالفسخ، بالتّنازل عنه صراحةً أو ضمنًا[6].

---

(1) نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص197.

(2) أيمن أحمد محمد الدلوع، مرجع سابق، ص ص108- 109.

(3) أنظر نصّ المادة 23 فـ3 و4 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

(4) أيمن أحمد محمد الدلوع، مرجع سابق، ص110.

(5) أنظر نصّ المادة 166 ف 02 ق. م. ج

(6) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص543.

ولذلك ينبغي على البائع أن يسلّم المشتري المبيع، بنفس الحالة التّي كان عليها وقت إبرام البيع، فإذا تلف المبيع أو تغيّرت حالته؛ جاز للمشتري أن يُطالب البائع بتنفيذ التزامه عيناً، إذا كان ذلك مُمكناً، فإذا تعذّر التّنفيذ العيني، كان للمشتري المُطالبة بالفسخ مع التّعويض أو بدونه.[1]

وعلاوة على ذلك تختلّف المخاطر المتعلّقة بتّسليم المبيع، باختلاف نوع المبيع وطريقة تّسليمه، فإذا كان المحل سلعًا رقمية؛ فيكون التّسليم عن طريق شبكة الأنترنت، فورًا للمستهلك بمجرد العقد، وفي هذا النّوع هناك مخاطر عدّة، يتعرّض لها المستهلك بسبب غياب الرّقابة، وصعوبة ضبط هذه المعاملات، ولعلّ من أبرزها المخاطر التّقنيّة، التّي تتمثّل في نقل الفيروسات إلى جهاز المستهلك، عند استلام السّلعة أو الخدمة، والاختراق وانتهاك خصوصيّة المستهلك. أمّا إذا كان المحل سلعا غير رقمية أيّ عينية، فإنّ التّسليم يكون بالطّرق التّقليدية، وهنا قد يتفاجأ المستهلك بأنّ السّلعة أو الخدمة، غير مُطابقة لتوقّعاته، أو مُخالفة للمواصفات المُعلن عنها عبر الموقع الإلكتروني[2].

ومن هذا المنطلق، فإنّه يجب أن يتّم التّسليم بوضع المبيع تحت تصرّف المشتري، بالحالة التّي كان عليها وقت البيع، وينبّغي أن يكون ما تمّ تسليمه من قبل البائع للمشتري، مُطابقًا لما تمّ الاتفاق عليه، وفضلاً عن ذلك فإنّ أيّ تغيير في المبيع، الذي تمّ وضعه تحت تصرّف المشتري، لا يعدّ تنفيذًا لالتزام البائع بالتّسليم، ومن زاوية أخرى يجب ضمان تحقيق سلامة المستهلك، وذلك بضمان سلامة وأمن المنتّجات والخدمات المعروضة.[3]

(1) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص542.

(2) غازي بن فهد بن غازي المزيني، مرجع سابق، ص427.

(3) أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص205.

المبحث الثاني:

التزام المورِّد الإلكتروني بالضّمان

عقد البيع هو أكثّر العقود انتشارًا وشيوعًا، إذ يعدّ حلقة الوصل بين الإنتاج من جهة، والاستهلاك من جهة أخرى، وقد اهتّمت التّشريعات بتقنين أحكامه، فوضعت نصوصًا خاصّة تتعلّق بضمان حقوق المشتري، بهدف تحقيق الاستقرار في المعاملات التّجارية[1]. ولم يشأ المشرّع الجزائري أن يُورد أحكام الالتزام بضمان حماية المشتري، من قِبل البائع ضمن القواعد العامّة في الالتزامات، ومنها كذلك الأحكام الواردة في شأن سائر العقود، وخصّ تنظيم هذه الأحكام بعقد البيع كقاعدة عامة؛ يرجع إليها كلّما كان على عاتق أحد أطراف العقد، في العقود الأخرى التزامًا بالضّمان[2].

لابدّ من التأكيد على أنّ التزام البائع في عقد البيع، لا يقتّصر على تسليم المبيع للمستهلك، حتّى يصبح في حيازته، بل لابدّ أن تكون هذه السّلعة نافعة، تحقّق الغرض الذي قصده المستهلك من شرائها[3].

وناهيك عن ذلك يشمل التّراضي بين المتعاقدين، الاتفاق على الضّمان، باعتباره ضرورة من ضروريات العقد المُبرم بطريقة إلكترونية، فمن البديهي أنّ المتعاقد حينما يقدّم على إبرام عقد، فإنّه يتطلّع إلى الغاية من هذه العملية التّعاقدية، وهي الحصول على المبيع، والتّمتّع بكافة السّلطات المخوّلة له، تمتّعًا هادئًا دون تعكير أو اعتداء من قبل البائع أو غيره.

وعليه لا يعتّبر البائع مُوفيًا بالتزامه بتسليم الشّيء، محل العقد المُبرم بطريقة إلكترونية؛ ما لم يكن هذا الشّيء خاليًا من أيّ عيب من العيوب، يؤدي إلى الانتقاص من قيمته أو الانتفاع به بشكل محسوس، وما لم تتوافر في الشّيء المبيع كافة الصّفات، والشّروط التّي حدّدها المشتري فيه بموجب العقد[4].

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني ، مرجع سابق، ص156.

(2) بعجي محمد، " أحكام الالتزام لضمان حماية المشتري في القانون المدني الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص31.

(3) إبراهيم عبد الحميد علي، مرجع سابق، ص193.

(4) بشرى النية ، مرجع سابق، ص ص510- 511.

وفي هذا المقام يتحقّق الالتزام بالضّمان[1]، من خلال التزام البائع بعدّم تعرّضه شخصيًا للمشتّري، وأن يدفع عنه أيّ تعرّض صّادر من الغير، وإذا لم يستّطع دفع هذا التعرّض، واُستّحق المبيع كلّه أو بعضه للغير، كان على البائع تعويض المشتري عمّا أصابه من ضرر(**المطلب الأول**)، وإلى جانب ذلك يلتّزم البائع أيضًا، بضمان صلاحية المبيع وخلوّه من العيوب الخفيّة، التّي تجعله غير صالح لتحقيق الغاية المقصودة منه (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول:

التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض والاستحقاق

تجدر الإشارة أنّ قوانين حماية المستهلك لم تنص على الالتزام بضمان التعرّض والاستحقاق، وإنّما وُجد في القواعد العامة للقانون المدني في عقد البيع، وبطبيعة الحال عقد البيع الإلكتروني هو عقد بيع عادي؛ يختّلف في وسيلته المُنعّقدة به فقط، ومن ثمّ يترتّب على العقد الالتزامات، ذاتها المترتّبة في عقود البيع العادية، ويعتّبر الالتزام بضمان التّعرّض، من الالتزامات ذاتها التّي تقع على عاتق البائع[2].

وفي هذا المقام يأخذ التزام البائع بضمان التعرّض والاستحقاق، أهمية كبيرة من الجهة النّظرية والجّهة العمليّة، فمن النّاحية النّظرية يحتّل الأهمية في مختلف العقود، نتيجة ما يثيره من مسائل منها: تحديد طبيعة الأعمال المُوجبة للضّمان وشروطه، وأحكام هذا الضّمان وأساس الالتزام به، أمّا من النّاحية العمليّة، فإنّ غالبية المنازعات في مختلف العقود، وخاصة عقد البيع تنشأ بسبب التّعرّض، من المتعاقد نفسه أو غيره، ممّا يؤدي إلى الإخلال في التّوازن العقدي، أو مبدأ تعادل الالتزامات بين الطّرفين.[3]

ولذلك ينبغي أن يستّفيد المستهلك عبر الأنترنت، ممّا هو مقرّر بشأن البيع عمومًا، فعقد الاستهلاك عبر الأنترنت يُرتّب التزام المهنّي، بضمان استفادة المستهلك بالمنتّج بطريقة هادئة وكاملة،

---

(1) فيما يتعلّق بالبيع عبر الأنترنت، جاء في شروط المركز التجاري الإلكتروني "Infonie ": " أنّ المستهلك يتمتّع بالضمانات التّي ارتضاها صانع المنتجات، وذلك وفقا للشّروط الأساسية لهذا الضّمان، والتّي تُذكر على الشّبكة مُصاحبة لوصف المنتجات". أنظر البند العاشر بعنوان: الضّمانات الاتفاقية من "Infonie ". راجع : محمد سعد خليفة : " البيع عبر الأنترنت وحماية المستهلك في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحريني"، مجلة الحقوق، المجلد 05،ع1، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، العراق، 2008، ص81.

(2) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص356.

(3) بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص157.

فلا يتعرّض للمستهلك شخصيًا، ولا يسمح للغير بالتّعرّض له[1]. وقد نظّم المشرّع الجزائري أحكام ضمان التعرّض والاستحقاق في المواد من 371 الى 378 ق. م. ج[2].

وفي هذا الإطار تنص المادة 371 ق. م. ج على أنّه:" يضمن البائع عدم التعرّض للمشتري، في الانتفاع بالمبيع كلّه أو بعضه، سواءً كان التعرّض من فعله أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع، يُعارض به المشتري، ويكون البائع مُطالبًا بالضّمان، ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع، وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه" [3]. يتّضح من هذا النص أنّ البائع يقع عليه التزامًا، للمشتري بضمان ملكية المبيع وعدم تعرّضه الشّخصي له، وهو ما يُعرف بضمان التّعرض الشّخصي، سواءً أكان تعرّضًا ماديًا أو تعرّضًا قانونيًا، كذلك يضمن البائع التعرّض القانوني الصّادر من الغير، وهو الذي يستّند إلى حق يدّعيه الغير على الشّيء المبيع. وفضلاً عن ذلك لا يقتّصر هذا الضّمان على العقود التّقليدية فحسب، كعقد البيع والايجار، بل يمكن أن يجد مجاله في المعاملات الإلكترونية. وبناءً على ذلك يشمل الضّمان، كلّ صور التعرّض الصّادر من الغير[4].

ومن هذا المنطلق يعدّ التزام البائع بالضّمان، في حقيقة الأمر التزامًا مُزدوجًا؛ التزام بضمان التّعرّض الشّخصي، وهو التزام سلبي أي التزام بامتناع **(الفرع الأول)**، والتزام بضمان تعرّض الغير، وهو التزام إيجابي، يتمثّل في أن يلتّزم البائع بدفع تعرّض الغير، بحيث أنّه إذا ما أدى التعرّض إلى استحقاق المبيع؛ كان البائع مُلزمًا بأن يؤدي إلى المشتري، ما يقضي به القانون في هذا الصّدد، بحسب ما إذا كان الاستحقاق كليّا أو جزئيّا.[5] **(الفرع الثاني)**.

فإن حدث ذلك التعرّض، فإنّ القانون المدني كفل حماية للمشتري، ولكن إذا كان المشتري هذا هو المستهلك - وفقًا للمفهوم الذي حدّدناه سابقا- فهل تلك الحماية كافية؟ لذا سوف نتعرّض لذلك

---

(1) ضاري تمران الشمري، الحماية القانونية للمستهلك في التّعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ب. س. ن، ص86.

(2) هذه المواد تقابلها المواد من 439 إلى 446 ق. م. مصري.

(3) هذه المادة تقابلها م 439 ق. م. مصري.

(4) يمكن أن نميّز بين التعرّض والاستحقاق، حيث يعني الاستحقاق أن يظهر بعد البيع، أنّ لغير البائع حقًا في المبيع، مهما كان نوع هذا الحق، وهي صورة تشكّل تعرّضًا قانونيًا، لأنّ صاحبه يستّند إلى حق. أمّا التعرّض، فهو إمّا أن يكون قانونيا، فهو الاستحقاق، أو ماديًا كأن يتصدّى البائع أو الغير للمبيع، في يدّ المشتري بالغصب أو السّرقة دون وجه حق. ومهما يكن فإنّ المشرّع الجزائري، جمع بين ضمان التعرّض والاستحقاق في المادة 371 ق. م. ج. راجع: عزري الزين، " حماية المستهلك من خلال أحكام الضّمان في عقد البيع المدني"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، أفريل2005، ص191.

(5) إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص569.

من خلال تطبيق القواعد العامة للقانون المدني، لعدم وجود ما يُماثلها في قوانين حماية المستهلك.

الفرع الأول:

التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض الشّخصي

يلتزم البائع بالامتناع عن إتيان أيّ تصرّف، يحول بين المشتري والانتفاع بالشّيء المبيع، على النّحو الذي أُعدّ له، فلا يُتصوّر أن يُسمح للبائع، أن يأتي من الأفعال ما يعتّبر مُناقضًا، للآثار والالتزامات التّي رتّبها على نفسه بعقد البيع، ولذا يجب على البائع أن يمتّنع عن كل عمل، من شأنه أن يُنازع المشتري أو يسلّبه ملكية المبيع، كلّه أو بعضه أو الحقوق المتفرّعة عنه، أو يحرّمه من أيّ حق أو ميزة، تنشأ له بمقتّضى عقد البيع[1]، فالبائع إذ يتّفق على نقل الملكية بتوابعها، إلى المشتري يعتّبر ضامناً لهذا النّقل، فالقاعدة أنّ من وجب عليه الضّمان لا يجوز له التّعرّض، فإن كان البائع مُلزمًا بأن يدفع عن المشتري، تعرّض الغير له في كل حقوقه النّاتجة عن العقد، فمن باب أولى يجب عليه هو أن يمتّنع عن هذا التعرّض.[2]

وإذا كان ضمان التعرّض يجد مجالاً لتطبيقه في المعاملات الإلكترونية الحديثة، غير أنّ بعض الفقه يرى أنّه من الصّعب تصوّر التعرّض الصّادر من البائع نفسه، في التّعامل عبر شبكة الأنترنت، وذلك لأنّ التاجر يظلّ حريصًا على سمعّته، وثقة العملاء فيه.

وفي هذا الإطار نجد أنّ اتفاقية فيينا لسنة 1980 في المواد من 41 إلى 44، قد استّبعدت التّعرّض الصّادر من البائع، وتحدّثت عن التّعرّض الصّادر من الغير، وقد نصّت المادة 41 منها على أنّه: "...على البائع أن يسلّم بضائع خالصة، من أيّ حق أو أي ادعاء للغير، إلاّ إذا وافق المشتري على أخذ البضائع، مع وجود مثل هذا الحق أو الادعاء..." [3].

وبالتّالي يصعب تصوّر قيام التاجر، الذي يبيع عن بُعد بالتّعرّض بنفسه، بالنّظر لحرصّه على سمعته في التّعامل، لأنّ الأمان والثّقة هما رأسمال التّاجر في معاملاته التّجارية. ويُلاحظ أنّ الاتفاقية قصّرت في هذا الاتجاه، بعدم النّص على حكمه لاحتمال وقوعه عمليًا، نظرًا لكثرة التّجار الذين يبيعون عبر الأنترنت، وليسوا جميعًا وعلى الاطلاق، يتمتّعون بدرجة واحدة من الحرصّ على سمعتّهم

(1) تنّص المادة 371 ق. م. ج على أنّه:" يضمن البائع عدم التعرّض للمشتري في الانتفاع بالمبيع، كلّه أو بعضّه سواء كان التعرّض من فعله ... "

(2) خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص571.

(3) محمد حسن رفاعي العطار، مرجع سابق، ص125.

التّجارية.[1]

ويعتّبر التزام البائع بعدم التّعرّض من النّظام العام [2]، لا يجوز الإعفاء منه أو التّنازل عنه من جانب المشتري، وهو التزام دائم وأبدي، إذ أنّه يتولّد عن عقد البيع بمجرد انعقاده، فيمتّنع عن البائع بموجبه أن يتعرّض للمشتري، وهذا الالتزام لا يقع على عاتق البائع فحسب، بل ينتّقل هذا الالتزام مع البائع إلى ورثته، إذ يلتّزم الورثة بهذا الالتزام، ويمتّنع عليهم مُنازعة المشتّري في حيازته للمبيع.[3]

أولا: صور التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض الشّخصي : يُقصّد بالتّعرّض كل ما يُعكِّر على المشتري حيازته للشّيء المبيع، سواءً أكان يهدّده بنزع الملكية أم لا، إذ أنّ التّعرّض يؤدي إلى سلب المشتري ملكية المبيع، كلّه أو بعضه أو الحقوق المتفرّعة عنه. أمّا ضمان التّعرّض، فإنّه يتمثّل في التزام البائع بضمان كل فعل صادر منه، ويكون من شأنه المساس بحق المشتري، في التّمتّع بملكية المبيع كلّه أو بعضّه[4]. وبناءً على ذلك يشمل ضمان البائع بعدم التّعرّض الشّخصي للمشتري، كلّ عمل مادي وكلّ تصرّف قانوني يصدر منه، ويؤدي إلى استحقاق كلي أو جزئي.

1/ التّعرّض المادّي: يكون التّعرّض المادّي بأي فعل مادّي، يُعكِّر به البائع حيازة المشتري، دون أن يستّند في القيام به، إلى أيّ حق يدّعيه على المبيع، وحتى ولو كان الفعل المُكوّن لهذا النّوع من التّعرّض، ليس في ذاته خطأ، ولا تتوافر فيه شروط الفعل الضّار، بل ويعتّبر فعلاً جائزًا للغير، والمقصود بذلك أنّ الفعل المادي الذي يقوم به البائع، يعتّبر تعرّضًا شّخصيًا، في حين أنّ غيره يستّطيع القيام به، فإذا كان فعله إخلالاً بالتزام ناشئ عن العقد؛ فهي مسؤولية عقدية، أمّا إذا كان فعله إخلالاً بالواجب العام؛ فالمسؤولية تكون تقصيرية[5].

وفي واقع الأمر يمكن تصوّر وجود مثل هذا التّعرّض المادي، في مجال العقود المُبرمة عن بُعد من قبل المُورِّد، كأن يقوم هذا الأخير بزراعة فيروس، داخل برنامج الحاسوب المُباع، أو توجيه الفيروس عن بُعد من خلال جهاز "المووديم"، الموجود داخل جهاز الحاسوب الخاصّ بالمشتري، ممّا قد

---

(1) عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الأنترنت، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص ص229- 230.

(2) إذ تنّص المادة 378 ق. م. ج على أنّه: " يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يدّ من فعله، ولو وقع الاتفاق على عدم الضّمان، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك."

(3) صلاح مصطفى فياض غنانيم، الحماية المدنية للمعاملات الإلكترونية وفق أحكام القانون الأردني" دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2017، ص371.

(4) مرجع نفسه، ص ص368- 369.

(5) زاهية سي يوسف، عقد البيع، مرجع سابق، ص135.

يسبّب تدميرًا كليًا أو جزئيًا، للنّظام المعلوماتي لجهاز الحاسوب عند تشغيله[1]، أو كمن يتعهّد بتوريد أجهزة وخدمات معيّنة (الاشتراك في النّت) لأحد التّجار بسّعر معيّن، ثمّ يقوم بالتّعاقد مع تاجر آخر من المنطقة نفسها، على إمداده بالشّيء نفسّه بسعر منخّفض وبجودة أعلى، ممّا يضرّ بالتّاجر الأول[2].

2/ التّعرّض القانوني: وهو الذي يتمثّل في ادعاء المهنّي، أنّ له حق في مواجهة المستّهلك، ولذلك ينبغي على المهنّي عدم التّعرّض للمستهلك في المبيع، إلاّ إذا وُجد اتفاق في العقد بينه وبين هذا الأخير، يخوّله استعمال ذلك الحق الذي يدّعيه[3]، ومثال عن التّعرّض القانوني أن يكون المبيع غير مملوك للبائع وقت البيع، ثمّ يتملّكه بعد البيع لأيّ سبب من أسباب كسب الملكية، كالميراث أو الشّراء من المالك الأصلي، أو التّقادم المُكسِّب للملكية، فإذا استّند البائع إلى حق الملكية، الذي آل إليه بعد البيع، لينزّع المبيع من يدّ المشتري، كان ذلك تعرّضًا قانونيًا منه للمشتري، فلا تُقبّل دعواه[4].

وفي مقابل ذلك قد يكون سبب التعرّض الذي يضمنه المهني، سابقًا على عقد البيع أو لاحقًا له، فإذا كان الحق الذي يدّعيه سابقًا لعقد البيع؛ كأن يدّعي أنّ له حق ارتفاق على العقار المبيع، لمصلحة عقار آخر يملكه، دون أن يكون حق الارتفاق ظاهرًا، أو أنّه لم يُعلم به المستهلك، قبل إبرام عقد البيع، فهنا يتحقّق التزامه بضمان التّعرّض القانوني الصّادر عنه[5] .

فالحق الذي يدّعيه البائع على المبيع، إمّا أن يكون حقًا عينيًا؛ كأن يدّعي أنّ له حق ارتفاق أو أي حق على الشّيء المبيع، كما قد يكون حقًا شخصيًا يدّعيه البائع على المبيع؛ كأن يدّعي أنّه مُستّأجر للعقار الذي باعه للمشتري، علمًا أنّه قام ببيع العقار إلى المشتري، خاليًا من حقوق الغير عليه[6].

ومثال للتّعرّض القانوني في العقود المُبرمة عن بُعد، قيام البائع المهني المُصمّم، بتصميم برنامج للعميل المشتري، ويطلب منه عدم استعمال بعض السّلطات، أو الحقوق على البرنامج كتأجيره مثلاً، وذلك باعتبار البائع المهنّي المُؤلِّف له، وأنّ المشتري لا يحقّ له استئجار هذا البرنامج للغير، حتّى يستّفيد منه[7]. أو أن يقوم مُزوّد الخدمة في العقد الإلكتروني، بعدم تسليم المبيع للمشتري، أو أن

(1) العلمي إلهام، مرجع سابق، ص288.

(2) أحمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص596.

(3) ضاري تمران الشمري، مرجع سابق، ص87.

(4) إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص572.

(5) ضاري تمران الشمري، مرجع سابق، ص87.

(6) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص ص359 – 360.

(7) مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات النّاشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات " المقاولة- البيع- الإيجار، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص64.

يدّعي وجود حق على المبيع ذاته، الذي تمّ التّعاقد عليه، كأن يكون المبيع سيارة من نوع "مرسيدس"، تمّ التّعاقد عليها عبر الأنترنت، وقام المستهلك بجميع التزاماته، ولكنّ البائع رفض تسليم هذه السّيارة، فهنا يقع التّعرّض المادّي، أو أن يقوم البائع بالادعاء أمام المحكمة، بعدم صّحة العقد وأنّه لم يتّم على هذه السّيارة، فهنا يقع التّعرّض القانوني.

ومن الجدير بالملاحظة أنّ الالتزام المُترتّب على مزوّد الخدمة في العقد الإلكتروني، لا يختلّف عن الالتزام المترتّب على البائع في عقد البيع؛ إلاّ من حيث طريقة التّعاقد، وبناء على ذلك يلتّزم كل من مزوّد الخدمة والبائع، بضمان عدم التّعرّض الكلي؛ بحرمان المشتري أو المستهلك من الانتفاع بما تمّ التّعاقد عليه.[1]

ثانيا: مميزات التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض الشّخصي: يتميّز الالتزام بضمان التّعرّض الشّخصي بعدّة خصائص؛ يمكن إجمالها كالآتي:

1/ الالتزام بضمان التّعرّض الشّخصي غير قابل للانقسام: يعتّبر الالتزام بضمان التعرّض الشّخصي هو التزام بامتناع عن عمل، فهو إذن غير قابل للانقسام، ويعود السبب في ذلك أنّ تحقّق الحيازة الهادئة، والمستّمرّة بالنسبة للمشتري، لا يمكن أن تتوفر في جزء من المبيع، دون بقية أجزائه الأخرى، كذلك لا يقسّم الضّمان عند انتقاله للورثة[2].

وفي هذا المقام ميّز الفقه بين التّعرّض المادي والتّعرّض القانوني، واعتّبروا أنّ التّعرّض المادي بطبيعته غير قابل للتّجزئة، إلاّ أنّ التّعرّض القانوني قابل لهذه التّجزئة[3].

2/ الالتزام بالضّمان التزام أبدي: يعتّبر الالتزام بضمان عدم التّعرّض التزامًا أبديًا، يقع على عاتق البائع، مع الأخذ بعين الاعتبار أنّ تقادم دعوى الضّمان، كسائر الدعاوى الأخرى تسقط بمرور الزمن. ويبدأ سريان تقادم تلك الدعوى، من تاريخ التّعرّض الفعلي للمشتري في المبيع، فإذا انقضت مدة 15 سنة من تاريخ التّعرّض، انقضى الحق في رفع تلك الدعوى[4].

وفي هذا الصّدد قرّرت محكمة النّقض المصّرية، بأنّ التزام البائع بضمان عدم التّعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع، أو منازعته فيه التزام أبدي يتولّد عنه عقد البيع ولو لم يُشهر، فيمتّنع

---

(1) عبد الله هايل ذيابات، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية " دراسة مقارنة "، رسالة للحصول على ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة جدارا، الأردن، 2012، ص ص71- 72.

(2) إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص574.

(3) Marcel Planiol, Georges Ripert , Joseph Hamel, Traité pratique de droit civil Français, Tome X , contrats civils, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1956, P96.

(4) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص361.

على البائع التّعرّض للمشتري.[1]

3/ بطلان الإعفاء من شرط الضّمان الشّخصي: يقع باطلاً كل شرط يعفي البائع من ضمان التّعرّض الشّخصي، وهذا ما ورد النّص عليه في المادة 378 ف 01 ق. م .ج [2]. وبالتّالي لا يجوز للبائع أن يشتّرط على المشتّري، إعفائه من الضّمان النّاتج عن فعله الشّخصي، فإذا كان القانون قد أجاز الاتفاق على تشديد الضّمان، أو الإنقاص منه أو اسقاطه، وكذا جواز الاتفاق على توسيع نطاق التزام البائع، بضمان التّعرّض المادي أو تضييقه أو تخفيفه، إلاّ أنّه لم يجز أن يشتّرط البائع، الإعفاء من الضّمان عن فعله.[3]

4/ الالتزام بضمان التعرّض الشّخصي هو التزام بالامتّناع عن العمل: ويُقصد به أن يلتّزم البائع بالامتّناع عن أي عمل مادي، من شأنه أن يعكّر على المشتري حيازة المبيع والانتفاع به. وينبّغي على البائع كذلك الامتناع، عن الادعاء بوجود حقوق له على المبيع، ويستّوي في ذلك أن يكون الحق المُدّعى به، من قبل البائع حقًا شخصيًا أم عينيًا.[4]

5/ مدى قابلية الالتزام بضمان التعرّض بالانتقال إلى الخلف العام والخاص: أقرّ المشرّع الجزائري بأنّ الالتزام بالضّمان، لا ينتّقل إلى الخلف العام، بل يؤول إلى التّركة طبقًا لأحكام الشّريعة الإسلامية[5]، وكقاعدة عامة فإنّ الخلف العام تتصرّف إليه آثار العقد، فإذا تُوفي المتعاقد فإنّ آثار العقد تتصرّف إلى ورثته، وإلى من أوصى لهم بحقّه في التّركة، فتنتّقل الحقوق والالتزامات النّاشئة عن العقد إلى ورثته، إلاّ أنّ هذه القاعدة ليست مطلقة؛ وإنّما مُقيّدة بمبدأ لا تركة إلاّ بعد سداد الديون[6].

أمّا بالنسبة للخلف الخاص، فقد أجمع الفقهاء أنّ الالتزام بالضّمان، لا ينتّقل إلى الخلف الخاص[7].

---

(1) الطعن رقم 3219 لسنة 64 ق، جلسة 1996/01/16. راجع محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص274.

(2) تنّص المادة 378 ف01 ق. م. ج على أنّه:" يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يدّ، ينشأ عن فعله، ولو وقع الاتفاق على عدم الضّمان، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك". هذه المادة تقابلها م 466 ف01 ق. م. مصري.

(3) خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص574.

(4) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص ص360- 361.

(5) إذ تنّص المادة 108 ق. م. ج على أنّه:" ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبيّن من طبيعة التّعامل، أو من نصّ القانون أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلّقة بالميراث."

(6) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء1، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص206.

(7) زاهية سي يوسف، عقد البيع، مرجع سابق، ص142.

ثالثا: شروط التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض الشّخصي: يُشترّط في التّعرّض المضمون من قبل البائع شرطان هما:

1/ وقوع التّعرّض فعلاً: أمّا مجرد احتمال وقوعه في المستّقبل فلا يكفي، لأنّ الخشية من وقوعه لا تبرّر المُطالبة بالضّمان، فإذا هدّد البائع المشتري بالتّعرّض له، لم يكف هذا التّهديد لقيام ضمان التّعرّض، مادام البائع لم يُنفّذ تهديده ويتعرّض بالفعل[1].

وفي هذا الإطار قضت محكمة النّقض المصرية، بأنّه لا ينشأ حق المشتري بالضّمان، إلاّ من الوقت الذي يمكن فيه قانوناً المُطالبة به، أي من وقت منازعة الغير للمشتري في المبيع[2]، وفي مقابل ذلك خوّل القانون المدني للمشتري، حق حبس الثّمن كلّه أو بعضّه، حتّى ولو لم يقع التّعرّض فعلاً، بشرط أن تكون الأسباب جدّية.[3]

2/ أن يؤدي التّعرّض إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كليّا أو جزئيّا: سواءً كان التّعرّض مبني على سبب مادي أو مبني على سبب قانوني، وسواءً أكان قبل البيع أو بعده، يكون من شأنه أن يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع، كادعاء البائع بأنّ له حق على البرنامج الإلكتروني، في مواجهة المشتري، سواء كان الحق المُدّعى به سابقًا على البيع أو لاحقًا له، كأن يبيع البائع مصنّفًا لا يملكه، ثمّ يصبح مالكًا له بالإرث أو الوصيّة، فيحتّج على المشتري بهذا المُلك الحادث بعد البيع[4].

ويُشترّط كذلك في التّعرّض الذي يرتّكبه البائع المهنّي للبرنامج، بتوجيه فيروس عن بُعد أو زراعة فيروس أثناء مرحلة الدّعم أو الصّيانة، أن يكون من شأنه أن يحول كليًا أو جزئيًا، دون انتفاع المستّخدّم المتّعاقد بملكيّته للبرنامج، ذلك لأنّه من الصّعب على المستّخدّم في هذه الحالة إيقاف تكوينه[5]، ولا يوجد في القانون أو العقد ما يبرّر ذلك التّعرّض، ولابد من التّأكيد على أنّ التّعرّض في التّعاقد المُبرم بطريقة إلكترونية، ليس تعرّضًا ماديًا ملموسًا، بل هو تعرّض معنوي غير ملموس.[6]

---

(1) علوان أسماء صبر، محمد أم كلثوم صبيح ، " التنظيم القانوني لضمان البرامج الإلكترونية من التعرّض والاستحقاق" ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج11، ع 36، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، نيسان 2018، ص85.

(2) بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص161.

(3) وفي هذا الصّدد تنّص المادة 388 ف 2 ق. م. ج على أنّه: " فإذا تعرّض أحد للمشتري مستّندًا إلى حق سابق، أو آل إليه من البائع ... جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد، أن يُمسّك الثمن ...". هذه المادة تقابلها م 457 ف02 ق. م. مصري.

(4) علوان أسماء صبر، محمد أم كلثوم صبيح ، مرجع سابق، ص86.

(5) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص327.

(6) بشرى النية، مرجع سابق، ص516.

رابعا: الجزاء المترتّب عن إخلال المورِّد الإلكتروني بالتزامه بضمان التّعرّض الشّخصي: يكون جزاء التّعرّض المادي الصّادر من البائع، طبقًا للقواعد العامة؛ وقف الأعمال المُنافية للالتزام بالضّمان، وإزالة ما وقع مُخالفًا له عملاً بالمادة 173 ق. م. ج التّي تنّص على أنّه: " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل، وأخلّ بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يُطالب إزالة ما وقع مُخالفا للالتزام، ويمكّنه أن يحصل من القضاء على ترخيص، للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين" [1]، أو أن يترتّب فسخ العقد، مع التّعويض في الحالتين، وفقًا لما تقضي به المادة 119 فـ01 ق. م. ج كما يلي: " في العقود المُلزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التّعويض في الحالتين إذا اقتّضى الحال ذلك." [2]

أمّا جزاء التّعرّض القانوني الصّادر من البائع، كأن يرفع دعوى هو أو ورثته ضدّ المشتري، بادعاء حق على المبيع، فيستّطيع المشتري أن يتخلّص من هذا التّعرّض، عن طريق الدّفع بالضّمان، استنادًا إلى أنّ البائع وقد التّزم بالضّمان؛ فإنّه يمتّنع عليه التّعرّض، ويجوز للمشتري أن يُطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التّعويض في الحالتين عملاً بالمادة 119 فـ01 ق.م. ج.

وناهيك عن ذلك، الالتزام بضمان التّعرّض تفرضه القواعد العامة؛ التّي تُوجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتّمل عليه، وبطريقة تتّفق مع ما يُوجب حسن النّية طبقًا المادة 107 فـ01 ق.م. ج [3]، وفي نفس الصّدد تُوجب التّعويض عن كل خطأ، سبّب ضررًا للغير وهذا حسب المادة 124 ق. م. ج[4].

الفرع الثاني:

التزام المورِّد الإلكتروني بضمان تعرّض الغير

وتجدر الإشارة أنّ البائع يضمّن أيضًا التّعرّض الصّادر من الغير، حيث يكون مُلزمًا بالضّمان عند تعرّض الغير للمشتري في الانتفاع بالمبيع، سواءً أكان كلّه أو بعضّه، فالبائع يُلزّم بالضّمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقّه بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسّه[5]، ومن هذا المنطلق يُعرّف الالتزام بضمان التّعرّض الصّادر من الغير؛ من خلال خصائصه، بأنّه:" التزام غير قابل

(1) المادة 173 ق. م. ج تقابلها م 212 ق. م. مصري و م 359 ق. م أردني.

(2) المادة 119 فـ01 ق. م. ج تقابلها م 157 فـ01 ق. م. مصري و م 246 فـ01 ق. م. أردني.

(3) المادة 107 فـ01 ق. م. ج تقابلها المادة 148 ف 01 ق. م مصري والمادة 149 فـ02 ق. م. سوري.

(4) المادة 124 ق.م. ج تقابلها المادة 163 ق. م. مصري و المادة 256 ق. م. أردني.

(5) عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني " دراسة مقارنة "، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص183.

للتّجزّئة، أي إذا تعدّد البائعون في المبيع، ووقع ادعاء الغير بحقّه على هذا المبيع، وجب على هؤلاء البّاعة جميعا، دفع هذا التّعرّض على المبيع كلّه، وليس في جزء منه فقط، لأنّ استحقاق جزء من المبيع، يترك المشتري دائمًا طالبًا البّاعة الآخرين بالضّمان" [1].

وفي مقابل ذلك تعرّضت لهذا النّوع من ضمان التّعرّض المادة 371 ق. م. ج بنصّها:" يضمن البائع... أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع، يُعارض به المشتري ..." [2].

وتأسيسًا على ذلك يعدّ التزام البائع بضمان تعرّض الغير، التزام بتحقيق نتيجة لا بوسيلة، إذ لا يكفي أن يبذل جهده في دفع التّعرّض من الغير، بل عليه أن يمنّع هذا التّعرّض، ولا يضمن تعرّض الغير إلاّ إذا كان هذا التّعرّض قانونيًا[3]. وفي مقابل ذلك لا يضمن البائع تعرّض الغير اللاّحق على البيع، طالما لم يكن هو المُتسبّب فيه؛ وذلك كمصادرة المبيع أو نزع ملكيّته بواسطة السّلطة العامة[4].

وفي نفس الصّدد يمكن تصوّر التّعرّض صادرًا من الغير، بالنسبة لبعض المنتجات أو الأنشطة المعروضة على شبكة الأنترنت، والتّي يكون مسموحًا بها في بعض الدول، وممنوعة في دول أخرى، مثل ذلك حظر بيع الأسلحة النّارية، حيث أنّ العديد من المواقع على الشّبكة، تعرض للبيع هذه السّلع الممنوعة [5]، وكمثال آخر للتعرّض؛ الشّخص الذي يدّعي أنّه وكيل إحدى الشّركات المعروفة، ويُعلّن عبر الشّبكة استعداده لبيع منتجات تلك الشّركة للعملاء، ثمّ يتّضح عدم أحقيّته في ذلك[6].

أمّا بالنسبة للتّعرّض القانوني للانتفاع في المبيع، فإنّه يتمثّل في حالة شراء شخص لوحة فنّية، محمّلة برهن مُتنازع عليه بين البائع وصاحب الرّهن، أو محمّلة بدين التّأمين المُتنازع عليه أيضًا. أو حالة شراء براءة اختراع مُتنازع على تسجيلها بين البائع والمختّرع، أو حالة شراء برنامج حاسوب لم يكن للبائع سوى حق استعماله دون استغلاله[7]. وجدير بالذّكر أنّ اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبّضائع لسنة 1980، تطرّقت للتّعرّض الصّادر من الغير في المواد من 41 إلى 44.[8]

---

(1) عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني "عقد البيع"، ط 01، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 404.

(2) المادة 371 ق. م. ج تقابلها م 439 ق. م. مصري.

(3) زاهية سي يوسف، عقد البيع، مرجع سابق، ص ص145- 146.

(4) محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص283.

(5) العلمي إلهام، مرجع سابق، ص288.

(6) محمد حسن رفاعي العطار، مرجع سابق، ص126.

(7) عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص187.

(8) محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص105.

ممّا لاشك فيه إنّ الالتزام بضمان التّعرّض والاستحقاق، في نطاق المعاملات الإلكترونية، يحتاج إلى مراعاة تلك المعاملات وصعوبة تنفيذها، وما تتطلّبه من حماية قانونية لأطرافها، تستّوجب عدم جواز الأخذ بالحكم المتعلّق بإنقاص الضّمان واسقاطه، حتّى ولو لم يُخف البائع هذا الحق، بل أيضًا لو كان المشتّري عالمًا به، بحيث يبقى حق المشتّري في استرداد الثّمن، محفوظًا ويستّطيع استرجاعه بيُسر.[1]

أولاً: مميزات التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض الصّادر عن الغير: يتميّز التزام البائع بضمان التّعرّض الصّادر عن الغير بخصّائص يمكن إجمالها فيما يلي:

1/ التزام بتحقيق نتيجة: يكون التزام البائع بضمان التّعرّض الصّادر عن الغير هو تحقيق نتيجة، فيتوجّب عليه دفع تعرّض الغير عن المشتري، حتّى يتمكّن المشتّري من حيازة المبيع حيازة هادئة، دون تعرّض من أحد.[2]

2/ عدم قابلية الالتزام للانقسام أو التّجزئة: يعتّبر التزام البائع بضمان التّعرّض الصّادر عن الغير التزامًا غبر قابل للانقسام، وينبّغي على البائع أن يدفع تعرّض الغير عن المشتّري، فإذا اُستّحق المبيع للغير بشكل جزئي؛ فإنّ البائع يلتّزم بضمان ذلك الاستحقاق، فإذا تعدّد البائعون للعين المبيعة، وادّعى الغير أنّ له حقًا على جزء من المبيع، وجب على البائعين جميعًا دفع ذلك التّعرّض الصّادر عن الغير في المبيع كلّه وليس بجزء منه، وذلك لأنّ استحقاق جزء من المبيع للغير، يعطي المشتّري الحق في مطالبة البائعين بالضّمان.[3]

ثانيا: شروط التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض الصّادر عن الغير: لقيام مسؤولية البائع نتيجة إخلاله بالتزامه بضمان تعرّض الغير، لابدّ من توافر شروط محدّدة نستشّفها من نصّ المادة 371 ق.م. ج[4]، وتتمثّل هذه الشّروط في:

1/ أن يقع التّعرّض فعلاً من الغير: والغير هنا هو كل أجنبي ليس طرفًا في عقد البيع، يدّعي حقًا على المبيع، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشتري، وهذه الدعوى تختّلف باختلاف الحق الذي يدّعيه الغير على المبيع، فقد تكون دعوى استحقاق كلّي يدّعي بموجبها الغير ملكية المبيع كلّه، أو دعوى رهن يدّعي بدين مضمون له. ولا يُشتّرط ليكون هناك تعرّض قانوني صادر من الغير للمشتري، أن يتّم

(1) صلاح مصطفى فياض غنانيم، مرجع سابق، ص ص375- 376.

(2) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص363.

(3) مرجع نفسه، ص ص363- 364.

(4) المادة 371 ق. م. ج من أمر 58/75، السّالف الذكر.

رفع دعوى أمام القضاء، فقد يقع التّعرّض دون رفع الدعوى، إذا اعتّقد المشتري أنّ للغير حقًا بما يدّعيه، فسلّمه المبيع مثلاً، ويُلاحظ أنّ المشتري يُخاطر هنا، فقد يثبّت البائع أنّ الغير غير مُحق بما يدّعيه، وبهذا يفقد المشتري حقّه بالرّجوع على البائع بالضّمان[1]، وفي نفس الصّدد يُشتّرط كذلك أن يكون التّعرّض الصّادر من الغير حالاً لا احتماليًا، فليس للمشتري أن يرجع بالضّمان، إذا لم يتعرّض الغير له الآن، بل أنّه توقّع أنّه سيتعرّض للمُطالبة من قبل الغير مستقبلاً[2].

2/ أن يكون سبب التّعرّض سابقًا على البيع: يضمّن البائع التّعرّض القانوني الصّادر من الغير، إذا كان الحق الذي يستّند إليه موجودًا قبل العقد، سواءً آل إليه من البائع أم لا، كما يضمّن أيضًا تعرّض الغير المُستّند إلى حق آل إليه بعد البيع، لسبب راجع إلى البائع نفسه، كأن يتعاقد على بيع سلعة على شبكة الأنترنت لشخصين، ويسلّمها للمشتري الثّاني، ففي هذه الحالة يضمّن البائع للمشتري الأول، استحقاق السّلعة التّي تعاقد عليها[3]. وفضلاً عن ذلك لا يضمّن البائع تملّك الغير المبيع بالتّقادم المُكسِّب، ولو كان وضع اليدّ سابقًا على البيع، طالما كان أمام المشتري الوقت الكافي، بعد البيع لقطع التّقادم، وأهمل في اتخاذ الإجراءات اللاّزمة لذلك، أمّا إذا كانت مدّة التّقادم وشيكة الاكتمال، على نحوٍ لا يتّسع معه الوقت للمشتّري لقطعه، فإنّ البائع يُسأل عن الضّمان[4].

3/ أن يكون التّعرّض قانونيًا: يُقصّد بالتّعرّض القانوني ذلك الادعاء الذي يصدّر من قبل الغير، بأنّ له حقًا على المبيع، يحتّج به على المشتري، في دعوى يرفعها عليه أو دون دعوى، مع وقوع التّعرّض بالفعل. ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدّعيه الغير ثابتًا، بل يكفي مجرّد الادعاء به، حتّى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان[5]. وقد يدّعي الغير أنّ له على المبيع حق معنوي، كالمُطالبة بحقوق الملكية الفكرية من طرف مخرج فيلم[6].

وعلاوة على ذلك يجوز أن يكون حق الغير حقًّا عينيًا أو شخصيًا، هكذا يتبيّن أنّ من المُتصوّر أن يتعلّق النّزاع، بتّحديد شخص مؤلف البرنامج، كما لو تمّ البيع على برنامج، يتولّى تحديث وتطوير

---

(1) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع : العقود التّي تقع على الملكية " البيع والمقايضة "، مرجع سابق، ص626.

(2) مرجع نفسه، ص627.

(3) أحمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص597.

(4) محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص284.

(5) إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص576.

(6) Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet, droit de la responsabilité et des contrats, 3ème édition, Dalloz, 2000, P 994.

برنامج قديم، يعود لغير مبتكّر برنامج التّحديث. وبعد أن يتّم التّعاقد على البرنامج الثّاني، يُنازِع صاحب البرنامج الأول في صِّحة ثبوت الحق، لمن قام بتحديث البرنامج القديم الخاصّ به، كأن يزعم بأنّ عملية التّطوير اُستّخدم فيها برنامج مُقلّد، لبرنامجه أو مُستّنسّخ من المعلومات الواردة في البرنامج الأصلي، أو مُحوّر بطريقة غير مشروعة، وبالنّتيجة نكون أمام تعرّض قانوني صّادر من الغير؛ فيما يتعلّق بالعقد المرتّبط ببرنامج التّحديث أو التّطوير.[1]

استنادًا إلى ما سبق فإنّه إذا تمّ التّعاقد عبر الأنترنت، بين مزوِّد الخدمة والمستهلك على التّعاقد على جهاز حاسوب، فإنّ مزوِّد الخدمة يلتّزم بعدّم التّعرّض القانوني، كأن يأتي شخص من الغير وبشكل قانوني، يدّعي ملكيّة الجهاز الذي تمّ التّعاقد عليه، وذلك بإظهار سند ملكية هذا الشّيء والتّرافع أمام المحاكم، ففي مثل هذه الحالة على المزوِّد، أن يضمن هذا التعرّض الصّادر من الغير، وعليه دفعه بكافة الوسائل اللاّزمة لذلك، ولا يترتّب على المشتري أيّ شّيء من قبيل ذلك.[2] .

ولا مناص من القول بتوافر الشّروط المطلوبة، يلتّزم البائع بضمان التعرّض الصّادر من الغير، فإذا استّطاع دفع ذلك التّعرّض و توقّى استحقاق المبيع، في الدعوى المُوجّهة للمشتري، عندئذ يصبح مُنفِّذًا لالتزامه تنفيذًا عينيًا، في حين إذا ثبُت استحقاق المبيع للغير، يستّطيع المشتري مطالبة البائع بالتّنفيذ عن طريق التّعويض[3].

ثالثا: الجزاء المترتّب عن إخلال المورِّد الإلكتروني بالتزامه بضمان تعرّض الغير: يعدّ البائع هو المدين في الالتزام بضمان التّعرّض الصّادر من الغير، ومن ثمّ متى قام هذا الضّمان في حقّه؛ وجب عليه أن ينفّذ هذا الالتزام تنفيذًا عينيًا، بأن يجعل الغير الذي تعرّض للمشتري، مُدّعيًا بحق على المبيع، يكفّ عن تعرّضه وينزل عن ادعائه بهذا الحق.

فإذا نجح في دفع تعرّض الغير، يكون قد نفّذ التزامه بضمان التّعرّض تنفيذًا عينيًا، ويلتّزم المُتعرِّض الذي خسر دعواه، بالمصّاريف وتعويض المشتري عما لحق به من أضرار[4]. أمّا إذا فشل البائع في دفع تعرّض الغير، كان مُخِّلاً بالتزامه؛ لأنّه التزام بتحقيق نتيجة، فيُلزَم بتعويض المشتّري، وفي نفس الصّدد إذا حُكم للمتعرِّض بالحق الذي يدّعيه، واستّحقّ المبيع كليًا أو جزئيًا، كان البائع ملتّزمًا عندئذ بتعويض المشتري عن ذلك، وهذا التّعويض هو تنفيذ التزام بضمان التّعرّض بمقابل،

(1) أسماء صبر علوان، أم كلثوم صبيح محمد، مرجع سابق، ص ص87- 88.

(2) عبد الله هايل ذيابات، مرجع سابق، ص72.

(3) بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص162.

(4) خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص579.

ويسمّى في صورته هذه ضمان الاستحقاق[1].

ومن هذا المنطلق فإنّ ضمان الاستحقاق، هو التزام البائع بتعويض المشتري عمّا أصابه من ضرر بسبب استحقاق المبيع[2]، وبالتّالي الاستحقاق يعني: حرمان المشتري من بعض أو كل حقوقه على المبيع، نتيجة نجاح الغير في منازعته للمشتري، وكسبه على المبيع حقا مهما كان نوعه[3].

وتأسيسًا على ذلك إذا تعرّض الغير للمشتري ورفع دعوى الاستحقاق، وفشل البائع في دفع هذا التّعرّض وردّ دعوى الاستحقاق، وبالنّتيجة صدر حكم قضائي لهذا الغير، بثبوت حقّه على الشّيء المبيع، فإنّ ضمان الاستحقاق يتحقّق؛ كما لو حُرم المشتري فعلاً من حق من الحقوق، التّي له على المبيع، أو إذا ظهر أنّ المبيع مملوك لشّخص آخر غير البائع كلاً أو جزءً، أو تبيّن أنّ هناك بعض الحقوق على المبيع، كالحقوق التّي تترتّب على البرامج الإلكترونية قبل البيع، كما في حالة تقديم البائع للمشتري برامج مُحمّلة في ذاكرة الكمبيوتر المبيع، وكان البائع قد تنازل عنها للغير، بمقتّضى عقد سابق، ولا حاجة للنّص على هذا الضّمان في العقد، لأنّه مُقرّر بحكم القانون[4].

ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري ذهب إلى تأسيس الالتزام بالضّمان؛ على أساس المسؤولية العقدية، حيث حدّد عناصر التّعويض التّي يلتّزم بها البائع، في مواجهة المشتري عند استحقاق المبيع الكلّي أو الجزئي في المادتين 375- 376 ق. م. ج، كما خصّ الضّمان بدعوى تختّلف عن دعوى الابطال والفسخ، اللّذين نظّمت أحكامهما القواعد العامة، وهذا ما نصّت عليه المادة 375 ق. م. ج[5].

رابعا: <u>تعديل أحكام التّعرض الصّادر من الغير</u>: تنصّ المادة 377 ق. م.ج على أنّه:

" يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص، أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو يُنقصا منه أو يُسقطاه.

ويفتّرض في حق الارتفاق، أنّ البائع قد اشتّرط عدم الضّمان، إذا كان هذا حقا ظاهرًا، أو كان البائع قد أعلم به المشتري.

---

(1) إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص580.

(2) علي هادي العبيدي ،" ضمان استحقاق المبيع في القانون المدني الأردني"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، ع 04، جامعة مؤتة، الكرك، الأردن، 2004، ص63.

(3) عبد الله هايل ذيابات، مرجع سابق، ص73.

(4) أسماء صبر علوان، أم كلثوم صبيح محمد، مرجع سابق، ص88.

(5) حيث أوردت المادة 375 ق.م. ج العبارة التّالية: " ... كل ذلك ما لم يُقم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله". وهذه المادة تقابلها م 443 ق. م. مصري، و م 1630 ق. م. فرنسي.

ويكون باطلاً كل شرط يُسقط الضّمان، أو يُنقصه إذا تعمّد البائع إخفاء حق الغير" [1].

وفي نفس المقام تنصّ المادة 1627 ق. م. فرنسي على أنّه:

" يجوز للمتعاقدين الاتفاق على الزيادة في الضّمان القانوني، أو التّخفيف من أثره، أو أن يتّفقا أنّ البائع غير مسؤول عن أيّ ضمان" [2]. هكذا يتبيّن أنّ قواعد الضّمان القانوني لا تعدّ من النّظام العام، بل هي قواعد مُكمّلة يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها، ومن ثمّ يجوز للمتعاقدين تنظيم أحكام الضّمان، بقواعد اتفاقية لذا سُمِّي بالضّمان الاتفاقي، فالأصل في الالتزام بالضّمان، كما في غيره من الالتزامات العقدية، أنّه يخضّع لإرادة المتعاقدين، فإذا لم ينص في شأنه على شّيء، سرت عليه أحكام النصوص القانونية [3].

ولابد من الإشارة إلى أنّه يجب أن يكون الاتفاق واضحًا، ببيان أنّ إرادة المتعاقدين انصرّفت إلى تعديل أحكام الضّمان، فلا يُساق بعبارات غامضة، ويعتّبر تشديدًا للضّمان جميع العبارات التّي يتضمّنها العقد، وتؤكّد على ضمان البائع، كما لو ذُكر في العقد أنّ البائع يضمن جميع ما يحصّل للمشتري، من المنازعات وموانع الانتفاع[4]، ومن زاوية أخرى يُراعى في الاتفاق بعدم الضّمان، أو إنقاصه عدم التّوسّع في تفسيره، لأنّ المشتري ينزل عن حق له، والنّزول عن الحق يفسّر تفسيرًا ضيّقًا طبقًا للقواعد العامة.

وجدير بالذّكر فيما يتعلّق بإسقاط الضّمان، فللبائع أن يشتّرط على المشتري، عدم مسؤوليّته عن الضّمان على الإطلاق وفي كل الأحوال، وهنا يكون مثل هذا الشّرط مُعتَّبرًا ومُنتِّجًا لأثره في إسقاط الضّمان؛ باستّثناء حالة ما إذا كان البائع قد أخفى سبب الاستحقاق عمدًا، أو تسبّب بفعله في الاستحقاق[5].

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، يتّضح لنا أنّه لا توجد خصوصية؛ تستّدعي بحث أحكام التّعرّض والاستحقاق في حال العقود المُبرمة عبر الأنترنت، وهو ما يحيلنا بذلك للقواعد العامة في القانون

---

(1) هذه المادة تقابلها م 445 ق. م. مصري و م 556 ق. م. عراقي، و م 506 ق. م. أردني؛ والتّي لا تجيز إنقاص الضّمان أو إسقاطه، إذ تنصّ: " لا يصّح اشتراط عدم ضمان البائع للثّمن، عند استحقاق المبيع، ويفسد البيع بهذا الشّرط."

(2) Art : 1627 " les parties peuvent par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet ; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie."

(3) خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص ص590- 591.

(4) أسماء صبر علوان، أم كلثوم صبيح محمد، مرجع سابق، ص91.

(5) مرجع نفسه، ص92.

المدني، وذلك للحفاظ على حماية المستهلك، نظرًا لعالمية شبكة الأنترنت، وتصوّر ورود العقود الإلكترونية بين متعاقدين، ينتميان إلى أنظمة قانونية مختلّفة في حكمها لهذا النّوع من الضّمان، وهو السّبب الذي دفع بعضهم إلى القول بعدم صّحة؛ جواز إنقاص أو إسقاط الضّمان، حتّى ولو لم يخف البائع هذا الحق، بل ولو كان المشتري عالمًا أيضًا به، فيظلّ حقّه في استرداد الثّمن على الأقل محفوظًا[1].

لذا كان من الأهمية الحفاظ على حقوق المستهلك، في مجال تعديل أحكام الاتفاق على الضّمان، برفض جواز الاتفاق على إنقاص هذا الضّمان أو إسقاطه، حتّى ولو كان المشرّع الجزائري قد أبطل هذا الاتفاق، في حالة تعمّد البائع إخفاء حق الأجنبي، كما أشار إلى ذلك في المادة 377 ف03 ق. م. ج، ذلك أنّ البيع عن طريق الأنترنت قد يتّم بين شخصين من بلدين مختلّفين، فما يُدري المستهلك عبر الأنترنت المُقيم في الجزائر، بأنّ هذه اللّوحة المُشتراة مثلاً من فرنسا مُحمَّلة بحق الغير، وأنّ هذا الحق مُتنازع عليه في دولة ثالثة كإسبانيا مثلاً. وهو الأمر الذي نرى معه عدم صّحة جواز الاتفاق على إنقاص الضّمان أو إسقاطه، وهذا لكي يتماشى مع التّوجّهات بتوفير أكثر حماية للمستهلك عبر الأنترنت[2].

ومن الجدير بالملاحظة أنّه في التّعاقد عبر الأنترنت، نكون أمام صورة حديثة للتّعرّض، لا تأخذ الشّكل المادي الملموس المتّعارف عليه، بل تتّم من خلال كيان معنوي هو فيروس الحاسب، ومن شأنه أن يحول بالتّأكيد دون انتفاع العميل كليًا أو جزئيًا بالبرنامج أو الجهاز، ومن ثمّ فإنّه يُرتِّب مسؤولية البائع العقدية، والتزامه بالتّعويض العيني والنّقدي عن الأضرار النّاتجة عن تعرّضه، إذ لا يجوز للبائع أن يشتّرط على المشتري، إعفاءه من الضّمان النّاتج عن فعله الشّخصي، فإذا كان القانون قد أجاز الاتفاق على تشديد الضّمان، أو الإنقاص منه أو إسقاطه، إلاّ أنّه لم يُجز أن يشتّرط البائع الإعفاء من الضّمان عن فعله، أضف إلى ذلك أنّ استخدام الفيروس يعرِّض العميل لمخاطر كبيرة وأضرار فائقة، تتجاوز بكثير أحقية البائع في الحصول على حقّه[3].

(1) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص334.

(2) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص368.

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص248. أنظر أيضا: إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص ص593- 594.

المطلب الثاني:

التزام المورِّد الإلكتروني بضمان العيوب الخفية

لقد نظّم المشرّع الجزائري الالتزام بالضّمان، في بادئ الأمر بموجب قواعد القانون المدني، انطلاقًا من اعتبار أنّ محل البيع شيئًا يتميّز بالبّساطة في غالب الأحيان، وأنّ كل من البائع والمشتري لا يتمتّعان بصّفة المحتّرف، غير أنّه وبتطوّر الحياة الاقتصادية ودخول الجزائر في مرحلة التّصنيع، وظهور منتجات مُعقّدة التّصنيع والتّشغيل، وظهور المنتجين والأعوان الاقتصاديين من جهة، ومفهوم المستهلك البسيط من جهة أخرى، كان من الضّروري على المشرّع الجزائري إعادة تنظيم أحكام الالتزام بالضّمان[1]، حيث كان لثبوت قصور أحكام ضمان الصّلاحية المنصوص عليه في المادة 386 ق. م. ج، والذي يرجع للطّابع الاتفاقي الذي يغلب عليه، من أهم الدّوافع التّي جعلت المشرّع يُنشئ التزامات أخرى، قصد الوصول إلى إضفاء حماية واسعة للمستهلك، والتّي تناولتها المواد المُتعلّقة بقانون حماية المستهلك وقمع الغش والنّصوص التّنظيمية له، ومن بين أهم هذه الالتزامات؛ نجد الالتزام بالضّمان والالتزام بضمان الخدمة ما بعد البيع[2].

وجدير بالذّكر أنّ قانون 05/18 ألزم المورّد الإلكتروني بضرورة تضمين العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية: "...شروط الضّمان وخدمات ما بعد البيع..." [3]. وعلاوة عن ذلك قرّر بأنّه وفي حالة عدم إدراج هذه الشّروط في العقد الإلكتروني، يكون من حق المستهلك طلب إبطال العقد والتّعويض عن الضّرر الذي لحق به.[4]

ويُلاحظ أنّ الالتزام بضمان عيوب المنتوج يعتّبر من أبرز الالتزامات في مرحلة تنفيذ العقد، والذي يلعب دورًا كبيرًا في حماية المستهلك، من العيوب التّي تمسّ بمصلّحته الاقتصادية، كعدم صلاحية المنتوج للاستعمال أو عدم تلبيته للرّغبة المشروعة للمستهلك[5]. وعليه لابدّ من التّطرّق لمفهوم هذا الضمان(**فرع أول**)، ثمّ دراسة الآثار المترتّبة على وجود عيب بالمنتوج (**فرع ثاني**).

---

(1) سلوى قداش، " الالتزام بالضّمان بين القواعد العامة في التّعاقد وحماية المستهلك "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة01 الحاج لخضر، الجزائر، جانفي 2018، ص494.

(2) ربيع زاهية، فاعلية الضّمان لحماية المشتري في ضوء القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصّص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص304.

(3) أنظر المادة 13 من قانون 05/18 ق. ت. إ، السّالف الذكر.

(4) أنظر المادة 14 من قانون 05/18 ق. ت. إ، السّالف الذكر.

(5) مسعودي فاروق، فعالية الالتزام بالضّمان في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، الجزائر،2015- 2016، ص08.

الفرع الأول:

مفهوم الالتزام بضمان العيوب الخفية

نظرًا لمعاناة المستهلك من أساليب الغشّ والخداع، لفترات طويلة وفي أزمنة مختلّفة، ومن خلال السّلع والخدمات المُقدّمة له، التّي من المفروض أن تُلّبي حاجاته ورغباته، ولكن في الواقع كانت تؤدي إلى إلحاق أضرار مادية ومعنوية به، نتيجة ما يشوبها من عيوب ونقائص، هذا ما أدى إلى التّفكير في حفظ حقوق المستهلك، وضمان حصوله عليها[1].

فالالتزام بضمان الأضرار النّاشئة عن عيوب المنتّجات، من الالتزامات المُتّصلة بعقود البيع عامة، ومُؤدى ذلك تسليم مبيع خالٍ من العيوب، حيث يعرقِّل استغلال هذا المبيع على الوجه المطلوب، ويجعله غير صالح للانتفاع به، على النّحو المُتّفق عليه من وراء التّعاقد، وليس هذا فقط فقد تؤدي عيوب المنتجات، إلى الإضرار بالأشخاص والأموال[2].

أولا: التّعريف بالالتزام بضمان العيوب الخفية: يعدّ الالتزام بضمان العيوب الخفية وسيلة جديدة في يد المشتري المستهلك، لإلزام البائع بتسليم المبيع مُطابقًا للمواصفات التّي تمّ الاتفاق عليها، والتّي تستّلزمها الأعراف وطبيعة التّعامل، وينشأ هذا الالتزام وفقًا للنّصوص الحالية في حالة وجود عيب خفي بالشّيء المبيع؛ يؤدي إلى عدم صلاحيته للأغراض، التّي أُعدّ من أجلها أو المُتّفق عليها، أو إلى إنقاص في قيمة هذا المبيع[3]، ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري كرّس هذا المبدأ وضمنه بموجب المادة 379 ق. م. ج[4]، فالمشرّع الجزائري شأنه شأن تشريعات الدول العربية، لم يُضمِّن قانونه المدني تعريفًا محدّدًا للعيب المُوجب للضّمان، مقتّصرًا على بيان شروط وأحكام هذا الالتزام، والقواعد الخاصّة بالدعوى التّي يرفعها المشتري للمُطالبة بهذا الضّمان.

1/ المقصود بالالتزام بضمان العيوب الخفية: إنّ تشريعات حماية المستهلك حرصت على كفالة حماية، أكثر فعالية في مواجهة عيوب المبيع، بما يتناسب والظّروف الواقعية التّي يتواجد بها هذا المستهلك، وبما يتلاءم مع اعتباره الطّرف الضّعيف في العلاقة التّي تربطه بالبائع، الذي هو في الغالب

---

(1) بسكري أنيسة، " الحماية القانونية المُقرّرة للمستهلك في نطاق ضمان العيوب الخفية في القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مارس، 2015، ص215.

(2) علي حساني، " الالتزام بضمان الضّرر في عيوب المنتجات "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ديسمبر 2011، ص230.

(3) بشرى النية ، مرجع سابق، ص511.

(4) المادة 379 من أمر 75 /58 المتضمّن القانون المدني، معدّل ومتمم.

محترِفًا متخصّصًا فيما يبيع، فاعتُبرت أنّ المنتوج يكون معيبًا، عندما لا يتوفّر على السّلامة التّي تُنتظر، إذ يعدّ الالتزام بضمان صلاحية المنتوج، ضرورة مُلّحة نتيجة لظهور الالتزام العام بضمان السّلامة.

وعليه فإنّ تحديد وصف عيب أيّ منتوج، يجب ألاّ يتّم بالنّظر إلى عدم صّلاحية المُنتّج للاستعمال فحسب، لكن بالنّظر إلى النّقص في السّلامة؛ التّي يتوقّع الشّخص أن يُوفِّرها له المُنتَّج بشكل طبيعي، طبقًا لما تضمّنته المادة 09 من قانون 03/09 [1]، وهو ما حاول المشرّع تحقيقه بمقتّضى قانون حماية المستهلك وقمع الغش، على أن تكون المنتوجات مضمونة وتتوفّر على الأمن، بالنّظر إلى الاستعمال المشروع المُنتّظر منها، وأن لا تُلحق ضررًا بصّحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وفي هذا الإطار ألزّم المحترِف أن يضمن سلامة المنتّج الذي يقدّمه، من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المُخصّص له، ومن أي خطر ينطوي عليه[2].

وتجدر الإشارة أنّ قانون 03/09 عرّف الالتزام بالضّمان، باعتباره من بين أهم الالتزامات التّي تكفل حماية المستهلك؛ في مواجهة المنتوجات السّائدة في السّوق، وخاصّة تلك التّي تتميّز بدقّة الصّنع وسرعة التّعرّض للخلل أو العيب[3]، فقد نصّت الفقرة 19 من المادة 03 منه على أنّه:

" الضّمان: التزام كل متدخّل خلال فترة زمنية معيّنة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه، أو تصليح السّلعة أو تعديل الخدمة على نفقته ". ويُلاحظ من خلال هذا التّعريف أنّ المشرّع الجزائري، قد حدّد فقط التزام المتدخّل بضمان منتوجاته في حالة ظهور عيب فيها، دون أن يضع أيّ معيار مُحدّد له؛ إذا ما كان الخلل بسيطًا أو غير صالح للعمل، أو تنعدم فيه المواصفات، فقد أشار إلى العيب بشكل مُطلّق، وبحسب ذلك تقوم مسؤولية المتدخّل بالضّمان.[4]

كما ورد تعريف الضّمان في الفقرة الثّانية من المادة 13 من قانون 03/09 على أنّه: " يجب على كل متدخّل خلال فترة الضّمان المُحدّدة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته ".

---

(1) تنّص المادة 09 على أنّه: " يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة، وتتوفّر على الأمن بالنّظر إلى الاستعمال المشروع المنتّظر منها، وأن لا تلحق ضررًا بصّحة المستهلك وآمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشّروط العادية للاستعمال، أو الشّروط الأخرى المُمكن توقّعها من قبل المتدخّلين. "

(2) بسكري أنيسة، مرجع سابق، ص218.

(3) مسعودي فاروق، مرجع سابق، ص10.

(4) ربيع زاهية، مرجع سابق، ص305.

ما يمكن استخلاصه من هذه الفقرة، أنّ المشرّع الجزائري لم يعرّف الضّمان، باعتباره وثيقة تسلّم للمشتري، من شأنها تغطية العيوب التّي تظهر بالمبيع، بل عرّف الضّمان بطرق تنفيذه[1].

ولابدّ من الإشارة أنّ المشرّع الجزائري استدرك هذا النّقص؛ في المرسوم التّنفيذي رقم 327/13، إذ نصّ في المادة 03 منه على أنّه:" الضّمان... (كل بند تعاقدي أو فاتورة أو قسيمة شراء، أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق، أو كشف تكاليف أو كل وسيلة إثبات أخرى، منصوص عليها في التّشريع والتّنظيم المعمول بهما)، وتغطّي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السّلعة أو تقديم الخدمة." [2]

ما يُؤخذ على هذا التّعريف الوارد في المرسوم، ذكره أنّ الضّمان يقتّصر على تغطية العيوب الموجودة أثناء اقتناء السّلعة، في حين أنّ الضّمان يُغطّي حتّى العيوب، التّي لم توجد وقت البيع، بل اُستجدّت بعد التّسليم وخلال فترة الضّمان[3].

وفضلاً عن ذلك جاء النّص على الضّمان في المرسوم التّنفيذي 390/07، الذي يحدّد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السّيارات الجديدة، في المادة 30 ف01 التّي تنصّ على أنّه:

" يجب على الوكيل أن يوفّر للزبون، الضّمان القانوني الخاصّ بالسيّارة المسلّمة." [4]

ومن زاوية أخرى ذهب الفقيه" Legall "، أنّ مصطلّح الضّمان، صالح لكل شيء في لغة القانون. وتبعًا لهذا الانتقاد نادى بعض الفقهاء، بضرورة استبدال مصطلّح المسؤولية بدل الضّمان[5]. ولكن لا يفوتنا أن ننوّه أنّ من بين أهمّ النّظريات التّي أسّست للضّمان؛ هي النّظرية التّي تبنّاها الفقيه "ستارك "، والتّي تحلّ فيها فكرة الضّمان محل المسؤولية الشّخصية عن الفعل الشّخصي، حيث يلتّزم كل من تسبّب بضرر للغير، بالتّعويض عن الضّرر سواءً كان مُخطئًا أم لا.[6]

(1) زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، دار هومة، الجزائر، 2017، ص22.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 327/13 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، يحدّد شروط وكيفيات وضع ضمان السّلع و الخدمات حيّز التّنفيذ، ج ر، ع 49، الصّادر في 02 أكتوبر 2013، ص16.

(3) زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، مرجع سابق، ص23.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 390/07 مؤرخ في 12 ديسمبر2007، يحدّد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة، ج ر، ع 78، الصّادر في 12 ديسمبر2007، ص19.

(5) حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضّمان في المنتوجات " دراسة مقارنة "، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص51.

(6) مرجع نفسه، ص49.

2/ أنواع العيوب المُوجبة للضّمان: إنّ تعدّد البيوع لا يؤثّر على القواعد العامة في مجال ضمان العيب الخفي، لكن الطّبيعة الخاصّة بالشّيء المبيع، هي التّي تؤثّر بقدر كبير على نوع الانتفاع المقصود، وهذا ما يسمح بتحديد العيوب التّي تستلّزم من البائع ضمانها[1].

أ/ ضمان العيب الخفي وتخلّف الصّفة: نصّت المادة 379 ق. م.ج على أنّه :" يكون البائع مُلزمًا بالضّمان، إذا لم يشتّمل المبيع على الصّفات، التّي تعهّد بوجودها وقت التّسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقّص من قيمته، أومن الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه، حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته واستعماله، فيكون البائع ضامنًا لهذه العيوب ..."

وتفسيرًا لذلك، فالعيب الخفّي يعني ذلك العيب أو الخطأ الفادح في الشّيء، الذي لا يُكتّشف، ممّا يمنع المستهلك من استخدام الشّيء المُعدّ للوظيفة المخصّصة له[2]. وفي هذا الإطار يمكن تعريف العيب في المُنتَّج من عدّة نواحي، سواءً من النّاحية المادية أو الوظيفية أو العقدية؛ فيمكن تعريفه من الناحية **المادية** "définition matériel " بأنّه: " العيب الذي يُتلّف الشّيء أو يُلحق به الهلاك، ويؤدي إلى الانتقاص من قيمته أو منفعته". أمّا من النّاحية **الوظيفية** فهو:" العيب الذي يصيب الشّيء في أوصافه أو في خصائصه، بحيث يجعله غير صالح للغرض المُعدّ من أجله". ويعرّف من النّاحية **العقدية** بأنّه: " تخلّف صفة في المبيع، التّزم البائع للمشتري وجودها فيه."

ولا مناص من القول أنّ المفهوم الوظيفي للعيب، هو الرأي الغالب في الفقه والقضاء، فالمبيع يعتّبر معيبًا منذ اللّحظة التّي يكون فيها غير صالح لتّأدية الغرض المطلوب، أو تكون صّلاحيته لتّأدية هذا الغرض، قد بلغت قدرًا من الضآلة لو علمه المستهلك ما قَبِلَ الشِّراء، أو قَبِلَه ودفع ثمن أقل ممّا دفعه[3]. وفي مقابل ذلك تنشأ عن العيوب في المنتجات[4] أضرار، تقسّم على ثلاثة أنواع:

---

(1) زروقي حنين، التّعويض عن الأضرار النّاجمة عن ضمان العيوب الخفية للمبيع، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصّص قانون مدني معمّق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017 -2018، ص186.

(2) Kahloula (M) et Mekamcha (G) : "La protection du consommateur en droit Algérie ", Revue Idara, N° 01, 2ème partie, Alger, 1996, p33.

(3) جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص19.

(4) ذهبت المادة 06 من التوجيه الأوربي الصّادر بتاريخ 1985/07/25 إلى أنّ :" المنتّوج يكون معيبًا، عندما لا يتضمّن الأمان الذي يتوقّع منه بشكل مشروع". هذا المفهوم يختلف عما جاء به المشرّع الفرنسي، حينما أقرّ أنّ العيب في المنتوج، لا يحدّد فقط بما يحتويه هذا الأخير، من نقص في جوهره أو بسبب فساده، بل يتعدّى المفهوم إلى المنتّج الذي يكون سليما في جوهره، ولكن يتّم تقديمه إلى المستهلك، بطريقة لا تحقّق الأمان الذي يمكن توقّعه على نحو مشروع. راجع: حساني علي، " الالتزام بضمان الضّرر النّاتج عن عيوب المنتوجات "، مجلة الفقه والقانون، ع 59، الجزء 01، المغرب، 2017، ص76.

الأول العيوب التّي تكون في تصميم المبيع، والنوع **الثّاني** عيوب التّصنيع، أمّا النوع **الثالث** فهو العيوب التّي تظهر في التّعليمات والتّحذيرات المعيبة.

ويُلاحظ أنّ الفقه الإسلامي قد تناول خيار العيب في المبيع، فإخفاء العيب عن المستهلك يعتّبر كالغشّ، فالمستهلك الذي يشتّري المبيع، وهو يعلم بالعيب الذي أصابه ليس له أن يحتّج به، أمّا إن علم بوجود العيب فيما بعد فله خيارين: إمّا أن يقوم بفسخ العقد، أو التّعويض عن قيمة ما أصاب المبيع من عيب[1]. ومن الجدير بالملاحظة أنّه يُستّبعد من نطاق ضمان العيوب الخفية، البيوع القضائية والإدارية إذا كانت بالمزاد[2]، حيث رأى المشرّع أنّ البيع في هذه الحالة يكون قد أُعلن عنه، و أُتيحت الفرصّة للمزايدين، أن يفحصوا المبيع قبل الإقدام على المزايدة، أمّا البيوع الاختيارية ولو تمّت عن طريق المزاد العلني، فإنّ البائع فيها يضمن العيوب الخفية.[3]

فضلاً عن ذلك، قد يعتّبر تخلّف الصّفات التّي تعهّد المتدخّل بوجودها للمستهلك، عيبًا مُوجبًا للضّمان، وإن لم يكن عيبًا بحسب المألوف.[4] وفي هذا الصّدد تنصّ المادة 04 من مرسوم 327/13 على أنّه: " في إطار تنفيذ الضّمان، يتعيّن على كل متدخّل تسليم المستهلك سّلعة أو خدمة، مُطابقة لعقد البيع، ويكون مسؤولاً عن العيوب الموجودة، أثناء تسليمها أو تقديم الخدمة ". ولذلك يجب الأخذ في الحسبان، أنّ الصّفات التّي يتوجّب على المتدخّل توفيرها في المنتوج، قد تكون موضوع اتفاق مُسبّق بين المتدخّل والمستهلك، الذي سوف يقتّني هذا المنتوج، كما يمكن أن تكون هذه المواصفات، قد أعلن عنها المتدخّل لجمهور المستهلكين بإرادته المنفردة.[5]

ب/ ضمان العيب المُؤثِّر على صّلاحية المنتوج للعمل: تنصّ المادة 386 ق. م. ج على أنّه:

" إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة، ثمّ ظهر خلل فيها، فعلى المشتري أن يُعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره، وأن يرفع دعواه في مدة ستّة (06) أشهر من يوم الإعلام، كل ذلك ما لم يتّفق الطّرفان على خلافه". فمن خلال هذه المادة، يلتّزم المتدخّل أن يكون المنتوج صالحًا للعمل

---

(1) عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص175.

(2) المادة 385 ق.م.ج تنّص على أنّه : " لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد." وهذه المادة تقابلها م 454 ق. م. مصري.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص159.

(4) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 710.

(5) بوهنتالة أمال، قداش سلوى، " واقع الالتزام بالضّمان وخدمة ما بعد البيع في الجزائر"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد02، ع04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، سبتمبر2017، ص201.

لمدّة محدّدة في العقد، وإذا ظهر عيب فيه يجعله غير صالح للعمل، فيصبح المتدخّل هنا مُلزمًا بجعل المنتوج، مُطابقًا للشّيء الذي تمّ الاتفاق عليه، نجد مثل هذا الضّمان في المنتوجات الدقيقة الصّنع وسريعة التّلف، مثل الآلات الميكانيكية والسّيارات، والثّلاجات والبطاريات، والسّبب في ذلك كون المستهلك يحتّاج للضّمان لكي يقتّنيها، خاصّة لأنّها سهلة التّعيب بالنّظر لدّقتها، فضمان صلاحية العمل يكون شاملاً لكل خلل، قد يحدث للمنتوج حتّى ولولم يكتّنفه عيب، ويستّوي الأمر سواءً كان العيب خفيًا، أم ظاهرًا أدى إلى عدم صلاحية المبيع للعمل، فالمتدخّل يضمن للمستهلك كل ما يمكّنه، أن يعيق استعمال هذا المنتوج استعمالاً عاديًا[1].

وفي مقابل ذلك قد يكون المنتوج خاليًا من أيّ عيب، لكنّه يعدّ غير صالح للقيام بالوظيفة المخصّصة له، كما قد تتحقّق عدم الصّلاحية للعمل، نتيجة وجود عيب في الشّيء أو نتيجة وقوع المشتري في غلط، أو حدوث تدليس من جانب البائع، كما قد يعود الأمر إلى نقص المعلومات الخاصّة باستعمال الشّيء[2]. هذا ونصّت المادة 10 من مرسوم 327/13 على إلزامية صلاحية المنتوج موضوع الضّمان للاستعمال المخصّص له[3].

ج/ ضمان خطورة المنتوجات: نظرًا لتعدّد المنتوجات ونقص خبرة المستهلك، يلتّزم المتدخّل بضمان سلامة المنتوج، وبالتّالي فهو ضامن لكل المخاطر، التّي من شأنها تهديد صّحة وأمن ومصالح المستهلك، لكن هذه الخطورة تختّلف حسب طبيعة المنتوجات[4]:

ج1/ المنتوجات الخطيرة بطبيعتها: ترجع خطورة هذه المنتوجات نظرًا لخواصّها الذّاتية، التّي تكتّسبها بسبب تكوينها أو تركيبها، بالرغم من حسن تصنيعها. ففعاليّتها تكمن في خطورة هذه المنتوجات، حتّى تفي بالغرض المقصود منها؛ كالمنتوجات السّامة والمبيدات والمواد سريعة الاشتعال، والأسلحة والمتفجّرات. وقد تكون منتوجات ليست خطيرة في ذاتها، وإنّما تحمل في طياتها مُسبّبات الخطر، بعد خروجها من تحت يدّ صانعها، إذا ما اقتّرنت بمؤثّرات خارجية، تؤثّر مباشرة على خواصّها وتتفاعل

(1) ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني " الصانع والموزّع - دراسة مقارنة- "، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، القسم المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1987، ص275.

(2) حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضّمان في المنتوجات، مرجع سابق، ص 256.

(3) تنّص المادة 10 على أنّه:" يجب أن يكون المنتوج موضوع الضّمان صالحًا للاستعمال المُخصّص له ..."

(4) بوروح منال، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 03/09 " المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 20014- 2015، ص101.

مع عناصرها مثل: المعلّبات الغذائية التّي تتخمّر بفعل تعرّضها لعوامل الحرارة مما يؤدي إلى تلفها، لهذا السّبب ينبّغي على المستهلك التّعامل معها بحذر، واتباعه طريقة الاستعمال الصّحيحة، المُدلى بها في الوسم، دون غضّ النّظر عن التّحذيرات المبيّنة في هذا الأخير؛ لتجنّب الإصابة بأضرار من شأنها التّأثير على سلامته[1]. وفي هذا الإطار جاءت المادة 03 فـ14 من القانون 03/09 بتعريف للمنتوج الخطير[2].

ج2/ المنتوجات الخطيرة بسبب وجود عيب فيها: فهي منتوجات ليست خطرة في حدّ ذاتها، وإنّما تبدو كذلك بسبب ما يشوب تصنيعها، أو تصميمها من عيوب فنية، تجعل من ذاتها مصدر تهديد مستّمر بالخطورة، وإحداث الضّرر بمقتّنيها أو حتّى أنّها تصيب الغير، كالطائرة مثلاً؛ التّي لا يمكن اعتبارها منتوجًا خطرًا[3]، لكن قد يشوبها عيب كامن فيها، يؤدي بها أن لا تقوم بدورها كما ينبّغي، فتسبّب ضررًا وخطرًا لمستّعمليها من مسافرين وعمال، وقد تنفّجر فتسقط على مبنى، فتؤدي إلى حدوث أضرارًا مادية وجسمانية لساكنيه، أو كالبطارية المستّعملة في المركبات، التّي قد لا نعتّبرها منتوجًا خطرًا، لتوفّرها على شروط السّلامة والأمان، لكن أثناء استعمالها وبسبب عدم صيانتها، أو بسبب وجود خلل في النّظام الكهربائي للمركبة؛ قد يؤدي ذلك بمستّعمليها إلى خطر انفجارها المُفاجئ، نظرًا لوجود عيب فيها، وليس بسبب إهمال صاحب المركبة.

ولا مناص من القول أنّ هذه المنتّجات الخطرة؛ التّي تسبّب ضررًا لمقتّنيها ومستّعمليها، ترتّب مسؤولية صانعها بسبب الضّرر الذي تسبّبت فيه، ووجوده هكذا لا يمنّع من المنتّج أن يتحاشى هذه المسؤولية، عن طريق توفير كل المعلومات اللاّزمة والكاشّفة للوضع المادي للمنتوج، والحرص على اتخاذ الاحتياطات المادية، عند تجهيز السّلعة لتسويقها وتسليمها، كالتّعبئة والتّغليف وعمليات تخزينها، وتسليمها على الوجه الأكمل، ووفق ما تتطلّبه النّصوص القانونية المعمول بها في هذا الشّأن.[4]

وعلاوة على ذلك عرّف المشرّع الجزائري في المادة 03 فـ12 المادة المضمونة بأنّها: " كل منتوج في شروط استعماله العادية أو المُمكن توقّعها بما في ذلك المدّة، لا يشكّل أي خطر أو يشكّل أخطارًا محدودة في أدنى مستوى، تتناسب مع استعمال المنتوج، وتعتّبر مقبولة بتوفير مستوى

(1) قونان كهينة ، " الإفضاء بالصّفة الخطيرة للمنتوج "، مجلة البحوث والدّراسات القانونية والسياسيّة ، ع 02، كلية الحقوق والسياسية، جامعة البليدة 02: لونيسي علي، الجزائر، جانفي 2012، ص226.

(2) تنّص المادة 03 فـ14 على أنّه: " منتوج خطير: كل منتوج لا يستجيب لمفهوم المنتوج المضمون المحدّد أعلاه."

(3) حساني علي، الالتزام بضمان الضّرر الناتج عن عيوب المنتوجات ، مرجع سابق، ص77.

(4) مرجع نفسه، ص 78.

حماية عالية لصّحة و سلامة الأشخاص." [1]

ومن زاوية أخرى فوجود عيب بالمنتوج، يؤدي إلى وقوع الخطر الذي يُسبِّب الضّرر للأشخاص، في صّحتهم أو مصالحهم المّادية والمعنوية، وبالتّالي يمكن اعتبار الضّرر هنا، سبب أساسي للقول بوجود خطر وعيب يُوجب الضّمان، والمشتري هنا لا يستّطيع أن يستّند في رجوعه على المنتّج، إلاّ على أساس ضمان العيب الخفي في عقد البيع، لأنّ المنتّج لا يضمّن العيوب الظّاهرة، على الرّغم من قابلية إعمال مسؤولية المنتّج؛ إذا أثبت المتضرّر وجود خطأ تسبّب فيه المنتّج[2].

ويُلاحظ أنّ الجديد الذي أتى به المشرّع الفرنسي، بمقتّضى صدور القانون الفرنسي رقم 379 لسنة 1998 بتاريخ 1998/05/19، والذي ألحق فصلاً مستّقلاً إلى الكتاب الثّالث من التّقنين المدني، هو الفصل الرّابع مكرّر بعنوان: المسؤولية عن فعل المنتّجات المعيبة[3]، أنّه حدّد صفة العيب في المنتج بنقص الأمان المشروع، الذي ينتّظره جمهور المستهلكين فيه، وليس بالنّظر إلى صّلاحية المنتّج للاستعمال، والمعيار الموضوعي في تقدير توافر الأمان المشروع للمنتّج من الجمهور، يقدّره القاضي دون تفريق بين شخص وآخر.[4]

3/ أنواع الضّمان: يعدّ الضّمان بشكل عام من أهم الالتزامات التّي تقع على عاتق المتدخّل (سواء كان مُنتِّجًا أو بائعًا)، كما يشكّل في نفس الوقت أبرز الحقوق التّي يتمتّع بها المستهلك، ولقد حاول المشرّع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 327/13، تعريف الضّمان بالإحالة إلى نصوص قانونية أخرى[5]، إذ نصّ:" الضّمان المنصوص عليه في النصوص التّشريعية والتّنظيمية، المتعلّقة بالآثار القانونية المترتّبة على تسليم سّلعة، أو خدمة غير مُطابقة لعقد البيع (كل بند تعاقدي أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة تسليم...منصوص عليها في التّشريع والتّنظيم المعمول بهما) وتغطّي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السّلعة أو تقديم الخدمة " [6].

---

(1) المادة 03 ف12 من قانون 03/09 السالّف الذكر.

(2) زروقي حنين، مرجع سابق، ص188.

(3) تنّص الفقرة الأولى من المادة 04/1386 منه على أنّه: "يعدّ المنتج معيبا في تطبيق هذا الفصل، عندما لا يتوافر فيه الأمان المشروع، الذي يمكن أن يُنتظر. "

Art: 1386/04 -01 : " un produit est défectueux au sens due présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. "

(4) بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص ص165- 166.

(5) زكرياء بوعون،" آليات تنفيذ ضمان السّلع والخدمات في القانون الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، ع 43، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، الجزائر، جوان 2015، ص273.

(6) المادة 03 ف01 من مرسوم 327/13 السّالف الذكر.

هكذا يتبيّن بالرّجوع إلى الأحكام العامة المُنظِّمة للالتزام بالضّمان، في إطار القواعد العامة في التّعاقد، وكذا قانون المستهلك أنّها تنقسم إلى قسمين:

- أحكام يتعيّن على البائع الالتزام بها بقوّة القانون، وهو ما يتمثّل في ضرورة سلامة المبيع من العيوب الخفية، ومطابقته لما تمّ الاتفاق عليه في العقد، والنصوص التّشريعية الخاصّة به أيضا، فضلاً عن صلاحية المبيع للعمل مدّة معيّنة من الزمن.
- أحكام تتعلّق بالضّمان الاتفاقي، والذي يُمكن للبائع أن يلتّزم به بمحض إرادته، وهذا في سبيل التّرويج لبضائعه، وكسب ثقة المستهلكين، وهو ما يُطلّق عليه أيضًا تسمية الضّمان الإضافي.[1]

أ/ الضّمان القانوني: تنّص المادة 13 ف01 من قانون 03/09 على أنّه: "يستّفيد كل مُقتنٍ لأي منتوج، سواء كان جهازًا أو أداة أو آلة أو عتادًا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضّمان بقوة القانون." [2]

وعليه فإنّ المشرّع قد أقرّ للمستهلك الحق في الحصّول على مبيع خالي من العيوب، فضلاً عن حقّه في ضمان صّلاحية المبيع للعمل مدّة معيّنة من الزّمن، عن طريق إلزام المتدخّل بمنح المستهلك مدّة ضمان مُحدّدة؛ يلتّزم بتّقديمها بقوّة القانون.[3]

وفي هذا الإطار وتطبيقًا لأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 13، صدر المرسوم التنفيذي 327/13 المُحدّد لشروط وكيفيات وضع السّلع والخدمات حيّز التّنفيذ [4]، والذي جاء ليؤكّد على مدّة الضّمان، وجعلها تختّلف من منتوج لآخر، على أن لا تقلّ عن ستّة أشهر بالنسبة للمنتّجات الجديدة، وثلاثة أشهر للمنتجات القديمة، وتكون مدّة الضّمان حسب طبيعة المنتوج [5]. وفي نفس الصّدد تنصّ المادة 04 من مرسوم 327/13 على أنّه: " في إطار تنفيذ الضّمان، يتعيّن على كل متدخّل تسليم المستهلك سّلعة أو خدمة مُطابقة لعقد البيع، وقد يكون مسؤولاً عن العيوب الموجودة أثناء تّسليمها أو تقديم الخدمة ".

فبمقتّضى هذه المادة، كفل المشرّع للمستهلك ضمان مُطابقة المنتوج لعقد البيع، إلى جانب ضمان الحق في صّلاحية المبيع للعمل مدّة معيّنة من الزّمن[6]، فضلاً عن ذلك نجد المادة 10 من نفس

---

(1) سلوى قداش، الالتزام بالضّمان بين القواعد العامة في التّعاقد وقانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 498.

(2) القانون 03/09 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغشّ.

(3) بوهنتالة أمال، قداش سلوى، واقع الالتزام بالضّمان وخدمة ما بعد البيع في الجزائر، مرجع سابق، ص 200.

(4) تنّص الفقرة الأخيرة من المادة 13 على أنّه :" تحدّد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التّنظيم."

(5) أنظر المادتان 16 و17 من مرسوم تنفيذي 327/13، السّالف الذكر.

(6) هذا الضّمان المنصوص عليه في المادة 13 من قانون 09/ 03، السّالف الذكر.

المرسوم نصّت على أنّه: "يجب أن يكون المنتوج موضوع الضّمان، صالحًا للاستعمال المخصّص له، وعند الاقتضاء ... يتوفّر على جميع الخصائص المنصوص عليها في التّنظيم المعمول به ".

ويتّضح من هذا النّص أنّ المطابقة لا تقتّصر على ما يشترّطه المتعاقدان، وإنّما تمتّد لتشمل ما يقرّره القانون من أحكام في هذا الشّأن، رغبة منه في تحقيق حماية فعّالة للطّرف الضّعيف، في العلاقة التّعاقدية وهو المستهلك [1]، ونتيجة ذلك وفي سبيل تكريس حماية أكبر للمستهلك، باعتباره الطّرف الأقل خبرة في العلاقات التّعاقدية، التّي تربطه بالمتدخّل من جهة، ومن جهة أخرى ظهور هذا التّطور التّكنولوجي الهائل، الذي تمخّض عنه انتاج مواد تجهيزية وخدمات، تتميّز بخصوصيات فنية وتكنولوجية معقّدة، تجعل المستهلك البسيط عاجزًا عن تفهّم مكوّناتها، ألزّم المشرّع المتدخّل أيضًا بضمان مُطابقة المنتوج للنّصوص التّنظيمية المعمول بها[2].

وعليه تكمن غاية المشرّع في إلزام المتدخّل بالضّمان وتنفيذه، إلى إجبار المهنّي على مراعاة حسن النيّة في المعاملات الاستهلاكية، وتنفيذ العقد بشكل سليم يضمّن مُطابقة المنتوج للمواصفات، أو الغرض الذي تمّ التّعاقد من أجله[3].

ولابد من الإشارة أنّ الضّمان القانوني يعدّ من النّظام العام، لا يجوز الاتفاق بين المتدخّل والمستهلك على مخالفته، وأي اتفاق مُخالف لأحكام هذا النّظام، يعتّبر باطلاً بطلانًا مطلقًا، وهذا ما أكدّته الفقرة الخامسة من المادة 13 التّي تنص على أنّه:" يعتّبر باطلاً كل شرط مُخالف لأحكام هذه المادة ". وعليه تعتّبر باطلة كل الشّروط المنقّصة، أو المسقّطة للضّمان القانوني[4]، إلاّ أنّ المشرّع الجزائري لم يبيّن بوضوح، ماذا قصد بالشّرط الذي يُبطل لمخالفته أحكام المادة السّالفة الذّكر، إلاّ أنّ المقصود منه في الغالب، كل شرط يُنقص من التزامات المتدخّل أو يستّبعدها تمامًا.[5]

ومن الضّروري أن يكون الضّمان القانوني مجانيًا، فليس للمتدخّل أن يرفع من سّعر السّلعة، لمجرد حصول المستهلك على الضّمان عند اقتنائها، وهو ما نصّت عليه المادة 32 ف01 من

---

(1) سلوى قداش، الالتزام بالضّمان بين القواعد العامة في التّعاقد وقانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ص500-501.

(2) بوهنتالة أمال، قداش سلوى، واقع الالتزام بالضّمان وخدمة ما بعد البيع في الجزائر، مرجع سابق، ص ص201-202.

(3) Rabih Chandeb , le régime juridique du contrat de consommation , étude comparative , L.G.D.J 2010, p218.

(4) تنّص المادة 10 من قانون حماية المستهلك المصري على أنّه: "يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة، أو مستند أو غير ذلك، بما يتعلّق بالتّعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشّرط، إعفاء مورّد السّلعة ومقدّم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون". راجع : بوهنتالة أمال، قداش سلوى، واقع الالتزام بالضمان وخدمة ما بعد البيع في الجزائر، مرجع سابق، ص 202.

(5) ربيع زاهية، مرجع سابق، ص 318.

مرسوم390/07 على أنّه: " يقدّم الوكيل الضّمان للزبون، بدون دفع تكاليف إضافية." [1]

ممّا لا شك فيه إنّ تجربة المنتوج لا تعفي المتدخّل من إلزامية الضّمان، حيث تعطي تجربة المنتوج فرصة للمستهلك، من اكتشاف العيوب التّي قد تعتّريه مُبكّرًا، ممّا يمكّنه من استبداله ووقاية نفسه وأمواله والغير، من الخطر الذي ينجّر عن تلك العيوب بمرور الوقت، والحق في تجربة المنتوج مُقرّر قانونًا للمستهلك لحماية حقّه في الضّمان، وهذا ما نصّت عليه المادة 11 من مرسوم 327/13 على أنّه: " يمكن المستهلك أن يُطالب بتجريب المنتوج المُقتّنى... دون إعفاء المتدخّل من إلزامية الضّمان". وكذا المادة 15 من قانون 03/09 التّي تقضي بأنّه: " يستّفيد كل مقتّنٍ لأي منتوج ... من حق تجربة المنتوج المُقتّنى." [2]

ب/ الضّمان الاتفاقي أو الإضافي: يمكن للمستهلك أن يستّفيد فضلاً عن الضّمان القانوني، من ضمان آخر أكثر امتيازًا، من ذلك المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 03 من مرسوم 327/13، ويسّمى بالضّمان الإضافي طبقًا للمادة 18 من نفس المرسوم؛ ومن خلال هذه المادة الأخيرة نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري، أجاز للمتدخّل وفي سبيل التّرويج لمنتجاته؛ أن يُبرم مع المستهلك ضمانًا آخر، على أن يكون هذا الضّمان يتضمّن التزامات، تفوق تلك التّي أجبره بها المشرّع بخصوص الضّمان المُقرّر قانونًا، لذا أطلق عليه المشرّع تسمية الضّمان الإضافي من خلال المادة 03 فـ02 من مرسوم 327/13 [3]. وبالتّالي قد يخضّع الالتزام بالضّمان إلى الاتفاق المُسبّق، بين الأطراف المتّعاقدة في عقد البيع، وهو ما يعرّف في القانون المدني بالضّمان الاتفاقي، أو ما أطلق عليه المرسوم التنفيذي 327/13 تسمية الضّمان الإضافي[4].

ويُلاحظ أنّ المشرّع قد استّعمل مصطلح جديد وهو " الضّمان الإضافي" [5]، بدل" الضّمان الاتفاقي" الذي كان ينصّ عليه ضمن أحكام المادة 11 من المرسوم المُلغى رقم 266/90.[6]

---

(1) كما تنّص المادة 13 فـ04 من قانون 03/09 على أنّه:" يستّفيد المستهلك من تنفيذ الضّمان المنصوص عليه أعلاه، دون أعباء إضافية."

(2) ربيع زاهية، مرجع سابق، ص318.

(3) بوهنتالة أمال، قداش سلوى، واقع الالتزام بالضّمان وخدمة ما بعد البيع في الجزائر، مرجع سابق، ص203.

(4) سلوى قداش، الالتزام بالضّمان بين القواعد العامة في التّعاقد وقانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص501.

(5) تنّص المادة 03 فـ02 من مرسوم 327/13 على أنّه: " الضمان الإضافي: كل التزام تعاقدي محتّمل يبرم إضافة إلى الضّمان القانوني، الذي يقدّمه المتدخّل أو ممثّله لفائدة المستهلك دون زيادة في التّكلفة."

(6) تنّص المادة 11 من مرسوم 266/90 الملغى على أنّه: " يمكن المحترف أن يمنح المستهلك مجانا، ضمانا اتفاقيا أنفع من الضّمان الخاضّع للأحكام القانونية المعمول بها."

في مقام موالي أشار المشرّع إلى هذا الضّمان دون ذكره صراحة، في المادة 14 من قانون 03/09 التّي تنّص على أنّه: " كل ضمان آخر مُقدّم من المتدخّل بمقابل أو مجانًا، لا يُلغي الاستفادة من الضّمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه."

ولا مناص من القول أنّ نصّ المشرّع على مصطلح " الضّمان الإضافي"؛ يعتّبر ذو مدلول لغوي أبلغ في التّعبير من الضّمان الاتفاقي، فتخلّي المشرّع عن مصطلح " الضّمان الاتفاقي"، يرجع أساسًا إلى تفادي اللّبس الواقع بين قواعد الاستهلاك من جهة، وقواعد القانون المدني من جهة أخرى، هذه الأخيرة التّي تجيز للأطراف الاتفاق على إنقاص، بل حتّى إسقاط الضّمان[1]، وهو ما لا يتماشى مع طبيعة العقد المُبرم ومركز أطرافه، لذلك أراد المشرّع من خلال المصطّلح الجديد " الضّمان الإضافي"، التّأكيد على أنّه لا يأخذ صورة الإنقاص أو الإسقاط أبدا، بل يشكّل دائمًا امتيازًا، وإضافة لحماية المستّهلك، كما يعزّز استعمال المشرّع لهذا المصطّلح، الإقرار بأنّ الضّمان القانوني يتعلّق بالنّظام العام، وبالتّالي الضّمان الإضافي يدّعم الضّمان القانوني، فهو بمثابة التزام إضافي على عاتق المحتّرف[2].

وبطبيعة الحال قد يمتّنع المتدخّل عن تقديم الضّمان الإضافي، لأنّ هذا الضّمان يبقى من اختصاص المتدخّل، في منح أو عدم منحه للمستهلك بمحضّ إرادته، هذا ما يُستّشف من الفقرة 02 من المادة 03 من مرسوم327/13 من خلال عبارة:" كل التزام تعاقدي محتّمل...الذي يقدّمه المتدخّل.."[3] وناهيك عن ذلك يمكن للمتدخّل وضع شروط خاصّة بهذا الضّمان، لكونه تعاقديًا بحسب الأصل، غير أنّه يُشتّرط في الضّمان الإضافي أن يكون على سبيل المجّان[4].

ويُلاحظ أنّ المشرّع ألزم في نصّ المادة 19 من مرسوم 327/13 أن يُصَبّ الضّمان الاتفاقي في عقد مكتوب ولا يتّم شفويًا، وفي هذا الإطار قد يتّم بيان شروط تنفيذه في وثيقة مُرفقة للمنتوج، وعلاوة على ذلك استّوجب أيضًا، أن يحتّوي هذا الالتزام التّعاقدي المُبرم بين الطّرفين، على البنود الضّرورية لتنفيذه، وكذا كل البيانات اللاّزمة والمذكورة في المادة 06 من مرسوم 327/13؛ والمتعلّقة أصلاً بوجوبية احتواء شهادة الضّمان، التّي يسلّمها المتدخّل لفائدة المستهلك، عند اقتناء أية سلّعة وبقوة

(1) أنظر المادة 384 ق.م. ج.

(2) زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص ص276- 277.

(3) مرجع نفسه، ص 277.

(4) طبقا لما نصت عليه المادة 03 ف02 من مرسوم 327/13 على أنه : "... دون زيادة في التكلفة "، هذه المادة تتناقض مع نص المادة 14 ف01 من قانون 03/09 التي تنص: " كل ضمان آخر مُقدّم من المتدخل بمقابل أو مجانًا ..."

القانون على بيانات، منها تلك المتعلّقة بالضّمان، ونوع المنتوج وكذا مدّة الضّمان، بالإضافة إلى تاريخ سريانه، واسم وعنوان الممثّل المكلّف بتنفيذ الضّمان عند الاقتضاء[1].

ثانيا: شروط العيب المُوجب للضّمان: يُلاحظ أنّ من أهمّ البيانات التّي يهمّ المشتري معرفتها عند إبرام العقد؛ الخواص المادية والأوصاف الأساسيّة للشّيء المبيع وما به من عيوب، ففي ضوء تلك المعرفة تتحدّد جودة الشّيء المبيع، ومدى كفاءته في أداء الغرض المقصود من اقتنائه، بل ومدى توافقه مع ظروف وإمكانات المشتري[2]. فقد يكون العيب الخفي في الشّيء المبيع، إمّا لعدم وجود صفة توخاها المشتري في المبيع، أو أنّ هذه الصّفة كانت منطوية على قدم الشّيء المبيع[3].

وحرصًا من المشرّع على استقرار المعاملات، اشترّط لضمان البائع للعيوب الخفية في المبيع شروطًا معيّنة في العيب، وتكمّن هذه الشّروط حسب ما جاء في المواد 379،380 و385 ق. م. ج[4] في أن يكون العيب خفيًا، قديمًا و مُؤثّرًا. وتجدر الإشارة أنّ هذه الشّروط تنصّرف إلى العيب بمعنى الآفة الطارئة، أمّا العيب بمعنى تخلّف صفة، كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع، فيكفي فيه لقيام الضّمان، ألا تتوافر هذه الصّفة في المبيع وقت التّسليم[5].

وعليه تتمثّل شروط العيب المُوجب للضّمان في:

1/ شرط العيب المُؤثّر: طبقًا للمادة 10 من مرسوم 327/13 التّي تقضي بأنّه: "يجب أن يكون المنتوج موضوع الضّمان صالحًا للاستعمال المُخصّص له..."، يتّضح من خلال هذه المادة أنّ المشرّع تبنّى المفهوم الوظيفي للعيب، الذي يقوم على أساس صلاحية المبيع للاستعمال المُعدّ له، فإذا كان المبيع غير صالح للاستعمال المُخصّص له؛ عُدّ المبيع معيبًا وإن لم يكن به عيب، ينقّص من قيمته أو نفعه، لأنّ ما يهمّ المستهلك ليس الشّيء ذاته، وإنّما مدى ملاءمته للاستعمال المُخصّص له.

وفي مقابل ذلك نجد أنّ المشرّع لم يشتّرط طبقًا لقوانين حماية المستهلك، أن يكون العيب جسيمًا، بحيث يفقد المنتوج قيمتّه أو نفعه، بل يكفي أن يؤثّر هذا العيب على مزاج المستهلك ومتعتّه، حتّى يستّعمل هذا الأخير حقّه في الضّمان، وهذا خلافًا للأحكام العامة في التّعاقد، والتّي بموجبها استّبعد المشرّع النّقص التّافه، الذي جرى العرف على التّسامح فيه، بل أنّ المشرّع ذهب إلى أبعد من

(1) ربيع زاهية، مرجع سابق، ص319.

(2) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص632.

(3) بعجي محمد، مرجع سابق، ص 42.

(4) هذه المواد؛ تقابلها المواد 447، 448، 454 ق. م. مصري.

(5) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص365.

ذلك، بتبنيه معيارًا أوسع منه لاعتبار العيب مُؤثّرًا ومُوجبًا للضّمان، وهو الذي يقوم على أساس عدم مطابقة المنتوج لما تمّ الإعلان، أو ما ورد في النصوص التّنظيمية[1].

إنّ الأصل في تحديد العيب أنّه لا يُقاس بالجسامة أو الضآلة في التّأثير، لأنّ ذلك يرجع إلى طبيعة الشّيء ونوعيّته، فقد يكون العيب مؤثّرًا في بعض الأشياء المبيعة، حتّى و لو كان غير جسيم، وقد لا يؤثّر بتاتًا إلاّ إذا بلغ حدًّا معيّنًا من الجسامة في البعض الآخر، وهذا ما يتطلّب وجود معايير معيّنة، تحدّد لنا مدى تأثير العيب على الشّيء المبيع، ودرجة الجسامة المطلوبة في ذلك مُقارنة مع طبيعة المبيع[2].

ولذلك يجب الأخذ في الحسبان، أنّه بتطبيق القواعد العامة على عقد البيع المُبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة، نجد أنّ بعض العيوب يكون لها تأثير في قيمة المبيع أو منفعته، وهناك من العيوب ما تكون يسيرة غير مؤثّرة، فمثلاً: عروض التّجارة المُعلن عنها عبر وسائل الاتصال الحديثة، من أدوات رياضة أو أدوية أو أشرطة، نجد أنّ المستهلك يُقبِّل على السّلعة وهو واقع تحت تأثير هذه العروض، فمثل هذه المبيعات إذا ظهر فيها عيب خفي يجب أن يكون مؤثّرًا، أما العيوب ذات الكيان المعنوي كفيروس الحاسب الآلي في برامج المعلومات، المُباعة عبر وسيلة من وسائل الاتصال الحديثّة، فيرى البعض أنّ الفيروس في معظم حالاته، لا يؤثّر على قيمة المبيع أو نفعه بالمعنى المباشر، ولكن ذلك لا يمنّع من اعتباره عيبًا خفيًا، لأنّ المشتري لو علم بإصابة البرنامج لما أقدّم على الشّراء، ليس هذا فحسب بل وأيضًا لأنّه عيب خطير، لا يمكن أن يتغاضى عنه المشتري.[3]

2/ شرط وجود العيب ضمن فترة زمنية معيّنة: لكي يتقرّر الضّمان المنصوص عليه في قانون حماية المستهلك، ينبّغي أن يكون العيب قد حدث ضمن فترة زمنية محدّدة، وهو ما تضمّنته المادة 13 من قانون03/09، وأكدّته المادتان 16 و17 من مرسوم 327/13، واللّذان من خلالهما حدّد المشرّع الجزائري الحدّ الأدنى لمدّة الضّمان، التّي يلتّزم بها المتدخّل تجاه المستهلك بقوة القانون، والمتمثّلة في ستّة (06) أشهر بالنسبة للمنتّجات الجديدة، وثلاثة (03) أشهر بالنّسبة للمنتّجات القديمة [4].

أمّا عن إمكانية تمديد الضّمان، فيحدث ذلك في طلب المستهلك من المتدخّل، أثناء فترة سريان الضّمان القانوني أو الإضافي، إعادة السّلعة موضوع الضّمان إلى حالتها، فإنّه تُمدّد فترة الضّمان بـــ

(1) سلوى قداش، الالتزام بالضّمان بين القواعد العامة في التّعاقد وقانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص ص504- 505.

(2) علي حساني، الالتزام بضمان الضّرر في عيوب المنتجات ، مرجع سابق، ص ص239- 240.

(3) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص ص374- 375.

(4) بوهنتالة أمال، قداش سلوى، واقع الالتزام بالضّمان وخدمة ما بعد البيع في الجزائر، مرجع سابق، ص205.

30 يومًا على الأقل، بسبب عدم استعمال السّلعة، على أن لا يُحتّسب هذا الأجل ضمن المدّة السّابقة، بل تُزاد هذه الفترة إلى مدّة الضّمان المُتبقية، وهو ما تنصّ عليه المادة 20 من مرسوم 327/13 بأنّه: " ... وتُضاف هذه الفترة إلى مدّة الضّمان الباقية " [1].

ومن الجدير بالملاحظة أنّه إذا كان العيب ممّا لا يظهر، إلاّ بعد انعقاد البيع وانتقال الملكية، فيكون الضّمان واجبًا على المهنّي، مثل أن يشترّي المستهلك كبشًا فيه جرثومة، ويتمكّن من إثبات وجودها فيه قبل استلامه. وعلى العكس من ذلك لا يكون المهنّي مسؤولاً بالضّمان عن العيوب، التّي تلحق المنتّجات بعد تسليمها للمستهلك لعدم حيطّته.[2]

كما لا يفوتنا أن ننوّه أنّ صفّة القدم، بالنسبة للمنتّجات الخطرة تتّسم ببعض الخصوصية، فالعيب في هذه الحالة لا يتحدّد بالتّسليم فقط، وإنّما قد يتّصل بالتّصنيع والإنتاج والإعداد[3]، و في هذا الإطار قضت محكمة التّمييز الأردنية بضرورة أن يثبّت المدعى عليه وجود العيب (فساد المادة الغذائية) منذ شرائها من المستورّد[4].

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره يتعيّن على المتدخّل في إطار تنفيذ الضّمان، تسليم المستهلك سّلعة أو خدمة مُطابقة لعقد البيع، ويكون مسؤولاً عن العيوب الموجودة أثناء تسليمها، أو تقديم الخدمة وهذا ما نصّت عليه المادة 40 من مرسوم 327/13. وفي نفس الصّدد أكدّ قرار صادر عن المحكمة العليا، المؤرخ في 1999/07/21 على إلزامية ضمان البائع للعيوب الخفية في مجال بيع السّيارات القديمة، عندما يتعذّر على المشتري نفسه اكتشاف هذه العيوب، أو عندما يكون المبيع مشوبًا بعيوب تنقّص من قيمته.[5]

ولتوضيح ذلك، نُورد مثالاً عن عقد مُبرم عن بُعد على نوع معيّن من السّيارات، فأراد المشتري أن يشتري سيارة، فدخل على شبكة الأنترنت لموقع متخصّص في بيع السّيارات، وحدّد نوع السّيارة التّي يرغب في شرائها، فتلقى العروض من البائعين والشّركات، مع طريقة عرض مميّزات هذا النّوع من السّيارات، فاختار المشتري العرض الأفضل وتمّ الاتصال بالبائع، وذهب إليه في مقرّه

(1) زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص278.

(2) زاهية حورية سي يوسف، المسؤوليّة المدنيّة للمنتّج ، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع ، الجزائر،2009، ص80.

(3) قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج " دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2007، ص107.

(4) جابر محمد ظاهر مشاقبة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصّناعية " دراسة مقارنة "، ط 01، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص31.

(5) قرار صادر عن المحكمة العليا، مؤرخ في 1999/07/21، ملف رقم 202940، قضية (م. ب. م.) ضد (ب. ش. ع) ، المجلة القضائية، ع 02، السنة 2000، ص ص88 -91.

إذ كان في نفس البلد ليتسلّم السّيارة، وبعد أن تمّ التّسليم وجد أنّ السّيارة بها عيب، لو علمه قبل التّعاقد لما أقدم على الشّراء، أو بها عيب خفي فنّي أو قديم، فإذا اكتّشف المشتري هذه العيوب، وجب عليه أن يُبادر إلى إخبار البائع بذلك العيب خلال مدّة معقولة، سواءً كان ذلك على يد محضّر، أو بخطاب طبقًا للقواعد العامة في القانون المدني، ثمّ يفسّخ العقد.[1]

3/ ارتباط العيب بصناعة المنتوج: إنّ المتدخّل لا يضمن العيب الخارجي، كالعيب النّاتج عن سوء استخدام المنتوج، والتّشغيل بطريقة غير مُطابقة لدليل الاستعمال، فقد يتّم استعمال المنتوج فيما لم يُعدّ له، أو يتّم الخطأ في استعماله، فالضّمان قاصر على عيوب التّصنيع، لا عيوب التّشغيل أو عيوب أخرى، كأن يصبح المنتوج غير صالح للاستعمال، أو أنّه أُتلف نتيجة قوة قاهرة، كما لو شبّ حريق في المنزل، فتضرّر المنتوج[2]. وبطبيعة الحال فإنّ العيوب التّي ترجع إلى سوء استخدام المنتوج، ومخالفة التّعليمات لا يغطّيها الضّمان، لكن بشرط أن يكون المتدخّل، قد أرفق بالمنتوج دليلاً للاستعمال والاستغلال[3]. وممّا لا شك فيه أنّ المتدخّل يلتّزم بقوّة القانون، في حالة حدوث الخلل أثناء فترة الضّمان؛ بالقيّام بإصلاح المنتوج وإعادة تّشغيله من جديد و بصورته المعتّادة[4].

في مقام موالي يتّضح من شهادات الضّمان التّي تصدّرها الشّركات المنتّجة، أنّ مسؤولية الشّركة تنحصّر في اصلاح وتغيير قطع الغيار، في حالة وجود "عيوب في التصنيع "، " العيوب المصنعيّة " و"عيوب الصّناعة "، ويُلاحظ أنّ الصّيغ المختّلفة تعبّر عن نفس المعنى، وهو ضمان الخلل الرّاجع إلى المبيع نفسه، وعلى العكس من ذلك إذا كان سبب الخلل خارجيًا، فإنّ الضّمان لا يغطّيه، وعليه فإنّ شهادات الضّمان، تستّبعد صرّاحة كل ما ينجم عن سوء الاستخدام، أو الإهمال أو مخالفة التّعليمات، أو تدخّل الغير أو القوّة القاهرة.

ومن زاوية أخرى، يستّفيد المتضرّر غير المتعاقد أيضًا من هذا الضّمان، وذلك بموجب أحكام المسؤولية المستّحدّثة بموجب المادة 140 مكرّر ق.م. ج، والتّي حرص المشرّع من خلالها، على إنشاء قواعد قانونية تمتاز بالتّشديد والصّرامة، إذ أقام المسؤولية على عاتق المنتّج، من أجل ضمان

(1) أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المُبرم بوسائل الاتصال الحديثة " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص ص247- 248.

(2) نجاة مهيدي، قفاف فاطمة: " التزام المتدخّل بالضّمان في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغشّ 03/09 "، مجلة الحقوق والحريات، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017، ص683.

(3) زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، مرجع سابق، ص24.

(4) علي حساني، الإطار القانوني للالتزام بالضّمان في المنتوجات، مرجع سابق، ص260.

الضّرر الذي يصيب الأشخاص والأموال[1]، وخاصّة في ظل التّقدّم التّكنولوجي الذي يصاحب إنتاج السّلع والخدمات، وانتشار المعاملات الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، حيث غالبًا ما يواجه هذا المستهلك مُنفردًا عملاقًا اقتصاديًا. فعلى المستوى العملي اجتّهد مجموعة من الخبراء في صياغة نماذج عقود، بصورة من شأنّها أن تُولِّد لدى المستهلك شعور بالاطمئنان، إلى خلو المبيع محل المعاملة من أيّ عيب، نتيجة وسائل يؤكّد بها البائع على خلوّ المبيع من العيوب، مثل إعلانه أنّها حاصّلة على شهادة الجودة من الجهات المختّصة، وتدوين ذلك على عبواتها، هذا فضلاً عن الثّقة التّي يوليها المستهلك لهذا البائع أو المحتّرف، كشخص معنوي يملك إدارة قوية، له العديد من الوسطاء ومن الفروع في كل مكان، قد يتخطّى بهما وفي بعض الأحيان النّطاق الجغرافي للإقليم الواحد.[2]

ومن الجدير بالملاحظة أنّه قد يرتّبط الخلل المُوجب للضّمان الاتفاقي مع العيب المُوجب للضّمان القانوني، فالخلل الذي يصيب المبيع ويُؤثِّر في صلاحيته للعمل، قد يكشّف عن وجود عيب فيه، على نحو يثير الضّمان الاتفاقي والقانوني في نفس الوقت؛ وعليه يكون للمشتري الخيار بينهما.[3]

ومن هذا المنطلق إذا توافرت شروط العيب الخفي في الخلل الذي يصيب المبيع، فإنّ المشتري يكون له الخيار بين الرجوع على البائع بضمان صلاحية المبيع، أو بضمان العيوب الخفية، ففي الحالة الأولى له أن يُطالب البائع بإصلاح المبيع، وفي الحالة الثانية فله أن يردّ المبيع للبائع أو يطالبه بتّعويض الضّرر؛ إذا كان العيب غير جسيم. وفي نفس الصّدد يلتّزم البائع في ضمان صّلاحية المبيع للعمل، بإزالة العيب المُؤثِّر على هذه الصّلاحية، ولو كان المشتري عالمًا بها وقت البيع، كما يمتّد ضمان البائع للعيوب التّي قد تطرأ على المبيع بعد التّسليم[4].

وتجدر الإشارة أنّ معيار عدم صلاحية المبيع للاستعمال الذي أُعدّ من أجله، يؤدي إلى اختلاط العيب بالنّتيجة، ولقد تعمّد المشرّع الفرنسي تبنّي هذا المعيار، حتّى يخفِّف من عبء الإثبات الواقع على عاتق المشتري، إذ يكفي إثبات أنّ الشّيء غير صالح للاستعمال في الغرض الذي أُعدّ من أجله، حتّى تقوم مسؤولية المنتّج والبائعون المُتعاقبون عن الضّمان.[5]

---

(1) ربيع زاهية، مرجع سابق، ص317.

(2) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ص539- 540.

(3) إبراهيم عبد الحميد علي، مرجع سابق، ص 228.

(4) مرجع نفسه، ص228.

(5) علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على سلامة المنتج ، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2014، ص72.

هذا ويضيف فقهاء الشّريعة الإسلامية شروطًا أخرى للعيب الخفي، مثل عدم اشتّراط البراءة من العيب، ألا يزول العيب قبل فسخ البيع، ألاّ يكون العيب طفيفا، وأن تكون السّلامة من العيب غالبة في مثل المبيع المعيب[1]. فبالنسبة للشّرط المتمثّل في أن لا يكون البائع قد اشتّرط البراءة من العيب، فقد نصّت عليه بعض التّشريعات مثل التّشريع الأردني في المادة 194 ق. مدني التّي تقضي بأنّه: " يشتّرط في العيب لكي يثبّت به الخيار...أن لا يكون البائع قد اشتّرط البراءة منه "، كما جاء هذا الشّرط ضمن الحالات التّي لا يكون البائع مسؤولاً فيها عن العيب، فقد أوردت المادة 514 ف 04 هذه الحالة كما يلي: " إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه، أو عن عيب معيّن؛ إلاّ إذا تعمّد البائع إخفاء العيب".

وتفسيرًا لذلك يُلزّم لصّحة شرط الإعفاء من الضّمان، أن لا يكون البائع قد تعمّد إخفاء العيب، وعليه مجرد علم البائع بالعيب، لا يمنعه من صّحة شرط البراءة، لأنّ القانون استّلزم تعمّد البائع إخفاء العيب، وهذا لا يتحقّق إلاّ بقيامه ببعض الأعمال المادية لإخفاء العيب، ولا يكفي مجرّد العلم به، وعلى العكس من ذلك، يرى البعض أنّ شرط البراءة من العيب الخفّي، يكون في حالة عدم علم البائع أو المشتري بالعيب[2].

وعلاوة على ذلك يشتّرط تحديد سلامة المحل؛ بما لا يُمكِّن العميل من الانتفاع بالمحل، بحسب الغاية المُعتادة جراء تأثير العيب. ومن المُمكّن أن تكون أقلّ من الوضع الطبيعي، فإذا توفّر ذلك في الملتّزم كان مسؤولاً عن هذا التّأثير، إضافة إلى عدم القدرة على اكتشاف العيب الخفي، إلاّ من قبل خبير فنّي، فإذا تمّ اكتشافه من قبل شخص عادي، فإنّ هذا العيب لا يعدّ خفيًا، ولا يتّم إدراجه ضمن العيوب الخفية، لأنّه من العيوب الظّاهرة التّي لا تُوجب الضّمان، ولأنّ العميل علم بها، ومع ذلك تسلّم المحل، فيكون هنا قد تنازل عن حقّه في طلب ضمان هذا العيب، واُعتّبر ذلك قبولاً منه للمحل بوصفه الظّاهر، وسبب الضّمان يتحقّق بتحقّق هذين الشّرطين.[3]

ويُلاحظ أنّه بتطبيق الشّروط السّابقة، الواجب توافرها لقيام التزام البائع بضمان العيب الخفي في المبيع، نجدّها متوافرة أيضا في حالة عقد البيع الإلكتروني عبر الأنترنت، فمثلاً إذا قام المستهلك بشراء برنامج حاسب آلي من المهنّي، وعند استعماله تبيّن أنّه معيب ولا يحقّق الفائدة المرجوة منه، أو

(1) زاهية سي يوسف، عقد البيع، مرجع سابق، ص ص180- 181.

(2) جابر محمد ظاهر مشاقبة، مرجع سابق، ص32.

(3) أحمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص614.

تمّ زرع فيروس به لا يستّطيع إلاّ خبير اكتشافه، بل أنّ خبير البّرمجة العادي لا يستّطيع أن يكتّشف وجود الفيروس في برنامج الكمبيوتر، إذا فحصه بعناية الخبير العادي، فهنا نكون بصدد عيب خفّي ومُؤثِّر، يصعب على المستهلك العادي إن لم يكن مستحيلاً اكتشافه، مما يتوافر معه في هذه الحالة، التزام البائع في عقد الاستهلاك الإلكتروني، بضمان العيب الخفي في برنامج الكمبيوتر.[1]

ثالثا: معايير تحديد صلاحية المنتوج للاستعمال: حاول المشرّع الجزائري إضفاء قدر من الحماية للمستهلك، وهذا في خضّم التّطور الصّناعي والتّكنولوجي الحاصّل، والذي صاحب إنتاج السّلع وأدى إلى تعقيدها، بشكل قد ينال إلى حدّ كبير من قدرة المستهلك على تحديد الأوصاف، التّي يأمل توافرها في السّلعة، وقد عمد من أجل ذلك إلى وضع معايير، يستّند إليها عند الاقتّضاء لتّحديد صّلاحية المنتوج للاستعمال وذلك وفق نصّ المادة 10 ف02 و03 من مرسوم تنفيذي 327/13 [2]، والتّي تتمثّل في:

1/ المعيار الأول: أن يكون المنتوج المضمون مُطابقًا للمواصفات القانونية: ألزم المشرّع المتدخّل وفقا للمادة 10 ف02 السّالفة الذّكر، أن يسلّم للمستهلك أثناء تنفيذ الضّمان؛ سّلعة أو خدمة مُطابقة لعقد البيع، بصرف النّظر عن التزامه بضمان خلوّ المبيع، أو المنتوج من العيوب الموجودة عند اقتناء السّلعة أو تقديم الخدمة، وفي نفس الصّدد ضمان استمرار صلاحيّته لمدّة معيّنة، مع ضمان ما يطرأ عليه من عيوب بعد التّسليم، شرط ألا تكون ناجمة عن تصرّف من المستهلك [3].

ومن زاوية أخرى، وبالرجوع إلى المادة 17 من قانون 03/09 ألزم المشرّع كل متدخّل بإعلام المستهلك، بكل المعلومات المتعلّقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك؛ بواسطة الوسّم ووضع العلامات، أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. وفي هذا الصّدد صدر المرسوم التنفيذي رقم 378/13 تطبيقا للمادة 17 ف02، ليحدّد الشّروط والكيفيّات المتعلّقة بإعلام المستهلك[4].

---

(1) زياد إبراهيم النّجار، مرجع سابق، ص216.

(2) تنّص المادة 10 ف02 و03 على أنّه:" يوافق الوصف الذي يقدمّه المتدخّل و حائزا كل الخصّائص، التّي يقدّمها هذا المتدخّل للمستهلك في شكل عيّنة أو نموذج.

يقدّم الخصّائص التّي يجوز للمستهلك أن يتوقّعها بصفة مشروعة، والتّي أعلنها المتدخّل أو ممثّله علنا، ولا سيما عن طريق الإشهار أو الوسم". كما نصّت المادة 11 من قانون 03/09 على أنّه:" يجب أن يُلبّي كل منتوج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك ..."

(3) أحمد الليل، " الإجراءات القانونية لحماية المستهلك في التشريع الجزائري" ، مداخلة في الملتقى الوطني الرابع حول حماية المستهلك: تشريعات وواقع، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، المركز الجامعي مولاي طاهر، سعيدة، الجزائر، 22- 23 أفريل 2008، ص04.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 378/13 مؤرخ في 2013/11/09، يحدّد الشّروط والكيفيات المتعلّقة بإعلام المستهلك، ج ر،ع 58، الصّادر في 2013/11/18، ص08.

ولابدّ من الإشارة إلى أنّ عناصر الالتزام بإعلام المستهلك، تتمثّل في التزام المتدخّل بإحاطة المستّعمل أو المستّهلك، بكافة المعلومات التّي تتعلّق بالمنتوج المُقتنّى، وكذا تحذيره من كل المخاطر[1] التّي تنجّم عن الاستعمال السّيء للمنتوج[2].

2/ المعيار الثاني: ضرورة استجابة المنتوج للرّغبات المشروعة للمستهلك: بالرجوع لنصّ المادة 09 من قانون 03/09 التّي تنصّ على أنّه:" يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة ... بالنّظر إلى الاستعمال المشّروع المُنتّظر منها..."، فالمعيار الذي اعتّمده المشرّع الجزائري هو: " الاستعمال المشّروع المنتّظر".

يُلاحظ أنّ هذا المعيار جاء مُوافقًا للمعيار الذي اعتّمده المشرّع الفرنسي. وعلى خلاف ذلك لم يتناول النصّ الوارد في القانون المدني الجزائري- المادة 140 مكرّر- الذي تضمّن مسؤولية المنتّج؛ المقصود بعيب المنتوج، ولا المعيار الذي يعتّمد عليه، لتقرير أو لاعتبار المنتوج أنّه معيب[3].

وجدير بالذّكر أنّ تقدير العيب يكون وفقًا لمعيار موضوعي، دون الالتفات للتّوقعات الخاصّة بالمضرور، كما أنّ هذا التّقدير يخضّع للسّلطة التّقديرية للقاضي، وفي هذا الإطار وحرصًا من المشرّع لتفادي تعسّف القضاة؛ وضع الضّوابط الموضوعية للسّلطة التّقديرية للقاضي، في تقييم مشروعية التّوقّع، ونتيجة لذلك أورد العناصر التّي يتحدّد بها، تقدير السّلامة محل التّوقّع المشروع. وفي نفس الصّدد نصّ التّوجيه الأوربي في المادة السّادسة منه[4]على أنّ للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار، كل الظّروف لا سيما الكيفيّة التّي عرض من خلالها المنتوج، استعمال المنتوج استعمالاً عقلانيًا، واللّحظة التّي وضع فيها المنتوج للتّداول[5].

ممّا لا شك فيه أنّ الضّمان الاتفاقي لضمان صّلاحية المنتّج للعمل، يتميّز عن العيب المُوجب للضّمان القانوني من **حيث السّبب؛ فالأول** يتحقق بحدوث خلل في المنتّج أو الجهاز، يجعله غير صالح للعمل، حتّى ولو كان ذلك الخلل عيبًا في ذلك المنتّج، أمّا **الثاني** فيمكن تحقّقه حتّى ولو كان المنتّج

---

(1) أنظر المادة 41 من مرسوم 378/13، السّالف الذكر.

(2) زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، مرجع سابق، ص60.

(3) زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستّحدثة لحماية المستهلك المتّعاقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص219.

(4) كما أنّ المادة 04/1386 ق. مدني فرنسي تناولت العوامل التّي تساعد القاضي في تقدير عيب المنتوج. في حين حدّدت المادة 11 ف 01 و02 من قانون 03/09 العناصر التّي يتحدّد بها تقدير السّلامة، محل التوقّع المشروع وتتمثّل في: طبيعة المنتوج، صنفه، منشأه، مميزاته الأساسية، تركيبه، نسبة مقوّماته اللاّزمة، هويتّه، كمياتّه.

(5) زوبة سميرة، مرجع سابق، ص ص221- 222.

يعمل. وأمّا من **حيث الشّروط**، فإنّ العيب المُوجب للضّمان القانوني[1] يجب فيه توافر شروط العيب الخفي؛ من حيث الخفاء والقِدَم والتّأثير، وأن يكون ذلك العيب غير معلوم للمشتري. وفي مقابل ذلك يجب ألا يكون الخلل المُوجب للضّمان الاتفاقي راجعًا للمشتري، كما ينبّغي أن يؤثّر ذلك الخلل في صلاحية المبيع للعمل[2]، فغالبًا ما يتعذّر على العميل أمام الطّبيعة المعقّدة للمنتّجات والخدمات، إثبات طبيعة الخلل ومعرفة أسبابه، فضمان الصّلاحية يقيم قرينة بسيطة لصالح المشتري، على أنّ الخلل راجع إلى وجود عيب في السّلعة، ومن ثمّ يقع على البائع عبء إصلاحه. هكذا يتبيّن أنّ ضمان الصّلاحية يقوم إلى جانب ضمان العيوب الخفية، ويمكن اللّجوء إلى أيّ منهما إذا توافرت شروطه.[3]

ولا مناص من القول أنّ المنتّج يضمّن بصفة عامة، كل خلل أو عطب يصيب الشّيء المبيع، ومهما كانت درجة جسامته ولو كان يسيرًا، وفي نفس الصّدد لا يمكن له التّخلّص من المسؤولية، المترتّبة على إخلاله بالالتزام بإصلاح المبيع وصيانته، إلاّ إذا استّطاع أن يثبّت أنّ ما أصاب المبيع من خلال ذلك، راجع إلى خطأ المشتري الذي أساء استعمال الشّيء المبيع.[4]

رابعا: إثبات وجود الضّمان: يُقرّ المشرّع بالالتزام بالضّمان صراحة، غير أنّه يشتّرط على المُطالب به تقديم وسيلة إثبات[5]، تتمثّل كأصل عام في شهادة الضّمان، حسب ما نصّت عليه المادة 05 ف02 من مرسوم 327/13 بأنّه:" ويتجسّد هذا الضّمان عن طريق تسليم شهادة الضّمان، للمستهلك بقوة القانون"[6]. وتأسيسًا على ذلك ألزّم المشرّع المتدخّل، بتسليم شهادة الضّمان للمستهلك طبقًا للمادة 06 من مرسوم 327/13، وفي هذا الإطار تكون شهادة الضّمان إلزامية على المتدخّل، ومُرفقة بالمنتوجات الخاضّعة للضّمان، ونفس الأمر ينطّبق على الخدمات، مع ضرورة ذكر البيانات الآتية:

- ✓ اسم أو اسم شركة الضّامن وعنوانه ورقم سجلّه التّجاري، وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء،
- ✓ اسم ولقب المُقتني،

---

(1) إنّ التزام المتدخّل بضمان العيوب الخفية هو ضمان قانوني. أمّا الالتزام بضمان صلاحية المبيع للعمل هو ضمان اتفاقي.

(2) محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدّة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر2004، ص22.

(3) محمد حسن رفاعي العطار، مرجع سابق، ص123.

(4) محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، مرجع سابق، ص22.

(5) تنّص المادة 14 ف02 من قانون 03/09 على أنّه: " يجب أن تبيّن بنود وشروط تنفيذ هذه الضّمانات، في وثيقة مُرافقة للمنتوج."

(6) زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص279.

- ✓رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة الصّندوق أو قسيمة الشّراء، و/أو كل وثيقة أخرى مُماثلة،
- ✓طبيعة السّلعة المضمونة، ولا سيما نوعها وعلامتها ورقمها التّسلسلي،
- ✓سعر السّلعة المضمونة،
- ✓مدة الضّمان،
- ✓اسم وعنوان المُمثِّل المُكلَّف بتنفيذ الضّمان، عند الاقتضاء.[1]

وممّا لاشك فيه أنّ الغاية من إلزام المتدخّل تسليم شهادة الضّمان، هو تمكين المستهلك من إثبات زمن تسليم المنتوج، فيستّطيع بذلك الرّجوع على المتدخّل، ومطالبته بتنفيذ التزامه بالضّمان، في حالة ظهور عيب بالمنتوج خلال فترة الضّمان[2]، وبناءً على ذلك تنّص المادة 03 من قرار وزاري مؤرخ في 2014/11/12 على أنّه:" تتكوّن شهادة الضّمان المنصوص عليها في المادة 02 أعلاه، من شّقين(02)، يحتّفظ المتدخّل بالشّق الأول، ويقدّم الشّق الثّاني للمقتّني الذي يجب أن يقدِّمه في حالة الشّكوى" [3]. وعليه يُقدّم الشّق الخاص بشهادة الضّمان، كوسيلة لإثبات بأنّ المنتوج مضمون.[4]

وفضلاً عن ذلك لقد حقّق المشرّع حماية لمقتّني المنتوج، عند عدم حصوله على هذه الشّهادة، أو لم تتضمّن هذه الأخيرة على البيانات المذكورة في المادة 06 من مرسوم 327/13، أو في حالة ضياعها، حيث مكّنه من إثبات ذلك بفاتورة، أو تذكرة الصّندوق أو قسيمة الشّراء، أو أيّ وثيقة أخرى مُماثلة، أو أية وسيلة من وسائل الإثبات أخرى.[5]

وفي واقع الأمر ما يتّم ملاحظته عمليًا، أنّ أغلبية المتدخّلين لا يسلّمون شهادة الضّمان للمستهلك، أو يتّم تسليمها دون ذكر البيانات الأساسيّة المنصوص عليها قانوناً، وذلك لكي يتنصّلوا من التزامهم بضمان المنتوج محلّ التعاقد. غير أنّ المشرّع الجزائري وفي سبيل حماية المستهلك، أجاز له المُطالبة بالضّمان، بأيّة وسيلة تثبّت تاريخ عقد البيع، الذي أُبرم بينه وبين المتدخّل، وهذا ما نصّت عليه المادة 08 من مرسوم 327/13 السّالفة الذكر[6].

---

(1) أنظر المادة 06 من مرسوم 327/13 السّالف الذكر.

(2) منال بوروح، " التزام المتدخّل بالضّمان لحماية الطرف الضعيف"، حوليات جامعة الجزائر01، ع 32، الجزء الأول، جامعة الجزائر، الجزائر، 2018، ص330.

(3) قرار وزاري مؤرخ في 2014/11/12، يحدّد نموذج شهادة الضّمان، ج ر، ع 16، الصّادر في 01 أفريل 2015، ص40.

(4) زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، مرجع سابق، ص ص25- 26.

(5) أنظر المادة 08 من مرسوم 327/13 السّالف الذكر.

(6) بو هنتالة أمال، قداش سلوى، واقع الالتزام بالضّمان وخدمة ما بعد البيع في الجزائر، مرجع سابق، ص209.

وجدير بالذّكر أنّ ما يُميّز ضمان صلاحية المبيع للعمل مدّة معيّنة، إعفاء المشتري من عبء إثبات عدم صلاحية المبيع للعمل، إذ يكفي حصول هذا الخلّل في المدّة المُتّفق عليها للضّمان، وأنّ هذا الخلل مرتبط بعيب في الصّناعة، أو في تصميم أو في مادة الشّيء المبيع، لكن هذا لا يعني بالضّرورة أن لا يتّبع المشتّري التّعليمات المُدوّنة، الخاصّة بالمبيع ثمّ يقوم بالمُطالبة بالضّمان، إذ من المُمكّن إثبات ذلك وبسهولة أيضا، وبالتّالي يحرّم المشتري من الضّمان، باعتباره السّبب الرئيسي الذي أدى إلى حدوث الخلل بالشّيء المبيع.[1]

هكذا يتبيّن أنّه رغم التّسليم بأنّ التزام البائعين والمنتّجين بضمان صلاحية المبيع مدّة معلومة، يمثّل مظهرًا من مظاهر الدّعاية والمنافسة بينهم، إلاّ أنّه في نفس الوقت يضيف بُعدًا حيويًا، إلى مجالات حماية المستهلك؛ باعتباره داخلاً في إطار خدمات ما بعد البيع، خاصّة أنّ التّطور العلمي الذي صاحب إنتاج السّلع، قد أصبح يرتّبط بهذه الخدمات ارتباطًا وثيقًا، ولا ينال من موضوعية هذا البُعد من الحماية، إلاّ انتماء هذا الضّمان لطائفة الضّمانات الاتفاقية، حيث لا يلتّزم البائع به إلاّ بمحضّ إرادته، وللمدّة التّي يحدّدها، ذلك أنّ السّرعة التّي تتّم بها المعاملات، واحتراف كل من التّاجر والمنتّج في مجال المعاملة؛ عاملان يقفان عثرة في سبيل انتفاع المستهلك من هذا الضّمان، على الوجه الصّحيح، حيث يستّطيعان بشكل أو بآخر إفراغ هذا الحق من مضمونه.[2]

لعلّ من أهم المشكلات المُثارة في مجال العيب الخفي، في المبيعات المُبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة، تلك المتعلّقة بإثبات العيب الخفي في المبيع ومُطابقة المواصفات، فلو قام المشتري بشّراء برنامج من برامج الحاسب الآلي مثلاً؛ ثمّ ادّعى إصابته بآفة تعيّبه، ولا تحقّق له المنفعة المرجوة، فعليه في هذه الحالة أن يثبّت أنّه لو علم بهذا العيب، عند التّعاقد ما قدم عليه، أو لعرض فيه مقابلاً أقل ممّا دفعه، للحصول على البرنامج، وناهيك عن ذلك يجب إثبات وجود العيب الخفي إثباتًا كافيًا، وفي هذا المقام قضت محكمة استئناف باريس، في حكمها الصّادر في 19 يناير 1978، برفض الاستئناف المقدّم من العميل، لعدم إقامته الدّليل الكافي على وجود العيب الخفي.[3]

(1) محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، مرجع سابق، ص32.

(2) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ص723-724.

(3) أشرف محمد مصطفى أبو حسين، مرجع سابق، ص370.

الفرع الثاني:

الآثار المترتّبة على وجود عيب بالمنتوج

إنّ الأصل في حماية المستهلك أنّها لا يجب أن تتوقّف في مرحلة إبرام العقد، حيث أنّ الكثير من المُخالفات التّي يرتّكبها المتدخّلون، تكون في مرحلة تنفيذ العقد، وعادة ما تكون هذه المخالفات؛ نتيجة الامتناع عن تنفيذ الالتزام أو سوء تنفيذه. وعليه تقوم مسؤولية المتدخّل، عن كل إخلال بتنفيذ هذه الالتزامات؛ في شكل جزاءات مدنية، والمتمثّلة بالنسبة للضّمان في طلب تنفيذ الضّمان ودّيًا أو قضائيًا[1]. إذ من حق المستهلك الحصول على منتوج مُطابق لرغباته المشروعة، وأن يكون هذا المنتوج مضمون، وبالتّالي له مُطالبة المتدخِّل بتنفيذ التزامه بالضّمان بطريقة ودّية، وفي حالة تعنّت المُتدخِّل عن تنفيذ التزامه بهذه الطّريقة، كان للمستهلك اللّجوء لتنفيذ الضّمان قضائيًا[2].

أولاً: المُطالبة الودّية لتنفيذ الضّمان: يجب على المستهلك قبل المُطالبة بالضّمان، القيام بإجراءات تتمثّل في: إخطار المتدخّل بالعيب، وقيّام المتدخّل بالمعاينة الوجاهية، ثمّ إعذار المتدخّل بتنفيذ الضّمان.

1/ إجراءات المُطالبة الودّية لتنفيذ الضّمان: لكي يحصل المستهلك على الضّمان، عليه أن يتّبع الإجراءات المرسومة قانونًا [3]، حتّى ينفّذ المُتدخّل التزامه بالضّمان، وتتمثّل هذه الإجراءات في:

أ/ إخطار المُتدخِّل بالعيب(تقديم شكوى كتابية): يجب على المستهلك بمجرد ظهور العيب في المنتوج، تقديم شكوى أو احتجاج للمتدخّل؛ يعبّر عن نيّته في رفض المنتوج المعيب، لأنّه بدون شكوى لا يمكن للمتدخّل أن يعلم بوجود العيب، فيتعذّر عليه تنفيذ الضّمان. فهي وسيلة إعلامية بيدّ المستهلك لإثبات العيب[4]، فالمشرّع اشتّرط ضرورة تقديم شكوى كتابية للمتدخّل، طبقًا للمادة 21 ف01 من مرسوم 327/13[5]، وهذا في أجل 30 يوما من تاريخ التّصريح بالعيب.

---

(1) مسعودي فاروق، مرجع سابق، ص57.

(2) بوروح منال، التزام المتدخل بالضّمان لحماية الطرف الضعيف، مرجع سابق، ص331.

(3) من تلك الإجراءات ما نصّت عليها القواعد العامة في المادة 386 ق. م. ج

(4) بن زادي نسرين، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالضّمان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصّص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014 - 2015، ص ص46- 47.

(5) المادة 01/21 تنّص على أنّه: "لا يستفيد المستهلك من الضّمان، إلاّ بعد تقديم شكوى كتابية، أوعن طريق أيّ وسيلة اتصال أخرى مناسبة لدى المتدخّل". كما نصّت المادة 06 ف02 من التوجيه الأوربي على أنّه:" يتوجّب على المستهلك إخطار البائع، خلال مدة شهرين من التاريخ الذي اكتشف فيه العيب". راجع : مهيب عبد الكريم محمود أبو شنب، مدى انطباق قواعد ضمان العيوب الخفية في القانون المدني الأردني على العقود الالكترونية " دراسة مقارنة "، أطروحة للحصول على درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2012، ص100.

ويُفهم من عبارة " تاريخ التّصريح بالعيب"، أنّه قد يتّم اكتشاف العيب بتاريخ معيّن، ويتّم التّصريح به في الوقت نفسه هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يتّم اكتشاف العيب في تاريخ ما، غير أنّ التّصريح بهذا العيب، يكون في أجل لاحق عن تاريخ اكتشاف العيب، وعليه فالثّابت أنّ المشرّع يعتّد بتاريخ التّصريح بالعيب؛ حسب نصّ المادة15 من مرسوم 327/13 [1]، لكن الحال على خلافه في ظل أحكام المادة 18 ف01 من المرسوم 266/90 المُلغى، أين كان يشترّط المشرّع على المستهلك، تقديم طلب تنفيذ الضّمان للمحترّف، بمجرد ظهور العيب.[2]

وفي مقابل ذلك نصّت المادة 13 من قانون 05/18 على أنّه: "يجب أن يتضمّن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية:... كيفيات معالجة الشكاوى.." [3]

وفضلاً عن ذلك يجب على المستهلك، أن يُرفّق شكواه بالشّق الثّاني من شهادة الضّمان، طبقًا لما ورد في المادة 03 من القرار الوزاري المُحدّد لنموذج شهادة الضّمان[4]. وفي هذا المقام للمستهلك الحرّية في أن يتقدّم بالشّكوى، شخصيًا إلى محل المتدخّل، أو أن يُرسّل هاته الشّكوى، إلى المتدخّل عن طريق البريد، أوعن طريق محضر قضائي، أوعن طريق أية وسيلة أخرى.

ويُلاحظ أنّ المشرّع لم يحدّد نوع البيانات، التّي يجب أن تتضمّنها الشّكوى، لكن على العموم لابد للمستهلك من تدوين المعلومات الخاصّة به؛ كاسمه ولقبه، عنوانه وطلباته، وتحديد العيب المُوجب للضّمان بدقّة، كما عليه أن يُرفق الشّكوى بنسخة عن شهادة الضّمان أو الفاتورة، أو أي دليل يثبّت عملية شراء المنتوج محل الشّكوى[5].

وجدير بالذّكر أنّ المشرّع منح المستهلك وسيلة أخرى، لإعلام المتدخّل غير الشّكوى؛ وهذا ما ورد في المادة 21 ف01 من مرسوم 327/13 من خلال عبارة: " أو عن طريق أيّ وسيلة اتصال أخرى مناسبة لدى المتدخّل". وعلاوة على ذلك يستّفيد المستهلك في حالة عدم استعمال السّلعة، من مدّة إضافية وهي 30 يوما، تُضاف إلى مدّة الضّمان الباقية [6].

---

(1) تنصّ المادة 15 على أنّه: " إذا تعذّر على المتدخّل القيام بإصلاح السّلعة، فإنّه يجب عليه استبدالها، أو ردّ ثمنها في أجل ثلاثين (30) يوما، ابتداء من تاريخ التّصريح بالعيب."

(2) زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص281.

(3) قانون 05/18، ق. ت. إ.

(4) قرار وزاري مؤرخ في 2014/11/12، السّالف الذكر.

(5) بن زادي نسرين، مرجع سابق، ص ص47- 48.

(6) أنظر المادة 20 من مرسوم 327/13 السّالف الذكر.

ب/ المُعاينة الوجاهيّة: مباشرة بعد تسلّم المتدخّل لطلب تنفيذ الضّمان، يكون له الحق في المطالبة بالقيام بالمعاينة، للمنتوج موضوع الضّمان، على نفقته بحضور الطّرفين، أو ممثليهما في المكان المتواجد به المنتوج المضمون، وهذا في أجل 10 أيام من تاريخ استلام الشّكوى. فقيام المتدخّل بهذه المعاينة هو إجراء اختياري[1]، ومن جهة أخرى يعتّبر إجراء المُعاينة مهم بالنسبة للمتدخّل، بحيث يسمح له باستبعاد العيوب، التّي لا ترجع إليه كسوء تركيب المنتوج مثلاً، وبالتّالي تعدّ المعاينة الحضورية كوسيلة لإثبات وجود هذا العيب.[2]

ج/ إعذار المُتدخّل: يجب أولاً التّنويه إلى أنّ الإعذار يختّلف عن الإخطار، فهذا الأخير هو إعلام بعدم تنفيذ الالتزام، بينما الإعذار فهو تكليف بالوفاء بالالتزام[3]. ويعدّ الإعذار بمثابة عمل إجرائي ينقل إلى المتدخّل تذمّر المستهلك؛ من كون المنتوج يحتّوي على عيب، يجعله غير مُطابق للمنفّعة المنتّظرة منه، ويهدف إلى تفسير عدم رضاء المستهلك بالمنتوج المعيب، فيعدّ بمثابة تنبيه عن عدم قيام المتدخّل، بتنفيذ التزامه بالضّمان[4]. حيث تنصّ المادة 22 ف01 من مرسوم 327/13 على أنّه: "عندما لا ينفّذ وجوب الضّمان في أجل الثلاثين(30) يوما، التّي تلي تاريخ استلام الشّكوى من المتدخّل، فإنّه يجب على المستهلك إعذار المتدخّل، عن طريق رسالة مُوصى عليها مع إشعار بالاستلام، أو بأي وسيلة أخرى مُطابقة للتّشريع المعمول به."

ويُلاحظ أنّه يتوجّب على المستهلك في هذه الحالة، توجيه إعذار ثانٍ للمتدخّل، عن طريق رسالة مُوصى عليها مع إشعار بالاستلام، أو بأي وسيلة أخرى مُطابقة للتّشريع المعمول به، هذا إن دلّ فإنّه يدلّ على أنّه لا يحقّ للمستهلك، البتّة المُطالبة بتطبيق العقوبات مباشرة على المتدخّل، بمجرد امتناعه الأول عن التّنفيذ، وإنّما يُلزّمه المشرّع بإجراءات إضافية، مكمِّلة لتحصيل حقّه.[5]

ولابد من الإشارة أنّ للإعذار آثار يرتّبها، فهو يؤدي إلى تعليق مدّة صلاحية الضّمان، حتّى يتّم تنفيذ هذا الأخير، ممّا فيه ضمانة للمستهلك، لأنّه يُلزِّم المُتدخّل سيء النيّة، الذي يُماطل في تنفيذ

---

(1) تنصّ المادة 21 ف02 من مرسوم 327/13 على أنّه: " يمكن المتدخّل أن يطلب مهلة عشرة (10) أيام، ابتداء من تاريخ استلام الشّكوى، للقيام بمعاينة مُضادة، وعلى حسابه، بحضور الطرفين أو ممثليهما، في المكان الذي توجد فيه السّلعة المضمونة."

(2) Hasnaoui Abdellah : la garantie des défauts des produits vendus au consommateur , mémoire soutenu pour l'obtention du diplôme de magister , faculté de droit Ben Aknoun , Alger, 2001, pp52-54.

(3) مسعودي فاروق، مرجع سابق، ص60.

(4) حليمي ربيعة، ضمان الإنتاج و الخدمات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصّص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000- 2001، ص95.

(5) زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص284.

التزامه، ومن ثمّ يُفوِّت الفرصّة على المستهلك للاستفادة من أحكام الضّمان[1].

إنّ عدم قيام المستهلك بتوجيه إعذار للمُتدخّل، يترتّب عليه بطلان كل الإجراءات اللاّحقة، ذلك أنّ الإعذار هو إجراء شكّلي جوهري، فرضه المشرّع بقاعدة آمرة مستّعملاً المعيار اللّفظي.[2]

وفضلاً عن ذلك يستّفيد المتدخّل من مهلة إضافية، لتنفيذ وجوب الضّمان، طبقا للفقرة الثّانية من المادة 22 والتّي تقضي بأنّه:" وفي هذه الحالة، على المتدخّل القيّام بتنفيذ الضّمان في أجل ثلاثين(30) يومًا، ابتداءً من تاريخ التّوقيع على الإشعار بالاستلام ". وهذا قبل تسليط العقوبة المُقرّرة عليه قانونًا طبقًا للمادة 25 من مرسوم 327/13، إذ تُمنّح له مهلة ثلاثين(30) يومًا أخرى، تُضاف إلى المهلة الأولى(المحدّدة أيضًا بـــ30 يومًا)، يكون المتدخّل مُلزمًا خلالها بتنفيذ الضّمان، على أن تُحسّب ابتداءً من تاريخ التّوقيع على الإشعار بالاستلام[3]، ويُلاحظ أنّ المشرّع لم يوضّح الطّريقة، التّي سيتّبعها المستهلك في حالة ما إذا تقاعس المتدخّل، في تنفيذ التزامه بالضّمان رغم الإنذار، وهو ما يعتّبر حجرة عثرة، أمام المستهلك في المُطالبة بالضّمان، ولذا على المشرّع تداركه[4].

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، قد ينفّذ المُتدخّل التزامه خلال المدّة الإضافية، وعلى خلاف ذلك إذا رفض مرّة أخرى الوفاء بالتزامه، فإنّه وطبقا للمادة 25 المذكورة أعلاه، يخضع للعقوبة المنصّوص عليها في المادتين 75 و76 من قانون 03/09[5].

ولابدّ من الإشارة في هذا الصّدد لوجود تناقض في بدء سريان آجال تنفيذ وجوب الضّمان، فنصّ المادة 22 فـ01 من مرسوم 327/13 أوردت عبارة: " في أجل الثّلاثين (30) يوما، التّي تلي تاريخ استلام الشّكوى "، في حين تنصّ المادة 15 من نفس المرسوم على أنّه":...في أجل ثلاثين (30) يوما، ابتداءً من تاريخ التّصريح بالعيب ". وعليه يستّدعي الأمر كذلك تدخّل المشرّع، لرفع اللّبس الظّاهر من خلال المادتين، وللتّوضيح بصورة أدق، تاريخ بدء سريان تنفيذ وجوب الضّمان؛ هل هو ابتداءً من تاريخ استلام الشّكوى، أم ابتداءً من اليوم الموالي لتاريخ استلام الشّكوى؟ [6]

(1) منال بوروح، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 03/09، مرجع سابق، ص113.

(2) حيث تنصّ المادة 22 فـ01 من مرسوم 327/13 على أنّه":... فإنّه **يجب** على المستهلك إعذار المتدخّل ..."

(3) زكرياء بوعون، مرجع سابق، 285.

(4) زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، مرجع سابق، ص26.

(5) زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص285.

(6) مرجع نفسه، ص285.

2/ كيفيّة تنفيذ الضّمان:(التّنفيذ العيني للالتزام بالضّمان): ألزم المشرّع الجزائري بمقتّضى قانون حماية المستهلك[1] المحترّف بضمان سلامة المنتوج، الذي يقدّمه من أيّ عيب، يجعله غير صالح للاستعمال، أو من أي خطر ينطوي عليه، وبضمان حماية هذا المستهلك من هذه المنتوجات، التّي قد تكون معيبة. فالمشرّع أقرّ أنّ كل مُقتنٍ لأيّ منتوج، يستّفيد من الضّمان بقوّة القانون[2]، ويُلاحظ أنّ عبارة "مُقتّن" الواردة في نصّ المادة 13 ف01 من قانون 03/09، تُوحي بأنّه يستّفيد من الضّمان، كل مستهلك سواءً كان عاديًا أو محترّفًا، وفي هذا المقام كان يجب على المشرّع، حصر معنى كل مقتّني في إطار المفهوم الضيّق للمستهلك.[3]

وتجدر الإشارة أنّ المادة 12 من مرسوم 327/13 نصّت على أنّه:" يجب أن يتّم تنفيذ وجوب الضّمان طبقا للمادة 13 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لــ 25 فبراير 2009 والمذكور أعلاه، دون تحميل المستهلك أي مصاريف إضافية إمّا:

- بإصلاح السّلعة أو إعادة مُطابقة الخدمة.
- باستبدالها.
- بردّ ثمنها.

وفي حالة العطب المتكرّر، يجب أن يُستّبدل المنتوج موضوع الضّمان أو بردّ ثمنه."

كما نصّت المادة 13 ف03 من قانون 03/09 السّالف الذكر على أنّه: " يجب على كل متدخّل خلال فترة الضّمان المُحدّدة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته. "

ومن الجدير بالملاحظة أنّ هناك تناقض بين نصّ المادة 13 ف03 من قانون 03/09، والتّي بيّنت طرق تنفيذ الالتزام بالضّمان، والمادة 12 من المرسوم التنفيذي 327/13، إذ الأصّح هو ما ورد في هذه الأخيرة، وليس ما ورد في المادة 13 ف03 من قانون03/09، التّي وضّحت طرق تنفيذ الضّمان بصورة اختيارية، عند ذكر كل مرة (أو)، وكذا البدء بتنفيذ الالتزام عن طريق الاستبدال، وردّ الثّمن، ثمّ تصليح المنتوج؛ فهذا خطأ[4].

---

(1) تنصّ المادة 13 ف01 من قانون03/09 على أنّه: " يستّفيد كل مقتّن لأيّ منتوج، سواء كان جهازا أو أداة، أو آلة أو عتاد أو مركبة، أو أي مادة تجهيزية من الضّمان بقوة القانون."

(2) بسكري أنيسة، مرجع سابق، ص220.

(3) مرجع نفسه، ص227.

(4) زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، مرجع سابق، ص27.

ومن هذا المنطلق تتمحور طرق تنفيذ الالتزام بالضّمان، حول إصلاح للسّلعة، أو استبدالها، أو ردّ ثمنها [1]. وفي نفس الصّدد أقرّ قانون 05/18 للمستهلك في حال اكتشاف العيب بالسّلعة، إعادة إرسال السّلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة أيام عمل، ابتداءً من تاريخ التّسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرّفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المُورِّد الإلكتروني، هذا الأخير الذي يكون أمام أحد الحلول التّالية : إمّا

- تسليم جديد لسّلعة موافق للطلبية أو
- إصلاح المنتوج المعيب، أو
- استبدال منتوج بآخر مماثل، أو
- إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة، دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتّعويض في حالة وقوع ضرر، على أن يتّم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل 15 يومًا، من تاريخ استلامه المنتوج الذي تمّ ردّه[2].

وبالتّالي وفقًا لنصّ المادة 23 من قانون 05/18 [3] السّالف الذّكر، تتمثّل هذه الطّرق في:

أ- **إصلاح المنتوج المعيب**: إذا ظهر عيب بالمنتوج، وجب على المتدخّل إصلاحه، ليُعَدَّ صالحًا لأداء وظيفته، فمن حق المستهلك وحده المُطالبة بإصلاح العيب، الذي يطرأ على المنتوجات، ولكن هذا الحق ليس مطلقًا، بل ترد عليه ضوابط تتمثّل في الآتي:

- يشتَرط أن يكون العيب قابلاً للإصلاح من النّاحية الفنيّة والتّقنية.

---

(1) وينبغي الإشارة في هذا الصّدد، أنّه وكما قلنا سابقا لوجود تناقض بين المواد، فالمادة 13 فـ03 من قانون 03/09 ذكرت الطرق، ولكن لم تحدّد أي طريقة تُمكِّن المستهلك، من المُطالبة بها لتنفيذ المتدخّل للضّمان، من خلال استعمال أداة "أو"، كما أنّ المادة 12 من مرسوم 327/13، لم تحدّد كذلك مجال كل طريقة من هذه الطرق، ومتى يلجأ إليها المستهلك، وما هي الطريقة المُثلى للمُطالبة بالضّمان، مع عدم منحه حق اختياره للطريقة، التّي توافق رغباته المشروعة. راجع: منال بوروح، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 03/09، مرجع سابق، ص105.

(2) أنظر المادة 23 من قانون 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية، السّالف الذكر.

(3) إنّ الطرق التّي نصّت عليها المادة 23 هو الحل الأصّح بالتطبيق، وهو حل يوافق المنطق، وهو نفس ما انتهجه المرسوم 327/13 من خلال المادة 12، لأنّ المستهلك يستفيد من حقّه في الانتفاع بالمنتوج، بشكل مُتتابع أي يطلب إصلاح المنتوج المعيب، فإن تعذّر ذلك يطالب باستبداله، في حين نجد أنّ المادة 13 فـ03 جاءت بالعكس، حيث قدّمت حق استبدال المنتوج على الحق في طلب إصلاحه، وهو حلّ لا يُوافق المنطق، لأنّه من غير المعقول المُطالبة باستبدال المنتوج، في حين أنّه قابل للتّصليح. للمزيد أكثر راجع: بن زادي نسرين، مرجع سابق، ص ص48-49. فالمشرّع تدارك هذا التّناقض(بين المادة 12 والمادة 13 فـ03) ونصّ في المادة 23 من قانون 05/18؛ على هذه الطرق بالتّرتيب المنطقي السّليم، بإصلاح المنتوج ثمّ استبداله ثمّ إرجاع الثمن.

- ينبّغي عند إصلاح المنتوج المعيب، أن لا يؤدي ذلك إلى تغيير الغرض من اقتنائه.
- أن لا يكلّف هذا الإصلاح المتدخّل، نفقات باهظة تتجاوز قيمة المنتوج.
- أن يكون هذا الإصلاح مجاني بالنسبة للمستهلك.[1]
- أن يتحمّل المتدخّل و حده مصاريف الإصلاح، من غيار وتوفير اليدّ العاملة ومصاريف النّقل.[2]
- لكي يمكن إصلاح المنتوج، يشترّط عدم جسامة العيب الذي يصيبه.[3]
- أن يتّم طلب إصلاح المنتوج في مدّة معقولة.[4]

ويُلاحظ أنّه بالنسبة للمدّة التّي يتّم فيها الإصلاح، هناك تضاربًا في النّصوص القانونية بشأنها، حيث نجد أنّ المادة 13 من مرسوم 327/13 تقضي أنّ الإصلاح يكون في " الآجال المُتعارف عليها مهنيًا حسب طبيعة السّلعة"، في حين تنصّ المادة 15 من نفس المرسوم على أنّه:" إذا تعذّر على المتدخّل القيام بإصلاح السّلعة، فإنّه يجب عليه استبدالها، أو ردّ ثمنها في أجل 30 يوما من تاريخ التّصريح بالعيب" [5]، ومن هنا يُطرح الإشكال: هل هذه المدّة لإصلاح العيب، أم لاستبدال المنتوج، أو ردّ الثّمن؟ [6]، خاصة مع إيراد عبارة "من تاريخ التّصريح بالعيب "، لأنّ المُتعارف عليه أنّ الإصلاح لا يتّم، إلاّ بعد التّصريح من طرف المستهلك بالعيب في المنتوج.[7]

هكذا يتبيّن أنّ المتدخّل يُنفّذ إصلاح المنتوج، بعد توفّر الشّروط السّابقة، بأن يجعله صالحًا للعمل، طبقًا لما اُتفق عليه بموجب عقد البيع، أو طبقًا لمواصفات المنتوج القانونية، ويتحقّق ذلك بتوفير وسائل بشرية، كاليدّ العاملة المتخصّصة في تركيب وصيانة قطع غيار المنتوج، ووسائل مادية كتوفير قطع الغيار. وفي هذا المقام يعدّ التزامه بتقديم قطع الغيار، التزامًا بتحقيق نتيجة[8].

---

(1) هذا ما نصّت عليه المواد: المادة 13 ف04 من قانون 03/09، والمادة 12 من مرسوم 327/13 من خلال إيراد عبارة: "... دون تحميل المستهلك أي مصاريف إضافية ... "

(2) هذا ما نصّت عليه المادة 14 من مرسوم 327/13، والمادة 23 ف02 من قانون 05/18.

(3) منال بوروح، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 03/09، مرجع سابق، ص106.

(4) مسعودي فاروق، مرجع سابق، ص61.

(5) وبالرجوع للمادة 22 ف03 من نفس المرسوم، نجدها حدّدت مدة تنفيذ المتدخّل للالتزام بالضّمان، في أجل ثلاثين (30) يوما، تسري من تاريخ استلام الشّكوى من قبل المتدخّل.

(6) فالمادة 23 فقرة أخيرة من قانون 05/18، حدّدت أجل خمسة عشر (15) يوما، من تاريخ استلام المورد الإلكتروني للمنتوج، لإرجاع المبالغ المدفوعة للمستهلك الإلكتروني.

(7) مسعودي فاروق، مرجع سابق، ص62.

(8) بن زادي نسرين، مرجع سابق، ص ص49- 50.

كما يتعيّن على المتدخّل الذي يقوم بإصلاح المنتوج، أن يستّبدل أجزائه المعيبة بأجزاء سليمة بحسن نية، فإن قام بالإصلاح دون أن يستّبدل قطع الغيار المعيبة، أو أن يقوم بتركيب قطع غيار مغشوشة، تكون صلاحيتها مرتبطة بفترة الضّمان فقط، فإنّ ظهور العيب في نفس الوضع هو دلالة قاطعة، وقرينة على سوء نية المتدخّل، أي سوء تنفيذ الالتزام بالإصلاح[1].

لكن قد يحدث أن يُبادر المستهلك، من تلقاء نفسه لإصلاح المنتوج المعيب، كونه يجهل سبب الخلل الوارد في المنتوج، ويعلم فيما بعد أنّ العيب راجع إلى تركيبة المنتوج، يكون المتدخّل مسؤولاً عنه. وفي هذا المقام يمكنه الاستعانة بشخص خبير مؤهل من اختياره[2]. وفي مقابل ذلك يحقّ للمستهلك، إصلاح المنتوج بشكل تلقائي، دون اشتّراط الحصول على ترخيص قضائي؛ مثلما هو منصوص عليه في القواعد العامة.[3]

ومن زاوية أخرى يمكن للمتدخّل أن يتحرّر من تحمّل نفقات الإصلاح؛ في حالة ما إذا قام المستهلك بالإصلاح، بالرّغم من قبول وإمكانية أن ينفّذه المتدخّل. فضلاً عن ذلك يمكن الاستعانة بأهل الخبرة، لتقدير قيمة الإصلاحات؛ وهذا في حالة حدوث نزاع حول نفقات التّصليح.[4]

وجدير بالذّكر أنّه يمكن للمستهلك إجبار المتدخّل على إصلاح المنتوج المعيب، خاصّة إذا كان هذا المنتوج محل احتكار المتدخّل، حيث عُدّ هذا الأخير هو القادر وحده، على صيانته وتزويده بقطع الغيار، فحينئذ يمكن للمستهلك اللّجوء لاستعمال الغرامة التّهديدية، بحكم قضائي[5] لإلزام وإجبار المتدخّل على تنفيذ التزامه.[6]

انطلاقًا ممّا سلف يلتّزم المتدخّل بإصلاح المنتوج المعيب، سواءً في مقر سكنى المستهلك أو في مكان عمله، على أن يتحمّل المتدخّل نفقات النّقل، فإذا لم يتمكّن من إصلاحه، عليه أن يستّبدل إيّاه للمستهلك؛ إذا كان المنتوج متوفّرًا، وإذا تعذّر عليه ذلك؛ يلتّزم بردّ ثمنه للمستهلك، مع الأخذ دائمًا في الاعتبار مدّة الضّمان، التّي تختّلف من منتوج إلى آخر حسب طبيعته، والمحدّدة بقرار وزاري

(1) محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص348.

(2) أنظر المادة 13 من مرسوم 13/327.

(3) بمقتضى المادة 170 من ق. م. ج التّي تقضي بأنّه: " في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام ... "

(4) بن زادي نسرين، مرجع سابق، ص51.

(5) أنظر المادة 174 ق. م. ج.

(6) محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص349.

مشتّرك[1].

والمُلاحظ أنّ ما استحدّثه المشرّع في القرار الوزاري، أنّه حقّق ميزة أخرى للمستهلك، بالقول أنّه في حالة قيام المتدخّل بإصلاح، أو استبدال السّلعة، يجب أن تُوقّف مدّة الضّمان، ويسري مفعولها بعد إعادة السّلعة إلى حالتها الطبيعية.[2]

هكذا يتبيّن من النّصوص التّي تضمّنت هذا الضّمان، أنّها جسّدت نوعًا من الحماية للمشتري في مواجهة المتدخّل، الذي يحاول أحيانًا استغلال الأول، خاصّة بالنسبة لمدّة الضّمان، إذ كان المتدخّل يتقاعس في إصلاح المنتوج المعيب، وتستّمر المدّة في السّريان حتى تنقضي، وإذا صرّح المتدخّل بعدم إمكانية تصليحه، لم يعد هناك سبيل للمستهلك في مطالبته بالضّمان[3]. ونتيجة ذلك إذا لم يتمكّن المتدخّل، من إصلاح المنتوج المعيب بعيب جسيم، يؤثّر على صلاحية المنتوج سواءً جزئيًا أو كليًا، وجب عليه استبداله ككل، حتّى يفي المتدخّل بالتزامه بالضّمان.[4]

ب/ استبدال المنتوج: تنصّ المادة 15 من مرسوم 327/13 على أنّه:" إذا تعذّر على المتدخّل القيام بإصلاح السّلعة، فإنّه يجب عليه استبدالها، أو ردّ ثمنها في أجل ثلاثين(30) يومًا، ابتداءً من تاريخ التّصريح بالعيب" [5]. كما تنصّ المادة 23 فـ03 من قانون 05/18 على أنّه: " ويلزم المورّد الإلكتروني بما يأتي: ... استبدال المنتوج بآخر مُماثل ...". وفي هذا الإطار نجد أنّ استبدال المنتوج هو إجراء يقوم به المتدخّل، في حالة مطالبة المستهلك له بتنفيذ الضّمان، بحيث يكون ذلك في حالة عدم تمكّنه من إصلاح المنتوج.

ويُلاحظ أنّ حق المستهلك في طلب استبدال المنتوج المعيب، يكون فقط إذا كان البيع واردًا على أشياء مثلية[6]، ففي هذا الفرض لا يكون للمستهلك، إلاّ الحق في طلب منتوج آخر من نفس

---

(1) قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2014/12/14، يحدّد مدة الضّمان حسب طبيعة السّلعة، ج ر، ع 03، الصّادر في 27 يناير 2015، ص25.

(2) أنظر المادة 05 من القرار الوزاري المشتّرك والمذكور أعلاه.

(3) زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، مرجع سابق، ص ص27- 28.

(4) هذا ما أكدته المادة 12 من مرسوم 327/13، بإصلاح السّلعة أو إعادة مُطابقة الخدمة، وفي حالة العطب المتكرّر يجب أن يستّبدل المنتوج محل الضّمان أو يردّ ثمنه. وهذا ما ذهبت إليه كذلك المادة 23 من قانون 05/18 السّالف الذكر.

(5) كما تنص المادة 12 على أنّه: " يجب ... باستبدالها ... وفي حالة العطب المُتكرّر أن يستّبدل ..." وأنظر كذلك نص المادة 03/13 من قانون 03/09 السّالف الذكر.

(6) الأشياء المثليّة أو المُعيّنة بالنّوع هي التّي تقوم مقام بعضها البعض عند الوفاء، ويُقال أنّ الأشياء المثلية هي عادة تلك التّي لا يمكن أن تعيّن إلاّ بتعيين نوعها، فيُقال مثلا قنطار من القمح متوسّط الجودة. راجع محمدي فريدة (زواوي)، المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق"، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000، ص131.

النّوع، خاليًا من كل العيوب. وبذلك يكون المحتّرف قد نفّذ التزامه عينيًا [1]، لأنّ محل العقد انصبّ على الشّيء بصفاته وليس بذاته، ويسهل تنفيذ مثل هذا الالتزام في الأشياء الجديدة، ويصعب في الأشياء القديمة[2].

وعلاوة على ذلك يُمنّع على المتدخّل، إدراج أيّ شرط في العقد؛ يقضي بعدم ردّ المبيع أو استبداله، إذ يعدّ هذا الشّرط لاغيًا ولا يُعتّد به، وفي مقابل ذك يشتّرط في المنتوج المُقدّم كبديل، أن يكون مُوافقًا لنفس الشّروط المذكورة سابقًا، والتّي لولاها لما أقدم المستهلك على اقتناء المنتوج.[3]

ولابدّ من الإشارة أنّ المشرّع الجزائري قد حدّد الأجل، الذي يتّم فيه استبدال المنتوج المعيب هو30 يومًا، يبدأ سريانها من تاريخ التّصريح للمتدخّل بالعيب، من طرف المستهلك عن طريق تقديم الشّكوى[4]. وفضلاً عن ذلك فإنّ المصاريف التّي تنتّج عن استبدال المنتوج المعيب، يتحمّلها المتدخّل وليس المستهلك، أي أنّ الاستبدال مجاني بالنسبة للمستهلك[5]، ونتيجة ذلك أنّ الالتزام بالاستبدال، هو التزام بإعطاء شيء، لا يمكن للمستهلك أن يقوم به على نفقة المتدخّل، وإنّما عليه أن يحرص على المُطالبة به، قبل فوات مدّة الضّمان، وكل شرط أو اتفاق يقضي بحرمان المستهلك منه، أو يقضي بتحمّل مصاريفه؛ يقع باطلاً.[6]

ج/ ردّ الثّمن: ممّا لا شك فيه أنّه إذا لم يتمكّن المتدخّل، من إصلاح المنتوج المعيب، أو تعذّر عليه استبداله، وهذا في حالة عدم وجود مثيل له، أو إذا ظهر العيب في المنتوج مرّة أخرى، تحت تسمية ما يُطلق عليه " العطب المتكرّر"، يلجأ من أجل تنفيذ التزامه بالضّمان إلى ردّ الثّمن، وهذا ما تناولته أحكام المادتان 12 و15 من مرسوم 327/13، والمادة 13 ف03 من قانون 03/09 وكذا المادة 23 ف03 من قانون 05/18 السّالفة الذكر.

وتجدر الإشارة إلى أنّ التزام المتدخّل بردّ الثّمن، يترتّب في حالة الاقتناء الذي يكون بعوض، لأنّه قد يكون الاقتناء كذلك مجانًا، وبناءً على ذلك يلتّزم المتدخّل بردّ الثّمن، إذا استحال عليه إصلاح

---

(1) راجع المادة 164 ق. م. ج.

(2) حليمي ربيعة، مرجع سابق، ص79.

(3) مسعودي فاروق، مرجع سابق، ص64.

(4) أنظر المادة 15 من مرسوم 327/13 السّالف الذكر، على عكس المادة 08 من مرسوم 266/90 المُلغى، التّي نصّت على أنّ استبدال المنتوج، يتّم في أجل يُطابق الأعراف المعمول بها.

(5) أنظر المادة 12 من مرسوم 327/13، والمادة 14 من نفس المرسوم التّي تنصّ على أنّه: " يتحمّل المتدخّل المصاريف المتعلّقة ... لإصلاح السّلعة أو استبدالها ..."

(6) بن زادي نسرين، مرجع سابق، ص53.

المنتوج المعيب واستبداله، كنفاذ المنتوج أو عدم وجود مثله، إذا كان من المثليات، وذلك بعد استرجاع المنتوج المعيب. وفضلاً عن ذلك لا يحقّ للمتدخّل، الاحتفاظ بالثّمن الذي تسلّمه، إذا لم يوف بالتزامه بتقديم منتوج خال من أيّ عيب، مُطابق لرغبة المستهلك وللمواصفات القانونية، ويستّوي في ذلك إذا قام المستهلك بطلبه، أو قضى به المتدخّل من تلقاء نفسه، أمّا إذا كان المستهلك لازال لم يدفع الثّمن بعد؛ فما عليه إلاّ حبس الثّمن لديه، وردّ المنتوج المعيب إلى المتدخّل.[1]

ومن هذا المنطلق يحقّ للمستهلك مُطالبة المتدخّل، بردّ ثمن المنتوج المعيب في مقابل إرجاعه للمنتوج المعيب، وللمستهلك أن يطلب التّعويض عن كل الأضرار، المادية والجسمانية التّي يتسبّب فيها العيب. هذاما تضمّنته المادة 23 من قانون 05/18 بنصّها: "... إلغاء الطّلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة، دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني، بالتّعويض في حالة وقوع ضرر." [2]

ومن الجدير بالملاحظة أنّ المشرّع لم يشر في مرسوم 327/13، إلى أحكام ردّ الثّمن من حيث تبيان كيفياته، على عكس مرسوم 266/90، أين نصّت المادة 09 منه على أنّه: " إذا تعذّر على المحتّرف إصلاح المنتوج أو استبداله، فإنّه يجب عليه أن يردّ ثمنه دون تأخير، وحسب الشّروط التّالية:

- يردّ جزء من الثّمن، إذا كان المنتوج غير قابل للاستعمال جزئيًا، وفضّل المستهلك الاحتفاظ به.
- يردّ الثّمن كامل، إذا كان المنتوج غير قابل للاستعمال كلية، وفي هذه الحالة يردّ له المستهلك المنتوج المعيب." [3]

وحري بنا التطرّق إلى الأحكام المتعلّقة بتنفيذ البائع لالتزامه بالضّمان، والخاصّة بضمان الاستحقاق في المادتان 375 و376 ق. م. ج [4]، وفي هذا الإطار فرّقت بين حالتين: حالة الرّد الكلي للثّمن، وحالة الرّد الجزئي للثّمن.

---

(1) بن زادي نسرين، مرجع سابق، ص55.

(2) تنصّ المادة 06 من مرسوم 266/90 المُلغى على أنّه: " يجب على المحتّرف في جميع الحالات، أن يُصلح الضّرر الذي يصيب الأشخاص والأملاك، بسبب العيب وفق ما يقتّضيه مفهوم المادة 03 أعلاه."

(3) مرسوم 266/90 المُلغى، والمتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات، السّالف الذكر.

(4) راجع المادتان 375 و 376 من أمر 58/75 المتضمّن القانون المدني.

ج 01/ حالة الردّ الكلّي لثمن المنتوج المعيب[1]: إنّ تعيّب المنتوج بعيب جسيم، بحيث يجعله غير صالح للاستعمال بكامله، يجعل من حقّ المستهلك في استرداد كل الثّمن، الذي دفعه مشروعًا، مقابل ردّه للمبيع بكامله للمتدخّل. أمّا إذا كان المستهلك لم يدفع الثّمن بعد، فيحقّ له حبس الثّمن لديه، ويلتّزم بردّ المنتوج المعيب للمتدخّل[2].

وفي نفس الصّدد يلتّزم المستهلك بردّ المبيع المعيب ذاته، دون تبديل أو تغيير في حالته، كما يردّ كذلك أجزائه كاملة وتوابعه، التّي كانت معه عند البيع، أو تلك التّي أُلحقت بالمبيع بعد البيع، أمّا إذا كان المبيع قد اُستّهلك نتيجة استعماله، فإنّ المستهلك يُعفى من ردّ المبيع.

وفي مقابل ذلك يلتّزم المتدخّل بردّ الثّمن كاملاً للمشتري، تنفيذًا لالتزامه بالضّمان، بغضّ النّظر عن الزيادة أو النقصان، التّي طرأت على قيمة المبيع بعد البيع، لأنّ الثّمن الواجب دفعه هو الثّمن المدفوع فعلاً، الذي لا يتجاوز المقدار الذي قبضه البائع، ولا المقدار الذي دفعه المشتري.[3]

ج 02/ حالة الردّ الجزئي لثمن المنتوج المعيب[4]: إنّ حق استرداد المشتري لجزء من الثّمن، يتقرّر إذا كان الشّيء المعيب شيئًا، أو أشياء منفّصلة يمكن تجزئتها؛ دون إحداث ضرر بها، ودون تأثير على الغرض الذي أعدّ له المنتوج. وهذه الأشياء؛ إمّا أن تكون أصلية كلّها، وإمّا أصلية في الجزء منها والآخر من المُلحقات، فإذا لحق العيب بأصل المبيع، فهنا يتقرّر فسخ العقد كاملاً، ويردّ كل الثّمن للمشتري. أمّا إذا لحق العيب بالفرع أو الملحقات، فالعيب هنا لا يؤدي إلى الفسخ الكلّي للعقد، وإنّما يقتّصر على الفرع المعيب فقط.

وتجدر الإشارة إلى أنّه إذا كان الشّيء المبيع، عبارة عن عدّة أشياء منفّصلة عن بعضها البعض، وكان العيب في البعض منها دون الآخر، فهنا من حقّ المستهلك الاحتفاظ بالأشياء أو الأقسام السّليمة، وأن يفسّخ العقد بالنسبة للجزء المعيب فقط، أي يستّرد ثمن الجزء المعيب[5].

ويُلاحظ أنّ التزام المتدخّل بردّ الثّمن للمستهلك، يكون في أجل ثلاثين يومًا من تاريخ التّصريح بالعيب[6]، في حين تنصّ المادة 23 فقرة أخيرة من قانون 05/18 على أجل خمسة عشر(15) يومًا،

---

(1) أنظر المادة 09 فـ02 من مرسوم 266/90، والمادة 376 فـ01 من أمر 58/75.

(2) حليمي ربيعة، مرجع سابق، ص84.

(3) مرجع نفسه، ص ص85- 86.

(4) راجع أحكام المادة 09 فـ01 من مرسوم 266/90، والمادة 02/376 من أمر 58/75.

(5) بن زادي نسرين، مرجع سابق، ص ص56- 57.

(6) راجع المادة 15 من مرسوم 327/13 ، السّالف الذكر.

من تاريخ استلام المُورّد الإلكتروني للمنتوج [1].

وبطبيعة الحال فالضمان في مجال **الخدمات**، يختلّف عما هو عليه في المنتوج المادي، فالضّمان في مجال الخدمات يكون بتعديل الخدمة، أي بتغيير شروطها في حال إخلال المتدخّل بالتزامه، حيث يستّفيد المستهلك من تغيير في الخدمة لصالحه، كأن يتحمّل المتدخّل نفقاتها دون المستهلك، وهذا ما قصده المشرّع في المادة 13 ف03 بنصّها: "... أو تعديل الخدمة على نفقته " [2]، أي نفقة المتدخّل.

ويُلاحظ أنّه إذا نتج عن مُخالفة المتدخّل لالتزامه بتنفيذ الضّمان، بإصلاح المنتوج أو استبداله أو بإرجاع ثمنه ضررًا، فإنّه يحقّ للمستهلك طلب التّعويض[3]، وقد تطرّقت المادة 23 من قانون 05/18 لحقّ المستهلك في طلب التّعويض في حالة وقوع ضرر[4]، وفي نفس الصّدد يمكن للمستهلك طلب التّعويض، بالاستّناد إلى دعوى المسؤولية المدنية للمنتج[5]، وفي واقع الأمر نجد أنّ فكرة التّعويض تطوّرت إلى خارج نطاق المسؤولية، وظهر ما يُعرف بنظام التّعويض عن الأضرار الجسمانية [6].

استنادًا لما سبق، يمكن القول أنّه إذا كان الهدف المُستوحى من المشرّع، هو تحقيق السّلامة الجسدية والمادية للمستهلك، فإنّنا نلاحظ العكس؛ إذ من خلال النّصوص المتضمّنة لهذا الضّمان، نجدها لا ترمي إلى حماية المستهلك من أضرار المنتجات، بقدر ما تهتّم بحماية المنتوج من العيوب، هكذا يتبيّن أنّه من خلال هذا الضّمان، أراد المشرّع أن يحقّق السّلامة التّجارية للمستهلك فقط[7].

ثانيا: المُطالبة القضائية لتنفيذ الضّمان(دعوى الضّمان): بعد استنفاذ المستهلك للطريق الودّي، لمطالبة المتدخّل بتنفيذ التزامه بالضّمان، ونتيجة لتعنّت المتدخّل ورفضه لمطلب المستهلك، لا يبقى أمام هذا الأخير، إلاّ اللّجوء إلى القضاء لرفع دعوى، للحصول على حقّه بضمان المنتوج.[8]

---

(1) قانون 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية، السّالف الذكر.

(2) المادة 13 ف03 من قانون 03/09 المتعلّق بحماية المستهلك و قمع الغش، السّالف الذكر.

(3) ترتبط فكرة التّعويض بفكرة الضّرر، وأصبحت المسؤولية قائمة على أساس الضرر. راجع في هذا الشّأن: بن زادي نسرين، مرجع سابق، ص60.

(4) للإشارة فإنّ الأحكام الخاصّة بحماية المستهلك، لم تتطرّق لأحكام حق المستهلك في طلب التّعويض.

(5) الواردة في المادة 140 مكرر من قانون 10/05، المتعلّق بالقانون المدني المعدّل والمتمّم.

(6) أنظر المادة 140 مكرر 01 من قانون 10/05، السّالف الذكر.

(7) زاهية حورية سي يوسف، دراسة قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، مرجع سابق، ص28.

(8) منال بوروح ، التزام المتدخّل بالضّمان لحماية الطرف الضعيف، مرجع سابق، ص337.

1/ شروط قبول دعوى الضمان: يشترّط لرفع دعوى الضّمان الشّروط العامة، المتمثّلة في الصّفة والمصلحة للتّقاضي[1]، إذ أنّ للمضرور سواءً كان مرتبطًا بعقد، مع المنتج المسؤول أو مع المتدخّل بصفة عامة، أو غير مُرتبط بعقد؛ الحق في المطالبة بالتّعويض عن الأضرار، التّي لحقت به وبأمواله بفعل المنتَّج المعيب[2]، وعليه تثبّت المصلحة للمستهلك صاحب الحق في رفع دعوى الضّمان، وكذلك الخلف الخاصّ في حال وفاة سلف المستهلك، كما تثبّت لكل شخص كان ضحيّة لهذا العيب، حتّى ولو كان من الغير[3].

ويُلاحظ أنّه بالإضافة إلى هذه الشّروط العامة، نصّ المشرّع على شروط أخرى في المادة 381 ق. م. ج التّي تقضي بأنّه:" إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المُطالبة بالضّمان وفقا للمادة 376 ". فوفقا لهذا النصّ، للمستهلك الحق في الرجوع بدعوى الضّمان على البائع، بشرط أن يُخطر البائع بوجود العيب في الآجال المحدّدة، سواءً في حالة نزع اليّد الكليّ أو الجزئي عن المبيع، أو في حالة وجود تكاليف باهظة وتحمل خسارة، لو علم بها لما أقدم على إبرام العقد.[4]

فضلاً عن ذلك وبالرجوع للقواعد الخاصّة بحماية المستهلك، نجد أنّ للمستهلك الذي لم يحصل على الضّمان المقرّر له بطريقة ودّية، توجيه إعذار للمتدخّل في أجل 30 يوما من تاريخ التّوقيع على الإشعار بالاستلام[5]، وبالتالي يعدّ الإعذار كشرط شكلي، لقبول الدعوى أمام القضاء وليس مُمهِّدا لها، إذ أنّ الإعذار هو تكليف بالوفاء، أي بتنفيذ التزام الضّمان[6].

ويُلاحظ أنّه وباستقراء نصّ المادة 22 ف02 من مرسوم 327/13، المشرّع حدّد الأجل الذي يجب أن يقوم فيه المتدخّل بتنفيذ الضّمان، وهو ثلاثون يومًا؛ يسري ابتداءً من تاريخ التّوقيع على الإشعار بالاستلام، إلاّ أنّه من جهة أخرى لم يتطرّق إلى الإجراء الذي يجب على المستهلك، أن يتّخذه في حال امتناع المتدخّل على تنفيذ التزامه بالضّمان[7].

---

(1) تنصّ المادة 13 ف01 من قانون 09/08 المتضمّن ق. إ. م. إ. على أنّه: " لا يجوز لأي شخص التّقاضي، ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتّملة يقرّها القانون."

(2) راجع المادة 140 مكرر من قانون 10/05، المتضمّن القانون المدني المعدّل والمتمّم.

(3) مسعودي فاروق، مرجع سابق، ص ص68- 69.

(4) بوروح منال، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 03/09، مرجع سابق، ص114.

(5) أنظر المادة 22 ف01 من مرسوم 327/13، السّالف الذكر.

(6) حليمي ربيعة، مرجع سابق، ص 100.

(7) ربيع زاهية، مرجع سابق، ص341.

وفي نفس الصّدد نجد أنّ مرسوم 327/13، لم ينص كذلك على تحديد لأجل(ميعاد) رفع دعوى الضّمان، وعلى العكس من ذلك نجد المادة 18 ف03 من مرسوم 266/90(المُلغى)، قد حدّدت أجل رفع دعوى الضّمان، بمدة عام واحد ابتداءً من يوم الإنذار[1].

هكذا يتبيّن أنّه لا قانون 03/09 ولا حتّى مرسوم 327/13، تناولا مدى إمكانية لجوء المستهلك إلى القضاء، قصد مطالبته المتدخّل بالتّعويض، في حالة ما إذا لحقه ضرر نتيجة إخلاله بتنفيذ التزاماته[2]. وعلى خلاف هذه النصوص، نجد أنّ القواعد العامة المُنظِّمة لضمان العيوب الخفية، حدّدت الميعاد لرفع دعوى الضّمان بمدّة سنة من يوم تسليم المبيع[3].

ومن الجدير بالملاحظة أنّ المشرّع الفرنسي، وبالضّبط في المادة 1648 تقنين مدني بعد تعديلها، حدّد مدّة تقادم دعوى الضّمان بسنتين(02)، من تاريخ اكتشاف العيب[4]، بعدما كانت تقضي بوجوب رفع دعوى الضّمان خلال **مدة وجيزة**، يتولّى قاضي الموضوع عملية تقديرها، ويترتّب على تجاوزها سقوط دعوى الضّمان.[5]

تأسيسًا على ذلك يبدأ سريان مدّة الدعوى التّي يرفعها المستهلك، للمطالبة بتنفيذ الضّمان حسب المادة 18 ف03 من مرسوم 266/90 من تاريخ توجيه الإنذار، والسّبب في ذلك أنّ المستهلك قد لا يكتّشف العيب، إلاّ بعد مدّة وليس حين التّسليم، كما أنّ المدّة تُحسّب من تاريخ الإنذار، لا من تاريخ أو يوم اكتشاف العيب، لأنّه إلى غاية توجيه الإنذار، يعتّبر المستهلك مُطالبا بتنفيذ الضّمان بصفة ودّية، دون أن يلجأ إلى القضاء[6].

---

(1) تنصّ المادة 18 ف03 على أنّه: " و إذا لم يستجب له، يمكنه أن يرفع دعوى الضّمان عليه، إلى المحكمة المختّصة في أجل أقصاه عام واحد، ابتداء من يوم الإنذار."

(2) ربيع زاهية، مرجع سابق، ص341.

(3) تنصّ المادة 383 ف01 من ق. م. ج على أنّه:" تسقط بالتّقادم دعوى الضّمان بعد انقضاء سنة، من يوم تسليم المبيع، حتّى ولو لم يكتشف المشتري العيب، إلاّ بعد انقضاء هذا الأجل، ما لم يلتزم البائع بالضّمان لمدّة أطول."

(4) عدّلت المادة 1648 من التقنين المدني بموجب المرسوم رقم 2005/136، المؤرخ في 2005/02/17، وذلك في المادة 03 منه: أنظر في هذا الشأن:

Philippe LeTourneau, responsabilité des vendeurs et fabricants, 2ème éd, Dalloz, Paris, 2006 p241.

(5) Art 1648: " L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un **bref délai**, suivant la nature des virus rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite."

(6) حليمي ربيعة، مرجع سابق، ص104.

وفي مقابل ذلك يمكن للمشتري الاستفادة من مدّة أطول من مهلة الدعوى، إذا اتفق مع البائع على تمديد هذا الضّمان، أو إذا تعمّد البائع إخفاء العيب غشّا منه[1]، فتصبّح مدة الاستفادة من الضّمان خاضعة للتّقادم الطويل المحدّدة بـــ 15 سنة [2].

في هذا الإطار ذهب أغلب الفقهاء والباحثين، إلى أنّ هناك فرق بين المدّة التّي يتّم خلالها الضّمان، وكذا المدّة التّي يجوز خلالها رفع دعوى الضّمان، وذلك من خلال مناداتهم المشرّع بالفصّل بينها؛ من خلال تعديل العبارات الواردة في نصّ المادة 383 ق. م. ج[3]، إذ أنّ الإشكال يكمن في حالة ظهور العيب في آخر يوم من السّنة، التّي تبدأ من وقت استلام المشتري للشّيء المبيع، ففي هذا اليوم يظلّ البائع ضامناً للعيب، إلاّ أنّ دعوى الضّمان لا تُسمَع في اليوم التّالي، لظهور هذا العيب من قبل جهات القضاء. ولكن في حالة التّعديل بالمواد، وأن يكون محل هذا الأخير الفصّل بين مدّة الضّمان عن مدّة رفع دعوى الضّمان، سيكون من شأنه محاربة ذلك الإشكال، الذي يحرّم المشتري من الحصول على حقّه، في حالة ظهور العيب في آخر يوم من أيام السّنة، التّي يضمن خلالها البائع للمشتري خلوّ المبيع من العيوب الخفية [4].

ونتيجة ذلك نجد أنّ مدّة سنة المُخصّصة لرفع دعوى ضمان العيب الخفي[5]، وكذا المحدّدة كمدّة لضمان العيب، والتّي يبدأ احتسابها من وقت التّسليم، من شأنه أن يحقّق التّوازن بين مصلحة البائع والمشتري، الذي يكون أمامه الوقت الكافي لفحصّ المبيع، والكشّف عن عيوبه إن وُجدت. ولابدّ من الإشارة أنّ اكتشاف العيب في آخر يوم، غير منطقي بالنّسبة إلى مدّة سنة لرفع دعوى الضّمان[6] وناهيك عن ذلك فإنّ البائع كثيرًا ما يعمد إلى المُماطلة، من أجل تفويت هذه المدّة، في ضوء تنامي واحتمالات حدوث هذه الأضرار بعد انتهائها، خاصّة بسبب التّقدّم التّكنولوجي الذي صاحب انتاج

---

(1) تنصّ المادة 383 ق. م. ج على أنّه: "... ما لم يلتزم البائع بالضّمان لمدة أطول.
غير أنّه لا يجوز للبائع أن يتمسّك بسنة التّقادم، متى تبيّن أنّه أخفى العيب غشا منه". أمّا في مرسوم90/266 المُلغى لم يحدّد المشرّع في المادة 18 منه، إذا كان يمكن الاتفاق على تمديد مدّة الادعاء، والغرض من ذلك هو حماية المستهلك من تعسّف المتدخّل.

(2) بوروح منال، التزام المتدخل بالضّمان لحماية الطرف الضعيف، مرجع سابق، ص338.

(3) المادة 383 ق. م. ج تقابلها المادة 452 ق. م. مصري.

(4) زروقي حنين، مرجع سابق، ص230.

(5) كما قرّرت المادة 06 ف01 من التّوجيه الأوربي، انقضاء الحق بالضّمان بمرور مدة سنتين، محسوبة من تاريخ تسليم السّلعة. للتفصيل أكثر راجع: مهيب عبد الكريم محمود أبو شنب، مرجع سابق، ص100.

(6) زروقي حنين، مرجع سابق، ص ص230- 231.

السّلع وتقديم الخدمات.[1]

وجدير بالذّكر أنّه بالنسبة للجهة القضائية المُختّصة بالنّظر في دعوى الضّمان، فمن حيث **الاختصاص النوعي؛** فإنّه يتّم رفع الدعوى أمام القضاء المدني، موضوعها طلب المستهلك التّعويض استنادًا لنصّ المادة 140 مكرر ق.م. ج. وعلى خلاف ذلك إذا كان المُدعى عليه أو المتدخّل من أشخاص القانون العام، فإنّ هذه القاعدة يرد عليها استثناء، إذ يجب على المستهلك رفع الدعوى أمام القضاء الإداري[2]. وأمّا من حيث **الاختصاص المحلي أو الإقليمي؛** فاستنادًا لنصّ المادة 39 من ق.إ.م.إ [3] فإنّ المحكمة المختّصة بالنّظر في دعوى الضّمان، هي المحكمة التّي يقع في دائرتها الفعل الضّار، وهذا في حالة عدم وجود علاقة تعاقدية بين المتدخّل والمستهلك، أمّا في حالة وجود علاقة تعاقدية بينهما، فإنّ الدعوى تُرفع في المحكمة التّي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، أو مكان تسليم السّلعة أو توريد الخّدمة[4].

وفي واقع الأمر قد يتجاوز النّزاع في كلفته قيمة الشّيء المبيع، ربما أضعافًا مضاعفة، لذلك نادرًا ما تُرفع دعوى ضمان العيب الخفي، إلاّ إذا كانت قيمة الشّيء المبيع كبيرة، أمّا دون ذلك فإنّ اللّجوء إلى دعوى الضّمان لا يمثّل حلا عمليًا مُجديًا، وغالبًا ما يلجأ المشتري إلى التّفاوض مع البائع، للحصول على حلّ ودّي، وقد يستّغرق ذلك وقتًا طويلاً، يكفي لسقوط دعوى ضمان العيب بالتّقادم[5].

2/ آثار دعوى الضّمان: متى تحقّقت شروط الضّمان الممنوح للمستهلك، وقام هذا الأخير بالإجراءات التّي فرضها عليه القانون، من مساعي ودّية، توجيه الإعذار، ثمّ رفع دعوى قضائية. وعليه فبلجوء المستهلك لطلب تنفيذ الضّمان قضائيًا، سيؤدي إمّا بتنفيذ المتدخّل لالتزامه بالضّمان عينيًا، أو تنفيذه بمقابل(عن طريق التّعويض)[6].

وفي هذا الإطار تنص المادة 381 ق. م. ج على أنّه:" إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالبة بالضّمان وفقا للمادة 376 " [7].

---

(1) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص ص608- 609.

(2) مسعودي فاروق، مرجع سابق، ص71.

(3) قانون 09/08، السّالف الذكر.

(4) مسعودي فاروق، مرجع سابق، ص72.

(5) قونان كهينة، " قصور ضمان العيب الخفي في حماية مستهلك المنتجات الخطيرة "، المجلة النقدية، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، جويلية 2016، ص130.

(6) منال بوروح، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 03/09، مرجع سابق، ص115.

(7) المادة 381 ق. م. ج تقابلها م 450 ق. م. مصري.

ويُلاحظ من نصّ المادة أنّ المشرّع قد أحال في هذا الصّدد، إلى تطبيق أحكام ضمان الاستحقاق الجزئي، هذه الأخيرة بدورها تفرّق بين الاستحقاق الجسيم والاستحقاق غير الجسيم، بمعنى أنّه يجب التّفرقة بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم[1]، ونتيجة ذلك أنّ الأحكام العامة المتعلّقة بحقوق المشتري في دعوى ضمان العيب الخفي، تختلّف في كلتيهما، ليمكن إيجاز كالآتي:

أ/ حالة العيب الجسيم: إنّ العيب يُعدّ جسيمًا، إذا أدى إلى نقص قيمة المبيع ومنفعته، إلى درجة تجعله غير صالح للاستعمال، بحيث لو علم به المستهلك وقت العقد، لما أبرم العقد أو لدفع فيه ثمنًا أقل[2]، وفي هذه الحالة للمشتري أحد الخيارين:

- إمّا ردّ المبيع المعيب، وما أفاد منه إلى البائع، مع حصوله على قيمة التّعويضات، طبقا لأحكام ضمان الاستحقاق الكلي[3].
- أو الإبقاء على البيع مع التّعويض عن العيب، وفق القواعد العامة، أي على أساس ما أصابه من خسارة، وما فاته من كسب بسبب العيب.

ولابدّ من الإشارة إلى أنّ تقدير جسامة العيب، من عدمه تخضع للسّلطة التّقديرية للقاضي، والذي من حقّه في أن يستّعين بخبير، ليأخذ بالرأي الأصوب في الحكم.[4]

ب/ حالة العيب غير الجسيم: أي لا تصل الخسارة إلى الحدّ السّابق، فيكون للمشتري الحق في التّعويض، الذي يختّلف تقديره بحسب ما إذا كان البائع، سيء النيّة أم حسن النيّة.[5]

في هذا المقام نصّت المادة 376 فـ02 ق. م. ج على أنّه:" وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التّي لحقته، لم تبلغ القدر المُشار إليه في الفقرة السّابقة، لم يكن له سوى المطالبة بحقّ التّعويض عن الضّرر، الذي لحقه بسبب نزع اليدّ عن المبيع".

---

(1) المادة 376 فـ01 تعرض حالة الاستحقاق الجزئي الجسيم، قياسًا على العيب الخفي الجسيم، أمّا الفقرة 02 من نفس المادة تعرض لحالة: الاستحقاق الجزئي غير الجسيم، قياسًا على العيب الخفي غير الجسيم. فالمشرّع من خلال المادة 381 ق. م. ج يقرّب بين ضمان العيب الخفي، وضمان الاستحقاق، فوجود العيب ينقص من الانتفاع بالمبيع، ويكون المبيع بالتّالي قد استحق، جزئيًا من حيث استعماله. راجع في هذا الشّأن: زاهية سي يوسف، عقد البيع، مرجع سابق، ص186.

(2) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري "عقد البيع"، الجزء 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص183.

(3) أنظر المادة 375 ق. م. ج، والتّي تقابلها م 443 ق. م. مصري.

(4) زروقي حنين، مرجع سابق، ص234.

(5) أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ص227- 228.

يتّضح من هذا النّص أنّ موضوع الدعوى التّي يرفعها المشتري، هو التّعويض عن الضّرر الذي لحقه بسبب العيب، فإذا كان العيب يُؤثِّر في المبيع جزئيًا، لا يجوز للمشتري ردّ المبيع، وإنّما له أن يُطالب بالتّعويض عمّا أصابه من ضرر بسبب العيب، الذي أدى إلى نقص قيمة المبيع أو نقص منفعته[1].

فضلاً عن ذلك لا يجوز له المُطالبة بالفسخ، لكن له أن يطلب التّنفيذ العيّني أي إصلاح العيب، إذا كان ممّا يقبل ذلك، أو استبداله إذا أمكن. وفي مقابل ذلك يجوز للمستهلك طلب استرداد جزء من الثّمن، أي ما يسمّى بدعوى إنقاص الثّمن[2]، ولتوضيح ذلك يرفع المستهلك هذه الدعوى في حالة العيب غير الجسيم، فيُلزَم المتدخّل بردّ جزء من الثّمن، الذي دفعه المستهلك، هذا الجزء يساوي في مقداره الجزء المعيب من المنتوج، ونتيجة ذلك يتّم تخفيض الثّمن، بما يوازي الفرق بين ما دفعه، وبين ما يجب أن يُدفع، فيما لو كان المبيع معيبًا[3].

ومن زاوية أخرى وفي حالة وجود عيب غير جسيم بالمبيع، وأنّ هذا الأخير وارد ضمن عدة أجزاء، فبإمكان المشتري أن يردّ الجزء المُتعيّب منه، دون الجزء السّليم إذا كان محل البيع قابل للتّجزئة، مع اشتراط أن يكون هذا العيب من غير العيوب المُتسامح بها عُرفًا.[4]

أمّا المشرّع الفرنسي فقد أقرّ للمشتري إذا توافرت شروط ضمان العيب الخفي، الخيّار بين إقامة دعوى ردّ المبيع واسترداد الثّمن، وبين استبقاء المبيع واسترداد جزء من الثّمن أيّ تخفيض الثّمن، والذي يقوم بتحديده الخبير[5]، وللقاضي في كل هذا السّلطة التّقديرية للفصل في هذه الدعوى[6]، كما أجاز القانون الفرنسي فضلاً عن استرداد الثّمن أو تخفيضه لجبر الضّرر، المُطالبة بالتّعويض بشرط إذا كان البائع عالمًا بالعيب، الكامن في الشّيء أي أنّ البائع سيّء النيّة [7].

---

(1) خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري "عقد البيع"، مرجع سابق، ص183.

(2) المشرّع الجزائري لم ينص صراحة على تسميتها بدعوى إنقاص الثّمن، فيما يخصّ عقد البيع في المادة 397 ق. م. ج، على عكس ما نصّت عليه أحكام عقد الإيجار في المادة 489 ق. م .ج، التّي منحت للمستأجر الحق في رفع دعوى إنقاص الثّمن. أنظر مسعودي فاروق، مرجع سابق، ص79.

(3) حليمي ربيعة، مرجع سابق، ص ص108- 109.

(4) زروقي حنين، مرجع سابق، ص251.

(5) أنظر المادة 1644 ق. م. فرنسي.

(6) أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص227.

(7) علي حساني، الالتزام بضمان الضّرر في عيوب المنتجات، مرجع سابق، ص241.

وفي نفس الصّدد أقرّ قانون 05/18 للمستهلك الإلكتروني الحق في المطالبة بالتّعويض، عن الضّرر الذي لحقه من المنتوج المعيب [1]. وجدير بالذّكر أنّه تطبّق بشأن مسألة تقدير التّعويض القواعد العامة [2].

لكن لا يفوتنا أن ننوّه أنّ المشرّع الأردني قد رتّب على ثبوت هذا العيب، في المبيع وتوافر شروطه؛ اعتبار العقد غير لازم بالنسبة لصاحب الخيار، قبل القبض وقابلاً للفسخ بعده[3]، ويترتّب على فسخ العقد في هذه الحالة لوجود العيب، ردّ المبيع محل العقد للبائع، واسترداد المشتري لما دفعه من ثمن[4]، كما أعطى المشرّع الأردني لصاحب خيار العيب في جميع العقود، التّي تحتّمل الفسخ باستثناء عقد البيع، الحق بإمساك المعقود عليه، والرّجوع على البائع بنقصّان الثمن[5]، وهذا اتجاه سليم يحمي رغبة صاحب خيار العيب، في الاحتفاظ بالمبيع بحسب حاجته له، دون أن يُلحق به ضرر بسبب فرق الثّمن[6].

ولابد من الإشارة أنّ دعوى المشتري على البائع، بضمان العيب الخفي في الشّيء المبيع، لا تسقط في حالة هلاك المبيع [7]، سواءً كان هلاكه جزئيًا أو كليًا، ولو كان هلاكه بأي سبب كان، كهلاكه بسبب القوة القاهرة، وهو تحت يدّ المشتري أثناء رفعه لدعوى الضّمان[8].

ولمّا كانت دعوى الضّمان غير آمرة أي لا تتعلّق بالنّظام العام، ومن ثمّ يجوز الاتفاق على ما يُخالفها [9]، فإنّ البائع يستّطيع أن يتخلّص منها بشروط الإعفاء، أو التّخفيف من المسؤولية، أو أن يُفرد بندًا خاصًّا في العقد، بعدم إمكان رجوع المستهلك عليه بدعوى ضمان العيوب الخفية[10].

---

(1) أنظر نصّ المادة 23 فقرة 03 من قانون 18/ 05 ق. ت. إ.

(2) أنظر المادة 176 ق. م. ج وما يليها.

(3) أنظر المادة 195 فـ01 ق. م. أردني.

(4) أنظر المادة 196 ق. م. أردني.

(5) أنظر المادة 198 ق. م. أردني.

(6) نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية " دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني - دراسة موازنة- "، ط 01، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص177.

(7) حيث تنصّ المادة 382 ق. م. ج على أنّه :" تبقى دعوى الضّمان مستمرّة، و لو هلك الشّيء المبيع، وبأي سبب كان."

(8) بعجي محمد، مرجع سابق، ص46.

(9) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع: العقود التّي تقع على الملكية " البيع والمقايضة "، المجلد01، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1960، ص ص755- 756.

(10) إسلام هاشم عبد المقصود سعد، قواعد الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2010- 2011، ص305.

والذي نراه هو صّحة الاتفاق على تعديل الاتفاقات بضمان العيوب الخفية، لأنّ القواعد العامة في القانون المدني ومبدأ سلطان الإرادة وحرّيتها، تؤكِّد على حرية الأفراد بالاتفاق على تعديل الالتزامات، التّي يبرمونها طبقًا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1]، وفي نفس الصّدد نصّت المادة 384 ق. م. ج على أنّه:" يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص، أن يزيدا في الضّمان أو أن يُنقصا منه وأن يُسقطا هذا الضّمان، غير أنّ كل شرط يُسقّط الضّمان أو يُنقّصه، يقع باطلاً إذا تعمّد البائع إخفاء العيب في المبيع غشّا منه." [2]

وعلى خلاف ذلك وبالرجوع إلى قانون حماية المستهلك، نجدّ المادة 13 ف05 منه نصّت على أنّه: "يعتبر باطلاً كل شرط مُخالف لأحكام هذه المادة " [3]، ونتيجة ذلك أنّ أحكام الضّمان تعدّ من النّظام العام، ولا يمكن للأطراف الاتفاق على إسقاطه أو التّخفيف منه.

من زاوية أخرى نصّت الاتفاقية الأوربية في المادة (1-E) على أنّه:" لا يكون المُنتِّج مسؤولاً، إذا ثبت أنّ حالة المعرفة العلمية والتّقنيّة، وقت تداول المنتّج عن طريقه لا تسمح بكشف وجود العيب"، فهذه المادة قد خفّفت من مسؤولية المنتّج، على شرط عدم وجود معرفة علمية وتقنيّة تكشف وجود العيب[4]. وفضلاً عن ذلك جاء في شروط المركز التّجاري"Infonie "، فيما يخصّ البيع عبر الأنترنت: " أنّ المستهلك يتمتّع بالضّمانات التّي ارتضاها صانع المنتجات، وذلك وفقا للشّروط الأساسية لهذا الضّمان، والتّي تُذكر على الشّبكة مُصاحبة لوصف المنتجات". وجاء أيضا:" لا يجوز للشّروط الخاصّة بالضّمانات الاتفاقية، أن تُخفِّض أو أن تُلغي الضّمان المُقرّر قانونًا، بشأن العيوب الخفية." [5]

ومن هذا المنطلق تمنح دعوى ضمان العيوب الخفية قوة وفاعلية، في شأن عقود البيع الإلكترونية، ولابد من التأكيد على أنّه ينبّغي الاستفادة - كما يرى الأستاذ بشار طلال مومني- من تجربة القانون الفرنسي لسنة 1998، حول المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، وذلك بتطويع نصوص القانون المدني لتحقيق حماية المستهلك، قِبل البائع أو المستورِّد أو المنتّج المحترّف، من خلال إصدار قانون مُوحّد للمسؤولية عن المنتجات المعيبة، يُلغي التّمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية

(1) على سبيل المثال، أنظر المواد : 59، 106 ف01، 178 ف02 ق. م. ج.

(2) المادة 384 ق. م. ج تقابلها المادة 453 ق. م. مصري.

(3) قانون 03/09 السّالف الذكر.

(4) إسلام هاشم عبد المقصود سعد، مرجع سابق، ص309.

(5) البند العاشر من شروط المركز التجاري الإلكتروني "Infonie ". أنظر: محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص81.

التّقصيرية، وإمكانية الخيرة بينهما، فيستّطيع المضرور من حادث الاستهلاك، الرّجوع على البائع المحتّرف بموجب المسؤولية العقدية؛ تأسيسًا على دعوى ضمان العيوب الخفية بتوسيع فكرة العيب، بحيث تشمل نقص الأمان في السّلعة أو المنتوج، واعتبار نقص الأمان من قبيل التعيّب المادي، وأنّ الصّانع أو البائع المُحتّرف عالمًا بها بقرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، وبذلك يكون ضمان العيب الخفي مُرتبطًا بضمان مخاطر السّلعة. أو رجوع المستهلك بدعوى المسؤولية العقديّة طبقًا للقواعد العامة؛ بتوسيع نطاق الالتزامات المفروضة على البائع المحتّرف[1].

في مقابل ذلك يُمكِّن للمستهلك الرّجوع على البائع المحتّرف بدعوى المسؤولية التّقصيرية؛ إمّا على أساس الخطأ الواجب الإثبات، استنادًا على وجوب الاعتراف بأنّ الإخلال بالتزام تعاقدي، كإخلال البائع المُحتّرف بالتزامه بالإعلام، يؤدي إلى الإضرار بغير المتعاقدين، ويُعدّ واقعة مادية من قبيل الخطأ التّقصيري، إذ أنّ مجرّد طرح منتج معيب لا يتوافر فيه الأمان، يكون إخلالاً بالالتزام بالسّلامة، يكفي لقيام مسؤولية البائع تجاه الغير على أساس المسؤولية التّقصيرية، أو رجوع المستهلك على أساس مسؤولية حارس الأشياء؛ واعتبار البائع المنتّج حارسًا للسّلعة المبيعة، وبذلك يكون مسؤولاً عن حوادث المنتّج بعد تسليمه[2].

وهذا ما ذهب إليه المشرّع الفرنسي في القانون رقم 389 لسنة 1998 [3]، المتضمّن المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، والذي ألحق فصلا مستّقلاً بالكتاب الثالث من التّقنين المدني، هو الفصل الرّابع مكرّر بعنوان: المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة في المواد من 1386/1 إلى 1386/18 [4]. حيث جاءت المادة 1386/01 لتُلغي التّمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية غير العقدية، عن فعل المنتجات لحماية المضرور، سواء كان متعاقدًا أو غير متعاقدًا، محاولة توحيد القواعد في المسؤولية المدنية، فأقرّت بأنّ المُنتِّج يعدّ مسؤولاً عن الضّرر، النّاتج عن النقص في منتجه؛ سواءً أكان مُرتبطا بعقد مع الضّحية أم لا [5].

---

(1) بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص221.

(2) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص ص701- 702.

(3) la loi N° 389/98 du 19/05/1998, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, J.O du 21/05/1998.

(4) والتّي أصبحت منظّمة بمقتضى الأمر رقم 131 لسنة 2016، الصادر في 2016/02/10، المتعلّق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات، ج ر، ع 35، الصّادر في 2016/02/11، في المواد من 1245 إلى 1245/17.

(5) Article 1386/01 : " le producteur est responsable du dommage cause par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lie par un contrat avec la victime."

راجع في ذلك: بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص222.

وبناءً على ذلك يكون للمضرور من المنتجات المعيبة، الخيرة في الرّجوع على البائع المحتّرف؛ طبقًا للمسؤولية المُوّحدة أو العقدية أو غير العقدية [1].

ولابدّ من الإشارة أنّ التّشريع الجزائري، وبمقتّضى تعديل القانون المدني بموجب قانون 10/05، نجده أفرد نظامًا خاصًّا للمسؤولية المدنية عن فعل المنتجات المعيبة، متأثّرا بذلك بنظيره القانون الفرنسي، فأقرّ بمسؤولية المنتّج نتيجة تعذّر حصول المضرور على التّعويض، في كثير من الأحيان؛ بموجب المادة 140 مكرر ق. م. ج [2]. ونتيجة ذلك أنّ المشرّع الجزائري قد ساوى بين المضرورين، في الحصول على تعويض من المُنتّج، سواءً كانت تربطهم علاقة تعاقدية به أم لا، وعليه فإنّه يترتّب على هذا، مساواة بين المسؤوليتّين العقدية والتّقصيرية للمُنتِّج.

في مقابل ذلك نادى غالبية الفقه بتطبيق قواعد المسؤولية التّقصيرية للمنتّج، لأنّه من النّادر جدًا وجود علاقة عقدية بين المنتّج والمضرور، بل وحتّى و لو وُجدت هذه الأخيرة؛ فإنّ معظم الأضرار تقع في مرحلة سابقة عن إبرام العقد، كالتّقصير في الالتزام بالإعلام خاصّة في المنتوجات الخطيرة[3].

تماشيًا مع ما تمّ ذكره فإنّه يحقّ لأي مستهلك متعاقد أم لا، باعتباره مضرورًا مطالبة المتدخّل المنتّج بالتّعويض عن الضّرر، الذي سبّبه المنتوج المعيب.

وجدير بالذّكر أنّ المادتان 09 و10 من قانون 03/09، لم تتعلّقا مباشرة بمسؤولية المنتّج عن فعل منتجاته المعيبة، إلاّ أنّها ألزمّت المنتِّج أو كل متدخِّل بواجب أمن المنتوجات، تحت طائلة الجزاءات المدنية أو الجزائية[4].

3/ الجزاء المترتّب على عدم تنفيذ المتدخّل لأحكام الضّمان وفق لأحكام قوانين حماية المستهلك:

تقوم مسؤولية المتدخّل على مخالفة الالتزام بالضّمان، سواءً من حيث الآجال المُحدّدة قانونًا، أو عدم احترامه للخيارات الممنوحة للمستهلك، عند تحقّق الضّمان ومطالبته بالتّنفيذ، بل الأكثر من ذلك حتّى في حال استمرار المتدخّل، في احتساب مدّة الضّمان الممنوحة للمستهلك، وعدم وقفها أثناء قيامه

---

(1) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص703.

(2) تنصّ المادة 140 مكرر فقرة أولى على أنّه: " يكون المنتج مسؤول عن الضّرر، النّاتج عن عيب في منتوجه، حتّى ولو لم تربطه بالمتضرّر علاقة تعاقدية."

(3) زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، مرجع سابق، ص ص56- 57.

(4) بن طرية معمر، " نحو إقرار نظام موضوعي وصارم للمسؤولية المدنية للمنتج لتكريس حق المستهلك في الحماية" ، مداخلة في الملتقى الوطني الخامس حول الحماية القانونية للمستهلك، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، يومي 16- 17 ماي 2012، ص ص02 - 03.

بإصلاح السّلعة أو استبدالها[1]، أو في حال عدم تمكين المقتّني الجديد لسّلعة مضمونة، من مدّة الضّمان المتبقّية، وعدم قيامه بتدوين هذا التّحويل في شهادة الضّمان[2].

وفي هذا المقام سمح المشرّع الجزائري لبعض الأعوان المُؤهلين[3]؛ بعد إجراء التّحقيقات اللاّزمة، وثبوت لهم المخالفة المرتّكبة من طرف المتدخّلين، والمتعلّقة بإلزامية الضّمان، بإمكانية فرض غرامة الصّلح عليهم؛ كوسيلة سريعة وردعية لحلّ النّزاع، وذلك كحل بديل قبل الحل القضائي[4]، ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري سبق وأن نظّم أحكام غرامة الصّلح في القانون رقم 03/09[5]، إلاّ أنّنا نجد أنّه لم يقم بالإحالة إلى تلك الأحكام، في حالة مخالفة مقتّضيات قانون 05/18، ولعلّ السّبب في ذلك خصوصية المعاملات التجارية الإلكترونية.

وجدير بالذّكر أنّ المادة 45 من قانون 05/18، نصّت على أنّ عرض غرامة الصّلح إجراء وجوبي، على الأعوان المنصوص عليهم في المادة 36 من نفس القانون، ويجب اقتراحها على المخالفين، فضلاً عن ذلك استّثنت هذه المادة حالات لا تُعرض فيها غرامة الصّلح، وهي في حالة العود أو ارتكاب المخالفات المنصوص عليها في المادتين 37 و38 من قانون05/18، والمتعلّقة ببيع المنتوجات والعتّاد والتّجهيزات المحظورة[6]. وفي مقابل ذلك حدّدت المادة 46 من نفس القانون غرامة الصّلح بالحدّ الأدنى، من الغرامة المنصوص عليها في أحكام قانون05/18، وفي حالة قبول المورّد الإلكتروني لغرامة الصّلح، تقوم الإدارة المؤهّلة بإقرار تخفيض قدره 10 % ، ويتّم تحصيلها بعد أن تبلّغ الإدارة المؤهّلة المورّد الإلكتروني بالأمر بالدّفع، مع إشعارها بالاستلام في أجل لا يتجاوز سبعة أيام، ابتداءً من تاريخ تحرير المحضر.

---

(1) أنظر المادة 05 من القرار الوزاري المشترك الصّادر في 2014/12/14، السّالف الذكر.

(2) أنظر المادة 06 من نفس القرار.

(3) حدّدت المادة 36 من قانون 05/18، الأشخاص المؤهلين للرقابة ومعاينة المخالفات، المنصوص عليها في هذا القانون، وهم ضباط وأعوان الشّرطة القضائية، المنصوص عليهم بموجب قانون الإجراءات الجزائية. وكذلك الأعوان المنتمون للأسلاك الخاصّة بالرقابة، التابعون للإدارة المكلّفة بالتّجارة، وتعني بهم أعوان قمع الغشّ، المنصوص عليهم في المادة 25 من قانون 03/09.

(4) ربيع زاهية، مرجع سابق، ص335.

(5) بموجب نصوص المواد من 86 إلى 93 من قانون 03/09.

(6) دريس كمال فتحي، مرغني حيزوم بدر الدين، " مسؤولية المورد الإلكتروني - دراسة اقتصادية وقانونية - "، مجلة الإصلاحات الاقتصادية و الاندماج في الاقتصاد العالمي، ع 03، مجلد 13، المدرسة العليا للتّجارة، القليعة، الجزائر، 2019، ص196.

وعلى خلاف ذلك إذا لم يتّم دفع الغرامة، أو لم يمتّثل المُخالف للأحكام التّشريعية والتّنظيمية المعمول بها، في أجل 45 يومًا، يُرسّل المحضّر إلى الجهة القضائية المختّصة، ويُضاعَف مبلغ الغرامة في حالة تكرار نفس الجريمة، خلال مدّة لا تتجاوز اثني عشر(12) شهرًا، من تاريخ العقوبة المتعلّقة بالجريمة السّابقة[1].

وبغض النّظر عن الدعوى المدنية التّي يرفعها المستهلك، قد تقوم المسؤولية الجزائية للمتدخّل نتيجة إخلاله بالضّمان، إذ تقسّم الجرائم المتعلّقة بالأضرار النّاجمة عن عيوب المنتّجات إلى صنفين:

- منها ما هو منصوص عليها في قانون العقوبات؛ والمتمثّلة في جريمة الغشّ والخداع [2]
- ومنها ما هو منصوص عليها في قانون حماية المستهلك؛ والمتمثّلة في جريمة مخالفة إلزامية الضّمان وتجربة المنتوج[3].

وتجدر الإشارة أن الغرامات المنصوص عليها، تُضمّ وتُضاعف في حالة العود[4].

وفي نفس الصّدد تناول قانون03/09، عقوبات تكميلية يمكن أن يحكم بها القاضي المُختّص، بالإضافة إلى العقوبة الأصلية، وتتمثّل في الشّطب من السّجل التّجاري للمُخالف[5]. وفضلاً عن ذلك تُسلّط على المورِّد الإلكتروني - طبقا للمادتين 42 و43 من قانون 05/18، والمدرّجة في الفصل الثّاني من الباب الثّالث المتعلِّق بالجرائم والعقوبات- عقوبة إدارية، وهي تعليق تسجيل أسماء النّطاق، من قِبل الهيئة المؤهّلة لمنح تلك الأسماء في الجزائر، بناءً على مُقرّر من وزارة التّجارة.[6]

ثالثا: مدى مُناسبة أحكام دعوى الضّمان للمبيعات المُبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة: بعد التّطرّق للأحكام الخاصّة للعيب الخفي في المبيع، وفق ما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني، وكذا القواعد الخاصّة في مختلف قوانين حماية المستهلك، يمكن التّساؤل في هذا الشأن: حول مدى ملائمة هذه الأحكام للتّطبيق على عقد البيع الإلكتروني؟

بادئ ذي بدء، يمكن القول أنّ عقود البيع الإلكترونية، ترد غالبًا على توريد سلعة أو منتوج أو خدمة، تتميّز بالحداثة وتنوّع في الأشكال والوظائف، كما تتّسم بالطّابع التّقني والفنّي، الأمر الذي

(1) دريس كمال فتحي، مرغني حيزوم بدر الدين، مرجع سابق، ص196.

(2) أنظر المادة 68 من قانون 03/09، التّي تحيلنا إلى المادة 429 من قانون العقوبات.

(3) أنظر المادتان 75 و76 من قانون 03/09، التّي تحيلنا إلى المادة 429 من قانون العقوبات.

(4) أنظر المادة 85 من قانون 03/09، إلاّ أنّ هذه المادة بمقتضى تعديل قانون 03/09 بقانون 09/18 أضيفت لها فقرة ثانية، عرّفت من خلالها حالة العود.

(5) أنظر المادة 85 من قانون 03/09.

(6) دريس كمال فتحي، مرغني حيزوم بدر الدين، مرجع سابق، 194.

يجعل فرصة اللّجوء إلى هذا الضّمان، عمليًا تتضاءل نسبيًا في هذه المعاملات، بسبب صعوبة إثبات شروط الضّمان من جهة، ووجود البدائل الحديثة مثل الالتزام بالمُطابقة، والأمان وضمان الصّلاحية وقواعد حماية المستهلك. ومن ناحية أخرى، فإنّ استلزام تعيّب المبيع وفقا للمفهوم المتقدّم، لكي يشمله ضمان البائع، لا يحقّق الحماية اللاّزمة للمستهلك، ذلك أنّ المهني يكون مسؤولاً عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، حتّى في الحالات التّي يتّم فيها تسليم منتّج خالٍ من العيوب، وذلك متى ثبت أنّه لم يُعلِّم المشتري بمخاطر حيازة المنتّج، أو استعماله وكذا الاحتياطات، التّي ينبّغي مراعاتها لتجنّب هذه المخاطر[1].

وناهيك عن ذلك فإنّ المشتري قد لا يستّطيع الاستفادة من الحق المُقرّر له، بموجب أحكام ضمان العيب الخفي، بحيث لا يستّطيع الرّجوع على البائع في نطاق التّعامل الإلكتروني، والذي يملك فيه البائع قدرة اقتصادية، مؤثِّرة وتفوّقًا مهنيًا عاليًا، يُمكِّنه من الضّغط على إرادة المشتري، وفرض الشّروط التّي تحقّق مصلحته، ومن ذلك شرط الإعفاء من المسؤولية عن هذا العيب أو الإبراء منه، أو الإنقاص من قيمة الضّمان أو إسقاطه، إلاّ أنّ التّشريعات المختّلفة وإن كانت قد اشتّرطت لإعمال هذا الحكم، أن لا يكون البائع قد تعمّد إخفاء العيب غشّا منه، أو كان المشتري بحالة تمنّعه من الاطلاع على هذا العيب، فإنّ هذه الضّمانة لحماية حق المشتري تبقى ضعيفة، إذ يقع عليه عبء إثبات أنّ في المبيع عيبًا خفيًا، قديمًا ومؤثِّرًا وأنّه كان يجهله، وأن يثبّت أنّه لا يد له بالعيب، وأنّ البائع كان يعلم بهذا العيب، كما عليه أن يثبّت أيضًا أنّ البائع قد تعمّد إخفاء العيب غشّا منه. وهذه المتطلّبات الواقعة على عاتق المشتري، قد يصعب عليه النّهوض بها، وإثباتها في حالة التّعاقد الإلكتروني، وما يُرافقه من خصوصية التّعاقد عن بُعد، يقوم على وسائل اتصال حديثة[2]، ولذا نرى أنّ المشتري قد يسعى إلى التّمسك بعدم مُطابقة المبيع للمواصفات، بهدف تفادي الصّعوبات المُرتّبطة باللّجوء إلى دعوى العيوب الخفية، أو لتفادي الآثار الناجمة عن شروط الإعفاء، والتّخفيف من ضمان العيب الخفي، التّي قد يتضمّنها عقد البيع.

هكذا يتبيّن أنّ التّمسّك بعدم المُطابقة للمواصفات، أكثر فائدة وأقل صعوبة من التّمسّك بضمان العيوب الخفية، وذلك لأنّ مسؤولية البائع عن عدم تنفيذ التزامه بتسليم مبيع مُطابق للمواصفات، هي مسؤولية تعاقدية، لا تتقيّد بما يرد من قيود خاصّة بدعوى ضمان العيب الخفي، كما لا تتأثّر بما قد

(1) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص699.

(2) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 328.

يكون قد تمّ الاتفاق عليه، من شروط مقيّدة أو معفيّة من الضّمان[1]، الأمر الذي يحتِّم وضع تشريعات لحماية المشتري، بصفّته الطّرف الضّعيف في عملية التّعاقد الإلكتروني. ونتيجة ذلك تنصّ المادة 19 من مشروع قانون التّجارة الإلكترونية المصري على أنّه:" مع عدم الإخلال بأحكام الضّمان القانونية والاتفاقية، يجوز للمستهلك أن يفسّخ العقد المُبرم إلكترونيا، خلال خمسة عشر يومًا التّالية على تاريخ تسلّمه للسّلعة، أو من تاريخ التّعاقد على تقديم الخدمة، وذلك بدون حاجة إلى تقديم أي مبرّرات."

وفي نفس الصّدد استقرّت التّشريعات المُعاصرة، التّي تمّ الاهتداء بها في وضع هذا المشروع، على أن تمنح المستهلك حق فسخ العقد، الذي يتّم إبرامه عن بُعد، أو عن طريق وسائط إلكترونية بإرادته المنفرّدة، ولعلّ السّبب في ذلك يرجع إلى أنّ المستهلك في هذا النّوع من العقود؛ لا يتمكّن من اتخاذ قراره بالتّعاقد على السّلعة أو الخدمة، وهو على علم كامل بمواصفات أيّ منها.

وعليه فالحاجة إلى حماية المستهلك تبدو ضرورية، لا سيما وأنّ الحثّ التّحريضي الذي يتعرّض له، والذي يستّميل كل حواسه، قد يدفعه إلى النّقر على الحاسب الآلي بالمُوافقة، حيث يتورّط بذلك دون وجود لعنصر الوقت، الذي يسمح له بالتّروي والتّفكير في الأمر[2].

وتفسيرًا لذلك أنّ المستهلك لا يتلقى المعلومات بثبات، بل هي تأتي على شاشة حاسبه الإلكتروني، عبارة مؤقتة كلمح البّصر، والإيجاب الذي يكوّن هذا من شأنه أن يثير التّشكيك في محتواه.

ممّا لاشك أنّ فعل المشرّع المصري يعدّ حسنًا؛ حينما أعطى للمستهلك حق فسخ العقد المُبرم إلكترونيا، خلال الخمسة عشر يومًا، التّالية على تاريخ تسلّمه للسّلعة، أو من تاريخ التّعاقد على تقديم الخدمة، دون حاجة إلى تبرير موقفه، فقد يكون السّبب هو عدم مُطابقة المنتّج، أو بسبب التّفاوت بين الصّور، التّي تمّ بثّها عبر الشّاشة وحقيقتها في الواقع [3].

واستخلاصًا لما سلف نصل إلى أنّ هذا الحكم الخاصّ بالعيب الخفي في عقد البيع، قد لا يكون دائمًا في مصلحة المشتري، وخصوصًا في نطاق المعاملات الإلكترونية، والذي قد تكون مصلّحته باستبدال المبيع، أو إمساكه والمطالبة بنقصان الثّمن، ولتوضيح ذلك أنّ المشتري في هذه الحالة، وقد قام بإتمام معاملته، وإبرام العقد عبر شبكة الأنترنت وعن بُعد، فإنّ فسخ العقد وما يترتّب عليه من

(1) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص ص699- 700.

(2) إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص631.

(3) خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص632.

إعادة المبيع للبائع، يُلحق بالمشتري ضررًا جسيمًا، إذ أنّه يتحمّل ابتداءً وعند إبرام العقد، نفقات الاستلام والتّسليم والشّحن، وغيرها من النّفقات والمصّاريف الأخرى، ثمّ يتحمّل نفقات إعادة المبيع المترتّبة على فسخ العقد، ممّا يجعل من هذا الحكم قيدًا عليه، يحول دون التّمسك بحقّه بهذا العيب، فلا يكون محل حماية قانونية من هذا الجانب، فمصلحته الأولى بالرّعاية، باعتباره طرفًا ضعيفًا في العقد الإلكتروني، تقتّضي إعطاءه الحق بإمساك المبيع، والمطالبة بنقصان الثّمن، وهي تُرجَّح على مصلحة التّاجر المهنّي والمحترّف، في فسخ العقد وإرجاع المبيع.(1)

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، نصل إلى أنّ التّعاقد عبر الأنترنت وخاصّة في عقد البيع، عمل على تفعيل بعض الالتزامات الموجودة في القواعد العامة، وأصبح لها شأن بالغ الأهمية في العقود المُستّحدّثة وهي: الالتزام بضمان صلاحية المبيع لمدة معلومة، والالتزام بضمان الصّفة التّي يكفّلها البائع للمشتري.(2)

وتجدر الإشارة أنّ القواعد العامة من خلال ما قرّرته؛ فيما يخصّ ضمان العيوب الخفية، وضمان التعرّض والاستحقاق، يجد مجاله بطبيعة الحال في العقود التّقليدية، إلاّ أنّ هذا لا يعني عدم تطبيقها في مجال العقود الإلكترونية، نظرًا لكون العقود المُبرمة عن بُعد عبر شّبكة الأنترنت، مولود جديد جعل التّنظيمات الخاصّة بالمعاملات الإلكترونية (3)، يعتّريها الكثّير من النّقص والغموض، فضلاً عن ذلك وفي كثير من المسائل، تحيلنا للقواعد العامة لحلّ المشكّلات القانونية.

ومن زاوية أخرى طرحت خصوصيّة العقود الإلكترونية، صعوبات في تطبيق القواعد العامة، لا سيما وأنّها تُبرم عن بُعد، ونتيجة ذلك ظهرت بدائل جديدة لضمان حقوق المتّعاقدين، والتّي من بينها؛ ضمان الأمان والسّلامة، وهذا كلّه في سبيل حماية المتّعاقد المستهلك، لكونه غير محترّف، ولا يمتّلك الدّراية الكافية للعلم بمحل العقد.(4)

(1) صلاح مصطفى فياض غنانيم، مرجع سابق، ص366.

(2) بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص225.

(3) أحمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص598.

(4) مرجع نفسه، ص599.

الباب الثاني:
ضمانات تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت

الأصل أن يُوفي كل متعاقد بالتزاماته في عقد البيع الإلكتروني، ويُلاحظ أنّ القواعد التّقليدية تفرض نفسها في ظلّ العولمة، وإذا كانت العقود الإلكترونية تتطوّر باستمرار، فإنّ الذي يتغيّر فيها هو الوسيلة، فضلاً عن أنّ البيئة الإلكترونية تفرض وسائل الوفاء بها، بعيدًا عن النّصوص الوطنيّة، وتفتّح المجال أمام إعمال قواعد ذات طابع خاص[1].

ونتيجة ذلك يرتّبط الأداء المالي أو الوفاء بالمقابل، ارتباطًا وثيقًا بالتّجارة الإلكترونية، لأنّه يمثّل في الواقع جوهر التزامات أحد طرفي العلاقة في العقود، والصّفقات التّي ترد على السّلع والخدمات، كما أنّه يعدّ بحدّ ذاته تطبيقًا جوهريًا من تطبيقات التّجارة الإلكترونية، إذا تمّ بالأساليب المُبتّكرة " الإلكترونية " [2]. وتأسيسًا على ذلك، اتجهت الكثير من الدول إلى سنّ قوانين، تأخذ على عاتقها الحدّ من مخاطر السّداد الإلكتروني، ومُجابهة الأخطار المترتّبة عليه[3]، من خلال تأمين الوفاء الرّقمي لحماية المستهلك المتعاقد **(الفصل الأول)**.

ومن زاوية أخرى يُضاف إلى هذه التّحديات، تحدّي مشكلات الاختصاص القضائي في نظر المنازعات، التّي تظهر بين أطراف العلاقة التّعاقدية، إذ في بيئة الأنترنت تزول الحدود والفواصل الجغرافية، وتزول معها الاختصاصات المكانية لجهات القضاء، فأيّ قضاء يحكم المُنازعة، وأيّ قانون يُطبّق عليها، عند اختلاف جنسية المتّعاقدين، وهو الوضع الشّائع في حقل التّجارة الإلكترونية[4].

بناء على ذلك اتّجه التّفكير إلى استخدام التّقنيات الإلكترونية، لتّسوية ما ينشأ من منازعات تثور على شبكة الأنترنت، بمعنى أن تُجرى إجراءاتها على شبكة الأنترنت، دون حاجة لتواجد أطراف هذه المنازعات في مكان واحد، وهذا الوضع بحدّ ذاته يستّدعي استحداث نظام قانوني، مُلائم ومُوازي يحكم هذه العملية، ممّا يشجّع جمهور المستهلكين على عدم التّقاعس، عن المطالبة بحقوقهم في مواجهة المهنيين.

---

(1) المختار بن أحمد العطار، العقد الإلكتروني، ط 01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب،2010، ص ص71-72.

(2) هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية " دراسة مقارنة "، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص347.

(3) هيثم حامد المصاروة، أحمد عبد الرحمان المجالي، مرجع سابق، ص56.

(4) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص341.

وعليه فإنّ ما يثور من منازعات على شبكة الأنترنت لها طبيعة خاصّة، ترتّبت عليه صعوبات أيضًا بخصوص تحديد المحكمة المختّصة بالمنازعة، وكذلك تحديد القانون الواجب التّطبيق[1]. وفي هذا المقام من خلال **الفصل الثاني**، سنتطرّق لحماية المتعاقد في المنازعات المرتبطة بتنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت.

(1) أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلّقة بالعقود المُبرمة على شبكة الأنترنت، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص09.

الفصل الأول:

حماية المتعاقد من خلال تأمين الوفاء الرّقمي

يعتّبر الأداء المالي كمحل يلتّزم به المشتري[1]، مقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع، من العناصّر الأساسية التّي يجب الاتفاق عليها[2]، ووفقًا للقواعد العامة يُمكن تأجيل الاتفاق عليه فيما بعد، أو ترك تقديره لأجنبي[3]. والواقع أنّ ما يجب التّوقف عنده، فيما يتعلّق بتنفيذ العميل للعقد المُبرم عن بُعد، هو التزامه بالوفاء بالثّمن، ويرجع ذلك بصفة أساسية إلى خصوصية التّعاقد عن بُعد، من حيث كيفيّة إبرامه وكيفيّة تنفيذ العميل لالتزامه بالوفاء، وبصّفة خاصّة في حالة الوفاء عن بُعد، من خلال استخدام البطاقات المصرفية[4].**(المبحث الأول)**

المُلاحَظ في هذا الخصوص، أنّ الوفاء عن بُعد من خلال البطاقات المصرفية، يُثير مخاوف كل من طرفي الوفاء: المُورّد والعميل، هذه المخاوف تعتّبر في الواقع العائق الأساسي، في سبيل تطوّر المعاملات الإلكترونية التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت، فالمُورّد يخشى من جانبه ألاّ يكون الوفاء حقيقيًا، والعميل أو المستهلك يخشى اختراق سرّية البيانات الخاصّة به، والمنقولة عبر الشّبكة، وكذلك الاستخدام غير المشروع من قبل الغير لوسيلة الوفاء[5]. لذا أضحت العديد من المعاملات القانونية، نتيجة الطفرة التكنولوجية التّي تتّم بواسطة أجهزة، ووسائل ذات خصوصية حديثة نذكر منها الأنترنت. هذه الوسائل استّلزمت بدورها وجود تقنيّات معلوماتيّة، تؤمّن سلامة سرّية البيانات المُتبادلة.

ونتيجة للحاجة المُلِّحة لحماية المعلومات المنقولة إلكترونيا، تمّ اختراع وسائل تقنيّة تسهر على حماية وسلامة المعلومات، من جهة تحاول اختراقها، وتقديم أمن معلوماتي أكبر للمستهلك المتّعاقد إلكترونيًا[6] **(المبحث الثاني)**

---

(1) وقد اعتّبرت التّوجيهات التّشريعية الحديثة المُقابل: " الثّمن الذي يلتّزم العميل الوفاء به الركيزة الأساسية، التّي يتميّز بها العرض الإلكتروني، لاعتباره إيجابا ينعقد به العقد."، هذا وقد أشار التّوجيه الأوربي رقم 07 لسنة 1997 بشأن حماية المستهلك في العقود عن بُعد، إلى أنّ من المعلومات التّي يجب العلم بها لحظة الإيجاب، وقت إبرام العقد الثّمن". راجع عمرو عبد الفتاح على يونس، مرجع سابق، ص ص375- 376.

(2) ووفقا لمقتّضيات المادة 16 من قانون 05/18 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونية، يلتّزم المستهلك الإلكتروني بدفع الثّمن المتّفق عليه في العقد الإلكتروني، بمجرّد إبرامه، مالم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك.

(3) بشرى النية، مرجع سابق، ص532.

(4) Philippe Le Tourneau, Théorie et pratique des contrats informatiques, Dalloz, 2000, p133.

(5) Ibid., p139.

(6) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، الكتاب الأول" نظام التجارة الالكترونية وحمايتها المدنية"، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص184.

المبحث الأول:

ماهية الوفاء الرّقمي

بمجرد تراضي الطّرفين البائع والمشتري، يلتّزم أحدهما بالتّسليم في حين يلتّزم الثّاني بالأداء، والأداء في العقود التّقليدية، يكون إمّا نقدًا في صورة سائلة، أو بوسيلة بديلة كالشّيك أو كمبيالة، وفي التّعاقد الإلكتروني لا تصلح هذه الوسائل المّادية في الأداء؛ نظرًا لكون التّعاقد الإلكتروني يتّم عن بُعد، في بيئة غير مادية، لذلك يتّم اعتماد أسلوب سداد، يتّفق مع الطّبيعة الافتراضية للبيع الإلكتروني، وهو ما يسمّى بالوفاء أو الدّفع الإلكتروني[1] **(المطلب الأول)**

يُلزّم المشتري بدفع الثّمن المحدّد للسّلعة أو الخدمة، كما يُبيّن من العرض، فهذا هو الثّمن الذي تمّ الاتفاق عليه، ومع ذلك فقد يحدث، أن يحتّفظ التّاجر بحقّه في تغيير الأسعار، كأن ينصّ على:
" أنّنا نحتّفظ بالحق في تعديل الأسعار في أيّ وقت، أمّا بالنسبة للطلبات التّي قُبلت، فإنّنا نلتّزم بالأسعار المحدّدة وقت الطلب" [2].

لكن إلى جانب اتساع دائرة استعمال وسائل الدّفع الإلكترونية في عقود التّجارة الإلكترونية، فإنّها تطرح في مقابل ذلك عدّة مشاكل، تؤثّر بالأساس على المستهلك؛ باعتباره هو المُلتّزِم بالأداء المالي في هذا النّوع من التّعاقد، فكان لابد من توفير الأمن والحماية لوسائل الدفع الإلكتروني، التّي تساعد على توفير الثّقة للمستهلكين، وبالتّالي تشجيع المعاملات التّجارية التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت.[3] **(المطلب الثاني)**

---

(1) عبد الفضل كامل، " إبرام عقد البيع الإلكتروني والتزامات أطرافه "، مجلة رحاب المحاكم، ع 09، مطبعة دار السّلام، الرباط، المغرب، دجنبر، 2010، ص112.

(2) محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص108.

(3) أمنية أضريبينة، " الوسائط الإلكترونية للوفاء الرقمي عبر الأنترنت "، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحليّة والتنمية، ع 111، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، غشت2013، ص ص158- 159.

المطلب الأول:

مفهوم الوفاء الرّقمي

يعدّ دفع الثّمن الالتزام الرئيسي على عاتق المشتري، وهذا الالتزام يتميّز بخصوصية في العقود التّي تُبرم عبر الأنترنت من حيث طريقة الوفاء به، وبما أنّ جميع مراحل العقد تتّم عبر الأنترنت، فإنّ أداء الثّمن يتّم عبر الأنترنت أيضًا. فضلاً عن ذلك فوسائل الوفاء أيًا كانت طبيعتها، تحتّكم إلى القواعد العامة، بالإضافة إلى قواعد خاصّة تتلاءم مع خصوصية الوسيلة، التّي يتّم من خلالها دفع الثّمن[1].

ولا يكاد يتميّز العقد التجاري الإلكتروني، إلاّ من حيث تنفيذ العميل لالتزامه بالوفاء بالثّمن[2].

لذا سنتناول بالدّراسة في هذا المطلب؛ التّعريف بالدفع أو الوفاء الرّقمي **(الفرع الأول)**، لننتقل لتبيان حجية الوفاء الرقمي؛ من خلال إثباته والرّجوع عنه **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

التّعريف بالوفاء الرّقمي

إنّ تأثير التّجارة الإلكترونية لم يقتّصر على طريقة إبرام العقد وتنفيذه، بل امتّد أيضًا للنيل من طريقة دفع الثّمن، حيث أصبح المستهلك يقوم بتنفيذ التزامه بسداد قيمة الشّيء المبيع، من خلال طرق السّداد الإلكتروني[3]، لأنّ التّاجر الإلكتروني عليه أن يعرف الأبعاد القانونية والتّطبيقية لمختلف وسائل الوفاء، التّي وضعها أمامه التّطور التّكنولوجي، ويختار الأداة التّي تُناسبه وتُلبّي حاجياته [4]، من هنا

---

(1) ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت "بين الشّريعة والقانون"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014 - 2015، ص398.

(2) يُعرّف الثّمن **لغة** بأنّه: " ما يُستّحق به الشّيء، والثّمن ثمن المبيع، وثمن كل شيء قيمته، وشيء ثمين أي مرتفع الثمن"، وجاء في المعجّم الوسيط :" الثّمن العوض الذي يُؤخذ على التّراضي، في مقابلة المبيع عينًا كان أو سلّعة ". والثّمن **اصطلاحا** هو: " ما يكون بدلاً للمبيع ،ويتعلّق بالذّمة "، والفرق بين الثّمن والقيمة: أنّ الثّمن ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة أو نقص، والقيمة ما قُوّم به الشّيء، بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان، ويُشتّرط في الثّمن: أن يُسمى في العقد، وأن يكون مالاً، وأن يكون مملوكًا للمشتري، ومقدور التّسليم ومعلوم القدر والوصف. راجع: غازي بن فهد بن غازي المزيني، مرجع سابق، ص ص429- 430.

ووفقًا للمادة 54 من اتفاقية فيينا 1980 التّي تقضي: "يتضمّن التزام المشتري بدفع الثّمن، اتخاذ ما يلزم و استيفاء الإجراءات المطلوبة بموجب العقد، أو بموجب القوانين والأنظمة الواجبة التّطبيق، من أجل تسديد الثمن". أنظر عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص374.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، مرجع سابق، ص150.

(4) قادري عبد المجيد، " الوفاء الالكتروني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، جوان 2015، ص483.

ظهرت أهمية ابتكار أسلوب سداد، يتّفق مع طبيعة التّجارة الإلكترونية، لهذا كان الدّفع الإلكتروني[1].

أولا: **المقصود بالوفاء الرّقمي**: يمرّ الاقتصاد العالمي في الوقت الرّاهن بمرحلة انتقالية؛ بين التّعامل الورقي والتّعامل الإلكتروني، وتتميّز البيئة التّجارية بالسّرعة في التّعامل، لذا تستلّزم استخدام وسائل دفع حديثة، تتّفق مع التّطورات التكنولوجية الحديثة، وهذه الوسائل تعدّ مُتمِّمة للعقود الإلكترونية، المُبرمة عن بُعد وتتلاءم معها[2].

وعليه سنتطرّق لتعريف الوفاء الرّقمي قانونًا، ثمّ التّعريف به من النّاحية الاقتصادية، لنصل إلى مختلف التّعريفات الفقهية له.

1/ معنى الوفاء الرّقمي قانونًا: بالرجوع إلى التّشريعات المقارنة الأجنبية منها والعربية، نجد أغلبها لم تقم بتعريف الوفاء الإلكتروني، من خلال النّصوص القانونية التّي تطرّقت للمعاملات الإلكترونية. وفي المقابل من ذلك، نجد أنّ البعض منها قام بتّعريفها:

أ/ في التّشريعات المقارنة: نجد المشرّع اليّمني في القانون المتعلّق بأنظمة الدّفع وعمليات المالية والمصرفية الإلكتروني، الصّادر في 28 ديسمبر 2006، في المادة الثّانية عرّف الدّفع الإلكتروني بأنّه:" مجموعة من الإجراءات والطرق والوسائل غير التّقليدية، المُنظّمة لعمليات الدّفع، التّي تتّم عن طريق الوسائل الإلكترونية ..."

- كذلك المشرّع الموريتاني في المادة الأولى من الأمر القانوني رقم 2006/031 المتعلّق بأدوات الأداء وعمليات التّجارة الإلكترونية، والصّادر في 23 أغسطس 2006، بنصّه: " إجراء فنّي يسمح بتّحويل أمر بالأداء عن بُعد، باستخدام وسائل أو آليات إصدار أوامر، دون اتصال مباشر بين مختلف المتدّخلين (المشاركين). " [3]

- كما ورد بمشروع القانون الفلسطيني بشأن المبادلات والتّجارة الإلكترونية، أنّ وسيلة الدّفع الإلكترونية هي: " الوسيلة التّي تُمكّن صاحبها، من القيام بعمليات الدّفع المباشر عن بُعد، عبر الشّبكات

(1) مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص 389.

(2) نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك في التّعاملات الإلكترونية "، مجلة الحقوق، ع 02، الكويت، السنة 32، يونيو 2008، ص330.

(3) ضياء علي أحمد نعمان، "حماية المستهلك في العقد المبرم بشكل إلكتروني- الوفاء الإلكتروني نموذجًا- " أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه"، المنظّم من قبل مختبر البّحث قانون الأعمال، كلية الحقوق "سطات" يوم 14 مارس 2013، جامعة الحسن الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2015، ص ص53-54.

العمومية للاتصالات." [1]

➢في حين عرّف مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري، في المادة الأولى الوفاء الإلكتروني بأنّه:" وفاء بالتزام نقدي بوسيلة إلكترونية، مثل: الشّيكات الإلكترونية، والكمبيالات الإلكترونية، وبطاقات الدّفع الممغنّطة" [2].

ويُلاحظ على هذا التّعريف، أنّ الوسائل التّي حدّدها للوفاء الإلكتروني، واردة على سبيل المثال لا الحصّر، بحيث يتّسع التّعريف ليشمل أيّة وسائل أخرى، تُستحدّث للوفاء الإلكتروني كالتّحويل الإلكتروني، ويعيب النّص أنّه لم يوضّح أنّ ذلك الوفاء، يعتّبر مبرِّئا لذمّة المدين تجاه الدائن، ولم يوضّح أنّ ذلك الوفاء يكون نتيجة التزام بالدّفع، لعملية تجارية تتّم عن بُعد وهي الأنترنت.[3]

➢قد أصدرت لجنة الاتحاد الأوربي في 1987/12/08 توصية تسمى بالقواعد الأوربية للتّعامل السّليم في مجال الوفاء الإلكتروني، ووفقا لهذه التّوصية يُقصّد بالوفاء الإلكتروني: " كل عملية وفاء تتّم بواسطة بطاقات ذات أشرطة مُمغنّطة une carte apiste"S"magnétique، أو تلك التّي تحتوي على دوائر إلكترونية منفذ "une micro-processeur " لدى جميع شبكات الوفاء، المزوّدة بآلات الوفاء الحديثة « T.P.E, T.P.V » ". ويُلاحظ على التّعريف أنّه ركّز على الوفاء الإلكتروني باستخدام البطاقات، بالرّغم من وجود طرق أخرى للوفاء الإلكتروني، ربّما كان سبب ذلك يرجّع إلى أنّ هذه التّوصية صدرت سنة 1987، أي قبل ظهور طرق الوفاء الإلكتروني الأخرى[4].

➢ أورد المشرّع الأمريكي أمر الدّفع، وتحديدا في التّقنين التّجاري المُوّحد الأمريكي، عند تعريف التّحويل الصّادر عن المُصدِّر المصرفي بأنّه:" مجموعة من الخطوات التّي تبدأ بأمر التّحويل الصّادر عن المستفيد، بهدف الدّفع للمستفيد من الأمر، ويتّم ذلك شفويًا إلكترونيًا أو كتابيًا، ويشمل ذلك أي أمر صادر عن بنك الآمر أو البنك الوسيط، ويهدف إلى تحويل أمر الآمر بالتّحويل، ويتّم النّقل بقبول بنك المستفيد، ودفع قيمة الحوالة لمصلحة المستفيد المبيّن في الأمر." [5]

---

(1) أنظر المادة 01 من مشروع القانون الفلسطيني بشأن المبادلات والتّجارة الإلكترونية لسنة 2003 = راجع : عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص746.

(2) المادة الأولى من المشروع المعدّ، من جانب مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص551.

(4) مرجع نفسه، ص ص550 -551.

(5) Article 4A-103 , of uniform commercial code (UCC) : " payment order" means an instruction of a sender to a receiving bank, transmitted orally , electronically, or in writing , to pay , or to cause another bank to pay , a fixed or determinable amount of money to a beneficiary". by the American copy right,2005, by the American law institute .In: www.law.cornelle.edu .

➢ كما تضمّن عقد المركز التّجاري[1] النّص على أنّه: " يتّم الوفاء ببطاقة مصرفية وعلى وجه الخصوص، البطاقات التّي تحمّل علامة(Master Card, Euro Card, Visa ,Cd) المقبولة في فرنسا، وكذلك البطاقات المُماثلة المقبولة في نطاق الشّبكات الدّولية، أو بواسطة أية وسيلة أخرى للوفاء، يقبلها المتجّر المُشارك"، وقد يحدّد العملة المستّخدّمة – الفرنك الفرنسي- في الوفاء مثلا.

وعلى خلاف ذلك، هناك قوانين من لم تتعرّض إلى تعريف الوفاء الإلكتروني، وإنّما أشارت إلى جواز الاستعانة بالوسائل الإلكترونية، في عملية دفع الأموال أو تحويلها إلكترونيا، كالقانون العراقي والتونسي والأردني، في قوانينها بشأن التّجارة الإلكترونية[2].

➢ عرّف المشرّع الفرنسي بطاقات الدفع في المادة 02، من القانون رقم 91/1832، المتعلّق بأمن الشّيكات وبطاقات الدفع على أنّها:" أداة تصدر من إحدى مؤسسات الائتمان، أو إحدى الهيئات أو المصالح المُشار إليها في المادة 08 من قانون 46/84، الصّادر بتاريخ 1984/01/24، المتعلّق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها، والتّي تسمح لحاملها بسحب الأموال و تحويلها." [3]

➢ كما عرّفت المادة 132-1 من قانون رقم 1062/2001، المتعلّق بالسّلامة اليومية، بطاقات الدّفع أنّها:" تُشكّل بطاقة دفع كل بطاقة تصدر من قبل مؤسسة قرض، أو منشأة أو مصلحة، تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال." [4]

ب/ تعريف الوفاء الرّقمي في ظل التّشريع الجزائري: بالرّجوع للأمر رقم 11/03، نجد المادة 69 منه قضت بأنّه:" تعتّبر وسائل دفع كل الأدوات، التّي تُمكّن كل شخص من تحويل أموال، مهما يكن السّند أو الأسلوب التّقني المُستّعمل" [5].

في حين نصّت المادة 113 من قانون 10/90 المُلغى بأنّه:

" تعتّبر وسائل دفع جميع الوسائل، التّي تُمكّن من تحويل أموال، مهما كان الشّكل أو الأسلوب التّقني

---

(1) وهي العقود النموذجية الخاصّة بالمركز التجارية الافتراضية. أنظر في هذا الشّأن: نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص211.

(2) مرجع نفسه، ص211.

(3) Loi N° : 91/1832 du 30/12/1991, relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, J.O. N°:01 du 01/01/1992.

(4) Loi N°: 2001/1062 du 15/11/2001, relative à la sécurité quotidienne, J.O.N°: 266du 15/11/2001. راجع :غزالي نزيهة،" الحماية القانونية لفاعلية الأمر بالدفع بالبطاقة في القانون الجزائري "، مجلة المفكر، ع 17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، جوان 2018، ص370.

(5) أمر رقم 11/03 مؤرخ في 2003/08/26، المتعلّق بالنقد والقرض، ج ر، ع 52، الصّادر في 2003/08/27، ص03.

المُستّعمل." [1]

➢ فضلاً عن ذلك أضاف المشرّع الجزائري باب رابع مُعنوّن بـــ: "بعض وسائل وطرق الدّفع " للكتاب الرابع من القانون التّجاري المُعنون بـــ " السّندات التّجارية "، في كل من الفصل الأول تحت عنوان التّحويل، وفي الفصل الثّاني تحت عنوان " الاقتطاع"، وفي الفصل الثّالث الذي تضمّن بطاقات الدّفع والسّحب، في المواد من 543 مكرر19 إلى 543 مكرر24 [2].

ومن زاوية أخرى أوكل أمر 11/03 بموجب المادة 56 منه، مهمّة السّهر على حسن سير نظم الدّفع وأمنها لبنك الجزائر؛ إذ تنصّ هذه المادة على أنّه:" يُنظِّم بنك الجزائر غرف المقاصة ويشرف عليها، ويسهر على حسن سير نظم الدّفع وأمنها، وفقا لنظام مجلس النّقد والقرض."

وفي نفس الصّدد أضاف أمر 04/10 المادة 56 مكرّر، التّي تقضي بأنّه:" يتأكّد بنك الجزائر من سلامة وسائل الدّفع، غير العملة الائتمانية، وكذا إعداد المعايير المُطبّقة في هذا المجال وملاءمتها." [3]

كما تمّ تعريف وسائل الدّفع من خلال **أنظمة بنك الجزائر**، نكر منها:

➢ ما جاء في المُلحق المُرفق بالنّظام رقم 06/05، الصّادر عن بنك الجزائر، المتعلّق بمقاصة الصّكوك وأدوات الدّفع الخاصّة بالجمهور العريض الأخرى، تعريف لوسيلة الدّفع بأنّها: " أداة تسمح بغضّ النّظر عن السّند، أو العملية الفنيّة المُستّعملة، بتحويل الأموال، تتمثّل وسائل الدّفع الأساسية في الصّكوك والتّحويل والبطاقة المصرفيّة ..."

✓ تمّ تعريف البّطاقة المصرفيّة بأنّها:" وسيلة دفع غير مادية، تحدّدها تعليمة تصدر عن بنك الجزائر."

✓ أمّا الصّكوك عرّفها بأنّها:" وسائل الدّفع المحدّدة مواصفاتها في القانون التّجاري، وتحدّد البطاقة المعلوماتية في وجيز تقييس وسائل الدفع، الذي أحدثته لغة التّقييس." [4]

---

(1) قانون رقم 10/90 مؤرخ في 1990/04/14، المتعلّق بالّنقد والقّرض، ج ر، ع 16، الصّادر في 1990/04/18، ص520. (مُلغى)

(2) قانون رقم 02/05 صادر بتاريخ 2005/02/06، المعدّل والمتمّم للأمر 59/75، الصّادر بتاريخ 1975/09/26، المتضمّن القانون التجاري، ج ر، ع 11، الصّادر في 2005/02/09، ص08.

(3) أمر رقم 04/10 مؤرخ في 2010/08/26، يعدّل ويتمّم أمر11/03 والمتعلّق بالّنقد والقرض، ج ر، ع 50، الصّادر في 2010/09/01، ص11.

(4) نظام رقم06/05 مؤرخ في 2005/12/15، المتعلّق بمقاصة الصّكوك وأدوات الدّفع الخاصّة بالجمهور العريض الأخرى، ج ر، ع 26، الصّادر في 23أفريل2006، ص24.

من خلال التّعاريف، نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يستّعمل مصطلح "سند" ولا "عملية "، لأنّ المشرّع من خلال نظام 06/05؛ جاء بمصطلح " وسيلة الدّفع "، التّي تسمح بتحويل الأموال مهما كان السّند أو العملية الفنيّة المُستّعملة.[1]

- بصدور القانون 05/18 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونية، تناول المشرّع من خلاله تعريف وسائل الدّفع الإلكترونية، بمقتضى المادة 06 ف05 على أنّها: " وسيلة الدّفع الإلكتروني: كل وسيلة دفع مُرخّص بها طبقا للتّشريع المعمول به، تُمكّن صاحبها من القيام بالدّفع عن قُرب أو عن بُعد، عبر منظومة إلكترونية ".

هذا وقد خصّص المشرّع الفصل السّادس من القانون رقم 05/18 " للدفع في المعاملات الإلكترونية"، يتضمّن شروط استخدام الدّفع الإلكتروني، وخضوع الدّفع عن طريق هذا النّظام لرقابة بنك الجزائر، في إطار الرّقابة على العمليات المصرفيّة، كما وضع شروط لضمان أمان العمليات المصرفيّة الإلكترونيّة.

وجدير بالذّكر أنّ المشرّع الجزائري من خلال نص المادة 27 ف02، اشتّرط لتّسوية معاملات التّجارة الإلكترونية عن بُعد أن يكون الدّفع إلكترونيا؛ والذي يستّلزم تنفيذه من خلال منصّات دفع مُخصّصة لهذا الغرض، وفي نفس الصّدد اشتّرط أن تكون تلك المنصّات، مستّغلة حصريًا من طرف البنوك المعتّمدة من قبل بنك الجزائر، في إطار الرّقابة على الدّفع الإلكتروني[2].

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، نصل إلى أنّ الوفاء الرقمي من النّاحية القانونية، يُقصّد به تسوية دين، ومن ثمّ فهو يعدّ طريقة من طرق انقضاء الالتزام، إلى جانب المقاصة وتجديد الدين والإبراء، والتّقادم واتحاد الذّمة[3].

وعليه تبقى بطاقة الدّفع الإلكتروني وسيلة فعّالة للسّداد، عن غيرها من وسائل الوفاء الأخرى، وذلك لسهولة حملها واستخدامها، كما أنّها أقلّ عرضة للسّرقة أو الضّياع.[4]

---

(1) غزالي نزيهة، " تأمين وسائل الدفع الإلكترونية بآلية التّصديق الإلكتروني في القانون الجزائري"، مجلة الدّراسات المالية والمصرفية، ع 03، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، 2014، ص57.

(2) تنّص المادة 27 ف02 على أنّه :"عندما يكون الدّفع إلكترونيا، فإنّه يتّم من خلال منصّات دفع مخصّصة لهذا الغرض، منشأة ومستّغلّة حصريًا من طرف البنوك المعتّمدة من قبل بنك الجزائر، وبريد الجزائر وموصولة بأيّ نوع من أنواع محطات الدّفع الإلكتروني، عبر شبكة المُتعامل العمومي للمواصلات السّلكية واللاّسلكيّة."

(3) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص145.

(4) غزالي نزيهة، الحماية القانونية لفاعلية الأمر بالدّفع بالبطاقة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص370.

2/ معنى الوفاء الرّقمي من النّاحية الاقتصادية: أمّا الوفاء الرّقمي من النّاحية الاقتصادية، فهو مجموعة من الآليات القانونية التّي تسمح للمدين بطريقة مباشرة وسريعة، بتوصيل أو نقل مبلغ من النقود. و بعبارة أخرى: إنّ الوفاء الإلكتروني هو عملية تتكوّن من دفع مقابل نقدي لمال يتّم تّسليمه، أو لخدمة يتّم تقديمها، وغالبا ما يكون الالتزام بالدّفع مُتولِّدا عن عقد بيع.

هكذا يتبيّن أنّه إذا كان المعنى القانوني الوفاء يركِّز على النتيجة، فالمعنى الاقتصادي يهتّم بالوسيلة.(1)

3/ معنى الوفاء الرّقمي من النّاحية الفقهيّة: عُرِّف الوفاء على أنّه: " دفع مبلغ نقدي بواسطة المدين". وعليه يتّفق الوفاء الإلكتروني مع هذا التّعريف، مع حدّ أقصى من السّرعة.(2)

كما يُقصّد بالوفاء الإلكتروني بالنّظر إلى أداة الوفاء بأنّه:" آليات تسمح للدائنين بالحصول مباشرة وبسرعة، من المدينين على مبلغ من النقود" (3).

فضلاً عن ذلك عرّف جانب من الفقه الوفاء الإلكتروني بأنّه: " نظام خاص يُصدّره المصرف لعميله، يُمكّنه من الحصول على السّلع والخدمات، من محلاّت وأماكن معيّنة عند عرضه هذا الوفاء، ويقوم بائع السّلع والخدمات بتقديم الفاتورة الموقّعة من العميل، إلى المصرف مصدر الائتمان، فيسدّد قيمتها له، ويُقدِّم المصرّف للعميل كشفًا شهريًا بإجمالي القيمة، لتّسديدها أو نقصها من حسابه الجاري لطرفه." (4)

وانطلاقًا ممّا سلف يتّضح أنّ للوفاء الرّقمي معنيان؛ واسع وضيق:

- فيُقصّد بالوفاء الإلكتروني بمعناه **الواسّع**؛ كل عملية دفع لمبلغ من النقود، تتّم بأسلوب غير مادي لا يعتّمد على دعامات ورقية، لكن يرجع إلى آليات إلكترونية.(5)
- أمّا الوفاء الإلكتروني بالمعنى **الضيّق**؛ فينحصّر فقط في عمليات الوفاء، التّي تتّم دون وجود اتصال مباشر بين الأشخاص الطبيعيين.

---

(1) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص145.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص551.

(3) Claude Lucas de Leyssac, X. Lacaze: " le paiement –en- ligne ", J.C.P. Ed .E.A, N°12, 22 Mars 2001, p506.

(4) حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي،" الوفاء الإلكتروني كوسيلة لتنفيذ الالتزام - دراسة مقارنة- "، مجلة كلية الحقوق، المجلد 14، ع03، جامعة النهرين، بغداد، العراق، 2012، ص179.

(5) نبيل محمد أحمد صبيح، مرجع سابق، ص230.

وبناءً على ذلك، نرى أنّ أفضل تعريف للوفاء الإلكتروني هو أنّه:" وسيلة يمنحها مُصدِّرها لشخص طبيعي أو اعتباري، بناءً على عقد بينهما، يمكّنه من شراء السّلع أو الخدمات ممن يعتّمد على هذه الوسيلة، دون دفع الثّمن نقدًا أو حالاً، بناءً على التزام المصرّف المُصدِّر للبطاقة، بسداد قيمة الالتزام محل الأداء" [1].

ولابدّ من الإشارة أنّ الدّفع الإلكتروني يقدّم من خلال نوعين من الشّبكات:

النوع الأول: شبكة خاصة يقتّصر الاتصال بها على أطراف التّعاقد، ويفتّرض ذلك وجود معاملات، وعلاقات تجارية ومالية مُسبّقة بينهم.

النوع الثّاني: شبكة عامة، حيث يتّم التّعامل بين العديد من الأفراد، لا توجد بينهم قبل ذلك روابط معيّنة[2].

ممّا لا شك فيه أنّ التّجارة ترتّبط بالوفاء باتصال وثيق؛ فالوفاء يتأثّر كثيرًا بتطوّرها ويؤثّر فيها، لذلك يمكن الجزم مقدّما بأنّ مستقبل الأشكال المستحدّثة للتّجارة الإلكترونية، مرتبط بتطوير نظام آمن للدفع الآلي عبر الشّبكة العالمية للمعلوماتية، ونتيجة ذلك تعمل البنوك في هذا الاتجاه على قدم وساق[3].

ومن هذا المنطلق تمّ دخول نظام الدفع الإجمالي الفوري للمبالغ الكبيرة، والمدفوعات المستّعجلة المُسمّى "آرتس" في التّشغيل طبقا لأحكام النظام رقم 04/05 [4]؛ ويستّجيب هذا النظام لمجموع المبادئ، التّي أوصت بها لجنة أنظمة الدّفع والتّسوية التّابعة لبنك التّسويات الدّولية، وإن كان ذلك على مستوى الإطار التّنظيمي، والهياكل الأساسية للإنتاج والنّجدة، أو على مستوى عدم قابلية إلغاء المدفوعات، والتّسهيلات المُوصى بها من أجل عمله.[5]

---

(1) حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مرجع سابق، ص181.

(2) قرومي حميد، ضحاك نجية، "واقع وسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر"، دراسات اقتصادية ، المجلد12، ع 02، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، أوت 2014، ص143.

(3) Herve Bouilhol, « les aspects juridique du commerce électronique », Banque et droit, N°60, Juillet – Aout, 1998, p22.

(4) نظام رقم 04/05 مؤرخ في 2005/10/13، يتضمّن نظام التّسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستّعجل، ج ر، ع 02، الصّادر في 15 يناير 2006، ص29.

(5) خنفوسي عبد العزيز، قانون الدّفع الإلكتروني، ط01، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، الأردن، 2018، ص92.

ثانيا: مميزات الوفاء الرّقمي: يُستّخدم الدّفع الإلكتروني لتسوية المعاملات الإلكترونية، التّي تتّم عن بُعد، حيث لم يعد ضروريًا الحضور الشّخصي للأفراد المتّعاملة، لتسوية معاملاتهم في البيئة الرّقمية، فيتّم الدّفع الإلكتروني بين أطراف يتبادلون المعلومات الإلكترونية، بواسطة الاتصال عن بُعد، فهم لا يجمعهم مجلس عقد واحد[1]. لذا يتميّز الدّفع الإلكتروني بعدّة خصائص من حيث طبيعته، ومن حيث الجّهة التّي تقوم على خدمة الدفع الإلكتروني، ومن حيث وسائل الأمان الفنية:

1/ فمن حيث طبيعته: يتميّز الدّفع الإلكتروني بأنّه من بين وسائل الوفاء التّي تتّم عن بُعد، ويكون ذلك بإعطاء أمر الدّفع عبر شبكة الأنترنت، وفقا لمعطيات إلكترونية، تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد. وبهذه الصّفة يعتّبر الدّفع الإلكتروني، وسيلة فعّالة لتنفيذ الالتزام بالوفاء في العقود الإلكترونية، التّي تقتّضي تباعد أطراف العقد[2].

وتتّضح الطبيعة القانونية للوفاء باعتباره تصرفًا قانونيًا، بشكل أكبر في مجال الوفاء الإلكتروني، ذلك لأنّ المدين بحاجة دائمة إلى تعاون الدائن، لإتمام الأفعال المادية للوفاء الإلكتروني، والتّي تتّفق وطبيعته الخاصّة، وتوفير الأجهزة اللاّزمة التّي يحتاجها المدين لإتمام عملية الوفاء[3].

2/ من حيث الجهة التّي تقوم على خدمة الدّفع الإلكتروني: أي وجود طرف ثالث يعمل كوسيط بين طرفي المعاملة الإلكترونية؛ والمتمثّل في البنوك- نظام مصرفي- لخلق جو من الثّقة، الواجب توافرها في هذه المعاملات، حيث أنّ غاية المعالجة الإلكترونية في البنوك، هو تمكين البنك منشئ البطاقة أو حاملها الشّرعي، من مطالبة بنك المُلتّزم الصّرفي بالوفاء، عبر قنوات الاتصال الإلكتروني القائمة بين وحدات الجهاز المصرفي[4].

وفي نفس الصّدد تعتّبر منصّات الدّفع الإلكتروني؛ وسيط آمن بين التّاجر (المورّد الإلكتروني صاحب الموقع الإلكتروني) والمستّهلك الإلكتروني، كما تسمّى ببوابة الدفع الإلكتروني. ومن هذا المنطلق فهي عبارة قطع برمجية مخصّصة، تمكّن وتدير عمليات الدّفع للعملاء والتّجار والبنوك، مع ضمان سلامة هذه العمليات لكل الأطراف، وتضمن نقل أموال المستهلكين نقلاً آمنًا، من حساباتهم إلى حساب المورِّد الإلكتروني.

---

(1) باطلي غنية، وسائل الدفع الإلكترونية، ط 01، دار هومة، الجزائر، 2018، ص ص25- 26

(2) فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية " دراسة تطبيقية لعقود الأنترنت"، دار النّهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص100.

(3) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص246.

(4) نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص213.

وفي الجزائر[1] توجد منصّة الدّفع الإلكتروني البيبنكي (TPE)، التّي أنشأتها شركة ساتيم، وهي محطّات مقفلة بما يجعلها لا تقبل إلاّ قراءة الشّريحة، وتقدّم تسهيلات للزّبون بما يمكّنه من إدخال الرمز السّري بكل أمان.[2]

3/ من حيث وسائل الأمان الفنيّة: بما أنّ الدفع الإلكتروني يتّم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، فإنّ فرصة السّطو على رقم البطاقة، أثناء الدّفع الإلكتروني تكون قائمة، وهذا الخطر متواجد عند الدّفع الإلكتروني بغير الأنترنت، وأكثر حدوثًا على شبكة الأنترنت؛ باعتبارها فضاء مفتوح لكلّ الأشخاص من كل البلدان، ونتيجة ذلك يتّم اختراق البيانات المتواجدة في الشّبكة، واستخدامها إضرارًا بصاحب البطاقة.

ومن أجل تفادي هذا الخطر، فإنّ الدفع الإلكتروني يكون مصحوبًا بوسائل أمان فنّية، من شأنها أن تحدّد المدين الذي يقوم بالدفع، والدائن الذي يستّفيد منه، فيتّم بطريقة مُشفّرة باستعمال برنامج معدّ لهذا الغرض، بحيث لا يُظهِر الرقم البنكي على شبكة الويب، كما يتّم عمل أرشيف للمبالغ التّي يتّم السّحب عليها، ممّا يسهّل الرجوع إليه.

ولتفادي تداول البيانات على الشّبكة، تمّ ابتكار نظام الوفاء؛ يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتّسوية الدّيون والحقوق النّاشئة عن التّصرفات المختلّفة، التّي تُبرّم بينهما، وهذا من شأنه توفير الثّقة بين أطراف التّعامل، ويضمن فعاليتها كوسيلة من وسائل الدّفع، التّي تيسّر التّجارة الإلكترونية.[3]

ومن زاوية أخرى وطالما أنّ الوفاء وكيفية القيام به، يخضع إلى اتفاق أطراف العقد، فالوفاء عبارة عن وسيلة نسبية ومرنة، قادرة على تلبية متطلّبات التّجارة الإلكترونية[4].

---

(1) وفي الـــ22 من شهر أوت الجاري، أطلقت وزارة البريد و المواصلات بالتّنسيق مع وزارة التجارة، خدمة الدفع الإلكتروني الجديدة " بريد باي". وكشف وزير البريد إبراهيم بومزار على هامش إطلاق " بريد باي"، أنّ عمليات الدفع الإلكتروني عن طريق المنصّة النقدية لبريد الجزائر، خلال السداسي الأول للسنة الحالية، بلغت مليون و871 ألف و147 عملية خلال السداسي الأول للسنة الحالية، مقابل 409 آلاف و313 عملية خلال الفترة نفسها من السنة الماضية. للمزيد إطلع على موقع: ultraalgeria.ultrasawt.com. تاريخ الاطلاع: 28 أغسطس2020.

(2) أمينة بن عميور، " متطلبات نظام الدفع الإلكتروني في مجال المعاملات الإلكترونية في إطار قانون رقم 05/18 "، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، ع 03، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، الجزائر، ديسمبر2019، ص105.

(3) فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص102.

(4) قادري عبد المجيد، مرجع سابق، ص483.

ثالثا: **أهمية الوفاء الرّقمي**: إنّ القصد من الدّفع الإلكتروني هو القيام بأداء ثمن المبيع بطريقة إلكترونية، من خلال شبكة اتصال دولية، مفتوحة على معظم دول العالم هي الأنترنت، وبهذا يكون الدّفع الإلكتروني مُتّفقا وخصوصية العقود الإلكترونية، ومقتّضيات السّرعة فيها[1]. وبالتّالي لابدّ أن تتطوّر وسائل الوفاء لتتناسب وطبيعة تلك المعاملات، ونتيجة ذلك تطوّرت الأوراق التّجارية ليصبح لدينا أوراق تجارية إلكترونية، كما وُجدت وسائل وفاء حديثة مثل النقود الإلكترونية، والبطاقات الإلكترونية والمحفظة الإلكترونية. وفي هذا الإطار يفترّض في الوفاء إرضاء الدائن، لأنّه يؤدي إلى انقضاء الدّين، وتسليم مبلغ النقود إلى الدّائن[2].

وبالتّالي تتمتّع وسائل الدّفع الإلكتروني بمزايا من أنّها:

- تحقّق **لحاملها** مزايا عديدة أهمها سهولة ويُسر الاستخدام، كما تمنّحه الأمان بدل حمل النقود الورقية، وتفادي السّرقة والضّياع، وتمنح لحاملها فرصة الحصول على الائتمان المجاني لفترات محدودة، كذلك تمكّنه من إتمام صفقاته فوريًا بمجرد ذكر رقم البطاقة.
- تعدّ أقوى ضمان لحقوق **البائع**، إذ تساهم في زيادة المبيعات، كما أنّها أزاحت عبء متابعة ديون الزبائن، طالما أنّ العبء يقع على عاتق البنك والشّركات المُصدِّرة[3].

الفرع الثاني:

حجية الوفاء الرّقمي

تحظى الشّروط المنظّمة للاتفاق على الثّمن، باهتمام كبير في العقود الإلكترونية عبر الأنترنت، حيث تحرِّص العقود المتداولة على ضرورة النصّ على العملة، التّي يتّم بها الوفاء بالثّمن، فتكون بعملة البلد الذي يجري فيه العقد غالبًا، وقد يتّم تحديدها بعملة أجنبية، إذا كانت المنتّجات تُصدّر للخارج، أو التّي كان منشؤها بلد أجنبي، فضلاً عن ضرورة الالتزام بالأسعار المحدّدة وقت الطّلب بحسب الأصل، حتّى لو احتّفظ التّاجر برخصتّه المشروعة في تغيير هذه الأسعار فيما بعد[4].

(1) ميكائيل رشيد علي الزيباري، مرجع سابق، ص401.

(2) Claude Lucas de Leyssac, X. Lacaze, Op.cit., P506.

(3) بودلال علي، " اعتماد وسائل الدفع الإلكترونية كآلية للتقليل من الكتلة النقدية غير الرسمية المتداولة في الاقتصاد الجزائري"، مجلة اقتصاديات الأعمال والتجارة، المجلد 03، ع 01، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، مارس 2018، ص ص219- 220.

(4) ميكائيل رشيد علي الزيباري، مرجع سابق، ص 400.

أولا: إثبات الوفاء الرّقمي: وفقًا للقواعد العامة فإنّ الوفاء بالثّمن، يعتّبر تصرّفًا قانونيًا صادرًا عن المشتري، ومن ثمّ فهو يخضع في إثباته للقواعد العامّة في الإثبات، ويختّلف الأمر بحسب ما إذا كان هذا التّصرف مدنيًا أو تجاريًا [1]؛ فالتّصرف المدني يتّم إثباته بالكتابة، كقاعدة عامة إذا زادت قيمته عن 100.000 دينار جزائري[2]، أمّا التّصرف التّجاري فيخضع لمبدأ حرية الإثبات[3]. فالوفاء القانوني مُبرئ لذمة المدين حتّى يقوم الدّليل على غير ذلك.

ويُلاحظ أنّ البّعض يذهب إلى أنّ بطاقات الوفاء، تعدّ نوعًا من النقود الإلكترونية، تُضاف بالتّالي إلى النقود المعدنية والنقود الورقية المُتداولة، غير أنّ هذا الرأي يتجاهل صفة أساسية للنقود، وهي قابليتها للتّداول وإعادة الاستعمال، فبطاقة الوفاء لا تخرج عن كونها نوع من النقود المكتوبة (الشّيك، الكمبيالة، السند لأمر)، ولكنّها تُتداول بطريقة إلكترونية، فبدلاً من أن يتّم التّسليم باليّد أو كتابة، يتّم عن طريق وسائل حديثة[4].

وفي هذا الصّدد تقضي المادة 323 مكرر01 ق. م. ج بأنّه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشّكل الإلكتروني، كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكّد من هوية الشّخص الذي أصدرها، وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها." [5]

ومن هذا المنطلق يرى بعض الشرّاح، أنّ عبء الإثبات يقع على البنك مُصدِّر البطاقة، ليثبّت عملية السّحب التّي قام بإجرائها صاحب البطاقة، وذلك من خلال تسجيل العملية[6]. وقد كان هذا الأمر لا يثير مشكّلة في حالة الوفاء عند المتاجر بالبطاقة، حيث ينجم عن هذا الدّفع فاتورة موقّعة من العميل، تكون حجّة عليه. أمّا بالنسبة للسّحب بالبطاقة البنكية، والتّي تستّلزم الضّغط على أرقام سرّية، لا يعرفها إلاّ العميل، يكون إدخال الرّقم السرّي بمثابة توقيع، وفي هذه الحالة يُقبل الدليل الإلكتروني من البنك.

---

(1) محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص406.

(2) المادة 333 من قانون 10/05، المتضمّن القانون المدني المعدّل والمتمّم ، السّالف الذكر.

(3) المادة 30 من أمر59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمّن القانون التجاري ، ج ر، ع 101، الصّادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدّل ومتمّم، ص 1306.

(4) قادري عبد المجيد، مرجع سابق، ص494.

(5) المادة 323 مكرر01 من قانون 10/05، المتضمّن القانون المدني المعدّل والمتمّم.

(6) هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التّجارة الإلكترونية، دار النّهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص272.

فضلاً عن ذلك تردّدت المحاكم الفرنسية قديمًا، في إيضاح من يقع عليه عبء الإثبات في حالة نشوب نزاع بين البنك وعميله، وجاءت أحكامها متضاربة حول هذا الموضوع، ورغم وجود اتفاقات صريحة لتنظيم عبء الإثبات، في هذه العلاقة بين البنك وعميله. ففي حكم صادر عام 1980 من محكمة استئناف باريس، ألزمت المحكمة البنك بعبء إثبات إهمال العميل، وإتاحة الفرصّة لسارق البطاقة البنكية لمعرفة الرّقم السّري، وشكّكت في كفاءة الأجهزة الآلية التّي تستّخدمها البنوك، وقدرتها على منع اللّصوص من سحب الأموال من خلال هذه الأجهزة، بدون إدخال الرّقم السّري نفسه في كل مرّة[1].

وعلاوة على ذلك تبدو أهمية تحديد تاريخ تمام عملية التّحويل المصرفي في مسائل متعدّدة، منها أنّ إفلاس أحد أطراف العملية، قد يُؤثّر في صحتّها أو في نفاذها أو لا يؤثّر؛ بحسب ما إذا كان الإفلاس سابقًا أو لاحقًا على تمامها، كذلك يجوز للآمر الرجوع في أمره، طالما أنّ المبلغ لم يخرج من ذمّته إلى ذمّة المستّفيد[2].

ثانيا: الرّجوع عن الوفاء الرّقمي: القاعدة أنّه لا يجوز الرّجوع في الأمر بالدّفع، إذ أنّه بمجرد قيام المستهلك بإصدار الأمر بالدّفع، بإحدى الوسائل الإلكترونية، وقيام البنك بتنفيذ الأمر، لا يجوز له الرّجوع فيه مرة أخرى، فلا يملك العميل المستهلك الرّجوع أي إلغاء الأمر، إذا تبيّن له عدم مطابقة البضاعة للمواصفات، ولا يتأثّر بوفاة الآمر أو فقد أهليته، أو شهر إفلاسه الحاصّل بعد صدور الأمر، وهذا ما تضمّنته أحكام المادة 57 ف02[3]من المرسوم بقانون الصّادر في1935/10/30، والمُضافة بالقانون رقم 1382 في 1991/12/30 في فرنسا[4].

ومن زاوية أخرى تؤكّد البنوك والهيئات المصرّفية في اتفاقاتها مع العملاء، عدم جواز مبدأ رفض الدّفع في التّحويلات الإلكترونية، بحجة أنّ عملية الدّفع الإلكترونية عملية لحظية لا يمكن التّراجع عنها.

---

(1) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص272.

(2) قادري عبد المجيد، مرجع سابق، ص496.

(3) المادة 57 ف02 تقضي بأنّه :" ... أمر الدفع بالبطاقة غير قابل للرجوع عنه، ولا يمكن الاعتراض على الدّفع، إلاّ في حالة فقدان البطاقة أو سرقتها، أو في حالة التّصفية القضائية للمستفيد". أنظر عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص316.

(4) كوثر سعيد عدان خالد، مرجع سابق، ص564.

وفي نفس الصّدد أعطت قوانين الاستهلاك، للمستهلك رخصة التّراجع عن إبرام الصّفقة في مدّة معيّنة ، ويستّتبع ذلك التّراجع عن كل العمليات، التّي بُنيت عليها ومنها عملية الدّفع.[1]

وتجدر الإشارة أنّه يمكن الرّجوع عن الأمر بالدّفع في حالات هي: فقد بطاقة الدّفع وسرقة البطاقة وإفلاس المستّفيد من الأمر، وبالتّالي متى ضاعت البطاقة أو سرقت من صاحبها؛ فإنّ عليه أن يُسارع بإخطار الجهة التّي أصدرتها، وهذه الجهة تنشر أرقامها في قوائم خاصّة بالبطاقات، التّي فُقدت أو سُرقت كنوع من التّحذير للتّجار، من قبولها في التّعامل، ومن هذا المنطلق إذا خالف البنك المصرفي ذلك، فإنّ المبالغ المدفوعة يجب ردّها أو إعادة ائتمانها[2].

ولذلك ينبغي في حالة الرّجوع عن الدّفع، التّمييز بين ما إذا كان الدّفع قد جرى باستخدام الرّقم الظّاهر للبطاقة فقط، أم باستخدام الرّقم الظّاهر والسرّي المُضاف، حيث يعتّبر هذا الأخير بمثابة توقيع إلكتروني مقبول، ويعدّ قرينة على تأكيد الالتزام والقبول، ونتيجة ذلك فإذا جاء الدّفع مقتّصرًا على إبراز الرّقم الظّاهر فقط، فلا مجال لاعتبار وجود أمر دفع بات، و في هذا الإطار نرى مع البعض إمكانية نقضه[3]. أمّا إذا حصل أن تمّ استعمال الرّقم الظّاهر على البطاقة، بالتّزامن مع استعمال الرّقم السرّي لصاحبها، فإنّ الاتجاه السّائد في معظم الدول، التّي أقرّت قوانينها بصّحة الدفع الحاصّل بهذا الشّكل؛ يميل إلى إمكانية تطبيق " مبدأ عدم جواز التّراجع عن أمر الدّفع " [4].

وفي مقابل ذلك إذا حصل الدّفع بالبطاقة، ووقّع حاملها إلكترونيًا عن بُعد، طبقا لآلية التوثيق والتّصديق؛ كاستخدام أدوات التّشفير في التّوقيع، أو أن يُصادق على الدّفع طرف ثالث مُحايد، فلا يبقى عندئذ أيّ مجال لاستبعاد تطبيق مبدأ عدم قابلية التّراجع عن الدّفع، وذلك باعتبار أنّ التّوقيع الإلكتروني مُماثل للتّوقيع اليدوي، الحائز على نفس القوّة الثّبوتية[5].

(1) بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014- 2015، ص176.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص565.

(3) عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص316.

(4) بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص175.

(5) عمر زريقات، مرجع سابق، ص316.

ومن زاوية أخرى إذا تمّ الدّفع الإلكتروني عن طريق النقود الإلكترونية، أو عن طريق وسيط أو من خلال محفظة النقود الإلكترونية، وبما أنّ النقود الإلكترونية تمثّل نقودا عادية يتّم تحويلها إلكترونيا، فإنّ المبدأ العام يجيز نقض الدّفع في عمليات التّحويل، وإمكانية التّراجع عنها، إذا لم تقيّد قيمة التّحويل في حساب التّاجر، بمعنى أنّها غير نهائية[1].

وفي هذا المقام قضّت المادة 08 من التوجيه الأوربي رقم 07/97، المنعقد بتاريخ 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلك في مجال التّعاقد عن بُعد بأنّه: " تحرص الدول الأعضاء على وجود إجراءات ملائمة للمستهلك، لإمكانية طلب إلغاء دفع، وفي حالة الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الخاصّة به، في إطار العقود التّي تتّم عن بُعد، والداخلة في نطاق هذا التّوجيه." [2]

ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري كرّس هذا المبدأ بنصّ قانوني، وهذا ما يُستّشف من خلال نص المادة 543 مكرر 24 من القانون التجاري الجزائري[3].

ولحماية كل الأطراف المتعاملين ببطاقة الدفع، فرض المشرّع الجزائري قاعدة عدم جواز الرّجوع عن الأمر بالدّفع، الصّادر ببطاقة الدفع الإلكتروني Principe de l'irrévocabilité de paiement »، وهذا لوجود فاصل زمني بين إصدار الأمر بالدّفع، وعملية القيد في الحساب للمستّفيد. ويظهر جليًا وجود الفاصّل الزمني عند الوفاء باستخدام بطاقات الدّفع، حيث لا يقوم البنك بالوفاء بالمبالغ محل الأمر فور الشّراء؛ بل بعد استلامه المستّندات الدّالة على تمام عملية الشّراء، طبقًا للشّروط وفي نطاق الحدود المُتّفق عليها بين الأطراف المُرتّبطة بالعملية. كما لا يمكن لحامل البطاقة الاعتراض على الدّفع، وذلك بأن يطلب من المصدّر عدم الدّفع للتّاجر، الذي ثار معه خلاف أو نزاع.[4]

(1) بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص175.

(2) مرجع نفسه، ص176.

(3) المادة 543 مكرر24 من قانون05/ 02، المتضمّن القانون التّجاري، معدّل ومتمّم، تنص على أنّه:" الأمر أو الالتزام بالدفع المُعطى بموجب بطاقة الدّفع، غير قابل للرجوع فيه، ولا يمكن الاعتراض على الدّفع، إلاّ في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المُصرّح بهما قانونا، أو تسوية قضائية أو إفلاس المستفيد."

(4) غزالي نزيهة، الحماية القانونية لفاعلية الأمر بالدّفع بالبطاقة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص372.

المطلب الثاني:

أساليب الوفاء الرّقمي

لقد أصبح من غير الممكن أن يتّم الدّفع في العقود الإلكترونية الدولية، غير المُركّزة في مكان محدّد، بالطريقة التّقليدية المُعتّمدة على النقد الورقي والمعدني، لذا كانت الحاجة لإيجاد طرق جديدة للدّفع، تستّجيب والمتطلّبات الخاصّة لهذه البيئة[1]. وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، تنصّ المادة 69 من أمر 11/03 على أنّه:" تعتّبر وسائل الدّفع كل الأدوات التّي تمكّن كل شخص من تحويل أموال، مهما يكن السّند أو الأسلوب التّقني المُستّعمل" [2].

ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري من خلال هذا النّص، لم يحدّد وسائل الدّفع تحديدًا كافيًا، ولم يحصرها، وإنّما جاءت هذه الوسائل بمعنى واسع، بحيث يمكن أن يستّوعب أيّ وسيلة جديدة، في ظل التّطور الدائم لتّقنيات ووسائل الدّفع، وبالتّالي أخذ المشرّع بالمعنى الواسّع لوسائل الدفع؛ ليشمل وسائل الدفع التّقليدية المُطوّرة ووسائل الدّفع المُستّحدثة، وكذا المنصوص عليها قانونًا وتلك التّي لم تشملها النّصوص القانونية بصريح العبارة.[3]

---

(1) حمودي ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت " مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع "، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص ص416- 417.

(2) كان نصّ المادة 113 في قانون 10/90 المُلغى كالآتي: " تعتبر وسيلة دفع جميع الوسائل التّي تمكّن من تحويل الأموال، مهما كان شكلها أو الأسلوب التّقني المُستعمل". وهناك من يميّز بين ثلاث أنواع من وسائل الدفع، والتي جاءت في ظهورها متسلسلة وهي :

*وسائل الدفع الائتمانية : "Les moyens de paiement fiduciaries "، وتتكون هذه الوسائل من النقود المعدنية والورقية.

*وسائل الدفع الكتابية: " Les moyens de paiement scriptural "، وتتمثّل هذه الوسائل في السّفتجة والشّيك والسّند لأمر و التّحويل.

*وسائل الدفع الإلكترونية " Les moyens de paiement électronique "، من بين هذه الوسائل التحويل الإلكتروني، بطاقات الدفع والسّحب في الجزائر، وبطاقات الائتمان والنقود الإلكترونية في دول أخرى، وكذا التّعاملات الإلكترونية بين البنوك عن طريق غرف المقاصة الالكترونية. أنظر: بحيح عبد القادر، " إشكالية التّحكم في وسائل الدّفع البنكية وأثرها على الخدمات المصرفية - حالة الجزائر(1962-2010) – "، مجلة الباحث، ع 09، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان2011، ص ص25- 26.

وينصّ البد العاشر من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية، على إمكانية الوفاء بطرق ثلاثة، وذلك إمّا بالوفاء فورًا ببطاقة مصرفية، أو عن طريق استعمال النقود الإلكترونية، أو تأجيل الوفاء إلى غاية تحقّق التّسليم. راجع: محمد أخياط، "بعض التحديات القانونية التّي تثيرها التجارة الإلكترونية "، مجلة الإشعاع، ع 25، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب،2002، ص12.

(3) غزالي نزيهة، تأمين وسائل الدفع الإلكترونية بألية التّصديق الإلكتروني، مرجع سابق، ص57.

وفي مقابل ذلك ولردّ الاعتبار لوسائل الدّفع التّقليدية، ووضع حدّ لسيطرة النقود على المعاملات التّجارية، وضبط وسائل الدّفع، تمّ إدخال جهاز أمني جديد للشّيك ووسائل الدّفع الأخرى، دخل حيّز التّنفيذ في 2006/09/01، وتضمّن هذا المشروع الاستعمال الإجباري لوسائل الدّفع، بالنسبة للمبالغ التّي تزيد عن 50.000 دج، وذلك للحدّ من تداخل العملات الورقية (النقود)، هذا المرسوم هو المرسوم التّنفيذي 442/05[1].

وفي نفس الصّدد نصّ المرسوم التّنفيذي رقم 181/10، على تعديل قيمة الدفع بموجب المادة 02 منه، والتّي تقضي بأنّه:" يجب أن يتّم كل دفع يتجاوز مبلغ خمسمائة ألف دينار جزائري 500.000 دج بواسطة الصّك، التّحويل، بطاقة الدفع، الاقتطاع، السّفتجة، سند لأمر، كل وسيلة دفع كتابية أخرى.

كما يسري هذا الإلزام على عمليات الدّفع الجزئيّة للدين نفسه المُجزّء إراديًا، والذي يفوق مبلغه الإجمالي الحدّ المذكور أعلاه." [2]

ولابدّ من الإشارة أنّ المشرّع الجزائري أجبر المتّعاملين الاقتصاديين، على استخدام وسائل الدفع الإلكتروني عند تقديم كل سّلع وخدمات للمستهلكين، لدى نصّه في المادة 111 من قانون المالية الجزائري رقم 11/17[3]، حيث تقضي بأنّه: "يتعيّن على كل متعامل اقتصادي، بمفهوم القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجاريّة، المعدّل والمتمّم، يقدّم سلعًا و/ أو خدمات للمستهلكين، أن يضع في متناولهم وسائل دفع إلكتروني تسمح لهم بدفع ثمن مشترياتهم باستعمال بطاقات الدفع الإلكتروني، بناء على طلبهم.

كلّ إخلال بهذا الالتزام يشكّل مخالفة لأحكام هذه المادة ويعاقب عليها بغرامة قدرها خمسون ألف دينار (50.000 دج) .

يخوّل الموظفون الآتي بيانهم، في إطار مهامهم، بمعاينة مخالفة هذا الالتزام:

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية.

---

(1) مرسوم تنفيذي 442/05 مؤرخ في 2005/11/14، يحدّد الحدّ المُطبّق على عمليات الدفع التّي يجب أن تتّم بوسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية، ج ر، ع 75، الصّادر في 2005/11/20، ص11.

(2) مرسوم تنفيذي 181/10 مؤرخ في 13 يوليو 2010، يحدّد الحدّ المطبّق على عمليات الدّفع التّي يجب أن تتّم بوسائل الـــدّفع وعن طريق القنوات البنكيّة والمالية ، ج ر، ع 43، الصّادر في 14 يوليو 2010، ص12.

(3) قانون رقم 11/17 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمّن قانون المالية لسنة 2018، ج ر، ع 76، مؤرخ في 28 ديســمبر 2017، ص03.

- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالرقابة التابعة للإدارة المكلّفة بالتجارة.
- الأعوان المعنيون المنتمون لمصالح الإدارة الجبائية.

يتعيّن على كل المتعاملين الاقتصاديين أن يمتثلوا لأحكام هذه المادة في آجال أقصاه سنة واحدة (1)، ابتداء من تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرّسميّة." [1]

إنّ أهم تصنيف من النّاحية القانونية للبطاقات التّي تصدّرها البنوك، تميّز بين البطاقات تبعًا للوظيفة التّي تقوم بها، وهذا ما يتّضح من نص المادة 543 مكرر23 ق. ت. ج، التّي ميّزت بين بطاقة الدفع التّي تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال، وبطاقة السّحب التّي تسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال[2]، وطبعًا هذا الاختلاف في الوظيفة التّي تقوم بها كل بطاقة، يرجع ذلك إلى الاتفاق ما بين البنك وعميله[3].

ممّا لا شك فيه أنّ أنظمة الدّفع والسّداد الإلكتروني، طرق تقنيّة مبتّكرة لتسهيل الأداء على الزبون، وكضمانة للبائع من أجل استخلاص الثّمن. ويبقى من الضّروري أخذ فكرة عن هذه الأنظمة، وذلك من خلال التّطرق في هذا المطلب لأبرز وسائل الأداء الجديدة، والمتمثّلة خاصّة في بطاقات الدفع الإلكتروني (**الفرع الأول**)، والأداء عن طريق النقود الرقمية (**الفرع الثاني**).

---

(1) المادة 111 عدّلت و تمّمت بمقتضى قانون رقم 14/19 مؤرخ في 11 ديسمبر2019، يتضمّن قانون المالية لسنة 2020، ج ر، ع 81، المؤرخ في 30 ديسمبر2019، ص03، ليصبح نصّها كالآتي:" كل متعامل اقتصادي ...(بدون تغيير حتى) أن يضع تحت تصرّف المستهلك وسائل الدفع الإلكتروني، قصد السماح له بناء على طلبه، بتسديد مبلغ مشترياته عبر حسابه البنكي، أو البريدي الموطّن قانونا على مستوى بنك معتّمد، أو بريد الجزائر.

أي إخلال...(الباقي بدون تغيير حتى)

على المتعاملين الاقتصاديين الامتثال لأحكام هذه المادة بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2020 كأقصى حد."

(2) تنص المادة 543 مكرر23 ق. ت. ج على أنه :" تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونًا، وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال.

تعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانونا، وتسمح لصاحبها فقط بسحب أموال."

(3) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص ص220- 221.

الفرع الأول:

الوفاء عبر بطاقات الدّفع الإلكتروني[1]

دأب الشرّاح على استخدام مصطلّح بطاقة الائتمان" credit card "، للدلالة على تلك البطاقات التّي تصدر عن المصارف والمؤسسات المالية، والتّي تستّخدم لأغراض أداء المقابل في العقود عمومًا، وفي التجارة الإلكترونية خصوصًا.

ويشير الواقع إلى تنوّع تلك البطاقات، التّي تصدّر عن هذه المؤسسات، فهناك إلى جانب بطاقة الائتمان المُنوه عنها، بطاقة الحساب" change card" والبطاقة المدينة "Debit card"، وبطاقة ضمان الصّكوك " chaque guarantee card". [2]

ويُلاحظ أنّ تسميّة بطاقات الدفع "بطاقات الوفاء" يُعبِّر عن وظيفة واحدة من وظائف البطاقة، كما لا يدّل على ما تحمله من معاني الثّقة في حاملها، والائتمان الذي تقوم عليه، وفضلاً عن ذلك لا يمكن استخدامها في سحب النّقود، وهذه العملية ليس فيها دفع ولا وفاء دين.

وفي مقابل ذلك نجد ألفاظ "الائتمان"، "الاعتماد" و" الإقراض" [3]؛ فالاعتماد والائتمان قريبان في المعنى إلى حدّ التّرادف في اللّغة الإنجليزية، وكذلك في الاصطلاح المصرفي، إذ يعرّف الاعتماد أو الائتمان بأنّه تعهّد يُصدره بنك لطرف آخر، بأن يمنحه أو يُسدِّد عنه مبلغًا من المال في المستّقبل. أمّا القرض فهو مبلغ يدفعه البنك فعلاً، وبالتّالي يبقى الخيار بينهما وبين لفظ الإقراض؛ فهل يكون

---

(1) يُطلّق عليها الكثير من المسميات: بطاقات الدفع الإلكتروني والبطاقات البلاستيكية، وبطاقات الائتمان وبطاقات الاعتماد. وهناك من أطلق عليها تسمية بطاقات الوفاء وبطاقات السّحب الآلي، والحقيقة أنّ تعبير بطاقات الائتمان هو الأكثر شيوعا لهذه البطاقات، وذلك لأنّها وعلى تنوّع أنواعها وأغراضها، فهي أدوات وفاء وجميعها أدوات ائتمان، طالما أنّ المُوفي له لن يحصل على مقابل ما قدّمه من سلعته أو خدمته نقدًا. راجع : ممدوح خليل البحر، عدنان ولي العزاوي، "بطاقات الائتمان والآثار القانونية المترتّبة بموجبها "، بحث مقدّم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الامارات العربية المتحدة، المُنعقد في الفترة من 09 إلى 11 ربيع الأول 1424 هـ الموافق لـ 10 إلى 12 مايو 2003، ص984.

(2) بطاقة الائتمان- بالمعنى الدقيق لها- هي أكثر البطاقات شيوعًا في الاستعمال، لأغراض أداء المقابل في التّجارة التقليدية والإلكترونية، لذا وجريًا مع الشّائع سنستعمل هذه التّسمية للدلالة على البطاقات المُستخدمة في الوفاء الإلكتروني. للمزيد أنظر: هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص ص355- 356.

(3) فمعنى الائتمان أو الاعتماد Credit : هو عملية مبادلة شيء ذي قيمة، أو كمية من النقود في الحاضر مقابل وعد بالدّفع في المستقبل. أنظر: براق عبد الله مطر، " النظام القانوني لبطاقات الدفع الإلكتروني"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد04، ع 01، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الأنبار، العراق، 2013، ص ص314- 315.

الاسم المُعبّر عن حقيقة بطاقة الدفع الإلكتروني هو بطاقة الائتمان أو بطاقة الإقراض؟ [1]

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره يكون المصطلّح المعبّر عن حقيقة بطاقة الدفع الإلكتروني هو تسميتّها بـــ " بطاقة الائتمان".[2]

أولا: المقصود ببطاقات الدّفع الإلكتروني: تُعدّ بطاقة الدفع الإلكتروني أو بطاقة الاعتماد المصرفية وسيلة دفع فورية، وهي شائعة الاستعمال في الوقت الحاضر، ولاسيما في المعاملات التّي يفصل أطرافها مسافة ما.

ويُلاحظ أنّ دفع الثّمن بواسطة بطاقة الاعتماد، يتطلّب تدخّل أطراف ثلاثة وهي: دافع الثّمن والمستفيد والجهة المسحوب عليها، وغالبًا ما تكون هذه الجهة مؤسسة مصرفية[3].

أحاطت بطاقات الدّفع الإلكترونية شأنها في ذلك شأن كل ظاهرة حديثة، الكثير من التّساؤلات التّي تتعلّق بتعريفها وتحديد مفهومها، وممّا يزيد الأمر تعقيدًا هو تعدّد التّعريفات الخاصّة بها، واختلافها فيما بينها، إضافة إلى تعدّد وتشابك العلاقات النّاشئة عن استخدام البطاقة، فضلاً عن أنّ التّشريعات التّي تتناول بطاقات الدفع قليلة، ومن زاوية أخرى نجد المشرّع لا يهتّم كثيرًا بموضوع التّعريف تاركًا ذلك للفقه[4].

1/ معنى بطاقة الدفع والوفاء لغة: البطاقة من حيث المعنى الذي ورد في المعاجم أنّها: هي الرّقعة الصغيرة من الورق وغيره، يُكتب عليها بيان ما تعلّق عليه.

وكلمة وفاء هي من الفعل وفى: وفّى الشّيء، يفي، وفاءً، ووفيًا ثمّ يُقال: وفى ريش الجناح، وفي الشّيء وفيًا، كثره، وفى فلان نذره وفاءً: أداه، وفى بعهده: عمل به، وفى فلان حقّه، أوفاه إياه[5].

والائتمان لغة من الثّقة والأمان وهو نقيض الخيانة [6].

---

(1) بالرجوع إلى معاجم اللغة للتعرّف على معنى كل من كلمة " ائتمان " وكلمة " قرض " في اللغة الإنجليزية، المنقول عنهما اللّفظين، يتّضح استخدام لفظ مستقل لكل منهما، فمعنى ائتمان"Credit "وقرض "Loan "، كل منهما له مفهومه الخاص. راجع: براق عبد الله مطر، مرجع سابق، ص 315.

(2) مرجع نفسه، ص 315.

(3) إلياس ناصيف، العقود الدولية " العقد الإلكتروني في القانون المقارن"، ط01، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص160.

(4) حمود محمد غازي الحمادة، العلاقات التّعاقدية النّاشئة عن بطاقات الدفع الإلكتروني، ط 01، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2018، ص35.

(5) وسام فيصل محمود الشواورة، المسؤولية القانونية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الوفاء، ط 01، دار وائل للنشر، الأردن، 2013، ص16.

(6) ميكائيل علي رشيد الزيباري، مرجع سابق، ص403.

2/ معنى بطاقة الدّفع الإلكتروني من النّاحية الشّكلية: تُعرَّف بأنّها عبارة عن بطاقة مستطيلة الشّكل، مصنوعة من مادة بلاستيكية أو من الورق المُقوى، لا تتجاوز حدودها 5.5 x 8.5 سم، وتشمل على معلومات مقروءة وغير مقروءة، يحصل عليها حاملها بناءً على عقد، يتّم بينه وبين الجهة المُصدِّرة لها، يسمح له بناءً على هذا العقد، باستعمالها في سحب النقود أو تحويلها عن الوفاء بقيمة المشتّريات، أو الحصول على الخدمات بشكل فوري أو بعد مُضي وقت يُتّفق عليه سابقًا[1].

وممّا لا شك فيه أنّ البطاقة البلاستيكية الممغنّطة تتّخذ شكلاً مُوحّدًا؛ وفقًا للتّوجيهات الصّادرة من منظمة المعايير الدولية "ISO "[2].

3/ معنى بطاقة الدّفع الإلكتروني من النّاحية المصرفية: يربط البعض بين هذه البطاقة وبين المصارف، فيعرّفها بأنّها:" أداة إسمية يُصدِّرها مصرف، ويلتّزم بمقتّضى العقد المُبرم مع حاملها، التزامًا مجرّدًا بالوفاء بدينه للتّاجر، الذي اتفق معه على قبولها، مقابل التزام حامل البطاقة، بردِّ المبلغ بعد فترة مُحدّدة في ذلك العقد" [3].

وما يمكن أن يُقال بصدد هذا التّعريف، هو أنّه عدّ هذه البطاقة صادرة عن المصرف فقط، وفي الواقع أنّ المؤسسات المالية الأخرى تصدِّر مثل تلك البطاقات أيضًا، ومع ذلك فإنّ التّعريف يبرِّز الجوانب القانونية للبطاقة، والعلاقات النّاشئة عنها.[4]

4/ معنى بطاقة الدفع الإلكتروني فقهًا: عرّفها البعض بأنّها:" سند تُصدِّره مؤسسة مالية، تلتّزم بموجبه بدفع قيمة مشتريات حاملها إلى التّاجر، الذي يقبل التّعامل بالبطاقة البنكية، بناءً على اتفاق مُسبّق محدّد، ثم رجوع المُصدِّر للبطاقة على حاملها لاستيفاء المبلغ، خلال فترة الائتمان المسموح بها للعميل، وإلاّ قام البنك بتحصيل فوائد محدّدة، نتيجة تجاوز العميل السّداد خلال فترة السّماح." [5]

وفي هذا المقام قام مُجمّع الفقه الإسلامي الدولي بقراره رقم 7/1/65، في دورته المنعقدة بجدة في 1412 هـــ، بتّعريف بطاقة الدّفع الإلكترونية في فقرته الرّابعة بأنّها:

---

(1) محمد حماد مرهج الهيتي، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص38.

(2) فتيحة يوسف، " بطاقات الوفاء كوسيلة للدفع الإلكتروني"، المجلة الجزائرية، ع 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص331.

(3) أحمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص540.

(4) هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص357.

(5) إيهاب فوزي السقا، الحماية الجنائية والأمنية لبطاقات الائتمان، ط01، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2007، ص19.

" مُستّندٌ يعطيه مُصدِّره لشخص طبيعي أو اعتباري بناءً على عقد بينهما؛ يُمكِّنه من شراء السّلع أو الخدمات ممّن يعتّمد المُستّند دون دفع الثّمن حالاً، لتضمُّنه التزام المُصدِّر بالدّفع، ومنها ما يمكن من سحب النقود من المصارف" [1].

ويتميّز هذا التّعريف بأنّه جاء وافيًا وكافيًا وشاملاً لمفهوم بطاقة الوفاء، ولكن يُنتّقد هذا التّعريف في أنّه ليست هناك حاجة إلى النّص على الشّخص الاعتباري وذلك لسببين:

أولهما أنّ كلمة شخص بالمُطلق تعني أي شخص كان طبيعيًا أم اعتباريًا، فهي تُغني عن ذكر الشّخص الاعتباري. و**ثانيهما** أنّه في الغالب الأعم تُمنّح بطاقة الوفاء لأشخاص طبيعيين[2].

5/ معنى بطاقات الدفع الالكتروني قانونًا: أعطى المشرّع الفرنسي تعريف صريح لبطاقة الدفع في قانون أمن الشّيكات وبطاقة الوفاء على أنّها:" أداة تصدر عن إحدى مؤسسات الائتمان، أو إحدى الجهات المنصوص عليها في القانون رقم 84/46 الصّادر في 1984/01/24 والخاص بنشاط ورقابة مؤسسات الائتمان (القرض)، وتسمح لحاملها بسحب أو تحويل نقود لحسابه."[3].

فضلاً عن ذلك قام بتعريفها أيضًا في قانون النّقد والمال الفرنسي في المادة 01/132 [4]. وفي نفس الصّدد عرّف المشرّع المغربي بطاقة الدفع الإلكتروني في المادة 329 ف01 من قانون رقم 15/95 المتعلّق بمدونة التّجارة على أنّها: " تعتبر وسيلة أداء وفق مقتضيات المادة الرابعة من الظهير الشريف رقم 1/93/147 بتاريخ 15 محرم 1414، المعتّبر بمثابة قانون يتعلّق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها، كل وسيلة تمكّن من تحويل أموال كيفما كانت الطريقة أو الخطة التّقنية المستّعملة لذلك."[5]

وتجدر الإشارة أنّ المشرّع الجزائري- كما أسلفنا ذكره- تناول هذا النّمط من وسائل الدّفع من خلال القانون رقم 02/05[6].

---

(1) جاء هذا القرار في موقع المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية الإلكتروني و هو: www.islamicfi.com/arabic . راجع : حمود محمد غازي الحمادة، مرجع سابق، ص41.

(2) وسام فيصل محمود الشواورة، مرجع سابق، ص20.

(3) باطلي غنية، مرجع سابق، ص134.

(4) L'article 132/01 : " constitue une carte de paiement toute carte émise par un établissement de crédit ou de par une institution ou un service mentionné à l'article L518 -1 et permettant à son titulaire se retirer ou de transférer des fonds constitue une carte de retrait toute carte émise par un établissement, une institution ou un service mentionné au premier alinéa et permettant à son titulaire exclusivement de retirer des fonds. " راجع : باطلي غنية ، مرجع سابق ، ص133.

(5) عبد الله الكرجي وصليحة حاجي، التّعاقد الرقمي ونظم الحماية الإلكترونية، ط 01، مكتبة الرشاد، سطات، المغرب، 2015، ص97.

(6) المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، إذ عرّف بطاقات الدفع والسّحب في المادتان 543 مكرر23 و24 منه.

وقد عيب على هذا التّعريف أنّه اكتفى بتحديد جهة واحدة، مخوّلة لها إصدار بطاقة الوفاء وهي البنوك، وهذا تماشيًا مع ما أكدّته المادة 71 من أمر 11/03 المتعلّق بالنقد والقرض[1].

ومن هذا المنطلق نجد أنّ المشرّع الجزائري خالف المشرّع الفرنسي، في تحديد الجهة المخوّل لها إصدار بطاقة الوفا، ومن زاوية أخرى جاء مُوافقا له في تحديد وظيفة بطاقة الدفع.[2]

ثانيا: خصائص بطاقات الدّفع الإلكتروني: من خلال ما أوردناه من تعريفات، يتبيّن لنا أنّ لبطاقة الدفع الإلكتروني، كوسيلة وفاء إلكترونية خصائص تختلّف عن خصائص الوفاء بالوسائل التّقليدية، ونستّطيع أن نستّخلص هذه الخصائص على النّحو الآتي:

1/ بطاقة الدّفع الإلكتروني تقوم على علاقة ثلاثية الأطراف: إنّ بطاقة الدّفع الإلكتروني تقوم على علاقة ثلاثية[3]، وهي علاقة المُصدِّر بالحامل، وعلاقة الحامل بالتّاجر، وعلاقة المُصدِّر بالتّاجر؛ وهي بذلك تختلّف عن وسائل الوفاء التّقليدية (الأوراق النقدية والأوراق التجارية) من ناحية أنّ الوفاء بهذه الوسائل يتّم بتدخّل طرفين فقط هما: الدائن والمدين[4]، وعليه فإنّ العلاقة الثّلاثية المُكوّنة من سلسلة من العقود؛ يكون هدفها قيام المُصدِّر بالوفاء للتاجر بصفته طرفا من أطراف العقود، وليس بصفته وكيلاً أو نائبًا عن أحد الأطراف[5]

2/ بطاقة الدّفع الإلكتروني تُرتِّب التزامات حقيقية في ذمّة أطرافها: إنّ دور مصدّر البطاقة يعدّ أكثر عمقًا ووضوحًا في مجال بطاقات الدفع الإلكتروني، من دور البنك في وسائل الوفاء التّقليدية، إذ لا يوجد تسخير لأحد أطراف البطاقة لمصلحة الآخرين، فكل طرف من أطراف بطاقة الدّفع الإلكتروني يرتّبط بالآخرين بعقود مستّقلّة، يترتّب عليها التزامات في ذمّة أطرافها، فمُصدِّر البطاقة يرتّبط بحاملها بعقد؛ يلتّزم بمقتضاه إصدار بطاقة مقبولة، كوسيلة للوفاء لدى عدد كبير من المحلاّت التّجارية، وكذلك بفتح حساب بمبلغ معيّن لحامل البطاقة، لاستخدامه في الوفاء بكافة مشتّرياته، كذلك يرتّبط مُصدِّر

---

(1) المادة 71 تنّص على أنّه:" لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرّف زبائنها، وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى."

(2) باطلي غنية، مرجع سابق، ص ص134- 135.

(3) وقد تناولت التوصية : "la recommandation " الصادرة عن اللجنة الأوربية في 30 يوليو 1997، المتعلّقة بعمليات الوفاء الإلكترونية، تحديد العلاقة بين حامل بطاقة الائتمان والبنك مصدرها، وهي ترمي إلى حماية المستهلكين عبر الأنترنت. راجع : نبيل محمد أحمد صبيح، مرجع سابق، ص ص233- 234.

(4) أمجد حمدان الجهني، المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني، ط 01، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2010، ص37.

(5) مرجع نفسه، ص39.

البطاقة بالتّجار الذين يقبلون البطاقة في الوفاء، بعقد يلتزم بمقتّضاه تقديم ضمان الوفاء لهم بقيمة المشتّريات، التّي نفّذها الحامل في حدود سقف البطاقة.[1]

3/عدم خضوع بطاقة الدفع الإلكتروني للتّنظيم القانوني الخاص بوسائل الوفاء التّقليدية: لا تخضع بطاقة الوفاء للتّنظيم القانوني الخاص بوسائل الوفاء التّقليدية، بل تخضّع للقواعد العامة المُطبّقة على النقود كوسيلة للوفاء، وعلى القواعد العامة في النظام المصرفي، بالإضافة إلى القواعد العامة الواردة على العقود في القانون المدني[2]. وعلى العكس من وسائل الدّفع التّقليدية الأخرى، التّي تقوم الدولة بإصدارها ويكون التّعامل بها إجباريا بين المتّعاملين، في حين أنّ المؤسسات المالية التّي تُصدِّر البطاقة، تقوم بضمانها ولا يُفرَّض ذلك على كل النّاس.[3]

ثالثا: أشكال بطاقات الدّفع الإلكتروني: تتعدّد تصنيفات بطاقات الدفع الإلكتروني؛ تبعًا للعنصر المُعتّمد كمعيار للتّمييز بينها، وعليه تتوحّد عملية تصنيف البطاقات عمومًا، حول ثلاثة جوانب رئيسية هي: طريقة التّعامل والجهة المُصدِّرة والمزايا الممنوحة لحاملها.[4]

وإذا كانت البطاقات البنكية تتشابه من حيث الشّكل أو البناء المادي، فإنّها تختلّف عن بعضها البّعض في نوعية المعاملة التّي تقوم بها، وفي نوعية العلاقة بين حامل البطاقة والبنك المُصدِّر.

ففي السّابق كانت البطاقات تُقسّم إلى عدّة تقسيمات، بحسب مصدرها وبحسب وظائفها؛ إلى بطاقات ائتمان وبطاقات وفاء، أمّا حاليًا أصبحت البطاقات تتحدّد بوظائفها وهذا هو الأصل، والاستثناء هو التّعدّد؛ حيث تتّجه البنوك إلى دمج أنواع البطاقات الدائنة في بطاقة واحدة، وذلك بدمج بطاقة الائتمان والتّحويل الإلكتروني والصرّاف الآلي في بطاقة واحدة. وبطبيعة الحال تحمل البطاقة شعار البنك، مع شعار المنظّمة العالمية[5].

ولكن لا يفوتنا أن نُنوِّه أنّ القوانين التّي أجازت التّعامل بوسائل الدّفع الإلكتروني، كالقانون التونسي والأردني لم تحصّر وسائل الدفع بشكل أو نوع معيّن؛ وإنّما جاءت تعاريفها لهذه الوسائل عامةً، مشيرة إلى جواز تحويل الأموال إلكترونيا، فضلاً عن ذلك فإنّ هذه القوانين أيضًا لم تتقيّد

(1) وسام فيصل محمد الشواورة، مرجع سابق، ص ص33- 34.

(2) فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص13.

(3) حمود محمد غازي الحمادة، مرجع سابق، ص43.

(4) مولاي حفيظ علوي قاديري، مرجع سابق، ص96.

(5) Paul le Cannu et Thierry Granier et Richard Routier, droit commercial, instrument de paiement et de crédit titrisation, 8éme édition, Dalloz, Paris, 2010, P201.

باستخدام شبكة الأنترنت، وإنّما أية طريقة من طرق تحويل الأموال بشكل إلكتروني، سمحت هذه القوانين باستخدامها.[1]

ونظرًا لتعدّد أنواع بطاقات الدفع الإلكتروني التّي تصدرها البنوك، ونظرًا لارتباطها بموضوع دراستنا، لذا يتعيّن علينا بيان أهم أنواعها، وذلك على النّحو التّالي:

1/ بطاقة الائتمان"Credit Card": يعود سبب تسمية هذا النّوع من البطاقات "بطاقات الائتمان"[2] إلى ما تعطيه البطاقة من تسهيلات بالدّفع يُتّفق عليها، تمنح الحامل من خلالها ائتمانًا فعليًا من البنك، يتمثّل بعدم الدّفع الفوري للمشتّريات، ثمّ يقوم الحامل بسداد مجموع قيمة المشتّريات خلال مدة يُتّفق عليها[3].

أ/ تعريف بطاقة الائتمان: تُعرّف بطاقة الائتمان[4] بأنّها:" أداة للوفاء تصدر من بنك أو شركة استثمارية، وذلك من ورق أو بلاستيك أو مادة أخرى يصعّب العبث في بياناتها وتزويرها، ويُذكر فيها اسم العميل الصّادرة له، وعنوانه ورقم حسابه لدى الجهة التّي أصدّرتها، وعندما يحصل هذا العميل على سلعة أو خدمة معيّنة، يُقدِّمها للبائع الذي يُدوِّن بياناتها في الفاتورة التّي يوقّعها العميل، ثمّ يرسّل البائع الفاتورة إلى مُصدّر البطاقة حيث يسدّدها، ثم تقوم الجهة المُصدِّرة للبطاقة بإرسال الفاتورة إلى العميل، آخر كل شهر أو مدّة مُتّفق عليها طالبة التّسديد." [5]

---

(1) سلام منعم مشعل، "وسائل الدفع الإلكترونية "، مجلة كلية الحقوق، المجلد10، ع 20، جامعة النهرين، بغداد، العراق، حزيران2008، ص156.

(2) كان أول ظهور لبطاقة الائتمان في الجزائر سنة 1994، بمبادرة من بنك الفلاحة والتنمية الريفية BADR، غير أنّ استخدامها كان مُقتّصرًا على بعض الولايات الخاصّة به، بعدها أصدر نفس البنك سنة 1996 بطاقة ZIPZAP، والتّي كانت مخصّصة لزبائنه الكبار، ويتّم تطبيق التّوقيع الإلكتروني من خلال بطاقة الائتمان باستخدام التّوقيع الرّقمي. للتّفصيل أنظر: مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب، " مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الاثبات في التشريع الجزائري- دراسة على ضوء أحكام القانون 04/15- "، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 11، معهد الحقوق، المركز الجامعي، تامنغست، الجزائر، جانفي2017، ص85.

(3) فداء يحي أحمد الحمود، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص15.

(4) ومن الشّائع الخلط بين ما يسمى ببطاقات الوفاء وبطاقات الائتمان، تحت مسمّى واحد هو بطاقات الائتمان، و ربما يرجع ذلك إلى أنّ جميع البطاقات على اختلاف أنواعها لها نفس الشّكل، وهو مستطيل على وجه محفور اسم صاحب البطاقة، وتاريخ صلاحيتها ورقم البطاقة غير السّري، على الوجه الآخر توقيع صاحب البطاقة، وشريط مغناطيسي يتيح قراءة البيانات المُدخلة مثل رقم الحساب والرصيد، والرّقم السّري الخاص بالعميل. أنظر:
Deen Gibirila, "carte de paiement répertoire commercial,'' recueil Dalloz, N°03, Mai 2008.

(5) هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص356.

جاء في تعريف البنك الأهلي المصري لبطاقة الائتمان أنّها:" أداة مصرفية للوفاء بالالتزامات، مقبولة على نطاق واسع محليًا ودوليًا لدى الأفراد والتّجار والمصارّف، كبديل للنقود لدفع قيمة السّلع والخدمات المُقدَّمة لصاحب البطاقة، مقابل توقيعه على إيصال بقيمة التزامه النّاشئ عن شرائه للسّلعة أو الحصول على الخدمة، على أن يقوم التاجر بتحصيل القيمة من المصارف المُصدِّرة للبطاقة، عن طريق المصرّف الذي صرّح له بقبول البطاقة كوسيلة دفع، ويُطلق على عملية التّسوية بين البنوك والأطراف فيها؛ اسم نظام الدفع الإلكتروني، والذي تقوم بتنفيذه الهيئات الدولية المُصدِّرة للبطاقة." [1]

هكذا يتبيّن أنّ بطاقة الائتمان في الحقيقة هي بطاقة تشتّمل على قرض، بمعنى أنّ البنك أو المصرّف يقدّم لحامل البطاقة ائتمان يعدّ بمثابة قرض، فيتمكّن من الوفاء مباشرة بكل ما يقتّنيه من السّلع والخدمات من المتاجر والمحلاّت المتنوّعة، سواء كانت محلات تجارية تقليدية أو عبر شبكة الأنترنت من ذلك القرض. وتعدّ المؤسسة المالية أو البنك الذي يصدّره، بمثابة كفيل يكفل ديون حاملها عند تقديمه له[2].

وتأسيسًا على ذلك يتّم تسديد الدّين الذي ينشأ من بيع السّلع وتقديم الخدمات، عن طريق التاجر لمصلحة حامل البطاقة، بواسطة بطاقة الدّفع الائتمانية التّي تشكّل وسيلة الدّفع النهائي[3]. ومن هذا المنطلق يُشتّرط لإمكانية استخدام هذا النّوع، من البطاقات للوفاء عبر شبكة الأنترنت:

- وجود حساب للبائع الافتراضي.
- وجود طرف ثالث مُحايد يعمل كوسيط، بين شركة الائتمان والبنك الخاص بالبائع الافتراضي، حيث يضمن الوسيط صّحة البطاقة المُقدّمة، وضمان تحويل المبالغ المسحوبة من حساب المشتري إلى حساب البائع[4].

وتجدر الإشارة أنّ أنظمة الدّفع الإلكترونية المُتعلِّقة ببطاقة الائتمان، تعتّمد على بروتوكولات لتأمين الانتقال الآمن للمعلومات، مثل تفاصيل بطاقة الائتمان والمعلومات المتعلّقة بالصّفقات التّجارية، التّي تتّم بواسطتها عبر شبكة الأنترنت، وفي هذا المقام تعتّمد على إجراءات تمّت الموافقة عليها

(1) فيصل سعيد الغريب، " التوقيع الإلكتروني وحجيته في الاثبات "، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودراسات، القاهرة، مصر، 2005، ص239.

(2) يمينة حوحو، مرجع سابق، ص262.

(3) محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص ص306- 307.

(4) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص ص33-34.

مُسبّقا، والتّي من خلالها فإنّ الائتمان مُجهّز لحاملي البطاقة عن طريق التّجار المشاركين، على أساس أنّ هؤلاء التّجار سوف يتّم تعويضهم لقبول التّعامل بهذا الائتمان والاعتماد، بواسطة مُصدري البطاقة أو مشغلي النّظام" system operator "، وأنّ الصفقة بأكملها ستعتّمد على التّرخيص أو التّفويض، الذي ستتّم إدارته إلكترونيا[1].

ب/ وظائف بطاقات الائتمان: تؤدي هذه البطاقات وظيفتين رئيسيتين هما:

- أنّها وسيلة مناسبة لدفع قيم السّلع والخدمات، وهي في نفس الوقت وسيلة مناسبة يحصل العميل من خلالها على قرض، بدون تقديم ضمانات في أي وقت يشاء. وحيث أنّ مخاطر القروض التّي تمنحها البطاقات، هي أكثر من مخاطر القروض التّي تقدّم الضّمانات في مقابلها، ونتيجة ذلك يدفع حامل البطاقة فائدة مقابل تلك القروض، أعلى من تلك التّي يدفعها الحاصلون على القروض المضمونة، فضلاً عن ذلك تعدّ هذه البطاقات مناسبة للعميل نظرًا لصغر حجمها، ممّا يجعلها آمنة وسهلة الحمل. وبالتّالي يفضّل التّجار عادةً قبول البطاقات بدلاً من الشّيكات.[2]
- تتّم عملية الدّفع لشراء سّلع أو الحصول على خدمات من خلال شبكة الأنترنت، بقيام المشتري أو طالب الخدمة بتحديد وطلب السّلعة أو الخدمة، وتفويض التّاجر في الطّرف الآخر بخصم ثمن السّلعة، أو الأجر المتّفق عليه للخدمة من حساب بطاقته، بقيام المشتري أو متلقي الخدمة بإعطاء رقم بطاقته الائتمانية، إلى بائع البضائع أو مقدّم الخدمة وتفويضه بخصّم القيمة من سقف بطاقته، وتتّم هذه العملية من خلال الحاسوب؛ وذلك عن طريق تفويض التّاجر بواسطة رسائل إلكترونية، على خلاف الأمر في عمليات الشّراء المباشر من المحلات التّجارية، والتّي يقوم المشتري فيها بالتّوقيع على وصل بيع " Sales Voucher" من نسختين، نسخة تُعطى للمشتري ونسخة تبقى مع البائع، يقدّمها لشركات خدمات الدفع لغاية دفعها أو تحصيلها من البنك المشتري، وذلك وفقا لشروط وأحكام النّظام المتّفق عليه في بطاقة الدفع[3].

---

(1) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص ص309- 310.

(2) محمد سعدو الجرف،" أثر استخدام النقود الإلكترونية على الطّلب على السّلع والخدمات"، بحث مقدّم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، المجلد 01، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، المُنعقد في الفترة من 09 إلى 11 ربيع الأول 1424 هـ الموافق لـ 10 إلى 12 مايو 2003، ص199.

(3) فياض ملفي القضاة، "الجوانب القانونية للتّعاقد و الدفع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية "، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 01، ع 03، جامعة مؤتة، الأردن، تشرين الأول 2009، ص ص101- 102.

ومن الجدير بالملاحظة أنّ المادة 08 من التّوجيه الأوربي المتعلّق بحماية المستهلكين في العقود عن بُعد، الصّادر في 20 مايو 1997، قصرت الحماية المُقرّرة للمستهلك سوى على الفروض الخاصّة بالاستخدام التّعسفي "Frauduleuse" لهذه البطاقات، ممّا يعني استبعاد التّنفيذ المعيب للالتزام، أو عدم تنفيذه أو الإهمال، وهي نواقص تؤثّر في الوفاء.

وعلاوة على ذلك لا يطبّق التّوجيه إلاّ على العقود، التّي تستّخدم تقنية أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بُعد[1].

وعلى خلاف ذلك نجد أنّ القانون الفرنسي لم يتناول هذه المسألة بالتّفصيل[2]، إذ تنصّ المادة 04/132 من القانون الفرنسي الجديد المتعلّق بالأمان اليوميla sécurité quotidienne" " لبطاقات الائتمان، الصّادر في 2002/11/15، على عدم مسؤولية حامل البطاقة المصرفية، إذا كان الوفاء المُتنازع عليه قد تمّ عن طريق الغشّ[3].

وفي مقابل ذلك أعفى هذا القانون المستهلك– حامل البطاقة – من أيّ مسؤولية في الحالات الآتية:

- في حالة الوفاء الذي يتّم عن طريق الغشّ، ومن دون استخدام البطاقة استخدامًا ماديًا.
- في حالة الوفاء الذي يتّم بتقليد البطاقة أو تزويرها.

ويُلاحظ أنّ الحامل يستّطيع في هاتين الحالتين؛ استرداد المبالغ التّي تمّ الاعتراض عليها من جانبه، فضلاً عن ذلك لا يجوز لمصدّر البطاقة مطالبة هذا الأخير، بالوفاء بالمصروفات التّي تكبّدها[4]. وفي نفس الصّدد يمكن للحامل(المستهلك) الاعتراض على الدّفع، في حالة الغشّ وإساءة استعمال البطاقة، أو إساءة المعطيات والبيانات المتعلّقة بها بالرقم السّري[5].

وهكذا يتبيّن أنّ المشرّع الفرنسي يهدف من وراء هذا القانون، إلى إقامة التّوازن بين المستهلكين والتّجار.[6]

---

(1) A. Salaïn, " les paiements électroniques et la vente à distance : vers une sécurisation des paiements électroniques en journal des tribunaux de droit Européen" ,1988.p.134.

(2) J.M Bruguière " commerce électronique et protection du consommateur ", Joris. class-comm, Fasc. 860, Déc 2002.

(3) نبيل محمد أحمد صبيح ، مرجع سابق، ص235.

(4) مرجع نفسه، ص236.

(5) المادة 02/22 من القانون الفرنسي المتعلّق بالأمان اليومي لبطاقات الائتمان.

(6) نبيل محمد أحمد صبيح ، مرجع سابق، ص236.

2/ بطاقة الدّفع الفوري" البطاقات الدّائنة"[1] debit card أو بطاقة الخصم أو القيد المباشر: تعرّف البطاقات الدّائنة بأنّها:" البطاقات التّي تعتّمد على وجود أرصدة فعليّة للعميل لدى البنك، في صورة حسابات جارية، لمقابلة المحسوبات المتوقّعة للعميل حامل البطاقة ".

من هذا التّعريف يُلاحظ أنّ البطاقات الدّائنة لا تشكّل في الواقع أي ائتمان لحاملها، فهي بطاقة للدّفع أو للوفاء فقط، لأنّها تعتّمد على وجود الرّصيد الفعلي للعميل، لدى البنك مُصدِّر البطاقة[2].

وفي مقابل ذلك عرّفت المادة 543 مكرّر23 ف02 من ق. ت. ج بطاقة السّحب أنّها: " تعتّبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهّلة قانونًا تسمح لصاحبها فقط بسحب أموال."

تأسيسًا على ذلك تعتبر بطاقة السّحب بطاقة تصدّرها هيئة مختّصة؛ في الغالب هي مؤسسات مصرفية ومالية، وفي الجزائر تصدّرها البنوك وبريد الجزائر، بعد أن يتّم فتح حساب باسم الشّخص، يُودِّع فيه مبالغ مالية محدّدة، فيخوّل له بعد ذلك استخدامها[3].

بناء على ذلك تتميّز بطاقة الخصم الفوري؛ بأنّها يتّم بمقتضاها خصم قيمة مشتريات حامل البطاقة، أو مسحوباته النّقدية من وحدات الموزّعات الآلية للبنوك، التّي تعمل بنظام الاتصال المباشر "on line"، ونتيجة ذلك يتّم الخصم مباشرة من حسابه الجاري وقت تنفيذ العملية. أمّا إذا كانت تلك الأجهزة تعمل بنظام الاتصال غير المباشر"off line"، فإنّه يتّم الخصم فور ورود الإشعار أو الفاتورة للبنك، إذن الأمر يتعلّق هنا بإمكانية توفّر لدى التّجار أجهزة التّحويل الإلكتروني في نقاط البيع، وهو نظام للوفاء يُمكِّن حامل البطاقة، بإجراء تحويل مباشر وحالي للنقود إلكترونيا، من حساب صاحب البطاقة لحساب التّاجر.[4]

---

(1) جاءت تسمية هذه البطاقة في قرار مجمع الفقه الإسلامي باسم البطاقات المغطاة، لأنّها تشترّط وجود غطاء نقدي في حساب العميل حامل البطاقة. أنظر: www.islamicfi.com/arabic

وغالبًا وبفضل النظام الآلي المصرفي، يتّم خصم المبلغ المسحوب بشكل فوري، لهذا سميّت هذه البطاقة ببطاقة السّحب الفوري أو القيد الفوري "débit immédiat"، وقد يتّم الخصم بطريقة مؤجلة، وتسمى في هذه الحالة ببطاقة السّحب المؤجّل "débit différé". أنظر: يمينة حوحو، مرجع سابق، ص264.

(2) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص ص408- 409.

(3) يمينة حوحو، مرجع سابق، ص264.

(4) هشام كلو، " بطاقة الدفع الإلكتروني في القانون الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، ع 44، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، ديسمبر 2015، ص404.

وفي هذا المقام تصدّر البطاقة الدائنة من مؤسسات الائتمان، التّي لا تشرف على الحسابات البنكية للعميل، بمعنى هذه البطاقة تصدّرها مؤسسات غير المؤسسات المالية؛ شركات مالية لا تدير الحسابات مثل: "أمريكان إكسبريس" و" دينرز كلوب" [1]. وفي مقابل ذلك يجب على العميل الوفاء لهذه المؤسسات المصدّرة بقيمة الفواتير، التّي قامت بتسويّتها سواءً بواسطة شيك، أو عن طريق اقتطاع أوتوماتيكي على حسابه البنكي[2].

3/ بطاقات الدّفع المُؤجَّل أو بطاقات اعتماد النّفقات"charge cards" : يُطلّق على هذه البطاقة عدّة تسميات منها: بطاقة الدّفع الشّهري أو بطاقات الوفاء، أو بطاقات الدفع المُؤجّل أو بطاقات القيّد الآجل، وكلّها تسميات تدل على وظيفة هذه البطاقة كأداة وفاء. وعليه تُستّخدم هذه البطاقة للوفاء في عمليات الشّراء المختلفة، أو الحصول على الخدمات من التّجار المعتّمدين لدى البنوك المصدّرة لهذه البطاقة.[3]

وجدير بالذّكر أنّ هذه البطاقات[4] تختّلف عن البطاقات الائتمانية، في أنّ السّداد يجب أن يتّم بالكامل، من قِبل العميل للبنك خلال الشّهر الذي تمّ فيه السّحب(أي فترة الائتمان). ومع اتساع استخدام شبكة الأنترنت، فإنّ العملاء سوف تكون لهم القدرة على مقابلة موظفي المصرف، من خلال عقد اجتماعات على شاشات الحاسب الآلي، وسؤالهم واستقبال الرّدود والنّصائح المالية من الخبراء[5].

ما تجدر الإشارة إليه أنّ هذه البطاقات يمكن أن تكون من نوع بطاقات التّسديد الشّهري، ويمكن أن تكون من نوع بطاقات التّسديد بالأقساط[6].

وفي مقابل ذلك تعتّبر هذه البطاقة أداة وفاء وائتمان، حيث تمثّل الفترة بين الشّراء والسّداد مدة ائتمان؛ التّي يسمح بها البنك لحامل البطاقة في صورة قرض بدون فوائد، وهو ائتمان قصير الأجل.[7]

---

(1) Fady Nammeur , les instruments de paiement et de crédit , édition Bruylant , LGDJ , Delta, Bruylant , 2008 , p78.

(2) Paul le Cannu et Thierry Granier et Richard Routier, op cit, p-201.

(3) عمر عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص ص396- 397.

(4) ومن أشهر أنواع هذه البطاقات: بطاقة "أمريكان إكسبريس" و "بطاقة فيزا " و "بطاقة ماستر كارد " و "بطاقة داينرز كلوب" راجع: عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص755.

(5) عبد الحميد بسيوني، أساسيات ومبادئ التجارة الإلكترونية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2003، ص73.

(6) عمرو محمد المارية، مرجع سابق، ص755.

(7) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص320.

4/ الدّفع بواسطة الشّيك الإلكتروني: "Electronic Checks": تعدّ الشّيكات الإلكترونية أداة جديدة للدفع الإلكتروني وأحد نتائج الثورة التكنولوجية، كوسيلة لتّسوية المعاملات المالية وإبرام الصّفقات عبر الأنترنت، ولقد أسالت هذه الوسيلة الكثير من الحبر لارتباطها بشبكة الأنترنت؛ باعتبار التّعاقد الذي يتّم عبرها يدخل ضمن التّعاقد عن بُعد، والتّي تجعل كذلك من الشّيك الإلكتروني وسيلة فعّالة للدفع عن بُعد، أو تحويل وحتّى سحب الأموال.(1)

أ/ **تعريف الشّيك الإلكتروني**: يُعرّف الشّيك الإلكتروني(2) أو الشّيك المُعالج إلكترونيا بأنّه:

" مُحرّر ثلاثي الأطراف مُعالج إلكترونيا كليًا أو جزئيًا، يتضمّن أمرًا صادرًا عن شخص يسمّى السّاحب إلى البنك المسحوب عليه؛ بأن يدفع مبلغًا من النقود لإذن شخص ثالث يُسمّى المستّفيد" (3).

ويُلاحظ أنّ الشّيك الإلكتروني يخضع للقواعد نفسها التّي تحكّم الشّيك التّقليدي، كما يخضع لأحكام قانون الصّرف والتّجارة، في المسائل التّي لا يوجد نص يحكمها(4).

ومن هذا المنطلق يعدّ الشّيك الإلكتروني وثيقة إلكترونية تحتّوي على البيانات التّالية: رقم الشّيك واسم الدافع ورقم حساب الدافع، واسم المصرف واسم المستّفيد، والقيمة التّي ستُدفّع ووحدة العُملة المستّعملة، والتّوقيع الإلكتروني(5).

وتجدر الإشارة أنّه يتّم تحويل الشّيكات الورقية إلى شيكات رّقمية، عن طريق تسليم الشّيك الورقة إلى البنك، ليحتّفظ هذا الأخير بعد أن يعمل على ترجمة محتواها على شريط ممغنّط، ويرسّل الشّريط وحده عبر الأنترنت إلى الدائن، الذي يقوم بتوقيعه ويعيد إرساله إلى المؤسسة البنكية، فتسجّل قيمته في الجانب الدائن من حسابه.(6)

---

(1) شريفة هنية، " الشيك الإلكتروني كوسيلة حديثة للوفاء"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 07، ع03، جامعة الشهيد زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، أكتوبر2014، ص115.

(2) المادة 23/ج من قانون التجارة الأردني رقم 12 سنة 1966، عرّفت الشّيك بأنّه : "محرّر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، ويتضمّن أمرًا صادرًا من شخص هو السّاحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه، بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره، أو لحامل الشّيك وهو المستفيد، مبلغًا معينًا بمجرد الاطلاع على الشّيك."

(3) نبيل محمد أحمد صبيح ، مرجع سابق، ص244.

(4) أنظر المواد من 472 إلى 543 ق. ت. ج.

(5) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص168.

(6) عبد الله كرجي، صليحة حاجي، مرجع سابق، ص104.

وفي مقابل ذلك أُعتبر تقديم الشّيك باستعمال وسيلة تبادل إلكترونية، من خلال نصّ المادة 502 المعدّلة من القانون التّجاري الجزائري[1]، بمثابة تقديم للوفاء يُشبّه في ذلك التّقديم المّادي؛ على الرّغم من أنّ الأنترنت تتميّز بالطّابع اللاّمادي. ونتيجة ذلك يمكن أن يتّم هذا التّقديم بأية وسيلة تبادل إلكترونية، محدّدة في التّشريع والتّنظيم المعمول بهما، ويعني المشرّع الجزائري بـــ" التنظيم المعمول به " في التجارة الالكترونية، أين يحتّل فيها البريد الإلكتروني الصّدارة، إن لم نقل أنّه الوحيد الذي يضمن إرسال الشّيك من مصدره إلى الشّخص الذي يستّلمه، وصولاً إلى الوسيط الإلكتروني. وفي واقع الأمر لم يعد التّقديم المّادي للشّيك، إلى إحدى غرف المقاصّة بمثابة تقديم للوفاء.[2]

واستخلاصًا لما سلف تتميّز الشّيكات الإلكترونية بأنّها تُصرّف في دفع جميع معاملات المستهلك الإلكترونية، وتتّم بطريقة آمنة لاستعمالها تقنيّات التّشفير والتّوقيع الإلكتروني، إلى جانب مساهمتها في الحدّ من تكاليف إدارة الآليات، الخاصّة بدفع الشّيكات الورقية التّقليدية، وكذلك المشاكل المتعلّقة بالتّزوير والنّقل والسّرعة.[3]

ب/ بيان دورة الشّيك الإلكتروني : يتّم استخدام الشّيكات الإلكترونية في عملية الوفاء، بأن يقوم كل من البائع والمشتري بفتح حساب لدى مصرف محدّد، ويقوم المشتري بتحرير الشّيك الإلكتروني وتوقيعه إلكترونيًا، وبمجرد هذا التّوقيع يندّمج التّوقيع في الشّيك، ويصبح كل منهما جزءً واحدًا؛ لا يمكن لأيّ كان أن يفصّل التّوقيع عن الشّيك، ويمكن أن يكون كل من الشّيك والتّوقيع مُشفّرين. كما يمكن أن يكون مضمون الشّيك معروفًا، بحيث يمكن لأيّ شخص معرفة محتوياته، ولكن يظلّ التّوقيع مُشفّرًا لا يمكن قراءته. وبعد ذلك يقوم المشتري بإرسال الشّيك إلى البائع المستّفيد، عن طريق البريد الإلكتروني الخاص به، باعتباره المستّفيد من الشّيك، ثمّ يُرسّل البائع الشّيك إلى البنك، الذي يقوم بمراجعة الشّيك والتّحقّق من التّواقيع، ومن توافر الأرصدة اللاّزمة لإتمام عملية الشّراء.

وبعد التأكّد من كل هذه المسائل، يقوم البنك بإخطار كل من البائع والمشتري بأنّ العملية قد تمّت[4].

---

(1) المادة 502 المعدّلة بمقتّضى قانون رقم 02/05، سالف الذكر، تنصّ على أنّه:" يعدّ التّقديم المادي للشّيك إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديم للوفاء.

يمكن أن يتّم هذا التّقديم أيضًا، بأية وسيلة تبادل إلكترونية محدّدة في التّشريع و التّنظيم المعمول بهما."

(2) شريفة هنية، مرجع سابق، ص117.

(3) أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص267.

(4) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص169.

ج/ أنظمة الشّيك الإلكتروني: يوجد نظامان مهمّان للشّيك الإلكتروني، يتّم استخدامهما للدفع الإلكتروني عبر الأنترنت هما:

- **نظام "FSTC"**:يحصل العميل بموجب هذا النّظام على دفتر الشّيكات الإلكترونية، والذي يتسلّمه عبر موقع على الويب، أو ملحق برسالة عبر البريد الإلكتروني، ولقد عمل هذا النظام على نقل الشّيك من شكله العادي، إلى النّطاق الافتراضي غير الملموس، من خلال الاستعاضة عن التّوقيع الخطّي بالتّوقيع الرّقمي؛ الذي يوفّر قدرًا أكبر للأمان، هذا بالإضافة إلى الاستعانة بالتّشفير لضمان عملية تسوية الدين بالوفاء[1].

- **نظام نت شيك "NET CHEC"** : يشتّرط هذا النّظام أن يكون لكل من البائع والمشتري حسابًا خاصًا NET CHEC ، يصبّح الدّفع بواسطة هذه الشّيكات مُمكناً، من خلال تحميل برنامج خاص بالزبون على الحاسب الآلي، هذا الملف يلعب دور دفتر للشّيكات، ويسمح للزبون أن يقوم بإرسال شيك إلكتروني مُشفّر إلى التاجر؛ هذا الأخير يكون أمامه خيارين:

- ✓ إمّا الحصول على قيمة الشّيك نقدًا من البنك.
- ✓ أو استخدام هذا الشّيك في تسوية صفقة يُبرمها مع مورّد ما.

وفي هذا الإطار يتدخّل في نظام الدّفع بواسطة شيكات نت شيك شبكة محاسبية خاصة، تتولى عملية التأكّد من صّحة الشّيكات وإعطاء الموافقة عليها، عندما يصبح من المُمكن أن يقوم التاجر بتوريد بضاعته.[2]

وجدير بالذّكر أنّه في الجزائر يعمل بنظام المعالجة الإلكترونية للشّيك[3]، التّي تتّم عبر استنساخ الشّيك الورقي، لتتّم عملية المقاصة الإلكترونية للشّيكات، من خلال الشّبكة الإلكترونية المملوكة للبنك. ومن زاوية أخرى نجد أنّ الشّيك الرّقمي غير معمول به عندنا، لأنّه يعدّ ملفًا رقميًا من أصله، ويُعالج إلكترونيًا في كل المراحل عبر شبكة الأنترنت.

---

(1) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص249.

(2) كردي نبيلة، " الشّيك الإلكتروني"، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، ع13، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة العربي تبسي، تبسّة، الجزائر، 2017، ص 252.

(3) وقد تبنّى تنظيم صادر عن بنك الجزائر رقم06/05 بتاريخ 15 ديسمبر 2005 المُشار إليه سابقًا، نظام مقاصة الشّيكات ووسائل الدفع الأخرى ذات القيمة الكبيرة "ATCI" " ALGERIE TELE COMPONSATION INTER BANCAIRE" ويتعلّق الأمر بنظام بين البنوك للمقاصة الإلكترونية للأوراق التّجارية، تحويلات، سحب، وفاء أو الوفاء بالبطاقات البنكية. أنظر المواد: 02، 03 و04 من النظام 06/05.

ونتيجة ذلك يعدّ الشّيك الإلكتروني أو الرّقمي أقل استعمالاً، في المعاملات المالية عبر الشّبكة، مقارنةً بالبطاقة البنكية، وعلى العكس من ذلك فإنّه يُستّعمل بشكل واسع، لدى بعض البنوك كـــ:" سيتي بنك CITI Bank" أو "بوسطن بنك BOSTON BANK" [1].

د/ بطاقات ضمان الشّيكات"Cheque guarantee card": تعرّف بطاقة ضمان الشّيكات بأنّها: " البطاقات التّي يُصدِّرها البنك، و يتعهّد من خلالها بضمان سداد قيمة الشّيكات، التّي يحرّرها العميل، فهي عبارة عن نوع من أنواع الضّمان، الصّادرة في ورقة مستّقلة " [2].

وفي هذا الإطار يعود السّبب في إصدار هذه البطاقات، هو رفض التّجار التّعامل بالشّيكات خشية عدم وجود رصيد للعميل؛ يسمح بالوفاء بقيمة المشتّريات، فتقوم البنوك بدّعم عملائها بإصدار بطاقة الضّمان[3].

ولتوضيح ذلك فقد يرتّبط الائتمان بضمان الوفاء، ففي هذه الحالة يعتبر مُصدِّر البطاقة، ملزّم بتسوية الفواتير إلى غاية مبلغ يُحدّد مُسبّقًا.[4]

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، نلاحظ أنّ الفرق بين بطاقة ضمان الشّيكات وبطاقة الائتمان يتمثّل في:

- ✓ أنّه بموجب بطاقة ضمان الشّيكات، يستّطيع الحامل سحب الشّيك لأيّ شخص كان، على عكس بطاقة الائتمان التّي لا تقبّل التّعامل إلاّ مع التّجار، الذين يتعاقدون مع مُصدِّر البطاقة.
- ✓ بطاقة ضمان الشّيكات تضمّن الوفاء بقيمة الشّيك، أمّا بطاقة الائتمان فتضمّن الوفاء بقيمة السّلع والخدمات.
- ✓ رفض البنك وفاء بطاقة ضمان الشّيكات، بسبب تجاوز الحدّ الأقصى المُتّفق عليه، وعدم وجود رصيد، يمكن عدّها جريمة إصدار شّيك بدون رصيد، بينما في بطاقة الائتمان يقوم المُصدِّر بسداد المبالغ، المُطالَب بها في حدود التّفويض، أمّا المبالغ الزّائدة فيتّم استيفاؤها من الحامل.[5]

(1) يمينة حوحو، مرجع سابق، ص253.

(2) أمينة أضريبينة، الوسائط الإلكترونية للوفاء الرقمي عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص164.

(3) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص227.

(4) Fady Nammeur, Op.cit, p79.

(5) نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص ص126- 127.

الفرع الثاني:

الوفاء بالنقود الإلكترونية

أدّت متطلّبات التّسوق الآمن عبر الأنترنت، إلى ظهور نوع جديد من النّقود[1] يُطلّق عليه النقود الإلكترونية، فهي عبارة عن نقود رقميّة غير مادية، تسمح بالشّراء عبر الأنترنيت؛ من خلال معلومات ترسّل عبر الشّبكات الإلكترونية، كما يُطلق على النقود الجديدة أيضا النقود الرّقمية [2]، لأنّ المعلومات التّي يتّم إرسالها لهذا الغرض هي معلومات رّقمية [3].

إنّ أهمّ ما يميّز هذا النّوع الجديد من وسائل الأداء، أنّ قيمته مُسدّدة مُسبّقًا "Pré Payer"، وأنّها مختّزنة في داخلها "Value Stored" [4].

وقد أُطلق أول نظام للنقود الإلكترونية، من قبل شركة هولندية هي: "Digi Cash "، أسّسها باحث أمريكي الأصل:"David Chaum"، سُمّي هذا النّظام بالنقد الإلكتروني "E-Cash "، يتّم الدّفع من خلاله مباشرة على الأنترنت، وهو مُعتّمد من قبل مصرف يسمى: "Mark bank twain " منذ عام 1995[5]، ويعتّبر أول مصرف أمريكي قَبِلَ تبديل الدولار الأمريكي، بالعملة الإلكترونية طبقًا لهذا النّظام أعلاه[6].

---

(1) كما تُعرَّف النقود بأنّها: " أي شيء يكون مقبولاً قبولاً عامًا وسيطًا للتّبادل، ويُستّخدم في الوقت ذاته مقياسًا للقيّم، ومستودعًا لها ". أنظر: كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص576.

(2) DIGITAL MONEY ، كما استخدم الفقهاء مصطلحات مختلفة للتّعبير عن مفهوم النقود الإلكترونية، فقد استخدم البعض العملة الرّقمية "DIGITAL CURRENCY"، بينما استخدم البعض الآخر مصطلح النّقدية الإلكترونية " ELECTRONIC CASH". و بغض النظر عن الاصطلاح المستخدم، فإنّ هذه التعبيرات المختلفة تشير إلى مفهوم واحد، وهو النقود الالكترونية "ELECTRONIC MONEY". للمزيد من التفصيل، راجع: هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص240.

(3) عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص398.

(4) مولاي حفيظ علوي قاديري، مرجع سابق، ص100.

(5) كما سارت على ذات نهج شركة "Digi Cash " في هولندا وأيضا في فلندا، حيث إصدار النقود الإلكترونية، تجربة الدفع الرقمي"Digi Cash"، وإمكانية تحويل نقود إلكترونية بالدولار، إذ يستطيع العميل أن يطلب من بنك "Mark twain" تحويل مبلغ 100 دولار مقابل 100 دولار افتراضي وبالعكس. ويعتبر من قبيل التّطبيق العملي لها هي ما هو معمول به في أمريكا "Cyber Buck"، والذي يمثّل دولارا افتراضيا ويتمتّع بنفس خصائص الدولار الحقيقي، وهو نظام مُشابه للفيش في النوادي. للتفصيل أكثر راجع: نوزت جمعة حسن الهسنياني، مرجع سابق، ص223.

(6) بشار طلال أحمد مومني، مرجع سابق، ص179.

أولا: تعريف النقود الإلكترونية: تعدّ النقود الإلكترونية وسيلة حديثة لدفع مستّحقات التّعاقدات المُبرمة عبر شبكة الأنترنت، وقد ظهرت هذه الوسيلة وتطوّرت مع شبكة الأنترنت[1]. وقد سيقت لبيان مفهوم النقود الإلكترونية عدّة تعريفات، إلاّ أنّه يصعب إيجاد تعريف جامع مانع لها لتعدّد نظم النقود الإلكترونية وتطوّرها المُستّمر.

1/ المقصود بالنقود الإلكترونية: إنّ النقود الإلكترونية هي المُكافئ الإلكتروني للنقود التّقليدية، التّي اعتدنا تداولها، لذلك جرى تعريفها وفق هذا الاتجاه بكونها:" مجموعة من البروتوكولات والتّوقيعات الرّقمية، التّي تتيح للرّسالة الإلكترونية أن تحلّ فعليًا محلّ تبادل العملات التّقليدية." [2]

كما تُعرّف بأنّها:" قيمة مختّزنة للنقود الحقيقية، تكون في شكل أرقام وأقنان سرّية، أو تتّخذ طابعًا ماديًا في شكل رقائق مادية، حيث أنّ حملها كحمل العملات التّقليدية." [3]

وفي هذا الإطار عرّفها التّوجيه الأوربي رقم 2000/46 الصّادر في 2000/12/18 بأنّها:

" قيمة نقدية مخلوقة من المصدر، مخزّنة على وسيط إلكتروني، وتُمثّل إيداعًا ماليًا، تكون مقبولة كوسيلة دفع من قبل الشّركات المالية غير الشّركات المُصدِّرة " [4]. وفي مقابل ذلك نجد التّوجيه الأوربي رقم 2009/110 الصّادر في عام 2009، الخاص بإصدار النقود عرّفها بأنّها:" قيمة نقدية مُخزّنة بطريقة إلكترونية، على وسيلة إلكترونية أو مغناطيسية، وتُمثّل دينًا على مُصدِّرها، وتصدر في مقابل إيداع أصول، وذلك في إطار عمليات الوفاء المنصوص عليها في الفقرة الخامسة، من المادة الرابعة من التّوجيه الأوربي رقم 2007/64/CE، ومقبولة كوسيلة للوفاء بواسطة شخص طبيعي أو معنوي، غير المؤسّسة التّي أصدرتها." [5]

في حين عرّفها البنك المركزي الأوربي بأنّها:" مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة إلكترونية، يُستّخدم فقط للقيام بمدفوعات - لغير من أصدرها من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية- بين من يحملها والمستفيد منها " [6].

---

(1) أمينة أضريبينة، الوسائط الإلكترونية للوفاء الرّقمي عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص168.

(2) Tahar Daoudi, les opérations de banque, collection Banque, Imp, Almaarif Aljadida, Rabat, Maroc, 2003, p248.

(3) منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، النقود الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص102.

(4) حشيفة مجدوب، " النقود الإلكترونية كآلية للوفاء الإلكتروني"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 04، ع02، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، الجزائر، جوان 2018، ص 339.

(5) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص ص241- 242.

(6) مرجع نفسه، ص 242.

وبناء على ذلك يرى الكثير من الفقهاء، أنّ تعريف البنك المركزي الأوربي للنقود الإلكترونية هو الأقرب للصّواب، لأنّه استّهل تعريفه للنقود الإلكترونية بأنّها قيمة نقدية، وبالتّالي يستّبعد بطاقة الاتصال الهاتفي من هذا النوع من النقود. (1)

ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري بادر بمحاولة تعريف النّقود الإلكترونية، بعدما سمّاها بالعملة الافتراضية، وذلك بموجب المادة 117 من قانون المالية لسنة 2018، بحيث نصّت هذه المادة على أنّه:" يُمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها.

العملة الافتراضية هي تلك التّي يستّعملها مستخدمو الأنترنت عبر شبكة الأنترنت، وهي تتميّز بغياب الدّعامة المادية كالقطع والأوراق النقدية وعمليات الدّفع بالصّك أو بالبطاقة البنكية.

يُعاقب على كل مخالفة لهذا الحكم، طبقا للقوانين والتّنظيمات المعمول بها." (2)

استنادًا إلى ما سبق، يمكن تعريف النقود الإلكترونية بأنّها:" سلسلة الأرقام التّي تُعبّر عن قيم معيّنة، تصدّرها البنوك التّقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها، ويحصل هؤلاء عليها في صور نبضات كهرومغناطيسية، على بطاقة ذكية وعلى الهارد درايف "Hard-Drive"، ويستّخدمها هؤلاء لتّسوية معاملاتهم التّي تتّم إلكترونيا " (3).

فضلاً عن ذلك يعدّ النقد الإلكتروني حامل إلكتروني، ينطّوي على قيمة تُمثِّل حقًا لصاحبه، على مُصدِّر هذا النقد، والأصل أنّ إصدار هذا النّقد يتّم مقابل وديعة، لا تقلّ قيمتها عن القيمة المُصدّرة، أي أنّ النقد الإلكتروني قائم على مبدأ الدّفع المُسبّق(4).

ولابد من الإشارة أنّ مفهوم النقود الإلكترونية يختّلف عن التّحويل الإلكتروني، الذي يعني تحويل قيمة نقدّية من حساب إلى آخر بوسيلة إلكترونية، وعليه فهو لا يتضمّن قيمة نقدية معيّنة في كيان مادي، بل هو عبارة عن رقم يتحوّل من حساب إلى آخر، وكل ما في الأمر أنّ التّحويل يتّم طلبه بوسيلة إلكترونية، دون أن يختّلف عن التّحويل العادي الذي يتّم في المعاملات الورقية.

---

(1) حشيفة مجدوب، مرجع ساق، ص 339.

(2) قانون رقم 11/17 مؤرخ في 2017/12/27، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، السّالف الذكر.

(3) نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص ص166- 167.

(4) بن باير الحبيب، بن كاملة محمد عبد العزيز، "عصرنة وسائل الدفع: مدخل لتطوير الأداء والفعالية المصرفية للبنوك الجزائرية "، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر- عرض تجارب دولية -، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، يومي 26 - 27 أفريل 2011، ص ص04- 05.

وفي نفس الصّدد تختلّف النقود الإلكترونية عن الوسائط الإلكترونية المصرفيّة، والتّي هي مجموعة من الخدمات التّي تقدّمها المصارف، يمكن بواسطتها للعملاء الاستفادة من خدمات المصرف عبر الأنترنت، مثل: الهاتف المصرفي وخدمات المقاصة الإلكترونية والأنترنت المصرفي.[1]

بناء على ذلك تعتّمد جميع أشكال النقود الإلكترونية[2]على فكرة واحدة هي: تقديم المُستّخدِم أو الشّركة معلومات عبر الأنترنت، بحيث تتحوّل هذه المعلومات إلى نقد، أو تُستّخدم لتسديد الاعتمادات المالية.

وفي هذا المقام نجد من الشّركات التّي تعمل في هذا المجال: شركة سايبركاش لتكنولوجيا النقد الإلكتروني، شركة سيكيورتي داتا "RSA " التّي تقدّم خدمة التّرميز أو التّشفير، وشركة " Trusted Information Systems"، ومؤسسة "Interrop " التّي تتيح أكبر عرض للتّجارة على شبكات الأنترنت عبر أنحاء العالم. ويُلاحظ أنّ فيزا VISA كونستريوم جمعت مؤسسات مالية لتصميم محفظة إلكترونية، بخصائص وسّمات ملائمة لعمليات الشّراء، ذات التّكاليف المُنخفضة وغيرها.[3]

ولابدّ من الإشارة أنّ إصدار النقود القانونية في الجزائر على غرار باقي الدول، هو اختصاص أصيل للبنك المركزي، وفي نفس الصّدد تقضي الفقرتان 2 و3 من المادة 02 من أمر 11/03 بأنّه:

" يعود للدولة امتياز إصدار العملة النقدية عبر التّراب الوطني.

ويُفوض ممارسة هذا الامتياز البنك المركزي دون سواه الذي يُدعى في صلب النّص ضمن علاقاته مع الغير "بنك الجزائر"، ويخضع لأحكام هذا الأمر".

وفي هذا الإطار لا يعدّ إصدار النقود الإلكترونية في الجزائر أمرًا ممنوعًا؛ بشرط توفّر الضّمانات التّي حدّدتها مختلف القوانين، وأن يتّم ذلك تحت مراقبة البنك المركزي، باعتباره الجهة الوحيدة المُخوّلة بالرّقابة على مختّلف وسائل الدفع.[4]

---

(1) حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مرجع سابق، ص192.

(2) يرى اتجاه في الفقه، أنّ اعتبار النقود البلاستيكية مُرادف للبطاقات البلاستيكية أو بطاقات الائتمان، استعمال غير دقيق من الناحية الفنية، ذلك أنّ بطاقات الائتمان ليست هي النقود الإلكترونية؛ وإنّما هي صّك أو محفظة للنقود الإلكترونية، مثلها في ذلك مثل الأوراق التجارية الإلكترونية. كما أنّ هناك من يعتبر النقود الرّقمية شاملة للنقود الإلكترونية، ولكل أنواع البطاقات البلاستيكية، التّي تستّعمل كوسيلة للأداء بطريقة إلكترونية. راجع : بشرى النية، مرجع سابق، ص542.

(3) عبد الحميد بسيوني، أساسيات ومبادئ التجارة الإلكترونية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2003، ص ص80- 81.

(4) حشيفة مجدوب، مرجع سابق، ص 350.

ثانيا: صور النقود الإلكترونية: تأخذ النقود الإلكترونية أحد الأسلوبين:

- النقود السائلة الرّقمية، التّي تُدار بواسطة برنامج للحاسب الإلكتروني.
- النقود الإلكترونية المُدمّجة ببطاقة دائنية، أو ما يسمى بالمحفظة الإلكترونية.[1]

1 / النقود الرّقمية "Digital cash": تقوم هذه الطريقة على وحدة نقود أو عملة، تمّ اتخاذها مع الهيئات أو المؤسسات المالية الخاصّة، لتقوم بدور الوسيط؛ الذي يتدخّل للحصول على السّلع أو الخدمات، وربما يتّم بيعها أيضًا، فهي تعتّبر في هذه الحالة كنقود، يتّم تداولها وتحويلها من جهة إلى أخرى، وتعتّبر وحدة استثنائية للعملة[2].

والنقود الرّقمية تفتح الباب على مصراعيه لأسلوب جديد، يختّلف عن أساليب الوفاء الإلكترونية السّابقة، ويعتّمد على آليات وطرق جديدة، ومتوافقة بالكامل مع أساليب التّجارة الإلكترونية، وبخاصة نسبة المشتّريات ذات القيمة المتخصّصة، حيث أنّ الشّراء بالأساليب التّقليدية "بطاقات الدفع والائتمان" يتطلّب دفع عمولة، قد تزيد في قيمتها عن قيمة بعض المشتّريات صغيرة القيمة، وبالتّالي لا تبدو هذه الطريقة مناسبة لتلك المشتّريات، لذلك ظهرت النقود الرّقمية كحلّ لتلك المشكلة[3].

وتنقسّم النقود الرّقمية إلى نوعين:

أ/ نقود مجهولة المصدّر: وهي النقود التّي يمكن استبدالها بالنقود التّقليدية، دون حاجة إثبات هوية صاحبها.

ب/ المدفوعات الصّغيرة: حيث تُستّخدم للوفاء بقيمة المشتريات قليلة القيمة، مثل الأفلام وبرامج الكمبيوتر. ويُلاحظ أنّ استخدامها في الوفاء لا يخضع لعمليات التّشفير وفكّ التّشفير، والتّي قد تستّغرق وقتًا لا يحبّذه المستهلكون، لصّغر قيمة المدفوعات من خلالها، وبالرّغم من جانب الأمان الذي توفّره عملية التّشفير وفكّه.

وعليه يمكن القول أنّ هناك ثلاثة أنظمة للمدفوعات الصّغيرة هي: نظام فيزا كاش، نظام سايبر كوين ونظام موندكس.[4]

(1) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص268.

(2) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص331.

(3) عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص ص403- 404.

(4) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص37.

2/ المحفظة الإلكترونية« Electronic purce –Porte-monnaie électronique »:

من الوسائل الفنّية لتأمين عمليات دفع الثّمن عبر شبكة الأنترنت، فكرة حافظة النقود الإلكترونية أو الصندوق الإلكتروني، وهي عبارة عن حافظة نقود مجازية "virtuelle"، يمتلّكها المشتري لدى مؤسسة مالية متخصّصة، ويتّم تمويلها بإيداع رصيد مالي، مُستّخدمًا بطاقة اعتماده المصرفية.

وعلى غرار حافظة النقود التّقليدية، كلما قام المشتري بعملية شراء، يتّم خصم الثّمن من حافظة نقوده لتُضاف إلى حافظة نقود البائع، المتواجدة في نفس المؤسّسة المالية[1].

وفضلاً عن ذلك تعدّ المحفظة الإلكترونية، بطاقة مصرفية صالحة الدّفع لغاية مبلغ محدّد، ومشحونة مُسبّقًا بالمبلغ المحدّد من الجهة المُصدِّرة لها. وهي من الوسائل المُبتّكرة التّي أوجدتها شبكة الأنترنت، وتُشبّه بطاقات الهاتف النّقال،؛ وتُشحّن مُسبّقًا برصيد مالي، ويتّم تسجيل الرّصيد في بطاقة خاصّة، وإذا تمّ تسجيل الرّصيد على القرص الصّلب، لجهاز الكمبيوتر الخاص بمستقبِّل الشّبكة تكون محفظة نقود افتراضية، وهي تُماثّل من النّاحية الفنيّة المعلومات المخزونة في ذاكرة الكمبيوتر، وبإمكان العميل الذي يرغب التّعامل بهذه النقود، أن يتعاقد مع أحد البنوك للسّماح له باستعمال النقود الإلكترونية[2].

بناءً على ذلك تمتاز هذه الوسيلة بأنّها تحقّق أمن تبادل النقد عبر الأنترنت، بفضل استخدام طريقة حسابية دقيقة للغاية، كما أنّها تسمح في الوقت ذاته بتحديد شخص طرفي التّعامل، وتمنّح تلك الطريقة سداد أيّ مبالغ ولو ضئيلة، كما أنّ تكلّفتها أقل بكثير من طرق الدّفع الأخرى[3].

وفي نفس الصّدد يتميّز أسلوب المحفظة، بعدم الاحتفاظ ببيانات مالية كبيرة عن المشتري، حيث يتّم تحرير وتسجيل بيانات قليلة لدى شركة "Cyber Cas " عند إنشاء المحفظة، ولا توجد حاجة مستقبليّة لتبادل وإرسال البيانات، في كل مرة إجراء معاملات مالية من المحفظة[4].

وفي الواقع العملي، فإنّ القيمة المخزّنة هي عبارة عن محفظة جيب إلكترونية، أو كيس نقود أو بنك صغير محمول، وإنّ عملية شحن البطاقة بالقيمة المُضافة في داخل التّخزين، تتّم بواسطة طرف ثالث الذي يقبّل بالدّفع التّقليدي، عن طريق الدّفع النّقدي أو الشّيك، أو بطاقة الائتمان أو بطاقة الوفاء،

(1) صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص63.

(2) ميكائيل رشيد علي الزيباري، مرجع سابق، ص ص408- 409.

(3) عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص406.

(4) عبد الحميد بسيوني، مرجع سابق، ص85.

ويقوم بتحويل هذه القيمة المُضافة، إلى قيمة إلكترونية يمكن تخزينها بشّكل رقمي.[1]

وفي مقابل ذلك يرى البعض أنّ هذه الوسيلة من الوفاء الإلكتروني لا تخلو من المخاطر، وليست في مأمن من أيّ طارئ، قد يقع على الجهاز كمسح الذّاكرة، الأمر الذي يفقد المُستّخدم نقوده، أو في حالة إفلاس الجهة التّي أصدرت هذه النقود الإلكترونية[2].

أمّا من النّاحية القانونية تواجه الحافظة الإلكترونية عقبة أساسية، فعلى الرّغم من أنّ العملة التّي تُودع إن هي إلاّ عملة مجازية، إلاّ أنّها مُبرئة للذّمة. لذلك ذهب بعض الشّراح الفرنسيين إلى القول بأنّ ذلك يعتّبر تعدٍّ، على سلطة الدولة في احتكار عمليات صكّ النقود.

ويُلاحظ أنّ هذا الرأي مُبالغ فيه، ولا يستّقيم إلاّ في حالة ما إذا كانت المؤسّسة المالية، التّي تصدّر العملة الافتراضية، لا تتمتّع بصفة المصرف المالي، الذي يملك إجراء العمليات المصرّفية ومنها الائتمان.[3]

ثالثا: أنظمة النقود الإلكترونية: هناك العديد من أنظمة الدفع بواسطة النقود الإلكترونية، وتختّلف هذه الأنظمة عن بعضها البعض، حيث أنّ بعض هذه الأنظمة تُستّعمل للدّفع عبر شبكة الأنترنت، والبعض الآخر يُستّعمل داخل الشّبكة وخارجها. ومن هذه الأنظمة نجد: [4]

1/ نظام "E-Cash": يعدّ هذا النظام أول نظام للنقود الإلكترونية، المخصّصة للدّفع عن بُعد بواسطة شبكة الأنترنت، بحيث يمكن استخدام هذا النّظام بين التّجار الموجودين عبر الأنترنت، والذين يقبلون الدّفع بواسطته، وذلك دون الحاجة إلى الاتصال بالمتعاقد أو تدخّل الوسيط، حيث تنتّقل العملة مباشرة من المشتري إلى البائع، دون تدخّل البنك أو الجهة التّي تعمل على إدارة الدّفع الإلكتروني.

ووفقًا لهذا النظام يقوم العميل مُستّخدم شبكة الأنترنت، بفتح حسابين لدى هذا المصرّف؛ الأول بالعملة العادية والثّاني بالعملة الإلكترونية، ويُودِعه في حسابه المفتوح بهذه العملة، ويمكن للعميل أن يُحوّل المبالغ من حسابه التّجاري، إلى حسابه الإلكتروني أو العكس وعن بُعد[5].

(1) محمد سعيد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص336.

(2) عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص ص406- 407.

(3) صابر عبد العزيز سلامة، مرجع سابق، ص64.

(4) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص420.

(5) أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص262- 263.

2/ نظام "Cyber Cash": يقوم هذا النّظام على ارتباطه بنظام مركزي يعطي وحدة النّقد قيمتها، دون أن تكون هذه القيمة متضمّنة فيها، فقيمة النقود الإلكترونية حسب هذا النظام تُدفّع مُسبّقًا، ثمّ تحوّل كأمانة إلى المحفظة الإلكترونية المركزية للنظام ككلّ، الموجودة في بنك Cyber Cash في ولاية Virginia في الولايات المتّحدة الأمريكية، والذي لا يتطلّب من العميل أن يكون لديه حساب في هذا البنك، وعند إجراء عمليات الدّفع يتّم تحويل قيمة هذه العمليات، من محفظة العميل المُودَعة لدى البنك إلى سجّل التّاجر الرّقمي. وفي هذا الإطار لا يعتّمد هذا النّظام، على تخزين قيمة النّقود الإلكترونية على القرص الصّلب لجهاز العميل.

وعليه نجد من مزايا نظام Cyber Cash أنّه يتجنّب الكثّير من مخاطر تزوير العملة الإلكترونية، لأنّ قيمتها تُخزَّن لدى المحفظة المركزية، وبعيدًا عن متناول العميل. كما أنّ هذا النّظام مُتوافِق مع التّعاملات محدودة القيمة، ممّا يساعد على الحدّ من مصاريف إجراء التّسوية، أو المقاصّة بين البنوك بعد كل تعامل.[1]

وعلى الرّغم مما تقدّمه فكرة النقود الإلكترونية من تيسير للتّجارة عبر الأنترنت، فإنّ هذه التّقنية ليست خالية من المخاطر، لأنّ حائز هذه النقود ليس في مأمن من حادث فنّي، يترتّب عليه مسح ذاكرة جهازه، وهنا سيفقد كل نقوده التّي بحافظة نقوده الإلكترونية، ومن جهة أخرى إن أفلس من أصدر هذه النّقود الإلكترونية، فإنّ العميل يتعرّض لخطر عدم استرداد قيمة الوحدات التّي لم يستّعملها بعد، كما يتعرّض التّاجر لخطر عدم استيفاء الوحدات التّي حوّلها له العميل.[2]

واستخلاصا لما سلف نجد أنّ هذه الوسائل المُبتّكرة في الأداء الإلكتروني، وبالرّغم من جاذبيتها وتمتّعها بمزايا أهمها السّرعة والبساطة، لا تزال حديثة وغير مأمونة الجانب، ممّا حدّ من انتشارها والإقبال على تعاطيها، سواءً من قبل العملاء أو من قبل المؤسّسات التّجارية، أو المؤسّسات المالية والمصرفية، فتحاول هذه المؤسّسات تدارك هذه الثّغرات، بإضافة أنظمة وحلقات جديدة إليها، فتصبّح سلسلة شائكة ومعقّدة من الحلقات والإجراءات، ومن ناحية أخرى فإذا ما أمعنا النّظر في هذه الوسائل المبتّكرة، فإنّها - في تقديري- لا تعدو أن تكون أساليب أو تطبيقات جديدة لوسائل معروفة في الأداء المالي، وتحديدًا النّقل أو التّحويل المصرفي وبطاقات الائتمان، فما يُطلق عليها النقود الإلكترونية ونظام الدّفع أو النقد الشّبكي أو الافتراضي، وكذلك نظام الافتراض الأول وكذلك نظام الهوية الكونية،

(1) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص422.

(2) نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص174.

لا تعدو أن تكون في نهاية المطاف من تطبيقات النّقل أو التّحويل المصرفي، لأنّها تنتّهي إلى مناقلة بين الحسابات المصرفية للأطراف، عن طريق القيود الحسّابية وبالكيفيّة المعروفة في النّقل المصرفي.

وعلاوة على ذلك نجد أنّ محفظة النقود الإلكترونية، هي في الواقع ليست إلاّ تطورًا لنظام الوفاء ببطاقات الائتمان، بحيث أصبحت تُزوَّد هذه البطاقة بقدرات تقنيّة، قابلة للتّفاعل والتّعاطي مع نظم لمعالجة المعلومات مخصّصة لهذا الغرض.[1]

(1) هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص ص389- 390.

المبحث الثاني:

ضمانات حماية المتعاقد من مخاطر الوفاء الرّقمي

يعتّبر الأداء الإلكتروني الموضوع الأكثر حساسية بالنسبة للمستهلك، حيث تحفّه مخاطر انعدام الثّقة في البائع، والقرصّنة واختراق المواقع والشّبكات، وانعدام الأمن المعلوماتي عمومًا[1].

وتواجه وسائل الوفاء الإلكتروني العديد من المخاطر، والتّي يرجع بعضها إلى سوء استخدام تلك الوسائل، وبعضها الآخر مخاطر فنيّة(تقنيّة)، ومخاطر قانونية نتيجة الاحتياج إلى تنظيم قانوني لهذه الوسائل، باعتبارها أحد وسائل تسوية المعاملات التّجارية. وعليه يجب حماية المستّهلك تجاه تلك المخاطر؛ التّي يجب مواجهتها من خلال تأمين الوفاء الإلكتروني، ووضع ضمانات تشريعيّة له.[2]

إنّ حماية نظم الوفاء الإلكتروني تعتّبر بمثابة آلية مهمّة من آليات حماية المستهلك، ولا يمكن تحقيقها بسهولة إلاّ من خلال إصدار التّشريعات الكفيلة بتوفير ذلك، وهي مسألة تحتاج إلى دراسة مستفيضة، وفهم للتّعاقد عبر التجارة الإلكترونية، ويتطلّب هذا الأمر الاستعانة بالخبراء المتخصّصين في تكنولوجيا المعلوماتية، في كل حالة على حدى، وضرورة تبادل المعلومات والتّعاون بين مختلف الدّول، لمواجهة مخاطر إساءة استعمال وسائل الوفاء الإلكتروني، في التّعاقد عبر التّجارة الإلكترونية، كما يجب تكثيف الجهود الدّولية للخروج باتفاقيات دولية. [3]

فموضوع الحماية من مخاطر الدّفع الإلكتروني لا يقتّصر على الحماية التّقليدية؛ المُتمثّلة في الحماية القانونية بتوفير حماية مدنية وجزائية في آن واحد (**مطلب أول**)، بل أنّ الأمر يتعدّى ذلك إلى نوع آخر من الحماية القبلية أو الوقائية، يُطلّق عليه الحماية التقنيّة، أي كل ما يتعلّق بالأمن المعلوماتي، وجميع الوسائل الكفيلة بضمان أمن وسرّية المعلومات المُتداولة إلكترونيا[4].(**مطلب ثان)**

(1) عبد الحميد أخريف، مرجع سابق، ص85.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص591.

(3) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص532.

(4) هداية بوعزة، يوسف فتيحة، " الحماية التّقنيّة للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدّفع الإلكتروني"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 03، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، ديسمبر 2018، ص22.

المطلب الأول:

الحماية القانونية للوفاء الرّقمي

إنّ وصول التّجارة الإلكترونية إلى مجال الاستخدام الطبيعي، يرتبط ارتباطًا وثيقًا بتوفير الأمن والتّأمين، لكل أطراف المعاملات التّجارية، وأن يحصل كل طرف على درجة مُناسبة من الثّقة، التّي تُحقّق له الأمان في استخدام التّجارة الإلكترونية.[1]

عندما يتّم الأداء عن بُعد بشكل إلكتروني، يجب أن يكون بإمكان المستهلك طلب إبطال أدائه، وأن ترجع لحسابه فورًا المبالغ التّي أداها، في حالة ما اكتّشف استعمالاً غير قانوني لبطاقة أدائه، أو في الوقت الذي لا يتّم تسليم السّلعة فيه، أو إذا لحقها تلف أو كانت غير مُطابقة للمواصفات، ففي هذه الحالة يتحمّل مُصدِّر البطاقة مخاطر الأداء، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار **تحفظين** يسمحان بإثارة مسؤولية المستهلك، يتمثّل **الأول** في صدور غشّ من طرف هذا الأخير، و**الثّاني** في الإهمال الخطير من طرفه[2].

وفي هذا الإطار أشار التّوجيه الأوربي رقم 07/97 الخاص بحماية المستهلكين في التّعاقد عن بُعد، في المادة الثّامنة منه إلى المخاوف القائمة في مجال الوفاء بواسطة البطاقات المصرفية[3]. فأهمّ التّحديات التّي تواجهها وسائل الدفع اليوم مسالة أمن المعلومات، وعدم الثّقة وعدم توفّر الضّمانات التّي تحمي المتعاملين، لأنّ غياب الأمن المعلوماتي يعتّبر من معوّقات اعتماد وسائل الدّفع الإلكتروني، لعدم كفاية عنصر الأمان فيها[4].

وفي مقابل ذلك لمواجهة مخاطر الوفاء الإلكتروني، يجب وضع حلول لهذه المخاطر وتأمين الوفاء الإلكتروني، حتّى يطمئن إليه المستهلك ولا يعزف عنه، كما يجب وضع ضمانات تشريعية لهذا النّوع من الوفاء[5].

---

(1) أمير فرج يوسف، الجرائم التّجارية الإلكترونية وأساليب مكافحتها، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013، ص ص150- 151.

(2) المهدي ابن شقرون، مرجع سابق، ص156.

(3) تنّص المادة الثامنة من التوجيه على أنّه :" وجوب قيام الدول الأعضاء باتخاذ الإجراءات المناسبة، لتمكين المستهلك من طلب إبطال الوفاء، في حالات الاستخدام غير المشروع لبطاقته، وتمكينه من استرداد المبالغ التّي تمّ دفعها من ماله دون وجه حق، أو إعادتها إلى رصيده". أنظر محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد، مرجع سابق، ص122.

(4) غزالي نزيهة، تأمين وسائل الدفع الإلكترونية بآلية التّصديق الإلكتروني في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص56.

(5) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص604.

ولإرساء حماية للدفع الإلكتروني ظهرت جهود على المستويين الداخلي والخارجي؛ من أجل تحقيق تعاون دولي فعّال وفعلي، وعليه بات من الضّروري تضافر الجهود من أجل تطوير هذه المعاملات، من خلال اطمئنان المتّعاملين في حالة درايتهم بسبل الحماية القانونية، المكفولة لهم أثناء التّعاقد والتّعامل عبر شّبكات الأنترنت[1]. بناء على ذلك لابد من الإشارة إلى مضمون الحماية القانونية للوفاء الرّقمي **(فرع أول)**، لننتّقل إلى دراسة الجهود المبذولة لإرساء هذه الحماية **(فرع ثان)**

الفرع الأول:

مضمون الحماية القانونية للوفاء الرّقمي

تحوّلت معظم البطاقات العالمية المعروفة: الفيزا كارد وماستر كارد، وأمريكان اكسبريس إلى وسيلة دفع إلكترونية فعليّة عن بُعد، يُمنَّح حاملها رقما سرّيًا أو رمزًا سرّيًا، يستّخدمه في عملية الدفع أو التّحويل أو في سّحب الأموال، ويسمّى استخدام الرّمز السّري للدفع بالبطاقة " التّوقيع الإلكتروني"، لكن يستّتبع ذلك نشوء مخاطر متعلّقة بقضية القرصنة المعلوماتيّة، المُحتّملة للأرقام السرّية التّي تتّجول داخل شّبكة الأنترنت[2]. وإذا كانت مهمة حماية الدفع الإلكتروني من مهام أصحاب الاختصاص في الإعلام الآلي، والتّقنيين لمعرفتهم بتلك المهارة، وكيفية ردع الاعتداءات بمناسبة استعمال البيانات الإلكترونية، فإنّهم ليسوا الوحيدين المعنيين بضرورة إرساء الحماية. فالحماية التّقنية لا تكفي وحدها إذا لم تكن مُدّعَمة بحماية قانونية، تتضمّن سنّ مجموعة من النصوص، التّي تنظّم معاملات الدفع الإلكتروني بصفة خاصّة[3].

أولا: صور الحماية القانونية من مخاطر استخدام بطاقات الائتمان: تنطّوي المعاملات المصرفية الإلكترونية على درجة عالية من المخاطر القانونية بالنسبة للبنوك، حيث يمكن لهذه الأخيرة أن تُوسِّع نشاطها جغرافيًا عن طريق المعاملات الإلكترونية، وبدرجة أسرع ممّا كان عليه الحال في البنوك التّقليدية، ومع ذلك في بعض الحالات قد يصعب على هذه البنوك القيام بمهمّتها، بسبب عدم المعرفة الكاملة للقوانين واللّوائح المحلّية المطبّقة في بلد ما [4].

(1) خنفوسي عبد العزيز، مرجع سابق، ص18.

(2) أحمد حمدان الجهني، مرجع سابق، ص184.

(3) خنفوسي عبد العزيز، مرجع سابق، ص18.

(4) سحنون محمد، " النقود الإلكترونية وأثرها على المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية "، مجلة العلوم الإنسانية، ع 09، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مارس 2006، ص05.

إنّ الاستخدام غير المشروع لبطاقة الوفاء في صوره العادية، يشكّل خطرًا يهدّد السّوق التّجارية، حيث يجعل المستهلك غير راغب في هذا الأسلوب من الوفاء أو سحب الأموال، والرغبة في العودة إلى أسلوب الوفاء التّقليدي، فكيف الحال في التّعاقد الإلكتروني؛ فإنّ خطر الاستخدام غير المشروع لبطاقة الوفاء، يعدّ جسيمًا على التّعاقد الإلكتروني، وذلك لاعتمادها على منظومة كاملة من الدّعاية والتّسويق والمفاوضات، وإبرام العقود وتنفيذها والحصول على العائد المالي[1].

ونتيجة ذلك فإنّ البنوك الافتراضية لا تستّطيع توفير الحماية الكافية لعملائها، بالإضافة إلى صعوبة جمع البيانات واللّوائح الخاصّة بالتّرويج، وعليه فستُعرِّض نفسها لخسائر كبيرة عن طريق الدعاوى القانونية، أو الجرائم التّي لا تتّم ملاحقتها بسبب عدم الاختصاص. كما أنّ غسيل الأموال والنّشاط الإجرامي يسرّته اليوم المعاملات المصرفية الإلكترونية، بما توفِّره من سرِّية في التّعامل وسرعة في التّنفيذ، إذ بمجرد فتح العميل لحسابه الإسمي، يصبح من المستّحيل على البنوك أن تعرف ما إذا كان صاحب الحساب يقوم بمعاملة أم لا، بل لا تعرف أين وإلى من يتّم إجراء المعاملة.[2]

رغم صعوبة تحديد شخصية مُحتّرفي أنظمة المعلومات، إلاّ أنّه يمكن تحديد كيفية الاختراق وزمانه، وكلمة السِّر التّي اُستخدمت في الاختراق، وذلك من خلال مراجعة ملفات الدّخول للنّظام، والملفات التّأمينية الخاصّة به، على نحوٍ يسمح بجمع أكبر قدرٍ من الأدّلة التّي تشير للجاني[3].

وتعدّ المسؤولية من أهم الموضوعات القانونية التّي تثير العديد من المشكّلات القضائية، حيث يحرص كل طرف من أطراف البطاقة على التزام الطّرف الآخر بالتزاماته تجاهه، فيترتّب على الإخلال بهذه الالتزامات؛ إمّا مسؤولية جزائية وذلك في حالة الاستخدام غير المشروع للبطاقة، من قِبل صاحبها ومن قبل الغير، أو تترتّب عن ذلك مسؤولية مدنية.[4]

ونظرًا لغياب نصوص تشريعية تحدّد المسؤولية المدنية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان، فإنّها بالتّالي تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني، وهذا ما استّقر عليه

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التّجارة الإلكترونية " الكتاب الأول: نظام التّجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا "، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص129.

(2) سحنون محمد، مرجع سابق، ص05.

(3) أحمد حمدان الجهني، مرجع سابق، ص191.

(4) وسام فيصل محمود الشواورة، مرجع سابق، ص110.

الفقه والقضاء الحديثين[1]. فقد تكون المسؤولية المدنية للشّخص المُرتكب للاستخدام غير المشروع عقدية، إذا كانت تربطه بمن أصابه ضرر علاقة عقدية، وكان الفعل يُشكِّل إخلالاً بالتزام مفروض في العقد صراحةً، أوضمناً أو تجري به العادة المصرفية، باعتبار أنّ إصدار بطاقة الدّفع الإلكتروني هي من الأعمال المصرفية، سواءً كان هذا الفعل من جانب الشّخص المتعاقد أو من تابع له، أو من شخص استعان به في تنفيذ التزامه أو من تابعي هذا الشّخص.[2]

غير أنّ استعمال بطاقات الدفع الإلكترونية قد يخرج عن الدائرة التّعاقدية إلى الدائرة القانونية، التّي تعتّبر أكثر سِّعة وشمولية، حيث يتّم استعمال تلك البطاقة استعمالاً غير مشروع، بطريقة تُخالِف حسن النيّة والثّقة المشروعة، دون ضرورة لوجود عقد مُبرم، أي أنّ الخطأ المُرتّكب يعتّبر خطأ غير عقدي، تنهض معه المسؤولية التّقصيرية، متّى تسبّب ذلك الاستعمال غير المشروع في ضرر لصاحب البطاقة أو للبنك أو للغير.[3]

وفي حال إخلال أحد أطراف عقد بطاقة الوفاء، سواءً أكان المُصدِّر أم الحامل أم التّاجر بالتزامه التّعاقدي، يحقّ للطرف الآخر فسخ العقد والمطالبة بالتّعويض عن الأضرار، النّاجمة عن عدم تنفيذ الطّرف المخِّل لالتزاماته، ممّا يترتّب انعقاد المسؤولية المدنية؛ التّي تقوم على أساس تعاقدي متى توافرت أركانها. أمّا إذا كانت البطاقة في حيازة الغير في حالة سرقتها أو فقدها، وقام الأخير باستخدامها، تنعقد المسؤولية التّقصيرية وذلك في حال توافر أركانها.[4]

ما تجدر الإشارة إليه هنا هو أنّ وجود مثل هذه الحماية القانونية، لا يعني تخطّي كافة الصّعوبات والمعوّقات المتعلّقة بالسّداد الإلكتروني، بل بقي الكثير منها في هذا المجال، ولعلّ من أهمّها صعوبة إثبات الاستخدام غير المشروع لوسائل الدّفع الإلكتروني من قِبل الغير، واحتمال الخداع من قِبل العميل نفسه بادعائه سرقة بياناته البنكيّة، واستخدامها من قبل الغير استخدامًا غير مشروع، بالإضافة إلى التّبعات الكبيرة التّي تتحمّلها المصارف، جرّاء دفعها التّعويضات المستّحقة عن المبالغ

(1) مرتضى عبد الله خيري عبد الله، " أحكام المسؤولية العقدية عن الاستعمال الغير المشروع لبطاقة الائتمان- مقارنة في القانون المصري و الأردني - "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، جوان 2017، ص46.

(2) أمجد حمدان الجهني، مرجع سابق، ص229.

(3) قارس بوبكر،" الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الإلكتروني وأحكام المسؤولية عن الفعل الشّخصي"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع 13، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، جانفي 2020، ص293.

(4) وسام فيصل محمود الشواورة، مرجع سابق، ص111.

المسروقة [1].

استنادا إلى ما سبق، نصل إلى أنّ الوفاء عن بُعد من خلال البطاقات المصرفية، يثير مخاوف كل من طرفي الوفاء؛ المُورِّد والعميل، هذه المخاوف تعتّبر في الواقع العائق الأساسي، في سبيل تطوّر المعاملات الإلكترونية التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت، فالمُورِّد يخشى من جانبه ألاّ يكون الوفاء حقيقيًا، والعميل أو المستهلك يخشى اختراق سّرية البيانات الخاصّة به، والمنقولة عبر الشّبكة، وكذلك الاستخدام غير المشروع من قِبل الغير لوسيلة الوفاء [2].

كما أنّ هذا المشّكل يمكن النّظر إليه من زاوية أخرى، فالاعتماد على الرّكائز الإلكترونية في تنفيذ المعاملات، التّي تتّم بين جلّ الأطراف إلكترونيا أي من دون وثائق رّقميّة، يطرّح عائق الإثبات القانوني للعمليات المُبرمة، في حال حدوث نزاع بين الأطراف المتّعاقدة. وبالنّظر إلى تعدّد النزاعات بين المتعاملين، والتّي تفرزها عمليات الدفع الإلكتروني بصفة خاصّة، أصبحت الحاجة ماسّة إلى استجابة التّنظيمات والقوانين، لأصداء التّطور الحاصّل في مجال وسائل الدّفع، من خلال تطوير المفاهيم والمبادئ ومواجهة المستّجدات، لأجل القضاء على هذا الفراغ القانوني، لتوفير حماية قانونية لمستّعمليه من جهة، وردع الجرائم التّي تحصل بسبب غياب الأحكام العقابية من جهة أخرى.[3]

ثانيا: صور الحماية القانونية من مخاطر أنظمة الوفاء الرّقمي: إنّ المعاملات التّي تجري بين البنوك الإلكترونية وعملائها، قد تطرح نوعاً آخرًا من المخاطر بشكل أكبر من البنوك التّقليدية، وتتعلّق هذه المشاكل بصعوبة تحديد المسؤولية عن الأضرار، التّي يمكن أن تحدث بين البنوك الإلكترونية وعملائها، والسبّب يرجع إلى الأدوات المستّخدمة لإتمام العمليات المصرفيّة، والتّي من شأنها أن تزيد من تعقيد طبيعة المعاملة.[4]

---

(1) هيثم حامد المصاورة، أحمد عبد الرحمان المجالي، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية " دارسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون السعودي"، ط 01، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السّعودية، 2015، ص ص57-58.

(2) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد، مرجع سابق، ص ص121- 122.

(3) قصّاب سعدية، بودربالة فايزة، " تقييم وسائل الدفع الإلكترونية: المزايا والمخاطر" ، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، مرجع سابق، ص08.

(4) قدة حبيبة، " آليات وضوابط البنوك الإلكترونية "، المؤتمر العلمي حول النظام القانوني للمرفق العام الإلكتروني – واقع وتحدّيات وآفاق- ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، الجزائر، يومي 16- 17 ديسمبر2018، ص13.

وفي نفس الصّدد هناك مخاطر أخرى، تتعلّق بتعيّب نظم معالجة المعلومات، والمعدّات المُستّخدمة لإنجاز عمليات الوفاء الإلكتروني، ممّا قد ينجم عن ضياع أو فقدان رسائل البيانات الإلكترونية؛ التّي تحمل أوامر الدّفع أو المعلومات المتعلّقة بعملية الدّفع هذه تبعات ذات أبعاد مالية [1]. فمُستّخدم شبكة الأنترنت يترك دلالات كثيرة ذات صّلة به، تكون على شكل سجلاّت رّقمية حول الموقع الذي زاره، والوقت الذي قضاه على الشّبكة، والأمور التّي بحث عنها كافة، وما قام بإدخاله أو إرساله من معلومات وخدمات وبضائع، في سجلاّت دقيقة عن شخصية الفرد و ميوله.[2]

وفي نفس الصّدد يعدّ التّلاعب بالبيانات الإلكترونية تزويرًا، وهو من أكثر الجرائم انتشارًا على شبكة الأنترنت، فتزوير البيانات يكون بالدّخول بطريقة شرعية أو غير شرعية، على قاعدة البيانات "DATA BASE" الموجودة بالبنك الإلكتروني، وتعديلها سواءً بإلغاء بيانات موجودة بالفعل، أو بإضافة بيانات لم تكن موجودة من قبل.[3]

كمّا يتّم اصطياد البيانات الشّخصية باستعمال تقنيات الكوكيز"cookies"، فهذه التّقنيات يُجرى تخزينها على القرص الصّلب عند زيارة الموقع، وهي تمكّن الموقع من جمع المعلومات عن المستّخدِّم؛ من حيث اشتراكه على الخط، والمواقع التّي زارها ومدّة مكوثه فيها، وهذه التّقنية تقوم بتتبّع المعلومات الشّخصية للمُستّخدِّم عند دخوله الشّبكة، وتقوم بتسجيل البيانات الخاصّة به، وقد استّخدّمت في البداية لأغراض دعائية، حينما قامت الشّركات بإرسال بريدها الإلكتروني إلى المُستّخدمين، إلاّ أنّها تمثّل وسيلة لتتبّع الأشخاص والكشف عن حياتهم، ممّا يقلّل من قدراتهم على التّخفي، لتصبح الوسيلة الفُضلى في التّسويق ومُلاحقة الزّبائن؛ وبالتالي تكون هذه المعلومات عُرضة للاستغلال في أغراض غير مشروعة، واستخدامها دون علم صاحبها أو دون إذنه[4].

يُلاحظ أنّه لكي تتّم عملية الاختراق لابدّ من برنامج يتّم تصميمه، ليتيح للمُختَّرِق أن يخترّق نظام المعلومات، وقد صُمِّمت العديد من تلك البرامج، التّي تتيح عملية الاختراق وتجعلها سهلة، ويعتّبر فيروس "طروادة" من أخطر البرامج، التّي تُستّخدم في عملية اختراق أجهزة الكمبيوتر، ونظام

(1) أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص270.

(2) الجابري سيف بن عبد الله، " أمن المعلومات والخصوصية الفردية "، المؤتمر العلمي الدولي حول أمن المعلومات- نحو تعامل رقمي آمن- ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، عمان، الاردن، أيام 18-2005/12/20، ص246.

(3) قدة حبيبة، مرجع سابق، ص ص11- 12.

(4) الجابري سيف بن عبد الله، مرجع سابق، ص247.

المعلومات الخاصّة بالمؤسسات الاقتصادية، والبنوك الإلكترونية[1].

لكن من المُمكِّن للمستهلك العادي التّأكد بنفسه، من مدى توفّر الأمان في المواقع التّجارية على شبكة الأنترنيت، وذلك من خلال العديد من المقاييس العالمية، التّي تتوافر في المواقع التّجارية المُحترّفة، والتّي تتعلّق بشكل خاص ببطاقات الائتمان. فالموقع الآمن هو الذي يقدِّم خدمة الدفع بواسطة بطاقات الائتمان، من خلال خادم آمن وموقع مُشفّر، فضلاً عن قيامه بالإعلان عن سياسته تجاه عملائه، ويلتّزم بما فيها من الأمان والسّرية والخصوصية، والإعلان بوضوح عن صفّته الرّسمية وعنوانه الدائم، وأرقام هواتفه وبريده الإلكتروني، وعادة ما يبدأ الموقّع الآمن أيضا بالأحرف "HTTPS"، حيث يشير حرف "S" إلى أنّ الموقّع مُؤمَّن "Secure". وعليه إذا ما توافرت هذه الشّروط في موقع التّجارة الإلكترونية، تكون مخاطر الشّراء والدّفع الإلكتروني محدودة، خصوصًا في المواقع المحتّرمة.[2]

في مقابل ذلك تعدّ مشكلة الإثبات والتّوقيع الإلكتروني، من أهم المشاكل القانونية النّاشئة عن استخدام الكمبيوتر في تبادل بيانات العقد إلكترونيًا، وفي هذا المقام يثور التّساؤل حول قبول المستّند الإلكتروني كدليل إثبات أمام المحاكم، كما أنّ الرّسالة الإلكترونية تُكتّب على دعامة إلكترونية، وليست دعامة ورقية، ومن ثمّ فهي غير قابلة للتّظهير، ممّا يثير مشكلة التّداول وخاصّة في شأن سند الشّحن والشّيك، ويصعب منع ظاهرة غسيل الأموال إلكترونيا عبر الأنترنت، إذا كانت هذه الأموال يتّم تداولها عن طريق البطاقات الذّكية، كما تثور مشكّلة تحديد المحكمة المختّصة في حالة وجود نزاع، ولا شكّ أنّ عدم وضوح تلك المسائل له مخاطره في العمليات التّجارية.[3]

(1) قدة حبيبة، مرجع سابق، ص12.

(2) أشرف حسن محمد جواد،" أنظمة الدفع الإلكتروني وطرق حمايتها "، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، ع02، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، 2014، ص22.

(3) عدمان مريزق، شيخي خديجة، " حماية المستهلك في ظل الاقتصاد الافتراضي- قراءة للواقع الجزائري- "، الملتقى العلمي الخامس حول الاقتصاد الافتراضي وانعكاساته على الاقتصاديات الدولية، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، خلال الفترة 13 و14 مارس 2012، ص06.

الفرع الثاني:

الجهود المبذولة لإرساء حماية قانونية للوفاء الرّقمي

تبنّت العديد من دول العالم تشريعات خاصّة بحماية الدّفع الإلكتروني في قوانينها الداخليّة، وذلك بسنّ قوانين تعاقب على الجرائم المعلوماتية، حماية للمتعاملين عبر شبكة الأنترنت، وقد مسّت ضرورة هذه التّطورات الدول المتقدّمة، وكذلك الدول السّائرة في طريق النّمو.

هذا وقد سعت الدول العربية ومنها الجزائر الأخذ بنفس الاتجاه؛ من خلال تبنّيها لنصوص تشريعيّة وقوانين خاصّة متعلّقة بالحماية القانونية للدّفع الإلكتروني من المخاطر والجرائم التّي تمسّه.[1]

ومن أجل ضمان الحقوق المالية للمشتّري، يستلّزم تكييف المنظومة المصرفيّة مع عمليات الدفع الإلكتروني وتسهيلها، كما يُشتّرط توافر بيئة تشريعيّة سواءً في قانون المبادلات الإلكترونية، أو قانون التّجارة أو قانون الصّرف؛ تنظِّم أحكام الدّفع الإلكتروني.

فالحماية القانونية كُرِّست في حالة عدم احترام القوانين أو القواعد أو الضّوابط المُقرّرة، خاصّة تلك المتعلّقة بمكافحة غسيل الأموال، أو نتيجة عدم التّحديد الواضّح للحقوق والالتزامات القانونيّة، النّاتجة عن العمليات المصرّفية الإلكترونية، ومن ذلك عدم وضوح ما إذا كانت هناك قواعد لحماية المستهلكين في بعض الدول، أو لعدم المعرفة القانونيّة لبعض الاتفاقيات المبرّمة باستخدام وسائل الوساطة الإلكترونية[2].

هكذا يتبيّن أنّ تكريس الحماية القانونية يكون بسنٍّ تشريعات محلية أو دولية، تُجرِّم الأفعال غير المشروعة التّي تهدّد أمن المعلومات والبرامج الموجودة داخل جهاز الكمبيوتر، فهناك اتفاقيات دولية التّي تحمي البرامج والمعلومات المُخزّنة داخل جهاز الكمبيوتر، ومنها اتفاقية بيرن لحماية المصنّفات الأدبية والفنية واتفاقية تريبس، واتفاقية جنيف والاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف. وهناك تشريعات داخلية منها قانون حماية المؤلّف وبعض نصوص قانون العقوبات، التّي يمكن تطويعها في هذا الصّدد كنصوص السّرقة والاتلاف والتّزوير[3].

---

(1) خنفوسي عبد العزيز، مرجع سابق، ص41.

(2) بن شريف مريم، " الأعمال المصرفية الإلكترونية – الرهانات والتّحديات، إشكالية الاشراف والرقابة المصرفية- "، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، مرجع سابق، ص05.

(3) نهى خالد عيسى الموسوي، إسراء خضير مظلوم الشمري، " النظام القانوني للنقود الإلكترونية "، مجلة جامعة بابل: العلوم الإنسانية، المجلد 22، ع 02، جامعة بابل، العراق، 2014، ص277.

لذا سنبحث في التّشريعات القانونية الحالية، ومدى كفايتها لحماية المستهلك في هذا الجانب، إذ تعتّبر الحماية التّشريعية في الدول الأوربية مرجعًا تشريعيًا مهمًا في شتّى المجالات، وهذا يعكس التّطور التّكنولوجي والاجتماعي الذي تحظى به[1]. وعلاوة على ذلك سنتناول بعض النّماذج التّشريعية الأوربية الحامية لتداول البيانات.

أولا: التّعاون الدولي لحماية الوفاء الرّقمي: تتّم حماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر وسائل الدّفع الإلكتروني عن بُعد عبر الأنترنت، من خلال النّصوص التّشريعية القائمة الخاصّة بمجال المعلومات والاتصال، التّي تجرِّم كل مساس بسلامة وأمن المعاملات والمراسلات الإلكترونية، وتنظيم مراقبة وتفتيش المنظومات المعلوماتيّة، لهذا تمّ تكريس العديد من الضّمانات الوقائيّة لأمن المستهلك الإلكتروني، على غرار مبدأ الإشراف والرقابة على أنظمة المُعالجة الآلية للبيانات الشّخصية؛ الذي يتطلّب إيجاد صلاحيات لجهات مُستقّلة تقوم بالإشراف والرّقابة، على إنشاء نظم المعالجة الآلية للبيانات الشّخصية[2].

وتتعدّد وسائل حماية المستهلك من مخاطر الدّفع الإلكتروني، لذا سنتطرّق لهذه الوسائل المُكرّسة دوليًا باعتبارها كضمانات لتّفعيل حماية الدّفع الإلكتروني كالآتي:

1/ الحماية التّشريعيّة للدّفع الإلكتروني في ظلّ القوانين النّموذجية: لم يتناول قانون اليونيسترال النّموذجي بشّأن التّجارة الإلكترونية، الصّادر01 ديسمبر 1996 أيّ مادّة تتعلّق بالوفاء الإلكتروني، ربما كان ذلك راجع لحداثة هذا الأسلوب من أساليب الوفاء، وعدم استقرارها بعد، لأنّها تتطوّر بسرعة شديدة مما يصعب تقنينها، كما يمكن أن يكون واضعوا ذلك القانون أرادوا ترك تلك المسألة للدول، تنظّمها كيفما شاءت، كذلك خلا العقد النّموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية، الصّادر عن اليونيسترال في مارس 2000 من تنظيم هذه المسألة.[3]

(1) خنفوسي عبد العزيز، مرجع سابق، ص41.

(2) أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في القانون، تخصّص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص ص294- 295.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص612.

2/ الحماية التّشريعيّة للدّفع الإلكتروني في ظلّ الاتحاد الأوربي: يعود الاهتمام الأوربي بالحماية التّشريعية للمعاملات الإلكترونية إلى المجموعة الاقتصادية الأوربية (CEE)، التّي سعت وراء ضرورة حماية الدّفع الإلكتروني، ويظهر ذلك من خلال التّوصية رقم 598/87، التّي وضعتها اللّجنة الأوربية في1987/12/08، حول القانون الأوربي للسيرة الحسنة الخاصّة بالدفع الإلكتروني، هذه التّوصية تدعو كافة المتعاملين للمثول لهذا القانون، من أجل ترقية الحماية والضّمان للمستهلكين، والحماية والمردودية المتواصلة ما بين مقدّمي الخدمات ومُصدري هذا النوع من وسائل الدّفع، فيما بينها قبل تاريخ 31 ديسمبر 1992، وكذلك ملاءمة كافة نهائيات الدفع مع كافة البطاقات البنكية، التّي تُتَداول في السّوق. وفي نفس الصّدد تنصّ على إضفاء الطّابع الشّخصي، والسّري للمعطيات أو البيانات المُقدَّمة من طرف المستهلك، وكذا حق الدخول المُتساوي إلى كافة خدمات مُقدِّمي خدمات الدفع الإلكتروني. وفي مقابل ذلك حرص على التزام المستهلك أو حامل البطاقة، على ضرورة الأخذ بالعناية اللاّزمة طريقة استعمال بطاقة الدّفع[1].

وفي مقام موالي صدرت عن الاتحاد الأوربي التّوصية رقم489/97 المُؤرخة في1997/07/27، والمُتعلِّقة بالمعاملات التّي تتّم بواسطة الدفع الإلكتروني، وخاصّة تنظيم العلاقة بين مُصدّر البطاقات والحامل، فتطبّق هذه التّوصية في مجملها في المعاملات، التّي تتّم بواسطة الدفع الإلكتروني عن بُعد والتّي منها:

- ✓ انتقال الأموال المُتعلِّقة باستخدام وسائل الدّفع الإلكتروني.
- ✓ سحب الأموال السّائلة بواسطة وسيلة دفع إلكترونية، وسيلة النّقود الإلكترونية والتّي تتّم في آلات السّحب الآلي للأوراق أو غيرها.

ويُلاحظ أنّ هذه التّوصية حرصت على ضرورة استعمال وسائل الدّفع الإلكترونية بالطّريقة الصّحيحة، وفقًا للشّروط المُتّفق عليها باستعمال أو إصدار هذه الوسائل، وأخذ كافة الاحتياطات اللاّزمة لحماية هذه الوسائل[2]. وعلاوة على ذلك تعرّض المجلس الأوربي لهذا الموضوع، تحت مُسمّى تأمين نظم الوفاء، حيث صدرت توصية عن المجلس الأوربي عام 1998 في 1998/05/19، بهدف

(1) Recommandation 598/87/CEE de la commission Européenne du 08/12/1987, portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique, J.O.L 365, 24/12/1987.

راجع خنفوسي عبد العزيز، مرجع سابق، ص ص52- 53.

(2) Recommandation 97/489/ CE du 30/07/1997, concernant les opérations effectuées au moyens d'instruments de paiement électronique, relation entre émetteur et titulaire, J.O.L 208 du 02/08/1997.

راجع خنفوسي عبد العزيز، مرجع سابق، ص53.

المساهمة في إنعاش التّجارة الإلكترونية، عن طريق زيادة ثقة المتّعاملين فيها وفي أساليبها، خاصّة السّداد الإلكتروني، وبحث طرق حماية المستهلك والتّاجر عند السّداد، بهذه الطريقة وكيفيّة إمكان الاسترداد في حالة السّداد دون وجه حق، وكيفيّة الحماية من المخاطر في حالة سرقة البطاقة، أو فقدها أو ضياعها[1].

وفي هذا الإطار أكدّ التّوجيه الأوربي رقم 2002/65/CE الصّادر بتاريخ 2002/09/23 بشأن تسويق الخدمات المالية عن بُعد لدى المستهلكين، المُعدِّل للتّوجيه رقم 98/27/CE الصّادر بتاريخ 1998/05/10[2]، على زيادة الثّقة بين المتعاملين في التجارة الإلكترونية، وفي أساليبها خاصّة السّداد الإلكتروني، وبحث طرق حماية المستهلك والتّاجر عند السّداد بهذه الطريقة، وكيفيّة الاسترداد وكيفيّة الحماية من المخاطر في حالة سرقة البطاقة أو فقدها أو ضياعها.

ومن زاوية أخرى أصبح يُمنّع على البائع بمقتضى التّوجيه الأوربي رقم UE/83/2011 [3] في المادة 22 تحت عنوان "Paiement supplémentaires"، فرض مصاريف زائدة على مبلغ المبيع، إلاّ إذا تمّ الاتفاق عليها من قبل، ما يستّدعي حصول البائع على تأكيد من المشتري عن دفع هذه المصاريف الزائدة، كما أكدّ بنفس التّوجيه على وجوب قيام الدول الأعضاء، باتخاذ الإجراءات المناسبة لتمكين المشتري من طلب إبطال الوفاء، في حالة الاستخدام غير المشروع لبطاقته، وتمكينه من استرداد المبالغ التّي دفعها من ماله، دون وجه حق أو إعادتها إلى رصيده[4].

3/ حماية الدّفع الإلكتروني من خلال المنظمة الدّولية لضباط الجرائم المالية" IAFCI": تعدّ المنظّمة الدّولية لضباط الجرائم المالية، منظمة دولية غير ربحية تسعى لتوفير الخدمات، وتوفير البيئة التّي يمكن من خلالها جمع المعلومات، حول الاحتيال المالي وطرق التّحقيق والحماية المالية. وأنشئت هذه المنظّمة عام 1985، عن طريق التّعاون بين 68 مُحقِّقًا دوليًا مختّصين في جرائم الأموال، وتمّ من خلالها إنشاء منظمة دولية لضباط جرائم بطاقات الائتمان.

---

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص80.

(2) وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ المشرّع الأوربي كان قد تطرّق إلى ذلك، في المادة 08 من التوجيه الأوربي رقم 97/7/CE المؤرخ في 1997/05/20.

(3) التوجيه الأوربي رقم UE/83/2011 الصّادر في 2011/10/25، المتعلّق بحقوق المستهلكين، ألغى التّوجيه الأوربي رقم 97/7/CE السّالف الذكر.

(4) بوزيدي إيمان، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص ص114- 115.

وجدير بالذّكر أنّ هذه المنظّمة تقوم بمكافحة جرائم واعتداءات بطاقات الائتمان، وتسعى إلى أن يكون لديها وعي تام بالمنهج والطريقة التّي يتّبعها المُحتّالون، والعمل على جمع الاستخبارات على الأشخاص، الذين يكون لهم نشاط في هذا المجال، وفرض الحماية على المنتّجات التّي تُصنّع منها البطاقات، وتحديد الأدوات المُستّخدّمة في تنفيذ هذه الجرائم، متّى تتوفّر للمنظّمة الفرصّة المبتّكرة لردع ومواجهة هذه المخاطر.[1]

ثانيا: <u>حماية التّشريعات الدّاخلية للوفاء الرّقمي</u>: لقد تبنّت الكثير من دول العالم تشريعات خاصّة بحماية الدّفع الإلكتروني في تشريعاتها الدّاخلية، وذلك بسنّ قوانين تُعاقب على الجرائم المعلوماتية، حماية للمتعاملين عبر شبكات الاتصالات والقنوات المفتوحة، ولقد مسّت ضرورة هذه التّطورات الدول المتقدّمة، وكذلك الدول السّائرة في طريق النمو[2].

لذا سنقوم بدراسة الحماية التّشريعية في بعض الدول الأوربية كفرنسا؛ إذ تعتّبر هذه الحماية المكرّسة لتداول البيانات في قانونها، مرجعًا تشريعيًا مهمًا في شتّى المجالات، كما نتطرّق لبعض الدول العربية والتّي منها الجزائر، والتّي سعت للأخذ بنفس الاتجاه من خلال تبنيها لنصوص تشريعيّة، وقوانين خاصّة متعلّقة بالحماية القانونية من المخاطر والجرائم التّي تمسّها.

1/ الحماية القانونية في ظلّ القانون الفرنسي: إنّ القانون الفرنسي لم يتضمّن استجابة تامّة لمقتضيات المادة 08 من التّوجيه الأوربي، كما أنّ المرسوم التّشريعي رقم 2001/741[3] الذي صدر إعمالاً للتّوجيه الأوربي، لم يحو ما يُلبّي الرّغبة في تأمين سلامة المعلومات عبر الوسائل الإلكترونية، غير أنّ الاستجابة لمقتضيات المادة 08 جاءت بصفة جزئية ضمن التّقنين رقم 1062/ 2001[4]، حيث أدى هذا القانون إلى تعديل التّقنين المالي والنقدي، بإدراج مادة جديدة فيه هي المادة 04/132 اشتّملت على انتفاء مسؤولية صاحب البطاقة المصرفية، إذا تمّ الوفاء بطريقة غير مشروعة عن بُعد، ودون الاستخدام المادي للبطاقة، وكذا الحال في حالة تقليد بطاقته، متّى كان صاحب البطاقة محتّفظا بحيازتها لحظة إتمام العملية المُثار بشأنها النّزاع، إذ أنّ هذا الحكم يوفّر نوع من الطمأنينة لكل من المهنّي والعميل، فالأول لا يتحمّل أية خسارة فيما لو تمّ الاستخدام غير المشروع للبطاقة المصرّفية، إذ يتحمّل المصرف المُصدّر للبطاقة عبء إعادة المبالغ، المُنازع فيها إلى الرصيد الدائن للعميل، أما الثّاني فهو

(1) إيهاب فوزي السقا، مرجع سابق، ص511.

(2) خنفوسي عبد العزيز، مرجع سابق، ص41.

(3) المؤرخ في 2001/08/23 بشأن التّعاقد عن بُعد.

(4) المؤرخ في 2001/11/15 بشأن السّلامة اليومية.

لا يتحمّل المسؤولية أيضًا، إذ أنّه يستّطيع استرداد المبالغ المُنازع فيها[1].

وتأسيسا على ذلك بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 866/2009 [2]، يُعفى المشتري أي حامل بطاقة الائتمان من المسؤولية في حالة سرقتها منه، أو في حالة استعمالها من طرف الغير بالطّرق الاحتيالية؛ التّي أدّت إلى جهله للعمليات الشّرائية الإلكترونية، التّي تمّ تسديدها بهذه المناسبة، وعليه يمكن للمتضرّر أن يرفع شكوى قضائية في حالة السّرقة، أو القيام بمعارضة على مستوى البنك التّابع له بطاقة الدّفع، محل الاستعمال المغشوش والتّدليس من طرف قراصنة الأنترنت. وجدير بالذّكر أنّه جاء ذلك تعديلاً للمادة L 133-19 من قانون النّقد والمالية الفرنسي[3].

2/ الحماية القانونية في القانون المصري: لابد من الإشارة أنّ مشروع قانون التّجارة الإلكترونية المصري، نصّ في المادة الأولى على تعريف الوفاء الإلكتروني، ثم جاء في المادة 11 من المشروع ونصّ على أنّه:" يكون الوفاء عن طريق الوسائط الإلكترونية، مُبرئًا للذِّمة على النّحو المُحدّد باللائحة التّنفيذية". وبالتّالي يقرّر هذا المشروع أنّ الوفاء الإلكتروني بوسائله المختّلفة، مبرئًا لذِّمة المستهلك قِبَل التّاجر أو مُقدِّم الخدمة في التّعاقد الإلكتروني، وفي مقابل ذلك ترك النّص للائحة التّنفيذية وضع أحكام الوفاء الإلكتروني.

وبناء على ذلك نرى أنّ أحكام الوفاء الإلكتروني من الأهمية، والتّي يجب تنظيمها أو وضع أحكامها الأساسّية تشريعيًا، وعدم تركه للائحة التّنفيذية. وعلى ذلك نأمل أن يصدر قانون التجارة الإلكترونية المصري، مُتضمّنا تنظيم أحكام الوفاء الإلكتروني وضماناته. [4]

3/ حماية الدفع الإلكتروني في القانون الجزائري: إنّ التّعديل الذي جاء بموجب القانون 15/04 [5]، قد أفرد القسّم السّابع مكرّر منه تحت عنوان:" المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات"، والذي تضمّن ثمانية مواد من المادة 394 مكرر حتّى المادة 394 مكرر7 [6].

---

(1) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص ص532 - 533.

(2) الصادر في 2009/07/15 المتضمّن الشّروط اللاّزمة لتوفير خدمات الدفع و إنشاء مؤسّسات الدفع.

(3) بوزيدي إيمان، مرجع سابق، ص117.

(4) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص613.

(5) قانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يعدّل ويتمّم الأمر 156/66 والمتضمّن قانون العقوبات، ج ر، ع 71، الصّادر في 10 نوفمبر2004، ص08.

(6) تنصّ المادة 394 مكرر على أنّه: " يعاقب بالحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى سنة (01) وبغرامة من 50.000 إلى 10.000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغشّ في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك ..."

ويُلاحظ أنّ الجزائر اتّخذت عدّة تدابير من أجل ضمان أمن عمليات الوفاء الإلكتروني، وفي هذا الشّأن أصدر بنك الجزائر تنظيم داخلي رقم 05 /07 [1]؛ فهذا التّنظيم يُعرِّف النّظام بين بنكي للدّفع أو للتّسوية، وهو عبارة عن إجراءات وطنية أو دولية تنظِّم العلاقات بين طرفين على الأقل، تتوفّر فيهم صِفّة بنك أو مؤسسة مالية أو مؤسسات مُنخرّطة في غرفة المقاصّة[2].

ويتعيّن على كل عضو في هذا النّظام اتخاذ الإجراءات كل فيما يخصّه، وخاصّة تلك المتعلّقة بمعايير نظام المواكبة للقواعد الدّولية في هذا المجال[3]، وتقوم فكرة أمن أنظمة الدّفع أساسًا على ضمان البنيّة التّحتيّة للنّظام ووسائل الدّفع المختلّفة[4]. وإذا كانت وسيلة الدّفع لا تتوفّر على الضّمانات الأمنية، يمكن لبنك الجزائر أمر الجهة المُصدِّرة اتخاذ التّدابير اللاّزمة لمعالجة الأمر، وفي حالة عدم الاستجابة يتّخذ قرار بتوقيف هذه الوسيلة، ويتأكّد بنك الجزائر من أمن بطاقات الدّفع، ومتابعة احصاءات التّدليس والتّطور في ميادين التّكنولوجيا، التّي قد تؤثّر على أمن بطاقات الدّفع.[5]

كما أقرّ قانون 05/18 [6]، أن يتّم الدّفع في المعاملات التّجارية الإلكترونية، إمّا عن بُعد أو عند تسليم المنتّج عن طريق الدّفع المسموح به بموجب التّشريع السّاري، فضلا عن ذلك فإنّ الدّفع الإلكتروني يتّم من خلال منصّات الدّفع المخصّصة؛ التّي يتّم إنشاؤها وتشغيلها بشكل حصري من قبل البنوك المعتّمدة من قِبل بنك الجزائر أو بريد الجزائر، ومتّصلة بأي نوع من محطّة الدّفع الإلكتروني، عبر شبكة المتّعامل العمومي للمواصلات السّلكية واللاسّلكية.

وفي مقابل ذلك يجب تأمين اتصال الموقِّع الإلكتروني المُوفِّر الخدمة الإلكتروني، بنظام الدّفع الإلكتروني؛ من خلال نظام إصدار الشّهادات الإلكترونية (أنظر المواد 27-28-29 من قانون 05/18)[7].

---

(1) نظام رقم 07/05 مؤرخ في 2005/12/28، يتضمن أمن أنظمة الدفع، ج ر، ع 37، الصّادر في 04 يونيو 2006، ص23.

(2) أنظر المادة 02 من نظام 07/05.

(3) أنظر المادة 03 من نظام 07/05.

(4) قادري عبد المجيد، مرجع سابق، ص497.

(5) أنظر المادة 12 ف 02 و03 من نظام رقم 07/05. وكذا المادة 56 مكرّر المُضافة بالأمر 04/10، المُعدّل والمُتمّم للأمر 11/03 والمتعلّق بالنقد و القرض.

(6) قانون 05/18 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونية، السّالف الذكر.

(7) عمارة نعيمة، مرواني كوثر،" المستّجدات القانونية للتجارة الإلكترونية في الجزائر وفق مقتضيات القانون 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية في الجزائر"، مجلة جديد الاقتصاد، المجلد 14، ع 01، الجمعية الوطنية للاقتصاديين الجزائريين، الجزائر، ديسمبر 2019، ص118.

ويُلاحظ كذلك أنّ من أهم ما جاءت به التّعديلات في القانون الجزائري، هو إقرار المشرّع التّعامل بالفاتورة الإلكترونية[1] من خلال مرسوم تنفيذي رقم 468/05 [2]، حيث نصّت المادة 11 منه على أنّه: " استثناءً لأحكام هذا المرسوم، يُسمح بتّحرير الفاتورة وإرسالها عن طريق النّقل الإلكتروني، الذي يتمثّل في نظام إرسال الفواتير المُتضمّن مجموع التّجهيزات والأنظمة المعلوماتيّة التّي تسمح لشخص أو لأكثر بتبادل الفواتير عن بُعد.

يجب أن يتّم استعمال الأسلوب المذكور أعلاه في الفقرة السّابقة وفق الكيفيات والإجراءات المحدّدة بقرار مشترك بين الوزراء المكلّفين بالتّجارة والمالية وبالمواصلات السّلكية و اللاسّلكية."

ومن زاوية أخرى تضمّن قانون رقم 04/09 في نصّ المادة 01 منه على أنّ الهدف من هذا القانون هو وضع قواعد خاصّة بالوقاية من الجرائم المتّصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال [3]. وفي نفس الصّدد نجد المادة 02 منه الفقرة الأولى حصرت هذه الجرائم، المتّصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال في جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيّات المحدّدة في قانون العقوبات، وأي جريمة أخرى تُرتّكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتيّة، أو نظام للاتصالات الإلكترونية[4].

وتأسيسا على ذلك نجد أنّ المشرّع الجزائري قد وسّع من مجال الحماية إلى أن يمسّ كافة الجرائم، وهذا سواء الماسّة بأمن الدولة والجرائم الإلكترونية الماسّة بالاقتصاد الوطني، أو المتعلّقة بالأخلاق من خلال استعماله لعبارة: ".. أي جريمة أخرى ..."، كما يمكّننا اعتبار الاعتداء على شبكات الاتصالات الخاصّة بمواقع البنوك والعمليّات النّقدية الإلكترونية، بين المنشآت التّجارية والاقتصادية من قبيل الجرائم الماسّة بالاقتصاد الوطني، ويتماشى هذا القانون مع الطبيعة الدّولية

---

(1) كما أقرّت ذلك أيضا المادة 20 من قانون 05/18، بأنّه يترتّب على كل بيع لمنتوج، أو تأدية خدمة، إعداد فاتورة من قبل المُورّد الإلكتروني تُسلّم إلى المستهلك الإلكتروني.

(2) مرسم تنفيذي رقم 468/05 مؤرخ في 2005/12/10، الذي يحدّد شروط تحرير الفاتورة وسند التّحويل ووصل التّسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج ر، ع 80، الصّادر في 2005/12/11، ص18. وقد أحالت المادة 20 من قانون 05/18 فيما يتعلق بإعداد الفاتورة إلى التّشريع والتنظيم المعمول بهما، والذي يقصد به هنا هو المرسوم التنفيذي رقم 468/05. كما أحال قانون 05/18 بمقتضى المادة 44 منه كل مخالفة لأحكام المادة 20 المذكورة أعلاه، لتطبيق العقوبات المنصوص عليها طبقا لأحكام القانون رقم 02/04.

(3) قانون رقم 04/09 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمّن القواعد الخاصّة للوقاية من الجرائم المتّصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتّها، ج ر، ع 47، الصّادر في 2009/08/16، ص05.

(4) أنظر المادة 02 من قانون 04/09.

للجريمة الإلكترونية، التّي ترتّكب عادة في بلد معيّن، إلاّ أنّ آثار الجريمة تكون في بلد مُغاير، الشّيء الذي يستّدعي ضرورة التّنسيق بين هيئات مكافحة مرتكبيها.[1]

وناهيك عن ذلك تضمّن تعديل القانون المدني في عام 2005، بمقتضى الأمر10/05 أحكامًا جديدة تخصّ الكتابة الإلكترونية؛ من حيث تعريفها واعتمادها كوسيلة إثبات[2].

كما اعتّرف المشرّع الجزائري ولأول مرّة بالتّوقيع الإلكتروني في نصّ المادة 327 ف02 من قانون 10/05 [3]. وفي هذا الإطار وبالنسبة لتعريف التّوقيع الإلكتروني، فإنّ القانون الجزائري يميّز بينه وبين التّوقيع الإلكتروني المُؤمَّن، وذلك بموجب المادة 03 مكرّر ف02 من المرسوم التّنفيذي 162/07[4]. ومن زاوية أخرى نجد التّعديل الذي جاء به القانون رقم 02/05 المتضمّن القانون التّجاري، إذ أفرد الباب الرّابع ليحدِّد وسائل الدفع الإلكتروني، ويضع قواعدها تحت عنوان: " في بعض وسائل وطرق الدّفع "، والفصل الثّالث تحت عنوان: " في بطاقات الدّفع والسّحب" .[5]

ولابد من الإشارة في هذا الصّدد أنّ النظام رقم 04/05 المؤرخ في 13 أكتوبر2005 والمتعلّق بنظام التّسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدّفع المستّعجل ARTS [6]، والنظام رقم 06/05 المؤرخ في 2005/12/15 المتعلّق بمقاصة الصكوك وأدوات الدّفع الخاصّة بالجمهور العريض الأخرى، حدّدا نظام ما بين البنوك للمقاصة الإلكترونية للصّكوك والسّندات والتّحويلات والاقتطاعات

---

(1) خنفوسي عبد العزيز، مرجع سابق، ص51.

(2) إذ تنصّ المادة 323 مكرر على أنّه: " ينتّج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التّي تتضمّنها وكذا طرق إرسالها."

كما تنصّ المادة 323 مكرر01 على أنّه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشّكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التّأكد من هوية الشّخص الذي أصدرها وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمّن سلامتها."

(3) تنصّ المادة 327 ف02 ق. م. ج على أنّه:" ويعتّد بالتّوقيع الإلكتروني وفق الشّروط المذكورة في المادة 323 مكرر 01 أعلاه."

(4) مرسوم تنفيذي رقم 162/07 مؤرخ في30 مايو 2007، يعدّل ويتمّم المرسوم التّنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 09 ماي 2001، والمتعلّق بنظام الاستغلال المطبّق على كل نوع من أنواع الشّبكات بما فيها اللاّسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السّلكية واللاّسلكية، ج ر، ع 37، الصّادر في07 يونيو 2007، ص12. إذ تنصّ المادة 03 مكرّر ف02 منه على أنّه: " التّوقيع الإلكتروني المُؤمّن يفي بالمتطلّبات الآتية:

- يكون خاصّا بالمُوقِّع.
- يتّم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها المُوقِّع تحت مراقبته الحصريّة.
- يضمن مع الفعل المُرتّبط به، صلّة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلاً للكشّف عنه."

(5) قانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/06، السّالف الذكر.

(6) نظام رقم 04/05، السّالف الذكر.

الأوتوماتيكية [1]، وناهيك عن ذلك صدر قانون 04/15 مؤرخ في 2015/02/01 يحدّد القواعد العامة المتعلّقة بالتّوقيع والتّصديق الإلكترونيين.[2]

وتماشيا مع ما تمّ ذكره يمكن القول أنّ دخول بطاقات الدّفع الإلكتروني في الجزائر- وكغيرها من الدول العربية الأخرى- كان استنادًا إلى العرف المصرفي؛ وهو ما تواتر عليه التّعامل التّجاري والمصرفي منذ عقود، وأصبحت مقبولة عرفًا في الشّراء والدّفع ولها قوة ملزمة. ومواكبة لتطوّر التّجارة أخذت البنوك بهذه البطاقات وقامت بإصدارها، ثمّ تدخّل المشرّع بعد ذلك - حتّى يُساير التّطور التّجاري ويُحدّث تشريعاته - وقام بالنصّ عليها في قانون البنوك، أو بموجب تعليمات وتنظيمات خاصّة في هذا المجال.

ولابد من الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري - ولغاية الآن- لم ينظّم التّعامل ببطاقة الدفع الإلكتروني بتشريع مستّقل، وإنّما أقرّ العمل بها من خلال نصوص قانونية جاءت متفرّقة في عدّة قوانين، حتّى ومن خلال النّص عليها في هذه القوانين، فإنّه لم يُفرد لها أحكامًا خاصّة تبيّن حالاتها وأحكامها، والالتزامات النّاشئة عنها وشروطها.[3]

وبالرّغم من قيام هذه التقنيات بتوفير الحماية للتّعاملات التّجارية، وبالأخصّ عملية الدّفع الإلكتروني، فإنّ أغلبها غير ظاهر للمستهلك العادي؛ الذي تنتابه حالة الحذر والريبة أثناء تعامله مع المواقع التّجارية الإلكترونية، خشية تمكّن أحد العاملين على برنامج، أو برامج إدارة هذه المواقع التّجارية أو المشتّركين، من الحصول على رقم بطاقة الائتمان الخاصّة به، واستغلالها في شراء البضائع أو الخدمات لحسابه، ودفع ثمنها من حساب صاحب البطاقة الحقيقي، فضلاً عن إمكانية التّحايل والسّرقة عند دفع ثمن الشّراء، بواسطة بطاقة الائتمان في بعض الحالات. [4]

(1) نظام رقم 06/05، السّالف الذكر.

(2) ج ر، ع 06، الصّادر في 10 فبراير 2015، ص06.

(3) وسام فيصل محمود الشواورة، مرجع سابق، ص110.

(4) أشرف حسن محمد جواد، مرجع سابق، ص22.

المطلب الثاني:

الحماية الفنيّة أوالتّقنيّة للوفاء الرّقمي

إنّ حماية الدفع الإلكتروني شيء بالغ الأهمية للبنوك، نتيجة المخاطر والاعتداءات النّاتجة عن التّطور التّكنولوجي والأنظمة الجديدة، التّي تعتّمد عليها كي تتّم المعاملة بشكل مُؤمَّن؛ نظرًا لتدخّل قنوات الاتصال على الأنترنت والمفتوحة للجميع، ممّا يُعرِّض المعلومات الشّخصية للخطر.[1]

فالبنك يعتّمد في نظام حمايته على مساعدة فنيّة خارجية، فعلى مقدِّم الخدمة الفنيّة أن يكون على مستوى عالٍ وأن يكون بمقدوره توفير الحدّ الأدنى من الأمان، وأن يُؤمِّن من الأنظمة ما يتّفق مع ما يُستّخدم في البنك؛ لتلافي التّسريبات لهذه المعلومات والمحافظة عليها وعلى سّريتها[2].**(فرع أول)**

وعليه يعدّ تأمين وسائل وطرق الدفع الإلكتروني هو التّطور التكنولوجي الأساسي، المطلوب للانطلاق بالتّجارة الإلكترونية، ويعتبر أسلوب التّشفير أحد المخارج المناسبة لتحقيق تأمين المعاملات التّجارية والمدفوعات[3].

من هذا المنطلق تلزم الحماية التّقنية المؤسسات المالية، بتوفير واستخدام نظم معالجة المعلومات، كفيلة بتأمين الخدمات التّي تقدّمها عمومًا ومنها التّحويل الإلكتروني للأموال، وكذلك اتباع السّبل اللاّزمة لتحقيق ذلك، كأساليب التّوقيع واستخدام أنظمة التّشفير، والمحافظة على مفاتيح التّشفير وغيرها[4].

ممّا لاشك أنّ أمن هذه البيانات وتأمين عملية الدفع الإلكتروني، والتّحقق من شخصية المتّعاملين، وتأمين سلامة عملية تداول البيانات لإتمام الصّفقة التّجارية الإلكترونية، يحتاج إلى وسيلة حماية فنيّة بالدّرجة الأولى، تتمثّل في تشفير البيانات والتّوقيع الإلكتروني المنصوص عليها في قانون 04/15 كمسالة أولى[5].

---

(1) زكرياء مسعودي، الزهرة جقريف، " التوقيع الإلكتروني وحمايته لعملية الدفع الإلكتروني"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 01، ع03، مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية بالجزائر، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، ديسمبر 2017، ص155.

(2) مولاي حفيظ علوي قاديري، مرجع سابق، ص114.

(3) أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص151.

(4) هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص403.

(5) صحراوي مصطفى، "الحماية الفنية والجزائية للتّوقيع الإلكتروني على ضوء قانون 04/15 المتعلّق بالتّوقيع والتّصديق الإلكترونيين"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسة، المجلد 04، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ديسمبر 2018، ص94.

وعليه كان من الضّروري وجود طرف ثالث مُحايد وموثوق فيه، يعمل على حماية هذه المعلومات وتأكيد صّحتها. وفي هذا الصّدد يعتّبر إسناد حماية هذه البيانات وتأكيد صّحتها إلى جهات متخصّصة معتّمدة، من أهم الآليات المُستّحدثة في هذا المجال، وذلك فيما يسمّى بجهات التّصديق والتّوثيق الإلكتروني، والتّي تعمل على خلق بيئة إلكترونية آمنة للتّعامل عبر الأنترنت[1].**(فرع ثاني)**

الفرع الأول:

التّعريف بالحماية التّقنيّة في مجال الوفاء الرّقمي

إنّ الأنترنت شبكة مفتوحة لا تحتّوي على أيّ وجود مادي، فيصعب بذلك التّحقّق من هوية الأشخاص؛ الذين نتعامل معهم خاصّة مع قلة الخبرة المعلوماتية للأفراد، والتّي تُصعّب من التّحقّق في صحة المحرّرات والتّواقيع الإلكترونية، فأضحى من الضّروريات وضع أجهزة (حماية) أمنية للمعاملات الإلكترونية، فالعالم الافتراضي يعرّضنا للعديد من المخاطر كالسّرقة واستنكار عمليات الدّفع [2].

وتجدر الإشارة أنّ الأخطار التّقنيّة ازدادت، لكونها صادرة عن فعل إجرامي كنشر الفيروس أو ديدان الأنترنت، قصد الإضرار بالمعلومة الرّقمية سواء الهدف تدميرها أو السّطو عليها، أو تحريفها أو تزييفها أو فقط العبث بها. وبطبيعة الحال تتّم مواجهة الأخطار التّقنية عبر توفير أنظمة تقنيّة وقائية و حمائية، تضمن سلامة وأمن وسرّيّة المعلومة عمومًا، والوفاء المالي الإلكتروني خصوصًا، لهذا كان من اللاّزم أن تضمن الأنظمة التأمينية قدرًا عاليًا من الضّمان والأمان، وسرّيّة عملية الوفاء الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت من كل خطر محتّمل. وقد ظهرت بهذا الصّدد عدّة تقنيّات لتأمين الدفع الإلكتروني.[3]

(1) رضوان قرواش، "هيئات التّصديق الإلكتروني في ظلّ القانون 04/15 المتعلّق بالقواعد العامة للتّوقيع والتّصديق الإلكترونيين - المفهوم والالتزامات- "، مجلة العلوم الاجتماعية، المجلد 14، ع24، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف02، الجزائر، جوان 2017، ص411.

(2) حسان سعاد، إثبات التّعاملات الإلكترونية وفقا للقانون الجزائري والتشريعات المقارنة، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2019، ص120.

(3) حوحو يمينة، مرجع سابق، ص ص270- 271.

أولا: **المقصود بالحماية التّقنيّة للوفاء الرّقمي**: يُعرِّف الأستاذ "محمد دباس الحميد" الحماية التّقنية للدّفع الإلكتروني أنّها: "حماية جميع أنواع المعلومات ومصادر الأدوات، التّي يتّم التّعامل بها ومعالجتها، من طرف منظّمة وغرفة تشغيل الأجهزة ووسائط التّخزين والأفراد؛ من السّرقة والتّزوير والتّلف والضّياع والاختراق." (1)

كما تعرّف بأنّها:" ذلك الإجراء الوقائي الذي يتّخذه مُصدِّر وسيلة الدّفع الإلكتروني أو صانعها، أثناء وضعه لها للحدّ من الاعتداءات الخارجية التّي قد تقع عليها." (2)

ثانيا: **أهمية الحماية التّقنيّة للوفاء الرّقمي**: تظهر **أهمية** الحماية التّقنية للدّفع الإلكتروني في أنّها:

- تعمل الحماية الفنيّة والتّقنيّة للدّفع الإلكتروني على إيجاد أنظمة أمان لحماية نظم المعلوماتيّة، وتقنيّة المعلومات المتداولة عن طريق الشّركات المنتّجة للبرامج. فمسألة حماية وسائل الدّفع الإلكتروني بالغة الأهمية بالنسبة للمتعاملين بها من جهة، والبنوك على وجه الخصوص من جهة أخرى، وهذا ما يُترجّم تخصيص البنوك والمؤسسات المالية لمبالغ طائلة، للاستثمار في مجال تأمين أنظمة الدفع الإلكتروني(3)
- تعدّ مسالة الأمن والحماية من أهم الضّمانات والتّحديات، التّي تواجهها وسائل الدفع الإلكتروني اليوم، لأنّ غياب الأمن المعلوماتي يعتّبر من معوّقات التّجارة الإلكترونية، على الرّغم من المزايا التّي توفِّرها.

وحتّى تُواكب الجزائر التّطورات العالميّة، أصدر المشرّع الجزائري قانون 04/15. ومن هذا المنطلق يعدّ الوفاء عبر وسائل الدفع الإلكتروني، من أهم تطبيقات التّوقيع والتّصديق الإلكترونيين في التّجارة الإلكترونية (4).

---

(1) محمد دباس الحميد، ماركو إبراهيم نينو، حماية أنظمة المعلومات، ط 01، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص34.

(2) هداية بوعزة، فتيحة يوسف، الحماية التقنية للمعلومات و دورها في تأمين نظام الدّفع الإلكتروني، مرجع سابق، ص24.

(3) سعيدي عزو، خالد رامول، " الأمن التّقني للدّفع الإلكتروني أيّ فعالية ؟ "، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد01، ع 02، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، تندوف، الجزائر، ديسمبر 2017، ص122.

(4) غزالي نزيهة، " الآليات القانونية لحماية وسائل الدفع الإلكتروني في التّشريع الجزائري"، مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد06، ع01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017، ص 288.

الفرع الثاني:

أساليب الحماية التّقنيّة للوفاء الرّقمي

لكي يتّم التّغلب على مخاطر الوفاء الإلكتروني عبر الأنترنت بواسطة البطاقة البنكيّة مثلاً، لا يمكن في حقيقة الأمر تحقيقه إلاّ من خلال حلول تقنيّة، تكون هي الوسيلة لتّحقيق الأمان القانوني المنشود، وعليه تمّ ابتكار عدّة وسائل تقنيّة في هذا المجال [1]. وفي نفس الصّدد تتّخذ الحماية التّقنية أشكالاً وصورًا متعدّدة، يمكن تصنيفها إلى عدّة فئات بحسب الآليات المتّبعة والتّقنيات المُستّخدمة، وكذا الأهداف المرجوة من كل صورة من الحماية، حيث تختّلف أهداف هذه التّدابير من:

- تدابير وقائية التّي تهدف إلى إحباط الهجمات على مكوّنات النّظام، قبل تنفيذ أي عملية احتيالية عليه.
- تدابير الكشّف عن الهجمات التّي ترمي إلى تنبيه المُصدّرين أو مُشّغلي النظام، إلى حدوث عمليات احتيالية وتحديد مصدرها.
- تدابير الاحتواء وترمي إلى الحدِّ من نطاق النّصب، المُرتّكب عقب اكتشافه[2].

وتجدر الإشارة إلى أنّ بطاقة الائتمان والاعتماد المصرفية وسيلة وفاء مُؤمّنة، نظرًا لأنّها تُستّخدم من خلال شبكة مغلّقة، وفي هذا المقام ترمي الجهود الآن إلى تهيئتها من النّاحية الفنيّة، لتتلاءم مع شبكة الأنترنت المفتوحة[3]. لذا سنركّز الدّراسة على أهم هذه الوسائل والمتمثّلة في:

أولا: الوسائل الفنيّة لحماية البيانات الشّخصية للمستهلك الإلكتروني: قد تتضمّن المعاملات الإلكترونية بيانات شخصية، يتّم إرسالها من المستهلك إلى التّاجر في إطار التّأكيد على عملية البيع؛ هذه المعلومات عبارة عن بيانات إسمية، أو عدّة صور في شكل إلكتروني، كما قد تشمل مقر إقامة المستهلك وطبيعة العمل الذي يقوم به، وغير ذلك من البيانات التّي لا يرغب في الكشف عنها للغير، ولولا ضرورات المعاملة الإلكترونية لما تمّ الكشف عنها. لذا أقرّت معظم التّشريعات الدّولية[4]توفير الحماية القانونية للبيانات السرِّية[5].

---

(1) ضياء علي أحمد نعمان، حماية المستهلك في العقد المُبرم بشكل إلكتروني- الوفاء الإلكتروني نموذجًا- ، مرجع سابق، ص62.

(2) هداية بوعزة، فتيحة يوسف، الحماية التقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدفع الإلكتروني، مرجع سابق، ص24.

(3) صابر عبد العزيز سلامة، مرجع سابق، ص65.

(4) التوجيه الأوربي رقم 66/97 الخاص بمعاملة البيانات ذات الطابع الشّخصي وحماية الحياة الخاصّة في قطاع الاتصالات، الذي أقرّ الحق في حماية المستهلك وحماية بياناته الشّخصية.

(5) صافي حمزة، "حقوق المستهلك المتعاقد عبر شبكة الأنترنت"، مجلة الحقوق والحريات، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017، ص393.

وبالتالي السرِّية تعني بشكل عام إخفاء المعلومات المتعلّقة بالدّفع الإلكتروني، من خلال تشفيرها، بهدف منع التّعرّف على مقدار المبلغ، أو الجهة المُرسّلة إليها المبلغ. وفي هذا الصّدد ألزمت المادة 10 من نظام رقم05/07 المشاركين في نظم الدّفع، بضمان سرِّية وصِّحة المعلومات التّي تمرّ عبر أنظمة الدّفع.[1]

في مقابل ذلك كرّس القانون رقم 04/15 المتعلّق بالتّوقيع والتّصديق الإلكترونيين حماية البيانات الشّخصية، فأعطى مثلاً لمُؤدي خدمات التّصديق الإلكتروني إمكانية جمع البيانات الشّخصية للمعني، لكن ألزمه بجمع البيانات الضّرورية فحسب، لحفظ ومنح شهادة التّصديق الإلكتروني، كما يُحظر عليه استعمالها في أغراض أخرى[2].

وحرصًا على سرِّية البيانات التّي قد يتحصّل عليها المورّد الإلكتروني، والخاصّة بالمستهلك إثر معاملة تجارية قامت بينهما أو مُحتّملة، عني المشرّع الجزائري في قانون 05/18 بتوفير حماية للمستهلك، أين ألزمت المادة 26 منه المورِّد الإلكتروني لدى جمعه للمعطيات ذات الطّابع الشّخصي، الخاصّة بالمستهلك الإلكتروني ألاّ يجمع إلاّ البيانات الضّرورية لإبرام المعاملات التّجارية، وفي هذا الاطار؛ فإنّ المورّد الإلكتروني مُلزم بالحصول على موافقة المستهلك المُسبّقة قبل جمع البيانات[3].

كما أقرّ المشرّع بأنّه يجب على المورِّد الإلكتروني أن يقدّم العرض التجاري الإلكتروني، بطريقة لا لبس فيها وأن يتضمّن جملة من المعطيات[4]، من بينها الشّروط العامة للبيع لاسيما البنود المتعلّقة بحماية المعطيات ذات الطّابع الشّخصي، وفي حالة عدم التزام المورِّد الإلكتروني بذلك، جاز للمستهلك طلب إبطال العقد، والتّعويض عما لحقه من ضرر[5].

وفي هذا الصّدد يضمن المُورِّد الإلكتروني أمن نظم المعلومات وسرِّية البيانات، التّي تحصّل عليها عند إبرامه للمعاملات التّجارية أو تلك المُحتّملة، مع الالتزام بالأحكام القانونية والتّنظيمية المعمول بها في هذا المجال[6].

---

(1) غزالي نزيهة، تأمين وسائل الدفع الالكتروني بآلية التصديق الالكتروني، مرجع سابق، ص60.

(2) أنظر المادتان 42 و 71 من قانون 04/15، السّالف الذكر.

(3) دريس كمال فتحي، مرغني حيزوم بدر الدين، مرجع سابق، ص193.

(4) أنظر المادة 11 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

(5) أنظر المادة 14 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

(6) دريس كمال فتحي، مرغني حيزوم بدر الدين، مرجع سابق، ص193.

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، صدر قانون 07/18 المتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطّابع الشّخصي[1]، هذا القانون يعدّ الإطار التّشريعي المنظّم للمسائل المتعلّقة بحماية المعطيات الشّخصية في الجزائر؛ ويُلاحظ أنه حدّد المقصود بالمعطيات ذات الطّابع الشّخصي في الفقرة الثانية من المادة الثالثة[2]، وجدير بالذّكر أنّ قانون 07/18 أقرّ جملة من المقتّضيات القانونية، الهادفة إلى حماية الهوية والحقوق والحريات الفردية والجماعية والحياة الخاصّة، من كل ما من شأنه أن يمسّ بها عبر استخدام المعلوماتية[3].

هكذا يتبيّن أنّ هذا القانون تميّز بطابع تقني، حيث نصّ على إنشاء سلطة وطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، تتمتّع بالشّخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري، ووظيفة هذه الهيئة السهر على مطابقة معالجة المعطيات ذات الطابع الشّخصي[4] مع أحكام هذا القانون، بالإضافة إلى إنشاء سجل وطني لحماية المعطيات ذات الطّابع الشّخصي؛ يمسّك من طرف ذات الهيئة، تقيّد فيه الملفات التّي تكون السّلطات العمومية، أو الخواص مسؤولين عن معالجتها[5].

(1) قانون رقم 07/18 مؤرخ في 10 يونيو 2018، يتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطّابع الشّخصي، ج ر، ع 34، الصّادر في 10 يونيو2018، ص11.

(2) تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة بأنّه: "المعطيات ذات الطّابع الشّخصي: كل معلومة بغض النّظر عن دعامتها متعلقة بشخص معرف أو قابل للتعرف عليه والمشار إليه أدناه. " الشخص المعني" بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لاسيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدّة عناصر خاصّة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية."

(3) عائشة بن قارة مصطفى، " آليات حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد10، ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّه لخضر، الوادي، الجزائر، أفريل 2019، ص 748.

(4) عُرِّفت معالجة المعطيات ذات الطابع الشّخصي بمقتضى المادة 03 ف03 من قانون 07/18 بأنّها: " كل عملية أو مجموعة عمليات منجّزة بطرق أو بوسائل آلية أو بدونها على معطيات ذات طابع شخصي، مثل الجمع أو التّسجيل أو التّنظيم أو الحفظ أو الملاءمة أو التغيير أو الاستخراج أو الاطلاع أو الاستعمال أو الإيصال عن طريق الإرسال أو النشر أو أي شكل آخر من أشكال الإتاحة أو التّقريب أو الرّبط البيني وكذا الإغلاق أو التشفير أو المسح أو الإتلاف". كما يلتّزم المسؤول عن المعالجة وفقا لمقتضيات المادة 38 من القانون المذكور أعلاه، بوضع التدابير التقنية والتنظيمية الملائمة لحماية المعطيات ذات الطّابع الشّخصي، من الإتلاف العرضي أو غير المشروع أو الضياع العرضي، أو التلف أو النشر أو الولوج غير المرخصين، خصوصًا عندما تستّوجب المعالجة إرسال معطيات عبر شبكة معينة، وكذا حمايتها من أي شكل من أشكال المعالجة غير المشروعة.

(5) العيداني محمد، يوسف زروق، " حماية المعطيات الشّخصية في الجزائر على ضوء القانون 07/18 (المتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطّابع الشّخصي) "، مجلة معالم للدّراسات القانونية والسياسية، ع 05، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، تندوف، الجزائر، ديسمبر2018 ، ص 117.

وناهيك عن ذلك تضمّن القانون 07/18[1] مجموعة من القواعد الجنائية الموضوعية، المتعلّقة بحماية المعطيات ذات الطّابع الشّخصي، وذلك ضماناً لحق الأفراد في الحياة الخاصّة، حيث عاقب من خلال الأحكام الجزائية على مجموعة من الأفعال الماسّة بهذا الحق[2]. وشدّد المشرّع العقوبات الناجمة عن خرق أحكام هذا القانون، والتّي يتراوح الحبس فيها من شهرين إلى 05 سنوات، وتتراوح الغرامات من 20.000 دج إلى غاية 1.000.000 دج [3]. وفي مقام موالي نجد أنّ المشرّع الجزائري في الفصل الخاصّ بالجرائم والعقوبات؛ يرتّب جزاء على مخالفة هذا الالتزام- الحفاظ على البيانات الشّخصية للمستهلك الإلكتروني- إذ عدّها جنحة، وأقرّ لها عقوبة مالية تتراوح بين 50.000 دج إلى 500.00 دج[4].

ومن زاوية أخرى تؤهل الإدارة المكلّفة بحماية المستّهلك، بالقيام بإجراءات غرامة الصّلح مع الأشخاص المتابعين بمخالفة أحكام قانون 05/18- هذه المخالفة متمثّلة في هذا الصّدد في إهمال ذكر البنود المتعلّقة بحماية المعطيات ذات الطّابع الشّخصي-، وفضلا عن ذلك يجب على الأعوان المنصوص عليهم في المادة 36 من هذا القانون اقتراح غرامة صلح على المخالفين[5].

فالحفاظ على البيانات الشّخصية للمستهلك يعزّز الثقة في العقد، ويجعل هذه البيانات في مأمن من الاختراق والاعتداء عليها، وممّا لا شك فيه أنّه في هذا الوضع تُطبّق العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات[6] والقانون رقم 04/09[7].

لكن لا يفوتنا أن ننوّه إلى أنّ القانون التونسي، قد أولى البيانات الشّخصية المُتداولة في نطاق عقد البيع الإلكتروني أهمية خاصّة، وأفرد لها بابًا مستّقلاً هو الباب السّادس بعنوان:

" في حماية المعطيات الشّخصية." [8]

---

(1) تضمن قانون07/18 نصوصًا تجرّم الانتهاكات الماسة بالمعطيات الشّخصية أثناء معالجتها، وأفرد مجموعة من العقوبات تطبق على الجهات التّي لا تحترّم مقتضيات هذا القانون. وهذا بمقتضى الفصل الثالث المعنون بـــ" الأحكام الجزائية" في المواد من 54 إلى 74.

(2) عائشة بن قارة مصطفى، مرجع سابق، ص 753.

(3) العيداني محمد، يوسف زروق، مرجع سابق، ص 128.

(4) أنظر المادة 39 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

(5) أنظر المادة 45 من قانون 05/18 ق. ت. إ.

(6) المواد 303 مكرر إلى 303 مكرر 03، المُضافة بقانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمّن قانون العقوبات، ج ر، ع 84، الصّادر في 2006/12/24، ص11.

(7) القانون رقم 04/09، المتعلّق بالوقاية من الجرائم المتّصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، السّالف الذكر.

(8) عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص245.

ونافلة القول أنّ الالتزام بحماية المعطيات الشّخصية يقتّضي عدم نشر أو بثّ أي بيانات، تتعلّق بشخصيات المتعاملين أو حياتهم الخاصّة، وكذلك البيانات المصرفية الخاصّة بهم، إذ أنّ البنوك وقبل منح أية تسهيلات لعملائها، تُجري تحرّيات وثيقة ومُفصّلة عن مسلك الشّخص ومركزه المالي.[1]

إنّ الأنظمة القائمة على تداول النقود الإلكترونية، تكفل قدرًا كافيًا من السرِّية والخصوصيّة، فالمعاملات الشّخصية والمصرفية للمستهلك تبقى بعيدة عن تدخّل الغير. وحماية الخصوصيّة تقضي أنّ بعض أو كل المعلومات الخاصّة بالصّفقة، تحجب عن بعض أطراف التّعامل، سواءً أكانوا مشتركين في الصفقة أم مراقبين. وفي هذا الإطار السرِّية تعني عدم القدرة على مراقبة مدفوعات النقود الإلكترونية، التّي تتّم بين التّاجر والمستهلك واقتفاء أثرها، أو الرّبط بين إنفاق النقود الإلكترونية وبين المستهلك من خلال تلك المدفوعات[2]، إذ استطاع الباحثون والمتخصّصون في هذا المجال، استخدام وسائل عدّة؛ يمكن أن تحقّق هذه الحماية من أهمها: الوسيط الضّامن، نظام ميل سيف، البصمة الإلكترونية للرّسالة والكتابة الكودية (الرقم السري، الكلمة السرية).

1/ الوسيط الضّامن(الخادم المُفوَّض):إنّ الخشية من القرصنة التّي تطال الأرقام السرِّية لبطاقة الائتمان - التّي تتّم بموجبها- أدّت إلى البحث عن وسائل آمنة للدّفع الإلكتروني، تمثّلت بالاستعانة بوسيط الكتروني[3]. فالخادم المُفوّض يقوم بدور الوسيط بين الشّبكات المؤمّنة والشّبكات غير المؤمّنة، فعن طريقه يستّطيع صاحب المنشأة رصد حركة موظفيه على شبكة الأنترنت، كما يمكن التّحكم في عملية الدخول إلى موقع معيّن؛ عن طريق إعطائه أمر بعدم الدّخول على الموقع المعيّن ذاته. فعندما يرغب أحد العاملين الدخول على الموقع يمنّعه المُفوّض. وغالبًا ما يتّم اقتران الحوائط النّارية مع الخادم المُفوّض، لضمان التّحكم في عمليات الدخول والخروج، وتحقيق التّأمين الكامل للشّبكات المُؤمّنة[4]، حيث يتّم عبر هذا الأسلوب نقل النقود من حساب المدين(العميل) إلى حساب الدائن (التاجر أو المورّد)، وذلك بعد إتمام إجراءات الوفاء بين بنكي العميل والتّاجر[5].

---

(1) لدغش سليمة، " حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت بين الواقع والضرورة "، مجلة الحقوق والحريات، ع04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل2017، ص ص368- 369.

(2) نور عقيل طاهر، " النقود الإلكترونية أحد وسائل الدفع الإلكتروني"، مجلة رسالة الحقوق، ع01، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة الرابعة، 2012، ص132.

(3) ميكائيل رشيد علي الزيباري، مرجع سابق، ص409.

(4) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، ط01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص180.

(5) ضياء علي أحمد نعمان، حماية المستهلك في العقد المُبرم بشكل إلكتروني- الوفاء الإلكتروني نموذجا- ، مرجع سابق، ص62.

ويُلاحظ أنّ من أهم الأنظمة التّي تقوم على هذه الطريقة: نظام الافتراض الأول[1]، النقد أو الدّفع الافتراضي الشّبكي[2] ونظام الهوية الكونية أو القابض الافتراضي الأول.[3]

وفي نفس الصّدد قد اتجهت شركتا "فيزا" و"ماستر كارد" الرائدتان في مجال البطاقات الائتمانية إلى نظام يسمى"3D SECURE"؛ وذلك لتحديد هوية حامليهم، ومن خلال هذا النّظام يقوم البنك مُصدّر البطاقة باعتماد هوية المشتري حامل البطاقة، وضمان ذلك التّاجر، ويكون للتّاجر طلب تحديد هوية حامل البطاقة، من البنك المُصدّر لها في الداخل أو الخارج. ومن خلال برنامج خاص يستّطيع معه سؤال البنك بواسطة شبكة الأنترنت، وبذلك يضمن التّاجر الوفاء بالثّمن، وتبقى وسائل التّأكد من هوية حامل البطاقة وفقًا لرغبة كل بنك. ويتحمّل البنك مُصدِّر البطاقة وليس التّاجر، المسؤولية عند عدم الوفاء.[4]

2/ نظام أو برنامج ميل سيف "Mail Safe": يعتّمد هذا البرنامج[5] على تشفير الملفات، من أجل تأمين الاتصالات وحالات التّشارك في البيانات، وهو أكبر البرامج انتشارًا ونفعًا وجاذبية في حالات البريد الإلكتروني. فهو يتيح ما نطلق عليه أغلفة رقمية وتوقيعات رقمية، أمّا الأغلفة الرّقمية فهي تخفي معلومات عن الجميع؛ ماعدا الجهة المقصود وصول الرّسالة إليها، في حين التّوقيعات الرّقمية تُنسب الرّسالة إلى مرسّلها الحقيقي؛ وتمنّع من أي تغيرات غير مرخّص بها على الرّسالة[6].

---

(1) **النظام الافتراضي الأول** "FIRST VIRTUAL"، "FIRST VIRTUAL HOLDING": طرح نظام الوفاء الإلكتروني عبر الوسطاء من قبل شركة أمريكية من ولاية "WYOMING" تدعى: "LA FIRST VIRTUAL HOLDING SINC"، والشبكة الافتراضية المسماة "Virtual Private Net work "VPN " لا وجود لها في الواقع، وإنما أنشئت لتأمين البيانات عبر الأنترنت، تعتمد على بروتوكول آمن يسمى بـــ VPN، أي قنوات خاصة تربط نقطة الاتصال والاستقبال، باستعمال أنظمة التّشفير الموثوق بها والقوية، لضمان سرّية البيانات. أنظر: يمينة حوحو، مرجع سابق، ص272.

(2) **نظام الدفع أو النقد الشبكي أو الافتراضي**: "**Cyber Cash**": ويتمثّل الوفاء أو الأداء بهذه الطريقة في قيام العميل(المشتري) بإرسال البيانات الخاصة به، والمتعلّقة بالأداء بالمقابل، سواء أكانت أرقام حسابات أم غيرها، إلى نظام معالجة المعلومات الخاصة بالتاجر، ولكي تكون هذه البيانات مشفّرة، ويقوم هذا التاجر بتوقيعها، و إرسالها إلى المؤسسة الوسيطة أيضا إلكترونيا. ويتولّى الوسيط فك الشّفرة وإرسال المعلومات "البيانات" بأساليب أمنية إلى مصرف التّاجر. أنظر: هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص ص383- 384.

(3) **نظام الهوية الكونية** :"**Globe ID**": يعدّ نظام الهوية الكونية ذا منشأ فرنسي، والذي صمّمه "KLE BOXE"، وهذا النظام يعتمد بشكل رئيسي على البطاقات المصرفية، إلاّ أنّه منظّم بطريقة لا تسمح بمرور المعلومات المصرفية عبر الشّبكة، كما أنّه يعتّمد على تشّفير العمليات الحسّاسة التّي تتّم عبر الشّبكة. أنظر: مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص388.

(4) هالة جمال الدين محمد محمود، مرجع سابق، ص ص285- 286.

(5) وضع هذا البرنامج شركة "RSA Security Data ".

(6) محمد دباس الحميد، ماركو إبراهيم نينو، مرجع سابق، ص ص106- 107.

3/ البصمة الإلكترونية للرّسالة: إنّ البصمة الإلكترونية للرّسالة هي بصمة رّقمية، يتّم اشتقاقها وفقًا لخوارزميات معيّنة تُدعى بدوال التّمويه، إذ تُطبّق هذه الخوارزميات حسابات رياضية على الرّسالة لتوليد بصمة(سلسلة صغيرة)، تُمثِّل ملفًا كاملاً أو رسالة (سلسلة كبيرة)، وتدعى البيانات النّاتجة بالبصمة الإلكترونية للرّسالة [1].

وتتكوّن البصمة الإلكترونية للرّسالة من بيانات، لها طول ثابت يتراوح ما بين 128 و160 Bits، ومن غير المُمكن اشتقاق البصمة الإلكترونية ذاتها من رسالتين مختلفتين، إذ تتميّز البصمات الإلكترونية عن بعضها البعض بحسب المفاتيح الخاصّة المُنشِّئة لها، ومن غير المُمكن كذلك فك شيفراتها إلاّ باستخدام المفاتيح العامة، ولهذا يُطلق على التّمويه المُستّخدّم في إنشاء البصمة الإلكترونية اسم آخر؛ وهو اقتران التّمويه الأُحادي الاتجاه[2].

وفي هذا المقام تقوم مؤسسة مختّصة بأخذ بصمة الزّبون، عند ذلك يجعل لها الزّبون ملف خاص به، يحتّوي مجموعة من معلوماته الشّخصية؛ من هويتّه ورقم حسابه البنكي، وكل هذه المعلومات تخزّن بطريقة سرّية وآمنة في برنامج هذا الأخير، يستّعمله التّاجر في عمليات القبض أو عمليات تحويل الأموال، فبدلاً من أخذ البطاقة البنكية وتمريرها على جهاز التّحويل المالي الآلي، فإنّه يضع إصبعه (إبهامه من اليد اليسرى) في جهاز خاص، فيقوم بتّحويل المبلغ من حسابه البنكي(أي الزبون) إلى التّاجر، دون حمل أيّ النّقود التّقليدية.[3]

4/ الكتابة الكودية- الكلمة السرّية أو الرّقم السرّي- "Pass word": تتمثّل هذه الطريقة بجعل الكتابة تظهر بصورة مُغايرة لحقيقتها، بحيث لا يمكن قراءتها إلاّ باستخدام مفتاح خاص، أو باستعمال كلمة سرّ أي كتابة الشّيفرة، بمعنى تحويل النّص اللّغوي إلى نص رقمي؛ من خلال استخدام أداة مُخصّصة للتّشفير(أداة التّرقيم)[4].

ويُلاحظ أنّه هناك طريقتان لنقل الرّقم السرّي:

---

(1) مسعداوي يوسف، سعيدي جميلة، "وسائل الدفع الإلكترونية "، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، مرجع سابق، ص08.

(2) سعيدي عزو، خالد رامول، مرجع سابق، ص ص125- 126.

(3) برحومة عبد الحميد، صورية بوطرفة، " النقود الإلكترونية والأساليب البنكية الحديثة في الدّفع والتّسديد - مخا طرها وطرق حمايتها- "، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، مرجع سابق، ص15.

(4) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص299.

أ/ نقل الرّقم السرّي من خلال شبكة مُغلّقة: يمكن للمستّفيد التّمتّع بضمانة الدّفع المُؤمّن، بالحصول على التّوقيع الخطي أو الإلكتروني لمُصدِّر أمر الدّفع، ويتّم التّوقيع الإلكتروني بإدخال البطاقة المصرفية مصحوبًا برقم سرِّي، في جهاز خاص لدى المستّفيد موصول بشبكة مغلّقة؛ تربط هذا الأخير ببنك معلوماتية المؤسّسة المالية المُصدِّرة للبطاقة، فيتّم بذلك التّحقق من هوية مُصدِّر الأمر وصلاحية بطاقة اعتماده[1].

ب/ نقل الرّقم السرّي من خلال الأنترنت: من النّاحية الفنيّة لا يوجد ما يمنع من استخدام الوسيلة السّالف ذكرها عبر شبكة الأنترنت، إلاّ أنّ هذه الشّبكة مفتوحة؛ وعليه فإنّ المعلوماتية المُتبادلة معرض لئن تقع في حوزة أشخاص ليست لهم صلّة بالعقد[2]. وفي هذا الإطار نجد هناك عصابة من الهواة "Crackers"[3] والمحتّرفين"Hackers" [4] يسمّون بقراصنة الأنترنت"Pirates informatique"، يتصيّدوا المعلومات ويطّلعون على أسرار الغير، ولذا فإنّ أغلبية المشتّركين يكتّفون بذكر الرّقم الظّاهر لبطاقة الاعتماد المصرفية دون الرّقم السرّي، ممّا يعني أنّ البائع يتحمّل خطر معارضة المشتري لإشعار الدّفع، لذا أضحى من الضّروري إيجاد طريقة فنيّة تسمح بالنّقل المؤمّن للرّقم السرِّي[5]

ممّا لاشك فيه أنّ استخدام مثل هذا النّظام للولوج للخدمات البنكية، يمكن اعتباره بمثابة توقيع إلكتروني، لأنّه لا يمكن إجراء العملية إلاّ بإدخال كلمة السرّ وهوية المستّخدم، وهي بذلك تكون مرتّبطة برسالة المعلومات المُتضمّنة للعملية التّي أُجريت، وباعتبارها خاصّة بالعميل وحده فإنّها تميّز شخصيّته، وتدّل عليها وعلى إرادته في القيام بالعمليّة والالتزام بمضمونها[6].

فضلا عن ذلك يمكن اللجوء إلى استعمال تقنية أخرى وهي **كلمة السرّ التّي لا تتكرّر**، إذ يُستّعمل هذا النّظام كوسيلة إضافية للنّظام السّابق، حيث تقوم بعض البنوك الإلكترونية باستخدامه مع

---

(1) صابر عبد العزيز سلامة، مرجع سابق، ص65.

(2) مرجع نفسه، ص66.

(3) فئة كراكرز"**Crackers** " تتمثّل في طائفة الأشخاص المجرمين الرّقميين، الذين يشنون اعتداءات على أمن النّظم الرّقمية، وتهدف هذه الفئة إلى تحقيق الكسب المادي من الاعتداءات الرّقمية، التّي يرتكبونها إمّا لحسابهم الخاص أو لحساب الغير.

(4) فئة الهاكرز"**Hackers** "، التّي تقوم بالاعتداءات الرّقمية بدافع التّحدي الإبداعي، وإثبات قدراتهم في المجال الرقمي، وتستّهدف في الغالب أكبر المؤسسات والشّركات العالمية الخاصّة والعامة، وتقوم هذه الفئة بتبادل البيانات فيما بينهم؛ خاصّة فيما يتعلّق في المشاركة في تحديد وسائل الاختراق، والآليات اللاّزمة في النجاح في ذلك. للتفصيل أكثر راجع: عيلام رشيدة، مرجع سابق، ص ص289- 290.

(5) صابر عبد العزيز سلامة، مرجع سابق، ص66.

(6) هداية بوعزة، فتيحة يوسف، الحماية التّقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدّفع الإلكتروني، مرجع سابق، ص28.

عملائها؛ عند إجراء العمليات التّي تتضمّن أوامر الدّفع. ويُلاحظ أنّ هذا النّظام يعمل بطريقتين أولهما: تسمى **نظام S/Key**، وتعتّمد على اشتراك كل من العميل والبنك للتوصّل لكلمة السرّ التّي لا تتكرّر، حيث يتّم تزويد كل منها في البداية بنفس جملة المرور، وعدد مرات إدخال البيانات لخوارزمية القيمة الاختيارية "Hash" "هاش "، فيبدأ العميل بإرسال رسالة البداية، فيردّ البنك برقم عشوائي" Seed" يتّم استخدامه في استخراج كلمة السرّ التّي لا تتكرّر[1].

وحاليًا توجد العديد من المشّاريع قيد الدّراسة أو قيد الاختبار، لوضع طرق ووسائل آمنة للدّفع، بواسطة البطاقة المصرفية في الشّبكات المشروعة من نوع شبكة الأنترنت، من بين هذه المشاريع ذات الشّريحة، التّي تعني تزويد بطاقات الدّفع بذاكرات إلكترونية مُندّمجة، والتّي تؤمّن ضمان التّاجر.

وعلاوة على ذلك نجد مشاريع أعلنت عنها شركة "فيزا" و" ماستر كارد" بتاريخ الأول شباط 1996، في بيان مشتّرك عن وضع نموذج تقنّي مُوّحد، في موضوع الدّفع ببطاقات الائتمان في شبكات الأنترنت يسمّى **نظام الصّفقات الإلكترونية الآمنة**، حيث يرتّكز هذا النّظام على استخدام آمن لبطاقات الدّفع، يقوم على مبدأ تشفير الأرقام السرّية وقت إرسالها. ويقوم على ثلاثة أطراف: الدائنون والتّجار وشركة الخدمات[2].

ثانيا: <u>تقنيات حماية أمن الشّبكات والمراسلات والمواقع الإلكترونية</u>: بالرّغم ما تقدّمه الأنترنت من فوائد وخدمات، فإنّ ذلك لا يخلو من أخطار، ولمقاومتها ظهرت تقنيات ومفاهيم متعدّدة؛ من أكثرها انتشارًا الجدران النّارية "Fire walls"[3]. وتجدر الإشارة أنّ نظام الجدران النارية هو عبارة عن برنامج وأجهزة، تُوصل شبكة المعلومات والأنظمة الدّاخلية للمُستّخدِّم مع شبكة الأنترنت، حيث يحافظ المضيف على اتصال من جانب واحد، واتصال مع الشّبكة الداخلية من الجانب الآخر، حيث يتّم إعداد القواعد لمراقبة كافة التّيارات الإلكترونية، فيتّم إخفاء جميع العناوين الموجودة على الأجهزة، في الشّبكات الدّاخلية من الخارج، ويُشبِّه البّعض هذه التّقنية برجل الأمن، الذي يقف على بوابة المنشأة يمنع الأشخاص غير المرغوب فيهم[4].

---

(1) قدة حبيبة، مرجع سابق، ص14.

(2) رشيد بوعافية، " آلية الدفع الإلكتروني باستعمال بطاقة الائتمان عبر شبكة الأنترنت"، مجلة الاقتصاد الجديد، المجلد03، ع02، مخبر الاقتصاد الرّقمي في الجزائر، جامعة خميس مليانة، الجزائر، ديسمبر 2012، ص42.

(3) يمينة حوحو، مرجع سابق، ص271.

(4) عبد الرحيم وهيبة، " تقييم وسائل الدفع الإلكترونية ومستقبل وسائل الدفع التقليدية في ظلّ وجودها "، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، مرجع سابق، ص05.

وبالتّالي آلية الحوائط النّارية تمنع تلك الاتصالات المشكوك فيها إلى داخل الشّبكة، كما تقوم بعملية فلترة الاتصالات الخارجية، بالإضافة إلى اعتمادها على برامج اكتشاف الأماكن الخلفية، المفتوحة في نظام موقع التّسويق، وبرامج الحماية ضدّ الاختراق، وكذا برامج تنقية المعلومات التّي تقوم بدور المُنبِّه أو المُحذِّر، عند محاولة الاختراق التّي تحدث[1].

لا يمكن لأحد أن يُنكِّر مزايا الجدران النّارية، والتّي تتمثّل في توفير الحماية اللاّزمة للشّبكة والمعلومات، والحدّ من تعرّضها للأخطار ومتابعة المستّخدمين للشّبكة، ومن يحاول العبث بها، وكذا تسجيل وقائع الاستخدام بدّقة، طالما أنّ كل الرسائل والأوامر تمرّ به، عند خروجها إلى الأنترنت وقدومها منها، وعليه يستّطيع الجدار النّاري تسجيل كافة المعلومات عن حركة المرور هذه[2].

ثالثا: الآليات التّقنيّة لحماية التّوقيع الإلكتروني: لكثرة المعاملات القانونية وسرعتها في ظلّ التّقدّم التّكنولوجي، كان لابد من اعتماد وسائل جديدة؛ تُنسِّق بين عملية إبرام التّصرفات القانونية وسبل تسييرها، بشكل أضمن وأسرع يتماشى والتّطور التّكنولوجي، وهذا من خلال استخدام الوسائل الإلكترونية لإبرام هذه التّصرفات عبر الشّبكة المعلوماتية، غير أنّه وضماناً لحماية ولتجسيد مفهوم الخصوصيّة، والأمن للمتعاملين عبر شبكة الأنترنت، وحفاظاً على سرِّية المعلومات وهوية الأشخاص، ولحماية المعاملات الإلكترونية، كان لابدّ من اتخاذ إجراءات وقائية؛ تكون من خلالها بيانات المتّعاقد ومعلوماته، في مأمن من العبث بها عند تداولها، والتّي تُعتّبر كوسيلة تضمّن حماية هذه المعلومات من التّزوير والتّقليد، وذلك عن طريق ما يسمّى بالتّوقيع الإلكتروني[3]، إذ يتمتّع هذا الأخير وخاصّة منه الرّقمي؛ بقدرة فائقة على تحديد هوية الأطراف بشكل دقيق ومميّز، وبدرجة عالية من الثّقة عند استخدامه في إبرام العقد، وهو ما يجعله من أهم صور التّوقيع الإلكتروني.[4]

وجدير بالذّكر أنّ المعاملات البنكية كانت السّباقة في استخدام التّوقيع الرّقمي(الكودي) من خلال البطاقات البنكية[5].

---

(1) قعفور فاطنة،" الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة التّعاقد"، مجلة الفقه والقانون، ع 56، المغرب، يونيو، 2017، ص ص81- 82. تم تحميله من موقع: www.Majalah-droit.ici.st

(2) منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، أمن المعلومات الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص56.

(3) حليتيم سراح، "خصوصية التّوقيع الرقمي في توثيق العقود الإلكترونية "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة01 الحاج لخضر، الجزائر، جويلية 2018، ص738.

(4) لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرّر الإلكتروني، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص144.

(5) حسان سعاد، مرجع سابق، ص80.

ونتيجة ذلك ظهر التّشفير كتقنيّة لتأمين التّوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، فهو إجراء يؤدي إلى الثّقة والأمان، إذ يقوم أساسًا على استخدام أدوات وأساليب لتحويل المعلومات، وإخفاء محتوياتها للحيلولة دون تعديلها، أو استخدامها الغير المشروع[1].

وعليه لضمان الأمان في عملية التّشفير الخاصّة بالتّوقيع الكودي، وُجدت الحاجة إلى طرف ثالث مُحايد في عملية التّجارة الإلكترونية، يكون محل ثقة الأفراد للتّحقق من صِّحة التّوقيع، عن طريق مؤدي خدمات التّصديق بإصدار شهادة التّصديق الإلكتروني[2]، وقد اعتّرف المشرّع الجزائري في قانون التّوقيع والتّصديق الإلكترونيين، بهذا الشّخص الثالث كطرف مُحايد، لضمان أعلى درجات الأمان في المعاملات الإلكترونية[3]. ومن هذا المنطلق سنتناول بالدراسة: التّشفير والتّصديق الإلكتروني؛ باعتبارهما آليتان تقنيتان لحماية التّوقيع الإلكتروني.

1/ آلية التّشفير ودورها في حماية التّوقيع الإلكتروني: إنّ التّوقيع الإلكتروني الموجود ضمن محرّر على وسيط إلكتروني، يمكّن القراصنة من اختراق أنظمة المعلومات، والتقاط صورة التّوقيع أو فكّ شفرته، ثم استخدامه بدون علم صاحبه، وناهيك عن ظهور العديد من حالات التّزوير لبطاقة الائتمان، زيادة على ظهور الفيروسات التّي تهدّد بإتلاف الملفات المحفوظة، ممّا يؤدي إلى اضطراب التّعامل على الوسائط الإلكترونية، وعلى هذا الأساس وُضعت آلية لحماية التّوقيع الإلكتروني؛ من أجل تأمين المعاملات الإلكترونية والتّجارة الإلكترونية وتجاوز هذه الصعوبات، و تمّ اعتماد آلية التّشفير لكبح مُرتّكبي جرائم الاختراق، والتّجاوزات والاحتيال الإلكتروني.[4]

أ/ مفهوم التّشفير الإلكتروني: إنّ نظام التّشفير ليس ضروريًا لضمان السّلامة والسرّية لمضمون المستّندات الإلكترونية فحسب، بل لضمان نسبتها إلى المُنشئ، ولضمان صحّة التّوقيع الإلكتروني الصّادر من المُنشئ على هذه المستندات[5].

(1) صحراوي محمد، مرجع سابق، ص ص94- 95.

(2) عبيزة منيرة، " التوقيع الإلكتروني كضمانة قانونية لحماية المستهلك الإلكتروني"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02،ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، مارس2018، ص193.

(3) قانون 04/15 الذي يحدّد القواعد العامة المتعلّقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السّالف الذكر.

(4) عقوني محمد، بلمهدي إبراهيم،" الآليات التقنية والقانونية لحماية التّوقيع الإلكتروني"، مجلة المفكر، ع 18، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2019، ص302.

(5) هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص452.

ويُلاحظ أنّ الغاية الأساسية التّي حظي من أجلها التّشفير باهتمام الدول، هي تأمين البيانات التّي تُنقل عبر الدّعائم الإلكترونية وضمان سرّيتها، خاصّة وأنّ المعاملات الإلكترونية غالبًا ما تتضمّن بيانات شّخصية، يُرسلّها المستهلك الإلكتروني إلى التّاجر بهدف إتمام المعاملة الإلكترونية[1].

أ1/ تعريف التّشفير: يعدّ التّشفير أحد فروع العلوم الرياضيّة، وكان في الزّمن الماضي يُستّخدم في الأغراض العسّكرية[2] والحكومة فقط، أمّا الآن فقد أصبح يُستّخدم في الحياة اليومية العادية، بسبب دخول العالم إلى عصر تكنولوجيا المعلومات، والحاجة إلى مثل هذه التّقنية من أجل تأمين الشّبكات، والمعلومات التّي ثبت عليها[3].

وجدير بالذّكر أنّ المشرّع الجزائري لم يتطرّق في قانون التّجارة الإلكترونية وهو القانون 05/18 إلى تعريف التّشفير، وفي مقابل ذلك اكتّفى بتعريف مفتاح التّشفير الخاص ومفتاح التّشفير العمومي في قانون 04/15[4].

وعلى خلاف ذلك عرّف المشرّع الفرنسي التّشفير في المادة 28 من القانون رقم 1170/90 الخاصّ بتنظيم وسائل الاتصال عن بُعد على أنّه:" جميع الخدمات التّي تسعى إلى تحويل من خلال اتفاقات سرّية، المعلومات أو إشارات واضحة إلى أخرى غير مفهومة من قبل الأغيار، أو إلى إنجاز عكس هذه العملية، باللّجوء إلى وسائل أو معدّات أو برامج معلوماتية مسخّرة لهذه الغاية." [5]

ويُلاحظ أنّ المشرّع المغربي لم ينص من خلال قانون53/05 المتعلّق بالتّبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، على تعريف التّشفير كما فعل بالنسبة للتّوقيع الإلكتروني، حيث اكتفى في هذا المقام بتعريف وسيلته وخدمته، التّي تهدف إلى ضمان سلامة تبادل المعطيات القانونية بطريقة إلكترونية، أو تخزينها أو هما معًا بكيفية تمكّن من ضمان سرّيتها[6].

---

(1) عبيزة منيرة، مرجع سابق، ص192.

(2) إذ استّخدم التّشفير كسلاح في الحروب لاسيما في الحرب العالمية الأولى، أين استّعمل سنة 1917 لفكّ رموز برقية مُرسلة من برلين إلى السّفير الألماني في واشنطن. أنظر: حليتيم سراح، مرجع سابق، ص739.

(3) سهى يحي الصباحين، التّوقيع الإلكتروني وحجيتّه في الإثبات " دراسة مقارنة "، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2005، ص64.

(4) القانون 04/15 المحدّد للقواعد العامة المتعلّقة بالتّوقيع والتّصديق الإلكترونيين، السّالف الذكر.

(5) Loi relative aux fractions aux règles de cryptologie N°: 90/1170 du 29/12/1990, modifiée par la loi 91/648 du 11/07/1991, modifier par la loi 96/659 du 26/07/1996 sur la règlementation des télécommunications, J.O N°174 du 27/07/1996 = Michelle Jean-Baptiste, créer et exploiter un commerce électronique, Lexis Nexis/ Litec, 1998, p, 145.

(6) محمد أخياط، مرجع سابق، ص18.

وفي مقابل ذلك انفّرد المشرّع التونسي في نصوصه، عن باقي التّشريعات العربية الخاصّة بالتّجارة الإلكترونية، بتعريف التّشفير بأنّه:" استعمال رموز وإشارات غير مُتداولة، تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تحريرها، أو إرسالها غير قابلة للفهم من قِبل الغير، أو استعمال رموز وإشارات، لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها." (1)

علاوة على ذلك عرّف المشرّع المصري التّشفير، بمقتّضى اللاّئحة التّنفيذية لقانون التّوقيع الإلكتروني، في الفقرة التّاسعة من المادة الأولى بأنّه: "منظومة تقنية حسابية تستّخدم مفاتيح خاصّة، لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونيا، بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلاّ عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فكّ الشّفرة." (2)

وفي نفس الصّدد عالج قانون الأونيسترال موضوع التّشفير، من خلال التّعريف بالتّوقيع الرّقمي؛ الذي يعتّمد على تقنية التّشفير أو التّرميز، والذي عرّفه بأنّه فرع الرياضيات التّطبيقية الذي يُعنى بتحويل الرّسائل، إلى صيغ تبدو غير مفهومة، ثمّ إعادتها إلى صيغتها الأصلية.(3)

ومن زاوية أخرى عرّف بعضهم التّشفير الإلكتروني بأنّه:" عملية تمويه الرّسالة بطريقة تخفي حقيقة محتواها، وتجعلها رموز مقروءة، تتضمّن معادلات ودوال رياضية على نص إلكتروني، ينتّج عنه مفتاح تشفير، يجعل المعلومات غير قابلة لفكّ تشفيرها، إلاّ لمن يمتّلك مفتاح فك التّشفير المُناسب."

وهناك من عرّفه بأنّه:" آلية يتّم بمقتضاها ترجمة معلومة مفهومة إلى معلومة غير مفهومة، عبر تطبيق بروتوكولات سرّية قابلة للانعكاس، أي يمكن إرجاعها إلى حالتها الأصلية." (4)

من خلال هذه التّعريفات؛ يتبيّن لنا أنّ عملية التّشفير تتكوّن من ثلاث عناصر رئيسية:

- العنصر الأول: المعلومات التّي سيتّم تشفيرها.
- العنصر الثاني: خوارزمية التّشفير لتحويل المعلومات إلى بيانات غامضة، وخوارزمية فكّ التّشفير لإعادة البيانات إلى حالتها الأصلية.

---

(1) الفقرة 05 من المادة 02 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، قانون رقم 83 لسنة 2000، الصّادر بتاريخ 09 غشت 2000.

(2) قرار قم 109 لسنة 2005 الصّادر بتاريخ 2005/05/15، الخاص بإصدار اللاّئحة التّنفيذية لقانون التّوقيع الإلكتروني وانشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

(3) سهى يحي الصباحين، مرجع سابق، ص65.

(4) نادية ياس البياتي، التوقيع الإلكتروني عبر الأنترنت ومدى حجيته في الإثبات " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، ط01، دار البداية، عمان، الأردن، 2014، ص247.

- العنصر الثالث: المفتاح وهو عبارة عن سلسلة أو أكثر من الرّموز، تتسلّمها الخوارزمية المُتّبعة، وتطبّقها على البيانات لتّشفيرها أو لفكّ الشّيفرة.

وعليه فقوة وفعالية التّشفير تعتّمد على عاملين أساسيين هما: الخوارزمية وطول المفتاح الذي يكون مُقدّرًا بالبت "BITS"، ويُقصّد بالبت وحدة القياس المُستّخدمة في تحديد طول مفتاح التّشفير.[1]

أ2/ العلّة من التّشفير: تتّسم المعاملات الإلكترونية بوجود طرف غير المتعاقدين، قد يكون الغير مُستّخدِّم الشّبكة، وقد تكون جهة أخرى، لذلك لابدّ من وسيلة للمحافظة على سرِّية البيانات وحمايتها، لكي لا يستّطيع أي شخص الاطلاع عليها غير المتعاقدين، أو من يُصرِّح له قانونًا بذلك، فاستّخدمت وسيلة التّشفير بكتابة أو أرقام أو رموز معيّنة، بدلاً من الكتابة العادية، بحيث يكون المفتاح الخاص بالتّشفير لا يعرّفه إلاّ أطراف العملية التّجارية. وأمن الشّفرة يتّبع حجم مفتاحها، فكلّما كان طويلاً كلما زاد أمن الشّفرة.[2]

ب/ أنظمة التّشفير الإلكتروني: إنّ عملية فكّ التّشفير هي عملية إعادة تحويل البيانات المُشفّرة إلى صيغتها الأصلية، التّي كانت عليها قبل تشفيرها، ويتّم ذلك باستخدام المفتاح المُناسب لفكّ التّرميز[3]، ويتّم تشفير البيانات سواء تعلّق الأمر بعقود التّجارة الإلكترونية أو غيرها بطريقتين: الأولى ويُطلق عليها التّشفير المُتماثل أي المفتاح الخاص، والثانية: التّشفير اللاّمُتماثل أي المفتاح العام.

ب1/ التّشفير المُتماثل:(التّشفير بالمفتاح السرِّي) "La cryptographie Symétrique " ويُقصد به المفتاح الخاص[4]، وهو يقوم على وجود مفتاح واحد من أجل تشفير البيانات، وكذلك حلّ التّشفير، وهو النّظام المعروف بالسيمتري"Symétrique"[5]، ولتوضيح ذلك نجد أنّ مُصدِّر الرِّسالة والمُرسَّل إليه يستّخدمان نفس مفتاح التّشفير لفكّ رموز الرّسالة، وقبل إرسال الرّسالة المُشفَّرة، يتّم إرسال مفتاح التّشفير إلى المُرسَّل إليه بطريقة آمنة، ليستّطيع فكّ الشّفرة. ثمّ تطوّر إلى نظام "Asymétrique"، وهي وسيلة تتيح استخدام العديد من الأرقام المُعقّدة يتعذّر تزويرها[6].

---

(1) سهى يحي الصباحين، مرجع سابق، ص66.

(2) صحراوي مصطفى، مرجع سابق، ص97.

(3) لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص139.

(4) عرّف المشرّع الجزائري مفتاح التّشفير الخاص في المادة 02 ف08 من قانون 04/15 على أنّه: " مفتاح التّشفير الخاص هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريًا الموقِّع فقط، وتُستّخدم لإنشاء التّوقيع الإلكتروني، و يرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي."

(5) طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص443.

(6) هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص76.

يُعاب على هذه التّقنية استعمال المفتاح ذاته من قبل شخصين مختلفين(المُرسِّل والمُرسَّل إليه)، وهذا قد يُضعِف من حجيّة المستّندات الرّقمية، والتّوقيع الإلكتروني وقوتّها الثّبوتية، على أساس الخطر الدّائم في أن يكون المفتاح الخصوصي، قد سُرِّب أو انتّقل بشكل غير شرعي، وذلك بالنّظر إلى صعوبة تحديد مصدر التّسرب أو حصول الانتقال، وبالإضافة إلى هذا فإنّ استعمال هذه التّقنية تجعل متلقي الرّسائل المُشفَّرة، القادمة من مصادر مختلفة، عليه أن يقتّني عددًا من المفاتيح الخصوصية، يوازي عدد الرّسائل الواردة من هذه المصادر، وهو ما يعتّبر أمرًا مُرهقًا.[1]

ب2/ نظام التّشفير اللاّمتماثّل (التّشفير بالمفتاح العام) "La cryptographie A symétrique " :

لقد جاء هذا النّوع من التّشفير لحلّ المشكّلة التّي تواجه نظام المفتاح السرِّي(التّشفير المُتماثِّل)، حيث عُرضت فكرة التّشفير باستخدام المفتاح العام، ففي هذا النّوع يُستّخدّم زوجان من المفاتيح عوضًا عن المفتاح الواحد، والمفتاحان هما : المفتاح العام والمفتاح الخاص: [2]

- **المفتاح الخاص**: يتكوّن من مجموعة أرقام ورموز حسابية، لا يعلم بها سوى صاحبها، الذي يبقى محتّفظًا بسرِّيتها، بصورة تمنع الغير من الوصول إليها؛ ليستّخدمه عن طريق برنامج معيّن في تشفير المحرّر الإلكتروني، وإدراج التّوقيع عليه.
- أما **المفتاح العام:**[3] الذي يتكوّن هو الآخر من مجموعة أرقام ورموز حسابية، تختّلف عن تلك التّي تكوّن منها المفتاح الخاص، يتّم إعلامه للطرّف الآخر ليستّخدمه في إعادة فكّ تشفير المحرّر الإلكتروني المُرسّل إليه، والتّحقّق من صِّحة وسلامة مضمونه، بدون أن يُمكِّنه من تعديل البيانات الواردة فيه، وإنّما الاطلاع عليها فقط.

وبالتّالي فإنّ كل مفتاح يؤدي وظيفة معيّنة، تختّلف عن وظيفة المفتاح الثّاني، إلاّ أنّهما يشتّركان في العمل؛ بحيث يُكمِّل كل واحد منهما عمل الآخر[4]. ويُلاحظ أنّ نظام المفتاح العام هو النّظام المعمول به، والذي تتمثّل مبادئه في:

---

(1) سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق" دراسة قانونية مقارنة "، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص ص203- 204.

(2) سهى يحي الصباحين، مرجع سابق، ص71.

(3) عرّف المشرّع الجزائري مفتاح التّشفير العمومي في المادة 02 ف09 من قانون 15/04 بأنّه: " مفتاح التّشفير العمومي: هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التّحقق من الإمضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التّصديق الإلكتروني."

(4) سعد عدنان العزاوي، حجية الأدلة الإلكترونية في الإثبات المدني" دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر 2020، ص ص286- 287.

- ✓ استخدام المنظومة لمفتاحين عام و خاص.
- ✓ يمكن استخدام المفتاح الخاص لتّشفير الرّسائل أو توقيعها.
- ✓ المفتاح العام معلوم والمفتاح الخاص سرِّي.[1]

ولابد من الإشارة إلى أنّ نظام التّشفير الذي يستّخدم المفاتيح العامة يُدعى بنظام "RSA" [2]، ورغم أنّه الأكثر أمناً من نظام "DES" [3] إلاّ أنّه أعقد وأبطأ، إذ أنّ جلسة التّشفير وجلسة فكّ التّشفير يجب أن تكونا متزامنتين تقريبًا، فضلاً عن أنّه ليس عصيًا على الاختراق متى توافر الوقت والمال، ونتيجة ذلك تمّ تطويره بنظام "PGP" "Pretty Good Privacy " [4] الذي يستّخدم مفتاحًا طوله 128 بت، إضافة إلى استخدام البصمة الإلكترونية للرّسالة. ولا يزال هذا النّظام منيعًا على الاختراق حتّى الآن.[5]

ب3/ التّشفير المُزدّوج: هو نظام خليط بين التّشفير المُتماثِّل وغير المُتماثِّل السّابقين، وفيه يتّم تشفير الرّسالة بمفتاح خاص، ثمّ تشفير المفتاح بمفتاح عام، وإرسال كل من الرّسالة المُشفّرة والمفتاح الخاصّ المُشفّر إلى المُرسّل إليه، باستخدام أيّ شبكة اتصالات[6].

ب4/ المفتاح الشّفري الجذري: وهي أداة إلكترونية تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصّة، وتستّخدمها جهات التّوثيق الإلكتروني لإنشاء شهادات التّوثيق الإلكترونية، وبيانات إنشاء التّوقيع الإلكتروني.[7]

ج/ مستويات التّشفير" البروتوكولات الآمنة للسّداد": يعدّ التّشفير أحد المخارج المُناسبة لتحقيق تأمين المعاملات التّجارية والمدفوعات، إذ يعتّمد التّشفير على تغيير محتوى الرّسالة؛ باستخدام أسلوب محدّد يسمّى مفتاح التّشفير.

---

(1) لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص139.

(2) "RSA" يستخدم هذا النظام زوجًا من المفاتيح: مفتاح عام ومفتاح خاص، ونظام التّشفير المُتماثّل يرتّكز على هذه التّقنية.

(3) "DES" ويستّخدم هذا المعيار مفتاح تشفير بطول 56 بت، ويُشتّرط أن يكون لكل من المُرسِّل والمُستّقبِل المفتاح السرِّي ذاته، وقد استّخدمت البنوك هذا المعيار لتّشغيل آلات الصرّاف الآلي " ATM ".

(4) أطلق على برنامج " PGP " الخصوصية المُتفوّقة؛ وهو أكثر برامج التّشفير انتشارًا في الوقت الحالي. للتفصيل أكثر راجع: شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتّعاقد والتّوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، ط01، مركز الدّراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص ص331 - 336.

(5) مرجع نفسه، ص336.

(6) طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص444.

(7) وهذا ما نصّت عليه الفقرة 13 من المادة 01 من قرار رقم 109 لسنة 2005، بتاريخ: 2005/05/15، والمتعلق بإصدار اللاّئحة التّنفيذية لقانون التّوقيع الإلكتروني و إنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

وبالرّغم من أنّ استخدام نوع واحد من التّشفير يحقّق درجة أمان عالية، إلاّ أنّه صار من المألوف استخدام أكثر من مستوى للتّشفير، لضمان درجة أعلى من الأمان[1].

ويُلاحظ أنّه يوجد عدّة مستّويات للتّشفير، ويمكن حصرها في أربعة مستّويات، تختلّف بحسب ما يتّم تشفيره وهي:

ج1/ مستوى الإرسال" Transmission level"وفيه يتّم تشفير جميع المعلومات والبيانات بين نقطة الإرسال ونقطة الاستقبال، ويتّم عن طريق الشّبكات الافتراضية الخاصّة؛ وهي شبكات جزئية من شبكة الأنترنت، تقوم فيه أحد المشروعات بتخصيصه لخدمته، عن طريق إحاطته بالاحتياطات التّأمينية، المطلوبة لإرسال واستقبال المعلومات من خلاله بشكل آمن.[2]

ج2/ مستوى التّصفّح أو التّنقّل(بروتوكول طبقة المخرج الآمن)"Secure Socket Layer" "SSL" أو نظام نت سكيب"Net scape ": وهو أحد أنواع التكنولوجيات المُستّخدّمة في تشفير مجموعة المعلومات التّي تنتّقل عبر الأنترنت، بحيث تقتّصر إمكانية إعادة المُحتوى على المُرسّل والمُستّقبّل فقط[3].

ويُعرّف بعض الفقه هذا البروتوكول"SSL " بأنّه: "برنامج به بروتوكول تشفير مُتخصّص لنقل البيانات والمعلومات، المُشفّرة بين جهازين عبر شبكة الأنترنت بطريقة أمنية، حيث لا يُتصوّر قراءة هذه البيانات إلاّ من طرف المُرسّل والمُستّقبّل، إذ يصعب فكّ التّشفير فيها."[4]

إنّ تقنيات بروتوكول التّشفير المُتطوّر" SSL " تربط المعلومات والبيانات الخاصّة بالكارت البنكي مثلاً، بمفتاح يتكون من 40 BITS [5]، ولا يتّم استيفاء الثّمن من جانب البائع، إلاّ بعد أن يتسلّم الوسيط (مُقدّم الخدمة) شهادة منه ببيانات يتّم التّحقّق منها، فضلاً عن أنّ كل البيانات والمعلومات لا تكون مُخزّنة عند التّاجر أو البائع، ولكن عند الغير أي الوسيط أو مُقدّم الخدمة[6].

---

(1) أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص151.

(2) طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص445.

(3) نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص176.

(4) عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التوقيع الإلكتروني في مصر والدول العربية، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2012، ص28.

(5) "BITS" هو وحدة قياس المعلومة.

(6) أسامة أحمد بدر، "ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني"، الجزء الأول، مجلة الشّريعة والقانون، ع 40، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، أبو ظبي، الإمارات العربية المتّحدة، أكتوبر2009، ص ص461- 462.

وفي نفس الإطار تكون أرقام البطاقة البنكيّة الخاصّة بالمشتري، التّي تخزّن على نظام آلي، عرضة للوصول إليها من قبل الغير، بمعنى آخر أنّ هذا النّظام يقوم بتأمين قنوات الاتصال، دون حماية البيانات المنقولة. ممّا أدّى بشركة " نت سكيب" إلى استعمال بروتوكول آخر، يعمل معها في نظام تأمين البيانات في حدّ ذاتها عند انتقالها، وهو بروتوكول"S-HTTP" [1] و يعدّ اختصار لـــ: Secure Huper Text Transport Protocol، ويتميّز هذا البروتوكول أنّه يحمي البيانات الموجودة، في حين أنّ بروتوكول "SSL "مهمّته حماية قناة الاتصال، أثناء انتقال البيانات من المُرسِّل إلى المُستقبِّل.[2]

وعلاوة على ذلك وُجِّهت العديد من الانتقادات لهذا النّظام من أهمها: عدم توفّر الأمان الكامل لتأمين عمليات الوفاء الإلكتروني، ممّا يعرّضه لسهولة الاختراق من قبل الهاكرز" قراصنة الأنترنت"، وإضافة إلى ذلك فإنّه لا يمكن استخدام هذا النّظام إلاّ بواسطة متصفِّح "Net Scape Navigator "[3]

ج3/ مستوى التّطبيق أو التّنفيذ (بروتوكول الحركات المالية الآمنة): ويسمّى ببروتوكول **"SET" Secure Electronic Transation:** يعتّبر من أهم بروتوكولات أمن المعلومات الإلكترونية، من أجل تحقيق غاية ضمان الحفاظ على أمن البيانات " خصوصيتها وسلامتها، والتّحقق من وصولها إلى الجهة المطلوبة " أثناء إجراء الحركات المالية، عبر شبكة مفتوحة مثل الأنترنت. ويستّخدم هذا البروتوكول برمجيات تدعى "برمجيات المحفظة الإلكترونية"، وتحتّوي هذه الأخيرة على رقم حامل البطاقة، والشّهادة الرّقمية التّابعة له، أمّا التّاجر فتكون له شهادة رقمية صادرة عن إحدى البنوك المُعتّمدة، ويستّخدم كل من حامل البطاقة والتّاجر الشّهادة الرّقمية التّابعة له، ممّا يتيح لكل منهما التّحقق من هوية الآخر، عند إجراء الحركات المالية عبر الأنترنت[4].

وفي مقابل ذلك يوجد نظام آخر هو نظام"C-SET " "Chip- Secured Electronic Transation"، وهو ما يُطلق عليه التّبادل الإلكتروني بواسطة البطاقة الممغنّطة " البطاقات ذات الشريحة "، والذي يعدّ امتدادا للنّظام السّابق، فهو لا يعتّمد على البطاقة التّي يمكن تتبعها، ولكن يعتّمد على البطاقة المُمغنّطة، ويتيح معامل أمان أفضل من النّظام السّابق، ويتّم استخدام هذا النّظام بواسطة

(1) يمينة حوحو ، مرجع سابق، ص273.

(2) طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص446.

(3) عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص414.

(4) إبراهيم بختي، التجارة الإلكترونية: مفاهيم واستراتيجيات التّطبيق في المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص79.

جهاز قارئ لتلك البطاقات الممغنّطة، يتّم توصيلها بحاسب آلي يمتلّكه المُستّخدِّم أو العميل.

ويُلاحظ أنّ لهذا النّظام فوائد عديدة من اتفاقه مع النّظام السّابق "SET"، وهو بسيط وآمن فيكفي أن يُدخِل المُستّخدِّم أربعة أرقام فقط، وهو عبارة عن رقمه أو كوده السرِّي ليتّم التّعرّف عليه، ويقوم مُوفِّر الخدمة "البنك" بالمُوافقة أو الرّفض للسّداد. وقد اختارت اللّجنة الأوربية هذا النّظام، كطريقة مُعتّمدة رسمية للوفاء الإلكتروني، وذلك بعد موافقة الجهاز المركزي بتأمين النّظم المعلوماتية "SCSSI" [1].

ج4/ مستوى الملفات" File Level " أو نظام الخصوصية القوية " PGP ": هو برنامج تأميني[2] مُحكَّم، يهدف إلى حماية الرّسائل الإلكترونية للبريد الإلكتروني الخاص بالأفراد، حيث يتّم تشفير كل المعلومات المُتواجدة في الرّسالة الإلكترونية، باستخدام تقنية المفتاح العام وكذا المفتاح الخاص. وما يتميّز به هذا البرنامج هو سهولة استخدامه، مع قوتّه في عدم اختراق بيانات الرّسالة الإلكترونية[3].

2/ آلية التّصديق الإلكتروني ودورها في تأمين وسائل الدّفع الإلكتروني: إنّ التّقنيات الإلكترونية الحديثة والعالمية للتّشفير تؤدي وظائف التّوقيع، وتشجّع الاعتماد والثّقة، وهذه التّقنيات ليست فقط قادرة على التّحقق من الشّخص الذي يُوقِّع الرّسالة إلكترونيًا، ولكن أيضًا تضمن سلامة وسرِّية الرّسالة، وإنّ أنظمة المفتاح العام مفيدة جدًا وبشكل خاص، لأنّهم يتجنّبوا امتلاك أرقام سرِّية في بيئة غير محمية.

ومن هذا المنطلق فإنّ قوانين التّجارة الإلكترونية ستعتّمد على الأطراف الثلاثة المُؤتّمنة، لتصديق المعلومات المُتعلّقة بالتّجار، مثل شرعية مفاتيحهم العامة، إذ هناك حاجة مُتزايدة لخدمات سلطات التّصديق؛ هذه الخدمات والشّهادات التّي تُصدِّرها سيكون الهدف منها حماية المستهلكين، والتّجار لتجنّب الأخطار المُحتّملة.[4]

إنّ التّصديق الإلكتروني يلعب دورًا أساسيًا في منظومة أمن المعلومات الإلكترونية، فلا يمكن تحقيق نتائج عملية في مجال تطبيقات الحكومة الإلكترونية، بدون رفع مستوى ثقة المواطن بأمن

---

(1)Service Central de la Sécurité des Systèmes d'Information.

أنظر: عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص415.

(2) مخترع نظام " PGP " هو الأخصائي في علم الإعلام "Philippe Zimmer Mann " فيليب زيمار مان سنة 1995، ويمكن تحميل هذا البرنامج مجانا على موقع: http://WWW.PGPI.ORG .

(3) يمينة حوحو، مرجع سابق، ص274.

(4) محمد سيعد أحمد إسماعيل، مرجع سابق، ص ص277- 278.

النّظام الإلكتروني، المُستّخدم لتنفيذ هذه التّطبيقات، وكذلك بمستوى الحماية القانونية للتّعاملات الإلكترونية، التّي يُنفِّذها المواطن من خلال البوابة الإلكترونية، الرئيسية للمعاملات والمعلومات الحكومية، وهذا لن يتأتى إلاّ بتطوير وإدارة نظام متكامل لأمن المعلومات، قادر على توفير الحماية للنظم المعلوماتية في أجهزة ومؤسسات الدولة، وحماية حقوق وخصوصية المتعاملين بهذه النظم.[1]

فالتّوثيق الإلكتروني هو من إحدى الأدوات المُستّعملة في تحقيق الأمن القانوني؛ من خلال تحقيقه لأهم عنصر في مبدأ الأمن القانوني وهو الضّمان والحماية، وسرعة التّوصل إلى الوثيقة والسرِّية والأمان[2].

أ/ تعريف التّصديق الإلكتروني: يعدّ التّصديق الإلكتروني أحد المفاهيم القانونية الجديدة، التّي ترتّبت على ظهور المعاملات الإلكترونية بشكل عام، والتّوقيع الرّقمي بشكل خاص، فهذا الأخير امتاز بغياب الحضور المادي لأطرافه، ممّا أثار مشكلة قانونية تُشكِّل عائقًا أساسيًا أمام ازدهار التّعاملات الإلكترونية، فليس في هذا التّوقيع سِّمة شخصية تدلّ بصورة قاطعة على هوية صاحبه، بالرغم من الأمان التّقني الذي حقّقه في ضمان حماية مضمون المُحرّر الإلكتروني من العبث والتّحريف. لذلك ظهرت فكرة التّصديق على التّوقيع الرّقمي من قِبل جهات مُحايدة؛ تلعب دورًا أساسيًا في إضفاء المصداقية على هذا التّوقيع، من خلال إصدارها شهادة إلكترونية، تؤكِّد فيها هوية المُوقِّع وصّحة صدور التّوقيع عنه.[3]

وفي مقابل ذلك ومن أجل إضفاء الثِّقة على هذه الوسيلة، يجب على هيئات التّوثيق أن تضع لديها نظامًا رقميًا خاصًا بالتّوقيع الإلكتروني، بما يمنع الخلط بين مُستّخدمي الأنترنت، وكذلك العمل على إيجاد أرشيف إلكتروني يتضمّن التّوقيعات الإلكترونية الصّادرة عنها. وعلى مُقدِّم خدمة التّصديق أن يُصدر شهادة تشير إلى المفتاح العام اللاّزم، وتُؤكِّد أنّ هذا المفتاح يتطابق مع المفتاح الخاص المُستخدَّم في التّوقيع، وعلى صاحب هذا المفتاح الخاص وعلى مُقدِّم خدمة التّصديق، عند قيامه بمهام

(1) وليد علي محمد علي، حجية التوقيع الإلكتروني وتطبيقاته في مجال التجارة الإلكترونية، ط 01، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2019، ص79.

(2) بلحمزي فهيمة، فرقاق معمر، " دور التوثيق الإلكتروني في تحقيق الأمن القانوني" ، مجلة حقوق الانسان والحريات العامة، مخبر حقوق الانسان والحريات العامة، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، جوان 2017، ص96.

(3) آلاء يعقوب النّعيمي،" التّصديق على التّوقيع الرّقمي- مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه-" ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 01، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2011، ص ص211- 212.

وظيفته أن يحتّرم المعايير العالمية، والعادات والأعراف التّجارية المُعتّمدة [1].

وعلاوة على ذلك تظهر غاية الأفراد من اللّجوء إلى جهات التّوثيق الإلكترونية، رغبة في إسباغ طابع الثّقة والأمان، والسرّية على رسائلهم وتواقيعهم الإلكترونية، لدفع الغير إلى التّعاقد معهم بعد التّحقق من شخصيتهم، وإرادتهم الجدّية في التّعاقد.[2]

أ1/ التّعريف الفقهي للتّصديق الإلكتروني: أمّا من النّاحية الفقهية، فلم نعثر على تعريف اصطلاحي دقيق للتّوثيق الإلكتروني، بل جاءت معظم المحاولات في صورة شرح أو توضيح لنظام التّوثيق الإلكتروني، ومن ذلك أنّ التّوثيق الإلكتروني هو:" وسيلة فنيّة آمنة للتّحقّق من صِّحة التّوقيع أو المُحرّر، حيث تتّم نسبته إلى شخص معيّن أو جهة معيّنة، أو طرف ثالث مُحايد يُطلّق عليه مُقدِّم خدمات التّوثيق، أو مُزوِّد خدمات التّصديق أو جهة التّوثيق، وغيرها من التّسميات."

في حين ذهب أحد الشرّاح إلى أنّ التّوثيق الإلكتروني: " عبارة عن إجراءات معيّنة تهدف إلى تمكين التّوقيع الإلكتروني من توثيق السّجل الإلكتروني، والتّأكد على أنّ المُستّند الإلكتروني لم يتعرّض إلى أيّ تغيّر أو تعديل، من تاريخ إكمال إجراءات التّوثيق، وهذا يؤدي لإعطاء المُستّند الإلكتروني الحجيّة القانونية، سواء في مواجهة أطراف العلاقة أو الغير، كما ويؤدي إلى الحفاظ على حقوق المتعاملين بالمجال الإلكتروني، من اعتداء يقع عليهم من قِبل الغير." [3]

وفي نفس الإطار عرّف بعض من الفقه التّصديق الإلكتروني بأنّه: " التّصديق الإلكتروني وسيلة أو إجراء تقنّي، يسمح بتحديد هوية المتّعامل الإلكتروني، وكذا المُحرّر الإلكتروني وحمايته من أيّ غش أو احتيال، وذلك بالاعتماد على تقنيّة التّوقيع الإلكتروني، وتصديقه واستخدام نظم معلوماتية مُوثّقة، تساعد على التّأكد من صّحة البيانات المتداولة بين المتّعاملين، وذلك بالاعتماد على هيئات خاصّة أو عامة تقوم بذلك، تسمى مُقدِّم خدمات التّصديق الإلكتروني." [4]

---

(1) قاسم علي سيد قاسم، " بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني" ، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 72، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2002، ص28.

(2) زهيرة كيسي،" النظام القانوني لجهات التّوثيق (التّصديق) الإلكتروني"، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 04، ع07، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان2012، ص216.

(3) كيوه حميد صالح المزوري، النظام القانوني لتوثيق المعاملات الإلكترونية " دراسة تحليلية مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018، ص96.

(4) علاء محمد عيد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات " دراسة مقارنة "، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص126.

ومن زاوية أخرى يُقصّد بالتّصديق الإلكتروني بالنسبة لوسائل الدّفع الإلكترونية بأنّه:" التّوثيق الإلكتروني للرّسالة المُتبادلة بين البنك والزبون، والخاصّة بالبيانات والمعلومات المُرتّبطة بالعمليات، التّي تتّم عن طريق وسائل الدّفع الإلكتروني".

وتفسيرًا لذلك يقصّد بتصديق هذه البيانات؛ التّأكد من صدور الأمر بالدّفع من الشّخص المنسوب إليه، من خلال التّحقّق من هويته ومن عدم وقوع تحريف، أو تعديل في بيانات الوثيقة المُتبادلة إلكترونيًا، باستخدام مفاتيح مُشفّرة يتّم وضعها على الأمر بالدّفع، حتّى يحتّفظ بصِّحته ومصداقيته، والتّوثّق من سلامة الأمر ومُحرِّره، ومن شهادة التّصديق الصّادرة عن الجهات المُرخّص لها، وذلك من خلال الاستفادة من التّطور التّكنولوجي، والتّقنيات الحديثة المتوفّرة لدى البنوك في هذا المجال.[1]

أ2/ التّعريف التّشريعي للتّصديق الإلكتروني: أكدّ نصّ المادة 28 من قانون 05/18 على وجوب وصل المَوقّع التّجاري للمورّد الإلكتروني بمنصة الدّفع الإلكترونية بنظام التّصديق الإلكتروني، وذلك قصد تأمين عملية الرّبط، ومن ثمّ تأمين عملية الدّفع الإلكتروني وتمامها، غير أنّ عملية التّصديق تسبقها إتمام عملية التّوقيع الإلكتروني[2].

ويُلاحظ في هذا الصّدد أنّ المشرّع الجزائري لم يتطرّق لتعريف التّصديق الإلكتروني من خلال قانون 05/18 [3].

وفي هذا الإطار عرّفت المادة 05/03 من لائحة برلمان الاتحاد الأوربي رقم 910 لسنة 2014 بشأن تحديد الهوية الإلكترونية وخدمات الثّقة في المعاملات الإلكترونية بالسّوق الداخلي وإلغاء التّوجيه رقمCE/1999/93؛ التّصديق الإلكتروني بأنّه:" التّصديق هو عملية إلكترونية تسمح بتأكيد الهوية الإلكترونية لشخص طبيعي أو معنوي، أو تأكيد أصل وسلامة البيانات في شكلّها الإلكتروني." [4]

(1) غزالي نزيهة، " الآليات القانونية لحماية وسائل الدفع الإلكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث السياسية و الإدارية، المجلد06،ع 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017، ص291.

(2) أمينة بن عميور، مرجع سابق، ص106.

(3) قانون 05/18 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونية.

(4) Art 03/05 :" authentification un processus électronique qui permet de confirmer l'indentification électronique d'une personne physique ou morale, ou l'origine et l'intégrité d'une donnée sous forme électronique"

راجع في هذا الشّأن: سعد عدنان العزاوي، مرجع سابق، ص ص295- 296.

ب/ جهات التّوثيق الإلكتروني: باستقراء التّشريعات التّي نظّمت عمل ومسؤوليات جهات التّوثيق الإلكتروني لم نجد تسمية مُوحّدة لجهات التّوثيق الإلكتروني، وإنّما كانت التّسميات مختلفة. ممّا يستّدعي بيان التّعريفات الواردة في هذه التّشريعات.

ب1/ تعريف جهات التّوثيق الإلكتروني: جدير بالذّكر أنّ قانون الأونيسترال النّموذجي حدّد جهة التّوثيق الإلكتروني باسم مُقدّم خدمات التّصديق"Provider Certification Service"، وقد تمّ تعريف هذه الجهة في المادة 02/هـ منه بأنّها:" شخص يُصدِّر الشّهادات ويجوز أن يقدِّم خدمات أخرى ذات صلّة بالتّوقيعات الإلكترونية." [1].

وفي مقام موالي عرّفت لائحة الاتحاد الأوربي في المادة 19/03 مُصطّلح مقدِّم خدمات الثّقة بأنّه:" شخص طبيعي أو معنوي يُقدِّم واحدة أو أكثر من خدمات الثّقة، بصفته مُقدِّم خدمات ثقة مُؤهّل أوغير مُؤهّل" [2]. وفي مقابل ذلك عرّفت المادة 20/03 المقصود بمقدّم خدمات الثّقة المُؤهّل بأنّه: " مُقدِّم خدمات موثوق به يُقدِّم واحدة أو أكثر من خدمات الثّقة المُؤهلة، والذي يُمنح من قبل هيئة الإشراف صفّة المُؤهِّل." [3]

وعلى خلاف ذلك نجد أنّ المشرّع الفرنسي لم يضع تعريف لمُقدِّمي خدمات التّصديق الإلكتروني في المرسوم رقم 1416 لسنة 2017 بشأن التّوقيع الإلكتروني، اكتفاءً بما ورد في لائحة الاتحاد الأوربي رقم 910 لسنة 2014، والمُعتّمد من قبله في شأن تنظيم أحكام التّوقيع الإلكتروني[4]. وعليه أخذ المشرّع الفرنسي بذات المفهوم الذي وضعه القانون النّموذجي ولائحة الاتحاد لجهة التّصديق، ومن ثمّ يسمح القانون الفرنسي لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يمارس عمل إصدار شهادات التّصديق، ويُقدِّم خدمات أخرى مُتعلِّقة بالتّوقيعات الإلكترونية.[5]

---

(1) قانون الأونيسترال النّموذجي بشأن التّوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، الصّادر في 05 يوليوز 2001.

(2) لائحة الاتحاد الأوربي رقم 910 لسنة 2014 بشأن تحديد الهوية الإلكترونية وخدمات الثّقة في المعاملات الإلكترونية بالسّوق الداخلي وإلغاء التوجيه رقم CE/1999/93.

(3) المادة 20/03 من لائحة الاتحاد الأوربي رقم 910 لسنة 2014.

(4) وللإشارة قد اعتمد المشرع الفرنسي من قبل في المرسوم الملغى رقم 272 لسنة 2001 والمتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني، تعريف مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني بموجب المادة 11/01 بأنه: " أي شخص يصدر شهادات إلكترونية، أو يقدّم خدمات أخرى تتعلقّ بالتوقيع الإلكتروني". أنظر: سعد عدنان العزاوي، مرجع سابق، ص299.

(5) المرسوم المُلغى رقم 2001/272 الصّادر بتاريخ 2001/03/30.

ومن زاوية أخرى أطلق المُشرِّع التّونسي على جهات التّوثيق الإلكتروني اسم مُزوِّد خدمات المُصادقة الإلكترونية، وهذا في الفصل الثّاني في قانون المُبادلات والتّجارة الإلكترونية وعرّفه بأنّه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يُحدث ويُسلّم ويتصرّف في شهادات المُصادقة، ويُسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني." (1)

ويُلاحظ أنّ المشرّع المصري استّعمل مصطلح جهات التّصديق الإلكتروني، وعرّفها في المادة الأولى فقرة 06 من اللاّئحة التّنفيذية لقانون التّوقيع الإلكتروني بأنّها:" الجهات المُرخّص لها بإصدار شهادة التّصديق الإلكتروني وتقديم خدمات تتعلّق بالتّوقيع الإلكتروني." (2)

وفي نفس الصّدد استّعمل المشرّع الجزائري مُصطلّح مُؤدي خدمات التّصديق الإلكتروني وذلك في المرسوم التنفيذي رقم 162/07، وعرّفه بموجب المادة 03 مُكرّر منه على أنّه: " يُقصّد بمُؤدي خدمات التّصديق الإلكتروني كل شخص في مفهوم المادة 8-8 من القانون رقم 2000-03 المؤرّخ في 5 غشت 2000 والمذكور أعلاه، يُسلِّم شهادات إلكترونية أو يُقدِّم خدمات أخرى في مجال التّوقيع الإلكتروني" (3). واستنادًا لنص المادة 08 فـ08 من قانون رقم 03/2000 نجدها عرّفت مُوفِّر الخدمات بأنّه:" كل شخص معنوي أو طبيعي يُقدِّم خدمات مُستّعمِلاً وسائل المواصلات السّلكية واللاسّلكية" (4).

والمُلاحظ من هذه التّعريفات أنّ المُشرِّع الجزائري هو الآخر لم يخرج عن نفس السِّياق العام في تعريف جهات التّصديق الإلكتروني، كون جهات التّصديق عبارة عن شخص معنوي أو طبيعي، يؤدي خدمات مُحدّدة في إطار قانون معيّن(5).

وعلاوة على ذلك وبصدور قانون 04/15 نجد أنّ المُشرِّع الجزائري أطلق مُصطلّح مُؤدِّي خدمات التّصديق الإلكتروني على الجهات المُختّصة بإصدار شهادات التّوقيع الإلكتروني، وعرّف

---

(1) قانون رقم 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الصّادر في 8 غشت 2000.

(2) قرار رقم 109 لسنة 2005 الصّادر بتاريخ 2005/05/15، الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التّوقيع الإلكتروني وانشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 162/07 مؤرخ في 30 مايو 2007، يعدّل ويتمّم المرسوم التّنفيذي رقم123/01 المؤرخ في 09 مايو 2001، والمتعلّق بنظام الاستغلال المطبّق على كل نوع من أنواع الشّبكات بما فيها اللاسّلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السّلكية واللاسّلكية.

(4) قانون رقم 03/2000 مؤرخ في 05 غشت 2000، يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السّلكية و اللاّسلكية ، ج ر، ع 48، الصّادر في 6 غشت 2000، ص03.

(5) حسان سعاد، مرجع سابق، ص123.

بموجب المادة 12/02 مُؤدي خدمات التّصديق الإلكتروني بأنّه:" شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يُقدِّم خدمات أخرى في مجال التّصديق الإلكتروني" [1].

استنادا إلى ما سبق ما يُعاب على هذه التّعريفات أنّها ذكرت كلمة:" شخص طبيعي"، ففي الواقع العملي لا يمكن لهذا الشخص تقديم خدمة تصديق، لأنّها تحتاج إلى تقنيّات وأجهزة مُعقّدة وخبرات فنيّة، لذا لا يمكن أن يقوم بها إلاّ شخص معنوي سواءً كان عام أو خاص[2].

ومن زاوية أخرى، نجد أنّ المشرّع الجزائري في قانون 04/15 في المادة 02 ف11 منه ذكر تسمية الطّرف الثّالث الموثُوق وعرّفه بأنّه:" شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدِّم خدمات أخرى مُتعلِّقة بالتّصديق الإلكتروني لفائدة المُتدخّلين في الفرع الحكومي."

وعليه فالمشرِّع ميّز بين نوعين من جهات التّصديق، **الأولى** هو الطرف الثالث الموثُوق؛ ولا يكون إلاّ شخص معنوي ولا يصدر إلاّ شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، ولفائدة المتدّخلين في الفرع الحكومي فقط دون الجمهور، مثل الإدارات والوزارات وهو يخضع لرقابة السّلطة الحكومية للتّصديق الإلكتروني. وأمّا **الجهة الثانية**؛ وهو مُؤدي خدمات التّصديق الإلكتروني، قد يكون شخص طبيعي أو معنوي يُصدّر شهادات تصديق إلكتروني بسيطة أو موصوفة لفائدة الجمهور، وهو يخضع لرقابة السّلطة الاقتصادية للتّصديق الإلكتروني.[3]

ولكن لا يفوتنا أن ننوّه بأنّ قانون 04/15 استحدّث ثلاث سلطات للتّصديق الإلكتروني، فصّل في أحكامها في الباب الثالث المعنون بـــ: سلطات التّصديق الإلكتروني والتّي تتمثّل في: السّلطة الوطنية والسّلطة الحكومية وكذا السّلطة الاقتصادية للتّصديق الإلكتروني، وحدّد لكل واحدة من هذه السّلطات مهام تتكامل فيما بينها، وتضمّن ترقيّة استعمال التّوقيع والتّصديق الإلكترونيين وتطورهما.[4]

وجدير بالذّكر أنّه يجب على من يريد أن يؤدي خدمة التّصديق الإلكتروني، طبقًا للتّشريع الجزائري أن تتوفّر فيه الشّروط التالية:

- أن يكون خاضعًا للقانون الجزائري للشّخص المعنوي، أو الجنسية الجزائرية للشّخص الطبيعي.
- أن يتمتّع بقدرة مالية كافية.

---

(1) قانون 04/15 يحدّد القواعد العامة المتعلّقة بالتّوقيع والتّصديق الإلكترونيين، السّالف الذّكر.

(2) مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص91.

(3) رضوان قرواش، مرجع سابق، ص413.

(4) صحراوي مصطفى، مرجع سابق، ص99.

- أن يتمتّع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الاعلام والاتصال للشّخص الطبيعي، أو المُسيّر للشخص المعنوي.
- أن لا يكون قد سبق الحُكم عليه في جناية أو جنحة، تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التّصديق الإلكتروني.[1]

ب2/ مهام جهات التّصديق الإلكتروني: يمكن تلخيص المهام التّي يقوم بها مزوّد خدمات التّصديق الإلكتروني في الآتي:

- **تحديد هوية المُتعاملين في التّعاملات الإلكترونية:** وتحديد أهليتهم القانونية للتّعامل والتّعاقد، والتّحقق من مضمون هذا التّعامل وسلامته، وكذلك جدّيته وبُعده عن الغشّ والاحتيال[2].

كما تلتّزم جهات التّوثيق الإلكتروني بالتّحقق من صّحة البيانات المُقدَّمة، ويعتّبر هذا الالتزام من الالتزامات الدّقيقة والصّعبة، ويتطلّب إجراءات فنيّة ومُؤهلة. وفي هذا الإطار عادة ما تتمثّل البيانات المُقدّمة من طرف الأشخاص المُصدر لهم شهادات التّوثيق، في الهوية الشّخصية وجواز السّفر وغيرها من الأوراق الثبوتية[3]، وفي هذا المقام تنّص المادة 44 من قانون 04/15 على أنّه:" يجب على مُؤدي خدمات التّصديق الإلكتروني، قبل منح شهادة التّصديق الإلكتروني أن يتحقّق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التّحقق من التّوقيع.

يمنح مُؤدّي خدمات التّصديق الإلكتروني شهادة أو أكثر لكل شخص يُقدِّم طلبًا، وذلك بعد التّحقق من هويتّه، وعند الاقتضاء التّحقق من صّفاته الخاصّة.

وفيما يخصّ الأشخاص المعنوية، يحتّفظ مُزودي خدمات التّصديق الإلكتروني بسّجل يُدوِّن فيه هوية وصِّفة المُمثِّل القانوني للشّخص المعنوي للمُستعمِّل للتّوقيع المتّعلّق بشهادة التّصديق الإلكتروني الموصوفة، بحيث يمكن تحديد هوية الشّخص الطبيعي عند كل استعمال لهذا التّوقيع الإلكتروني." [4]

ومن زاوية أجرى أوجب بنك الجزائر المشاركين في أنظمة الدّفع قصد ضمان السّلامة، تحديد وتنفيذ مجموعة حلول متناسقة؛ يتّم تحديدها بصفة مشتّركة تتعلّق بالأمن المادي والمنطقي، ومتابعة العمليات من البداية إلى النّهاية، وفق ميثاق يُعدِّه مسيّرو أنظمة الدّفع.[5]

---

(1) أنظر المادة 34 من قانون 04/15، السّالف الذّكر.

(2) عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص103.

(3) بلحمزي فهيمة، فرقاق معمر، مرجع سابق، ص ص104 - 105.

(4) القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين.

(5) المادة 07 من النظام رقم 07/05، السّالف الذكر.

- **تتولى جهة التّصديق الإلكتروني إصدار شهادة التّصديق الإلكتروني**[1]، التّي تحقّق الثّقة لدى الغير بصّحة البيانات التّي تحتويها؛ وخاصّة فيما يتعلّق بهوية الموقّع ونسبة التّوقيع الإلكتروني إليه، ممّا يدفع المُطلع عليها إلى التّعاقد بثّقة واطمئنان، ومن ثمّ تؤدي جهة التّصديق الإلكتروني دورًا مهمًا جدًا، يتجلّى في تصديقها التّوقيع الإلكتروني، وذلك عبر إصدارها شهادة التّصديق؛ التّي تُثبِّت صّحة التّوقيع الإلكتروني، وعائديته بالفعل لشخص معيّن بالذّات.[2]

- **مُهمّة إصدار المفاتيح الإلكترونية**: من بين مهام جهات التّوثيق الإلكتروني إصدار المفتاح الخاص، الذي يُستّعمل في تشفير المُعاملة الإلكترونية، والمفتاح العام الذي يتّم من خلاله فكّ هذا التّشفير. وتتولّى مهمّة المصادّقة على هوية الحائز على المفتاح العمومي، وتصدّر شهادات إلكترونية من شأنها أن تضمن بأنّ المفتاح العمومي، عائد إلى الجهة الحائزة على المفتاح الخصوصي، ومن ثمّ استخدام المفتاح العام لفكّ تشفير الرّسالة الأصلية، والتأكّد من عدم حصول أيّ تعديل عليها[3].

علاوة على ذلك هناك عدّة وظائف تستّطيع جهات التّوثيق أن تُؤديها، حيث يمكن ذكر بعضها كالآتي:

- **تعقّب المواقع التّجارية على شبكة الأنترنت** للتّحري عنها وعن جدّيتها ومصداقيتها، وإذا تبيّن لها عدم أمن أحد المواقع، فإنّها تقوم بتوجيه رسالة تحذيرية إلى المتّعاملين معها، تُوضّح فيها عدم مصداقية هذه المواقع[4].

- **اعتماد الجهات الأجنبية المختّصة بإصدار شهادات التّصديق الإلكتروني.**[5]

- **التّفتيش على الجهات المُرخَّص لها**، والتّحقق من مدى التزامها بالتّرخيص وشروطه، و لها حق إنهاء التّرخيص أو وقف سريانه، حتّى إزالة أسباب المُخالفة وفقًا للقواعد والإجراءات المُقرّرة قانونًا.[6]

---

(1) تنص المادة 41 من قانون 04/15 على أنه:" يكلّف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بتسجيل وإصدار ومنح وإلغاء ونشر وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني، وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني الخاصّة به، التّي وافقت عليها السّلطة الاقتصادية للتّصديق الإلكتروني."

(2) هلا الحسن، محمد واصل،" تصديق التوقيع الإلكتروني"، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، ع01، جامعة دمشق، سوريا، 2010، ص531.

(3) عقوني محمد، بلمهدي إبراهيم، مرجع سابق، ص310.

(4) عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص103.

(5) أنظر المادة 63 من قانون 04/15، السّالف الذكر.

(6) طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص453.

➢ **التزام جهات التّوثيق الإلكتروني بالسرِّية:** إنّ الالتزام بالحفاظ على السرِّية [1]من جانب جهات التّوثيق الإلكتروني، من أخطر الالتزامات المُلقاة على عاتقها، وأكثر الالتزامات التّي قد تقوم مسؤولية جهات التّوثيق تجاه صاحب الشّهادة الإلكترونية، سواءً أكانت مسؤولية مدنية أم مسؤولية جزائية، كل ذلك لدّعم الثّقة بين المتعاملين بالوسائل الإلكترونية، خاصّة وأنّ معظم المعاملات الإلكترونية تتّم بين أشخاص لا يلتقون، ولا يعرف بعضهم بعضًا، فلولا هذه الضّمانات لما أقبل الأشخاص على إبرام العقود وإتمام الصّفقات.[2]

وتفسيرًا لذلك، يُقصّد بالسرِّية هنا الحفاظ على البيانات ذات الطّابع الشّخصي، المُقدّمة من العميل إلى الجهة المختّصة لإصدار شهادة توثيق إلكتروني[3].

وفي مقابل ذك، نصّ المشرّع التونسي في قانون المبادلات التونسي على أنّه:" يتعيّن على مُزوِّدي خدمات المصادقة الإلكترونية وأعوانهم، المحافظة على سرِّية المعلومات التّي عُهدت إليهم في إطار تعاطي أنشطّتهم؛ باستثناء تلك التّي رفض صاحب الشّهادة كتابيًا أو إلكترونيًا في نشرّها أو الاعلام بها، أو في الحالات المنصوص عليها في التّشريع الجاري به العمل" [4] .

ويُلاحظ في هذا الصّدد أنّ هذا ما اشتّرطه المشرّع الجزائري من خلال المادة 05 من نظام 07/05 المتضمّن أمن أنظمة الدّفع. وعليه فهذه الخدمات تحمي المعلومات من الافشاء للجهات غير المُصرّح لها بالحصول عليها، وإخفاء المعلومات من خلال تشفيرها أومن خلال وسائل أخرى، كمنع التّعرف على حجمها أو مقدارها أو الجهة المُرسّلة إليها، أي حماية بيانات المُستّخدم لوسائل الدّفع الإلكتروني من الإفشاء والاطلاع من طرف الغير[5].

(1) أنظر نص المادة 42 من قانون 04/15.

(2) زهيرة كيسي، مرجع سابق، ص218.

(3) زيد حمزة مقدم، " النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني- دراسة مقارنة- "، مجلة الشريعة والقانون و الدراسات الإسلامية، ع24، كلية الشريعة والقانون، جامعة إفريقيا العالمية، الخرطوم، السودان، 2014، ص139.

(4) الفصل 15 من قانون المبادلات التونسي.

(5) غزالي نزيهة، تأمين وسائل الدفع الإلكترونية بآلية التصديق الإلكتروني، مرجع سابق، ص60.

ج/ شهادة التّصديق الإلكتروني: لقد حاول العديد من الفقهاء وضع تعريف لشهادة التّوثيق أو التّصديق الإلكتروني، وذلك في محاولة منهم لتوضيح مفهوم هذه الشّهادة وغايتها.

ج1/ تعريف شهادة التّصديق الإلكتروني: إنّ شهادة التّوثيق عبارة عن:" صكّ أمان صادر عن جهة مختّصة، يفيد صِّحة وضمان المعاملة الإلكترونية، وذلك من حيث صّحة البيانات ومضمون المعاملة وأطرافها. "

ويُلاحظ أنّ هذا التّعريف حدّد لنا بأنّ هذه الشّهادة لابد أن تكون صادرة من قبل جهات مختّصة للقيام بهذا العمل، والهدف من إصدارها التّأكيد على أنّ البيانات الواردة بهذه الشّهادة صحيحة، بالإضافة إلى تأكيدها على أنّها صادرة من أصحاب العلاقة ذوي الشّأن.[1]

وفي نفس الصّدد عرّفت المادة الثّالثة من التّوجيه الأوربي[2] شهادات التّوثيق الإلكتروني بأنّها:" تلك التّي تربط بين أداة التّوقيع وبين شخص معيّن، وتؤكّد شخصية المُوقِّع من خلال استيفاء الشّروط الواردة في الملحق رقم 02، فضلاً عن اشتمالها على تأكيد بأنّ التّوقيع المعني قد استّوفى كافة الشّروط، والضّوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل إثبات يُعوّل عليه." [3]

وناهيك عن ذلك تعرّض قانون الأونيسترال النّموذجي لسنة 2001، لهذه الشّهادة في المادة 02/ب على أنّها:" رسالة للبيانات أو سجل يؤكّد ارتباط المُوقِّع بالتّوقيع الإلكتروني" [4].

من خلال هذا التّعريف نُلاحظ أنّه تمّ تعريف الشّهادة والغرض منها بأنّها؛ مُستّند يؤكّد به شخص وقائع معيّنة، والغرض منها بيان وجود صّلة ما بين شّخصية المُوقِّع وبيانات إنشاء التّوقيع (والمُعبّر عنها بالمفتاح الخاص)، أو تأكيد وجود هذه الصّلة. لكن من الانتقادات المُوجّهة لهذا التّعريف أنّه قد ربط ما بين صاحب التّوقيع وبين المفتاح الخاص، مع أنّ المفتاح الخاص يبقى سرًّا مع صاحبه، بينما المفتاح العام المُعبّر عنه ببيانات التّحقق من التّوقيع؛ هو الذي يحتاج لتأكيد ارتباطه مع صاحب التّوقيع، كونّه من البيانات الواجب ذكرها في شهادة التّصديق.[5]

---

(1) عبير ميخائيل الصّفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، ط 01، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص95.

(2) التوجيه الأوربي رقم 1999/93 الخاص بالتوقيعات الإلكترونية.

(3) Certificat: " une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne."

للتفصيل أنظر: شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص338.

(4) حسان سعاد، مرجع سابق، ص129.

(5) عبير ميخائيل الصفدي الطوال، مرجع سابق، ص99.

وفي مقام موالي عرّف المشرّع الجزائري شهادة التّوثيق الإلكتروني وسمّاها بالشّهادة الإلكترونية؛ وهذا بموجب نصّ المادة 03 مكرّر والتّي تقضي بأنّه:" الشّهادة الإلكترونية وثيقة في شكل إلكتروني تثبّت الصّلة بين معطيات فحص التّوقيع الإلكتروني والمُوقِّع" [1].

ويُلاحظ أنّ المشرّع في هذا النص ميّز بين الشّهادة الإلكترونية البسيطة والشّهادة الإلكترونية الموصوفة، فالشّهادة الأولى سبق وأن ذكرنا تعريفها تحت مُسمى الشّهادة الإلكترونية، أمّا الشّهادة الإلكترونية الموصوفة، فعرّفها بأنّها: " الشّهادة الإلكترونية الموصوفة شهادة إلكترونية تستّجيب للمتطلّبات المُحدّدة." [2]

وعلاوة على ذلك عرّف قانون 04/15 شهادة التّصديق الإلكتروني بأنّها:" وثيقة في شكل إلكتروني تُثبّت الصّلة بين بيانات التّحقق من التّوقيع الإلكتروني والمُوقِّع ". وفي نفس الصّدد، المشرّع ميّز في هذا القانون- مثل ما فعل في المرسوم السّالف الذكر- بين نوعي الشّهادة: شهادة المُصادقة الإلكترونية العادية[3]، وشهادة المُصادقة الإلكترونية الموصوفة[4].

فالشّهادة الإلكترونية البسيطة تتطلّب إجراءات ترتّبط بمعطيات ومعلومات، تتعلّق بالتّحقق من توقيع شخص معيّن، وتؤكد هوية هذا الشّخص. وأمّا شهادة التّصديق الإلكتروني الموصوفة، فإنّها ترتّبط بإصدار الشّهادة النّوعية وفق شروط حدّدها المشرّع؛ من بينها أن تتضمّن على الخصوص التّوقيع الإلكتروني الموصوف.[5]

ج2/ متطلّبات وبيانات شهادة التّصديق الإلكتروني: لترسيخ الثّقة بشهادة التّوثيق الإلكتروني لكونها صك أمان، تؤكّد صِّحة وضمان المعاملة الإلكترونية؛ من حيث صِّحة البيانات الواردة فيها ومضمونها وأشخاصها، فإنّ تشريعات التّجارة الإلكترونية تُلزِّم الجهة المُصدِّرة لهذه الشّهادة، بضرورة احتوائها على بيانات معيّنة، بهدف تحديد هوية صاحب الشّهادة وهوية المُصدِّر، ومدة صلاحيّتها ومجالات استعمالها، إضافة إلى لجوء المشرّع أحياناً إلى ترتيب عقوبة جنائية[6] لضمان قيمة وحجيّة شهادات

(1) المادة 03 مكرّر الفقرة الثامنة من مرسوم تنفيذي 162/07، السّالف الذكر.

(2) المادة 03 مكرر الفقرة التاسعة من المرسوم المذكور أعلاه.

(3) راجع المادة 02 فقرة سابعة من قانون 04/15.

(4) راجع المادة 15 من قانون 04/15.

(5) عقوني محمد، بلمهدي إبراهيم، مرجع سابق، ص ص308- 309.

(6) من ذلك ما نصّت عليه المواد : 69- 70- 71 من قانون 04/15.

التّوثيق، ولضمان حرية المتعاملين بها[1].

وفي هذا الإطار يُشترّط في شهادة التّصديق الإلكتروني أن تتوفّر فيها مجموعة من **المتطلّبات** وهي:

- أن تُمنح من قِبل طرف ثالث موثوق أو من قِبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقًا لسياسة التّصديق الإلكتروني المُوافق عليها.
- أن تُمنح للمُوقِّع دون سواه.
- يجب أن تتضمّن على الخصوص:

✓ إشارة تدّل على أنّه تمّ منح هذه الشّهادة على أساس أنّها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

✓ تحديد هوية الطّرف الثّالث الموثوق أو مؤدي خدمات التّصديق الإلكتروني المُرخّص له المصدر لشهادة التّصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه.

✓ اسم الموقّع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.

✓ إمكانية إدراج صفّة خاصّة للمُوقِّع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التّصديق الإلكتروني.

✓ بيانات تتعلّق بالتّحقّق من التّوقيع الإلكتروني، وتكون مُوافقة لبيانات إنشاء التّوقيع الإلكتروني.

✓ الإشارة إلى بداية ونهاية مدّة صلاحية شهادة التّصديق الإلكتروني.

✓ رمز تعريف شهادة التّصديق الإلكتروني.

✓ التّوقيع الإلكتروني الموصوف لمُؤدي خدمات التّصديق الإلكتروني، أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التّصديق الإلكتروني.

✓ حدود استعمال شهادة التّصديق الإلكتروني عند الاقتضاء.

✓ الإشارة إلى الوثيقة التّي تُثبّت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر عند الاقتضاء.[2]

---

(1) كامران الصالحي، " الطبيعة القانونية لمسؤولية مزوّد خدمات التّصديق في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 01 لسنة 2006 "، بحث مقدّم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية- ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، أبو ظبي، المنعقد في الفترة 19-20 ماي 2009، ص ص640- 641.

(2) أنظر المادة 15 من قانون 04/15، السّالف الذكر.

وتجدر الملاحظة أنّ المشرّع لم يحدّد الجزاء المترتّب عن خلو هذه الشّهادة من أحد هذه البيانات، وبناءً على ذلك، فإنّ التّساؤل يُثار حول حكم التّوقيع الإلكتروني الرّقمي المُستنّد إلى شهادة تصديق، تخلّف فيها ذكر إحدى البيانات الإلزامية؟

وفي هذا الإطار هناك من يرى أنّ إغفال جهة التّصديق عن ذكر إحدى، أو بعض البيانات الإلزامية في الشّهادة؛ يؤدي إلى انعدام حجيّة التّوقيع الإلكتروني في الإثبات، وبخلاف ذلك نرى أنّ التّوقيع الرّقمي في هذه الحالة، لا تنعدم قيمتّه القانونية تمامًا، وإنّما تصبح خاضعة إلى سلطة قاضي الموضوع التّقديرية، مع بطلان شهادة التّصديق الإلكتروني التّي فقدت إحدى بياناتها الإلزامية. ومن الجدير بالملاحظة أنّ الحكم ذاته ينطّبق على التّوقيع الرّقمي، المُستنّد إلى شهادة تضمّنت بيانات خاطئة، سواءً أكانت تلك البيانات إجبارية أم اختيارية، طالما تمّ إدراجها في شهادة التّصديق الإلكتروني وأصبحت جزءً منها، وعلّة ذلك أنّ شهادة التّصديق في كلتا الحالتين؛ لم تحقّق الغرض الذي أعدّت من أجله، الأمر الذي تفقد معه قوتّها القانونية في الإثبات.[1]

وبطبيعة الحال يتّم استخراج هذه الشّهادة عن طريق طلب، يُقدّم من الشّخص الذي يرغب في الحصول على توقيع إلى جهة التّوثيق، وفي هذا الإطار يقوم هذا الشّخص بتزويد جهة التّصديق، بجميع المعلومات التّي تطلبها منه، لإثبات قدرّته على إبرام التّصرفات القانونية، وفي حالة المُوافقة على الطلب تُصدِّر جهة التّصديق الإلكتروني شهادة التّصديق؛ تحتوي على مفتاح عام، وتحتوي كذلك على المعلومات التّي تدل على هوية صاحب المفتاح الخاص، وهو الشّخص الذي يُنسب إليه التّوقيع.[2]

وجدير بالذّكر أنّه من النّاحية التّقنية قد تمّ وضع البنيّة الدّاخلية لهذه الشّهادة، من قِبل الاتحاد الدولي لوسائل الاتصال عن بُعد التّابع للأمم المتّحدة، سُجِّلت تحت رقم x -509z3، والتّي تمّ تطويرها من طرف المُنظمة الأمريكية لسنِّ ضوابط لعالم الأنترنت.[3]

ج3/ أنواع شهادات التّوثيق الإلكتروني: تتعدّد شهادات التّوثيق بحسب استخداماتها والغرض منها، فإلى جانب شهادة التّوقيع الرّقمي توجد شهادات أخرى مثل:

(1) سعد عدنان العزاوي، مرجع سابق، ص ص335- 336.

(2) مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص93.

(3) نعمان ضياء علي أحمد، "حماية المستهلك في العقد المُبرم بشكل إلكتروني- آلية التّعاقد نموذجا-"، مجلة القانون والأعمال، ع 24، مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، المغرب، 2018، ص109.

- **شهادة توثيق تاريخ الإصدار**:"Digital Time Stamp ": وهي شهادة تُوثّق تاريخ ووقت إصدار التّوقيع الإلكتروني، حيث يقوم صاحب الشّهادة بعد التّوقيع عليها بإرسالها إلى جهة التّوثيق، التّي تقوم بتسجيل التّاريخ عليها وتوقيعها من جهتها، ثمّ تُعيدها إلى مُرسِّلها مرة أخرى.
- **شهادة الإذن**: "Authorizing Certificate" وبمقتّضاها يتّم تقديم معلومات إضافية عن صاحبها، مثل عمله ومؤهلاته والتّراخيص التّي يملكها.
- **شهادة البيان** "Attesting Certificate": وهي شهادة تفيد بيان صِّحة واقعة أو حدث ما ووقت وقوعه. (1).

وفي مقابل ذلك هناك أنواع أخرى للشّهادات الإلكترونية نذكر منها:

- **شهادة الإمضاء الإلكتروني:** وتسمح بربط هوية شخص ما بمفتاح عمومي، ويمكن استخدامها لإمضاء الرّسائل الإلكترونية، والمُصادقة ضمن مناخ مُؤمَّن، نذكر على سبيل المِثال استغلال الخدمات البنكية عن بُعد.
- **شهادة مُوزّع ويب**: تجمع بين هوية موزّع ويب والمفتاح العمومي، ويمكن استعمالها من تبادل البيانات بين الموزّع وعملائه في إطار آمن، مثل عمليات الشِّراء أو الدّفع الإلكتروني على موقع تجاري.
- **شهادة شبكة افتراضية خاصّة**: تُمكِّن من ربط المعلومات المُتعلِّقة ببعض المواقع على الشّبكة المعنية(محوِّلات، جدران نارية، مركزات...) بالمفتاح العمومي، ويتّم استخدام هذه الشّهادة لضمان سلامة المُبادلات، بين منظمة وفروعها المُوزّعة جغرافيًا عبر مسالك مؤمّنة في شبكة الاتصالات.
- **شهادة إمضاء الرّمز**: تسمح بالإمضاء على برنامج أو نص أو برمجية، لضمان تعريفه بتوقيع صاحبه، كما تُمكِّن من حمايته ضدّ مخاطر القرصّنة. (2)

ممّا لا شك فيه أنّ جهات التّصديق الإلكتروني لا يُمكِّنها القيام بخدمة التّصديق الإلكتروني، وإصدار شهادات التّصديق الإلكتروني، إلاّ بناءً على ترخيص من الجهة المُختّصة.

(1) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص339.

(2) مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص92.

وفي هذا الإطار تضمّنت أحكام المادة 02 فـ10 من قانون 04/15 النّص على هذا التّرخيص[1]، وتجدر الإشارة أنّ السّلطة المُختّصة بمنح التّرخيص، لممارسة خدمات التّصديق الإلكتروني في الجزائر هي السّلطة الاقتصادية للتّصديق[2].

وبطبيعة الحال تقوم مسؤولية جهة التّصديق الإلكتروني عن كل إخلال بالالتزامات المقرّرة قانونًا، وهذه المسؤولية تضمّنت أحكامها المواد 53 إلى 60.[3]

(1) تنّص المادة 02 فـ10 من قانون 04/15 على أنّه:" التّرخيص يعني نظام استغلال خدمات التّصديق الإلكتروني الذي يتجسّد في الوثيقة الرّسمية الممنوحة لمؤدي الخدمات بطريقة شخصية، تسمح له بالبدء الفعلي في توفير خدماته."

(2) أنظر المادة 33 من قانون 04/15، راجع كذلك المادتان 29 و30 التّي حدّدت أحكام السّلطة الاقتصادية للتّصديق الإلكتروني.

(3) راجع المواد من 53 إلى 60 من قانون 04/15، السّالف الذكر.

الفصل الثاني

حماية المتعاقد في المنازعات المرتبطة بتنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت

إنّ من السِّمات الرئيسية للتّعاقد الإلكتروني، أنّه يُبرّم ويُنفَّذ دون الوجود المّادي لأطرافه، وباستخدام وسائل الاتصال الحديثة لأغراض التّجارة الدّولية، ممّا أدى إلى انتشاره وتوسّع خدماته، فأضحى لا يقف عند حدود سياسية أو جغرافية، ولا شكّ أنّ لظهور مثل هذه المُعطيات القانونية الجديدة من علاقات تعاقدية، لا يتّم إبرامها في نطاق مكاني مُحدّد، الأثر الكبير في تبنّي وسائل تسوية للمنازعات تتناسب وتلك المعطيات.

فالحاجة إلى تبنّي قواعد قانونية جديدة تتلاءم وهذا النّوع الجديد من المعاملات القانونية، أصبحت ضرورة مُلِّحة، حيث أنّ القواعد القانونية التّقليدية وُجدت واستقرّت، لتحمي معاملات تُبرم وتنفّذ ماديًا، ممّا يجعلها عاجزة عن الامتداد، لتشمل بحكمها معاملات سّمتها أنّها إلكترونية، تُبرّم وتُنفّذ بوساطة وسائل الاتصال الحديثة في مقدّمتها الأنترنت[1].

إلاّ أنّ هذا التّطور في مجال المعاملات الإلكترونية أوجد مشاكل كثيرة؛ متعلّقة بالمسؤولية الإلكترونية، ألا وهي مشكلة تحديد المصلحة المختّصة بنظرها، والقانون الواجب التّطبيق عليها من بين القوانين التّي تتنازع على حُكمها، وذلك لأنّ المعاملات الإلكترونية تشتّمل في أغلب الأحوال على عنصر أجنبي؛ سواءً فيما يتعلّق بالأطراف أو مكان الإبرام أو التّنفيذ، وقد يقع الفعل المُوجب للمسؤولية في بلد بينما يكون المضرور في بلد آخر[2].

من هذا المنطلق تتجلّى أهمية الموضوع، في ارتباطه بعقود تتّم وتُنفّذ في فضاء افتراضي، يتحرّر بطبيعته من مقتّضيات التّوطين الجغرافي أو التّركيز المكاني، ممّا يترتّب عليه صعوبة تطبيق المعايير التّقليدية، لإسناد الاختصاص القضائي في مجال العقود الدولية، من حيث كونها ضوابط مادّية ترتّكز على روابط مكانية أو جغرافية، على عقود المستّهلك التّي تتّم وتُنفّذ عبر شبكة الأنترنت، نظرًا للطبيعة اللاّمادية لتلك المُعاملات من جانب، وصعوبة توطينها من جانب آخر، وإمكان أن يتّم تنفيذ العقد في أكثر من مكان من جانب أخير.

(1) مساعد صالح العنزي، " خصوصية الإجراءات في التّحكيم الإلكتروني" ، مجلة الحقوق، ع 03، جامعة الكويت، السنة 36، 2012، ص46.

(2) ريم عبد الباقي حمزة،" طرق تسوية المنازعات العقدية الإلكترونية: تشريعيا/ قضائيا/ تحكيميا "، مجلة دراسات حوض النيل، المجلد10، ع 21، مركز أبحاث ودراسات حوض النيل، جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، ديسمبر 2018، ص291.

وعليه أصبح من الطبيعي أن تزداد أهمية الاتجاه، نحو تعزيز حماية المستّهلك في مواجهة انهيار الحدود الجغرافية، وتدويل القواعد المادّية التّي تحكم هذه المعاملات، بالنّظر إلى زيادة حجم التّجارة الإلكترونية [1].

وتماشيا مع ما تمّ ذكره، يثور التّساؤل عن مدى ملاءمة القواعد العامة مع هذا الطّابع الدولي للأنترنت من جهتين: الأولى عند وجود عقد بين الطرفين في الشّبكة العالمية، والثانية: عند ارتكاب فعل غير مشروع بحق الغير؟ [2]

لتوضيح ذلك تمّ التطرّق في هذا الفصل لآلية تسوية المنازعات المرتبطة بتنفيذ العقد الإلكتروني ودورها في حماية المتعاقد، وهذا من خلال تحديد القضاء المختّص للنظر في هذا النوع من المنازعات(**المبحث الأول**)، لننتقل لتبيان الاختصاص القانوني أو القانون الواجب التّطبيق بشأنها (**المبحث الثاني**).

(1) صالح جاد عبد الرحمان المنزلاوي، " الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشّرعية السعودي"، مجلة جامعة الملك سعود، المجلد 23، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، الرياض، السعودية، يوليو 2011، ص169.

(2) بشار طلال أحمد المومني، مرجع سابق، ص249.

المبحث الأول:

الاختصاص القضائي بشأن منازعات العقد المُبرّم عبر الأنترنت

ممّا لا شكّ أنّ تنفيذ العقد هو الهدف من التّعاقد، ولذلك كان الأصل فيه هو التّنفيذ الطوعي وعن حُسن نيّة، ووفق الشّكل المُتّفق عليه، إلاّ أنّ الأمر لا يسير على هذا المنوال دائمًا، إذ يتنازع المتعاملان حول إحدى العناصر الأساسية في هذا التّعامل؛ كخصائص السّلعة أو الخدمة محل التّعاقد، أو حول مقابلها من النقود وطريقة تسديد هذا المُقابل. وفي هذا الإطار قد تتّخذ النّزاعات الإلكترونية كذلك شكل اعتداءات، على الملكية الفكرية والصّناعية والمواقع الإلكترونية والعلامات التّجارية، ومنازعات متعلّقة بأمن المعلومات والمنافسة غير المشروعة.[1]

ومن زاوية أخرى نجد أنّه كلّما اتّسعت هذه الأنشطة عموديًا أو أفقيًا، كلّما ازدادت هذه المنازعات عددًا واختّلفت نوعًا وحجمًا، والأسباب في ذلك كثيرة ومُتعدّدة ولعلّ أكثرها شيوعًا: تنفيذ العقود وتفسيرها؛ إذ تعتّبر من أكثر المصادر التّي تنشأ عنها النّزاعات والخصومات، وظهور بعض المصّاريف والالتزامات المالية التّي لم تكن في الحسابات. الأمر الذي يؤدي إلى تهرّب الأطراف من تنفيذ التزاماتهم، ممّا يثير مسألة البحث عن الجهة التّي تتحمّل هذه المصاريف[2].

ولابد من التّأكيد على أنّ الاختصاص القضائي يُؤثّر في الاختصاص التّشريعي ولا يتأثّر به، ذلك أنّ المحكمة التّي ينعقد لها الاختصاص بنظر نزاع مشوب بعنصر أجنبي، إنّما تعتّمد على تكييف العلاقة القانونية وفقًا لقانونها من ناحية، وتقوم بأعمال قواعد الإسناد الواردة في قانونها من ناحية أخرى، ممّا يترتّب عليه أثر واضح في الاختصاص التّشريعي، أي في القانون الواجب التّطبيق على النّزاع[3].

وفي واقع الأمر أنّ غالبية العلاقات القانونية التّي تتّم حاليا عبر شبكة الأنترنت، تتّم بين أطراف مختّلفي الجنسية، ولا يمكن ربما حتّى الجزم بالمكان الذي تتّم منه إدارة الموقع الإلكتروني، الذي تجري خلاله تلك العلاقات، بل ولا حتى مزوّد الخدمة الإلكتروني، وهو ما يعطي صورة أولية لأبرز التّحديات المتعلّقة بتعيين المحكمة المختّصة بنظر النزاع، وحجم الاختلاف الذي يميّز موقف

(1) الدبوغ يوسف، " التّحكيم الإلكتروني آلية ملائمة لفضّ منازعات التّجارة الإلكترونية "، مجلة منازعات الأعمال، ع 11، المغرب، مارس 2016، ص03.

(2) هشام البخفاوي، " تسوية المنازعات الإلكترونية "، مجلة محاكمة، ع 03، الرباط، المغرب، أكتوبر 2007، ص191.

(3) المساعدة نائل علي حمد، " الاختصاص القضائي والتّشريعي للعقود الإلكترونية في القانون الأردني"، مجلة المنارة للبحوث والدّراسات، المجلد 13، ع 08، جامعة آل البيت، الأردن، أيلول 2007، ص163.

التّشريعات المختّلفة بشأنها[1] **(المطلب الأول)**، وعليه تستّدعي الطبيعة الذّاتية والحمائية للمستهلك، إيجاد قواعد جديدة في القانون الدولي الخاص؛ من أجل تعزيز حمايته، لعدم كفاية قواعد الإسناد التّقليدية، في ظلّ صعوبة إعمال قواعدها في مجال التّجارة الإلكترونية في الأساس **(المطلب الثاني)**

المطلب الأول:

الضّوابط العامة لتحديد الاختصاص القضائي ومدى انطباقها على العقد المُبرّم عبر الأنترنت

بادئ ذي بدء يُعرّف الاختصاص القضائي بأنّه بيان القواعد التّي تُحدِّد ولاية محاكم الدول، في المنازعات النّاشئة عن تنفيذ العقود، عن غيرها من محاكم الدول الأخرى، وذلك بالمقابلة لقواعد الاختصاص الدّاخلي، التّي تجدر اختصاص كل محكمة من محاكم الدول، عن غيرها من محاكم نفس الدولة، ويُلاحظ أنّ كل دولة تستّقل بتحديد قواعد الاختصاص الدولي لمحاكمها، وهي لا ترتّبط بقواعد القانون الدولي العام، وتضع كل دولة القواعد التّي تُحدِّد اختصاص محاكمها دوليًا، بما يُحقِّق أهدافها الاجتماعية والاقتصادية التّي ترمي إليها سياستها التّشريعية[2].على هذا النّحو صار تحديد القضاء المُختَّص[3] مسألة أولية، يجب على القاضي أولاً أن يتحقّق من ثبوت الاختصاص لمحكمته، بشأن المنازعة المطروحة، فلو تأكّد من ثبوت هذا الاختصاص انتّقل إلى المسألة التّالية، وهي البحث عن القانون الواجب التّطبيق سواء قانونه الوطني أم الأجنبي، مع مراعاة أنّ تطبيقه لأي من القانونين يكون بمقتّضى قواعد إسناد وطنية، أي بمقتّضى قانونه الوطني، وعلى النّحو الذي يبدو فيه تحديد المحكمة المختّصة للقانون الواجب التّطبيق، مُستّندًا إلى قاعدة وطنية مُفتّرضة ما لم يوجد اتفاقيات دولية[4]

---

(1) بلاق محمد، "ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث "، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، أكتوبر 2016، ص15.

(2) حمزة ريم عبد الباقي، مرجع سابق، ص06.

(3) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص459.

(4) ومن أمثلة الاتفاقيات الإقليمية التّي تنظّم الاختصاص القضائي نشير إلى:

- **اللائحة رقم 2001/44**، الصّادرة عن المفوضية الأوربية رقم 2000/12/22 المتعلقّة بالاختصاص والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية، التّي حلّت محل اتفاقية بروكسل، و دخلت حيز النفاذ في 2002/03/01، هذا النظام هو الذي يجب أن تطبّقه محاكم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي، لتحديد ولايتها القضائية في المنازعات المدنية والتجارية.

- **اتفاقية لوغانو الجديدة**، التّي تمّ توقيعها في 30 أكتوبر 2007 من جانب الجماعة الأوربية و ايسلندا والنرويج وسويسرا والدنمارك، لتحلّ محل اتفاقية لوغانو الصّادرة في 1988/09/16 بشأن الاعتراف بالولاية القضائية وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية، ولتكمّل المبادئ التّوجيهية من اللائحة 2001/44، وتمتد هذه الاتفاقية على قواعد الاختصاص خارج الاتحاد الأوربي. راجع : صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص371.

جماعية أو ثنائية[1]. وعليه لتحديد المحكمة المختّصة بنظر النزاع؛ إمّا يتّم اللّجوء إلى ضوابط إقليمية أو شخصية[2]، وفي هذا الإطار اتجه جانب من الفقه، إلى القول بإمكانية اللّجوء إلى المحاكم الإقليمية، وذلك لحلّ المنازعات المتعلّقة بعقود التّجارة الإلكترونية، وباستناد إلى القواعد العامة[3] لتّحديد اختصاص المحاكم[4].

ويأتي على رأس ضوابط الاختصاص القضائي لتشريعات الدّول المختّلفة، الخضوع الاختياري أو الإرادي لولاية محكمة دولة ما كضابط عام؛ اعتّمدته جلّ التّشريعات المعاصرة مع مراعاة جملة من القيود، التّي من شأنها تحقيق الحماية لكل أطراف العقد[5]**(فرع أول).**

ومن زاوية أخرى تقوم بعض ضوابط الاختصاص القضائي الدولي على أسس شخصية، كضابط جنسية المدعى عليه، الذي يعطي الاختصاص لمحكمة الدّولة التّي يتمتّع المدعى عليه بجنسيتها، وهناك أيضا ضابط موطن المدعى عليه، الذي يمكن اعتباره ضابطًا شخصيًا ذا طابع مكاني **(فرع ثاني)**

وفي نفس الصّدد تتطلّب غالبية الأنظمة القانونية، لاختصاص محاكمها بالنّزاع المعروض عليها؛ وجود علاقة أو صلّة تربط بين هذا العقد المعروض على محاكمها وبين هذه الدولة، وذلك على أساس ضوابط مكانية أو موضوعية، كضابط موقع المال وضابط محل الالتزام.[6] **(فرع ثالث)**

وتماشيا مع ما تمّ ذكره، سنتطرّق لضوابط أو معايير تحديد الاختصاص القضائي، وتبيان مدى انطباق تلك الضّوابط على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مستّهدفين من وراء ذلك تقييمها وتقدير الحاجة إليها، في ظلّ المستّجدات التّي أوجدها الفضاء الافتراضي، الذي تنشّط فيه هذه العقود.

---

(1) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص460.

(2) قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2014، ص196.

(3) بالنسبة للقانون الجزائري تنّص المادة 21 مكرر (قانون 10/05 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتمم) على أنّه: " يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التّي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات. "

وعليه إذا طُرح نزاع على القضاء الجزائري، فإن القاضي في مسألة تحديد فيما إذا كان مختصًا أم لا يعود لقانون اجراءاته المدنية.

(4) قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص ص196- 197.

(5) ليندة بومحراث، تسوية منازعات التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019، ص433.

(6) بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التّشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص402.

الفرع الأول:

ضابط الخضوع الاختياري أو الضّابط الإرادي لتحديد المحكمة المختّصة بنظر النزاع

تثور المشكلة بالنسبة للنظام القضائي الجزائري الذي لم يعرف أي قواعد تشريعية، يقوم عليها الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية، ولم يخصِّص المشرّع الوطني للاختصاص الدّولي المباشر سوى مادتين؛ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هما المادتين 41 و 42[1]، والتّي تعتّبر قواعد غير عادية تتضمّن مسألة الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، المبني على الامتياز القضائي فقط، وأمام هذا الفراغ التّشريعي؛ ذهب جانب من الفقه الجزائري إلى تفسير القواعد المُنظِّمة للاختصاص المحلي الداخلي، وامتداد العمل بها في المجال الدولي، والتّي تسمى بالقواعد العادية المُنظِّمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية[2]. هكذا يتبيّن من المادتين أنّ المحاكم الوطنية مختّصة بالنّظر فقط في الدعاوى، التّي يكون أطرافها من الوطنيين؛ سواءً أكان مُدّعيًا أو مُدّعى عليه، أمّا الدعاوى بين الأجانب فهي غير مختّصة بالنّظر فيها.

وفي نفس الصّدد أقرّ جانب من الفقه الجزائري، بأنّه لا يوجد في الجزائر ما يمنع من تبنّي ما انتهى إليه الفقه والقضاء في فرنسا من فهم للمادتين 14 و15، ونتيجة ذلك تعتّبر المادتين41 و42 ق. إ. م. إ؛ قواعد غير عادية للاختصاص، أمّا القواعد العادية للاختصاص فهي قواعد الاختصاص القضائي المحلي الدّاخلي، والتّي يتّم تمديدها إلى المجال الدولي.[3]

هكذا يتبيّن أنّ الاختصاص يكون منعقدًا للمحاكم الجزائرية؛ كلّما كان الضّابط المُعتّمد في الاختصاص المحلي الدّاخلي موجودًا في الجزائر، فإذا كان مثلاً الضّابط في الاختصاص المحلي الدّاخلي هو موطن المدعى عليه[4]، وكان هذا الضّابط موجودًا في الجزائر، فإنّ الاختصاص القضائي

---

(1) تنّص **المادة 41** على أنّه:" يجوز أن يُكلّف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيمًا في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التّي تعاقد عنها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين."

تنّص كذلك **المادة 42** على أنّه:" يجوز أن يُكلّف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى و لو كان مع أجنبي ". المادتان من قانون 09/08 مؤرخ في 25 فبراير2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، الصّادر في 23 أبريل 2008، ص03. وهاتان المادتان منقولتان حرفيا من القانون الفرنسي (المادتان 14 و15)

(2) حسايد حمزة العقاد، " الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية المبني على القواعد العادية "، مجلة الدّراسات الحقوقية، المجلد 07، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة ، الجزائر، مارس 2020، ص90.

(3) مرجع نفسه، ص98.

(4) أنظر نص المادتين 37 و39 ق. إ. م. إ. ج.

الدولي يكون معقودًا للنظام القضائي الجزائري، وأمّا إذا كان موجودًا في الخارج لا يكون معقودًا له[1].

وممّا لا شك فيه أنّ من الثّوابت المُستقّر عليها في القانون الدولي الخاص، إمكانية اتفاق الخصوم على الخروج من قواعد الاختصاص القضائي الوطني، وذلك باتفاقهم على اختصاص المحكمة التّي تنظر في النزاع، غير المحكمّة التّي يقع في دائرتها موطن أو محل إقامة المدعى عليه[2].

أولا: التّعريف بضابط الخضوع الاختياري: ومُؤدى ضابط الخضوع الاختياري، أنّه يحقّ للخصوم أن يتّفقوا على قبول ولاية قضاء دولة معيّنة، بالرّغم من أنّ محاكم هذه الدولة غير مختّصة بالنّزاع، وفقًا لأي ضابط من ضوابط الاختصاص، بغضّ النّظر عن نوع الدعوى، أي سواء تعلّقت بالمعاملات المالية أم بالأحوال الشّخصية[3]، ويُلاحظ أنّ مبدأ حرية الأطراف في تحديد الاختصاص القضائي، نصّت عليه معظم التشريعات؛ فقد نصّ عليه المشرّع الجزائري في المادة 46 ق. إ. م. إ. ج على أنّه:

" يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتّى ولو لم يكون مختّصًا إقليميًا.

يُوقِّع الخصوم على تصريح بطلب التّقاضي، وإذا تعذّر التّوقيع يُشار إلى ذلك.

يكون القاضي مُختّصًا طيلة الخصومة، ويمتّد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التّابع له." [4]

أمّا على مستوى الاتفاقيات الدّولية، فإنّ ضابط الخضوع الاختياري قد تمّ اعتماده في دول المجموعة الأوربية؛ في كل من اتفاقية بروكسل لسنة 1968[5] المتعلّقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتّجارية، المُعدّلة بموجب التنظيم رقم 44/2001/ CE [6]،

---

(1) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع الاختصاص القضائي الدولي" الجنسية "، الجزء 02، ط05، دار هومة، الجزائر، 2008، ص21.

(2) أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص423.

(3) Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, droit international privé, Dalloz, 7éme éd, 2001, p463.

(4) قانون 09/08، السّالف الذكر. كما نصّ قانون المرافعات المصري لسنة 1968 على هذا المبدأ بمقتضى المادة 32 منه، بالإضافة للمادة 27 من قانون أصول المحاكمات الأردنية رقم 17 لسنة 2001، و م485 من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1975 و م 41 من قانون الإجراءات المدنية الجديد الفرنسي، و م 05 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 و م 04 من القانون التونسي لسنة 1949، و م 28 من نظام المرافعات الشّرعية السّعودي.

(5) La convention de Bruxelles du 27/09/1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, CE 72/454, JO.N° L299 du 31/12/1972.

(6) Le règlement CE /44/2001 du conseil du 22/12/2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial, JO. N°L12 du 16/01/2001.

وفي هذا المقام نصّت المادة 02 من توجيه رقم 2001/44 على أنّه:" الأشخاص الذين يوجد محل إقامتهم في إحدى الدول الأعضاء، أيًا كانت جنسيّتهم يمكنهم رفع دعواهم أمام محاكم أي دولة عضو."

وعلاوة عن ذلك قضت المادة 32 بأنّه:" إذا كان أحد الأطراف على الأقل له موطن على إقليم دولة عضو، وقد اتفق مع الطرف الآخر على أن تختّص محكمة من محاكم دول الأعضاء في منازعاتهم، التّي يمكن أن تتولّد أو تولّدت بالفعل، فإنّ هذه المحاكم تختّص إلاّ إذا كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك." (1)

وفي نفس الصّدد، نجد أنّ كل من اتفاقية لوغانو لسنة 1988 المُبرمة بين دول التّبادل الحرّ المُنضمّة إلى الاتحاد الأوربي(2)، والمادة 17 من اتفاقية لاهاي المتعلّقة بالاختصاص القضائي الدولي والأحكام الأجنبية والمسائل المدنية والتّجارية اعتمدتا على ضابط الخضوع الاختياري(3).

ولعلّ من المفيد أن نؤكد بالاستناد إلى المادة 7/هـ من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق رقم 30 لسنة 1928، دعم وجهة النّظر التّي تقرّ باختصاص القضاء الأجنبي، على أساس الخضوع الإرادي، إذ قضت بأنّ المحكمة الأجنبية تعتّبر مختّصة؛ إذا حضر المحكوم عليه الدعوى باختياره، وكذلك إذا وافق قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه(4). ولكن لا يفوتنا أن ننوّه في هذا الصّدد، أنّه يعتّبر لاغيًا وعديم الأثر، كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختّصة، إلاّ إذا تمّ بين التّجار(5).

ومن زاوية أخرى يجري الفقه والقضاء، على أنّه يلزم كي ينتّج الاتفاق على الاختصاص أثره، توافر عدّة **شروط** هي:

1- ضرورة توافر رابطة جدّية بين النّزاع المطروح والمحكمة، التّي اتفق الأطراف على جعل الاختصاص لها، أو توفّر مصلحة مشروعة للأطراف في هذا الشّأن.

---

(1) بو قرط أحمد، " الاختصاص القضائي للنظر في منازعات التجارة الإلكترونية" ، مجلة القانون، المجلد 07، ع 01، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، الجزائر، 2018، ص ص234- 235.

(2) La convention de Lugano CE88/592 du 16/09/1988, concernant la compétence Judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O N°319 du 25/11/1988.

(3) بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص235.

(4) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص252.

(5) أنظر المادة 45 ق. إ. م. إ. ج.

2- ألا يكون الاتفاق من جانب الخصوم منطويًا على غش نحو الاختصاص"Fraude de la compétence"، ففي هذا الفرض يعدّ الاتفاق المانح للاختصاص باطلاً لعدم مشروعية المصلّحة.[1]

3- قبول المتداعيان الخضوع لولاية المحكمة صراحة أو ضمنًا، ويكون القبول صريحًا بإدراج شرط في العقد أو التّصرف المُبرم بين الأطراف، يُسنِّد الاختصاص لقضاء دولة معيّنة بالنّظر في المنازعات، التّي قد تنشأ مستقبلاً بشأن تنفيذ التزاماتهم المُتبادلة، ويُطلِق الفقه على هذا الشّرط " الشّرط المانح للاختصاص". وقد يكون هذا القبول ضمنيًا بأن يُستنتّج من ظروف الحال بالنّظر إلى كل حالة على حدى، كما لو بادر المُدعي برفع دعواه أمام إحدى المحاكم، وباشر المدعى عليه إجراءات الخصومة، دون أن يدفع بعدم الاختصاص عند بدء النّزاع، وقبل التكلّم في موضوع الدعوى[2].

وبالرّغم من أنّ العديد من التّجار على شبكة الأنترنت، يُوردون شرط الاختصاص القضائي مُسبّقا على صفحة استقبال موقعهم، ويُوافق المستّهلك عليه بصّفة صّريحة، إلاّ أنّ العديد من التّشريعات تعتّبره شرطًا تعسفيًا، ومثال ذلك ما أشار إليه التّنظيم الأوربي رقم 2001/44 المُعدّل لاتفاقية بروكسل من أجل مواكبة ظهور العقد الإلكتروني، فقد نصّت المادة 16 منه على حماية المستهلك في العقود الإلكترونية؛ باعتباره الطرف الضّعيف في العلاقة التّعاقدية، حيث ميّز بين **حالتين**:

1- في حالة كون المستهلك هو المدعي في النّزاع، فإنّه يثبّت له حق الخيار في رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه، أو أمام محكمة موطن إقامته.

2- في حالة كون المستهلك هو المدعى عليه، لا يمكن أن ترفع الدعوى سوى أمام محكمة موطن المستهلك.[3]

وعلاوة على ذلك يرى جانب من الفقه، أنّ حماية المستهلك لا تستّلزم تعطيل دور الإرادة كلية، في اختيار الجهة القضائية المختّصة للنّظر في النّزاع، وإنّما يكون بوضع بعض الضّوابط التّي تحدّ من تسلّط الطّرف القوي، مثالها ضرورة وجود ارتباط موضوعي بين المحكمة المُتّفق عليها والنّزاع

---

(1) المنزلاوي صالح جاد عبد الرحمان، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنيت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشّرعية السّعودي، مرجع سابق، ص176.

(2) مرجع نفسه، ص ص176- 177.

(3) L'article 16 de règlement (CE) N°44/2001 :"1- l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'état membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.
2-L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'état membre sur le territoire duquel est domiciliée le consommateur."

النّاشئ، كما أنّه في عقود التجارة الإلكترونية يوجد لدى المستهلك مواقع تجارية، تنتّمي إلى دول توفّر حماية للمستهلك، إضافة إلى وجود مواقع تقدّم توجيهات للمستهلك الإلكتروني.[1]

ثانيا: صور الاتفاق على الخضوع الاختياري: وفقًا لما ورد في اتفاقية بروكسل، فإنّ اتفاق الأطراف على تقرير الاختصاص لمحكمة معيّنة، يتعيّن أن يساير ما نصّت عليه المادة 02/23 من الاتفاقية، وهو أنّ كل انتقال عن طريق إلكتروني يسمح بتخصيص الاتفاق، بشكل دائم يعتّبر وكأنّه مكتوبًا. وإيراد شرط يُقرّر الاختصاص لمحكمة معيّنة يعدّ صحيحًا، إذا كان ذلك الشّرط قد تمّ تحريره إلكترونيًا، وتمّ تأكيده بين الطّرفين[2].

ونتيجة ذلك يُمكن للأطراف اختيار المحكمة المختّصة للنّظر في النّزاع، إلاّ أنّ هذه الحرية في الاختيار لا تطال جميع الحالات؛ لعدّة أسباب منها حماية المستهلك باعتباره الطّرف الضّعيف في العقد الإلكتروني[3].

ويُلاحظ أنّ تقرير الاختصاص لمحكمة معيّنة من قِبل الأطراف قد يكون **صريحًا**؛ كأن يُدرّج هذا الشّرط في العقد ذاته أو يتّم الاتفاق صراحة بعد حدوث النّزاع، كما يمكن أن يكون **ضمنيًا**؛ وذلك كأن يرفع المُدعي دعواه أمام محكمة دولة معيّنة، ويحضر المُدعى عليه ويقدّم دفوعه في الموضوع دون الدّفع بعدم الاختصاص.

وفي مقابل ذلك، لا يخفى خطورة تحديد الاختصاص باتفاق الأطراف، لما قد يمارسه المهني من ضغوط على المستهلك، لتقرير الاختصاص لمحكمة معيّنة ممّا قد يضرّ بالمستهلك.[4]

ويلاحظ أنّه إذا لم يكن هناك اتفاق واضح في تحديد المحكمة المختّصة، فإنّ العقد يبقى في حالة فراغ وهذا ما يُخالف مبدأ استقرار العقد، ويُحدِّث إخلالاً في التّوازن العقدي، ولتجاوز هذا الخلل يُنظَر إلى الإرادة الضّمنية في نصوص العقد، والظّروف المحيطة به لتلمّس هذه الإرادة، فإذا تعذّر ذلك فيلجأ إلى توطين العقد؛ بوضعه في مكان يخضع لنظر محكمة تلك الدولة، وذلك بالنّظر إلى المؤشّرات الدّالة على إرادة العقد[5]، كأن يتّم تحرير العقد بلغة إحدى الدولتين، فيكون هذا مؤشّر على أنّ

(1) بو قرط أحمد، مرجع سابق، ص235.

(2) أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص19.

(3) Bouda Hrain Abdellah, droit judiciaire privé au Maroc, Dar El Kitab alwatani, 1994, p101.

(4) أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلّقة بالعقود المُبرمة على شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص20.

(5) فهد بن عبد العزيز الداود، " الاختصاص القضائي في عقد التجارة الإلكترونية " ، مجلة العدل، ع 60، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، السنة 15، شوال 1434هـ، ص217.

المتعاقدين يريدان إخضاع عقدهما لنظر المحكمة النّاطقة بتلك اللّغة، ومثل ذلك اختيار المتعاقدين لعملة دولة معيّنة للوفاء، فيصّح أن يكون هذا مؤشّرًا على اختيار محكمة هذه الدولة.[1]

ثالثا: الإشكالات التّي يثيرها ضابط الخضوع الاختياري والحلول المُقرّرة لها: يثير هذا الضّابط **إشكال** في حالة ما إذا تمّ الاختيار الصّريح للمحكمة المختّصة، بتضمين الأطراف عقدهم شرطًا يحدّدون فيه المحكمة، المختّصة بالفصل في المنازعات التّي تثور فيما بينهم. ولكن في مجال العقود الإلكترونية قد تبرز صعوبة التّحقق من جدية هذا التّعاقد وإثباته، حيث يغيب في ظلّ هذا النّظام أو العالم الافتراضي، الأدلة المادية والتّوقيعات الخطّية، فيتحدّد موضوع المعاملة وكيفية تنفيذها دون دعامة مادية مكتوبة، وبالتّالي يصعب التّحقق من وجود هذا الشّرط، خاصّة عندما يحدث عطل داخل الأجهزة الإلكترونية، يؤدي لضياع البيانات المُخزّنة داخلها، أو انتهاء فترة الصّلاحية المُقرّرة لتخزينها، أو صعوبة استرجاعها إذا تمّ تحميل الأجهزة بشكل غير سليم، أو غيرها من الوسائل التّي قد يصعب مع وجودها، التّحقق من وجود هذا الشّرط [2].

وناهيك عن ذلك نجد عائق النظام العام الذي يختّلف مفهومه من دولة لأخرى، نظرًا لاختلاف ثقافاتها وتباين المفاهيم السّائدة بها، وهذا من شأنه الحيلولة دون تنفيذ الأحكام الأجنبية على أراضي دول أخرى، خاصّة في مجال التجارة الإلكترونية، أين فتحت المجال لتعاقد أطراف تنتّمي إلى نظم قانونية مختّلفة، على خلاف التّجارة التّقليدية التّي في إطارها تتلاقى أطراف، أَلِفت التّعامل مع بعضها[3].

أمّا عن **الحلول القانونية** في هذا الصّدد، نجد نص الاتفاق النّموذجي الأوربي لتبادل البيانات إلكترونيًا، اشتّرط أن تشمل الإجراءات الأمنية التّحقق من مُنشئ الرّسالة و من صّحتها، وعدم رفض منشئ الرّسالة لها، وتلقّي البيانات إلكترونيًا مع مراعاة سرّيتها[4].

---

(1) فهد بن عبد العزيز الداود، مرجع سابق، ص217.

(2) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص374.

(3) حمودي ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المُبرم عبر الأنترنيت "مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع "، مرجع سابق، ص ص517- 518.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، "الأنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق؟ "، بحث مقدّم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، كلية الشّريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، أبو ظبي، الإمارات العربية المتّحدة، 12- 13 مايو 2000، ص32.

ولكن يبقى أن نؤكّد على أمر هام وهو خطورة الخضوع الإرادي لمحكمة بعينها، فقد يشوب هذا الخضوع جور الطّرف الأقوى على مصلحة الطّرف الضّعيف، وهو في الغالب المستهلك في العقود الإلكترونية. وجدير بالذّكر، أنّه في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف حول تحديد المحكمة المختّصة للفصل في نزاعهم، ذهبت أغلب التّشريعات الوطنية إلى تطبيق الضّوابط العامة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، والتّي يمكن تقسيمها إلى ضوابط شخصية وأخرى إقليمية (مكانية).

الفرع الثاني:

الضّوابط الشّخصية المُعتّمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي

في مستهل الحديث، يتعلّق مضمون الضّوابط الشّخصية بارتباط أشخاص أطراف العلاقة، ذات الطّابع الدولي بدولة معيّنة، وأطراف العلاقة هما: المُدعي والمدعى عليه، وهذا الارتباط إمّا أن يأتي عن طريق جنسية الدولة التّي يتمتّعون بها، أو عن طريق التوطّن أو الاقامة على إقليم هذه الدولة. ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري يحدّد الاختصاص بموطن المدعى عليه أو محل إقامته، بغضّ النّظر عن جنسيّته، وعلاوة على ذلك أخذ أيضًا بضابط الجنسية، وقد يتعلّق هذا الضّابط بالأشخاص من ناحية أخرى، حينما يتّم الاتفاق بينهم على عقد الاختصاص القضائي لمحكمة معيّنة في حالة حدوث نزاع بينهم[1]. وعليه فالضّوابط الشّخصية للاختصاص القضائي هي: ضابط جنسية المدعى عليه وضابط موطن المدعى عليه.

أولا: ضابط جنسية المدعى عليه: يعدّ هذا الضّابط من الضّوابط الشّخصية التّي تعتّمد على المركز القانوني للمدعى عليه، وبموجبه ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة التّي ينتّمي إليها المدعى عليه بجنسيته، لذلك يعدّه كثير من الفقهاء ضابطًا قانونيًا شخصيًا عامًا، لا يقتّصر على نوع معيّن من المنازعات دون غيرها.[2]

يرجع الأساس الصّحيح لهذا الاختصاص إلى أنّ المواطن يخضع لولاية القضاء الوطني، سواءً كان مقيمًا في الجمهورية أو خارجها، وهذه الولاية إقليمية بالنسبة للمواطنين والأجانب المقيمين في إقليم الدولة، وشخصية بالنسبة للمواطنين المقيمين في الخارج[3].

---

(1) حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصّص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2015، ص463.

(2) حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص54.

(3) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص373.

وجدير بالذكر أنّه هناك من التّشريعات من اعتّمدت جنسية كل من المدعي والمدعى عليه لتحديد هذا الاختصاص، وفي هذا المقام نجد المشرّع الجزائري نصّ على ضابط جنسية المُدعى عليه في المادة 42 ق. إ. م. إ. ج؛ التّي تقضي بأنّه:" يجوز أن يُكلّف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتّى ولو كان مع أجنبي." (1)

كما اعتّمد على جنسية المدعي الجزائري، إذ نصّ في المادة 41 ف02 ق. إ. م. إ. ج على أنّه: " كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين." (2)

فحسب نص هاتين المادتين، نجد أنّ قاعدة اختصاص محكمة جنسية الطرف، سواءً كان مدعيًا أم مدعى عليه، كافٍ في ذاته لانعقاد الاختصاص لمحكمة الدولة التّي ينتّمي إليها بجنسيته، دون حاجة لاشتراط أي رابطة أخرى، بين النّزاع ودولة هذه المحكمة(3)، فضلاً عن ذلك تبنى المشرّع الجزائري ضابط الجنسيّة من خلال المادتين 10 و11 ق. م. ج(4)

وفي مقابل ذلك نجد قانون التجارة الإلكترونية الجزائري في المادة 02 منه، نصّ على هذا الضّابط، إذ تقضي هذه المادة بأنّه:" يُطبّق القانون الجزائري في مجال المعاملات التّجارية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

- متمتّعًا بالجنسيّة الجزائرية، أو
- مقيمًا إقامة شرعية في الجزائر، أو
- شخصًا معنويًا خاضعًا للقانون الجزائري،

أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر." (5)

كما أولى القانون الفرنسي أهمية كبيرة لهذا الضّابط، إذ نصّ من خلال المادتين 14 و15 من ق. م على أنّه ينعقد الاختصاص للقضاء الفرنسي، بمجرد أن يكون أحد طرفي الدعوى فرنسيًا، حتى

(1) المادة 42 من قانون 09/08.

(2) المادة 41 ف02 من قانون 09/08.

(3) بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص403.

(4) قانون 10/05 المتضمن القانون المدني المعدّل والمتمّم. وبالرجوع للمشرّع المصري، نجده اعتمد ضابط جنسية المدعى عليه بمقتضى المادة 28 من قانون المرافعات، التّي تنّص على أنّه: " تختّص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التّي ترفع على المصري ولولم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلّقة بعقار واقع في الخارج."

(5) قانون 05/18 ق. ت. إ.

ولو كان العقد إلكترونيا، بشرط أن لا يتعارض ذلك مع الاتفاقيات الدولية، خاصّة التّوجيه الأوربي لسنة 2000 واتفاقية "Logano "، وأن لا تتوفّر أيضًا شروط تطبيق الضّوابط الأخرى[1].

وقد تعرّض نص المادتين 14 و15 من ق. م. فرنسي، لنقد شديد من الفقه الفرنسي لأخذه بشخصية المدّعي، لأنّه يعدّ خروجًا على المبادئ العامة في الاختصاص القضائي الدولي، واعتبروه ما هو إلاّ ضابط سياسي محض، لا يجوز أن يقوم عليه وحده اختصاص المحاكم الوطنية.[2]

بناءً على ما ورد في التّشريعين الجزائري والفرنسي، يمكن القول أنّ الشّخص الجزائري أو الفرنسي بوصفه مُدّعيًا، يجوز له التّنازل عن اختصاص المحاكم الفرنسية أو الجزائرية المُقرّر لصالحه، ذلك أنّ الحق الممنوح له لم يأت على سبيل الإلزام بل على سبيل الجواز.[3]

وتجدر الإشارة إلى أنّ جانب من الفقه الفرنسي، اتجه إلى إعلان عدم ملاءمة ضابط جنسية المدعى عليه لمعطيات العالم الإلكتروني، وبرّروا ذلك بحجية صعوبة تحديد جنسية المواقع الإلكترونية، وبصفة خاصّة المواقع التّي لا تمثّل شركة تجارية قائمة، لها جنسية محدّدة وموطن معروف، والتّي نشأت لأول مرة كموقع إلكتروني فقط، دون أن يكون لهذا الموقّع وجود مادي حقيقي كشركة تجارية أو محل تجاري، بعكس المواقع الإلكترونية التّي نشأت تمثيلاً لشركة تجارية موجودة بالفعل في العالم المادي، فيسهل تحديد جنسيّتها وفقًا لمعايير تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية[4]. وفي مقابل ذلك نجد أنّ الشّركات التّجارية التّي ليس لها وجود، إلاّ في العالم الافتراضي دون وجود مادي حقيقي، يصعب تحديد جنسيّتها.[5]

كما ذهب جانب من الفقه إلى تعارض ضابط الجنسية مع مبدأ قوة نفاذ الأحكام القضائية، خاصة عندما يكون الاستناد إلى ضابط جنسية المدعى عليه، لعقد الاختصاص القضائي إلى محكمة الدّولة التّي ينتّمي إليها بجنسيته، من دون الاعتماد على عنصر آخر يربط هذه المحكمة بالنّزاع القائم، ممّا يجعل التّعارض مع مبدأ قوة النّفاذ يظهر بصورة جليّة، إذ سيكون الحكم الذي سيصدر عن المحكمة غير ممكن التّنفيذ، في الدولة التّي يحصل المدعى عليه على جنسيتها، لعدم وجود أموال أو

(1) حمودي ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المُبرم عبر الأنترنت "مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع "، مرجع سابق، ص515.

(2) هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص93.

(3) راجع المادة 14 من ق. م. فرنسي، والمادة 41 ق. إ. م. إ. ج.

(4) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص255.

(5) بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص245.

مراكز عمل له على إقليمها، بحيث يمكن أن تجعل تنفيذ القرار القضائي الصّادر ضده غير ذي جدوى[1].

من أجل ذلك جاءت الاتفاقيات الدولية الحديثة في غالبيتها، واضعة في اعتبارها عدم الاعتداد بجنسية الأطراف في المعاملات الإلكترونية، فقد اتّجهت اتفاقية الأمم المتّحدة بشأن الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005 إلى تطبيق أحكام هذه الاتفاقية، بصرف النّظر عن جنسية الأطراف، واهتّمت كثيرًا بكيفية تحديد موطن ومقر عمل الأطراف، دون أن تولي أيّ اهتمام بجنسية الأطراف.

وفي هذا المقام فقد خلا التوجيه الأوربي 2001/44 الصّادر بتاريخ 2000/12/22 بشأن الاختصاص الدولي للمحاكم في المنازعات التّجارية والمدنية في دول الاتحاد الأوربي، من الإشارة إلى ضابط جنسية المدعى عليه كأحد ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الأوربية، علمًا أنّ واضعي التّشريع كان في اعتبارهم معطيات التّجارة الإلكترونية في تاريخ وضع هذا التّوجيه[2]. وتصدّى لذلك التّوجيه الأوربي رقم 2000/31[3] في مادته الخامسة، والمادة 14 من مشروع الأمم المتّحدة بشأن التّعاقد بين الدول الأعضاء، حيث نصّت على ضرورة إتاحة مؤدي الخدمات للبيانات التّي يمكن لمتلقي الخدمة من التّعرف عليه، ومن ثمّ يمكن للطرف المتعاقد معرفة جنسية الطرف الآخر، إلاّ أنّ هذه الأحكام ليست إلزامية ولا توقّع الجزاء على مخالفتها، وعليه أخذ بعض الفقه بمبدأ الوضع الظّاهر.[4]

إلاّ أنّ ضابط الجنسية قليل الجدوى في تحديد اختصاص المحاكم دوليًا وذلك لعدّة أسباب منها، عدم وجود رابطة مادية لجواره تربط الشّخص بإقليم الدولة، وعدم إقامة المدعى عليه أو وجود أمواله من دولة الانتماء بالجنسية، فيكون الاختصاص للمحكمة التّي لها سلطة فعليّة.[5]

---

(1) عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص166.

(2) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص467.

(3) التوجيه الأوربي رقم 2000/31 بشأن بعض الجوانب القانونية الخاصة بالتجارة الإلكترونية، الصّادر بتاريخ 08 جوان 2000.

(4) لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص233.

(5) حمزة ريم عبد الباقي، مرجع سابق، ص295.

كما يصعب إعمال هذا المبدأ في مجال العقود التجارية الإلكترونية، نظرا لعدم تمكّن الدائن المدعي من التوصّل لمعرفة جنسية المدين المدعى عليه، خاصّة في حالة عدم إدلاء الأخير ببياناته الخاصّة والتّي منها بيان جنسيته[1].

ولابد من التأكيد أنّ المادة 46 ق. إ. م. إ. ج؛ تجيز للخصوم الحضور دائمًا باختيارهم أمام القاضي، حتّى ولو لم يكن مختّصًا محليًا بنظر الدعوى، مما يفيد بأنّ قواعد الاختصاص المحلي ليست من النّظام العام، لأنّه يمكن الاتفاق على مخالفتها.[2]

ثانيا: ضابط موطن المدعى عليه أو محل اقامته: الواقع أنّ تحديد الموطن يعتّمد على الرّبط بين الشّخص والمكان برباط قانوني، ولهذا يعرّفه الفقه بأنّه المكان الحقيقي الذي يقيم فيه الشّخص، أو يتّخذ منه مركزًا لأعماله. ويتّفق هذا التّحديد مع ما انتهى إليه التّوجيه الأوربي الصّادر في 08 يونيو 2000 بشأن التّجارة الإلكترونية، حيث حدّد مكان إقامة المُورِّد بالممارسة الحقيقية للأعمال، من خلال إقامة دائمة ولمدّة غير محدودة، وهذا ما تضمّنته الحيثية رقم 19 من التوّجيه.

فالأصل أنّ الموطن يتحدّد بالمكان الحقيقي للمتعاقدين، حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، عملاً بما هو مستّقر عليه في نظام المرافعات الدّاخلي والدّولي كلاهما؛ من أنّ المدعي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته.[3]

هكذا يتبيّن أنّ جميع الدعاوى تختّص بها المحاكم التّي يقيم فيها الأفراد، سواء أكانوا مواطنين أو أجانب، وأيضا الدعاوى التّي نشأت أو نفّذت في إقليم الدولة التّي تنتّمي إليها المحكمة، ومبرّر ذلك يكمن في السّيادة للدولة على إقليمها، والولاية القضائية على من يقيم على أرضها، بغضّ النّظر عن اختلاف الجنسيات، لأسباب أهمّها سهولة تنفيذ الأحكام، بحيث تكون الأموال المنفّذ عليها موجودة بنفس الإقليم الذي صدر فيه الحكم[4].

وتأسيسًا على ذلك تضمّنت المادة 37 ق. إ. م. إ. ج، النص على ضابط موطن المدعى عليه كأساس للاختصاص الإقليمي، إذ قضت بأنّه:" يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التّي يقع في

---

(1) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص373.

(2) قانون 09/08، السّالف الذكر.

(3) المنزلاوي صالح جاد عبد الرحمان، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشّرعية السعودي، مرجع سابق، ص175.

(4) إدريس النوازلي، حماية عقود التجارة الإلكترونية في القانون المغربي" دراسة مقارنة "، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، مراكش، المغرب، 2010، ص102.

دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، و إن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التّي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التّي يقع فيها الموطن المُختار، ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك." [1]

ويُفهم من هذا النّص أنّ المشرّع يعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه، حتّى لو كان هذا الأخير أجنبيا، بشرط أن يكون له موطن أو محل إقامة في دائرة اختصاص تلك المحكمة[2].

ونصّت المادة 10 ق. م. ج على أّنه في العقود الدولية التّي يكون أحد أطرافها جزائريا، يجوز أن تنظّر فيها المحاكم الجزائرية، إذا كانت الالتزامات سوف تُنفّذ في الجزائر، وفي نفس الصّدد قضت المادة 11 أنّه في حالة تعاقد جزائري مع أجنبي، فإنّه يجوز للمحاكم الجزائرية النّظر في النزاع[3].

فضلاً عن ذلك نجد أنّ المادة 02 من قانون 05/18 تضمّنت النص على هذا الضّابط[4]. ومن زاوية أخرى أكّدت على هذا الضّابط المادة 02 من اتفاقية بروكسل 1968 ولوجانو لعام 1988، وقواعد الاتحاد الأوربي رقم 2001/44، والمادة 01/04 من اتفاقية تنفيذ الأحكام والإنابات والإعانات القضائية بدول مجلس التّعاون لدول الخليج العربية، التّي عُقدت في سلطنة عمان في 4- 6 ديسمبر 1995[5].

ونتيجة ذلك يستّوي في موطن المدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي؛ أن يكون موطنًا للشّخص الطبيعي أو الشّخص المعنوي، وقد حدّد المشرّع الجزائري موطن الشّخص الاعتباري بأنّه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته[6]، كما قضت المادة 10 ف04 ق. م. ج؛ بتطبيق هذا الضّابط على الشّخص الاعتباري، الذي يُزاول جزء من نشاطه في الجزائر عن طريق فرع له، حتّى ولو كان مركز إدارته الرئيسي في الخارج.[7]

---

(1) المادة 37 من قانون 09/08، أنظر كذلك م 29 من قانون المرافعات المصري، و م 27 من قانون المسطرة المدنية المغربي، و م 01/42 من القانون الفرنسي المتعلق بالإجراءات المدنية الجديد لسنة 1975، و م 03 من ق. دولي خاص تونسي الصّادر في 1998، وكذا المادة 20 ق. إ. م لدولة الإمارات العربية المتّحدة.

(2) حابت أمال، مرجع سابق، ص464.

(3) أنظر المادتان 10 و11 من قانون 10/05، السّالف الذكر.

(4) قانون 05/18 الخاص بالتجارة الإلكترونية، السّالف الذكر.

(5) المنزلاوي صالح جاد عبد الرحمان، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشّرعية السعودي، مرجع سابق، ص175.

(6) المادة 50 من أمر 58/75، السّالف الذكر.

(7) المادة 10 ف 04 من قانون 10/05.

والجدير بالملاحظة أنّ تحديد معنى الموطن يكون دائمًا بالرّجوع إلى قانون القاضي، إذا تعلّق الأمر بتفسير أحد قواعد الاختصاص الوطنية، والموطن ليس له معنى مُحدّد، حيث ينقسم إلى موطن عام وموطن حكمي وموطن مختار، موطن خاص أو موطن الأعمال ومحل الإقامة[1]، ولكل واحد من هؤلاء معنًا مختلفًا عن الآخر، وله قاعدة وضابط يميّزه[2].

هذا ويصعب إعمال ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه في العالم الافتراضي للأنترنت، الذي يختّلف على الوجود الواقعي للعالم المادي، وفي نفس الصّدد ذهب البعض إلى القول بوجود موطن افتراضي للمواقع الإلكترونية. إلاّ أنّ هناك من يرى أنّ هذا الافتراض غير مقبول، لأنّ المُورِّد يمكن أن يخلق موطنًا مصطّنعًا، فضلاً عن أنّه من المُمكن أن يضع العراقيل أمام المدعي، بأن يخفي عليه موقعه أو يفاجئه بضرورة رفع دعواه في دولة بعيدة، وبلغة غير مفهومة بالنسبة له وطبقا لقانون لا يتوقّعه.[3]

وانطلاقا ممّا سلف يجب التوقّف عند إعمال هذا الضّابط على العقود التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت، حيث يكشف لنا هذا الضّابط عن صعوبة عملية؛ تتمثّل في أنّ الأطراف ليست لديهم مقدرة حقيقية للتّحقق من مكان عمل بعضهم البعض، بسبب غياب الاتصال المادي بينهم، وكنتيجة لذلك إذا لم يبيّن الأطراف بوضوح تام أماكن عملهم قبل أو أثناء إبرام العقد، ثار التّساؤل عمّا إذا كانت هناك وسيلة أخرى يُستدّل منها مكان العمل.[4]

ولمعالجة ذلك القصور، فإنّ القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصّادر عن منظمة الأمم المتّحدة عام 1996، وأيضا اتفاقية الأمم المتّحدة المتّعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية عام 2005، قد حاولا وضع معيار يسترشّد به القضاء، لتّحديد موطن الأطراف عبر شبكة الأنترنت، وهو معيار" المقرّ الأوثق صّلة بالعقد" [5].

---

(1) راجع المواد من 36 إلى 39 من التقنين المدني الجزائري.

(2) حابت أمال، مرجع سابق، ص464.

(3) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص250.

(4) المنزلاوي صالح جاد عبد الرحمان، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشّرعية السّعودي، مرجع سابق، ص181.

(5) تنص المادة 02/06 من الاتفاقية على أنّه: " إذا لم يعيّن الأطراف مقرّ العمل أو كان له أكثر من مقرّ عمل واحد، كان مقرّ عمله هو المقر الأوثق صّلة بالعقد المعني، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التّي كان الأطراف على علم بها، أو توقعوها عند إبرام العقد أو قبل إبرامه."

مع الأخذ في الاعتبار الظروف والملابسات التّي حدثت عند أو قبل التّعاقد، مثل المراسلات العادية التّي تمّت بين الأطراف على مقرّ عمل مادي محدّد خارج الوسط الإلكتروني، أو من خلال أرقام تليفونات أحد الأطراف، التّي تحمل مفتاحًا لدولة مُحدّدة، وقد استّخدم القضاء الأمريكي أرقام التليفونات في أكثر من قضية، للدّلالة على ارتباط موقّع إلكتروني بدولة محدّدة.(1)

أمّا بالنسبة للشّخص الطبيعي الذي يتعاقد عبر شبكة الأنترنت، فلم تستّخدم الاتفاقية بشأنه فكرة الموطن؛ كدليل على مقرّ عمل أو تواجد هذا الشّخص، بل استّخدمت فكرة "مقر الإقامة المعتاد." (2)

وفي هذا الإطار يرى الأستاذ سيد محمد سيد شعراوي أنّ ذلك الحلّ لعلاج مشكلة عدم إمكان التّوطين للمواقع الإلكترونية، لا يناسب ظروف التجارة الإلكترونية، لأنّ غالبًا فكرة المقرّ الأوثق صلّة بالعقد تقوم على فكرة التّحديد الجغرافي؛ الذي يصعب تحديده في التّجارة الإلكترونية، حيث ربطت ما بين تحديد زمان ومكان رسالة البيانات، وربطت ذلك بمواقع جغرافية وهذا منافٍ لطبيعة التّجارة الإلكترونية، بالإضافة فقد يكون هذا الموقّع الجغرافي وهميًا، وكان من الأقدّر الأخذ بفكرة مكان نظم المعلومات، التّي يستّخدمها الأطراف للتّوافق مع المفاهيم التّقنية، وناهيك عن ذلك أنّ في ربط موقع الأعمال ومكان إرسال رسالة البيانات سوف يثير مشكّلة نفاذ الحكم الصّادر، حيث من الممكّن أن يكون الحكم غير قابل للتّنفيذ لأنّه سوف ينفّذ في دول غير موقّعة على الاتفاقية وتأخذ بمعايير مختّلفة، وهذا الشّرط وضعه التّوجيه الأوربي في المادة 02/05(3)، إذ توصي المادة 05 من نصوص التّوجيه الأوربي الدول الأعضاء بأن: " تجعل مؤدي الخدمة يتيح لمتلقي الخدمة والهيئات المختّصة بشكل مباشر ودائم المعلومات الآتية:

- اسم مؤدي الخدمة.
- العنوان الجغرافي الذي يقيم فيه.
- المعلومات الخاصّة بمؤدي الخدمة؛ بما فيها عنوانه بالبريد الإلكتروني الدائم الذي يساعد على الاتصال به بشكل سريع و مباشر ..." (4).

(1) Patrick Thieffry, commerce électronique, droit international et Européen, Lexis Nexis, Litec, 2002, p206.

(2) المادة 03/06 من الاتفاقية تنص على أنّه:" إذا لم يكن للشّخص الطبيعي مقرّ عمل أخذ بمحل إقامته المعتادة."

(3) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص474.

(4) التوجيه الأوربي الصادر في 08 يونيو 2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية.

وتطبيقًا لهذه التّوصيات أدخل القانون الفرنسي الصّادر في أغسطس 2000[1] أيضًا الالتزام بالإعلام بالنسبة للأشخاص الاعتباريين؛ التّي من بين أنشطتها خدمة الاتصال على الخط، وأوجب أن تكون المعلومات السّابق الإشارة إليها في التّوجيه مُتاحة إلى الجمهور، وتماشيًا مع هذا الاتجاه جاء نصّ المادة 14 من مشروع الأمم المتّحدة بشأن التّعاقد الإلكتروني ليساير ذات الإطار[2].

فالنّقد ذاته المتعلّق بالموطن يصدق أيضا في مجال تحديد الموطن المختار، الذي أخذ به المشرّع المصري، إلاّ إذا قام الطرف الآخر بالموافقة الصّريحة على شرط الاختصاص القضائي، حتّى لا يصدّم الحكم الصّادر بشرط النّفاذ، وذلك لن يأتي إلاّ إذا كان للاختيار صدى في العلاقة ما بين الأطراف[3].

ونُورد في هذا الصّدد قضية[4]، تدور وقائعها حول استخدام"CD.Solutions" المدعي من تكساس كاسم مجال أو نطاق على الأنترنت، كلا الطرفين المدعي والمدعى عليه يستّخدمان "CDS" كعلامة، وكلاهما يعلن ويبيع خدماتها عبر الأنترنت، المدعى عليه يملك علامة الـــ"CDS"، وكان قد أرسل إلى المدعي"CD.Solutions" رسالة وقف وكف عن استخدام اسم المجال "CDS.com"، فقامت "CD.Solutions" بالمطالبة بحكم إبطال العلامة التّجارية، أقرّت المحكمة بأنّ ارتباط المدعى عليه بتكساس غير كاف لتوفّر الاختصاص في مثل هذا الحكم، فنظرت المحكمة في الأمر من حيث أنّ "CD.Solutions" تستّخدم "CDS.com" كاسم مجال بشكل لا يدعّم ولا يكفي لقيام الارتباط بولاية تكساس، وقد رأت المحكمة بأنّ القضية يجب أن ينظر فيها في ولاية "Oregon"، ففي القضية أعلاه رفضت محكمة تكساس أن تمارس الاختصاص الشّخصي على المدعى عليه من تكساس، وحوّلت القضية لمحكمة منطقة "Oregon" حيث يقيم المدعى عليه؛ باعتبار أنّ المدعى عليه لا يقيم في ولاية تكساس، بالرغم من أنّ أصله من ولاية تكساس، وهنا يبرز لنا أولوية قاعدة الاختصاص الإقليمي على مبدأ شّخصية القوانين. [5]

---

(1) Loi du 1 Aout 2000, modifiant la loi N°: 86/1067 du 30/09/1986, relative à la liberté de communication, J.O, 2 Aout 2000.

(2) المنزلاوي صالح جاد عبد الرحمان، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشّرعية السّعودي، مرجع سابق، ص ص181- 182.

(3) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص474.

(4) CD Solutions, Inc. V. Tooker, 965F. Supp. 17 (N.D.Texas,1997)

(5) باخويا دريس، " الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية "، مجلة القانون والمجتّمع، المجلد01، ع01، مخبر القانون والمجتّمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، جوان 2013، ص79.

الفرع الثالث:

الضّوابط الموضوعية المعتّمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي

قد يتعذّر في أغلب حالات المنازعات الناجمة عن العقود المُبرمة عبر شبكة الأنترنت إعمال الضّوابط التّي سبق ذكرها، خاصّة فيما يتعلّق بضابطي الموطن ومحل الإقامة، وبالتّالي نصبح أمام حتميّة البحث عن ضوابط أخرى، من أجل تلافي النقائص التّي تعتّري هذه الضّوابط، وهو الأمر الذي تفطّن له الفقه القانوني، فخلص إلى وجوب الاعتماد على ضوابط اختصاص نوعيّة، تتمثّل في ضابطي محل نشأة الالتزام (إبرام العقد) أو تنفيذه، بالإضافة إلى تحديد كيفية اللّجوء إلى المحكمة المختّصة، عن طريق اللّجوء إلى فكرة القاضي الافتراضي أو محكمة الفضاء[1].

فوفقًا للضّوابط الإقليمية يتّم تحديد الاختصاص القضائي على أساس موقع المال، أو مكان نشوء الالتزام أو مكان تنفيذه، إذ ينعقد الاختصاص بموجب هذين الضّابطين لمحاكم الدّولة التّي نشأ فيها مصدر الالتزام، أو كان تنفيذه واجبًا في إقليم هذه الدولة، ومرد ذلك أنّ ارتباط الالتزام بدولة معيّنة، يجعل من محاكمها أكثر قدرة من غيرها على الفصّل في المنازعات المتعلّقة بهذا الالتزام[2].

وأمّا بخصوص مواد العقارات فإنّ محكمة العقار مختّصة دون سواها، يعني لا يمكن في أي حال من الأحوال سحب الاختصاص منها.[3]

هذا وقد أخذت العديد من النّظم القانونية باختصاص محاكم دولة إبرام العقد أو تنفيذه بصفة صريحة، ومن هذه النّظم نذكر القانون الفرنسي في المادة 02/46 من قانون المرافعات، وكذا القانون المصري حيث جاء في المادة 02/30 من قانون المرافعات بأنّه:" تختّص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التّي تُرفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية...إذا كانت الدعوى متعلّقة بالتزام نشأ أو نُفذ أو كان واجبًا تنفيذه في الجمهورية."

وفي مقام موالي نجد كذلك من التشريعات التّي سارت على ذات المنوال: القانون الدولي الخاص التّونسي لسنة 1998 في المادة 02/05، والمادة 09 من القانون السوداني، والمادة 37 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969، والمادة 03/21 من قانون الإجراءات المدنية الاماراتي لسنة 1992، والمادة 02/28 من قانون أصول المحاكمات الأردني لسنة 2001. إضافة إلى

(1) بلاق محمد، مرجع سابق، ص20.

(2) بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص239.

(3) أنظر المادة 40 ق. إ. م. إ. ج.

اتفاقية بروكسل التّي نصّت على اختصاص محكمة المكان الذي نشأ فيه الالتزام، أو المكان الواجب تنفيذ الالتزام فيه[1].

وفي واقع الأمر يتعلّق مضمون هذه الضّوابط باتصال عناصر المنازعة الموضوعية بإقليم المحكمة، وقد تضمّنت النّص عليها في التشريع الجزائري المادتان39- 40 ق. إ. م. إ. ج[2].

فالمادتان39 و40 ق. إ. م. إ. ج، هما اللّتان يتّم نقلهما إلى المجال الدولي وعقد الاختصاص وفقهما للمحاكم الجزائرية، في المنازعات ذات الطابع الدولي، كلما كان ضابط الاختصاص المُعتّمد عليه موجودًا في الجزائر، وذلك أيا كانت جنسية أطرافها.[3]

استنادًا لما سبق تتمثل الضّوابط الموضوعية المعتّمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في: ضابط موقع المال وضابط محل الالتزام.

أولا: ضابط موقع المال[4]: إذا اكتّسب الشّيء صفة المال وكان موجودًا داخل البلد، اختصّت بنظره المحاكم المحليّة، مراعاة لمبدأ سيادة الدولة على كل ما هو موجود داخل إقليمها، وضمانًا لتنفيذ الحكم الصّادر فيه باعتبار أنّ المال موجود في البلد، فإذا احتاجت المحكمة إلى معاينة المال كان ذلك ميسورًا لها. فهذه القاعدة تشمل جميع الدعاوى المتعلّقة بالأموال؛ سواءً أكان المال عقارًا أم منقولاً، وسواءً أكان المنقول ماديًا أو معنويًا، وبصرف النّظر عن مالك المال، وسواء أكان المدعي مواطنا في هذه الدولة أم كان مقيمًا فيها[5].

ومن هذا المنطلق فإنّ تكييف المال إذا كان عقارًا أو منقولاً؛ يكون وفقًا لقانون الدولة التّي يوجد فيها هذا المال[6].

ويميّز الفقه في هذا الصّدد بين العقار والمنقول:

- بالنسبة للعقار يكاد يجمع الفقه على إعطاء الاختصاص لمحكمة الدولة التّي يوجد بها موقع العقار، وهذه القاعدة تستّمد من فكرة السّيطرة الفعليّة على كل ما يتضمّن بهذا العقار، من إجراءات

---

(1) المادة 01/05 من اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوربي، المبرمة في 1968/12/27.

(2) قانون 09/08 ، السّالف الذكر.

(3) حسايد حمزة العقاد، مرجع سابق، ص101.

(4) أُعتبر ضابط موقع المال ضابطًا مكانيًا أو إقليميًا، لأنّه يتحدّد بالنظر إلى إقليم الدولة. راجع : ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص444.

(5) فهد بن عبد العزيز الداود، مرجع سابق، ص219.

(6) أنظر المادة 17 فـ01 من قانون 10/05.

قانونية وطرق التّنفيذ في الدولة التّي يوجد بها العقار، بعلّة تسهيل تلك الإجراءات[1]، وهذا ما نصّت عليه المادة 40 ق. إ. م. إ. ج[2]

➢ أمّا بالنسبة للمنقولات فقد عُرف بشأنها بعض الاختلافات بين التّشريعات؛ فهناك من ساوى بين العقارات والمنقولات، فأعطى بذلك الاختصاص للمحكمة التّي يوجد في دائرة نفوذها موقع المنقول، كما هو الشّأن بالنسبة للتّشريع المصري.[3]

وعليه فضابط موقع المال هو ضابط موضوعي وواقعي؛ إذ يكفي وجود مال بالفعل على إقليم الدولة لتقرير الاختصاص لمحاكمها، بصرف النّظر عن أطراف النّزاع، كما أنّه ضابط إقليمي يتحدّد بالنّظر لإقليم الدولة، وضابط خاص لأنّه يقتّصر على طائفة معيّنة من المنازعات، وهي المنازعات المتّصلة بالأموال.

وإذا تعدّدت أجزاء المال بحيث وقع كل جزء من المال في دولة، فإنّ المحاكم الجزائرية لا تختّص إلاّ بالمنازعات المتعلّقة بجزء المال الواقع بها، و اختصاص محكمة موقع المال يكون بالنّظر لكون هذا المال محلاً للالتزام، ولا يشترّط نشأة الالتزام في دولة المال.[4]

ونتيجة ذلك يصعب تطبيق ضابط موقع المال في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات التّجارة الإلكترونية، نظرا لتغيّر بعض المفاهيم التّقليدية المتعلّقة بمفهوم المال بنوعيه العقار والمنقول.

✓ فبالنسبة للمنقولات تتفاوت صعوبة تحديد موقع المنقول في عقود التّجارة الإلكترونية، بين ما إذا كان منقول مادي أو منقول معنوي، فالمنقولات المادية في التجارة الإلكترونية شأنها شأن التجارة التّقليدية؛ يتّم تسليمها تسليم مادي وليس عبر الأنترنت، حتّى أنّ هذه المنقولات المادية في بعض الأحيان يصعب تحديد موقعها، كما لو كانت على ظهر سفينة تبحر في أعالي البحار، فيكون من الصّعب الاعتماد على ضابط موقع المال في تحديد الاختصاص القضائي الدولي[5].

✓ أمّا المنقولات المعنوية مثل المصنّفات والمؤلّفات الرّقمية، والبرامج التّي يتّم تحميلها عبر الأنترنت فيصّعب تحديد موقعها، لأنّ ليس لها كيان مادي ملموس بحكم طبيعتها الافتراضية.

---

(1) محمد الأطرش، القانون الدولي الخاص، ط 02، مطبعة مراكش، المغرب، 2004- 2005، ص165.

(2) كذلك أنظر المادة 17 فـ02 من قانون 10/05، السّالف الذكر.

(3) أنظر المادة 28 من قانون المرافعات المصري، والمادتان 39 و40 ق. إ. م. إ. ج.

(4) حابت أمال، مرجع سابق، ص471.

(5) بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص245.

✓ وبالنسبة للملكية الأدبية والملكية الصّناعية؛ بمفهومها الجديد في مجال التجارة الإلكترونية، تزيد من صعوبة تحديد الجهة القضائية المختّصة للنّظر فيها، إذ أصبحت المؤلّفات الرّقمية تؤلّف وتنشّر وتتداول عبر شبكة الأنترنت، فتضاربت الآراء بين القول أنّ الاختصاص يعود لمحكمة بلد بائع المؤلّف الرّقمي، وبين محكمة بلد مشتري المؤلّف.(1)

✓ كما أنّ الأموال غير المادية (المعنوية) يصعب تحديد موقعها، لأنّها عندما توجد على الشّبكة توجد من خلال موقع افتراضي (العنوان الإلكتروني)، وحلّ هذه المشكّلة يكمن في اعتبار موقع المال هو المكان الذي تمارس فيه الشّركة أنشطّتها الاقتصادية.(2)

ثانيا: ضابط محل الالتزام: يُقصّد بهذا الضّابط هو اختصاص محكمة المكان الذي نشأ فيه الالتزام، أو اختصاص محكمة الدولة التّي تمّ تنفيذ الالتزامات التّعاقدية فيها، ويطبّق هذا الاختصاص في أغلب الأحيان على الأطراف الأجنبية، التّي ليس لها موطن أو محل إقامة في البلد الذي تمّ فيه إبرام، أو تنفيذ العقد محل النزاع أو الدعوى، التّي تتعلّق بمال موجود على إقليم تلك الدولة، أو كانت متعلّقة بالتزام نشأ أو نُفِّذ أو كان واجبًا تنفيذه فيها(3). وهو ما أخذ به المشرّع الجزائري في خصوص المنازعات المتعلّقة بالتّوريدات والأشغال، وتأجير الخدمات الفنيّة أو الصّناعية(4).

ويُلاحظ أنّ ضابط الاختصاص لهذه القاعدة هو محل مصدر الالتزام أو محل تنفيذه، وهما ضابطان موضوعيان إقليميان خاصان؛ يتعلّقان بطائفة معيّنة من المنازعات وهي تلك المتعلّقة بالالتزامات العقدية، ودون التّقييد بشروط خاصّة في المدعي أو المدعى عليه، وعلّة ذلك أنّ محكمة محل الالتزام هي غالبًا الأكثر إلمامًا بالظّروف والمُلابسات المحيطة به(5).

ولا مناص من القول أنّ هذا التّحديد القانوني اقتّضته الضّرورة العملية والقانونية، بالنّظر إلى الأهمية القصوى لمعرفة مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه؛ كضابط يلجأ إليه في مسائل قانونية شتّى، ومن بينها تحديد اختصاص المحكمة المكاني(6).

---

(1) بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص ص245 - 246.

(2) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص410.

(3) خليفي سمير، حلّ النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصّص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص ص102- 103.

(4) تنّص المادة 39 فـ03 ق.إ. م.إ.ج على أنّه:" تُرفع الدعاوى المتعلّقة بالمواد المبينة أدناه...3 - في مواد المنازعات المتعلّقة بالتوريدات والاشغال... حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان."

(5) حابت أمال، مرجع سابق، ص472.

(6) بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص407.

1/ ضابط مكان إبرام العقد في التّجارة الإلكترونية: إذا تمّ العقد بين الطرفين في دولة معيّنة، فإنّ هذا يعطي محاكم هذه الدولة الصّلاحية بالنّظر في القضية، فيتّم توطين العقد بالدولة التّي أبرم فيها، ويتّم اعتبار قانون تلك الدولة هو قانون العقد، وهذا ما أقرّه قانون 05/18، من تطبيق للقانون الجزائري في المعاملات التجارية الإلكترونية إذا كان العقد محل الإبرام أو التنفيذ في الجزائر.[1]

وقد أشارت بعض التّشريعات العربية إلى أنّ القاضي يكون مُلزمًا بالبحث عن وجود موطن مشتّرك للمتّعاقدين إذا اتّحدا، أمّا إذا لم يتّحد الموطن فليس أمام القاضي إلاّ البحث عن الدولة التّي أُبرم بها العقد.[2]

ولمّا كانت العقود الإلكترونية ذات الطّابع الدولي، تُبرم بين حاضرين من حيث الزّمان وغائبين من حيث المكان، فإنّ تحديد مكان إبرام العقد يتّم وفقا للمعايير المُتّبعة في هذا الصّدد[3]، وقد أخذ المشرّع الجزائري بنظرية علم المُوجب بالقبول[4]؛ معتّبرًا أنّ العقد أُبرم في المكان الذي علم فيه المُوجب بالقبول، ما لم يوجد نصّ أو اتفاق يقضي بغير ذلك[5]. في حين اعتّمد المشرّع المغربي نظرية تسلّم القبول؛ بموجب الفقرة 02 من الفصل 65/5 من قانون التّبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، وعلى خلاف ذلك أخذ الفصل 24 من قانون الالتزامات المغربي بنظرية إرسال القبول.[6]

أمّا مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، الذي أعدّته لجنة تنمية التّكنولوجيا التّابعة لمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء، فقد أخذ بنظرية تصدير القبول[7].

في حين اتّجهت اتفاقية فيينا إلى الأخذ بنظرية تسلّم القبول[8]، إذ تقضي هذه النظرية بأنّ العقد يُبرم في المكان الذي يتسلّم فيه المُوجب قبول الشّخص المُوّجه إليه الإيجاب، حتّى ولو لم يطّلع على

---

(1) راجع المادة 02 من قانون 05/18، السّالف الذكر.

(2) فهد بن عبد العزيز الداود، مرجع سابق، ص219.

(3) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص251.

(4) في هذا الصّدد ظهرت عدة نظريات لتحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد في التّعاقد بين غائبين وهي : نظرية إعلان القبول، تصدير القبول، تسلّم القبول، والعلم بالقبول. و هي النظريات الخاصة بتحديد مكان و زمان انعقاد العقد.

(5) المادة 67 من أمر 58/75، تقابلها المادة 97 ق. مدني مصري، والمادة 87 ق. مدني عراقي، وللإشارة فإنّ قانون 05/18 لم يضع قواعد صريحة من أجل تنظيم مكان إبرام العقد وزمانه.

(6) أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص426.

(7) إذ تنّص المادة 02 من المشروع على أنّه:" تسري على الالتزامات التّعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التّي يوجد فيها الموطن المشتّرك للمتّعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التّي تمّ فيها العقد، ما لم يتّفق المتعاقدان على غير ذلك، ويعتبر العقد قد تمّ بمجرد تصدير القبول". كما أخذ القانون الإنجليزي بنظرية تصدير القبول.

(8) بموجب المادة 02/18 من اتفاقية فيينا 1980، الخاصّة بعقود البيع الدولي للبضائع.

مضمونه، وهذا ما تبنّاه أيضًا التّوجيه الأوربي الخاصّ بالتّجارة الإلكترونية الصّادر في02 مايو1997، وكذا اتفاقية الأمم المتّحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدّولية[1].

وعلى العكس من ذلك هناك دول لا تأخذ بهذه النّظرية أو تلك، وتترك الأمر كلّه لتّقدير قاضي الموضوع، ومن أمثلة تلك الدول: فرنسا والولايات المتّحدة الأمريكية.[2]

استنادًا لما سبق، فإنّه يمكن إخضاع العقود الإلكترونية لمحكمة الطرف المُوجب، أي المحكمة التّي يتواجد فيها الطرف مُصدّر الايجاب[3]. ويعتّبر المُوجب في عقود التجارة الإلكترونية موجودًا دائما في بلد الطّرف الآخر؛ بحسبان أنّ عرض السّلعة أو الخدمة يكون قائمًا وصالحًا، لئن يقتّرن به القبول في بلد هذا الطّرف، وهو ما يتحقّق بالقبول الذي يثبّته هذا الطّرف على صفحة موقع المُوجب بشّبكة الأنترنت[4].

تبعًا لذلك، فإنّ الاختصاص القضائي الجزائري إقليميًا وفق قانون 05/18 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونية ينعقد؛ إذا كان المكان الذي استّلم فيه المستّهلك الإلكتروني رسالة تفيد قبول العقد الإلكتروني، أي مكان إبرام العقد الإلكتروني، إلاّ أنّ الأخذ بمكان استقبال رسالة المستهلك الإلكتروني من طرف المورّد الإلكتروني؛ كمكان لتبنّي الاختصاص الإقليمي قد يكون مخالفًا للواقع العملي، حيث من المُمكن أن يكون المُورّد الإلكتروني قد تسلّم رسالة القبول على حاسوبه، أو هاتفه الذّكي في مكان بعيد عن عمله[5]. وإذا ما تحدّد محل إبرام العقد على هذا النحو، اختصّت محكمة محل الابرام بالنّظر في الدعوى النّاشئة عن العقد، ولا يهمّ بعد ذلك أن يُنفّذ العقد أو كان العقد واجب التّنفيذ في الخارج.[6]

وتأسيسًا على ذلك يكون من السّهل معرفة المكان الحقيقي لإبرام العقود، التّي تتّم عن طريق وسائل الاتصال التّقليدية كالتليفون أو الفاكس، لأنّ المتّعاقدين عبر تلك الوسائط يعرفون مُسبقًا مكان

(1) في المادة 02/10. و للتفصيل أكثر راجع: سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص ص479- 480.

(2) المنزلاوي صالح جاد عبد الرحمان، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشّرعية السّعودي، مرجع سابق، ص184.

(3) قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص199.

(4) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص375.

(5) لسود موسى،" معايير الاختصاص القضائي في جرائم قانون التجارة الإلكترونية الجزائري 05/18 "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، جانفي2020، ص375.

(6) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص251.

إرسال القبول، أو مكان تسلّمه من خلال الرّقم الكودي لدولة الاتصال التّي يطلبونها.[1]

وتجدر الإشارة أنّه يظهر إشكال لإعمال هذا الضّابط، يتمثّل في عدم إمكانية تركيز المعاملات الإلكترونية من حيث المكان، فقد يتعاقد شخص باستعمال جهاز كمبيوتر محمول، وهو متواجد في منطقة أعالي البحار، التّي لا تخضع لسيادة أي دولة[2]، كما لا تخضع لنظر محكمة معيّنة. إضافة إلى أنّ التّعامل عبر شبكة الأنترنت يعتّمد على العناوين الإلكترونية لا العناوين الحقيقية، لذلك كان لابدّ من النّظر إلى الظّروف المُحيطة بالعقد، لمعرفة المحكمة المُناسّبة لنظر القضيّة[3]. هكذا يتبيّن أنّ الحلّ الأمثل هو ضرورة اتفاق الأطراف صراحة على تحديد مكان إبرام العقد، وهذا ما أدرجه المشرّع الجزائري في نص المادة 13 من قانون05/18[4]، وذلك من خلال وضع شروط تعاقدية تفيد أنّ العقد تمّ في مكان محدّد، وهو ما اتجه إليه مشروع عقد نموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية[5]؛ حيث هذا المكان قد يكون المكان الذي تمّ فيه الارسال أم مكان الاستقبال. أمّا في حالة عدم الاتفاق، يرى جانب من الفقه أنّ المحكمة المختّصة هي محكمة موقع النّشاط الاقتصادي[6].

2/ ضابط مكان تنفيذ العقد أو الالتزام: إنّ محل تنفيذ العقد إذا كان في دولة معيّنة عدّ هذا مؤشّرًا على صلاحية نظر محاكم هذه الدولة في هذه القضية، لأنّ مصالح المتعاقدين تتركّز في دولة التّنفيذ، فاهتمامات المتّعاقدين وتطلعاتهم ستُوجّه منذ البداية إلى مكان تنفيذ العقد، والتّي ستتحقّق معها الغاية من تنفيذ العقد[7]. وعلاوة على ذلك يمكن أن تختّص محكمة تنفيذ العقد، بغض النّظر عن مكان إبرامه، وهذا ما يستّشف من نصّ المادة 39 فـ03 ق. إ. م. إ. ج.[8]

وانطلاقًا ممّا سلف يرجع في تحديد معنى تنفيذ الالتزامات التّعاقدية إلى قانون القاضي، مستّرشدًا بنيّة الأطراف وطبيعة العقد وعادات التّجار، إذا تعلّق الأمر بتفسير أحد قواعد الاختصاص الوطنية، فدفع الثّمن عن طريق بطاقة الائتمان ورقمها الإلكتروني إلى البائع، أو تقديم الاستشارة

(1) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق ص478.

(2) بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص244.

(3) فهد بن عبد العزيز الداود، مرجع سابق، ص220.

(4) قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

(5) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص480.

(6) بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص247.

(7) فهد بن عبد العزيز الداود، مرجع سابق، ص220.

(8) تنص المادة 39 فـ03 على أنّه:" في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات... يؤول الاختصاص للجهة القضائية التّي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه..."

الطبّية أو القانونية، يعدّ تنفيذاً للعقد في بلد المستّفيد منها، وينعقد الاختصاص لمحاكم دولته.[1]

ويُلاحظ أنّ تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية يختّلف حسب محل العقد، فنجد عقودًا تُبرّم عبر الأنترنت ولكن التنفيذ التّعاقدي يكون خارج هذه الشّبكة، كون طبيعة البضاعة محل العقد الإلكتروني تستّوجب التّسليم المّادي لها، كعقود شراء الملابس وعقود شراء اللّوازم الغذائية، وغيرها من العقود التّي يكون فيها التّسليم ماديًا في محل إقامة المستهلك الإلكتروني، وبالتّالي فإنّ اختصاص القضاء الجزائري في المعاملات التجارية الإلكترونية، التّي يكون فيها التّسليم المادي للبضائع في الجزائر يكون واضحًا جدًا، ولا يثير أي إشكالات قانونية وفقًا لنصّ المادة 02 من قانون 05/18؛ سواءً كان التّسليم كليًا أو جزئيًا[2].

ونتيجة ذلك يقوم الإسناد إلى محكمة دولة محل تنفيذ العقد، على أساس أنّه المكان الذي يعبّر عن مركز الثّقل، والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرّابطة العقدّية، ويسمح بتطبيق قانون البلد الذي يتأثّر اقتصادها بالعقد، علاوة على أنّه المكان الذي تتجسّد فيه الالتزامات التّعاقدية، لأنّ قيام الأطراف بإبرام عقد ما يكون دائمًا بقصد تنفيذه.[3]

ممّا لا شك أنّه تثور الصّعوبة بالنسبة لتّحديد محل تنفيذ العقد؛ في حالة تنفيذ كل من طرفيه لالتزاماته تنفيذاً إلكترونيًا من خلال شبكة الأنترنت، أو قام مشتري السّلع بالدّفع إلكترونيًا عن طريق تقديم بطاقة الائتمان الخاصّة، ورقمها الإلكتروني إلى البائع [4].

وفي هذا الصّدد يذهب جانب من الفقه الغربي والعربي بحق، إلى أنّ حقيقة تلقّي الطّرف الآخر لهذه السّلعة أو الخدمة في دولته، يُرجّح تركيز هذا التّنفيذ في دولة المستّفيد، ويتعزّز هذا النّظر في ضوء قيام المستّفيد بالوفاء بثمن هذه الخدمة أو السّلعة إلكترونيًا، حيث يتّم هذا الوفاء في دولته، في الوقت الذي قد يقوم فيه مقدّم الخدمة أو السّلعة، بتنفيذ التزاماته ماديًا وليس افتراضيًا.[5]

فضلاً عن ذلك دعا بعض الفقه لوضع قاعدة اختصاص احتياطيّة، تقضي باختصاص محكمة مقر عمل المُرسَّل إليه أو محل إقامته المعتّاد، إذا لم يكن له مقرّ عمل[6]، هذا ما اتجه إليه بالفعل

(1) لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص228.

(2) لسود موسى، مرجع سابق، ص376.

(3) Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, Op.cit. , p459.

(4) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص376.

(5) مرجع نفسه، ص376.

(6) بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص409.

القانون النّموذجي للتّجارة الإلكترونية في نصّ المادة 04/15، التّي نصّت على أنّه:" إذا لم يتّفق المنشئ أو المُرسَّل إليه على غير ذلك، يعتّبر أنّ رسالة البيانات قد أُرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المُنشئ أو المُرسِّل، ويعتّبر أنّها اُستلّمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المُرسَّل إليه" [1]، وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الرأي تعرّض للنّقد، على أساس أنّه لا توجد حاجة لوضع قاعدة احتياطية، عندما تكون قواعد الاختصاص الأصلية كافية.

وحرصًا على ذلك نجد تشريع بروكسل لعام2001 بشأن الاختصاص القضائي الدولي، قد حدّد مكان التّنفيذ بمحكمة الدّولة التّي يوجد بها مكان تسليم البضاعة، بحسب نصوص العقد في عقود بيع البضائع، وعندما يتعلّق الأمر بخدمة؛ فإنّ مكان التّنفيذ هو المكان الذي ينبّغي فيه أداء هذه الخدمة[2].

أمّا المشرّع الجزائري فقد عالج هذا الإشكال في الاختصاص بموجب المادة 02 من قانون 05/18، حيث وضع قاعدة قانونية صريحة؛ تنص على اختصاص المحاكم الجزائرية إذا كان العقد محل تنفيذ في الجزائر، في حين ذهب جانب من الفقه، إلى أنّه من الأفضل على أطراف العقود الإلكترونية تحديد مكان التّنفيذ صرّاحة في العقد[3]. أمّا إذا لم يتفق الافراد صراحة على مكان التّنفيذ، فإنّه يتعيّن على القضاء محاولة الكشف عن المكان الحقيقي، الذي اُستقبلت فيه الملفات محل العقد، وقد يستّرشِّد في ذلك بوثيقة البيانات، التّي يملأها المشتّري عادة على الموقع الإلكتروني عند إبرام العقد[4].

المطلب الثاني:

تأثير مقتضيات حماية المستهلك الإلكتروني على الاختصاص القضائي الدولي

تعدّ مسألة تنازع الاختصاص القضائي في مجال التجارة الإلكترونية من المسائل المُتّفق على أهميتها، وعلى أهمية وضع حل عالمي ومحلي لها، لما تسبّبه من إشكاليات على مستوى الدول من سلب ولايتها القضائية - في بعض القضايا- نظرًا لاعتبارات خاصّة، وهذا ما يجعل من إزالة هذه العقبة - عن طريق حل هذا التّنازع- أمرًا مهمًا، يساهم في تعزيز الثّقة في التّعامل من خلال هذه الوسائط الإلكترونية ودعمها قانونيًا، ويتّم ذلك من خلال التّحرك الفوري وبذل الجهد، من قِبل المنظّمات العربية والإسلامية لتسهيل التّبادل الإلكتروني، وذلك بوضع ضوابط معيّنة لتّحديد المحكمة المختّصة في عقد التجارة الإلكترونية، لتكون مكمّلة للقوانين المحليّة الخاصّة بكل دولة، والاستفادة من

(1) قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التّجارة الإلكترونية 1996، الصّادر عن لجنة الأمم المتّحدة للقانون التّجاري الدولي.

(2) بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص410.

(3) لسود موسى، مرجع سابق، ص ص376- 377.

(4) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص ص376- 377.

التّوجيهات العالمية الصّادرة في هذا الموضوع، فمثل هذه الاتفاقيات تعود على الدول والشّعوب الإسلامية والعربية، بمزيد من الثّقة والاطمئنان لهذه التّعاملات[1].

ونظرًا لكون عقود الاستهلاك تمثّل نسبة كبيرة من عقود التجارة الإلكترونية، والتّي تبرم بوجه خاص من خلال شبكة الأنترنت، ممّا يجعل المستهلك الطّرف الأضعف في العقد، لذا اتجهت التّشريعات الحديثة إلى إدراج ضوابط خاصّة؛ تحقيقًا لمصلحة المستهلك الطّرف الضّعيف في العلاقة التّعاقدية[2]. وفي هذا الإطار نستّعرض بالدّراسة للحلول المقرّرة لتنازع الاختصاص القضائي في العقود الإلكترونية، في النّظم المقارنة لدى كل من الاتحاد الأوربي والولايات المتحدة الأمريكية؛ من خلال التطرّق لنماذج الأحكام القضائية، مع بيان القواعد التّي قرّرتها في هذا المجال **(الفرع الأول)**، ثمّ ننتقل لدراسة ضوابط الاختصاص القضائي الخاصّة بحماية المستهلك الالكتروني **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

الحلول المُقرّرة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية في النّظم المُقارنة

قد تفتّقد الجدوى من اللّجوء إلى القضاء لمقاضاة موقع تجاري، يوجد صاحبه بكندا أو العراق أو بأي جهة من العالم، وقد يُخيّر المستهلك السّكوت عوضًا عن إثارة جملة من الإجراءات لا طائل من ورائها. ورغمًا عن ذلك قد تتوفّر المصلحة الشّرعية لإلزام البائع قضاءً بتنفيذ التزاماته، ويتّخذ الإشكال أبعادًا دولية؛ باعتبار أنّ العقد الإلكتروني ينشأ في أغلب الصّور بين أطراف ليس لهم نفس الجنسية. وفعلاً تعدّدت القضايا في المدّة الأخيرة، وشملت جميع جوانب العقد، ويكفي استشارة بعض المواقع القانونية لمعرفة حجم هذه المسألة، وقد تدفع المنظّمات الدّولية في اتجاه صياغة مشروع دولي، لحسّم جميع الإشكاليات ذات الصّلة، لأنّ الموضوع فيه من المميّزات ما يحتّم الأخذ بقواعد خاصّة.[3]

و عليه إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص في العالم الحقيقي، أثارت تعقيدات كثيرة بعضها لم يزل غير متّفق عليه، فإنّها في حقل التّجارة الإلكترونية تعدو أكثر تعقيدًا، عنها في عالم التّجارة التّقليدية.

---

(1) فهد بن عبد العزيز الداود، مرجع سابق، ص221.

(2) أحمد شرف الدين، " التحديات القانونية في التجارة الإلكترونية - الاختصاص القضائي في نزاعات التجارة الإلكترونية- " ، مجلة التحكيم، ع 02، أكتوبر، 2001، ص59.

(3) علي كحلون، " العقد الإلكتروني" ، مجلة القضاء والتّشريع، ع 10، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، تونس، السنة 43، ديسمبر 2001، ص77.

أولا: الموقف الدولي لحلّ المنازعات إلكترونيا من خلال معايير تسوية النّزاعات: اختلّف موقف القضاء بشأن مسألة الاختصاص القضائي بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية، فمنه من اعتّبر الاختصاص ينعقد لديه؛ إذا توافرت شروط وضوابط معيّنة، ومنه من ذهب اتجاهًا مُغايرًا ويُصرِّح بأنّه غير مختّص.

1/ الجهود الدّولية على المستوى الإقليمي: تمثّلت هذه الجهود في وضع العديد من الاتفاقيات، لغرض تنظيم مسائل القانون التّجاري الدولي والاختصاص القضائي، لتّسوية المنازعات خاصّة في مجال التجارة الإلكترونية، نذكر منها:

أ/ اتجاه الاتحاد الأوربي: فبالنسبة لموقف الاتحاد الأوربي بحكم اتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن تنازع الاختصاص القضائي، والتّي يسري مفعول تطبيقها على كل دول المجموعة الأوربية، بحيث تتيح للمستّخدم اللّجوء إلى محكمة الدولة التّي يقيم فيها، أو إلى محاكم دولة المُورّد الذي تعاقد معه، بينما لا يمكن للمورِّد إلاّ اللّجوء إلى محاكم دولة المستهلك، مع مراعاة طبيعة أنشطة المورّد ونوع العقد كاستثناء[1]. وفي نفس الصّدد نظّمت اتفاقية بروكسل المؤرخة في 1968/09/27، واتفاقية لوجانو المؤرخة في 1988/09/16، مسألة الاختصاص إذا كان المدعي ينتّمي إلى إحدى البلدان الأوربية، فقد تبنّى الفصل الخامس من اتفاقية بروكسل مكان تنفيذ الالتزام على وجه الإجمال، لتحديد المحكمة المختّصة بالنسبة إلى العقود الفورية أو المباشرة، مع إمكانية الأطراف مُخالفة هذا الحل، حيث بإمكانهم اختيار محكمة دون أخرى شرط إثبات الاتفاق.[2]

ومن زاوية أخرى حقّق المجلس الأوربي منذ 27 ماي 1997، الإجماع السياسي حول ضرورة تنقيح اتفاقية بروكسل، في اتجاه سحب الإجراءات والقواعد المبيّنة بهذه الاتفاقية، والمتعلّقة بالعقد مع المستهلك على العقود الإلكترونية، علمًا أنّ هذه الاتفاقية تبنّت مقرّ المستهلك لتّحديد المحكمة المختصّة[3]. وفي ماي 1999 أصدرت اللّجنة الأوربية اقتراحًا لتنظيم الاختصاص، وتنفيذ الأحكام القضائية في الأمور التّجارية والمدنية، وذلك كبديل لميثاق بروكسل لعام 1968 والبروتوكولات اللاّحقة به[4].

(1) إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص104.

(2) علي كحلون، مرجع سابق، ص ص78- 79.

(3) المرجع نفسه، ص81.

(4) إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص104.

إنّ التّنظيم المُقترّح من اللّجنة الأوربية يقسِّم الاختصاص إلى نوعين: اختصاص عام واختصاص محدّد أو مختّص، يتعلّق بعقود المستهلكين وعقود العمل، وبناءً على ذلك تنص المادة 02 من التّنظيم المقترّح، على المبدأ المتعلّق بالاختصاص العام؛ والذي يقرّر معيار محل إقامة الشّخص في الدولة العضو، وفي حقل انتهاكات الملكية الفكرية، فإنّ للمدعي أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة التّي حدث في نطاقها التّصرف المحدّث للضّرر، أو التّي ظهر فيها الضّرر سواء بشكل جزئي أو كلي. ومع ذلك تبقى المشكلة قائمة في عالم الأنترنت، لصعوبة تحديد الدّولة التّي نشأ فيها التّصرف، أو ظهر فيها نتيجة المسلك الخطأ[1]. واشترّط الفصل 15 من أشغال اللّجنة، على أن يُبرم العقد مع شخص يمارس نشاطًا تجاريًا أو مهنيًا بإقليم مقرّ المستهلك، أو يُوجّه نشاطه في اتجاه هذه الدولة بجميع الطرق، أو في اتجاه عدّة دول من بينها دولة المستهلك، ويأتي العقد في إطار نشاط هذا الشّخص، ويوضّح الفصل 13 أن يسبّق إبرام العقد إشهار أو عرض خاص، ويباشر المستهلك أعمال الإبرام انطلاقًا من مقرّه الكائن بهذه الدولة. وتبنى أخيرًا المجلس الأوربي جملة هذه التّوجهات بتاريخ 2000/12/22.[2]

أصبح هذا التّنظيم الأوربي للاختصاص القضائي والاعتراف بالأحكام وتنفيذها في المسائل المدنية والتّجارية، والذي أُعتُّمد في2000/12/22 نافذ المفعول في 2002/03/01، إذ يعدّ هذا التّنظيم بمثابة تعديل لاتفاقية بروكسل سنة 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام النّافذة في إقليم أعضاء الاتحاد الأوربي.[3]

لكن وفي واقع الأمر اتفاقية بروكسل عُوضّت في جانب كبير منها بأحكام قرار المجلس الأوربي الصّادر بتاريخ 2000/12/22، المتعلّق باختصاص المحاكم والإذن بتنفيذ الأحكام في المادة المدنية والتجارية، ويهدف هذا القرار بالأساس إلى مراعاة الجوانب المتعلّقة بالتّجارة الإلكترونية[4]، مع أنّه ترك الحرية للأطراف في تحديد المحكمة المختصّة، شرط أن يكون الاتفاق موضوع تراسل بين الطّرفين بواسطة البريد الإلكتروني، بشكل يسمح بمراجعة الاتفاق على القرص الصلب لجهاز

(1) الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين: المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة- ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص60.

(2) علي كحلون، مرجع سابق، ص82.

(3) حسن علي كاظم، ختام عبد الحسن شنان، " الجهود الدولية في تسوية المنازعات إلكترونيا "، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، المجلد01، ع 40، الجامعة الإسلامية، النجف الأشرف، العراق، 2016، ص218.

(4) Roland Louski, compétence judicaire pour le commerce : le nouveau règlement Européen , est adopté et publié: http://www.droit et technologie.

الكمبيوتر الراجع إلى المعني بالأمر، فقد اعتّمد هو الآخر مكان تنفيذ الالتزام لتحديد المحكمة المختصّة، لكنّه فرّق بين شراء البضائع والخدمات[1]:

- فبالنسبة إلى البضائع يعتّبر مكان التّنفيذ هو مكان تسليمها، أو المكان الذي كان من المفتّرض إتمام التّسليم به.
- أمّا الخدمات يعتّبر مكان التّنفيذ هو مكان إنجازها، أو المكان الذي من المفتّرض إنجازها به.[2]

استنادًا لما سبق، ورغم كل المجهودات التّي بذلتها المجموعة الأوربية في هذا المجال، تُثار صعوبة تحديد مكان المستّخدِّم للأنترنت الذي قد ينقل عبرها نسخة غير قانونية، لعمل محمي قانونًا من موقع أجنبي آخر، كما يبقى التّساؤل بخصوص الضّرر، هل حصل في الدولة الأجنبية حيث يتواجد مستّعمل الحاسب الآلي الذي أنشأ الموقّع، أم يحدث الضّرر ويدخل في اختصاص محكمة المستّخدِّم الذي قام بنسخ العمل؟ [3] وكذلك في حال انتهاك العلامات التجارية على الأنترنت، فهل يمكن أن يقاضيه مرتّكب الاخلال في محكمة أية دولة في العالم، وما هي الروابط الكافية التّي يمكن أن تطبّقها المحكمة بالبت في مسألة الاختصاص.[4]

وفي هذا المقام وضمن مسعى أوربا لوضع حلول متكاملة لعصر الاقتصاد الرّقمي، جرى تطوير القانون الأوربي ليتلاءم مع الآثار الجديدة لعصر المعلومات، ومنه تمّ التّوقيع على اتفاقية " لوجانو" الجديدة بتاريخ 30 أكتوبر 2008، لتحلّ محل اتفاقية " لوجانو" الصّادرة في 1988/09/16 بشأن الاعتراف بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية[5]، ولتكمّل المبادئ التّوجيهية للقرار اللاّئحي رقم 44/2001، ومن ثمّ أصبحت هذه الاتفاقية إضافة إلى اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصّة بالقانون الواجب التّطبيق على العقود أحد ركائز تكامل الاتحاد الأوربي، وتمثّل المحكمة الأوربية إطارًا هامًا لضمان التّكامل، والانسجام القانوني في الاتحاد الأوربي.[6]

(1) علي كحلون، مرجع سابق، ص80.

(2) مرجع نفسه، ص81.

(3) إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص105.

(4) أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني " دراسة مقارنة "، ط01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص29.

(5) بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص412.

(6) المرجع نفسه، ص412.

ب/ قواعد اللّجنة البحرية الدولية بشأن سندات الشّحن الإلكترونية: اعتّمدت اللّجنة البحرية الدولية القواعد المتعلّقة بسندات الشّخص الإلكترونية عام 1990، والهدف من هذه القواعد هو إنشاء آلية للاستعاضة عن سند الشّحن الورقي التّقليدي، القابل للتّداول بمقابل إلكتروني، وتحاول قواعد اللّجنة البحرية الدولية محاكاة وظيفة سندات الشّحن القابلة للتّداول في بيئة إلكترونية، وتشكّل قواعد اللّجنة البحرية الدولية، رغم أنّ أثرها وصحّتها من النّاحية القانونية؛ فيما يخص إصدار سندات شحن إلكترونية قابلة للتّداول سيعتّمدان على القانون السّاري؛ إذ يعتّبر تطورًا هامًا في ذلك الاتجاه، ولن يكون للصّفقات اللاّ ورقية بموجب قواعد اللّجنة البحرية الدولية، أي أثر قانوني في الولايات القضائية، التّي تستّوجب لنقل ملكية بضائع التّظهير المادي، لمستّند الملكية بموجب تشريع إلزامي.[1]

2/ الجهود الدّولية على مستوى الجمعية العامة للأمم المتّحدة: إنّ لجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاري الدولي (الأونيسترال) بوصفها الهيئة المسؤولة داخل الأمم المتّحدة، عن تحقيق التّناسق للقانون التّجاري الدّولي وتوحيده، قد اضطّلعت بعمل كبير بشأن الجواب القانونية للتّجارة الإلكترونية، أدى إلى اعتماد عدّة قوانين إضافة إلى وضع مشروع للقواعد الإجرائية، القّصد منه تسوية منازعات التّجارة الإلكترونية الخاصّة بمعاملات كثيرة العدد وقليلة القيمة.[2]

ومن القوانين التّي اعتّمدتها لجنة الأمم المتّحدة في مجال التّجارة الإلكترونية:

أ/ قانون الأونيسترال النّموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996: فالهدف الرئيسي لهذا القانون هو تسيير التجارة الإلكترونية، عن طريق إيجاد مجموعة من القواعد المقبولة دوليًا، التّي يمكن أن تستّخدمها الدول في سنّ تشريعات، لتذليل العقبات القانونية ومواجهة عدم اليقين، التّي يمكن أن توجد بالنسبة لاستعمال وسائل الإبلاغ الإلكترونية في التّجارة الدّولية.

ب/ قانون الأونيسترال النّموذجي بشأن التّوقيعات الإلكترونية: إنّ استخدام آلية آمنة مُوثّقة كالتّوقيع الإلكتروني؛ يوفّر بيئة مأمونة وجديرة بالثّقة، وتمّ تطوير قواعد إضافية للتّواقيع الإلكترونية، انتهت باعتماد القانون النّموذجي بشأن التّوقيع الإلكتروني في5 تموز 2001.

ج/ كما عالجت **منظمة التّعاون والتّنمية في الميدان الاقتصادي** مسائل منازعات المستهلكين؛ من خلال وضع مبادئ توجيهية للتّجارة الإلكترونية، من أجل حماية المستهلك في سياق التجارة

(1) حسن علي كاظم، ختام عبد الحسن شنان ، مرجع سابق، ص ص217- 218.

(2) مرجع نفسه، ص218.

الإلكترونية (1999)، وتوصية المنظمة بشأن تسوية منازعات المستهلكين و انصافهم (2007).[1]

إلى جانب منظمة الأمم المتّحدة، نجد **المنظمة العالمية للملكية الفكرية"** wipo "، التّي كان لها الدور الكبير في تنظيم المنازعات الخاصّة بالأنترنت؛ لاسيما المتعلّقة بالملكية الفكرية وأسماء الدومين والعلامات التجارية، ويمكن من خلال هذا النظام التّغلب على العديد من الصّعوبات، حيث يسمح بحرية اختيار القانون الواجب التّطبيق، ويتضمّن وحدة الجزاء رغم اختلاف الجنسيات، والجدير بالذكر أنّ منظمة الويبو وضعت نظامًا للتّحكيم السّريع " المُعجّل ".[2]

3/ الجهود المبذولة على المستوى الوطني: لقد صدرت عدّة قوانين وتنظيمات لوضع معايير تسوية النّزاعات نذكر منها:

أ / اتجاهات الولايات المتّحدة الأمريكية: بالنسبة للولايات المتّحدة الأمريكية، وبوصفها تواجه مشكلة فضّ تعارض الاختصاص القضائي، وتنازع القوانين بين الولايات، وجدت مؤسساتها التّشريعية أنّ الاقتصاد الرّقمي الجديد استلزم تدخّلاً تشريعيًا؛ يتيح وضع قواعد موحّدة تمنع ما أمكن مشكلات التّنازع، فكان المدخل في ذلك إقرار القانون التّجاري المُوحّد "Uniform Commercial Code"، ونصّ هذا القانون على أنّه:" عندما تكون للصّفقة علاقة معقولة بولاية "أ" أو ولاية "ب"، فيمكن للأطراف الاتفاق على أنّ القانون المُطبّق على الحقوق والواجبات؛ إمّا قانون الولاية "أ" أو قانون الولاية "ب" ". وبالتّالي اعتّبر هذا القانون "معيار العلاقة المعقولة " أساسًا لحرية الأطراف في اختيار القانون، والعلاقة المعقولة تقوم مثلاً في مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو جزء منه، ومع ذلك فإنّ الصّفقات التّي تُبرّم عبر الأنترنت تبقى المشكلة قائمة، لصعوبة تحديد مكان الانعقاد أو التنفيذ.[3]

فضلا عن ذلك نهج التّوجه الأمريكي نهجًا آخر، اعتّمد على معيار جدّية العلاقة بين الأطراف؛ وتعدّ أساس حرية الاختيار للقانون والعلاقة، التّي هي إما مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه كاملاً أو جزء منه، لكن في مجال الأنترنت يبقى صعبًا، لأنّه يصعب تحديد بلد الابرام وبلد التّنفيذ لعالم افتراضي[4].

ونتيجة ذلك تمّ عرض العديد من الدعاوى، التّي تتعلّق بالنّزاعات المتّصلة بالأنترنت أمام المحاكم الأمريكية، أثيرت في طائفة منها دفوع حول الاختصاص والقانون الواجب، وقد جاءت

(1) حسن علي كاظم، ختام عبد الحسن شنان ، مرجع سابق، ص ص219- 220.

(2) حابت أمال، مرجع سابق، ص485.

(3) محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، التحكيم بواسطة الأنترنت، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص84.

(4) إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص105.

اتجاهات قرارات المحاكم متباينة. وتتمثّل هذه الاتجاهات في: **أولها** الحكم بعدم الاختصاص لعدم وجود ارتباط كافي، بين الأطراف ونطاق الاختصاص المكاني للمحكمة، و**ثانيها** تحقّق الارتباط الكاف الذي يتيح الاختصاص، تبعًا لعناصر تتّصل بنشاط المدعى عليه في الدعوى، وممارساته ومنافعه التّي يجنيها من تصرّفه، والأضرار التّي يلحقها بمصالح غير المرتّبطة جميعا بالنطاق المكاني للمحكمة، والتّي تنظر في النزاع، وأمّا **الثالثة** فهي الحالات التّي توصّلت المحاكم فيها إلى وجود استمرارية، بين موقع المدعى عليه وبين النّطاق الإقليمي لاختصاص المحكمة، بالرّغم من غياب عناصر الارتباط الكافي، وتقوم الطائفة الثالثة على عناصر تتّصل بكل حالة على حدى، وتتوقّف على ما تتضمّنه من حقائق واقعية، تؤثّر بقرار المحكمة في هذا الشّأن.[1]

ومن القضايا التّي طُرحت حول تحقق الارتباط الكافي، الذي يجيز الاختصاص نجد قضية: "Panavision international L.P.V.Toeppen ": وتتلخّص وقائع القضية في أنّ المدعى عليه "Toeppen " وهو مقيم في ولاية الينوى الأمريكية، سجّل علامتين تجاريتين مملوكتين للمدعي كاسم مجال على الأنترنت، واستخدم واحدا منها "Panavision.Com" لتأسيس موقع لنشر مناظر خيالية، ولقد قام المدعى عليه Toeppen بعرض بيع حصّصه بأسماء المجال إلى المدعي[2] Panavision ، الذي يقيم في ولاية كاليفورنيا الأمريكية؛ الأمر الذي دفع الأخير إلى إقامة دعواه، للمطالبة بوقف هاته الانتهاكات للعلامتين التجاريتين اللتّين يملكهما.

توصّلت المحكمة إلى أنّها بالرّغم من عدم امتلاكها اختصاصًا عامًا على المدعى عليه Toeppen، فإنّ لها اختصاص محدّدًا، وقد وجدت محكمة كاليفورنيا أنّها مختّصة بنظر النزاع على شخص غير مقيم؛ لأنّ تسجيل الموقع على الأنترنت ومحتواه، أظهرا أنّه مُوجّه بشكل مؤثِّر إلى ولاية كاليفورنيا. وقد طبّقت المحكمة المعايير المُشار إليها، في الدعوى المُتطرَّق لها في الطائفة الأولى، ووجدت أنّ ادعاء المدعي يتمثّل بدعوى الضّرر، وأنّ التّصرف المُخّل للمدعى عليه Toeppen تمّ في كاليفورنيا، وأنّ الأذى وقع في كاليفورنيا المقر الرئيسي لأعمال المدعي Panavision ، لذلك تكون المحكمة مختّصة بنظر الدعوى، باعتبار أنّ نشاطات المدعى عليه Toeppen كانت مقصودة، وفعلاً ألحقت ضررًا في كاليفورنيا[3].

(1) Personnel jurisdiction : J.T. Wester meier-JILTV98-3, www.elj.war wick.ac.uk.2006.

(2) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص383.

(3) مرجع نفسه، ص384.

ب/ بالنسبة للقانون الإيطالي: والمؤرخ في1999/11/12، الذي أدمج بتشريعه توصية الاتحاد الأوربي الخاصّة بالعقد عن بُعد، والمؤرخة في 20 ماي 1997؛ بأن نصّ بالفصل 14 منه على هذا المبدأ.

ج/ أمّا المشرّع التونسي: إنّ المشرّع التّونسي لم يراع الجوانب المتعلّقة بالعقد الإلكتروني؛ من خلال القانون رقم 83 لسنة 2000 والمتّعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، فيما يتعلّق بتحديد المحكمة المختّصة، ولم تتّجه عنايته إلى توضيح المسائل التّي لها أبعاد دولية. وعليه اكتّفت مجلة القانون الدولي الخاص الصّادرة بموجب قانون رقم 97 لسنة 1998 والمؤرخ في 1998/11/27، بالإشارة إلى الأحكام التّقليدية، وهو أنّ المحاكم التونسية تكون مختّصة إذا كانت الدعوى متعلّقة بعقد نُفِّذ، أو كان واجب التّنفيذ بالبلاد التونسية، إلاّ إذا تضمّن العقد اتفاقا على اختصاص محكمة أجنبية، إضافة إلى القواعد المعمول بها في تونس؛ وهو أنّ المحاكم التّونسية تختّص بالدعوى، إذا كان المطلوب بالبلاد التونسية، أو إذا عيّنها الأطراف أو إذا قبلا التّقاضي لديها، ولا تأخذ هذه الأحكام بطبيعة الحال بعين الاعتبار مميّزات التّعاقد الإلكتروني.[1]

د/ المشرّع المغربي: بمقتّضى نص المادة 03/21 من قانون35/05 المتعلّق بالتّبادل الإلكتروني للمعطيات، الذي جاء فيه أنّ مقدّمي خدمات المصادقة الإلكترونية ملزمون بإخبار الشّخص الذي يطلب تسليمه شهادة إلكترونية، كتابة وقبل إبرام العقد بكيفية المُنازعة وطرق تسوية الخلافات، وضمنيًا حسن فعل المشرّع المغربي؛ بأن اتخذ مبدأ الاتفاق المُسبّق بين الأطراف المتّعاقدة.[2]

و/ المشرّع اللّبناني: عالج المشرّع اللّبناني في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد؛ الصّادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 90/83 في تاريخ 16 أيلول 1983- والمعدّل بالمرسوم رقم 3800 بتاريخ 2000/09/06- القواعد المنظّمة للاختصاص القضائي الدّولي للمحاكم اللبنانية، وقد أورد المشرّع اللبناني هذه القواعد في المواد من 74 إلى80، وذكر في المادة 74 منه أنّه: "يخضع الاختصاص الدولي للمحاكم اللّبنانية مبدئيًا للأحكام المتعلّقة بالاختصاص الدّاخلي دون تمييز بين لبناني و أجنبي."

وعليه يشمل الاختصاص الداخلي للمحاكم اللّبنانية؛ الاختصاص الوظيفي والاختصاص النوعي والاختصاص المكاني، كما بيّنت المادة 76 أنّ المحاكم اللبنانية هي المختّصة بالنّظر في أية قضية

(1) علي كحلون، مرجع سابق، ص84.

(2) إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص106.

تتعلّق بأحد اللبنانيين، أو بأية مصلحة كائنة في لبنان، ما لم تكن هناك محكمة أخرى هي المختّصة.[1]

ثانيا: التّدابير الإجرائية الدّولية لحلّ النزاعات إلكترونيًا: وجد الفريق الدولي العامل (الفريق العامل الثّالث المعني بتسوية النّزاعات بالاتصال الحاسوبي المُباشر) أنّ هذه المعايير المُعتّمدة من المنظّمات الدولية المُشار إليها سابقًا غير كافية، لأنّها عبارة عن مبادئ توجيهية غير مُلزمة. لذا يُكرِّس الفريق العامل جهوده لوضع قواعد إجرائية، قانونية مُوحّدة من خلال منصة التّسوية؛ التّي هي عبارة عن موقع ويب. ونظرًا للأهمية العملية التّي تقوم بها منصّة التّسوية، في فضّ منازعات معاملات التّجارة الإلكترونية، فإنّها تعدّ من آليات حسم المنازعات المُباشرة على الأنترنت. علاوة على ذلك يُقصد بها نظام لإنشاء الخطابات الإلكترونية، المستّخدمة في تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، أو إرسالها أو تلقيها أو خزنها، أو تبادلها وتجهيزها بأي طريقة أخرى، وهي موقع خاص يتضمّن برامج مُعدّة مُسبقًا، وتتضمّن عدّة إجراءات[2].

استنادًا إلى ما سبق، تمّ اعتماد مجموعة من المشاريع لتّسوية المنازعات عبر شبكات الأنترنت وأهمها:

1/ مشروع القاضي الافتراضي Virtual Magistrate Project: إنّ التّجربة الأولى في مجال تسوية الخصومات عبر الفضاء الإلكتروني تتمثّل في برنامج القاضي الافتراضي؛ هذا المشروع الأمريكي تمّ إرساء دعائمه في مارس 1996، وتولّت إدارته والإشراف عليه عدّة جهات وهي: معهد قانون القضاء، جمعية التّحكيم الأمريكية، المركز الوطني للأبحاث المعلوماتية ومركز القانون وقواعد المعلومات. والهدف الرئيسي لهذا المشروع هو إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلّقة بالأنترنت؛ عن طريق وسيط يتمثّل في قاض مُحايد، يكون خبيرًا في التّحكيم والقوانين التّي تحكم أنشطة الأنترنت، أو قانون الفضاء الإلكتروني، ويتحقّق هذا الهدف بقيام مستّخدم الأنترنت بإرسال شكواه إلى تلك الهيئة، عن طريق البريد الإلكتروني، وبعد ذلك تقوم الهيئة باختيار قاضٍ مُحايد للفصل في النّزاع.

وتجدر الإشارة إلى أنّ القرار الذي يصدّره القاضي، يكون مجرّدًا من القيمة القانونية، إلاّ إذا قبله الأطراف. وفي هذا المقام تعدّ هذه الخدمة مجانية تتّم دون مقابل.[3]

(1) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص368.

(2) حسن علي كاظم، ختام عبد الحسن شنان، مرجع سابق، ص223.

(3) مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص378.

2/ محكمة الفضاء Cyber Tribunal: نتيجة لاتجاه التّفكير للاستفادة من الإمكانات التّي تتّجها شبكات الاتصال الإلكترونية، نحو إنجاز نظم جديدة لتسوية المنازعات من خلال الشّبكات، كان من أهم هذه النّظم المحكمة الفضائية، التّي تتّجه لتقديم الوساطة والتّحكيم عبر قنوات ووسائط إلكترونية.[1]

وجدير بالذّكر أنّ هذه المحكمة نشأت في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا، في سبتمبر 1996، ووفقا لنظام هذه المحكمة تتّم كافة الإجراءات إلكترونيًا على موقع المحكمة الإلكتروني؛ بدايةً من طلب التّسوية ومرورًا بالإجراءات، وانتهاءً بإصدار الحكم وتسجيله على الموقع الإلكتروني للمحكمة[2].

ويُلاحظ أنّ هذه المحكمة تشترّك مع القاضي الافتراضي، في محاولة خلق أو إنشاء قواعد غير رّسمية تُطبّق على القضاء "Cyber net"، وفيما عدا ذلك فإنّ محكمة القضاء هي الهيئة الأولى من نوعها في فرنسا وإنجلترا، التّي تفصل في القضايا بين مستّخدمي الأنترنت بطريقة أسرع من القاضي الافتراضي[3].

فضلاً عن ذلك ولكي تُؤكّد هذه المحكمة ثقة المتّعاملين عبر الشّبكة في نظامها، فإنّها تقوم بإصدار شهادات مُصادقة على الموقع الإلكتروني، التّي تتحقق فيها الشّروط المطلوبة، وهذه الشّهادات تجيز لأصحاب المواقع أو المسؤولين عنها، تسوية منازعاتهم وفقًا لإجراءات المحكمة، ولذلك يجب أن يكون هؤلاء على علم تام بالمبادئ التّي يكفلها هذا النّظام؛ من أجل احترامها والالتزام بقواعد السّلوك التّي تتضمّنها[4].

إذ تقوم محكمة الفضاء بالفصّل في القضايا بطريقتين هما الوساطة أو التّحكيم، وهذه الخدمة التّي تقدّمها المحكمة مجانية، ومن زاوية أخرى تضمن المحكمة سرّية المعلومات؛ الخاصّة بالقضايا المتطوّرة أمامها عن طريق التّشفير، ويتّم اختيار المُحكّمين الذين يقومون بالوساطة عن طريق سكرتير المحكمة، من ضمن قائمة خبراء قانونيين وفنيين في مجال القضاء[5].

وفي هذا المقام يمكننا أن نشير إلى بعض التّطبيقات الأخرى، إلى جانب مشروع القاضي الافتراضي والمحكمة الفضائية وهي:

---

(1) بلاق محمد، مرجع سابق، ص23

(2) حابت أامال، مرجع سابق، ص486.

(3) مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص379.

(4) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص165.

(5) مرجع نفسه، ص166.

- **مكتب الوساطة على الخط:**"On line Ombuds Office" والذي تأسّس عام 1996، بفضل المركز الوطني لأبحاث المعلوماتية "NCAIR " ومركز تكنولوجيا المعلوماتية وتسوية المنازعات، وقد أُعلن رسميًا عنه في يونيو 1997.
- **مركز الوساطة والتّحكيم** " Arbitration and Mediation Center" في المنظمة العالمية للملكية الفكرية، وهو يعمل شأنه شأن المحكمة الافتراضية على تسوية المنازعات، على الخط عن طريق الوساطة أو التّحكيم.
- وفي فرنسا تمّ إنشاء هيئة خاصة عام 1997، تسمى **(I.R.I.S)** :

" Imaginons un Réseau Internet Solidaire " من أجل تسوية المنازعات، في المعاملات صغيرة أو متوسطة القيمة على شبكة الأنترنت.[1]

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، يتّضح لدينا أنّ المشكّلة تبقى قائمة في مسألة تحديد المحكمة المختّصة، طالما لا يوجد قانون مستّقل يعالج أحكام التّجارة الإلكترونية والعقود المُبرمة بشأنها، سيما أنّ هذه العقود أصبحت لا غنى للمستهلك عنها اليوم، والشغل الشّاغل للفقه والقضاء.[2]

وتأسيسًا على ذلك يُثار في الواقع العملي العديد من **الصّعوبات**، والتّي تحول دون إعمال ضوابط الاختصاص القضائي الدولي التّقليدية، في مجال المنازعات النّاشئة عن القواعد الإلكترونية، لعلّ من أبرزها:

- ✓ **سلطة القاضي الإقليمية:** فلا يملك القاضي سلطة خارج حدود دولته، بينما العقود الإلكترونية متعدّدة الأطراف وعابرة للحدود الإقليمية للدولة، الأمر الذي يستّلزم إيجاد نظام، يعتّمد على عدد من القضاة الدوليين والمعترّف بهم دوليًا.
- ✓ **قصور الضّوابط المكانية أو الجغرافية:** حيث لا تتناسب مع الاتصال الإلكتروني، والذي يحول دون التّواجد المادي للأطراف في كثير من العقود.
- ✓ **تضارب الأحكام القضائية:** حيث أنّ كل طرف يحاول اللّجوء إلى القضاء الذي يوفّر له مصلحة كبيرة، على حساب الطّرف الآخر، الأمر الذي يجعل من عدم الوصول إلى اتفاق الخصوم، على تطبيق قضاء معيّن مُعضّلة قانونية.[3]

---

(1) مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص ص380- 381.

(2) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص373.

(3) أيمن أحمد محمد الدلوع، مرجع سابق، ص ص187- 188.

✓ **توحيد الضّابط الذي يعطي الاختصاص القضائي لحلِّ المنازعات الإلكترونية:** حيث أنّ التّنظيمات التّشريعية تتّجه إلى فكرة وضع ضابط مُحدّد، ينظّم كافة العلاقات التّعاقدية، دون النّظر إلى تلك الفروق التّي تنتاب العقود الإلكترونية، وتجعلها ليست دائما على وتيرة ونمط مُوحّد، الأمر الذي يجعل من تعدّدية الضّوابط التّي يُبنى عليها الاختصاص القضائي، مواءمة حقيقة تؤدي ثمارها في الواقع العلمي.[1]

الفرع الثاني:

ضوابط الاختصاص القضائي الخاصّة بحماية المستهلك الإلكتروني

إنّ عقود الاستهلاك تمثّل نسبة كبيرة من عقود التّجارة الإلكترونية، والتّي تُبرم بوجه خاص من خلال الأنترنت، وفيها يكون المستّهلك الإلكتروني هو الحلقة الأضعف في العقد؛ كونه يتعرّض وبشكل مستّمر للضّغوط التّي يمارسها عليه المهنّي ليدفعه إلى التّعاقد، خاصّة وأنّ محل العقد في هذا النّوع من العقود لا يوجد أمام المستّهلك، ولا يستّطيع هذا الأخير معاينته، بل كل ما يستّطيع فعله هو مشاهدته عبر جهاز الكمبيوتر[2]، إلاّ أنّ مرونة التّعاملات الإلكترونية وتطورّها السّريع، يُضاعِف من حدّة قصور التّشريعات المُنظِّمة لها، ويدعو دائما إلى تحديث هذه التّشريعات بما يتماشى وهذا التّطور، كما أنّ الرّغبة بتوفير أكبر قدر ممكن من الحماية للمستهلك من طرف التّشريعات والاتفاقيات الدّولية، أدّت بها إلى الخروج على القواعد العامة المُتعلّقة بتحديد المحكّمة المختّصة، بنظر الدعاوى المتعلّقة بالعقود الإلكترونية. [3]

ولتوضيح ذلك يُقصّد بسلطة الاختصاص بالنسبة للمستهلك أين يستّطيع مقاضاة المُورِّد، في حالة عدم وفائه بالتزاماته، أو أين يستّطيع المُورِّد مقاضاته في حالة عدم تنفيذه لالتزاماته، مع الوضع في الاعتبار بأنّ المستهلك دائما هو الطّرف الضّعيف في التّعاقد، وأنّه لا يمتّلك أيًا من المقدّرة الاقتصادية أو القانونية المُماثلة للمهني، لذا كان حرص المشرّعين الوطنيين والاتفاقيات الدولية دائما على حمايته وكفالة التّوازن للعقد[4]، هذا ما نتج عنه وضع ضوابط أخرى، مختّلفة عن الضّوابط التّي

---

(1) أيمن أحمد محمد الدلوع، مرجع سابق، ص189.

(2) أحمد الهواري، "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص"، بحث مقدّم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، المجلد 04، السابق الإشارة إليه، ص1615.

(3) باخويا دريس، مرجع سابق، ص75.

(4) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص488.

سبقت الإشارة إليها، وذلك من أجل توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلك[1].

من هذا المُنطلّق اتّجهت اتفاقيات دولية إلى أنّ المستهلك يستّحق الحماية من خلال فكرتين، **أولهما** فكرة تقرير الاختصاص لمحكمة موطنه أو محل إقامته المُعتاد، و**ثانيهما** حمايته من شروط الاختصاص القضائي التّي ترد في العقود الإلكترونية.

أولا: تقرير اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك الإلكتروني: اتّجهت التّشريعات الحديثة إلى أنّ المحكمة المختّصة بالنّظر في النّزاع النّاشئ عن هذه العقود، ينعقد لمحكمة موطن المستهلك سواءً كان هو المدعي أو المدعى عليه، فهذا المعيار يختّلف عن تلك الضّوابط المُستّخدمة بالنسبة للعقود بشكل عام[2]، لذا كان الحرص على رفع المشقّة عن كاهل المستهلك؛ المتمثّلة في الانتقال إلى موطن المدعى عليه المهني، وعلى ذلك فإنّ اختيار محكمة موطن المستهلك - المدعى عليه أو المدعي- بوصفها جهة مختّصة دوليًا بالفصّل في منازعاته مع المهني، يمثّل مفتاح باب الحماية الدّولية للمستهلك[3]، غير أنّ البعض يرى بضرورة التّمييز بين ما إذا كان المُستهلك مُدعيًا أو مُدعى عليه.

1/ حالة عندما يكون المستهلك مُدّعيًا: في هذه الحالة يتّسم اختصاص محكمة الموطن أو محل الإقامة المُعتادة على الأغلب **بالطّابع الاختياري**، أي أنّ المستهلك يكون له الخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو محكمة موطن المدعى عليه، ويعدّ ذلك تكريسًا لنص المادة 14 من اتفاقية بروكسل لعام 1968 المتعلّقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام المدنية والتجارية داخل دول الاتحاد الأوربي[4].

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا الاختصاص يعدّ استثناءً من القواعد العامة، التّي تضمنتها الاتفاقية في المادتين 02 و05، والتّي قرّرت على التّوالي اختصاص محكمة موطن المدعى عليه أو محكمة بلد تنفيذ الالتزام[5].

---

(1) أمينة أضريبينة ، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص426- 427.

(2) أحمد شرف الدين، " الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها "، بحث مقدّم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، السّابق الإشارة إليه ، ص59.

(3) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص360.

(4) تنص المادة 01/14 على أنّه: " تُعرض الدعوى المرفوعة من المستهلك على المتعاقد الآخر، سواءً على محاكم الدول المتعاقدة التّي يتوطّن بها المستهلك، أو محاكم الدول المتعاقدة التي يتوطّن بها المتعاقد الآخر."

(5) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص361.

وباستقراء مقتضيات المادة 01/14 يتّضح أنّ المستهلك عندما يكون مُدّعيًا؛ له الخيار بأن يرفع دعواه إمّا أمام محاكم الدولة التّي يقيم فيها، أو محاكم الدولة التّي يتوطّن بها المتعاقد الآخر.

2/ حالة ما إذا كان المستهلك مُدّعى عليه: تخضع الدعاوى النّاشئة عن العلاقة الاستهلاكية **وجوبًا** لولاية محكمة موطن المستّهلك، فالاختصاص في هذه الحالة يحمل الصّفة الآمرة، وهذا ما نصّت عليه المادة 02/14 من اتفاقية بروكسل[1]، وباستقراء مقتضيات هذه المادة نخلص إلى أنّ الخضوع هنا إجباري ووجوبي لولاية محاكم موطن المستهلك، وجاءت هذه الفقرة إعمالاً لقاعدة الاختصاص الأصولية؛ التّي تعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه. وهذا الاتجاه يبدو منطقيًا، فاستخدام الأنترنت في المجال التّجاري، أتاح للمهني المجال الجغرافي الواسع لنشر إعلانه، ولا يتصوّر الحال كذلك أن يكلّف المستهلك بتتبّع مورّد السّلعة الاستهلاكية، أمام محكمة موطن هذا الأخير[2].

والجدير بالذكر أنّ المادة 14 لم تحدّد الوقت الذي يُعتّد فيه بتوافر ضابط الموطن، وفي الوقت نفسه نجد أنّ المادة 03/13 تشير إلى عقود الاستهلاك التّي تُعقد نتيجة وجود عرض خاص، أو إعلان يقدّمه المهني في موطن المستهلك، وكذلك تلك التّي استّوفى بها الأعمال الضّرورية لإتمام العقد، وقد يثير هذا الفرض حول ما إذا كان يمكن الاعتداد عند تطبيق المادة 14 بالموطن؛ بوصفّه ضابط للاختصاص في غير لحظة رفع الدعوى[3]، وعلى العكس من ذلك جاءت المادة 15 من الاتفاقية السّابقة، باستثناء على القاعدة المذكورة بمقتضى المادة 14.[4]

وفي هذا الإطار رأى جانب من الفقه الفرنسي أنّ نصوص اتفاقية بروكسل، لن يستّفيد منها المستهلك الإلكتروني، حيث أنّ فكرة المستهلك السّلبي التّي تستّخدمها نصوص الاتفاقية، لن تنطّبق بشّأن المستهلك الإلكتروني، وتفسيرًا لذلك تقوم فكرة المستهلك السّلبي على اعتبار المستهلك مُستّحقًا للحماية، ولاختصاص محكمة موطنه في حالة اجتماع شرطين معًا، واللّذان يتمثّلان في:

---

(1) المادة 02/14 تنص على أنّه:" الدعوى المرفوعة من المتعاقد الآخر ضد المستهلك، لا تعرّض إلاّ أمام محاكم الدولة المتعاقدة التّي يتوطّن بها المستهلك."

(2) أحمد الهواري، مرجع سابق ص1655.

(3) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص362.

(4) تنصّ المادة 15 على أنّه:" لا يجوز مخالفة نصوص الفصل بأي اتفاق فيما عدا :

1- الاتفاقات اللاّحقة على نشأة النزاع.

2- الاتفاقات التّي تمكّن المستهلك من اللجوء إلى محاكم أخرى غير المحدّدة في الفصل.

3- الاتفاقات التّي تمنح الاختصاص لمحكمة دولة متعاقدة؛ كان يوجد بها وقت إبرام العقد موطن أو محل إقامة المستهلك، وكذلك المتعاقد الآخر، وذلك ما لم يكن قانون هذه الدولة يحظر مثل هذه الاتفاقات."

1- أن يكون إبرام العقد، جاء نتيجة عرض وجّهه البائع إلى دولة المستهلك.

2- أن يكون المستهلك قد أتمّ الإجراءات، الضّرورية لإبرام العقد في دولته[1].

ممّا لا شك فيه أنّ الغرض من ذكر الحالات التّي أوردتها المادة 13، في الواقع ينحصّر في تحديد منازعات الاستهلاك، والتّي تخضع لولاية المحاكم المنصوص عليها في المادتان 14 و15، ولذلك تبقى العبرة بالموطن- بالنسبة للمستهلك أو المهني- في وقت رفع الدعوى، وليس وقت إبرام العقد أو وقت حصول النّزاع، وهذا الحل يتّفق مع المبادئ العامّة في نظرية الاختصاص القضائي الدولي، التّي تعتّد بوجود ضابط الاختصاص وقت رفع الدعوى، فضلاً عن كونه يتّفق مع روح اتفاقية بروكسل ذاتها، ويبدو لنا أيضًا أنّ هذا الأمر يتماشى تمامًا مع تحقيق حماية إجرائية أفضل للمستهلك، مما يسهّل على هذا الأخير رفع الدعوى أمام محكمة الموطن المتواجد فيه أثناء رفع الدّعوى، وهو بلا شك آخر موطن له.[2]

وبالتّالي عندما يُدرّج البائع في الشّروط العامة التّي يُظهرها على شاشة الأنترنت، شرطًا خاصًا ينصّ على اختصاص محاكم دولته بشأن المنازعات النّاشئة عن العقد، فإنّ هذا الشّرط يمكن تغييره لصالح المستّهلك؛ إذا توافرت الشّروط المنصوص عليها في المادة 13 من اتفاقية بروكسل، إذ لا يمكن أن يُتصوّر أن يكلّف المستهلك بأن يذهب إلى دولة أخرى، ليرفع دعواه على تاجر أجنبي مقيم هناك، فموارد المستهلك وإمكانياته الاقتصادية لا تُمكّنه من ذلك، ومن ثمّ فإنّ تكليفه برفع دعواه ضدّ منتج السّلعة أو مورّدها الأجنبي، قد يُقعِده عن طلب حماية حقوقه، ممّا يعدّ نوعًا من إنكار العدالة، ويجعل أية محكمة خلاف محكمة موطنه، أو محل إقامته محكمة غير ملائمة[3].

ويُلاحظ أنّ تطبيق المادة 13 من اتفاقية بروكسل أثار جدلاً واسعًا، وتمّ استبدالها لتحلّ محلها المادة 15 من اللاّئحة رقم2001/44، إذ منحت هذه المادة الحق للمستهلك في اختيار محاكم دولته، أو محاكم دولة المهني؛ عندما يبرم عقدًا مع شخص يمارس أنشطة تجارية أو مهنية، في الدولة التّي يوجد على إقليمها موطن المستهلك، أو لو قام المورّد بتوجيه أنشطته بأي وسيلة اتجاه هذه الدولة، أو عدّة

(1) هذان الشّرطان تضمنت المادة 1/13 و 2 من اتفاقية بروكسل النّص عليهما.

(2) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص362.

(3) صالح جاد عبد الرحمان المنزلاوي، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشّرعية السّعودي، مرجع سابق، ص ص179- 180.

دول من بينها هذه الدولة، شريطة أن يدخل العقد في إطار هذه الأنشطة.[1]

ولابد من الإشارة أنّ القرار الأوربي الأخير، اعتّمد مفهوم" النّشاط الموجّه" "activité dirigée" حديثًا عن العروض التّجارية والإشهارات الإلكترونية، عوضًا عن مفهوم العرض الخاص المعتّمد سابقًا "proposition spécialement faite". وبالتّالي يمكن للمستهلك الأوربي أن يلجأ إلى محكمة مقرّه، كلّما كان النّشاط مُوجّهًا إلى بلاده الموجود بها، أو إلى عدد من البلدان من بينها بلاده، لكن العروض على شّبكة الأنترنت تمتاز بعموميّتها، وتهدف في نهاية الأمر إلى تحقيق الانتشار على مستوى دولي، بل بإمكان أي شخص الاطلاع على محتوى الصّفحات، وبالتّالي قد لا يجد مفهوم الأنشطة الموجّهة التّطبيقات الملائمة، ويحرم المستهلك من الحماية التّي أرادها المشرّع[2].

وفي هذا المقام انتّقد جانب من الفقه الفرنسي، مسلك التّوجيه في مجال حماية المستهلك، واعتّبر أنّ فكرة " توجيه النشاط" التّي وضعها التّشريع، كمعيار لاختصاص محكمة دولة المستهلك، ستجعل البائعين على الأنترنت معرّضين لخطر التّقاضي أمام جميع دول الاتحاد الأوربي[3].

ونتيجة ذلك فإنّ بعض القوانين الحديثة تضيف نصًا خاصًا إلى جانب النصوص التّقليدية، بمقتضاه تحمي المستهلك في عقود الاستهلاك، مثال ذلك: القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987؛ فبعد أن عقد الاختصاص لمحكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه (المادة 112)، ومحكمة محل تنفيذ العقد (المادة 113)، أضاف نصًا خاصًا بعقود المستهلك هو نص المادة 114، الذي جاء فيه أنّ: المستهلك يستّطيع أن يرفع دعواه باختياره إمّا أمام:

أ/ محكمة موطنه أو محل إقامته المعتادة أو

ب/ محكمة موطن أو محل الإقامة العادية لمقدّم السّلعة أو الخدمة.

وتأكيدًا للحرية الممنوحة للمستهلك وعملاً على كفاية حمايته، قرّرت الفقرة الثانية من ذات المادة، عدم فعالية شرط الخضوع الاختياري للمحاكم الذي يتّفق عليه المستهلك[4].

---

(1) Art 15, Règlement (CE) N° 44/2001 du conseil du 22/12/2000, section 04 : compétence en matière de contrats par les consommateurs.

(2) علي كحلون، مرجع سابق، ص83.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، "حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص"، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المجلد 01، مركز البحوث والدراسات، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتّحدة، المنعقد في الفترة من 26 إلى28 أبريل 2003، ص20.

(4) تنص المادة 02/114 على أنّه:" لا يسوغ للمستهلك أن يتنازل مقدّما عن اختصاص محكمة موطنه أو محل إقامته المعتادة." للتفصيل أنظر : صالح جاد عبد الرحمان المنزلاوي، الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص179.

ومن نماذج التّطبيقات القضائية لقواعد الاختصاص بالنسبة للعقود التّي يُبرمها المستهلكون، الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 نوفمبر 2008، حيث قضت باختصاص محكمة موطن المستهلك في نظر نزاعه مع إحدى شركات السّياحة المتّعاقدة معه، وتتلخّص وقائع القضية في قيام أحد الأشخاص المقيمين بفرنسا، بالاتفاق على شراء خدمة الإقامة ليلة بدولة المغرب، لأربعة أشخاص من إحدى شركات السّياحة، ولم يتّم تأكيد ميعاد الطائرة من خلال البريد الإلكتروني، إلاّ بعد أن أقلعت الطائرة، ولم يستّطع المستهلك السّفر، فقام هذا الأخير برفع دعوى للمطالبة بالتّعويض، أمام المحكمة الكائن في دائرتها محل إقامته، ودفعت الشّركة بعدم الاختصاص المحلي للمحكمة المرفوع أمامها النّزاع، هذا وقد أصدرت محكمة أول درجة حكمها بتحقّق الاختصاص المحلي بنظر الدعوى، قامت الشّركة بنقض الحكم، وصدر حكم محكمة النقض الفرنسية بتأييد حكم محكمة الدرجة الأولى؛ بتحقّق الاختصاص المحلي بنظر الدعوى بالاستناد إلى نصّ المادة 01/16 من قواعد بروكسل الصّادرة في 2000/12/22، والتّي تتيح للمستهلك إقامة دعواه أمام المحكمة الكائن في دائرتها محل إقامته.[1]

ثانيا: تقييم الاختصاص بدعوى عقود الاستهلاك الإلكترونية: اتّجه الفقه عند تقييمه لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، على أنّها أفرطت في حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، وأخلّت بمبدأ المساواة بين الخصوم، خاصّة وأنّ المستهلك هو الذي يبحث عن الإعلانات والسّلع، المقدّمة عبر شبكة الأنترنت، وبالتّالي يتعاقد بناء على رغبته، الأمر الذي يستّدعي معه انتفاء تقرير حماية بقواعد؛ تقرّر له الخيار في تحديد المحكّمة المختّصة لفضّ النّزاعات، إلى جانب ذلك فهذه القواعد من شأنها التّأثير على نمو و تطوّر التجارة الإلكترونية[2].

غير أنّ مثل هذا القول لا يمكن قبوله، صحيح أنّ المستهلك هو الذي يبادر إلى طلب التّعاقد، ويبحث عن الطّرف الآخر ليتعامل معه، إلاّ أنّه لا يجب النّظر إلى وسيلة التّعاقد، دون الدّعاية والإعلان عن السّلعة أو الخدمات، هل جاءت عنده أم هو الذي بحث عنها[3].

(1) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص390.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص17.

(3) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص257.

وعليه قد يُثار تساؤل حول: هل الخضوع الاختياري[1] بإحدى المحاكم، يتّفق مع اعتبارات حماية المستهلك بصفته المتّعاقد الضّعيف؟

وتجدر الإشارة إلى أنّ أغلب العقود الإلكترونية، تكون مكتوبة مُسبّقًا في صورة عقود نموذجية، حيث عادة ما يُدرّج هذا الاتفاق المتعلّق بتحديد الاختصاص، في صورة شروط أو بنود داخل العقد الأصلي.

ومن هذا المنطلق تتّجه الاتفاقيات الحديثة إلى الاعتراف بشروط الاختصاص القضائي، ومن ذلك مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، الذي وضع نصًا في المادة الرابعة من مشروع الاتفاقية يفيد صّحة مثل تلك الشّروط، كما ساير التّوجيه الأوربي رقم 2001/44 هذا الاتجاه، إلاّ أنّه أكّد بحظر الاتفاق المُسبّق في عقود الاستهلاك؛ على اختصاص محكمة غير محكمة موطن المستّهلك.[2]

هذا وقد أدى التّسارع التّقني وتأثيره على مسائل الاختصاص القضائي، إلى محاولات من قِبل القضاء لحلّ هذه المشكّلة، فعلى سبيل المثال اتّجهت أحكام محكمة العدل الدولية الأوربية، إلى أنّه يجوز للمضرور الذي أصابه ضرر في العديد من الدول، نتيجة لفعل ضار اُرتكب في دولة معيّنة، رفع دعواه أمام محكمة مكان وقوع الفعل الضّار، بصرف النّظر عن البلاد التّي تحقّق فيها الضّرر، وذهبت المحكمة إلى أنّ هذا الاتجاه يمكن أن يؤخذ به كذلك في المسائل التّعاقدية.

من جانب آخر تصدّت الدول الأوربية عامة ودول الاتحاد الأوربي خاصّة؛ للصّعوبات التّي تكتّنف تطبيق معايير الاختصاص القضائي ذات الطّابع الإقليمي، فطرحت مشروع اتفاقية لاهاي بشأن الاختصاص القضائي الدولي في المواد المدنية والتجارية، ومن جانب ثالث أصدرت أجهزة الاتحاد الأوربي (البرلمان ومجلس أوربا) توجيهًا بشأن بعض الجوانب القانونية المتعلّقة بالتّجارة الإلكترونية، لا يستّهدف وضع قواعد إضافية بشأن تنازع القوانين أو اختصاص المحاكم، لكنّه يلزم الدول الأعضاء بإزالة العوائق التّشريعية، التّي تحول دون استخدام بدائل تسوية المنازعات.[3]

(1) الخضوع الاختياري لإحدى المحاكم هو أن يقوم الأطراف بتحديد المحكمة المختّصة مُسبقا في عقودهم. راجع سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص494.

(2) مرجع نفسه، ص494.

(3) حامد أبو سالف آدم مصطفى، طه إبراهيم قسم السيد محمد، " العقد الإلكتروني الدولي: مشكلات القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي بشأن منازعاته- دراسة في إطار القانون السوداني- "، المجلة العلمية لجامعة الإمام المهدي، ع04، السودان، ديسمبر 2014، ص337.

وجدير بالذكر، أنّه قد جرى إدخال تعديل على اتفاقية بروكسل الصّادرة في 2000/12/22، بحيث يتحدّد مكان تنفيذ الالتزام في عقود البيع والوكالة والتّوزيع؛ بالمكان الذي يجري فيه- أو كان واجبًا أن يجري فيه- تسليم المبيع أو أداء الخدمات، وذلك أيًا كان موضوع الالتزام محلّ الادعاء، وبالتّالي تختّص بنظر النّزاع محاكم مكان تسليم المبيع أو أداء الخدمات، هذا كلّه ما لم يتّفق أطراف العقد على غيره، وبهذا التّحديد لمكان التّنفيذ، لن تحتاج المحكمة المطروح عليها النّزاع، البحث طبقًا لقواعد تنازع القوانين عن القانون الواجب التّطبيق على العقد، عكس ما هو مقرّر في المواد العقدية عمومًا.

وتأسيسًا على ذلك يكون للمستهلك بمقتّضى اتفاقيتي بروكسل و لوجانو، بالإضافة إلى القواعد التّي أصدرها الاتحاد الأوربي بتاريخ 17 يونيو2008- وهي قواعد روما 01 -، أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة التّي يقع فيها موطن المتّعاقد معه، أو محاكم الدولة التّي يقع فيها موطنه (محل إقامة المستهلك) ، شرط أن يجري اتخاذ خطوات التّعاقد في البلد الذي يوجد فيه موطن المستهلك، وأن يسبق التّعاقد إعلان بدعوته إليه.[1]

واستخلاصًا لما سلف نصل إلى أنّ آخر الاتجاهات المعتّمدة في النزاعات الإلكترونية، هو أنّ مقر المستهلك هو المعيار المعتّمد لتحديد المحكمة المختّصة، مع مراعاة الشّروط المطلوبة ولعلّ أهمها أن يُنشئ العقد في إطار العروض الواضّحة والدّاعية إلى التّعاقد.[2]

وفي واقع الأمر نرى أنّ أفضل طريقة لحلّ النّزاع، هو تحديد أطراف النّزاع للمحكمة المختّصة دفعًا لكل تأويل، خصوصًا وأنّ الأمر يتعلّق بتجارة إلكترونية، لا يمكن معرفة مكان تواجد الأطراف أثناء التّعاقد[3].

وتنطوي وجهة النظر هاته حقيقة - كما يرى جانب من الفقه - أنّ قواعد الاختصاص القضائي قد أفرطت في حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، بتقريرها النّص على اختصاص محكمة موطنه أو محل إقامته، لكن هذه الحماية تجد مبرّرها في أنّ المستهلك هو الطّرف الأضعف دائمًا، صحيح أنّه يتجوّل عبر الشّبكة باحثًا عن سلعة أو خدمة، ولكن في الوقت ذاته لا يمكن مساواته بالشّركات العملاقة، التّي تُسوّق السّلع والخدمات، فضلاً عما قد تستّخدمه من أساليب دعائية؛ تُوقِع ذلك

(1) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص389.

(2) علي كحلون، مرجع سابق، ص ص83- 84.

(3) إدريس النوازلي، مرجع سابق، ص106.

المتّعاقد في غرر، لأجل ذلك تحاول التّشريعات الوطنية والدولية حماية ذلك المستهلك الضّعيف[1].

وعليه لابد من الإسراع في سنِّ هذه القوانين، لتوحيد الرؤية حول هذا الموضوع بين الدول العربية، ممّا يساهم في ازدهار التّجارة الإلكترونية، إذ أنّ إيجاد الحلول للمشكّلات القانونية التّي تعتّرضها، يجعل المتعاملين في هذه التجارة الحديثة يُقبِلون على التّعامل فيها باطمئنان كبير[2]، ومن هنا تأتي أيضا أهمية وضرورة إقرار التّعاون الدولي، في صورة اتفاقية دولية تعطي تنظيمًا متكاملاً للعقود والمعاملات الإلكترونية، ويضمن تجريم الأفعال الضّارة وسبل التّعويض عنها، خاصّة في ظل قصور القانون الوطني في هذا المجال[3].

(1) أحمد عبد القادر سليمان، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، ط1، دائرة المكتبة الوطنية، إربد، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009، ص86.

(2) حامد أبو سالف آدم مصطفى، طه إبراهيم قسم السيد محمد، مرجع سابق، ص339.

(3) أيمن أحمد الدلوع، مرجع سابق، ص191.

المبحث الثاني:

الاختصاص القانوني بشأن منازعات العقد المُبرّم عبر الأنترنت

يثير الطّابع الدولي لعقد البيع المُبرم عبر الأنترنت مشاكل قانونية عديدة، تتلخّص في ضرورة إيجاد قواعد صالحة للتّطبيق، على المنازعات النّاشئة عن هذا النّوع الجديد من العقود، إذ يتحدّد مجال تنازع القوانين بوجود الصّفة الأجنبية في أحد عناصر العلاقة القانونية.[1]

وجدير بالذّكر أنّ قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، استقرّت على إخضاع العقود الدولية لقانون الإرادة، وينطّبق هذا القانون على العقود الإلكترونية التّي تتّسم بالطّابع الدولي، حيث يمكن لطرفي العقد اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، عبر رسائل البريد الإلكتروني أو عبر صفحات الويب[2]، الشّيء الذي حتّم على المتعاقدين ضرورة الرّجوع إلى مبدأ سلطان الإرادة، في تحديد القانون الواجب التّطبيق.[3]

وإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة " l'autonomie de la volanté "، أجاز المشرّع حديثًا لطرفي المعاملة الإلكترونية من الاتفاق على تطبيق قانون دولة ما، أو قواعد قانونية تضمّنتها اتفاقات دولية أو قرارات قضائية، وفي هذه الحالة ستطبّق الجهة المختّصة بنظر النّزاع؛ القواعد الموضوعية فقط الموجودة في قانون الدولة أو في القواعد الاتفاقية الدولية أو في القرارات القضائية، دون القواعد الإجرائية الموجودة فيها، وبالتّالي فإنّ المشرّع في هذه الحالة يخرج عن القاعدة العامة، في تحديد القانون الواجب التّطبيق، وذلك بإسناد الالتزامات التّعاقدية الإلكترونية طبقًا لإرادة أطرافها، إلى قانون آخر غير القانون الوطني[4]، وإذا لم تتّفق الأطراف المتعاقدة على تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، فإنّه يمكن تحديد هذا القانون عن طريق نظرية التّركيز الموضوعي، وذلك بإسناد العقد إلى القانون الأكثر ارتباطًا به **(المطلب الأول)**.

---

(1) قارة سليمان محمد خليد، " الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظلّ التّعاقد الإلكتروني"، مجلة الفقه والقانون، ع 18، المغرب، أبريل 2014، ص57.

(2) محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص125.

(3) محمد الأيوبي، " دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التّطبيق على عقود التجارة الإلكترونية "، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع 12، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، الرباط، المغرب، 2016، ص43.

(4) علي خليل إسماعيل الحديثي، " ماهية المعاملات الإلكترونية وتبعات التنازع القانوني فيها - دراسة مقارنة-"، حولية المنتدى للدراسات الإنسانية، المجلد 01، ع 07، المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة، العراق، 2011، ص83.

وفي مقابل ذلك تتطلّب حماية المستهلك وجود ضوابط إسناد خاصّة بعقود المستهلكين؛ تضمن تحقيق مصالح المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية[1]. لذا لابدّ لنا من بيان مدى فعالية الدور الذي تلعبه القواعد القانونية العامة، في مواجهة الصّعوبات التّي يثيرها إعمال المعايير التقليدية للاختصاص التّشريعي، في مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية الدولية[2]، خصوصًا في ظل تجاوز شبكة الأنترنت العالمية حدود كل الدّول، فقد يكون مقر إدارة الشّبكة في مكان ومقدّم خدمة الأنترنت في مكان آخر، ويتّم تنفيذ العقد في دول مختلّفة، فالقول بوجود موطن إلكتروني أمر لا يزال محل جدل ونقاش، وهذا لأنّ المكان في العالم الافتراضي يبقى ضربًا من المجاز[3] **(المطلب الثاني)**

وعليه سنقتّصر في هذه الدراسة على ما يثيره القانون الواجب التّطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية من إشكاليات، وذلك نظرًا لطبيعة البيئة الرّقمية التّي يجري من خلالها التّعامل، وخصوصيات المنازعات المُثارة وطبيعة المعايير التّقليدية لفضّ التّنازع القانوني، من حيث كونها ضوابط مادية ترتّكز على روابط مكانية، لا تستّجيب لطبيعة المعاملات التّي تجري من خلال الشّبكات الإلكترونية.

إزاء تلك الصّعوبات، انتّهى جانب من الفقه إلى التّسليم بعدم صلاحية المنهج التّنازعي للتّطبيق على منازعات التّجارة الإلكترونية، بينما حاول جانب آخر تفادي الصّعوبات والمشاكل التّي تعتّرض تطبيق منهج التّنازع على تلك المنازعات[4]. وما يُلاحظ في هذا الصّدد ابتداءً، أنّ المشرّع الجزائري لم يأت بقاعدة صريحة تحدّد القانون الواجب التّطبيق، على العقود التّي يكون أحد أطرافها مستّهلكًا، وهذا ما يضطّرنا إلى اللّجوء إلى الفقه والقانون والقضاء المُقارن، للوقوف على مختّلف الحلول والنّظريات التّي قيلت وطبّقت على المسالة[5]. وبالمقابل، استّطاعت القواعد المّادية للتجارة الإلكترونية كتنظيم ذاتي للبيئة الرّقمية، تجاوز قصور المنهج التّنازعي، فهل حقا يمكن أن تشكّل هذه القواعد أساسًا

(1) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص388.

(2) مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، " القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي"، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، ع 02، الجامعة الأردنية، 2014، ص1350.

(3) يوسف العلي، " مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت". تمّ تحميله من موقع : www.arablaw info .com

(4) لمسك محمد، " القانون الواجب التّطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية "، مجلة القانون المغربي، ع 23، دار السّلام للطباعة والنشر، المغرب، مايو 2014، ص28.

(5) شبة سفيان،" حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة "، دفاتر السياسة والقانون، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2011، ص227.

صالحًا لتّسوية منازعات التجارة الإلكترونية؟

المطلب الأول:

معايير تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية الدّولية

لقد اتّفقت أغلب التّشريعات على اتباع منهجية محدّدة، في حلّ إشكالية التّنازع بين القوانين على حكم العقود المشتّملة على عنصر أجنبي، تتمثّل في وضع قواعد فنيّة تُعرّف بقواعد الإسناد، التّي من خلالها يتّم إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التّطبيق على تلك العقود، كما اتّفقت تلك التّشريعات على الاعتماد على إرادة الطّرفين المتّعاقدين؛ الصّريحة أو الضّمنية كمعيار أساسي لإسناد العقد الدولي، المُبرّم بينهما للقانون المختار من طرفهما[1].

ولا شكّ في سيادة ضابط الإسناد - قانون الإرادة - على المعاملات الإلكترونية، حيث تظهر أهمية هذا المبدأ في المعاملات المنعقدة بين وحدة الأعمال والمستهلك (B2C)، ولا توجد مشاكل بخصوص الاختيار الصّريح، ويمكن أن يتّم بصور متعدّدة كالنصّ على سطح الصّفحة الإلكترونية، أو بأي وسيلة اتصال أخرى يمكن إثباتها.

ومن المقرّر في أغلب فقه القانون الدولي الخاص، أنّه في حالة غياب الإرادة الصّريحة يمكن اللّجوء إلى الإرادة الضّمنية، التّي يمكن الوصول إليها خلال تلمّس اتجاه إرادتهم، مع الأخذ في الاعتبار ظروف وملابسات التّعاقد[2].

ويُلاحظ في هذا الصّدد، أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد معيارًا للعقد الدولي، واكتّفى بإيراد نص المادة 18 ق. م. ج، التّي تطبّق على الالتزامات التّعاقدية المتضمّنة عنصرًا أجنبيًا، إذ تقضي هذه المادة بأنّه: " يسري على الالتزامات التّعاقدية قانون المكان المُختار من المتعاقدين إذا كانت له صلّة حقيقية بالمتّعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبّق قانون الموطن المشتّرك أو الجنسية المشتّركة.

وفي حال عدم إمكان ذلك يطبّق قانون محل إبرام العقد..." [3]

---

(1) حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص361.

(2) عزت محمد علي البحيري، " القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية- نظرة عامة-"، بحث مقدّم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، المشار إليه سابقا، ص1669.

(3) وقد كانت المادة 18 فـ01 قبل تعديل القانون المدني بموجب قانون 10/05 تنص على أنّه:" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر."

يُفهم من هذه المادة، أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بمبدأ قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التّطبيق على العقد، وهو مبدأ أخذت به أغلبية الأنظمة القانونية[1]، كما اعتّمدت هذه المادة - المادة 18 ق. م. ج- المعيار القانوني في تحديد العقد الدولي، أي عندما يتخلّل العلاقة عنصر أجنبي سواءً في تكوينها أو في آثارها، وهذه المسألة هي مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي، لبيان ما إذا كان العقد دوليًا من عدمه[2]. وفي حال غياب الإرادة؛ سواء الصّريحة أو الضمنيّة وجب على القاضي إعمال ضوّابط الإسناد الاحتياطية، والمتمثّلة في قانون الموطن المشترّك أو الجنسية المشترّكة إذا اتّحدا المتعاقدان موطنًا، وفي حالة ما إذا اختلّفا المتعاقدان في الموطن؛ يخضع العقد لقانون الدولة التّي جرى فيها إبرام العقد.[3]

وناهيك عن ذلك، ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كان اختيار الإرادة لقانون العقد، يخضع إلى مبدأ سلطان الإرادة أم أنّه يخضع إلى إرادة المشرّع. وتأسيسًا على ذلك قد ظهرت نظريتان: الأولى تعرّف بالنظرية الشّخصية **(الفرع الأول)**، والثّانية يُطلق عليها النظرية الموضوعية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:

تطبيق قواعد الإسناد الشّخصية على عقود الاستهلاك الإلكترونية الدّولية

إنّ حماية المستهلك تتطلّب وجود ضوابط إسناد خاصّة بعقود المستهلك، تضمّن تطبيق القانون الذي يوفّر الحماية الفعّالة له في علاقاته الخاصّة الدولية، ويعتّبر خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة، من أهم المبادئ المستقّرة في القانون الدولي الخاص للعقود، وفكرة إخضاع العقد ذو العنصر الأجنبي لقانون الإرادة، هي فكرة قديمة تمتّد إلى تاريخ العلاقات الدّولية[4]. وتسمّى قاعدة خضوع العقد التجاري الإلكتروني لقانون الإرادة في فقه القانون الدولي الخاص، بالإسناد الشّخصي النّاتج عن إعمال

(1) كالقانون المدني المصري (م 19) ومشروع القانون المصري للتجارة الإلكترونية (م 02) ، والقانون المدني السوري (م22) والقانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1999(م26)، والقانون المدني السويسري لسنة 1978(م 117) والقانون المدني الألماني لسنة 1986(م27). أنظر نعيمي فوزي بن أحمد الحاج، " النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية الدولية في القانون الجزائري"، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، ع 10 و11، مطبعة الجسور، وجدة، المغرب، 2010، ص74.

(2) شبع علاء حسين علي، " تنازع الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الدولية وفقا للقانون العراقي والنظم القانونية الأخرى - دراسة تحليلية مقارنة- "، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد09، ع 29، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2016، ص ص220-221.

(3) أنظر نص المادة 18 من قانون 10/05، السّالف الذكر.

(4) مخلوف هشام، "وضعية المستهلك في القانون الدولي الخاص"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ع 04، المركز الجامعي، تندوف، الجزائر، جوان 2018، ص304.

سلطان الإرادة، والذي يقضي بمنح حرية تعاقدية كبيرة للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التّطبيق[1]، وفي هذا المقام نصّ القانون التّجاري الموحّد الأمريكي " UCC " على أنّه:

" عندما تكون للصّفقة علاقة معقولة بهذه الولاية أو ولاية أخرى، فيمكن للأطراف الاتفاق على أنّ القانون الذي يحكم تلك الحقوق والواجبات، إمّا قانون هذه الولاية أو تلك. "

وعليه اعتّبر هذا القانون معيار العلاقة المعقولة أساسًا لحرية الأطراف في اختيار القانون، والعلاقة المعقولة تقوم مثلاً في مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو جزء منه، ومع ذلك فإنّ الصّفقات التّي تُبرم عبر الأنترنت، تبقى المشكّلة فيها قائمة لصعوبة تحديد مكان الانعقاد أو التّنفيذ، ونتيجة ذلك تمّ إلغاء هذا القانون[2].

ولابدّ من الإشارة إلى أنّ القانون الأمريكي الصّادر عام 1997 بخصوص التجارة الإلكترونية، أكدّ على ضرورة العمل مع كافة الدّول؛ لمنح طرفي العقد سلطة اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي. ومن المُناسب هنا الإشارة إلى مقولة البروفيسور الفرنسي"VIVANT" بأنّ :" العقد هو ركيزة النّظرية الأمريكية القائلة بوجوب المُراهنة على حرية الأفراد في تنظيم استخدام شبكة الأنترنت، القائمة على مبدأ سيادة المستّخدم أو سيادة الشّبكة ". وفي واقع الأمر أن يتّم الاتفاق على اختيار قانون العقد الدولي، لحظة إبرام العقد حسب الأصل، كما يمكن أيضًا أن يتّم الاتفاق بعد ذلك، وحتّى عند نشوب النّزاع بين أطرافه[3].

وجدير بالذكر أنّه استقرّ العمل في فرنسا بمبدأ سلطان الإرادة، بصدور حكم محكمة النقض الفرنسية في 1910/12/05، والذي أفاد بأنّ:" القانون الواجب التّطبيق على العقود سواءً فيما يتعلّق بتكوينها أو آثارها أو شروطها، هو القانون الذي تبناه الأطراف." [4]

كما أخذ القانون المصري بهذا الاتجاه في مشروع قانون التجارة الإلكترونية، إذ نصّ على أنّه:

" يسري على الالتزامات التّعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التّي يوجد فيها الموطن المشتّرك للمتعاقدين إذا اتّحدا موطنا، فإن اختّلفا موطنا يسري قانون الدولة التّي تمّ فيها العقد ما لم

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص153.

(2) هبة ثامر محمود، "حماية المستهلك في العقود الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق- دراسة مقارنة-"، مجلة الجامعة العراقية، ع 22، العراق، 2009، ص ص381- 382.

(3) مرجع نفسه، ص382.

(4) خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص ص75- 76.

يتّفق المتعاقدان على غير ذلك، ويعتّبر العقد قد تمّ بمجرد تأكيد وصول القبول." [1]

هكذا يتبيّن أنّ أنصار النظرية الشّخصية(الإسناد الشّخصي) جعلوا قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد، إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يخوّل للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار قانون العقد نفسه.[2]

أولا: مفهوم قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية: يقضي مبدأ سلطان الإرادة بمنح الأطراف كامل الحرية، في اختيار القانون الواجب التّطبيق على عقودهم، ولهم استبعاد القانون وإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون، أو عادات وأعراف التّجارة الدولية، لكن كل ذلك في حدود النظام العام والآداب العامة[3].

ويُقصد بمبدأ سلطان الإرادة قدرة المتعاقدين على خلق عقد بينهم؛ يحتّوي على كل التّفصيلات في حدود نصوص القانون، وقد تكون إرادة صريحة إذا تمّ التّعبير عنها في سند إلكتروني، ويمكن أن تكون ضمنية وذلك يُستّمد من ظروف الواقع وملابساته.

وعليه استّقر الفقه وغالبية التّشريعات، على أنّ اختيار الأطراف للقانون الواجب التّطبيق؛ لا يجوز أن يستّتبعه حرمان المستهلك من الحماية، التّي توفّرها له الأحكام الآمرة، لقانون الدولة التّي بها محل إقامته العادية[4].

وبناء على ذلك تؤكّد معظم النّظم القانونية أنّ العقود الدولية الإلكترونية، يحكمها قانون إرادة الأطراف أيا كان نوعها، وعلى سبيل المثال: العقود المُبرمة بين مستّخدمي الشّبكة وشركات تقديم المواقع وشركات خدمات الاشتراك في الشّبكة Internet Service Provider" ISP"، وكذلك العقود المُبرمة على الشّبكة بين التّجار والمستهلكين.[5]

ومن الجدير بالملاحظة اختلاف الفقه والقضاء، وحتّى نصوص التّشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، في تحديد المقصود بقانون الإرادة التّي تشير إليه قواعد الإسناد، ويمكن جمع هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات:

---

(1) المادة 02 من مشروع القانون المصري للتجارة الإلكترونية.

(2) Ranouil, l'autonomie de volanté, naissance et évaluation d'un concept, press universitaire de France, 1980.p29.

(3) ناصر حمودي، " نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، مجلة معارف، ع05، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، ديسمبر 2008، ص ص152- 153.

(4) حمزة ريم عبد الباقي، مرجع سابق، ص292.

(5) هبة ثامر محمود، مرجع سابق، ص381.

1/ الاتجاه الأول: هذا الاتجاه يذهب إلى تضييق نطاق قانون الإرادة، حيث أنّه ضيّق حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يُنظّم تعاقدهم، في القانون الداخلي لدولة معيّنة، بمعنى أنّه يقتّصر على القوانين الوطنية الصّادرة عن دولة معيّنة، تتمتّع بهذا الوصف وفقا لأحكام القانون الدولي العام. وقد أخذت محكمة العدل الدولية الدائمة بهذا الاتجاه، في حكمها الصّادر عام 1929، حيث قضت بأنّ:

" كل العقود التّي لا تُبرم بين الدول، تخضع بالضّرورة للقانون الوطني لدولة معيّنة، بموجب قواعد القانون الدولي الخاص."

كما تبنّت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصّادر عنها في 1950، ذات الاتجاه حيث نصّت أنّه:" كل عقد دولي يخضع حتمًا لقانون دولة معيّنة." [1]. وعلاوة على ذلك اعتّرفت المعاهدات الدولية بمبدأ قانون الإرادة، ففي اتفاقية لاهاي مثلاً، والخاصّة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية الموقّعة في 15 يونيو 1955، والنافذة ابتداءً من أول سبتمبر عام 1964، نصّت في المادة 01/02 على أنّه:

" يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدّده إرادة الأطراف." [2]

ولابد من الإشارة أنّ هذا الاتجاه تمّ انتقاده من جانب من الفقه، بحجة أنّه يضيّق من فكرة قانون الإرادة، في مجال عقود التجارة الإلكترونية التّي تتّم عبر الأنترنت؛ على أساس أنّ تطبيق هذا المنهج يترتّب عليه تطبيق قواعد وطنية، وضعت أساسًا من أجل العقود الداخلية لا عقود التجارة الإلكترونية، فحين أنّ هذه الأخيرة هي عقود دولية، كما أنّ تطبيق القوانين الوطنية قد يؤدي إلى تباين واختلاف الأحكام القضائية، بصدد تلك النوعية من المنازعات.[3]

2/ الاتجاه الثاني: يُنادي أنصار الاتجاه الثّاني بالحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التّطبيق على عقدهم، والتوسّع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث لا تقف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة، فيجوز إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية، مثل القواعد العرفية التّي نشأت واستّقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية.[4]

---

(1) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص ص269- 270.

(2) نجلاء عبد حسن، " التنظيم القانوني لعقود التجارة الإلكترونية "، مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، ج 02، ع 30، جامعة واسط، العراق، 2018/07/01، ص519.

(3) قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص184.

(4) قارة سليمان محمد خليد، مرجع سابق، ص58.

ويظهر هذا الاتجاه في نص المادة 19 ق.م. مصري، التّي نصّت على أنّه:

" مالم يتّفق المتعاقدان أو يتبيّن من الظروف أنّ قانوناً آخر يُراد تطبيقه "، كما أخذ بهذا الاتجاه قانون التّحكيم المصري 27 لسنة 1994، حيث نصّت المادة 01/39 على أنّ: " تُطبّق هيئة التّحكيم على موضوع النّزاع القواعد التّي يتّفق عليها الطرفان." [1]

وفي مقابل ذلك انتّقد البعض هذا الاتجاه، على أساس أنّه يطلق الحرية للمتّعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، على نحوٍ قد يؤدي إلى الغشّ نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التّي ترتّبط بالعقد ارتباطًا وثيقًا.[2]

3/ الاتجاه الثالث: أمّا فيما يتعلّق بهذا الاتجاه فيتّسم بالاعتدال، أي أنّه إلى حدٍّ تضييق نطاق قانون الإرادة؛ الذي نادى به أصحاب الاتجاه الأول، كما لا يذهب إلى إطلاق يدّ المتعاقدين بشكل يؤدي إلى الإفلات من الأحكام الآمرة؛ وهذا ما نادى به أنصار الاتجاه الثّاني. فهذا الاتجاه يتيح للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التّطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، عملاً بحقّهم المقرّر بموجب قاعدة الإسناد، ولكنّه يحرّص في ذات الوقت على ألا تصل هذه الحرية؛ إلى حدّ إطلاق حرية المتّعاقدين في اختيار قانون، على نحو يؤدي إلى الغشّ نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة.[3]

ويجد هذا الاتجاه أساسه في بعض الاتفاقيات الدولية، حيث نصّت اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التّطبيق على البيوع الدّولية للمنقولات المّادية، صراحة على استبعاد تطبيق القانون المُحدّد بموجب الاتفاقية إذا تعارض مع النظام العام. وهذا ما تبنّته أيضا اتفاقية روما سنة 1980 بخصوص القانون الواجب التّطبيق على البيوع الدولية للبضائع[4].

وعليه إذا أردنا تطبيق هذه الاتجاهات الثّلاثة على عقود التجارة الإلكترونية، فيمكن القول بأنّه يصعب الاعتداد بالصّلة المادّية بين العقد والقانون، الذي اختاره الأطراف لأسباب منها:

- أنّ التّعاقد من خلال شبكة الأنترنت، يفتّرض اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول، نظرًا لاتصال الشّبكة بهذه الدول في آن واحد، بسبب انفتاح الشّبكة عالميًا، فأي قانون يتّم الرّجوع إليه لحكم العلاقة العقدية؟

---

(1) نجلاء عبد حسن، مرجع سابق، ص520.

(2) طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد "دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980 "، ط01، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص42.

(3) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص274.

(4) أنظر المادة 01/07 من اتفاقية روما لسنة 1980. للمزيد راجع: نجلاء عبد حسن، مرجع سابق، ص520.

➢ أنّ الرّابطة المتصوّرة بين العقد والقانون المُختار، قد تتمثّل بعناصر مادية مثل مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، فمن الصّعوبة قبول تطبيق تلك الضّوابط على العقود التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت، لأنّ هذه الشّبكة لا تتركّز في إقليم دولة معينة[1].

ويتّجه الفقه الغالب إلى عدم اشتراط أن يكون قانون الإرادة على صلّة واقعية بالعقد[2]، فقد يختار المتعاقدان قانون دولة معيّنة لمجرد أنّه أكثر تحرّرًا من غيره؛ بالنسبة لما يحتّويه من شروط لصّحة التعاقد الإلكتروني، فضلاً عن ذلك فإنّ الفقه لم يعد يشترّط أن يتّم اختيار قانون العقد عند إبرام العقد، بل قد يتّم الاختيار في وقت لاحق لإبرام العقد.[3]

غير أنّه يجب على القاضي أن يتحقّق وفقا لنّص المادة 18 ق. م. ج، فيما إذا كان لذلك الاختيار صلّة حقيقية بين المتّعاقدين أو العقد المُختار، فيقع اختيارهم للقانون عديم الفعّالية إذا لم تتوافر الصلّة، وهو ما يسمح للقاضي بتجاوز ذلك الاختيار، ليتولى بنفسه مهمّة البحث عن القانون الذي تتوافر معه الصلّة الواجبة[4]، وفي هذا المقام من الجائز إذا تمّ الاتفاق على تطبيق قانون معيّن؛ أن يقوم الأطراف بتعديل اتفاقهم وتغيير هذا القانون، كل ذلك دون الإضرار بحقوق الغير حسني النية، الذين بنوا توقعاتهم على القانون الأول المُراد العدول عنه، وقد نصّت العديد من التّشريعات على إمكانية تعديل الاختيار، كمجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987.[5]

ثانيا: <u>نطاق الإرادة في اختيار قانون العقد الإلكتروني</u>: بمقتّضى ضابط قانون الارادة يتمكّن أطراف المعاملة الإلكترونية، من الاتفاق صراحةً أو ضمنًا على اختيار القانون المختّص، وذلك ليحكم النّزاع في حالة نشوئه بينهم في المستّقبل أو النّاشئ بينهم، لمحكمة معيّنة غير مختّصة بذلك النّزاع؛ وفقًا للقواعد العامة للاختصاص القضائي[6].

---

(1) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص402.

(2) وهو الاتجاه الذي أخذت به القوانين الأوربية، متأثرة باتفاقية روما بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980. راجع: موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص403.

(3) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص378.

(4) نعيمي فوزي، بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص75.

(5) حيث نصّت المادة 02/116 من القانون الدولي الخاص السويسري على أنّه:" اختيار القانون يمكن اجراؤه أو تعديله في أي وقت، وإذا كان لاحقا على إبرام العقد فيرتّد أثره إلى لحظة إبرام العقد...؟ ". كما نصّت المادة 02/27 ق. م. ألماني على أنّه: " يجوز للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون غير ذلك الذي كان يحكمه سابقا...". للتفصيل راجع: هبة ثامر محمود، مرجع سابق، ص383.

(6) الحديثي علي خليل إسماعيل، مرجع سابق، ص85.

وبناءً على ذلك إذا كانت أغلب التّشريعات، قد اعترّفت بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقودهم، فإنّ هذا الاعتراف يثير التّساؤل حول كيفية التّعرف على إرادة المتّعاقدين لتحديد قانون الإرادة، حيث قد تكون هذه الإرادة صريحة؛ وذلك عندما يُورد طرفا العقد عبارة صريحة تحدّد القانون الذي يحكم العقد، وقد تكون هذه الإرادة ضمنية؛ يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات العقد.[1]

1/ الاختيار الصّريح لقانون الإرادة " Le choix explicite de la loi de la volonté ":

تقرّ معظم الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدّولية، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التّطبيق على عقدهم[2]، فقد نصّ المشرّع المغربي في المادة 13 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب على أنّ: " تعيّن الشّروط الجوهرية للعقود وآثارها بمقتّضى القانون الذي قصد الأطراف صرّاحة أو ضمنا الخضوع له ..."، ومن بين تطبيقات هذا المبدأ أيضًا المادة 62 من القانون الدولي الخاص التّونسي الصّادر بتاريخ 27 نوفمبر 1998، والتّي تنص على أنّه:" العقد يحكمه القانون الذي سمّاه الأطراف" [3]، كما أكدّ مجمع القانون الدّولي في دورة انعقاده بأوسلو سنة 1977، على ضرورة تعبير الأطراف المتعاقدة على إرادتهم بصراحة.[4]

وتجدر الإشارة إلى أنّه عند اختيار قانون دولة تتعدّد فيه الشّرائع، يُنصّح الطّرفان بتحديد الشّريعة الدّاخلية الواجبة التّطبيق أيضًا، لأنّ بعض الدول المركبة كالولايات المتحدة الأمريكية ليس فيها قواعد إسناد داخلية، يمكن تطبيقها لتحديد الشّريعة الدّاخلية الواجبة التّطبيق، ونتيجة لذلك فإنّ شركة"Apple Store" تنّص في موقعها على الأنترنت على أن:" تخضع كل عقود البيع التّي يكون "Apple Store " طرفا فيها لقانون كاليفورنيا." [5]

كما نجد القضاء كرّس بدوره هذا المبدأ، في مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية، فتعتّبر محكمة النقض الفرنسية أولى المحاكم التّي أرسّت هذا المبدأ، ففي قرار لها صادر في قضية American trading company Quebec Steam Ship company limited نصّت بأنّ:

---

(1) نجلاء عبد حسن، مرجع سابق، ص520.

(2) وقد درج الفقه على تسمية ضابط الإرادة بشرط الاختصاص التّشريعي. راجع: نجلاء عبد حسن، مرجع سابق، ص520.

(3) الأيوبي محمد، مرجع سابق، ص46.

(4) هذا ما تضمنته المادة 01/02 التّي تنص: " يتعيّن على الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة ". راجع: مخلوف هشام، مرجع سابق، ص308.

(5) أمين دواس، " اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني"، مجلة النجاح للعلوم الانسانية، مجلد 25، ع 10، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، ص2542.

" القانون الواجب التّطبيق على العقود سواء فيما يتعلّق بتكوينها أو آثارها، أو بالنسبة لشروطها هو القانون الذي يختاره الأطراف..." [1]

في حين اعتّبر القضاء الأمريكي أنّ الضّغط على أيقونة " أنا أقبل"، يعدّ اختيارًا صريحًا من طرف المتّعاقد على إعمال القانون المقترّح من قِبل المتّعاقد الآخر، طالما أنّه كان بإمكان ذلك المتّعاقد، قراءة شروط العقد، وكان له الخيار في الخروج من الموقع ورفض ذلك[2].

وبطبيعة الحال فإنّ اختيار أطراف العقد الصّريح للقانون الواجب التّطبيق، يمكن أن يتّم عبر شبكة الأنترنت بصورة متعدّدة، فقد يتّم من خلال رسائل بيانات، كما يمكن أن يتّم أيضا بالبريد الإلكتروني، وذلك بعد الاتفاق على بنود العقد الأخرى[3].إلاّ أنّ قراءة المستهلك لشروط العقد على شاشة الحاسوب، لا تنطوي على مناقشة بنود العقد، وتحقيق دور الإرادة في تصريح رغبتها برغم ارتضائها لذلك، وعليه فإنّ الطريقة الأكثر فعالية في السّماح للإرادة في تفعيل دورها، عند اختيار القانون الواجب التطبيق هي استخدام البريد الإلكتروني E-mail .[4]

وجدير بالذكر أنّ تحرير العقود الإلكترونية من القيود التّي تُوجبها القوانين، ليس معناه أن تتحرّر حتّى من القواعد المعتّبرة من النظام العام[5] في دولة القاضي، أو أي دولة أجنبية أخرى ترتّبط بالعقد محل النّظام، فوجود قاعدة من قواعد النّظام العام من شأنه تعطيل قاعدة الإسناد، في خصوص المسألة التّي تدخل في نطاق هذه القاعدة، ممّا يترتّب عليه تجزئة العقد؛ حيث يخضع العقد لقانون الإرادة، فيما عدا جوانبه التّي تدخل في نطاق سريان النظام العام[6]. لذا ظهرت أهمية تعيين حدود النظام العام عند وضع الدول لتشريعاتها الداخلية، بما يتلاءم مع التّطور التكنولوجي وإبرام الصّفقات عن طريق شبكة الأنترنت[7].

---

(1) Cass civil 1, 5 dé 1910 (American trading company, Quebec stream ship company limited) , J.D.I. 1912, P1156. نقلا عن الأيوبي محمد ، مرجع سابق، ص 47

(2) نعيمي فوزي، بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص76.

(3) نجلاء عبد حسن، مرجع سابق، ص 521.

(4) إبراهيم عبد الحميد علي، مرجع سابق، ص701.

(5) يقصد بالنظام العام هو مجموعة المبادئ الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في دولة القاضي، والتّي تجب حمايتها، ويعدّ القاضي هو الحارس على النظام العام في دولته. أنظر: نائل مساعدة، مرجع سابق، ص171.

(6) أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الأنترنت، ، مرجع سابق، ص25

(7) إبراهيم عبد الحميد علي، مرجع سابق، ص702.

إلاّ أنّه على الرغم من أنّ لطرفي العقد - بحسب الأصل- الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلاّ أنّ المادة 02/05 من اتفاقية روما وضعت استثناء، حيث نصّت على أنّ: "حرية الاختيار لا يمكن أن تكون نتيجتها حرمان المستهلك من الحماية، التّي تضمنها له النصوص الآمرة في قانون البلد، التّي يقع فيها محل إقامته المُعتاد، وذلك إذا تحقّق أحد الافتراضين التاليين: أن يكون إبرام العقد قد سبق في دولة المستهلك بمقترح أو إعلان، والمستهلك قد قام بالأعمال الضّرورية لإبرام العقد، أو أن يكون شريك المستهلك أو ممثّله قد تلقى الطلب في ذلك البلد."

وفي نفس الصّدد نجد أنّ انطباق المادة 02/05، مشروط بقيام البائع بدور فعّال عند عقد الصّفقة؛ كأن يقوم بإرسال بريد إلكتروني مثلا، أمّا إذا لم يكن له دور فعّال في عقد الصّفقة؛ كأن يكون المستهلك هو الذي تبحر على موقع الويب وعقد الصفقة، فإن المادة المذكورة أعلاه لا تطبّق في هذه الحالة[1].

وفي جميع الأحوال يتّجه الرأي إلى ضرورة وجود صلّة يكفي أن تكون فنية، بين العقد والدولة التّي أُختير قانونها لحكمه، كأن يجري العقد في صورة عقد نموذجي مُتعارف عليه في مجال التّجارة الإلكترونية[2]، مثال ذلك عقود البيع التّي وضعها اتحاد المطاط وجمعية تجار الحبوب في لندن.[3]

2/ الاختيار الضّمني:"le choix tacite ": كما أنّ اختيار القانون الواجب التّطبيق على العقد التّجاري الدولي قد يكون صريحًا، فإنّه يجوز أيضا أن يكون ضمنيًا؛ يمكن استنباطه من الظروف المُلابسة للعقد[4]، فمعناه أن ينظر القاضي المعروض أمامه النّزاع إلى كثير من الدلالات والظّروف، مثل اختيار المحكمة أو الإحالة إلى نظام قانوني معيّن، وفي جميع الأحوال ستقوم المحكمة بدراسة كافة الظّروف، ذات الصّلة بكل حالة لتحديد القانون المختار[5].

ويلجأ القاضي المعروض عليه النزاع إلى عدّة قرائن، التّي استّقر عليها القضاء والفقه، وهذه القرائن منها ما يكون يُستّمد من الرّابطة العقدية ذاتها، ومنها ما يكون خارجيًا يُستّخلص من ظروف وملابسات التّعاقد. ومن أمثلة القرائن الذّاتية:

---

(1) Thibault Verbiest, la protection juridique du cyber consommateur, édition du juris- classeur, 2002, p117 .

(2) هبة ثامر محمود، مرجع سابق، ص382.

(3) الأيوبي محمد، مرجع سابق، ص47.

(4) أمين دواس، مرجع سابق، ص2545.

(5) قارة سليمان محمد خليد، مرجع سابق، ص61.

- قرائن مستّمدة من موضوع التّعاقد، حيث ذهب القضاء الفرنسي في شأن العقود المتعلّقة بعقار إلى إسنادها إلى قانون الموقع.
- قرائن مستّمدة من شكل العقد وتدخّل موظف عام في إبرامه.
- قرائن مستّمدة من أطراف العلاقة التّعاقدية، مثل الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين[1]
- اللّغة المستّمدة في تحرير العقد.
- شرط الاختصاص القضائي، فحرص المتعاقدان على النّص على إخضاع المنازعة في العقد، لاختصاص محاكم دولة معيّنة، يعدّ دلالة ارادتهم الضمنيّة على تطبيق قانون هذه الدولة[2]، وقد يعتّبر شرط التّحكيم دليلاً على اختيار قانون البلد الذي يجري فيه التّحكيم، ففي قرار لمجلس اللّوردات عام 1894، وأتبعه بعد ذلك قرار للمجلس الخاص عام 1906، عَدّ القراران شرط التّحكيم صحيحًا في العقود التّجارية، كما أنّه في تلك القضيتين استنتّجت المحكمة من خلال شرط التّحكيم في العقد؛ أنّ الأطراف اختاروا القانون المُلائم للعقد وهو قانون مكان التّحكيم -القانون الانجليزي-، على الرّغم من أنّ شرط التّحكيم في القانون الدّاخلي كان باطلاً، في مقام موالي وفي قضية عقود دولية بين سويسريين وهولنديين، لنقل الفحم من موانئ الولايات المتّحدة إلى موانئ في بلجيكا وهولندا وألمانيا، ولم يكن هناك أي اتصال بالقانون الإنجليزي، عدا شرط التّحكيم في لندن، طبّقت المحكمة القانون الإنجليزي.[3]
- العملة المُستّخدمة في الدّفع يمكن اعتبارها من القرائن الذاتية، التّي يمكن الاسترشاد بها للكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين[4].
- ويعدّ من قبيل الاختيار الضمني أيضًا قرينة مكان التّسليم، إلاّ أنّ ذلك مشروط بإمكانية التّسليم المادي، فإذا كان محل العقد تمّ تسليمه ماديًا، فيعتّد بمكان التّسليم كقرينة مؤكّدة، على اختيار الأطراف قانون الدولة التّي تمّ فيها التّسليم[5].

---

(1) مثل ما تضمّنت النّص على الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين: المادة 18 ف 2 ق. م. ج ، و م 19 قانون ليبي، وم19 ف01 ق. م. مصري.

(2) الأيوبي محمد، مرجع سابق، ص48.

(3) شبع علاء حسين علي، مرجع سابق، ص232.

(4) الأيوبي محمد، مرجع سابق، ص48.

(5) أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص28.

وتجدر الإشارة إلى أنّ استخلاص النيّة الضّمنية في اختيار القانون الواجب التّطبيق، خاضعة للسّلطة التّقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها[1]، ويستّخلص القاضي الإرادة الضّمنية من ظروف الحال.[2]

وفي واقع الأمر اكتّفى المشرّع الجزائري، بالإشارة إلى الاختيار الصّريح دون الاختيار الضّمني، غير أنّه ومن خلال إشارته في المادة 23 مكرر02 ق. م. ج إلى أنّه: " تطبّق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصّة بتنازع القوانين" [3]، وتفسيرًا لهذا النّص، يمكننا القول أنّه إذا كان الاعتداد بالاختيار الضّمني لطرفي العقد، قاعدة من القواعد العامّة للقانون الدولي الخاصّ، فإنّه يعتّد بها في الجزائر حتى لو لم يرد بشأنها نص خاص[4].

وفي نفس الصّدد ذهبت اتفاقية روما لعام 1980 في المادة 01/03 إلى أنّه:" يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، وهذا الاختيار يتعيّن أن يكون صريحًا، ويجوز أن يُستّنتج بطريقة مؤكّدة من شروط العقد أو من الظّروف المُحيطة به، ويمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التّطبيق على كل عقد أو على كل جزء منه." [5]

كذلك نصّت اتفاقية لاهاي لعام 1986 بشأن القانون الواجب التّطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، في المادة 01/07 على أنّه:" اتفاق الأطراف فيما يتعلّق باختيار القانون الواجب التّطبيق على عقدهم، يجب أن يكون صريحًا أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد، أو من سلوك الأطراف أو بالنّظر إليهما معًا." [6]

وعليه يُمكن استنباط الاختيار الضّمني للقانون الواجب التّطبيق على العقد الإلكتروني، من العادات التّجارية السّائدة بين الطرفين، فإذا ما اعتاد الطرفان إبرام صفقاتهما عبر التّبادل الإلكتروني للمعلومات "Electronic Data Inter change" " EDI "، وكانت هذه الصّفقات تتضمّن شرطًا على القانون الواجب التّطبيق، ثمّ تحولا إلى التّعاقد عبر شبكة الأنترنت، دون تحديد قانون آخر ليكون واجب التطبيق، فإنّ الشّرط السّابق على القانون الواجب التّطبيق يسري على صفقاتهما الجديدة، طالما

(1) مخلوف هشام، مرجع سابق، ص308.
(2) شبع علاء حسين علي، مرجع سابق، ص221.
(3) المادة 23 مكرر 02 من قانون 10/05، السّالف الذكر.
(4) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص347.
(5) هبة ثامر محمود، مرجع سابق، ص383.
(6) نجلاء عبد حسن، مرجع سابق، ص521.

أنّ العلاقة بينهما لم تتغيّر بشكل جذري، ومع ذلك ولتجنّب أي شك حول تحديد العناصر الجغرافية التّي يرتّبط بها العقد الإلكتروني، ومن أجل ضمان توفّر الأمان القانوني لطرفيه، فمن الأفضل لهما أن يختارا القانون الواجب التّطبيق على عقدهما صرّاحة[1].

وجدير بالذّكر أنّ الصّعوبات الحقيقية تثور حين تكون الإرادة ضمنية، فهذه الأخيرة تُستّخلص من نصوص العقد؛ بإثبات اتجاه إرادة المتعاقدين لتطبيق قانون معيّن دون النّص عليه صراحة، وهي مسألة قد لا تكون في مجال التّعاقد الإلكتروني، بالسّهولة نفسها التّي كانت بها وفق طرق التّعاقد التّقليدية، فالمعايير التّي تناولها الفقه أو جاءت بها الأحكام، إنّما ارتّكزت على توطين العقد أو تركيزه مكانيًا، في حين أنّ العمل على توطين العقد وفق هذه المعايير في العالم الافتراضي"Cyber Space"، لن يكون يسيرًا بل ربما كان افتراضيًا، ومن ثمّ تقتّرب الإرادة الضّمنية في هذا المجال من الإرادة المفتّرضة[2].

3 /الإرادة المُفتّرضة في مجال العقود الإلكترونية: يُثير البحث عن الإرادة المُفتّرضة للمتنازعين، إشكاليات أكثر تعقيدًا حين يتّم التّعاقد إلكترونيًا، من تلك التّي يمكن أن تثور في التّعاقد التّقليدي، فالإرادة المُفتّرضة تعتّمد على مؤشّرات ارتباط موضوعية، تشير إلى القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطًا وثيقًا، ويقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلّة بالرّابطة العقدية؛ إمّا بإسناد تلك الرّابطة لضوابط جامدة ومعلومة سلفًا للمتعاقدين؛ كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، أو بإسنادها لضوابط مرنة تُستّمد من الطّبيعة الذّاتية للعقد؛ ومن بينها ضابط الأداء المميّز للعقد[3].

ويُلاحظ أنّ المحاكم الإنجليزية لم تعد تتّبع النيّة المُفتّرضة، التّي كانت تتّبعها منذ منتّصف القرن الماضي، وكان هناك الكثير من الفقهاء خصومًا لهذه الفكرة؛ منهم الفقيه " كرافسون"، الذي يذهب إلى القول بأنّ هناك في أغلب الأحيان إحساس بالوهم في محاولة لإيجاد النيّة المفتّرضة، فيما يتعلّق بالقانون الذي يحكم خرق العقد، ولم يكن أبدًا في تفكير الأطراف عند إبرام العقد. وفي هذا المقام وتحت تأثير الفقيه "جيشار" و"كرافسون"، تبنّت المحاكم الإنجليزية طريقة موضوعية؛ وطبّقت القانون أو النّظام القانوني الذي يتّصل بالعقد اتصالاً وثيقًا[4].

(1) أمين دواس، مرجع سابق، ص2547.

(2) لمسلك محمد، مرجع سابق، ص ص31- 32.

(3) مرجع نفسه، ص32.

(4) علاء حسين علي شبع، مرجع سابق، ص232.

ولذلك ينبّغي ألاّ يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التّطبيق من نتيجته حرمان المستهلك من الحماية، التّي قرّرها قانون البلد التّي يوجد فيها محل إقامته، خاصّة لو كان تنفيذ العقد قد سبقه في هذا البلد إعلان، وأنّ المستهلك قد قام بما هو ضروري من أجل إبرام العقد[1].

وتأسيسًا على ذلك أيّدت محكمة النّقض البلجيكية الأخذ بقانون الإرادة في مجال الالتزامات التّعاقدية، حيث أصدرت العديد من الأحكام أهمها الحكم في 24 تشرين الثاني 1974، حيث جاء فيه: " يُحدّد القانون الواجب التّطبيق على العقد في القانون الدولي الخاص البلجيكي بقاعدة قانون الإرادة، وطبقا لهذه القاعدة فإنّ أطراف العقد لهم مُطلق الحرية في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التّعاقدية." [2]

كما أخذت محكمة النّقض المصرية بما استّقرّ عليه القضاء في الأنظمة القانونية المُقارنة، في حكمها الصّادر في 1989/12/04، حيث قضت برفض تطبيق نص المادة 212 بحري سوري، والتّي تقضي ببطلان شروط الاعفاء من المسؤولية، واستّندت في ذلك إلى عدم اتفاق الطرفين على تطبيق أحكامه، وأنّ الطاعنّة لم تتمسّك بهذا القانون بوصفه القانون المُتّفق على إعماله، ولكن باعتباره قانون محل الانعقاد الواجب التّطبيق، عملاً بقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 19 ق.م. مصري.[3]

وفي مقابل ذلك منحت الهيئة الدولية لتوحيد القانون الخاص "Uni Droit"، من جهتها للأطراف الحق في إبرام العقد وتحديد مضمونه، كما أقرّت الاتفاقيات وقوانين ولوائح التّحكيم بقانون الإرادة، فنجد مثلا لجنة الأمم المتّحدة لقانون التّجارة الدّولية التّي سنّت قواعد التّحكيم "CNU DC"، تنص المادة 01/33 منها على أنّه:" تطبّق هيئة التّحكيم على موضوع النّزاع القانون الذي عيّنه الأطراف." [4]

في مقام موالي نصّت على المبدأ المادة 07 من اتفاقية مكسيكو لعام 1994 الخاصّة بالقانون الواجب التّطبيق على العقود الدولية، حيث قضت:" يحكم العقد الدولي القانون المُختار بواسطة الأطراف"، إضافة إلى ذلك نصّت المادة 01/28 من القانون النّموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتّحدة بشأن التّحكيم التّجاري الدّولي لعام 1985 على أنّه:

(1) محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص115.

(2) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص397.

(3) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص267.

(4) خليفي سمير، حلّ النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص25.

" تفصل هيئة التّحكيم في النّزاع وفقًا للقانون المُختار بواسطة الأطراف" [1].

علاوة على ذلك وبالرّجوع لاتفاقية لاهاي لعام 1955، نجدها نصّت على أنّ عقد البيع يخضع لأحكام القانون المحلي للدولة التّي يحدّدها الأطراف المتعاقدة.[2]

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، نصل إلى أنّ العقود الدولية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، من حيث اختيار القانون الواجب التّطبيق، فضلاً عن ذلك أقرّت حكم محكمة العدل الدولية الدائمة هذا المبدأ في قضية القروض الضريبية البرازيلية، وفي مقابل ذلك حكمت أيضًا هيئة التّحكيم للّجنة الدّائمة في 22 ماي 1985، في النّزاع الذي ثار بين الشّركة الفنلندية والعراق وفقًا للقانون البلجيكي، الذي اختاره الأطراف صرّاحة.[3]

وجدير بالذّكر أنّه لا تقتّصر الحرية الممنوحة للمتعاقدين، في اختيار القانون الواجب التّطبيق على مضمون العقد، بل تتخطى ذلك إلى الشّكل أيضًا عملاً بنص المادة 02/09 من اتفاقية رما 1980 في شأن القانون الواجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقدية، حيث أرستّ القاعدة التّي تحكّم شكل التّصرفات القانونية؛ فيما يتّصل بالعقود التّي تنطوي على عنصر أجنبي، من خلال ضابط إسناد بدلي يرشّح قانون الموضوع - قانون الإرادة- أو قانون محل إبرام العقد. وفي هذا المقام نجد أحكام محكمة النّقض الفرنسية قد التّزمت بتطبيق قانون محل الابرام على شكل التّصرفات القانونية، في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الذي يحكم شكل العقد[4].

ثالثا: الآثار المترتّبة على خضوع العقد المُبرّم عن طريق الأنترنت لقانون الإرادة: يترتّب على تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية جملة من النتائج يمكن حصرها في:

1/السّماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في عقود التجارة الإلكترونية: يرى فقه قانون التجارة الإلكترونية الغالب أنّه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين، من أن يُخضعوا كل جانب من جوانب العقد لقانون معيّن، فيصّح أن يتّفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه، وإخضاع تنفيذه لقانون محل التّنفيذ.

فهذا الرأي يقضي بتجزئة العقد وتعدّد القوانين الواجبة التّطبيق على موضوعه؛ سواءً فيما يتعلّق

(1) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص396.

(2) المادة 01/02 من اتفاقية لاهاي 1955 الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية.

(3) حسين عباس حسين، " دور قانون الإرادة و قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ،ع 02، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، السنة 08، 2016، ص 236.

(4) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص268.

بتكوينه أو بآثاره.[1]

2/ رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الإلكترونية: يرى أغلب الفقهاء رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، لأنّ الأخذ بها سيؤدي إلى الإخلال بتوقّعات الأفراد، واضطراب معاملاتهم عبر شبكة الأنترنت، من منطلق أنّ اتفاق الأطراف على اختيار تطبيق قانون دولة معيّنة، معناه إسناد العقد للقواعد الموضوعية التّي يتضمّنها هذا القانون، فمضمون هذه القواعد هو أساس وغاية اختيارهم، وقبول فكرة الإحالة يؤدي إلى خضوع العقد لقانون لم يكن مُتوقّعًا لديهم[2].

وفي هذا الإطار فإنّ رفض فكرة الإحالة أخذت به غالبية التّشريعات، ومنها القانون المدني العراقي، والذي قضى بأنّه إذا تقرّر أنّ قانونا أجنبيًا هو الواجب التّطبيق، فما يطبّق منه أحكامه الموضوعية دون تلك التّي تتعلّق بالقانون الدولي الخاص[3]. وهو ما سار عليه المشرّع الجزائري بمقتّضى نصوص القانون المدني؛ بموجب أحكام المادة 23 مكرر01 فقرة أولى ق.م. ج.[4]

3/ حرية المتّعاقدين في تجزئة العقد الإلكتروني: إنّ فكرة قابلية العقد للتّجزئة من المسائل التّي طُرحت بشدّة في مجال القانون الدولي الخاص، سواءً كان موضع التّجزئة؛ المركز أو العلاقة القانونية محل الإسناد، مثل الرّابطة العقدية التّي يُثار بشأنها النّزاع، وهي تجزئة يقوم بها عادة المشرّع بأن يقسّم العقد إلى عدّة أفكار مُسنّدة، أو كان موضوعها القانون الواجب التّطبيق على هذا المركز أو العلاقة، وهو ما قد تسعى إليه إرادة المتّعاقدين عند اختيارها لأكثر من قانون لحكم العقد[5].

وعلاوة على ذلك يمكن أنّ تتّم التّجزئة من قِبل القاضي، عندما يرى ذلك ضروريًا لإخراج بعض المسائل، من نطاق تطبيق القانون المُختار؛ ليُخضعّها لقواعد البوليس أو لقواعد ترتّبط مع العقد برابطة وثيقة.[6]

وعليه يرى الفقه أن ليس ثمّة ما يمنع المتعاقدين، من اختيار أكثر من قانون لحكم الرّابطة العقدية، فيمكّنهما الاتفاق على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه، وإخضاع تنفيذه لقانون الدولة

---

(1) قارة سليمان محمد خليد، مرجع سابق، ص59.

(2) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص340- 341.

(3) أنظر المادة 01/31 ق. م. عراقي.

(4) تنّص المادة 23 مكرر01 ف 01 من قانون 10/05، على أنّه:" إذا تقرّر أنّ قانونا أجنبيا هو الواجب التّطبيق، فلا تطبّق منه إلاّ أحكامه الداخلية دون تلك الخاصّة بتنازع القوانين من حيث المكان."

(5) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص333.

(6) بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص378.

الواجب التّنفيذ فيها، فإذا تعدّد محل التّنفيذ فلهم الحق في إخضاع كل التزام لقانون المحل المُتّفق على تنفيذه فيه[1].

وتجدر الإشارة أنّ المشرّع الجزائري لم ينتّبه في نص المادة 18 ق.م. ج إلى مسألة إمكانية الرّجوع إلى قوانين مختلّفة، لتنظيم الشّروط الموضوعية للعقد من قبل المتّعاقدان، رغم أنّه ذكر في المادة 19 ق. م.ج :" تخضع التّصرفات القانونية في جانبها الشّكلي لقانون المكان الذي تمّت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترّك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترّك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية." [2]

ما يُفهم من نص المادة 18 من ق.م. ج[3] أنّه يمكن للمتعاقدين إخضاع القواعد الموضوعية لقانون يختارانه، وقد يكون هذا القانون غير تابع لدولة إبرام العقد، وقد تلاها المشرّع بالمادة 19 ق.م. ج. التّي تُخضّع الشّروط الشّكلية لقانون بلد الإبرام كقاعدة عامة، وبذلك تتحقّق تجزئة العقد في بعض الحالات[4]، فالضّابط في جواز التّجزئة هو أن يكون بين القوانين المُختارة انسجام؛ بحيث لا يؤدي تطبيقها على العقد إلى الوقوع في تعارض، سواءً تعلّق الأمر بعقود إلكترونية أم تقليدية.[5]

4/ عدم لزوم تحقّق الصّلة بين القانون المُختار والعقد: اختّلف فقه القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توافر صّلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتّعاقدين، وعقد البيع الإلكتروني الذي سيخضّع لأحكام القانون المُختار، كما اختّلفوا أيضا حول المقصود بتلك الرّابطة، التّي يتعيّن أن تتوافر بين قانون الإرادة وعقد البيع الإلكتروني، وما إذا كان يتعيّن أن تكون هذه الرّابطة ذات طابع مادي أم شّخصي، أم أنّه يكفي أن تكون هناك مصلحة مشروعة في تطبيق القانون المُختار، حتّى تتوافر تلك الصّلة، ونتيجة ذلك ظهرت ثلاثة اتجاهات:[6]

---

(1) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص ص397- 398.

(2) المادة 19 من قانون 10/05، السّالف الذكر.

(3) وقد تبنّت العديد من الاتفاقيات الدولية فكرة تجزئة العقد، منها اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقدية (م01/03) ، اتفاقية مكسيكو لعام 1994 أشارت إلى الحق (م 07) ، كما أقرّت العديد من التّشريعات المقارنة هذه الفكرة منها: القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986(م 01/27) والقانون الروسي الصّادر عام 2001 (م 04/121). للمزيد من التفصيل راجع: موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص398.

(4) بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص378.

(5) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص336.

(6) قارة سليمان محمد خليد، مرجع سابق، ص59.

أ/ الاتجاه الأول: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تقييد سلطان إرادة المتّعاقدين في اختيار القانون، باستلزام وجود صلّة حقيقية بين القانون المُختار والعقد، بحيث ينصّب اختيار المتّعاقدين على أحد القوانين، التّي تتزاحم حكم عقد البيع الإلكتروني، ولا يهمّ بعد ذلك أن ينصب الاختيار على قانون الأوثق صلّة بالرّابطة العقدية، على أساس أنّه يشكّل مركز الثّقل في هذه الرّابطة[1].

ب/ الاتجاه الثّاني: أنصاره تركوا الحرية للأطراف في اختيار قانون العقد، فهو يجيز لأطراف العقد اختيار القانون الذي يرتضونه لحكم العقد، حتّى وإن كان القانون المعيّن من قِبلهم ليس له أدنى صلّة بعقد البيع الإلكتروني، ويُلاحظ أنّ أنصار هذا الاتجاه اشترّطوا في هذا الاختيار؛ ألاّ يكون مشُوبًا بالغشّ نحو القانون.[2]

ج/ الاتجاه الثّالث: هو اتجاه وسط بين الاتجاهين السّابقين، فهو لا يقيّد حرية المتّعاقدين في اختيار قانون العقد؛ كما يذهب أنصار الاتجاه الأول، كما أنّه لا يقرّ للمتعاقدين بالحرية المطلقة في اختيار قانون العقد؛ كما يذهب إلى ذلك أنصار الاتجاه الثّاني، فهو يستلّزم وجود صلّة ما بين القانون المُختار والعقد، ولكنّه لا يتطلّب أن تكون هذه الصلّة شخصية كجنسيّة أطراف العقد، أو مادية كقانون محل الابرام أو التّنفيذ، فيكفي أن تكون هذه الصلّة نابعة من حاجات المعاملات والتّجارة الدّولية.[3]

ومن هذا المنطلق، فإنّ عقود التجارة الإلكترونية يمكن إعمال فيها الرأي القائل بإطلاق حرية المتّعاقدين في اختيار القانون المُطبّق على رابطتهم العقدية، بشرط عدم التّعارض بينه وبين النّظام العام، وألاّ تكون لهم نيّة الغشّ نحو القانون[4].

رابعا: صعوبات تطبيق قواعد الإسناد الشّخصي على عقود التجارة الإلكترونية: ذهب جانب من الفقه المُؤيّد لتطبيق منهج التّنازع على عقود التجارة الإلكترونية، إلى القول أنّه ليس ثمّة صعّوبة عمليّة يطرحها إعمال منهج التّنازع على عقود التجارة الإلكترونية، عندما تكون إرادة الأطراف صرّيحة في اختيار قانون العقد، إنّما تظهر المصاعب حينما تكون الإرادة ضمنية؛ حيث يصعب تحديد اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون معيّن يحكم العقد، وإذا كان تطبيق منهج التّنازع يثير صعّوبات عندما تكون الإرادة ضمنية، لكن في ذات الوقت هذه الصّعوبات لا تنتّفي تمامًا؛ حينما تكون الإرادة صرّيحة في

(1) قارة سليمان محمد خليد، مرجع سابق، ص59.

(2) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص278.

(3) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص401.

(4) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص340.

تحديد قانون العقد.[1]

1/ صعوبات تطبيق الاختيار الصّريح: إنّ اختيار الطّرفين المتعاقدين لقانون معيّن بشكل صّريح لحكم علاقتهما القانونية، لا يحلّ دائمًا الإشكال بالنسبة لعقود التّجارة الإلكترونية، بل تبقى ثمّة صعوبات حتّى في ظلّ وجود الإرادة الصّريحة، هذه الصّعوبات قد تظهر عند اختيار قانون العقد أو بعده.[2]

أ/ الصّعوبات القانونية المُعاصِّرة لاختيار قانون العقد: إنّ إثبات اتجاه إرادة المتعاقدين لتطبيق قانون معيّن، وإثبات أنّ التّصرف صادر عن الشّخص الحقيقي، ليس بالأمر السّهل في مجال التّعاقد عن طريق الأنترنت[3].

أ1/ صعوبات تحديد هويّة الأطراف المُتّعاقدة: يصعب التّحقق من هوية الأشخاص المتعاملين عبر شبكة الأنترنت، لخصوصية إبرام عقود التّجارة الإلكترونية داخل هذا الفضاء اللاّمادي، ويعدّ القيام بعملية التّأكد من هوية المتّعاقد أمر سهل في العقود العادية، أمّا بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية فإنّ هذه العلمية تتّم عن بُعد، مع أشخاص طبيعية أو مع أشخاص معنوية بعيدة عن الطّرف الآخر، وبالتّالي فإنّ هذا النّوع من التّأكد والتّثبت يكون عسيرًا [4]، حيث أنّ الطّرف قد لا يعرف هويّة الطّرف الآخر الذي يرغب في التّعاقد معه، وأهليته القانونية ولا عن الدولة التّي ينتّمي لها، خاصّة إذا كانت العناوين الإلكترونية يُشار في المقطع الأخير منها بـــ"Com" أو "Org" [5].

وتفسيرًا لذلك، فبالنسبة للمستهلك فإنّ تحديد هوية الطّرف الآخر(المُورّد)، يمكّنه من التّعرف على القانون الواجب التّطبيق على العقد، فغالبًا ما يكون قانون هذا الأخير، أمّا التّاجر فيحرص على هوية الطرف الآخر الذي تُقدَّم له الخدمة، حتىّ يتأكّد من أهلية الطّرف المتّعاقد معه، فهناك بعض المنتّجات والخدمات تُقدَّم لأشخاص دون سواهم، الأمر الذي يُوجب على التّاجر من التّحقق من هوية المستهلك.

(1) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص350.

(2) بدر شنوف، عبد الغني بوشول ،عبد الرؤوف شنوف، " إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - عقود التجارة الإلكترونية نموذجا- " ، ملتقى دولي حول الاتجاهات الحديثة للتّجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، جامعة الشّهيد لخضر حمّه، الوادي، الجزائر، الفترة من 2 إلى 3 ديسمبر 2019، ص163.

(3) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص351.

(4) حابت أمال، مرجع سابق، ص ص493- 494.

(5) نجلاء عبد حسن، مرجع سابق، ص522.

وتنطوي وجهة النّظر هاته، في أنّ المشكّلة التّي يواجهها المتّعاقدان في التّعاقد عن طريق الأنترنت هي الأهلية، إذ تتحدّد هذه الأخيرة وفقا للقانون الشّخصي لأطراف العلاقة العقدية، وهذا القانون يختّلف من بلد لآخر ممّا يصعب معه التّحقق من الأهلية[1]، وتجدر الإشارة أنّ المشرّع الجزائري أشار للقانون الواجب التّطبيق على الأهلية في المادة 10 ف01 ق. م. ج [2].

وفي واقع الأمر تكمّن المشكّلة في التّعاقد الإلكتروني، في الطّريقة التّي يستّطيع المتعاقد بموجبها، التّأكد من أنّ الطرف الآخر في العقد هو شخص كامل الأهلية، وأنّ جميع الشّروط المُتّفق عليها بما فيها شرط الاختصاص التّشريعي صحيحة، خاصّة في ظلّ غياب نصوص قانونية؛ تُلزّم المتّعاملين في مجال التّجارة الإلكترونية بتحديد هويّتهم وأهليّتهم.[3]

أ2/ صعوبة التّحقق من وجود إرادة التّعاقد: إنّ التّعاقد العادي يكون بين أطراف العقد الذين يتحقّقون من شخصية وهويات بعضهم البعض، في حين يستّطيع الطّرفان في العقود المُبرمة عن طريق الأنترنت، التحقّق والتّأكد من إرادة كل منهما عن طريق الإيجاب والقبول بالرسائل الإلكترونية مثلاً.

ولكن المشكّلة تثور حين يتّم التّعبير عن تلك الإرادة دون تدخّل إنساني مباشر، عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلاً، أي عندما يقوم الحاسب المُبرمّج ببثّ رسائل مشوبة بالخطأ، بشكل يستّحيل توقّعه من جانب الشّخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه، ممّا يثير التّساؤل عن الآثار القانونية المُترتّبة على الخطأ في التّعاقد الإلكتروني، وعمّا إذا كان يتحمّلها الحاسوب أم الشّخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه، وكذلك إن بُثّت تلك الرسائل بدون إرادة صاحب العلاقة، وإنّما عن طريق طرف آخر، تدخّل وتلاعب في مضمون الرّسائل الإلكترونية[4].

ب/ الصّعوبات القانونية اللاّحقة على اختيار قانون العقد: هناك مشكلتان رئيسيتان يمكن توقّعهما عقب اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التّطبيق على العقد، **الأولى**: تتمثّل في صعوبة إثبات اتفاق الأطراف على اختيار قانون معيّن يحكم العقد، أمّا **الثّانية**: فتدور حول اختيار الأطراف لقانون معيّن لا ينظّم

(1) يوسفي نور الدين، بروك إلياس، " تطبيق منهج قاعدة التّنازع الدّولية على عقود التّجارة الإلكترونية "، مجلة المفكر، ع 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، فيفري 2016، ص254.

(2) المادة 10 ف01 من قانون 10/05، تنّص على أنّه: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التّي ينتمون إليها بجنسيّتهم."

(3) نعيمي فوزي، بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص79.

(4) محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق: دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص73.

المعاملات الإلكترونية.[1]

ب1/ صعوبة التّحقق من جدّية التّعاقد وإثباته: من خصائص العقد الإلكتروني غياب الوثيقة الوّرقية، والذي يستتّبعه عدم إمكانية الطرف المكتّسب للحق إثباته، فالعقود عبر الشّبكات قد تتّم بالبريد الإلكتروني والمحادثة والمواقع الإلكترونية[2]، فلم يعد هناك إمكانية للإثبات بالمحرّرات الورقية، التّي تحمّل توقيعًا بخط اليدّ أو بصمة أو ختما، الأمر الذي سيترتّب عنه وجود صعوبات حقيقية تتعلّق بقواعد الإثبات التّقليدية، عند محاولة تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية، وتتمثّل هذه الصّعوبات في: [3]

- **اختلاف النّظم القانونية في تقدير أدلّة الإثبات:** يُلاحظ أنّه توجد بلدان تتبنّى قواعد إثبات مرنة نسبيًا، حيث لا تضع طرقًا محدّدة للإثبات تُقيّد بها القاضي والخصوم، وهناك بلدان أخرى تعتّمد منهجًا صارمًا وتضع طرقا للإثبات، تُشكّل عقبة تعتّرض تطوير تبادل البيانات إلكترونيا. لذلك أوصّت لجنة الاتحادات الأوربية حكوماتها بإعادة النّظر في القواعد القانونية، التّي تعوق استخدام السّجلات الإلكترونية كأداة إثبات، بغية تفادي ما يحول دون قبولها أمام القضاء[4].
- **اختلاف النّظم القانونية في السّماح أو عدم السّماح بتعديل قواعد الإثبات المُقرّرة قانونًا:** بموجب اتفاقات خاصّة ما بين الأطراف المُتعاقدة، حيث قد يتّفقون على قبول الرّسائل الإلكترونية كدليل إثبات، وإعطائها ذات القيمة الثّبوتية المُعطاة للأدلة التقليدية[5]، فيُفاجئون بأنّ طبيعة قواعد الإثبات في القانون المُختار هي قواعد مُلزمة، لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، وبالتّالي تصبح تلك الاتفاقات التّعاقدية لا قيمة لها، ولا يمكن التّعويل عليها في حالة النّزاع بينهما.[6]

ب2/ صعوبة عدم ملاءمة القانون المُختار لحكم العمليات الإلكترونية: تثور المشكلة في اتفاق طرفي العقد الإلكتروني على قانون دولة لا تعتّرف أصلاً بصلاحية العقود، التّي تعتّمد على الكتابة الإلكترونية والتّوقيعات الرّقمية، ففي هذه الحالة تظل الكتابة اليدوية والتّوقيعات الخطّية هي المُعتّمدة قانونًا.[7]

---

(1) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص356.

(2) حابت أمال، مرجع سابق، ص497.

(3) بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، مرجع سابق، ص164.

(4) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص358 - 359.

(5) بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، مرجع سابق، ص165.

(6) يوسفي نورالدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص255.

(7) نجلاء عبد حسن، مرجع سابق، ص523.

2/ صعوبات تطبيق الاختيار الضّمني: قد يتّفق الطرفان المتعاقدان على اختيار قانون معيّن صرّاحة لحكم العقد القائم بينهما، لكن في كثير من الأحيان لا يُفصّح المتعاقدان عن رغبتهما في اختيار ذلك القانون؛ إمّا عمدًا أو إهمالاً، ومن ثمّ تُطرح مسألة البحث عن قانون الإرادة الضّمنية للطرفين المتعاقدين، والتّي ستصطّدم بعقبة اختلاف النّظم القانونية في مدى الاعتداد بالإرادة الضّمنية، لتّحديد القانون الواجب التّطبيق، وكذلك صعوبات الاعتماد على مؤشّرات تحديدها في مجال العقود الإلكترونية[1]، فضلاً عن ذلك قد ترجع الصّعوبة في تفسير اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تحديد قانون معيّن، يحكم معاملاتهم في مجال عقود التجارة الإلكترونية إلى:

أ/ صعوبة القول بتّطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الإلكترونية الأخرى المرتّبطة به، لأنّ مسألة الارتباط المُشار إليها نادرة الحدوث على الشّبكة، فالغالب في مجال المعاملات التّي تتّم عبر الأنترنت هو استقلال الرّوابط القانونية، لاسيما وأنّ المتعاقدين لا يعرفون بعضهم في الغالب، ولا يوجد دليل مادي على وجودهم الحقيقي.[2]

ب/ صعوبة الاعتماد على العملة التّي يتّم الوفاء بها: بعد أن أصبح مقابل الخدمة يُؤدى بطريقة آلية، عن طريق تحويل النقود إلكترونيا أو بواسطة بطاقة الوفاء، وبالتّالي يستّطيع الشّخص أن يسدّد بأي عملة وفي أي وقت[3].

ج/ صعوبة الاستناد إلى قانون الموطن المشترّك أو الجنسيّة المشترّكة للمتعاقدين، لأنّ هذه الضّوابط تؤدي إلى توطين وتركيز الرّابطة العقدية مكانيًا، كما أنّ توطين العقد وفقا لهذه المعايير التّقليدية في العالم الافتراضي لن يكون أمرًا سهلاً، بل ربّما يكون الموطن افتراضيًا أيضا كالعالم الإلكتروني ذاته.[4]

د/ صعوبة الاعتماد على مؤشّر اللّغة التّي حرّر بها العقد الإلكتروني، في تفسير تلك الإرادة الذي أصبح غير مجديًا، خاصّة بعد أن أصبحت اللّغة الرّسمية في مجال التّعاقد الإلكتروني هي اللّغة الإنجليزية، وفي حالة استخدام لغة أخرى غير اللّغة الإنجليزية، فإنّها تُترجّم بطريقة آلية إلى اللّغة الإنجليزية، بواسطة برامج موجودة على الحاسّب الآلي[5].

---

(1) بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، مرجع سابق، ص165.

(2) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص365.

(3) نجلاء عبد حسن، مرجع سابق، ص523.

(4) يوسفي نورالدين ، بروك إلياس، مرجع سابق، ص257.

(5) بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص387.

و/ صعوبة القول بأنّ إرادة الأطراف قد اتّجهت نحو قانون الدولة التّي توجد بها المحكمة الناظرة في النّزاع، لأنّه لا تلازم بين الاختصاصين القانوني والقضائي، ولأنّ تلك المحكمة قد يكون موقعها موجودًا على شبكة الأنترنت، من خلال موقع أو عنوان إلكتروني لا ينتّمي إلى دولة بعيّنها[1].

خامسا: مدى خضوع عقود الاستهلاك الإلكتروني لقانون الإرادة: يُقصّد بعقود المستّهلك تلك التّي يكون محلّها أداء استهلاكي عادي، مُخصّص للاستهلاك الشّخصي أو العائلي لأحد المتعاقدين، وباعتبار المهنّي الطّرف القوّي يسعى عادة إلى فرض شروطه على المستهلك، أو كأن يقوم المهنّي باختيار قانون لا يوفّر أية حماية للمستهلك. وأمام ذلك لابد من توفير الحماية اللاّزمة للمستّهلك باعتباره الطّرف الضّعيف في العقد[2].

ومن المبادئ المُستّقرّة في القانون الدولي الخاص للنّظم القانونية أو التّشريعات[3]، اختيار القانون الذي يحكّم العقد الدولي، إلاّ أنّ الأخذ بهذا المبدأ في عقود الاستهلاك الإلكترونية؛ قد يسمح للمهني بفرض شروط مُجحّفة؛ فيما يتعلّق بشرط الاختصاص التّشريعي، ليستّبعد بذلك القوانين التّي تتضمّن قواعد حمائية للمستّهلك[4].

وفي هذا الإطار هناك من التّشريعات منها العربية، لم تميّز بين عقود الاستهلاك وغيرها من العقود الدّولية، فيما يتعلّق بالقانون الواجب التّطبيق، غير أنّ البعض الآخر منها؛ ميّزت بين عقود الاستهلاك والعقود الدولية الأخرى، فيما إذا كان المستهلك إيجابيًا أم سلبيًا، حيث أنّها قرّرت حماية خاصّة للمستّهلك السّلبي، في العقود التّي يكون طرفًا فيها، فيما يتعلّق بالقانون الواجب التطبيق[5].

وانطلاقا ممّا سلف، عمدت التّشريعات الحديثة والاتفاقيات الدولية، إلى إفراد أحكام خاصّة بحماية المستّهلك، وذلك من خلال تقييد مبدأ قانون الإرادة بهدف حماية المستّهلك.[6]

---

(1) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص365.

(2) أمين دواس، مرجع سابق، ص ص2551- 2552.

(3) وقد استّبعد الأستاذ "باتيفول" فكرة الخضوع الاختياري أساسا لعقد الاختصاص لقانون مقر العلاقة، وخوّل القاضي سلطة تجاهل الاختيار الصّريح للمتعاقدين، وتركيز العلاقة التّعاقدية في إطار نظام قانوني معيّن يعتبر الأنسب لحكمها، ويعبّر عن توافر ارتباط وثيق بينه و بين العلاقة العقدية. راجع: أحمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص452.

(4) أبو العلا علي أبو العلا النمر،" انعكاسات الطابع الدولي للحماية القانونية في مجال التجارة الإلكترونية "، بحث مقدّم للدورة التدريبية التّي نظمها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ، مصر، الفترة ما بين 8- 13 مارس 2003، ص14.

(5) أمين دواس، مرجع سابق، ص2552.

(6) Huet.J, «le droit applicable dans les réseaux numériques », contribution au colloque droit de l'internet, approches européennes et internationales, 19-20 novembre 2001, J.D.I. N°03, 2002, P07 : http//droit. Internet- 2001 univ- Paris 1.fr.

وإزاء خطورة مبدأ قانون الإرادة على العقود التّي تضمّ طرفا ضعيفا، واجهته انتقادات عديدة في هذا المجال، والتّي تراوحت بين من يرى ضرورة استبعاده كليًا في مجال عقود المستهلك، وبين مُؤيّد الإبقاء عليه مع تقييّده بالنّصوص الآمرة في القانون الواجب التّطبيق.[1]

1/ حماية المستهلك عن طريق الاستبعاد الكلّي لمبدأ قانون الإرادة: قرّرت بعض التّشريعات حماية المستهلك عن طريق استبعاد مبدأ سلطان الإرادة استبعادًا كليًا، ومثال ذلك: القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 الذي لم يُخضعّ عقود الاستهلاك لقانون الإرادة، وإنّما أخضعها لقانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك وذلك في الحالات التّالية:

أ- إذا كان المُورّد قد تلقى الطّلب في هذه الدولة.

ب- إذا كان إبرام العقد في تلك الدّولة قد سبقه عرض أو دعاية، وقام فيها المستهلك بالأعمال الضّرورية لإبرام العقد.

ت- أو كان المستّهلك قد حثّه المُورِّد على الذهاب إلى دولة أجنبية، يُتِّم فيها طلبه[2].

وفي هذا المقام وجدت هذه الفكرة- فكرة تعطيل قانون الإرادة-، صداها في بعض الأحكام القضائية في اسكتلندا، مثل حكم "English V.Donelly" الصّادر في 1958، والذي يتعلّق بصّحة عقد بيع سيارة بالتّقسيط بين شركة انجليزية وشركة اسكتلندية، حيث تفاوض الأطراف بشأن هذا العقد في اسكتلندا وقبله المشتّري في انجلترا، واتّفقت الأطراف على خضوع العقد للقانون الإنجليزي، ورغم وجود هذا الشّرط طبّقت المحكمة الاسكتلندية القانون الاسكتلندي، المتعلّق بالبيع بالتّقسيط والصّادر عام 1932، لتضمُّنِه نصوص آمرة بشأن صّحة العقد، يجب تطبيقها على العقود التّي تدخل في مجال سريانه، فضلاً عن أنّ هذا القانون يهدف إلى حماية المشتّري- المستهلك- عند إبرام عقود لا يعلمها جيدًا[3].

وفضلاً عن ذلك طبّقت المحكمة العليا الأسترالية نفس المبدأ في حكم صادر لها عام 1952، بشأن عقد بيع ايجاري تمّ إبرامه بين مشتري متوطّن بأستراليا، وبائع توجد مؤسّسته التّجارية في فيكتوريا بالولايات المتّحدة الأمريكية، وبالرّغم من احتواء العقد على شرط يقضي باعتبار قانون فيكتوريا هو الواجب التّطبيق على العقد، استنادًا للنّصوص الحمائية للمشتري في القانون الأسترالي،

(1) شبة سفيان، مرجع سابق، ص228.

(2) المادة 01/120 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987.

(3) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص411.

وهو ما دعا المحكمة إلى استبعاد قانون فيكتوريا كليًا[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ القانون الأمريكي الموحّد للمعاملات الحاسوبية[2] نصّ على أنّه:

1- تخضع العقود التّي يتّم تسليم المبيع فيها من خلال شبكة الأنترنت، إلى قانون المكان الذي يقع فيه موطن المورّد (المزوّد) عند إبرام العقد.

2- تخضع عقود الاستهلاك التّي تتطلّب تسليم المبيع ماديّا، لقانون المكان الذي تمّ فيه التّنفيذ (التّسليم للمستّهلك)[3].

وناهيك عن ذلك نجد أنّ القانون الفرنسي في المادة L 135-1 من قانون الاستهلاك، نصّ على استبعاد تطبيق قانون العقد، إذا كان هذا القانون راجع لدولة خارج الاتحاد الأوربي، وكان فيه مخالفة للأحكام الحمائية الواردة في قانون الاستهلاك، وخصوصًا إذا خالف نصّ المادة L 132 -1، وعليه فالقانون الفرنسي بهذا النص جاء موافقا لتوجيهات الاتحاد الأوربي[4]. إلاّ أنّه على الرّغم من أنّ فكرة استبعاد قانون الإرادة في مجال العقود المُبرمة بواسطة المستّهلكين، هدفها حماية المستّهلك في العقود الدولية، إلاّ أنّها لم تفلت من النّقد الذي بُني على **إعتبارات** منها:

- **تعطيل مبدأ سلطان الإرادة، من شأنه الإضرار بمصالح التّجارة الدّولية:** إذا كان تعطيل مبدأ سلطان الإرادة، قد يجد تفسيرا له في مجالات علاقات العمل في القانون الدولي الخاص، وبدرجة أقل في قانون العلاقات الدولية للاستهلاك، فإنّه لا يمكن إطلاقًا تبرير تقييد الحرّية التّعاقدية فيما يتعلّق بالمعاملات التّجارية، مع ما يترتّب على ذلك من الإخلال بالأمان القانوني في مجال هذه المعاملات، وتهديد نموّها وتطوّرها.[5]
- **لا يمكن الجزم بأنّ القانون المُختار، يكون دائمًا ضّارًا بالمستّهلك:** فقد يكون الاستبعاد الكلي لقانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التّطبيق، متعارّض مع مصلحة المستّهلك؛ الذي قد يجد في القانون المُختار حماية أكبر، من الحماية الموجودة في قانون محل إقامته المُعتادة[6].

---

(1) شبة سفيان، مرجع سابق، ص229.

(2) كذلك نصّ القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1978 في المادة 04 منه، على عدم الاعتداد بالقانون المُختار من الأطراف، إذا كان ضارًا بالمستّهلك.

(3) المادة 19/ب من القانون الأمريكي المُوحّد للمعاملات الحاسوبية.

(4) شبة سفيان، مرجع سابق، ص ص230- 231.

(5) أحمد شهاب أزغيب، مرجع سابق، ص ص453- 454.

(6) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص364.

وعليه ومن أجل تحقيق حماية فعّالة للمستّهلك، عمومًا في العقود التجارية الإلكترونية، لابدّ من التّفكير في مناهج جديدة لحلّ إشكالية تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، كما يمكن القول أنّ استبعاد قانون الإرادة يمكن أن يطبّق أيضًا، كلّما كان القانون المُختار يخالف النّظام العام، أو يهدف إلى التّحايل على القانون.[1]

2/ تقييد قانون الإرادة لحماية المستهلك: في حين ذهب اتجاه آخر إلى تقييد مبدأ قانون الإرادة، في مجال العقود الاستهلاكية حمايةً للمستهلك، إذ أنّ عدم مُلاءمة ضابط الإرادة كضابط إسناد رئيس، في حماية الطرف الضّعيف في العقد الدولي؛ لا يعني تعطيل دور هذا الضّابط في تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك، إذا كان تطبيقه ولو بصفة احتياطية يحقّق النّتيجة المأمولة، وذلك لوجود قواعد آمرة في القانون الدّاخلي لحماية المستّهلك، لا يمكن استبعادها بمقتضى قانون الإرادة[2].

وفي هذا المقام قرّرت تشريعات مثل التّنظيم الأوربي رقم 2008/593 [3]، أنّ اختيار الطّرفين للقانون الواجب التّطبيق على عقود المستهلك جائز من حيث المبدأ؛ شريطة أن لا يستّتبع ذلك حرمان المستهلك من الحماية، التّي توفّرها له الأحكام الآمرة في القانون الذي كان سيُطبّق لولا هذا الاختيار:

- إذا كان إبرام العقد قد سبقه في دولة محل الإقامة عرض خاص أو إعلان، وكان المستهلك قد قام في تلك الدولة بالأعمال الضّرورية لإبرام العقد.
- أو إذا كان المتّعاقد الآخر أو ممثّله قد تلقى طلب المستهلك في الدولة المذكورة، أو كان العقد يتعلّق ببيع بضائع، وذهب المستهلك إلى دولة أجنبية وأتمّ فيها الطلب، طالما كانت الرّحلة قد نظّمها البائع، من أجل إغراء المستهلك بإبرام العقد.[4]

ويُلاحظ أنّ المادة 06 من توجيه 2008/593 /CE[5] المذكور أعلاه، تضمّنت شروطًا يمكن

---

(1) أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص400.

(2) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص413.

(3) التنظيم رقم 2008/593/ CE للبرلمان والمجلس الأوربي، الصّادر في 2008/06/17 والمتعلّق بالقانون الواجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقدية، والمعروف بـــ"روما01". راجع ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص367.

(4) المادة 06 من التنظيم الأوربي. أنظر أمين داوس، مرجع سابق، ص2552. ومن التّشريعات التّي نهجت نفس النّهج نذكر منها: القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1978 في المادة 04 منه، والتّي أشارت إلى عدم الاعتداد بالقانون المُختار من الأطراف إذا كان ضارًا بالمستهلك، كما أشارت المادة 02/187 من التقنين الأمريكي الأهلي لذلك. راجع : موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص416.

(5) أثار تطبيق أحكام المادة 02/05 من اتفاقية روما لسنة 1980، والمتعلّقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التّعاقدية، عدّة صعوبات، مما جعل دول المجموعة الأوربية تعمل على تعديل هذه الشّروط، بموجب التّنظيم الأوربي رقم CE/2008/593، (وهذا ما تضمنته المادة 06 منه). للتفصيل أكثر راجع : ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص367.

تطبيقها إلى حدّ ما على عقود التجارة الإلكترونية، والتّي قضت بأنّه:

"1/ ودون المساس بالمادتين 5 و7، العقد المُبرّم من طرف شخص طبيعي (مستهلك) بغرض يمكن اعتباره خارج مهنّته أو تجارته، مع شخص آخر(مهني) يتصرّف في مجال نشاطه المهني، يحكمه قانون بلد محل الإقامة المُعتاد للمستهلك بشرط أن يكون المهني:

أ- يُمارس مهنّته في البلد الذي يوجد به محل الإقامة المُعتاد للمستهلك، أو

ب- يُسيِّر بأي وسيلة كانت نشاطه في هذا البلد، أو في مجموعة من البلدان من ضمنها هذا البلد.

2/ وعلى الرّغم من أحكام الفقرة01، يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التّطبيق على عقد يستّجيب لشروط الفقرة 01 طبقا للمادة 03، على أن لا ينتّج عن هذا الاختيار حرمان المستهلك من الحماية التّي تضمّنها له الأحكام، التّي لا يمكن الاتفاق على استبعادها في القانون الذي كان من المفروض أن يُطبّق." [1]

ممّا لا شك فيه أنّ ما يتعلّق بصعوبة تطابق العقد المُبرم، مع الأحكام الآمرة في كافة الأنظمة القانونية، سوف تحفّز المهنّي بأن يجعل العقد الذي تمّ إبرامه، محتّويًا على أكبر قدرٍ من الحماية للمستهلك، ومن ثمّ لن تكون هناك حاجة تستّدعي الرجوع إلى قانون محل إقامة المستهلك. ومن جهة أخرى فإنّ اتفاقية الأمم المتّحدة المتعلّقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في الخطابات الدولية لعام 2005، قد أتاحت في المادة 02/20 منها إمكانية تطبيق المعاهدات، من ضمنها معاهدة روما لعام 1980 على الخطابات الإلكترونية، ومن بينها العقود التّجارية المُبرمة عبر الأنترنت، وذلك بالنسبة للدول المُوقِّعة على هذه الاتفاقية، وكذا اتفاقية الأمم المتّحدة لعام 2005.

ونتيجة ذلك يلتّزم المُورّد الإلكتروني وفقا لاتفاقية روما، بمراعاة القوانين والقواعد الآمرة في قانونه، وكذا قانون المستهلك الوطني؛ من أجل توفير حماية أكبر للمستهلك.[2]

وفي واقع الأمر، لا يكون على الدّوام استبعاد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التّطبيق، مُستوحى من الرّغبة في حماية الطّرف الضّعيف، وإنّما قد ينطوي على غرض غير حماية المتّعاقد الضّعيف، كما قد يكون الهدف من تجنّب استخدام الأطراف لمبدأ سلطان الإرادة، كوسيلة لإفلات عقدهم من الخضوع لأي قانون، ولهذه الأسباب لابدّ من ترك المجال لقانون الإرادة، ليحكّم

(1) المادة 06 من التنظيم الأوربي رقم CE/2008/593. أنظر: ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص ص367- 368.

(2) محمد أحمد سيف بن غازي، التنظيم القانوني للعقود التجارية المبرمة عبر الأنترنت " دراسة مقارنة "، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون ، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2010-2011، ص 208.

العقود التّي يكون أحد أطرافها مستهلكا، مع تقييد هذا القانون بالأحكام الآمرة في قانون القاضي؛ والتّي توفّر حماية أكثر للمستهلك[1].

الفرع الثاني:

تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية

عند غياب الإرادة الصّريحة أو الضّمنية للأطراف حول اختيار القانون الواجب التّطبيق، على الرّابطة العقدية الإلكترونية المتّصفة بالطابع الدولي، يتّجه كل من الفقه والتّشريع إلى الاعتماد على الإرادة المفتّرضة للمتعاقدين، والتّي يُقصّد بها افتراض انصراف إرادة الأطراف إلى قانون معيّن ليحكم العقد المُبرم بينهما[2]. وإذا تعذّر تبيّن واستنتاج إرادة المتعاقدين الضّمنية في هذا الشّأن، فإنّه لا يجوز للقاضي أن يمتّنع عن الفصّل في النّزاع المعروض عليه، وإلاّ عُدّ مرتكبًا لجريمة إنكار العدالة[3]. وبالتالي في حالة عدم إعمال الإسناد الشّخصي، يتّم اللّجوء إلى حالة الإسناد الموضوعي لتّحديد القانون الواجب التّطبيق، وقواعد الإسناد الموضوعية هي عبارة عن مؤشّرات تشير إلى ارتباط العقد ارتباطا وثيقا بالقانون المحدّد[4]. ويحدّد القاضي القانون الأوثق صّلة بالرّابطة العقدية؛ إمّا بإسناد تلك الرّابطة لضوابط جامدة ومعلومة سلفًا للمتّعاقدين، كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، أو الجنسية المشتّركة أو الموطن المشتّرك للمتّعاقدين، أو بإسنادها لضوابط مرنة تُستّمد من الطبيعة الذّاتية للعقد، كضابط الأداء المميّز للعقد[5].

ويُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري، اعتّمد بموجب نص المادة 18 ق. م.ج قبل تعديلها، بضابط إسناد احتياطي واحد عند تخلّف الاتفاق، لكن بعد تعديل هذه المادة بموجب قانون 10/05، فإنّه أضاف ضوابط إسناد احتياطية أخرى، يتعيّن على القاضي الوقوف على احترامها، كما وردت مُرتّبة في نص المادة[6].

---

(1) شبة سفيان، مرجع سابق، ص 230.

(2) نعيمي فوزي، بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص76.

(3) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص510.

(4) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص369.

(5) الأيوبي محمد، مرجع سابق، ص50.

(6) أنظر كذلك نصوص المواد: م 19 ق. م. مصري، م25 ق. م. عراقي، م27 ق. م. قطري، م19 ق. م. ليبي، والمادة 13 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب.

أولا: الضّوابط الجامدة لإسناد الرّابطة العقدية: يُوصف هذا الإسناد للضّوابط بالجُمود، لأنّه يجعل من مركز الثّقل واحد في جميع العقود، وهو الموطن المشتّرك للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد، حيث يحدّد المشرّع بصفة آمرة مركز الثّقل في الرّابطة العقدية دون النّظر إلى طبيعة كل عقد على حدى، إلاّ أنّ الطبيعة الخاصّة للعقد الإلكتروني تجعله لا يرتّبط بالمتعاقدين ماديًا[1]، وفي هذا المقام نجد أنّ أكثر ضوابط الإسناد استخدامًا في التّشريعات المقارنة ولدى القضاء، كأساس للإسناد الجامد للعقود الدولية بصفة عامة، هما ضابط بلد الإبرام وضابط بلد التّنفيذ.

1/ إسناد الرّابطة العقدية لضابط قانون محل إبرام العقد: تستّند أغلب التّشريعات إلى هذا الضّابط لتعيين قانون العقد، لا سيما إذا لم يكن لهم جنسية مشتّركة؛ كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الإسباني والقانون الإيطالي[2]، أو إذا لم يكن لهم موطن مشتّرك؛ كما هو الشّأن في القانون المصري والقانون البرتغالي[3].

وتجدر الإشارة إلى أنّه من بين التّشريعات التّي نصّت كذلك على هذا الضّابط، نجد المشرّع التّونسي في المادة 62 من مجلة القانون الدولي الخاص لسنة 1997 [4]، كما أخذ المشرّع الفرنسي بمحل إبرام العقد بعد مصادقته على اتفاقية روما الصّادرة في 1980.[5]

وفي نفس الصّدد ذهب المشرّع الجزائري إلى تبني هذا الإسناد الجامد، في نص المادة 18 ق.م. ج، إذ حدّد للقاضي كيفية اختيار هذا القانون؛ باللّجوء أولاً إلى تطبيق قانون الموطن المشتّرك أو الجنسية المشتّركة للمتعاقدين، فإن تعذّر ذلك لجأ إلى قانون محل إبرام العقد، هذا ودون إشارة من المشرّع إلى محل التّنفيذ؛ كضابط إسناد للرّابطة التّعاقدية[6].

---

(1) أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المُبرمة على شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص29.

(2) المادة 25 من القانون المدني الإيطالي.

(3) المادة 42 من القانون المدني البرتغالي.

(4) أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص403.

(5) اتفاقية روما الصّادرة بتاريخ 1980/06/19 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التّعاقدية، حيث نصّت المادة 02/04 منها على تطبيق قانون مكان إبرام العقد أو قانون محل الإقامة المعتادة. للمزيد من التّفصيل راجع: أمينة أضريبينة ، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص403.

(6) إذ تنصّ المادة 18 من قانون 10/05 على أنّه:" يسري على الالتزامات التّعاقدية...
وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبّق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.
وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبّق قانون محل إبرام العقد ...."

أ/ مضمون ضابط محل إبرام العقد: إنّ قاعدة قانون محل الإبرام هي قاعدة قديمة، ترجع إلى نشأة نظرية الأحوال، استنادًا إلى أنّ الأطراف قد ارتضوا ضمناً تطبيق هذا القانون، والذي يُفهم من خضوع العقد لقانون محل إبرامه في هذا المجال هو المعنى الواسّع، الذي ينصرّف إلى أنّ العقد يخضع لقانون محل إبرامه بالكامل، بمعنى آخر أنّ الخضوع لهذا القانون يشمل شكل العقد وموضوعه، ثمّ استقرّت هذه القاعدة بعد تطوّرها على شكل العقد دون موضوعه، إذ بقي هذا المجال الأخير خاضعًا لقانون الإرادة لوحده فقط[1].

ممّا لاشك فيه، يتّم تحديد هذا الضّابط بناءً على إرادة طرفي العقد، على وجه يمكّن بسهولة التّعرف عليه، فالعلم المُسبّق بالقانون الذي يحكم العقد يحقّق الأمان القانوني المطلوب، والاعتراف بصّحة التوقيع الإلكتروني، وبصّحة التّصرفات القانونية التّي تتّم من خلال الوسائل الإلكترونية[2]، كما يضمن هذا الضّابط وحدة الحلول القانونية، التّي تطبّق على الرّابطة العقدية[3].

وفضلا عن ذلك يتحدّد ضابط مكان إبرام العقد في ظلّ التّعاقد الإلكتروني، إمّا بمكان إرسال رسالة البيانات أو مكان استلامها، إلاّ أنّ تحديد ذلك المكان يبدو على درجة كبيرة من الصّعوبة، لأنّ بروتوكولات نقل رسالة البيانات بين نظم المعلومات المختّلفة، عادة تسجّل اللّحظة التّي تكون فيها رسالة البيانات مقروءة من جانب المُرسَّل إليه، إلاّ أنّها لا تشير إلى الموقّع الجغرافي لنظم الاتصال.

وجدير بالذّكر أنّ القانون النموذجي للتّجارة الإلكترونية، عزف عن تحديد مكان إبرام عقود التّجارة الإلكترونية، واقتّصر على بيان موطن أعمال المُنشّئ وموطن أعمال المُرسَّل إليه، عند الإشارة إلى مكان إرسال واستلام رسائل البيانات[4].

ب/ صعوبات إعمال ضابط محل إبرام العقد: رغم أهمية عنصر المكان في توطين وتركيز العلاقة القانونية، وبالتّالي إخضاعها لقانون معيّن بالنسبة لعقود التّجارة الدولية التّقليدية[5]، غير أنّ مثل هذه الضّوابط يثير تطبيقها على العقد الإلكتروني بعض الصّعوبات؛ باعتبارها معايير ترتّكز على ضوابط مكانية تتجاهلها الأنترنت[6].

---

(1) شبع علاء حسين علي، مرجع سابق، ص223.

(2) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، 238.

(3) قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص190.

(4) إبراهيم عبد الحميد علي، مرجع سابق، ص706.

(5) بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، مرجع سابق، ص167.

(6) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص328.

ويُلاحظ أنّ الأنترنت لا تشكّل مكان محدّد يمكن الاستناد عليه، كونها عبارة عن فضاء مستقّل بذاته من جهة، ومن جهة أخرى لا تشكّل رابطة حقيقية مع العقد المُبرّم من خلالها، بحيث قد يكون استعمالها بصفة عارضة؛ كاستعمال حاسوب نقّال لشخص متجوّل من دولة لأخرى، أو أن يستّعمل جهاز غير تابع له، أو أن يُبرم عقده من خلال مقهى من مقاهي الأنترنت، وهي كلّها أمور تجعل من المسألة عرضيّة، ولا تشكّل معيار يُعتّمد عليه في تحديد القانون الواجب التّطبيق، على العقد المُبرّم بهذه الطريقة[1].

بناء على ذلك فإسناد الرّابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد، قد يؤدي إلى عدم ارتباط محل الإبرام بموضوع العقد برابطة حقيقية وجادّة، ذلك لأنّ التّعاقد من خلال شبكة الأنترنت، يعني اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدّول المتّصلة بالشّبكة[2].

ولتوضيح ذلك نجد قرار صادر سنة 1998 عن إحدى المحاكم الأمريكية، حيث توصلت المحكمة أنّ طبيعة اتصال المدعى عليه مع النّطاق المكاني تقع ضمن طائفة المواقع المجهولة، وأنّ موقع الأنترنت المدعى عليه هو مجرد إعلان، والإعلان على الأنترنت بدون زيارة لا يشكّل اتصالاً مستّمرًا، وجوهريًا مع النّطاق المكاني، ممّا أدى بها في الأخير إلى رفض الفصل في النّزاع القائم بين الأطراف[3].

وفي مقابل ذلك تظهر هذه الصّعوبة أيضًا في العقود الإلكترونية، التّي يكون موضوعها أشياء غير مادية، كالعقود التّي تُبرّم وتُنفّذ إلكترونيا، مثل بيع البرامج التّجارية والخدمات المالية على الخط، أو عن طريق قواعد البيانات الموجودة على الأنترنت.

ففكرة اللاّمادية التّي تنطوي عليها هذه الصّعوبات، تثير إشكال في تحديد مكان إبرام العقد، ومكان تسليم الأشياء اللاّمادية المبيعة عبر الخط[4].

2/ إسناد الرّابطة العقدية لضابط قانون محل تنفيذ العقد: ورد ضابط محل التّنفيذ في بعض القوانين، كالقانون الدولي الخاص التّركي والذي عدّه كضابط إسناد احتياطي أول[5]، وفضلاً عن ذلك نهج

(1) حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص ص155- 156.

(2) قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص191.

(3) نعيمي فوزي، بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص81.

(4) يوسفي نورالدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص257.

(5) راجع المادة 02/24 من القانون الدولي الخاص التّركي.

القانون البيروفي[1] وكذا القانون الأمريكي في القانون الدولي الخاص[2] نفس اتجاه القانون التّركي.

وتجدر الإشارة أنّ من الاتفاقيات الدولية التّي تبنّت هذا الضّابط، نجد اتفاقية بروكسل لعام 1968[3]، والتوجيه الأوربي رقم 2001/44[4]، واتفاقية روما لعام 1980[5]، وعلى العكس من ذلك نجد هناك تشريعات لم تعتّد بهذا الضّابط[6].

أ/ مضمون ضابط مكان تنفيذ العقد: يعود الفضل في اعتماد هذا الضّابط للفقيه الألماني"Saviny"، باعتباره الأول من نبّه لضرورة إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل التّنفيذ، واستنادًا إلى أنّ الرّابطة العقدية ترتّب آثارها في هذه الدولة[7].

هكذا يتبيّن أنّ ضابط محل تنفيذ العقد، يقوم على أساس أنّ مكان تنفيذ العقد هو المكان الذي تتركّز فيه مصالح أطراف العقد، فمحل التّنفيذ يعبّر عن مركز النّقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرّابطة العقدية، ويسمح بتطبيق قانون البلد الذي يتأثّر اقتصاده بالعقد[8].

ب/ صعوبات إعمال ضابط محل تنفيذ العقد: إنّ إعمال ضابط قانون محل التّنفيذ يثير بدوره بعض الصّعوبات في مجال عقود التجارة الإلكترونية، لذا نميّز في هذا الشّأن بين نوعين من العقود:

ب1- بالنسبة للعقود التّي يتّم تنفيذها خارج الخطّ: لا تشكّل هذه العقود أي مشكلة حقيقية، لأنّها تشير إلى عناصر مادية تدور حول مكان تنفيذ العقد، وهذا المكان سيكون غالبا مكان تّسليم الطّلب أو الخدمة، غير أنّه من المُتصور أن يقوم الأطراف بأداء التزاماتهم بأماكن مختلفة، ومن ثمّ يخضع العقد لأكثر من قانون، وفي هذا الإطار قد يصعب تحقيق الانسجام فيما بين هذه القوانين، بسبب اختلاف مفاهيم النّظم القانونية حول محل تنفيذ العقد[9].

---

(1) راجع المادة 295 من القانون البيروفي.

(2) راجع المادة 199 ق. دولي خاص أمريكي. للمزيد راجع أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص405.

(3) راجع المادة 01/05 من اتفاقية بروكسل لعام 1968.

(4) التوجيه الأوربي الخاص بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري، والذي حلّ محل اتفاقية بروكسل.

(5) المادة 02/10 من اتفاقية روما لعام 1980. راجع : موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص430.

(6) مثل المادة 18 ق. م. ج، و المادة 01/25 ق. م عراقي، والمادة 13 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب.

(7) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص329.

(8) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص239.

(9) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص ص356- 357.

ب2- أمّا بالنسبة للعقود التّي يتّم تنفيذها على الخطّ : فتشكّل صعوبة تعتّرض تحديد مكان تنفيذ العقد، في حالة المعاملات التّي يتّم تنفيذها كلية بالطرق الإلكترونية، كما هو الشّأن في برامج الحاسوب التّي يتّم إنزالها مباشرة من على شبكة الأنترنت[1].

وناهيك عن ذلك فالقاضي قد يجد صعوبة في توطين العقد؛ فقد يكون مقرّ إدارة الشّبكة في مكان ومقدّم خدمة الأنترنت في مكان آخر، وصاحب المتجّر الافتراضي في مكان ثالث، في حين يتوطّن المشتّري في بلد رابع، ويتّم تنفيذ العقد في دول مختلفة[2].

وفي واقع الأمر، أنّ الاتفاقيات الدولية والنصوص القانونية الوطنية لم تقدّم حلولاً واضحةً لمشكلة مكان التّنفيذ، بالنسبة للعقود التّي تُبرّم وتُنفّذ عبر الأنترنت، ويعدّ أفضل الحلول في هذا الصّدد ما تضمّنه القانون النموذجي، الذي أصدرته لجنة الأمم المتّحدة للقانون التّجاري " Uncitral " لعام 1996 [3].

كما انفرد المشرّع التّونسي بنص خاص، يتضمّن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، فقد نصّ الفصل 28 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التّونسي على أنّه:

" ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع، وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطّلبية بواسطة وثيقة إلكترونية مُمضاة ومُوجّهة للمستهلك، ما لم يتّفق الطرفان على خلاف ذلك". وعليه فالمشرّع التّونسي جعل عنوان البائع هو مكان انعقاد العقد الإلكتروني، واعتّبر أنّ زمان انعقاد العقد الإلكتروني هو تاريخ موافقة البائع على الطّلبية[4].

3/ إسناد الرّابطة العقدية لضابط قانون الجنسية المشتّركة للمتّعاقدين: ممّا لا شك فيه أنّه تمّ اعتماد الجنسية المشتّركة لطرفي العقد، كمعيار لتّحديد القانون الواجب التّطبيق عليه؛ في حالة سكوت الإرادة عن التّحديد الصّريح أو الضّمني لهذا القانون[5].

---

(1) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص332.

(2) بدرشنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، مرجع سابق، ص167.

(3) إذ نصّت المادة 04/15 على أنّه: " تعتبر رسالة البيانات أُرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، و يعتبر أنّها أُستّلمت في المكان الذي يقع فيه مقرّ عمل المُرسّل إليه". راجع : هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص241.

(4) أحمد خالد العجلوني، التّعاقد عن طريق الأنترنت " دراسة مقارنة"، ط01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص79.

(5) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص378.

ولكن لا يفوتنا أن ننوّه أنّ التّشريعات التّي تبنّت هذا الضّابط، اختلّفت حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المشتّركة للمتّعاقدين، فالقانون المدني الإيطالي منح هذا الضّابط الموقع الأول في التّرتيب وفضّلها على ضابط محل إبرام العقد(1)، وهي نفس الأفضلية التّي منحها القانون المدني الإسباني لهذا الضّابط؛ قبل ضابط قانون الموطن المشتّرك للمتّعاقدين وبالأسبقية على ضابط محل إبرام العقد(2)، بينما أعطى المشرّع الجزائري لضابط الجنسية المشتّركة للمتعاقدين؛ المرتّبة الثّانية بعد معيار الموطّن المشتّرك(3).

أ/ مضمون ضابط قانون الجنسية المشتّركة للمتّعاقدين: يقدّم الفقهاء تبريرات عدّة في الاعتماد على ضابط إسناد الجنسية، فهو يتّصف بالثّبات والاستقرار، في حين أنّ قانون الموطن المشتّرك لا يتّصف بمثل هذا الثّبات والاستقرار، كما أنّ ضابط الجنسية يمثّل الشّعور القومي تجاه القانون الواجب التّطبيق(4).

ويُلاحظ أنّ القضاء الفرنسي اعتّمد ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التّطبيق، ولكن بتأكيده مع ضوابط إسناد أخرى كمكان الابرام؛ في قرار محكمة استئناف باريس، عندما طبّقت القانون الفرنسي على أحد عقود التّجارة الدّولية، طرفاه فرنسيان وأُبرم ذلك العقد في فرنسا(5).

ب/ صعوبات إعمال ضابط الجنسية المشتّركة للمتّعاقدين: إنّ اعتبار الجنسية المشتّركة للمتّعاقدين ضابطًا مُناسبًا يتّم على أساسه تحديد قانون العقد، هو اعتبار لا محلّ له في ظلّ مجال العقود الإلكترونية، ومن الصّعب الاعتماد عليه لتّحديد القانون الواجب التّطبيق على هذا النّوع من العقود.

وفي هذا المقام يؤكّد الفقه بأنّ الجنسية لم تعد عنصرًا مُؤثّرًا في عقود المعاملات المالية، بل قد لا تصلح أصلاً حتّى لإضفاء الطّابع الدولي على العقد، نظرًا لعدم أهميّتها في مجال التّجارة الدولية عامة، والتّجارة الإلكترونية على وجه الخصوص، وبالتّالي فإنّ دورها يبقى محصورًا كما هو معروف في نطاق الأحوال الشّخصية (6).

---

(1) أنظر المادة 25 ق. م. إيطالي.

(2) انظر المادة 05/10 ق. م. إسباني. للمزيد راجع : صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص332.

(3) راجع المادة 18 فـ02 من قانون 10/05، المتضمّن القانون المدني المعدّل والمتمّم.

(4) شبع علاء حسين علي، مرجع سابق، ص224.

(5) مرجع نفسه، ص225.

(6) نعيمي فوزي، بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص82.

4/ إسناد الرّابطة العقدية لضابط قانون الموطن المشترّك للمتّعاقدين: الأصل أنّ تحديد الموطّن يعتّمد على الرّبط بين الشّخص والمكان برباط قوي، ولهذا يعرّفه الفقه بأنّه المكان الذي يقيم فيه الشّخص أو يتّخذ منه مركزًا لأعماله، وعليه فالموطّن يتحدّد بمكان حقيقي للمتّعاقدين[1]. وقد تبنّت كثير من التّشريعات ضابط الموطّن المشترّك للمتّعاقدين، منها المشرّع الجزائري؛ حيث جعل من هذا الضّابط الاحتياطي هو الأول الذي يلجأ إليه القاضي عند عدم اختيار المتّعاقدين لقانون يحكم عقدهم صرّاحة[2]، وهو ما ذهب إليه المشرّع المصري والمشرّع البرتغالي[3]، وعلى خلاف ذلك نجد أنّ المشرّع الإسباني اعتّمد على هذا الضّابط وجعله في المرتّبة الثّانية، بعد قانون الجنسيّة المشترّكة للمتّعاقدين[4].

أ/ مضمون ضابط قانون الموطن المشترّك للمتّعاقدين: إنّ الموطن يعدّ مركز مصالح الشّخص ومركزه القانوني، والمكان الذي يُباشر فيه حقوقه ودعواه، فمن المنطقي والطّبيعي أن يخضّع هذا الشّخص لقانون البلد الذي توطّن فيه. وعلاوة على ذلك يوفّر قانون الموطّن مزايا عملية كثيرة منها، أنّه يسهّل على قضاة المكان تطبيق قانون الموطّن، بدلاً من قانون الجنسيّة الذين قد يخطئون في فهمه وتفسيره، إضافة إلى سهولة تعرّف الغير على قانون الموطّن[5].

وتأسيسًا على ذلك نجد أنّه في الدعوى التّي أقامتها شركة "HS bro appellant" ضد شركة "Aclue compitinginc, Dufundant appelan"، أقرّت المحكمة بأنّ هناك ارتباطا كافيا لمحكمة ولاية "مساتشوست" الأمريكية لممارسة اختصاصها؛ استنادًا إلى أنّ المدعى عليه أعلن في موقعه على الأنترنت، أنّ شركته تقوم بالتّزويد بالخدمات لأي عملاء على سطح الأرض، وهو ولاية "ماساتشوست" [6].

وجدير بالذكر أنّه لا يصّح للقاضي استبعاد ضابط الموطّن المشترّك للمتعاقدين من التّطبيق؛ ما لم يكن مخالفا للنظام العام، وعلى العكس من ذلك يمكن له استبعاده في حالة الغشّ نحو القانون، فنتيجة هذا الغشّ تتمثّل في استبعاد تطبيق القانون، الذي تمّ الغشّ أو الاحتيال لأجل تطبيقه، ومن ثمّ تطبيق

(1) قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص193.

(2) هذا ما أقرّته نص المادة 18 ف 02 ق. م. ج.

(3) أنظر المادة 19 ق. م. مصري، والمادة 42 ق. م. برتغالي.

(4) أنظر المادة 05/10 ق. م. إسباني. للمزيد اطلع على: ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص377.

(5) شبع علاء حسين علي، مرجع سابق، ص222.

(6) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة"، ط 01، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2009، ص173.

القانون الذي تمّ الغشّ لأجل استبعاده، كأن يعمد أحد المتعاقدين في العقد الإلكتروني إلى تغيير موطنه، ليصبّح هو ذاته موطّن المتّعاقد الآخر، تمهيدًا إلى تطبيق قانون الموطّن المشتّرك على العقد[1].

2/ صعوبة إعمال ضابط الموطن المشتّرك للمتّعاقدين: ممّا لا شك فيه أنّ العنوان الإلكتروني لا يشكّل محل إقامة ثابت، كما أنّ هناك عناوين إلكترونية لا تحمّل أي مؤشّرات صحيحة تدلّ على الإقامة، وعلى فرض أنّ شخصا قام بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتّوطين، فلا يوجد شيء يضمن التّطابق بين محل الإقامة والمؤشّر الوطني، الذي تمّ فيه تسجيل العنوان الإلكتروني[2].

ولتوضيح ذلك نجد أنّ العنوان الإلكتروني في التّجارة الإلكترونية قد لا يكون مرتّبطا ببلد معيّن، كما هو الحال بالنسبة للعناوين التّي تنتّهي في الأخير برمز "com" أو "org"، فهذه المواقع دولية ولا تنتّمي لأي دولة، كما أنّ المواقع التّي تنتّهي برموز"dz" "ma" "Fr"، ليس لها دلالات حقيقية على ارتباطها بمكان معيّن، وذلك لأنّ التّسجيل بهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصّة، المتعلّقة بالعمل التّجاري أو التّرخيص التّجاري[3].

ولا مناص من القول بضرورة وجود مكان فعلي، حيث أنّ توريد الخدمات يتّم إلكترونيا على الشّبكة الدولية دون وجود مقرًا له، ومن هذا المنطلق أشارت المادة 02/04 من اتفاقية روما إلى أنّه: " إذا دخل العقد إلى مجال التّجارة أو مهنة أحد الأطراف، فسيكون هناك دائما مكان عمل يمكن التّحقق منه عند تفسير البند" [4].

وانطلاقًا ممّا سلف، نجد أنّ ضوابط الإسناد الجامدة في تحديد القانون الواجب التطبيق، لا تنسجم مع قواعد التّجارة الإلكترونية، وهو الأمر الذي دفع بفقهاء القانون الدولي الخاص إلى البحث عن قواعد إسناد مرنة.

---

(1) نائل مساعدة، مرجع سابق، ص172.

(2) يوسفي نورالدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص258.

(3) يوسف علي، " مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التّعاملات التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت"، بحث مقدّم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المجلد 02، مركز البحوث والدراسات، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات المتّحدة، المنعقد في الفترة من 26 إلى 28 أبريل 2003، ص22.

(4) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي ، مرجع سابق، ص164.

ثانيا: فكرة الأداء المميّز كضابط مرن لإسناد الرّابطة العقدية: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تحديد القانون الأوثّق صلّة بالرّابطة العقدية بناءً على ضوابط مرنة، في حال سكوت إرادة المتعاقدين عن الإشارة إلى القانون الواجب التّطبيق على عقدهم الدولي، وتهدف هذه الرّوابط المرنة إلى تركيز الرّابطة العقدية في ضوء ظروف التّعاقد، وملابساته في كل حال على حدى، وصولاً لتطبيق القانون الذي يشكّل مركز الثّقل في الرّابطة العقدية، وتأسيسًا على ذلك لجأ البعض إلى فكرة الأداء المُميّز، كضابط لحلّ منازعات التّجارة الإلكترونية[1].

1/ مضمون الإسناد لقانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المُميّز: أقرّت العديد من الدول ضابط الأداء المُميّز، كمعيار لتحديد القانون الواجب التّطبيق على العقد الدولي مثل: سويسرا[2]، والقانون الدولي الخاص التّركي لسنة 1982، والقانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1999[3] وكذا قانون التّحكيم التّجاري الدولي المصري رقم 27 لسنة 1994 [4].

وعلاوة على ذلك نص قانون دعم الاقتصاد الرّقمي الفرنسي الصّادر في 21 يونيو 2004، على هذا الضّابط، حيث أخضع مباشرة التّجارة الإلكترونية لمركز نشاط مُقدِّم الخدمة[5].

ويُلاحظ أنّه، وبالرجوع للنصوص الجزائرية لا نجد إشارة إلى القانون الأوثّق صلّة بالعقد، وأنّ المشرّع الجزائري نصّ فقط في المادة 1050 ق. إ. م. إ. ج، على الإجراء الواجب إتباعه في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التّطبيق[6].

---

(1) لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 215.

(2) تنص المادة 117 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 على أنّه:" يكون العقد محكوما عند انتفاء اختيار الأطراف، بقانون الدولة التّي يرتّبط معها العقد بروابط أكثر وثوقًا."

(3) أنظر المادة 04 من القانون الدولي الخاص التّركي، والمادة 62 من القانون الدولي الخاص التّونسي. راجع: أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص409.

(4) تنص المادة 39 من قانون التحكيم التجاري الدولي المصري على أنّه: " إذا لم يتّفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التّطبيق على موضوع النّزاع ، طبقت هيئة التّحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنّه الأكثر اتصالاً بالنّزاع ". راجع: هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص243.

(5) سيد محمد سعيد شعراوي، مرجع سابق، ص519.

(6) إذ تنّص المادة 1050 ق. إ. م. إ على أنّه: " تفصّل محكمة التّحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصّل حسب قواعد القانون والأعراف التّي تراها مُلائمة."

وفي مقابل ذلك اتّجهت دول الاتحاد الأوربي إلى الأخذ بقاعدة إسناد مرنة، من خلال اتفاقية روما لعام 1980[1]، حيث اعتّبرت أنّ القانون الواجب التّطبيق في حالة غياب قانون الإرادة هو قانون الدولة الأكثر صلّة بالرّابطة العقدية، وقد أوضّحت المادة 02/04 من الاتفاقية [2] بأنّه قانون محل إقامة المدين بالأداء المُميّز، وعلى ذلك يكون المدين بالأداء المُميّز هو البائع في عقد البيع، وشركة التأمين في عقد التأمين والمُقرِّض في عقد القرض، والمصرف في العمليات المصرفية، حيث يمثّل أداء ذلك الطّرف مركز الثّقل في العلاقة العقدية[3].

وفي نفس الصّدد أخذت كذلك بفكرة الأداء المُميّز اتفاقية لاهاي لعام 1955، والخاصّة بالقانون الواجب التّطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية، حيث قرّرت إسناد عقد البيع لقانون محل الإقامة المُعتاد للبائع؛ بصفته المدين بالأداء المُميّز في هذا العقد[4].

أ/ التّعريف بضابط الأداء المُميّز: يقوم الاتجاه المرن على ضابط أو معيار الأداء المميّز "la prestation caractéristique" الذي يعني أنّ لكل عقد أداء يميّزه ويحدّد خصائصه، وأنّ موطن الطّرف المدين بالأداء المُميّز يكون هو ضابط الإسناد، المُعتّمد في تحديد القانون الواجب التّطبيق[5].

وفي هذا المقام ذهب الأستاذ "جون باتيست" "Jean Batiste"، إلى تعريف الأداء المُميّز للعقد بأنّه: " الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى." [6]

ولكن لا يفوتنا أن ننوّه أنّ محكمة استئناف "Grenoble "في فرنسا، تبنّت ضابط الأداء المميّز في حكمها الصّادر في 1995، وذلك بصدد بيع مُبرم بين شركة إيطالية ومشترٍ فرنسي، حيث قرّرت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المُميّز في العقد، واستّندت في ذلك الى

---

(1) تنّص المادة 01/04 من الاتفاقية على أنّه:" 1- عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التّطبيق على العقد، يسري على هذا الأخير قانون الدولة التّي له بها أكثر الروابط وثوقا ". راجع: محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص88.

(2) تنّص المادة 02/04 من اتفاقية روما لعام 1980 على أنّه:" وتعتبر تلك الرّوابط موجودة في الدولة التّي يوجد بها محل الإقامة المُعتادة للطرف المُلتّزم بتقديم الأداء المُميّز وقت إبرام العقد، فإذا كان هذا الطرف شخصا معنويا، وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته لنشاطه المهني، فإنّ قانون الدولة التّي بها المشأة الرئيسية لهذا الشّخص يكون هو الواجب التّطبيق على العقد، وإذا كان الأداء المُميّز للعقد سيتّم عن طريق شركة أخرى بخلاف الشّركة الرئيسية ، فإنّ قانون الدولة التّي يتواجد بها مقر تلك الشّركة هو الذي يحكم العقد". راجع: صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص343.

(3) Thibault Verbiest, Op.cit. , p117.

(4) المادة 03 من اتفاقية لاهاي لعام 1955، كما سارت على نفس المنوال اتفاقية لاهاي لعام 1986 في المادة 08 منها. للمزيد والتفصيل راجع : سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص517.

(5) أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المُبرمة على شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص30.

(6) قارة سليمان محمد خليد، مرجع سابق، ص69.

المادة 02/04 من اتفاقية روما لعام 1980[1].

هكذا يتبيّن– كما يرى البّعض-، أنّ ضابط الأداء المُميّز في العقد هو قانون دولة محل إقامة المدين، باعتباره المُلزّم بأداء الالتزام الرئيسي في العقد، إلاّ أنّه وعلى الرّغم من تعدّد الالتزامات الأساسية في العقد الواحد، فالعبرة بالالتزام الذي يُحدّد جوهر العقد ويميّزه عن غيره من العقود[2].

وعليه يتّم إسناد العقد في مجموعه إلى محل التّنفيذ المُفترّض للأداء الرئيسي، والذي يُعدّ مركز للرّابطة العقدية في مجموعها، ويعتّبر محل التّنفيذ المُفترّض للأداء الرئيسي أو المُميّز في العقد؛ هو محل إقامة المدين بهذا الأداء.[3]

ب/ مميّزات ضابط الأداء المُميّز: يتميّز هذا الضّابط بسهولة العلم المُسبّق به، ومرونته وملاءمته لكل نوع من أنواع العقود، وبالتّالي يعدّ أداءً مُميّزًا التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، أو التزام البائع بنقل الملكية للمشتري، كما أنّ التزام المُورِّد بتوريد الخدمة يُعدّ أداءً مُميّزًا؛ على أساس أنّ هذه الالتزامات تعبّر عن مركز الثّقل الاجتماعي والاقتصادي للعملية التّعاقدية[4].

وفضلاً عن ذلك يتميّز ببساطته المُتناهية بالنسبة لأي ضابط موضوعي آخر، إذ يمكّننا في إطار كل فئة من العقود الواحدة مثل عقود بيع المنقولات، أن نُحدِّد من البداية الأداء المُميّز فيها؛ بوصفه المعيار المُنضبّط الذي سيُسنَّد العقد طبقًا له، إلى القانون السّائد في محل التّنفيذ المُفترّض لهذا الأداء؛ وهو محل الإقامة المُعتادة للمدين به، ومن ثمّ سهولة العلم المُسبّق بالقانون الواجب التّطبيق، على العقد لحظة إبرامه بما يُحقِّق الأمان القانوني للأطراف[5].

فعلى الرّغم من استجابة هذا الضّابط لاعتبارات العدالة، ومراعاة طبيعة العقود وتوفير الأمن القانوني لأطرافها، إلاّ أنّه ما يُؤخّذ عليه هو صعوبة تعيين الأداء المُميّز في العقود المُركّبة؛ التّي تكون للالتزامات النّاتجة عنها نفس الأهمية.[6].

---

(1) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص518. و أنظر كذلك: خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص156.

(2) حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية : أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص157.

(3) محمد الأيوبي، مرجع سابق، ص53.

(4) عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية "دراسة في قانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994، ص289.

(5) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص435.

(6) بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، مرجع سابق، ص168.

ج/ مبرّرات إسناد الرّابطة العقدية لضابط الأداء المُميّز في العقد: ممّا لا شك فيه أنّ العقود الدولية التّي تُبرّم بالشّكل الإلكتروني، إذا لم يتّفق الأطراف على القانون الواجب التّطبيق، يكون هذا القانون هو قانون الدولة محل إقامة أو مقرّ الطرف المُلتّزم بالأداء المُميّز في العقد، فإذا كان العقد قد أُبرم بين مُقدِّم المادة المُراد إدخالها على شبكة الأنترنت، وبين شركة تتولى مُعالجة هذه المادة إلكترونيًا وتحميلها على موقع الأنترنت؛ فإنّ القانون الذي يحكم هذا العقد في غياب اختيار صرّيح للأطراف، يكون هو قانون الدولة التّي بها مقرّ أو مركز هذه الشّركة الأخيرة[1].

وتأسيسًا على ذلك نادى البّعض بضرورة تطبيق قانون المُورِّد "البائع"، لأنّه من المُلائم لعقود التجارة الإلكترونية أن تخضع لقانون الطّرف القوي، وهذا ما أخذت به محاكم الولايات المتّحدة الأمريكية، التّي تعتّد بمبدأ الارتباط الكامل بدولة المحكمة المختّصة، ويظهر ذلك في دعوى رفعتها شركة "patterson" ضد شركة "compo serve" أمام محكمة ولاية تكساس، بشأن نزاع حول عقد التّزمت المدعى عليها بتحميل برامج المدعية على نظام الكمبيوتر "computer service"، وهذا الاتفاق تمّ في مدينة "أوهايو" بنفس الولاية، لكي يستّعمله مُستخدمو الأنترنت بمقابل مادي تُحصلّه الشّركة المُدَّعية، حيث قامت هذه الأخيرة ببث 32 ملفًا من البرامج تلقائيًا إلى المدعى عليها، كما قامت بتخزين هذه الملفات واستغلالها كموزِّع لبرامج "patterson"؛ مُنتّهكة العلامة التّجارية للمُدَّعية، وقد وجدت محكمة الاستئناف أنّ علاقة المُدَّعية بالمدعى عليها، تفيد أنّ المدعى عليها قد حقّقت فائدة لنفسها من عملها في" أوهايو"، ولذلك قضت بقبول النّظر في الدعوى[2].

2/ مدى خضوع معاملات التّجارة الإلكترونية لضابط الأداء المُميّز: وُجّهت لضابط الأداء المُميّز في تحديد القانون الواجب التّطبيق في عقود الاستهلاك الإلكترونية عدّة انتقادات، إذ أنّ إعماله يثير العديد من **الصّعوبات** والمتمثّلة في:

- أنّ أغلب التّشريعات الوطنية تعتّمد على محل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التّطبيق على العقد، والإقامة هنا يُقصّد بها المكان الثّابت والدّائم الذي تتّم فيه العقود، وهذه الشّروط غير متوافرة في العقود الإلكترونية التّي تتّم من خلال شبكة الأنترنت[3].

(1) أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1675.

(2) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص208.

(3) هونة رحمة رشيد القرداغي، مرجع سابق، ص ص244- 245.

➢ إنّ إعمال ضابط الأداء المُميّز يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطّرف الأقوى في العقد، مثال ذلك عقود البيع أو توريد الخدمات التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت، في هذين العقدين يُعدّ أداءً مُميّزًا التزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المُورِّد بتقديم الخدمة، وعليه يكون القانون الواجب التّطبيق هو قانون دولة البائع أو مُقدِّم الخدمة[1].

وللخروج من هذا النّقد، حاولت الولايات المتّحدة الأمريكية بوصفها تواجه مشكّلة فضّ تعارض وتنازع القوانين بين الولايات، بأن وجدت مؤسّساتها التّشريعية أنّ الاقتصاد الرّقمي الجديد استّلزم تدخّلاً تشريعيًا، يتيح وضع قواعد مُوحّدة تمنع ما أمكن مشكلات التّنازع، فكان المدخل في ذلك إقرار القانون التّجاري المُوحّد"UCC"، وقد نصّ هذا القانون على أنّه: "عندما تكون للصفقة علاقة معقولة بهذه الولاية أو ولاية أخرى، فيمكن للأطراف الاتفاق على أنّ القانون المُطبّق على الحقوق والواجبات إمّا قانون هذه الولاية أو تلك". وعليه اعتّبر هذا القانون معيار" العلاقة المعقولة" أساسًا لحرية الأطراف في اختيار القانون، والعلاقة المعقولة تقوم مثلاً في مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو جزء منه، وبذلك فإنّ الصّفقات التّي تُبرّم عبر شبكة الأنترنت تُبقي المشكّلة قائمة، لصعوبة تحديد مكان الانعقاد أو التّنفيذ[2].

وفي واقع الأمر، وبالنّظر إلى الاهتمام التّشريعي بحماية المستهلك، نجد أنّ الأداء المُميّز يظهر وكأنّه أداء المستهلك؛ وذلك لأسباب اجتماعية واقتصادية وسياسية، تتطلّب تطبيق نظام حمائي بشأن هذا الطّرف الضّعيف في العقد، وإذا كانت النّتيجة المحتومة لقضية الدّفاع عن المستهلك في العقود المُبرمة بوساطة المستهلكين، والتّي تؤدي إلى نقل الأداء من شخص البائع - بالمعنى الواسع- إلى شخص المستهلك، ينتّج عنها أنّ تحديد الأداء المُميّز يعدّ مسألة تقديرية، كما يوجد دائمًا شيء من التّقدير في تطبيق اعتبار الأداء النّقدي أو أداء المستهلك؛ هو الأداء المُميّز في العقد، فإنّ ذلك لا يعيب هذه القاعدة والتّي هدفها الأساسي مراعاة مصلحة المستهلك واحتواؤه، وهي نتيجة يتّم التّوصل إليها باعتبار الأداء النّقدي هو المُميّز للعقود المُبرمة مع المستهلكين؛ والمستهلك هو المدين بهذا الأداء[3].

(1) خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص164.

(2) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص520.

(3) خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص168.

المطلب الثاني:

إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لقانون موضوعي مستّقل

ممّا لا شك فيه أنّ تطبيق الحلول التّقليدية لتنازع القوانين في العلاقات التّجارية الدّولية، على منازعات التّجارة الإلكترونية يثير العديد من الصّعوبات، إذ ترتّبط هذه الأخيرة غالبًا بصعوبة تطبيق منهج التّنازع وفق قواعد الإسناد على عقود الاستهلاك الإلكترونية، إلى جانب عدم قدرتها على تحقيق حماية فعّالة للمستهلك، وحرصًا على تجاوز تلك الصّعوبات تمّ التّوجه نحو إعمال فكرة التّنظيم الذّاتي؛ عن طريق إرساء قانون موضوعي مستّقل عن القوانين الوطنية، يتماشى وخصوصيات التّجارة الإلكترونية[1].

وعليه تعتّبر الطريقة الجديدة لمنهج القواعد المادّية، مستّندة إلى فكرة قوامها خلق قواعد أساسية مادية، تشتّمل على حلول مباشرة لمنازعات العلاقات الدولية الخاصّة، وتطبّق تلك القواعد بمعرفة القاضي دون الحاجة إلى البحث عن قواعد الإحالة من القانون الوطني، والبحث عن القانون الواجب التّطبيق التّي تؤدي إليه، وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه الطريقة الحديثة هي من ابتداع التّجار، وتستّخدمها الدول أيضًا، وقد تمّ نتيجة لذلك إقرار هذه القواعد من قبل هيئات التّحكيم، حيث أصبحت أساسًا لنظام معظم الدّول التّي قبلت بأحكامه وأيّدته.[2]

ولعلّ من المفيد أن نؤكد أنّ فكرة إرساء القواعد الموضوعية للتّجارة الإلكترونية، كانت محلاً للعديد من الدّراسات القانونية في الآونة الأخيرة، والوقوف على مدى ملاءمتها كوسيلة لحلّ منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وفي هذا المقام ذهب جانب من الفقه إلى تسميّتها بمبدأ الكفاية الذّاتية للعقد[3].

لذا سنتناول بالدراسة القانون الموضوعي للتّجارة الإلكترونية، من خلال التّطرق لمضمونه **(الفرع الأول)**، ثم ننتقل لتبيان دور هذا القانون في تحقيق الحماية الفعّالة للمستهلك الإلكتروني **(الفرع الثاني)**.

---

(1) Vincent Gautrais, Guy Lefebvre et Karim Ben yekhlef , "droit du commerce électronique énormes applicables, l'émergence de la Lex-électronica", revue droit des affaires international, N°05,1997.P559.

(2) سمير دنون، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص ص225- 226.

(3) أو ما يُطلق عليه باللّغة الفرنسية بـــ: "Théorie de l'auto suffisance du contrat international ". راجع: إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص304.

الفرع الأول:

مضمون القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية

ذهب كثير من الفقهاء إلى وجود قانون موضوعي خاص بالمعاملات التّجارية الإلكترونية، سوف يكون له ميزة إزالة المشاكل الخاصّة باختيار القانون الواجب التّطبيق على العقد، وتنظيم حركة التّجارة الدّولية الإلكترونية "Lex Electronica". كما أنّ وضع قانون مُوحّد للمعاملات الإلكترونية سوف يجعل القانون يُعاصّر التّقدّم التّكنولوجي، والتّغيّر السّريع في طبيعة الأنترنت.[1]

أولا: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني الدّولي: يعتّبر القانون الموضوعي الإلكتروني كيان قانوني موضوعي ذاتي، خاص بالعمليات التّي تتّم عبر الأنترنت، ممّا يجعله نظيرًا للقانون الموضوعي للتّجارة الدولية[2].

وجدير بالذّكر **أنّ** القانون الموضوعي الإلكتروني[3] يتشكّل من مجموعة قواعد موضوعية، تكوّنت من جملة العادات والممارسات التّي نشأت واستقرّت في مجتمع التّجار، الذين تعوّدوا على إجراء معاملاتهم التّجارية عبر الأنترنت، التّي جسّدت عالمًا تجاريًا إلكترونيًا افتراضيًا[4].

ومن هذا المنطلق يمكن تعريف القواعد المادّية للتجارة الإلكترونية "Lex Electronica "بأنّها: "مجموعة من القواعد التّلقائية ذات طبيعة موضوعية، تقدّم تنظيمًا مباشرًا وخاصًّا ليحكم المعاملات والرّوابط التّي تتّم عبر الشّبكات الإلكترونية، وتتكوّن من العادات والممارسات التّي نشأت واستقرّت في المجتمع الافتراضي، وطوّرتها الهيئات والحكومات والمستّخدمين في مجال تكنولوجيا المعلومات

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة"، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص395.

(2) حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية : أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص166.

(3) وقد اختلفت التّسميات التّي تطلّق على القواعد الموضوعية، فهناك من أطلق عليها مصطلح القانون الإلكتروني "Lex Electronica " "، والقانون الافتراضي "Lex Vertual"، و قانون الأنترنت "Lex Net" ، وقانون موضوعي للأنترنيت : "Substantive internet law" . أنظر بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص397.

كما اصطلح على تسميتها: قانون فوق وطني " Droit extra étatique"، القانون التجاري بين الشعوب "L'exmercatoria droit»، والقانون العرفي عبر الدول " Droit coutumier international". أنظر:

Gaillard Emmanuel," trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", J.D.I, n° 01, 122 année, janvier –février –mars 1995, p07.

(4) خليفي سمير، " القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع02، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، الجزائر، نوفمبر2016، ص ص247- 248.

والاتصالات." [1]

كما يُعرّف القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي بأنّه:" القانون الذي يضع مباشرة تنظيمًا موضوعيًا خاصًّا، ومستّقلاً عن حلول القوانين الوطنية للمعاملات القانونية، بالنّظر إلى صفتها الدولية"[2].

وفي هذا الإطار عُرّف أيضًا بأنّه:" تنظيم قانوني ذو طبيعة موضوعية وذاتية، خاص بالمعلومات التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت، وهو نظير القانون الموضوعي للتّجارة الدولية..." [3].

ومن زاوية أخرى عرّفه البّعض بأنّه: "مجموعة القواعد الموضوعية أو المّادية ذات المضمون الدولي أو العالمي، الموجودة أصلاً أو المُعدّة خصيصًا لتعطي حلاً مباشرًا يُنهي النّزاع أو يتفاداه، في علاقة خاصّة ذات طابع دولي." [4].

وانطلاقًا ممّا سلف لكي نتوصّل إلى إيجاد قانون موضوعي مُوحّد للمعاملات الإلكترونية، فإنّ هناك طريقتين لتوحيد القانون الواجب التّطبيق على معاملات الأنترنت؛ **الأولى** بجعل الدول تقوم بإصدار قانون عام موضوعي موحّد للمعاملات الإلكترونية، و**الثانية** عن طريق وضع صياغة لمعاهدات أو اتفاقيات دولية عن طريق المنظّمات والهيئات الدّولية.[5]

ثانيا: خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني الدّولي: يتّضح من التّعريفات السّابقة أنّ هناك خصائص تنفّرد بها القواعد الموضوعية للتّجارة الإلكترونية، تميّزها عن قواعد الإسناد المُقرّرة في القانون الدولي الخاص من جهة، وعن القواعد المّادية للتّجارة الدولية بصفة عامة من جهة ثانية[6]

ومن هذه الخصائص نذكر ما يلي:

(1) محمد لمسلك، مرجع سابق، ص33.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النّوعي" الإلكتروني، السياحي، البيئي"، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2000، ص47.

(3) أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1662.

(4) Jacquet Jean Micelle et Delebecque Philippe et Corneloup Sabin, droit du commerce international, Ed Dalloz,2007. p67.

(5) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة"، مرجع سابق، 395.

(6) لبندة بومحراث، مرجع سابق، ص394.

1/ القانون الموضوعي الإلكتروني تلقائي النّشأة: يتميّز هذا القانون بأنّه تلقائي النّشأة، وُجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السّرعة في التّعامل والبيانات الرّقمية، التّي تتّم بها المعاملات والصّفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية، ويتوافق مع توقّعات أطراف تلك المعاملات[1].

فهو قانون تجمّعت مفرداته من الأعراف والعادات، التّي سادت بين المتّعاملين عبر شبكة الأنترنت، ويُقصّد بالتّلقائية هنا أمران:

أ/ الأمر الأول: أنّ نشأة هذا القانون لم تأت عن طريق شكلي أو رسمي، ولعلّ السّبب في ذلك أنّ شبكة الأنترنت شبكة عالمية، لا تخضع لسلطة معيّنة تتّبع شكلاً معيّنًا في سنّ قوانينها.

ب/ الأمر الثّاني: وهو أنّ تطبيق هذا القانون لا يحتاج إلى تدخّل سلطة عامة.[2]

2/ القانون الموضوعي الإلكتروني هو قانون دولي موضوعي: يعدّ هذا القانون **دولي**؛ باعتباره يُنظّم فضاء افتراضي مشتّرك غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، بل يتطلّب قانون غير وطني أو قانون عابر للحدود، فهو قانون لم يكن من وضع سلطة وطنية، كما أنّه ليس من وضع هيئة دولية[3].

وهي قواعد غير وطنية؛ لأنّ شبكة الأنترنت غير تابعة للدولة معيّنة، ومن ثمّ كان لابدّ للقواعد المادية التّي تنشأ في إطارها أن تكون قواعد عالمية، لأنّها ليست متّصلة بدولة معيّنة بل تتّصل بأكثر من دولة في ذات الوقت[4].

كما يُوصف أنّه **موضوعي** أو مادي؛ انطلاقا من أنّه يقدّم حلاً موضوعيًا للمسألة محل النّزاع، بشكل مباشر دون الإحالة إلى قانون معيّن لإيجاد هذا الحلّ، على عكس ما هو مقرّر في القانون الدولي الخاص[5]، بحيث يلجأ هذا الأخير إلى قواعد الإسناد التّي بطبيعتها قواعد غير مباشرة، تحيل إلى قواعد القانون الداخلي التّي قد لا تتناسب مع قواعد القانون الدولي.[6]

---

(1) حمودي ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت " مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع"، مرجع سابق، ص496.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص57.

(3) حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية : أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص175.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق؟، مرجع سابق، ص51.

(5) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص395.

(6) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص56.

3/ القانون الموضوعي الإلكتروني قانون طائفي ونوعي: تنشأ قواعد القانون الموضوعي في مجتمع افتراضي، بين أفراد يُبرمون علاقاتهم التّجارية بوسائط إلكترونية، لذلك فهو يتميّز بمعطيات خاصّة به ومشكلات ذاتية، تقتّضي حلولاً تتوافق مع طبيعته الذّاتية، فقواعده لا تُخاطب جميع الأفراد بل هي مخصّصة لفئة معيّنة من الأشخاص[1] تعرّف بـــ: "Inter nautes"، وهم مستخدمو شبكة الأنترنت ومقدّمو خدمات المواقع الإلكترونية والاشتراك في الشّبكة[2].

وتتمثّل ميزة أنّه قانون **نوعي**؛ في كون هذه القواعد مُعدّة لحلّ نوع معيّن من المشكّلات التّي تنشأ في الأوساط التّجارية[3]، وعليه فهذه القواعد النّاشئة ستكون قادرة على الاستجابة لمقتّضيات وحاجات المعاملات العابرة للحدود، والمعطيات الغير المادية للوسيط الذي تخاطبه، وستكون متوافقة مع التّغير الذي يطرأ على البيئة التّقنية والتّكنولوجية لشّبكة الأنترنت.[4]

ثالثا: **مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني الدّولي**: بظهور قواعد موحّدة دولية "Règles Uniformes Internationales " خاصّة بالأنترنت والتّجارة الإلكترونية، تتميّز عن القانون الدولي العام والقوانين الوطنية وقواعد القانون الدولي الخاص[5]، كثُرت التّساؤلات عن المصادر التّي يمكن أن تستّقي منها هذه القواعد أحكامها، والوسائل التّي يمكن عن طريقها تحقيق التّوحيد والانسجام في قواعدها، وعليه يمكن إجمال هذه المصادر في:

1/ المجموعة الأولى: القواعد الموضوعية ذات النّشأة التّلقائية: حسب بعض الفقه يستّمد القانون الموضوعي الدولي مصدره من الممارسات التّعاقدية، والأعراف والعادات وقواعد السلوك[6]:

أ/ المُمارسات التّعاقدية: وهي مجموعة العقود التّي تُبرم بين القائمين على خدمات شبكة الأنترنت، مثل العقود الخاصّة بالاشتراك في شبكة الأنترنت، والعقود التّي تُبرم مع مُقدّم المادة المُراد إدخالها أو تحميلها على شبكة الأنترنت، وقد أرستّ هذه الممارسات بعض الحقوق والالتزامات؛ لكل من مُقدّمي الخدمة أو مُستّخدمي الشّبكة على حدّ السّواء.[7]

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص205.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق؟، مرجع سابق، ص47.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص302.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق ؟، مرجع سابق، ص44.

(5) Filali (O), les principes généraux de la Lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique a national, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé, tom 224, p13.

(6) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص202.

(7) أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1663.

وفي هذا المقام نجد العقود النّموذجية "contrats types"، التّي تعتّبر مجموعة من الشّروط العامة التّي استقرّت في عادات التّجارة الدّولية، وهذه الشّروط يتّفق عليها تجار سّلعة معيّنة ويخصّصونها في منطقة جغرافية معيّنة، وقد انتّشرت هذه الشّروط العامة في الوقت الحاضر، حتّى صارت تشمل أنواعًا عديدة من السّلع، وتغطي مناطق جغرافية شاسّعة مثالها: الشّروط العامّة التّي وضعتها جمعية لندن لتجارة الغلال[1]. ومن بين الهيئات المهتّمة بإصدار مثل هذه العقود؛ نجد غرفة التّجارة الدولية "CCI" التّي قامت بوضع عقد نموذجي خاص بالتّبادل الإلكتروني للبيانات عبر شبكات الحواسيب الآلية "EDI" [2].

ب/ الأعراف والعادات والمُمارسات المُستّقرة في الأوساط المهنية: استقرّت هذه القواعد في الأواسط المهنية لعالم التّجارة الإلكترونية، نظرًا للممارسات المتواصلة في هذا المجال بين المتّعاملين، وهذا ما ساهم في إنشاء قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني[3]، وذلك بطريقة تلقائية من خلال ما استقرّ عليه من أعراف وعادات، بالإضافة إلى أنّ العُرف يتلاءم مع التّطور السّريع والمُتلاحق في مجال العقود الإلكترونية؛ على خلاف القوانين الوضعية التّقليدية التّي تتّصف بالبطء[4].

ويُلاحظ أنّ الأعراف غالبًا ما تكون خاصة بكل نوع من التّعامل، فهناك أعراف وعادات وممارسات سائدة في مجال التّجارة الإلكترونية، والدعاية والتّرويج للسّلع والخدمات، وأخرى في مجال حماية الحياة الخاصّة أو حماية المستهلكين، أو الحفاظ على الملكية الفكرية[5].

ج/ تقنينات السّلوك "les codes de conduites ": إنّ تقنينات أو قواعد السّلوك هي عبارة عن القواعد والأحكام التّي يتّم وضعها من قبل الهيئات والمؤسسات، التّي تسعى للحفاظ على نظام أخلاقي قويم في التّعامل عبر شبكة الأنترنت[6].

---

(1) إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص308.

(2) Ghazouani Chiheb: les contrats de commerce électronique international panthéon- Assas (Paris II), droit –économie –sciences sociales 2008, publié, 1ere édition , Tunis, Latrache édition, 2011, p282.

(3) خليفي سمير، القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص252.

(4) Vincent Gautrais," le contrat électronique international : encadrement juridique", édition Bruylant, 2éme partie, Bruxelles, p287.

أنظر كذلك: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص401.

(5) أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق؟، مرجع سابق، ص ص43- 44.

(6) أحمد هواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق، ص1663.

ومن هذا المنطلق تتمثّل أهم هذه المبادئ: في عدم استخدام الحاسب في إلحاق الأذى بالآخرين، أو التّدخّل في العمل المعلوماتي للآخرين، أو استخدامه في السّرقة أو انتحال مصنّفات الغير، أو التّفتيش والبحث في البطاقات الائتمانية الخاصّة بالآخرين[1].

وتأسيسًا على ذلك من القواعد التّي يمكن الاسترشاد بها في مجال التّبادل الإلكتروني للمعلومات، نجد القواعد المُوحّدة بشأن خطابات النّقل البحري"lettres de transport maritimes"، وهذه القواعد تطبّق على عقد النّقل سواءً كان مكتوبًا أم لا، وعلى سند الشّحن أو الوثيقة المُماثلة سواءً كانت مكتوبة أم لا.[2]

ب/ المجموعة الثانية: القواعد الموضوعية ذات الطّابع الاتفاقي الدّولي: تعدّ الاتفاقيات الدّولية من أهم السّبل التّي من شأنها الحدّ من مسألة تنازع القوانين على مستوى العالم، انطلاقًا من أنّها تُمكِّن من خلق قواعد مُوحّدة على مستوى أطراف هذه الاتفاقيات[3]. ومن تلك الاتفاقيات نذكر، اتفاقية مجلس أوربا رقم 108 الخاصّة بحماية البيانات ذات الطّابع الشّخصي وتدفقها عبر الحدود والمُعتمدة عام 1981، إضافة إلى قواعد الاتحاد الأوربي عن طريق القرار اللاّئحي، أو ما يسمّى تشريع بروكسل رقم 2001/44 بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف بتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتّجارية[4].

وتجدر الإشارة إلى أنّ من أهم المساعي في مجال توحيد العمل على انسجام القواعد الموضوعية، نجد جهود لجنة الأمم المتّحدة للتّجارة الدولية، التّي أصدرت القانون النّموذجي للتّجارة الإلكترونية سنة 1996[5].

فضلاً عن ذلك تمّ تشكيل فريق عمل من قبل لجنة الأمم المتّحدة للقانون التّجاري الدولي، كان هدفه تسهيل إجراءات التّجارة الدولية تحت مُسمىW.P.4/-CCE/NU، وذلك بتذليل الصّعوبات القانونية المُرتّبطة بالمعطيات المعلوماتية.

ولكن لا يفوتنا أن ننوّه، أنّه صدرت عدّة توصيات كان أهمها:

- التّوصية رقم (14) الصّادرة في الدّورة التّاسعة عام 1979 في شأن الاعتداد بالمُستّندات التّجارية التّي تصدر بالوسائل الأخرى غير الكتابة، واعتبارها مستّندات رسمية.

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص401.

(2) Theodore Schultz, "Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne", Emile Bruyant, S.A, Bruxelles, éd 2005, p123

(3) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص397.

(4) بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص399.

(5) خليفي سمير، القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص251.

- التّوصية رقم (26) بخصوص تسهيل استخدام المعطيات المعلوماتية لنموذج؛ عبارة عن عقد نموذجي المُعدّ لذلك[1].

ومن هذا المنطلق، يُفتّرض وجود نوع من التّنسيق والتّعاون بين مختلف المنظّمات الدّولية، للمساهمة في بناء متكامل لمجموعة قواعد تنظيم التّجارة الإلكترونية، كالمنظمة العالمية للملكية الفكرية"WIPO"؛ وهي منظمة تكرّس جهودها للتّشجيع على استخدام وحماية حقوق الملكية الفكرية[2].

وفي هذا المقام نجد أيضًا منظمة التّجارة العالمية "WTO" ومؤسسة التّحويل الدولية "IFC" ومؤتمر الأمم المتّحدة بشأن التّجارة والتنمية "UNCTAD"، ومنظمة التّعاون الاقتصادي والتنمية "OECD" وبنك التّسويات الدولية"BIS" والاتحاد الدولي للاتصالات "ITU"[3]، ويُلاحظ أنّ هذه الآليات الدولية بالإضافة إلى محاولتها تخطّي مشكّلة تنازع القوانين، فإنّها تسعى إلى إقامة قانون مُشترّك حقيقي مُستّمد من الأعراف الدولية[4].

وفي مقابل ذلك ما يُعاب على الاتفاقيات الدّولية تبنيها لحلول تقليدية؛ لأنّها تحاول دائما التّوفيق بين إرادات الدول المتعاقدة، بالإضافة إلى الوقت الذي تأخذه للتّحضير لانعقادها، وعدم المُرونة في إجراء التّعديل عليها.[5]

الفرع الثاني:

دور القانون الموضوعي الإلكتروني في تفعيل الحماية للمستهلك الإلكتروني

ومن البديهي أنّ القواعد المادية للتجارة الإلكترونية على اختلاف مصادرها، على النّحو السّابق بيانه، ونظرًا لما تتمتّع به من خصائص، كانت محطّ اهتمام جلّ المهتّمين بالتّجارة الإلكترونية[6]، لذا تباينت آراء الفقهاء بصدد تحديد الطّبيعة القانونية للقانون الموضوعي، وما إن كان يتمتّع بصفة النّظام القانوني أم لا ؟ ومدى فعالية أو نجاعة هذه القواعد الموضوعية في تكريس حماية قانونية للمستهلك الإلكتروني؛ بإيجاد حلّ للتّنازع حول القانون الواجب التّطبيق.

---

(1) حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية : أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص ص170 -171.

(2) سمير دنون، مرجع سابق، ص227.

(3) مرجع نفسه، ص228.

(4) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص361.

(5) مرجع نفسه، ص362.

(6) ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص410.

أولا: الطبيعة القانونية للقانون الموضوعي الإلكتروني الدّولي: إنّ تحديد الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، انبثق عنها ظهور اتجاهين فقهيين؛ اختلّفا بين مُؤيد ومُعارض لفكرة مدى تكوين القواعد المادية في القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني بالمعنى الدقيق[1].

1/ تمتّع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النّظام القانوني: ذهب اتجاه من الفقه إلى الإقرار للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية بقدرّتها على تكوين نظام قانوني مستقّل، يوازي النّظام القانوني الذي تضعه الدولة، بقصد أو بهدف تنظيم الرّوابط القانونية بين الأفراد، ومن ثمّة تعدّ كافية بذاتها للتّطبيق على النّزاع[2].

وناهيك عن ذلك تتشكّل هذه القواعد؛ من العادات والمُمارسات المُستقّر العمل بها في المُجتّمع الافتراضي، هذا الأخير هو مجتمع دولي حقيقي، يتولّى أعضاؤه وضع قواعده، وله قضاء مستقّل وعادات افتراضية وأحكام إلزامية، تفرض على مُخالفيها جزاء[3].

2/ نفي صفة النّظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني: اتّجه بعض الفقه إلى القول بأنّ القواعد الدولية المادية الإلكترونية، تعدّ قواعد مُكمّلة للقانون الواجب التّطبيق على النّزاع، باعتبارها تتضمّن حلولاً لمسائل معيّنة كثيرة الحدوث في نطاق التّجارة الدّولية، إلاّ أنّها لا تعتّبر قواعد قانونية مُتكاملة كافية بذاتها، لتطبّق على منازعات عقود التّجارة الإلكترونية.

وعليه وفقًا لهذا الاتجاه، فإنّ القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لا تعدّ نظامًا قانونيًا مستقّلاً عن غيره من الأنظمة القانونية، فمن السّابق لأوانه إعطاء أيّ دلائل ذات قيمة، تحدّد نطاق وجود هذا القانون، فمازال هذا القانون في بدايته[4].

ومن جملة **الانتقادات** التّي تعرّض لها القانون الموضوعي الإلكتروني نذكر:

- أنّ القواعد المادية وُضعت على أساس اتفاقي بين المتّعاملين في هذا المجال، ممّا أدى إلى افتقار هذه القواعد لعنصر الالزام والجزاء الذي يكفل احترامها[5].

(1) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص195.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص62.

(3) حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية : أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مرجع سابق، ص ص180 -181.

(4) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص195.

(5) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص64.

- أنّ القانون الموضوعي الإلكتروني يقوم على افتراض وجود مجتمع افتراضي مُتماسك ومتجانس، لكن هذا الفرض يُنافي الواقع؛ على اعتبار أنّ جماعة الأنترنت لا تشكّل جماعة متماسكة، فهم في الغالب لا يعرفون بعضهم البعض ولا يربطهم رباط واحد، فهم ينتّمون لفئات متنوّعة من تجار وفنيين ومهنيين، لكل واحد منهم جنسية دولته، وتحاول هذه الأخيرة حماية مواطنيها وفرض سيادتها في حلّ مشكّلات تنازع القوانين، لذا يصعب تصوّر وجود مجتّمع افتراضي مستّقل عن كل الدّول[1].

وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، نصل إلى أنّ الطبيعة الدّولية للأنترنت تقتّضي تبنّي مفاهيم فنيّة وقانونية، تساير التّطورات التّكنولوجية وجماعة مستّخدمي الأنترنت، من أجل تطوير مفهوم العادات الدولية السّائدة في عالم الفضاء الإلكتروني، وتسمح باعتناق قواعد السّلوك الجيّد النّابعة من مختّلف الأنظّمة، والتّي تملك في مُجملها قوة التّطبيق داخل جماعة الأنترنت، فضلاً عن ضرورة اتصافها بالمُرونة اللاّزمة لاحتواء كافة المُتّطلّبات، التّي تفرضها المعاملات الرّقمية[2].

وبالتّالي وجب التّفكير والعمل على وضع قانون مُوحّد للمعاملات الإلكترونية؛ يُواكب المُستّجدات المُتزايدة التّي تشهدها، ويضع حدّا لكل النّزاعات المُثارة بصّدد العقود الإلكترونية الاستهلاكية.

ثانيا: تأثير مقتضيات حماية المستهلك على تحديد الاختصاص التّشريعي لعقود التجارة الإلكترونية:

تجدر الإشارة إلى أنّ عقود الاستهلاك الإلكترونية تتّم من خلال شبكة الأنترنت، لذلك فهي في الغالب عقود دولية تنتّمي لأكثر من نظام قانوني، ممّا يثير مشكلة تنازع القوانين، ويتلازم مع هذه المشكّلة ضرورة تحديد القانون الواجب التّطبيق على منازعات الاستهلاك الإلكترونية[3].

وفي هذا المقام يحاول المهنيين من خلال شّبكة الأنترنت فرض مراكز قانونية، ونظرًا لأنّ أكثرهم على دراية بتطبيقات بعض النّظم القانونية؛ فإنّهم قد يلجؤون إلى فرض قانون خاص يحكم العلاقة التّعاقدية، ممّا يجعلهم في وضع قوي مقارنة بالمستهلك، هذا الأخير الذي تضع قوانين دولته آليات تشريعية لحمايته، لكن تعسّف المهنّي يدفعه إلى إبعاد تلك القوانين الوطنية من التّطبيق، عند اختيار القانون الواجب التّطبيق لحكم العلاقة التّعاقدية التّي تربطهما[4].

---

(1) أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص1663.

(2) Theodore Schultz, Op. cit., P105.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص447.

(4) أيمن أحمد محمد الدلوع، مرجع سابق، ص136.

ومن هذا المنطلق تبرز أهمية تطبيق قانون محل الإقامة المعتّاد للمستهلك، على المنازعات التّي تثور بصدد عقد الاستهلاك المُبرّم على شبكة الأنترنت، في حالة غياب الاتفاق الصّريح أو الضّمني على تحديد القانون الواجب التطبيق[1].

ولا مناص من القول أنّ تطبيق القوانين الموجودة بالفعل في شأن حماية المستهلك، تُقابلها صعوبة أخرى تتمثّل في الشّرط الذي يقضي بضرورة قيام المستّهلك باتخاذ الإجراءات الرئيسية، لإبرام العقد في الدولة التّي يقع بها محل إقامته، لأنّه في نطاق المعاملات الإلكترونية لا توجد أهمية حقيقية للنهاية الطّرفيّة التّي يوجد بها المستهلك، ولأنّ الأشياء الموضوعة للتّعامل يمكن طلبها بطريقة إلكترونية من أي مكان في العالم.

وفضلاً عن ذلك فالطبيعة الافتراضية للمعاملات الإلكترونية، جعلت من قاعدة الإسناد الخاصّة بقانون دولة محل إقامة المستهلك؛ غير مجدّية في إرساء حماية حقيقية للمستهلك[2]، وعليه فإنّه في عقود التّجارة الإلكترونية التّي يكون أحد أطرافها مستهلكًا، يمكن للقاضي تطبيق قاعدة الإسناد الخاصّة بحماية المستهلك والمستّقرة في القوانين المُقارنة، والتّي تجعل الاختصاص للقانون الأصلح للمستهلك[3]، سواء كان قانون الإرادة المُتّفق عليه، أو قانون دولة محل الإقامة المُعتادة للمستهلك[4].

ولذلك ينبغي– كما يرى اتجاه فقهي ومنهم الأستاذ مراد محمود يوسف مطلق ونحن نؤيده - وضع قواعد قانونية وطنية؛ مُستقاة من اقتراح عام دولي كالأونيسترال، بحيث تُشكّل هذه القواعد المرجع العام الذي يتطلّب من الدول وضع قواعد وطنية، شريطة أن تكون مُتّفقة مع تشريعاتها الوطنية من جهة، مع لزوم مراعاة القواعد المُوحّدة وضرورة تعديل تشريعاتها الوطنية، بشكل يضمن احترام القواعد المُقتّرحة ضمن الاتفاقية الدّولية من جهة أخرى، وبالتّالي يُعدّ هذا الاتجاه من أنجع الاقتراحات للخروج من إشكالية تحديد القانون الواجب التّطبيق على منازعات الاستهلاك الإلكترونية[5].

---

(1) أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص31.

(2) صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، مرجع سابق، ص366.

(3) وقد أخذت اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين لعام 1980، بضابط القانون الأصلح للمستهلك، بمقتضى المادة 06 ف01، حيث نصّت :" القانون الذي اختاره الأطراف يكون واجب التّطبيق على البيوع الواردة في هذه الاتفاقية، دون أن يترتّب على هذا الاختيار حرمان المستهلك من الحماية التّي تقرّرها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة ". وهو نفس الاتجاه الذي تبنّته المادة 05 من اتفاقية روما لسنة 1980. لمزيد من التفصيل راجع: أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص413- 414.

(4) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص457.

(5) مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص384.

وفي هذا الإطار أدرك القائمون على عقود التّجارة الإلكترونية، أنّهم في حاجة إلى أداة فنيّة متخصّصة، تقوم مقام قضاء الدولة في الفصل في منازعات عقود التّجارة الدولية الإلكترونية، بعيدًا عن قضاء الدولة والقيود الإجرائية التّي يستلزمها، فظهر ما أصبح يُعرّف اليوم بقضاء التّحكيم؛ وأصبح هذا الأخير واحد من الأدوات الفعّالة، والتّي ساهمت بشكل كبير في بلورة وإرساء القانون الموضوعي للتجارة الدولية، والذي أضحى مُنافسًا خطيرًا لمنهج قواعد تنازع القوانين؛ ليس فقط بتخصّصه في مجال التّجارة الدولية، وإنّما لعدم ملاءمة وعجز قواعد التّنازع الدّاخلية، لمواجهة التّطورات السّريعة لمقتّضيات حل منازعات عقود الاستهلاك الإلكترونية[1].

وحرصًا على ضمان علاقة آمنة بين المستهلك والمُورّد، يلزم توحيد القوانين المُنظّمة للعقد الإلكتروني بكافة جوانبه، كما يمكن أن تلعب بعض الجهات الرسمية ذات الطّابع الدولي هذا الدور دونما مقابل، حتّى يمكّن أن تستّقر المعاملات التّي تتّم عبر الوسائل الإلكترونية في ظلّ سيطرة آمنة [2].

واستخلاصًا لما سلف، وبعد التّطرّق لقواعد الإسناد التّقليدية ومحاولة تطبيقها على العقود الإلكترونية وجدنا صعوبة، لأنّ قاعدة الإسناد التّقليدية – العادية - تقوم على فكرة تركيز العقد تركيزًا مكانيًا في دائرة اختصاص أحد القوانين المُتنازِعة، وبالتّالي تطبيق قانون المكان أو البلد الذي يرتّبط بالعقد بأوثق الرّوابط، مثل مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ الجانب الجوهري من العقد، أو المكان الذي يوجد فيه موطن المدين في الالتزام الرئيسي. ومن زاوية أخرى نجد أنّ الخصوصيات التّي تتميّز بها العقود الإلكترونية؛ كونها تُبرم وتُنفّذ أيضًا في بيئة إلكترونية غير ملموسة، تجعل من الصّعب تركيز العقد مكانيًا، حيث أنّ التّعامل يجري بين نظم معلومات ومواقع ليس من السّهل تحديد مكانها، وبالتّالي مكان انعقاد العقد، وناهيك عن ذلك تجعل طبيعة التّعامل من خلال هذه النّظم من الصّعب الالتزام بالمعايير التّقليدية، التّي يتحدّد بها الطّرف الذي يقع عليه تنفيذ الالتزام الجوهري أو الرئيسي.[3]

(1) يوسف مسعودي، " القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني"، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصّة في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، يومي 21- 22 أفريل 2010، ص ص152-153.

(2) Thierry Piette- Coudol, la signature électronique, Litec, Paris, 2001, p64.

(3) سيد محمد سيد شعراوي، مرجع سابق، ص ص525- 526.

وعليه فإعمال منهج قاعدة الإسناد يثير الكثير من الصّعوبات أمام القاضي، حال تطبيقه على منازعات العقود الإلكترونية، وقد استطاعت القواعد المادّية للتّجارة الإلكترونية؛ كتنظيم ذاتي للبيئة الرّقمية تجاوز - نوعًا ما - قصور منهج قاعدة الإسناد[1].

(1) لمسك محمد، مرجع سابق، ص33.

ونافلة القول في هذا الفصل أنّ عقد البيع الإلكتروني المُبرم عبر الأنترنت، يندرج ضمن طائفة العقود المُبرمة عن بُعد، فهو عقد يتميّز بخاصية انعدام التّعاصر المادي بين طرفيه المُورّد الإلكتروني والمستهلك، إضافة إلى قيامه على دعامات غير ورقية، ممّا يثير إشكاليات عدّة منها مسألة تحديد الاختصاص القضائي والتّشريعي لحسم المُنازعات النّاتجة عن تنفيذه.

ومن الجدير بالملاحظة أنّ مسألة تحديد الاختصاص القضائي لنظر منازعات الاستهلاك الإلكترونية، لا تقلّ أهمية عن تحديد القانون الواجب التّطبيق على النّزاع، لما للأمرين من أهمية بالغة في حماية حقوق الأطراف.

ونحن بدورنا نؤيّد الرأي الذي اتجه إليه أغلبية الفقهاء فيما يخص القانون الواجب التّطبيق؛ ألا وهو تحديد هذا القانون بواسطة الأطراف، كذلك يعدّ الحل الأفضل فيما يخص تحديد المحكمة المختّصة، ونرى ضرورة إدراج تحديد هذا الاختصاص في صلب العقد، على أن يسبّق ذلك تعديلات تشريعية في القوانين المُنظِّمة لإجراءات التّقاضي، وعلاوة على ذلك يجب أن تشمل قوانين التّجارة الإلكترونية نصوصًا تنظّم تحديد الاختصاص القضائي، أو على الأقل الإشارة إلى حماية المستهلكين.

وفي واقع الأمر هذا التّنظيم الدّاخلي أو الوطني لعقد البيع الإلكتروني لا يكون كافيًا، ولذلك يجب الأخذ في الحسبان ضرورة الاتفاق دوليًا على بعض القواعد القانونية، التّي تنظّم عقد البيع الإلكتروني الاستهلاكي. وفي هذا الإطار ينبّغي توحيد المجهودات الدّولية سواء على المستوى الدولي أو على المستوى الداخلي؛ وتكون بمثابة توقيع لشهادة ميلاد مرجع دولي ثابت لحلّ مشكلة التّنازع في عقود التجارة الإلكترونية، ومن خلال منظّمة دولية كالأمم المتّحدّة، وحرصًا على وضع قواعد دولية ثابتة، وإنشاء هيئة استشارية يُناط بها تفسير النّصوص الغامضة تفسيرًا مُلزمًا، من خلال آلية مُنظّمة يتّم النص عليها في تلك الاتفاقية.

خـــاتمـــة

نخلص من خلال دراسة موضوع حماية المتعاقد أثناء تنفيذ العقد المُبرم عن طريق الأنترنت، أنّ عقود البيع عبر شبكة الأنترنت تتّم عن بُعد دون الحضور المادي لأطراف العقد، وفضلاً عن ذلك تتميّز بصفة التّفاعلية التّي تسمح بوجود افتراضي للمتعاملين، ممّا يؤدي إلى إبرام العقد وتنفيذه. ونظرًا للطّابع الدّولي لهذه العقود فإنّها تُواجه العديد من المشكّلات القانونية، وممّا لا شكّ فيه أنّ الطّبيعة الخاصّة للعقود الإلكترونية التّي تمثّل صورة من صور التّعاقد عن بُعد قد فرضت قواعد خاصّة، أقرّتها العديد من تشريعات الدول – وخاصة المتقدّمة منها – باتجاه حماية مصلحة من يعدّونه الطّرف الضّعيف والأولى بالرّعاية وهو المستهلك. وتأسيسًا على ذلك تضمّنت هذه التّشريعات نصوصًا ذات طبيعة آمرة، تشكّل في مُجملها إطارًا قانونيًا لحماية هذا المستهلك.

وتجدر الإشارة أنّ آثار العقد المُبرم عبر الأنترنت، ما هي إلاّ آثار عقد البيع في صورته التّقليدية، والتّي تنقسم إلى التزامات تقع على عاتق البائع؛ كالتزامه بنقل الملكية، تسليم المبيع، ضمان التعرّض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وأخرى تقع على المشتري كالتزامه بدّفع الثمن.

وبطبيعة الحال فإنّ وجوب تنفيذ الالتزامات التّعاقدية يقع إذا ما تمّ انعقاد العقد صحيحًا، فالقوة المُلزّمة للعقد تقتّضي قيام كل طرف فيه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات، الأمر الذي أوجد تحدّيًا جديدًا أمام تطويع الأنظمة القانونية؛ التّي تنظّم التزامات المُنتّج أو مقدّم الخدمة وأيضًا المستهلك في العقود التّقليدية، وفي مقابل ذلك إيجاد أنظمة قانونية جديدة تتّفق ووسائل التّنفيذ في شكلها الجديد.

ولتوضيح ذلك لا يكاد يتميّز العقد الالكتروني إلاّ من حيث تنفيذ العميل لالتزامه بالوفاء بالثّمن، ويرجع ذلك بصفة خاصّة إلى أنّ الوفاء يتّم هنا عن بُعد من خلال ما يسمى بالوفاء الإلكتروني.

وعلاوة على ذلك نجد أنّ محل بعض العقود يعتّبر أشياء غير مادية، يتّم تسليمها عبر الوسائط الإلكترونية، وفي هذا المقام تشكّل هذه اختلافات تميّز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود العادية، والتّي يعدّ عادة محل التّعاقد فيها أشياء مادية يتّم تسليمها بالطّرق العادية التّقليدية، كما يتّم الوفاء بثمنها عن طريق النّقود التّقليدية. وعلى العكس من ذلك أصبح هذا النّوع من الوفاء الرّقمي عرضة لمخاطر السّرقة، والقرصنة والاختراق عبر الشّبكة، ونتيجة ذلك استّلزم الأمر إيجاد أنظمة تؤمّنه عبر شبكة الأنترنت.

استنادًا إلى ما سبق يمكن تحديد **نتائج هذه الدّراسة، وإبداء مُجمل الملاحظات** في النّقاط التّالية:

- أبرزنا بعض المظاهر والتّطبيقات التّي جاءت بها القوانين؛ سواء الوطنية منها أو المُقارنة لنبيّن مدى حماية المستهلك في إطار هذه القوانين، فحماية المستهلك في الجزائر لم ترق إلى المستوى المطلوب الذي يتطلّع إليه المستهلك، وإن كان قانون التّجارة الإلكترونية لعام 2018 لم يتناول المسائل التّي يثيرها التّعاقد عن بُعد.

- بالنّظر للتّطور في الطّابع الفنّي للسّلع والخدمات وظهور صيّغ تعاقدية جديدة، فإنّ من المُتصوّر أن يُقدِّم المستهلك على إبرام العقد مُتأثِّرا بوسائل الدّعاية والإعلان، ونتيجة ذلك يأتي تعاقده مُتسرِّعا دون تمهّل، وعليه يصبح التّعاقد في غير صالحه، ومن ثمّ يريد التّخلص من العقد والعدول عنه، وهو ما لا يتحقّق في ظل القواعد العامة لأنّها تثبّت للعقد قوتّه المُلزمة، ولا تجيز لأي من عاقديه أن يتحلّل منه بإرادته المنفردة.

- وفي هذا المقام ولكي يستّفيد المستهلك المُذعَن من حماية في مواجهة الشّروط التّعسفية- خاصة للحدّ والإعفاء منها- ينبّغي تبنّي مفهومًا واسعًا لعقود الإذعان؛ من اعتباره عقد ينفّرد بتنظيمه المُورّد الإلكتروني مُسبقًا، وتنعدم سّمة التّفاوض وتُصاغ بنود العقد بطريقة جامدة، لا تقبل المراجعة أو التّعديل من الطّرف المُذعَن- وليس حصرها فقط فيما يتعلّق بمسألة الاحتكار القانوني للسّلع والخدمات- مستّغلاً قوّته بوضع شروط لمصلحته، على حساب المستهلك ممّا ينجرّ عليه اختلال التّوازن العقدي.

- أمّا الالتزام بالتّسليم فإنّه تأثّر كذلك بالمعلوماتية، حيث أصبح التّسليم الإلكتروني يتميّز تنفيذه عن بُعد، بواسطة شبكة الأنترنت دون التقاء الأطراف، وبذلك التّسليم الإلكتروني أضحى يكتّسي معنًا جديدًا في ظل عقد البيع الإلكتروني، إذ مكّن التّبادل التّجاري عبر شبكة الأنترنت من تسليم السّلع والخدمات عن بُعد، دون الاتصال المُباشر بين أطراف العقد لتلك السّلع والخدمات، القابلة للتّرقيم والإرسال عبر شبكة الأنترنت، وفي نفس الصّدد يمثّل التّسليم عن بُعد أحد الجوانب التّي سهّلت تجاوز الحدود الجغرافية، والقيود الجمركية والضريبية في تبادل السّلع والخدمات. وبطبيعة الحال يتّم التّسليم بوضع المبيع تحت تصرّف المشتري، ويجب أن يكون ما تمّ تسليمه للمشتّري مُطابقا لما تمّ الاتفاق عليه، وأن يضمن تحقيق سلامة المستهلك؛ وذلك بضمان سلامة وأمان المنتّجات والخدمات المعروضة.

- وعلى العكس من ذلك فالمشرّع لم يتول مُعالجة الالتزام بضمان السّلامة، بشكل مستّقل ضمن أحكام القانون المدني، مكتّفيًا بقواعد ضمان العيب الخفي في عقد البيع، التّي تهدف إلى تحقيق التّوازن

الاقتصادي للعقد وفقًا لشروط معيّنة، وعليه فهذه القواعد لا ترقى لمستوى تحقيق ضمان السّلامة للمستهلك الإلكتروني. وتماشيًا مع ما تمّ ذكره، ينبّغي اعتماد المسؤولية الموضوعية دون البحث عن وجود الخطأ، ضمن نصوص قانون حماية المستهلك، أسوة بالدول الأوربية والتّي أدمجت التّوجيهات الأوربية في قوانينها المدنية، أو ضمن قوانين حماية المستهلك.

- لم تنظّم قوانين التجارة الإلكترونية في معظمها كيفية تنفيذ عقود التّجارة الإلكترونية، وإن كانت معظم هذه القوانين تحدّثت عن الوفاء الإلكتروني، واعتّمدت الأموال القابلة للتّداول إلكترونيا. وتجدر الإشارة أنّ التزام البائع بتقديم سلعة أو خدمة، يكون بمقابل التزام المشتري الوفاء بثمنها، وفي هذا المقام يكون الوفاء في المعاملات الإلكترونية عن طريق وسائل غير تلك المستّعملة في المعاملات التّقليدية، وذلك لتسهيل التّعامل الإلكتروني، وبناء على ذلك يعدّ السّداد الإلكتروني هو الأنسب لملاءمته مع طبيعة هذه المعاملات. وفي نفس الصّدد نشير إلى أنّه من بين التّقنيات المستّخدمة في الوفاء الرّقمي نجد النقود الإلكترونية، الأوراق التجارية الإلكترونية والبطاقات البلاستيكية؛ وهي الأكثر استعمالاً كونها تتميّز بالأمان والثّقة، من خلال الرّقم السرّي الخاص بكل عميل؛ والذي يتّم إعداده وتسليمه للعميل حامل البطاقة بطريقة مُحكّمة وسرّية.

- ولا مناص من القول أنّ حماية أنشطة التجارة الإلكترونية، وتحديدًا أنشطة الوفاء بالثّمن والدّفع عبر الخط، ونقل المال والمعلومات المالية وسائر أنشطة البنوك الإلكترونية، تستّلزم حلول أمن تقنيّة متميّزة ومتجدّدة وشاملة، كما تستّلزم حماية قانونية وتدخلاً تشريعيًا لتجريم كافة صور جرائم الكمبيوتر، وتحديدًا اختراق النّظم دون تصريح، والتقاط المعلومات وإعادة استخدامها للحصول على منفعة، كذلك إعادة بناء البطاقات المالية وأنشطة الغشّ المعلوماتي، واحتيال الكمبيوتر وأنشطة التّزوير في عالم التّقنية. ومن هذا المنطلق تأتي أهمية التّشفير لمنع مُرتّكبي جرائم الاختراق والاحتيال الإلكتروني، من ارتكاب جرائمهم ضدّ هذه التّعاملات الإلكترونية، وفي مقابل ذلك ضمان خصوصية تعاملات الأطراف ومنع أية تعديلات عليها.

- وعليه يجب تأمين وسائل الدّفع الإلكتروني، وتأمين المواقع الإلكترونية للتّجار وتأمين العمليات المصرفية الإلكترونية، وذلك حرصًا على زيادة ثقة المستهلك في التّعاملات الإلكترونية، واستخدام الوسائل التّقنية لحماية التّعاملات الإلكترونية، كتشفير البيانات واستخدام التّوقيع الإلكتروني، ومن الضّروري وجود طرف ثالث موثوق فيه يضمن التّحقق من أشخاص أطراف العقد.

- إنّ القواعد العامة في المسؤولية المدنية سواء العقدية أو التّقصيرية، لا تكفي لإضفاء الحماية وتحقيق الأمن القانوني للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، وغيرها من المعاملات التّي تتّم بطريقة افتراضية، وذلك لتعقيد وسائل التّكنولوجيا الحديثة والتّي يصعب تنزيلها وإثبات اختلالاتها، في حالات المسؤولية المدنية في مجال التّوقيع الإلكتروني. ولمزيد من الحماية خاصّة عند السّداد الإلكتروني وإضفاء القوة الثّبوتية للمعاملات الإلكترونية، كانت الحاجة إلى اللّجوء للتّوقيع الإلكتروني؛ كأهم وسيلة تُساهم في تأمين المعاملات الإلكترونية.

- وفضلاً عن ذلك، فإنّ هذه المسائل لا تنفك عن الصّراع بين قواعد الإسناد التّقليدية وبين المُستّجدات التّقنيّة في مجال التّعاقد، ممّا يجعل ضرورة البحث فيها، لتقرير مدى صّلاحيتها في تحديد القانون الواجب التّطبيق على العقود الإلكترونية. فبالرّغم من المحاولات التّي بُذلت من أجل تطويعها للانطباق على عقود التجارة الإلكترونية، إلاّ أنّها لم تصل إلى تذليل كافة الصّعوبات المنبّثقة عن استخدام الشّبكة الافتراضية في التّعاقد. وجدير بالذكر أنّ هذه الصّعوبات التّي تعتّرض تطبيق الاختصاص التّشريعي التّقليدي على العقد الاستهلاكي الإلكتروني، دفعت للبحث عن قانون موضوعي إلكتروني دولي لحكم تلك المنازعات، وفي واقع الأمر لا يُعدّ هذا القانون حلاً منطقيًا لمشكلة التّنازع القانوني للعقود الإلكترونية، إذ يكتّنفه النّقص والغموض، ولا يشكّل نظامًا قانونيًا كاملاً ومستّقلاً، لحكم العقود التجارية الإلكترونية الدولية، وعلاوة على ذلك عجزه عن الإلمام بكل جوانبه، ومن هذا المنطلق لازالت الحاجة قائمة لإيجاد قواعد قانون دولي خاص، لضبط معايير الاختصاص القضائي في هذه المعاملات.

وتماشيا مع ما تمّ ذكره، لا بأس من إدراج **بعض الاقتراحات والتّوصيات**، التّي نجد أنّها ضرورية لتحقيق الحماية للمستهلك المتعاقد الإلكتروني بصفة خاصّة، تفاديًا لنشوب العديد من النّزاعات التّي تُثار أثناء تنفيذ العقد المُبرم عن بُعد، هذه التّوصيات منها ما يتعلّق بضرورة التّدخل التّشريعي لمُواكبة التّطور التّكنولوجي على المستويين الداخلي والدولي، ومنها أيضًا ما يرتّبط بالجانب التّقني، وعليه يمكن إجمال هذه الاقتراحات والتّوصيات في النقاط التّالية:

- ضرورة اقتداء المشرّع الجزائري بالتّشريعات المُقارنة، وتجاربها في هذا الميدان- التّعاقد عن بُعد- والسّير على نهجها. ويجب السّعي نحو التّشريعات المُوحّدة ذات الطّابع الإقليمي والدولي، والخاصّة بقضايا الإثبات والمعاملات الإلكترونية، وتعديل القانون الدّاخلي بما يتوافق مع تلك التّشريعات، ممّا يمكن أن يساهم في ازدهار التجارة الإلكترونية، إذ أنّ ايجاد الحلول للمشكلات القانونية التّي تعتّرضها، يجعل المتّعاملين في هذه التّجارة يقدّمون على التّعامل فيها باطمئنان أكبر.

- الحاجة إلى نصوص تشريعية تتعلّق بالتّصرفات القانونية الرّقمية، التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت، وبما يتوافق مع خصائصها النّوعية، حيث أنّ تحقيق التّوازن الموضوعي بين المُورّد والمستهلك لن يكون إلاّ بالتّدخّل التّشريعي، وإبداء الاهتمام بالعمليات الاستهلاكية الإلكترونية، وضرورة إحاطتها بضمانات هدفها حماية الطّرف الضّعيف – المستهلك –

- تحيين نصوص التّقنين المدني المُنظِّمة لالتزامات البائع، بما يتماشى مع الطّبيعة اللاّمادية للتّعاقد عن بُعد، مع ضرورة إصدار نص تنظيمي يتعلّق بكيفية ممارسة التّسليم وحمايته في العقد الإلكتروني، خاصة وأن ّالتّسليم يكون عبر الخط، كما يكون حكميًا في هذا النّوع من التّعاقد.

- أما فيما يتعلّق بحق المستهلك في العدول، نجد أن المشرّع الجزائري لم يُضمِّن قانون حماية المستهلك أي نص مُباشر يتعلّق بخيار العدول؛ فهو آلية قانونية مهمة، ولذلك ينبّغي من المُورّد الإلكتروني إيراد توضيح في العرض الإلكتروني، لكيفية ممارسة المستهلك لحقّه في العدول.

- نوصي المشرّع الجزائري بتبني تعريف مُوسّع للعيب، واعتماده ضمن نصوص قانون حماية المستّهلك، لأنّ عيوب المنتّجات منتّشرة بكثرة حاليًا، وآثارها واضحة على سلامة المستهلك في جسده وأمواله، خاصّة عندما يكون عقد الاستهلاك إلكترونيًا.

- دعم سياسة الدّفع الإلكتروني التّي ينتّهجها المشرّع الجزائري حديثًا، بنصوص تشريعية وقواعد تنظيمية لتأطيرها في كل الميادين.

- ضرورة تحديد القضاء المختّص بنظر المُنازعات التّي تثور عند تنفيذ العقد الإلكتروني صراحة، عند الاتفاق حول بنود العقد بين المتعاملين الإلكترونيين- المُورّدين والمستهلكين-، مع مراعاة اعتبارات حماية المستهلك الإلكتروني، ما دام الطّابع الافتراضي للأنترنت يحول دون توطين العقد في مكان محدّد، أو تسوية تلك المنازعات بعيدًا عن المحاكم الوطنية بواسطة الشّبكات ذاتها.

- كما نقتّرح إدراج نصوص آمرة ضمن المواد المُنظّمة لتنازع القوانين في التّقنين المدني، تقضي بضرورة إدراج المتعاقدين في التّعاملات الإلكترونية بندًا صرّيحًا، يقضي بتحديد القانون الواجب التّطبيق، وفي حالة خلو العقد من مثل هذا الاتفاق، فإنّه يتعيّن الرّجوع إلى أسلوب المُؤشِّرات أو عوامل الارتباط المُتعارف عليها، أو التّي ينص عليها قانون القاضي الذي طُرح عليه النّزاع.

- وتأسيسًا على ذلك ولتفادي الصّعوبات المتقدّمة، نقتّرح إرساء دعائم التّحكيم الإلكتروني كمخرج للفصل في المنازعات التّي تثور بشّأن التّعاقد الإلكتروني، مع ضرورة تشجيع الأطراف المُتنازعة

باللّجوء إلى استخدام الوسائل البديلة لتّسوية المُنازعات بالطرق الإلكترونية، فضلاً عن تدعيمها بتشريعات خاصّة بإنشاء مراكز ومؤسسات لتّسوية المنازعات.

قـــائمـــــــة

المـــــــراجـــــع

I- المراجع باللغة العربية:

أولا: المؤلفات:

1 / الكتب العامة:

- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشّروط التّعسفية " دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
- أحمد إبراهيم عطية، بطلان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، ط 01، دار الرّاضي للنشر، القاهرة، مصر، 2012.
- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع: العقود التّي تقع على الملكية " البيع والمقايضة "، المجلد01، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1960.
- ـــــــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، 1970.
- ـــــــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول: مصادر الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- ـــــــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع: العقود التّي تقع على الملكية " البيع والمقايضة "، ط 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989.
- ـــــــــــــــــــــــ، قانون العقد الدولي، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضّعيف في القانون الدولي الخاص، ط02، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- أسامة أحمد بدر، العقود المسمّاة: البيع والإيجار، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002 - 2003.

- أسامة أحمد بدر، رمزي رشاد الشّيخ، العقود المسمّاة " البيع والإيجار"، مطبعة جامعة طنطا، مصر، 2008.
- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري: تنازع الاختصاص القضائي الدولي -الجنسية-، الجزء 02، ط05، دار هومة، الجزائر، 2008.
- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد " دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصّة بحماية المستهلك"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2003.
- الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين: المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء1، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2018.
- جابر محجوب علي، خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة "دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والقانونين المصري و الكويتي "، ط02، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
- جابر محمد ظاهر مشاقبة، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصّناعية " دراسة مقارنة "، ط 01، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول: المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- ـــــــــــــــ، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.
- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري " عقد البيع "، الجزء 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

- زاهية سي يوسف، عقد البيع، ط 02، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2000.
- زاهية حورية سي يوسف، المسؤوليّة المدنيّة للمنتّج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2009.
- ـــــــــــــــــــــ، دراسة قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، دار هومة، الجزائر، 2017.
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني" العقود المُسمّاة " المجلد الأول: " عقد البيع "، ط 04، عالم الكتب " نشر وتوزيع وطباعة "، القاهرة، مصر، 1980.
- طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد - دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو 1980-، ط01، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك " دراسة في القانون المدني و المقارن"، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني "عقد البيع"، ط 01، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب01: نظرية العقد "دراسة مقارنة على ضوء التّعديلات الجديدة الواردة في القانون رقم31/08 المتعلّق بحماية المستهلك "، ط 04، دار الأمان، الرباط، المغرب، 2015.
- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية "دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994.
- علي فتاك، حماية المستهلك وتأثير المنافسة على سلامة المنتج، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
- علي فيلالي، الالتزامات " النظرية العامة للعقد "، ط 02، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.

- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج " دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2007.
- محمد الأطرش، القانون الدولي الخاص، ط 02، مطبعة مراكش، المغرب، 2004- 2005.
- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن " دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي"، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.
- محمد حسن قاسم، المُوجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية، مصر، 1996.
- ـــــــــــــ، الوسيط في عقد البيع: في ضوء التوجّهات القضائية والتّشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- ـــــــــــــ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- ـــــــــــــ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدّة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية، مصر2004.
- محمد صبري السّعدي، الواضح في شرح القانون المدني" عقد البيع والمقايضة: دراسة مقارنة في القوانين العربية "، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- محمدي فريدة (زواوي)، المدخل للعلوم القانونية "نظرية الحق"، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000.
- محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك " دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
- محمود علي رحمة، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشّروط التّعسفية، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018.

❖ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق: دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.

❖ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

2/ الكتب المتخصّصة:

❖ إبراهيم بختي، التجارة الإلكترونية: مفاهيم واستراتيجيات التّطبيق في المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

❖ إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التّطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة "، ط 01، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2009.

❖ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المُبرم بوسائل الاتصال الحديثة " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني "، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.

❖ أحمد خالد العجلوني، التّعاقد عن طريق الأنترنت " دراسة مقارنة "، ط01، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتّوزيع، عمان، الأردن، 2002.

❖ أحمد عبد الحي السيد، أحكام التحكيم الإلكتروني، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2019.

❖ أحمد عبد القادر سليمان، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، ط1، دائرة المكتبة الوطنية، إربد، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009.

❖ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي" الإلكتروني، السياحي، البيئي "، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2000.

❖ أحمد عصام منصور، الحماية القانونية للمستهلك في العقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019.

❖ إدريس النوازلي، حماية عقود التجارة الإلكترونية في القانون المغربي" دراسة مقارنة "، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، مراكش، المغرب، 2010.

- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني" دراسة مقارنة "، ط01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
- إسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني، ط 01، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
- أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلّقة بالعقود المُبرمة على شبكة الأنترنت، ط 01، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
- أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التّعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظلّ أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009.
- المختار بن أحمد العطار، العقد الإلكتروني، ط 01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2010.
- المهدي ابن شقرون، حماية المستهلك في عقد البيع عن بُعد، ط01، اغادير للخدمات، المغرب، 2015.
- إلياس ناصيف، العقود الدولية " العقد الإلكتروني في القانون المُقارن"، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- أمجد حمدان الجهني، المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الالكتروني، ط 01، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2010.
- أمير فرج يوسف، الجرائم التّجارية الإلكترونية وأساليب مكافحتها، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2013.
- أيمن أحمد محمد الدلوع، المسؤولية المدنية النّاشئة عن التّعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- إيهاب فوزي السقا، الحماية الجنائية والأمنية لبطاقات الائتمان، ط01، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، 2007.
- باطلي غنية، وسائل الدّفع الإلكترونية، ط 01، دار هومة، الجزائر، 2018.
- حمود محمد غازي الحمادة، العلاقات التّعاقدية النّاشئة عن بطاقات الدّفع الإلكتروني، ط 01، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2018.

- حمودي ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المُبرم عبر الأنترنت "مع التّركيز على عقد البيع الدولي للبضائع"، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني" دراسة مقارنة "، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
- ـــــــــــــــــ، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
- ـــــــــــــــــ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
- ـــــــــــــــــ، إبرام العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة "، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
- خنفوسي عبد العزيز، قانون الدّفع الإلكتروني، ط01، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، الأردن، 2018.
- رضوان جيراني، " الحق في التراجع كآلية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية "، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مؤلف جماعي حول "حماية المستهلك"، ط1، المغرب، 2020.
- زياد إبراهيم النجار، قواعد حماية المستهلك من التغرير والغبن في العقود الإلكترونية " دراسة مقارنة "، ط 02، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2019.
- سعد عدنان العزاوي، حجية الأدلة الإلكترونية في الإثبات المدني " دراسة مقارنة "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2020.
- سمير دنون، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، ط1، المؤسّسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.
- شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتّعاقد والتّوقيع في إطار عقود التّجارة الإلكترونية، ط01، مركز الدّراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.
- صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- صفوان حمزة إبراهيم عيسى الهواري، عقود التجارة الإلكترونية، ط03، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2016.

- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
- ـــــــــــــ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الأنترنت، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2010.
- ـــــــــــــ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التّعاملات التّجارية الإلكترونية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.
- عبد الحميد بسيوني، أساسيات ومبادئ التجارة الإلكترونية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2003.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التّجارة الإلكترونية " الكتاب الأول: نظام التّجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا "، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.
- ـــــــــــــ، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- ـــــــــــــ، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنيت، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2006.
- ـــــــــــــ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول " نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية "، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التوقيع الإلكتروني في مصر والدول العربية، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2012.
- عبد الله الكرجي، صليحة حاجي، التّعاقد الرقمي ونظم الحماية الإلكترونية، ط 01، مكتبة الرشاد، سطات، المغرب، 2015.
- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني" دراسة مقارنة "، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- عبد المجيد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك "عقود الاستهلاك: البيع في الموطن- التعاقد عن بُعد- العقد الالكتروني"، ط 01، مطبعة أميمة، فاس، المغرب، 2006.

- عبير ميخائيل الصّفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، ط 01، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010.
- علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية " دراسة مقارنة "، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.
- علاء محمد عيد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات " دراسة مقارنة "، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الأنترنت "دراسة تحليلية "، ط 01، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- عمرو محمد المارية، عقد البيع الالكتروني" أحكامه وآثاره، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي القانون المدني"، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2017.
- غازي بن فهد بن غازي المزيني، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، ط 01، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، مصر، 2018.
- فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك- دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بُعد "إلكترونيا"-، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
- فاروق محمد أحمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية " دراسة تطبيقية لعقود الأنترنت "، دار النّهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
- فداء يحي أحمد الحمود، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.
- فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الأنترنت ومكافحة الجرائم الالكترونية "دراسة مقارنة"، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- فيصل سعيد الغريب، " التّوقيع الإلكتروني وحجيّته في الإثبات"، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودراسات، القاهرة، مصر، 2005.
- قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2014.

- كريم عزت حسن الشاذلي، النظام القانوني لحماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019.
- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر،2012.
- كيوه حميد صالح المزوري، النظام القانوني لتوثيق المعاملات الإلكترونية "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2018.
- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرّر الإلكتروني، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- ليندة بومحراث، تسوية منازعات التّجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2019.
- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التّحكيم بواسطة الأنترنت، دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- ـــــــــــــــــــ، عقود التجارة الالكترونية، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- محمد أمين الرومي، التّعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، ط 01، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.
- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت " دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع رقم 15 لسنة 2004 "، ط01، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005.
- محمد حسين منصور، أحكام البيع التّقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- ـــــــــــــــــــ،المسؤولية الإلكترونية، ط01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
- ـــــــــــــــــــ،المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.

- ❖ محمد حماد مرهج الهيتي، الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- ❖ محمد سعد خليفة، مشكّلا ت البيع عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- ❖ محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية " دراسة مقارنة"، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- ❖ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة "، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
- ❖ ـــــــــــــــ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، ط03، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- ❖ محمد شوقي محروس، العقد الإلكتروني في ضوء الإرادة و الحماية، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2019.
- ❖ مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات النّاشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات" المقاولة- البيع- الايجار، دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- ❖ مصطفى موسى العجارمة، التّنظيم القانوني للتّعاقد عبر شبكة الأنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2010.
- ❖ منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، أمن المعلومات الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
- ❖ ـــــــــــــــــــــــــــــــــــ، النقود الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- ❖ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، ط01، مكتبة السنهوري ومكتبة زين الحقوقية، بغداد، العراق، 2011.
- ❖ مولاي حفيظ علوي قاديري، إشكالات التعاقد في التجارة الإلكترونية، ط01، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، دار البيضاء، المغرب، 2013.
- ❖ ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت " بين الشّريعة والقانون"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014 – 2015.

- ❖ نادية ياس البياتي، التوقيع الإلكتروني عبر الأنترنت ومدى حجيته في الإثبات " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي "، ط01، دار البداية، عمان، الأردن، 2014.
- ❖ نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- ❖ نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية " دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني- دراسة موازنة- "، ط 01، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- ❖ هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة "، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
- ❖ هالة جمال الدين محمد محمود، أحكام الإثبات في عقود التّجارة الإلكترونية، دار النّهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013.
- ❖ هونة رحمة رشيد القرداغي، الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2017.
- ❖ هيثم حامد المصاورة، أحمد عبد الرحمان المجالي، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية " دارسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون السعودي"، ط 01، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السّعودية، 2015.
- ❖ وسام فيصل محمود الشواورة، المسؤولية القانونية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الوفاء، ط 01، دار وائل للنشر، الأردن، 2013.
- ❖ وليد علي محمد علي، حجية التوقيع الإلكتروني وتطبيقاته في مجال التجارة الإلكترونية، ط 01، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2019.
- ❖ يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، ط01، دار بلقيس، الجزائر، 2016.

ثانيا: الرسائل و المذكرات الجامعية:

1 / الرسائل الجامعية:

- ❖ إبراهيم عبيد علي آل علي، العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة "، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2010.
- ❖ أحمد شهاب أزغيب، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكتروني، رسالة مقدّمة لنيل درجة دكتوراه في القانون، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2016.

- إسلام هاشم عبد المقصود سعد، قواعد الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2010-2011.
- أشرف محمد رزق فايد، حماية المستهلك، رسالة دكتوراه، القسم المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2014.
- أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في القانون، تخصّص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.
- أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2016.
- أمينة أضريبينة، الحماية القانونية للمستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال والمقاولات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الخامس، الرباط ،المغرب، 2014-2015.
- بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت " دراسة مقارنة "، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، القسم المدني، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2003.
- بشرى النية، العقد المُبرم بطريقة إلكترونية، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في القانون المدني المعمّق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، المغرب، 2011- 2012
- بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التّشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.
- ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني" الصانع والموزّع - دراسة مقارنة- "، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1987.
- حابت أمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصّص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2015.

- حساني علي، الإطار القانوني للالتزام بالضّمان في المنتوجات "دراسة مقارنة "، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012.
- خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني" دراسة مقارنة "، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2011.
- ربيع زاهية، فاعلية الضّمان لحماية المشتري في ضوء القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصّص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.
- زروقي حنين، التّعويض عن الأضرار النّاجمة عن ضمان العيوب الخفية للمبيع، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصّص قانون مدني معمّق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2017 - 2018.
- زوبة سميرة، الأحكام القانونية المُستّحدثة لحماية المستهلك المتّعاقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016.
- سعاد عبد الحميد فالح أبو طالب، أحكام العقد الإلكتروني في القانون المدني الأردني " دراسة مقارنة "، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2013.
- سهى يحي الصباحين، التوقيع الإلكتروني وحجيّته في الإثبات " دراسة مقارنة "، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2005.
- سيد محمد سيد شعراوي، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2010.
- صلاح مصطفى فياض غنانيم، الحماية المدنية للمعاملات الإلكترونية وفق أحكام القانون الأردني" دراسة مقارنة "، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2017.
- ضاري تمران الشّمري، الحماية القانونية للمستهلك في التّعاملات الإلكترونية ، رسالة دكتوراه، قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ب. س. ن.

- عادل عميرات، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي" دراسة في القانون الجزائري"، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصّص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015- 2016.
- عبد الرؤوف حسن أبو الحديد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة "، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر،2017.
- عرعارة عسالي، التّوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر01، الجزائر، 2014- 2015.
- عمرو عبد الفتاح على يونس، الجوانب القانونية للتّعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، عين شمس، مصر، 2008.
- محمد أحمد سيف بن غازي، التنظيم القانوني للعقود التجارية المُبرمة عبر الأنترنت " دراسة مقارنة "، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2010-2011.
- محمد أحمد عبد الحميد محمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2012.
- محمود محمد زيدان محمد، المشكلات القانونية التّي تواجه التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2012.
- مراد محمود يوسف مطلق، التّعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2007.
- مهيب عبد الكريم محمود أبو شنب، مدى انطباق قواعد ضمان العيوب الخفية في القانون المدني الأردني على العقود الالكترونية " دراسة مقارنة "، أطروحة للحصول على درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، 2012.

2/ المذكرات الجامعية:

- أبو عجيلة عقيلة علي نصر، حماية المستهلك في مجال التّعاقد عبر الأنترنت، رسالة ماجستير في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر،2015.
- الطيب حسن عبد الله العوض، إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرباط الوطني، خرطوم، السودان، 2015.

- بن زادي نسرين، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالضّمان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصّص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01 بن يوسف بن خدة، الجزائر،20014- 2015.
- بوروح منال، ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 03/09 " المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغشّ "، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 20014- 2015.
- بوزيدي إيمان، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، الجزائر، 2016.
- جرادات سحر بهجت، حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية في العقود الإلكترونية " دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن،2011.
- حليمي ربيعة ، ضمان الإنتاج والخدمات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصّص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000-2001.
- خالد معاشو، دور القاضي في حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2015- 2016.
- خليفي سمير، حلّ النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي، تخصّص قانون التّعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2010.
- سي الطيب محمد أمين، الشّروط التّعسفية في عقود الاستهلاك " دراسة مقارنة "، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007- 2008.
- عبد الله هايل ذيابات، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية "دراسة مقارنة"، رسالة للحصول على ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة جدارا، الأردن، 2012.
- فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشّرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011.

❖ لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011- 2012.

❖ محمد حازم عبد الستار، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشّرق الأوسط، عمان، الأردن، 2018.

❖ مسعودي فاروق، فعالية الالتزام بالضّمان في قانون حماية المستهلك وقمع الغشّ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015- 2016.

❖ معوش رضا، حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصّص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014- 2015.

❖ مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2014- 2015.

❖ نوزت جمعة حسن الهسنياني، التّعاقد بواسطة الشّبكة الإلكترونية، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2014.

ثالثا: المقالات:

❖ أحمد رباحي ،" أثر التّفوق الاقتصادي للمحتّرف في فرض الشّروط التّعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، ع 05، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشّلف، الجزائر، 2008.

❖ ــــــــــــ، " المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التّوجيه الأوربي رقم 2011/83 المتعلّق بحقوق المستهلكين وقانون الاستهلاك الفرنسي"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، جانفي2016.

❖ إدريس الفاخوري، " حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية "، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع 03، المغرب، يونيو2001.

- أسامة أحمد بدر، " ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني"، الجزء الأول، مجلة الشّريعة والقانون، ع 40، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، أبو ظبي، الإمارات العربية المتّحدة، أكتوبر2009.
- ـــــــــــــ، " ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني"، الجزء الثاني، مجلة الشريعة والقانون، ع41، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، أبو ظبي، الإمارات العربية المتّحدة، يناير 2010.
- أشرف حسن محمد جواد، " أنظمة الدفع الإلكتروني وطرق حمايتها "، مجلة الدّراسات المالية والمصرفية، ع02، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، 2014.
- آلاء يعقوب يوسف النّعيمي،" الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية "، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، مجلد18،ع 14، جامعة النهرين، بغداد، العراق، 2005.
- ـــــــــــــــــ، " التّصديق على التّوقيع الرّقمي- مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه- "، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 01، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2011.
- الحاج مبطوش، العيد جباري، " البنود التّعسفية في عقود الاستهلاك الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد03، ع 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، جوان2018.
- الحياري أحمد إبراهيم حسين، " عدول المستهلك عن العقد المُبرم عبر الأنترنت - دراسة مقارنة في القانونين الأردني والفرنسي- "، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مج 01، ع 02، جامعة مؤتة، الأردن، 2009.
- الدبوغ يوسف، " التّحكيم الإلكتروني آلية ملائمة لفضّ منازعات التّجارة الإلكترونية "، مجلة منازعات الأعمال، ع 11، المغرب، مارس 2016.
- العيداني محمد، يوسف زروق،" حماية المعطيات الشّخصية في الجزائر على ضوء القانون 07/18(المتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطّابع الشّخصي)"، مجلة معالم للدّراسات القانونية والسياسية، ع 05، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، تندوف، الجزائر، ديسمبر2018.

- المساعدة نائل علي حمد، " الاختصاص القضائي والتّشريعي للعقود الإلكترونية في القانون الأردني "، مجلة المنارة للبحوث والدّراسات، المجلد 13، ع 08، جامعة آل البيت، الأردن، أيلول 2007.
- أمين دواس، " اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التّطبيق على العقد الإلكتروني "، مجلة النجاح للعلوم الانسانية، مجلد 25، ع10، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011.
- أمينة أضريبينة، " الوسائط الإلكترونية للوفاء الرّقمي عبر الأنترنت "، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحليّة والتنمية، ع 111، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، غشت2013.
- أمينة بن عميور، " متطلبات نظام الدفع الإلكتروني في مجال المعاملات الإلكترونية في إطار قانون رقم 05/18 "، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، ع 03، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، الجزائر، ديسمبر2019.
- أيمن ساعدة، علاء خصاونة، "خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية و بيوع المسافة "، سلسلة دراسات وأبحاث، مجلة القضاء المدني، ع04 "حماية المستهلك"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2014.
- باخويا دريس، " الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية "، مجلة القانون والمجتّمع، المجلد01، ع01، مخبر القانون والمجتّمع، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، جوان 2013.
- بحيح عبد القادر،" إشكالية التّحكم في وسائل الدّفع البنكية وأثرها على الخدمات المصرفية - حالة الجزائر(1962-2010) – "، مجلة الباحث، ع 09، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان2011.
- بخالد عجالي، "حق المستهلك الإلكتروني في التّراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي"، مجلة الحقوق والحريات، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.
- بركات كريمة، " الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.

- بسكري أنيسة، " الحماية القانونية المقرّرة للمستهلك في نطاق ضمان العيوب الخفية في القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مارس 2015.
- بعجي محمد،" أحكام الالتزام لضمان حماية المشتري في القانون المدني الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010.
- بلاق محمد، " ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث "، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، أكتوبر2016.
- بلحمزي فهيمة، فرقاق معمر، " دور التوثيق الإلكتروني في تحقيق الأمن القانوني"، مجلة حقوق الانسان والحريات العامة، مخبر حقوق الانسان والحريات العامة، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، جوان 2017.
- بن جديد فتحي، "حق المشتري في التّراجع عن تنفيذ العقد المُبرم عن بُعد"، مجلة القانون، ع04، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي، غليزان، الجزائر، ديسمبر 2014.
- بودلال علي،" اعتماد وسائل الدفع الإلكترونية كآلية للتقليل من الكتلة النقدية غير الرسمية المتداولة في الاقتصاد الجزائري"، مجلة اقتصاديات الأعمال والتجارة، المجلد 03، ع 01، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، مارس 2018 .
- بوقرط أحمد، " الاختصاص القضائي للنّظر في منازعات التجارة الإلكترونية "، مجلة القانون، المجلد07، ع 01، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، الجزائر، 2018.
- بولقواس سارة، " الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التّعسفية في العقد الإلكتروني"، مجلة المنار للبحوث والدّراسات القانونية والسياسية، ع02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، سبتمبر2017.
- بوهنتالة أمال، قداش سلوى، " واقع الالتزام بالضّمان وخدمة ما بعد البيع في الجزائر"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد02، ع04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، سبتمبر2017.

- حامد أبو سالف آدم مصطفى، طه إبراهيم قسم السيد محمد، " العقد الإلكتروني الدولي: مشكلات القانون الواجب التّطبيق والاختصاص القضائي بشأن منازعاته- دراسة في إطار القانون السوداني- "، المجلة العلمية لجامعة الإمام المهدي، ع04، السودان، ديسمبر 2014.
- حساني علي، " الالتزام بضمان الضرر في عيوب المنتجات "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 04، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ديسمبر 2011.
- ـــــــــــ، " الالتزام بضمان الضّرر النّاتج عن عيوب المنتوجات "، مجلة الفقه والقانون، ع 59، الجزء 01، المغرب، 2017.
- حسايد حمزة العقاد، " الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية المبني على القواعد العادية "، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 07، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، مارس 2020.
- حسن علي كاظم، ختام عبد الحسن شنان، " الجهود الدولية في تسوية المنازعات إلكترونيا "، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، المجلد01، ع 40، الجامعة الإسلامية، النجف الأشرف، العراق، 2016.
- حسيبة شرون، نجاة حملاوي، " حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية في ظل أحكام القانون 02/04 بالقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية للمستهلك "، مجلة الحقوق والحريات، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل2017.
- حسين عباس حسين، " دور قانون الإرادة و قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التّطبيق"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع 02، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، السنة 08، 2016.
- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي،" الوفاء الإلكتروني كوسيلة لتنفيذ الالتزام - دراسة مقارنة- "، مجلة كلية الحقوق، المجلد 14، ع03، جامعة النهرين، بغداد، العراق، 2012.
- حشيفة مجدوب، " النقود الإلكترونية كآلية للوفاء الإلكتروني"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد04، ع02، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، الجزائر، جوان 2018.

- حليتيم سراح، "خصوصية التّوقيع الرّقمي في توثيق العقود الإلكترونية "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة01 الحاج لخضر، الجزائر، جويلية 2018.
- حورية سي يوسف زاهية، " حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك "، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 14، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي آمين العقال الحاج موسى آق أخموك لتمنراست، الجزائر، يونيو 2018.
- خليفي سمير، " القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية "، المجلة النّقدية للقانون والعلوم السياسية، ع02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، نوفمبر2016.
- خليل زكرياء، "حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية "، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع 11- 12، المغرب، 2016.
- دريس كمال فتحي، مرغني حيزوم بدر الدين، "مسؤولية المورد الإلكتروني- دراسة اقتصادية وقانونية- "، مجلة الإصلاحات الاقتصادية والاندماج في الاقتصاد العالمي، ع 03، مجلد 13، المدرسة العليا للتّجارة، القليعة، الجزائر، 2019.
- ذيب محمد، نبيلة جيماوي، "حماية المستهلك مدنيًا من مخاطر التّعاقد الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد القضائي، ع14، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التّشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل2017.
- رامي محمد علوان،" التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التّعاقد الإلكتروني "، مجلة الحقوق، ع04، جامعة الكويت، السنة 26، 2002.
- رشيد بوعافية، " آلية الدفع الإلكتروني باستعمال بطاقة الائتمان عبر شبكة الأنترنت "، مجلة الاقتصاد الجديد، المجلد03، ع02، مخبر الاقتصاد الرقمي في الجزائر، جامعة خميس مليانة، الجزائر، ديسمبر 2012.
- رضوان قرواش، " هيئات التّصديق الإلكتروني في ظلّ القانون04/15 المتعلّق بالقواعد العامة للتّوقيع والتّصديق الإلكترونيين - المفهوم والالتزامات- "، مجلة العلوم الاجتماعية، المجلد 14، ع24، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف02، الجزائر، جوان 2017.

- ريم عبد الباقي حمزة، " طرق تسوية المنازعات العقدية الإلكترونية: تشريعيا/ قضائيا/ تحكيميا "، مجلة دراسات حوض النيل، مجلد10، ع 21، مركز أبحاث ودراسات حوض النيل، جامعة النيلين، الخرطوم، السودان، ديسمبر 2018.
- زرارة صالحي الواسعة، " حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية في العقد في التّشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشّهيد حمّه لخضر، الوادي، الجزائر، جوان 2012.
- زروق يوسف، "حماية المستهلك مدنيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني - دراسة مقارنة – "، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 09، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان 2013.
- زعموش محمد،" حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد "، حوليات مخبر الدّراسات والبحوث حول المغرب العربي والبحر الأبيض المتوسط، ع06، مطبعة القصبة، قسنطينة، الجزائر، 2005.
- زكرياء بوعون،" آليات تنفيذ ضمان السّلع والخدمات في القانون الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، ع 43، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، الجزائر، جوان 2015.
- زكرياء مسعودي، الزهرة جقريف، " التوقيع الإلكتروني وحمايته لعملية الدفع الإلكتروني"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد01، ع03، مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية بالجزائر، جامعة الشّهيد حمّه لخضر، الوادي، الجزائر، ديسمبر 2017.
- زهيرة كيسي، " النظام القانوني لجهات التّوثيق(التّصديق) الإلكتروني "، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 04، ع07، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان2012.
- زيد حمزة مقدم، " النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني- دراسة مقارنة-"، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، ع24، كلية الشريعة والقانون، جامعة إفريقيا العالمية، الخرطوم، السودان، 2014.
- سامي بن حملة، " إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخّل في عقود الاستهلاك "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01- الحاج لخضر-، الجزائر، مارس 2015.
- سحنون محمد،" النقود الإلكترونية وأثرها على المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية"، مجلة العلوم الإنسانية، ع 09، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مارس2006.

- سعدون يسين، " الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، جويلية 2016.
- سعيدي عزو، خالد رامول، " الأمن التّقني للدّفع الإلكتروني أيّ فعالية ؟ "، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد01، ع 02، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، تندوف، الجزائر، ديسمبر 2017.
- سلام منعم مشعل، " وسائل الدفع الإلكترونية "، مجلة كلية الحقوق، المجلد10، ع20، جامعة النهرين، بغداد، العراق، حزيران 2008.
- سلوى قداش، " الالتزام بالضّمان بين القواعد العامة في التّعاقد وحماية المستهلك "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة01 الحاج لخضر، الجزائر، جانفي، 2018.
- شبة سفيان، " حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة "، دفاتر السياسة والقانون، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2011.
- شبع علاء حسين علي، " تنازع الاختصاص التّشريعي في عقود التجارة الدولية وفقا للقانون العراقي والنظم القانونية الأخرى - دراسة تحليلية مقارنة- "، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد09، ع 29، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2016.
- شريفة هنية، " الشّيك الإلكتروني كوسيلة حديثة للوفاء "، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 07، ع03، جامعة الشّهيد زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، أكتوبر2014.
- شول بن شهرة، " حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية "، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، ع 03، المركز الجامعي، غرداية، الجزائر، ديسمبر، 2008.
- صافي حمزة، " حقوق المستهلك المتعاقد عبر شبكة الأنترنت "، مجلة الحقوق والحريات، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.
- صالح جاد عبد الرحمان المنزلاوي، " الحماية القضائية للمستهلك المتعاقد عبر الأنترنت في ضوء أحكام نظام المرافعات الشّرعية السعودي "، مجلة جامعة الملك سعود، المجلد 23، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، الرياض، السعودية، يوليو 2011.

- صحراوي مصطفى، " الحماية الفنية والجزائية للتّوقيع الإلكتروني على ضوء قانون 04/15 المتعلّق بالتّوقيع والتّصديق الإلكترونيين"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسة، المجلد 04، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ديسمبر 2018.
- ضياء علي أحمد نعمان، " حماية المستهلك في العقد المُبرم بشكل إلكتروني- الوفاء الإلكتروني نموذجا- "، المجلة المغربية للدراسات القانونية، ع 10، المغرب، 2014.
- طاهر شوقي مؤمن، " عقد البيع الإلكتروني "، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، ع12، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، يوليو 2008.
- عائشة بن قارة مصطفى، " آليات حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي في التشريع الجزائري "، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد10، ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمّه لخضر، الوادي، الجزائر، أفريل 2019.
- عبد الرحمان خلفي، " حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) "، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 27، ع 01، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2013.
- عبد العزيز زردازي، " الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني "، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع 38، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، جوان2014.
- عبد الفضل كامل، " إبرام عقد البيع الإلكتروني والتزامات أطرافه "، مجلة رحاب المحاكم، ع 09، مطبعة دار السّلام، الرباط، المغرب، دجنبر 2010.
- عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، " الضّوابط الحمائية المُصوّبة لاختلال التّوازن العقدي في عقود الاستهلاك التّعسفية "، مجلة الحقوق والحريات، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.
- عبيزة منيرة، " التوقيع الإلكتروني كضمانة قانونية لحماية المستهلك الإلكتروني "، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02،ع01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، مارس2018.
- عجابي عماد، " تأثير التّعاقد عبر الوسائط الإلكترونية على حفظ حقوق المستهلك في القانون الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، ع02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2019.

- عدو حسين، " الحماية المدنية لرضا المستهلك في التّعاقد الإلكتروني – دراسة في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري- "، مجلة القانون، المجلد07، ع01، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، الجزائر، 2018.
- عزري الزين، " حماية المستهلك من خلال أحكام الضّمان في عقد البيع المدني "، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، أفريل2005.
- عقوني محمد، بلمهدي إبراهيم، " الآليات التقنية والقانونية لحماية التّوقيع الإلكتروني "، مجلة المفكر، ع 18، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2019.
- علوان أسماء صبر، محمد أم كلثوم صبيح ، " التنظيم القانوني لضمان البرامج الإلكترونية من التعرّض والاستحقاق "، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج11،ع 36، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، نيسان 2018.
- علي خليل إسماعيل الحديثي، " ماهية المعاملات الإلكترونية وتبعات التنازع القانوني فيها - دراسة مقارنة- "، حولية المنتدى للدراسات الإنسانية، المجلد 01، ع 07، المنتدى الوطني لأبحاث الفكر والثقافة، العراق، 2011.
- علي كحلون، " العقد الإلكتروني" ، مجلة القضاء والتّشريع، ع 10، مركز الدّراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، تونس، السنة 43، ديسمبر2001.
- علي هادي العبيدي ،" ضمان استحقاق المبيع في القانون المدني الأردني "، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، ع 04، جامعة مؤتة، الكرك، الأردن، 2004.
- عمارة نعيمة، مرواني كوثر،" المستّجدات القانونية للتجارة الإلكترونية في الجزائر وفق مقتضيات القانون 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية في الجزائر"، مجلة جديد الاقتصاد، المجلد 14، ع 01، الجمعية الوطنية للاقتصاديين الجزائريين، الجزائر، ديسمبر 2019.
- غزالي نزيهة، " تأمين وسائل الدفع الإلكترونية بآلية التّصديق الإلكتروني في القانون الجزائري "، مجلة الدّراسات المالية والمصرفية، ع03، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، 2014.
- ـــــــــــــ، " الآليات القانونية لحماية وسائل الدفع الإلكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد06، ع01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2017.

- ـــــــــــــ،" الحماية القانونية لفاعلية الأمر بالدفع بالبطاقة في القانون الجزائري "، مجلة المفكر، ع17، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، جوان 2018.
- فتيحة يوسف، " بطاقات الوفاء كوسيلة للدفع الإلكتروني "، المجلة الجزائرية، ع 02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.
- فياض ملفي القضاة، " الجوانب القانونية للتّعاقد والدّفع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية "، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 01، ع 03، جامعة مؤتة، الأردن، تشرين الأول 2009.
- قادري عبد المجيد، " الوفاء الالكتروني "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، جوان 2015.
- قارة سليمان محمد خليد، " الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظلّ التّعاقد الإلكتروني"، مجلة الفقه والقانون، ع 18، المغرب، أبريل 2014.
- قارس بوبكر، " الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الإلكتروني وأحكام المسؤولية عن الفعل الشّخصي "، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع 13، جامعة عباس لغرور، خنشلة، الجزائر، جانفي 2020.
- قاسم علي سيد قاسم، " بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني "، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، ع 72، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2002.
- قرومي حميد، ضحاك نجية، " واقع وسائل الدفع الإلكتروني في الجزائر"، دراسات اقتصادية، المجلد12، ع 02، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، أوت 2014.
- قعفور فاطنة، " الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة التّعاقد "، مجلة الفقه والقانون، ع 56، المغرب، يونيو 2017.
- قونان كهينة، " الافضاء بالصّفة الخطيرة للمنتوج "، مجلة البحوث والدّراسات القانونية والسياسية، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02: لونيسي علي، الجزائر، جانفي 2012.

- ـــــــــــــ، " قصور ضمان العيب الخفي في حماية مستهلك المنتّجات الخطيرة "، المجلة النقدية، ع 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، جويلية 2016.
- كردي نبيلة، " الشّيك الإلكتروني "، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، ع13، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة العربي تبسي، تبسة، الجزائر، 2017.
- لدغش سليمة، " حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت بين الواقع والضرورة "، مجلة الحقوق والحريات، ع04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل2017.
- لسود موسى، " معايير الاختصاص القضائي في جرائم قانون التجارة الإلكترونية الجزائري 05/18 "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، جانفي2020.
- لمسك محمد، " القانون الواجب التّطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية "، مجلة القانون المغربي، ع 23، دار السّلام للطباعة والنشر، المغرب، مايو 2014.
- مالك جابر الخزاعي، زهراء ياسين برهان، "حماية المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، ع 42، ج01، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2019.
- محمد الأيوبي، " دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التّطبيق على عقود التجارة الإلكترونية "، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع 12، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، الرباط، المغرب، 2016.
- محمد جابر" الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية - دراسة مقارنة- "، لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، ع 28، ج 02، كلية الآداب، جامعة واسط، العراق، 2018.
- محمد سعد خليفة، " البيع عبر الأنترنت وحماية المستهلك في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية البحريني "، مجلة الحقوق،ع1، مجلد 05، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، العراق، 2008.
- محمد فواز صباح الآلوسي، " التّعسّف في عقود الإذعان "، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، ع 13، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الأنبار، العراق، 2017.

- مخلوف هشام، " وضعية المستهلك في القانون الدولي الخاص "، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ع 04، المركز الجامعي، تندوف، الجزائر، جوان 2018.
- مرتضى عبد الله خيري عبد الله، " أحكام المسؤولية العقدية عن الاستعمال الغير المشروع لبطاقة الائتمان- مقارنة في القانون المصري و الأردني- "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، جوان 2017.
- مساعد صالح العنزي، " خصوصية الإجراءات في التّحكيم الإلكتروني"، مجلة الحقوق، ع 03، جامعة الكويت، السنة 36، 2012.
- مسعودي يوسف، أرجيلوس رحاب، " مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري- دراسة على ضوء أحكام القانون 15/04- "، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 11، معهد الحقوق، المركز الجامعي، تامنغست، الجزائر، جانفي 2017.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، " التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول "، مجلة روح القوانين، ع 60، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، أكتوبر 2012.
- منال بوروح، " التزام المتدخّل بالضّمان لحماية الطّرف الضّعيف "، حوليات جامعة الجزائر01، ع 32، الجزء الأول، جامعة الجزائر، الجزائر، 2018.
- منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلوم، " العدول عن التّعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني- دراسة مقارنة- "، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع 02، السنة 04، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2012.
- منيرة جربوعة، " آليات حماية المتعاقد من الشّروط التّعسفية "، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر،2017.
- مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، " القانون الواجب التّطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي "، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، ع 02، الجامعة الأردنية، 2014.
- نبيل محمد أحمد صبيح، " حماية المستهلك في التّعاملات الإلكترونية "، مجلة الحقوق، ع 02، الكويت، السنة 32، يونيو 2008.

- نجاة مهيدي، قفاف فاطمة: " التزام المتدخّل بالضّمان في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغشّ 03/09 "، مجلة الحقوق والحريات، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.
- نجلاء عبد حسن، " التنظيم القانوني لعقود التجارة الإلكترونية "، مجلة لارك للفلسفة واللّسانيات والعلوم الاجتماعية، ج 02، ع 30، جامعة واسط، العراق، 2018/07/01.
- نعيمي فوزي، بن أحمد الحاج، " النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية الدولية في القانون الجزائري "، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، ع 10 و11، مطبعة الجسور، وجدة، المغرب، 2010.
- نهى خالد عيسى الموسوي، إسراء خضير مظلوم الشمري، "النظام القانوني للنقود الإلكترونية"، مجلة جامعة بابل: العلوم الإنسانية، المجلد 22، ع 02، جامعة بابل، العراق، 2014.
- نهاد الطاهري، " الحماية القانونية للمستهلك المُتعاقد إلكترونيا "، المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع 04، دار السّلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، السنة 02، يونيو2013.
- نور عقيل طاهر، " النقود الإلكترونية أحد وسائل الدّفع الإلكتروني "، مجلة رسالة الحقوق، ع01، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، السنة الرابعة، 2012.
- هبة ثامر محمود، "حماية المستهلك في العقود الإلكترونية والقانون الواجب التّطبيق- دراسة مقارنة- "، مجلة الجامعة العراقية، ع 22، العراق، 2009.
- هداية بوعزة، يوسف فتيحة، " الحماية التّقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدّفع الإلكتروني "، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 03، ع 04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، ديسمبر 2018.
- هشام البخفاوي، " تسوية المنازعات الإلكترونية "، مجلة محاكمة، ع 03، الرباط، المغرب، أكتوبر 2007.
- هشام كلو، " بطاقة الدفع الإلكتروني في القانون الجزائري "، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، ع 44، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، ديسمبر 2015.
- هلا الحسن، محمد واصل، " تصديق التوقيع الإلكتروني "، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، ع01، جامعة دمشق، سوريا، 2010.

❖ يلس آسيا، " حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد: بين الحاجة وغموض النص "، مجلة الاجتهاد القضائي، ع 14، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التّشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.

❖ يوسفي نور الدين، بروك إلياس، " تطبيق منهج قاعدة التّنازع الدّولية على عقود التّجارة الإلكترونية "، مجلة المفكر، ع 13، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، فيفري 2016.

رابعا: المداخلات:

❖ أبو العلا علي أبو العلا النمر، " انعكاسات الطابع الدولي للحماية القانونية في مجال التجارة الإلكترونية "، بحث مقدّم للدورة التدريبية التّي نظمها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، الفترة ما بين 8- 13 مارس 2003.

❖ أحمد الهواري، " عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص "، بحث مقدّم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، المجلد 04، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، المنعقد في الفترة من 09 إلى 11 ربيع الأول 1424 هـ الموافق لـ 10 إلى 12 مايو 2003.

❖ أحمد شرف الدين، " الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها "، بحث مقدّم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، المنعقد في الفترة من 09 إلى 11 ربيع الأول 1424 هـ الموافق لـ 10 إلى 12 مايو 2003.

❖ أحمد عبد الكريم سلامة، "حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص "، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المجلد 01، مركز البحوث والدراسات، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتّحدة، المنعقد في الفترة من 26 إلى 28 أبريل 2003.

❖ ـــــــــــــــــــ، " الأنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق؟ "، بحث مقدّم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، المنعقد بكلية الشّريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، أبو ظبي، الفترة من 12 إلى 13 ماي 2000.

- أحمد الليل، " الإجراءات القانونية لحماية المستهلك في التّشريع الجزائري"، مداخلة في الملتقى الوطني الرابع حول حماية المستهلك: تشريعات وواقع، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، المركز الجامعي مولاي طاهر، سعيدة، الجزائر، 22- 23 أفريل 2008.
- الجابري سيف بن عبد الله، " أمن المعلومات والخصوصية الفردية "، المؤتمر العلمي الدولي حول أمن المعلومات- نحو تعامل رقمي آمن- ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، عمان، الأردن، أيام 18- 2005/12/20.
- العلمي إلهام، " حماية المستهلك في تنفيذ عقد البيع الإلكتروني "، أشغال الندوة الوطنية: التجارة الإلكترونية أية حماية؟ كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب، ماي 2009.
- إمان التيس، " حماية المستهلك من الشّروط التّعسفية "، ورشة دكتوراه 02 " القانون وحماية الطرف الضعيف"، المنظّم من قِبل مختبر البحث قانون الأعمال وبيت علوم الإنسان، بكلية الحقوق، سطات، يومي 20 و21 أفريل 2012، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، المغرب، 2013.
- بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، " إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - عقود التجارة الإلكترونية نموذجا- "، ملتقى دولي حول الاتجاهات الحديثة للتّجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، جامعة الشّهيد لخضر حمّه، الوادي، الجزائر، الفترة من 2 إلى 3 ديسمبر 2019.
- برحومة عبد الحميد، صورية بوطرفة، " النقود الإلكترونية والأساليب البنكية الحديثة في الدّفع والتّسديد - مخا طرها وطرق حمايتها- "، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، - عرض تجارب دولية -، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، يومي 26- 27 أفريل 2011.
- بن باير الحبيب، بن كاملة محمد عبد العزيز، " عصرنة وسائل الدفع: مدخل لتطوير الأداء والفعالية المصرفية للبنوك الجزائرية "، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر- عرض تجارب دولية -، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، يومي 26- 27 أفريل 2011.

- بن طرية معمر، " نحو إقرار نظام موضوعي و صارم للمسؤولية المدنية للمنتّج لتكريس حق المستهلك في الحماية "، مداخلة في الملتقى الوطني الخامس حول الحماية القانونية للمستهلك، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، يومي 16- 17 ماي 2012.
- ضياء علي أحمد نعمان، "حماية المستهلك في العقد المُبرم بشكل إلكتروني- الوفاء الإلكتروني نموذجًا- "، أشغال اليوم الدراسي حول: حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتّمثيلية والإنصات إليه، المُنظّم من قبل مختبر البّحث قانون الأعمال، كلية الحقوق "سطات" يوم 14 مارس 2013، جامعة الحسن الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2015.
- عبد الرحيم وهيبة، " تقييم وسائل الدفع الإلكترونية ومستقبل وسائل الدفع التقليدية في ظلّ وجودها "، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر- عرض تجارب دولية -، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، يومي 26- 27 أفريل 2011.
- عدمان مريزق، شيخي خديجة، " حماية المستهلك في ظلّ الاقتصاد الافتراضي- قراءة للواقع الجزائري- "، الملتقى العلمي الخامس حول الاقتصاد الافتراضي وانعكاساته على الاقتصاديات الدولية، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، خلال الفترة 13 و14 مارس 2012.
- عزت محمد علي البحيري، " القانون الواجب التّطبيق على المعاملات الإلكترونية - نظرة عامة- "، بحث مقدّم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، المنعقد في الفترة من 09 إلى 11 ربيع الأول 1424 هـ الموافق لـ 10 إلى 12 مايو 2003.
- قدة حبيبة، " آليات وضوابط البنوك الإلكترونية "، المؤتمر العلمي حول النظام القانوني للمرفق العام الإلكتروني– واقع وتحدّيات وآفاق-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، الجزائر، يومي 16- 17 ديسمبر2018.
- قصّاب سعدية، بودربالة فايزة، " تقييم وسائل الدفع الإلكترونية: المزايا والمخاطر "، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر- عرض تجارب دولية -، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، يومي 26- 27 أفريل 2011.

❖ كامران الصالحي، " الطبيعة القانونية لمسؤولية مزوّد خدمات التّصديق في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 01 لسنة 2006 "، بحث مقدّم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية- ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، أبو ظبي، المنعقد في الفترة 19- 20 ماي 2009.

❖ محمد سعدو الجرف، " أثر استخدام النقود الإلكترونية على الطّلب على السّلع والخدمات"، بحث مقدّم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، المجلد 01، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، المُنعقد في الفترة من 09 إلى 11 ربيع الأول 1424 هـــ الموافق لـــ 10 إلى 12 مايو 2003.

❖ مسعداوي يوسف، سعيدي جميلة، " وسائل الدّفع الإلكترونية "، الملتقى الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية وإشكالية اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر- عرض تجارب دولية -، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، يومي 26- 27 أفريل 2011.

❖ ممدوح خليل البحر، عدنان ولي العزاوي، " بطاقات الائتمان والآثار القانونية المترتّبة بموجبها"، بحث مقدّم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الامارات العربية المتحدة، المُنعقد في الفترة من 09 إلى 11 ربيع الأول 1424 هـــ الموافق لـــ 10 إلى 12 مايو 2003.

❖ يوسف علي، " مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التّعاملات التّي تتّم عبر شبكة الأنترنت "، بحث مقدّم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المجلد 02، مركز البحوث والدراسات، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات المتّحدة، المنعقد في الفترة من 26 إلى 28 أبريل 2003.

خامسا: النصوص القانونية:

1/ النصوص التشريعية:

❖ قانون رقم 10/90 مؤرخ في 1990/04/14، المتعلّق بالّنقد والقّرض، ج ر، ع 16، الصّادر في 1990/04/18، (مُلغى).

❖ قانون رقم 03/2000 مؤرخ في 05 غشت 2000، يحدّد القواعد العامة المتعلّقة بالبريد والمواصلات السّلكية واللاّسلكية، ج ر، ع 48، الصّادر في 6 غشت 2000.

- قانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو2004، يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية، ج ر، ع 41، الصّادر في 27 يونيو2004، معدّل و متمّم.
- قانون رقم 15/04 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يعدّل ويتمّم الأمر 156/66 والمتضمّن قانون العقوبات، ج ر، ع 71، الصّادر في 10 نوفمبر2004.
- قانون رقم 02/05 مؤرخ في 2005/02/06، المعدّل والمتمّم للأمر 59/75 الصّادر بتاريخ 1975/09/26 المتضمّن القانون التجاري، ج ر، ع 11، الصّادر في 2005/02/09.
- قانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدّل و يتمّم أمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمّن القانون المدني، ج ر، ع 44، الصّادر في 26 جوان 2005.
- قانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20، يعدّل ويتمّم الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمّن قانون العقوبات، ج ر، ع 84، الصّادر في 2006/12/24، معدّل ومتمّم.
- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير2008، يتضمّن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21، الصّادر في 23 أبريل 2008.
- قانون رقم 03/09 مؤرخ في 25 فبراير2009، يتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، ع 15، الصّادر في 08 مارس2009.
- قانون رقم 04/09 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمّن القواعد الخاصّة للوقاية من الجرائم المتّصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر، ع 47، الصّادر في 2009/08/16.
- قانون رقم 11/17 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمّن قانون المالية لسنة 2018، ج ر، ع 76، المؤرّخ في 28 ديسمبر 2017.
- قانون رقم 05/18 مؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلّق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، ع 28، الصّادر في 16 مايو 2018.
- قانون رقم 07/18 مؤرخ في 10 يونيو 2018، يتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطّابع الشّخصي، ج ر، ع 34، الصّادر في 10 يونيو2018.
- قانون رقم 09/18 مؤرخ في 10 يونيو 2018، يعدّل ويتمّم القانون 03/09، مؤرخ في 25 فبراير2009، والمتعلّق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر، ع 35، الصّادر في 13 يونيو2018.

- قانون رقم 14/19 مؤرخ في 11 ديسمبر2019، يتضمّن قانون المالية لسنة 2020، ج ر، ع 81، المؤرّخ في 30 ديسمبر2019.
- أمر رقم 156/66 مؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمّن قانون العقوبات، ج ر، ع 49، الصّادر في 11 يونيو1966، معدّل ومتمّم.
- أمر رقم58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني، ج ر، ع 78، الصّادر في 30 سبتمبر1975، معدّل ومتمّم.
- أمر رقم 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمّن القانون التجاري، ج ر، ع 101، الصّادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدّل ومتمّم.
- أمر رقم 27/96 مؤرخ في 12/9/ 1996، الذي يتضمّن القانون التجاري، ج ر، ع 77، الصّادر في 1996/12/11، معدّل و متمّم.
- أمر رقم 11/03 مؤرخ في 2003/08/26، المتعلّق بالنقد والقرض، ج ر، ع 52 الصّادر في 2003/08/27.
- أمر رقم 04/10 مؤرخ في 2010/08/26، يعدّل ويتمّم أمر 11/03 والمتعلّق بالنّقد والقرض، ج ر، ع 50، الصّادر في 2010/09/01.

2/ النصوص التنظيمية:

- مرسوم تنفيذي رقم 442/05 مؤرخ في 2005/11/14، يحدّد الحدّ المطبّق على عمليات الدّفع التّي يجب أن تتّم بوسائل الدّفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية، ج ر، ع 75، الصّادر في 2005/11/20.
- مرسم تنفيذي رقم 468/05 مؤرخ في 2005/12/10، الذي يحدّد شروط تحرير الفاتورة وسند التّحويل ووصل التّسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، ج ر، ع 80، الصّادر في 2005/12/11.
- مرسوم تنفيذي رقم 306/06 مؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لــ 10 سبتمبر سنة 2006، يحدّد العناصر الأساسية للعقود المُبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التّي تعتّبر تعسفية، ج ر، ع 56، الصّادر في 11 سبتمبر2006، معدّل بموجب المرسوم 44/08 المؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر، ع 07، الصّادر في10 فيفري 2008.

- مرسوم تنفيذي رقم 162/07 مؤرخ في30 مايو 2007، يعدّل ويتمّم المرسوم التّنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 09 ماي 2001، والمتعلّق بنظام الاستغلال المطبّق على كل نوع من أنواع الشّبكات بما فيها اللاّسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السّلكية واللاّسلكية، ج ر، ع 37، الصّادر في07 يونيو 2007.
- مرسوم تنفيذي رقم 390/07 مؤرخ في 12 ديسمبر2007، يحدّد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السّيارات الجديدة، ج ر، ع 78، الصّادر في 12 ديسمبر2007.
- مرسوم تنفيذي رقم 181/10 مؤرخ في 13 يوليو 2010، يحدّد الحدّ المطبّق على عمليات الدّفع التّي يجب أن تتّم بوسائل الدّفع وعن طريق القنوات البنكيّة والمالية، ج ر، ع 43، الصّادر في 14 يوليو 2010.
- مرسوم تنفيذي رقم 327/13 مؤرخ في 26 سبتمبر 2013، يحدّد شروط وكيفيات وضع ضمان السّلع والخدمات حيّز التّنفيذ، ج ر، ع 49، الصّادر في 02 أكتوبر 2013.
- مرسوم تنفيذي رقم 378/13 مؤرخ في 2013/11/09، يحدّد الشّروط والكيفيات المتعلّقة بإعلام المستهلك، ج ر، ع 58، الصّادر في 2013/11/18.

3/ القرارات الوزارية:

- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 2014/12/14، يحدّد مدة الضّمان حسب طبيعة السّلعة، ج ر، ع 03، الصّادر في 27 يناير 2015.

4/ إعلانات وبلاغات:

- نظام رقم04/05 مؤرخ في 2005/10/13، يتضمّن نظام التّسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدّفع المستّعجل، ج ر، ع 02، الصّادر في 15 يناير 2006.
- نظام رقم06/05 مؤرخ في 2005/12/15، المتعلّق بمقاصة الصّكوك وأدوات الدّفع الخاصّة بالجمهور العريض الأخرى، ج ر، ع 26، الصّادر في 23 أفريل2006.
- نظام رقم 07/05 مؤرخ في 2005/12/28، يتضمّن أمن أنظمة الدفع، ج ر، ع 37، الصّادر في 04 يونيو 2006.

II - المراجع باللغة الأجنبية:

1/ Ouvrages :

- Alain Ben Soussan, l'informatique et le droit, 1994.
- Bouda Hrain Abdellah, droit judiciaire privé au Maroc, Dar El Kitab alwatani, 1994.
- Christian Larroumet, Droit civil, les obligations, 3éme édition, Delta, Paris, 1996.
- Fady Nammeur, les instruments de paiement et de crédit, édition Bruylant, LGDJ, Delta, Bruylant, 2008.
- Filali (O), les principes généraux de la Lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique a national, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé, tom 224.
- Ghazouani Chiheb, les contrats de commerce électronique international panthéon- Assas (Paris II), droit –économie –sciences sociales 2008, publié, 1ère édition, Tunis, Latrache édition, 2011.
- Jacquet Jean Micelle et Delebecque Philippe et Corneloup Sabin, droit du commerce international, Ed Dalloz, 2007.
- Lionel Bochur berg, internet et commerce électronique, Delmas, 2ème édition, 2001.
- Marcel Planiol, Georges Ripert , Joseph Hamel, Traité pratique de droit civil Français, Tome X , contrats civils, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1956.
- Michelle Jean-Baptiste, créer et exploiter un commerce électronique, Lexis Nexis/ Litec, 1998.
- Patrick Thieffry, commerce électronique, droit international et Européen, Lexis Nexis, Litec, 2002.
- Paul le Cannu et Thierry Granier et Richard Routier, droit commercial, instrument de paiement et de crédit titrisation, 8éme édition, Dalloz, Paris, 2010.
- Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet, droit de la responsabilité et des contrats, 3ème édition, Dalloz, 2000.
- Philippe (le Tourneau), Théorie et pratique des contrats informatiques, Dalloz, 2000.
- ———————, le contrat de vente, Dalloz, Paris, 2005.
- ———————, responsabilité des vendeurs et fabricants, 2ème éd, Dalloz, Paris, 2006.

- Rabih Chandeb, le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative, L.G.D.J, 2010.
- Ranouil, l'autonomie de volanté : naissance et évaluation d'un concept, press universitaire de France, 1980.
- Roland Louski, compétence judicaire pour le commerce : le nouveau règlement Européen, est adopté et publié: http://www.droit et technologie.
- Solange Mirabail, la rétractation en droit privé français, L.G.D.I, 1997.
- Tahar Daoudi, les opérations de banque, collection Banque, Imp, Almaarif Aljadida, Rabat, Maroc, 2003.
- Theodore Schultz, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Emile Bruyant, S.A, Bruxelles, éd 2005.
- Thierry Piette - Coudol, la signature électronique, Litec, Paris, 2001.
- Vincent Gautrais, le contrat électronique international: encadrement juridique, édition Bruylant, 2ème partie, Bruxelles.
- Yves Picos, Héléne DAVO, droit de la consommation, 2ème édition, Sirey, Paris 2010.
- Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, droit international privé, Dalloz, 7ème éd, 2001.

2/ Articles :

- A. Bossut, " exécution des commandes in vente par correspondance et à distance ", Gaz. Pal. No spécial, 25 Fes, 1993.
- A. Salaïn, " les paiements électroniques et la vente à distance : vers une sécurisation des paiements électroniques en journal des tribunaux de droit Européen " ,1988.
- Claude Lucas de Leyssac, X. Lacaze, " le paiement –en- ligne " .J.C.P. Ed .E.A, N°12, 22 Mars 2001.
- Deen Gibirila, "carte de paiement répertoire commercial ", recueil Dalloz, N°03, Mai 2008.
- Gaillard Emmanuel, "trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit " , J.D.I, n° 01, 122 année, janvier –février –mars 1995.
- Guy Raymond, « Mutations en droit de la consommation », Revue Lamy, Droit des affaires, éd Wolters Kluwer, paris, 2010.
- Herve Bouilhol, « les aspects juridique du commerce électronique », Banque et droit, N°60, Juillet –Aout, 1998.

- Huet.J, «le droit applicable dans les réseaux numériques », contribution au colloque droit de l'internet, approches européennes et internationales, 19-20 novembre 2001, J.D.I, N°03, 2002.
- J.M Bruguière, " commerce électronique et protection du consommateur ", Juris. class-comm., Fasc. 860, Déc 2002.
- Kahloula (M) et Mekamcha (G), "La protection du consommateur en droit Algérie ", Revue Idara, N° 01, 2ème partie, Alger, 1996.
- Marc Bruschi, " L'amélioration de la protection du consommateur ", Revue Lamy, droit économique, N° 145, NOV.2001, éd.2002.
- Philippe Kahn, " La convention de vienne 11 avril 1980 sur les contrats de vente international de marchandises", revue international de droit comparé, N°:04, Paris, Année 33, Octobre - Décembre1981.
- Pierre Catala, " l'informatique et l'évolution des modèles contractuels", J.C.P. 1993.
- Roger Bout, " les clauses abusives ", Revue Lamy, droit économique, éd Wolters Kluwer, paris, 2009.
- Sabrine Bernheim-desvaux," Droit de la Consommation entre protection du Consommateur et Régulation du marché", Revue Lamy, Droit des affaires, éd Wolters Kluwer, Paris, 2012.
- Thibault Verbiest," la protection juridique du cyber consommateur ", édition du juris- classeur, 2002.
- Vincent Gautrais, Guy Lefebvre et Karim Ben yekhlef,"droit du commerce électronique énormes applicables, l'émergence de la Lex-électronica", revue droit des affaires international, N°05,1997.

3/ Thèses et Mémoires :

- Hasnaoui Abdellah, la garantie des défauts des produits vendus au consommateur, mémoire soutenu pour l'obtention du diplôme de magister, faculté de droit Ben Aknoun, Alger, 2001.
- Salem Yanimahi, la protection du consommateur dans les contrats électroniques de consommation, thèse pour le doctorat en droit privé, université de Rouen, 2009.

4/ Textes juridiques :

- La convention de Bruxelles du 27/09/1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, CE 72/454, JO.N° L299 du 31/12/1972.
- Recommandation 598/87/CEE de la commission Européenne du 08/12/1987, portant sur un code européen de bonne conduite en matière de paiement électronique, J.O.L 365, 24/12/1987.

- La convention de Lugano CE88/592 du 16/09/1988, concernant la compétence Judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O N°319 du 25/11/1988.
- Directive n° 93/13 CEE : 05/04/1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les conseils, consommateurs.
- Com.UE.Directive.97/07/CE, 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, J.O. L144 du 04 juin 1997.
- Recommandation 97/489/ CE du 30/07/1997, concernant les opérations effectuées au moyens d'instruments de paiement électronique - relation entre émetteur et titulaire -, J.O.L 208 du 02/08/1997.
- Directive 1999/93/CE du parlement Européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Journal officiel des communautés européennes,19/01/2000.L13-12.
- Directive 2000/31/CE du parlement Européen et du conseil du 08 Juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur « directive sur le commerce électronique », Journal officiel des communautés européennes L178-01, 17/07/2000.
- Le règlement CE /44/2001 du conseil du 22/12/2000, concernant la compétence judiciaire "la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial", JO. N°L12 du 16/01/2001.
- Loi 78/23 du 10 Janvier 1978, sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.
- Loi N° 91/1832 du 30/12/1991, relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, J.O. N°01 du 01/01/1992.
- Loi N° 389/98 du 19/05/1998, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, J.O du 21/05/1998.
- Loi du 1 Aout 2000, modifiant la loi N° 86/1067 du 30/09/1986, relative à la liberté de communication, J.O, 2 Aout 2000.

5/ Sites internet :

- www.legalis.net.
- www.law.cornelle.edu
- ultraalgeria.ultrasawt.com
- www.islamicfi.com/arabic
- http://www.droit et technologie
- www.arablaw info .com
- www.Majalah-droit.ici.st

- http//www.csmail.law.pace.edu /cisgarabic/middle east /abstract 15.htm
- Personnel Juris diction: J.T.Wester meier-JILTV98-3, www.elj.war wick.ac.uk.2006.

فـــهـــرس المحـــتويـــات

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
شكر وتقدير.....	–
إهداء.....	–
قائمة المختصرات	–
مقدمة.....	02
الباب الأول: مظاهر الحماية المدنية الموضوعية للمتعاقد عبر الأنترنت عند تنفيذ العقد	
الفصل الأول: تحقيق التوازن العقدي في التعاقد عبر الأنترنت	
المبحث الأول: حماية المتعاقد من الشّروط التّعسفية في العقد المُبرّم عبر الأنترنت.....	14
المطلب الأول: مفهوم الشّروط التّعسفية.....	15
الفرع الأول: التّعريف بالشّروط التّعسفية.....	16
أولاً: معنى الشّروط التّعسفية.....	17
ثانيا: خصائص الشّروط التّعسفية.....	24
الفرع الثاني: عناصر الشّروط التّعسفية.....	25
أولا: أن يكون مجال الشّرط التّعسفي عقد إذعان، محلّه بيع سلعة أو تأدية خدمة.....	25
ثانيا: أن يكون العقد مكتوبًا.....	28
ثالثا: أن يكون أحد أطراف العقد مستهلكًا أو مهنيًا.....	29
رابعا: أن يؤدي الشّرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظّاهر بالتّوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.....	32
الفرع الثالث: معايير تحديد الطّابع التّعسفي.....	32
أولا: معيار تعسّف المهني في استخدام نفوذه الاقتصادي.....	33
ثانيا :معيار الميزة المُفرّطة أو الفاحشة التّي يحصل عليها المهنّي على حساب المستّهلك بمناسبة التّعاقد.....	35
ثالثا: معيار الإخلال الظّاهر بتوازن الالتزامات كمعيار وحيد لتحديد الشّرط التّعسفي.....	36
المطلب الثاني: مكافحة الشّروط التّعسفية في العقد الإلكتروني.....	41
الفرع الأول: الآليات التّشريعية لمكافحة الشّروط التّعسفية.....	42
أولا: قائمة الشّروط التّعسفية الواردة في القانون 02/04.....	43
ثانيا: قائمة الشّروط التّعسفية الواردة في المرسوم التّنفيذي 306/06.....	44
الفرع الثاني: دور لجنة البنود التّعسفية في استبعاد الشّروط التّعسفية.....	47

أولا: تشكيلة لجنة البنود التّعسفية.....	47
ثانيا: مهام لجنة البنود التّعسفية.....	48
الفرع الثالث: جزاء الشّروط التّعسفية.....	49
أولا: الجزاء المدني للشّروط التّعسفية.....	49
ثانيا: الجزاء الجنائي للشّروط التّعسفية.....	53
المبحث الثاني: دور حق العدول في حماية المتعاقد في العقد المُبرّم عبر الأنترنت.....	55
المطلب الأول: ماهية حق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت.....	56
الفرع الأول: مفهوم حق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت	57
أولا: مدلول حق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت	57
ثانيا: تمييز حق العدول عن تنفيذ العقد عن غيره من النّظم القانونية	65
الفرع الثاني: التّكييف القانوني لحق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت	67
أولا: الطبيعة القانونية لحق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت	67
ثانيا: الأساس القانوني لحق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت	68
المطلب الثاني: تنظيم ممارسة الحق في العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت	72
الفرع الأول: ضوابط العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت	73
أولا: الشّروط الشّكلية لممارسة حق العدول	73
ثانيا: الشّروط الموضوعية لممارسة حق العدول.....	78
الفرع الثاني: آثار ممارسة حق العدول عن تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت	83
أولا: آثار ممارسة حق العدول بالنسبة للمستهلك.....	84
ثانيا: آثار ممارسة حق العدول بالنسبة للمهنّي.....	89
الفصل الثاني: الضّوابط القانونية لتنفيذ المورِّد الإلكتروني لالتزاماته	
المبحث الأول: التزام المورِّد الإلكتروني بالتّسليم.....	95
المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالتّسليم.....	96
الفرع الأول: التّعريف بالالتزام بالتّسليم.....	96
أولا: المقصود بالالتزام بالتّسليم.....	97
ثانيا: أهمية الالتزام بالتّسليم.....	99
ثالثا: عناصر الالتزام بالتّسليم.....	101
الفرع الثاني: موضوع الالتزام بالتّسليم.....	102

أولا: حالة المبيع وقت التّسليم.....	103
ثانيا: مقدار المبيع وقت التّسليم (المطابقة الكميّة).....	110
ثالثا: تسليم ملحقات المبيع	112
المطلب الثاني: أحكام التّسليم.....	115
الفرع الأول: طرق التّسليم.....	115
أولا: التّسليم الفعلي.....	116
ثانيا: التّسليم الحُكمي.....	117
ثالثا: التّسليم القانوني.....	118
رابعا: التّسليم المعنوي أو الإلكتروني.....	118
الفرع الثاني: آلية التّسليم.....	120
أولا: زمان التّسليم.....	120
ثانيا: مكان التّسليم.....	125
ثالثا: نفقات التّسليم.....	128
الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام بالتّسليم.....	130
أولا: تبعة الهلاك قبل التّسليم.....	131
ثانيا: جزاء عدم تسليم المبيع.....	134
المبحث الثاني: التزام المورِّد الإلكتروني بالضّمان.....	140
المطلب الأول: التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض والاستحقاق.....	141
الفرع الأول: التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض الشّخصي.....	143
أولا: صور التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض الشّخصي.....	144
ثانيا: مميزات التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض الشّخصي.....	146
ثالثا: شروط التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التّعرّض الشّخصي.....	148
رابعا: الجزاء المترتّب عن إخلال المورِّد الإلكتروني بالتزامه بضمان التّعرّض الشّخصي..	149
الفرع الثاني: التزام المورِّد الإلكتروني بضمان تعرّض الغير.....	149
أولا: مميزات التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التعرّض الصّادر عن الغير.....	151
ثانيا: شروط التزام المورِّد الإلكتروني بضمان التعرّض الصّادر عن الغير.....	151
ثالثا: الجزاء المترتّب عن إخلال المورِّد الإلكتروني بالتزامه بضمان تعرّض الغير.....	153
رابعا: تعديل أحكام التّعرض الصّادر من الغير.....	154
المطلب الثاني: التزام المورِّد الإلكتروني بضمان العيوب الخفية.....	157

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بضمان العيوب الخفية.....	158
أولا: التّعريف بالالتزام بضمان العيوب الخفية.....	158
ثانيا: شروط العيب المُوجب للضّمان.....	170
ثالثا: معايير تحديد صّلاحية المنتوج للاستعمال.....	176
رابعا: إثبات وجود الضّمان.....	178
الفرع الثاني: الآثار المترتّبة على وجود عيب بالمنتوج.....	181
أولا: المُطالبة الودّية لتنفيذ الضّمان.....	181
ثانيا: المُطالبة القضائية لتنفيذ الضّمان (دعوى الضّمان).....	193
ثالثا: مدى مُناسبة أحكام دعوى الضّمان للمبيعات المُبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة....	205
الباب الثاني: ضمانات تنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت	
الفصل الأول: حماية المتعاقد من خلال تأمين الوفاء الرّقمي	
المبحث الأول: ماهية الوفاء الرّقمي.....	214
المطلب الأول: مفهوم الوفاء الرّقمي.....	215
الفرع الأول: التّعريف بالوفاء الرّقمي.....	215
أولا: المقصود بالوفاء الرّقمي.....	216
ثانيا: مميزات الوفاء الرّقمي.....	223
ثالثا: أهمية الوفاء الرّقمي.....	225
الفرع الثاني: حجية الوفاء الرّقمي.....	225
أولا: إثبات الوفاء الرّقمي.....	226
ثانيا: الرّجوع عن الوفاء الرّقمي.....	227
المطلب الثاني: أساليب الوفاء الرّقمي.....	230
الفرع الأول: الوفاء عبر بطاقات الدّفع الإلكتروني.....	233
أولا: المقصود ببطاقات الدّفع الإلكتروني.....	234
ثانيا: خصائص بطاقات الدّفع الإلكتروني.....	237
ثالثا: أشكال بطاقات الدّفع الإلكتروني.....	238
الفرع الثاني: الوفاء بالنقود الإلكترونية.....	249
أولا: تعريف النقود الإلكترونية.....	250
ثانيا: صور النقود الإلكترونية.....	253
ثالثا: أنظمة النقود الإلكترونية.....	255

المبحث الثاني: ضمانات حماية المتعاقد من مخاطر الوفاء الرّقمي.....	258
المطلب الأول: الحماية القانونية للوفاء الرّقمي.....	259
الفرع الأول: مضمون الحماية القانونية للوفاء الرّقمي.....	260
أولا: صور الحماية القانونية من مخاطر استخدام بطاقات الائتمان.....	260
ثانيا: صور الحماية القانونية من مخاطر أنظمة الوفاء الرّقمي.....	263
الفرع الثاني: الجهود المبذولة لإرساء حماية قانونية للوفاء الرّقمي.....	266
أولا: التّعاون الدولي لحماية الوفاء الرّقمي.....	267
ثانيا: حماية التّشريعات الدّاخلية للوفاء الرّقمي.....	270
المطلب الثاني: الحماية الفنيّة أوالتّقنيّة للوفاء الرّقمي.....	276
الفرع الأول: التّعريف بالحماية التّقنيّة في مجال الوفاء الرّقمي.....	277
أولا: المقصود بالحماية التّقنيّة للوفاء الرّقمي.....	278
ثانيا: أهمية الحماية التّقنيّة للوفاء الرّقمي.....	278
الفرع الثاني: أساليب الحماية التّقنيّة للوفاء الرّقمي.....	279
أولا: الوسائل الفنيّة لحماية البيانات الشّخصية للمستهلك الإلكتروني	279
ثانيا: تقنيات حماية أمن الشّبكات والمراسلات والمواقع الإلكترونية.....	287
ثالثا: الآليات التّقنيّة لحماية التّوقيع الإلكتروني.....	288
الفصل الثاني: حماية المتعاقد في المنازعات المرتبطة بتنفيذ العقد المُبرّم عبر الأنترنت	
المبحث الأول: الاختصاص القضائي بشأن منازعات العقد المُبرّم عبر الأنترنت.....	316
المطلب الأول: الضّوابط العامة لتحديد الاختصاص القضائي ومدى انطباقها على العقد المُبرّم عبر الأنترنت	317
الفرع الأول: ضابط الخضوع الاختياري أو الضابط الإرادي لتحديد المحكمة المختّصة بنظر النزاع.....	319
أولا: التّعريف بضابط الخضوع الاختياري.....	320
ثانيا: صور الاتفاق على الخضوع الاختياري.....	323
ثالثا: الإشكالات التّي يثيرها ضابط الخضوع الاختياري والحلول المُقرّرة لها.....	324
الفرع الثاني: الضّوابط الشّخصية المعتّمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.....	325
أولا: ضابط جنسية المدعى عليه.....	325
ثانيا: ضابط موطن المدعى عليه أو محل اقامته.....	329
الفرع الثالث: الضّوابط الموضوعية المعتّمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي.....	334

أولا: ضابط موقع المال.....	335
ثانيا: ضابط محل الالتزام.....	337
المطلب الثاني: تأثير مقتضيات حماية المستهلك الإلكتروني على الاختصاص القضائي الدولي.....	342
الفرع الأول: الحلول المُقرّرة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة لإلكترونية في النّظم المُقارنة.....	343
أولا: الموقف الدولي لحلّ المنازعات إلكترونيا من خلال معايير تسوية النّزاعات.....	344
ثانيا: التّدابير الإجرائية الدّولية لحلّ النزاعات إلكترونيًا.....	351
الفرع الثاني: ضوابط الاختصاص القضائي الخاصّة بحماية المستهلك الإلكتروني.....	354
أولا: تقرير اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك الإلكتروني.....	355
ثانيا: تقييم الاختصاص بدعوى عقود الاستهلاك الإلكترونية.....	359
المبحث الثاني: الاختصاص القانوني بشأن منازعات العقد المُبرّم عبر الأنترنت.....	363
المطلب الأول: معايير تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية الدّولية.....	365
الفرع الأول: تطبيق قواعد الإسناد الشّخصية على عقود الاستهلاك الإلكترونية الدّولية	366
أولا: مفهوم قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية.....	368
ثانيا: نطاق الإرادة في اختيار قانون العقد الإلكتروني.....	371
ثالثا: الآثار المترتّبة على خضوع العقد المُبرّم عن طريق الأنترنت لقانون الإرادة.....	379
رابعا: صعوبات تطبيق قواعد الإسناد الشّخصي على عقود التجارة الإلكترونية.....	382
خامسا: مدى خضوع عقود الاستهلاك الإلكتروني لقانون الإرادة.....	387
الفرع الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية.....	392
أولا: الضّوابط الجامدة لإسناد الرّابطة العقدية.....	393
ثانيا: فكرة الأداء المميّز كضابط مرن لإسناد الرّابطة العقدية.....	401
المطلب الثاني: إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لقانون موضوعي مستّقل.....	406
الفرع الأول: مضمون القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية.....	407
أولا: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني الدّولي.....	407
ثانيا: خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني الدّولي.....	408
ثالثا: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني الدّولي.....	410
الفرع الثاني: دور القانون الموضوعي الإلكتروني في تفعيل الحماية للمستهلك الإلكتروني..	413

أولا: الطبيعة القانونية للقانون الموضوعي الإلكتروني الدّولي.....	414
ثانيا: تأثير مقتضيات حماية المستهلك على تحديد الاختصاص التّشريعي لعقود التجارة الإلكترونية.....	415
خاتمة.....	421
قائمة المراجع.....	428
فهرس المحتويات.....	471

الملخص:

تتمتّع عملية تنفيذ العقد الإلكتروني بأهمية خاصّة من الناحية القانونية، بالنظر إلى طبيعة الوسيلة التّي يُبرم بها العقد عن بُعد، والتّي جعلت من حماية المستهلك أمرا ضروريًا في هذا المجال.

إنّ أهم الضّمانات التّي يحظى بها المستهلك الإلكتروني هي حماية حقوقه أثناء تنفيذ العقد المُبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة بينه وبين المورِّد الإلكتروني، وفي هذا الإطار تعدّ الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد من أهم معطيات التوازن العقدي المطلوب قيامه بين طرفيه، لما يتّسم به المستهلك في هذه العقود من ضعف ظاهر في علاقة غير متكافئة، وناهيك عن ذلك، كثرة استخدام وسائل الغشّ والتّدليس في مثل هذه المعاملات، مما يحتّم معه توفير حماية قانونية وتقنية لتدعيم الثقة بين المتعاملين.

الكلمات المفتاحية: المستهلك الإلكتروني، الالتزام بالضّمان، الوفاء الرّقمي، التّوقيع الإلكتروني، التّعاقد عن بُعد.

Résumé :

Le processus de mise en œuvre du contrat électronique revêt une importance particulière du point de vue juridique, vu la nature de la méthode par laquelle le contrat est conclu à distance, qui a fait de la protection des consommateurs un impératif en pareille matière.

Les garanties les plus importantes dont bénéficie le consommateur électronique sont la protection de ses droits lors de la mise en œuvre du contrat conclu à travers les moyens de communication modernes entre lui et le fournisseur électronique, et dans ce contexte les obligations mutuelles entre les deux parties du contrat sont l'une des données les plus importantes de l'équilibre contractuel qui doit être établi entre les deux parties, puisque le consommateur se caractérise dans ces contrats d'une faiblesse apparente dans une relation déséquilibrée, en outre, l'utilisation fréquente de moyens de fraude et de dol dans de telles transactions, ce qui nécessite la fourniture d'une protection juridique et technique pour renforcer la confiance entre les concessionnaires.

Mots clés: consommateur électronique, engagement de garantie, réalisation numérique, signature électronique, contrat à distance.

Abstract:

The process of implementation of the electronic contract is of particular importance from a legal point of view, given the nature of the method by which the contract is concluded at a distance, which has made consumer protection an imperative in such matters.

The most important guarantees enjoyed by the electronic consumer are the protection of his rights during the implementation of the contract concluded via modern means of communication between him and the electronic supplier, and in this context the mutual obligations between the two parties to the contract are one of the most important data of the contractual balance that must be established between the two parties, since the consumer is characterized in these contracts by an apparent weakness in an unbalanced relationship, in addition, the frequent use of means cheating and fraud in such transactions, necessitating the provision of legal and technical protection to build trust between dealers.

Keywords: electronic consumer, guarantee commitment, digital fulfillment, electronic signature, remote contracting.