الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
قسم : الحقوق .
رقم: .....

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

ميدان: الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون الأعمال

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالبين:

- **شبل عبد المؤمن**
- **نويوة يـــــونس**

تحت عنوان

حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية والإذعان

لجنة المناقشة:

اسم ولقب الاستاذ(ة)	**جامعة المسيلة**	**رئيســا**
عبد الحفيظ بقة	**جامعة المسيلة**	**مشرفا ومقررا**
اسم ولقب الاستاذ (ة)	**جامعة. المسيلة**	**مناقشا**

السنة الجامعية: 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله على نعمه التي لا ينسى ذكرها، ولا يؤدى بشيء من الأنواع
شكرها، نحمده تعالى عند هذا المقام
وفي هذا المقال نثني عليه الخير كله ولا نحصي
ثناءا عليه وهو أهل الحمد والشكر والثناء
وفي لحظات العرفان بالجميل وحسن الصنيع لا يسعنا إلا أن نحمد الله
الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع
ونصلي ونسلم على نور القلوب وضياءها حبيبنا
وقرة أعيننا محمد ﷺ

نتقدم بالشكر لكل من ساعدنا على إنجاز هذا العمل المتواضع
ونخص بالذكر الأستاذ المشرف الدكتور "بقة عبد الحفيظ"
الذي لم يبخل علينا بنصائحه وتوجيهاته التي كانت لنا خير معين في هذه الدراسة.
والشكر الجزيل للجنة المناقشة التي سيكون لها دورا كبيرا في تقويم وتثمين هذه الدراسة
وإلى كل أساتذة قسم الحقوق بجامعة المسيلة

- عبد المؤمن
- تونس

إهـــــــداء

❖ إلــى من قال فيهما سبحانه وتعالى:﴿ فَلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلاً كَرِيماً (23) وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنْ الرَّحْمَةِ قُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً ﴾

(سورة الإسراء الآية 24)

❖ إلى ينبوع الحب والحنان وزهرة العطف ومصدرالاطمئنان إلى أغلى ما في الوجود

❖ أمــي الحبيبة الغالية .

❖ إلـــى من كان سندا لنا في الحياة صاحب الفضل ومصدرالرعاية إلى الذي لا يسعني إلا أن أقف أمامه احتراما وعرفانا وطاعة بعد الله والرسول وحبا أبي الغالي رحمه الله .

❖ إلـــــــى إخوتي واخوتي الاعزاء

❖ إلـــــــى كل أساتذة وعمال قسم الحقوق

❖ إلى كل من يعرفنا من قريب وبعيد.

❖ عبد المؤمن

إهـــــــداء

❖ إلــى من قال فيهما سبحانه وتعالى:﴿ فَلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلاً كَرِيماً (23) وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنْ الرَّحْمَةِ قُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً ﴾

(سورة الإسراء الآية 24)

❖ إلى ينبوع الحب والحنان وزهرة العطف ومصدرالاطمئنان إلى أغلى ما في الوجود

❖ أمــي الحبيبة الغالية .

❖ إلـــــى من كان سندا لنا في الحياة صاحب الفضل ومصدرالرعاية إلى الذي لا يسعني إلا أن أقف أمامه احتراما وعرفانا وطاعة بعد الله والرسول وحبا أبي الغالي.

❖ إلـــــــى إخوتي واخوتي الاعزاء

❖ إلـــــــى كل أساتذة وعمال قسم الحقوق

❖ إلى كل من يعرفنا من قريب وبعيد.

❖ يونس

مقدمـــــــــة

مقدمة:

يعتبر التحول إلى نظام اقتصاد السوق الحر من أهم الركائز الأساسية لدفع عجلة التنمية ورفع مستوى الإنتاج في جميع القطاعات الصناعية المختلفة في الدولة الحديثة وحتى يكون هذا التحول ناجحاً ومحققًا لأغراضه التنموية يتوجب استيفاء ودراسة كامل الأركان والجوانب الأساسية لمثل هذا التحول، ويأتي في مقدمة هذه الأركان وضع السياسات الملائمة لانضباط السوق واستقراره وذلك لا يتأتى إلا بتسخير كافة آليات الحماية لجميع أطرافه الفاعلة خاصة للمستهلك باعتباره الطرف الأضعف وذلك بحمايته من تقلبات السوق واحتكار فئات معينة للأسعار والسلع وكذا حظوظ الإنتاج على المستوى المحلي، وهذا ما سعت الأمم المتحدة إلى ترسيخه من خلال ما أدرجته في مبادئها المعروفة بمبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لحماية المستهلك وهذه المبادئ كانت مصدر إلهام لعدد كبير من القوانين الوطنية لحماية المستهلك في مختلف الدول والتي سعت الأمم المتحدة من خلالها إلى مراعاة مصالح واحتياجات المستهلكين في جميع البلدان ولا سيما المستهلكين في البلدان النامية وكانت هذه المبادئ مصدر إلهام لعدد كبير من القوانين الوطنية لحماية المستهلك في مختلف الدول.

وقد جاء في الفقرة 21 من هذه المبادئ النص على أنه " ينبغي حماية المستهلكين من التجاوزات التعاقدية، مثل العقود النمطية التي تكون في صالح جانب واحد، واستبعاد الحقوق الأساسية في العقود، والمغالاة في شروط الائتمان من جانب البائعين".

ومن هذا المنطلق يتضح مدى الأهمية التي يختص بها موضوع حماية المستهلك عامة وبالأخص إذا تعلق الأمر بمثل هذه الشروط وهو يزداد أهمية مع مرور الوقت وهذا ما نلمسه عند تتبع القواعد الصادرة في هذا الصدد وذلك من تاريخ أول ظهور لمصطلح المستهلك وحتى الفترة الراهنة، إذ أن هذا الأخير بحاجة ماسة وبصفة دائمة إلى الحماية بوصفه طرفًا ضعيفًا اقتصاديًا، وذلك أياً كان النظام الاقتصادي الذي يعيش في ظلّه، حيث تعتبر حماية حقوق المستهلكين جزأً لا يتجزأ من منظومة حماية حقوق الإنسان الاقتصادية بصفة عامة حيث يتعين العمل على توفير ضمانات تكفل للإنسان الحق في الحصول على معاملة كريمة في جميع الأماكن التي يقصدها والمحافظة على صحته وسلامته وذلك دون تمييز بسبب الجنس أو الدين أو مستواه الاجتماعي وأن تقدم له الخدمة أو السلعة الجيدة بالسعر المناسب والجودة المطلوبة دون أي اشتراط لإنقاص أو استبعاد لأحد حقوقه الأساسية فسواءً كان النظام الاقتصادي الذي يعيش فيه المستهلك اقتصادا موجهاً قائماً على التدخل والسيطرة الاقتصادية للدولة أو كان اقتصاد السوق.

عليه ارتأينا البحث في الموضوع الذي تكمن أهمية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية والإذعان من خلال ما جاء به المشرع الجزائري بأحكام عامة وأخرى خاصة بهدف الحلول دون استغلال فئة المتدخلين الاقتصاديين لنفوذهم الاقتصادية وخبرتهم المهنية في فرض وإملاء بنود تعسفية على فئة المستهلكين فبالنسبة للأحكام العامة التي جاء بها المشرع الجزائري لحمايةً مصالح المستهلكين ". يذكر على سبيل المثال ما ورد في المادة 622 من القانون المدني الجزائري.

أما في شأن النصوص الخاصة في التشريع الجزائري، فالمشرع قد اصدر جملة من القوانين والمراسيم التنفيذية بهذا الخصوص خاصة في الفترة الأخيرة بحيث أنتبه المشرع الجزائري إلي ضرورة حماية المستهلك من الشروط التعسفية حيث جاء بالقانون رقم09-03 المعدل بقانون رقم 18 – 09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والقانون رقم 05/18 المتعلق التجارة الإلكترونية ، والذي وأعاد هيكلة المنظومة القانونية الخاصة بحماية المستهلك بنظرة أكثر دقة وشمولية ومواكبة لمستجدات العصر في مقابل تنامي وتطور متطلبات المستهلك فكان القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى بمثابة اللبنة الأساسية في إرساء منظومة قانونية خاصة بحماية المستهلك الجزائري لتليه سلسلة من القوانين الداعمة لمبادئ حماية المستهلك من بينها القانون رقم 90-266 المتعلق بضمان المتوجات والخدمات ،وكذا القانون رقم95- 06المتعلق بالمنافسة ثم القانون رقم 04_02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ،وغيرها من القوانين والتي من خلالها تتضح رغبة المشرع في القضاء على الشروط التعسفية .

وترجع أسباب اختيار الموضوع إلى الرغبة في البحث في هذا الموضوع وكذلك تطور وسائل الإنتاج وتضاعف المنتجين وأمام تنامي حجات المستهلكين وعليه عمل المشرع الجزائري على مسايرة التغير الكبير والسريع الذي تشهده الساحة الاقتصادية خاصة في مجال التجارة وما يصاحبه من تنامي في الأطماع الاقتصادية لفئة المتدخلين الاقتصاديين، والذي زاد من حدة وتنوع أشكال وصور التعامل بشروط تعسفية واتساع نطاق التعامل بها لدرجة أنها صارت بمثابة الأصل وليس الاستثناء في مجال المعاملات التعاقدية بين المستهلكين ومختلف المتدخلين الاقتصاديين سواءً كانواْ منتجين أو صانعين أو مهنيين، وذلك باستغلال المتدخل الاقتصادي لنفوذه المادية وسلطته المخولة بموجب مركزه الاقتصادي الذي يضعه موضع قوة في تعامله مع المستهلك الذي يمثل الحلقة الأضعف في سلسلة العلاقة الاقتصادية رغم أهميته فيها ليفرض عليه شروط وبنود تعسفية أقل ما يمكن أن يقال عنها أنها مجحفة في حقه خاصة وانه من يساهم بفعالية في

تحفيز مختلف الأعوان الاقتصاديين إلى الزيادة والتطوير في منتجاتهم الاستهلاكية بالرفع من مستوى استهلكه وبالتالي المساهمة في دفع عجلة الاقتصاد الوطني نحو الأمام .

وانطلاقا من الحماية الدولية للمستهلك جاءت الحماية الوطنية والتي أقرتها معظم الدول من بينها الجزائر ففي هذا المجال طرحت العديد من الإشكاليات فحسب القانون المدني الجزائري جاء في المادة 106 منه العقد شريعة المتعاقدين أي الأصل في إبرام العقود أنها تبرم بعد مفاوضات بين الأطراف المتعاقدة في جوّ من الحرية الكاملة في المناقشة ومعرفة كل طرف لحقوقه والتزاماته وذلك على قدم المساواة بينهما وفقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، لكن موضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية الذي تكفلت به القواعد التقليدية في البداية ولكن التطورات الأخيرة خاصة الاقتصادية منها أدت إلى عدّة تغيرات، فالثورة الصناعية التي عرفها العالم في القرن التاسع عشر قد قامت بقلب الموازين، فقد أدى تطور عمليات التصنيع والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات إلى تطور فكرة عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، والتي في الغالب تطرح إلى السوق في شكل عقود نموذجية معدّ ة مسبقاً بشكل منفرد من قبل المتدخلين الاقتصاديين .

وأصبحت هذه العقود تحمل شروطاً موحّدة ونموذجية، محرّرة مسبقاً ومعدّة بواسطة فريق متخصص لمواجهة جميع الاحتمالات، حيث تستعمل هذه الشّروط بعد ذلك في العلاقات العقدية المتعلقة بنفس المنتجات والسّلع أياً كان المتعاقد الآخر، تلك الشروط قد ترد بطريق الإحالة لوثائق تتكون من عدّة نسخ، مما يصعب الاطلاع عليها، وإما تكون معلّقة في أماكن إبرام العقد، ولكنها تشكل خطورة بالنسبة للمستهلكين، فهؤلاء المستهلكين يخضعون تماماً للعقد بدون معرفة بكلّ الشروط، حيث أنهم يثقون في المتدخلين الاقتصاديين لأنّ العقود تكون مصاغة بوضوح لصالح المتدخلين الاقتصاديين الذين يعرضونها عليهم، إلاّ أنه في العقود التي تبرم بين المتدخلين الاقتصاديين والمستهلكين وبالنظر إلى الإنتاج والتوزيع بالجملة للسلع والمنتجات وتعدّد وتشابك وتعقّد سلسلة التوزيع، ونظراً للسرعة التي تتم بها هذه العمليات ونظراً لما يتمتع به المتدخلين الاقتصاديين من قوة ونفوذ اقتصادي في مواجهة المستهلكين، فإننا نجد أنّ هؤلاء المتدخلين الاقتصاديين سواءً أكانوا صناعاً أم موزعين أم بائعين بالجملة أم بالتجزئة دأبوا على أن يدرجوا في عقودهم شروطاً وضعوها مسبقاً وبدون حرّية مناقشة لها ومن جانب واحد هذه الشّروط تعتبر مجحفة بالطرف الآخر الذي لم تتوافر له حرّية مناقشتها، وبالتالي اختلّ مبدأ المساواة العقدية بين الطرفين، مما يخلّ بالتوازن العقدي الذي يحكم العقود ولذا فهي تعتبر شروطاً تعسّفية باعتبارها توفر مزايا فاحشة للمتدخلين الاقتصاديين على حساب المستهلكين.

وعليه نطرح الإشكالية التالي :

كيف واجه المشرع الجزائري الشروط التعسفية والإذعان الماسة بحقوق المستهلك ؟ وماهي آليات حمايته؟

وللإجابة على الإشكالية سنقوم بطرح التساؤلات التالية:

ماهي القوانين التي تحكم المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية والإذعان؟

-ما هي الأسس القانونية لحماية المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية والإذعان ؟

-ما هي آليات مواجهة الشروط التعسفية ؟

و في ظل هذه الظروف حاولت بعض التشريعات احتواء أزمة اختلال التوازن العقدي الذي تحدثه الشّروط التعسّفية المفروضة على المستهلكين من طرف المتدخلين الاقتصاديين والمحاولات الأولى تضمنتها القواعد العامة في قانون العقود، فالطرف الضعيف في ظل هذه القواعد كان يتمتع ببعض الحماية وإن كانت ناقصة وغير فعالة إلى حد ما، فهي قد احتوت على مجموعة من المبادئ التي يمكن بموجبها إلغاء بعض الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك.

وأمام هذا النقص الذي يعيب القواعد العامة في مجال الحماية من الشّروط التعسّفية ظهرت محاولات تشريعية في بعض الدول ومنها الجزائر وهي بذلك تسعى إلى تحديث الحماية لتتساير مع المستجدات الاقتصادية، وذلك عن طريق سد كثير من الثغرات التي عابت القواعد العامة في هذا المجال، فظهر لأول مرة مفهوما دقيقا للشرط التعسّفي مدعما بمعايير حديثة كشفت عن صفته وذلك في إطار الآليات الحديثة للرقابة على الشّروط التعسّفية، وهو ما كانت تعجز عن تحقيقه القواعد العامة، إذ لم يكن هناك من مفهوم واضح للشّرط التعسّفي ولم يكن هناك معيار دقيق تحدده.

ومن بين أهم الأهداف والدوافع والمحفزات التي حركت فينا رغبة البحث في موضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية هو ندرة الأبحاث المخصصة في هذا الموضوع بالتحديد رغم الكم الكبير من الدراسات المتعلق بحماية المستهلك لكن أغلبها تناولت الموضوع بوجه عام، أضف إلى ذلك فإن الموضوع محل الدراسة والذي يمثل حماية المستهلك من التعسف وهو الهدف موضوع هذا البحث الذي لا يمكن الوصول إليه إلا بالعمل على توعية المستهلك به ورفع معنوياته من خلا تسليط الضوء على جزء من المجهودات المبذولة من طرف المشرع الجزائري وكذا الهيئات الوصية المكلفة بالرقابة والسهر على راحة وسلامة المستهلك في العقود

الاستهلاكية التي تجمعهم بالمتدخلين الاقتصاديين، أضف إلى ذلك إثراء المكتبة الجامعية بهذا النوع من الأبحاث الهادفة.

كل ما تقدم سيحتاج إلى تفصيل بهدف الوصول إلى تحليل معمق وإلى توضيح مجال الحماية للمستهلك من الشّروط التعسّفية، أما من حيث المنهج المتبع للإجابة على التساؤلات السابقة فإن طبيعة الدراسة للموضوع في ظل المنظومة القانونية المسطرة من طرف المشرع الجزائري وتحديد مدى فعالية هذه الحماية على أرض الواقع يقتضي إتباع المنهج التحليلي، لأن هذا النوع من الدراسات يعتمد على الكثير من النصوص القانونية التي تتطلب منا تحليلها وتمحيصها بهدف الوقوف على مختلف وجهات النظر التي اعتمدها المشرع الجزائري وكذا ضبط وتحديد آليات الحماية التي أقرها المشرع، وكذا للاطلاع على مدى فعالية ومواكبة هذه الآليات في تسوية العقبات المتجددة التي تعترض تقدم موضوع حماية المستهلك على أرض الواقع وكذلك اعتماد المنهج المقارن بشكل بسيط لان الموضوع تتخلله مقارنة ولو بسيطة بالمشرع الفرنسي كون المشرع الجزائري أعتمد عليه في العديد من نصوصه .

وللإجابة عن التساؤلات السابقة وفقا للمنهج المتبع، وذلك من خلال التقسيم التالي: جاءت الخطة مكونة من مقدمة حول الموضوع ثم يليها فصلين أساسيين، خصص الفصل الأول **لماهية حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد** ففي المبحث الأول منه خصص لحماية رضا المستهلك ومحل عقد الاستهلاك، وأما المبحث الثاني خصص للحماية المفروضة على شكلية العقد وإجراءاته، أما **الفصل الثاني فيعالج حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقد من التعسف والإذعان**، التي يتعرض لها حيث جاء تقسم هذا الفصل على النحو التالي المبحث الأول حق المستهلك الالكتروني أما المبحث الثاني آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشّروط التعسّفية والإذعان لنختم موضوع هذه الدراسة بخاتمة تضمنت أهم النتائج والاقتراحات المتوصل إليها.

الفصل الأول

حماية المستهلك الالكتروني في مرحلة ابرام العقد

تمهيد:

نظرا للمخاطر الكبيرة التي تنطوي عليها العملية الاستهلاكية الإلكترونية في جميع مراحلها ومن أجل وقاية المستهلك من مخاطر ما يقتنيه من سلع وخدمات ووقوعه ضحية لنزعته الاستهلاكية، وجب على التشريعات أن تتعرض لحماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية لإيجاد واستنباط الآليات اللازمة لإعادة التوازن في العلاقات الاستهلاكية ما يرفع الضرر عن المستهلك، وليس على المستوى الوطني فقط بل وأن المعاملات الإلكترونية في الغالب معاملات دولية تتم عن طريق شبكة المعلومات الدولية للإنترنت ومن ثم فهي تمتد لتشمل كل أرجاء المعمورة مما يستدعي توحيد النظام القانوني الدولي للتنسيق بين المراكز القانونية للمتعاقدين واتساع نطاق الحماية القانونية للمستهلك.

ونظرا للتطورات الهائلة التي يشهدها العالم المعاصر في شتى المجالات وما ينجر عنها من نتائج وآثار فإن الأمر يستدعي وضع آليات قانونية لحماية المستهلك حين يلجأ إلى التعاقد الالكتروني، وذلك من أجل إبراز عقد البيع المبرم عبر الانترنت كعقد بيع موثوق فيه، فعادة عرض السلع والخدمات كثيرا ما تصاحبه المبالغة في الدعاية والإعلان وهذا الأمر يؤثر بشكل واسع على توجه المستهلك وقد يوقعه مما لا شك في مغالطة تضر بمصالحه.

و هذا ما دفعنا لتناول الحماية التي قررها المشرع الجزائري في سبيل توفير ضمانات أكثر للمستهلك الإلكتروني كي يكون على بينة من أمره قبل إبرام العقد، بل وحتى بعد إبرام العقد باعتبار أن هذا الأخير يتم عبر الانترنت.

حيث قسمنا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : حماية رضا المستهلك ومحل عقد الاستهلاك

المبحث الثاني : الحماية المفروضة على شكلية العقد وإجراءاته

المبحث الأول:

حماية رضا المستهلك ومحل عقد الاستهلاك

إن الاعلام المسبق الذي يلتزم به المحترف اتجاه المستهلك لا يكفي من أجل حماية هذا الأخير ، بل لا بد أن تكون هناك وسائل أخرى تعمل على تفعيل هذه الحماية ، لذلك نصت مختلف التشريعات على العديد منها، في هذا المبحث إلى الشروط التعسفية التي غالبا ما يضعها الطرف القوي في العقد ولا يستطيع المستهلك مناقشته فيها، ولذلك وضع المشرع حلولا لمواجهة هذه الشروط ، بأن جعل للقاضي حق التدخل لتعديلها أو إعفاء الطرف المذعن، كما لا يمكننا تجاهل دور نظرية عيوب الرضا في تحقيق الحماية ، حيث أن الاخلال بالالتزام بالإعلام قد يؤثر على صحة رضا المستهلك.

المطلب الأول:

حماية رضا المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية والإذعان

على المستهلك قبول الشروط إذا ما أراد اتمام إبرام العقد ، وفي أغلب العقود تكون هذه الشروط مجحفة بحق الطرف الآخر الذي لم تتسنى لهى مناقشتها ، لذا فهي تعتبر شروطا تعسفية بحقه.

الفرع الأول:

حماية رضا المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية

نتطرق في البداية للمقصود بالشرط التعسفي من خلال تعريفه وذكر عناصره وصوره ومعايير تحديده.

أولا: تعريف الشرط التعسفي

إن معرفة المقصود بالشرط التعسفي تقتضي البحث عن تعريفه من جانب الفقه القانوني وكذلك التعريف القانوني.

1. **التعريف الفقهي للشرط التعسفي:**

إن تعريف الشرط التعسفي من ناحية الفقه القانوني تجعلنا أمام العديد من التعاريف نكتفي بذكر البعض منها، فمنهم من يرى بأنه "كل شرط يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة عن عقد الاستهلاك تمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك[1]، بمعنى آخر فهو الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة".

[1]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، الاسكندرية، الناشر منشأة المعارف، ط2008، ص 406.

و عرفه البعض من فقهاء القانون الجزائريين بأنه "ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي".

وقد جاء هذا التعريف متأثرا بما جاء في المادة 110 من القانون المدني الجزائري[2] التي تقر للقاضي بالسلطة التقديرية لتقدير الطابع التعسفي بقولها "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذهب منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة".[3]

و يرى الباحث أحمد رباحي بأن الشرط التعسفي هو: "الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة بفرضه تعسفا على الطرف الآخر بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوقه والتزامات الأطراف في كل مراحله، يظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى فيشكل ذلك عبئا على الطرف الآخر دون مقتضى".[4]

2. التعريف القانوني للشرط التعسفي:

عرف المشرع الجزائري الشروط التعسفية بموجب أحكام المادة 3 الفقرة 5 من القانون 04-02[5]، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث نصت على "شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

ولا بد من تثمين موقف المشرع الجزائري بصدد تعريفه للشرط التعسفي مزيلا بذلك كل التكهنات والتساؤلات التي أدبيت بشأن تحديد طبيعة الشروط التعسفية المعنية بالحماية والمعايير اللازم توافرها لاعتباره كذلك، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ بمعيار القوة الاقتصادية ولا بمعيار الميزة المفرطة بل بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي.

---

[2] - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/25 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 الصادرة بتاريخ 1975/09/30، المعدل و المتمم.

[3]- سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهدة الماجستير في العلوم القانونية و الإدارية تخصص عقود و مسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، ص 57.

[4]- أحمد رباحي، مقال، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، بمجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، العدد 05، ص 347.

[5]- القانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم بموجب القانون 10-06، ج ر عدد 41 المؤرخة في 2004/06/27.

وما يجب ملاحظته ابتداء أن تعريف الشروط التعسفية لم تأت به أغلب التشريعات في القانون المدني، إذ أن تعريفها غالبا ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك ومن بين التشريعات الغربية التي تولت تعريف الشرط التعسفي سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، القانون الفرنسي، والقانون البلجيكي والقانون الألماني.

هذا الأخير الذي ضمن المادة الأولى من القانون الصادر في 1976/09/09 المتعلق بالشروط العامة للعقود الذي بدأ العمل به في 1977/04/01 بأنه: "تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه".[6]

كما عرفه المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 35 من القانون رقم 78-23 الصادر في 1978/01/10 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات التي جاء فيها "في العقود المبرمة بين المحترفين أو المستهلكين، قد تكون محظورة، أو محددة أو منظمة... الشروط المتعلقة بـ... متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة".

ثم أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لعام 1995 بموجب الفقرة الأولى من المادة 1/132 من القانون 95-96 الصادر في 01 فيفري 1995 التي جاء فيها بأنه "في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضرار بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".[7]

ثانيا: عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري

من خلال تعريف المشرع للشرط التعسفي بوجب المادة 03 الفقرة 5 من القانون 04-02 المعدل والمتمم، نستخلص ثلاث عناصر للشرط التعسفي في القانون الجزائري وهي:

1. **أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد إذعان محله بيع سلعة أو تأدية خدمة:**

عرف المشرع عقد الإذعان في المادة 03 الفقرة 04 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بأنه" يقصد في مفهوم هذا القانون...عقد، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف العقد مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

---

[6]- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، الجزائر، دار هومة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، 2010، ص 18.

[7]- أحمد رباحي، مرجع سابق، ص 345.

كما تكرر هذا التعريف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306[8] في الفقرة الثانية من المادة الأولى بأنه "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03 الحالة الرابعة من القانون 04-02 ... كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، على أن يكون محل هذا العقد بيع سلع أو تأدية خدمة.

و نستخلص من خلال هذا أن المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم الموسع لعقود الإذعان ووسع الحماية من الشروط التعسفية لتشمل المهنيين والمستهلكين معا وهو الأمر الذي تؤكده المادة الأولى من القانون 04-02 المعدل والمتمم[9] "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين".

أما من حيث مجال هذه الشروط التعسفية فقد حدد المشرع الجزائري على أنها تكون في عقود الإذعان فقط، والتي لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص التالية:

- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.
- احتكار الموجب لهذه السلع احتكارا فعليا أو قانونيا، أو على الأقل سيطرته عليها بصورة تجعل المنافسة فيها محددة النطاق.
- صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر ومدة غير محددة.

على أنه وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى بعض صور عقود الإذعان الاستهلاكية، كالعقود النموذجية، عقود التجارة الدولية، عقود التأمين، عقود العمل، عقود النقل، عقود البنوك، العقود الدولية، وعقد الفرانشيز.

2. **أن يكون العقد مكتوبا:**

اعتبر المشرع في المادة 03 أن عقد الإذعان الذي يكون مجالا للشروط التعسفية، يجب أن يكون محررا مسبقا من خلال عبارة "... حرر مسبقا"، على أنه إذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة فإن المقصودة هي التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا.

والمقصود بالكتابة في هذا المقام، ليست الكتابة الرسمية فقط، وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة، سند الضمان، وصل التسليم وغيرها.

---

[8]- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرة بين الأعوان الاقتصادية و المستهلكين و البنوك التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56 المؤرخ في 2006/09/11.

[9]- القانون رقم 04-02، المؤرخ في 2004/06/23 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج عدد رقم 41، الصادرة بتاريخ 2004/06/27، معدل ومتمم.

وقد نصت المادة الرابعة الحالة 04 الفقرة 02 "يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا".

والجدير بالذكر أو موقع المشرع الجزائري يتوافق وموقف المشرع الفرنسي الذي يشترط أن يكون الشرط التعسفي مكتوبا مع ملاحظة أن ذكر تعداد المشرع للسندات المتضمنة شروط تعسفية جاءت على سبيل المثال فيمكن أن تدرج في أي وثيقة مهما كان شكلها تتضمن الشروط العامة الخاصة بالعقد.

3. أن يكون أحد أطراف العقد مستهلكا أوعونا اقتصاديا:

وضع المشرع الجزائري نظاما عاما للحماية من الشروط التعسفية يهتم بحماية المستهلك والعون الاقتصادي على حد سواء من تعسف العون الاقتصادي وتجلى هذا الموقف من خلال نص المادة الأولى من القانون 04-02 المعدل والمتمم الذي يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية والتي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه.

و عليه نستنتج أنه لإعمال الحماية المقررة بموجب القانون 04-02 يتعين قيام عقد إذعان بين محترف ومحترف أو بين محترف ومستهلك.[10]

4. أن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد:

من خلال التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للشرط التعسفي بموجب المادة 03 الفقرة 05 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بقوله "... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد" وعليه فالشرط المتضمن في عقد الإذعان الذي من شأنه إحداث عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف هو لا محال شرط تعسفي، ونستنتج أن المشرع قد أخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد متأثرا بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في هذا الصدد الذي نقله هو بدوره من التعليمة الأوروبية لسنة 1993.[11]

ثالثا: معايير تحديد الشرط التعسفي

يعتمد القاضي في إصدار للأحكام على معيار تقليدي يتضمن القانون المدني حول ما إذا كان الشرط المتضمن بعقد الإذعان تعسفا أم لا وهو معيار العدالة، لكن القواعد المستحدثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية أدت إلى ظهور عدة معايير يتحدد وفقها الطابع التعسفي للشرط نتناولها تباعا:

[10]- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 89.

[11]- وذلك من خلال أحكام المادة 132-1 من القانون 95-96 المتعلق بالمستهلك الصادر في 1995/02/01 و التي تنص على "في العقود المبرمة ما بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدثها موضوعها أو آثارها إضرارا بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توزان ظاهر بين حقوق و التزامات أطراف العقد".

1. **معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:**

أن يكون الشرط المفروض على المستهلكين أو غير المحترفين سبب في تعسف المحترف (المتدخل) في استخدام نفوذه الاقتصادي.

لكن تعرض هذا المعيار للانتقاد على أساس أنه لفرض أن الشرط فاحش يجب أن يكون نفوذ، ولكن النفوذ ليس مرادفا للقوة، في الوضع الذي يمكن للميكانيكي البسيط أن يستعمل نفوذه المسيطر، بينما قد يكون هناك مشروع كبير على المستوى الوطني لا يمكنه ذلك لأنه يخشى على سمعته، إضافة إلى أنه معيار غامض أدى إلى طرح تساؤلين حول المقصود بالتعسف؟ والثاني حول ضرورة هذا المعيار ومدى نجاح المشرع في اختياره؟

حيث أنه فيما يتعلق بالمقصود بالتعسف، يرى فريق أول أنه تعسف الموقف الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر، من خلال استخدام وسائل غير آمنة والاستغلال لوضع الضعف للطرف الآخر، إذ يحصل المتعاقد جراء هذا التصرف القانوني على ميزة فاحشة.[12]

ويرى فريق آخر أن المقصود بالتعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة وهو ما ظهر من خلال المناقشات البرلمانية عند وضع قانون 1978/01/10، حيث قال أحد النواب أن هذا القانون يحرم على المهني الذي يملي شروطه، تجاوز هذه السلطة أضرار بالمستهلك" حيث يظهر من خلال ذلك أن المقصود هو التعسف في استخدام الحق الذي يعني تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية، أما بالنسبة لتحرير العقود المنفردة النموذجية فهي بمثابة الضرورة التي لا غنى عنها، ويرى بأنها حق شخصي ومنهم من يراها ممارسة لسلطة.

وعليه أنتقد هذا المعيار على أنه غامض ومبهم ليس فيه ما يمكننا من تحسس ومعرفة تعسف النفوذ الاقتصادي، غير أن الفقه في هذا الصدد عمد إلى إيجاد مؤشرات يمكن الاستناد إليها وأهمها:

- من المؤشرات أنه ابتداء مطن اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم في اتفاق ما، فإن هذا يكفي لاعتباره غير فعال، بمعنى أنه يعتبر باطلا وغير ضروري.[13]
- وضع المستهلك نفس يصلح أن يكون مؤشرا يستشف منه تقدير النفوذ، حيث أن المهنيين يستغلون وضع المستهلك الذي ليس له خيارات متعددة، لأنه في غالب الأحيان لا يكون قادرا على مناقشة شروط العقد

[12]- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، جامعة بوبكر بلقايد بتلمسان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، 2008/2007، ص 111.

[13] - سي الطيب محمد أمين ، المرجع نفسه، ص 112.

وبالتالي فهو في مركز ضعف، والمهني يفرض عليه شروط العقد من منطلق نفوذه وتفوقه أمام عدم إمكانية استغناء المستهلك عن السلعة أ الخدمة.

- وضع المهني في السوق هي مؤشر يمكن الاستناد إليه بما يمكن أن يكون له من خبرة في التصرفات التي تدخل ضمن مهنته، ما يجعله يعرف مؤشرات الاشتراطات المختلفة في إبرامه للاتفاقات التي تدخل في عداد مهنته فيؤدي تفوقه هذا إلى حصوله على شروط ملائمة بشكل مبالغ.[14]

2. **معيار الميزة الفاحشة:**

يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيا في الحالة التي يكون فيها ناتجا عن تعسف النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني على أن يمنحه ميزة فاحشة أو مفرطة لصالح المهني.[15]

ويبدو أن هذا المعيار وكأنه نتيجة للمعيار الأول فتعتبر الميزة الفاحشة هي النتيجة المحصلة من استخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية مرتبطة به بعلاقة سببية، فالشرط لن يكون تعسفا إلا إذا اعطى ميزة فاحشة.[16]

وقد انتقد هذا المعيار على أساس أنه غامض وغير محدد الكمية ولا يحدد طبيعة الميزة (إذا كانت ذات طابع مالي أو غيره)، إضافة إلى كيفية تقدير الميزة إذا ما كان ينظر للشرط منعزلا أم بالنظر إلى مجموع شروط العقد؟ لأن تحديد كمية الميزة الفاحشة يشبه فكرة الغبن من خلال ترتيبها لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية واختلال التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين، إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في محل التعسف.

و الغبن ينصب على الثمن، الميزة الفاحشة تنصب على شروط التعسفية تتعلق بتنفيذ العقد ولا تنصب على الثمن فقط.

أما بخصوص تقدير الشرط منفردا أو متصلا بالعقد ككل لأن البعض يرى بأنه يجب النظر إلى تقدير عدم التوازن إلى مجموع الشروط العقدية، لأن النظر للشرط منفردا قد يجعله يبدو تعسفا، لكن يكون مبررا إذا نظرنا إليه مع بقية شروط العقد.[17]

---

[14]- سي الطيب محمد أمين ، مرجع سابق، ص 113.

[15]- أخذ المشرع الفرنسي بمعيار الميزة الفاحشة بموجب المادة 35 من القانون رقم 78-23 المؤرخ في 1978/01/10 الفرنسي المتعلق و إعلام المستهلكين محصلة.

[16]- سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 114.

[17]- و هو ما أخذ به المشرع الفرنسي بموجب المادة 1/132-5 من قانون الاستهلاك التي جاء فيها "الطابع التعسفي للعقد يقدر بالاستناد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرام العقد و كذا بالنسبة للشروط الأخرى للعقد".

أما المشرع الجزائري فقد كان له نفس موقف المشرع الفرنسي في هذا الخصوص من خلال اعتباره للشرط التعسفي "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى".[18]

3. **معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات:**

أخذ به المشرع الفرنسي على إثر تعديله لقانون الاستهلاك عام 1995 بموجب المادة 1/132-5 الذي يستمده من خلال التعليمة الأوروبية عام 1993 الخاصة بالشروط التعسفية، لإضافة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بهذا المعيار عندما اعتبر بموجب القانون 04-02 ولكي يكون الشرط تعسفيا يجب أن يكون من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

و نظرا للتشابه بين هذا المعيار وفكرة الغبن أضاف المشرع الفرنسي الفقرة 07 للمادة 132-1 من قانون الاستهلاك التي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة وهذا يعكس رغبة المشرع في تبيين أن الهدف من المعيار هو محاربة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الآداءات المتقابلة، الأمر الذي سكت عنه المشرع الجزائري ولم يبينه".[19]

الفرع الثاني:

حماية رضا المستهلك الالكتروني من الإذعان

أولا: تعريف

يعرف الفقه عقد الإذعان بأنه "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر وألا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها".

و على غير عادة المشرع الجزائري، فقد جاء القانون رقم 04-02 الصادر في 2004/06/23 والمحدد للقواعد المطبقة على النشاطات التجارية، ليضع تعريفا لهذا العقد في الفقرة 4 من المادة الثالثة بأنه "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع السلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه" مما يعني أن المشرع اعتبر عقود الاستهلاك بمثابة عقود إذعان.

[18]- المادة 03 الحالة 5 من القانون 04-02، مرجع سابق.

[19]- سي الطيب محمد أمين، مرجع سابق، ص 118.

وفي هذه العقود تعطى لأحد طرفيها فقط حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها، مما يترتب عليها احتكار بعض المرافق الهامة احتكار قانونيا أو فعليا، لا يمكن المشتري سوى أن يقبلها كما هي دون نقاش وإذا قبلها كان متعاقدا.[20]

ثانيا: شروط الإذعان في عقد الاستهلاك الالكتروني

يشترط في عقود الإذعان ثلاثة شروط وهي أن يكون التعاقد على سلع أو خدمات تعد من الضروريات بالنسبة للمستهلكين، كخدمات الغاز والكهرباء والمياه والهاتف، فضلا عن كون احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا فعليا، إلى جانب صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة على نحو مستمر ولمدة غير محدودة.[21]

و بإعمال هذه الشروط على عقد التجارة الالكترونية، فلا يمكن التسليم بانطباقها على المستهلك الالكتروني، إذ نجد أن شرطي ضرورية السلعة للمستهلك وصدور الإيجاب للناس كافة، هما أمران واردان في هذا العقد، غير أن شرط احتكار الموجب سواء كان فردا أو شركة للسلعة أو الخدمة، قد اختلف الفقه حول ارتباطه بهذه العقود.

اتجاه أول: رأى أنه لا ينطبق على عقد التجارة الالكترونية في غالب الأحيان لوجود شركات كثيرة تعرض منتجاتها، ويعثر عليها المستهلك على الشبكة.[22]

اتجاه ثان: يرى أن الشركات العملاقة في نطاق التجارة الالكترونية، تشبه تماما شركات الاحتكار في عقود الإذعان، وذلك في مواجهة المستهلك الضعيف في عقد التجارة الالكترونية، فقد تكون محتكرة للسلعة أو الخدمة عن طريق شبكة الانترنت ويكون المستهلك في حاجة لاقتنائها بهذا الطريق، ولا يملك حرية المفاضلة بين أكثر من شركة وإنما هي شركة واحدة، إن قبل فلا يملك سوى التعاقد معها.[23]

وعليه فإن العقود الالكترونية لا يمكن أن نعدها من قبيل عقود الإذعان بصفة مطلقة، فطالما كان العقد بين المستهلك لسلعة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها ومحتكر توزيع تلك العقد هو عقد الإذعان ولا فرق بين كون هذا العقد ثد تم بطريقة الكترونية وبين كونه قد تم بالطريقة التقليدية العادية، أما إذا توافر شرطان أو شرط دون باقي الشروط، فلا نكون بصدد عقد الإذعان، وفي القانون الجزائري، فإن القانون رقم 04-02 الصادر في 2004/06/23 والمحدد للقواعد المطبقة على النشاطات التجارية في الفقرة 5 من المادة 3 تعتبر شرط تعسفي "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروطا أخرى من شأنه

[20] - علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 62.

[21]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد 1، منشورات الحلبي بيروت، 1998، ص 240-250.

[22] - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002.، ص 35.

[23]- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 55.

الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، وفي المادة 29 منه "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

1. أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات معترف بها للمستهلك.
2. فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
3. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
4. التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العلمية التجارية للشروط التعاقدية.
5. إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد غدا أخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
7. التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو أي آجال تنفيذ خدمة.
8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

ثالثا: حماية الطرف المذعن في عقد الاستهلاك الالكتروني

مسألة الإذعان والتعسف بحقوق المستهلك الالكتروني يمكن علاجها تشريعيا وبضمانات أخرى، تحمي المستهلك في مواجهة المتعاقد القوي.

1. الحماية في القواعد العامة:

إن تفسير عقد الإذعان وفقا للقواعد العامة في القانون المدني وتطبيقها على المستهلك في عقود التجارة الالكترونية تحقق له حماية كاملة سواء تعلقت الحماية بتفسير شروط العقد أو ما غمض منها، وكذا فيما يتعلق بإبطال ورفع الشروط الجائرة عن ذلك المستهلك، من خلال تدخل سلطة القاضي لاستبعاد أو تعديل الشروط غير المعقولة، عن طريق مراقبة مضمون الشرط ومداه من الناحية الموضوعية حسب المادة 110 مدني جزائري، التي تنص على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

ويوفر هذا النص الحماية الكاملة والقوية للمستهلك بصفة عامة ضد الشروط التعسفية التي قد تفرض عليه من شركات الاحتكار، إذ يملك القاضي دون غيره تقدير ما إذا كان وفقا لما تقتضيه اعتبارات

العدالة، و لذلك لا يجوز الاتفاق بين طرفي العقد على ما يخالف مضمون هذا النص بوصفه من القواعد الآمرة المتصلة بالنظام العام ويقع باطلا كل اتفاق لمخالفته النظام العام.[24]

إضافة إلى هذا، فإن الفقرة 1 من المادة 112 مدني جزائري، تنص أيضا على تفسير الشك لمصلحة المدين، فيتدخل القاضي لحماية الطرف الضعيف، كما يؤول الشك لمصلحة المذعن سواء كان دائنا أو مدينا، فالمفروض أن العاقد الآخر هو أقوى العاقدين ويتوافر على وسائل تمكنه عند التعاقد من فرض شروط واضحة بينه وبين المذعن، فإذا لم يفعل لذلك بخطئه أو تقصيره تحمل تبعته، كما أضاف المادة 112 مدني جزائري آخر لحماية المستهلك، فلا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقد الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن، وفي هذا الصدد نميز بين ثلاث حالات:

- إذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.
- أما إذا كانت غامضة، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء بطبيعة التعامل وفقا للعرف الجاري في المعاملات.
- وفي حالة الشك في اتجاه الإرادتين يتدخل القاضي لتعديل العقد بمنح أجل للمدين، دون المساس بجوهر الالتزام.

فهنا يمكن للقاضي إعادة التوازن بين الالتزامات الطرفين في العقد حسب مقتضيات العدالة نتيجة الغبن والاستغلال، حيث يتدخل إذا كان هناك غبن معاصر لتكوين العقد بمعالجته فيعدل الشروط التعسفية.[25]

2. الحماية في القواعد الخاصة:

لا يعترف القانون المدني الفرنسي بفكرة عقود الإذعان، فالأصل في هذا القانون هو عدم الاهتمام بافتقاد التوازن العقدي بين المهني والمستهلك، حيث يسود الرأي القائل أن "الشروط العادلة"، فطالما تراضى الطرفان فهما يلتزمان مهما كان عدم التوازن الذي يتضمنه العقد.[26]

ولهذا فإن الحماية القانونية للمستهلك في فرنسا، لم تتحقق من خلال القواعد العامة كما فعل المشرع الجزائري، وإنما من خلال القواعد الخاصة في تقنين الاستهلاك الفرنسي الذي أقر إجراءات عامة في تفسير الشك لصالح المستهلكين من شأنها الحد من الشروط الفرنسي الذي أقر إجراءات عامة في تفسير الشك لصالح المستهلكين من شأنها الحد من الشروط غير العادلة، التي يدرجها المهني في العقد لصالحه ضد

[24]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 250.

[25] - محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص 149-152.

[26]- عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 38.

المستهلك ويكاد ما هو منصوص غير العادلة، التي يدرجها المهني في العقد لصالحه ضد المستهلك، ويكاد ما هو منصوص في القانون الفرنسي تطابق مع نص المادتين 110-112 مدني جزائري، بشأن عقود الإذعان.

كما نجد أن المجلس الفرنسي للاستهلاك، قد أخذ في حسبانه المركز التعاقدي للمستهلك عند إبرامه عقد توريد خدمة الدخول إلى شبكة الانترنت، فقرر أن "المبادئ العامة في تقنين الاستهلاك تنطبق على الأنشطة التي يقوم التي يقوم بها موردو خدمات الدخول إلى الشبكات".[27]

وزيادة على هذا، فإن المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، اعتبرت من قبيل التعسف الشروط التي تنشئ، من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها، اختلالا عقديا مبنيا على عدم توازن الحقوق والالتزامات، ضد مصلحة المستهلك وبما يحقق مصلحة المهني، وقد أوضحت ذات المادة أن هذا النص يعد محلا للتطبيق بصرف النظر عن شكل العقد أو الوسيط التي يتم من خلاله، مما يعني انطباقه على العقد الالكتروني.[28]

كما نجد أحكام خاصة في القانون الجزائري رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على النشاطات التجارية، حيث نصت المادة 38 منه "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية 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".

المطلب الثاني:

حماية المحل في عقد الاستهلاك الالكتروني

يعد المحل الركن الثاني من أركان عقد الاستهلاك الالكتروني، وقد تدخلت التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية لفرض مطابته للنظام العام والآداب العامة، حماية للمستهلكين.

وفي هذا المطلب سنتطرق لفرعين يتعلقان بالامتناع عن استخدام التعاقدات الالكتروني غير المشروعة والحماية الجنائية للمحل.

وترتبط العقود الالكتروني ارتباطا وثيقا بمسألة النظام العام والآداب العامة، مما دفع أغلب التشريعات إلى فرض رقابة على مشروعية المحل والابتعاد عن التعاملات المشبوهة ومدى مطابقته للنظام والآداب العامة.

[27]- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الكتاب القانونية، مصر، 2008، ص 119.

[28] - المرجع نفسه، ص 192.

الفرع الأول:

الحماية المدنية لعقد الاستهلاك الالكتروني

بالرجوع إلى القانون المدني نجد المشرع نص على العديد من المبادئ والنظريات التي بموجبها تكفل بصفة عامة تحقيق التوازن العقدي، وهي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وكذا نظرية السبب المشروع، نظرية الاستغلال والغبن، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، أخرى بصفة خاصة تتمثل في نظرية الإذعان التي بموجبها أتاح المشرع مجموعة من الوسائل لحماية الطرف الضعيف ومكافحة الشروط التعسفية وتتمثل في تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي خلافا للقاعدة العامة التي تعتبر أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين.

أولا: الآليات القانونية لتحقيق التوازن بين الشروط التعاقدية أثناء تكوين العقد

تعد نظرية الاستغلال المنصوص عليها في المادة 90 من القانون المدني وسيلة من وسائل حماية أحد الأطراف العقد، حيث منحت للطرف المستغل الحق في إبطال العقد وللقاضي السلطة التقديرية في قبول الطلب أو الاكتفاء بانقاص التزامات الطرف المستغل، بالرغم من اعتبار التدليس من بين أهم الوسائل التي تمكن من إعادة التوازن العقدي، غير أن العمل بها على نطاق واسع يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات واهتزاز الأمن القانوني[29]، لقابلية العقد للإبطال خاصة وأن عقود الاستهلاك من العقود التي يكون فيها المستهلك عرضة للاستغلال، كما أنه لا تحقق الغاية المرجوة في حماية المستهلك نظرا لصعوبة إثبات العنصر النفسي حيث لا يتمكن المستغل من إثبات أن الطرف الآخر استغل ما به من طيش وهوى جامح في أغلب الحالات.

اشترط المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 107 من القانون المدني تنفيذ العقد بحسن النية، يقصد به الثقة والإخلاص والنزاهة والصراحة والإنصاف بكل الصفات الحميدة التي تجعل من تنفيذ الالتزام يسيرا[30]، ويقع هذا الالتزام في ذمة كل من الدائن والمدين ويشمل جميع العقود بما فيها عقود الاستهلاك، غير أن هذه الأخيرة لا يمكن أن نتصور أن تكون للمستهلك مقومات القدرة على تنفيذ العقد بما يخالف مقتضيات حسن النية، ويفرض هذا المبدأ سواء عند تنفيذ العقد أو حتى خلال المرحلة السابقة على تنفيذه، يقوم هذا المبدأ على عدة مظاهر (الأمانة، التعاون، الثقة المشروعة، عدم التعسف في استعمال

[29]- بولقواس سارة، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الالكتروني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة-1، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية العدد الثاني سبتمبر 2017، ص57.

[30]- المرجع نفسه، ص57.

الحق) تمكنه من المحافظة على التوازن العقدي إذا ما روعيت، بمفهوم المخالفة إذا تخلفت أحد تلك المظاهر تجعل العقد يميل إلى عدم التوازن.

فإذا أدرج شرط تعسفي من طرف المهني فإن ذلك يكون في الغالب الأحيان ناتج عن سوء نيته، لذلك اتجهت بعض التشريعات كالتشريع الألماني على جعله مبدأ عاما يعتمد عليه لإزالة عدم التوزان التعاقدي.

والمشرع الجزائري كما سبق القول نص عليه في المادة 107، وألزم المتعاقدين على ضرورة مراعاته عند تنفيذ العقد، ولم ينص على جزاء عدم مراعاة حسن النية مما يؤدي إلى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي، كما أن الإخلال بالتوازن العقدي لا يكون دوما نتيجة سوء نية المهني عند إبرام العقد أو عند تنفيذه فقد يكون قصده تحقيق مصلحته دون أن تكون نيته سيئة، مما يدفعنا إلى القول بأن هذا المبدأ لا يستوعب جميع صور الأضرار التي تلحق بالمستهلك.[31]

يؤدي إلى بطلان العقد وفقا لنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري إذا كان سبب وجوده غير مشروع أو مخالف للنظام العام، فهل يمكن أن تصلح نظرية السبب كآلية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية؟

والإجابة عن هذه الإشكالية لا بد من التمييز بين السبب في النظرية التقليدية والسبب في النظرية الحديثة، حيث يعد سببا في النظرية التقليدية الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، فسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو نقل البائع لملكية الشيء، ولما كانت هذه النظرية تعتبر أن سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين إنما هو محل الالتزام المقابل وهو تنفيذ هذا الالتزام المقابل، وإن عدم وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب مما يؤدي إلى بطلان العقد، ولقد اعتمد القضاء في الدول التي تتبنى هذه النظرية كفرنسا فكرة الغياب الكلي أو الجزئي للسبب في الحالات التي يكون في العقد شرط ليس له مقابل لمعالجة إعادة التوزان العقدي، الذي يختلف من عقد إلى آخر ويختلف حتى بين أطراف العقد نفسه وهذه النظرية أخذ بها المشرع الجزائري، كذلك لا يمكن القول أن انعدام السبب يؤدي إلى اختلاف التوازن العقدي، ومن ثم فإن هذه النظرية تعد قاصرة هي الأخرى في حماية المستهلك من الشروط التعسفية.[32]

ثانيا: الآليات القانونية لتحقيق التوازن العقدي أثناء تنفيذ العقد

وفقا للقواد العامة فإن دور القاضي يقتصر فيما يتعلق بالعقود على مجرد تفسيرها لتطبيق حكم القانون عليها، إلا أنه خروجا على هذه القاعدة وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان، منح

[31]- بولقواس سارة، مرجع سابق، ص 58.

[32]- المرجع نفسه، ص 58.

له سلطة استثنائية بموجب المادة 110 من القانون المدني، إلى جانب ذلك فإن المشرع وضع قاعدة في نص المادة 2/112 من القانون المدني مفاده في حالة الشك يؤول تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن.

وفقا لنص المادة 110 من القانون المدني التي تنص على أنه "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منه"، فإن السلطة الاستثنائية للقاضي التي تتمثل في تعديل العقد وفقا لسلطته التقديرية ويقصد بها ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الوقائع و القواعد القانونية التي يقدر أنها تحكم النزاع المطروح عليه، ولا يتصدى القاضي وفقا للقانون المدني الجزائري للشروط التعسفية من تلقاء نفسه بل بناء على طلب المستهلك المذعن عملا بمبدأ حياد القاضي، وهناك من الفقه من يرى منح القاضي سلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد لأن ذلك يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية، والمعيار الذي يسترشد به القاضي في إعمال سلطته في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية هو العدالة وهناك أمثلة قانونية عديدة تمنح للقاضي سلطة تقديرية في إلغاء الشرط التعسفي مثلا نص المادة 622 من القانون المدني الجزائري التي تنص على بطلان مجموعة من الشروط التي ترد في وثيقة التأمين والتي تتمثل:[33]

1. الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين أو النظم إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية.
2. الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات، أو تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.
3. كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.
4. شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة من بين شروطها العامة المطبوعة لا في صور اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

و هذه الشروط افترض فيها المشرع الطابع التعسفي افتراضا لا يقبل إثبات العكس وتعد هذه الطريقة أحسن طريقة لتحديد الشروط التعسفية ومكافحتها.[34]

[33]- بولقواس سارة، مرجع سابق، ص ص 58-59.

[34]- المرجع نفسه ، ص 59.

واعتبر المشر الجزائري كل شرط يتضمن عدم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفي باطلا، وتعد سلطة القاضي في التدخل لتحقيق التوازن العقدي من النظام العام[35] وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك.

نظرا لما تتميز به عقود الإذعان بانفراد المحترف في وضع الشروط، غالبا ما تتضمن شروطا غامضة مبهمة ومتعمدة في وجودها، ففي هذه الحالة ألزم المشرع للقاضي أن يكون التفسير في صالح الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف.

الفرع الثاني:

الحماية الجنائية لمحل عقد الاستهلاك الالكتروني

رغم أن التجارة الالكترونية في بداية طريقها، إلا أنها تحولت مجالا خصبا لجرائم الغش والعروض الالكترونية المزيفة، وهو ما نتناوله في الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: الحماية الجنائية ضد الغش التجاري

أولا: مفهوم الغش التجاري

إن الغش التجاري الذي يتعرض له المستهلك في نطاق المعاملات العادية، هو نفسه الذي يتعرض له في حال ما إن تم إبرام العقد بطريق الانترنت، بل إن وقوع الغش في حالة التعاقد عن طريق الانترنت تكون فرصة وقوعه أكبر، نظرا لانعدام شرط المعاينة للسلعة، فالتغييرات التي يشهدها العالم والتطورات العلمية والاقتصادية، نتج عنها عدم حصر الأساليب التقليدية المعروفة في الغش التجاري وازدادت مخاطر الغش في السلع والخدمات عما كان عليه الحال في الماضي، لا سيما مع ظهور التجارة الالكترونية، فأصبح مفهومه واسعا، ولم يعد يقتصر على الوزن والطول بل توسع هذا المفهوم ليشمل قطع غيار الطائرات والمواد الغذائية.

ويعرف الفقهاء الغش التجاري بأنه كل فعل عمدي إيجابي ينصب على سلعة معينة أو خدمة يكون مخالفا للقانون، أو في أصول البضاعة متى كان من شأنه أن يغير من طبيعة أو خواص المواد أو فائدتها التي دخل عليها فعل فاعل، ولا تهم الوسيلة التي لجأ إليها الفاعل لتحقيق غايته، فقد يتم الغش عن طريق الخداع بوسائل احتيالية يستعملها الشخص ليوقع غيره في الخطأ، أو بواسطة التزييف بتغيير الحقيقة عموما.[36]

[35]- بولقواس سارة، مرجع سابق، ص 59.

[36]- عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 65.

كما قد يأخذ الغش طري التداول التجاري لمواد استهلاكية مزيفة أو سامة أو انتهت صلاحيتها في تعاقد دولي، كأن يحصل المستورد على شهادات تحليلية أو مطابقة غير حقيقية أو بصنع مادة مزيفة أو فاسدة بشكل مغاير.[37]

ثانيا: الفرق بين جريمتي الخداع والغش

فرق قانون العقوبات الجزائري بين جريمتي الخداع والغش بأن وضع لكل منهما الأوصاف الخاصة بها، فجاءت حالات الخداع على سبيل الحصر في المادة 429 منه في الطبيعة أو الصفات الجمهورية أو في التركيب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع وفي نوعها أو مصدرها وفي كمية الأشياء أو في هويتها، بينما تطرق إلى الغش بشيء من التفصيل في الباب الرابع بعنوان الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية وحصرها في السلع المعدة لتغذية الإنسان والحيوان أو مواد طبيعة أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبيعية مخصصة للاستهلاك فلا يجوز محل الغش في الخشب أو القطن ومحلها هو المادة 429 عقوبات.

والمشرع الجزائري في المادة 431 من قانون العقوبات، تطرق إلى جريمة الغش التامة التي يرتكبها الشخص الذي يغش في السلعة ويتولى بنفسه فعل البيع أو العرض للبيع، كما يشكل فعل عرض المنتج المغشوش للبيع، جريمة تامة أخرى حتى ولو لم يتولى البائع بنفسه الغش، فعملية البيع أو فعل المغشوش للبيع، يعد جنحة وهي الشروع في الجريمة، والمشرع حسب المادة 431 من قانون العقوبات لم ينتظر حدوث ضرر للمستهلك لكي يتدخل، بل قام بعملية وقائية قبل تحقق الضرر، ففرض عقابا على الشخص الذي يقوم بعملية عرض المنتج المغشوش للبيع، وأكثر من ذلك عندما فرض عقاب على من يحوز هذه المواد المغشوشة المادة 433 قانون العقوبات.

ثالثا: أركان جريمة الغش التجاري

لها ركنان أحدهما مادي وآخر معنوي ويتحقق الركن المادي، إما بالغش أو الشروع فيه وكذلك بالفساد الذي يطرأ على المادة إما عن طريق العرض أو الطرح للبيع أو بيع المواد المغشوشة أو الفاسدة، وإما بواسطة الطرح للبيع أو العرض لذات الغرض أو بيع المواد المغشوشة أو الفاسدة، وإما من خلال التحريض على استعمال هذه المواد في الغش، كما يتحقق الركن المعنوي في هذه الجريمة بتوافر نية الغش، أي انصراف إرادة الفاعل إلى تحقيق الواقعة الجنائية، ويتعين توافر نية الغش وقت وقوع الفعل، لكون جريمة الغش من الجرائم العمدية الوقتية.

[37]- عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 66.

و حسب الفقرة 1 من المادة 431 من قانون العقوبات، فإن سوء نية الجاني دائما في هذه الحالات مفترضة، وهذا خروجا على المبدأ العام المعمول به في القانون المدني من أن حسن النية المفترضة، وإذا سلمنا بأن الركن المادي يتوافر في حالة البيع الالكتروني عن طريق العرض أو الطرح للبيع من خلال شبكة الانترنت بالنسبة للسلع الفاسدة أو المغشوشة التي تصل إلى المستهلك لاحقا، فإن الفاعل يعد مرتكبا لجريمة الغش من وقت العلم بالغش والفساد، لكن المستقر فقها وقضاء، أن البائع المحترف في عقد الاستهلاك الالكتروني من الصعب تصور جهله بحقيقة العيوب التي في بضاعته أو منتجه.

رابعا: عقوبات رادعة للغش التجاري

نجد أن قانون الاستهلاك الفرنسي تضمن نصوصا تحارب الغش والمخادعة في المواد 213-1 وما بعدها وهي تعاقب على الغش والتدليس، وفي كلا الطائفتين فإن المخادع أو مرتكب الغش أو المدلس يعاقب بالحبس والغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين، ويمكن أن يضاف إليهما عقوبات تكميلية، وواضح أن هذه النصوص تحقق حماية فاعلة للمستهلكين في عقود التجارة الالكترونية.[38]

أما في القانون الجزائري، فإن أهم إجراء تضمنه التعديل الجديد على قانون حماية للمستهلك، هو تشدد المشرع في العقوبات للمخالفين في ضمان حماية المستهلك، قد تصل إلى حد مليوني دينار بخصوص الغرامة المالية أو السجن إلى حد المؤبد.

وقد وضع المشرع الجزائري في قانون العقوبات، عقوبة أصلية إذا قام المجرم بفعل حد مليوني دينار بخصوص الغرامة المالية أو السجن إلى حد المؤبد.

وقد وضع المشرع الجزائري في قانون العقوبات، عقوبة أصلية إذا قام المجرم بفعل الغش أو باع أو عرض المنتج المغشوش للبيع مع علمه بذلك، تتراوح عقوبتها بين الحبس من سنتين إلى 5 سنوات وبغرامة من 10 آلاف إلى 50 ألف دينار جزائري.

وفي هذا السياق، نصت المادة 70 من قانون حماية المستهلك رقم 09-03 على أنه "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 431 من قانون العقوبات كل من:

- يزور أي منتوج موجه للاستهلاك أو للاستعمال البشري أو الحيواني.
- يعرض أو يضع للبيع أو يبيع منتوجا يعلم أنه مزور أو فاسد أو سام أو خطير للاستعمال البشري أو الحيواني.
- يعرض أو يضع للبيع أو يبيع، مع علمه بوجهتها، مواد أو أدوات أو أجهزة أو كل مادة خاصة من شأنها أن تؤدي إلى تزوير أي منتوج موجه للاستعمال البشري أو الحيواني".

[38] - عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 69.

أما إذا حاز الشخص مواد مغشوشة أو تستعمل لغش مواد صالحة للاستهلاك الإنساني والحيواني دون سبب شرعي، فإن المادة 429 من قانون العقوبات، فرضت عقوبات هي الحبس من شهرين إلى 3 سنوات وبغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج ورفعت المادة 69 من قانون حماية المستهلك رقم 09-03 من هذه العقوبة إلى خمسة سنوات حبسا وغرامة مالية تصل إلى 500.000 دج، "إذا كان الخداع أو محاولة الخداع قد ارتكبت سواء بواسطة:

- الوزن أو الكيل أو بأدوات أخرى مزورة أو غير مطابقة.
- طرق ترمي إلى التغليط في عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش في تركيب أو وزن أو حجم المنتوج.
- إشارات أو ادعاءات تدليسية.
- كتيبات أو منشورات أو نشرات أو مغلقات أو إعلانات أو أية تعليمات أخرى".

وإذا كان من نتائج الغش أن تسبب الضرر في مرض أو عجز عن العمل، فإن الفاعل يعاقب بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 دج، وفي حالة تسبب المادة المغشوشة في مرض غير قابل للشفاء، فإن العقوبة ترتفع إلى الحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة، وقد تصل العقوبة إلى الإعدام، إذا كان من نتائج الغش وفاة شخص أو عدة أشخاص، حسب نص المادة 432 من قانون العقوبات.

و قد أكد المشرع في قانون حماية المستهلك رقم 09-03 على هذه العقوبات في المادة 83 بنصها على أنه "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 432 من قانون العقوبات، كل من يغش أو يضع للبيع كل منتوج مزور أو فاسد أو سام أو لا يستجيب لإلزامية الأمن المنصوص عليها في المادة 10 من هذا القانون، إذا ألحق هذا المنتوج بالمستهلك مرضا أو عجزا عن العمل.

ويعاقب المتدخلون المعنيون بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من مليون دينار إلى مليوني دينار، إذا تسبب هذا المنتوج في مرض غير قابل للشفاء أو فقدان استعمال عضو أو في الإصابة بعاهة مستديمة.

يتعرض هؤلاء المتدخلون لعقوبة السجن المؤبد إذا تسبب هذا المرض في وفاة شخص أو عدة أشخاص".

بينما تتقادم جريمة الغش كجناية المنصوص عليها في المواد 432-434 من قانون العقوبات بمرور 10 سنوات حسب المادة 7 قانون الإجراءات الجزائية، فيما حددت تقادم المخالفات حسب المادة 9 قانون الإجراءات الجزائية بسنتين.

الفقرة الثانية: حماية البريد الالكتروني للمستهلك

يلجأ بعض الأشخاص إلى إرسال مئات الرسائل إلى البريد الالكتروني لشخص ما قصد الإضرار به، حيث يؤدي ذلك إلى تعطل الشبكة وعدم إمكانية استقبال أي رسائل، فضلا عن إمكانية انقطاع الخدمة، ولن يصمد بريده طويلا أمام هذا السيل من الرسائل عديمة الفائدة أو التي قد يصاحبها فيروسات أو ملفات كبيرة الحجم، خاصة إذا علمنا أن مزود الخدمة، عادة ما يعطي مساحة محددة للبريد لا تتجاوز عشرة "ميقا" كحد أعلى".[39]

وقد تطورت رسائل البريد الالكتروني غير المرغوب فيها التي ترسل بكثافة من كونها مجرد وسيلة لإرسال رسائل إباحية وعروض مالية مزيفة، إلى كونها عمليات أكثر تطورا تشمل سرقة الهوية الالكترونية، حيث يتم اختراق التفاصيل الشخصية للمستخدمين واستخدامها في الاحتيال، وحاول الاتحاد الأوروبي عام 2002 التصدي للمشكلة عن طريق فرض حظر على الرسائل الالكترونية غير المرغوب فيها، فدعا الدول الأعضاء إلى فرض عقوبات مالية وجنائية حقيقية على المخالفين، وإتاحة الفرصة أمام الضحايا للمطالبة بالتعويضات، ولم تصدر دول أوروبية عديدة حتى الآن هذا القانون، وسوف نستعرض بعض التجارب الدولية مع هذه المسألة.

أولا: في الدول الأوروبية

مع مطلع سنة 2005 دعت المفوضية الأوروبية حكومات الاتحاد الأوروبي إلى تشديد عقوبات مكافحة رسائل البريد الالكتروني غير المرغوب فيها والتي ترسل بكثافة وصلت إلى حد أنها أصبحت تمثل حركة البريد الالكتروني العالمي على الانترنت.

ثانيا: في الولايات المتحدة

اتهمت لجنة التجارة الفيدرالية الأمريكية شهر جانفي 2005 شبكة من الشركات والأشخاص، باللجوء إلى استخدام الرسائل الالكترونية غير المطلوبة لبيع إمكانية مشاهدة المواد الإباحية على الانترنت، وذكرت اللجنة أن المتهمين، أغرقوا المستهلكين برسائل الكترونية، تتضمن فحوى جنسية صريحة دون إرفاقها بالتنبيه المفروض.

[39]- مزيد بن مزيد النفيعي، مقاهي الانترنت والانحراف إلى الجريمة بين مرتاديها ، رسالة ماجستير، السعودية ، 2001، ص70 .

المبحث الثاني:

الحماية المفروضة على شكلية عقد وإجراءاته

شهدت الشكلية في الآونة الأخيرة بعثا جديدا في القانون المقارن، كان هدفه بصفة خاصة حماية المستهلك في عقود الاستهلاك، إذ أن الشكلية التي يتطلبها القانون تتدرج من حيث نطاقها، فقد تكون متطلبة بشأن العقد برمته، وقد تكون واجبة بخصوص بعض من بياناته وشروطه.

والشكلية المقصودة في العقود الالكترونية ليست مجردة عن الرضا، فهي التي من شأنها تأكيد توافق إرادتي المتعاقدين.

وفي هذا المبحث سنتطرق إلى الكتابة الالكترونية وحماية المستهلك، ثم إلى تقنيات التوقيع الالكتروني والتشفير.

المطلب الأول:

الكتابة الالكترونية وحماية المستهلك الالكتروني

بذلت على المستوى القانوني عدة محاولات لتعريف مصطلح الكتابة، لكن هذه المحاولات أشارت إلى طريقة الفعل على الواسطة لا الإشارة، ومثال ذلك قانون التفسير البريطاني الصادر عام 1978، حيث نجد فيه أن مصطلح الكتابة يشمل الضرب على الآلة الكاتبة والطباعة والتصوير الفوتوغرافي واستنساخ الكلمات في صور مرئي، وهو تقريبا نفس التعريف الذي ورد في البند 1-201 من المدونة التجارية في الولايات المتحدة الأمريكية.

وهنا نلاحظ أنه كلما استخدم التشريع تعبير الكتابة بدون تعريف، يكون المشرع قد توقع أصلا أن تكون الكتابة على الورق أو على واسطة مادية أخرى تسمح بقراءة الكلمات مباشرة من جانب البشر.[40]

وسنعالج في هذا المطلب فرعين، أولهما يخص الكتابة الالكترونية لصحة التصرف والإثبات، والثاني يتعلق بحماية البيانات الرسمية للمستهلك الالكتروني.

الفرع الأول:

الكتابة الالكترونية لصحة التصرف والإثبات

تتميز التجارة الالكترونية بغياب التبادل الورقي وحلوله محله الكتابة الالكترونية التي لا تختلف عن الكتابة الورقية، فما هو مضمون ودور الكتابة الالكترونية؟

[40]- موسى خليل مثمري، الوضع القانوني و التوزيع الالكتروني النادي العربي لتقنية المعلومات و الإعلام، www.acymit.org

الفقرة الأولى: مفهوم الكتابة الالكترونية

أولا: الكتابة كدعامة في العقود الالكترونية

هناك عقود التجارة الالكترونية، ما يجب أن يتضمن بيانات معينة تهدف إلى إعلام المستهلك، ومنها على سبيل المثال المعلومات قبل التعاقدية التي يجب على المهني الادلاء بها للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد، حيث تطرقت المادة 121-19 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، إلى الكتابة المبينة للدعامة التي تثبت عليها المعلومات كمتطلب لإثبات، وذلك حتى يتمكن المهني من إثبات قيامه بالالتزام بالإعلام الواقع على عاتقه في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد.

فالكتابة هنا ليست متطلبة للانعقاد، إذ يمكن تحقيقها من خلال رسالة الكترونية توجه إلى صندوق البريد الالكتروني الخاص بالمستهلك أو بعد نقلها في ذاكرة الكمبيوتر الخاص به، ونفس الحال نجده عندما يمنح المشروع للمستهلك حق العدول، فإن ذلك يمكن استيفاؤه من خلال إرسال مستند إلكتروني يمكن إعادته من خلال الشبكة.[41]

كما أصبحت الكتابة الالكترونية مستلزم توفرها أيضا في الإيجاب الالكتروني الصادر عن المحترف، لذلك نجد أن المرسوم الأوروبي 97-7 في المادتين 3 و4 في فقرتيهما الثانية، نصتا على ضرورة تأكيد المعلومات كتابة، نظرا لكون المعلومات الرقمية تتميز بخاصية التأقيت، فهي سريعة الزوال لا تثبت على شاشة الحاسب الالكتروني، كما خولت المادة 5 من ذات المرسوم، للمستهلك الأوروبي الحق في أن يستقبل بواسطة الكتابة أو يصل إليه على دعامة ثابتة تتسم بالدوام، ويتم تأكيد الكتابة عبر البريد الالكتروني الذي يعد دعامة ثابتة، على خلاف الاسطوانات البصرية التي لا تقبل تثبيت المعلومات عليها إلا مرة واحدة فقط، ويكون مستحيلا في هذه التقنية إعادة التسجيل أو التثبيت عليها.[42]

وفي القانون الفرنسي نجد المادة 313 من قانون الاستهلاك توجب على المحترف على سبيل الشكلية في عقود إقراض المستهلكين، أن يطرح إيجابه مرة ثانية، وفق نموذجين لكل مستهلك يطلب القرض، ولم يقتصر المشرع على استلزام هذه الشكلية في مرحلة تاكون العقد فقط، بل يتطلبها كذلك في حالة تعديل شروط عقد القرض، وبصفة خاصة عند تعديل النسبة المئوية بالنسبة للمعدل الإجمالي لسعر الفائدة.[43]

---

[41]- محمد حسن قاسم، ، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 111.

[42]- أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 215-217.

[43]- المرجع نفسه، ص 222.

ثانيا: المساواة التامة بين الكتابة الورقية والكتابة الالكترونية

تبنى القانون الفرنسي رقم 230-2000 المتعلق بالتوقيع الالكتروني، الإثبات الالكتروني كتطور حقيقي نحو الأمان الواجب للمستهلك في نطاق التبادل الالكتروني ويعد هذا القانون الأول الذي تضمن تعريفا قانونيا للكتابة، حيث تضمن تعريفا للكتابة كدليل للإثبات.[44]

ويظهر هذا جليا من صريح المادتين 1316 و1316-1 من القانون المدني الفرنسي، التي أصبحت تتسع ليس فقط للكتابة التقليدية المثبتة على دعامة مادية أو ورقية بل وكذلك للكتابة الالكترونية أي تلك المثبتة على دعامة الكترونية، إذ نصت المادة 1316 على أنه "ينشأ الإثبات الخطي أو بالكتابة من تتابع أحرف أو أشكال أو أرقام أو أية إشارات أو رموز لها دلالة قابلة للإدراك وذلك أيا كانت دعامتها أو وسائل نقلها".

كما نصت المادة 1316-1 المضافة بمقتضى القانون المشار إليه، على أن "الكتابة التي تتخذ الشكل الالكتروني تكون مقبولة في الإثبات شأن الكتابة على دعامة ورقية بشرط أن يكون ممكنا التحقق عن هوية الشخص الذي صدرت عنه وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تسمح بضمان سلامتها".

وعلى نص المادتين السالفتين الذكر من القانون المدني الفرنسي، سار المشرع الجزائري في التعديل الأخير للقانون المدني الصادر تحت رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، بإدراج أحكام جديدة تخص الكتابة الالكترونية من حيث تعريفها واعتمادها كوسيلة للإثبات، فنصت المادة 323 مكرر على أنه "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

أما المادة 323 مكرر 1 فنصت على أنه "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ولا شك أنه بهذا النص المقترح يعلن المشرعان الفرنسي والجزائري انحيازهما للرأي الذي يساوي بين الكتابة بمفهومها التقليدي أي الكتابة الورقية وبين الكتابة الالكترونية أو المثبتة على دعامات الكترونية.

الفقرة الثانية: دور الكتابة الالكترونية في إقرار الحماية للمستهلك

انقسم الفقه القانون إلى قسمين بخصوص مفهوم الكتابة الالكترونية، فمنهم من اعتبر مفهومها يقتصر على الإثبات فقط، ومنهم من يرى أن مفهومها أوسع وأشمل.

[44]- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 102.

أولا: الكتابة الالكترونية لصحة التصرف

ذهب جانب من الفقه الفرنسي، إلى أن نص المادة 1316 (التي تعادلها المادة 323 مكرر مدني جزائري) يتسع نطاقه ليشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف، فقد رأى هذا الفقه، أن عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص هذه المادة، يقتضي القول بأن الكتابة المقصودة في هذا النص، لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل للإثبات، وإنما تشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف.

ونص هذه المادة هو في الواقع النص الوحيد الآن الذي يتضمن تعريفا للكتابة ولذلك ذهب بعض من الفقه إلى القول، بوجوب الرجوع إلى هذا النص وما تضمنه من تعريف للكتابة في كل الحالات التي تثأر فيها فكرة الكتابة.

و ينتهي هذا الفقه إلى أن الكتابة بمقتضى التعريف الذي تضمنه نص المادة 1316 (المادة 323 مكرر مدني جزائري) هي فكرة واحدة، فما دام أن القانون لا يفوض شكلا خاصا في هذه الكتابة كطلب الكتابة بخط اليد بصفة عامة أو وجوب كتابة بعض البيانات الإلزامية بخط اليد، فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات.[45]

ثانيا: الكتابة الالكترونية متطلبة للإثبات

في مقابل هذا الرأي، حاول البعض الرد على أنصار المفهوم الموسع للكتابة بالاستناد إلى ما ورد بالأعمال التحضيرية لمشروع القانون الفرنسي رقم 230-2000، وبالتحديد إلى ما ذكره مقرر هذا المشروع من أن تعريف الكتابة الوارد بنص المادة 1316 "لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف".

كذلك الأمر نجده في التقرير التمهيدي لمشروع القانون المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 والمتضمن القانون المدني الجزائري جاء في مقدمته "إقرار الكتابة الالكترونية كوسيلة إثبات".

و يضيف أنصار هذا الرأي في تبريرهم إلى أن نصوص القانون رقم 230-2000 تم إدماجها في الجزء المخصص للإثبات في القانون المدني الفرنسي.

وهو نفس الموقع الذي تضمنته المواد الجديدة في التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري، الصادر تحت رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، حيث إدماجها المشرع ضمن الفصل الأول من الباب السادس من الكتاب الثاني الخاص بالإثبات بالكتابة.

وعلى هذا السياق، ذهب هذا الرأي الفقهي إلى القول، بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال أعماله فيما ورد بشأنه، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات.

[45]- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 104.

كما استند هذا الرأي في اعتراضهم على صلاحية الكتابة بديلا عن الكتابة التقليدية في المجال الذي تتطلب فيه الكتابة كشرط لصحة التصرف أو بعض بياناته.

إلا أن المعارضين لهذا الرأي يرون أن مثل هذا الحل قد يؤدي إلى الإخلال بضرورة حماية المستهلكين الذين يرغب المشرع من خلال الشكل الكتابي حماية رضائهم وإعلامهم على نحو كاف بما يبرمون من عقود وحقيقة مضمونها.[46]

ثالثا: الاتجاه الثالث

إن الأخذ بالتفسير الضيق، يستتبع عدم إمكان إبرام الكثير من عقود الاستهلاك التي فرض المشرع الشكل الكتابي لصحتها أو صحة بعض بياناتها عبر الطريق الالكتروني، ويكون مخالفا لمتطلبات التوجيه الأوروبي بشأن التجارية الالكترونية رقم 31-2000، الذي نص في المادة 9 منه على أنه "يجب على الدول الأعضاء العمل على تطوير أنظمتها القانونية بما يشجع على إبرام العقود الالكترونية وأن تعمل خاصة على إزالة عوائق أنظمتها القانونية التي قد يترتب عليها المساس بصحة هذه العقود وآثارها لمجرد أنها مبرمة بالأسلوب الالكتروني".

وإذا كانت الصياغة الحالية لنص المادة 1316 مدني فرنسي، تؤدي في نظر كثير من الفقه إلى إمكانية قبول الكتابة الالكترونية كشرط لصحة التصرف في العقود الالكترونية، على خلاف الرافضين لهذه الإمكانية، فإن المشرع الفرنسي أراد أن يحسم هذا الخلاف معلنا التوجه نحو تبني الرأي الذي يأخذ بالمفهوم الموسع الحديث للكتابة بتبني وحدة مفهوم الكتابة سواء كانت متطلبات للإثبات أم لصحة التصرف أو بعض بياناته.

واستجابة من المشرع الفرنسي لمقتضيات التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الالكترونية، تم إعداد مشروع قانون بشأن مجتمع المعلومات، يقترح في المادة 23 منه استحداث فصل جديد ضمن الباب الثالث من الكتاب الثالث من التقنين المدني الفرنسي بعنوان العقود والالتزامات في الشكل الالكتروني، يشمل المواد من 1369-1 إلى 1369-5.

و بمقتضى هذا المشروع نصت الفقرة الأولى من المادة 1369-1 مدني فرنسي على أنه "عندما تكون الكتابة متطلبة لصحة التصرف القانوني، فإن هذا التصرف يمكن إعداده وحفظه في الشكل الالكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في المواد 1316-1 إلى 14316-4".

[46]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 108.

كما يتضمن نص الفقرة الثانية من المادة 1369-1 على أنه "عندما يشترط في بيان معين أن يكتب بخط يد الملتزم فيمكن لهذا الأخير إتمام هذا البيان من خلال الشكل الالكتروني إذا توافرت في ذلك الشروط التي تكفل بطبيعتها أن هذا البيان لا يمكن أن يصدر إلا منه هو".

و لا شك أن الصياغة التي يتضمنها هذا النص المقترح، تؤكد في الواقع التماثل التام بين مفهوم الكتابة المتطلبة للإثبات وتلك المتطلبة للانعقاد ووسائل تحققها.[47]

الفرع الثاني:

حماية البيانات الرسمية للمستهلك الالكتروني

كاد انتهاك البيانات الرسمية للمستهلك الالكتروني أن يصبح سمة من سمات العصر الرقمي، خصوصا وأن تقريرا غير رسمي، يؤكد أن اثنين من كلال ثلاثة مستهلكين يتعرضون لمخاطر سوء استعمال معلوماتهم الشخصية من قبل مشغلي موقع الانترنت.[48]

هذه التجاوزات دفعت بالتشريعات الحديثة في مجال التجارة الالكترونية إلى وضع نصوص قانونية من شأنها حماية البيانات والمعلومات الشخصية للمتعامل الالكتروني وهو ما نتطرق إليه في الفقرتين التاليتين.

الفقرة الأولى: عدم نشر البيانات الخاصة بالمستهلك الالكتروني

وهو ما يعرف باحترام خصوصية المستهلك الالكتروني، بعدم نشر البيانات أو بث أي بيانات تتعلق بشخصية المستهلك الالكتروني أو حياته الخاصة.

والبيانات الرسمية أو الشخصية التي تتعلق بالتجارة الالكترونية، هي البيانات المتعلقة بالأشخاص أطراف التعاقد ومنهم العملاء أو المستهلكين المطلوبة عندما يتعلق الأمر بطلب السلع والخدمات.

كذلك هناك بيانات تتعلق بالعاملين في ذات المشروع التجاري، وبيانات تتعلق برغبات المستهلك وهي تلك التي يمكن تتبعها على شبكة الانترنت، وفي محصلة لاحقة يتم إغراق المستهلكين بالدعاية لمنتجاتهم على نحو قد يؤدي لإعاقة شبكة الاتصالات.

كما أن البيانات الشخصية التي تتعلق بالمستهلك في مجال الائتمان، ذات علاقة وثيقة بالتجارة الالكترونية، ذلك أن البنوك وقبل منح أية تسهيلات لعملائها، تجري تحريات وثيقة ومفصلة عن مسلك الشخص ومركز المالي.

---

[47]- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 113.

[48]- أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 7.

ومن هنا يتحتم حماية البيانات الشخصية للمستهلك في التجارة الالكترونية، حيث يجب احترام سرية البيانات الخاصة بالعملاء بوصفهم مستهلكين، وكذلك احترام حقهم في الخصوصية.[49]

و تشكل تقنيات الإعلان الحديث خطر على الخصوصية، حيث تمثل بعض الممارسات الإعلانية التجارية مخالفة للأصول المرعية من ضرورة احترام الحق في الخصوصية لجمهور المستهلكين، مثل تقنية **Push Media** أو **Spamming** التي تختلف عن تقنية **Pull Media** التي يكون فيها المستهلك إيجابيا، إذ يبحث بنفسه عن المعلومات أو الإعلانات أو العروض التي يريدها بحرية كاملة، في حين أنه وفقا للتقنية الأولى يكون موقفه سلبيا، بحيث تتم إثارة حواسه والتأثير في إرادته بإلحاح غير مبرر، ولذلك لم يتردد مجلس الدولة الفرنسي في التقرير بأن القواعد الحمائية للمستهلك الخاصة بالبيع عن بعد ستكون محلا للتطبيق، باستثناء **Push Media** أو **Spamming**.[50]

ثانيا: في القانون الجزائري

في غياب قانون خاص بالتجارة الالكترونية بالجزائر، نلاحظ أن المشرع تجاهل مسألة الخصوصية في المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر بتاريخ 30 ماي 2007 الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، غير أننا بالرجوع إلى مشروع المرسوم الرئاسي المحدد لشروط ممارسة القائم والمشرف على خدمات التصديق الالكتروني، نجده قد وضع بعض الحدود لخصوصية المتعاقد الالكتروني، حيث ألزم المشرف على هذه الخدمات في المادة 11 بضمان سرية المعلومات التي تؤسس للتوقيع الالكتروني مع الامتناع عن حفظها أو إعادة إرسالها".

ومؤدي خدمات التصديق الالكتروني حسب تعريف المادة 3 الفقرة 10 من المرسوم التنفيذي هو "كل شخص في مفهوم المادة 8-8 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000، يسلم شهادا الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني".[51]

أما بخصوص مسألة تهذيب البيئة الرقمية، فقد نص المشرع الجزائري في مشروع المرسوم الرئاسي المحدد لشروط ممارسة القائم والمشرف على خدمات التصديق الالكتروني في مادته 12 على أن "اطلاع العام على الوثيقة الالكترونية لا يتم إلا برضا مسبق لحامل الوثيقة".

---

[49]- عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 40.

[50]- أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص 98-99.

[51]- المشرف على خدمات التصديق الالكتروني حسب تعريف المادة 3 الفقرة 1 من ذات مشروع المرسوم الرئاسي هو "كل شخص يقوم بإرسال الوثائق و الذي يحق له التصرف سواء لصالحه الخاص أو لصالح الشخص الذي ينوب عنه".

المطلب الثاني:

التوقيع الالكتروني والتشفير

رغم أن التوقيع يكون عادة بخط اليد، إلا أنه يجوز في كثير من البلدان ومنها الجزائر أن يتم التوقيع بواسطة ختم أو أية وسيلة أخرى آلية أو الكترونية، توافر معه تقنيات للتحقق من وصول الرسالة المنقولة عبر وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية، وكذلك التحقق من هوية المرسل هذه الرسالة أو مصدر الشريط الممغنط أو غيره من أجهزة ذاكرة الحاسبة الالكترونية.

و في هذا المطلب سنعالج هاتين التقنيتين من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول:

مفهوم التوقيع الالكتروني

عرف التوقيع الالكتروني بأنه "بيانات لها طول ثابت يتراوح بين 128 و160 بايت (وحدة)، تؤخذ من الرسالة المحولة ذات الطول المتغير"، ويستطيع هذا التوقيع أو البصمة الالكترونية تمييز الرسالة الأصلية والتعرف إليها بدقة، حتى أن أي تغيير في الرسالة سيؤدي إلى بصمة مختلفة تماما.

و يرتبط التوقيع الالكتروني بالتشفير ارتباطا عضويا، فهو ختم رقمي مشفر، يملك مفتاح صاحب الختم، ويعني تطابق المفتاح مع التوقيع الرقمي الذي يؤكد بأن مرسل الرسالة الالكترونية هو من أرسلها فعلا، وليست مرسلة من قبل شخص آخر، فهو عبارة عن جزء صغير مشفر من بيانات يضاف إلى رسالة الكترونية، كالبريد الالكتروني أو العقد الالكتروني.

و يمثل التوقيع الالكتروني أحد أهم مكونات الجانب التشريعي في مجال الأعمال والتجارة الالكترونية، خاصة أنه ينظم التعاقدات الالكترونية وأعمال الدفع الالكتروني عبر بطاقات الائتمان.

و من خلال الفقرات الثلاثة الآتية يتضح لنا مفهوم التوقيع الالكتروني.

الفقرة الأولى: تعريف التوقيع الالكتروني

وردت عدة تعاريف للتوقيع الالكتروني في القوانين المقارنة وفي القانون الجزائري.

أولا: تعريف التوقيع الالكتروني في التشريعات المقارنة

1. **في القانون الدولي:**

أعطى قانون "الأونيسترال"[52] المتعلق بالتوقيع الالكتروني الصادر عام 2001 لهذا التوقيع قوة مماثلة للتوقيع العادي، من حيث أهمية توثيقه والتكنولوجيا المستخدمة لحمايته وسلوكه الموقع ومقدم خدمات

[52] - وضعت الأمم المتحدة قانونين نمطيين الأول يتعلق بالتجارة الالكترونية و الآخر بالتوقيع الالكتروني ذي صبغة دولية استقت منه أغلب دول العالم و خاصة الدول العربية تشريعها الداخلي.

التصديق، إلى جانب الاعتراف بشهادات التوثيق والتوقيعات الالكترونية الأجنبية، عندما يكون هنالك مستوى متكافئ جوهريا في الموثوقية.

2. **في القانون الفرنسي:**

بخصوص القانون الفرنسي فقد أصدر المشرع الفرنسي قانونا تحت رقم 230/2000 في شأن المبادلات والتجارة الالكترونية، أقر فيه التوقيع الالكتروني وجعله مساويا في جميع حجيته للتوقيع الخطي، وقد اشترطت المادة 1360-4 من هذا القانون في التوقيع الالكتروني، أن يكون طريق استخدام وسيلة موثوقية تسمح بالتعرف على هوية صاحبه وتضمن صلته بالتصرف الذي يلحق به.[53]

ثانيا: تعريف التوقيع الالكتروني في القانون الجزائري

كان من الضروري على المشرع الجزائري عند تعديله للقانون المدني بقانون رقم 05-11 المؤرخ في 2005/06/20، أن يتضمن تعريفا للتوقيع الالكتروني بعد أن عرف الكتابة الالكترونية، وهو ما لم ينص عليهي المشرع صراحة في التعديل الأخير، غير أنه بالرجوع إلى الفقرة 2 من المادة 327 من ذات القانون نجدها قد نصت على أنه "يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1" وهي الشروط المتعلقة بـ "إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

و منه نستشف أن المشرع الجزائري أقر التوقيع الالكتروني وجعله مساويا في جميع حجيته للتوقيع الخطي، فالتوقيع في هذه الحالة أيضا يمكن أن يكون الكترونيا، وقد اشترط المشرع في هذا التوقيع أن يكون عن طريق استخدام وسيلة موثقة تسمح بالتعرف على هوية صاحبه وتضمن صلته بالتصرف الذي يلحق به، غير أن المأخذ على المشرع هو ضمه للفقرة المقرة بالتوقيع الالكتروني ضمن تعريفه للعقد العرفي.

وفتحت الفقرة الأخيرة من المادة 327 مدني الباب أمام المشرع الجزائري للخوض في مسألة تنظيم التوقيع الالكتروني، من خلال نصوص قانونية خاصة، يأتي في مقدمتها مرسوم تنفيذي رقم 07-162 الصادر بتاريخ 30 ماي 2007 الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، حيث تضمنت الفقرة الرابعة من المادة الثالثة مكرر منه في فقرتها الأولى على تعريف التوقيع

[53] - محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص 107.

الالكتروني بأنه" هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من القانون المدني".[54]

وحددت الفقرة الثانية من ذات المادة ثلاثة شروط للتوقيع الالكتروني المؤمن وهي: بأن يكون خاصا بالموقع، وأن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية، وأن يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

أما الموقع فقد عرفته الفقرة الثالثة من المادة 3 مكرر من هذا المرسوم بأنه "شخص طبيعي يتصرف لحساب أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله ويضع موضع التنفيذ جهاز إنشاء التوقيع الالكتروني".[55]

في حين عرفت الفقرة الثامنة من نفس المادة الشهادة الالكترونية بأنها "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع".[56]

أما الشهادة الالكترونية الموصوفة فقد عرفتها الفقرة التاسعة من ذات المادة بأنها "شهادة الكترونية تستجيب للمتطلبات الجديدة.

الفقرة الثانية: أنواع التوقيع الالكتروني

هناك نوعان شائعان من التواقيع الالكترونية أو الرقمية:

أولا: التوقيع البيومتري

يعتمد على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الموقع أثناء توقيعه، إذ يتم توصيل قلم الكتروني بجهاز الكمبيوتر فيقوم الموقع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة لهذا الشخص، كما يهتم علم البيومتر بدراسة الخواص المميزة لكل شخص كبصمة الاصبع أو الصوت أو الشفاه شبكة العين ثم دراسة مميزات الشخصية في المظهر الخارجي للأداء، وهو على نوعين:

1. **التوقيع باستخدام القلم الالكتروني:**

هو نقل التوقيع الالكتروني المكتوب بخط اليد على المحرر إلى الملف المراد نقله إليه باستخدام جهاز "السكانير"، حيث ينقل المحرر موقعا عليه صاحبه إلى شخص آخر باستخدام الانترنت، إلا أن تلك الطريقة

---

[54]- مشروع المرسوم الرئاسي الصادر شهر ديسمبر 2005، و الذي يحدد شروط ممارسة القائم و المشرف على خدمات التصديق الالكتروني، تضمنت الفقرة الرابعة من المادة الثانية منه على تعريف التوقيع الالكتروني بأنه "مجموعة من المعلومات الالكترونية المدمجة في الرسالة أو المرفقة معها بحيث يمكن استعماله للتعريف بصاحب الإمضاء في إطار رسالة من المعلومات لبيان و تأكيد صحة المعلومة التي يحتويها".

[55]- عرف مشروع المرسوم الرئاسي الصادر شهر ديسمبر 2005 الموقع بأنه" كل شخص بحوزته المعلومات الخاصة بتأسيس الإمضاء و الذي يحق له التصرف سواء لصالحه الخاص أو لصالح من ينوب عنه".

[56]- عرف مشروع المرسوم الرئاسي الصادر شهر ديسمبر 2005 الوثيقة الالكترونية بأنها" رسالة من المعلومات أو أي تسجيل آخر يؤكد وجود صلة بين صاحب الإمضاء و المعلومات المتعلقة بتأسيس الإمضاء.

تواجه الكثير من المعوقات تتمثل في عدم الثقة، بحيث يمكن للمستقبل أن يحتفظ بهذا التوقيع الموجود على المحرر الذي استقبله عن طريق شبكة الانترنت عبر جهاز "السكانير" ووضعه على أي مستند آخر لديه دون وجود أي طريقة يمكن من خلالها التأكد من أن صاحب هذا التوقيع هو الذي وضعه على هذا المستند وقام بإرساله إليه.

2. **البصمة الالكترونية أو التوقيع باستخدام الخواص الذاتية:**

يعتمد هذا النوع على الخواص الكيميائية والطبيعية للأفراد، إذ يتم تعيين الخواص الذاتية للعين مثلا عن طريق أخذ صورة دقيقة لها وتخزينها في الحاسب الآلي لمنع أي استخدام من أي شخص آخر، وهكذا الحال بالنسبة لبصمة الأصابع أو خواص اليد البشرية أو نبرة الصوت أو التوقيع الشخصي، ففي كل حالة لا يجوز لأي شخص عادي الدخول لهذا الحاسب واستخدام ما به من معلومات وبيانات، إلا لهؤلاء الذين يتم التحقق من مطابقتهم لما تم تخزينه على الحاسب الآلي سواء من بصمة الأصابع أو خواص اليد البشرية أو نبرة الصوت أو التوقيع الشخصي أو خواص العين، أما إذا ما تبين أنه يوجد أي اختلاف مهما كان بسيطا فلا يسمح لهم بالدخول على هذا الحاسب، وتعد الطريقة من أهم الطرق التي تحقق الأمان للحاسبات لأنها لا تسمح بالدخول لمن هم غير مسموح لهم بالدخول.[57]

ثانيا: التوقيع المفتاحي

تقوم هذه التقنية بتزويد الوثيقة الالكترونية بتوقيع مشفر مميز، يحدد الشخص الذي قام بتوقيع الوثيقة والوقت الذي قام فيه بالتوقيع على الوثيقة وجرد معلومات عن صاحب التوقيع، ويتم تسجيل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف باسم سلطات التصديق، وهي طرف محايد مهمتها التأكد من صحة ملكية التوقيع الرقمي للأشخاص الذين يقومون بتوقيع الوثائق الالكترونية.

و التوقيعات الرقمية القائمة على ترميز المفاتيح العمومية والمفاتيح الخاصة هي الأكثر شيوعا، والمفاتيح العامة هي التي تسمح لكل من يهتم بقراءة الرسالة أن يقرأها دون أن يستطيع إدخال أي تعديل عليها، فإذا ما وافق على مضمونها وأراد إبداء قبول بشأنها وضع توقيع عليها من خلال مفتاحه الخاص قبل إعادة الرسالة إلى مرسلها.[58]

[57]- منير الجنبيهي، ممدوح الجنبيهي، مرجع سابق، ص 195.

[58] - المرجع نفسه، ص 197.

الفقرة الثالثة: وظيفة التوقيع الالكتروني

إن التوقيع الالكتروني أو الرقمي ليس إمضاء يتم بوساطة قلم على ورق وبخط اليد رغم أنه يتم بوساطة قلم يستخدم على شاشة، بل هو رموز وأرقام تؤدي إلى تحديد هوية الشخص الصدر عنه، في شكل صورة لرسم تظهر على شاشة الحاسوب.

ولا يمكن اعتبار التوقيع الرقمي بجميع أشكاله بصمة، لأن هذا التوقيع يقوم على تقنيات الرموز والحروف والتشفير وغيرها، وهي لا تعد جزء من جسم الإنسان باستثناء التوقيع البيومتري الذي يستخدم البصمة في المجال الالكتروني.

كما لا يعد التوقيع الرقمي من قبيل الختم الذي هو عبارة عن رسم معين يترك أثرا ماديا بعد طمسه بالحبر وطبعه على الورق، في حين التوقيع الرقمي يعد شكلا جديدا من أشكال التوقيع ظهر بسبب استخدام الوساطة الالكترونية في تنفيذ المعاملات عن طريق الحاسوب.[59]

ويختلف التوقيع الرقمي من زوايا متعددة عن التوقيع العادي، حيث أن هذا الأخير هو عبارة عن رسم يقوم به الشخص فهو فنا وليس علما ومن هنا يسهل تزويره أو تقليده، أما التوقيع الرقمي فهو من حيث الأصل وفي حدود أمن استخدام برنامجه من قبل صاحب البرنامج علم وليس فنا وبالتالي يصعب تزويره.

وفي بيئة التوقيع العادي على الأوراق أو المحررات، يمكن اقتطاع الوثيقة عن التوقيع الوارد عنها أو اقتطاع جزء منها واستبداله، في حين ذلك ليس أمرا متاحا في الوثيقة الالكترونية الموقعة رقميا، فالتوقيع الرقمي لا يثبت الشخص منظم الوثيقة فقط بل يثبت بشكل محدد الوثيقة محل هذا التوقيع، فهو جزء منها ورموز مقتطعة ومشفرة ولدى فك التشفير يتعين أن ينطبق التوقيع ذاته على الوثيقة.

و متى كان للتوقيع الرقمي القدرة على إثبات الشخص الذي وقع الوثيقة، فإنه يحقق وظيفة التوقيع العادي التقليدي أو المادي، وكي يحقق هذه الوظيفة يجب أن يحقق الوظائف الآتية:[60]

- أن يكون للتوقيع الرقمي علامة خاصة للشخص من مفتاح عام ومفتاح خاص لا يعلمه إلا هو، إضافة إلى عملية التوثيق يحقق هذا الشرط لجهة تفرق الشخص الصادر عنه عن غيره.
- أن يكون التوقيع واضحا ومستمرا بمجموعة من البيانات المختلفة التي يمكن قراءتها من إيصال المعلومات في الحاسب الآلي الذي سيتم تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة التي تتكون من توافق وتبادل بين الأرقام إلى لغة مقروءة.

[59] - عرب يونس، مرجع سابق، 53.

[60] - المرجع نفسه، ص54.

- اتصال التوقيع بالسند ومرتبطا به ارتباطا ماديا ومباشرا بالمحرر المكتوب.

الفرع الثاني:

مفهوم التشفير

إن الإقرار بأهمية هذه التجارة لا يلغي وجود عوائق تمنع اللجوء إليها، لعل أبرزها ما يتعلق بغياب حماية لبيانات المتسوقين وبطاقاتهم الائتمانية، لذا وجدت في سلسلة التشفير مخرجا لضمان التبادل التجاري عبر الانترنت في جو من الأمن والأمان.

الفقرة الأولى: مفهوم التشفير

التشفير هو أحد فروع العلوم الرياضية، كان في الماضي يستخدم في الأغراض الحكومية والعسكرية فقط، قبل أن يصبح استخدامه الآن في الحياة اليومية بدخول العالم عصر تكنولوجيات المعلمات، واحتياجنا لمثل هذا العلم في تأمين الشبكات والمعلومات.

و التشفير هو عملية تغيير في البيانات، وصل تطوره إلى حد أمكن للمتخاطبين ضمان أن لا تفك رموز رسائلهم وتعاقداتهم، سوى من طرفهم باستخدام مفتاح فك التشفير أو من الجهة التي تملك المفتاح المزود، وصار هذا الفن في المواقع الحكومية أو الخاصة أمرا مقبولا في ظل معاييره التي هي جزء من أخلاقيات استخدام التقنية.[61]

عرفه البعض بأنه عملية الحفاظ على سرية المعلومات الثابت منها والمتحرك باستخدام برامج لها القدرة على تحويل وترجمة تلك المعلومات إلى رموز، بحيث إذا ما تم الوصول إليها من قبل أشخاص غير مخول لهم بذلك لا يستطيعون فهم أي شيء، لأن ما يظهر لهم هو خليط من الرموز والأرقام والحروف غير المفهومة.

و الطريقة الشائعة للتشفير تتمثل في وجود مفتاحان، المفتاح العام وهو معروف للكافة، ومفتاح خاص يتوفر لدى الشخص الذي أنشأه، ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرة الرسالة، إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص.

و يهدف التشفير إلى منع الغير من التقاط الرسائل أو المعلومات، ومن ثم منع وصولها مشوهة للطرف الآخر في المعاملة التجارية على نحو يعرقل هذه التجارة.[62]

---

[61]- موسى خليل متمري، الوضع القانوني للوثائق و التوزيع الالكتروني، الموقع الالكتروني للنادي العربي للمعلومات و الاتصال العربي لتقنية المعلومات و الإعلام، www.acymit.org

[62]- محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 29.

وأورد المشرع الفرنسي التشفير ضمن القانونين 19-1170 الصادر في 1990/12/29 ورقم 96-659 الصادر في 1996/07/26 بشأن تنظيم الاتصالات عن بعد ويقصد به في هذا المجال كتابة المعلومات في شكل رموز غير مفهومة للغير.[63]

أما مشروع قانون المعاملات الالكترونية المصري الصادر سنة 2001، فعرف التشفير بأنه "تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها"، وأتى الفصل الرابع من المشروع بعنوان التشفير الالكتروني منظما العملية ومقررة حماية للبيانات المشفرة.[64]

كما عرف القانون التونسي للتجارة الالكترونية بأنه "استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاه المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى معلومة بدونها".

الفقرة الثانية: مستويات التشفير

هناك أربع مستويات للتشفير يمكن أن نميز بينهم، وهم كالتالي:

أولا: الشبكة الافتراضية الخاصة

هي عبارة عن تبادل المعلومات والبيانات بشكل آمن على جزء من شبكة الانترنت، حيث تتم عن طريق تشفير جميع البيانات والمعلومات من نقطة إرسال إلى نقطة الاستقبال.

ثانيا: نظام "نت سكيب" للتأمين

يعمل هذا النظام على تشفير جميع الاتصالات بين أحد برامج التصفح أو الوافد لشبكة المعلومات وأحد المواقع أو أحد مقار المعلومات على خادم الشبكة، فعندما يرغب أحد المستهلكين في التعاقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، وعندما يقوم باختيار سلعة معينة يريد التعاقد على شرائها، يطلب من الموقع أو الصفحة المتعامل معها أن يدخل إلى الطريق الآمن لإتمام عملية التعاقد، وعندما ينتقل الموقع إلى المقر الآمن يحدث تشفير لجميع قنوات الاتصال والإرسال بين برنامج التصفح أو نافذة شبكة المعلومات ومقر المعلومات أو خادم الشبكة، ويستطيع المتعاقد مع الشبكة التأكد من إتمام عملية التشفير، عندما يلاحظ أن القفل المفتوح والمبين على الركن الأيسر أسفل الشاشة قد تم إغلاقه بعد اختيار الدخول إلى الطريق الآمن.

[63]- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مرجع سابق، ص 123 .

[64]- محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 29.

و من عيوب هذا النظام أن بطاقات الائتمان الخاصة بالمتعاقد عبر الانترنت يتم تخزينها لدى المنتج أو البائع، ولا يخفى على أحد مدى الخطورة التي قد يتعرض لها المتعاقد عبر الانترنت، إذا استولى أحد المحتالين أو البائع نفسه على أرقام بطاقة الائتمان وقام باستخدامها لحساب الشخصي.[65]

ثالثا: نظام بروتوكول الاتصال الأمن

يعمل هذا النظام على تأمين البيانات والمعلومات أثناء انتقالها بين أحد نوافذ الشبكة وأحد مقار المعلومات، ويختلف هذا النظام عن نظام "نت سكيب" للتأمين في أن النظام الأول يقوم بحماية البيانات المنقولة ذاتها، بينما النظام الثاني يقوم بحماية قنوات الاتصال، وقد قامت بعض المؤسسات العاملة في مجال الانترنت بضم النظامين السابقين بروتوكول نظام الأمن ونظام "نت سكيب" للتأمين ليعملا كلاهما بجانب بعض وذلك بغرض توفير أكبر قدر من نظم التأمين للمعاملات التي تتم عبر الشبكة.[66]

رابعا: نظام تأمين المعاملات الالكترونية

الهدف من إنشاء هذا النظام، هو تأمين العمليات المالية التي تتم عبر شبكة الانترنت، ويتطلب هذا النظام أن يفتح كل من المستهلك والمنتج حسابا بنكيا بأحد البنوك التي تستخدم هذا النظام، كما يتطلب أيضا استخدام المنتج مقر المعلومات واستخدام المستهلك أحد برامج تصفح نوافذ شبكة المعلومات، وعند فتح المستهلك للحساب الخاص به، يقوم البنك بإرسال كل من شهادة خاصة بالمستهلك ومفتاحين للتشفير أحدهما عام وآخر خاص، يستخدم أحدهما في عملية التشفير وتوقيع طلب الشراء ويستخدم الآخر للتوثيق وإرسال بيانات عملية الدفع، ثم يقوم البنك بتسليم كل من البائع والمشتري الشهادة الدالة على شخصية كل منهم على هيئة ملف من ملفات الحاسبات الآلية، ليتم بعد ذلك تبادل نسخة من تلك الشهادات بين البائع والمشتري أثناء المعاملة التجارية بصورة مشفرة، بحيث لا يستطيع أي شخص من الخارج الاطلاع على تلك البيانات دون المنتج والمستهلك.[67]

وبعد تأكد كل من المتعاقدين من هوية الآخر عن طريق تبادل الشهادات المشفرة الخاصة بها وحل شفرتها، تأتي الخطوة الأخيرة في المعاملة التجارية وهي عملية دفع مقابل السلعة أو الخدمة، ويتم ذلك عن طريق تشفير المستهلك لرقم بطاقة الائتمان الخاصة به، ولا يستطيع حل هذه الشفرة سوى البنك الضامن لكلا المتعاقدين حتى المنتج أو البائع لا يستطيع حل الشفرة الخاصة برقم ائتمان المستهلك، ويتأكد المنتج البائع بأن طلب الشراء الذي قام باستقباله، هو نفس الطلب الذي تم إرساله من قبل العميل، وأن يعبر له

[65]- محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 32.

[66] - المرجع نفسه، ص 33.

[67]- المرجع نفسه، ص 34.

عما يريد التعاقد عليه بدقة عن طريق بصمة خاصة يحملها طلب الشراء، ثم يقوم البائع بعد ذلك بإرسال نسخة من طلب الشراء والبيانات الخاصة بإجراءات الدفع لدى البنك، لينتظر بعد ذلك اعتماد البنك وتوثيقه للمعاملة التجارية التي تمت فيقوم البنك بالتأكد من البيانات التالية: هوية البائع وصحة الرسالة، وأن عملية الدفع سوف تتم لهذا البائع شخصه من أجل هذا الطلب الخاص بالشراء ذاته، ثم يقوم بالتأكيد من أن رصيد المستهلك يسمح بإتمام المعاملة ثم يسمح المنتج بتكملة العلمية التجارية على هذا الأساس، ومن ثم يستطيع البائع أن يقوم بإرسال المنتج المرغوب في شرائه إلى المشتري سواء كان ذلك سوف يتم عبر شبكة المعلومات أو عن طريق إرساله بالطرق التقليدية العادية التي تعتمد على النقل أو الشحن.[68]

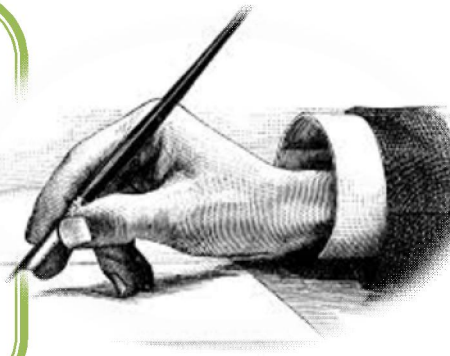
[68]- محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 35.

خلاصة الفصل الأول:

المستهلك الالكتروني يحتاج للحماية مثل حاجة المستهلك العادي للحماية في السوق التقليدية، بل أكثر نظرا لخصوصية البيئة المتعاقد فيها وما تتضمنه من مخاطر للمستهلك ،فعند ولوجه شبكة الانترنت للبحث عن المنتجات التي تلبي رغباته ،يواجه عدة مخاطر يجب حمايته منيا وإلا فانه يكون عرضة للنصب والاحتيال، كما رأينا بان التعاقد الالكتروني مجاله غير محدود وهو نتاج للعولمة الاقتصادية والتكنولوجية وبالتالي فلا بد أن تكون الحماية على مستوى كل الاصعدة دوليا ومحميا مع ضرورة تضافر الجيود بين الدول من جهة والمنظمات الدولية من جهة أخرى لضمان حماية ناجعة ومثالية.

الفصل الثاني

حماية المستهلك الإلكتروني
في مرحلة تنفيذ العقد من التعسف والإذعان



تمهيد:

لقد سعت مختلف التشريعات الوضعية على حماية مصالح المستهلكين باعتبارهم طرفاً ضعيفاً في العلاقة الاقتصادية التي تجمعهم بالمتخلين الاقتصاديين، وفي هذا الصدد سخر المشرع الجزائري عدة آليات قانونية وقضائية وإمكانيات سعياً منه لحماية مصالح المستهلكين التي مافتئت تهدد يوماً أكثر من سابقه ، ويمكن إجمال تلك المجهدات والمبادرات المبذولة من طرف المشرع الجزائري في الصور المختلفة من الحماية لكن في البداية يجب أن نشير إلى حق المستهلك الالكتروني في العدول والحماية ضد مخاطر الدفع الالكتروني ثم آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية والإذعان التي كانت الأساس التشريعي لحماية المستهلك .

حيث قسمنا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : حق المستهلك الالكتروني في العدول والحماية ضد مخاطر الدفع الالكتروني

المبحث الثاني : آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية والإذعان

المبحث الأول:

حق المستهلك الالكتروني في العدول والحماية ضد مخاطر الدفع الالكتروني

المطلب الأول:

حق المستهلك الالكتروني في العدول عن العقد

يعتبر حق العدول أحد الضمانات الهامة والمكرسة قانونيا وهو أكثر وسائل حماية المستهلك ملائمة لخصوصيات العقد الالكتروني[69]، نظرا لأن المستهلك لا تتوفر له الإمكانية الفعلية أو الحقيقية بمعاينة السلع أو التحقق من الأداء المناسب للخدمات، فحق العدول من الوسائل التي لجلأت لها التشريعات الحديثة لحماية رضاء المستهلك الالكتروني حيث يتضمن هذا الحق إعطاء فرصة للتروي والتفكير[70]، وفي سبيل التعرف على مضمون الحق في العدول من منظور حماية المستهلك الالكتروني لا بد من معرفة المقصود بحق العدول ومبرراته وإجراءات ممارسة هذا الحق والآثار المترتبة على ممارسته وحماية المستهلك من الشروط التعسفية وحماية بياناته الشخصية.

الفرع الأول:

المقصود بحق العدول ومبرراته

يعد حق العدول في العقد الالكتروني حق إرادي محض يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك وفقا للضوابط القانونية فهو حق يمس بالقوة الملزمة للعقد الالكتروني، فحق العدول حق شخصي يمارسه المستهلك وفقا لما يراه محققا لمصالح، فهو ليس ملزما بإبداء أسباب معينة لهذا العدول فاستعمال هذا الحق لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته.

أولا: تعريف الحق في العدول

تباينت التعريفات عند الفقه حول حق العدول أو خيار الرجوع فيعرفه البعض بأنه وسيلة مقتضاها يسمح للمستهلك الالكتروني بأن يعيد النظر من جديد ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا، بحيث يستفيد من مهلة للتفكير في خلالها سيكون بوسعه الرجوع عن التزامه الذي سبق وأن ارتبط به.[71]

كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه "إثبات حق المشتري في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المبيع محل التعاقد إذا لم يكن رآه عند العقد أو قبله، والمستهلك الالكتروني الذي يشتري السلعة عن طريق الانترنت لم يكن قد رأى البضاعة وإنما رأى صورتها أو علم بأوصافها المكتوبة على شاشة الجهاز أمامه، فإذا ما استلم السلعة يكون له حق خيار الرؤية في إمضاء العقد أو فسخه"، كما يرى بعض الفقه الفرنسي بأنه بمثابة الإعلان عن إرادة مضادة يلتزم من خلالها المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها، واعتبارها كأنها لم تكن، وذلك بهدف تجريدهما من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل.[72]

---

[69]- نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، عدد 02، الكويت، 2007،

[70]- طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني (بحث في التجارة الالكترونية)، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 114.

[71]- عبد الله ذيب عبد الله محمود، مرجع سابق، ص 126.

[72]- محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 393.

وقد عرفه المشرع الجزائري في تعديل المادة 19 الفقرة 02 في القانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بقوله "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب".[73]

ثانيا: مبررات الحق في العدول

تتبلور مبررات الحق في العدول في كون عقود التجارة الالكترونية عن بعد بوسائل اتصال لا تسمح للمستهلك الالكتروني بالحكم الدقيق على المنتج مهما بلغ وصف البائع لها من دقة وأمانة، فالحق في العدول يهدف بصفة أصلية إلى حماية رضا المستهلك ويكون ذلك من خلال إعطائه مهلة إضافية للشروع والتدبير في أمر العقد الذي أبرمه تفاديا للأخطار التي قد تلقح به لتسرعه في التعاقد، نظرا لما تتميز به المعاملات من دعاية وإغراء في المجال الالكتروني.

فمن خصائص حق العدول أن مصادره محددة بالقانون والاتفاق ويتقرر بالإرادة المنفردة للمستهلك، ودون الحاجة للجوء إلى القضاء ودون اشتراط موافقة الطرف الآخر.[74]

أما المشرع الجزائري في نص المادة 19 فقرة 02 فإنه أكد على أن حق العدول يمارسه المستهلك دون سبب وبالتالي يمكنه العدول في أي وقت كان دون حاجة لتبرير عدوله.

ثالثا: مجال تطبيق الحق في العدول

يمتد تطبيق الحق في العدول في البيع عن بعد وبالضبط بالنسبة للبيع الالكتروني في مجال توريد السلع والخدمات، لكن المشرع الفرنسي في نص المادة 121 فقرة 20 من قانون المستهلك استبعد بعض العقود من التطبيق وهي:

- عقود توريد الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في العدول خلالها.
- عقود توريد السلع والخدمات التي تحدد أثمانها وفق ظروف السوق.
- عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصية المستهلك، أو بالمطالبة لشخصه، والتي بحسب طبيعتها لا يمكن إعادتها للبائع أو التي يسرع إليها الهلاك والتلف.
- عقود توريد الصحف والدوريات والمجلات.
- عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها.[75]

أما المشرع الجزائري فقد ترك أمر تحديد المنتوجات المعنية بالعدول إلى التنظيم وهو الأمر الذي لم يحدث بعد بما أن النصوص التطبيقية لقانون حماية المستهلك الجديد 18-09 لم تصدر بعد فنص على ما يلي: "تحدد شروط... وقائمة المنتوجات المعنية، عن طريق التنظيم".[76]

---

[73]- أنظر المادة 19 من القانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المعدل و المتمم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر ج ج، رقم 06 الصادرة بتاريخ 13 يونيو 2018.

[74]- طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق، ص 113.

[75]- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2004، ص 141.

[76]- أنظر المادة 19 من القانون رقم 18-09، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المرجع السابق.

الفرع الثاني:
ممارسة الحق في العدول

لا توجد إجراءات خاصة لممارسة الحق في العدول فالشرط الوحيد المتعرف عليه هو احترام المدة الواردة في القانون، ولهذا سوف ندرس كيفية ممارسة الحق في العدول ثم المهلة المحددة لذلك.

أولا: كيفية ممارسة الحق في العدول

إذا أراد المستهلك الرجوع في التعاقد فإنه يلتزم بإخطار المهني (البائع أو مقدم الخدمة) وأن يرد لهذا الأخير المنتج أو البضاعة التي تسلمها بمقتضى العقد، ولم يشترط تقنين الاستهلاك الفرنسي اتباع شكل خاص لهذا الإخطار فيجوز أن يتم بفاكس أو البريد الالكتروني، أو في موقع التاجر أو برسالة موصى عليها، أو حتى عن طريق محضر إثبات حالة، وذلك خشية الوقوع في منازعة قانونية لاحقة مع التاجر إذا أنكر تبليغه بالعدول.[77]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 19 الفقرتين 03 و04 في القانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على كيفية ممارسة الحق في العدول كما يلي: "للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول... عند طريق التنظيم".[78]

ثانيا: مدة ممارسة الحق في العدول

لعل الشرط الوحيد لممارسة الحق في العدول هو أن يتم ضمن مهلة محددة حيث تنص المادة السادسة من التوجيه الأوروبي الصادر عام 1997 أنه في العقود المبرمة بواسطة إحدى تقنيات الاتصال عن بعد، يجوز للمستهلك أن يتراجع عن العقد في مهلة سبعة أيام عمل اعتبارا من تاريخ التسليم بالنسبة للسلع، ومن تاريخ توقيع العقد بالنسبة للخدمات دون جزاء أو غرامة ودون حاجة لبيان الأسباب[79]، وهذا ما صرحت به أيضا المادة 121 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تنص "بشأن جميع عمليات البيع عن بعد يعطي المشتري مهلة سبعة أيام من تاريخ تسليم طلبه لإعادتها أو لاستبدالها أو لاستعادة ثمنها دون غرامات ما عدا مصاريف الإرجاع".

و المدة المحددة بالقانون سبعة أيام هي مدة مبدئية وإذا تضمن آخر المدة يوم عطلة فإنها تمتد إلى أول يوم عمل، أما في حالة إخلال التاجر بالتزاماته المتعلقة بإعلام المستهلك قبل العقد فإن هذه المدة تمتد إلى غاية ثلاثة أشهر كاملة بدلا من سبعة أيام، ولكن إذا تدارك التاجر هذا الخطأ وقام بإعلام المستهلك خلال مدة ثلاثة أشهر فإن مدة سبعة أيام هي الأصل، وتحسب من تاريخ تنفيذ التزامه في الإعلام.[80]

---

[77]- نبيل محمد أحمد صبيح، المرجع السابق، ص 226.

[78]- أنظر المادة 19 من القانون رقم 18-09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المرجع السابق.

[79]- التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997، المتعلق بحماية المستهلك في ظل التعاقد عن بعد، المرجع السابق.

[80]- محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك (تمييز البيع عن غيره من العقود، تفاوض إبرام البيع وصوره، البيوع الدولية و الالكترونية و المعلوماتية، حماية المستهلك نقل الملكية، الضمان الوفاء الالكتروني، فسخ العقد)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 104.

و أخيرا فإن هذا الحق في مثل هذا النوع من البيوع يعتبر من النظام العام بحيث لا يجوز التنازل أو الإنفاق على الإعفاء منه، لأن الهدف منه حماية المشتري بأن لا يلزم بأية سلعة قد لا يراها مناسبة.

الفرع الثالث:

آثار ممارسة الحق في العدول

يترتب على اختيار المستهلك طريق الرجوع عن التعاقد زوال العقد وانقضائه ويلتزم الأطراف بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، ولممارسة حق الرجوع آثار بالنسبة للتاجر من ناحية وبالنسبة للمستهلك من ناحية أخرى.

أولا: آثار العدول بالنسبة للتاجر الالكتروني

إذا انقضت المدة المحددة للمستهلك الالكتروني لاستعمال حقه في العدول يصبح العقد ملزما للطرفين ويصبح باتا واجب التنفيذ، لكن إذا استعمل المستهلك حقه خلال المدة المقررة فإنه يترتب على ذلك التزام التاجر برد الدين، وذلك خلال مدة أقصاهما 60 يوم طبقا لقانون المستهلك الفرنسي والملاحظ أن المشرع الفرنسي تشدد مع التاجر لصالح المستهلك إلى درجة تجريم فعل عدم إرجاع الدين، حتى يمنع أي مجال للتماطل أو أي رغبة في عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

ثانيا: آثار العدول بالسنبة للمستهلك الالكتروني

يعتبر حق العدول بالنسبة للمستهلك حق مجاني فإذا مارسه خلال المدة المحددة قانونا مع احترام شروط العقد فلا يتحمل أي تبعات ولا يترتب على ذلك أي جزاء ولا دفع مصاريف إضافية.

و من حيث آثار العدول على العقد، فإنه يترتب على ذلك نقض العقد أي فسخه وعلى المستهلك إرجاع البضاعة كما تسلمه وإذا كانت خدمة فعلية أن يتنازل عنها.[81]

المطلب الثاني:

مخاطر الدفع الالكتروني وضمانات حماية المستهلك اتجاهها

هناك عدة طرق يتم التعدي من خلالها على وسائل الدفع الالكتروني بهدف الاستيلاء على معلومات مالية شخصية من أجل استخدامها في الاستلاء على الأموال التي تخص صاحب البطاقة، والتي سنعالجها في الفرع الأول، ومن أجل القضاء على هذه المخاطر توجد عدة ضمانات لحماية المستهلك ضدها وهو ما سندرس في الفرع الثاني.

الفرع الأول:

مخاطر الدفع الالكتروني

إن اعتماد أنظمة الدفع الالكتروني مؤخرا في ساحة المعاملات بين المستخدمين بعد أن كانت تستخدم في جل المعاملات التي تقوم بها الوسائل التقليدية المتاحة لها والمتمثلة في الأوراق النقدية العادية

[81]- سلطاني آمنة، حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، مجموعة أعمال الملتقى الوطني الأول حول: حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي المنظم من قبل معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، في 13 و 14 أفريل 2008، ص 122.

والقطع المصرفية أثار جدلا بهذا الشأن لكونها قد مست بمصلحة المستهلك بالدرجة الأولى وقدمته إلى التاجر أو المزود كدرجة ثانية من ناحية المخاطر التي تصاحب الأعمال المصرفية الالكترونية، فيما يخص المؤسسات المالية أو غير مالية والأطراف الأخرى المشاركة في أنظمة الدفع الالكتروني سواء تعلق الأمر بتقديم النبوك لخدماتها عبر شبكة الانترنت، أو قيامها بإصدار النقود الالكترونية بأشكالها المختلفة، أو فيما يخص باستخدام العملاء أنفسهم لهذه الوسيلة المستحدثة في الوفاء الذي من شأنه أن يفقد المستخدمين ثقتهم بهذه الوسائل، وهذا ما يجعلهم يتقاعسون على حيازتها والعزوف عن التعامل بها وتصنف هذه المخاطر التي تتعرض لها المعاملات الالكترونية على النحو التالي: مخاطر التشغيل، مخاطر السمعة، مخاطر فنية وقانونية، ومخاطر سوق النقود الالكترونية مخاطر ترجع للاستخدام غير المشروع لوسائل الدفع الالكتروني... وسنتطرق إلى أهمها بإيجاز كما يلي:[82]

أولا: مخاطر ترجع للاستخدام غير المشروع لوسائل الدفع الالكتروني

إن 80% هي نسبة الوفاء باستخدام البطاقة المصرفية للمعاملات التي تتم عبر الشبكة، هذه النسبة انجر عليها التحايل واستخدام هذه البطاقات استخداما غير مشروع من أجل تحقيق مكاسب مادية لهؤلاء الأشخاص أو القرصنة، وهذا الاستخدام غير المشروع قد يكون من قبل حاملها، التاجر موظف البنك المصدر لها، وسنفصل في كيفية استغلال هؤلاء للبطاقة كما يلي:[83]

1. **الاستخدام غير المشروع لبطاقة الانترنت من قبل حاملها الشرعي (المستخدمين أنفسهم):**

تنتج المخاطر نتيجة عدم إلمام المستخدمين بالإجراءات الوقائية أو التنظيمات القانونية لوسائل الدفع الالكتروني، حيث قد يشاركوا ويسمحوا لعناصر إجرامية باستخدامها لتنفيذ مخططات إجرامية أبرزها: جريمة غسل الأموال، حيث تعتبر شبكة الانترنت ووسائل الدفع الالكترونية الوسيلة الآمنة لهم لتحويل أموالهم المشبوهة إلى حسابات نظامية لتكتسب الصفة الشرعية لذا يجب المحافظة عليها واتخاذ الاحتياطات التي تمنع الغير من استخدامها.[84]

2. **الاستخدام غير المشروع لبطاقة الانترنت من قبل التاجر:**

فهو الشخص الذي يتعاقد مع المستهلك أو الحامل على بيع سلعة لهذا الأخير، بتقديم خدمة مقابل الوفاء باستخدام هذه التقنية الحديثة، وعند إجراء هذه المعاملة يبلغ المستهلك رقم بطاقته إلى التاجر إما عبر الهاتف أو رسالة بريد الكتروني وغيرها من الوسائل، لذا يلتزم التاجر عند حصولهم على

---

[82]- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 341.

[83]- كوثر سعيد عدنان خالد، كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر،.، ص 592.

[84]- محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 344.

الرقم السري للبطاقة المحافظة عليه حتى لا يقوم الغير بقرصنته، ويجب عليه ألا يسحب إلا المبلغ المتفق عليه، وألا يحتفظ بالرقم السري عند انتهاء عملية الوفاء.[85]

3. **الاستخدام غير المشروع لبطاقة الانترنت من موظفي البنك المصدر لها:**

قد يتعرض المستخدمون لمخاطر ناشئة عن الغش والتلاعب من قبل موظفي البنك أو العاملين في المؤسسات المالية المشاركة في أنظمة الدفع الالكترونية، حيث عند حصول الموظف المختص على المعلومات الخاصة بالعملاء يقوم بخرق حساباتهم بكل سهولة وفك الشفرة لسحب الأموال بصفة غير مشروعة.[86]

ثانيا: المخاطر القانونية

تنشأ هذه المخاطر نتيجة لانتهاء القوانين المنظمة للعمليات المصرفية الالكترونية أو عدم وضوح هذه القواعد القانونية في بيان حقوق والتزامات الأطراف، أو لغياب الاتفاقيات الدولية المنظمة للمعاملات المصرفية الدولية، حيث هناك تصور في تنظيمها مما زادته عمليات القرصنة على شبكة الانترنت والنشاطات الإجرامية الأمر الذي يستدعي التدخل السريع والفوري من حكومات الدول لإصدار قوانين واتخاذ إجراءات صارمة للحد من هذه الظاهرة.

ثالثا: مخاطر العمليات المصرفية الالكترونية

هي مخاطر متعلقة بالخدمات المقدمة من المصارف والنقود الالكترونية لها تأثير على تنفيذ الصفقات التجارية الالكترونية وتحمل العملاء لخسائر مالية غير متوقعة وأهمها كما يلي:

- مخاطر السيولة.
- مخاطر الائتمان.
- مخاطر استراتيجية.
- مخاطر معدل الفائدة.

[85]- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 594.

[86]- محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق ، ص 343.

- مخاطر التبادل الأجنبي.[87]

رابعا: المخاطر الفنية

إن الوفاء الالكتروني يتم من خلال اتصال عدة حواسيب ببعضها أو هي خاصة بالتاجر والمستهلك والبنوك الالكترونية، وهذا الاتصال هدفه اتمام عملية الدفع الالكتروني (المقاصة)، وأي خلل في النظام المعلوماتي لهذه الأجهزة تشكل خطر يواجه سلامة المعاملات المصرفية الالكترونية وهم قراصنة الانترنت حيث يستخدمون كل الأساليب الفنية للتعدي على الأموال غير المشروعة.[88]

أ. تقنية تفجير الموقع المستهدف:

هذا الأسلوب يقوم على ضخ مئات آلاف من الرسائل الالكترونية من جهاز الحاسوب الخاص بالمجرم إلى الجهاز المستهدف للتأثير على السعة التخزينية، مما يؤدي إلى تدمير الموقع وتشتت المعلومات والبيانات المخزنة فيه لينقلها إلى جهازه، فيتطلع على كل المعلومات الخاصة بالمستخدم كالحصول على بيانات وبطاقات الائتمان.

ب. محاكاة الواقع:

هو إنشاء موقع مبيعات مقلدا أو وهمي يماثل موقع ويب حقيقي للبيع، من تخطيط وألوان ووظيفة، والخلاف في حر واحد من أجل سرقة رقم سري، أو معلومات على بطاقة الائتمان، وهذا الموقع المشابه يعرضون فيه منتج عام لحث المستهلكين على إرسال طلبات الشراء وبعدها إرسال معلوماتهم الاتفاقية ويطلق عليه أيضا مصطلح الفخ.

ت. تبديل المحتوى:

يستخدمه المجرمون في مجال التحويل المصرفي، فيقومون بتبديل محتوى الرسائل برسائل أخرى على نحو يؤدي إلى وقف الحساب المصرفي وتغيير إلى رقم آخر.

---

[87] - محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص ص345-346.

- مخاطر السيولة: يتعلق الأمر بعدم القدرة على سحب الأموال أو تحويلها الكترونيا في أوقات محددة لا تحتمل التأخير اتجاه العملاء عندما يؤدون ما عليهم في استحقاقات دون التعرض لخسائر غير متوقعة.
- مخاطر الائتمان: تتمثل في عزوف المصارف الوفاء بالتزاماتهم و اتمام تعهداتها في عقودها مع عملاءها.
- مخاطر استراتيجية: تنشأ هذه المخاطر من احتمال أن أهداف المصارف و استراتيجيات العمل التجاري لا تتوقع سلوك أو تصرف السوق لتحقيق الهدف، و نقص الخبرة القانونية بغرض المصارف للخسائر.
- مخاطر معدل الفائدة: هي مخاطر تنشأ نتيجة تأثر المصارف بارتفاع أو انخفاض معدل الفائدة الذي يكون في تزايد مما يؤدي إلى مخاطر الائتمان و السيولة لديها.
- مخاطر التبادل الأجنبي: تتحقق نتيجة منح الائتمان إلى عملاء عبر الحدود التي قد تؤثر على نشاطات المستثمرة للمصارف في الخارج بطريقة محددة بواسطة الترددات في معدل التبادل الأجنبي، أنظر: محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص ص 346-347.

[88]- محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 579.

ث. تغليف أرقام البطاقات:

يعتمد على إجراء معادلات رياضية وإحصائية بهدف تغليف أرقام بطاقة ائتمانية مملوكة للغير، لتحقيق الإثراء غير المشروع على حساب تلك البطاقات والبنوك المصدرة لها.

كل الوسائل السابقة تدل على خطورة القرصنة الالكترونية وابتكار كل يوم من الوسائل الفنية والتكنولوجية لسرقة الأموال من خلال شبكة المعلومات.[89]

الفرع الثاني:

ضمانات حماية المستهلك في مواجهة مخاطر الدفع الالكتروني

لجذب المستهلك لاستخدام الوسائل المستحدثة لإنشاء المنتوجات التي بحاجة إليها أي إبرام عقد الكتروني عبر شبكة الانترنت لا بد من تأمين الوفاء أو الدفع الالكتروني تجاه المخاطر التي قد تعتريه أو تواجهه والتي تناولنا سابقا وذلك بإيجاد حلول لتفادي هذه المخاطر وبذلك يطمئن المستهلك ولا يعرف عن استخدام هذه الوسائل، وكذلك لا بد من وضع ضمانات تشريعية لهذا النوع من الوفاء، وكذلك يقدم الفقه إرشادات توجيهية عند اتباع المستهلك هذا الطريق والتي تعمل على الحفاظ على أمواله وعدم التعدي على حقوق أو ذمته المالية لذلك سنعرض لوسائل الوفاء الالكتروني ثم نعرض الضمانات التشريعية والإرشادات التوجيهية فيما يلي:[90]

أولا: تقنية تأمين المعلومات (Secure Sochet Loyer SSL)

هي إحدى أنواع التكنولوجيا المستخدمة لتشفير المعلومات، ويستخدم مع هذه الأخيرة نظام الشهادات الموثقة الذي يقوم بتنفيذه شخص ثالث حتى يؤكد أن العميل الحقيقي هو الذي يتعامل مع الموقع، وهذه العملية تتم من خلال الجمع بين وسيلتين لضمان سرية المعاملات التجارية وعقد صفقات آمنة، فهنا تقوم الشركات بإنشاء مواقع باستخدام جهاز خدمة آمن يتفق الحاسوبان على رموز شفرية، فتستخدم تقنية تأمين المعلومات في تفكيكها وإعادة جمعها ويردد كل مستخدم بمفتاحين للتشفير عام وخاص، ولا يمكن قراءة أية وسيلة مشفرة إلا بعد مطابقة المفتاحين حين يريد المستخدم إجراء عملية اتصال لإرسال معلومات مشفرة فيستخدم الطرف الثاني المفتاح العام لإتمام عملية الاتصال.[91]

ثانيا: شهادات التوثيق

إن ظهور شهادات التوثيق الالكتروني كان بهدف تحقيق الأمان القانوني بين المتعاقدين عبر شبكة الانترنت من خلال التحقق من هوية الشخص، وكذلك من سلطته وأوصافه المهنية مثال ذلك أنهما تمكن

---

[89]- محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص ص-599-600.

[90]- كوثر عدنان، المرجع السابق، ص 604.

[91]- نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، ط1 (2005)، ط2 (2009)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010، ص 176.

من التحقق من أن هذا الشخص هو بالفعل صيدلي، أو محام، أو غير ذلك، وبذلك فإن شهادة التوثيق هي سجل معلوماتي موقع بإمضاء الكتروني يحقق هوية مصدر الشهادة ويحقق هوية الموقع ويعطي مفتاحه العام.[92]

كما تعرف أيضا بأنها ملفات مشفرة تخزن جهاز خدمة الـ WEB الذي يستخدمه العميل وتستخدم هذه التقنية للتأكد مطن هوية مستخدمي الشبكة سواء أكانوا من الداخل أم الخارج، وتسجل عادة بواسطة شخص ثالث، حيث تتشاور الملفات للتأكد من أن الموقع الذي دخله هو الموقع الصحيح.[93]

أما فيما يخص اعتماد جهة أجنبية مصدرة للشهادة فيوجد بعض التشريعات الأجنبية المصدرة لهذه الشهادات من تعترف بها من بينها:

1. **قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية:**

عالجت المادة 12 من قانون يونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية الصادر عام 2001[94]، قواعد هذا الاعتراف وشروطه وآثاره، ذلك لأن بعض القوانين الأجنبية تقرها قيودا على مسألة الاعتراف، وهو أمر يؤثر سلبا على مسار المعاملات الالكترونية وتوسعها.

2. **القانون الفرنسي:**

ترسى المادة 09 من المرسوم الفرنسي رقم 2002-353[95] أسمى الاعتراف بشهادات التوثيق الالكتروني الصادرة من جهات أجنبية تطبقا لنصوص التوجيهات الأوروبية بشأن التوقيعات الالكترونية.

لكن هذا المرسوم فرق بين الشهادات داخل الاتحاد الأوروبي وخارجه فنصت المادة 2/9 من المرسوم الصادر في 18 أفريل 2002 إلى رئيس الوزراء بمهمة الإقرار لشهادات التصديق الالكتروني الصادرة من جهات الترخيص أجنبية بدولة تكون عضو في الاتحاد الأوروبي بذات الجية المقدرة لشهادات التصديق الصادرة تطبيقا لأحكام هذا المرسوم، متى صدرت في إطار إجراءات مماثلة تنطوي على ضمانات مناظرة للشهادات الصادرة في فرنسا.

3. **القانون الجزائري:**

التجربة التشريعية الجزائرية في مجال المعاملات الالكترونية، فقد اعترف المشرع الجزائري بشهادة التصديق الأجنبية حيث أشار في المادة 3 مكرر 1 المدرجة في المادة 4 ضمن أحكام المرسوم

---

[92]- Sedalli AW Vabérie, prevue et signateure électronique, sur http://www.juriscom.net/chronique/2/fr05099.htm, n° 34-35, visite le 28/03/2018 a 19:23.

[93] - نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 177.

[94] - المادة 12 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، الصادر عام 2001.

[95]- المادة 09 من المرسوم الفرنسي رقم 2002-535، الصادر في 18 أفريل 2002، المتعلق بالتقييم و التصديق على مستوى الأمان تقدمة منتجات و أنظمة تكنولوجيا المعلومات Dessi

التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 2001/05/09 بـ "تكون للشهادات التي يسلمها مؤدي خدمات تصديق الكتروني مقيم في بلد أجنبي نفس قيمة الشهادات المسلمة بموجب أحكام هذا المرسوم إذا كان هذا المؤدي الأجنبي يتصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية".

ثالثا: التشفير

نظرا لأهمية التشفير في مجال المعاملات الالكترونية اهتم المشرف بتعريف خدمات التشفير في المادة 1/28 من القانون رقم 90-1170 الصادر في 29 ديسمبر 1990 بشأن تنظيم الاتصالات عن بعد بأنها: "أي خدمات تهدف إلى تحويل المعلومات أو الرموز واضحة إلى معلومات أو رموز غير مفهومة بالنسبة للغير وذلك عن طريق اتفاقات سرية أو تنفيذ عكس هذه العملية بفضل وسائل مادية أو وضع برامج مخصصة بهذا الغرض".[96]

وفي هذا الاتجاه يشير قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية إلى أن التشفير هو: "فر الرياضيات التطبيقية الذي يعنى بتحويل الرسالة إلى أشكال تبدو غير مفهومة ثم إعادتها إلى أشكالها الأصلية".[97]

أما قانون التوقيع الالكتروني المصري فعرف التشفير في المادة 9/1 بـ: "منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة الكترونيا بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك الشفرة".[98]

يتضح لنا من التعريفات السابقة بأن التشفير ما هو إلا عملية لتحويل البيانات من حالتها المقروءة إلى رموز وإشارات غير مفهومة للغير بواسطة برامج معينة وذلك حسب التعريف الأول أعلاه أما التعريف الثاني لقانون يونسترال فقد أضاف أن عملية تحويل هذه الرسائل أو إخفاءها تكون بواسطة عملية رياضية خوارزمية من أجل تشفير المعلومات أو النصوص إلى رموز غير واضحة ولا تصبح هذه المعلومات متاحة للقراءة إلا باستخدام مفاتيح فك الشفرة كما يشير التعريف الأخير الخاص باللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني.

طرق التشفير:

يوجد نوعين من التشفير هما كالآتي:

[96]- Loi N° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunication art 28, I, J, N° 303 décembre 1990.

[97] - راجع دليل الاشتراع قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية.

[98]- المادة 9/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

1. **التشفير المتماثل:**

يقوم على فكرة رقم سري متبادل بين الطرفين ويعمل في بيئة منعزلة مثل البطاقة البلاستيكية وهذا الرقم السري لا يكون معلوما إلا لصاحبه.

2. **التشفير غير المتماثل:**

يعتمد على مفتاحين أحدهما عام والآخر خاص، الأول يكون معروفا للجميع أما الثاني يخص صاحبه لا غير، عن طريقه يشفر رسالته، في عند إجراء أي تعامل الالكتروني يقوم بكتابة الرسالة فيوقع عليها باستخدام المفتاح الخاص ويمررها من خلال برنامج تشفيري، هذا الأخير يفك التشفير ويحول المعلومات من شكلها المكتوب إلى الرقمي وحتى يتمكن المرسل إليه من قراءتها عليه فك التشفيرة من خلال المفتاح العام للمرسل.[99]

رابعا: التوقيع الالكتروني

التوقيع الالكتروني هو كل كتابة مدرجة في شكل الكتروني وتكتب على صيغة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات ويمكن عن طريقها نسبة الكتابة إلى صاحبها، وهو نتاج لحركة يد الموقع في صورة إمضاء أو بصمته عبر وسيط مادي يتم عبر وسيط الكتروني عن طريق جهاز الحاسب الآلي وبالتالي فهو عبارة عن بيانات مدونة على وسائل الكترونية وللقاضي سلطة واسعة في تقدير خدمة الدليل الالكتروني المقدم أمامه خاصة أمام انتشار نظام المعالجة الالكترونية للمعلومات التي غزت العالم الأمر الذي أدى إلى تراجع الإجراءات اليدوية أي التوقيع التقليدي الذي أصبح لا يتوافق مع الوسائل الحديثة التي ظهرت مؤخرا.[100]

و يعد هذا التوقيع الالكتروني أحد ضمانات حماية المستهلك في مجال الدفع أو الوفاء الالكتروني، فيقوم المستهلك مستخدما هذه التقنية الحديثة بالتوقيع على الرسال التي يرسلها إلى مصرفه، والتوقيع كذلك على أوامر الدفع الموجهة إلى مصرفه خاصة وأن التوقيع الالكتروني في نطاق التعاملات المصرفية فهو يؤدي إلى التحقق من العميل الموقع ونسبة الرسالة الممهورة بالتوقيع إليه بحيث لا يستطيع القراصنة التلاعب بالتوقيع، ويكون لكل عميل توقيع خاص به لا يتشابه مع الآخرين، ويمكن استخدامه أيضا لحماية عملاء البنوك الذين يستخدمون الشيكات الالكترونية لإتمام عملية الدفع الالكتروني مع أطراف أخرى، فيعد توقيع العميل وتشفير الشيك وإرساله إلى البنك يقوم هذا الأخير بحل الشفرة للتأكد من التوقيع ثم يسجل قيمته على حساب العميل ويضيفه لحساب الطرف الآخر.[101]

---

[99]- نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص ص238-239.

[100]- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، بإشراف: علي قريشي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، س ج، 2015/2014، ص 209.

[101]- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص ص 609-610.

حتى نزيل الغموض على هذا المصطلح القانوني لا بد من البحث عن تعريف التشريعات الدولية والوطنية عنه فيما يلي:

1. **الجزائر:**

لقد كان للتحول من الكتابة التقليدية إلى الكتابة في الشكل الالكتروني ومن التوقيع في صورته التقليدية إلى التوقيع الالكتروني أثر إيجابي على التشريع الجزائري، ذلك أن المشرع الجزائري اعترف صراحة بالمسألتين من خلال التعديل الذي قام به على القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وهذا بإضافة المواد 323 مكرر، 323 مكرر 1، و327، وقد اكتفى المشرع من خلال هذه المواد بالإشارة إلى الاعتراف بالتوقيع الالكتروني لكن مع اشتراط بعض النقاط المهمة منها إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره وأن يكون معدا في ظروف تضمن سلامته، دون أن يعطي له تعريفا يمكن تميزه صاحبه به من غيره، غير أن المشرع تدارك هذا النقص، فأصدر مرسوما تنفيذيا رقم 07-162 المؤرخ في 2007/05/30 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 2001/05/09 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشيكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية وقد جاءت المادة 31 مكرر من هذا المرسوم تعرف صراحة كل من التوقيع الالكتروني وكذا التوقيع الالكتروني المؤمن بقولها: "التوقيع الالكتروني: هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني".

يتبين أن المشرع الجزائري عند تعريفه للتوقيع الالكتروني أبقى المسألة غامضة بقوله: "أنه معطى ناجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين أعلاه" وغفل عن ذكر نوعيه وشكل أسلوب العمل هذا الذي يستجيب لتلك الشروط، مع محاولته لسرد جميع الأشكال التي يمكن أن يتكون منها التوقيع الالكتروني من حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز والتي تشكل صور للتوقيع الالكتروني الذي سنوضحه لاحقا.[102]

كذلك فرق المشرع من التوقيع الالكتروني والتوقيع الالكتروني الآمن وحسب ما جاء في المادة 03 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 فإنه اشترط حتى يكون التوقيع الالكتروني آمنا أن يستوفي المتطلبات التالية:

- أن يكون خاص بالموقع.

[102]- بلقيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الانترنت (البريد المرئي)، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، بإشراف: بلنوار مليكة، جامعة وهران، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، س ج، 2011/2010، ص ص 114-115.

- أن يتم إنشاءه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية.
- أن يضمن مع الفعل المرتبط به، صلة يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.[103]

2. **فرنسا:**

تبنى المشرع الفرنسي تعريفا وظيفيا للتوقيع بشكل عام في نص المادة 4/1316 المعدل مطن ق م ف القائل بـ: "بأن التوقيع هو الذي يحدد شخصية من هو منسوب إليه والذي يفصح عن قبوله بمضمون المحرر الذي يرتبط بهو بالالتزامات الواردة فيه"، وعرف المشرع نفسه التوقيع الالكتروني في الفقرة الثانية من التعديل بأنه "التوقيع الذي ينتج عن استخدام أية وسيلة مقبولة موثق بها لتحديد هوية الموقع وتكفل اتصال التوقيع بالعمل أو المستند المرتبط به".

وحسب تعريف المشرع الفرنسي فإنه ركز على وظيفة التوقيع وهذا اتجاه صائب يتيح المجال لاستيعاب كل توقيع يحقق غاياته، ولم يركز على طريقة معينة في تعريفه واشترط أن تكون الطريقة موثوقة تتمتع بالدقة والثقة، مع اشتراط اتصال التوقيع بالمستند المرتبط به.[104]

أما المرسوم رقم 272 الصادر في 2001/03/30، الخاص بتطبيق أحكام المادة 6-13-04 من ق م والخاص بالتوقيع الالكتروني، فقد فرق بين التوقيع الالكتروني العادي والتوقيع الالكتروني الآمن (المتقدم)، وحسب ما تضمنته ف 02 من المادة الأولى من هذا المرسوم فإنه يشترط في التوقيع الآمن المقتضيات التالية:

- أن يكون خاص بصاحب التوقيع.
- أن ينشأ بوسائل يمكن لصاحب التوقيع أن يضعها تحت رقابته الخاصة.
- أن يرتبط هذا التوقيع بالعقد الملازم له ويفصل كل تعديل لاحق.[105]

صور التوقيع الالكتروني:

تختلف أنواع أو أشكال التوقيع التقليدي بين: توقيع بالإمضاء، وتوقيع بالختم وتوقيع ببصمة الأصبع، فإن للتوقيع الالكتروني أيضا أشكالا وصورا مختلفة ومتعددة بين توقيع رقمي، و التوقيع البيومتري، وتوقيع باستخدام القلم الالكتروني، وتوقيع بالبصمة الالكترونية وسنوجزها فيما يلي:

---

[103]- بلقيشي حبيب ، مرجع سابق، ص 115.

[104]- نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص ص 233-234.

[105] Rojins Ky, E, signature électronique: "le décret et le devront être compte clés", p2.
www.juriscom.net/pro/2/ce/20010419.com visite le 02/04/2021 a 16:25.

الصورة الأولى: التوقيع البيومتري

يتم التوقيع البيومتري بأخذ الخواص المميزة لكل شخص، أي استخدام هويته، لذا يطلق عليه مصطلح "التوقيع بالخواص الذاتية" تعتمد هذه الصورة على حقيقة علمية هي أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به تختلف من شخص لآخر تتميز بالثبات النسبي، وهذه الصفات الجسدية أو البيومترية التي يعتمد عليها هذا التوقيع هي: البصمة الشخصية، بصمة شبكة العين، بصمة الشفاه، خواص اليد البشرية، التوقيع الشخصي...، على الرغم من أن هذا التوقيع يمتاز بدقته وأمنه لكنه عرض للتزوير كتسجيل بصمة الصوت ثم إعادة بثها، طلاء الشفاه بمادة معينة تجعلها مطابة للبصمة الأصلية...[106]

الصورة الثانية: التوقيع باستخدام البطاقة الممغنطة المقترنة برقم سري

تستخدم في السحب النقدي من خلال أجهزة الصراف الآلي أو من خلال القيام بسداد الثمن للسلع والخدمات في المجال التجاري بإدخال البطاقة في الجهاز المخصص لذلك، وأصبحت أيضا تستخدم للدفع عبر الانترنت ويتم ذلك عندما يقوم العميل بإدخال البطاقة في الجهاز الذي يتعرف على البطاقة ثم يطلب منه أن يقوم بإدخال الرقم السري الخاص للتأكد من صاحبها ليسمح له بعمليات سحب وإيداع وغيرها.[107]

الصورة الثالثة: التوقيع الرقمي

يمثل هذا التوقيع رقما سريا لا يعرفه إلا صاحب التوقيع، يتم هذا التوقيع في المراسلات الالكترونية التي تتم بين التجار والشركات وفي بطاقات الائتمان والعقود الالكترونية[108]، ويتم الحصول على التوقيع الرقمي عن طريق التشفير بتحويل المكتوب والتوقيع الوارد عليه من ضبط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة "لوغاريتمات".[109]

الصورة الرابعة: التوقيع بالقلم الالكتروني

يتم ذلك عن طريق قلم الكتروني حساب يمكن عن طريقه الكتابة على شاشة الكمبيوتر، وذلك باستخدام برنامج معين، حيث إن وظيفة هذا البرنامج هي التقاط التوقيع والتأكد من صحته، ويعمل هذا التوقيع بالاعتماد على لوحة وقلم رقميين ويخزن البيانات المتعلقة بالعملية باستخدام خوارزمية تشفير ويتم استخدام التوقيع المخزن كلما احتاج المستخدم إليه عبر برمج البرنامج للكائن الممثل للتوقيع الرقمي

[106] - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 213.

[107] - بلقيشي حبيب، المرجع السابق، ص 121.

[108] - نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 237.

[109] - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 215.

ضمن المستند معتمدا على تقنية الدمج التي تستخدم سلسلة رموز تعطي لأي ملف رقمي بصورة فريدة وبهذا تكتشف أية محاولة للتزوير.[110]

رابعا: تأمين الوفاء الالكتروني

من أهم ضمانات حماية المستهلك فيما يتعلق بالدفع الالكتروني هو تأمين وسائل وطرق الدفع الالكتروني، من أجل بث الثقة لدى المستهلك في هذه الوسائل مما يدفعه إلى استخدامها بكل ثقة.[111]

1. **تأمين المواقع الالكترونية للتجار:**

يعد تأمين هذه المواقع في مقدمة ضمانات حماية المستهلك يتعامل معه المستهلك في نطاق التعاقد الالكتروني، فيقدم التاجر بطاقته الائتمانية التي تحتوي على الرقم السري وتأمن هذه المواقع عن طريق برامج مخصصة يصعب على الغير اختراق هذه المواقع، والموقع المؤمن يبدأ بحروف https.

2. **تأمين المعاملات البنكية الالكترونية:**

إن تأمين المعاملات البنكية أمر في غاية الأهمية في مجال حماية المستهلك، يبث هذا التأمين الثقة لدى المستهلك وإقباله على وسائل الوفاء الالكتروني وتسوية معاملات من خلال البنوك الالكترونية لذلك فإن مسؤولية هذه الأخيرة الالتزام بتأمين معاملاتها الالكترونية ونذكر منها برمجيات جدران النار وهي برمجيات تحمي هذه المعاملات ثم من خلال شبكة الانترنت وتمنع الدخول غير المشروع إليها.[112]

3. **تأمين الوسط الضامن:**

تقوم هذه الفكرة على مواجهة مخاطر سرقة الرقم السري لبطاقة الانترنت، حيث يتم اللجوء إلى وسيط مؤمن لينقل رقم البطاقة المصرفية بدلا من أن يتم بطريقة مباشرة بين أطراف العقد وهذا الوسيط يعمل من أجل تأمين المعاملات التي يقوم بها العملاء والتجار.[113]

---

[110] نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 240.

[111] كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 609.

[112] المرجع نفسه، ص ص 605-606.

[113] المرجع نفسه، ص 607.

المبحث الثاني:
آليات حماية المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية والإذعان
المطلب الأول:
الآليات القانونية
الفرع الأول :

القانون الأنسب للمستهلك الإلكتروني

إذا كان التعامل الإلكتروني بين الجزائريين تم بالجزائر فإن تحديد القانون الواجب التطبيق لا يثير أي إشكال، فهو بطبيعة الحال القانون الجزائري مالم يكن هناك اتفاق مخالف على ذلك، كذلك إذا اتفق مواطن الطرفين مع محل التنفيذ وهو افتراض نادر فالعقد في هذه الحالة غاليا ما يكون داخليا114.

غير أن الإشكال يثور في حالة العقد المبرم عبر الحدود، ففي هذه الحالة نكون بصدد عقد دولي يخضع من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن المنازعة عنه يرتبط بأنظمة قانونية مختلفة لتعلقه بمصالح التجارة الدولية، ومن خلال هذا التعريف تستبعد من عداد العقود الدولية التصرفات القانونية اليومية البسيطة التي لا ترقى إلى مرتبة من التعامل الاقتصادي الدولي. وفي هذا الفرع سنتناول فيه القانون الواجب التطبيق على المستوى الوطني ثم الدولي في هاتين الفقرتين:

الفقرة الأولى : القانون الواجب التطبيق في الجزائر

تماشيا مع قوانين مختلف الدول، قام المشرع الجزائري بتعديل القانون المدني الأخير، من خلال مراجعة الأحكام المتعلقة بتنازع القوانين خاصة المتعلقة منها بالأموال وتداولها، لضمان الحرية العقيدية بالنسية للمعاملات الدولية، فجعل من القانون لدولي الحاص مصدر من مصادر القانون، كما أستدرك المشرع في قانون 10/05 الصادر في 2005/06/20، مافاته من تعداد ضوابط الإسناد الاحتياطية وطريقة تحديد قانون الإرادة الواجب التطبيق، منهيا بذلك الجدل الفقهي الذي أثارته المادة 18 المعدلة بخصوص أولوية أي من القوانين على الأخرى، قانون الإرادة أم قانون المحل، فجاءت صياغة المادة الجديدة شاملة، منح فيها المشرع لقانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة، أهمية قانونية في الالتزامات التعاقدية .

ونلاحظ في التعديل الأخير أن المشرع أخذ بقانون الإرادة كقاعدة، ثم نص على قواعد إسناد احتياطية، ويأتي قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة في المرتبة الثانية وفي المرتبة الأخيرة قانون محل إبرام العقد، أي قانون محل تنفيذ العقد.

114- الطيب زروتي، العقود الدولية في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر، سنة 1990 ، ص 41-42.

أولا- قانون الإرادة:

انتهى الفقه القانوني حال مناقشته للقانون الواجب التطبيق، إلى أن العقود الإلكترونية من عقود الاستهلاك، موضوعيا تقديم السلع والخدمات لمن هم في حاجة إليها، وهذه الطائفة من عقود الاستهلاك ومنها على سبيل عقد البيع الإلكتروني، أخضعها الفقه القانوني لقاعدة قانون الإرادة115.

وتجمع النظم القانونية على خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة، أي قانون الذي يختاره الأطراف أنفسهم لحكم العقد المبرم بينهم، سواء كان الاختيار صريحا أم ضمنيا وفي هذا الصدد يقول البروفيسور " جورج فوهيك " أستاذ القانون في جامعة Leuven وعضو محكمة النقض البلجيكية، أن العقود الدولية في الفترة ما بين 1956 و1960، لم تكن تتضمن بنودا لتحديد القانون الواجب التطبيق، قبل أن يتغير هذا الحال بصورة جلية عام 1975، حيث أصبحت العقود الدولية لا تخلو من بند يحدد هذا القانون116.

وعلى هذا النهج سار المشرع الجزائري في نص المادة 18 مدني وفق قانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني الصادر في 2005/06/20، التي أخذت بهذه القاعدة حيث نصت على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ".

والملاحظ أن طريقة استنباط قانون الإرادة ضمنيا في المادة 18 جاء غامضا خصوصا وأن القواعد العامة تستوجب حتى يؤخذ بقانون الإرادة، أن يكون اختيار الأطراف الصريحين اختيارا معقولا ونزيها وموافقا للقانون المختص، وإلا فيستبعد ويحل محله القانون الواجب التطبيق الاحتياطي.

وإذا كان المشرع الجزائري قد حسم في المادة 60 مدني مشكلة الأخذ بالإرادة الضمنية، فجاء نصها قاطع الدلالة على الاعتياد بها بنصها على " يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"، إلا أن أراء الفقهاء اختلفت بصدده117ا.

فمنهم من أيد الأخذ بالإرادة الضمنية وهو الرأي الأرجح.

115- عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع السابق، ص 55.

116- عمار معاشو ، العقود الدولية الاقتصادية، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر، سمة 1998، ص 335.

117- الطبيب زروتي، المرجع السابق ، ص 230.

ومنهم من قيد الأخذ بها بوجود عناصر كافية تسمح بالاعتداد بها مثل حالة القوة القاهرة والاتفاقيات المعدلة للمسؤولية118.

وهناك فريق ثالث يرى أنه في حالة عدم الاختيار الصريح يرجع إلى القاعدة الاحتياطية على أساس أن المادة 18 لا تتضمن ما يوحي بأن المشرع أعتد بالإرادة الضمنية119.

1- **النظام العام والآداب العامة:** ساير المشرع الجزائري في المادة 24 مدني الاتجاه الغالب في القانون المقارن، حين جعل من النظام العام قيدا على تطبيق القانون الأجنبي، وبالتالي فإن اللجوء إلى النظام العام يتم طبقا للقانون الجزائري في صورة دفع وليس في شكل إسناد، وهذا معناه أن إعمال فكرة النظام العام في ميدان تنازع القوانين لا يكون في مرحلة وضع قواعد الإسناد، بل يأتي في مرحلة إعمال هذه القواعد القاضية بتطبيق القانون الأجنبي.

وهذا الشرط في غاية الأهمية بالنسبة لقانون العقد طبقا للمادة 18 الفقرة 1 مدني جزائري، فقد يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون أجنبي معين، ولكن يتبين للقاضي المعروض عليه النزاع، أن القانون المختار لا صلة له بالعقد أو بالمتعاقدين، وأنه مخالف للنظام العام في بلد القاضي، حيث يقرر في هذا المثال استبعاد القانون الأجنبي على أساس عدم موضوعية الاختيار، فالقاضي هذا ليس في حاجة إلى إثارة الدفع بالنظام العام، مادام هناك دفع آخر، يتمسك به ويستبعد بواسطته القانون الأجنبي المختار120.

ومن جانب أخر، يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري مسايرة منه لغيره من مشرعي دول كثيرة، لم يكتفي في المادة 24 بالنص على مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام، بل اشترط أيضا عدم مخالتها للآداب.

وإذا كان بعض الفقهاء 121يرون أن حسن الآداب تكون جانبا من جوانب النظام العام بمعناه الاجتماعي والخلقي في بلد القاضي، وبالتالي فالنص على النظام العام وحده يغني ذكرها، إلا أننا نسجل أن بعض الأفعال قد تكون مخلة بالآداب العامة وغير مخالفة للنظام العام، وبالتالي حسنا فعل المشرع الجزائري حينما ذكر العبارتين معا، حتى يسد كل المنافذ المنافية للأسس الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع الجزائري لاسيما في التعاملات الإلكترونية، والتي تزخر عدة مواقع على شبكة الأنترنت بهذه المواد المخالفة للنظام العام والآداب العامة بالجزائر.

118- علي علي سليمان ، مذكرة في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 11.

119- محمد حبار، قانون العقد و المسؤولية العقدية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، ص 183-184.

120 -الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 333.

121- المرجع السابق، ص 334..

2- الغش نحو القانون: تتعاظم أهمية الغش نحو القانون في فروع القانون الدولي الخاص، لاسيما إذا أخذنا بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق حرية مطلقة، إذ يعمد أصحاب المصلحة إلى التغيير من عناصر العلاقة القانونية، بالتحايل على ضوابط الإسناد تهربا من القانون المختص أصلا، عن طريق اصطناع أشياء ومية ووقائع غير حقيقية، يتوقف حدوثها على إرادة الأشخاص لإيجاد مراكز قانونية تتفق وحرية القانون، لكنها تخالف غرضه والغاية منه.

والمشرع الجزائري، قد قرر استبعاد القانون الذي ارتضاه المتعاقدان في العقود الدولية في حالة الغش، حيث أضاف إلى المادة 24 في القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني الصادر في 2005/06/20، هذه الحالة بنصه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

أما بالدول التي تستند إلى قانون الموطن، فالتعاقد يستطيع تغيير موطنه حتى يغير قانونه الشخصي، وكذلك الأمر بالنسبة لتغيير موقع المال وتغيير محل إبرام التصرف.

ويعتقد الفقه أن استخلاص وجود سوء النية والباعث الدافع على التحايل هو من مسائل الواقع التي يختص بها قاضي الموضوع دون كعقب على تقديره للوقائع، حيث تتدخل محكمة القانون لمراقبة ما غذا كان الانحراف بوسيلة معينة، يعد غشا نحو القانون يستحق الجزاء أو لا يعد كذلك، كما لعا أن تتأكد من توافر أركان الغش[122].

ثانيا: الموطن المشترك او الجنسية المشتركة:

للموطن المشترك في المعاملات الدولية أهمية بالغة، جعل منه المشرع في بعض الدول كقانون التجارة الكويتي لسنة 1961، قاعدة الإسناد الوحيدة في بعض العقود، في حين وضعه القانون الجزائري كقاعدة الإسناد الاحتياطية الأولى.

وفي حالة تخلف الاشتراك في مواطن أو مراكز الأعمال، يعقد الاختصاص لقانون موطن المدين بالالتزام أو مركز أعماله، وقد أخذ بهذا الرأي القضاء الفرنسي في بعض أحكامه والقضاء الإنجليزي والألماني واتفاقية لاهاي بشأن بيع المنقولات المادية كما يغلب النص على تطبيق قانون مركز الأعمال في العقود النموذجية التي تبرمها مؤسسات التجارة والصناعة والنقل، وهي عقود تتصف بالإذعان[123].

122- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية، الطبعة 7، 1974، ص 561-563.

123- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 235.

أما الجنسية المشتركة، فقد اعتبر القضاء السويسري اتحاد جنسية الطرفين تعاملا وطنيا واستبعد صفة الدولية على العقود الإلكترونية المبرمة في هذا المجال، على عكس القضاء الفرنسي الذي اعتبر التعامل دوليا، وإن كان القضاء الفرنسي يميل إلى الاعتداد بقرينة محل إبرام أكثر.

وفي النظام الأنجلوساكسوني يشترط ليعتد بقانون الجنسية أن يكون بين المتعاقدين تعامل سابق وقرائن كافية تصبح فيه قرينة الجنسية المشتركة الاختيار الصريح124.

ثالثا: قانون الشكل والحالة:

والواضح أن أولوية قانون محل إقامة المستهلك، قد أغفله المشرع الجزائري في المادة 18 مدني، حيث وضع القانون المفترض لحماية المستهلك وهو قانون المحل في المرتبة الثالثة، كما أن قانون حماية المستهلك جاء خاليا من ذكر فريضة خضوع القانون إلى موطن المستهلك، فضلا عن هذا، فقد تمنى بعض الفقهاء الجزائريين، لو نص المشرع لجزائري على قانون مكان التنفيذ بدلا من قانون مكان الإبرام لأن تنفيذ العقد هو القصد النهائي منه وأنه يسهل تركيزه في محل التنفيذ125.

وقد فضل بعض شراح القانون الجزائري الأخذ بمحل التنفيذ، عوض عن القانون محل الإبرام، لكنهم اختلفوا في الأساس القانوني.

فمنهم من رأى تطبيق قانون محل التنفيذ تأسيسا على المادة 18 الفقرة 2 سابقا وحاليا المادة 18 الفقرة الثالثة في تعديل القانون المدني الصادر تحت رقم 10/05 في 2005/6/20.

ومنهم من رده إلى المادة 689 مدني التي تتضمن حكم المنقولات بالمال126.

رابعا: قانون الشكل والحالة:

فيما يتعلق بالقاعد الشكلية مثل البيانات الإلزامية من العقد فيكون قانون الدولة التي أبرم فيها العقد هو الواجب التطبيق، حيث نصت المادة 19 من القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني المؤرخ في 2005/06/2 على أنه " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونها الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

124- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 236.

125- محمد جبار، قانون العقد و المسؤولية العقدية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، ص 181.

126- عمار معاشو ، عقود المفتاح في اليد، جامعة الجزائر ، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1986، ص 110.

والمشرع الجزائري أخذ بالقاعدة العامة على شكل العقد الدولي، بإسناده قانون مكان إبرامه مسايرا بذلك أغلب القوانين الحديثة، بحيث جعل القاعدة اختيارية للمتعاقدين يجوز أن يتفقا على إسناد شكل عقدهما إلى قانون أخر غير قانون محل الإبرام، فورد في المادة 19 مدني ضوابط احتياطية تم التوسيع فيها من مجالات الإسناد، عما كانت عليه قبل التعديل، وهي قانون الموطن المشترك أو قانون الوطن المشترك أي قانون الجنسية المشتركة أو قانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

والمقصود بالشكل الذي يخضع إلى قانون محل الإبرام كقاعدة، هو الشكل الخارجي للتصرف، أي الشكل الذي يظهر من خلاله التعبير عن إرادة إلى العالم الخارجي، أما الأشكال المكملة للأهلية والأشكال الرسمية الأخرى فتخرج عن نطاق قانون شكل ويسري عليها قانون أخر وهو القانون الشخصي أو القانون العيني[127].

وإذا كانت الحكمة من إخضاع شكل العقد إلى قانون المحل طبقا لقاعدة " لوكيس " عي ملائمة الشكل المحلي لسلامة المعاملات بين الناس وسهولة معرفة قانون المحل من المتعاقدين، إلا أنه بالنسبة للعقود التي أستوجب القانون إفراغها في قالب رسمي، لا مناص من استفاء الرسمية ومراعاتها وإلا كان التصرف باطلا، لأن الشكل حينئذ مطلوب لانعقاد العقد وهي قاعدة موضوعية شرعت لحماية المتعاقد، أما إذا كان اشكل خاصا بالإثبات فيسري عليه قانون المحل، ومن هنا يتعين الرجوع مرة أخرى إلى قانون القاضي لتكييفه بما هو خاص بالموضوع وما هو متعلق بالشكل الخارجي128.

أما أهلية التعاقد فإن قانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، كرس مبدأ تطبيق قانون البلد الذي ينتمي إليه الشخص بجنسيته على أهليته، فنصت المادة 10 مدني على أنه يسري عليها القانون الشخصي للمتعاقدين وهو قانون الجنسية في القانون الجزائري، الذي يحكم أهلية الجزائري ولو كان مقيما في بلاد أجنبية.

وبمفهوم المخالفة فإن الأجانب المقيمين في الجزائر يطبق على أهليتهم قانون جنسيتهم[129].

127- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 296.

128 - المرجع نفسه، ص 297.

129- الطيب زروتي ، لمرجع السابق ، ص 292.

الفرع الثاني:

اختصاص محكمة إقامة المستهلك الإلكتروني

في حالة تطبيق القواعد العامة للاختصاص القضائي على عقود الاستهلاك في مجال التجارة الإلكترونية، فمن الصعب الخروج على هذه القواعد، حيث ينعقد الاختصاص القضائي بمنازعات هذه العقود لمحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها وفقا لمبدأ الخضوع الإرادي، حيث يتم الاتفاق على تقرير الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن العقد لمحاكم دول معينة، ويشترط لصحة هذا الاتفاق، توافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة، أو توافر مصلحة مشروعة للأطراف في مثل هذا الاختيار.

في القانون الجزائري:

إن قانون حماية المستهلك لم يحدد الجهة القضائية المختصة للفصل في النزاعات بين المستهلك والمهني، وعليه الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني المعدل والمتمم تحت رقم 10/05 المؤرخ في 2005/60/20 نصت المادة 21 مكرر منه على أنه " يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

وعليه فإذا آل الاختصاص إلى القانون الجزائري، فالأصل ما نصت عنه المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باختصاص محكمة موطن المدعى عليه، وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف، فإن الاختصاص يرجع إلى الجهة القضائية التي تقع في دائرتها محل إقامته، وإن لم يكن له محل إقامة معروف، فيرجع الاختصاص إلى الجهة القضائية التي بدائرتها أخر موطن له.

وفي العقود الإلكترونية والاستهلاكية، فإن المحكمة المختصة هي محكمة التي يقع في دائرتها محل إقامة أحدهم أو مسكنه بحسب اختيار المدعى، لكن هناك استثناءات قد ترد على الأصل العام للاختصاص المحلي لعقود الاستهلاك، تراعي فيه محكمة مقر الشركة أو محكمة موقع العقار أو محكمة مقر تقديم العلاج أو محكمة مقر المرسل أو محكمة المرسل إليه أو محكمة أدا الأغذية والسكن.

وإذا كان الفعل الجاني، يكيف على أساس أنه جناية، فمحكمة الجنايات بالمجلس القضائي أما الجنحة فمحكمة محل الجريمة حسب المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية، وفي حالة المخالفات محكمة محل الجريمة أو محكمة محل مرتكب الجريمة وفي دعاوى تعويض الضرر الناشئ عن فعل جنائي فمحكمة وقوع الفعل الضار.

وبخصوص الاختصاص النوعي، فإن الأصل في عقود الاستهلاك هو اختصاص القضاء المدني، غير أن القضاء التجاري هو أفضل للمستهلك، بسبب النفاذ المعجل للحكم وبساطة إجراءاته وعنصر التضامن.

الفرع الثالث

تأمين عقد الاستهلاك الإلكتروني

رغم ما تحقق من تقدم ملحوظ في مجال التجارة الإلكتروني في مختلف دول العالم فإن ثمة تحديات تعترض التعاملات التجارية التي تتم بين المستهلك والبائع عبر الشبكة الدولية وتوافر عنصر الأمان أثناء إتمامها، ودفعت هذه التحديات العديد من الشركات العاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات، إلى تطوير النظم الخاصة بالحماية في المواقع التجارية على شبكة الإنترنت لتوفير الثقة للمستهلك، كما ساهمت العديد من المواقع التجارية على شبكة الإنترنت في تدعيم نظم الحماية الخاصة بها، وهو ما سنعالجه في هذين الفرعين:

أولا : آليات لزرع الثقة لدى المستهلك الإلكتروني

ظهرت العديد من الآليات والوسائل للحد من مخاطر التعاملات التجارية الإلكترونية، وزرع الثقة في نفسية المستهلك الإلكتروني . فما هي هذه الآليات؟

الفقرة الأولى: سلطات الشهادات الوسطية

تعتمد التجارة الإلكترونية على نظام معلوماتي يشارك في إعداده وتشغيله وتنفيذه أشخاص آخرين ومن بينهم مزودي خدمة الأنترنت أو الوسطاء، وهؤلاء بلا شك ذو علاقة مباشرة بأطراف عقود التجارة الإلكترونية بمن فيهم المستهلك الإلكتروني وجاءت فكرة اللجوء للشخص الوسيط في العلاقة بين البائع والمستهلك نظرا لثغرات التشفير الأمنية.

1- مفهوم الشهادات الوسيطة

شهادات التوثيق هي عبارة عن بيانات رقمية غير مكررة خاصة بالشخص الذي يرغب في التعامل إلكترونيا، تكون مشفرة يتعذر قراءتها، ويمكن إضافتها لصفحة " الواب" أو بريد المستهلك الإلكتروني، بحيث لا يستطيع قراءة محتويات هذه الصفحة أو الرسالة إلا من لديه شهادة مماثلة.

فمثلا إذا كان لديك شهادة خاصة بأحد العملاء وأردت أن ترسل له رسالة بالبريد الإلكتروني، فقم بإرفاق شهادته بالرسالة بالإضافة إلى رسالتك، وفي هذه الحالة يمكن أن يقرأ رسالتك عليها، وتقوم عدد من الشركات بإيصال تلك الشهادات بمقابل مادي بسيط.

أما الوسطاء في تقديم خدمة الأنترنت، فهم أولئك الأشخاص الذين ينحصر دورهم في تمكين المستخدم للشبكة من الدخول إليها والتجول فيها والاطلاع على ما يريد، لذلك فمنهم من يقوم بخدمة الأنترنت، ومنهم من يمكن المستخدم من الوصول إلى الموقع ومنهم من يخزن المعلومات أو ينتجها أو يوردها130.

وهناك شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيد أن الطلب أو الجواب قد صدر عن الموقع المعنى، وتحدد تاريخ ووقت صدور الطلب أو الجواب.

وحتى تضمن شخصية المخاطب، توفرت تقنيات التعريف على الشخص، بدايو بكلمة السر وانتهاء بالبصمة الصوتية، ضف إلى ذلك تقنيات التشفير التي يزداد الجدل حول مشروعيتها، لاسيما في ظل أثرها المانع والمقيد لحرية تدفق البيانات وانسيابها ومساسها في كثير من الحالات بالخصوصية، لاسيما عند إجراء عملية التوثيق وتفتيش النظم التي تتطلب اطلاعها على معلومات مخزنة في النظام خارجة عن العلاقة العقدية المعنية.

2- مسؤولية الجهات الوسيطة:

أثر في ميدان العلاقات القانونية للتجارة الإلكترونية، المسؤولية القانونية للجهات الوسيطة في أنشطة التجارة الإلكترونية، مثل مسؤولية مزودي خدمة شبكة الإنترنت ومسؤولية جهات التوثيق وإصدار الشهادات، وجهات استضافة المواقع أو الجهات المناط بها تسجيل الموقع، هل تسأل عن أنشطة المواقع التي تحتال عبر الهام بوجود نشاط تجاري إلكتروني.

وتتجه التشريعات نحو إبراء الشخص الثالث من هذه المسؤوليات، بكونه غريبا عن العلاقة العقدية، أما عن مسؤولية الشركات المتعاقدة معها لضمان إثبات شخصية الطرف الآخر وصحة الاتصال، فإن الاتجاه الغالب يذهب إلى مسؤوليتها عند إيرادها معلومات خاطئة أو غير دقيقة، باعتبار أن التعاقد تم على هذه المعلومات ، كما أنه في الغالب يدفع الزبون مقابلا لها لضمان صحة تعاملاته التجارية على الخط[131].

130- عرب يونس، المرجع السابق، ص88.

131- عرب يونس ، المرجع نفسه، ص89.

فضلا عن هذا، فهناك عقوبة جنائية توقع على مزودي خدمة الإنترنت، في حالة ما إن ترتب على مسلكه جريمة جنائية في حق المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، مثل إنشاء البيانات الشخصية به ونشرها أو فض شفرة التوقيع الإلكتروني وإذاعتها للغير، فكلها جرائم معاقب عليها جنائيا حماية للمستهلك الإلكتروني132.

الفقرة الثانية: برامج ضد الاختراق

عندما يدخل المستهلك على موقع يباشر أنشطة التجارة الإلكترونية، يبدأ بطلب السلعة أو المنتج أو الخدمة، فإن المهم لديه التوثق من هوية من يخاطبه، فمن الذي يضمن للمستهلك أن ما وصله من معلومات، إما جاءته من موقع حقيقي وموجود على الشبكة، لاسيما مع تفشي عمليات انتحال الشخصية الموقع بالهجوم والسيطرة عليه ومن ثم يقوم المجرم بتحويله كموقع بيني، أو ظاهرة اخترق موق لأحد مقدمي الخدمة، ثم يقوم بتركيب البرنامج الخاص به، مما يؤدي إلى توجيه أي شخص إلى موقعه بمجرد كتابة أسم الموقع.

ولم يكن سعي شركات تكنولوجيا المعلومات إلى تطوير نظم الحماية لعملية الدفع الإلكتروني، كأهم واخر مراحل العملية التجارية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، إلا بعد تأكدها من أن هذا النوع من التجارة هو المستقبل بالنسبة للتعاملات بين الأفراد والشركات أو بين الشركات والشركات، فظهرت العديد من نظم تأمين شبكة الإنترنت بما تحتويه من معلومات وبيانات، وذلك عن طريق التحكم في عمليات الدخول والخروج سواء بالنسبة للأشخاص المتعاملين مع الشبكات بالنسبة للبيانات والمعلومات المتداولة على الشبكة ولعل أبرز هذه النظم استخدام تكنولوجيا الجدران النارية ومعايير الموقع الأمنة.

1- استخدام تكنولوجيا الجدران النارية:

الحوائط النارية هي من أهم الادوات الأمنة المستخدمة في تأمين الشبكات ومنع الاتصالات الخارجية المريبة في الأنترنت من الوصول إلى داخل الشبكة، فضلا عن قيامها بفلترة الاتصالات الخارجية لبعض الخدمات المتوفرة على الشبكة الدولية، فهي عبارة عن برنامج وأجهزة توصل شبكة المعلومات والأنظمة الداخلية للمستخدم مع الشبكة الواسعة لإنترنت حيث يحافظ المضيف على اتصال من جانب واحد، واتصال مع الشبكة الداخلية من جانب أخر، كما يتم إعداد قواعد لمراقبة كافة التيارات الإلكترونية، فيتم إخفاء جميع العناوين الموجودة على الأجهزة في شبكات الداخلية من الخارج.

132- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 61.

ويشبه البعض الحوائط النارية برجل الأمن الذي يقف على بوابة المنشأة، حيث يسمح بدخول وخروج الأشخاص المرغوب فيهم كم قبل صاحب المنشأة، فيما يمنع الأشخاص غير المرغوب فيهم بناء على التعليمات الصادرة، وذلك عن طريق اطلاعه على بطاقات تحديد هوية هؤلاء الأشخاص، غير أنه لا يستطيع كشف أن كان احد هؤلاء الأشخاص قد قام بانتحال شخصية شخص آخر وسرقة بطاقته للاحتيال والسماح له بالدخول، وإنما ما يسمح بذلك هو وجود كلب بوليسي مدرب داخل البوابات.

وبالرغم من الدور البارز الذي تلعبه الحوائط النارية في تأمين الشبكات أثناء إتمام المعاملات التجارية، فإنها ليست وحدها حلا كافيا لصد الهجمات الخارجية.[133]

2- الموقع الآمن:

الموقع الآمن هو الذي يقدم خدمة الدفع بواسطة بطاقات الائتمان من خلال خادم امن وموقع مشفر، وفي هذه الحالة يظهر قفص ذهبي في أسفل المستعرض، فضلا عن قيامه بالإعلان عن سياسته اتجاه عملاته ويلتزم بما فيها من الأمان والسرية والخصوصية، والإعلان بوضوح عن صفته الرسمية وعنوانه الدائم وأرقام هواتفه وبريده الإلكتروني.

و عادة ما يبدأ الموقع الآمن بأحرف (https) بدلا من أحرف (http) حيث يشير حرف « s» إلى أن الموقع مؤمن (secure) وإذا ما توفرت هذه الشروط في موقع التجارة الإلكترونية تكون مخاطر الشراء والدفع الإلكتروني محدودة، وتكاد تكون معدومة خصوصا في المواقع المحترفة.

ومن الممكن للمستهلك العادي التأكد بنفسه من مدى توفر الأمان في المواقع التجارية على شبكة الإنترنت، وذلك من خلال العديد من المقاييس العالمية التي تتوافر في المواقع التجارية المحترفة والتي تتعلق بشكل خاص ببطاقات الائتمان، ولذلك هناك معايير هامة يجب توافرها في مواقع التجارة الإلكترونية قبل عملية الشراء الإلكتروني حيث يجب التعامل مع المواقع المحترفة في التجارة الإلكترونية والتي تتوافر فيها الاشتراطات التالية:

- يقدم الموقع خدمة الدفع بواسطة بطاقات الائتمان من خلال خادم امن وموقع مشفر.
- يضمن خدمة شحن بأمان ويتحمل مسؤولية توصيل البضاعة للعملاء بأمان وسرعة.
- يعلن الموقع عن سياسته تجاه عملاته، ويلتزم بما فيها من الأمان والسرية والخصوصية والخدمة وسياسة إرجاع البضائع وضمان الرضا التام للعملاء.

133- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 36.

- يكون بالموقع قسم لخدمة العملاء قبل البيع، وخدمة ما بعد البيع.
- يعلن الموقع عن صفته الرسمية وعنوانه وارقام الهاتف والفاكس والبريد الإلكتروني.

واذا توافرت الاشتراطات السابق ذكرها في موقع التجارة الإلكترونية، تكون مخاطر الشراء محدودة جدا، بل تكاد تكون معدومة، خصوصا في المواقع الاختراقية التي تقدم خدمة إرجاع البضائع بنصها "على حق العميل إرجاع بضاعته خلال 3 يوما من تاريخ الشراء"، اما إذا خلا الموقع من بعض هذه الاشتراطات ترتفع نسبة المخاطرة إلى أكثر من 50% لعدم احترافية الموقع134.

ثانيا: وسائل فاعلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية

الواقع يكشف أن الدعاوى الخاصة بالمستهلكين، تعد قليلة وقد نجدها منعدمة ببلادنا لعدة أسباب تثنى المستهلك الإلكتروني عن مجرد التفكير في رفعها، تتعلق بالنفقات الباهظة، والفائدة التي يحصل عليها أقل من نفقات الدعوى، أو طول الإجراءات القضائية لا تصلح أمام القضاء المستعجل لغياب صورة الاستعجال، ومنها ما يتعلق بمشكلات الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق، فضلا عن عوامل نفسية حيث يشعر المستهلك أنه أعزل أمام تجار محترفين، وكذا موانع قانونية قد يحرك المستهلك دعوى عمومية على تصرفات معاقب عليها جنائيا، ولكن النيابة العامة تمهلها لعدم إرهاق القضاء بدعاوى لا طائل منها، وهذا ما دفع ببعض الفقهاء بفرنسا إلى دعوة لإقامة غرفة بالجهاز القضائي مختصة للفصل في دعاوى الاستهلاك: كذلك هناك موانع عقدية عادة ما يقوم المهنيون بإدراج شروط تهدف إلى منع المستهلكين من اللجوء إلى القضاء كإدراج شرط مفاده أن يتم حل النزاع وديا دون حاجة القضاء كنوع من المراوغة حتى تسقط الدعوى، كما تتمثل هذه الوسائل الفاعلة في التسويات البديلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، في إنشاء جمعيات الدفاع عن حقوق المستهلكين، وإنجاز مواقع إلكترونية متخصصة في قضايا التسوق الإلكتروني، ونستعرضها في هاتين الفقرتين.

الفقرة الأولى: التسويات البديلة

لمواجهة الغبن الذي يجد المستهلك نفسه فيه، تؤكد المؤتمرات الدولية في الحقل الإلكتروني، على أهمية الوسائل البديلة لفض المنازعات (ADR) وعلى تمتعها بسمات فاعلة لمواجهة منازعات التجارة

134- جميل حلمي، مقال نشر على موقع إسلام " أونلاين" في 203/12/7 بعنوان " محاذير الشراء الإلكتروني".

الإلكترونية والملكية الفكرية، باعتبارها تساهم في حل مشكلة الاختصاص والقانون الواجب التطبيق، وتختصر الوقت والكلف وتحمي السمعة على نحو يتفق مع مشروعات تقنية المعلومات135.

1- التحكيم أو الوساطة او المفاوضات:

تعمل المؤتمرات الدولية على تشجيع إيراد شروط اللجوء للتحكيم أو الوساطة أو المفاوضات، كبديل للقضاء ضمن تعاقدات التجارة الإلكترونية، وفي هذا الحقل تبرز تجارب عالمية وعربية مميزة، كتجربة مركز تحكيم " الوايبو " (منظمة الملكية الفكرية) وتجربة الاتحاد الأوربي في وضع استراتيجيات وأجلة توجيهية لتسوية المنازعات خارج المحاكم، وإدخال الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات وفي البيئة العربية ثمة تجارب مميزة يجري تطويرها وتعزيز دورها.

2- التسويات الإلكترونية:

إن أحدث تطور عالمي في حقل فض المنازعات الإلكترونية، هو العمل على حل المنازعات المتصلة بتقنية المعلومات والأنترنت بشكل إلكتروني، وثمة توجه إلى اعتماد أنظمة كمبيوتر ذكية، تعتمد على قواعد بيانات شاملة تتيح تلقي عناصر النزاع وفق هذا النشاط، إلا أن ما ساهم في تحقيقه توفر البناء الشامل لتشريعات.

الفقرة الثانية: مواقع وجمعيات للدفاع عن المستهلك الإلكتروني

بالرغم من الآليات القانونية والتدابير القضائية السالفة الذكر، والمفروضة لحماية المستهلك في مجال التعاملات الإلكترونية، لإلا أن بينة الإنترنت على وجه الخصوص أصبحت بينة ملوثة بمظاهر الاختراق والاحتيال والنصب على المستهلك الضعيف، مما دفع بجمعيات المجتمع المدني والمؤسسات الغير حكومية إلى التحرك لفرض المزيد من الحماية وتنوير المستهلك الإلكتروني.

1- حماية المستهلك في نطاق جماعة المستهلكين:

منح القانون الفرنسي الصادر في 1988/01/05 والخاص بالدعاوى القضائية التي تملك جمعيات حماية المستهلكين رفعها، الحق لهذه الجمعيات في رفع الدعوى، إلا إذا حدث غبن أو ضرر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين وذلك في حالة الجريمة الجنائية ففي هذا النطاق الضيق يكون للجمعية رفع الدعوى المدنية التبعية أمام القضاء الجنائي او رفع الدعوى المدنية أمام القضاء المدني بعد صدور الحكم في الدعوى الجنائية ويسمح هذا القانون للجمعية برفع الدعوى القضائية بصفة خاصة غذا ما

135- يونس عراب، مرجع سابق، ص92.

كان مضمونها هو إبطال التصرفات التي تصدر عن المهنيين وتكون غير قانونية، ولا يشترط لذلك وجود جريمة جنائية، ويجوز وفق هذا القانون كذلك إمكانية رفع الدعاوى القضائية التحفظية أو الوقائية، ويمكن لها رفع الدعوى بإلغاء الشروط التعسفية التي تدرج في العقود النموذجية المطبوعة من جانب المهنيين، حسب المادة 421-06 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، خصوصا وأن الواقع يشهد أن المناهضة مثل هذه الشروط التعسفية لا تتسم بالفاعلية إلا بصدد الدعاوى المرفوعة من قبل تنظيمات المستهلكين الجماعية[136].

أما المشرع الجزائري، فقد اعترف بحق الجمعية في التمثيل أمام القضاء في نص المادة 23 من قانون حماية المستهلك الصادر تحت رقم 03/09 في 2009/02/25، كحق الادعاء أمام القضاء الجنائي أو المدني، ويشترط أن تكون هناك مخالفة للقانون الجنائي وأن يكون الضرر مس المصالح المشتركة للمستهلكين، حيث تخص جميع الدعاوى لإصلاح الإضرار التي لحقت بالمصالح الجماعية للمستهلكين.

إلا أن الواقع في الجزائر، يكشف أن دورها لم يتجاوز دور توعية وتوجيه المستهلكين وتنويرهم بمشاكل الاستهلاك، بالاعتماد على النشرات والمجلات والوثائق الإعلامية التي تقوم بنشرها.

2- مواقع للدفاع عن المستهلك إلكترونيا:

ظهرت مواقع عديدة خاصة في الدول الغربية، ترفع صوت المستهلك في مواجهة الغش التجاري بجميع إشكاله، كما بدأ تدشين بعض المواقع العربية على الإنترنت لحماية المستهلك العربي وتعريفه بحقوقه الاستهلاكية التي من أبرزها سلامة المنتج والحق في الاختيار، والعلم بأي عيوب في السلعة بالإضافة إلى الحق في التوعية، والتعويض عن الأضرار التي يتعرض لها المستهلك.

وتقوم بعض مواقع حماية المستهلك بتقديم هذه الخدمات مجانيا، وأخرى تقدم خدمة بمقابل، من خلال منتديات لتبادل الخبرات " أونلاين "، والقيام بعرض قصص واقعية لتجارب وتفاصيل القضايا الحديثة مدعمة بآراء الخبراء والمختصين، أيضا توفر هذه المواقع خدمة استقبال الشكاوى عبر البريد الإلكتروني من خلال ما يسمى مركز الشكاوى، كما تفرض بعض الصفحات التي تحتوي على المعلومات التي تساعد المستهلك على تجنب الوقوع في حالة اختيال التي قامت بغش أحد المستهلكين، مثل موقع www.bigelassation وهو عبارة عن موقع لتسجيل شكاوى المستهلكين وبياناتهم وتفاصيل البضائع التي يتضررون منها، ويقدم هذا الموقع خدمة قانونية من خلال أمكانية رفع دعاوى قضائية ضد الجهات التي قامت بالاحتيال أو الغش على المستهلكين.

[136]- أسامة احمد بدر، المرجع السابق، ص 105-106.

ويستطيع المستهلك رد البضائع المعيبة للمنتجين، من خلال مواقع تخصصت في أداء هذه الخدمة، ومنها www.thesqueakywheel.com وهناك مواقع لأخرى تلعب دور الوسيط بين المنتجين والمستهلكين وتسعى لحل مشاكل المستهلكين نيابة عنهم بشكل مجاني، حيث تقوم باستقبال الشكاوى الخاصة بالمنتجات والخدمات، ثم تتولى مراسلة المنتجين والمساعدة في حل المشاكل، ومن هذه المواقع www.ugtheard.com الخدمات البنكية والمصرفية التي اتسعت على الإنترنت، نالت هي الأخرى نصيبا مهما من الحماية الإلكترونية للمستهلك، حيث تقوم بعض المواقع بحل المشاكل الخاصة بالدفع والتسديد، لتقليل خطر احتيال بطاقات الائتمان أثناء الشراء من الإنترنت أو سرقة البيانات الشخصية، ومن أبرز المواقع التي تقدم هذه الخدمات موقع www.angelfire.com5/atlor4/index.html

على الصعيد العربي، بدأت الحماية الإلكترونية للمستهلك تتبلور مع ارتفاع أعداد مستخدمي الإنترنت الذين وصلوا وفق تقديرات غير رسمية إلى 5% من سكان الوطن العربي وفي هذا الصدد ظهر موقع مستهلك " دوت كوم"، والذي يقدم خدمات عديدة للمستهلك، من أبرزها الاستفادة من أهم الخبرات والنصائح التي يقدمها الخبراء في مجال الاستهلاك، كما يوفر الكثير من النصائح التي تهم المستهلكين في شتى المجالات منها الصحة والسيارات والمنوعات والعقارات.

المطلب الثاني:

الآليات القضائية

سبقت الإشارة إلى أن المادة 110 من ق م ج تجيز للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وبهذا نفهم أن المشرع الجزائري أعطى السلطة التقديرية للقاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها[137] في حالة ما إذا كانت تعتبر تعسفا في حق المستهلك .

الفرع الأول :

الرقابة القضائية ودور القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية في عقود الإذعان

يتمثل دور القاضي في الرقابة في تقدير الطابع التعسفي للشروط محل النزاع والتي يعتبرها تعسفية لتعديلها أو الحكم بإلغائها .

كذلك منح المشرع للقاضي سلطات وواسعة في التدخل لمحاربة كل شرط تعسفي تضمنه العقد، وذلك يفرض الجزاء المناسب عند الفصل في الدعاوى المرفوعة أمامه وهذا ما سندرسه في النقطة الموالية .

وبالرجوع لنص المادة 110 ق.م.ج نلاحظ أن المشرع قد وفر حماية خاصة للطرف المدعي في عقود الإذعان، حيث أعطى للقاضي سلطة لتعديل العقود، مما يخرجه من مهمته التقليدية المقتصرة على

[137]- المادة 110 ق م ج .

التفسير، إذ أن النص يخول القاضي تعديل عقد الإذعان إذا كان قد تضمن شروطا تعسفية فيجوز للقاضي استثناءات من مبدأ سلطان الإرادة، أن يعدل من شروط العقد بحيث يزيل ما فيها من تعسف أو يعفي الطرف المذعن منها بشكل تام، وذلك في حدود ما تقضى به العدالة، ولا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي، حيث أن سلطة القاضي من النظام العام[138].

تتخذ سلطة القاضي التقديرية في مجال العقود الاستهلاكية التي تتم بالإذعان احدى الصور التالية:

- الصورة الاولى : تتمثل في تعديل الشرط التعسفي .
- الصورة الثاني : تتمثل في إلغاء الشرط (إعفاء الطرف المدعي منه).

أولا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

تعديل الشرط يعني الإبقاء عليه، مع رغبه أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها ملائمة، وتتعدد هذه الأوجه بحسب ما يضمنه الطرف المذعن من بنود وشروط تعسفية في العقد الاستخلاصي، ومن هذه الأوجه نجد.

1. قد تكون هذه الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ، أو مدته فيكون التعديل إما بالزيادة أو النقصان بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض الذي توخاه المشرع من منح القاضي هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداءات المتقابلة[139]. ومثال ذلك : أن يقضي عقد توزيع الكهرباء بحق شركة الكهرباء أن تقطع التيار عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حالة عدم دفعها، فتخلص المحكمة أو القاضي إلى أن هذا الشرط تعسفي، وبالتالي تقرر تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع التيار بعد أسبوع من إشعار المستهلك بدفع الفاتورة في حال انقضت المدون دون دفع.
2. كما أنه قد يرد الشرط موضوع الطعن في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره، وهنا تنصب سلطة القاضي في تعديله أو إعفاء المتعاقد المذعن منع على أساس اعتباره شرطا تعسفيا[140]. وأي تعديل يقوم به القاضي لشرط تعسفي يتعلق بحجم الأداءات المتبادلة، ينتهي على الزيادات أم الإنقاص من بعض الالتزامات الناجمة عن العقد لصالح الطرف المذعن بما يحقق التوازن بين هذه الأداءات ويزيل الضرر عن كاهل الطرف المذعن.

---

[138]- تنص المادة 110 ق.م.ج. على ك " ....ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

[139]- عبد المنعم فرج السدة، عقود الإذعان في القانون المصري – دراسة فقهية و قضائية مقارنة – رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ، مصر ، 1946، ص 285.

[140]- عبد الحكيم فودة ، المرجع السابق، ص 304.

ثانيا : سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

يعني أن القاضي إذا ارتأى أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي، وأن مجرد تعديله لا يخفف الالتزام الذي يفرضه على الطرف المذعن أي أنه لا يفي بغرض الحماية المطلوبة له، فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء المستهلك منه لا من تنفيذه مخالفا بذلك قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين ". مثل الشرط المتمثل في الإعفاء من المسؤولية، هنا جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع [141]و مثال ذلك أذا تضمن عقد توزيع الكهرباء، شرطا مفاده حق الشركة بقطع التيار الكهربائي نهائيا في أي وقت دون بيان الوقت ودون بيان الأسباب حتى ولو درج المستهلك على دفع فواتيره دوريا دون تأخير، في هذه الحالة قد تقرر المحكمة إلغاء الشرط التعسفي وليس مجرد تعديله فحسب.

ويسري البعض أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا، ولا معقب للقضاء على تقديره مادامت عبارات العقد تحمل المعنى الذي أخذ به القاضي، فإذا بدا له أن الشرط تعسفيا في عقد الإذعان، فإن له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فيمكن له أن يلغيه، وهو بذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة[142].

الفرع الثاني:

الجزاء المترتب على إدراج الشّرط التعسّفية في العلاقة الاستهلاكية

رغم من أهمية عقوبة بطلان الشروط التعسفية كجزاء لإدراجها في العقود، إلا أنها غير كافية في حد ذاتها لمكافحة هذه الشروط فالإلغاء القانوني لشروط المعتبرة تعسفية ليس ردعا ماديا وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على جزاء مدني للشرط التعسّفي في القانون 04-02الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر .[143]

بحيث يرى البعض أنّ هذا النقصان يرجع إلى سهو المشرّع، وهو نقص ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشّرط التعسّفي، وبقاء العقد صحيحاً إذا أمكن أن يستمر قائماً دون تلك الشّروط الباطلة واكتفى المشرّع الجزائري بترتيب جزاء جنائي، وهو الغرامة [144] في نص المادة 38 من القانون04– 02الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر التي نصت بأنه "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة، وممارسات تعاقدية تعسّفية مخالفة للأحكام المواد من 26 إلى 29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من 50.000 دج إلى 5000.000 دج."

---

[141]-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1، المجلد 1، ب ط ، منشورات الحلبي، بيروت ، لبنان ، ص 250.

[142]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص250.

[143]- لحاق عيسى ، زغودي عمر، مرجع سابق ، ص16 .

[144]-محمد بودالي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص142 .

ووفقا لسياق نصوص القانون فان القضاء المقصود هنا هو القضاء الجنائي الذي ينفرد طبعا بتطبيق جزاء الغرامة ،أما القضاء المدني فلا دور له في ظل غياب أي نص يشير إلى الجزاء المدني وطبيعته[145].

إن تحديد عقوبة جنائية على المهني عند مخالفته لأحكام لقانون 04-02الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر ،الذي يساهم في ردع الممارسات التعسفية التي يفرضها على المستهلك ،كما يضع هذا الأخر في مأمن من الانعكاسات السلبية لعقود الإذعان التي يستغل فيها المهني وضعيته التميزية لفرض شرطه عليه[146].

[145]-محمد بودالي، مرجع سابق، ص102.

[146]-لحاق عيسى ، زغودي عمر، مرجع سابق، ص20

خلاصة الفصل الثاني:

نستنتج من خلال ما سبق يمكننا القول بأن المشرع الجزائري وفق الى حد ما وسار في الطريق الصحيح، بوضعه لنظام قانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية والاذعان المدرجة في عقود الاستهلاك وأن له حق العدول والحماية من مخاطر الدفع الإلكتروني.

وهذا الأمر يبدو واضحا على الأقل من الناحية النظرية أما من الناحية العملية فإن الزمن كفيل بتوعية المستهلكين بأن ليس عليهم الإذعان لتلك الشروط والاعتقاد نما عليهم التصدي بجميع الوسائل القانونية والقضائية المتاحة بصفة فردية أم بمشروعيتها واجتماعية.

الخاتمـــة

الخـاتمة:

يعتبر المستهلك المتعامل في نطاق التجارة فهو الذي يتلقى الإعلان عن السلع والخدمات بوسيلة إلكترونية قد تكون شبكة الإنترنت أو غيرها فالمستهلك في هذا المجال هو نفسه في عملية التعاقد التقليدية، لكنه يتعامل عبر وسيلة إلكترونية، وبالتالي فله كافة حقوق المستهلك التقليدي مع إضافة خصوصية الوسيلة المستخدمة في التعامل، ويعتبر الاستهلاك الإلكتروني حقيقة قائمة بين أفراد المجتمع الجزائري، الأمر الذي دفع بالمشرع بمواكبة التطورات الاقتصادية كالاجتماعية التي فرضتها التكنولوجيا في مجال الاتصال، أين يعتبر مشروع القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية خطوة مهمة في تنظيم الاستهلاك الإلكتروني.

علما بأن التجارة الإلكترونية والمستهلك الإلكتروني حظيا باهتمام كبير سواء من الناحية الفقهية أو التشريعية الجزائر وذلك بتبيان كل ما يطبق عليهما من أحكام من خلال القانون رقم 09- 03 المعدل بقانون رقم 09 – 18 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وقانون رقم 18- 05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري،

ومن خلال ما سبق دراسته في موضوع حماية المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية والإذعان توضح لنا بأنه غالبا ما يحاول الطرف القوي استغلال الطرف الضعيف، هذا راجع لجهله ونقص خبرته ليفرض عليه شروطا ظالمة مجحفة لا تخدم مصلحته.

ومن الناحية العملية لا يمكن الحديث عن الشرط التعسفي المدرج بالعقد إلا بافتراض وجود عدم توازن بين مراكز أطراف العلاقة التعاقدية، الذي ينتج عنه إمكانية فرض الطرف القوي على الطرف الآخر ما يراه من الشروط التي تخدم مصلحته الخاصة، وبالتالي فمسألة فرض الشرط التعسفي هي نتيجة لتفوق (مالي أو فني) لدى الطرف القوي في العقد.

لطالما حاول المشرع التصدي لمختلف الشروط التعسفية التي تتضمن تعسفا في شتى المجالات، وذلك بالنص عليها في القواعد التقليدية حيث تضمنها القانون المدني وجاءت هذه القواعد كحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، منهاما هي عامة تتعلق بشروط تعسفية غير معينة، ومنها ماهي خاصة بشروط معينة.

غير أنه أمام التطورات التي شهدها العالم اليوم، في شتى مجالاته خاصة الاقتصادية و القانونية، وزيادة معدل انتاج السلع وتنوع الخدمات ما دفع الطرف القوي مقدم السلعة أو الخدمة إلى تحرير نماذج تضم مثل هذه التصرفات نظرا لكثرة التعاملات وسرعتها في اليوم الواحد.

لم تعد هذه القواعد كفيلة بمواجهة الشروط التعسفية، ما دفع المشرع إلى البحث عن وسائل أخرى أكثر نجاعة للحد من مثل هذه الشروط ومراقبتها، فظهرت عدة طرق في سبيل تحقيق ذلك.

تنوعت هذه الطرق بين الرقابة القانونية والإدارية على الشروط التعسفية و كذا الرقابة القضائية.

فالرقابة القانونية تمثلت في إيراد قوائم محددة للشروط التي تحمل وصف التعسف أيضا حماية رضا المستهلك، أخذ بها المشرع الجزائري مستوحيا هذه الرقابة من المشرع الألماني.

أما الرقابة الإدارية فتمثلت في إنشاء لجنة الشروط التعسفية والمجلس الوطني لحمية المستهلك وجمعيات حماية المستهلك، تختص هذه الهيئات والأجهزة بدراسة الشروط المعروضة عادة من قبل المهنيين والبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا.

وعن الرقابة القضائية على شروط العقد تتمثل في تدخل القاضي في تعديل الشروط التي يراها مجحفة في حق أحد الطرفين رغم ما لهذا من تأثير على أهم مبدأ في التعاقد وهو مبدأ سلطان الإرادة، بهدف إعادة التوازن بين الطرفين المتعاقدين.

فمن خلال ما سبق يمكننا القول بأن المشرع الجزائري وفق الى حد ما وسار في الطريق الصحيح، بوضعه لنظام قانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية والاذعان المدرجة في عقود الاستهلاك.

وهذا الأمر يبدو واضحا على الأقل من الناحية النظرية أما من الناحية العملية فإن الزمن كفيل بتوعية المستهلكين بأن ليس عليهم الإذعان لتلك الشروط والاعتقاد نما عليهم التصدي بجميع الوسائل القانونية والقضائية المتاحة بصفة فردية أم بمشروعيتها واجتماعية.

يمكننا استخلاص مجموعة من النتائج:

-ركز المشرع الجزائري على الإذعان في تعريفه لعقد الاستهلاك كمجال للشروط التعسفية، حيث لم يشر إلى معيار أطراف العقد لا في القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و لا في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

-حصر المشرع الجزائري نطاق عقود الاستهلاك باعتبارها المجال الخصب للشروط التعسفية و كذا مجال الحماية المقررة من الشروط التعسفية، في العقود المكتوبة، مما يعني عدم مد الحماية القانونية من الشروط التعسفية إلى العقود الشفوية، و بالرغم من كونه توجه عملي يتناسب و سهولة إثبات ادعاءات المستهلك إذا ما لجأ إلى القضاء، فالواقع يعكس قلة الكتابة في إبرام عقود الاستهلاك على أنواعها، الأمر الذي سيمكن المهني من مواصلة إجحافه بحقوق المستهلك الذي يتعرض إلى ممارسات تعاقدية تعسفية غير مكتوبة.

-اتسم المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، بالحشو وعدم الوضوح فيما يخص إقراره أن كل تقليص للعناصر الأساسية في العقود يعتبر شرطا تعسفيا، فيما أنه أورد بالمقابل عناصر أساسية جد مهمة تتعلق بالنظام العام لا مجال لاعتبار التقليص منها شروطا تعسفية بل هي إذا ما وجدت في العقود عدت غير مشروعة، كتلاعب المهني بأحكام أمن السلع أو الخدمات.

-إن المشرع الجزائري حينما نص في القانون رقم 02/04 على جزاءات جزائية فقط دون المدنية منها، ليس معناه أنه فضل تغليب المصلحة العامة الاقتصادية على المصلحة الخاصة للمستهلك أمام عدم إيراده لجزاءات مدنية، إذ أن الإتيان بجزاء جزائي يتناسب و طبيعة القانون في حد ذاته بوصفه قانونا مصبوغا بالجزاءات الجزائية المتمثلة في الغرامة عبر كل الأحكام التي جاء بها. كما أن من شأن الاعتماد على

الجزاءات الجزائية من خلال تدخل الدولة ممثلة في الإدارة و القضاء الجزائي، أن يقضي على هذه الممارسات التعاقدية التعسفية في السوق بصفة نهائية مع مرور الوقت، ما سيحقق مصلحة المستهلك.

- إن المشرع الجزائري عندما أضفى صفة الإذعان على عقود الاستهلاك قد حفظ مصلحة المستهلك الآنية فيما يخص الجزاء المدني، إذ يمكنه الرجوع إلى القواعد العامة لتعديل أو إلغاء الشرط أو الشرو ط التعسفية على أساس المادة 110 من القانون المدني والتي تمنح القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية ، خصوصا وأنها سلطة تتعلق بالنظام العام من شأنها أن تحقق الحماية التي يبغيها المستهلك عادة وهي مواصلة تنفيذ العقد دون التعسف الموجود في بند أو عدة بنود تعاقدية، الأمر الذي من شأنه إحداث تكامل هام بين القواعد الخاصة والقواعد العامة بما يحقق حماية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

-إن سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط لا تبقى قائمة في جميع الحالات، يعملها فقط في تلك الشروط التعسفية التي لم يأت ذكرها في القوائم، إذ لا سلطة له، إذا تعلقت الدعوى بشرط أو شروط تعتبر تعسفية بقوة القانون، في إطار ما ورد في القوائم.

و من أجل تفعيل النظام القانوني الجزائري للشروط التعسفية والإذعان بشكل يكفل حماية واقعية للمستهلك الجزائري، نقترح بعض التوصيات كالآتي:

-توحيد المفاهيم و المصطلحات المستخدمة، يتعلق الأمر أساسا بأطراف عقد الاستهلاك و كذا محله، تجنبا للتأويل و الغموض الذين قد يثاران أمام القضاء.

-إعادة ضبط و تبسيط العناصر الأساسية للعقود، التي وردت في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

-تسريع استحداث لجنة الشروط التعسفية لما قد تمارسه من ضغط معنوي على المهنيين بما تصدره من توصيات، كما أنها مكان مناسب لحل موضوع الشروط التعسفية بطريقة المواجهة بين المستهلكين والمهنيين باعتبار وجود ممثلين عن الفئتين فيها.

-النص على جزاء مناسب عن إخلال المهني بالتزامه بمنح المستهلك وقتا كافيا لفحص العقد و توضيح أحكام هذا الالتزام الفني بشكل أكبر.

-تعديل المادة 50 من القانون رقم 02/04 المتعلقة بمهام الأعوان المؤهلين لمعاينة المخالفات بإضافة عبارة: ... كما يمكنهم تفحص العقود الموجهة للمستهلكين بهدف الكشف عن الممارسات التعاقدية التعسفية، كفقرة ثانية، تلاؤما مع أحكام المصالحة التي جاءت عامة من خلال المادة 60 تطال كل المخالفات الناجمة عن أية ممارسة تجارية تناولها هذا القانون.

- و من الناحية العملية، وبهدف ضمان التطبيق الصحيح لأحكام الشروط التعسفية، يجب تأهيل القضاة و كذا الأعوان المؤهلين لمعاينة المخالفات في مجال الشروط التعسفية في إطار المصالحة، نظرا للدور الإيجابي والفعال الذي يلعبونه في حماية المستهلك من مثل هذه الشروط.

و في الأخير، يجدر التنويه إلى أن ظاهرة الشروط التعسفية اليوم، لا تمس المستهلك فقط، إذ هي ظاهرة يمكن أن يعاني منها المهني نفسه في مواجهة المهني الأكثر تفوقا منه في السوق في إطار ممارسته لمهنته، فعقود الإذعان باعتبارها تلك العقود المحررة مسبقا و بصورة منفردة ومفروضة على المذعن غير قاصرة على عقود الاستهلاك فقط، إذ تطال في الواقع حتى العقود المهنية، لذلك فحماية المهني من الشروط التعسفية هو منظور آخر يبقي البحث في ظاهرة الشروط التعسفية مفتوحا.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادروالمراجع:

أ- الكتب:

1. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، الاسكندرية، الناشر منشأة المعارف، ط2008.
2. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، الجزائر، دار هومة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، 2010..
3. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
4. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد 1، منشورات الحلبي بيروت، 1998.
5. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002.
6. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
7. محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990..
8. موسى خليل مثمري، الوضع القانوني و التوزيع الالكتروني النادي العربي لتقنية المعلومات و الإعلام، www.acymit.org
9. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
10. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الكتاب القانونية، مصر، 2008.
11. موسى خليل متمري، الوضع القانوني للوثائق و التوزيع الالكتروني، الموقع الالكتروني للنادي العربي للمعلومات و الاتصال العربي لتقنية المعلومات و الإعلام، www.acymit.org
12. طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني (بحث في التجارة الالكترونية)، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
13. نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2004.
14. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك (تمييز البيع عن غيره من العقود، تفاوض إبرام البيع وصوره، البيوع الدولية و الالكترونية و المعلوماتية، حماية المستهلك نقل الملكية، الضمان الوفاء الالكتروني، فسخ العقد)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.

15. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
16. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.
17. نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، ط1 (2005)، ط2 (2009)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010.
18. علي علي سليمان ، مذكرة في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
19. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص دار النهضة العربية، الطبعة 7، 1974.
20. جميل حلمي، مقال نشر على موقع إسلام " أونلاين" في 203/12/7 بعنوان " محاذير الشراء الإلكتروني".
21. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1، المجلد 1، ب ط ، منشورات الحلبي، بيروت ، لبنان .

ب- المقالات والمجلات

1. أحمد رباحي، مقال، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، بمجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، العدد 05.
2. نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، عدد 02، الكويت، 2007.
3. سلطاني آمنة، حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، مجموعة أعمال الملتقى الوطني الأول حول: حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي المنظم من قبل معهد العلوم القانونية و الإدارية، المركز الجامعي بالوادي، في 13 و 14 أفريل 2008.
4. بولقواس سارة، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الالكتروني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة-1، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية العدد الثاني سبتمبر 2017.

ج- المذكرات والأطروحات الجامعية:

1. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، بإشراف: علي قريشي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، س ج، 2015/2014.
2. بلقيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الانترنت (البريد المرئي)، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، بإشراف: بلنوار مليكة، جامعة وهران، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، س ج، 2011/2010.

3. سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهدة الماجستير في العلوم القانونية و الإدارية تخصص عقود و مسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014.
4. سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، جامعة بوبكر بلقايد بتلمسان، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، 2008/2007.
5. الطيب زروتي، العقود الدولية في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر، سنة 1990.
6. عبد المنعم فرج السدة، عقود الإذعان في القانون المصري – دراسة فقهية و قضائية مقارنة – رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ، مصر ، 1946.
7. عمار معاشو ، العقود الدولية الاقتصادية، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر، سمة 1998.
8. عمار معاشو ، عقود المفتاح في اليد، جامعة الجزائر ، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1986.
9. محمد جبار، قانون العقد و المسؤولية العقدية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه.
10. مزيد بن مزيد النفيعي، مقاهي الانترنت والانحراف إلى الجريمة بين مرتاديها ، رسالة ماجستير، السعودية ، 2001.

هـ- النصوص القانونية:

- **القوانين:**

1. قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع، 1996، منشورات الأمم المتحدة، 2000.
2. قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 المنشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد 241 بتاريخ 2006/10/22.
3. القانون المدني الجزائري .
4. قانون حماية المستهلك الجزائري
5. القانون رقم 04-02 ، المؤرخ في 2004/06/23 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر ج ج عدد رقم 41 ، الصادرة بتاريخ 2004/06/27 ، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 10-06 مؤرخ في 2010/08/15 ، ج ر ج ج عدد رقم 46 ، الصادرة 2010/02/28.
6. قانون: 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ،ج. رسمية رقم 2009/15.
7. القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل بقانون رقم 18 – 09 التعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد رقم 15 ، 2009.

8. القانون رقم 12-06 المتعلق بتنظيم الجمعيات، المؤرخ في 2012/02/12، ج ر ج ج عدد 02، الصادرة بتاريخ 2015/02/15.
9. القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج .ر . رقم06 ،2015.
10. القانون رقم 15/18 المؤرخ في 2018/05/10، المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر ج ج، عدد 28، الصادر في 2018/05/16.
11. القانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المعدل و المتمم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر ج ج، رقم 06 الصادرة بتاريخ 13 يونيو 2018.
12. قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يعدل و يتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة معدل و متمم.
13. القانون رقم 09-03 المعدل بقانون رقم 18 – 09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
14. القانون رقم05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم75- 85 المؤرخ في 20 رمضان 1395 ، الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ،ج.ر عدد رقم 44، 2005.
15. القانون رقم 03- 15 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 64و 65 ، 2003.
16. قانون العقوبات الجزائري

المراسيم:

1. المرسوم رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش المؤرخ في 1990/10/30.
2. المرسوم التنفيذي رقم 90-39، المؤرخ في 1990/01/30، المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، ج ر ج ، عدد 05، الصادرة في 1990/01/31.
3. المرسوم التنفيذي رقم 90-266، المؤرخ في 1990/09/15، المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، ج رج ج، عدد 40، الصادرة بتاريخ 1990/09/19.

الأوامر:

1. الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، .
2. الأمر رقم 156-66 يتضمن قانون العقوبات معدل و متمم، .
3. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر ج ج، عدد 31، الصادرة بتاريخ 2007/05/13.
4. الأمر رقم 66-15 المؤرخ في 08 يونيو 1996، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج، عدد 49، صادر بتاريخ 21 يونيو 1996، المعدل و المتمم

5. الأمر رقم 05 - 06 المؤرخ في 18 رجب 1426 الموافق 2005/08/23 المتعلق بمكافحة التهريب، ج ر عدد رقم 59 ، لسنة2005 .

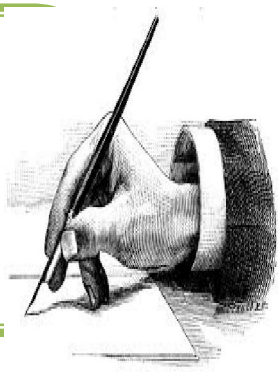
دساتير:

1. دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، ج ر ج ج، عدد 67 سنة 1996، معدل و متمم بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 2008/07/15 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج عدد رقم 63، الصادرة في 16 نوفمبر 2008.

و-المواقع الإلكترونية :

1. www.majalah.News.ma
2. www.legifrance.gouv.fr
3. www.justic.gouv.fr
4. www.justiscom.net
5. www.arablawinfo

فهرس المحتويات



فهرس المحتويات

فهرس الموضوعات	الصفحة
الإهداء	
شكروتقدير	
مقدمة	أ-هـ
الفصل الأول : حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد	
تمهيد	7
المبحث الأول: حماية رضا المستهلك الإلكتروني ومحل عقد الاستهلاك	8
المطلب الأول: حماية رضا المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية والإذعان	8
الفرع الأول: حماية رضا المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية	8
الفرع الثاني: حماية رضا المستهلك الالكتروني من الإذعان	15
المطلب الثاني: حماية المحل في عقد الاستهلاك الإلكتروني	19
الفرع الأول: الحماية المدنية لعقد الاستهلاك الالكتروني من الشروط التعسفية والاذعان	20
الفرع الثاني: الحماية الجنائية لعقد الاستهلاك الالكتروني من الشروط التعسفية والاذعان	23
المبحث الثاني: الحماية المفروضة على شكلية العقد وإجراءاته	28
المطلب الأول: الكتابة الالكترونية وحماية المستهلك الإلكتروني	28
الفرع الأول: الكتابة الالكترونية لصحة التصرف والإثبات	28
الفرع الثاني: حماية البيانات الرسمية للمستهلك الالكتروني	33
المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني والتشفير	35
الفرع الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني	35
الفرع الثاني: مفهوم التشفير	40
خلاصة الفصل الأول	44
الفصل الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقد من التعسف والإذعان	
تمهيد	46
المبحث الأول: حق المستهلك الالكتروني في العدول والحماية ضد مخاطر الدفع الإلكتروني	47
المطلب الأول: حق المستهلك الإلكتروني في العدول	47
الفرع الأول: المقصود بحق العدول ومبرراته	47

الفرع الثاني: ممارسة الحق في العدول	49
الفرع الثالث: آثار ممارسة الحق في العدول	50
المطلب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر الدفع	50
الفرع الأول: مخاطر الدفع الالكتروني	50
الفرع الثاني: ضمانات حماية المستهلك في مواجهة مخاطر الدفع الالكتروني	54
المبحث الثاني: آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية والإذعان	62
المطلب الأول : الآليات القانونية	62
الفرع الأول: القانون الأنسب للمستهلك	62
الفرع الثاني: الاحتكام لمحكمة موطن المستهلك الالكتروني	68
الفرع الثالث: تأمين عقد الاستهلاك الالكتروني	69
المطلب الثاني: الآليات القضائية	76
الفرع الأول: الرقابة القضائية ودور القاضي في الاعفاء من الشروط التعسفية في عقود الإذعان	76
الفرع الثاني: الجزاء المترتب على إدراج الشّروط التعسّفية في العلاقة الاستهلاكية	78
خلاصة الفصل الثاني	80
الخاتمة	82
قائمة المراجع	87
فهرس المحتويات	93
الملخص	

الملخص:

تعتبر السوق الإلكترونية ملاذا مهما للمستهلك على المستوى الوطني والدولي ، لهذا فهو يحتاج للحماية فيها مثل حاجته للحماية في السوق التقليدية، بل أكثر ،نظرا لخصوصية البيئة المتعاقد فيها وما تتضمنه من مخاطر للمستهلك ،فعند ولوجه شبكة الأنترنت ،يواجه عدة مخاطر يجب حمايته منها كالجهل بمضمون العقد وشخصية الطرف الآخر لانعدام المعاينة المادية، وعند ابرام عقد الاستهلاك يجب حمايته من الشروط التعسفية بسبب طبيعة هذا العقد الإذعاني، وأيضا حماية المنتوج محل العقد وحماية شكلية من واعطائها القوة الإثباتية اللازمة، مع حماية بيانات المستهلك الخصوصية من القرصنة بأساليب تقنية كالتشفير من العقد ،أما في مرحلة تنفيذ العقد فيجب ضمان الحقوق المكفولة وفقا للقواعد العامة للعقود ،وخلوه من العيوب ،وضمان التعرض، أو الحقوق المستحدثة بنصوص خاصة بحماية المستهلك سواء وطنية أو دولية ،كالحق في ضمان سالمة المستهلك وحقه في المطابقة والضمان ما بعد البيع، وحقه في العدول ،وحماية المستهلك الالكتروني من مخاطر الدفع الالكتروني، وهذه الحقوق في جميع المراحل يجب أن تدعمها آليات قوية لتفعيلها وتطبيقيا، وزيادة ثقة المستهلك الإلكتروني ،كالتوثيق الإلكتروني ،والهيئات والجمعيات والمواقع المهتمة بشؤون المستهلك ،والقضاء كآخر ملجأ حماية لها.

الكلمات المفاتحية: المستهلك الالكتروني ، الشروط التعسفية ، الإذعان ، العدول ،الدفع الالكتروني.

Abstract:

The electronic market is an important haven for the consumer at the national and international level, so he needs protection in it like his need for protection in the traditional market, but more, given the privacy of the contracted environment and the risks it includes for the consumer, when accessing the Internet, he faces several risks that must be protected from them such as ignorance of the content The contract and the personality of the other party due to the lack of physical inspection, and when concluding the consumption contract, it must be protected from arbitrary conditions due to the nature of this compliance contract, as well as protecting the product subject of the contract and formal protection from and giving it the necessary evidentiary power, while protecting consumer privacy data from piracy by technical methods such as encryption of the contract. At the stage of contract implementation, the guaranteed rights must be guaranteed in accordance with the general rules of contracts, free from defects, and guarantee of exposure, or rights developed with provisions related to consumer protection, whether national or international, such as the right to guarantee the safety of the consumer and his right to conformity and after-sales guarantee, and his right to rescission, protection The electronic consumer is one of the dangers of electronic payment, and these rights at all stages must be supported by strong mechanisms to activate and apply them, and increase the confidence of the electronic consumer Such as electronic documentation, bodies, associations and websites interested in consumer affairs, and the judiciary as a last resort to protect them.

Keywords: e-consumer, arbitrary terms, acquiescence, reversal, e-payment.